



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Die rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen der Auswahl und Bestellung Titel des Insolvenzverwalters in Österreich und Deutschland

Ulrich Nehrig

angestrebter akademischer Grad

Doktor

Wien, 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	101 Rechtswissenschaften
Betreuerin / Betreuer:	Prof. Dr. Andreas Konecny

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht/Auffassung
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AG	Amtsgericht
aF	alte Fassung
AHG	Amtshaftungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
aM	andere Meinung
ABL EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Anm	Anmerkung
AnfO	Anfechtungsordnung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AO	Ausgleichsordnung
ao	anderem Ort
Arb	Sammlung von arbeitsrechtlichen Entscheidungen
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BAO	Bundesabgabenordnung
BayOLG	Bayrisches Oberlandesgericht
BB	Betriebsberater
BAKinso	Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte eV
BVfG	Bundesverfassungsgericht
BVfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BGE	Bundesgerichtsentscheide (Schweiz)
BlgNR	Beilage(n) zu den stenografischen Protokollen des Nationalrats
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BVMW	Bundesverband mittelständischer Wirtschaft
BPB	Bartsch, Pollack, Buchegger
BT-Druck	Bundestagsdruck
bzw	beziehungsweise
ca	circa
CO	Concursordnung
CPO	Civilprozessordnung
CzZPO	Tschechische Zivilprozessordnung
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DI-RI	Dienstleistungsrichtlinie
dh	das heißt
dKO	deutsche Konkursordnung
dt	deutsch, e, er
Dr.	Doktor
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Zeitschrift für Wirtschafts-und Insolvenzrecht

E	Entscheidung
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EO	Exekutionsordnung
Erläut	Erläuterung
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ESUG	Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
EU	Europäische Union
EuinsVO	Europäische Insolvenzverordnung
etc	et cetera
eV	eingetragener Verein
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
f, ff	folgende(r)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FK	Frankfurter Kommentar
FN	Fußnote
franz	französisch
FS	Festschrift
GAVI	Gesetz zur Vereinfachung der Aufsicht im Insolvenzverfahren
gem	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
GSV	Gläubigerschutzvereinigung
hA	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HK	Hamburger Kommentar
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
HS	Halbsatz
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
IEG	Insolvenzrechtseinführungsgesetz
IESG	österreichisches Insolvenzentgeltsicherungsgesetz
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
insb	insbesondere
InsG	Insolvenzgesetz (Tschechien)
InsNov	Insolvenzrechts-Novelle
InsO	Insolvenzordnung (dt)
InsOÄndG	Insolvenzänderungsgesetz
InsR	Insolvenzrecht
InsVZ	Zeitschrift für Insolvenzverwaltung und Sanierungsberatung
IO	Insolvenzordnung (österr)
IRÄG	Insolvenzrechts-Änderungsgesetz
ISd	im Sinne des, der
IVEG	Insolvenzverwalter-Entlohnungsgesetz
iVm	in Verbindung mit
JA	Justizausschuss

JB1	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
JMB1	Justizministerialblatt
Kap	Kapitel
k.k.	kaiserlich-königlich
KG	1) Kreisgericht 2) Kommanditgesellschaft 3) Konkursgesetz (Kroatien)
KO	Konkursordnung
krit	kritisch
KRG	Gesetz über Konkurs und Restrukturierung (Slowakei)
KSV	Kreditschutzverein von 1870
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
KuLG	Konkurs und Liquidationsgesetz (Ungarn)
KuVglG	Gesetz über Konkurs und Vergleich (Slowakei)
KVG	Gesetz über Konkurs und Vergleich (Tschechien)
LG	Landesgericht
lit	litera
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
MinE	Ministerialentwurf
MRK	Menschenrechtskommission
MüKo	Münchener Kommentar
n Chr	nach Christus
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
mwN	mit weiteren Nachweisen
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
Ob	Beschluss OGH
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
österr	österreichisch
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
Prof.	Professor
prKO	Preußische Konkursordnung
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Recht der Wirtschaft
RGB1	Reichsgesetzblatt
Rn	Randnummer
RPflG	Rechtspflegergesetz
RpflSlgE	Entscheidungssammlung Grundbuchsachen
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Schweiz)
SDG	Bundesgesetz über die allgemein beeideten und gerichtlich bestellten Dolmetscher
SGB	Sozialgesetzbuch
sog	so genannte, -r, -s

StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Gesetz über den Staatsgerichtshof
S	Seite
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen
UGB	Unternehmensgesetzbuch
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz
US	United States
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadenersatzrecht
v Chr	vor Christus
VID	Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.
vg	vorgenannt
vgl	vergleiche
vs	versus
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WoBl	Wohnrechtliche Blätter
Z	Ziffer
zZ	zur Zeit
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit	zitiert
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
zN	zum Nachteil
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPPSL	Gesetz über Konkurs ,Ausgleich und Liquidation^
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	I
Inhaltsverzeichnis	V
Vorwort	2
1. Teil	3
Einleitung und Grundlagen	3
I. Einführung	3
1. Der Insolvenzverwalter als zentrale Figur des Insolvenzverfahrens.	3
2. Spannungsverhältnis Gläubigerautonomie – staatliche Verfahrenshoheit	7
3. Unterschiede „de lege lata“ bei der Bestellung des Verwalters in Österreich und Deutschland	9
4. Auswahlermessen und Notwendigkeit einer Bedarfsregelung in beiden Ländern	11
5. Tatsächliche Bestellpraxis nach den Vorgaben der obersten Gerichte	12
6. Anwendung europäischen Rechts	12
7. Ausblick	13
II. Die historische Entwicklung der Bestellung und Auswahl des Insolvenzverwalters in Österreich und Deutschland	13
1. Etymologische Herkunft der insolvenzrechtlichen Begriffe	13
a) Konkurs, Crida, Gant, Falliment.....	13
b) Insolvenz	14
c) Bankrott.....	15
2. Ursache des Konkurses und Einsetzung eines Verwalters	15
3. Universal- versus Spezialexécution	16
4. Das Verfahren und der Verwalter im Römischen Recht	17
a) Verfahren nach dem Zwölftafelrecht	17
b) Missio in bona.....	18
c) Magister bonorum	19
d) Cessio bonorum	20
e) Curator bonorum	21

5. Der Verwalter und das Verfahren im Mittelalter	21
a) Einfluss des römischen Rechts.....	21
b) Selbständige Gant und Konkursprozesse als Vollrezeption des römischen Rechts	22
c) Ideen des <i>Salgado de Somoza</i> versus römisches Recht	23
aa) <i>Novum iudicium</i>	23
bb) Die Bestellung des Verwalters nach <i>Salgado</i>	24
cc) Historikerstreit.....	24
dd) Anwendung <i>Salgado de Somozas</i> Grundsätze in den deutsch- österreichischen Ländern	26
6. Lege scripta : erste einheitliche gesetzliche Normierungen der Verwalterbestellung	27
a) Erste einheitliche Kodifikation in Österreich: Josephinische Konkursordnung von 1781.....	27
b) Preußische Konkursordnung von 1855.....	27
c) Benonischer Entwurf: Österreichische Concursordnung von 1868	29
d) Deutsche Konkursordnung von 1877	30
e) Gegenüberstellung der CO 1868 und dKO 1877 bei der Bestellung des Verwalters	33
f) Die kaiserliche Verordnung von 1912 als Reformgesetz	34
7. Änderungen in den Vor- und Nachkriegsjahren des II. Weltkriegs	37
b) IRÄG 1982, 1993, 1994, 1996, 1997	38
c) InsO	40
d) InsNov 2002.....	41
e) Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (IRÄG 2010)	41
8. Fazit	42
2. Teil	48
Unterschiede in der modernen verfahrensrechtlichen Entwicklung beider Länder	48
I. Unterschiedliche Reformansätze in Österreich und Deutschland ..	48
1. Ziele der Reform in Österreich (InsNov 2002, IRÄG 2010)	48
a) neuer Bestellmodus des Masseverwalters.....	48
b) Beseitigung des Insolvenzmissbrauchs	49
c) Transparenz durch Insolvenzdatei und Insolvenzverwalterliste ...	49

aa) Insolvenzdatei.....	49
bb) Insolvenzverwalterliste	50
d) Änderung der Antragsmöglichkeit bei Rekurs	51
aa) Ausweitung der Rekursberechtigung	51
bb) Einschränkungen für Verwalter und Prätendenten	51
2. Ansatzpunkte der Reform	51
a) Positive Bestellvoraussetzungen.....	52
aa) Fachkenntnisse	52
bb) Kanzleiausstattung	53
b) Negative Bestellvoraussetzungen	53
aa) Unabhängigkeit	53
bb) Strafrechtliche Verurteilungen	54
3. Umsetzung und Ergebnis der Reform.....	54
a) Beibehaltung der Bestellkompetenz aus der Historie.....	54
b) Reform pro Rechtssicherheit	55
c) Datei und Liste nur Informationspool.....	55
d) Reform versus persönlicher Kriterien (soft skills)	56
e) Reform versus Örtlichkeitsprinzip.....	57
f) Tatsächliche Auswirkungen.....	57
g) IRÄG 2010 ohne Einfluss auf Auswahl- und Bestellung des Verwalters.....	58
II. Reformansätze in Deutschland	58
1. Ziele der Reform in Deutschland (InsO 1999)	58
a) Marktkonformität durch Sanierung.....	58
b) Einführung des Verbraucherinsolvenzverfahrens	59
c) Quantitative Steigerung durch Eröffnungserleichterung	59
d) Verteilungsgerechtigkeit (par conditio creditorum).....	60
e) Vereinheitlichung vs Dualismus.....	60
2. Ansatzpunkte der Reform	61
a) Positive Bestellvoraussetzungen.....	61
aa) Geschäftskundigkeit versus Bestenauslese	61
b) Negative Bestellvoraussetzungen	62
aa) Unabhängigkeit	62
bb) Gläubigervorschlag.....	62

c) Kein Beschwerderecht	62
d) Regierungsentwurf vs Rechtsausschuss	62
aa) Bestellkompetenz	62
bb) Juristische Personen.....	63
e) Keine Einführung einer bundesweiten Insolvenzverwalterliste ...	63
f) Auswahlgrundsätze auch für Treuhänder, vorläufiger Insolvenzverwalter, Sachwalter	63
g) Tatsächliche Auswirkungen	64
aa) Anstieg der Insolvenzverfahren.....	64
bb) Verteilungsgerechtigkeit	65
cc) Keine Klärung der Insolvenzverwalterauswahl	65
3. Fazit	66
III. Strukturelle Unterschiede	69
1. Unterschiede in der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit	69
a) Zuständigkeit in Österreich.....	69
aa) Sachlich	69
bb) Funktionell	70
cc) Örtlich.....	70
b) Zuständigkeit in Deutschland, Evokation.....	70
aa) Sachlich	70
bb) Örtlich	70
cc) Funktionell	71
2. Unterschiede in der berufsrechtlichen Zuordnung des Verwalters	72
a) Deutschland: Obiter Dictum des BVfG	72
b) Einführung einer Berufsordnung	73
c) Österreich: Diskrepanz zwischen Rechtsprechung und Wirklichkeit.....	74
3. Fazit	75
IV. Temporäre Unterschiede und ihre Konsequenzen	78
1. Zeitliche Verfahrensabfolge nach InsO	78
a) Drei-Stufen-Verfahren nach InsO	78
b) Umsetzung der Inquisitionsmaxime	79
c) Vorgezogene Auswahlprüfung	80

d) Grundrechtlicher Eingriff vs Konzentrationsmaxime	81
2. Zeitliche Verfahrensabfolge nach IO.....	82
a) Vorverfahren mit einstweiligen Verwalter	82
b) Vorverfahren nach IRÄG 1982	82
c) Unterschiedliche Inquisitionsmaxime bei Gläubiger- und Schuldnerantrag.....	83
d) Grundrechtlicher Eingriff	84
3. Fazit	85
V. Unterschiede in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zur Verwalterbestellung in Deutschland und Österreich	87
1. Stand der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung in Deutschland.....	87
a) Ursache verfassungsgerichtlichen Einschreitens	87
b) Rechtsschutz bei Vorauswahl: Entscheidung des BVfG vom 3.08.2004.....	88
aa) Die Vor-Auswahl des Verwalters als Justizverwaltungsakt	88
bb) Trennung zwischen Vorauswahlverfahren und konkreter Auswahlentscheidung	90
c) Auswirkung der Entscheidung in der Praxis.....	91
d) Kritik an der Entscheidung vom 03.08.2004.....	94
e) Keine Konkurrentenklage bei konkreter Auswahl: Entscheidung des BVfG vom 23.05.2006	97
aa) Abzuwägende Belange der Gläubiger.....	98
bb) Justiziabilität des Bestellakts	99
cc) Weites Auswahlermessen bei der konkreten Insolvenzverwalterbestellung.....	100
dd) Praktische Konkordanz.....	101
ee) Ausreichender Rechtsschutz durch Feststellungsklage und Amtshaftungsklage.....	102
f) Kritik an der Entscheidung des BVfG v 23.05.2006	103
g) Verteidigung der Grundsatzurteile des BVfG.....	104
h) Weitere ergänzende Entscheidungen des BVfG	106
aa) Entscheidung v 09.02.2005 zur Abwahl des Verwalters.....	106
bb) Entscheidung v 12.07.2006 zur örtlichen Präsenz.....	107
cc) Entscheidung v 12.07.2006 zur regelmäßigen Bestellung....	107
dd) Entscheidung v 19.07.2006 zur praktischen Erfahrung.....	107

ee) Faktische Begrenzung der Vorauswahlliste durch Ermessenserweiterung, Urteil des BVfG v 03.08.2009.	108
i) Übernahme der verfassungsrechtlichen Judikatur durch OLG ...	108
aa) OLG Düsseldorf v 27.10.2006 zur Vorauswahlliste	108
dd) OLG Düsseldorf v 15.08.2008 zur Erfahrung, OLG Köln v 27.09.2006.....	109
ee) OLG Brandenburg v 06.08.2009, Düsseldorf v 27.02.2009, Bamberg v 03.12.2007 wegen Ortsnähe	110
2. Legislative Umsetzung der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung	110
a) Legislative Ergänzung von § 56 InsO.....	110
b) Klarstellung des Verbots geschlossener Listen.....	110
c) Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Judikatur im Entwurf.	111
3. Uhlenbruck-Kommission als Richtliniengeber	111
a) Kommission ohne legislativen Auftrag.....	111
b) Zielvorgaben der Kommission.....	111
c) Ergebnisse der Kommission.....	112
d) Faktische Begrenzung der Vorauswahlliste durch Ermessensentscheidung, Urteil des BVfG v 03.08.2009	114
4. Stand der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung in Österreich	115
a) VfGH als beschränkt oberste Rechtsschutzeinrichtung.....	115
b) Grundrechtsschutz nach StGG.....	115
c) Rechtsschutz bei der Auswahl und Bestellung des Masseverwalters (Insolvenzverwalters).....	116
aa) Auswahlentscheidung nach IO als Justizverwaltungsakt oder Außerstreitverfahren	116
bb) Rechtsschutz für Prätendenten nach IO	118
5. Fazit	120
VI. Unterschiede in der Gläubigerbeteiligung bei der Bestellung und der Auswahl des Masseverwalters und Insolvenzverwalters	124
1. Gläubigerbeteiligung nach IO	124
a) Legislativ normierte Mitwirkungsrechte bei der Auswahlentscheidung	124
b) Korrektiv durch Enthebungsantrag § 87 IO, Besonderer Verwalter	125

c) Korrektiv durch Gläubigerausschuss	126
d) Korrektiv durch Rekursrecht der Gläubiger	127
e) Einflussnahme der Gläubigerschutzverbände.....	127
2. Gläubigerbeteiligung nach InsO.....	129
a) Legislative Einflussnahme bei der Auswahlentscheidung.....	129
b) Korrektiv durch Wahl (Abwahl) des Verwalters nach § 57 InsO	130
c) Korrektiv durch vorläufigen Gläubigerausschuss.....	132
d) Einflussnahme der Gläubigerschutzvereinigung.....	132
e) ESUG	134
3. Fazit	134
VII. Unterschiede bei der Bestellung und Auswahl in der Praxis: Konformität mit den gesetzlichen Regelungen.....	138
1. Bisherige Praxis der Verwalterbestellung in Österreich	138
a) Ausgangsposition	138
b) Vorschläge der Verfahrensbeteiligten, Melange à trois	138
c) Anwendung des Regionalprinzips.....	138
d) Vertrauensverhältnis.....	139
e) Konformität mit der gesetzlichen Regelung	139
f) Direktionskanzlei.....	140
2. Bisherige Praxis der Verwalterbestellung in Deutschland	140
a) Ausgangssituation	140
b) Vorschläge der Verfahrensbeteiligten, melange à trois.....	141
c) Anwendung des Regionalprinzips.....	142
d) Vertrauensverhältnis.....	142
e) Konformität mit der gesetzlichen Regelung	143
VIII. Auswirkungen der europäischen Dienstleistungsrichtlinie auf die Auswahl und Bestellung des Verwalters.....	143
1. Anwendung der europäischen Dienstleistungsrichtlinie auf Masse- Insolvenzverwalter	143
a) Tätigkeit des Verwalters als hoheitliche Maßnahme	143
b) Auswirkungen	145
2. Fazit	146
IX. Insolvenzverwalteramt: Natürliche Personen vs juristische Personen	147

1. Rechtslage in Österreich	147
2. Rechtslage in Deutschland	147
3. Verfassungsrechtliche Überprüfung	149
4. Fazit	149
X. Seitenblicke	150
1. Das Auswahlverfahren in den Nachbarländern	150
a) Frankreich	150
aa) Entstehungsgeschichte	150
bb) Vorschlagsrecht des Schuldners und Gläubigers	151
cc) Administrateur judiciaire und mandataire judiciaire.....	151
dd) Erforderlichkeit einer Berufszulassung	152
ee) Vorrang der conciliation	152
b) Schweiz	153
aa) Entstehungsgeschichte	153
bb) Zuständigkeit	153
cc) Auswahl des Verwalters	154
c) Slowenien.....	154
aa) Entstehungsgeschichte	154
bb) Zuständigkeit	155
cc) Auswahl des Verwalters	155
d) Ungarn.....	155
aa) Entstehungsgeschichte	155
bb) Zuständigkeit	156
cc) Auswahl des Verwalters	156
e) Slowakei.....	157
aa) Entstehungsgeschichte	157
bb) Zuständigkeit	158
cc) Auswahl des Verwalters	158
f) Kroatien	159
aa) Entstehungsgeschichte	159
bb) Zuständigkeit	160
cc) Auswahl des Verwalters	160
g) Tschechien.....	161
aa) Entstehungsgeschichte	161

bb) Zuständigkeit	162
cc) Auswahl des Verwalters	162
h) Italien	163
aa) Entstehungsgeschichte	163
bb) Zuständigkeit	163
cc) Auswahl des Verwalters	164
2. Fazit	164
3. Teil	166
Lösungsvorschläge und Bewertungen	166
I. Gesetzliche Regelungen der Beschränkung des Berufszugangs von Insolvenzverwaltern	166
1. Gesetzliche Zulassungsbeschränkungen durch Novellierung der InsO	166
a) Kontingentierung der Vorauswahlliste	166
b) Rechtsanalogie zu BGH-Anwälten	169
d) Deckelung der Verfahrensanzahl durch legislative Ergänzung ..	171
e) Verbot der Grau-Verwaltung durch legislative Regelung	171
f) Forderung der Uhlenbruck-Kommission, Anregung BMJ	172
g) Verfassungsrechtliche Kontrolle	173
aa) Geeignetheit der Maßnahme	173
bb) Erforderlichkeit der Maßnahme	173
cc) Angemessenheit der Maßnahme	174
h) Begrenzung durch Zulassungsordnung und Insolvenzverwalterkammer	174
aa) Paradigmenwechsel des BMJ	174
bb) Zulassungsordnung mit Insolvenzverwalterkammer	175
i) Begrenzung durch legislative Konkretisierung des Vorauswahlverfahrens (GAVI)	177
j) Zertifizierung als Aufnahmebedingung	178
aa) Ansatzpunkte der Zertifizierung	178
bb) DIN EN ISO 9001:2000	180
cc) DIAI Rating	181
dd) InsO 9001	182
ee) Kritikpunkte einer Zertifizierung	182
k) Gesetzlich normiertes Ausschreibungsverfahren analog GWG ..	183

2. Gesetzliche Zulassungsbeschränkungen durch Novellierung der IO	184
a) Notwendigkeit einer Kontingentierung	184
b) Zertifizierung	185
3. Fazit	185
II. Gesetzliche Regelungen zur (frühen) Gläubigerbeteiligung	189
1. Legislative Änderungen der InsO	189
a) Vorläufiger Gläubigerausschuss als Korrektiv zum bedingungslosem Erstbestellungsrecht	189
b) Legislatives Initiativrecht des vorläufigen Verwalters und Sachverständigen.....	189
c) Gesetzesinitiative der dt Bundesregierung	190
d) Legislatives Anhörungs- und Vorschlagsrecht des GSV	190
e) Entlassung des vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 59 InsO	190
2. Legislative Änderungen IO	191
a) Legislatives Anhörungs- und Vorschlagsrecht der Gläubigerschutzverbände	191
b) Anhörung vs Enthebungsantrag	191
3. Fazit	192
III. Regelungen ohne legislativen Eingriff	193
1. Initiativmodelle der Insolvenzgerichte	193
a) Melange à trois	193
b) Detmolder-Modell.....	194
c) Hannoveraner Modell	195
d) Hamburger Modell (gerichtserhobene Verfahrenskennzahl).....	196
2. Fazit	196
IV. Eigene Vorschläge zur Auswahlentscheidung	197
1. Legislative Änderungen der InsO	197
a) Änderung § 2 InsO	197
b) Übernahme §§ 80a, 80b IO aus verfassungsrechtlicher Notwendigkeit	198
c) Gesetzliche Normierung der Gläubigerbeteiligung im Auswahlverfahren	200
aa) Anhörungsrecht der Gläubiger	200

bb) Gesetzliche Normierung eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses.....	202
cc) Vorschlagsrecht mit Bindungswirkung, Beschwerderecht....	203
d) Kontingentierung der Vorauswahlliste.....	204
e) Kontingentierung der Verfahrenszahl pro Verwalter	204
2. Legislative Änderungen in Österreich	205
Anhörungsrecht der Gläubigerschutzverbände sowie der wichtigsten Gläubiger	205
V. Resümee.....	206
Literaturverzeichnis.....	208
Zusammenfassung.....	221
Lebenslauf	223

Die Auslese des Verwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses.¹

Man kann sich nicht als Konkursverwalter „niederlassen“ und wird auch nicht als Konkursverwalter zugelassen, sondern man wird vom Gericht mit Konkursverwaltungen beschäftigt.²

Was uns Not tut, sind Konkursverwalter und Konkursrichter, die ihrer überaus verantwortungsvollen Aufgabe gewachsen sind.³

Alle Schablone ist vom Übel, am übelsten die Bindung an eine auf gleichmäßige Versorgung der Bewerber abzielende Reihenfolge. Nur eine stete Verwendung kann „Fachanwälte für Konkurse“ heranreifen lassen.⁴

¹ *Jaeger* in Kommentar zur Konkursordnung⁷ Berlin 2004 § 78 Anm 7; *Ernst Jaeger* (1869-1944) war einer der bedeutendsten Insolvenzrechtler seiner Zeit. Er begründete den Großkommentar *Jaeger*, den er bis 1936 allein bearbeitete. Bis 1935 wirkte er an der Universität Leipzig. Er prägte das deutsche und österreichische Insolvenzrecht; Unvergessen ist dieser Satz, den *Jaeger* 1939 für das Konkursrecht als Prämisse aufstellte; *Uhlenbruck*, Auswahl und Abwahl des Insolvenzverwalters, KTS 1989, 229

² *Levy*, Konkursrecht² Berlin 1926, 32. *Leopold Levy* war einer der bekanntesten Insolvenzrechtler. Er wirkte in den 30er Jahren am Amtsgericht Berlin-Charlottenburg, wurde 1933 aufgrund der Arisierung in den Ruhestand „versetzt.“

³ Vorwort in *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*² ZAP Verlag 2000. Auch dieser Satz stammt von *Ernst Jaeger*. *Jaeger* war es auch, der auf dem I. internationalen Gläubigerschutzkongress in Wien 1930 vor übereilten Reformen warnte und die deutsche Konkursordnung als die beste Insolvenzordnung darstellte, allenfalls Änderungen einzelner Vorschriften in Erwägung zog.

⁴ *Jaeger*⁵ II, Berlin 1936, Anm 7

Vorwort

Die Idee zu dieser rechtsvergleichenden Dissertation kam anlässlich des „Karner Forums“ im November 2006 am Grundlsee in Österreich auf. Es konnte nicht überraschen, dass am Rande der insolvenzrechtlichen Vorträge auf dieser Veranstaltung systemvergleichende Diskussionen zu beiden Insolvenzordnungen geführt wurden, bei denen sowohl erhebliche Informationsdefizite als auch vorschnelle Bewertungen festzustellen waren.

Diese rechtsvergleichende Arbeit versucht auch im historischen Rückgriff zum besseren Verständnis der Entwicklung beider Insolvenzordnungen beizutragen. Das eigentliche Thema wird jedoch der Vergleich der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Verwalterbestellungen in Deutschland und Österreich sein. Hierbei übersieht der Verfasser nicht den geografischen Größenunterschied beider Länder, wobei dabei zugrunde gelegt wird, dass das österreichische Staatsgebiet ein Achtel des Staatsgebiets Deutschlands ausmacht.

Vorteilhaft bei dieser Arbeit war, dass der Verfasser als Insolvenzverwalter seine eigenen Erfahrungen bei der Bestellung und Auswahl des Insolvenzverwalters einbringen konnte. Die aktuellen Entscheidungen und Meinungen der obersten Gerichte, Gesetzesvorhaben der Bundesregierungen sowie Anschauungen und Meinungen vieler anderer Insolvenzbeteiligter finden selbstverständlich umfassende Berücksichtigung.

Bei seinen österreichischen Recherchen wurde der Verfasser hilfreich von Frau Rechtsanwältin Ute Toifl aus Wien unterstützt, der an dieser Stelle ein herzlicher Dank abzustatten ist. Großer Dank geht auch an Herrn Hans-Georg Kantner, als Leiter des Kreditschutzverbandes von 1870, der im Hinblick auf die Gläubigerbeteiligung in Österreich umfassende Auskünfte erteilte. Dank geht an Herrn Professor Dr. Funk und Frau Professorin Dr. Reiter-Zatloukal, die mit Anregungen zum verfassungsrechtlichen und historischen Teil hilfreich zur Seite standen und den befragten Insolvenzrichtern in Österreich und Deutschland, die informativ über die Verwalterauswahl berichteten.

Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Konecny, der dem Verfasser als Betreuer in jedem Stadium dieser Arbeit hilfreich zur Seite stand.

1. Teil

Einleitung und Grundlagen

I. Einführung

1. Der Insolvenzverwalter als zentrale Figur des Insolvenzverfahrens.⁵

Der Insolvenzverwalter ist die zentrale und wichtigste Figur im Insolvenzverfahren, sowohl in Österreich als auch in Deutschland.⁶

Von seiner Kompetenz, Qualität, Persönlichkeit und nicht zuletzt seinem Einfluss hängt der Erfolg des Insolvenzverfahrens entscheidend ab.⁷ Er ist letztlich das wichtigste Organ des Verfahrens.⁸

Daher kommt der Bestellung und Auswahl des Insolvenzverwalters in beiden Ländern höchste Bedeutung zu. Aus diesem Grund sind die rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen für die Bestellung und Auswahl des Insolvenzverwalters in beiden Ländern außerordentlich wichtig. Es gilt nach wie vor der von *Ernst Jaeger* geprägte Satz: „Die Auslese des Verwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses.“⁹ Und es gilt die einhellige Meinung aller Insolvenzbeteiligter, dass die Bestellung des Verwalters zu den schwierigsten Verfahrensentscheidungen des Gerichts gehört.¹⁰ Dabei ist die Auswahlentscheidung unter zeitlichem Druck und, je nach Größe und Bedeutung des Insolvenzverfahrens, auch unter Beobachtung der interessierten Öffentlichkeit zu treffen, weshalb Uhlenbruck von der „Qual der Auswahl“ spricht.¹¹

⁵ *Mohr*, Das Schuldenregulierungsverfahren, ein Überblick über das Konkursverfahren und die geplanten Änderungen im Insolvenzrecht, ZIK 2001, 114 f

⁶ *Graeber*, Die Aufgaben des Insolvenzverwalters im Spannungsfeld zwischen Delegationsbedürfnis und Höchstpersönlichkeit, NZI 2003, 569 f

⁷ *Graeber* in *Münchener Kommentar*² § 56 InsO Rn 1, ebenso allgemeine Verfügung des Preussischen Justizministers vom 25.06.1931, JMBL, S 223, wörtlich: „größte Sorgfalt ist daher auf seine Auswahl zu verwenden, wobei der Gesichtspunkt sachlicher Eignung ausschlaggebend sein muss.“

⁸ *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck InsO Kommentar*¹³, München 2010 § 56 Rn 1

⁹ *Jaeger*, Kommentar zur Konkursordnung⁷ Berlin 1936 § 78 Anm 7; *Uhlenbruck*, Auswahl und Abwahl des Insolvenzverwalters, KTS 1989, 229 f

¹⁰ *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck* § 56 Rn 1

¹¹ *Uhlenbruck*, 30 Jahre Insolvenzrechtsreform, ZIP 2005, 1140 f, *Frind*, Die Qual der Wahl, ZInsO 2005, 225 f

Hinzu kommt, dass die Arbeit des Insolvenzverwalters sich in beiden Ländern ungebrochener Beliebtheit erfreut. Noch bis in die 70er Jahre handelte es sich bei den Verwaltern um Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die nur **gelegentlich** das Verwalteramt übernahmen.¹² Seit Mitte der 80er Jahre stieg aufgrund der stark zunehmenden Unternehmensinsolvenzen der Bedarf an fähigen Insolvenzverwaltern, was naturgemäß einen starken Zuwachs der Insolvenzanwälte zur Folge hatte.

Ab dieser Zeit setzte eine Entwicklung zur vollprofessionellen Insolvenzverwaltung ein, die einen Wettbewerb um die massereichsten und prestigeträchtigsten Konkursverfahren eröffnete. Die Öffnung des Verwaltermonopols (closed shop) und der Marktzugang geriet in das Interesse der Diskutanten und steht seit dieser Zeit im Brennpunkt rechtspolitischer Diskussionen sowohl in Österreich als auch in Deutschland. Ab 2006 waren sowohl in Deutschland als auch Österreich die Unternehmensinsolvenzen wieder rückläufig, zogen aber im Jahr der Wirtschaftskrise 2009 stark an.

Die Unternehmensinsolvenzen in Deutschland gingen von 2005 bis 2006 von 36.843 Fällen auf 34.137 Fälle und damit um 2.706 Fälle zurück, also eine Abnahme um 7,3 %¹³ Im Jahr 2007 sind die eröffneten Insolvenzen im Vergleich zum Vorjahr 2006 in Deutschland von 34.137 auf 29.160 Fälle, also um 14,6 % zurückgegangen. Im Jahr 2008 gab es in Deutschland einen Rückgang auf 29.291 Insolvenzen, mithin einen Rückgang um 0,4 % zum Vorjahr 2007.¹⁴ Im Jahr 2009 gab es in Deutschland einen Anstieg um 11,6 % auf 32.687 Unternehmensinsolvenzen. Die Wirtschaftskrise traf in diesem Jahr auch große deutsche Unternehmen. So mussten ua Unternehmen wie Qimonda, Karstadt, Quelle, Schiesser, Märklin, Rosenthal Insolvenz anmelden. Von der Quelle–Insolvenz war auch die österreichische Tochter betroffen. Im Jahr 2010 meldeten die dt Gerichte 31.988 Unternehmensinsolvenzen, mithin einen Rückgang von 2,1 % zum Vorjahr 2009.¹⁵ 2009 hatte sich in Deutschland erstmals eine Erhöhung der Unternehmensinsolvenzen ergeben.

Wie in Deutschland war auch in Österreich 2005 das Insolvenzrekordjahr mit 7.056 eröffneten Unternehmensinsolvenzen.¹⁶ 2006 ergaben sich 6.707 Unternehmensinsolvenzen, davon 3.084 gerichtlich eröffnete.¹⁷ 2007 sind 6.295 Unternehmensinsolvenzen zu zählen, wobei hiervon 3.022 gerichtlich eröffnet worden. 2008 wurden in Österreich 6.315 Insolvenzen gezählt, hiervon wurden 3.270 Insolvenzen eröffnet.¹⁸ Damit blieben die Unterneh-

¹² Bei Einführung der Konkursordnung 1877 in Deutschland hatte es in den Großstädten vereinzelt hauptberufliche Verwalter gegeben; *Hahn*, Die gesammelten Werke zu den Reichsjustizgesetzen, 1881, *Carl Hahn* war Senatspräsident des Kammergerichts in Berlin.

¹³ Statistisches Bundesamt, www.destatis.de

¹⁴ Statistisches Bundesamt www.destatis.de

¹⁵ Statistisches Bundesamt, www.destatis.de

¹⁶ *Zotter*: Insolvenzstatistik 2005, ZIK 2006, 14

¹⁷ *Zotter*, Insolvenzstatistik 2006, ZIK 2007, 10

¹⁸ *Zotter*, Insolvenzstatistik 2008, ZIK 2009, 10

mensinsolvenzen mit 0,3 % stabil. Im Jahr 2009 erhöhten sich bei 6902 Insolvenzen die eröffneten Insolvenzverfahren auf 3.741, mithin 14 % mehr als zum Vorjahr 2008.¹⁹ Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen 2010 mit 6.376 ist fast identisch mit der Anzahl der Insolvenzen in 2007, bedeutet aber zu 2009 einen Rückgang um 7,6 %. Von den 6.376 Insolvenzen wurden 3.522 Insolvenzverfahren inklusiv der nach IRÄG 2010 möglichen Sanierungsverfahren mit und ohne Eigenverwaltung eröffnet. Dies ist ein Rückgang von 5,9 % der eröffneten Unternehmensinsolvenzen im Vergleich zu 2009. Wie in Deutschland ergab sich in Österreich nur 2009 eine Erhöhung der Insolvenzzahlen.

Die Insolvenzrate der österreichischen Wirtschaft war zum gesamteuropäischen Vergleich im Jahr 2008/09 die zweithöchste nach Luxemburg.²⁰ In Österreich kommen in dieser Periode auf 10.000 Unternehmen 224 Insolvenzen. In Deutschland kommen indes auf 10.000 Unternehmen 96 Insolvenzen. Nur knapp hinter Österreich ist Frankreich mit 215 Insolvenzen pro 10.000 Unternehmen. 2010 ist der Trend rückläufig. Seit dem Inkrafttreten der IO am 01.07.2010 wurden bis 31.12.2010 144 Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung eröffnet und 227 Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung.²¹ Von den ersten 57 Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung sind 43 Sanierungspläne von den Gläubigern angenommen worden.²² Dieses zeigt, dass das Sanierungsrecht von der Praxis angenommen wird und der Insolvenzrichter in Österreich vermehrt sein Augenmerk bei der Auswahl auf einen Sanierungsverwalter legen wird.

Gegenläufig sind die Zahlen sowohl in Österreich als auch in Deutschland bei den nicht lukrativen Privatinsolvenzen (Verbraucherinsolvenzen).

Hier ergeben sich erhebliche Steigerungen. Lagen die Privatinsolvenzen in Österreich 2004 noch bei 4.000, so lagen sie bei 2006²³ bei 7.500, 2007 bei 7.357 und 2008 bei 8.470.²⁴ Im Jahr 2009 wurden 9.007 Privatkonkurse gezählt, mithin eine Steigerung von 6%.²⁵ 2010 gab es 9.028 Privatinsolvenzen, 21 Eröffnungen mehr als 2009.²⁶

In Deutschland stiegen die Zahlen der dort als Verbraucherinsolvenzen genannten Privatkonkurse kontinuierlich an. Im Jahr der Insolvenzrechtsreform 1999 wurden 3.357 Verfahren gezählt, im Jahr 2007, einem Höhepunkt der Verbraucherinsolvenzen, 105.238. Der gigantische Anstieg hatte den Grund darin, dass ab dem Jahr 2001 die Verfahrenskosten, für die der Schuldner im Durchschnitt 2.000 € aufbringen musste, von der Staatskasse gestundet

¹⁹ Insolvenzstatistik 2009 des KSV 1870, www.ksv.at

²⁰ Insolvenzrate bezeichnet die Anzahl der Unternehmensinsolvenzen pro 10.000 aktive Unternehmen.

²¹ Zotter, Insolvenzstatistik 2010, ZIK 2011, 9

²² Zotter, Insolvenzstatistik 2010, ZIK 2011, 9

²³ Zotter, Insolvenzstatistik 2006, ZIK 2007, 10

²⁴ Insolvenzstatistik 2008 des KSV, www.ksv.at

²⁵ Insolvenzstatistik 2009 des KSV, www.ksv.at

²⁶ Zotter, Insolvenzstatistik 2010, ZIK 2011, 11

wurden. Im Jahr 2008 wurden 98.140 Verbraucherinsolvenzen gezählt. Im Jahr 2009 ging die Zahl der Verbraucherinsolvenzen zum Vorjahr um 12,8 % zurück.²⁷ 2010 wurde mit 139.110 und einem Anstieg von 6,4% ein neuer Rekord erzielt.²⁸

Die Gegenläufigkeit ergibt sich aus der Paradoxie, dass gerade in Zeiten der Hochkonjunktur eher die Möglichkeit der Entschuldung durch Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen besteht, als in Zeiten der Rezession. Somit ist es nicht verwunderlich, dass die Zahlen der Privatinsolvenzen diametral zu den Zahlen der Regelinsolvenzen stehen.

Seit dem Rückgang der Unternehmensinsolvenzen hatte sich die Konkurrenzsituation unter den Prätendenten extrem verschärft. Aus diesem Grund war es zu erklären, dass die Insolvenzrichter umso mehr von den Beteiligten, insbesondere den Gläubigern, aufgefordert wurden, unter Beachtung judikativer und legislativer Vorgaben eine richtige Auswahlentscheidung zu treffen. Die Auswahl und Bestellung des Prätendenten ist nunmehr von existenzieller Bedeutung geworden. Die die Verwalterbestellung regelnden Normen haben in Österreich und Deutschland in Judikatur und Literatur große Bedeutung erlangt. Eine Fülle von Expertenmeinungen in Deutschland überflutet seither das Thema der richtigen Verwalterauswahl. Angesichts rechtsdogmatisch zweifelhafter Äußerungen in einem zunehmend enger werdenden Markt hat *Smid* die aufkommenden Diskussionen schon als „hochgradig verwirrt“ bezeichnet.²⁹ Tatsächlich streiten in Deutschland Anfang 2010 2.006 Insolvenzverwalter um dieses Amt.³⁰ In Österreich bewarben sich zu diesem Zeitraum 1.370 Masseverwalter, die im Jahr 2010 3522 eröffnete Verfahren zu betreuen hatten.³¹

In Österreich fallen 2010 statistisch gesehen auf einen Verwalter 2,5 eröffnete Verfahren an, in Deutschland auf einen Verwalter 2010 16 Verfahren.³²

Die statistische Berechnung lässt den Schluss einer stärkeren Konkurrenzsituation bei der Auswahl und Bestellung des Verwalters in Österreich zu. Zu berücksichtigen ist aber, dass in Österreich nicht alle in der Verwalterliste gelisteten Insolvenzverwalter bestellt werden. In beiden Ländern ist natürlich zu berücksichtigen, dass manche Verwalter häufiger bestellt werden, sodass der statistische Wert nicht der tatsächlichen Gegebenheit entspricht, sondern einen rein statistischen Wert darstellt.

Tatsächlich wird in Deutschland die Konkurrenzsituation kritisiert und Vor-

²⁷ Statistisches Bundesamt, www.destatis.de

²⁸ www.bvmw/privatinsolvenzen2010.de

²⁹ *Smid*, Kein Rechtmittel des bei der Auswahl unberücksichtigt gebliebenen Bewerbers, DZWIR 2006, 353 f

³⁰ INDAT-REPORT, Insolvenzbarometer, www.indat.info/statistiken.php

³¹ In der österr Insolvenzverwalterliste waren am 15.08. 2010 1417 Insolvenzverwalter eingetragen, am 20.03.2010 1370, www.insolvenzverwalter.justiz.gv.at

³² Bei dieser Berechnung ist zu berücksichtigen, dass für Österreich die Zahl der auf der Insolvenzverwalterliste gelisteten Verwalter angesetzt wurde.

schläge zur Verbesserung durch Verwalterbegrenzung gemacht. Die Stimmen in Österreich sind hierzu zurückhaltender. In Deutschland führten die Diskussionen zum Eingreifen des BVfG (s 1. Teil V. 1.).

2. Spannungsverhältnis Gläubigerautonomie – staatliche Verfahrenshoheit

Sowohl beim Inkrafttreten des Unternehmensinsolvenzrechts der InsO zum 01.01.1999 in Deutschland, als auch bei der Insolvenzrechtsreform 2002 und 2010 in Österreich³³ ist das Ziel des Insolvenzverfahrens und somit die Aufgabe des Insolvenzverwalters die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung, auch wenn dies explizit nach der IRÄG 2010 nicht mehr geregelt ist.^{34, 35}

Die Gläubigerinteressen stehen weiterhin im Vordergrund des Insolvenzverfahrens.

Im Rahmen dieser wichtigen Insolvenzrechtsreformen in Österreich und Deutschland stellte sich wegen vorgenanntem Ziel die Frage dahin, in welchem Umfang der Einfluss der Gläubiger im Hinblick auf das Hauptziel bei der Bestellung und Auswahl des Insolvenzverwalters zuzulassen ist und wem es primär obliegen sollte, die Auswahl und Bestellung des Verwalters vorzunehmen. Da in beiden Ländern nach dem Ziel der Insolvenzordnungen die Gläubigerinteressen im Vordergrund stehen, wäre es nahe gelegen daran zu denken, die Auswahl des Insolvenzverwalters vornehmlich in die Hände der Gläubiger zu legen.

Beide Länder haben sich indes dagegen entschieden, die Gläubiger darüber entscheiden zu lassen, die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters vorzunehmen. Dies ist nicht zuletzt das konsequente Ergebnis der historischen Entwicklung beider Insolvenzordnungen, dass trotz vorrangigem

³³ Insolvenzrechts-Novelle 2002 (InsNov 2002), BGBl 2002/75. Mit diesem Bundesgesetz wurden das Insolvenzrechtseinführungsgesetz, die Konkursordnung, die Ausgleichsordnung, das Finalitätsgesetz und das Gerichtsgebührengesetz geändert.

³⁴ Insolvenzordnung (InsO) vom 05.10.1994, BGBl I, 2866. Sie ist am 01.01.1999 in Kraft getreten. Ab diesem Zeitpunkt wird die Konkursordnung als Insolvenzordnung bezeichnet.

³⁵ § 1 InsO: Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien. § 1 Abs 2 KO: Durch Eröffnung des Insolvenzverfahren wird das gesamte, der Exekution unterworfenen Vermögen, das dem Gemeinschuldner zu dieser Zeit gehört oder das er während des Insolvenzverfahrens erlangt (Insolvenzmasse), dessen freier Verfügung entzogen. Abs 2 KO: Die Konkursmasse ist nach den Vorschriften der Konkursordnung in Wahrung und Verwaltung zu nehmen und zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden. Mit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010-IRÄG 2010, das am 01.07.2010 in Kraft trat, wurde die gemeinschaftliche Befriedigung nicht mehr erwähnt, sondern die Insolvenzeröffnung bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung bei entsprechendem Antrag.

Gläubigerinteresse die Gläubigerrechte bei der Bestellung und Auswahl des Insolvenzverwalters kontinuierlich legislativ zurück genommen wurden. Sowohl in der österreichischen Insolvenzordnung (IO), bis 01.07.2010 (KO),³⁶ als auch in der deutschen Insolvenzordnung (InsO) hat allein das Insolvenzgericht die Befugnis und die Verantwortung für die Erstauswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters.³⁷

Dennoch mehren sich Stimmen gerade im Hinblick auf den Sanierungsgedanken, die Gläubiger besser und früher an der Auswahl des Insolvenzverwalters zu beteiligen.³⁸ Gerade Gesellschaften mit ausländischer Beteiligung versuchen ihren Verwalter durchzusetzen und verlegen kurzerhand ihren Sitz ins Ausland, um mit der Argumentation des „Center of main interests“ (COMI) ihr Ziel zu erreichen (forum shopping).³⁹ Aber auch deutsche Gesellschafter versuchen das Center of main interests dort zu begründen, wo die Durchsetzung eines genehmen Verwalters erwartet wird.⁴⁰ Im WELT-Restrukturierungskongress am 03.02.2010 in Frankfurt forderten die Insolvenzverwalter weitere Gesetzesinitiativen, um noch mehr die Sanierung, als die Abwicklung in den Vordergrund zu stellen. Auch wurde wieder die Beteiligung der Gläubiger an der Auswahl des Verwalters gefordert.⁴¹ Der deutsche Gesetzgeber hatte bereits aufgrund dieser Kritik ein Anhörungsverfahren im Rechtsausschuss des deutschen Bundestages durchgeführt, in welchem von Sachverständigen konkrete Gesetzesänderungen vorgeschlagen wurden.⁴² Aufgrund des Regierungswechsels in Deutschland kam die Baustelle Insolvenzrecht vorläufig zum Ruhestand. Mit der IRÄG 2010 wird in Österreich ein einheitliches Insolvenzverfahren geschaffen und die Sanierung in den Vordergrund gestellt, soweit sie zugleich der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung dient. An die Stelle des dualen Systems von Konkurs und Ausgleich ist am 01.07.2010 ein Einheitsverfahren getreten, das nun auch, wie in Deutschland, als Insolvenzverfahren bezeichnet wird. Die einheitliche Struktur soll es möglich machen in einem Verfahrensrahmen unterschiedliche Ziele zu verfolgen, nämlich die Sanierung innerhalb weni-

³⁶ Österr Konkursordnung, RGBI 1914/337

³⁷ § 80 Abs 1 IO: Das Konkursgericht hat bei der Eröffnung des Verfahrens von Amts wegen einen Masseverwalter zu bestellen. § 56 Abs 1 InsO: Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige Person und von den Gläubigern und vom Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen, die aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzen bereiten Personen auszuwählen ist.

³⁸ Jahrestagung des VID eV in Potsdam, anlässlich der Herbsttagung 2006, Ergebnis der „Uhlenbruck-Kommission“, die ihre Ergebnisse am 07.07.2007 vorgelegt hat (VI 5.)

³⁹ Forum shopping ist der Begriff dafür, das durch Sitzverlegung der Gesellschaft in ein Land, in welchem der Verwalter „bestimmbar“ ist, durchgeführt wird

⁴⁰ *Frind*, Forum shopping – Made in Germany, ZInsO 2008, 261 f, krit BayOblG, ZInsO 2003, 1045; nach BayOblG begründet eine pure Sitzverlegung nicht die Zuständigkeit.

⁴¹ DIE WELT, 03. Februar 2010, Pleitewelle: Experten fordern Reform des Insolvenzrechts

⁴² Am 09.04.2007 hat der Sachverständige Prof. *Dr. Haarmeyer* mit Unterstützung anderer Sachverständiger Vorschläge zur Effizienzsteigerung und Verbesserung der Insolvenzverwalterauswahl im Insolvenzverfahren unterbreitet.

ger Monate, ebenso eine zeitlich unbegrenzte Liquidierung des Schuldnervermögens.⁴³ Auslöser des IRÄG 2010 waren die Verbesserung der Rahmenbedingungen für ein Sanierungsverfahren.⁴⁴ Der österr Gesetzgeber verfolgte daher mit dieser Reform das österr Insolvenzrecht sanierungsfreundlicher auszugestalten.⁴⁵ Auch wenn nun ein Sanierungsverwalter, der zusammen mit dem Schuldner die Aufgaben gemeinsam zu erledigen hat, eingesetzt wird, hat sich bei der Auswahl des (Sanierungs-)- Verwalters nichts geändert. Das Insolvenzgericht bestellt auch den Sanierungsverwalter und stellt ihn dem Schuldner zur Seite, um Maßnahmen der Betriebsfortführung zu genehmigen, aber auch die Kompetenz hat, gewöhnliche Geschäftsmaßnahmen zu untersagen.⁴⁶

3. Unterschiede „de lege lata“ bei der Bestellung des Verwalters in Österreich und Deutschland

Die Diskussionen zur Auswahl des Verwalters drehten sich bei den Reformen der InsNov 2002 und der InsO um die entscheidenden Auswahlkriterien. Im Gegensatz zu Österreich wurden in Deutschland die Auswahlkriterien nicht gesetzlich normiert. In Österreich geschah dies in den durch die Insolvenzrechtsnovelle 2002 eingeführten §§ 80a, 80b KO (IO). Aufgrund der legislativen Blockade griff in Deutschland das BVfG ein. Das BVfG hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 03.08.2004 die Notwendigkeit einer gesetzlichen Normierung, wie in Österreich vollzogen, für nicht erforderlich gehalten, sondern die konkrete Auswahl des Insolvenzverwalters den Insolvenzgerichten auferlegt.⁴⁷ Schon dieser Akt zeigt die Diskrepanz zwischen österreichischem und deutschem Recht. In der Praxis wurde in Österreich § 15 IEG (jetzt § 269 IO) zudem die „Insolvenzverwalterliste“ eingeführt, an der sich die Richter orientieren sollen, die aber nicht bindend ist.⁴⁸

⁴³ Konecny, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010, 82 f

⁴⁴ Nunner-Krautgasser, Das neue österreichische Insolvenzverfahren nach dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010-ein Überblick, ZInsO 2011, 117 f

⁴⁵ Nunner-Krautgasser, ZInsO 2011, 117 f

⁴⁶ Konecny, ZIK 2010, 83 f

⁴⁷ BVfG 03.08.2004, 1 BvR 135/00 und 1086/01, NZI 2004, 574

⁴⁸ § 269 IO: Eine Insolvenzverwalterliste hat Textfelder für folgende Angaben zu enthalten: 1. Name, Anschrift, Telefon und Telefaxnummer sowie E-mail-Adresse; 2. Ausbildung; 3. berufliche Laufbahn; 4. eingetragen in eine Berufsliste (seit wann) oder Art der Berufserfahrung (seit wann) 5. besondere Fachkenntnisse (in wirtschaftlichen Belangen); 7. Infrastruktur a) Gesamtzahl der Mitarbeiter, b) Zahl der Mitarbeiter mit Insolvenzpraxis, c) Zahl der Mitarbeiter mit juristischer Ausbildung, d) Zahl der Mitarbeiter mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung; e) EDV-Insolvenzprogramm f) Haftpflichtversicherung als Insolvenzverwalter. 8. Erfahrungen als Insolvenzverwalter (insbesondere Anzahl der Bestellungen sowie Umsatz, Mitarbeiterzahl und Fortbetriebsdauer der Unternehmen im Insolvenzverfahren; 9. angestrebter örtlicher Tätigkeitsbereich, bei juristischen Personen a) Vertretung bei Ausübung der Insolvenzverwaltung samt Angaben nach Z1-6, b) Gesellschafter und wirtschaftlich Beteiligte.

In Deutschland wurde durch die verfassungsrechtliche Judikatur ein Vorauswahlverfahren mit einer Vorauswahlliste ohne gesetzliche Grundlage bei den Insolvenzgerichten eingeführt. Seitdem erfährt die Auswahl des Verwalters in Deutschland eine **Zweiteilung**, nämlich in das Vorauswahlverfahren und in die Bestellung im konkreten Einzelfall. Die rechtlichen Grundlagen bei der Bestellung des Verwalters in beiden Ländern sind also grundverschieden. Der positiven Kodifizierung in Österreich steht in Deutschland vornehmlich Richterrecht gegenüber, wobei das BVfG als Ersatzgesetzgeber fungiert.

Diese Arbeit untersucht anhand verfassungsrechtlicher Vorgaben, ob im Hinblick auf die Grundrechte, insbesondere das Grundrecht der Berufsfreiheit, der österreichischen Regelung der Vorzug zu geben ist.

Nach Vorgaben des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages und der auf dessen Initiative erfolgten gesetzlichen Normierung kann nach deutschem Recht nur eine natürliche Person die Tätigkeit als Insolvenzverwalter ausüben. In Österreich ist dies auch für eine juristische Person vorgesehen. Die Arbeit wird sich mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Ausschlusses juristischer Personen in Deutschland befassen.

Untersucht wird, ob nicht weiterer gesetzlicher Regelungsbedarf bei den Qualitätsmerkmalen besteht, zumal in Deutschland von den Insolvenzbeteiligten Vorschläge unterbreitet werden, eine Zertifizierung der Insolvenzverwalter vorzunehmen, der Verband deutscher Insolvenzverwalter (VID) bereits die Zertifizierung als Aufnahmevoraussetzung in den Verband als Satzungsänderung beschlossen hat.⁴⁹

⁴⁹ Der Verband Insolvenzverwalter Deutschland eV (VID) ist ein Zusammenschluss von Insolvenzverwaltern, die bei einem oder mehreren Insolvenzgerichten in Deutschland mindestens 5 Jahre als Insolvenzverwalter tätig sind. Der VID hatte Anfang 2010 446 Mitglieder. Der Verband deutscher Insolvenzverwalter hatte anlässlich der Herbsttagung 2008 am 06-08.11.2008 in Potsdam beschlossen, als Mitglieder im Verband nur nach ISO 9001 zertifizierte Insolvenzverwalter aufzunehmen.

4. Auswahlermessen und Notwendigkeit einer Bedarfsregelung in beiden Ländern.

Den Insolvenzgerichten wird judikativ sowohl in Österreich als auch in Deutschland bei der Auswahl und Bestellung des Verwalters ein weites Auswahlermessen zuerkannt. Der Insolvenzrichter in Deutschland hat dies innerhalb der Vorauswahlliste bei der Auswahl des Verwalters auszuüben. In Österreich muss der Richter ohne Vorauswahlliste entscheiden, welchen Kandidaten er auswählt. Ihm steht die Insolvenzverwalterliste bei der Auswahl des Verwalters zur Verfügung. Der österr Insolvenzrichter hat das gesetzlich normierte Anforderungsprofil zu beachten, er kann aber von der Insolvenzverwalterliste abweichen, wenn er der Auffassung ist, dass noch eine besser geeignete Person außerhalb der Liste vorhanden ist.

Diese Arbeit prüft, inwieweit das Auswahlermessen der Insolvenzrichter in Deutschland und Österreich nach den judikativen und gesetzlichen Vorgaben gehen kann und wie es sich anhand vorgegebener Qualitätsmerkmale reduziert und inwieweit hierbei Unterschiede bestehen.

In beiden Ländern stellt sich die Frage, ob trotz Auswahlermessen eine gesetzliche Bedarfsregelung zu fordern ist, zumal die Zahl der Bewerber für das Amt des Verwalters extrem angestiegen ist, so dass nicht alle auf den Listen sich befindlichen Prätendenten als Verwalter ausgewählt werden können. Dies ist in Deutschland prekär, denn eine ständige Nichtberücksichtigung eines auf der Vorauswahlliste stehenden Prätendenten führt die Liste ad absurdum und stellt sich gegen den verfassungsrechtlichen Auftrag.⁵⁰ Andererseits führt jede Berücksichtigung zur Atomisierung von Verwalterwissen, wobei bei diesem Vorgehen Qualitätsdefizite und mangelnde Professionalität zu erwarten sind. Dies und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Beschränkung, sei es normativ oder aus dem richterlichen Ermessen heraus, werden überprüft. Auch wird untersucht, ob das Auswahlermessen in einer temporären Gläubigerbeteiligung eingeschränkt werden kann. Der Frage, inwieweit Gläubigervorschläge in die Entscheidung des Insolvenzrichters einfließen, wird nachgegangen. Die Gläubigerbeteiligung wird in beiden Ländern zunehmend gefordert.⁵¹

⁵⁰ Das BVfG hat in der Entscheidung vom 03.08.04 (1 BvR 135/00; 1086/01) gefordert, jeden geeigneten Prätendenten auf die Vorauswahlliste zu nehmen.

⁵¹ Uhlenbruck-Kommission (Kommission zu Qualitätskriterien zur Vorauswahl und Bestellung von Insolvenzverwaltern sowie Transparenz, Aufsicht und Kontrolle in Insolvenzverfahren), die am 21.10.2006 sich konstituierte, hat in den Vorschlägen eine Beteiligung der Institutionellen Gläubiger gefordert (Uhlenbruck-Kommission als Richtliniengeber vgl. 2. Teil V 4).

Bereits eingeleitete Lösungsansätze, wie Zertifizierungsverfahren der Verwalter zur Qualitätskontrolle aber auch pragmatische Lösungen wie Hervorhebung des Örtlichkeitsprinzip und des damit verbundenen Vorteils der schnellen Eingriffsmöglichkeit im Hinblick auf den anhaftenden Eilcharakter des Verfahrens werden untersucht.

5. Tatsächliche Bestellpraxis nach den Vorgaben der obersten Gerichte

Die tatsächliche Bestellpraxis in Österreich und Deutschland wird aufgrund der exemplarischen Untersuchungen bei größeren Insolvenzgerichten in Österreich und Deutschland dargestellt und verglichen. Hierbei wird untersucht, ob die tatsächliche Bestellpraxis den rechtlichen Vorgaben genügt. Eingegangen wird hierbei auf die Vorgaben des dt Verfassungsgerichts und der untergeordneten Gerichte, die sich mit Prätendentenstreitigkeiten im Rahmen von Konkurrentenklagen beschäftigen mussten, und der obiter dicta, die sich auf das Auswahlermessen bezogen. Mangels verfassungsrechtlicher Jurisdiktion in Österreich werden Parallelen werden zum österr Verfassungsrecht gezogen.

6. Anwendung europäischen Rechts

Thema dieser Arbeit ist auch die Auswirkung der europäischen Dienstleistungsrichtlinie von 2006, der bei der Diskussion um die Auswahl des Verwalters in Österreich und Deutschland bisher kaum Beachtung geschenkt wurde und die in Deutschland bis zum 28.12.2009 in das nationale Recht umzusetzen war und deren dogmatische Einordnung unterschiedlich von den Insolvenzexperten und der Exekutive beurteilt wird.⁵² Sollte die Dienstleistungsrichtlinie auf die Insolvenzverwaltertätigkeit Anwendung finden, könnte ein österr Insolvenzverwalter sich in Deutschland und umgekehrt ein dt Insolvenzverwalter in Österreich für das Amt bewerben. Inwieweit sich das Örtlichkeitsprinzip auf das Auswahlermessen auswirkt bleibt fraglich. In Deutschland müssten auch jur Personen zugelassen werden, was nach geltenden dt Insolvenzrecht nicht möglich ist (vgl 2. Teil IX. 1.).

⁵² Europäische Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG vom 12.12.2006, ABL EU Nr. L 376, 36)

7. Ausblick

Als Ausblick wird die Auswahl des Verwalters in einigen Nachbarländern untersucht, wobei der Schwerpunkt auf die Länder gelegt wird, die zum kommunistischen Machtblock vor der „Wende“ gehörten.

Die am Anfang dieser Arbeit komplexe Darstellung der Historie im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich soll zur Interpretation anregen, warum trotz langer insolvenzrechtlicher Geschichte und Erfahrungen sowohl in Österreich als auch in Deutschland die Baustelle Insolvenzrecht nicht geschlossen werden konnte.

Die Arbeit endet mit eigenen Vorschlägen des Verfassers und auch Formulierungsvorschlägen.

Bei der im Mikrovergleich durchgeführten komparativen Methode war in Kauf zu nehmen, dass die Rechtsliteratur des einen Landes ein Problem breit und intensiv diskutiert, während eine Diskussion im Vergleichsland bisher nur sporadisch oder gar nicht stattgefunden hat.⁵³

II. Die historische Entwicklung der Bestellung und Auswahl des Insolvenzverwalters in Österreich und Deutschland

1. Etymologische Herkunft der insolvenzrechtlichen Begriffe

a) Konkurs, Crida, Gant, Falliment

Der Begriff Konkurs stammt aus dem Lateinischen (*concursum creditorum*) und bedeutet wörtlich übersetzt: „Zusammenlaufen der Gläubiger.“ Die Gläubiger laufen zusammen (*concurrere*), nicht iS von Zeitgleichheit oder Konkurrenz in einem wettstreitenden Nebeneinanderlaufen, sondern sie laufen zusammen iS einer Zusammenkunft an einem Ort, um eine einheitliche Ausgleichsregelung zu finden, weil das Vermögen des Schuldners zur vollständigen Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht (Insuffizienz). Nach dem zu jener Zeit herrschenden Rechtsverständnis war der „*concursum*

⁵³ Nach einer bekannten Aussage des bedeutendsten Vertreters der Rechtsvergleichung in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft, nach *Ernst Rabel* (1874-1955) beschäftigt sich Rechtsvergleichung mit Ähnlichkeiten, Verschiedenheiten und der gegenseitigen Beeinflussung von Rechtsordnungen. Die Mikrovergleichung iG zur Makrovergleichung befasst sich mit dem Vergleich spezieller Rechtsnormen.

creditorum“ der „Zustand der Überschuldung einer Person beim Andrang mehrerer Gläubiger und das gerichtliche Verfahren, welches eine gemeinsame nach einer gewissen Rangordnung der Gläubiger sich richtende Befriedigung nach den vorliegenden Kräften des Vermögens bewirken soll.“⁵⁴

Einen Meilenstein der insolvenzrechtlichen Rechtsgeschichte setzte im Jahre 1646 der spanische Jurist *Salgado de Somoza*⁵⁵ mit seinem Werk „Labyrinthus creditorum concurrentium at litem per debitorum communem accedit tractatus de libertate beneficorum“, in dem der Begriff Konkurs in seiner heutigen noch gültigen Rechtsauffassung in den deutschösterreichischen Herrschaftsgebieten erstmals dokumentiert ist.⁵⁶ Auf *Salgado* wird der durch Gerichtsherrschaft geprägte Konkursprozess zurückgeführt, der durch den zahlungsunfähigen Schuldner eingeleitet wird und diesen von den diffamierenden Wirkungen der bis dahin vorherrschenden *cessio bonorum* befreit.⁵⁷ Sein Werk war von großem Einfluss auf das gemeine deutsche und österreichische Konkursrecht.⁵⁸ Das Konkursverfahren wurde im mittelalterlichen Latein auch *Crida*, in Süddeutschland *Gant*, aber auch *Falliment* genannt.

b) Insolvenz

Auch dieser Begriff leitet sich aus dem Lateinischen ab und bedeutet: „Unlöslichkeit“, sich nicht mehr aus den Verbindlichkeiten lösen können. Der Begriff markiert somit den Anlass.

Konkurs indes bezeichnet den Vorgang, nämlich das Handeln (*concursum creditorum*) der Gläubiger, aus diesem Grund trifft die in Österreich bis zur IRÄG 2010 beibehaltene Bezeichnung den Konkursprozess zutreffender als die nach der Insolvenzrechtsreform in Deutschland eingeführte Insolvenz. Tatsächlich verwaltet der Insolvenzverwalter auch nicht die Insolvenz des Schuldners.⁵⁹ Mit dem IRÄG 2010⁶⁰ wurde aber auch in Österreich der Be-

⁵⁴ *Valett*, Ausführliches Lehrbuch des praktischen Pandectenrechts Leipzig 1928, 478

⁵⁵ *Smid* in Sonderdruck Haftung und Insolvenz, FS für Gero Fischer (2008): der zwischen 1590 und 1595 im galizischen La Coruna geborene Francisco Salgado de Somoza bezeichnete sich selbst als *iuris utriusque professor*; er gehörte zu den für die Herausbildung der spezifischen Form absolutistischer Königsmacht im spanischen Imperium wichtigsten *Licensiaten*. Salgado war als „*avogado*“ Generalvikar des Erzbischofs von Toledo und Präsident des Rates von Kastilien zur Zeit der Herrschaft des Conde Duque de Olivares und seines Schwagers, des Conde de Monterrey

⁵⁶ *Endemann*, Die Entwicklung des Konkursverfahrens in der gemeinschaftlichen Lehre bis zur deutschen Konkursordnung, Zeitschrift für deutschen Zivilprozess XII, 1888, 24

⁵⁷ *Forster*, *Novum iudicium super nova* 100

⁵⁸ *Meier*, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts insbesondere die Entstehung der Reichskonkursordnung von 1877, 2003, 61

⁵⁹ *Henkel* in FS für Bernhard Grossfeld, Sprache im Insolvenzrecht, 352. Henkel erläutert durch Beispiele dass der Begriff Insolvenz nicht zutreffend ist.

⁶⁰ Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, Bundesgesetz mit dem die Konkursordnung in Insolvenzordnung (IO) umbenannt und gemeinsam mit dem Insolvenzrechtseinführungsgesetz, dem Gerichtsgebührengesetz, dem gerichtlichen Einbringungsgesetz, dem Insolvenz-

griff Insolvenzordnung eingeführt, allerdings mit der Kurzbezeichnung IO, was von einigen Insolvenzbeteiligten wegen des europäischen Kontexts kritisch gesehen wird.⁶¹

c) Bankrott

Der Begriff Bankrott stammt aus dem italienischen (*banca rotta*, dh die zerbrochene Bank).⁶² Gemeint war, dass der Tisch des Geldwechslers zerschlagen wurde, wenn er seine Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen konnte. Seine Bank war somit „*banca rotta*“.⁶³

Im allgemeinen Sprachgebrauch hat sich dieser Begriff seitdem als Synonym für Konkurs, Insolvenz, Falliment und Gant eingebürgert.

In einem ganz anderen, nämlich historischen Kontext fand der Begriff Bankrott im Jahr 1854 durch Karl Marx Verwendung: In der „Daily Tribune“ schrieb er nach dem österreichischen Sieg über Ungarn und Sardinien:

*„Die wichtigste Ursache aber, die das österreichische Reich vor dem formellen Bankrott bewahrt hat, ist die Unterwerfung Ungarns und seine Gleichstellung mit den üblichen Provinzen hinsichtlich der Besteuerung.“*⁶⁴

Tatsächlich trug damals das Geld aus den Rekordernten in Ungarn, welches in andere Industriezweige gesteckt wurde, zu zahlreichen Firmengründungen in Österreich bei.⁶⁵

In der heutigen juristischen Diktion steht Bankrott für die in § 156 des österr Strafgesetzbuches und § 283 des deutschen Strafgesetzbuches beschriebenen Insolvenzstraftaten.

2. Ursache des Konkurses und Einsetzung eines Verwalters

„Die Quelle des Konkurses ist der Kredit. Ohne Kredit ist ein Konkurs nicht denkbar.“⁶⁶ Seitdem Menschen Handel betreiben und Kredite hierfür begeben werden, gab es das Problem, wie die Gläubiger bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners durch Bankrott zu ihrem Geld kommen, Hierbei waren mehrere Wege möglich, nämlich entweder durch Spezialexécution oder aber

Entgeltsicherungsgesetz und der Gewerbeordnung 1994 geändert wird sowie die Ausgleichordnung aufgehoben wird, BGBl 29/2010. Die IO ist am 01.07.2010 in Kraft getreten.

⁶¹ Buchegger, Stellungnahme zum MinE eines IRÄG 2009, www.parlament.gv.at

⁶² Meyers Konversationslexikon, Leipzig, Wien⁴ 1885-1892 S 340

⁶³ Offen ist, ob wütende Kunden tatsächlich die Geldtische zertrümmert haben oder ob dies letztendlich ihr größter Wunsch gewesen wäre.

⁶⁴ Marx in Karl Marx-Friedrich Engels Werke, Band 10 S 103-109, Dietz Verlag, DDR 1961, geschrieben am 03.03.1854 in Daily Tribune Nr. 4033, Leitartikel : „Österreichs Bankrott.“

⁶⁵ FAZ vom 04.03.2008, 27 „Das abrupte Ende der Gründerzeit begann an der Donau“

⁶⁶ Jaeger, Lehrbuch des Konkursrechts⁷ Berlin 1936, Anm 7

Universalexekution, im römischen Recht auch durch die Personalexekution, nämlich einen Verkauf und die Versklavung des Schuldners oder gar dessen Tötung. Die Durchführung beider Exekutionen oblag im römischen Recht einer von der Gläubigerschaft gewählten Person, nämlich dem *magister bonorum* und vom Prätor vorläufig eingesetzten Person, dem *curator bonorum* (vgl I.5). Die Bezeichnung *curator* wurde in der CO beibehalten.

In der heutigen Zeit sind Ursachen des Konkurses in erster Linie Konjunktur und schlechtes Wirtschaften. Die Gründe gehen einher mit mangelnder Führungsqualität, persönlichem Fehlverhalten von Unternehmern, Managern und Mitarbeitern, was gerade die Ende 2008 eingetretene Finanz- und Wirtschaftskrise der Welt deutlich vor Augen geführt hat. Veränderungen der Marktsituation und fehlende strategische Gegensteuerung sowie Finanzschwächen der Unternehmen tragen zur Konkursgefahr ebenfalls bei. Die Kreditvergabe der Banken spielt dabei eine entscheidende Rolle und lässt deshalb die Banken in fast allen Verfahren als mächtigste Gläubiger erscheinen. Dies zeigt besonders die Ende 2008 eingetretene Wirtschaftskrise, die davon geprägt ist, dass viele Unternehmen ihren Kreditbedarf veröffentlichen und sogar um Staatskredite bitten, wie es deutlich bei der Krise um Opel, der Tochter von General Motors in Deutschland wurde. Nicht nur zur Exekution, sondern zur Krisenbewältigung (Sanierung) wird in heutiger Zeit ein Verwalter beauftragt, aber nicht von der Gläubigerschaft, sondern vom Insolvenzgericht, denn die Sanierung soll auch eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung erreichen, wofür eine von den Gläubigern unabhängige Person als kompetenter angesehen wird. Andererseits muss in Österreich der Sanierungsplan, in Deutschland der Insolvenzplan (*pre packed plan*) vorbereitet werden. Wird er vom Schuldner ausgearbeitet und wird ein nicht vom Schuldner gewünschter und involvierter Verwalter bestellt, der die Vorgaben des Plans nicht erfüllen will oder kann, könnte die Sanierung scheitern.

3. Universal- versus Spezialexekution

Seit dem römischen Recht wird unterschieden zwischen der Spezial- und Universalexekution. Bei der Spezialexekution, zB Pfändung, wird der schuldnerischen Person, die gepfändet wird, so viel Vermögen weggenommen, um jene Gläubiger zu befriedigen, die Pfändung verlangt haben.

Der Konkurs oder die Insolvenz ist die typische Form der Universalexekution. Im Konkurs wird das gesamte Vermögen der betriebenen Person verwertet und aus dem Erlös die Gesamtheit ihrer Gläubiger befriedigt. Der Konkurs sollte nach der historischen Betrachtung einer anderen Form der Gläubigerbefriedigung dienen, nämlich der Beschlagnahme des schuldnerischen Vermögens und seiner Umsetzung in Geld und Verteilung an alle Gläubiger,

anstatt der Spezialexécution, die einen durchsetzungsfähigeren Gläubiger bevorteilt.

Der Konkurs ist ein besonderes Verfahren, das bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und bei bestehender Gläubigermehrheit Platz greift mit dem Ziel, den Gläubigern aus den Trümmern des schuldnerischen Vermögens anteilmäßige Befriedigung zu sichern oder, anders ausgedrückt, die Gefahr wirtschaftlichen Verlustes bei Zusammenbruch des Schuldnervermögens gleichmäßig auf alle Gläubiger zu verteilen. Das Konkursverfahren beruht somit auf dem Gedanken der Verlustgemeinschaft und steht im Gegensatz zum Prinzip der Priorität, das den erst zugreifenden Gläubiger auf Kosten der anderen, später kommenden Gläubiger bevorzugt.⁶⁷ Die Einsetzung eines Insolvenzverwalters kann mithin nur bei der Universalsukzession erfolgen, denn hier ist eine unter Aufsicht geforderte Gleichberechtigung iS von gleicher Verteilung vorgegeben (*conditio sine qua non*). Geforderte gleiche Verteilung impliziert Unabhängigkeit des verteilenden Verwalters, verwirklicht durch neutrale, obrigkeitliche Einsetzung einer Person ohne Gläubigereinfluss.

Die Personalexekution, bei der sich die Wirkungen des Konkurses direkt beim Schuldner zeigten, zB durch Haft und Knechtschaft, kennt die neue Rechtslehre nicht mehr.

4. Das Verfahren und der Verwalter im Römischen Recht

a) Verfahren nach dem Zwölftafelrecht⁶⁸

Das Zwölftafelgesetz soll als eine der ältesten Gesetzessammlungen pure Personalexekution gewesen sein.⁶⁹ Die Gläubiger hatten ihre Ansprüche vor der Obrigkeit geltend zu machen und den Schuldner zu einem Geständnis zu bringen oder gegen ihn ein Urteil zu erwirken.⁷⁰ Nach dem Geständnis bzw dem Urteil hatte der Schuldner 30 Tage lang Zeit, sich das nötige Geld zu beschaffen, um damit die Gläubiger zu befriedigen.⁷¹ Hatte der Schuldner nach der 30-tägigen Frist dies nicht geschafft, hatte der Kläger das Recht,

⁶⁷ *Ogris* in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 1384

Henkel in FS für Bernhard Grossfeld zum 65. Geburtstag, 343

⁶⁸ Das Zwölftafelgesetz soll eine um 451 v Christus entstandene Gesetzessammlung, die in zwölf hölzernen Tafeln auf dem Forum Romanum aufgestellt war, sein

⁶⁹ *Düll*, Das Zwölftafelgesetz¹ München 1944, 31

⁷⁰ *Bayer*, Theorie des Konkurs-Prozesses⁴, München, 1868, 9

⁷¹ *Tabula III. post deinde manus iniectio esto. In jus ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne maiore aut si volet monore vincito. Si volet suo vivito, ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras faris endo dies dato. Si volet, plus dato.*

den Schuldner, wo er ihn fand, unter Aussprechung feierlicher Worte körperlich festzuhalten und vor den Prätor zu führen, nicht um die Sache noch einmal zu verhandeln und auch keine Einwendung gegen die Forderung zu hören, sondern um das Recht zu erwirken, den Schuldner, wenn keine Zahlung erfolgt war, diesen als Schuldknecht nach Hause zu führen und zu fesseln (*secum ducere et vincire*). Die Fesseln durften aus einer Schnur bestehen oder auch Fußfesseln sein, die 15 Pfund Gewicht nicht überschreiten durften.⁷² In diesem Zustande sollte der Schuldner 16 Tage lang festgehalten werden, während dieser Zeit hatte er aber noch die Möglichkeit, die Zahlungen zu veranlassen.⁷³

Erst dann, wenn auch während dieser Zeit keine Zahlung oder andere Abführung zwischen den Gläubigern und dem Schuldner zustande kam, war der Schuldner dem oder den Gläubigern verfallen, welche denselben nunmehr war die Personalexekution, also Schuldknechtschaft, das Vollstreckungsmittel schlechthin. Sie ist bereits aus dem Codex Hammurabi im altbabylonischen Recht aus der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts vor Christus überliefert.⁷⁴ Inwieweit vom Prätor bereits ein Verwalter (*curator*) eingesetzt wurde oder von den Gläubigern bestellt wurde, ist nicht überliefert.

Forster sieht die Existenz der Zwölf-Tafelgesetze grundsätzlich kritisch und hegt Zweifel an der Überlieferung.⁷⁵

b) *Missio in bona*

Die Vermögensexekution wurde nach Gajus IV⁷⁶ von dem Prätor Publius Nutilus eingeführt.⁷⁷ Auf Gläubigerantrag (*postolatio*) wurde vom Prätor gegen Nachweis der Forderungen ein Dekret, die „*missio in bona*“ oder „*missio in possessionem bonorum rei servandae causa*“ erteilt.⁷⁸ Damit wurde die Einweisung der Gläubiger in das Vermögen des Schuldners verfügt. Durch die Eröffnung der *missio in bona* wurde der Gläubiger ermächtigt, die tatsächliche Gewalt über die vom Schuldner gehörenden Gegenstände auszuüben und das Vermögen zugunsten aller Gläubiger zu verwalten.⁷⁹ Die

⁷² Bayer 10

⁷³ Bayer 10, Die Hauptstelle dieser Verfahrensweise ist bei Aulus Gellius XX.1. (150 n.Chr.)

⁷⁴ Haase, Die keilschriftlichen Rechtssammlungen in deutscher Fassung² 1979, 29 f

⁷⁵ Forster stellte anlässlich des Kieler Symposiums im Frühjahr 2008 die Existenz der Zwölf-Tafelgesetze in Frage. Tatsächlich sind die Zwölf Tafeln nicht mehr existent und nur von Cicero überliefert. Die Zwölf-Tafelgesetze sind bildlich dargestellt am Portal des Reichsgerichtsgebäudes in Leipzig, heute Bundesverwaltungsgericht

⁷⁶ Huchthausen in Huchthausen/Härtel, Römisches Recht⁴ 1991, 9; Übersetzung aus Gaius: *institutiones secundum codicis veronensis apographum*

⁷⁷ Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht² IV/3, 383

⁷⁸ Kaser/Hackl 627

⁷⁹ Forster, *Judicum novum super nova*, Habilitationsschrift Ludwig-Maximilians-Universität München 2005, 97

missio in bona wirkte für alle weiteren Gläubiger.

Die missio in bona wurde durch öffentlichen Anschlag (proscriptio) bekannt gegeben, um sämtliche Gläubiger vom Verfahren zu benachrichtigen und es auch dem Schuldner zu ermöglichen, innerhalb der Proskriptionsfrist, die 30 Tage dauerte, seine Schulden zu bezahlen.⁸⁰ Mit der Besitzeinweisung waren die Gläubiger zunächst nur befugt, den Besitz des Schuldners zu verwalten und zu überwachen (custodia et observatio), die Früchte hieraus zu ziehen und diese an die Gläubiger zu verteilen.⁸¹ Die missio in bona entsprach zur Zeit der dKO der Sequestration, dem nunmehr in der dt InsO normierten vorläufigen Insolvenzverfahren.

c) Magister bonorum

Nach Ablauf dieser Proskriptionsfrist erließ der Prätor ein weiteres Dekret, mit welchem er die Gläubiger aufforderte, einen **magister bonorum** aus dem Kreis der Gläubiger zu wählen, um die Veräußerung (venditio bonorum) in die Wege zu leiten. Dem magister bonorum oblag zunächst die Aufstellung der Verkaufsbedingungen (lex bonorum vendendorum).⁸² Diese bedurften der Genehmigung des Prätors, der die venditio bonorum daraufhin zuließ. Der magister bonorum veräußerte das Schuldnervermögen dann in seiner Gesamtheit an denjenigen, der den Gläubigern den höchsten Bruchteil ihrer Forderungen bieten konnte.⁸³ Der Ersteher (emptor bonorum) trat in das Verhältnis zu den am Verfahren beteiligten Personen ein und zahlte diesen eine anteilige Quote, die er zuvor geboten hatte.

Wurden die Gläubiger bei dieser Verfahrensweise nicht befriedigt, konnten sie erneut die Personalexekution und wegen des Ausfalls eine neue bonorum venditio, die sie bei neuem Vermögen des Schuldners durchsetzen konnten, erwirken. Der Schuldner verlor bei dieser Personalexekution seine sämtlichen Bürgerrechte. Beispielhaft für das Verfahren einer missio in bona ist der Prozess des P. Quinctius, den Cicero in seiner Rede für P. Quinctius verewigt hat.⁸⁴ „*Cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis fama ex existimatio cum bonis simul possidentur*“.

⁸⁰ Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozessrechts¹⁷ München 1925, 226, Leopold Wenger wurde 1935 Universitätsprofessor an der Universität Wien

⁸¹ Gaius, Institutiones 3.78. Gaius war römischer Jurist um die Mitte des 2. Jahrhunderts n. Chr. Seine „Institutionen“ sind ein Elementarwerk in vier Büchern. Sie wurden in überarbeiteter Form in das Corpus Iuris Civilis übernommen. Das Corpus Iuris Civilis war in der Zeit von 528-542 mit Gesetzeskraft ausgestattete Sammlung des römischen Rechts. Dieses gelangte in Österreich und Deutschland im Mittelalter zur Rezeption. Ein Vorname von Gaius ist nicht überliefert.

⁸² Seufert, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, Nördlingen 1888 I 12

⁸³ Kaser/Hackl 390

⁸⁴ Kübler, Der Prozess des Quinctius und C. Aquilius Gallus, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte XIX 1893, 54-88

d) Cessio bonorum

Der entscheidende Anknüpfungspunkt für die weitere Entwicklung wurde aber nicht die *missio in bona*, sondern die *cessio bonorum*, also Abtretung seines Vermögens.⁸⁵ Ohne sie wären die mittelalterliche und auch die neuzeitliche Entwicklung des Insolvenzrechts nicht denkbar.⁸⁶

Den harten Folgen der Personalexekution wie Inhaftierung und Infamie konnte der Schuldner nach der *Lex Julia*⁸⁷ nun dadurch entgehen, wenn er sein gesamtes Vermögen abtrat.⁸⁸ Durch die „*cessio*“ wurde der Schuldner nicht frei, andererseits erwarben die Gläubiger auch kein Eigentum aber ein Verwertungsrecht, sie hatte nichts mit einer Forderungsabtretung zu tun, sondern diente der Vermeidung von Haft und Infamie.⁸⁹ In dieser Zeit unter Kaiser Augustus⁹⁰ änderte sich die Befriedigungsform des Verkaufs des Schuldnervermögens im Ganzen durch das Aufkommen des Spezialverkaufs des schuldnerischen Vermögens (*distractio bonorum*).⁹¹ Bei dieser Befriedigungsform traten die Ersteher nicht mehr unmittelbar in die Gläubigerbeziehung ein, sondern zahlten den Kaufpreis in die so genannte Masse, die unter Wahrung der Privilegien (den heutigen Aus- und Absonderungsrechten) im Verhältnis ihrer Forderungen verteilt wurden.⁹² Diese Befriedigungsform wurde deshalb gewählt, weil die Veräußerung des Vermögens im Ganzen unbefriedigende, wirtschaftliche Ergebnisse brachte.⁹³ Dies hing aber nicht damit zusammen, dass mit der *distractio bonorum* generell ein höherer Verwertungserlös erzielt wurde, sondern weil zu dieser Zeit die Wirtschaft zurückging und sich weniger Kaufkräftige fanden das gesamte Vermögen zu übernehmen.⁹⁴ Dogmatisch hatte dies zur Folge, dass es nicht mehr zu einer Universalsukzession kam. Der von der Gläubigerschaft gewählte *magister bonorum* hatte nur eine Verwertungsaufgabe.

⁸⁵ Forster, *Judicum* 99

⁸⁶ Forster, *Judicum* 4

⁸⁷ In dem Jahr 18 v. Christus erlassenen Gesetz *lex julia* ordnete Augustus die Erhöhung der allgemeinen Moral an. Eingeführt wurde die *cessio bonorum* durch die „*Lex Julia de bonis cedensis*)

⁸⁸ Kaser/Hackl 626

⁸⁹ Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Köln-Graz: Böhlau 1966 (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte)

⁹⁰ Kaiser Augustus (63 v Chr – 14 n Chr) war Großneffe und Haupterbe des Gaius Iulius Caesar

⁹¹ Forster, *Judicum* 135

⁹² Kaser/Hackl 626

⁹³ Forster, *Judicum* 135

⁹⁴ Kaser/Hackl 627; Forster, *Judicum* 135

e) Curator bonorum

Zur kurzfristigen Verwaltung und Erledigung eiliger Geschäfte konnte neben dem magister bonorum ein curator bonorum eingesetzt werden.⁹⁵

Seit der „Lex Julia“ kennt das römische Recht nur noch den **curator bonorum**, der magister bonorum ist ab dieser Zeit nicht mehr überliefert. Der Konkursprozess wurde ab dieser Zeit durch die Gläubiger eingeleitet, die missio in bona nun durch eine „sententia“ dem Gericht erteilt.⁹⁶

Der curator bonorum wurde zunächst vom Prätor vorläufig bestellt, um die wichtigsten und eiligsten Geschäfte abzuwickeln und das Vermögen zu verwalten. Nach der **Wahl** durch die Gläubiger wurde er vom Gericht bestätigt. Der curator bonorum konnte auch aus dem Kreis der Gläubiger kommen. Er hatte nach der Verwaltung die Verwertung nach Dekret durch das Gericht durchzuführen und diesbezüglich ein Protokoll (attestatio) dem Gericht vorzulegen.⁹⁷

Der curator bonorum entsprach dem heutigen Masseverwalter oder Insolvenzverwalter. Er war aber von der Gläubigerschaft eingesetzt, aber unter Rechtsaufsicht des Gerichts gestellt.

Trotz Protokollpflicht war das Konkursverfahren des römischen Rechts ein Selbsthilfeverfahren der Gläubiger mit dem Prinzip der anteilmäßigen Gläubigerbefriedigung. Die Auswahl und Bestellung des curator zu dieser Zeit war mehr oder weniger eine interne Angelegenheit der Gläubiger.⁹⁸

Als Curator wurde der Masse- und Konkursverwalter bis zur österr und preußischen Konkursordnung bezeichnet.

5. Der Verwalter und das Verfahren im Mittelalter

a) Einfluss des römischen Rechts

Das römische Recht zu Zeiten der Lex Julia bildete die Grundlage für das mittelalterliche italienische Konkursrecht.⁹⁹ Dabei setzte sich in den reichen, italienischen Handelsstädten die Auffassung durch, dass bei einem Vermögensverfall eines Schuldners alle Gläubiger zur Befriedigung herangezogen werden sollten.¹⁰⁰ Gewohnheitsrecht und Handelsbräuche bildeten im frühen

⁹⁵ Kaser/Hackl 393

⁹⁶ Schwarz, Das österreichische Concursrecht I Wien 1894, 7

⁹⁷ Schwarz 7

⁹⁸ Schwarz 9

⁹⁹ Endemann, ZZP XII 24 (34)

¹⁰⁰ Skedl, Die Grundlagen des österreichischen Concursrechts in ihrer historischen Entwicklung, in Festschrift A. Wach III, Leipzig 1913, 227

Mittelalter die Grundlage deutscher Stadtrechte. Aufgrund der Zersplitterung in einzelne Länder und unabhängige Städte gab es eine Vielzahl von Verfahrensordnungen, die aber zunächst auf dem Prioritätsprinzip der Gläubigerbefriedigung beruhten. Erst der Einfluss des oberitalienischen Rechts, dessen Grundlage das römische Recht bildete, änderte dies. Das römische Recht hielt in vielen Städten verursacht durch die Berührung deutscher Kaufleute mit den italienischen Handelsstädten im 13. und 14. Jahrhundert Einzug, wobei die *cessio bonorum* die wesentliche Grundlage bildete. Nachweisbar kommt Ende des 13. Jahrhunderts eine quotenmäßige Befriedigung im Sinne des Insolvenzrechts auf. Das Lübecker Stadtrecht verheißt fortschrittlich schon dem zweiten und dritten Gläubiger dieselbe Befriedigungsmöglichkeit, wie dem ersten, welcher wegen einer offenen Forderung das Vermögen des Schuldners (*facultas*) in Beschlag nimmt.¹⁰¹ Dieser Verfahrensart schlossen sich Ende des 13. Jahrhunderts weitere deutsche Hansestädte an.¹⁰² Es entwickeln sich mehr oder weniger feste Regeln für das Verfahren: so hinsichtlich der Anmeldung und Feststellung verschiedener Forderungen, der Beschlagnahme des gesamten Schuldnervermögens, der Bildung und Verwertung der Konkursmasse, der Einsetzung von Konkurskuratoren usw.¹⁰³

b) Selbständige Gant und Konkursprozesse als Vollrezeption des römischen Rechts

Am Ausgang des Mittelalters tritt der „Gantprozess“ oder Konkursprozess überwiegend als allgemeines Instrument zur gleichmäßigen Befriedigung neben die Einzelzwangsvollstreckung. Konkursordnungen als gesonderte Regelwerke traten auf. Beispiele für eine eigenständige Regelung des Gesamtverfahrens sind das Freiburger Stadtrecht von 1520,¹⁰⁴ und die Fallitenordnung der Stadt Augsburg von 1574.¹⁰⁵

In Preußen brachte das *Corpus Iuris Fridericiani* eine Gesetzesrevision der Hypotheken und Konkursordnung, der Konkursprozess wird hier selbständig normiert.¹⁰⁶ Im 15. und 16. Jahrhundert begann mithin in den deutschen und österreichischen Ländern eine Vollrezeption des römischen Rechts.

¹⁰¹ Planitz, Quellenbuch der deutschen und österreichischen Rechtsgeschichte¹ Graz 1948, 26

¹⁰² Nach Ogris ist es nicht eindeutig geklärt ob die Entwicklung der deutschen Handelsstädte eine eigenständige Schöpfung ist oder auch nach dem Vorbild der oberitalienischen Städte entstand, wobei er auch letzteres vermutet. Ogris in HRG S 1084

¹⁰³ Ogris in HRG S 1083

¹⁰⁴ Zasius, Nüwe Stattrechten und Statuten der loblichen Stadt Fryburg im Pryßgow gelegen, 1520

¹⁰⁵ Fallitenordnung vom 3. Juli 1574 in Hassler, der Ausgang der Augsburger Handelsgesellschaft,

¹⁰⁶ Theil 2 Titel 26 Prozessordnung, Ausgabe: Corpus Juris Fridericianum, Berlin 1781, Nachdruck in 2 Bänden 1994

c) Ideen des *Salgado de Somoza* versus römisches Recht

aa) Novum iudicium

Wegweisend für die Entwicklung des Insolvenzrechts in Österreich und Deutschland war das Werk *Salgado de Somozas*.

Salgado stellt in seinem Werk „Labyrinthus creditorum concurrentium“ ein neues Verfahren im Unterschied zur *cessio bonorum* dar, ein novum iudicium.

Nach *Salgado* setzt das neue Verfahren zunächst keine Inhaftierung des Schuldners (was zuvor noch in Spanien und einzelnen Ländern üblich war) mehr voraus. Die neue Art des Verfahrens leitet der Schuldner außerhalb des Gefängnisses ein „extra carcerem illum format debitor inter suos creditores.“ Im neuen Verfahren nach *Salgado* ist ein Schuldeingeständnis oder Verurteilung des Schuldners nicht erforderlich. Im novum iudicium nach *Salgado* wird die Verität der Forderungen untersucht, dem Schuldner wird rechtliches Gehör gewährt. Auch juristische Personen können einen „concursum“ eröffnen.¹⁰⁷

Der concursus erfolgt zwar durch den Schuldner, ist nach *Salgado* **aber nur als gerichtliches Verfahren** möglich, bei dem die Formalitäten einzuhalten sind.¹⁰⁸ Erforderlich war aber, dass der Schuldner zuvor eine Erklärung über seine Vermögensaufgabe beim Richter abzugeben hatte.¹⁰⁹ Hierzu war ein vollständiges Vermögensverzeichnis und Gläubigerverzeichnis erforderlich, welche eidesstattlich versichert werden mussten.¹¹⁰ Nur bei mehr als drei Gläubigern wurde das Verfahren eröffnet.¹¹¹ Die Eröffnung führte zum Vollstreckungsschutz für den Schuldner. Alle anderen Prozesse folgten den Anweisungen des Richters (Attraktivität des Verfahrens).

Die Universalität war Dreh- und Angelpunkt für das Verfahren nach *Salgado*.¹¹² Der concursus ist universal in dem Sinn, dass er das schuldnerische Vermögen als Ganzes erfasst. Dogmatisch orientiert sich das Verfahren an der *cessio bonorum*. Der concursus creditorum wird aber nicht allein durch die Gläubiger, sondern durch den Schuldner selbst ausgelöst. Der Schuldner kann selbst präventiv handeln und einen Antrag auf Eröffnung des Verfahrens stellen, was dem heutigen Eigenantrag gleichkommt. Das gesamte Vermögen unterliegt aufgrund der Universalität dem concursus,¹¹³ an dem alle

¹⁰⁷ Zu dieser Zeit können als juristische Personen Städte, Kommunen, Zünfte bezeichnet werden.

¹⁰⁸ Forster, Konkurs als Verfahren, 312

¹⁰⁹ Forster, Judicum 354

¹¹⁰ Smid in FS für Gero Fischer 2008. Auf der spanischen Strasse in das Labyrinth des Konkurses, 497

¹¹¹ Forster, Judicum 356

¹¹² Forster, Konkurs 320

¹¹³ Forster, Judicum 360

Gläubiger teilnehmen.¹¹⁴ Die Individualität des Verfahrens und damit die einheitliche richterliche Zuständigkeit werden bei *Salgado* erreicht mit der Beschränkung auf das Verfahren, das durch den sein Vermögen aufgebenden Schuldner eingeleitet wird. Nur dadurch kann ein universales Verfahren entstehen.

bb) Die Bestellung des Verwalters nach *Salgado*

Für das Schuldnervermögen ist auf Verlangen der Gläubiger durch den Richter ein Verwalter (Curator) einzusetzen.¹¹⁵ Bei der Auswahl muss das Gericht den Willen der Gläubiger befolgen. Wenn diese einstimmig oder mit Mehrheit einen Verwalter wählen, ist der Richter daran gebunden und muss ihn bestätigen.¹¹⁶ Nur wenn eine Einigung der Gläubiger nicht stattfindet, kann der Richter einen Verwalter bestimmen. Ungeeignet waren Gerichtsangestellte, da sie den Richtern zu nahe standen. Einer der Gläubiger konnte zum Verwalter bestellt werden.¹¹⁷

Der Verwalter war in seinen Funktionen mehr in der Funktion eines Sequesters, denn er sollte aus dem Vermögen die Früchte ziehen (Verpachten, Vermieten, Forderungen einziehen). Die Befriedigung durfte nur mit Zustimmung des Gerichts erfolgen. Der Verwalter handelte soweit in gewisser Abhängigkeit des Gerichts und im Namen des Gerichts, nicht im Namen der Gläubiger und Schuldner.¹¹⁸

Soweit stellt *Salgado* die richterliche Zuständigkeit in den Vordergrund.¹¹⁹ Der dogmatische Aufbau seines Werkes dient der Legitimierung eines selbständigen vor einem Richter zuständigen Verfahrens, welches aufgrund der *cessio bonorum* nur vom Schuldner beantragt werden konnte, allerdings nach Eröffnung mit **Gläubigermacht**, wenn es um die Bestellung des Verwalters ging.

cc) Historikerstreit

Nach *Kohler*¹²⁰, dessen Auffassung von fast allen Rechtshistorikern¹²¹ bis 2008 geteilt wurde, hätten sich ab dem 17. Jahrhundert in Europa zwei völlig

¹¹⁴ *Forster*, *Judicum* 363

¹¹⁵ *Salgado de Somoza* I, 13,6 *bonis debitoris instantibus creditoribus per judicem curator datur*“; aA *Kohler*, der von absoluter Gerichtsherrschaft ausgeht

¹¹⁶ *Salgado de Somoza* I 13,14

¹¹⁷ *Salgado de Somoza* I 13,18

¹¹⁸ *Forster*, *Judicum* 390

¹¹⁹ *Gottwald* § 1 Rz 4

¹²⁰ *Kohler*, *Lehrbuch des Konkursrechts* 1891, 24; *Kohler* (1849-1919) studierte in Freiburg und war zuletzt Professor in Berlin. Seine Werkliste umfasst 2500 Titel, Schwerpunkt war die Rechtsvergleichung.

¹²¹ *Endemann*, *ZZP* 12, 1898, Endemann „Das deutsche Concursverfahren“ Leipzig 1889, II 1

verschiedene Arten von Insolvenzverfahren entwickelt.¹²² Einmal das „amtliche“ Insolvenzverfahren des Spaniers *Salgado de Somoza*, zum anderen das vorerwähnte, in den italienischen Stadtrechten im 13. bis 16. Jahrhundert angewandte, aus dem römischen Recht stammende Selbsthilfeverfahren der Gläubiger, die *missio in bona*. *Kohler* kritisiert das Verfahren nach *Salgado* als auf den Richter zentriertes, bürokratisches Verfahren, das eigene Interessenwahrnehmung durch die Gläubiger lähmt, den Richter arbeitstechnisch überfordert, das Verfahren in die Länge zieht.¹²³ Übernommen wird diese Kritik auch von *Jaeger*.¹²⁴ Besonders *Kohlers* Verdammungsurteil, „*Salgado de Somoza* war das Verhängnis des gemeinen Konkursrechts, wie seiner Zeit die sächsischen Juristen das Verhängnis des gemeinen Zivilrechts waren“¹²⁵ und *Kohlers* *Conclusio*, das seine Lehre mehrere Jahrhunderte lang das deutsche Verfahren beherrscht und verderblich gewirkt hat, erzürnt *Forster*.^{126, 127}

Forster hält auch die positive Hervorhebung durch *Kohler* des oberitalienischen Statuarrechts für fragwürdig, welches nach *Kohler* in Frankreich aufgenommen und weiterentwickelt wurde, von wo dann die inhaltliche Anregung zur Gestaltung der preußischen Konkursordnung erfolgte wäre. Das italienische Statuarrecht eröffnete den Konkurs regelmäßig bei Zahlungseinstellung des Schuldners, die namentlich durch die Flucht des Schuldners festgestellt wurde.¹²⁸ Regelmäßig wurde die Eröffnung des Konkurses an den Antrag der Gläubiger geknüpft.¹²⁹ Daraufhin wurde von den Gläubigern ein Verwalter erwählt, der einen *curator* benannte, der die Verwaltung der Masse übernahm.¹³⁰ Dem Schuldner drohte die Aberkennung der Bürgerrechte. Gerade die Verschließung *Kohlers* vor diesen entwürdigenden Prozeduren des Schuldners, die völlige Auslieferung des Schuldners an seine Gläubiger, rechtfertigt nach überzeugender Darstellung von *Forster* die harsche Kritik von *Kohler* an *Salgado* und seinen Ideen nicht.¹³¹ Die von *Kohler* angenommene ausschließliche Gerichtsherrschaft hatte, dies wird von ihm verkannt, zumindest ihre Einschränkung bei der Auswahl des Verwalters (*curator*). Hier herrschte auch bei *Salgado* Gläubigermacht durch die Bindung des Richters an die Vorschläge der Gläubiger. Zwar war der Verwalter oder *curator* bei der Verwertung des Vermögens an die Zustimmung des Gerichts und nicht an die Zustimmung der Gläubiger gebunden, die Position des *curator* aber nur als Gehilfen anzusehen, entspricht nicht den Vorgaben *Salgados*.

¹²² *Forster* widerlegt dies durch eindeutige Zitate aus *Salgado*

¹²³ *Kohler* 1891, 31

¹²⁴ *Jaeger*, Berlin 710

¹²⁵ *Kohler* 1891, 32

¹²⁶ *Forster*, *Judicum* 2

¹²⁷ *Kohler* 1891, 45

¹²⁸ *Kohler* 1891, 11

¹²⁹ *Kohler* 1891, 2

¹³⁰ *Kohler* 1891, 12

¹³¹ *Smid* in FS für Gero Fischer 494

Trotz dieses nicht mehr zwischen den Personen auszutragenden Historikerstreits ist nach beiden Rechtshistorikern festzustellen, dass das Werk *Francisco Salgado de Somozas* im 17. Jahrhundert in den meisten europäischen Städten und Ländern zu großer Resonanz führte und wegweisend für das heutige Insolvenzrecht in Deutschland und Österreich wurde, denn Universalität und Gerichtszuständigkeit bei der Auswahl sowie die Aufsicht des Verwalters durch das Insolvenzgericht prägen sowohl die IO, vormals KO, als auch die InsO.

Salgado ist es zu verdanken, dass er entgegen den Feststellungen von *Kohler* nicht ein völlig obrigkeitliches Verfahren entwickelt hat, sondern an die oberitalienischen Einflüsse anknüpfend, ein aus damaliger Sicht modernes Konkursverfahren mit Rechtsaufsicht des Insolvenzgerichts entwickelte.

dd) Anwendung *Salgado de Somozas* Grundsätze in den deutsch-österreichischen Ländern

Viele deutsche Länder folgten im 17. Jahrhundert den Leitgedanken Somozas,¹³² Universalprinzip, richterliche Alleinzuständigkeit und die Aufteilung in ein Eröffnungsverfahren (präparatorisches Verfahren),¹³³ Liquidationsverfahren,¹³⁴ Prioritätsverfahren¹³⁵ und Distributionsverfahren.¹³⁶ Die Ideen von *Salgado de Somoza* prägten besonders die preußische Hypothec- und Concursordnung von 1722, den Codex Bavarici Judiciari von 1753 und in Österreich die Konkursordnung von 1781 und die westgallizische Gerichtsordnung von 1796.¹³⁷

In vorgenannten Konkursordnungen war die Konkursverwaltung nach *Salgado* in Verfahrensabschnitte aufgeteilt. Bei der Ernennung des einstweiligen Verwalters war allein das Insolvenzgericht zuständig. Bei der Ernennung des definitiven Verwalters war den Gläubigern ein Wahlrecht eingeräumt. In Preußen war die Auswahl nach einer Vorschlagsliste zu treffen, in Bayern war das Wahlrecht der Gläubiger unbeschränkt. Auch dies folgt entgegen den Feststellungen *Kohlers* *Salgados* Werk.

¹³² *Endemann*, Die Entwicklung des Konkursverfahrens in der gemeinrechtlichen Lehre bis zur deutschen Konkursordnung, ZZP XII 1888, 24 f

¹³³ Im präparatorisches Verfahren wurden die Eröffnungsvoraussetzungen geprüft.

¹³⁴ Im Liquidationsverfahren wurden die Forderungen festgestellt und der Verwalter bestellt.

¹³⁵ Im Prioritätsverfahren wurden die Rangforderungen der Gläubiger festgestellt.

¹³⁶ Im Distributionsverfahren fand die Verwertung statt.

¹³⁷ *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch³ München 2006 § 1 Rz 4

6. Lege scripta : erste einheitliche gesetzliche Normierungen der Verwalterbestellung

a) Erste einheitliche Kodifikation in Österreich: Josephinische Konkursordnung von 1781

Aus den vorskizzierten Entwicklungen entstand 1781 die erste einheitliche Kodifikation des Konkursrechts in Österreich mit der allgemeinen Konkursordnung *Josephs II.*¹³⁸ Bei der als „Josephinische“ Konkursordnung bezeichneten Kodifikation wurde vom Konkursrichter ein Curator (Massevertreter) ernannt. Nach Vernehmung der Gläubiger wurde ein Curator Bonorum (Masseverwalter) zur Verwaltung des Vermögens bestellt. Die Konkursordnung war zur Josephinischen Zeit von einem Dualismus geprägt. Die Gläubiger konnten ihre Forderungen mittels Klage unter Inanspruchnahme ihres Vorrechts und ihrer Klasse 6 Monate lang geltend machen. Die Entscheidung der Anmeldung der Forderung traf Liquidationsurteile, gegen die wiederum der ordentliche Rechtsmittelweg gegeben war. Die Konkursordnung *Josephs II.* kannte mehrere Vorrechte und sah insgesamt sechs Gläubigerklassen vor.¹³⁹ Die Zuordnung der einzelnen Gläubiger in diesem Verfahren in die Gläubigerklassen war undurchsichtig, die Prozessdauer zur Feststellung der Gläubigerforderungen lang, die Gläubiger konnten bei Feststellung einer Klasse, die nach Auffassung des Gläubigers unzutreffend war wiederum Klage erheben.¹⁴⁰ Erst nach der Feststellung der Forderungen durch Urteil konnten die Gläubiger auf Ansuchen des Curators den Masseverwalter wählen. Danach konnte dieser die Masse „realisieren“ und einen Verteilungsentwurf fertigen.

Hiergegen hatte die Gläubiger wieder ein 14-tägiges Beschwerderecht. Sollte eine Beschwerde nicht erfolgen, hatte der Curator bei ständiger Information eines Gläubigerausschusses die Verwertung und Verteilung vorzunehmen. Aufgrund dieses langwierigen Verfahrens führte dies bereits 1811 zu legislativen Bestrebungen die Konkursordnung zu ändern, was sich 1820 mit einem Entwurf einer österreichischen Konkursordnung verdichtete.¹⁴¹

b) Preußische Konkursordnung von 1855

Die preußische Konkursordnung löste das „Corpus Fridericianum“ von 1793 ab, das als Teil der Justizreform *Friedrich des Großen* in Kraft getreten

¹³⁸ Konkursordnung Josephs II. vom 01.05.1781, Nr. 14 J.G.S.

¹³⁹ Schwarz 21

¹⁴⁰ Rintelen, Handbuch des österreichischen Konkurs und Ausgleichsrechts 1915, 10

¹⁴¹ Petschek/Reimer/Schiemer, Das österr Insolvenzrecht Wien 1973, Einleitung

war.¹⁴² Die preußische Konkursordnung setzte einen neuen Impuls für das Konkursrecht in Deutschland.¹⁴³ Sie reagiert mit dem Beginn des Industriezeitalters auf die geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse.

Die preußische Konkursordnung war ihrerseits von dem französischen Konkursrecht, dem code de commerce von 1838 beeinflusst, was seinerzeit dort nur für Kaufleute Anwendung fand.¹⁴⁴ Der code commerce lehnte sich wieder stärker an das oberitalienische Statuarrechts an, was die Stellung der Gläubiger stärkte. Um eine schnelle Befriedigung der Gläubiger zu finden wurde die Gläubigerautonomie betont.¹⁴⁵

So war es zu erklären, dass die Auswahl des endgültigen Verwalters nun wieder völlig durch die Einführung eines **Vorschlagsrechts**, an welches der Richter gebunden war, in die Hände der Gläubiger fiel.¹⁴⁶ Zuvor war allerdings ein vorläufiges Verfahren vorgeschaltet. Unmittelbar nach der Eröffnung des Verfahrens bestellte das Gericht aus den eigenen Reihen einen Kommissar (§ 128 prKO), der das Verfahren zu überwachen hatte. Zugleich wurde ein einstweiliger Verwalter eingesetzt (§ 128 prKO). Nach 14 Tagen wurden die Gläubiger aufgefordert, die Forderungen anzumelden, ob sie anerkannt wurden entschied der vorläufige Verwalter. Im nächsten Verfahrensstadium entschieden die Beteiligten über einen gerichtlichen Vergleich (Akkord nach § 197 prKO). Kam dieser nicht zustande hatten nach § 213 prKO die Konkursgläubiger den definitiven Verwalter **vorzuschlagen**, der daraufhin aus den Vorschlägen der Gläubiger **definitiv zum Verwalter bestellt wurde**. Eine Wahl fand nicht statt. Aus dem Kommissionsbericht ergibt sich:

„Es empfiehlt sich nicht nur, sondern erscheint notwendig, den Gläubigern die möglichst entscheidende Einwirkung auf die Wahl der Person des Verwalters einzuräumen, weil, wie mehrfach erwähnt worden ist, der Verwalter eine viel freiere Disposition über die Masse haben soll.“¹⁴⁷

Die preußische Konkursordnung 1855 wurde insgesamt aufgrund der Betonung der Universalität für ihre fortschrittliche Gesetzestechnik gelobt. Allerdings war auch festzustellen, dass eine Frau als Verwalterin nach § 214 prKO vom Verwalteramt ausgeschlossen war. Zudem galt striktes Örtlichkeitsprinzip. Danach musste der Verwalter am Sitz des Gerichts oder an dem Ort wo das schuldnerische Geschäft war, seinen Wohnsitz haben. Schließlich hatte die prKO 420 Paragraphen, die nicht für eine Flexibilität sprachen.

¹⁴² *Seuffert*, Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts, Nördlingen 1888, 76

¹⁴³ Gesetz-Sammlung für die königlich preußischen Staaten 1855, 321

¹⁴⁴ *Ogris* in HRG S 1085

¹⁴⁵ *Meier*, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, Lang 2003, 86

¹⁴⁶ *Wentzel/Klose*, Die preußische Konkursordnung 12

¹⁴⁷ *Golthammer*, Kommentar und vollständige Materialien zur Konkursordnung vom 08.05.1855, Berlin 1855, 393

c) Benonischer Entwurf: Österreichische Concursordnung von 1868

Trotz der Gesetzesinitiative aufgrund der Schwerfälligkeit der Josephinischen Konkursordnung und des bereits 1820 eingebrachten Entwurfs vergingen acht Jahrzehnte bis eine Änderung eintrat. Am 04.11.1862 forderte endlich das österreichische Abgeordnetenhaus die Regierung definitiv zur Vorlage eines Entwurfs einer neuen Konkursordnung auf. Beauftragt mit einer neuen und definitiven Entwurfsvorlage wurde der Ministerialrat *Benoni von Glanisberg*, der diese vier Jahre später vorlegte. Aufgrund des so genannten benonischen Entwurfs¹⁴⁸ wurde die österreichische Konkursordnung am 05.12.1868 sanktioniert und nach Art I. des Einführungsgesetzes im Jahr 1869 wirksam.¹⁴⁹ Der benonische Entwurf war auf die preußische KO aus dem Jahr 1855 aufgebaut.¹⁵⁰

So schreibt *Carl Schwarz*:

*„Unsere Konkursordnung vom 25.12.1868 hat zum großen Theile die Grundsätze der preußischen Concursordnung vom 08.05.1855 aufgenommen, diese letztere ist Grundlage der deutschen Concursordnung vom 10.02.1877, welche sich durch den klaren Aufbau und kurz gefasste Entwicklung der richtigen Grundsätze auszeichnet und welche die Fortschritte der Wissenschaft und die gemachten Erfahrungen berücksichtigt.“*¹⁵¹

Nach § 70 CO war bei der Eröffnung ein zur Ausübung des Richteramts befähigter „Conkurscommissionär“ zu bestellen, dem die Leitung der Konkursversammlung und die Aufsicht der mit der Vermögensverwaltung betrauten Person oblagen.

Nach § 73 CO war bei Konkurseröffnung vom Konkursgericht ein einstweiliger Masseverwalter von Amts wegen zu bestellen. Hierbei war das Gericht verpflichtet die geeignetste Person für den jeweiligen Fall auszuwählen.¹⁵²

Gleichzeitig erging jedoch vom Konkursgericht die Aufforderung an die Gläubiger, bei einer auf längstens 14 Tage angeordneten Tagfahrt über dessen Bestätigung und über die Ernennung eines anderen Masseverwalters

¹⁴⁸ *Rintelen*, 13

¹⁴⁹ Österreichische Konkursordnung vom 15.12.1868 RGBI Nr. 1 ex 1869

¹⁵⁰ Preußische Konkursordnung vom 08.05.1855, Gesetz betreffend der Einführung der Konkursordnung in den Landestheilen, in welchen das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichtsordnung Gesetzeskraft haben“ vom 08.05.1855 in *Liebgott*, 278

Die Konkursordnung von 1855 galt in den Provinzen Preußen, Pommern, Brandenburg, Sachsen, Posen, Schlesien, Westfalen, sowie in den Hohenzollerschen Landen, wohingegen in der Rheinprovinz der Code Commerce galt. Hannover hatte eine eigene hannoversche Prozessordnung

¹⁵¹ *Schwarz*, Vorwort

¹⁵² *Schwarz* 183

oder eines Stellvertreters Vorschläge zu erstatten. **Die von der Gläubigerschaft gemachten Vorschläge hatte das Konkursgericht nach Bericht des Konkurskommissionärs, sofern erhebliche Bedenken nicht bestanden, zu bestätigen.** Nach der allgemeinen Liquidierungstagfahrt stand es gemäß § 143 CO den Gläubigern frei, anstelle des bisherigen Masseverwalters oder seines Stellvertreters durch absolute Stimmenmehrheit, die sich aus dem Betrag der angemeldeten Forderungen ergab, eine andere Person ihres Vertrauens zu wählen.¹⁵³ Der einstweilig Bestellte wurde dann nach § 74 CO entweder ernannt oder ein anderer Masseverwalter wurde nach Wahl bestätigt.

Ab diesem Zeitpunkt trat vollständige Gläubigerautonomie ein. Das Konkursgericht und der Konkurskommissionär traten ab diesem Zeitpunkt in den Hintergrund. Bis zur Liquidierungsfahrt bestand die Verwaltung in der Regel in der Feststellung und Sicherung der Insolvenzmasse. Eine Verwertung erfolgte bis dahin nur in Ausnahmefällen. Der Verwalter war Vertreter der Gläubigerschaft. Nach § 75 CO konnte nur eine **natürliche Person** zum Masseverwalter bestellt werden, für einen Verein, eine Gesellschaft oder eine Genossenschaft oder eine juristische Person war es ausgeschlossen, als Masseverwalter zu fungieren.

Nach § 75 CO war zum Masseverwalter ein unbescholtener und verlässlicher geschäftskundiger **Mann** zu bestellen. Dieser sollte am Ort, wo der Konkurskommissionär seinen Wohnsitz hat, ansässig sein. Der Masseverwalter konnte aus dem Kreis der Gläubiger bestellt werden.

Wie bei der preußischen KO war bei CO das Gericht an die Vorschläge der Gläubiger zur Auswahl des definitiven Verwalters gebunden, dieser wurde bei der ersten Tagsatzung nach Vorschlag der Gläubiger bestellt.

d) Deutsche Konkursordnung von 1877

Der Bedarf nach einer einheitlichen Konkursordnung bestand in Deutschland nach der Gründung des Norddeutschen Bundes im Jahr 1866 aufgrund der Vielzahl der verschiedenen Rechtsordnungen der Bündnisstaaten.¹⁵⁴ Neben Preußen hatten auch Bayern, Baden, Oldenburg, Braunschweig und die Hansestädte eigene Konkursordnungen. Die deutsche Konkursordnung 1877¹⁵⁵ resultiert aus einem Ersuchen des Bundesrats des Norddeutschen Bundes an den Kanzler im Jahr 1870 den Entwurf einer norddeutschen Konkursordnung ausarbeiten zu lassen.¹⁵⁶ Der Kanzler seinerseits regte beim

¹⁵³ Schwarz 12

¹⁵⁴ Der Norddeutsche Bund war ein 1866 gegründetes Militärbündnis, welches 1867 eine Verfassung bekam, die es zu einem föderativ organisierten Bundesstaat machte. Seine Mitgliederstaaten waren die Länder nördlich der Mainlinie, die nach dem deutschen Krieg 1866 von Preußen annektiert worden waren.

¹⁵⁵ Konkursordnung von 1877, RGBl Nr 10 S 351-394

¹⁵⁶ Kohler 63

preußischen Justizminister die Abfassung eines einheitlichen Entwurfs an. Auf der Grundlage der preußischen Konkursordnung vom 05.05.1855 entstand der „Entwurf einer deutschen Gesamtschuldordnung, die auf *Carl Hagens*¹⁵⁷ zurückzuführen war. Nach der Reichsgründung erstreckte sich das Reichsgesetz vom 12.12.1873 auf die Zuständigkeit des gesamten bürgerlichen Rechts, mithin auch auf das Konkursrecht. Am 06.03.1873 trat eine Vorkommission in Berlin zusammen und beriet über den Entwurf des preußischen Justizministers. Nach einigen Änderungen wurde am 02.02.1877 die Konkursordnung mit dem Einführungsgesetz publiziert.¹⁵⁸ Die Konkursordnung vom 10.02.1877 des deutschen Reiches weicht von den Grundsätzen der preußischen Konkursordnung von 1855 ab und entscheidet sich nun für eine gerichtlich überwachte, eingeschränkte Selbstverwaltung der Gläubiger.¹⁵⁹ In den Motiven zur KO heißt es:

*„Die vielfach laut gewordene Forderung, dass die Bestellung des Verwalters in die Hand der Gläubiger gelegt werde, hat nur in wenigen Rechtsgebieten unumwundene Anerkennung gefunden, die Rechtsentwicklung in den meisten Handelsstaaten hat sich ihr vielmehr abgeneigt erwiesen.“*¹⁶⁰

Nach § 70 dKO (später § 78) wurde nun der Konkursverwalter ohne Vorschlagsbindung vom Gericht ernannt.

„Der Konkursverwalter wird vom Gerichte ernannt. Das Gericht kann demselben die Leistung einer Sicherheit auferlegen.“

Nach §§ 75, 76 dKO stand der Verwalter nunmehr unter Aufsicht des Gerichts.

Trotz dieser Gerichtshoheit, trotz Ernennung und Legitimation durch eine Urkunde erfolgte diese staatliche Fürsorge im privaten Interesse der Konkursgläubiger und des Gesamtschuldners und nicht im staatlichen Interesse. Aufgrund dessen konnte der Schuldner auch Widerstand leisten, ohne in die Strafbarkeit zu kommen.

„Im Dienste dieser Privatperson, nicht im Dienste des Staates ist der Ver-

¹⁵⁷ *Carl Hagens*, 1838-1924 schuf den Entwurf einer deutschen Gesamtschuldordnung, die Grundlage der Konkursordnung von 1877 wurde. Carl Hagens war im preußischen Justizdienst tätig und 1877 zum vortragenden Rat im Reichsjustizamt ernannt

¹⁵⁸ Unter dem 10.02.1877 wurde die Konkursordnung mit dem Einführungsgesetz publiziert (RGL. Nr 10 S 351-394). Sie erlangte mit den übrigen Reichsjustizgesetzen am 01.10.1879 Gesetzeskraft. Zur gleichen Zeit trat auch das die Konkursordnung ergänzende Rechtsgesetz vom 21.07.1879, das die Anfechtung von Rechtshandlungen vorsah, in Geltung.

¹⁵⁹ *Huber*, Gerichtliche Korrektur von Fehlentscheidungen der Gläubiger in Insolvenzverfahren, DZWIR 2007, 364

¹⁶⁰ *Hahn*, Die gesammten Materialien zur CPO und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30.01.1877 I, 1880, 525

walter angestellt und darum ist er kein Staatsbeamter“, sein Amt entsprechend dem „Amte“ des Vormunds, Sequesters, Testamentvollstreckers und anders als das Amt des Gerichtsvollziehers nur ein Privatamt“.¹⁶¹

Nach der Konkursordnung von 1877 war zum Verwalteramt im Gegensatz zur preußischen IO von 1855 jede geschäftsfähige, natürliche Person, auch eine **Frau**, aber auch ein Gläubiger und ein naher Verwandter oder Verschwägerter und nach *Jaeger* nach der 6.Auflage ein Ausländer geeignet.¹⁶²

Bei den nahen Verwandten ging man davon aus, dass ein solcher gegen ein geringes Honorar arbeiten würde oder auch unentgeltlich die Verwaltung übernehmen würde oder auch mit den abzuwickelnden Verhältnissen besonders vertraut war. Juristische Personen, auch Treuhandgesellschaften, waren ausgeschlossen.¹⁶³

Es war Sache des Gerichts, die Berufsfreien (Notare, Rechtsanwälte, Gerichtsvollzieher, Kaufleute) auszusuchen.¹⁶⁴ Wie *Jaeger* schon damals zutreffend feststellte:

„ die Auslese des Verwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses“¹⁶⁵
 „ und wichtig und oftmals schwer“¹⁶⁶

Für Preußen speziell empfahl deshalb eine allgemeine Verfügung des Justizministers von 12.11.1897¹⁶⁷ die Handelskammern um Namhaftmachung von Personen, die zur Bestellung als Konkursverwalter geeignet sind, im Voraus zu ersuchen und die gemachten Vorschläge, soweit nicht besondere Bedenken dagegen sprechen, bei der nächsten Ernennung der Konkursverwalter zu berücksichtigen. Die ersten Listen wurden geboren.

Nach § 72 dKO konnten in der der Ernennung folgenden Gläubigerversammlung die Konkursgläubiger statt des Ernannten eine andere Person wählen. Das Gericht konnte aber die Ernennung des Gewählten versagen.

Gegen die Ernennung oder Versagung des Konkursverwalters stand nach § 87 I dKO jedem einzelnen Konkursgläubiger die sofortige Beschwerde nach § 73 Abs 3 dKO zu.

¹⁶¹ *Jaeger*² II, Berlin 1904 § 78 Anm 1

¹⁶² *Jaeger*^{6,7} II, Berlin 1936 § 78 Anm 7

¹⁶³ *Jaeger*^{6,7} I I, Berlin 1936 § 78 Anm 7

¹⁶⁴ *Jaeger*⁵ II, Berlin 1914 § 78 Anm 7

¹⁶⁵ *Jaeger*^{6,7} II, Berlin 1914 § 78 Anm 7

¹⁶⁶ *Jaeger*⁵ II, Berlin 1914, § 78 Anm 7

¹⁶⁷ JMBL S 778

e) Gegenüberstellung der CO 1868 und dKO 1877 bei der Bestellung des Verwalters

Die österreichische Concursordnung von 1868 unterscheidet sich von der Konkursordnung des deutschen Reichs von 1877 in der Weise, dass nach § 70 dKO in Deutschland die Bestellung des Verwalters nunmehr ausschließlich Sache des Konkursgerichts war. In Österreich wurde nach § 143 CO der definitive Verwalter von der Gläubigerschaft gewählt, das Gericht war bei der Bestellung des Verwalters an den Vorschlag der Gläubiger im Rahmen der so genannten „Wahltagfahrt“ gebunden.

Den Konkursgläubigern war in Deutschland gemäß § 102 dKO das Recht eingeräumt, nach einem Monat nach der Bestellung des Konkursverwalters, einen Termin zu bestimmen, um die Wahl eines anderen Konkursverwalters zu beschließen. Das Konkursgericht konnte jedoch gemäß § 72 dKO die Ernennung des neu Gewählten ohne Angaben von Gründen versagen. Bei der Versagung blieb der „alte“ Konkursverwalter in seinem Amt bestehen.

Nach der CO entschied bei der „Wahltagfahrt“ die Stimmenmehrheit der erschienenen Gläubiger, die nach der Größe der bestehenden Forderung zu berechnen war. Sofern der Konkurskommissionär keine erheblichen Bedenken hatte, wurden die Vorschläge bestätigt, entweder der einstweilig bestellte Masseverwalter beibehalten oder ein anderer Masseverwalter ernannt.

Nach § 75 CO war zum Masseverwalter ein unbescholtener, verlässlicher, geschäftskundiger Mann zu bestellen, während nach der dKO auch eine Frau Konkursverwalter(in) werden konnte.

Derselbe sollte nach österreichischem Recht an dem Orte, wo auch der Konkurskommissionär seinen Amtssitz hatte oder in der Nähe dieses Ortes seinen bleibenden Wohnsitz haben.

§ 75 Abs 2 CO sah vor, dass der Masseverwalter auch aus den Reihen der bekannten Gläubiger bestellt werden konnte. Er durfte aber weder mit dem Gemeinschuldner verwandt oder verschwägert sein, was nach der dKO von 1877 durchaus zulässig war. In der CO war der Masseverwalter im Gegensatz zur dKO Vertreter der Gläubigerschaft und Verwalter des zum Konkurs gehörenden Vermögens.^{168, 169}

Nach der CO war das Konkursgericht an die Vorschläge der Gläubiger bezüglich des Masseverwalters nur dann nicht gebunden, wenn erhebliche Bedenken gegen die Vorschläge bestanden. Im Unterschied zur dKO, die die Versagung der Bestellung des in den Vorschlag gebrachten Verwalters ohne Ausführung der Motive erlaubte, waren nach der CO die Angaben von erheblichen Bedenken notwendig. Es bestand somit bei der Nichtbestellung des Masseverwalters nach der CO ein Begründungszwang.¹⁷⁰ Nach § 73 CO

¹⁶⁸ § 76 österr CO: Der Masseverwalter ist Vertreter der Gläubigerschaft und Verwalter des in Konkurs gehörigen Vermögens.

¹⁶⁹ *Diel*, Konkursordnung, Wien 1882, 150

¹⁷⁰ *Schwarz* 181

war ein einstweiliger Masseverwalter zu bestellen, was in der dKO 1877 zunächst nicht vorgesehen war. Nach § 71 dKO konnten mehrere Konkursverwalter bestellt werden, wenn die Verwaltung mehrere Geschäftszweige umfasst hat. Dieser Grundsatz wurde von der CO aufgenommen. Nach § 74 CO durften aber nur ausnahmsweise, wenn es die Beschaffenheit der Masse erforderte, mehrere Masseverwalter bestellt werden.

Die CO 1868 nach *Benoni* war – wie zuvor festgestellt – auf die preußische IO von 1855 aufgebaut, die wiederum ihre Einflüsse vom Code de Commerce erfahren hatte, welcher selbst vom oberitalienischen Statuarrecht, mithin vom römischen Recht beeinflusst war. Danach lag die Verwalterbestellung aufgrund des bindenden Vorschlagsrechts komplett in der Hand der Gläubiger.

Die seinerzeit modernen Ideen *Salgados* um 1668, die die Fallitenordnungen und das Gantverfahren in den deutsch-österreichischen Ländern beeinflussten und ihren Niederschlag in den Verfahrensordnungen bis zum Ende des 18. Jahrhunderts fanden, lebten mit der Konkursordnung des deutschen Reiches von 1877 wieder auf, die Gläubigermacht ging, was das Bestellungsrecht des Verwalters betraf komplett auf das Konkursgericht über.

f) Die kaiserliche Verordnung von 1912 als Reformgesetz

In der österreichischen Concursordnung von 1868 war die Gläubigerautonomie weit gefasst. Die Gläubiger wählten ihren Verwalter und konnten ihm sogar nach § 140 CO Richtlinien auferlegen. So urteilt *Benedikt*.¹⁷¹

*„Kein anderes Gesetz hat das Selbstverwaltungsrecht der Gläubiger (soweit die Zeit nach der allgemeinen Liquidierungsfahrt in Betracht kam) so schrankenlos anerkannt wie sie.“*¹⁷²

Die CO von 1868 hatte die Grundauffassung, dass nur die bestmögliche Wahrung der Gläubigerrechte eine gedeihliche Entwicklung des Konkursprozesses verbürgen würde. Die starken Gläubigerrechte der CO wurden aus dem Zwecke des Verfahrens abgeleitet, nämlich zur Befriedigung der Gläubiger das Vermögen zu ermitteln und zur Verwertung für die Gläubigerschaft vorzubereiten. Das Gericht wurde auf eine formale Leitung beschränkt.

Friedländer schreibt: „So groß die Fortschritte gegenüber der Konkursordnung Josefs II. auch waren, es wurde bald klar, dass der Gemeinsinn der Gläubiger überschätzt wurde und die Wirkungen des freien Spiels bei Zurückdrängung des richterlichen Einflusses nicht die erhofften Ergebnisse

¹⁷¹ *Benedikt*, Zur Reform der Concursordnung, Wien 1878, 11, 18; *Benedikt* war 1851-1929 Mitglied der niederösterreichischen Advokatenkammer.

¹⁷² *Benedikt* 11, 18

*brachte, sondern eher Gläubigerklängelei.*¹⁷³

Es mehrten sich deshalb Reformbestrebungen. Besondere Kritik erfuhr die CO von 1868 durch *Frankl*.¹⁷⁴ Dieser forderte, die Gläubigerautonomie bei der Wahl des Verwalters zurückzuführen.¹⁷⁵

Besonders wird von ihm die Gerichtspraxis bei der Auswahl und Bestellung des Verwalters kritisiert, denn nach seiner Auffassung gingen die Gerichte ihrer Gewohnheit nach, nämlich aus dem bekannten Personenkreis ausschließlich Advokaten auszuwählen, anstatt auch in den anderen Kreisen geschäftskundige Personen auszuwählen. So fordert er die Handelskammern auf, den mit der Konkursgerichtsbarkeit betrauten Gerichten alljährlich Listen solcher Personen mitzuteilen.¹⁷⁶

Auch aufgrund der Erfahrungen aus der 1873 bis 1879 dauernden Finanzkrise, die in Österreich in drei Tagen 150 Zahlungseinstellungen zur Folge hatte, insbesondere die Zahlungseinstellung des Wiener Kommissionshauses *Petscheck*¹⁷⁷ am 09.05.1873, was am gleichen Vormittag allein 120 Insolvenzen zur Folge hatte, mehrten sich die Stimmen das österr Konkursrecht zu reformieren. Aber erst im Jahr 1912 erteilte der österr Justizminister *Dr. Ritter von Hachenburger* den Auftrag, die Vorarbeiten zu einer Gesamtreform des Konkursrechts in Angriff zu nehmen. Ein Entwurf wurde von Ministerialrat *Dr. Felix Mayer* und Ministerialsekretär *Dr. Robert Bartsch* nach Vorarbeiten von Ministerialrat *Nemeth* ausgearbeitet. Dieser Entwurf bildete die Grundlage für die eingehende Beratung eines zu diesem Zwecke eingesetzten Fachausschusses.¹⁷⁸

Die Ergebnisse der Verhandlungen wurden in einem Entwurf verarbeitet, der im Sommer 1914 fertig gestellt war. Aus diesen Beratungen gingen die Entwürfe einer Konkurs- und Ausgleichsordnung sowie einer Ausführungsverordnung und einer Regelung des Anfechtungsrechts außerhalb des Konkurs in der Fassung hervor, die im Oktober 1914 einzelnen an der Reform besonders interessierten Körperschaften, insbesondere den Handels- und Gewerbekammern, sowie der ständigen Delegation der Advokatenkammer zur

¹⁷³ *Friedländer*, Kaiserliche Verordnung vom 10. Dez 1914 RGBI Nr 337 über die Einführung einer Konkursordnung und einer Anfechtungsordnung (Einleitung IX)

¹⁷⁴ *Frankl*, Zur Revision des österr Konkursrechtes, Wien 1869, 19

¹⁷⁵ *Frankl* 22

¹⁷⁶ *Frankl* 29

¹⁷⁷ *Schmit*, Die Geschichte der Wiener Börse, www.wienerboerse.at

¹⁷⁸ Dem Fachausschuss gehörten an: *Dr. Otto Frankl*, Prof. der k.k. Universität Prag; *Dr. Josef Friedländer*, Hofrat des K.K. obersten Gerichtshofes; *Dr. Ignaz Kornfeld*, Hof- und Gerichtsadvokat in Wien; *Dr. Franz Mitschling*, Hofrat, Vorsitzender im Konkursssenat des K.K. Landgericht Wien, *Dr. Josef Fleischer*, Hof- und Gerichtsadvokat, Präsident und Stellvertreter der niederösterr Advokatenkammer in Wien; *Dr. Rudolf Polack*, Oberlandesgerichtsrat und ordentlicher Universitätsprofessor in Wien, *Dr. Anton Rintelen*, Prof. der k.k. Universität Graz; *Dr. Rudolf Schaleck*, Hof- und Gerichtsadvokat, Anwalt des Kreditorenvereins zum Schutze der Forderungen bei Insolvenzen in Wien, *Theodor Richter*, Obergerichtsrat, Vorsitzender des Konkursssenat im k.k. Handelsgericht Wien

Kenntnis gebracht wurde. Aufgrund des eingetretenen Kriegsjahres und den damit voraussehbaren Unterbrechungen im Handel und damit zu erwartenden Zahlungseinstellungen wurde die Reform als unverzichtbar und als schnellstens umsetzbar gesehen.¹⁷⁹ Die Ausgleichsordnung wurde in ein eigenes Gesetz gepackt, um dem Geschäftsführer des in die Krise gegangenen Unternehmens die Furcht vor dem Wort Konkurs zu nehmen. Am 10.12.1914 trat sie in Kraft.¹⁸⁰

Die wichtigste Änderung war die Verschiebung der Machtbefugnisse der einzelnen Organe der Konkursverwaltung. Hervorzuheben ist in dieser Konkursordnung vor allem die Stärkung der richterlichen Gewalt gegenüber der das bisherige Recht beherrschenden, schrankenlosen Verfügungsmacht der Gläubiger. Nach einhelliger, damaliger Expertenmeinung war diese Änderung dringend geboten, da die Gläubigerselbstverwaltung im Umfange des bisherigen Rechts enttäuscht hatte, sogar regelrecht versagt hatte.¹⁸¹ Die Gläubigerautonomie hatte dazu geführt, dass nicht unbedingt der geeignetste Masseverwalter mit der Verfahrensabwicklung betraut wurde, sondern der gewählt wurde, bei dem anzunehmen war, dass er die Interessen der starken Gläubiger vertrat, zumindest einer der ohne Kritik Gläubigerwünsche umsetzte.

Die Konkursordnung von 1914 entfernt das Wahlrecht der Konkursgläubiger, gibt den Gläubigern nur noch ein **Vorschlagsrecht**. Dieses konnte erst bei der „Gläubigerversammlung“ ausgeübt werden (§ 87 KO).¹⁸² Aufgrund des Vetorechts des Konkursgerichts konnte der Einfluss der Konkursgläubiger bei der Auswahl des Verwalters erheblich beschränkt werden. Das Konkursgericht konnte den Vorschlag nicht nur aus Bedenken gegen die Person als Vorgeschlagenen, sondern auch deshalb ablehnen, weil es einen Wechsel in der Person des Masseverwalters als dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger dienlich erachtete.¹⁸³ Durch die „neue“ Konkursordnung wurde ein nachteiliger Wechsel der Person des Masseverwalters verhindert und im Gegensatz zur Konkursordnung von 1868 eine Verzögerung des Verfahrens durch Wiederholung des Wahlverfahrens unterbunden. Die Konkursordnung von 1914 legt den Schwerpunkt auf die erste Bestellung des Masseverwalters durch das Gericht.

Nach § 79 IO waren die Organe des Konkurses der Konkurskommissionär, der Masseverwalter, der Gläubigerausschuss. Der Konkurskommissionär wurde vom Konkursgericht bestellt. Dieser war zugleich Richter. Der Kon-

¹⁷⁹ *Friedländer*, Einleitung IX RGBL Nr 337 über die Einführung einer Concursordnung, einer Vergleichsordnung und einer Anfechtungsordnung

¹⁸⁰ Kaiserliche Verordnung vom 10.12.1914, Anfechtungsordnung, RGBI Nr.337

¹⁸¹ *Friedländer*, Einleitung XIII

¹⁸² Im Rahmen des IRÄG 1982 wurde diese Regelung einer entscheidenden Änderung unterzogen. Die frühere Überschrift in § 87 KO „Wahl des Verwalters durch die Gläubigerversammlung“ wurde in „Enthebung des Masseverwalters“ geändert.

¹⁸³ *Friedländer* 168

kurskommissionär hatte die Aufgabe, das Konkursverfahren zu leiten und die Tätigkeiten der mit der Verwaltung betrauten Personen zu überwachen. Im Gegensatz zur CO von 1868 wurde bei Konkurseröffnung nach § 80 KO nun der Masseverwalter ohne Rücksicht auf Gläubigervorschläge bestellt.¹⁸⁴

Die „neue“ Konkursordnung sah auch nicht mehr die Zugehörigkeit zum männlichen Geschlecht als ein Erfordernis an, auch eine **Frau** konnte Masseverwalterin werden. Erhebliche Neuerung war, dass der Masseverwalter nicht mehr bloß ausführendes Organ des Gläubigerausschusses und an dessen Weisungen gebunden war, sondern der Verwalter nunmehr auch selbst Initiative entwickeln konnte.

Eine einberufene Gläubigerversammlung konnte erst in der ersten oder späteren Gläubigerversammlung einen Antrag auf Enthebung des Masseverwalters oder Antrag auf Ernennung eines von ihr gewählten Masseverwalters stellen. Das Konkursgericht konnte aber diesen Antrag ablehnen, wenn es den Wechsel der Person des Masseverwalters als dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger nachteilig erachtete.

7. Änderungen in den Vor- und Nachkriegsjahren des II. Weltkriegs

a) Vergleichsverfahren neben der KO

In den Vor- und Nachkriegsjahren gab es keine grundlegenden Änderungen in den Konkursordnungen beider Länder zur Auswahl und Bestellung des Verwalters. Die Ursache ist darin zu sehen, dass vor und unmittelbar nach dem II. Weltkrieg dem Insolvenzrecht nicht die Bedeutung zukam, wie es diese in der Gründerzeit Ende des 19. Jahrhunderts und dem Anzug der Insolvenzeröffnungen Ende der 80er und 90er Jahre zunehmend bekommen hat. In den Nachkriegsjahren war es in beiden Ländern so, dass die Verwalter relativ „freie Hand“ hatten, die Bedeutung des Insolvenzrechts war zurückgedrängt. In dieser Zeit wurde die Insolvenzverwaltung oft von Nichtjuristen durchgeführt, das Amt war nicht beliebt (Leichenfledderer). Das Insolvenzgericht musste bei der Auswahl des Verwalters regelrecht auf die Suche gehen.

In Deutschland war 1934 als zweite Ausgestaltung des Insolvenzrechts das Vergleichsverfahren getreten. Hier waren die österr. Erfolge der Ausgleichsordnung maßgebend. Seit der Einführung der kaiserlichen Verordnung 1914

¹⁸⁴ § 80 KO: Das Konkursgericht bestellt den Masseverwalter bei Konkurseröffnung und bei jeder Erledigung der Verwalterstelle von Amts wegen. Ist der Bestellte Advokat oder Notar, so kann die Bestellung nur aus erheblichen Gründen, deren Beurteilung dem Konkursgericht zusteht, abgelehnt werden. Zum Masseverwalter ist eine unbescholtene, verlässliche und geschäftskundige Person zu bestellen. Anfragen des Gerichts über diese Eigenschaften sind von den Behörden und Standesvereinigungen umgehend zu beantworten. Der Masseverwalter darf kein naher Angehöriger des Gemeinschuldners sein.

in Österreich mit ihrer separaten Ausgleichordnung galt auch hier der Gedanke, dass durch Krieg und Wirtschaftskrisen der Schuldner in Schwierigkeiten kommen konnte, was unter normalen Umständen nicht der Fall wäre. Dies sollte durch Nachlass der Gläubiger, durch Stundung und Erlass im Rahmen eines Vergleichsverfahrens ausgeglichen werden.¹⁸⁵ Tatsächlich war in Österreich das Ausgleichsverfahren in den Jahren bis 1926 sehr erfolgreich, wenn man die Statistik betrachtet.¹⁸⁶ Dies änderte sich schlagartig, als der dem Konkurs anhaftende Makel schwand und im Rahmen des Konkursverfahrens dem Zwangsausgleichsverfahren mit einer Mindestquote von 20 % anstatt 40 % beim Ausgleichsverfahren der Vorzug gegeben wurde. Das Zwangsausgleichsverfahren ging ab dieser Zeit auf eine „Erfolgsstory.“¹⁸⁷ Nicht nur zuletzt wegen Hitlers Aufrüstungspolitik trat im Dritten Reich das Insolvenzrecht fast vollständig in den Hintergrund und blieb unter nationalsozialistischer Herrschaft fast unverändert. Wegen der Kritik, dass die dKO aus der liberalen, kapitalistischen Zeit nicht mehr zur gewandelten Staats- und Rechtsauffassung passe, wurde 1937 an einem nationalsozialistischen Entwurf gearbeitet, der aber wegen des Krieges „stecken“ blieb.¹⁸⁸

b) IRÄG 1982, 1993, 1994, 1996, 1997/189

Mit dem IRÄG 1982 wurden der Konkurskommissionär und der Konkursse-nat abgeschafft. Unter der Prämisse der *par conditio creditorum* wurden auch die Konkursklassen abgeschafft. Gravierend war die Einschränkung der Gläubigerautonomie. Mit dem IRÄG 1982 wurde nämlich die Gläubiger-macht bei der Bestellung und Auswahl des Verwalters weiter beschränkt.¹⁹⁰ Anstatt der Wahl des Masseverwalters durch die Gläubigerversammlung wurde nun nur noch die **Enthebung des Masseverwalters** durch die Gläu-bigerversammlung gestattet. Hierbei ist aber ein Antrag eines Gläubigers ausgeschlossen.¹⁹¹ Nur der Gläubigerausschuss und die Gläubigerversamm-lung sind ab 1982 hierzu berufen.¹⁹² Allerdings ist hierzu ein wichtiger Grund erforderlich.¹⁹³ Ob ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet das Konkursgericht im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens. Ein

¹⁸⁵ Jaeger, Insolvenzzordnung¹ Berlin 2008 II § 56 Rn 13

¹⁸⁶ König, Nationalbericht Österreich 31.07.2006, 11

¹⁸⁷ Klikovits, Der Zwangsausgleich eine österreichische Erfolgsstory, ZIK 2004, 12 f

¹⁸⁸ Vogels in FS Schlegelberger, 190

¹⁸⁹ IRÄG 1994 hatte das Ziel, Sanierungen zu erleichtern; IRÄG 1996 hatte das Ziel, Konkursab-weisungen mangels Masse zurückzudrängen.

¹⁹⁰ Holzhammer, Österr Insolvenzrecht, Wien 1994, 291

¹⁹¹ Mohr, Konkurs - Ausgleichs - und AnfechtungsO¹⁰ § 87 E 10, OGH 25.04.1991 ecollex 1991, 533

¹⁹² Chalupsky/ Duursma-Kepplinger in Bartsch, Pollack, Buchegger (BPB) III, § 87 Rz 4

¹⁹³ Ein wichtiger Grund iS des § 87Abs 2 IO liegt z.B. vor, wenn Befangenheit vorliegt, dauernde Unfähigkeit der Amtsausübung, strafbare Handlungen, Nichtbefolgung von gerichtlichen Wei-sungen 8 weitere Aufzählung in BPB § 87 Rz 13

Enthebungsantrag muss fundiert begründet werden.¹⁹⁴ Gegen die Enthebung kann nach älterer Entscheidung des OLG Wien der Masseverwalter Rekurs einlegen.¹⁹⁵ Infolge der Abschaffung der Masseverwalterwahl durch die Gläubigerversammlung kam es dem System der KO entsprechend (Gerichtsherrschaft über das Konkursverfahren) zu einer verglichen mit der CO 1886 und dem § 87 aF weiteren Zurückdrängung des Einflusses der Konkursgläubiger unter gleichzeitiger Erweiterung der Befugnisse des Konkursgerichts (§80 KO).¹⁹⁶ Mit dieser Regelung sollte ein nachteiliger Wechsel bei der Verwalterwahl vermieden werden, mithin eine Verzögerung des Verfahrens unterbunden werden.¹⁹⁷ Die Einschränkung der Rechte der Gläubiger, denn auch beim Enthebungsantrag müssen gewichtige Gründe angeführt werden, die Tatsachen begründet werden, wurde zu Lasten der Gläubigerautonomie in Kauf genommen. Im Konkursverfahren selbst wurde mit der IRÄG 1982 ein Vorverfahren, eine Prüfphase eingeführt (§§ 79-91 AO). Dieses Vorverfahren, auch als Insolvenzabweidungsverfahren bezeichnete Verfahren, resultierte aus dem Gedanken der Insolvenzprophylaxe.¹⁹⁸ In diesem ersten Teil des Verfahrens sollte abgeklärt werden, ob eine Sanierung des Unternehmens möglich ist, im Unterschied zur Sequestration der deutschen Konkursordnung, die nur eine sofortige Sicherung der Masse zum Ziel hatte.¹⁹⁹ Erwies sich der Betrieb als sanierbar, sollte der Schuldner einen Zwangsausgleichsvorschlag vorlegen können. Somit wurde das Ausgleichsverfahren aufgewertet, das dem Schuldner bei drohender Zahlungsunfähigkeit Hilfestellung leisten konnte. Im Gegensatz zur dKO, welche weitgehend ein Zerschlagungsverfahren regelte, war das gerichtliche Ausgleichsverfahren auf Sanierung angelegt.²⁰⁰ Das österreichische Ausgleichsgericht hatte bei der Eröffnung des Verfahrens von Amts wegen einen vorläufigen Verwalter zu bestellen (§ 84 I AO). Dem vorläufigen Verwalter war ein vorläufiger Beirat beizuordnen, wenn dies wegen der Eigenart des Schuldnerunternehmens erforderlich war. In Österreich stand die Sanierung des Unternehmens durch das Zwangsausgleichsverfahren im Vordergrund. Die AO folgte nach hM aber auch dem Prinzip der bestmöglichen Befriedigung, weil unangemessene Ausgleiche nicht zu bestätigen waren. Trotz dieser Ideen funktionierte das Vorverfahren nicht und wurde mit dem IRÄG 1997 wieder abgeschafft. In den Jahren 1991-1997 gab es pro anno zwischen 1-4 Verfahren, 1994 wurde überhaupt kein Verfahren durchgeführt.²⁰¹ Retrospektiv wurde es als legislative „Totgeburt“ bezeichnet.²⁰² Mit dem IRÄG 1997²⁰³ wurde

¹⁹⁴ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB, § 87 Rz 9

¹⁹⁵ *Mohr*, KO¹⁰ § 87 E 13, OLG Wien 24.6.1935, EvBl 1935/688

¹⁹⁶ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB III § 87 Rz 1

¹⁹⁷ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB III § 87 Rz 1

¹⁹⁸ *Rechberger*, ZZP 98, 257

¹⁹⁹ *Gassert-Schumacher*, Privilegien in der Insolvenz, 191

²⁰⁰ *Bartsch*, Grundriss des Ausgleichs- und Konkursrechtes Wien 1923, 5

²⁰¹ Insolvenzstatistik KSV 1870, www.ksv.at

²⁰² *Buchegger* in BPB I Einleitung, Rz 8

²⁰³ Insolvenzrechtsänderungsgesetz (IRÄG 1997), BGBl 1997, 114 f

trotz dieser Erkenntnis ein Unternehmensreorganisationsgesetz (URG) geschaffen. Intention dieses Gesetzes war es, einerseits Unternehmensinsolvenzen zu vermeiden und auf der anderen Seite Sanierungsmöglichkeiten zu bieten, sollte es doch zu einer Insolvenz kommen. Die Einführung dieses Reorganisationsverfahrens sollte den Sinn haben, den Bestand gefährdeter Betriebe, mit dem Ziel, ihre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu verbessern und so eine nachhaltige Weiterführung zu ermöglichen, zu gewährleisten. Das URG-Verfahren haben die Arbeiter- und Wirtschaftskammer gegen ausdrückliche Einwände von Theoretikern „durchgedrückt.“ Nach *Konecny*, der sich hiergegen aussprach, war dies falsche Politik.²⁰⁴ In der Praxis ist es bis auf einen Fall bisher nicht angewendet worden und dies nur, weil sich ein Insolvenzpraktiker beweisen wollte.²⁰⁵

Mit dem IRÄG 1997 wurde die von *Salgado de Somoza* aufgestellte Forderung der Gläubigermehrheit (mindestens drei Gläubiger) abgeschafft. Hintergrund war, dass bei einer Privatinsolvenz sich nicht immer mehr als drei Gläubiger zusammenfinden würden. Die „Privatinsolvenz“ wurde mit der KO-Novelle 1993 als vereinfachtes Verfahren für natürliche Personen, die kein Unternehmen führen, 1995 in Österreich eingeführt.²⁰⁶ Sollte danach ein vom Schuldner vorgelegter Zahlungsplan nicht gelingen, wird das Verfahren in ein Abschöpfungsverfahren überführt, in dem 10 % der Schuldensumme innerhalb von 7 Jahren gezahlt werden müssen. Die Tätigkeit des Masseverwalters übernimmt der Schuldner unter Aufsicht des Gerichts selbst in Eigenverwaltung (§ 180 f KO)

c) InsO²⁰⁷

Nach mehr oder weniger Schattendasein des Insolvenzrechts bedingt durch das Wirtschaftswunder in den Nachkriegsjahren des 2. Weltkriegs gewinnt das Insolvenzrecht Mitte der 80er Jahre wegen der ständig steigenden Insolvenzen wieder erhebliche Bedeutung. Zu dieser Zeit setzte in Deutschland eine Diskussion über die Reform der Konkursordnung ein. Das Prinzip der „par conditio creditorum“²⁰⁸ und damit die Beschneidung der einzelnen Gläubigervorrechte und Verteilungsgerechtigkeit sollte wieder in den Vordergrund gerückt werden. 1985 und 1986 legte die Reformkommission, beauftragt vom damaligen deutschen Justizminister Vogel, Abschlussberichte, die Änderungen in dieser Hinsicht vorsahen, vor. Nachdem ein Referentenentwurf überarbeitet wurde, wurde aber erst am 21.04.1994 die InsO verabschiedet, die mit Wirkung vom 01.01.1999 in Deutschland in Kraft trat. Das

²⁰⁴ *Konecny*, Befragung anlässlich dieser Arbeit

²⁰⁵ *Kantner*, Vortrag anlässlich des Kieler Symposium 03.05.2010 in Kiel

²⁰⁶ *Konecny*, Insolvenz und Sanierung in Österreich, DZWIR 1994, 227 f

²⁰⁷ Deutsche Insolvenzordnung (InsO) v 05.10.1994, BGBl 1, 2866

²⁰⁸ Par conditio creditorum = Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger

Insolvenzrecht wurde nun bedeutender Teil des Wirtschaftsrechts. Die Wahl des Verwalters erfuhr eine Einschränkung dahingehend, dass das Beschwerderecht nach § 73 Abs 3 dKO bei der Verwalterauswahl abgeschafft wurde, denn die InsO sieht nach § 6 InsO nur noch dann eine Beschwerde für zulässig an, wenn diese im Gesetz ausdrücklich vorgesehen war.²⁰⁹ Gegen den Eröffnungsbeschluss kann nach § 34 Abs 2 InsO der Schuldner indes Beschwerde einlegen.

d) InsNov 2002²¹⁰

Gänzlich neue Wege beschritt der Gesetzgeber mit der InsNov 2002. Hier wird erstmalig dem Gemeinschuldner ein ausdrückliches Antragsrecht und somit ein Rekurs recht im Verfahren zur Enthebung des Masseverwalters zugestanden. Die InsNov 2002 stärkt die Rechtstellung des Gemeinschuldners gegenüber dem Masseverwalter. Grundlegende Veränderung bringt die InsNov 2002 auch bei der Bestellung des Masseverwalters. Erstmals werden spezifische Anforderungen an Verwalter ausführlich legislativ fixiert.

e) Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (IRÄG 2010)²¹¹

Vor dem Hintergrund der Wirtschaftskrise wurde in Österreich zur Erleichterung von Sanierungen ein einheitliches Insolvenzverfahren geschaffen. Aber auch die Tatsache, dass im Unternehmensbereich die Sanierung im Konkurs über den Zwangsausgleich erfolgte, wurde die Ausgleichsordnung (AO) abgeschafft.²¹² Das bisherige duale System von Ausgleichsordnung und Konkursordnung wurde durch ein flexibles Einheitsverfahren (Insolvenzverfahren) ersetzt. Als zentrales Sanierungsinstrument soll der Zwangsausgleich, in Zukunft als Sanierungsplan bezeichnet, bleiben. Sanierungstaugliche Elemente des alten Ausgleichsverfahrens wurden in das neue Verfahrenskonzept übernommen.²¹³ Gemäß § 80 Abs 1 IO wird auch im Sanierungsverfahren ein Masseverwalter bestellt. Unter bestimmten Voraussetzungen (§ 169 IO) steht dem Schuldner die Verwaltungsbefugnis zu, das

²⁰⁹ § 6 Abs 1 InsO: Die Entscheidungen des Insolvenzgerichts unterliegen nur in den Fällen einem Rechtsmittel, in denen dieses Gesetz die sofortige Beschwerde vorsieht.

²¹⁰ InsNov 2002, BGBl 75/2002

²¹¹ Insolvenzrechtsänderungsgesetz (IRÄG 2010): Artikel 1: Änderung der Konkursordnung, die Konkursordnung, RGBL Nr. 337/1914, zuletzt geändert durch das Familienrechtsänderungsgesetz 2009, BGBl Nr. 75/2009, wird wie folgt geändert: 1. Der Titel des Gesetzes lautet: „Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung-IO); Interview mit Prof. *Konecny*, Altertümlicher Zwangsausgleich funktioniert in IN DAT-REPORT 6/2009 S 22

²¹² *Konecny*, Das Verfahrensgebäude der Insolvenzordnung, ZIK Spezial 2010

²¹³ *Nunnerer-Krautgasser*, Das neue österreichische Insolvenzverfahren nach dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 – ein Überblick, ZInsO, 2011, 117 f

Verfahren wird dann als Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung unter Aufsicht eines Sanierungsverwalters benannt. Bei dieser Sanierungsart müssen 30% der Forderungen den Gläubigern angeboten werden. Liegen die Voraussetzungen eines Sanierungsverfahrens nicht vor, so ist bei Vorliegen der Insolvenzgründe das Konkursverfahren zu eröffnen.²¹⁴ Eine Änderung der IO durch Einführung eines Vorauswahlverfahrens, was die Auswahl des Verwalters betrifft, findet nicht statt. Nach Aussage der österr Justizministerin wäre hierfür keine Notwendigkeit gegeben.²¹⁵ Eine Änderung bei der Ausbildung, Fortbildung und Qualifikation könnte sich indes nach einer EntschlieÙung des Nationalrats vom 20.04.2010 ergeben. Danach wird das österr BMJ ersucht, bis September 2011 Stand und Entwicklungsmöglichkeiten des Systems der Qualitätssicherung unter Berücksichtigung von Aus- und Fortbildungsprogrammen für Masse- und Sanierungsverwalter, die sowohl praxisbezogene als auch rechts- und wirtschaftswissenschaftlich fundierte Elemente berücksichtigen, zu evaluieren.²¹⁶

8. Fazit

Die „*missio in bona*“ als Ausfluss des römischen Rechts und die sich im Mittelalter verbreitenden Ideen *Salgado de Somozas* begründen die Anfänge der Konkursverwaltung in Österreich und Deutschland. Die Grundprinzipien des römischen Konkursrechts mit weitreichender Gläubigerautonomie finden in den europäischen Handelsstädten des Mittelalters ihren Einfluss. *Salgados* Verdienst ist es, durch die Universalität ein gebündeltes, einheitliches Insolvenzverfahren zu schaffen. Ergänzend zu den italienischen Statuarrechten, die *Kohler* positiv hervorhebt, weil diese durch das Selbsthilferecht der Gläubiger ein flexibleres Verfahren garantieren würden, den Schuldner aber rechtlos stellen, schafft *Salgado* durch den notwendigen „Eigenantrag“ des Schuldners für diesen eine den Makel des Konkurses entkleidende Bedingung und liefert die ersten Ansätze eines Schuldbefreiungsverfahrens durch gerichtlich gelenkte Befriedigung seiner Gläubiger. Zu Recht kritisiert *Forster Kohlers* vorschnelle Verdammung *Salgados* Ideen und würdigt *Salgados* Werk als „*novum iudicium*.“ Auch die von *Salgado* hervorgehobene Verwaltungs- und Verfügungsgewalt ist heute in Deutschland der Anknüpfungspunkt zwischen der starken und schwachen vorläufigen Insolvenzverwaltung. Die Verfügungsbefugnis ist zudem der entscheidende Anknüpfungspunkt für die Frage der europäischen Zuständigkeit der

²¹⁴ Entwurf: Bundesgesetz, mit dem die Konkursordnung in Insolvenzordnung umbenannt und gemeinsam mit dem Insolvenzrechtseinführungsgesetz, dem Gerichtsgebührengesetz, dem IEF-Service –GmbH-Gesetz und der Gewerbeordnung 1994 geändert wird sowie die Ausgleichordnung aufgehoben wird (Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2009-IRÄG 2009)

²¹⁵ Interview mit JM *Bandion-Ortner*, Sanierung im Fokus, INDAT-REPORT 6/2009 S 19

²¹⁶ EntschlieÙung des Nationalrates v 21.04. 2010, 89. Sitzung des Nationalrates XXIV.GP

Insolvenzgerichte.²¹⁷ Zu Recht rehabilitiert *Forster Salgado de Somoza*, denn seine Ideen der Universalität und Rechtsaufsicht des Gerichts sind erfolgreich in die Konkursverfahren beider Länder eingeflossen, auch wenn das Verfahren zu Zeiten *Salgados* von einem modernen Verfahren nach heutiger Sicht entfernt ist. Bei genauem Studium des „Labyrinthus creditorum concurrentium“ ist entgegen *Kohlers* Behauptung der absoluten Gerichtsherrschaft festzustellen, dass die Gläubiger in Bezug auf die Auswahl des Verwalters (Curators) ein bindendes Vorschlagsrecht hatten. Leider werden die Verdienste von *Salgado* auch von *Uhlenbruck* in seinem aktuellen Geschichtsüberblick nicht gewürdigt.²¹⁸

Während noch die benonischen Entwürfe, die sich in der österr CO von 1868 niederschlagen, anlehnend an die preußische KO von 1855 am Prinzip der beherrschenden Gläubigerautonomie auch bei der Verwalterbestellung festhalten, wendet sich hiervon Deutschland elf Jahre später mit der deutschen Konkursordnung von 1877 ab und orientiert sich wieder mehr an der von *Salgado de Somoza* befürworteten Leitungsmacht des Richters, wobei aber nunmehr auch die Bestellung des Verwalters in Richterhand fällt.

Erst 40 Jahre später, im Kriegsjahr 1914, zieht auch die KO nach und beschneidet aufgrund der negativen Erfahrungen in der Vergangenheit die Gläubigerrechte bei der Auswahl und Bestellung des Masseverwalters. Nach der KO 1914 können die Gläubiger den Verwalter erst in der Gläubigerversammlung wählen. Das Gericht wird seitdem nicht mehr als rein formales Institut angesehen und der Masseverwalter nicht nur als rein ausführendes Organ der Gläubiger. Mit der kaiserlichen Verordnung von 1914 und der dKO 1877 verschieben sich zugunsten der Konkursgerichte in Österreich und Deutschland die Machtbefugnisse bei der Bestellung und Auswahl des Verwalters, denn die Bestellung und Auswahl des Verwalters liegt primär ausschließlich in den Händen der Gerichte.

In der Zeit vor dem II. Weltkrieg und den Nachkriegsjahren spielt das Insolvenzrecht nur eine untergeordnete Rolle. Gerade in den Nachkriegsjahren werden Verwalter händeringend gesucht, die aber wegen des Makels der „Leichenfledderei“ oft dankend ablehnen. Erst mit dem Anziehen lukrativer Insolvenzanträge entwickelt sich das Insolvenzrecht zu einem dynamischen Rechtsgebiet, was in Österreich und Deutschland ab Ende der 80 Jahre bis heute eine ständige Gesetzesänderung hervorruft. Man kann ab diesem Zeitpunkt von der „Baustelle“ Insolvenzrecht sprechen.

Mit dem IRÄG 1982 werden in Österreich nach Änderung des § 87 KO die Gläubigerrechte weiter eingeschränkt. Diese haben nur noch die Möglichkeiten der Enthebung des Verwalters, was in Anbetracht des Zeitverzugs praktisch nicht vorkommt.

Die mit dem IRÄG 1997 eingeführte Vorschrift des § 73 KO, nach welcher ein einstweiliger Verwalter eingesetzt werden kann, erfüllt ihren Sinn nicht

²¹⁷ OLG Innsbruck, v 08.07.2008 - 1R 176/08, ZIP 2008, 2348-2354

²¹⁸ *Uhlenbruck*, Zur Geschichte des Konkurses, DZWIR 2007, 1 f

und wird kaum von den österreichischen Gerichten eingesetzt. Durchaus könnte § 73 KO für eine Betriebsfortführung nützlich sein. Zur Verhinderung einer Unternehmensschließung kommt nämlich die Bestellung eines einstweiligen Verwalters in Frage.²¹⁹ Einstweilige Maßnahmen können gerade zur Unternehmensfortführung beitragen, weil der Masseverwalter, wenn der Konkurs eröffnet wird, dann nicht unbedingt vor geschlossenen Geschäftsräumen steht.²²⁰ Jelinek weist zu § 3 Abs. 2 der Ausgleichsordnung, der eine Verfügungsbeschränkung zu Lasten des Ausgleichsschuldners auch „zur Fortführung eines Unternehmens“ ermöglicht hat, darauf hin, dass es in größeren Unternehmen auch darum geht, dass „Weiterwirtschaften“ des Managements zu unterbinden. In einem solchen Fall kann gem. § 73 Abs 2 KO ein einstweiliger Verwalter eingesetzt werden.²²¹

Grundlegende Änderungen bei der Bestellung des Masseverwalters bringt in Österreich die 21. Gesetzesperiode mit der Einführung der InsNov 2002.²²² Erstmals werden spezifische Anforderungen an den Verwalter ausführlich legislativ fixiert.

Deutschland reagiert wegen der Schaffung eines einheitlichen Insolvenzrechts, aber auch wegen der stetig ansteigenden Zahl der Insolvenzanträge mit Einführung der InsO.²²³ Das Insolvenzrecht wird danach wesentlicher Bestandteil des Wirtschaftsrechts, weil nun auch die Sanierungen von Unternehmen gleichrangig sind, im Gegensatz zur Konkursordnung von 1878, die noch als „Perle der Reichsgesetzgebung“ gefeiert wurde, aber keine Sanierungsmöglichkeiten vorsah. Auch die 1935 eingeführte Vergleichsordnung (VerglO) erreichte das Sanierungsziel nicht.²²⁴ Die VerglO wurde zum Zwecke der Abwendung eines Konkurses in Deutschland eingeführt, erreichte aber aufgrund der Anforderungen (Mindestquote von 35%, Zustimmung von 50% der im Abstimmungstermin anwesenden Gläubiger und 75% Summenmehrheit) das Ziel nicht.²²⁵ Auch war die Voraussetzung, dass die Merkmale der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit vorliegen mussten, ein Hindernis dafür das Verfahren frühzeitig einzuleiten. Dieses soll nun in der InsO eingeführte Insolvenzplanverfahren erreicht werden, der an keine Quoten gebunden ist und auch ein Obstruktionsverbot (§ 245 InsO) enthält und die Möglichkeit der Aufstellung eines Plans ohne Befriedigungsmöglichkeit (Nullplan).²²⁶ Mit der InsO wurde der Modus der Verwalter-

²¹⁹ Holzhammer, Österreichisches Insolvenzrecht: Konkurs und Ausgleich⁴ Wien 1994 InsR S 134

²²⁰ Schumann in BPB II § 73 Rz 13

²²¹ Schumann in BPB II § 73 Rz 15

²²² InsNov 2002, BGBl I Nr 1 2002/75 in Kraft getreten 01.07.2002

²²³ InsO BGBl I 1994, 2866

²²⁴ Vergleichsordnung v 26.02.1935, RGBl I S 321

²²⁵ Beissenhirtz, Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen, ZInsO 2011, 57-71

²²⁶ Nach § 217 InsO kann die Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger und der Insolvenzgläubiger, die Verwertung der Insolvenzmasse und deren Verteilung an die Beteiligten

auswahl legislativ nicht wesentlich geändert, die Anforderungen an die Qualität des Verwalters sollten aber aufgrund des Sanierungsauftrags steigen. Das Insolvenzrecht wird im Gegensatz zur KO nicht nur durch legislative Vorgaben geprägt, sondern durch die Rechtsprechung der obersten Gerichte, in Deutschland nämlich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGH).²²⁷

Im Gegensatz zur InsO wurde in Österreich bereits mit dem IRÄG 1997 das mit IRÄG 1982 eingeführte Vorverfahren, welches Sanierungen fördern sollte, mangels Akzeptanz wieder abgeschafft. Das mit der IRÄG 1997 eingeführte vorinsolvenzliche Reorganisationsverfahren funktioniert, wie das zum gleichen Zeitpunkt abgeschaffte Vorverfahren, ebenso nicht. Von 1997 bis 2010 wurde nur ein Verfahren durchgeführt, auch nur deshalb, weil ein Insolvenzpraktiker sich selbst beweisen wollte. Die Hintergründe lassen sich nur vermuten. Bei vorinsolvenzlichen Verfahren besteht mE die Gefahr der Publizierung und der hohen Kosten. Eine Publizierung birgt immer die Gefahr das Lieferanten, Banken und andere Dienstleister sich restriktiv verhalten und nur noch bei finanzieller Absicherung ihre Leistungen bringen. Ein vorinsolvenzliches (Sanierungs-)Vorverfahren kann mE deshalb nur bei Nichtveröffentlichung gelingen.

In Deutschland bleibt die vorläufige Insolvenzverwaltung, mithin der vorläufige Insolvenzverwalter bestehen. Was vom Gesetzgeber ursprünglich als Sicherungsinstrument gedacht war entwickelt sich im Gegensatz zu Österreich durch die mögliche Anschubfinanzierung bedingt durch das Insolvenzgeld zu einem Sanierungsinstrument.²²⁸ In Österreich wird der Zwangsausgleich zum Sanierungsverfahren. Das dualistische System der AO und KO wird zu einem einheitlichen Insolvenzverfahren zusammengefasst, bei der Bestellung des Verwalters ändert sich bis auf eine neue Bezeichnung als Sanierungsverwalter indes nichts.

Trotz dieser österreichischen Erkenntnis plant das dt Bundesjustizministerium, mE ohne Grund die Einführung eines vorinsolvenzrechtlichen Restrukturierungsverfahrens.²²⁹ Unklar ist, ob ein Verwalter oder Treuhänder hier als Aufsichtsperson fungieren soll. Unklar ist, was denn der rechtliche Zeitpunkt sein soll, wann diese Verfahren eingeleitet werden soll und von wem denn dieser Zeitpunkt festgelegt wird. Auch ist die Frage der Bestellzustän-

sowie die Haftung des Schuldners nach Beendigung des Insolvenzverfahrens abweichend von den Vorschriften der InsO in einem Planverfahren geregelt werden.

²²⁷ BGH = Bundesgerichtshof, dieser wurde am 01.10.1950 in Karlsruhe errichtet. Er ist das oberste Gericht der Bundesrepublik Deutschland. Zuständig für Insolvenzsachen ist der IX Zivilsenat.

²²⁸ Durch das Ausnutzen des Insolvenzgeldzeitraums kann die Masse bei der Betriebsfortführung nicht unerheblich angereichert und eine Anschubfinanzierung erreicht werden.

²²⁹ *Jacoby*, Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren, ZGR 2010, 359 ; *Reuter*, Bericht über den Vortrag von *MinDir Graf-Schlicker* auf dem 4. Deutschen Insolvenzverwalterkongress des VID v 29.-31.10.2009, INDAT-REPORT 6/2009, 25 f

digkeit nicht geklärt. Obliegt dies auch dem Insolvenzgericht, obwohl es ein außergerichtliches Verfahren ist?²³⁰ *Beissenhirtz* schlägt vor, die Zuständigkeit für dieses Verfahren bei der Kammer für Handelssachen beim Landgericht zu begründen und bei der tatsächlichen Kontrolle einen **Sanierungstreuhänder** einzusetzen.²³¹ Sein Plädoyer für ein außergerichtliches Sanierungsverfahren begründet sich auf die positiven Erfahrungen bei der *procedure de conciliation* in Frankreich, wo 70% der eröffneten Schlichtungsverfahren mit einer Sanierung beendet werden.^{232, 233} Auch hierauf begründen sich die Ideen des dt Justizministeriums.²³⁴ ME scheitert, wie in Österreich geschehen, jedes außergerichtliche Sanierungsverfahren an der fehlenden Implementierung der insolvenzrechtlichen Vorschriften. Statt darüber nachzudenken, sollten sich die Verantwortlichen der Justizministerien darauf konzentrieren, die Sanierung im Rahmen des Insolvenzverfahrens zu verbessern. Der österreichische Weg, nämlich auf die guten Erfahrungen beim Zwangsvergleich zurückzugreifen und einzelne Vorschriften der AO ins IRÄG 2010 zu implementieren ist mE effektiver und sollte als Beispiel dienen. Mit der Auswahl des Verwalters liegt auch das Sanierungsgeschick einzig in seinen Händen, was gesteigerte Anforderungen erzeugt und den Gesetzgeber zur Normierung seiner Anforderungen veranlassen sollte. Mit der InsNov 2002 reagiert der Gesetzgeber auch auf Transparenzforderungen bei der Auswahl des Verwalters. In Deutschland ist man diesbezüglich zögerlich. Man sieht zwar die durch den Sanierungsauftrag die gesteigerten Anforderungen an den Verwalter, will aber nicht die Anforderungen der Bestellung nicht legislativ codieren.

Mit der IRÄG 2010 wird in Österreich das Konkursverfahren und Sanierungsverfahren zu einem einheitlichen Insolvenzverfahren zusammengefasst, das die Sanierung in den Vordergrund stellt. Auch hier wurde nun wie in Deutschland, aber anlehnend an das erfolgreiche Zwangsausgleichsverfahren, ein Sanierungsplan mit Sanierungsverwalter novelliert. Die KO wird zur IO.²³⁵ Obwohl als größte Reform des Insolvenzrechts seit dem 1. Weltkrieg angekündigt,²³⁶ ändern die Gesetzesnovellierungen nichts an den Beteiligungsrechten der Gläubiger. Während durch die in beiden Ländern eingeführte Eigenverwaltung die Position des Schuldners gestärkt wird, bleiben die Gläubigerrechte zurück. So ist es nicht verwunderlich, dass sich Stimmen dieser Insolvenzbeteiligten mehren, die eine bessere Gläubigerbeteiligung bei der Auswahl – mithin eine Rückkehr zur preußischen KO und

²³⁰ In Frankreich wird der Zeitpunkt nach der *procedure de sauvegarde* von der Geschäftsleitung festgelegt.

²³¹ KSI, Pressemitteilung v 23.10.2010, Handelsrichter als Insolvenzrichter, www.ksi.de

²³² *Beissenhirtz*, ZInsO 2011, 64 f

²³³ *Dammann*, NZI 2009, 502 f

²³⁴ *Leutheuser-Schnarrenberger*, Rede beim 7. Deutschen Insolvenzrechtstag am 18.3.2010, ZInsO 2010, 1178 f

²³⁵ *Konecny*, ZIK 2010, 119 f

²³⁶ Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz, Interview mit Justizministerin Mag. *Claudia Bandion-Ortner*, Creditreform aktuell 07.05.2010, www.creditreform.at

der CO 1868 in diesem Punkt fordern.²³⁷ Die Schicksalsfrage des Insolvenzverfahrens, nämlich die (Erst)-Auswahl und Bestellung des Verwalters liegt nach, IO und InsO wieder komplett in den Händen des Insolvenzrichters. Anweisungen und Geschäftsordnungen, wie er die Auswahl vorzunehmen hat, gibt es in beiden Ländern nicht. § 57 InsO, der die Wahl des Verwalters durch die Gläubiger vorsieht, greift wegen Zeitablaufs als Korrektiv nicht. § 80a IO schränkt allenfalls das Auswahlmessen des österr Richters ein. Zwar wurden bei Geltung der InsO, KO, von den Justizverwaltungen²³⁸ und in der Literatur²³⁹ in Deutschland versucht, dem Richter Auswahlhilfen zur Verfügung zu stellen, zum konkreten Verfahrensablauf gab es aber keine Hinweise. Durch die Zurückdrängung der Gläubigerautonomie beim Bestellakt sieht sich der Insolvenzrichter nun allein einem umfassenden Geflecht von multipolaren Interessen ausgesetzt. Gesicherte Gläubiger, speziell Banken, ungesicherte Gläubiger, Arbeitnehmer und Gewerkschaften, auch Politiker, wie bei Phillip Holzmann²⁴⁰ in Deutschland gesehen, versuchen ihren Einfluss geltend zu machen und dem Richter bei seiner Auswahlentscheidung einen Verwalter aufzudrängen oder das Verfahren anderweitig zu beeinflussen. Auf den deutschen Gerichtsfluren der Insolvenzgerichte ist bei Ankündigung einer Großinsolvenz das merkwürdige Phänomen festzustellen, dass sich dort alle einschlägigen Verwalter „tummelten“, um „zufällig“ bestellt zu werden. Andererseits war den Richtern bei dieser Situation die Amtshaftungsproblematik bewusst, so dass in Großinsolvenzen die bekannten „Größen“ bestellt wurden, um bei möglichen Fehlern einen Rückgriff im Wege einer Amtshaftungsklage auf den Richter zu vermeiden und nicht dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, es wäre kein geeigneter Verwalter ausgewählt worden.

²³⁷ Uhlenbruck Kommission. Die aus 33 Mitgliedern bestehende Uhlenbruck Kommission unter Vorsitz des Kölner Insolvenzrichters Prof. Dr. Uhlenbruck hatte am 21.10.2006 die Arbeit aufgenommen, um Auswahlkriterien für die Insolvenzrichter in Deutschland auszuarbeiten. Unter C.I der Empfehlungen wird eine stärkere Gläubigerbeteiligung bei der Entscheidung der Bestellung und Auswahl des (vorläufigen) Verwalters angeregt. Uhlenbruck in Uhlenbruck¹³ § 56 Rn 29

²³⁸ Verfügung des preußischen Justizministers vom 12.11.1897 (JMBL 1897, 288)

²³⁹ Uhlenbruck in Kuhn–Uhlenbruck, Konkursordnung¹¹ § 78 Rn 2

²⁴⁰ Die Philip Holzmann AG war einer der größten Nachkriegs-Baukonkurse. Dort versuchte der damalige Bundeskanzler Schröder Einfluss auf die Insolvenz zu nehmen und wurde, nachdem Subventionen flossen, gefeiert. Dies nützte allerdings nichts, denn trotz staatlicher Unterstützung siegte das Gesetz der Selbstregulierung des Marktes und es musste erneut Insolvenz beantragt werden.

2. Teil

Unterschiede in der modernen verfahrensrechtlichen Entwicklung beider Länder

I. Unterschiedliche Reformansätze in Österreich und Deutschland

1. Ziele der Reform in Österreich (InsNov 2002, IRÄG 2010)

a) neuer Bestellmodus des Masseverwalters

Anlass der InsNov 2002²⁴¹ war nicht die Rückkehr zu mehr Gläubigerbeteiligung, die durch das IRÄG 1982 bei der Bestellung des Verwalters endgültig abgeschafft wurde, sondern Hauptziel der österr Insolvenzrechtsreform war die Schaffung von mehr Transparenz bei der Bestellung und Auswahl des Masseverwalters.²⁴²

Die Initiatoren der Reform waren der Auffassung, dass die bisherige Bestellpraxis der Masseverwalter wenig Transparenz zeige. Eine Erhebung der Fachgruppe Insolvenzrecht der Vereinigung österr Richter im Jahr 2000 hatte ergeben, dass 28% der Richter die Masseverwalter (Insolvenzverwalter) grundsätzlich fortlaufend aus einer eigenen Liste bestellten, die übrigen 72% nach Eignung und Bedarf ohne eine solche Liste.²⁴³

Hierbei berücksichtigten nach *Mohr* die Gerichte die Eignung des Masseverwalters für die voraussichtlichen Erfordernisse des konkreten Konkursverfahrens, insbesondere die Größe und die Kapazität der Kanzlei, die Erreichbarkeit des Masseverwalters und auch regionale Gesichtspunkte, sowie das Vertrauen des Richters zum Masseverwalter.²⁴⁴ Ziel war es, der Masseverwalterbestellung eine genaue Umschreibung der Bestellvoraussetzung, eine starke Betonung des Unabhängigkeitsgebots und die Aufstellung von

²⁴¹ InsNov 2002, BGBl I Nr 75/2002 ist in Kraft getreten am 01.07.2002

²⁴² Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1982 (IRÄG 1982) BGBl 270/1982, mit der IRÄG 1982 wurde die Wahl des Masseverwalters durch die Gläubigerversammlung abgeschafft und durch Enthebung ersetzt.

²⁴³ *Kraft, Thurner, Blancke*, Die Bestellung des Masseverwalters nach der österreichischen Insolvenzrechts - Novelle ZInsO 2002, 864

²⁴⁴ *Mohr*, Der Ministerialentwurf der Insolvenzrechts – Novelle 2002, ZIK 2001, 114

Kriterien zugrunde zu legen.²⁴⁵ Bis zum IRÄG 1982 hatte die KO wie die dKO nur die Geschäftskundigkeit vorausgesetzt.

Mit diesem Ziel verbunden war somit die Verschärfung der positiven und negativen Bestellvoraussetzungen, um dem Konkursgericht die Möglichkeit des schnellen Handelns bei der Auswahl des Masseverwalters zu geben.

b) Beseitigung des Insolvenzmissbrauchs

Weiteres Anliegen war die Schaffung eines Korrektivs gegen Unternehmensverschleuderungen eines insolventen Unternehmens aus dem Konkurs heraus. So sollte verhindert werden, dass auf eine personenidentische Aufgangsgesellschaft zu einem nicht angemessenen Preis übertragen wurde. Aus diesem Grund war die Einbindung der Gläubiger vor einem solchen Verkauf gefordert. Ein marktkonformer Preis sollte durch die Veröffentlichung des Verkaufes gewährleistet werden. Zuvor sollte die Bewertung des Unternehmens nach „going concern“ Werten und Zerschlagungswerten erfolgen. Eine legislative Änderung geschah in der Weise, dass nunmehr nach § 88 Abs 1 S 2 IO das Konkursgericht dem Masseverwalter im Falle einer beabsichtigten Veräußerung oder Verpachtung nach § 17 Abs 1 und 2 IO **stets** einen Gläubigerausschuss beizuordnen hat. In diesem Fall besteht nach § 118 Abs. 1 IO ein Anhörungsrecht des Schuldners. Aus Gründen der Transparenz räumt die InsNov 2002 in den Fällen des § 117 IO dem Schuldner auch ein Teilnahmerecht an der Sitzung des Gläubigerausschusses ein.

c) Transparenz durch Insolvenzdatei und Insolvenzverwalterliste

aa) Insolvenzdatei

Die Einführung einer Insolvenzdatei als gesetzlich vorgesehenes Veröffentlichungsorgan für Konkursdaten im Internet sollte einen raschen und vollständigen Überblick über die in Österreich anhängigen Insolvenzverfahren sowie die objektiven Daten des Masseverwalters ermöglichen.²⁴⁶

²⁴⁵ *Chalupsky/Duursma –Kepplinger in BPB III § 80 Rz 51*

²⁴⁶ Die Insolvenzdatei ist unter der Internetseite www.edikte.justiz.gv.at öffentlich abrufbar. Es wird Auskunft darüber gegeben, ob Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses auf Abweisung des Konkursantrages mangels Kosten deckenden Vermögen erfolgt ist, welche E-Mail Adresse der Verwalter hat, wer den Masseverwalter vertritt, wenn eine juristische Person Masseverwalter ist, ob ein Gläubigerausschuss bestellt ist, ob die Rechnung genehmigt ist, ob der Verteilungsentwurf mit der vorgesehenen Verteilungsquote genehmigt ist, ob der Ausgleichsantrag angenommen ist oder versagt ist.

bb) Insolvenzverwalterliste

Zum Zweck der notwendigen Transparenz wurde gemäß § 15 Abs 1 des österr Insolvenzrechts-Einführungsgesetzes (IEG) eine Insolvenzverwalterliste eingeführt. Die Insolvenzverwalterliste wurde nach dem IRÄG 2010 in § 269 IO gesetzlich geregelt. Die Insolvenzverwalterliste wird für den Bereich der Republik Österreich gemäß § 269 Abs 2 IO als allgemein zugängliche Datenbankzentrale vom OLG Linz geführt. Gemäß § 269 Abs 3 IO haben die sich an der Auswahl interessierte Personen sich selbst in die Insolvenzverwalterliste einzutragen. Hierbei können sie ihr Fachgebiet (Branche) angeben. Eine Überprüfung der Eintragung ist in den Gesetzesmaterialien nicht vorgesehen, da damit ein umfangreiches Zulassungssystem etabliert werden müsste, welches einen erheblichen Verwaltungsaufwand mit sich bringen würde.²⁴⁷ Ein persönliches Zertifikat, welches nach einem Zertifizierungsantrag bei dem Datakom-Austria ausgestellt werden solle, wurde fallen gelassen.²⁴⁸

Um möglichen missbräuchlichen Eintragungen, sog Juxeintragungen vorzubeugen, ist der Entrichtung einer einmaligen Eintragungsgebühr sowie einer jährlichen Listenführungsgebühr eingeführt worden.

Mit der Insolvenzverwalterliste sollte es dem zuständigen Insolvenzrichter leichter möglich sein, auch Masseverwalter, die außerhalb des Gerichtsbezirks ihren Kanzleisitz haben, bei entsprechender Eignung mit dem Amt des Masseverwalters zu betrauen.²⁴⁹ Das Konkursgericht sollte nach Vorgaben so schnell wie möglich abklären lassen können, ob in der Person des Masseverwalters liegende Gründe seiner Tätigkeit entgegenstehen.

Die Insolvenzverwalterliste hatte am **01.03.2011 1.370** Eintragungen,²⁵⁰ wobei darauf hinzuweisen ist, das nicht jeder Prätendent, der auf dieser zentral geführten Liste steht auch bestellt wird, im Gegensatz zum dt Listensystem, welches den Auswahlrichter nach den judikativen Vorgaben binden soll (vgl 1. Teil V).

²⁴⁷ *Riel/Schuster*, Bekanntmachungen der Masseverwalter in der Ediktdatei ZIK 2002, 82 f

²⁴⁸ *Frank*, Insolvenzrechts-Novelle 2002, ZIK 2002, 55 f

²⁴⁹ Österreichische Insolvenzrechtsnovelle 2002, Erläuterung, ZIP 2001, 1831

²⁵⁰ www.insolvenzverwalter.justiz.gv.at

d) Änderung der Antragsmöglichkeit bei Rekurs

aa) Ausweitung der Rekursberechtigung

Bereits vor der InsNov 2002 war es anerkannt, dem Gemeinschuldner ein Rekursrecht bei der Auswahl zuzubilligen. Der Schuldner konnte das Fehlen persönlicher und fachlicher Voraussetzungen gegen die Bestellung des Verwalters geltend machen.²⁵¹ Rekurs berechtigt sind nach der InsNov 2002 (§ 87 IO) nunmehr der Gemeinschuldner, die Gläubigerversammlung und der Masseverwalter.²⁵²

Der einzelne Konkursgläubiger hat keine Legitimation.²⁵³ Das Rekursrecht bezieht sich indes bei den Gläubigern nur auf den Rekurs bei der Enthebung des Verwalters.²⁵⁴ Auch den bevorrechtigten Gläubigerschutzverbänden steht ein Rekursrecht zu (vgl 1. Teil VI.1. e).²⁵⁵ Zwar wurde das Rekursrecht ausgeweitet, eine Begründung über die Auswahl des Verwalters hat indes das Gericht auch nach der InsNov 2002 nicht vorzunehmen.²⁵⁶

bb) Einschränkungen für Verwalter und Prätendenten

Mangels Anspruch soll einem **nicht** zum Masseverwalter bestellten Prätendenten kein Rekursrecht zukommen.²⁵⁷ Auch kommt dem Masseverwalter im Verfahren über die Eröffnung des Verfahrens keine allgemeine Rechtsmittellegitimation zu.²⁵⁸

2. Ansatzpunkte der Reform

Ansatzpunkte für die Reform 2002 das Anforderungsprofil zu ändern waren die in § 80 Abs 2 und 3 KO normierten positiven und negativen Bestellvoraussetzungen für den gerichtlich zu bestellenden Masseverwalter, die nach Auffassung des Ministerialentwurfs unzureichend normiert waren. Aus diesem Grund erweiterte der Ministerialentwurf das Anforderungsprofil, dieser wurde nur mit geringen Änderungen übernommen. Die positiven und nega-

²⁵¹ *Mohr* KO¹⁰, § 80 E 8, OLG Linz 17.09.1990, 2 R178 -186

²⁵² OGH 21.10.1999, 8 Ob 240/99 y, ZIK 1999, 202

²⁵³ *Mohr*, KO¹⁰ § 87 E 10, OGH 25.04.1991 eclex 1991, 533

²⁵⁴ OLG Graz 09.02.2004, 3R 201/103h

²⁵⁵ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu Insolvenzgesetzen § 80 Rn 8

²⁵⁶ *Mohr*, Die InsNov 2002 und die EuInsVO im Überblick, 32

²⁵⁷ *Feil*, Konkursordnung unter Berücksichtigung der InsNov 2002, § 80 Rz 1

²⁵⁸ OGH 21.07.2005, 8 Ob 3/ 05 g, ZIK 2005, 205

tiven Bestellvoraussetzungen wurden in § 80a und § 80b KO angepasst.

a) Positive Bestellvoraussetzungen²⁵⁹

aa) Fachkenntnisse

In § 80 Abs 2 KO wurden die positiven Bestellvoraussetzungen normiert und in § 80 Abs 2 IO, mit Ausnahme, das nun Kenntnisse im Insolvenzwesen erforderlich sind, übernommen. Danach kann ein Masseverwalter nur eine unbescholtene, verlässliche oder geschäftskundige Person sein, die Kenntnisse im Insolvenzwesen hat. Nach den Gesetzesmaterialien ist mit Unbescholtenheit nicht nur die Unbescholtenheit im strafrechtlichen Sinne, sondern auch im zivilrechtlichen Sinne gemeint.

Die Verlässlichkeit sollte sich daran orientieren, ob über das Vermögen des Masseverwalters ein Insolvenzverfahren anhängig ist und ob Versicherungsdeckung ermöglicht wird. Unter Geschäftskundigkeit fallen nach den Gesetzesmaterialien nicht nur fundierte Kenntnisse eines ordentlichen Kaufmanns, sondern auch Geschäftskundigkeit in Insolvenzsachen.

Anders als in § 80 Abs 2 Satz 2 KO aF wurden nun in § 80 Abs 3 Z 1 KO (jetzt § 80 Abs 3 IO) auch Kenntnisse nicht nur im Bereich des Wirtschaftsrechts, sondern auch im Bereich der Betriebswirtschaft gefordert. Für ein Unternehmen, das wegen seiner Größe, seines Standorts und auch seiner weit reichenden wirtschaftlichen Verflechtungen in wirtschaftlicher Hinsicht von wichtiger Bedeutung ist, ist nun normiert, dass eine besonders erfahrene Person heranzuziehen ist. Dieses für so genannte Großinsolvenzen aufgestellte Kriterium erfordert, dass der Prätendent über überdurchschnittliche Kenntnisse und Erfahrungen auf dem Gebiet des Konkurs- und Ausgleichswesens verfügt, was aber kein bestimmtes Lebensalter voraussetzt.²⁶⁰ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass im Privatkonkurs eine Person, die nicht über allgemeine Fachkenntnisse des Wirtschaftsrechts hinaus verfügt, zum Masseverwalter bestellt werden könnte.

§ 80 Abs 2 IO stellt nicht darauf ab, dass eine bestimmte Berufsgruppe Masseverwalter wird. Die vom Masseverwalter geforderte Geschäftsfähigkeit setzt nach hA keine juristische Ausbildung voraus. Die Voraussetzung der Geschäftskundigkeit kann bei allen Berufsgruppen bejaht werden, deren berufliche Ausbildung die Vermittlung solcher Kenntnisse gewährleistet.²⁶¹ Somit gewährleistet § 80 Abs 2 IO die Gleichbehandlung der Prätendenten

²⁵⁹ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, Kommentar zu Insolvenzgesetzen, § 80 Rn 19

²⁶⁰ AB 1147 BlgNR 15.GP 9.

²⁶¹ Chalupsky, Duursma-Kepplinger in BPB III § 80 Rz 23

um das Masseverwalteramt. Die Praxis zeigt allerdings, so ergab es die Umfrage bei den österreichischen Insolvenzgerichten, dass zu Masseverwaltern in Österreich hauptsächlich Rechtsanwälte herangezogen werden.^{262, 263}

Die österr Richter geben dieser Berufsgruppe aufgrund der unterstellten juristischen Kenntnisse, vorwiegend im Bereich des Anfechtungsrechts, einen erheblichen Kompetenzvorschub. Beim spektakulären Quelle – Konkurs wurden vom Landgericht Linz gleich drei Rechtsanwälte zu Masseverwaltern bestellt, um hier die komplizierten Markenrechte mit der bereits verkauften Marke zu prüfen.²⁶⁴

§ 80 KO aF sah nur allgemeine Voraussetzungen vor, die eine Person erfüllen musste, um vom Konkursgericht zum Masseverwalter bestellt zu werden. Nunmehr sieht der „neu“ eingeführte § 80a IO konkrete Anforderungen vor, die zu berücksichtigen sind. Unter anderem sind technische und persönliche Anforderungen aufgelistet, die eine für den jeweiligen Einzelfall auszuwählende geeignete Person für eine zügige Durchführung des Konkursverfahrens zu erfüllen hat.²⁶⁵

bb) Kanzleiausstattung

Nach § 80a Abs.1 IO wird zudem eine hinreichende Kanzleiorganisation gefordert. Die Gesetzesmaterialien nennen auch das Vorhandensein von entsprechend qualifizierten Mitarbeitern und einer zeitgemäßen technischen Ausstattung, also EDV, Insolvenzprogramme, Internetzugang etc sowie auch eine aktuelle Auslastung des jeweiligen Insolvenzverwalters.

b) Negative Bestellvoraussetzungen²⁶⁶

aa) Unabhängigkeit

Der bestellte Masseverwalter muss vom Gemeinschuldner und von den Gläubigern unabhängig sein, er darf zudem kein Konkurrent des Gemeinschuldners sein und auch in keinem vorangegangenen Reorganisationsverfahren als Reorganisationsprüfer bestellt worden sein.²⁶⁷

²⁶² *Dellinger/Oberhammer* Insolvenzrecht² 2002, Rn 109

²⁶³ Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, www.oerak.or.at

²⁶⁴ Die Crux von Lielachers Quelle-Angebot, www.wirtschaftsblatt.at

²⁶⁵ § 80a (1) IO Das Insolvenzgericht hat eine für den jeweiligen Einzelfalls geeignete Person auszuwählen, die eine zügige Durchführung des Konkursverfahrens gewährleistet. Dabei hat das Gericht insbesondere das Vorhandensein einer hinreichenden Kanzleiorganisation und einer technischen Ausstattung, sowie Belastung mit anhängigem Insolvenzverfahren zu berücksichtigen.

²⁶⁶ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* § 80 Rn 10

²⁶⁷ Das „Reorganisationsverfahren“ löste das 1982 eingeführte Vorverfahren ab, um schon vor

Diese Voraussetzungen sind nun in § 80b Abs 1 KO nF (§ 80a IO) geregelt. § 80b Abs 1 IO entspricht im Wesentlichen § 80 Abs 3 KO aF § 80 Abs 3 KO aF ging bei der Konkurrenz des Gemeinschuldners allerdings von einer Sollvorschrift aus. Die neue Fassung normiert diese nun als „Darfvorschrift.“ Nach § 80b Abs 2 IO hat der Masseverwalter umgehend die Umstände sofort anzeigen, die seine Unabhängigkeit im Zweifel ziehen. Die Anzeige hat beim Insolvenzgericht zu erfolgen.

Ist der Masseverwalter eine juristische Person, so hat diese das Vorliegen einer Vertretung oder Beratung auch hinsichtlich der Gesellschafter, der zur Vertretung nach außen berufenen sowie der maßgeblich an dieser juristischen Person beteiligten Personen dem Konkursgericht bekannt zu geben.²⁶⁸

Die vom Masseverwalter bekannt gegebenen Umständen sind nach § 80 b Abs 4 IO in der Gläubigerversammlung zu erörtern. Bei dem Unabhängigkeitsgebot nach § 80 b Abs 2 IO ist nicht nur auf die vertretungsberechtigte Person abzustellen, sondern auch auf die Gesellschafter.²⁶⁹ Unabhängigkeit fehlt in der Regel bei Beratung und Vertretung des Gemeinschuldners. Eine einmalige Beratung und kurze Vertretung schadet indes nicht.²⁷⁰

bb) Strafrechtliche Verurteilungen

Strafrechtliche Verurteilungen führen in der Regel nicht zur Bestellung eines Verwalters, wenn ein Rechtsgut verletzt wurde, was bei einer Masseverwaltung auch tangiert werden könnte.²⁷¹

3. Umsetzung und Ergebnis der Reform

a) Beibehaltung der Bestellkompetenz aus der Historie

Der Ministerialentwurf, der vom österreichischen Rechtsanwältstag 2001 befürwortet wurde, hält an der historischen Entwicklung fest und bleibt dabei, dass ausschließlich das Insolvenzgericht den Insolvenzverwalter aus-

Insolvenz Sanierungsmaßnahmen zu treffen. Es wurde mit der KO-Novelle 1997 als URG geregelt.

²⁶⁸ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB III § 80 Rz 32

²⁶⁹ Wer eine juristische Person iSd § 80 Abs 5 ist, richtet sich nach den Bestimmungen des allgemeinen Privatrechts. Zum Masseverwalter können daher Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften bestellt werden. Ein Masseverwalterkollektiv ist nicht zulässig.

²⁷⁰ *Mohr*, Die InsNov 2002 und die EuInsVO im Überblick, 32

²⁷¹ *Chalupsky, Duursma-Kepplinger* in BPG III § 80 Rz 20 mit detaillierter Auflistung

wählt.²⁷² Die erste Bestellung des Insolvenzverwalters. nach IRÄG 2010 Sanierungsverwalter im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung oder Masseverwalter im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung oder Masseverwalter im Konkursverfahren,²⁷³ erfolgt mit der Insolvenzeröffnung (§ 80 Abs 1 IO) im Insolvenzeröffnungsbeschluss selbst. Im Entscheidungsprozeß des Insolvenzgerichts haben weder der Schuldner noch die Gläubiger einen rechtlichen Einfluss auf die Auswahl.²⁷⁴

Nach der Reform sollte für das Verfahren nicht nur eine geeignete Person bestellt werden, sondern das Gericht sollte die Person für das Verfahren auszuwählen, die am **besten** geeignet wäre, das Verfahren zu betreuen.²⁷⁵ Dies ist allerdings nicht mit dem Wortlaut des § 80a IO konform, der für den Einzelfall eine geeignete Person vorsieht, kann aber aus dem Erläuterungsbericht zur InsNov 2002 durchaus hergeleitet werden.²⁷⁶

b) Reform pro Rechtssicherheit

Unabhängig davon blieb es bei der Ansicht des Reformgebers, dass das Wissen des Konkursrichters über die Person des in Betracht kommenden Masseverwalters unersetzbar wäre. Dennoch wurde durch die Umsetzung der Reform indes mehr Rechtssicherheit erzeugt und ungewollt verfassungsrechtliche Erfordernisse durch die legislative Normierung von Anforderungsprofilen erfüllt. Die Reform legitimierte zudem bei der Auswahl des Masseverwalters die Unterscheidung zwischen ausreichenden Fachkenntnissen und besonderen Fachkenntnissen, wenn es um die Bearbeitung von Großinsolvenzen geht. Die Anzeigepflicht des Verwalters erzeugte zudem eine nicht unbedeutende Selbstverpflichtung, die bei Missachtung zum Verlust des Amtes führt. Durch die klaren Regeln wird ein auslegungsbehaftetes Abwahlverfahren vermieden.

c) Datei und Liste nur Informationspool

Die Praxis hat indes gezeigt, dass die Reformumsetzung, was die Insolvenzverwalterliste und Insolvenzdatei betrifft, in der Praxis keine großen Auswirkungen hatte. Die Insolvenzverwalterliste und die Insolvenzdatei sind allenfalls Informationspools des Insolvenzgerichts und erfüllen nicht die

²⁷² Österreichischer Rechtsanwaltstag Stellungnahme zur InsNov 2002 GZ 13.075/31-I.52001

²⁷³ *Nummer-Krautgasser*, ZInsO 2011, 117 f

²⁷⁴ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB III, § 80 Rz 32

²⁷⁵ *Mohr KO*¹⁰, § 80a, 6)

²⁷⁶ ErläutRV InsNov 2002, 988 BlgNR 21.GP22, danach soll der Auswahlrichter die bisherige Tätigkeit des Verwalters und seine Zusatzqualifikation anziehen, denn es geht darum für das Verfahren den am besten geeigneten Verwalter zu benennen. *Mohr KO*¹⁰, § 80a 6)

Erwartungen, die der Gesetzgeber gestellt hatte. Nach der Intention des Gesetzgebers sollte die Insolvenzverwalterliste nicht nur gewährleisten, dass eine für das konkrete Verfahren geeignete, sondern möglichst auch die am besten geeignete Person ausgewählt wird. Vom damaligen Justizminister *Böhmendorfer* wurde angemerkt, dass die Konkursverfahren aufgrund der unterschiedlichen Unternehmensstrukturen sehr unterschiedlich verlaufen und Spezialisten gefragt sind. Durch die Bereitstellung dieser Liste sollte dem auswählenden Konkursrichter eine Entscheidungshilfe bereit gestellt werden.²⁷⁷

Die im Rahmen dieser Arbeit gemachten Umfragen bei österreichischen Insolvenzgerichten ergaben, dass aufgrund der Insolvenzverwalterliste österreichische Insolvenzrichter nicht dazu übergegangen waren, Verfahren auf Masseverwaltern zu übertragen, die sie persönlich nicht kannten, also ohne Reflektion den Masseverwalter aus der Insolvenzverwalterliste bestellten. Die Insolvenzverwalterliste ist nicht mehr als „die Umsetzung des politischen Willens“, wie bei der Umfrage von den Insolvenzrichtern mitgeteilt wurde. Sie hat an der tatsächlichen Auswahlpraxis des Masseverwalters nichts geändert. Ein Rechtsanspruch auf Bestellung zum Verwalter trotz Eintragung und Erfüllung aller Voraussetzungen besteht nicht.²⁷⁸

d) Reform versus persönlicher Kriterien (soft skills)

Der Reformgeber orientierte sich bei der InsNov 2002 nur an objektiven Kriterien bei den Bestellvoraussetzungen, jedoch nicht an den persönlichen Kriterien, den so genannten soft skills.

Die Anziehung dieser Kriterien bleibt weiterhin den Insolvenzrichtern überlassen, die objektiven Voraussetzungen hat indes das Gericht an den legislativen Vorgaben abzu prüfen.²⁷⁹ Nach wie vor steht bei den österreichischen Insolvenzrichtern dies aber bei der Masseverwalterbestellung im Vordergrund. Die Umfrage bei drei größeren Insolvenzgerichten in Österreich ergab, dass das Vertrauen als Ergebnis von gezeigten Erfolgen in der Abwicklung der Verfahren, einhergehend mit dokumentierter persönlicher Verfahrensabwicklung, Auftreten und erprobter Führungsqualität das ausschlaggebende Auswahlkriterium ist. Mithin wird kein österreichischer Insolvenzrichter auf die Idee kommen, einen Masseverwalter zu bestellen, nur weil er auf der Liste steht und die objektiven Voraussetzungen erfüllt. Schon gar nicht, wenn es um die Bearbeitung von mittleren bis größeren Verfahren geht.

²⁷⁷ *Amonat*, Reform des Insolvenzrechts passiert Ministerrat, www.lexandtax.at

²⁷⁸ *Bock/Muhri*, Das neue Insolvenzrecht, 2398

²⁷⁹ *Feil*, Österr Konkursordnung, § 80 Rn 1

e) Reform versus Örtlichkeitsprinzip

Die Einführung der Insolvenzverwalterliste und der Insolvenzdatei lassen die Intention des Gesetzgebers erkennen, dem Insolvenzrichter ein weites räumliches Auswahlfeld zu ermöglichen.

Die Reform hat indes, wie aus den Befragungen hervorgegangen ist, dieses nicht bewirkt. Die befragten österreichischen Insolvenzrichter stellten ausnahmslos zu den persönlichen Kriterien die „lokale“ Bestellung aus praktischen Gründen, nämlich den vorausgesetzten Erfahrungen des Masseverwalters mit den örtlichen Beteiligten (Behörden, institutionellen Gläubigern) in den Vordergrund.

Die Befragung ergab, dass die österreichischen Konkursrichter besonders darauf Wert legen, dass der Masseverwalter die Strukturen vor Ort kennt, zu den örtlichen Institutionen einen „Draht“ hat, wie es ein Richter ausdrückte. Bei kleineren, wie von einem österr Richter bezeichneten „Mickey Mouse“-Verfahren, konnte bei der Befragung zum örtlichen Bezug eine gewisse schematische Vergabe festgestellt werden. Jüngere, örtlich ansässige Kollegen wurden nach Reihe einer internen Liste bestellt, ohne Insolvenzverwalterlistenauswahl. Alle befragten Konkursrichter bestätigten, dass die Beauftragung mit kleinen Verfahren und deren erfolgreiche Abwicklung Entscheidungsgrundlage für die Beauftragung größerer Verfahren seien.

f) Tatsächliche Auswirkungen

Das Ziel der Verhinderung der Unternehmensverschleuderung an eine Aufgangsgesellschaft wurde erreicht. Die InsNov 2002 hat durch die Schaffung gesetzlicher Auswahlkriterien zur Rechtssicherheit bei der Auswahl des Masseverwalters beigetragen. Die Unabhängigkeitsvoraussetzungen sind nun für den Konkursrichter klar definiert. Abweichungen am Örtlichkeitsprinzip, wie es die Insolvenzverwalterliste indizieren sollte, sind indes nicht festzustellen.

Eine inhaltliche Änderung des richterlichen Auswahlmessens wurde mit der InsNov nicht eingeführt. Auch aus diesem Grund gab es in der tatsächlichen Bestellpraxis kaum Veränderungen. Vielmehr konnte die Reform nicht verhindern, dass die Vergabep Praxis von einigen Beteiligten immer noch zu einseitig gesehen wird.

So wurde beim Konkurs der Ski-Firma Atomic das „Netzwerk“ Konkursrichter, Masseverwalter, Bankenvertreter gerügt. Weil eine Quote von 73% ausgeschüttet wurde, ist die Vermeidbarkeit des Konkurses und eine ausreichende Prüfung der Insolvenzgründe in Frage gestellt worden.²⁸⁰ Ob dieser Annahme gefolgt werden kann ist fraglich, denn der OGH hat im Januar

²⁸⁰ www.krone/causadierepublik.at

2011 judiziert, dass ab Nichtzahlung von 5 % der Verbindlichkeiten Zahlungsunfähigkeit vorliegt.²⁸¹ Die einschlägige Tagespresse brachte jedenfalls die Schlagzeile: „Konkurse: Keine Freunderlwirtschaft. Die häufige Beauftragung eines Verwalters wurde mit Erfahrung gerechtfertigt.“²⁸²

g) IRÄG 2010 ohne Einfluss auf Auswahl- und Bestellung des Verwalters

Die IRÄG 2010 kann sicher als eine grundlegende Reform seit der österr Konkursordnung v 1914²⁸³ bezeichnet werden,²⁸⁴ denn die Ausgleichordnung und Konkursordnung werden abgeschafft und zu einem einheitlichen Insolvenzverfahren zusammengefasst. Nach *Kantner* stellt sie einen legislatischen Meilenstein dar.²⁸⁵ Bei der Auswahl des Verwalters ändert sich indes nichts gravierendes, weshalb die InsNov 2002 als Vergleichsreform zur dt InsO im komparativen Vergleich schwerpunktmäßig angezogen wurde. Bei den nun eingeführten Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung (§ 169 IO) wird ein **Sanierungsverwalter** bestellt, der eingeschränkte Rechte eines Masseverwalters, der im *Sanierungsverfahren* ohne Eigenverwaltung oder Konkursverfahren hat weiterhin so benannt wird, hat.²⁸⁶ Dem Sanierungsverwalter obliegt nicht die Betriebsfortführung oder Schließung des Betriebes, er ist neben der Genehmigung einzelner Rechtshandlungen zur Anfechtung, Forderungsprüfung, Verwertung eingesetzt.

II. Reformansätze in Deutschland

1. Ziele der Reform in Deutschland (InsO 1999)

a) Marktkonformität durch Sanierung

Die Insolvenzrechtsreform in Deutschland hatte als Hauptziel nicht die Änderung der Bestellvoraussetzungen des Insolvenzverwalters, sondern die

²⁸¹ OGH, 3 Ob 99/10w

²⁸² Salzburger Nachrichten, Sonntag 22.03.07

²⁸³ Österr Konkursordnung RGBI 1914/337

²⁸⁴ *Nunner-Krautgasser*, ZInsO 2011, 117 f

²⁸⁵ *Kantner*, Das „neue Österreichische Insolvenzrecht“-IRÄG 2010, ZInsO 2010, 2388 f

²⁸⁶ *Nunner-Krautgasser*, ZInsO 2011, 118 f

Schaffung eines modernen funktionsfähigen Insolvenzrechts. Das neue Verfahren sollte bei der Unternehmensinsolvenz, auch Regelinsolvenz, eine marktkonforme Insolvenzabwicklung ermöglichen. Dabei wurde nicht das Sanierungsziel als eigenständiges Reformziel hervorgehoben. Die bestmögliche Verwertung des Schuldnervermögens sollte nach wie vor die Zielvorgabe sein, allerdings Gleichrangigkeit mit der übertragenden Sanierung oder Sanierung haben.²⁸⁷ Unter diesem Gesichtspunkt ergab sich auch eine - wenn auch geringfügige Änderung - beim Anforderungsprofil bei Abfassung des § 56 InsO „Bestellung des Insolvenzverwalters.“

b) Einführung des Verbraucherinsolvenzverfahrens

Mit der Insolvenzrechtsreform wurde wie in Österreich das Verbraucherinsolvenzverfahren mit dem Restschuldbefreiungsverfahren eingeführt (§§ 304 – 315 InsO). Hierbei handelt es sich um eine Verfahrensart, die sich vom herkömmlichen Konkursverfahren deutlich unterscheidet. Es hat eine dreistufige Konzeption, beginnend mit einem obligatorischen außergerichtlichen Einigungsversuch und bei Scheitern mit einem anschließenden gerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahren, das nach der Insolvenzrechtsreform 2001 nicht mehr obligatorisch ist.²⁸⁸ Beide Versuche sind auf einen Vergleich ausgerichtet. Sollte der Vergleich scheitern, wird das Insolvenzverfahren aufgenommen und in vereinfachter Form fortgesetzt. Die Aufgaben des Insolvenzverwalters werden in diesem Verfahren nach § 313 InsO von einem Treuhänder wahrgenommen. Die Einführung dieser Verfahren führte zu einem erheblichen Bedarf an Verwaltern und Treuhändern. Aufgrund der geringeren Lukrativität lehnten die eingesessenen Verwalter eine Übernahme des Amtes in diesen Fällen oft ab, sodass die Gerichte die Vergabe von Regelinsolvenzen von der Übernahme von Verbraucherinsolvenzen abhängig machten. Einige Verwalter schlossen sich deshalb zusammen und gründeten Beteiligungsgesellschaften in der Weise, dass diese mit jüngeren Kollegen bestückt wurden, die diese Fälle zu übernehmen hatten. Die Verbraucherinsolvenzen werden mittlerweile als Massenverfahren geführt.

c) Quantitative Steigerung durch Eröffnungserleichterung

Das Konkursrecht war in den alten Bundesländern weitgehend funktionsunfähig geworden durch die überwiegenden Abweisungen mangels Masse. In den Jahren 1985 bis 1990 gab es ca. 75% Konkursabweisungen mangels Masse. Das Vergleichsverfahren war mit 1%-gen Anteil an den Verfahren

²⁸⁷ Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs RegE InsO 1992, BT-Drucks 12/2443,72 f

²⁸⁸ InsOÄndG 2001

zur Bedeutungslosigkeit herabgesunken.²⁸⁹

Aus diesem Grund sollte die Reform die Eröffnung von Insolvenzverfahren erleichtern. Dies geschah durch die Erweiterung der Eröffnungsgründe, nämlich der Einführung der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Erleichterung der Eröffnungsvoraussetzungen durch Eröffnung bei Verfahrenskostendeckung. Durch eine vermehrte Eröffnung der Insolvenzverfahren sollte zugleich die Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens wieder hergestellt werden.

d) Verteilungsgerechtigkeit (par conditio creditorum)

Wie sich aus dem Regierungsentwurf ergibt, sollte die Konkursquote auch deshalb erhöht werden, weil eine geordnete, gleichmäßige Befriedigung nicht stattfinden könne, wenn es keine Konkurseröffnungen gäbe.²⁹⁰ Durch die Ausweitung des Prinzips „par conditio creditorum“ sollte verhindert werden, dass nachgiebige und weniger informierte Gläubiger benachteiligt werden, im Verhältnis zu den Gläubigern, die sich mit aller Härte gegenüber dem Insolvenzschuldner durchsetzen. Eine bessere Verteilungsgerechtigkeit sollte durch Abschaffung der Vorrechte geschaffen werden.

e) Vereinheitlichung vs Dualismus

Seit dem Beitritt der Länder der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik zur Bundesrepublik Deutschland am 03.10.1990 bestand im vereinten Deutschland ein zweigeteiltes Insolvenzrechtssystem, nämlich die Konkursordnung in den alten Bundesländern und die Gesamtvollstreckungsordnung in den Beitrittsländern. Ein weiterer Reformimpuls war es daher, eine Insolvenzrechtsreform in Gesamtdeutschland zu schaffen, um auf ein einheitliches Rechtssystem zurückgreifen zu können.

Auch die Zusammenfassung von Vergleichsordnung und Konkursordnung war Reformziel. Dies sollte durch die Einführung des „Insolvenzplans“ geschehen. Hierbei hatten die Reformgeber sich die Vereinigten Staaten als Vorbild genommen (Management by bankruptcy), wo bereits das Reorganisationsverfahren ein wesentlicher Aspekt im Insolvenzverfahren war. So fanden in dem Referentenentwurf des Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts im November 1989 im großen Umfang im Rechtsvergleich gewonnene Erkenntnisse Eingang in die Insolvenzrechtsreform, wie das Insolvenzplanverfahren als Reorganisationsverfahren. Bereits 1985 und 1986 hatte die deutsche Kommission in ihren Berichten Voraussetzungen gefordert, um

²⁸⁹ Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Druck 12/2443 vom 15.04.1993, 1a

²⁹⁰ Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks 12/2443 vom 15.04.1993, 71 f

leichter Unternehmen sanieren zu können, als diese zu liquidieren.²⁹¹

2. Ansatzpunkte der Reform

a) Positive Bestellvoraussetzungen

aa) Geschäftskundigkeit versus Bestenauslese

Der Rechtsausschuss bestand darauf das Wort „geschäftskundig“ in den Gesetzestext aufzunehmen, um den erhöhten Anforderungen, die das neue Insolvenzrecht wegen der Sanierungsprüfung an den Insolvenzverwalter stellen würde, gerecht zu werden. Der Rechtsausschuss erreichte noch die Aufnahme in den Wortlaut, dass der Verwalter für den jeweiligen Einzelfall geeignet, insbesondere geschäftskundig sein sollte.

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass die Geeignetheitsprüfung nach wie vor das Insolvenzgericht vornehmen sollte, auf eine weitere Beschreibung der Anforderungen wurde verzichtet. Eine Bestenauslese wurde vom Reformgesetzgeber abgelehnt, denn im Unterschied zur beamtenrechtlichen Bestenauslese läuft die Bestenauslese nach Auffassung des Reformgesetzgebers zur InsO gegen die „Natur des Insolvenzverfahrens“, denn jedes Verfahren stellt andere Anforderungen und läuft unter der Prämisse des BVfG der richterlichen Unabhängigkeit entgegen.²⁹²

In § 78 dKO war nur normiert, dass der Konkursverwalter vom Gericht ernannt wird. Über die Qualifikation des Konkursverwalters war in § 78 dKO nichts ausgeführt. Es war aber schon herrschende Meinung, dass zum Konkursverwalter nur eine geschäftskundige, von den Gläubigern wie auch vom Gemeinschuldner unabhängige Person zu bestellen ist. Dies gab dem Gesetzgeber Anlass § 78 dKO in der Weise zu ändern, dass nunmehr zum Insolvenzverwalter eine geschäftskundige, von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige Person zu bestellen ist.

²⁹¹ Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts: Referentenentwurf: mit allgemeiner Begründung und Begründung zu den einzelnen Vorschriften, Nov 1989, Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern 1990

²⁹² *Frind* in Haarmeyer, Wutzke, Förster, Präsenzkomentar zur Insolvenzordnung 2010 § 56 Rz 7

b) Negative Bestellvoraussetzungen

aa) Unabhängigkeit

Der Insolvenzverwalter muss neutral und vom Schuldner unabhängig sein. Dies ist nach der Systematik logisch und hätte nicht legislativ normiert werden müssen. Die Unabhängigkeitsfrage taucht beim Gläubigervorschlag oder Schuldnerorschlag auf.

bb) Gläubigervorschlag

Einige Gerichte tendieren dahin, bei einem Vorschlag gerade nicht den Vorgeschlagenen auszuwählen, verkennen hierbei, dass es sich um ein Gläubigerverfahren handelt.

Unabhängigkeit bedeutet indes auch die Unabhängigkeit von der Insolvenzmasse, also die wirtschaftliche Unabhängigkeit

c) Kein Beschwerderecht

§ 75 dKO sah gegen die Bestellung des Verwalters noch die sofortige Beschwerde vor. Dies wurde mit der Reform legislativ geändert. Gemäß § 6 InsO muss die Möglichkeit der Beschwerde ausdrücklich in der Vorschrift aufgeführt werden. Die Rechtsmittel, die gegen die Bestellung des Verwalters eingelegt wurden, mussten mangels legislativer Regelung vom BVfG entschieden werden. (vgl 2. Teil V.)

d) Regierungsentwurf vs Rechtsausschuss

aa) Bestellkompetenz

Bei der Bestellkompetenz für den Verwalter sollte es nach dem Regierungsentwurf dabei bleiben, das Erstbestellungsrecht durch das Insolvenzgericht ausüben zu lassen. Stimmen in der Literatur und vereinzelte Stellungnahmen vor der Reform hatten darauf aufmerksam gemacht, dass die Bestellung des Verwalters durch das Gericht dessen Unabhängigkeit stärken würde.²⁹³ Der

²⁹³ Uhlenbruck, KTS 1989, 229

Gravenbrucher Kreis wies darauf hin, dass eine Gläubigerauswahl in diesem frühen Stadium aus organisatorischen Gründen nicht möglich wäre.²⁹⁴ Hieran hielt sich der Regierungsentwurf. Der Regierungsentwurf schlug in Anlehnung an die KO vor auch juristische Personen als Insolvenzverwalter im Hinblick auf verfassungsrechtliche Vorgaben zuzulassen.

bb) Juristische Personen

Im Unterschied zum Regierungsentwurf sah der Rechtsausschuss vor, nur eine unabhängige natürliche Person als Insolvenzverwalter zu bestellen.²⁹⁵ Die vom Regierungsentwurf zugelassene Möglichkeit, juristische Personen mit den Aufgaben des Insolvenzverwalters zu betrauen, stieß am 28.04.1993 bei der Anhörung im Rechtsausschuss auf starke Kritik. Die vorgetragenen Argumente der Haftungs- und Aufsichtsprobleme bei einer juristischen Person mit austauschbaren handelnden Personen sowie der Problematik von Interessenkollision haben den Rechtsausschuss überzeugt, keine juristischen Personen zuzulassen und verfassungsrechtliche Bedenken hintanstellen zu lassen.

e) Keine Einführung einer bundesweiten Insolvenzverwalterliste

Die Einführung des österreichischen Listenmodells wurde später auch in Deutschland empfohlen.²⁹⁶ Die Bund-Länder-Kommission hielt allerdings eine Insolvenzverwalterliste in Deutschland für nicht geeignet. Als Argument wurde angeführt, dass eine Verwalterliste einen Insolvenzrichter kaum davon abhalten könne, bei der Verwalterauswahl wie bisher auf den geschlossenen Kreis zurückzugreifen. „Die Liste diene der Selbstdarstellung der Bewerber und sei allenfalls eine Informationshilfe für die Insolvenzgerichte.“²⁹⁷

f) Auswahlgrundsätze auch für Treuhänder, vorläufiger Insolvenzverwalter, Sachwalter

Die Auswahl des Verwalters betrifft aufgrund der Verweisungsnormen in den

²⁹⁴ Gravenbrucher Kreis, BB 1986, Beilage; Der sog. Gravenbrucher Kreis ist ein Zusammenschluss von 25 Insolvenzverwaltern aus den führenden deutschen Insolvenzverwalterkanzleien.

²⁹⁵ § 65 RegEInsO war zunächst davon ausgegangen auch Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Steuerberatergesellschaften für das Amt des Verwalters als jur Person zuzulassen.

²⁹⁶ Hensler, Das Berufsbild des Insolvenzverwalters im Wandel der Zeit, ZIP 2002, 1063

²⁹⁷ Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ zur 73. Konferenz der Justizminister/innen vom 10. bis 12. 06. 2002 in Weimar, S 47

§§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO, § 274 und § 313 Abs 3 S 3 InsO auch den vorläufigen Insolvenzverwalter, den Sachwalter in der Eigenverwaltung und den Treuhänder im vereinfachten Insolvenzverfahren.

Nach § 270 InsO ist der Schuldner berechtigt, unter Aufsicht eines Sachverwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen, wenn das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung anordnet²⁹⁸. Nach § 274 Abs. 2 InsO hat der Sachverwalter die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen und die Geschäftsführung sowie die Ausgaben für die Lebensführung zu überwachen. Weiterhin hat der Sachwalter nach § 275 InsO diverse Mitwirkungspflichten bei der Eingehung von Verbindlichkeiten zu beachten. Nach § 276 InsO muss er die Zustimmung eines Gläubigerausschusses einholen, wenn bedeutende Rechtshandlungen vorzunehmen sind.

Der Schuldner kann nach § 304 InsO das Verbraucherinsolvenzverfahren beantragen, wenn er eine natürliche Person ist, die keine selbstständige, wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Nach § 313 InsO werden die Aufgaben anstatt von einem Insolvenzverwalter von einem Treuhänder wahrgenommen. Das Verbraucherinsolvenzverfahren sieht eine Restschuldbefreiung vor. Diese erlangt der Schuldner nur, wenn er seine pfändbaren Einkünfte an den Treuhänder abtritt. Der Treuhänder überwacht dieses Verfahren und führt jährlich Zahlungen an die Gläubiger durch.

g) Tatsächliche Auswirkungen

aa) Anstieg der Insolvenzverfahren

Tatsächlich hatte die Insolvenzrechtsreform in Deutschland eine erhebliche Steigerung der Insolvenzeröffnungen, mithin einen Anstieg der Verwalterzahl zur Folge. Ausschlaggebend war hier nicht, das in der InsO neu eingeführte Merkmal der drohenden Zahlungsunfähigkeit, sondern die Tatsache, dass nunmehr Verfahren eröffnet werden konnten, wenn die Massekosten, also die Kosten der Verwaltervergütung und die Kosten des Gerichts gedeckt waren. Das Verfahren muss danach eröffnet werden, auch wenn absehbar ist, dass es nach Eröffnung mangels Masse, d.h. mangels fehlender Möglichkeit, die auflaufenden Masseschulden zu begleichen, wieder eingestellt werden muss. Vorteil dieser Verfahrensweise war so, dass der Insolvenzverwalter bei der Eröffnung auf Tatsachen kam, die eine Masseanreicherung bewirkten. Gerade die Verschärfung des Anfechtungsrechts gab bei einer Insolvenzeröffnung dem Masseverwalter die Möglichkeit, durch Einblick in die Geschäftsbücher und Buchhaltungsunterlagen Tatbestände der Anfechtung zu

²⁹⁸ In Österreich ist die Eigenverwaltung (Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung) mit dem IRÄG 2010 eingeführt worden.

erforschen und somit in seinem Gutachten zu prognostizieren, dass eine ausreichende Masse vorhanden ist. Durch die Einführung des Verbraucherinsolvenzverfahren setzte eine Flut von Insolvenzanträgen natürlicher Personen ein. Im Hinblick auf die Entschuldungsmöglichkeit nach zuerst 7 Jahren, nunmehr 6 Jahren, gab es eine Vielzahl von Anträgen, die eine Restschuldbefreiung vorsahen. Jahr für Jahr steigt kontinuierlich die Zahl der Verbraucherinsolvenzen (vgl 1. Teil I. Einführung).

bb) Verteilungsgerechtigkeit

Tatsächlich trug auch die Insolvenzrechtsreform zu einer Verteilungsgerechtigkeit bei. Durch die Abschaffung der einzelnen Vorrechte, gab es bei der Verteilung mehr Verteilungsgerechtigkeit, auch wenn einschränkend festzustellen ist, dass die Banken mit ihren Sicherungsrechten eine abgesonderte Befriedigung in der Regel verlangen konnten.²⁹⁹ Das Ziel, bei den beteiligten Geschäftskreisen die Insolvenzordnung als Sanierungsinstrument hervorzuheben, konnte indes nicht vollständig erreicht werden. Es ist bisher nicht feststellbar, dass ein Geschäftsführer aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit Insolvenzantrag stellt, mit dem Ziel, seinen Betrieb zu sanieren. Nach empirischen Erhebungen stellen die Geschäftsführer einer juristischen Person im Durchschnitt erst 10 Monate nach Eintritt der materiellen Insolvenz einen Insolvenzantrag.³⁰⁰ Nach wie vor gilt der Grundsatz, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, bis es nicht mehr geht und unweigerlich der Gang zum Insolvenzrichter erforderlich ist, wenn nämlich die Banken die Kredite kündigen. Die nun im Gesetz geforderte Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters hat in der Sache keine großen Veränderungen gebracht. Schon zu Zeiten der Konkursordnung war klar, dass es sich nicht verträgt, wenn ein Konkursverwalter den Gemeinschuldner im Vorfeld berät.

cc) Keine Klärung der Insolvenzverwalterauswahl

Die Normierung in § 56 InsO nun eine geschäftskundige unabhängige Person als Verwalter zu bestellen, hat letztendlich nicht zur Klärung in der tatsächlichen Bestellpraxis geführt. Auch nach der Insolvenzrechtsreform hielten die Insolvenzrichter bei Regelinsolvenzen bei den meisten Gerichten an ihre bisher ausgewählten Insolvenzverwalter fest. Wie in Österreich wurde in Deutschland daran festgehalten, die Geeignetheit mit „Vertrauen“ zu verknüpfen und dies primär als Auswahlkriterium heranzuziehen.³⁰¹ Wegen der Amtshaftung bei falscher Auswahl des Verwalters favorisiert der Richter bei

²⁹⁹ Überraschend wird seit 2010 wieder die Einführung eines Fiskusprivilegs gefordert; *Reuter*; Fiskusprivileg ruiniert Insolvenzverfahren, INDAT-REPORT 5/2010 S 28

³⁰⁰ *Kirstein*, ZInsO 2006, 966 f; Euler Hermes/ ZIS Wirtschaft Konkret, 8

³⁰¹ *Frind* in HK § 56 Rz 22, aA *Lüke*, Kein Bedarf an Insolvenzverwaltern, ZIP 2000, 485 f

der Auswahl den Verwalter seines Vertrauens. Es wird richtig darauf hingewiesen, dass es bei der Vielzahl der Insolvenzen dem Insolvenzgericht kaum möglich ist, umfassende Kontrollen auszuüben, zumal die Richterstellen oft nicht einmal ein ganzes Deputat ausmachen. Bei der teilweise oft als Nebenbeschäftigung besetzten Insolvenzrichterstelle ist nach Meinung vieler Insolvenzrechtsexperten das Prinzip der „gleichen Augenhöhe“ nicht gegeben.³⁰² Insoweit ist die Bestellung des „vertrauten“ Verwalters nur logisch. Die in § 58 InsO normierte Aufsichtspflicht des Gerichts kann praktisch in Anbetracht der Vielzahl der Insolvenzfälle und geringer Deputatzuweisung kaum ausgeübt werden.³⁰³ Enttäuschend ist, dass bei der Schaffung der Insolvenzordnung der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien zwar die Sanierung eines Unternehmens als Insolvenzziel formulierte, nämlich mit den Instrumenten des Insolvenzplans und Eigenverwaltung, die Politiker aber die Insolvenz weiterhin als „Schreckgespenst“ sehen, was sich bei den Aussagen um die mögliche Opel-Insolvenz deutlich und unverständlich zeigte.³⁰⁴

Als Konsequenz über ein fehlendes legislativ normiertes Anforderungsprofil hat sich in Deutschland die Fachanwaltschaft für Insolvenzrecht gebildet, in der Hoffnung durch abgeprüftes Wissen den auswahlbehafteten Insolvenzrichter von der Kompetenz des Prätendenten zu überzeugen. Tatsächlich hat der fachanwaltsausgebildete Prätendent nach Ableistung von insolvenzrechtlichen Pflichtfächern Leistungskontrollen in Form von drei schriftlichen Prüfungsarbeiten zu unterziehen.³⁰⁵

Die Umfrage bei Insolvenzgerichten in Deutschland ergab, dass die Fachanwaltsbezeichnung für die Auswahl des Verwalters nicht grundsätzlich eine Bestellvoraussetzung ist.

3. Fazit

Im Gegensatz zur österr InsNov 2002, die zwar nicht als grundlegende Reform, wie das IRÄG 2010, anzusehen ist, lag neben der Verhinderung von Missbrauch im Zuge der Veräußerung eines insolventen Unternehmens und der Lockerung von Zugangsschranken zum Schuldenregulierungsverfahren der **Schwerpunkt** darin, einen neuen Modus zur **Bestellung und Auswahl des Insolvenzverwalters** legislativ zu normieren. Im Gegensatz hierzu stan-

³⁰² Frind, Reichweite und Grenzen der gerichtlichen Kontrolle des Insolvenzverwalters - was kann das Insolvenzgericht verhindern, ZInsO 2006, 182 f

³⁰³ Das Insolvenzgericht hat nach § 58 InsO die gesetzmäßige Verfahrensabwicklung im öffentlichen Interesse sicherzustellen. Hierbei kann nach § 69 InsO ein Gläubigerausschuss als weiteres Überwachungsinstrument eingesetzt werden.

³⁰⁴ Paulus in FAZ 27.05.2009, 12, Bewährungsprobe für das neue Insolvenzrecht

³⁰⁵ Die Verleihung der Befugnis zur Führung der Fachanwaltsbezeichnung setzt nach § 43c Abs 1, § 59 b Abs 2 Z 2 b BRAO iVm § 2 Abs 2 Fachanwaltsordnung (FAO) besondere theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrung voraus.

den bei der Reform des Insolvenzrechts in Deutschland andere Ziele im Vordergrund.

Schwerpunkt war hier die Schaffung eines dynamischen, zeitgemäßen Verfahrens, welches auch Sanierungen berücksichtigt und fördert. Ziel war aufgrund der Gesamtvollstreckungsregelung in den Beitrittsländern der ehemaligen DDR und der Konkursordnung der Bundesrepublik eine einheitliche Rechtsordnung für das Insolvenzverfahren zu schaffen.

Im Vergleich zur dKO, die nur normierte, dass der Verwalter vom Gericht eingesetzt wird, wurde die Auswahl des Insolvenzverwalters nunmehr in der Weise legislativ ergänzt, dass nur eine geschäftskundige und von den Gläubigern unabhängige natürliche Person bestellt werden sollte. Dies sah die KO in § 78 dKO nicht vor, hier hieß es nur, dass der Konkursverwalter vom Gericht ernannt wird.

Eine umfassende Beschreibung der Anforderungen, sowohl der negativen als auch der positiven, wie sie die österr InsNov 2002 einführt, geschah in Deutschland indes nicht.³⁰⁶ Aus den Gesetzesmaterialien ist vielmehr zu entnehmen, dass der Gesetzgeber der Auffassung war, dass die Insolvenzgerichte auch weiterhin in der Lage seien, das Vorliegen der Eignung für den jeweiligen Insolvenzverwalter ausreichend zu prüfen und den „richtigen“ auszuwählen. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hielt die Schaffung gesetzlicher Auswahlkriterien nach österr Vorbild für nicht notwendig.³⁰⁷ Nach Auffassung des Verfassers verkennt diese Ansicht das Gebot von Rechtssicherheit sowie die verfassungsrechtlichen Erfordernisse.

Mit der Insolvenzrechtsnovelle 2002 wurde legislativ ein Anforderungsprofil für die Masseverwalter festgelegt. Mit der Festlegung der positiven und negativen Bestellvoraussetzungen ist der Konkursrichter per Gesetz gebunden, nur den Verwalter auszuwählen, der die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Haftungsrechtlich käme so ein Konkursrichter in Gefahr, einen Verwalter zu bestellen, der z.B. nicht über die erforderliche Kanzleistruktur verfügt. Auch durch die klare Normierung des Gebots der Unabhängigkeit ist der Richter im Interesse der Gläubigerschaft gebunden, der Masseverwalter ist zur Transparenz aufgefordert.

Aufgrund dieser Vorgaben wird die Verwalterliste für den Auswahlrichter nur als Informationsportal dienen. Da der österreichische Konkursrichter „seine“ bisher ausgewählten Masseverwalter kennt, wird er schon aus diesem Grund davon absehen, einen Verwalter zu benennen, auch wenn dessen Daten in der Verwalterliste vielversprechend sind, denn die in der Verwalterliste sind die selbst eingetragenen Daten keiner Überprüfung unterzogen. Für die Praxis ist die Verwalterliste unbedeutend, sie ist primär die Umsetzung des politischen Willens, zur Transparenz der Auswahlentscheidung, wie es der Gesetzgeber wollte, trägt sie indes nichts bei. Eine Listeneinführung war

³⁰⁶ Bis zur IRÄG 1982 war auch nach der KO nur Geschäftskundigkeit legislativ gefordert.

³⁰⁷ Bund-Länder Arbeitsgruppe Unternehmensinsolvenz: Schaffung gesetzlicher Auswahlkriterien, 30.06.2002, www.bund-laender-arbeitgruppe-2002.de

so auch kein Thema bei der Reform der dKO. Stimmen hierfür kamen in Deutschland nach der Einführung der InsNov in Österreich zwar auf, wurden letztendlich aber nach dem Bericht der Bund-Länderkommission verworfen.³⁰⁸ Die Bedenken der deutschen Bund-Länderkommission sind in Österreich, was die Anwendung der Liste betrifft, eingetroffen, denn die Liste in Österreich erfüllt bisher nicht die vom Gesetzgeber zugeordnete Rolle. Ein Informationsportal des privatwirtschaftlichen RWS-Verlags gibt in Deutschland Informationen über sämtliche veröffentlichte Regelin Insolvenzen.³⁰⁹ Eine Insolvenzverwalterliste mit ausgewiesenen Qualitätsnachweisen, wenn auch nur freiwillig und nicht überprüfbar, gibt es in Deutschland nicht. Aus den Gesetzesmaterialien beider Länder ergibt sich ein unterschiedliches Auswahlkriterium, was die Bestenauslese betrifft. Im Unterschied zur deutschen Reform will die österreichische InsNov von 2002 nach den Gesetzesmaterialien eine am besten geeignete Person zum Masseverwalter bestellen haben.³¹⁰ Der deutsche Regierungsentwurf sieht indes keine „Bestenauslese“ vor. Die Begründung des deutschen Regierungsentwurfs zur Wahl eines anderen Insolvenzverwalters wurde in der Weise präzisiert, dass die Bestellung eines gewählten Verwalters nur dann versagt werden sollte, wenn der gewählte Verwalter nicht die erforderliche Sachkunde und nicht von den Beteiligten unabhängig ist. Der Beste sollte er nicht sein. Ein weiterer Unterschied beider Reformen war, dass mit der InsO das Vergleichsverfahren und Konkursverfahren zu einem einheitlichen Insolvenzverfahren in der InsO mit Planverfahren nach US-amerikanischem Modell zusammengefasst wurde. Dies sollte in Österreich erst mit der IRÄG 2010 erfolgen, die aufgrund des erfolgreichen Zwangsvergleichs hierin ihre Wurzeln findet. Bei der tatsächlichen Auswahl des Insolvenzverwalters gab es nach den Insolvenzrechtsreformen Unterschiede in der Hinsicht, dass die österreichischen Insolvenzgerichte konservativer reagierten als die deutschen.

Die Umfragen bei drei größeren Insolvenzgerichten haben deutlich ergeben, dass in Österreich die Insolvenzrichter mehr am Örtlichkeitsprinzip festhalten als in Deutschland. In Österreich stand auch mehr das Auswahlkriterium „Vertrauen“ im Vordergrund. Auch in Deutschland ist dies ein anerkanntes Auswahlkriterium, allerdings zeigt die Praxis hier, dass in großen Verfahren eher ein Verwalter genommen wird, zu dem der Richter deswegen tendiert, weil er in Deutschland eine bekannte Größe ist. Hier stehen auch Gesichtspunkte der Amtshaftung im Vordergrund, die sich aus Sicht der Richter nicht realisieren, wenn er einen bekannten Verwalter auswählt, der bundesweit bekannt ist und sich „einen Namen gemacht hat.“ Denn bei dieser Auswahl herrscht die Auffassung vor, sich bei Fehlern in der Insolvenzabwicklung exkulpieren zu können, als bei einem unbekanntem Insolvenzverwalter

³⁰⁸ Bund-Länder-Arbeitsgruppe, www.bund-laender-arbeitgruppe2002.de

³⁰⁹ www.rws-verlag.de

³¹⁰ ErläutRV InsNov 2002, 988 BlgNR 21 GP 22

aus dem Gerichtssprengel, der Fehler in der Abwicklung macht.

Zudem ist es so, dass die Großgläubiger bereits bei der Auswahlentscheidung versuchen auf den Insolvenzrichter in der Weise Einfluss zu nehmen, eine bekannte Größe zu beauftragen. Dies wurde bei den Befragungen von Insolvenzrichtern kleinerer Gerichte bestätigt, die über ein geringes Deputat verfügen und so geneigt sind, den Weg des „geringsten Widerstands“ zu gehen, mithin den Forderungen der Großgläubiger nachkommen. Die in der Wirtschaftskrise Anfang 2009 eröffneten „großen“ Insolvenzen wurden ausnahmslos von bekannten „Größen“ bearbeitet, zB die Insolvenzen Märklin, Schiesser, Qimonda, Woolworth, Karman Ghia, BenQ etc.

Auf die fehlende legislative Regelung in Deutschland reagierte die deutsche Rechtsanwaltskammer mit der Einführung eines Fachanwaltes für Insolvenzrecht, um die Auswahlentscheidung des Richters zu verbessern. Außer der eigenen Fortbildung ist ein Vorsprung bei der Auswahlentscheidung hierdurch aber nicht gegeben, was die befragten deutschen Insolvenzrichter mitteilten. Einen Anspruch auf Bestellung gibt es auch mit der Fachanwaltsbezeichnung nicht.

III. Strukturelle Unterschiede

1. Unterschiede in der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit

a) Zuständigkeit in Österreich

aa) Sachlich

In Österreich ist sachlich zuständig für Konkursverfahren, mithin für die Auswahl des Masseverwalters, der Gerichtshof Erster Instanz, also das Landesgericht. Im Sprengel Wien ist das Handelsgericht zuständig. Für Privatkonkurse ist in Österreich das Bezirksgericht zuständig. Das Insolvenzgericht hat für Anfechtungsprozesse und Prüfungsprozesse zudem ausschließliche Zuständigkeit (§ 43 Abs 5 IO; § 111 Abs 1 IO) und Wahlzuständigkeit bei „normalen Zivilprozessen“ (§ 262 IO).

bb) Funktionell

Funktionell wird für Konkursachen der Einzelrichter zuständig, dieser begleitet das Verfahren für die gesamte Verfahrensdauer in funktioneller Zuständigkeit (§ 253 Abs 1 IO). Konkursachen vor dem Bezirksgericht (Verbraucherinsolvenzen) fallen meistens in die Zuständigkeit des Rechtspflegers. Die Insolvenzrichter am Handelsgericht in Wien haben ein volles Deputat.

cc) Örtlich

Örtlich zuständig ist das Gericht, in dessen Sprengel das Unternehmen seinen Betrieb unterhält.

In Österreich gibt es insgesamt 16 Landesgerichte und das Handelsgericht Wien. Am 01.03.2011 waren laut Insolvenzverwalterliste 1.370 Masseverwalter gelistet, die den Insolvenzgerichten als Insolvenzverwalter zur Verfügung standen.³¹¹

b) Zuständigkeit in Deutschland, Evokation

aa) Sachlich

Sachlich zuständig ist das Amtsgericht (§ 22 GVG).

bb) Örtlich

Nach § 2 InsO ist für das Insolvenzverfahren das Amtsgericht als Insolvenzgericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat ausschließlich zuständig. Insgesamt gibt es aufgrund dieser Zuordnung in 116 LG-Bezirken 191 Amtsgerichte als Insolvenzgerichte bei denen sich rund 2.000 Prätendenten zum Amt des Verwalters bewerben. Nach § 2 InsO können durch die Landesregierung noch weitere Insolvenzgerichte bestimmt werden, weshalb es nicht 116, sondern 191 Amtsgerichte als Insolvenzgerichte gibt.³¹²

³¹¹ www.insolvenzverwalter.justiz.gv.at, am 01.03.2011 hatte die Insolvenzverwalterliste 1370 und am 01.02.1370 Eintragungen.

³¹² Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), ZIP 2010, 1 (4)

cc) Funktionell

Die funktionelle Zuständigkeit des Insolvenzrichters ist in Deutschland nur im Eröffnungsverfahren (vorläufiges Insolvenzverfahren) gegeben. Mithin obliegt dem Richter auch hier die Auswahl des Verwalters. Die Zuständigkeit des Rechtspflegers und somit auch für die Aufsicht (Rechnungslegung, Berichte) liegt im eröffneten Verfahren in Deutschland beim Rechtspfleger (§ 18 Abs 1 RPflG). Nach § 18 Abs. 2 Z 1 RPflG kann der Insolvenzrichter sich das Insolvenzverfahren aber vorbehalten, wenn er dies z.B. bei Großverfahren für erforderlich hält. Er hat ein sog Evokationsrecht. Dieses wird in der Praxis indes kaum ausgeübt.

Die Insolvenzrichter an den kleineren Gerichten haben nur geringe Deputate. Um die Interessen dieser großen Zahl der Insolvenzrichter zu bündeln, insbesondere bei der Auswahl des Verwalters durch Erfahrungsaustausch eine gewisse Einheitlichkeit herzustellen, hat sich am 05.03 - 06.03.2007 der Bundesarbeitskreis der Insolvenzgerichte (BAKInsO) formiert.³¹³ Am 01.08.2009 hatte der Arbeitskreis allen Insolvenzgerichten ein Formblatt „Erfolgsprüfung der Insolvenzverwaltung“ zukommen lassen, um diese in die Lage zu versetzen, über eine gezielte Abfrage von Parametern erstmals vergleichend die Ergebnisse der Arbeit von Insolvenzverwaltern zu erheben und diese der Verwalterauswahl zugrunde legen zu können.³¹⁴ Dieser Fragebogen wird von den Gerichten nur teilweise eingesetzt.

In der Herbsttagung der BAKInsO 2009 wurde wiederholt die Konzentration der Insolvenzgerichte gefordert, um die Zersplitterung zu vermeiden und um eine Aufwertung der insolvenzgerichtlichen Rechtsanwender zu erreichen.³¹⁵

Um eine gemeinsame Arbeitsgrundlage zu haben, haben in Baden-Württemberg an 8 Gerichten die Richter gemeinsame Leitlinien für die Insolvenzverwalter aufgestellt.³¹⁶

Nach dem ESUG sollen nur noch im Verbraucherinsolvenzverfahren mehrere Amtsgerichte in einem Landgerichtsbezirk zu Insolvenzgerichten bestimmt werden. Nach diesem Entwurf sollen die Länder die Befugnis behalten, Ausnahmeregelungen vom Grundsatz der Konzentration der Insolvenzgerichte vorzusehen. Der Regelfall ist ein Insolvenzgericht in einem Landgerichtsbezirk.³¹⁷ Vor dem Diskussionsentwurf zum ESUG hatte der Internationale Verein für Kreditschutz- und Insolvenzrecht (KSI) in einer Presseerklärung am 22.03.2010 verlauten lassen, dass die künftige Änderung des Insolvenzrechts dazu genutzt werden sollte, die Zuständigkeiten für Insolvenzs-

³¹³ Die BAKInsO: Zusammenschluss von Insolvenzverwaltern und Rechtspflegern hat auf seiner zweiten Jahrestagung am 05. und 06.11. 2007 die Gründung eines eingetragenen Vereins beschlossen. Die BAKInsO hatte 2008 100 Mitglieder.

³¹⁴ Pressemitteilung 31.07.2009 des BAKInsO; www.bakinso.de

³¹⁵ Entschließung der BAKInsO eV zum Thema: Gesetzgeberische Änderungsnotwendigkeiten aus der Sicht der insolvenzrechtlichen Rechtsanwender

³¹⁶ Heidelberger Leitlinien, ZInsO 2009, 1848-1850

³¹⁷ ESUG, ZIP 2010, 1

chen auf die Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten überzuleiten. Nach Brenner verfügen dort die Richter über den erforderlichen wirtschaftlichen Sachverstand.³¹⁸

2. Unterschiede in der berufsrechtlichen Zuordnung des Verwalters

a) Deutschland: Obiter Dictum des BVfG

Nachdem einige Prätendenten trotz Vorliegen der Voraussetzungen nach § 56 Abs 1 InsO nicht zum Insolvenzverwalter bestellt wurden und die für die Beschwerde zuständigen OLG Schleswig-Holstein und Koblenz den Antrag der Prätendenten auf gerichtliche Entscheidung zurückwiesen, wurde hiergegen Verfassungsbeschwerde eingereicht und in einer Grundsatzentscheidung hierüber vom BVfG beschlossen (vgl. V. 1.).³¹⁹

Spätestens seit dieser Entscheidung des BVfG vom 03.08.2004 ist judikativ, wenn auch im obiter Dictum, festgestellt, dass die Tätigkeit eines Insolvenzverwalters in Deutschland ein Beruf ist.³²⁰ Explizit wurde dies noch einmal bestätigt vom Vorsitzenden des I. Senat des BVfG anlässlich des 2. Kieler-Symposiums am 08.04.2007.³²¹ Ursache, die Tätigkeit als Insolvenzverwalter als Beruf anzusehen, ist die dynamische Entwicklung dieses Rechtsgebiets seit Mitte der 80er und 90er Jahre, veranlasst durch die rasant steigenden Zahlen an Insolvenzverfahren. Mittlerweile sind „Profi-Insolvenzverwalter“ gefordert, die fachliche Kompetenz aufzuweisen haben, unabhängig gegenüber allen Verfahrensbeteiligten sein müssen und eine Büroorganisation mit entsprechender Ausstattung bereit halten müssen, die es ermöglicht, komplexe Vorgänge umfassend und professionell, wie von den Gerichten gefordert, zu bearbeiten. Die Art der Berufsausübung durch den Insolvenzverwalter ergibt sich aus den Tätigkeiten, die dem Insolvenzverwalter aufgrund der InsO im Rahmen der Masseverwaltung und Masseverwertung, oder die ihm aufgrund der vorgegebenen Reorganisation des schuldnerischen Vermögens obliegen.³²² Auch wenn die Verwertung des schuldnerischen Vermögens in § 1 InsO postuliert wird, steht nicht die Zerschlagung des Unternehmens im Vordergrund, sondern die Verwertung im Rahmen einer übertragenden Sanierung oder die Sanierung im Rahmen ei-

³¹⁸ Pressemitteilung des KSI v 22.03.2010, www.ksi-deutschland.de

³¹⁹ BVfG v 03/08/2004 - 1 BvR 135/00; 1086/01, ZInsO 2004, 1190

³²⁰ BVfG v 03.08.2004 - 1 BvR 135/00; 1 BvR 1086/01, ZInsO 2004, 913; vs *Frind* in HK §56 RZ 5 mwN

³²¹ *Gaier*, Vortrag beim 2. Kieler Symposium am 08 – 09.06.2007, *Gaier*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Auswahl und der Abwahl des Insolvenzverwalters, ZInsO 2006, 1177-1183

³²² *Smid*, Handbuch Insolvenzrecht⁵ Rz 2

nes Insolvenzplans, was Betriebsfortführung zumindest über einen längeren Zeitraum bedeutet.³²³ Dies hat mit der normalen Anwaltstätigkeit nichts mehr zu tun, auch wenn spezifische juristische Fragen während des Verfahrens abzuklären sind. Anzuführen sind die vorgenannten Großinsolvenzen des Baukonzerns Phillip Holzmann, der zum Karstadtkonzern gehörenden Warenhauskette Sinn Leffers oder des Siemensablegers BenQ und schließlich Karstadt und Quelle, die nur ein professioneller Insolvenzverwalter abwickeln bzw sanieren konnte. Die Privatinsolvenzen lassen sich dagegen nur noch als „Massenware“ abwickeln, hierzu ist Technisierung, Rationalisierung und Standardisierung erforderlich. Bei all diesen Entwicklungen muss der Insolvenzverwalter als Beruf angesehen werden. Die teilweise in der Literatur vertretene Meinung, dass selbst nach der in den 90-er Jahren richtungsweise ergangenen Entscheidung des BVfG vom 30.03.1993³²⁴ nicht von einem Berufsbild des Insolvenzverwalters gesprochen werden kann, sondern eine bloße Nebentätigkeit des Rechtsanwalts, ist nach den aktuellen Entscheidungen des BVfG abzulehnen.^{325, 326} Sie stellt sich klar gegen die Judikatur des BVfG und ist nach den tatsächlichen fachlichen Vorgaben, die nur eine Berufsgruppe erfüllen kann, abzulehnen. Auch wenn es keine Vorschriften über die Ausbildung eines Verwalters zu seinem Beruf gibt, ist das Berufsbild des Insolvenzverwalters keine Erfindung des BVfG.³²⁷

b) Einführung einer Berufsordnung

Auch als Konsequenz der verfassungsrechtlichen Einordnung hatte der wichtigste Berufsverband der Insolvenzverwalter in Deutschland, der VID, mit Beschlussfassung vom 04.11.2006 den im Jahr 2002 aufgestellten Verhaltenskodex als „**Berufsgrundsätze**“ verabschiedet.³²⁸ Die Berufsgrundsätze verlangen Unabhängigkeit, Objektivität, Fortbildungsverpflichtung und Leistungsbereitschaft sowie persönliche Eignung und Einhaltung der Vermögensbetreuungspflichten.³²⁹ Geplant ist, diese Berufsgrundsätze als eine Berufsordnung für Insolvenzverwalter verabschieden zu lassen.³³⁰

³²³ Als übertragende Sanierung wird bezeichnet der Verkauf des Unternehmens auf einen anderen Rechtsträger bei vorangegangenen Sanierungsmaßnahmen durch den Verwalter.

³²⁴ BVfG v 30.03.1993 – 1BvR 1045/89, 1BvR 1381/90, 1BvL 11/90 ZIP 1993, 838

³²⁵ Prütting, Berufsrecht für Insolvenzverwalter, Vortrag VID Kongress 30.10.2009, www.vid.de

³²⁶ Uhlenbruck in Uhlenbruck, Insolvenzordnung¹², § 56 Rn 6, Graeber in MüKo § 56 Rn39

³²⁷ Smid, Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters als Rechtsfrage betrachtet, DZWIR 2001, 485 f

³²⁸ VID = Verband deutscher Insolvenzverwalter ist ein Zusammenschluss von Insolvenzverwaltern in Deutschland. Aktuell (2010) hat der Verband 450 Mitglieder.

³²⁹ Berufsgrundsätze des VID, ZIP 2006, 2147

³³⁰ Ankündigung dieses Vorhabens anlässlich der VID Herbsttagung in Potsdam 2008.

c) Österreich: Diskrepanz zwischen Rechtsprechung und Wirklichkeit

In Österreich fällt nach VwGH die Tätigkeit des Rechtsanwalts als Verwalter nur in den Rahmen der Berufsausübung.³³¹ Mit der InsNov 2002 hat sich die Situation in Österreich, was das Berufsbild im Hinblick auf die nun gesetzlich normierten Anforderungen betrifft, geändert. Nunmehr sind die Kriterien für eine Qualifikation des Insolvenzverwalters explizit in § 80 Abs. 2 und 3 IO geregelt. Die Konkretisierung in § 80 Abs 2 und 3 IO lässt die Tendenz erkennen, dass sich in Österreich ein Beruf des Masseverwalters entwickelt hat, dessen geforderte Anforderungen nun gesetzlich normiert worden sind. Auch die Insolvenzverwalterliste deutet auf eine Berufskonkretisierung hin, denn jeder Bewerber der sich in die Insolvenzverwalterliste einträgt, stellt einen Qualitätsnachweis dar.³³² Über die zahlreichen Textfelder kann er alles über die Qualifikation, Erfahrung, Infrastruktur, Ausstattung des Büros, etc mitteilen. Auch das IRÄG fordert erhebliche zusätzliche Qualifikationen im Sanierungsbereich. Der Sanierungsverwalter hat ua die Überprüfung der wirtschaftlichen Lage vorzunehmen, den Finanzplan zu überprüfen und zu beurteilen, ob der Sanierungsplan umsetzbar ist (§178 Abs 2 IO).

Wie die Umfrage bei den Insolvenzgerichten ergeben hat, wird die Mehrzahl der österr Masseverwalter wegen größerer „Streuung“ innerhalb des Gerichtsprengels nicht mit ausreichend Verfahren beauftragt, die es erlauben, die Kanzlei ausschließlich auf Konkursverwaltungen auszurichten.³³³ Auch ein gewisser „Lokalpatriotismus“ ist bei den Konkursgerichten festzustellen. Die Vergabe von Insolvenzen an einem Verwalter aus einem anderen entfernten Gerichtsbezirk findet nicht statt. Insofern ist es in Österreich ausgeschlossen, dass Konkurse in einigen wenigen Groß-Kanzleien gebündelt werden. Die tatsächliche Vergabepaxis verhindert somit eine komplette Auslastung einer österr Masseverwalterkanzlei mit Insolvenzverfahren. Insofern wird in Österreich ein Masseverwalter sich nicht ausschließlich mit Insolvenzen befassen.

Dennoch ergibt sich schon aus der Abgrenzung der österreichischen Präkandidaten aufgrund der Verwalterliste und den mit der InsNov 2002 präzisierten Anforderungen, gerade im Hinblick auf die geforderte Kanzleiausstattung ein eindeutiges Berufsbild.

Indes gab es nach Kenntnis des Verfassers bis 2009 in Österreich im Gegensatz zu Deutschland bisher keine Bestrebungen oder Diskussionen darüber, die Insolvenzverwalter einer für sie geltenden Berufsordnung zu unterlegen

³³¹ VwGH 22.04.1929 SLg 14.864, *Mohr KO*¹⁰, § 80a, E3

³³² § 269 IO (Insolvenzverwalterliste) zuvor § 15 Abs 1 Insolvenzrechtseinführungsgesetz (IEG), InsNov 2002, BGBl 2002/75 : Die Insolvenzverwalterliste hat Textfelder für folgende Angaben zu enthalten: Name, Beruf, besondere Fachkenntnisse, Infrastruktur, Erfahrung, örtlicher Tätigkeitsbereich

³³³ Befragt wurden die verantwortlichen Richter an drei größeren Insolvenzgerichten in Österreich

und den Insolvenzverwalter als Beruf anzuerkennen. Nach einer Entscheidung des Nationalrats am 21.04.2010 (vgl 1. Teil I. 7.e) ist aber auch in Österreich 2010 Bewegung in der Frage einer beruflichen Zuordnung des Insolvenzverwalters gekommen. Am 23.03.2011 fand eine Erörterung im österr BJM mit Insolvenzexperten statt, ob sich das Berufsbild des Insolvenzverwalters in Österreich geändert hat.³³⁴

Gerade im Zusammenhang mit der Umsetzung der europäischen Dienstleistungsrichtlinie wurde in Deutschland die Diskussion um eine Zulassungsordnung, in der sämtliche Zulassungsbedingungen und die „Zulassungsstelle“ geregelt werden sollen, entfacht (vgl 2. Teil IX. 1.). 2008 sprach sich auch erstmals das BMJ dafür aus.³³⁵ In Österreich gibt es keine klare Stellungnahme hierzu. Eine Berufseinordnung eines Insolvenz-Masseverwalters hätte nach Art 6, 18 StGG verfassungsrechtliche Konsequenzen. Bei einer Berufsausübung könnte, wie in Deutschland, eine Berufszulassungsordnung gefordert werden, deren Überwachung einer einzurichtenden Insolvenzverwalterkammer obläge (vgl 3. Teil I. 1.h). Die Instanzgerichte hätten die Verletzung des Grundrechts auf freie Berufswahl zu prüfen, wenn die Auswahl des Verwalters justiziabel wäre (vgl 2. Teil V. 1.b).

3. Fazit

Bei Gegenüberstellung der Bevölkerungszahl von 8 Millionen in Österreich und 80 Millionen in Deutschland ergibt sich bei den Regelin insolvenzen ein fast identisches Verhältnis von Einwohnern zur Zahl der Insolvenzgerichte (194:18). Das ist relativ. ME ist die Zahl der Insolvenzgerichte in Deutschland zu groß. Die Praxis zeigt, dass es gerade bei kleinen Insolvenzgerichten kein „Profiinsolvenzrichter“ gibt, weil die Insolvenzrichter teilweise nur mit einem 1/10 oder 2/10 Deputat bedacht werden, sodass eine intensive Befassung mit der „Materie“ Insolvenz schon per se ausscheidet. Eine Zentralisierung und somit Bündelung von Ressourcen, sowie Ausnutzen von Synergien ist in Deutschland dringend angezeigt. Eine gute Auswahl eines Verwalters setzt fundierte Kenntnisse des Insolvenzrichters voraus, um überhaupt mit den Prätendenten auf „Augenhöhe“ zu sein. Diese Erkenntnis war die Ursache des Zusammenschlusses der deutschen Insolvenzrichter und Rechtspfleger in Deutschland zur BAKinsO. Auch die BAKinsO setzt sich für die Konzentration der Insolvenzgerichte ein.³³⁶ Die Zersplitterung wird

³³⁴ Die Besprechung wurde von Prof Dr. Konecny mitgeteilt, das Ergebnis lag bei Ausfertigung dieser Arbeit noch nicht vor.

³³⁵ Rede BMJ Zypries auf den 4. Deutschen Insolvenzrechtstag, www.bmj.de

³³⁶ BAKinsO Herbsttagung v 30.11-01.12.2009 in Köln 2009, „Zur Wahrung der Rechte der Gläubiger und einer ausschöpfenden Massegenerierung muss die derzeitige Zersplitterung und

von vielen Insolvenzrechtsexperten kritisiert. Auch nach deren Auffassung bedarf es angesichts der Schwierigkeit der Auswahl eines „richtigen“ Verwalters einer hohen Professionalität der Justiz. Zudem könne bei kleinen Deputaten die erforderliche Aufsicht nicht gewährleistet sein. Unter dem Gesichtspunkt der Konzentrationsmaxime wurde am 09.04.2008 dem Rechtsausschuss des dt Bundestages ein Gesetzesvorschlag zur Effizienzsteigerung und Verbesserung der Verwalterauswahl gemacht, der eine deutliche Reduzierung der Insolvenzgerichte vorsieht.³³⁷ Dabei sollten die Länder Amtsgerichte als Insolvenzgerichte bestimmen. Die Initiatoren dieser Initiative sehen als Folge eine Reduzierung der Prätendenten.³³⁸ Im Juli 2010 reagierte das deutsche BMJ mit einem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen. Danach sollen *die Landesregierungen ermächtigt werden, zur sachdienlichen Förderung oder schnelleren Erledigung der Verfahren durch Rechtsverordnung ein Amtsgericht zum Insolvenzgericht für den Landgerichtsbezirk zu bestimmen und die Zuständigkeit eines Insolvenzgerichts über den Landgerichtsbezirk hinaus zu erstrecken.*³³⁹ Danach kann für Regelinsolvenzen ein Insolvenzgericht pro LG-Bezirk bestimmt werden.

Die Zuständigkeit der Amtsgerichte in Deutschland wird bisher wegen der Nähe zum Zwangsvollstreckungsrecht gesehen. Nach wie vor liegt der Schwerpunkt des Insolvenzverfahrens in der Vollstreckung, dh in der Verwertung und Erlösverteilung oder auch durch eine andere Regelung im Insolvenzplan. Im Rahmen der Justizgewährungspflicht des Staates ist Insolvenzrecht ein Teil davon.³⁴⁰ Beim Amtsgericht sind die Vollstreckungsabteilungen angesiedelt. ME entwickelt sich das Insolvenzrecht, so ist es auch von den Insolvenzbeteiligten gewollt, deutlich zum Sanierungsrecht, sodass, wie in Österreich die Zuständigkeit beim Landgericht (österreichisches Landesgericht) begründet sein könnte. Eine Zuweisung der Auswahl des Verwalters an die Landgerichte an Richter mit größerem Deputat und eine Zuständigkeit dort steht mE nichts im Wege und es könnte eine sachgerechte Reduzierung der Insolvenzgerichte sein, wenn ausschließlich die Zuständigkeit bei den Landgerichten läge. Maßgebend bei diesem Schritt wäre aber eine Aufwertung

personelle Diskontinuität beendet werden.“

³³⁷ Zum Entwurf eines Gesetzes zur Effizienzsteigerung und Verbesserung der Verwalterauswahl im Insolvenzverfahren, ZInsO 2008, 367, vorgeschlagene Neufassung: des § 2 Abs 2 InsO: Die Landesregierungen werden ermächtigt zur sachdienlichen Förderung oder schnelleren Erledigung der Verfahren durch Rechtsverordnung anstelle des nach Absatz 1 zuständigen Amtsgerichts ein anderes Amtsgericht im Bezirk des Landgerichts oder ein Amtsgericht für Bezirke mehrerer Landgerichte zum Insolvenzgericht zu bestimmen.

³³⁸ Haarmeyer/Beck, Die Praxis der Abweisung mangels Masse oder Verlust der Ordnungsaufgabe des Insolvenzgerichts, ZInsO 2007, 1065 f

³³⁹ Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, ZInsO 2010, 1440-1447

³⁴⁰ Der Staat hat eine Justizgewährungspflicht, in derer er die Gerichtsbarkeit aufbaut und Verfahren schafft und den Ablauf auch gewährleistet

des Insolvenzrichters.³⁴¹ Dies könnte aber durch die Verweisung der Insolvenzen an die Landgerichte eine notwendige Folge sein. Eine effektive Zentralisierung ergäbe sich mE wenn maximal vier Landgerichte aus einem OLG-Bezirk als Insolvenzgerichte gemäß § 2 Abs 2 InsO bestimmt werden. In einem OLG Bezirk sind aktuell in der Regel 9-10 Landgerichtsbezirke eingegliedert.

Der österr Gesetzgeber hat die höhere Kompetenz bei den Landesgerichten gesehen, auch wenn durch die Größe des Landes eine reduzierte Anzahl von Bezirksgerichten, die den dt Amtsgerichten entsprechen vorhanden ist. Zudem gibt es in Österreich keine Aufsplitterung des Verfahrens. Der Insolvenzrichter hat ab der Bestellung die Rechts- und Fachaufsicht und nicht der Rechtspfleger, der in der Regel in Deutschland das Verfahren ab Insolvenzeröffnung übernimmt. Die mangelnde Augenhöhe im Hinblick auf den aktuellen Kenntnisstand zwischen Verwalter und Insolvenzrichter, bedingt durch die Zersplitterung und der dadurch auch bedingten mangelnden finanziellen Ausstattung der Gerichte sind durchweg die Ursachen einer unterschiedlichen Verwalterauswahl. Die Gerichte sollten aufgrund ihrer Kompetenz nach den Vorgaben des Verfassungsgerichts in der Lage sein den richtigen, geeigneten Verwalter auszuwählen. Dies könnte bei einer Konzentrierung der Gerichte mehr erreicht werden, denn nur so kann eine gewisse Professionalität bei den Insolvenzgerichten erreicht werden. Das Amt des Insolvenzrichters sollte zudem beförderungsfähig gemacht werden, damit dieses nicht nur ein unliebsames Anhängsel ist und an Attraktivität gewinnt. Hier ist die österr Zuständigkeitsregel, das Insolvenzrecht bei den Landesgerichten anzusiedeln, vorzuziehen. Wenn sich das Gericht auch als Sanierungsgericht begreift, muss es nicht bei den Zwangsvollstreckungsorganen zugeteilt werden.

In Österreich ist bisher über einen Anspruch einer Bestellung zum Insolvenzverwalter aufgrund des Rechts einer freien **Berufswahl** judikativ nicht entschieden worden. Auch bei fehlender Grundrechtsbeschwerde, das VfGH hat grundsätzlich nur die Kompetenz über verwaltungsbehördliche Bescheide zu entscheiden,³⁴² wäre im Instanzenzug, mithin vom OGH zu entscheiden, ob bei der Bestellung des Verwalters Grundrechte verletzt worden sind und dem Auswahlgericht die fehlende Bindung an Grundrechte vorzuwerfen wäre.³⁴³ Primäre Voraussetzung ist es für die grundrechtliche Überprüfung den Insolvenz-Sanierungs-Masseverwalter als eigenständigen Beruf anzusehen und nicht als Nebentätigkeit eines Rechtsanwalts. Auch wenn die Kanzleistrukturen nicht so ausgerichtet sind, sich ausschließlich mit Insolvenzen zu befassen, ergibt sich aus dem mit der InsNov 2002 geschaffenen legislativen normierten speziellen Anforderungen und den Sanierungsanforderungen der mit dem IRÄG 2010 geschaffenen IO, die auf eine **Berufsgruppe** zu-

³⁴¹ Rede BJMin Zypries vom 07.11.2008 VID Kongress, www.vid.de

³⁴² Öhlinger, Verfassungsrecht⁸, Rn 740

³⁴³ Öhlinger⁸ Rn 1062

geschnitten sind.

Die Anforderungen sind durch die legislativ implizierten Sanierungsaufgaben des Masseverwalters gestiegen, schließlich stellt die IRÄG 2010 nun legislativ durch die Hervorhebung des Sanierungsplans die Sanierung in Österreich in den Vordergrund, was nur einer professionellen Berufsgruppe gelingen dürfte. Der geforderte Qualitätsnachweis in den Textfeldern der Listenbewerbung spricht zudem für eine eigenständige Berufsklassifizierung (vgl. 2. Teil I.1.). Der Insolvenzverwalter ist somit auch in Österreich als ein eigenständiger Beruf anzusehen mit den Konsequenzen des judiktiven Grundrechtsschutzes. Eine verfassungsrechtliche Bewertung ergibt, dass die Verwalterauswahl die Grundrechte der Insolvenzverwalter aus Art 12 GG in Deutschland und Art 6, 18 StGG (freie Wahl des Arbeitsplatzes) in Österreich tangiert (vgl. 2. Teil V.). Nach Art 18 StGG steht es jedermann frei, seinen Beruf zu wählen und sich für denselben auszubilden wo und wie er will.³⁴⁴ In Deutschland ist spätestens mit der Entscheidung des BVfG vom 03.08.2004 die Frage, ob der Insolvenzverwalterberuf ein eigenständiger Beruf ist geklärt. Die vom VID entwickelten Berufsgrundsätze sollen demnächst zu einer Berufsordnung erstarken. Hierzu wurden vom VID auch Grundsätze ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung aufgestellt.³⁴⁵

IV. Temporäre Unterschiede und ihre Konsequenzen

1. Zeitliche Verfahrensabfolge nach InsO

a) Drei-Stufen-Verfahren nach InsO

In Deutschland ist zur Sicherung der Masse in der Regel das vorläufige Insolvenzverfahren vorgeschaltet, so dass bei Ausschöpfung des Insolvenzgeldvorfinanzierungszeitraums die Gläubigerversammlung oft erst 5 bis 6 Monaten nach der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters einberufen wird.³⁴⁶ Vor Anordnung des vorläufigen Insolvenzverfahrens wird in der

³⁴⁴ Adamovich, Funk, Holzinger in Österr Staatsrecht² III, 42.223

³⁴⁵ VID, Grundsätze ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung, ZIP 2011, 197

³⁴⁶ In der vorläufigen Insolvenz wird der so genannte „Insolvenzgeldvorfinanzierungszeitraum“ von erfahrenen Insolvenzverwaltern voll ausgenutzt. Der vorläufige Insolvenzverwalter nimmt nach Genehmigung durch die Bundesagentur für Arbeit bei einem Bankinstitut einen Kredit auf, um die fälligen Löhne und Gehälter zu zahlen. Gleichzeitig lässt er sich von den Arbeitnehmern die Ansprüche gegen die Bundesanstalt für Arbeit abtreten. Dies hat zur Folge, dass die Arbeitnehmer vollen „Lohnersatz“ bekommen, der Insolvenzverwalter bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens sich dieses Geld bei der Bundesagentur für Arbeit aufgrund der Abtretung wieder holen kann. Durch dieses Verfahren wird Masse geriert, da die Lohnkosten als Masseschuld und

Regel von den deutschen Insolvenzgerichten ein Sachverständiger nach § 5 Abs 1 Z 2 InsO bestellt, so dass der Zeitraum bis zum ersten Berichtstermin sogar noch länger sein kann. Legislativ können die Gläubiger erst in der ersten Gläubigerversammlung Einfluss nehmen.

Das Insolvenzverfahren in Deutschland ist somit zeitlich in drei Stufen gestaffelt. Auf der ersten Stufe findet die Bestellung eines Sachverständigen nach § 5 Abs 1 Z 2 InsO statt. Der Sachverständige wird in Deutschland von der Mehrzahl der Insolvenzgerichte bei Schuldnerantrag sofort und bei Gläubigerantrag nach der Anhörungsfrist des Schuldners eingesetzt. Auf der zweiten Stufe folgt die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters, der allerdings nach § 22 Abs 1 Z 2 Nr 3 InsO zugleich als Sachverständiger bestellt werden kann.³⁴⁷ Auf der dritten Stufe erfolgt schließlich die Bestellung des definitiven Insolvenzverwalters.³⁴⁸ Die Person des Sachverständigen oder des vorläufigen Insolvenzverwalters wird in der Regel auch der endgültige Insolvenzverwalter. Die Entscheidung über die Person des Insolvenzverwalters wird also im Vorverfahren bereits bei der Bestellung des Sachverständigen und vorläufigen Insolvenzverwalters vorweg genommen.³⁴⁹

b) Umsetzung der Inquisitionsmaxime

Die Einschaltung eines Sachverständigen wird nach deutschem Prozessrecht wegen anzuwendender Inquisitionsmaxime (Amtsermittlungsgrundsatz) gefordert. Der Grund ist darin zu sehen, dass im frühen Stadium des konkursrechtlichen Antragsverfahrens das Insolvenzgericht dem Ihm nach § 5

Belastung der Masse im Insolvenzgeldzeitraum, also drei Monate vor dem Insolvenzereignis (Eröffnung des Verfahrens oder Abweisung mangels Masse) tatsächlich nicht anfallen. Die Lohnkosten, die von der Bundesagentur für Arbeit in Form von Insolvenzgeld ausgezahlt worden sind, werden von der Bundesagentur für Arbeit als einfache Insolvenzforderung nach § 38 InsO zur Insolvenztabelle angemeldet. Eine Insolvenzgeldvorfinanzierung wird von der Bundesagentur für Arbeit indes nur genehmigt, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter in einem Gutachten Sanierungschancen aufzeigt.

³⁴⁷ Frind in HK § 56 Rz 2

³⁴⁸ Rechtstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters: § 22 Abs 1 Z 1 InsO: Wird ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt, so geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über. In diesem Fall hat der vorläufige Insolvenzverwalter :

das Vermögen des Schuldners zu sichern und zu erhalten

ein Unternehmen, das der Schuldner betreibt, bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens fort zu führen, soweit das Insolvenzgericht nicht einer Stillegung zustimmt, um eine erhebliche Minderung des Vermögens zu vermeiden.

Zu prüfen, ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens decken wird; das Gericht kann ihn zusätzlich beauftragen, als Sachverständiger zu prüfen, ob ein Eröffnungsgrund vorliegt und welche Aussichten für eine Fortführung des Unternehmens des Schuldners bestehen. (Als Eröffnungsgrund ist nach § 17 InsO die Zahlungsunfähigkeit und nach § 18 InsO die drohende Zahlungsunfähigkeit und nach § 19 die Überschuldung)

³⁴⁹ Graeber in MüKo § 56 Rn 6

InsO dem Insolvenzgericht obliegenden Amtsermittlungsgrundsatz noch nicht im vollen Umfange aus tatsächlichen Gründen nachkommen konnte. Die Ermittlungen des Insolvenzgerichts beschränken sich anfangs auf die vom Schuldner oder Gläubiger (bei einem Fremdinsolvenzantrag) vorgelegten Unterlagen, die meistens unvollständig sind.

Die in § 5 InsO normierten Verfahrensgrundsätze ergänzen die übergeordneten Ziele des § 1 InsO. Das Insolvenzverfahren wird auf Antrag eingeleitet. Nach § 13 Abs 2 InsO kann der Antrag zurückgenommen werden. Danach gilt bei einem Schuldnerantrag auch die Dispositionsmaxime, im Falle einer Nichtrücknahme oder eines Gläubigerantrags kommt ausschließlich die Inquisitionsmaxime zur Anwendung.

Das Gericht ist von Amts wegen nach § 5 InsO aufgefordert, sämtliche Umstände für das Insolvenzverfahren aufzuklären. Der Untersuchungsgrundsatz gilt sowohl im Eröffnungsverfahren als auch im eröffneten Insolvenzverfahren.³⁵⁰ Bei der wirtschaftlichen Bedeutung des Insolvenzverfahrens holt sich der Insolvenzrichter in Deutschland die erforderliche Überzeugung von der Insolvenzreife des betroffenen Unternehmens oder der Person ausschließlich über einen Sachverständigen als nicht in der Justizorganisation eingegliederten staatlichen Funktionsträger (§ 5 Abs 1 Z 2 InsO).

Dieser hat zu prüfen, ob die Insolvenzgründe wie Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung vorliegen aber auch ob eine die Kosten des Verfahrens deckende Masse vorhanden ist. Um letzteres festzustellen, bedarf es einer umfassenden Prüfung der vom Schuldner eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen, aber auch schon Feststellungen zu möglichen Anfechtungen, die der Massegenerierung dienen.

c) Vorgezogene Auswahlprüfung

Mit der Einsetzung des Sachverständigen, der im Falle der Massebeständigkeit in der Regel als (vorläufiger) Verwalter eingesetzt wird, sind die Voraussetzungen des § 56 InsO faktisch bereits zum Zeitpunkt der Anordnung des Sachverständigengutachtens und der Auswahl und Bestellung des Sachverständigen zu prüfen.³⁵¹

Neben der Eignungsprüfung nach § 404 ZPO ist somit eine weitere vorgezogene Prüfung nach § 56 InsO vom Insolvenzgericht vorzunehmen.³⁵²

Um dies zu rechtfertigen, sind viele Insolvenzgerichte in Deutschland dazu übergegangen, zeitgleich mit der Bestellung eines Sachverständigen die vor-

³⁵⁰ Graeber in MüKo § 5 Rn 14, 15

³⁵¹ Wiester/Wilk. Zur Einschaltung von Industriegutachtern durch den vorläufigen Verwalter, NZI 2007,12

³⁵² Graeber in MüKo § 56 Rn 10

läufige Verwaltung nach § 21 Abs 2 Z 1 InsO anzuordnen.³⁵³ Dies schließt Verzögerungen des Vorverfahrens aus, die bei Befangenheitsanträgen, die gegen den Sachverständigen gestellt werden könnten, eintreten würden. Ein Rechtsmittel gegen die Bestellung des vorläufigen Verwalters gibt es nach der InsO indes nicht.

Aufgrund der geschilderten zeitlichen Abfolge des Bestellungsakts zum Insolvenzverwalter hat das Gericht bereits bei **der Auswahl des Sachverständigengutachters** die Qualitätsanforderungen zu beachten. Die Bestellung des vorläufigen Verwalters erfolgt nach § 21 Abs 2 Z 1 InsO, die Bestellung des vorläufigen Verwalters als erforderliche sofortige Maßnahme impliziert sie per se die Auswahl zu diesem Zeitpunkt als Eilentscheidung.³⁵⁴ Zu der Eignung des definitiven Verwalters gehört es, dass er im Vorverfahren das Insolvenzverfahren erfolgreich vorbereitet hat. Ist dies nicht der Fall, muss das Insolvenzgericht ermessensfehlerfrei einen anderen Verwalter bestellen, auch wenn dies aufgrund der „Weichenstellung“ des vorherigen vorläufigen Verwalters zu Komplikationen führen kann.

d) Grundrechtlicher Eingriff vs Konzentrationsmaxime

Trotz dieser Eilsituation und der Gefährdung des sicherzustellenden Vermögens spricht gegen die sofortige Einsetzung eines vorläufigen Verwalters der grundrechtliche Eingriff, denn zunächst sind gerade bei einem Gläubigerantrag die Umstände nicht bekannt, die die Annahme von Insolvenzgründen rechtfertigen. Die gleichzeitige Bestellung eines vorläufigen Verwalters bei einem Gläubigerantrag bedeutet somit einen grundrechtlichen Eingriff für den Insolvenzschuldner (Art 14 GG)³⁵⁵, möglicherweise in einem Stadium, in dem die Insolvenzgründe noch nicht ausreichend feststehen. Andererseits bestehen auch für das Insolvenzverfahren die Konzentrationsmaxime und das Beschleunigungsgebot, dh der Insolvenzrichter hat den prozessualen Grundsatz zu beachten, Entscheidungen möglichst schnell (in einem Termin) und umfassend zu treffen. In der Literatur und Rechtsprechung wurde hervorgehoben, dass dennoch die Gerichte die „Erforderlichkeit“ der Sicherungsmaßnahmen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen hätten und eine routinemäßige Anordnung von Sicherungsmaßnahmen unzulässig sei.³⁵⁶ Andererseits wird entgegengehalten, dass nach Antragstellung in der Regel binnen weniger Stunden gehandelt werden muss.³⁵⁷

³⁵³ Hamburger Leitlinien zu Insolvenzeröffnungsverfahren, ZInsO 2004, 24-25

³⁵⁴ *Smid*, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters als Rechtsfrage betrachtet, DZWIR 2001, 485-497

³⁵⁵ 14 GG: Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

³⁵⁶ *Lehnenbach*, Sicherungsmaßnahmen im vorläufigen Insolvenzverfahren, 99

³⁵⁷ *Haarmeyer* in *Haarmeyer/Wutzke/Förster Rz 189*

Nach § 21 InsO hat das Insolvenzgericht die Erforderlichkeit zu beachten. Der Begriff Erforderlichkeit beinhaltet die Merkmale der „Geeignetheit“ und „Notwendigkeit“. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn durch sie der Zweck, nämlich die Verhinderung einer Masseschmälerung erreicht wird. Sie ist notwendig und erforderlich im engeren Sinne, wenn sie das mildeste Mittel darstellt. Grundlage der Erforderlichkeitsprüfung ist die Gefährdungssituation.³⁵⁸ Dies hat das Insolvenzgericht also primär festzustellen. Hauptproblem ist hierbei, dass das Insolvenzgericht in der Regel nicht über ausreichende Informationen über die Situation des Schuldners verfügt. Somit liegt es an der Informationsbeschaffung und dem Einsatz des Richters, wobei eine Informationsbeschaffung auch vor Ort sinnvoll wäre, um die Voraussetzungen für die richtige Auswahl des Verwalters zu erfüllen.

2. Zeitliche Verfahrensabfolge nach IO

a) Vorverfahren mit einstweiligen Verwalter

§ 73 Abs 2 IO sieht ua als eine einstweilige Vorkehrung vor Konkurseröffnung die Einsetzung eines einstweiligen Verwalters vor.³⁵⁹ Diese Vorschrift wird von den österr Konkursgerichten indes kaum angewandt. In den überwiegenden Fällen erfolgt die Konkurseröffnung ohne (Vor) Einsetzung eines einstweiligen Verwalters. *Winter* kritisiert diese Praxis und fordert, dass einstweilige Maßnahmen als unumgängliches Mittel auch des Gläubigerschutzes bei entsprechenden Voraussetzungen kraft Gesetzes von Amts anzuordnen sind.³⁶⁰

b) Vorverfahren nach IRÄG 1982

Durch das IRÄG 1982 wurde in Österreich ein Vorverfahren eingeführt. Es hatte den primär vorbereitenden Charakter auf die Entscheidung, ob für die Bewältigung der Unternehmenskrise ein Ausgleichs- oder ein Konkursverfahren besser geeignet wäre, oder ob sich schlussendlich das Gerichtsverfahren in Richtung Sanierung oder Liquidation bewegen sollte. Das Vorverfahren war ausschließlich auf Antrag des Insolvenzschuldners beim zuständigen Gericht zu beantragen. Hierbei waren bezüglich der Fortführung des Unternehmens nötige Reorganisations- und Finanzmaßnahmen mitzuteilen. Die Eröffnung des Verfahrens hatte die Bestellung eines vorläufigen Verwalters

³⁵⁸ *Lehnenbach*, 103

³⁵⁹ *Winter*, Sicherungsmaßnahmen im Insolvenzeröffnungsverfahren, Einleitung

³⁶⁰ *Winter*, 10

zur Folge, weitere Vorkehrungen zur Sicherung der Vermögensmasse und zur Fortführung des Unternehmens wurden vom Gericht getroffen. Drei Wochen nach Eröffnung des Vorverfahrens wurde eine „Tagsatzung“ abgehalten. Darin hatte der vorläufige Verwalter die Tatsachen, die für eine Unternehmensfortführung sprechen, darzulegen. Das Vorverfahren sollte die Möglichkeit bieten, außerhalb eines Auswahlverfahrens jedoch unter Kontrolle des Insolvenzgerichts und eines vorläufigen Insolvenzverwalters den Betrieb zu reorganisieren.³⁶¹ Das Vorverfahren wurde durch das IRÄG 1997 aufgehoben.³⁶²

c) Unterschiedliche Inquisitionsmaxime bei Gläubiger- und Schuldnerantrag

Nach § 173 Abs 5 IO gilt der Untersuchungsgrundsatz. Eine Vorprüfung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung und auch Prüfung einer kostendeckenden Masse durch einen Sachverständigen findet indes in Österreich kaum statt. Wie die Umfrage ergeben hat, findet die Einsetzung allenfalls bei einem Gläubigerantrag statt. Nach § 69 IO ist das Insolvenzverfahren bei einem Schuldnerantrag **sofort** zu eröffnen. Das Verfahren wird rein formalrechtlich geführt, soweit sich keine Bedenken gegen die Insolvenzeröffnungsvoraussetzungen ergeben.³⁶³ Objektive Erhebungen sind der Auszug aus dem Firmenbuch, der Auszug aus dem Exekutionsregister, Pfändungsprotokolle, eventuell ein Vermögensverzeichnis. Zahlungsunfähigkeit wird angenommen, wenn ein Abgabenrückstand von mehr als 60 Tagen vorliegt. Um die abstrakten Daten bei der Einvernehmenssatzung zu objektivieren, sollte nach der EO-Novelle 2005 der Schuldner, der zur Einvernehmenssatzung kommt, umfassend zu konkursrelevanten Daten vernommen werden.³⁶⁴ Wenn nach acht Tagen keine Zahlung nachgewiesen werden kann, sollte ein Gutachter beauftragt werden, um die Angaben des Schuldners zu verifizieren. Erscheint der Schuldner nicht, sollte umgehend ein Gutachten zur Frage, ob kostendeckende Masse vorhanden ist, eingeholt werden. Wesentliches Element sollten in diesem Fall die Erhebungen des Sachverständigen vor Ort sein.³⁶⁵ Dieses Vorhaben hat sich nicht durchgesetzt. Einige Gerichte geben allenfalls einen Ermittlungsauftrag an den bevorrechtigten Gläubigerschutzverband.³⁶⁶

³⁶¹ Hafner, die Sanierung insolventer Unternehmen im reformierten Insolvenzrecht, 26

³⁶² IRÄG 1997 BGBl I 1997/114; Holzhammer, Österr Insolvenzrecht, Konkurs- und Auswahlrecht⁵ S 186

³⁶³ Mohr KO¹⁰, § 69 E 9, OGH 14.01.1986, EvBl 1987/28

³⁶⁴ Bundesgesetz mit dem die Exekutionsordnung das Vollzugsgebührengesetz und das Strafgesetz geändert werden, Exekutionsordnung-Novelle 2005 – EO-Nov 2005, BGBl I Nr. 128/2004

³⁶⁵ Petsch, Gläubigerantrag auf Konkurseröffnung in neue Grazer Praxis, ZIK 1997, 51

³⁶⁶ OLG Linz 09.04.1998, 2 R 72/98s

In Österreich werden nach einer Erhebung des KSV1870 im Durchschnitt der Jahre 2006-2010 74,2 % Gläubigeranträge gestellt und 25,8 % Schuldneranträge:³⁶⁷

Anträge	2006	2007	2008	2009	2010
Gesamt	7.081	6.634	6.674	7.215	6.756
Gläubigeranträge	5.452	5.044	4.989	5.193	4.830
Eigenanträge	1.629	1.590	1.620	2.022	1.926
% Gläubigeranträge	77	76	75	72	71

Die vom Verfasser durchgeführten Befragungen ergaben, dass einem rechtlichen Gehör des Schuldners als Korrektiv zur fehlenden externen Inquisition eines Sachverständigen oder vorläufigen Verwalter vom Gericht bei einem Gläubigerantrag stattgegeben wird.

Dem Schuldner soll in diesem Anhörungsverfahren hier hinreichend Gelegenheit gegeben werden, einen Gläubigerantrag, bzw. die Insolvenzgründe zu widerlegen.

d) Grundrechtlicher Eingriff

Die sofortige Konkursöffnung bedeutet bei einem Gläubigerantrag einen grundrechtlichen Eingriff in das Eigentum des Schuldners, denn die Verfügungsbefugnis wird ihm entzogen (§ 5 StGG). Verfassungsrechtlich zulässig ist eine Eigentumsbeschränkung wegen des Gesetzesvorbehalts in § 5 StGG, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, im öffentlichen Interesse liegt und nicht unverhältnismäßig ist. Eine gesetzliche Regelung ist in § 69 IO gegeben. Ob diese Regelung verfassungsmäßig ist, wurde bisher von den österr Insolvenzbeteiligten nicht in Frage gestellt. Bei einem Eigenantrag ist aber Verhältnismäßigkeit anzunehmen, auch wenn die Angaben des Schuldners nicht nachvollziehbar sind. In diesem Fall hat das Gericht nach § 173 Abs 5 IO amtswegige Erhebungen durchzuführen.³⁶⁸ Ein geringerer Eingriff in das Grundrecht wäre mit einer Ausdehnung des Inquisitionsgrundsatzes, Einsetzung eines Sachverständigen im Vorverfahren möglich und würde dem öffentlichen Interesse nicht widersprechen. Auch bei einem Eigenantrag kann eine Grundrechtverletzung (§ 5 StGG), nämlich durch den Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, die die Einsetzung eines Masseverwalters zur Folge hat, vorliegen, denn der Eigenantrag ist oft gestellt, um die vermeintlichen Folgen einer Insolvenzverschleppung zu vermeiden. Ein Eigenantrag kann auch unter Gläubigerdruck gestellt werden. § 69 IO ist der Gesetzesvorbehalt, der nur dann einzuschränken ist, wenn aufgrund des un-

³⁶⁷ Anfrage des Verfassers bei Dr. Kantner (KSV1870)

³⁶⁸ *Mohr KO*¹⁰, § 69 E 9, OGH 14.01.1986, EvBl 1987, 28

durchsichtigen Antrags des Schuldners die Inquisitionsmaxime gefordert sind. Bei dem durch das IRÄG 2010 eingeführte Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung ist eine Eigentumsbeschränkung ebenfalls gegeben, denn der Schuldner ist nach § 172 IO beachtlich in seinen Verfügungsbefugnissen beeinträchtigt.

3. Fazit

In Anbetracht des Informationsdefizits ist mE die Vorschaltung eines Sachverständigen zur ersten Überprüfung unter dem Aspekt eines des Grundrechts tangierenden Eingriffs bei einem Gläubigerantrag geboten, denn nur dadurch ist mE der amtswegige Untersuchungsgrundsatz, bei dem die Eröffnungsvoraussetzungen zu prüfen sind in vollem Umfang erfüllt. Wenn der Sachverständige Tatsachen feststellt, die auf Masse schmälernde Handlungen hindeuten, kann er umgehend dem Gericht Empfehlungen aussprechen, welche Sicherungsmaßnahmen erforderlich sind, also auch die Bestellung eines vorläufigen Verwalters zur Sicherung der Insolvenzmasse. In der Regel wird sich der Sachverständige schnell ein Bild über die Situation des Insolvenzschuldners machen können, so dass eine längere zeitliche Verzögerung kaum eintritt.

Dies würde somit dem Beschleunigungsgebot nicht widersprechen. Das in Deutschland gestreckte Vorverfahren hat eine Verletzung der Rechte des Schuldners weniger zur Folge als die sofortige Insolvenzeröffnung. Die Rechte der Gläubiger werden bei dieser Verfahrensweise, soweit es die Forderungen betrifft, nicht eingeschränkt, da sich die Ausschüttungsquote erhöht.³⁶⁹ Auch im Anfechtungsbereich stellen beide Rechtsordnungen auf den Insolvenzantrag ab (§§ 30 IO, 130 InsO). Daher kann eine Pflicht zur zügigen Eröffnung nicht hergeleitet werden.³⁷⁰

ME kann die in Österreich angewandte formalistische Prüfung bei der Zugrundelegung der Zahlungsunfähigkeit durch den negativen Schlussbericht des Gerichtsvollziehers ausreichen, wenn die Kostendeckung von 4000 € nachweisbar erfüllt ist. Bei einem Gläubigerantrag könnte ein Sachverständiger die grundrechtlichen Eingriffe (Eigentumseingriff, Sperrvermerk im Grundbuch etc) verhindern, wenn die Voraussetzungen einer Insolvenz nicht vorliegen.

³⁶⁹ Der vorläufige Insolvenzverwalter in Deutschland begründet in der vorläufigen Insolvenz, sofern er als vorläufiger Insolvenzverwalter ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis eingesetzt wurde keine Masseverbindlichkeiten. So hat er in der Betriebsfortführung im vorläufigen Insolvenzverfahren auch keine Umsatzsteuer als Masseschuld abzuführen.

³⁷⁰ Münzel, Die lange vorläufige Verwaltung, ZInsO 2006, 1241

Mangels Vorverfahren ist die Möglichkeit einer „Anschubfinanzierung“ wie in Deutschland über die Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes in Österreich nicht gegeben. In Österreich wird nach § 3 a IESG Insolvenz-Entgelt sechs Monate vor dem Stichtag (Konkurseröffnung, Abweisung mangels Masse) für den Arbeitnehmer gezahlt.³⁷¹ Nach Eröffnung des Konkursverfahrens sind die Löhne und Gehälter bis zur Berichtssatzung gesichert. Da es in Österreich zu keinem längeren Vorverfahren kommt, sondern die Konkursöffnung nach Antragstellung erfolgt, hat der Masseverwalter in der Betriebsfortführung keine Möglichkeit, durch die Entlastung der Löhne und Gehälter eine „Masse“ zu generieren und damit ein wesentliches Instrument der Sanierung zu haben.

Die Ausdehnung des Vorverfahrens (vorläufiges Insolvenzverfahren) in Deutschland aufgrund der Insolvenzgeldregelung hat daher enorme Vorteile und ist hier ein wesentliches Sanierungsinstrument. Es geriert eine Anschubfinanzierung und somit eine Sicherung der Betriebsfortführung in welcher ohne extremen Zeitdruck ein Insolvenzplan ausgearbeitet werden kann.

Das Insolvenzgeld wird in Deutschland nicht aus öffentlichen Geldern (Steuern) gespeist, sondern über ein Umlageverfahren der Unternehmen. Eine Insolvenzgeldvorfinanzierung wird nach § 188 Abs 4 SGB III von der dt Bundesagentur für Arbeit genehmigt, wenn die Sanierung des Betriebes möglich ist und der Großteil der Arbeitsplätze erhalten bleibt. Das mit der IRÄG 1982 eingeführte Vorverfahren (1. Teil IV. 2. b) brachte indes in Österreich nicht den erhofften Erfolg und wurde 1997 wieder aufgehoben.

Auch das Reorganisationsverfahren ist nicht von Erfolg gekrönt. Nach dem IRÄG 2010 soll nun die Sanierung nach Insolvenzeröffnung stattfinden.³⁷² Ein Sanierungsplan kann aber vor Eröffnung vorgelegt werden. Wird hierin eine Quote von 30 % angeboten, kann das Sanierungsverfahren, Eigenverwaltung unter Aufsicht eines Sanierungsverwalters stattfinden.³⁷³

Auch nach dem Scheitern des Vorverfahrens nach IRÄG 1982 und des Reorganisationsverfahrens nach IRÄG 1997 sollte in Österreich im Hinblick auf das IRÄG 2010 die Einführung eines gerichtsbezogenen Vorverfahren (vorläufiges Insolvenzverfahren) nicht kategorisch abgelehnt werden, um einerseits die Eingriffsintensität bei einem Gläubigerantrag abzuschwächen und andererseits bessere Voraussetzungen für die Sanierung zu schaffen, die durch die IRÄG 2010 noch mehr in den Vordergrund rückt.

³⁷¹ Insolvenzentgeltsicherungsgesetz (IESG), BGBl. Nr 344/1977. Das Insolvenz- Entgelt wird in Österreich aus den Mitteln des Insolvenz-Entgelt-Fonds bezahlt. Die Finanzierung erfolgt größtenteils über Beiträge der Arbeitgeber. Seit 2008 beträgt der IESG Beitrag 0,55 % des Bruttoentgelts. Auch in Deutschland ist das Insolvenzgeld arbeitgeberseitig finanziert. Hier lag der Umlagesatz zum 01.12.2010 bei 0,10 des Bruttoentgelts. § 3a Abs 1 IESG: Insolvenz-Entgelt gebührt für das dem Arbeitnehmern gebührende Entgelt einschließlich der gebührenden Sonderzahlungen, das in den letzten **sechs** Monaten vor dem Stichtag (3 Abs 1 1 HS) fällig geworden ist.

³⁷² Konecny, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010, 82 f

³⁷³ Insolvenzrechtsänderungsgesetz, IRÄG 2010, BGBl 29/2010

V. Unterschiede in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zur Verwalterbestellung in Deutschland und Österreich

1. Stand der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung in Deutschland

a) Ursache verfassungsgerichtlichen Einschreitens

Auch wenn provoziert, war es dennoch nicht verwunderlich, dass sich das BVfG erstmals mit Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters im Jahr 2004 zu beschäftigen hatte. Das den Entscheidungen zugrundeliegende, vom Gravenbrucher Kreis³⁷⁴ initiierte Gutachten von *Holzer/Kleine–Cosack/Prütting*, kam zum Ergebnis: „*Auch die Auswahl der Verwalter im konkreten Verfahren erfolgt selten nach rational nachvollziehbaren Kriterien.*“³⁷⁵

Hess traf sogar die Aussage: „*Zugangs-, und Auswahlpraxis der Insolvenzverwalter erfolgen unter dem Deckmantel der richterlichen Unabhängigkeit.*“³⁷⁶

Tatsächlich war über 50 Jahre keine Entscheidung zum Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Auswahl des Verwalters ergangen.

Seit Mitte der 80er Jahre üben indes die Konkursverwalter die Tätigkeit nicht mehr nebenbei aus, sondern Rechtsanwälte wurden zu professionellen Insolvenzverwaltern mit professioneller kostenintensiver Kanzleistruktur.³⁷⁷

Die zunehmende Zahl von Prätendenten erzeugte immer größeren Konkurrenzdruck. Deshalb gerieten die Öffnung des Verwaltermonopols (closed shop) und der Marktzugang in den Mittelpunkt des Interesses der Diskutanten. Die Diskussionen wurden auch noch angeheizt von der deutschen Presse. So schrieb die FAZ am 19.05.2002:³⁷⁸

³⁷⁴ im Gravenbrucher Kreis haben sich seit mehr als 20 Jahren die führenden überregionalen Insolvenzverwalter zusammengeschlossen. Er selbst betrachtet sich als führendes Kompetenzzentrum. Der Kreis hat aktuell 17 aktive und 8 passive Mitglieder.

³⁷⁵ *Holzer/Kleine–Cosack/Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters, 6

³⁷⁶ *Hess* in *Hess/Weis/Wienberg*, *InsO*² 2001, § 56 Rz 9

³⁷⁷ *Gaier*, Verfassungsrechtliche Aspekte bei der Auswahl und der Abwahl des Insolvenzverwalters, *ZInsO* 2006, 1177 f

³⁷⁸ Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) v 19.05.2002 S 14, Insolvenzanwälte dürfen sich zZ kaum über Mangel an Arbeit beklagen.

„Insolvenzverwalter dürfen sich zur Zeit kaum über Mangel an Arbeit beklagen. Trotzdem kriegen viele keinen Auftrag: Ihnen fehlen die Beziehungen!“

In Anbetracht der stetigen Anzahl der Bewerber für das Amt des Insolvenz-Masseverwalters und des gleichzeitigen Rückgangs der Insolvenzen wurde die Auswahl des Verwalters in Deutschland von existenzieller Bedeutung, sodass der Gang zum deutschen Verfassungsgericht nur eine Frage der Zeit war. Die Einbeziehung des BVfG war schon deshalb erwartet, weil es nach § 31 Abs 1 BVfGG die Fachgerichte bindet. Das deutsche Verfassungsgericht traf am 03.08.2004 und 23.5.2006 zwei Grundsatzentscheidungen.³⁷⁹

b) Rechtsschutz bei Vorauswahl: Entscheidung des BVfG vom 3.08.2004³⁸⁰

aa) Die Vor-Auswahl des Verwalters als Justizverwaltungsakt

Das Verfassungsgericht nahm am 03.08.2004 zum Rechtsschutz bei Aufnahme in eine Vorauswahlliste ausführlich Stellung.

Hierbei lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Beschwerdeführer war Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter. Er hatte sich bei einem Insolvenzgericht als Insolvenzverwalter beworben. Nach vergeblichen Bemühungen, vom Amtsgericht zum Insolvenzverwalter bestellt zu werden, teilte ihm der Insolvenzrichter mit, dass er mit mehreren Rechtsanwaltskanzleien bei der Insolvenzverwaltung mit gutem Erfolg zusammenarbeiten würde und kein Anlass bestünde, die Zahl der Verwalter zu erhöhen.

Der Beschwerdeführer beantragte gerichtliche Entscheidung gemäß den §§ 23 f EGGVG.³⁸¹ Das für diesen Fall zunächst zuständige OLG Koblenz wies den Antrag des Beschwerdeführers als unzulässig zurück, weil nach Auffassung des OLG das Schreiben des Insolvenzrichters kein Justizverwaltungsakt gewesen wäre.³⁸² Zudem würde nach Auffassung des OLG Koblenz der Insolvenzrichter bei der Insolvenzverwalterbestellung mit richterli-

³⁷⁹ BVfG v 03.08.2004 – 1 BvR 135/00; 1 BvR 1086/01, ZInsO 2004, 913 f; NZI 2004, 574 f, ZInsO 2004, 913 f

³⁸⁰ BVfG v 03.08.2004 -1BvR 135/00, 1 BvR 1086

³⁸¹ Nach § 23 EGGVG entscheiden auf Antrag die ordentlichen Gerichte über die Rechtmäßigkeit der Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten aus den Gebieten des bürgerlichen Rechts einschließlich des Handelsrechts, des Zivilprozesses, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Strafrechtspflege getroffen werden.

³⁸² OLG Koblenz, 16.12.99, 12 VA 5/99

cher Unabhängigkeit als Organ der Rechtspflege handeln, weshalb die Entscheidung auch nicht unter den Schutz des Art 19 Abs 4 GG fallen würde.³⁸³ Das OLG hielt sich in seiner Entscheidung an den Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ anlässlich der 73. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 10. bis 12. Juni 2002 in Weimar. Von dieser Arbeitsgruppe wurde die Auffassung vertreten, dass die Bestellung eines Insolvenzverwalters im Eröffnungsbeschluss gemäß § 27 InsO der rechtsprechenden Gewalt im Sinne von Artikel 92 GG zu zuordnen ist. Das Grundgesetz normiert in Art 92 GG, dass die rechtsprechende Gewalt ausschließlich den Richtern anvertraut ist, sie wird durch das BVfG, durch die im Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt. Nach Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe war aus diesen Gründen Rechtsschutz gegen die richterliche Entscheidung über die Bestellung des Insolvenzverwalters verfassungsrechtlich nicht geboten.³⁸⁴ Der Beschwerdeführer wehrte sich gegen diese Entscheidung und legte Verfassungsbeschwerde ein. In den Gründen führte das BVfG aus, dass das OLG zu Unrecht die Justiziabilität der ablehnenden Entscheidung des Insolvenzgerichts, einen Rechtsanwalt als Insolvenzverwalter zu bestellen, verneint habe, weil diese Entscheidung gegen die Rechtsweggarantie des Art 19 Abs 4 GG verstoße und es sich bei der Aufnahme bzw. Nichtaufnahme in eine **Vorauswahlliste** um einen Justizverwaltungsakt im Sinne der §§ 23 ff EGGVG handeln würde. Als öffentliche Gewalt im Sinne des Art 19 Abs 4 GG sind auch die Entscheidungen der Gerichte einzuordnen, wenn sie außerhalb ihrer spruchrichterlichen Tätigkeit aufgrund eines ausdrücklich normierten Richtervorbehalts tätig werden. In diesen Fällen handeln die Gerichte nach Auffassung des BVfG zwar in voller richterlicher Unabhängigkeit, aber nicht in ihrer typischen Funktion als Instanz einer Streitentscheidung.³⁸⁵ Nach BVfG liegt kein Akt rechtsprechender Gewalt nach Art 92 GG vor, weil das Merkmal der Rechtsprechung **die hoheitliche Streitbeilegung** ist. Nach Art 92 GG ist Kennzeichen rechtsprechender Gewalt typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage im Rahmen besonders geregelter Verfahren.³⁸⁶ Die entgegenstehende Meinung, dass es sich bei der Auswahl um eine gerichtssinterne Organisation handelt, ist mit der Entscheidung des BVfG überholt.³⁸⁷

³⁸³ Nach Art 19 Abs 4 GG steht demjenigen der Rechtsweg offen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist danach der ordentliche Rechtsweg gegeben.

³⁸⁴ Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“, 73. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister 2002 in Weimar, 36

³⁸⁵ BVfGE 107/395

³⁸⁶ BVfGE 103/111

³⁸⁷ *Preuß*, Die Verwalterauswahl als Problem des Justizverfassungsrechts, KTS 2005, 155, 162

bb) Trennung zwischen Vorauswahlverfahren und konkreter Auswahlentscheidung

Nach Auffassung des BVfG hat die **Vorauswahl** einen nicht unerheblichen Einfluss auf die beruflichen Betätigungsmöglichkeiten der Interessenten. Auch wenn der Insolvenzrichter von Rechts wegen an einer abschlägigen Vorauswahlentscheidung bei der späteren Auswahl von Sachverständigen oder Insolvenzverwaltern nicht gebunden ist, wird der abgelehnte Interessent hierdurch in seinen Rechten aus Art 12 Abs 1 GG berührt.³⁸⁸

Das BVfG führt aus, dass für den Zugang zum Beruf des Notars³⁸⁹ bereits entschieden wurde, dass die Verwirklichung der Grundrechte auch eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung erfordert.³⁹⁰ Denn durch die Gestaltung des Auswahlverfahrens wird unmittelbar Einfluss auf die Konkurrenzsituation und damit auf das Ergebnis der Auswahlentscheidung genommen. Deshalb soll ein Verfahren den Anforderungen des Art 12 iVm Art 33 Abs 2 GG³⁹¹ entsprechen und in der Bewerbung um ein öffentliches Amt gewährleisten, dass tatsächlich von allen potentiellen Bewerbern derjenige gefunden wird, der am ehesten den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Bei der Bewerbung um eine Tätigkeit im Rahmen des Insolvenzverfahrens, die nur von hoheitlich tätigen Richtern vergeben wird, muss nach Auffassung des BVfG **jeder** Bewerber eine faire Chance erhalten, entsprechend seiner in § 56 Abs 1 InsO vorausgesetzten Eignung berücksichtigt zu werden. Nach Auffassung des BVfG ist zu differenzieren zwischen der Aufnahme in die Vorauswahlliste und der eigentlichen Insolvenzverwalterbestellung.³⁹² Nach Auffassung des BVfG zeigen bereits die Auswirkungen der Bestellung eines Sachverständigen oder des vorläufigen Insolvenzverwalters die Notwendigkeit, dass bereits im Vorfeld des Eröffnungsbeschlusses ein Verfahren gefunden werden muss, welches geeignet ist, diese Zielvorgabe zu erfüllen und das Anforderungsprofil an den möglichen Verwalter nach § 56 Abs 1 InsO für das konkrete Insolvenzverfahren zu ermitteln. **Dieses Ziel ist nach BVfG nur mit einer Vorauswahlliste erfüllt, weil über sie schon die Auswahlkriterien auf den Sachverständigen und vorläufi-**

³⁸⁸ Art 12 I GG: Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden.

³⁸⁹ Gesetz des Berufsrechts der Notare und Rechtsanwälte vom 29.1.1991, BGBl I 1991,150; im Hinblick auf die Notarzulassung hat das BvFG zur grundrechtlichen Bewertung von Auswahlmaßstab und Auswahlverfahren für die Vergabe von Notarstellen ausführlich Stellung genommen. Danach ist eine Begrenzung der Zahl der Amtsstellen der Notare gemäß § 4 BNotO. zulässig.

³⁹⁰ BVfGE 73, 280

³⁹¹ Art 33 Abs 2 GG: Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistungen gleichen Zugang zu jedem Amt.

³⁹² *Wieland*, Verfassungsrechtliche Fragen bei der Auswahl des Insolvenzverwalters, ZIP 2005, 233 f

gen Insolvenzverwalter wirken.³⁹³ Denn wie unter IV. ausgeführt, wird der Sachverständige bei erforderlichen Sicherungsmaßnahmen vorläufiger Insolvenzverwalter und Insolvenzverwalter.³⁹⁴ Das Ergebnis des Vorauswahlverfahrens bereitet somit die Auswahlentscheidung nach § 56 InsO vor, und hat deshalb einen erheblichen Einfluss auf die durch Art 12 Abs 1 GG geschützt berufliche Berufsausübung des Bewerbers.³⁹⁵ Nach dem BVfG wurde somit die Führung der Vorauswahlliste für die Insolvenzrichter obligatorisch.

c) Auswirkung der Entscheidung in der Praxis

Nach der Entscheidung setzte in Deutschland eine Bewerberflut bei den Insolvenzgerichten ein. Drei Tage nach der Entscheidung des BVfG ging beim AG Hamburg folgendes skurrile Bewerbungsschreiben ein:

*„Ich erwarte die Zuweisung der nächsten 20 Unternehmensinsolvenzen. Für Verbraucherinsolvenzen bin ich mir zu schade.“*³⁹⁶

Um dieser Bewerberflut Herr zu werden, wurden von einigen Insolvenzgerichten eilig Bewerbungsbogen entworfen. In diesen Bewerbungsbogen musste der Prätendent ua nachweisen, dass

- keine Eintragungen im Bundeszentralregister vorliegen
- keine Verfahren bei der Staatsanwaltschaft oder bei den Steuerbehörden geführt werden,
- keine Ermittlungsverfahren anhängig sind,
- keine Zwangsvollstreckungen gegen ihn laufen und auch
- keine Insolvenzverfahren gegen ihn gerichtet sind,
- die Unterhaltung eines Büros, welches zu üblichen Bürozeiten personell und bürotechnisch hinreichend ausgestattet ist, gewährleistet ist,
- eine Vermögenshaftpflichtversicherung gegeben ist,
- besondere Kenntnisse auf dem Gebiet des Insolvenzrechts vorliegen.³⁹⁷

Vorrangig negative Bestellvoraussetzungen lagen den Fragebögen zugrunde. Bei einigen Insolvenzgerichten in Deutschland musste der Prätendent unter Angabe des Insolvenzgerichts und des Aktenzeichens darlegen, dass er in

³⁹³ Holzer, Die Auswahl des Insolvenzverwalters als Justizverwaltungsakt, ZIP 2006, 2208 f

³⁹⁴ Graeber, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, DZWIR 2005, 177 f

³⁹⁵ Rechel, Die Aufsicht des Insolvenzgericht über den Insolvenzverwalter, 50

³⁹⁶ Frind/Schmidt, Insolvenzverwalterbestellung: Auswahlkriterien und Grenzen der Justiziabilität, NZI 2004, 535 f

³⁹⁷ Rechel 139

den letzten vier Jahren mindestens 15 eröffnete Verfahren federführend als Insolvenzverwalter oder als Sachwalter bearbeitet hatte, davon 10 Verfahren mindestens mit fünf Arbeitnehmern.³⁹⁸ Einige Gerichte erweiterten die Fragebögen mit positiven Bestellvoraussetzungen. Trotz dieser Maßnahmen einiger Insolvenzgerichte ging die Zahl der Bewerbungen für das Amt des Insolvenzverwalters in Deutschland nicht zurück. Bei den größeren Insolvenzgerichten in Deutschland sind mittlerweile über 100 Bewerber auf der Vorauswahlliste gelistet.³⁹⁹ Die Vielzahl der Bewerbungen hing auch damit zusammen, das „über Kreuz“ Bewerbungen einsetzten, Kollegen sich bei einem Insolvenzgericht bewarben und die Kollegen, die dort gelistet waren, beim Insolvenzgericht des Kollegen um Bestellung und Aufnahme in die Vorauswahlliste baten. Kanzleien erweiterten ihre Dependancen und setzten vor Ort meist junge Kollegen ein, um den Schein der Ortsnähe und Erreichbarkeit zu wahren. Dieser Filialismus wurde von den Insolvenzgerichten gefördert, denn Bewerbungsvoraussetzung war eine im Insolvenzbezirk zumindest mit einem Berufsträger besetzte Kanzlei. Einige Gerichte beließen es indes bei der Erreichbarkeit.

Die Bestellungen von den Gerichten, die die Auswahlliste massiv erweiterten, führten bei einigen vielbeschäftigten Verwaltern dazu, ihren Arbeitsplatz im Fond ihres Dienstfahrzeugs einzurichten, um bei der Vielzahl der Verfahren wenigstens an den Gläubigerversammlungen teilnehmen zu können. Studenten und Pensionäre wurden als Fahrer rekrutiert, um die Verwalter von einem Einsatzort zum anderen zu bringen, Autobahnraststätten wurden zu Kommunikationszentren bei Zusammentreffen der reisenden Verwalter.

Bei einigen Insolvenzgerichten gab es Probleme, wer für die Vorauswahlentscheidung zuständig wäre, der Insolvenzrichter oder der Präsident des Amtsgerichts als Justizbehörde. Mittlerweile konnte dieses Problem judikativ gelöst werden. Zuständig für die Listenführung ist nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung jeder Insolvenzrichter selbst.⁴⁰⁰ Einige Insolvenzgerichte waren daher dazu übergegangen, die Vorauswahlliste nur als „Alibi-Liste“ zu führen, um Angriffe auch nach der Entscheidung des BVfG stand zu halten. Danach wurden Personen aus reiner Alibi-Funktion bestellt. Bei dieser Verfahrensweise wurden neue Prätendenten ausschließlich mit kleineren, unlukrativen Insolvenzverfahren – Verbraucherinsolvenzverfahren – beauftragt, um eine „freiwillige“ Selbstentfernung von der Liste zu erreichen (sog kaltes Delisting). Die Verbraucherinsolvenzverfahren, wenn sie nicht als Masseverfahren rationell in der Kanzlei geführt werden, können in Anbetracht der Vergütungsregelungen nicht kostendeckend betrieben werden. Aus diesem Grund ist die einzelne, in weiteren zeitlichen Abständen durchgeführte Bestellung eines Insolvenzverwalters im Rahmen eines Ver-

³⁹⁸ Dieser Fragenkomplex lehnt sich an den Fragebogen des Insolvenzgerichts Dresden an.

³⁹⁹ Beim AG Dresden waren 2009 160 Prätendenten gelistet.

⁴⁰⁰ BVerfG v 03.08.2009- 1BvR/08, NZI 2009, 641, Lüke, Keine Rechtsbeschwerde des Insolvenzverwalters gegen seine Abwahl ZIP 2007, 701

braucherinsolvenzverfahrens nicht kostendeckend und führte in einigen Fällen zur Selbstaufgabe.

Andere Gerichte haben das Urteil des BVfG vom 03.08.2004 völlig ignoriert und verfahren in der bisherigen Weise. Bewerbungen werden zwar nach Mitteilung der Gerichte auf die Vorauswahlliste genommen, die Bewerber werden indes nicht bestellt (sog Delisting).^{401, 402}

Noch herrscht in Deutschland eine Zurückhaltung, dieses Verfahren nach den Vorgaben des BVfG anzugreifen, die Angst durch gerichtliche Verpflichtung das Band zum Insolvenzrichter zu zerschneiden ist zu groß. Amtshaftungsansprüche bei fortlaufender Nichtbestellung trotz Aufnahme in die Vorauswahlliste wären indes durchaus möglich (Fortsetzungsfeststellungsverfahren).⁴⁰³ 2007 hatten die dt Bundesländer Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen dem dt Bundesrat zur Einbringung in den dt Bundestag einen Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren (GAVI) vorgelegt.⁴⁰⁴

Danach sollte § 56 InsO wie folgt geändert werden:

„(3) Jeder Insolvenzrichter hat auf Antrag auch außerhalb eines abhängigen Insolvenzverfahrens darüber zu entscheiden, ob der Antragsteller als generell geeignet für die Übernahme des Insolvenzverwalteramtes in seinem Gerichtsbezirk anzusehen ist. Erlegt Kriterien fest, die zur Annahme einer generellen Eignung führen, und teilt sie auf Anordnung dem Antragsteller mit. Der Antrag und die Feststellung können auf bestimmte Arten des Verfahrens beschränkt werden; die Feststellung kann mit Auflagen zur Sicherstellung oder ordnungsgemäßen Amtsführung verbunden werden.

(4) Erweist sich eine als geeignet anerkannte Person als persönlich oder fachlich ungeeignet, so hebt der Insolvenzrichter die Feststellung über die Eignung auf. Das Gleiche gilt, wenn die Feststellung mit einer Auflage verbunden war, und diese nicht eingehalten oder nicht innerhalb einer gesetzten Frist erfüllt wird.

*(5) Gegen die Ablehnung des Antrags, gegen die Anordnung von Auflagen und gegen die Aufhebung der Feststellung steht dem Antragsteller **die sofortige Beschwerde** zu. Erfolgt die Aufhebung wegen der Nichterfüllung von Auflagen, kann die Beschwerde gegen die Aufhebung nicht darauf gestützt werden, dass die Auflage zu Unrecht angeordnet worden ist.“*

Mit dem GAVI sollte ein justiziables Vorabentscheidungsverfahren eingeführt werden. Der Bundesrat hielt indes die vorgesehene Regelung nicht sy-

⁴⁰¹ Frind, Verwalter-Vorauswahl-Liste: Nicht warten, nicht lösen, nicht begrenzen?, ZInsO 2008, 970 f

⁴⁰² Frind, Informationssperre zugunsten „schlechter“ Insolvenzverwalter?, ZInsO 2011, 30 f

⁴⁰³ OLG Koblenz, v 12.05.2005 – 12VA 1/04, ZInsO 2005, 718

⁴⁰⁴ Bundesrat, Drucksache 566/07, Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, , Niedersachsen, www.bundesrat.de

stematisch und nicht praxistauglich.⁴⁰⁵ Damit ist der Prätendent weiter auf die legislativ.

d) Kritik an der Entscheidung vom 03.08.2004

Unter all diesen Aspekten wurde die Entscheidung des BVfG nach deren Veröffentlichung in der Öffentlichkeit breit diskutiert. In endlosen Diskussionen mit Insolvenzrichtern, praktizierenden Insolvenzverwaltern und Prätendenten wurde die Entscheidung erörtert und Konsequenzen heraufbeschworen:

So Smid: *„ohne Übertreibung lässt sich behaupten, das Insolvenzrecht werde nie mehr so sein, wie nach der jüngsten Entscheidung der 2. Kammer des 1. Senats des BVfG.“*⁴⁰⁶

In der Literatur hat die verfassungsrechtliche Judikatur des deutschen Verfassungsgerichts zum Vorauswahlverfahren kein einheitliches Echo hervorgerufen. Der Hauptkritikpunkt war, dass das BVfG über die Frage der Verwalterauswahl im konkreten Fall keine Aussage getroffen hat. *Pape* nennt das zweistufige Auswahlverfahren ein „Justizmonster, das um seiner selbst betrieben wird, weil dem Prätendenten die Aufnahme in die Vorauswahlliste angesichts des für die konkrete Bestellentscheidung dem Insolvenzgericht einräumten weiten Auswahlmessens und einer der Bestenauslese erteilten Absage nichts bringt.“⁴⁰⁷ Nach *Römmermann* hat das Verfassungsgericht mit der Absage an eine Bestenauslese eine Auswahl der Erstbesten zugelassen, wodurch ein viel größerer Schaden entsteht, weil minderbegabte Verwalter zugelassen werden.⁴⁰⁸ Nach *Vallender* haben die Entscheidungen des BVfG nicht zu einer wesentlichen Verbesserung der Rechtsposition von Bewerbern beigetragen, sondern ihnen stattdessen „Steine statt Brot“ gegeben.⁴⁰⁹

Auch bei den Insolvenzpraktikern fand die Entscheidung des BVfG Kritik. So wurde darauf hingewiesen, dass eine zu umfangreiche Insolvenzliste sich selbst entwerten würde. Einige Insolvenzrichter wiesen darauf hin, dass es für Praktiker sinnvoller wäre, nur die Bewerber in eine Vorauswahlliste aufzunehmen, die auch voraussichtlich in absehbarer Zeit eine Bestellung erhalten.⁴¹⁰ Nach dieser auch in der Literatur weit vertretenen Auffassung könnte nur eine reduzierte Liste der aktuellen Situation gerecht werden,

⁴⁰⁵ Bundesrat, Drucksache 566/07 Empfehlungen der Ausschüsse, www.bundesrat.de

⁴⁰⁶ *Smid*, Rechtsschutz gegen Insolvenzverwalter, DZWIR 2004, 359 f

⁴⁰⁷ *Pape*, Die Qual der Insolvenzverwalterauswahl, NZI 2006, 665 f

⁴⁰⁸ *Römmermann*, Bestellung von Insolvenzverwalter, die verpasste Chance des BVfG, ZIP 2006, 1332 f

⁴⁰⁹ *Vallender*, Steine statt Brot, NJW 2004, 3614 f

⁴¹⁰ *Graeber*, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, DZWIR 2005, 177 f

nämlich im eilbedürftigen Insolvenz-Tagesgeschäft schnell zu entscheiden, wer für den Fall geeignet ist.

Bei dieser Ansicht wurde wiederum diskutiert, wie die Begrenzung einer solchen Liste erfolgen soll. Auch bei der Begrenzung müsste das Gericht ermessensfehlerfrei entscheiden. Nach dem Urteil des BVfG ist es indes nicht zulässig einem neu hinzugetretenen Bewerber mit einer „Erschöpfungsbegründung“ die Aufnahme in die Vorauswahlliste zu versagen, wenn diese Liste erschöpft ist.⁴¹¹ Nach den Vorgaben des BVfG sollte jeder geeignete Prätendent die Chance erhalten als Insolvenzverwalter ausgewählt zu werden. Auch im Falle der Erschöpfung der Liste müsste somit nach diesen verfassungsgesetzgeberischen Vorgaben ein Bewerber die Möglichkeiten haben, bei entsprechender Eignung einen Zugang auf die Liste zu finden.⁴¹²

Bei kompletter Umsetzung der Entscheidung des BVfG bestünde aber dann die Gefahr, dass in der Liste die so viele Bewerber enthält, die Position in der Insolvenzliste eine rein formale Position wäre.

Andererseits wäre bei jeder zwangsläufigen Bestellung jedes Prätendenten, der auf der Liste steht, eine „Atomisierung“ des Verwalterwissens die Folge. Die Qualität der spezialisierten Insolvenzverwalterkanzlei würde nicht mehr gegeben sein, wenn keine ausreichende Auftragslage vorhanden wäre. So ist die Kritik von *Pape* nachvollziehbar, dass nunmehr eine Selektion nicht durch eine geschlossene Liste erfolgt, sondern durch Nichtberücksichtigung bei der konkreten Vergabeentscheidung. *Pape* kritisiert, dass das BVfG mit Ausnahme des Verbots der geschlossenen Listen und des Hinweises auf das weite Auswahlermessen keine Anhaltspunkte für die zulässige Ausgestaltung der Vorauswahllisten und des Verfahrens gegeben hat.⁴¹³ Von den Insolvenzgerichten wurde bemängelt, dass zwar die konkrete Entscheidung der Auswahl des Insolvenzverwalters in die Hand des Insolvenzrichters gelegt wird, der hierbei die Umsetzung der Vorauswahlliste verfassungsgemäß durchzuführen hat, aber an die tatsächlichen Grenzen stößt, wenn er alle geeigneten Bewerber auf dieser zu berücksichtigen hat. Auch war den Kritikern unklar, wer die Listen führen sollte, jeder einzelne Richter oder das Richtergrremium am Insolvenzgericht.⁴¹⁴

Auch der Berufsbegriff des Bundesverfassungsgerichts wurde von einigen Autoren kritisch gesehen. Die als Insolvenzverwalter tätigen Rechtsanwälte sind auch in Sanierungsberatungen tätig oder viele führen auch nur ab und zu Insolvenzverwaltungen durch.⁴¹⁵ *Uhlenbruck* hat bereits vor der Ent-

⁴¹¹ BVfG v 03.08.2004, 1 BvR 135/00

⁴¹² *Graeber*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters, DZWIR 2005, 177 f

⁴¹³ *Pape*, Die Qual der Insolvenzverwalterauswahl, aaO

⁴¹⁴ AG Hamburg, Bescheid nach § 23 EGGVG v 14.12.2006, ZInsO 2006, 1342 f

⁴¹⁵ *Laws*, Ist die Schicksalsfrage des Insolvenzverfahrens tatsächlich justiziabel, ZInsO 2006, 847 f

Frind, Die Waffen nieder, ZInsO 2006, 1183 f

Wieland, Verfassungsrechtliche Fragen bei der Auswahl des Insolvenzverwalters, ZIP 2005, 233f; aA KG ZInsO 2006, 153 f

scheidung darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber in diesem Fall besondere Zulassungsvoraussetzungen hinsichtlich des Anforderungsprofils festzulegen habe.⁴¹⁶ Bereits zu Zeiten der Konkursordnung hat *Uhlenbruck* darauf hingewiesen, dass das Hinsteuern zu einem eigenen Berufsbild des Insolvenzverwalters unweigerlich verfassungsrechtliche Probleme im Hinblick auf Artikel 12 GG aufwerfen würde. Bei einer Berufseinordnung des Verwalterberufs wäre das Grundrecht aus Art 12 GG tangiert, so dass jeder Prätendent sich bei Nichtberücksichtigung auf diese Grundrecht berufen könnte. Nach Auffassung *Uhlenbruck* gilt nach wie vor die Feststellung von *Leopold Levi*:

*„Man kann sich nicht als Konkursverwalter niederlassen und wird auch nicht als Konkursverwalter zugelassen, sondern man wird vom Gericht mit Konkursverfahren beschäftigt.“*⁴¹⁷

Somit tangiert eine staatliche „Zulassung“ die Berufsfreiheit.

Nach all diesen Diskussionen schrieb die FAZ am 19.08.2004: *„Kartell geknackt – das Bundesverfassungsgericht hat eines der letzten Kartelle geknackt: Insolvenzrichter dürfen ihren Lieblingsverwalter nicht mehr alleine nach Lust und Laune auswählen.“*⁴¹⁸

Der Verfasser dieses Artikels verkennt hierbei die tatsächliche Situation, dass es „nur“ um eine Vorauswahlliste ging und nicht die definitive Bestellung des Insolvenzverwalters.

Der Gravenbrucher Kreis, der die Lawine losgetreten hatte, konstatiert in einer Presseerklärung, dass sich trotz Vorgaben des BVfG nichts bei der Auswahl des Verwalters geändert hätte.⁴¹⁹

Die Entscheidung des BVfG vom 03.08.2004 mit der Vorgabe des Auswahlverfahrens hat entgegen der Befürchtung der bisher ausgewählten Verwalter tatsächlich nicht dazu geführt, dass die Gerichte dazu übergangen aus der Vorauswahlliste beliebig und nach Eintrag einem Prätendenten ein Verfahren zuzuweisen, aber sie hat erhebliche Unsicherheit bei den Gerichten hervorgerufen. Teilweise hatten die Kritiker der Insolvenzverwaltervorauswahlliste mit ihrer Behauptung somit Recht, dass sich eine Änderung nur in der Weise ergeben habe, dass die Insolvenzgerichte, die zuvor keine Listen geführt haben, nun aus formellen Gründen eine Liste führen. Die formelle Einführung einer Insolvenzverwaltervorauswahlliste hätte aber an der tatsächlichen Bestellpraxis nach Auffassung dieser Kritiker nichts Wesentliches geändert.

⁴¹⁶ *Uhlenbruck* in Kuhn-Uhlenbruck, Kommentar zur Konkursordnung¹¹ § 78 Rz 2b

⁴¹⁷ *Levi*, Konkursrecht II 1926, 32

⁴¹⁸ FAZ vom 19.08.2004

⁴¹⁹ Gravenbrucher Kreis, www.gravenbrucherkreis.de

e) Keine Konkurrentenklage bei konkreter Auswahl: Entscheidung des BVfG vom 23.05.2006⁴²⁰

Das BVfG hatte sich am 23.05.2006 damit beschäftigt, ob ein nicht berücksichtigter Bewerber um das Amt des Insolvenzverwalters dieses in Form einer **Konkurrentenklage** einklagen kann, ob mithin die Bestellung eines anderen Insolvenzverwalters im Eröffnungsbeschluss angreifbar ist.⁴²¹ Als Kammerentscheidung kommt diesem Beschluss bindende Wirkung für die Fachgerichte zu.⁴²² Bereits in einem obiter Dictum der Entscheidung vom 03.08.2004 des BVfG machte das Gericht darauf aufmerksam, dass es nicht im Interesse der Insolvenzabwicklung liegen könnte, wenn das Verfahren durch Konflikte bei der Auswahl des Verwalters verzögert werden würde. Die Möglichkeit einer Klage gegen die Auswahl des Verwalters war in der Literatur mehrheitlich verneint worden.⁴²³

Anlass dieser Entscheidung war eine Beschwerde eines Insolvenzverwalters, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Der Beschwerdeführer war ab dem Jahr 1998 in mindestens 350 Verfahren zum Insolvenzverwalter bestellt worden. In dem zu entscheidenden Fall war er zum Gutachter bestellt worden. Das Insolvenzgericht bestellte allerdings nicht den Beschwerdeführer, sondern beauftragte einen anderen Anwalt mit der Abwicklung des Insolvenzverfahrens. Der Beschwerdeführer stellte beim zuständigen OLG den Antrag, die Bestellung des Insolvenzverwalters, in diesem Fall war es sogar ein früherer Mitarbeiter des Beschwerdeführers, aufzuheben und an dessen Stelle den Beschwerdeführer zu ernennen.

Mit dem angegriffenen Beschluss des Insolvenzgerichts verwarf das Oberlandesgericht die Anträge als unzulässig. Das Oberlandesgericht begründete die Ablehnung der Beschwerde damit, dass das Insolvenzgericht bei der Auswahl der Person des Insolvenzverwalters Rechtsprechung im funktionellen Sinne ausgeübt hätte, eine Entscheidung nach § 23 Abs 1 EGGVG somit ausgeschlossen wäre. In der Beschwerde ans BVfG rügte der Beschwerdeführer insbesondere die Verletzung Art 3, Art 12, Art 14 und 19 Abs 4 GG.

⁴²⁰ BVfG v 23.05.2006, 1BvR 2530/04, ZInsO 2006, 765 f

⁴²¹ BVfG v 23.05.2006, 1BvR 2530/04, ZInsO 2006, 765 f

⁴²² Die Entscheidung des BVfG vom 23.05.2006; BVfG, Beschl. v 23.05.2006 – 1 BvR 2530/04 – NZI 2006, 453 f. Eine Senatsentscheidung bindet gem § 31 Abs 1 BVfGG die Insolvenzgerichte bei zukünftigen Auswahlentscheidungen und damit die Ausübung der Insolvenzgerichtlichen Aufsicht an die aus dem Tenor und den tragenden Gründen der Entscheidung sich ergebenden Grundsätze für die Auslegung der Verfassung (vgl zur Bindungswirkung: BVfG, B v 10.06.1975 - 2 BvR 1018/74 – NJW 1975, 1355, 1356).

⁴²³ aA Römmermann, Anfechtbarkeit der Verwalterbestellung, NZI 2003, 134 f; Wieland ZIP 2005, 233 f

aa) Abzuwägende Belange der Gläubiger

Wegen der multipolaren Konfliktlage hatte vor der Entscheidung das BVfG Stellungnahmen des Bundesministeriums der Justiz, des Vorsitzenden des IX. Zivilsenates des Bundesgerichtshofs, der Bundesrechtsanwaltskammer, der Bundessteuerberaterkammer und des Bundesverbandes Deutscher Banken eingeholt.

Das **Bundesministerium der Justiz** führte in seiner Stellungnahme aus, dass die Einführung eines Rechtsmittels gegen die Auswahl eines Insolvenzverwalters zu erheblichen Schwierigkeiten führen würde. Konkurrentenklagen seien mit der Eilbedürftigkeit einer Entscheidung des Insolvenzgerichts nicht zu vereinbaren. In verfassungskonformer Auslegung der maßgeblichen Vorschriften könne es nach Auffassung des Bundesjustizministeriums allenfalls geboten sein, eine kurze Begründung zu benennen, warum der ausgewählte Verwalter benannt wurde.

Der **IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs** wies in seiner Stellungnahme darauf hin, dass die Entscheidung über die Auswahl des Insolvenzverwalters in erster Linie den Interessen der Gläubiger des Schuldners diene und dass ein Verfahren nicht durch einen Konkurrentenstreit gehemmt werden dürfe, weil sonst verfassungsrechtlich geschützte Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden würden. Nach Auffassung des IX. Zivilsenates des BGH wäre ein Primärrechtsschutz eine Gefahr dafür, dass die Verfahrensabwicklung gehemmt werden würde und Sanierungsversuche stark beeinträchtigt werden könnten.

Nach Auffassung der **Bundesrechtsanwaltskammer** hätte sich der Beschwerdeführer zu Recht auf Art 19 Abs 4 GG berufen, da die Bestellung nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer ein Akt der öffentlichen Gewalt sei. Deshalb könne der Beschwerdeführer im Hinblick auf die Grundrechtsrelevanz der Entscheidung den aus Art 20 Abs 3 GG resultierenden Justizgewährleistungsanspruch reklamieren.

Die **Bundessteuerberaterkammer** hielt die Verfassungsbeschwerde ebenfalls für begründet, weil nach ihrer Auffassung durch das Handeln des Gerichts in die Wettbewerbsverhältnisse eingegriffen würde, wenn eine bestimmte Person für ein Amt bestellt werden sollte, somit die Berufsfreiheit eingeschränkt werde. Dies könnte nur durch eine Konkurrentenklage verhindert werden, zudem wäre der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes verletzt.

Der **Deutsche Anwaltsverein** sah die Verfassungsbeschwerde als begründet an, weil nach dessen Auffassung die Verwehrung von Rechtsschutz bei der Auswahl des Insolvenzverwalters den bei der Vorauswahl gewährten Rechtsschutz im Ergebnis leer laufenlassen würde.

Der **Verband Insolvenzverwalter Deutschlands** kam aufgrund eines Gutachtens von Prof. Dr. Wolfgang Höfling zu dem Ergebnis, dass die Verwalterbestellung keine Rechtsprechtungstätigkeit sei und deshalb nicht von Art

19 Abs 4 GG erfasst wäre. Das vom Verband deutscher Insolvenzverwalter (VID) in Auftrag gegebene Gutachten führt aus, dass es sich beim Insolvenzeröffnungsverfahren um ein Streitiges Verfahren handle, in dem sich Gläubiger und Schuldner gegenüber stünden. Nach Auffassung des VID kommt ein ausgewogener Rechtsschutz aber nur im Rahmen des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs zum Zuge, weil die Insolvenzverwalterbestellung im Gewährleistungsbereich des Art 12 Abs 1 GG erfolgen würde. Bei mehrpoligen Rechtsverhältnissen käme demnach nach Auffassung des VID dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Nach Auffassung des VID stünde die Etablierung einer Konkurrentenklage im Widerspruch zu § 57 InsO und auch zum Eilgebot des Insolvenzverfahrens. Ausreichend sei nach Meinung des VID, dass der übergangene Prätendent ein Amtshaftungsverfahren in die Wege leiten könnte.

Der **Bundesverband deutscher Banken** verneinte eine Konkurrentenklage, da dies mit dem Grundsatz der Befriedigung der Forderung der Gläubiger nicht vereinbar wäre und da eine rechtzeitige Verfahrenseröffnung und eine zügige Durchführung des Verfahrens Voraussetzung für ein positives Insolvenzverfahren wäre. Der Bundesverband der Deutschen Banken forderte allerdings ein Vorschlagsrecht bei den Insolvenzgerichten oder eine bei der Industrie- und Handelskammer eingerichtete Konsultationsstelle, die mit Vertretern von betroffenen Gläubigern besetzt ist. Nach Auffassung des Bundesverbandes Deutscher Banken wäre allerdings das Insolvenzgericht rechtlich nicht hieran gebunden, hätte allerdings bei einer Abweichung die Auswahlentscheidung zu begründen.

Aufgrund der namentlich bezeichneten Gläubiger war das BVfG bestrebt aus der multipolaren Konfliktlage heraus eine Lösung zu finden. Aufgrund der vorrangigen Interessen der Gläubiger, aber auch aufgrund der Interessen des Schuldners war die Einschränkung der Rechte des Prätendenten vorzuziehen. Das BVfG hat der Konkurrentenklage in der Entscheidung eine deutliche Absage erteilt.

bb) Justiziabilität des Bestellakts

In dieser Grundsatzentscheidung hat das BVfG ausführlich dargelegt, dass die Auswahlentscheidung nicht in Ausübung rechtsprechender Gewalt geschieht, sondern in funktional vollziehender Gewalt. Aus diesem Grund kann Rechtsschutz, wie es das OLG verneint, nicht versagt werden.

Die Justiziabilität ergäbe sich daraus, dass die konkrete Auswahl des Insolvenzverwalters nicht als Rechtsprechung angesehen werden kann, denn der Insolvenzrichter entscheidet nicht über einen Rechtsstreit, sondern gestaltet ein Rechtsverhältnis.⁴²⁴ Die Auswahl des Insolvenzverwalters im konkreten

⁴²⁴ BVfG v 23.05.2006 – 1 BvR 2530/04, NZI 2006, 453 f

Fall kann somit zur gerichtlichen Überprüfung nach Art 19 Abs 4 GG gestellt werden. Danach muss eine Rechtsverletzung durch öffentliche Gewalt erfolgen, dazu gehören auch Handlungen des Richters, wenn sie nicht Rechtsprechung sind, sondern Justizvollzugsakte.

cc) Weites Auswahlmessen bei der konkreten Insolvenzverwalterbestellung

Bei dem Auswahlmessen habe der Insolvenzrichter keine Bestenauslese vorzunehmen, weil eine solche den Zielen des Insolvenzverfahrens und den Interessen der Verfahrensbeteiligten entgegenstehe.⁴²⁵ Insbesondere der Schutz der Gläubigerrechte impliziere keine Bestenauslese, sondern eine zügige Bestellung des Verwalters. Somit könne es im Einzelfall mehrere geeignete Prätendenten geben, unter denen der Insolvenzrichter bei Ausübung seines Auswahlmessens eine Auswahl trifft, ohne den Gleichheitsgrundsatz zu verletzen.

Rechtsschutz garantiere das Grundgesetz zum Zweck des Schutzes subjektiver Rechte. Ein solches Recht folge für den Bewerber um das Amt des Insolvenzverwalters aus Art 3 Abs 1 GG. Bei der Auswahlentscheidung hat der Insolvenzrichter jedoch ein weites Auswahlmessen.⁴²⁶ Wird dies ermessensfehlerfrei ausgeübt, folgt aus der Nichtbestellung eines Bewerbers keine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes.

Somit wäre die Regelung des § 56 InsO nicht dafür geschaffen, die berufliche Zukunft von Insolvenzverwaltern zu ermöglichen, sondern diene nach Auffassung des BVfG einer sachgerechten Durchführung des Insolvenzverfahrens. Bei der Auswahlentscheidung hätte der Insolvenzrichter die durch Art 3 Abs 1 GG geschützten Interessen der Bewerber zu berücksichtigen, unter dieser Berücksichtigung hat er bei der Bestellung eine pflichtgemäße Ermessensausübung durchzuführen. Jeder Bewerber müsse eine faire Chance erhalten, entsprechend seiner Eignung nach § 56 InsO berücksichtigt zu werden. Die Auswahl des Verwalters im konkreten Einzelfall könne aber mit der Einschränkung erfolgen, dass sie mit dem grundrechtlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes vereinbar ist. Eine Anfechtung der Bestellung zum Insolvenzverwalter durch Mitbewerber und ein vorläufiger Rechtsschutz zur Verhinderung der Bestellung wären unter dieser Prämisse zu versagen, denn dem Interesse der Gläubiger an einem zügigen und komplikationslosen Ablauf des Insolvenzverfahrens ist Vorrang einzuräumen. Das Insolvenzverfahren wäre Teil des Zwangsvollstreckungsrechts. § 1 InsO diene dazu, die Forderungen der Gläubiger gemeinschaftlich zu befriedigen. Der Gesetzgeber hätte bei der Schaffung des § 56 InsO in der Verpflichtung gehandelt, den grundrechtlichen Schutz des Eigentums zu garantieren und dabei auch den

⁴²⁵ Graeber, Kein Konkurrentenschutz für Insolvenzverwalter, NZI 2006, 499 f

⁴²⁶ Nachfolgend OLG Köln, ZInsO 2007, 272

Erhalt des Unternehmens im Interesse des Schuldners ist zu beachten. Der Schutz der Gläubiger erfordere eine zügige Entscheidung bei der Bestellung des Insolvenzverwalters. Der Verwalter hat unmittelbar nach Bestellung die Sanierungschancen oder Gesamtveräußerung zu prüfen. Er muss hierbei das Unternehmen möglicherweise einstweilen fortführen. Er hat hierbei dringende Personalentscheidungen zu treffen und Arbeitsplätze nach Möglichkeit zu erhalten. All dies unterliegt somit dem Beschleunigungsgebot. Der Insolvenzverwalter tritt in die Rechtsstellung des Arbeitgebers ein. Er hat für die Einhaltung ordnungs- und umweltrechtlicher Normenstandards zu sorgen und tritt in die daran anknüpfende Störerverantwortlichkeit ein. Ein anfechtender Prätendent hat aber die Intention das Verfahren möglichst früh durch einstweiligen Rechtsschutz zu blockieren. Die Unterbrechung eines Verfahrens im frühen Stadium wäre mit den Zielen eines Insolvenzverfahrens gerade im Hinblick auf den Schutzauftrag aus Art 14 GG⁴²⁷ nicht vereinbar. Das Insolvenzverfahren würde sich dysfunktional entwickeln, wenn es, bevor es überhaupt in Gang käme, durch einen Konkurrentenstreit behindert würde.⁴²⁸ In der Praxis erfolgt eine Entscheidung über die Person des späteren Insolvenzverwalters bereits bei der Auswahl des vorläufigen Insolvenzverwalters. Aus Sachgründen liegt es nahe, den vorläufigen Insolvenzverwalter für das Amt des definitiven Insolvenzverwalters zu bestellen.⁴²⁹ Dieser hat bei der Erfüllung seiner Aufgaben bereits die Kenntnisse über das Unternehmen, somit ist es erforderlich, dass der vorläufige Insolvenzverwalter bei der Bestellung des Insolvenzverwalters vorrangig berücksichtigt wird. Die Situation in der der Insolvenzrichter über die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters zu entscheiden hat, zeichnet sich dabei auch durch eine gesteigerte Eilbedürftigkeit, gerade durch das hinzukommende Sicherungsinteresse der Gläubiger, aus.⁴³⁰

dd) Praktische Konkordanz

Mit Blick auf das fundamentale Interesse der Gläubiger und der Schuldner sind nach dem BVfG Einschränkungen des Rechtsschutzes nicht berücksichtigter Bewerber zulässig. Die Eilbedürftigkeit der Eröffnungsentscheidung ist nach Auffassung des BVfG durch das vorrangige Interesse der Gläubiger und Schuldner an einem verzögerungsfreien Verfahren geprägt. Es ist daher nicht verfassungswidrig, eine Anfechtung der Bestellung des Verwalters durch Mitbewerber und einen vorläufigen Rechtsschutz zu versagen. Bei der

⁴²⁷ Art 14 Abs 1 GG: Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch Gesetze bestimmt. Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigungsregel.

⁴²⁸ BVfG v 23.05.2006, 1 BvR 2530/04, NZI 2006, 453, 454

⁴²⁹ *Graeber*, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, DZWIR 2005, 182 f

⁴³⁰ BVfG v 23.05.2006, ZIP 2006, 1359 f

Abwägung gilt das Prinzip der praktischen Konkordanz.⁴³¹ Dies bedeutet, dass das BVfG in Abwägung der widerstreitenden Interessen bei Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips Art 14 GG vor Art 3 GG zieht, somit sich für den Schutz des Eigentums, also für die Gläubigerinteressen vorrangig entscheidet. In dieser multipolaren Konfliktlage sei aus diesem Grundsatz heraus Art 14 GG dem geschützten Rechtsgut des Eigentums der Gläubiger der Vorzug zu geben. Die Folge sei mithin der Ausschluss der Möglichkeit einer konkreten Konkurrenzschutzklage, wie auch der Ausschluss der Möglichkeit, durch Maßnahmen einstweiligen Rechtsschutzes eine Verwalterbestellung zu verhindern.⁴³²

Nach BVfG wären im Hinblick auf die fundamentalen Interessen der Gläubiger und des Schuldners Einschränkungen des Rechtsschutzes nicht berücksichtigter Bewerber somit zulässig. Es sei daher nicht verfassungswidrig, eine Anfechtung der Bestellung zum Verwalter durch Mitbewerber und vorläufigen Rechtsschutz zu versagen. Dem auf Art 14 GG gestützte Interesse kann daher nur Rechnung getragen werden, wenn das Insolvenzverwalteramt ohne Möglichkeit der Drittanfechtung der Bestellung ausgeübt wird. Eine Konkurrentenklage auch im Rahmen einstweiligen Rechtsschutzes ist daher ausgeschlossen.

ee) Ausreichender Rechtsschutz durch Feststellungsklage und Amtshaftungsklage

Ausreichender Rechtsschutz ergibt sich nach dem BVfG aus der Möglichkeit der Feststellungs- und Amtshaftungsklage im Rahmen von § 23 EGGVG, eine abstrakte Feststellungsklage ist ausgeschlossen.

Der Bestellakt im Eröffnungsbeschluss ist, wie auch die Entscheidung zur Aufnahme in die Vorauswahlliste, keine rechtsprechende Gewalt und gehört nicht zum Bereich der Rechtsprechung. Die Entscheidung über die Auswahl in die Vorauswahlliste oder auch die Entscheidung über ein „Delisting“ ist nach § 23 EGGVG als Justizverwaltungsakt angreifbar. Die **konkrete Auswahlentscheidung**, für die der Insolvenzrichter auch **als Justizbehörde** tätig wird, kann auch zur gerichtlichen Überprüfung gestellt werden, aber mit der Einschränkung, dass es mit dem grundrechtlichen Gebot des effektiven Rechtsschutzes vereinbar ist, eine Anfechtung der Bestellung zum Insolvenzverwalter durch Mitbewerber und auch einen vorläufigen Rechtsschutz zur Verhinderung der Bestellung zu versagen, denn den Interessen der Gläubiger an einem zügigen und komplikationslosen Ablauf des Insolvenzverfahrens wäre Vorrang einzuräumen.

Rechtsschutz eines übergangenen Bewerbers ergäbe sich nach Auffassung

⁴³¹ Das Prinzip der praktischen Konkordanz ist ein Fachbegriff des deutschen Verfassungsrechts und wurde von Ernst Hesse geprägt

⁴³² Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland²⁰ 1999 Rz 72

des BVfG aus der Möglichkeit einer Amtshaftungsklage eines übergangenen Bewerbers nach Art 34 GG, § 839 BGB oder durch einen Antrag auf Feststellung der mangelnden Rechtsmäßigkeit einer Insolvenzverwalterbestellung wegen fehlender Ausübung des Auswahlermessens (konkrete Feststellungsklage). Hat mithin der Insolvenzrichter sein Auswahlmessen fehlerhaft ausgeübt, so kann der übergangene Bewerber einen Antrag auf nachträgliche Feststellung der Rechtsmäßigkeit der Insolvenzverwalterbestellung gemäß §§ 23, 28 EGGVG stellen

Mit diesen Rechtsschutzmöglichkeiten bliebe nach Auffassung des BVfG eine zügige Durchführung eines Verfahrens unberührt. Mit dem Justizgewährungsanspruch sei es zu vereinbaren, dass die Rechtsschutzgewährung von einem vorhandenen und fortbestehenden Rechtsschutzinteresse abhängig gemacht wird.

Verneint hat das BVfG eine abstrakte Feststellungsklage auf regelmäßige Berücksichtigung bei Bestellungen, da nach Auffassung des BVfG durch ein auf der Vorauswahlliste gelisteter Bewerber keinen Anspruch auf regelmäßige Bestellung habe. Allerdings wäre ein Antrag nach § 23 ff EGGVG wegen faktischen Delisting bei fortdauernder Nichtbestellung zulässig (faktischer closed shop). Die Absage einer abstrakten Feststellungsklage sei die logische Konsequenz aus der Auffassung, dass es für einen Insolvenzrichter eine Pflicht zur automatischen, regelmäßigen Bestellung von auf der Vorauswahlliste gelisteten Prätendenten nicht gibt.

f) Kritik an der Entscheidung des BVfG v 23.05.2006

Es wurde in der Literatur die Kritik geäußert, dass der Bestellakt justiziabel eingestuft wurde, weil die Bestellung des Verwalters im Hinblick auf § 57 InsO nur vorläufig sein könne.⁴³³ Die Gläubiger hätten es schließlich in der Hand, den Verwalter neu zu wählen. Nach dieser Kritik wäre ein Rechtsschutz nicht möglich, weil dies ein Verstoß gegen die Gläubigerautonomie sei, denn diese hätten die Möglichkeit nach 57 InsO einen anderen Verwalter zu bestellen. Nach dieser Auffassung hätte ein Rechtsmittel zur Folge, dass Streitigkeiten um Marktanteile und Animositäten auf Kosten der Abwicklungseffizienz gingen.⁴³⁴

Weitere Kritik ging dahin, dass das Verfassungsgericht nicht in der Lage ist, die ablehnende Haltung gegenüber einem gesetzgeberischen Eingreifen abzulegen. In der Literatur wurde zudem kritisiert dass das BVfG sich den Auswahlgrundsätzen der Notarbestellung verschließe. Zur Möglichkeit der Feststellungsklage wurde gerügt, dass ohne Auferlegung eines Begründungszwangs des Insolvenzrichters die Entscheidung kaum angreifbar wä-

⁴³³ § 57 InsO: In der ersten Gläubigerversammlung, die auf die Bestellung des Insolvenzverwalters folgt, können die Gläubiger an dessen Stelle eine andere Person wählen.

⁴³⁴ Köster, Freier Zugang zur Tätigkeit des Insolvenzverwalters, NZI 2004, 538 f

re.⁴³⁵ Andere Autoren bemängeln, dass die vom BVfG aufgezeigten Rechtsschutzmöglichkeiten nur theoretischer Natur seien.⁴³⁶

Frind bemerkt hierzu, dass die Zulässigkeit eines konkreten (also auf Bestellung in einem bestimmten Verfahren) Feststellungsverfahrens einer Rechtsschutzverweigerung gleichkäme, weil regelmäßig ein Feststellungsinteresse kaum darzulegen wäre und es schwierig sein werde, schlüssig zu behaupten, dass die Bestellung des anderen Bewerbers rechtswidrig gewesen wäre.⁴³⁷ Zudem wurde kritisiert, dass das BVfG es offen gelassen hätte, wer Antragsgegner im Verfahren nach § 23 EGGVG wäre. Diese ist nunmehr geklärt. Danach hat jeder Insolvenzrichter die Vorauswahlliste zu führen.⁴³⁸

g) Verteidigung der Grundsatzurteile des BVfG

Anlässlich des Kieler Symposiums vom 08/09.06.2007 in Kiel hat *Dr. Gaier* vom 1. Senats des BVfG die Entscheidungen des BVfG vom 03.08.2004 und 23.05.2006 ausdrücklich verteidigt.⁴³⁹ Danach steht der 1. Senat zu seiner Auffassung, dass das Insolvenzverfahren Teil des Zwangsvollstreckungsverfahrens ist, somit Teil der staatlichen Rechtsgewährung im Rahmen der Justizgewährungspflicht.

*„Es ist nicht zum Zweck geschaffen worden, den Insolvenzverwaltern die berufliche Betätigung zu ermöglichen.“*⁴⁴⁰

Im Kieler Symposium⁴⁴¹ wurde von *Gaier* betont, dass die Mehrarbeit, die bei der Auswahl des Insolvenzverwalters durch die Einführung der Vorauswahllisten entsteht, bewusst vom BVfG hingenommen wurde, um der Rechtsgewährung aus Artikel 12 GG gerecht zu werden.⁴⁴² Das BVfG steht dazu, den Weg über die „praktische Konkordanz“⁴⁴³ zu gehen und nicht bei

⁴³⁵ *Lüke* in Kübler/Prütting/Lüke, § 56 Rz 27

⁴³⁶ *Graeber*, Kein Konkurrentenschutz für Insolvenzverwalter, NZI 2006, 499, 501, nach *Graeber* wird die Möglichkeit von Amtshaftungsklagen am Zugang Verwalteramt nichts ändern.

⁴³⁷ *Frind*, Verwalterbestellung: Weder einklagen noch einschleichen, ZInsO 2006, 729, 730

⁴³⁸ OLG Düsseldorf v 15.08.2008, ZInsO 2008, 1083 f

⁴³⁹ Vortrag *Dr. Gaier*, Richter am BVfG „Zur Auswahl des Insolvenzverwalters“ 09.06.2007 in Kiel, anlässlich des Kieler Symposiums, *Gaier*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Auswahl und Abwahl des Insolvenzverwalters, ZInsO 2006, 1177-1182

⁴⁴⁰ BVfG, ZIP 2006, 1355 f

⁴⁴¹ Vortrag *Gaier* anlässlich des Kieler Symposiums vom 09.06.2007, *Gaier*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Auswahl und der Abwahl des Insolvenzverwalters, ZInsO 2006, 1177

⁴⁴² Art 12 Abs 1 GG: Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden.

⁴⁴³ Praktische Konkordanz sieht einen Ausgleich gegenläufiger Interessen vor, mit dem Ziel, ihrer Optimierung (BVfGE 81, 278/292)

der konkreten Auswahlentscheidung den Weg einer gesetzlichen Regelung vorzuschlagen.⁴⁴⁴

Nach Auffassung des BVfG hält § 56 InsO einer verfassungsrechtlichen Überprüfung im Hinblick auf Art 12 GG stand. Das BVfG favorisiert statt gesetzlicher Regelung die Auswahlentscheidung des Insolvenzgerichts auch aus der Wissens- und Entscheidungskompetenz heraus. Das BVfG gibt dem Insolvenzgericht einen Kompetenzvorschub.

Nochmals wurde die Erforderlichkeit einer Vorauswahlliste, gegen deren ermessensfehlerhafte Umsetzung der Rechtsweg nach § 23 EGGVG gegeben ist, betont.⁴⁴⁵ Es wurde darauf hingewiesen, dass sich eine Ermessensüberprüfung in diesem Zusammenhang aus § 28 Abs 3 EGGVG rechtfertigt.⁴⁴⁶ Die Aufnahme eines jeden Prätendenten, der die grundsätzlich zu stellenden Anforderungen erfüllt, muss aus rechtsstaatlichen Gründen hingenommen werden.

Zum Thema Gläubigerautonomie und vorläufige Bestellung wurde nochmals dargetan, dass es originäre Aufgabe des Insolvenzrichters ist, die Auswahl des Verwalters vorzunehmen. Der Insolvenzrichter hat in dieser Funktion gerade nicht die Aufgabe, die Auswahl und Bestellung des Verwalters anstelle der Gläubiger vorzunehmen, sondern er handelt aus eigener Machtbefugnis heraus und aufgrund seiner originären gesetzlich zugewiesenen hoheitlichen Funktion.

Die Meinungen in der Literatur, dass die Bestellung des Verwalters eine Handlung in Vertretung und für die Gläubiger ist, ist nach Auffassung des

⁴⁴⁴ Für eine gesetzliche Regelung der Auswahl des Verwalters bereits OLG Düsseldorf NJW RR-1996

⁴⁴⁵ § 23 Abs 1 EGGVG: Über die Rechtmäßigkeit der Anordnungen, Verfügungen oder sonstiger Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf den Gebieten des bürgerlichen Rechts einschließlich des Handelsrechts, des Zivilprozesses, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Strafrechtspflege getroffen werden, entscheiden auf Antrag die ordentlichen Gerichte. Das Gleiche gilt für Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen der Vollzugsbehörden im Vollzug der Untersuchungshaft sowie derjenigen Freiheitsstrafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung, die außerhalb des Justizvollzuges vollzogen werden.

⁴⁴⁶ § 28 Abs 1 EGGVG: Soweit die Maßnahme rechtswidrig und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht die Maßnahme und, soweit ein Beschwerdeverfahren vorausgegangen ist, den Beschwerdebescheid auf. Ist die Maßnahme schon vollzogen, so kann das Gericht auf Antrag auch aussprechen, dass und wie die Justiz- und Vollzugsbehörde die Vollziehung rückgängig zu machen hat. Dieser Ausspruch ist nur zulässig, wenn die Behörde dazu in der Lage und diese Frage spruchreif sind. Hat sich die Maßnahme vorher durch Zurücknahme oder anders erledigt, so spricht das Gericht auf Antrag aus, dass die Maßnahme rechtswidrig gewesen ist, wenn der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat. Abs 2: Soweit die Ablehnung oder Unterlassung der Maßnahme rechtswidrig und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt ist, spricht das Gericht die Verpflichtung der Justiz- oder Vollzugsbehörde aus, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, wenn die Sache spruchreif ist. Andernfalls spricht es die Verpflichtung aus, den Antragsteller unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden. Abs 3: Soweit die Justiz- oder Vollzugsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob die Maßnahme oder ihre Ablehnung oder Unterlassung rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist.

BVfG abwegig, wenn hierbei angenommen wird, dass das Amt des Insolvenzverwalters nur ein vorläufiges ist, weil eine Abwahlmöglichkeit nach § 57 InsO besteht. Diese Aussicht ist nach Auffassung des BVfG schon deswegen abwegig, weil die Bestellung des Insolvenzverwalters ein Akt staatlicher Gewalt ist, also originäre Aufgabe des Insolvenzrichters. Somit kann die Bestellung nicht nur vorläufig sein, auch wenn § 57 InsO eine Abwahl vorsieht.

Nach *Gaier* ist ausreichender Rechtsschutz gegen die konkrete Auswahlentscheidung über eine Feststellungsklage, die sich aus § 28 Abs 1 Z 4 EGGVG ergibt, und der Möglichkeit eines Amtshaftungsprozesses gegeben.⁴⁴⁷ Im Symposium wurde die ablehnende Haltung zur Übertragung der Auswahlgrundsätze bei Notaren auf Insolvenzverwalter gerechtfertigt mit dem Argument gerechtfertigt, dass es dort um chancengleiche **Bestenauslese** gehe, beim Verwalteramt aber nur um sachgerechte Ausübung des Auswahlermessens.

h) Weitere ergänzende Entscheidungen des BVfG

aa) Entscheidung v 09.02.2005 zur Abwahl des Verwalters⁴⁴⁸

In einer Kammerentscheidung vom Februar 2005 hat sich das BVfG mit dem Rechtsschutz eines von der Gläubigerversammlung nach § 57 InsO abgewählten Insolvenzverwalters befasst. Nach § 57 InsO kann der bestellte Verwalter in der ersten Gläubigerversammlung abberufen werden. Der Beschwerdeführer wandte sich gegen den Beschluss, mit welchem der „neue“ Verwalter bestellt wurde.

Ein Rechtsmittel gegen die Abwahl sieht die InsO nicht vor. Das BVfG hat eine Rechtswegeröffnung nach § 19 Abs 4 GG nicht angenommen. Nach Ansicht des BVfG ist der Beschwerdeführer in seinen subjektiven Rechten nicht verletzt, weil sich die Möglichkeit der Abberufung innerhalb des Berufsbildes des Verwalters bewegt.

Die Abwahl des Verwalters in der Gläubigerversammlung ist ein legitimes Ziel im Rahmen der vorrangigen Gläubigerautonomie und der sachgerechten Verfahrensabwicklung. Der neu eingesetzte Verwalter muss allerdings die vorg. Voraussetzungen erfüllen.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ § 28 EGGVG Abs 1 Z 4: Hat sich die Maßnahme vorher erledigt, so spricht das Gericht auf Antrag aus, dass diese Maßnahme rechtswidrig gewesen ist, wenn der Antragstellerein berechtigtes Interesse daran hat.

⁴⁴⁸ BVfG v 09.02.2005, 1 BvR 1108/03

⁴⁴⁹ *Lüke*, Keine Rechtsbeschwerde des Insolvenzverwalters gegen seine Abwahl, ZIP 2005, 269 f

bb) Entscheidung v 12.07.2006 zur örtlichen Präsenz⁴⁵⁰

In dem dieser Entscheidung zugrundeliegendem Fall wendet sich der Beschwerdeführer gegen eine Nichtberücksichtigung bei der Entscheidung des Insolvenzrichters über die Bestellung von Insolvenzverwaltern. Der Beschwerdeführer, der Fachanwalt ist und in vielen Verfahren als Verwalter bestellt wurde, wurde in den letzten Jahren nicht mehr ausgewählt, obwohl er auf der Vorauswahlliste stand. Das Verfahren nach § 23 EGGVG wurde eingeleitet, denn die in diesem Verfahren vorgetragene Begründung des Insolvenzrichters war, dass die Ablehnung mangels örtlicher Präsenz erfolgt war. Gerade die persönliche Erreichbarkeit und die unmittelbare **Nähe** zum Insolvenzgericht seien Kriterien zur Geeignetheit. Die Verfassungsbeschwerde wurde im Hinblick auf die Ausführungen in der Entscheidung vom 23.05.2006 nicht angenommen. Es wurde ausgeführt, dass der Insolvenzrichter in Anwendung von Art. 3 GG eine sachgerechte Ermessensausübung vorzunehmen habe, eine willkürliche Unterscheidung dürfe nicht vorliegen. Trotz Vorliegens subjektiven Rechts, könne der Beschwerdeführer nicht beanspruchen, im gleichen Verhältnis wie seine Mitbewerber bestellt zu werden. Dies würde den vorrangigen Interessen der Gläubiger nicht Rechnung tragen, vielmehr das Amt des Verwalters in den Mittelpunkt der Entscheidung rücken. Die Argumentation der mangelnden Präsenz und Erreichbarkeit seien keine ermessensfehlerhaften Erwägungen.

cc) Entscheidung v 12.07.2006 zur regelmäßigen Bestellung⁴⁵¹

In dieser Entscheidung stellt das BVfG durch Ablehnung einer Verfassungsbeschwerde klar, dass es trotz Aufnahme in die Vorauswahlliste und des Fachanwaltsstatus kein Recht zur regelmäßigen Bestellung besteht. In der zweiten Entscheidung v 12.07.2006 führt das BVfG aus, dass auch die Besorgnis mangelnder Unabhängigkeit keine ermessensfehlerhafte Erwägung ist und ließ die Beschwerde nicht zu.⁴⁵²

dd) Entscheidung v 19.07.2006 zur praktischen Erfahrung⁴⁵³

In dieser Entscheidung hat das BVfG festgestellt, dass die Frage der praktischen Erfahrung Bedeutung für die Ermessensausübung bei der Entscheidung zur Aufnahme in die Vorauswahlliste hat.

⁴⁵⁰ BVfG v 12.07.2006, 1BvR 1469/05; 1493/05

⁴⁵¹ BVfG v 12.07.2006, 1BvR 1469/05, NZI 2007, 13 f

⁴⁵² BVfG, ZInsO 2006, 1101 f

⁴⁵³ BVfG v 12.07.06, 1BvR 1352/06, ZInsO 2006, 869 f

ee) Faktische Begrenzung der Vorauswahlliste durch Ermessenserweiterung, Urteil des BVfG v 03.08.2009.⁴⁵⁴

Das BVfG hat in dieser Entscheidung den umfassenden Beurteilungsspielraum des Insolvenzrichters legitimiert.

Danach ist ein Insolvenzrichter nicht gehindert, unter dem Gesichtspunkt fehlender genereller Eignung solche Bewerber auch schon bei der Aufnahme in die Vorauswahlliste unberücksichtigt zu lassen, die nach den Kriterien seiner eigenen Ermessenpraxis keine Aussicht auf tatsächliche Berücksichtigung haben, auch wenn grundsätzlich jeder Bewerber die Anforderungen erfüllt und einen Anspruch hat, gelistet zu werden.

Im Urteil wird nochmals und diesmal eindeutig die zentrale Rolle des Insolvenzrichters betont, der für die Ausgestaltung der Liste zuständig ist. Demnach ist es nach BVfG auch zulässig, dass die Insolvenzrichter Auswahllisten führen, die verschiedenen Kategorien beinhalten.⁴⁵⁵ Bei der Annahme zur Verfassungsbeschwerde ging es um das Kriterium der Ortsnähe, das der Auswahlrichter betont hatte. Dies ist nach Auffassung des BVfG in dieser Entscheidung kein Kriterium im Hinblick auf die modernen Kommunikationsmöglichkeiten. 2006 hatte das BVfG die mangelnde Berücksichtigung der Ortsnähe noch als nicht ermessenfehlerfrei gesehen und die Zulassung einer Verfassungsbeschwerde abgelehnt (s V. 1. g) bb).⁴⁵⁶ Nach BVfG soll aber die höchstpersönliche Aufgabenwahrnehmung ein Kriterium sein, denn nach §56 InsO ist ein höchstpersönliches Amt auszuüben, was erfordert, dass der Verwalter substanziell am Verfahren in seinen wesentlichen Elementen mitwirkt. Frind bemängelt die indifferente Auffassung des BVfG, sieht indes die Tendenz, die Grauverwaltung und Delegation einzuschränken.⁴⁵⁷

i) Übernahme der verfassungsrechtlichen Judikatur durch OLG

aa) OLG Düsseldorf v 27.10.2006 zur Vorauswahlliste⁴⁵⁸

Im Hinblick auf die Vorgaben des Verfassungsgerichts vom 23.05.2006 stellte das OLG Düsseldorf in einem Beschluss vom 27.10.2006 fest, dass die Vorauswahlliste nicht nur formell geführt werden darf, sondern aufgrund der

⁴⁵⁴ BVfG v 03.08.2009, 1BvR 369/08, InsVZ 2009, 14 f

⁴⁵⁵ BVfG, InsVZ 2009, 16 f

⁴⁵⁶ BVfG v 12.07.2006, 1 BvR 1469/05, NZI 2007, 13 f

⁴⁵⁷ Frind, Verwalterauswahl: Ermessen des Insolvenzrichters im Mittelpunkt, ZInsO 2009, 1638 f

⁴⁵⁸ OLG Düsseldorf: Verpflichtung der Justizverwaltung zur Entwicklung sachlicher Kriterien für die Vorauswahl, v 27.10.2006 - 3 VA 9/06

Erhebung der Daten zu einer sachgerechten Ermessungsausübung herangezogen werden müsste. Aus diesem Grund könnte der eine oder andere Prätendent mit einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 EGGVG durchdringen, in welchem er begehrt, nicht nur formell auf der Liste geführt, sondern auch bestellt zu werden. Begründet wurde der Antrag damit, dass trotz der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts der Insolvenzrichter keine sachgerechte Ermessungsausübung vornahm, sondern faktisch eine „geschlossene Liste“ weiterführte.

bb) OLG Koblenz v 12.05.2005 zum Delisting

Auch das OLG Koblenz erachtete ein Rechtsmittel gegen „faktisches Delisting“ für zulässig.⁴⁵⁹

cc) OLG Frankfurt v 04.02.2008 zum Fehlverhalten

Das OLG Frankfurt⁴⁶⁰ entschied über zurückliegendes Fehlverhalten eines Bewerbers als zulässiges Auswahlkriterium und kam zu dem Ergebnis, dass ein Fehlverhalten aus einem früheren Insolvenzverfahren nur dann beim Auswahlermessen zu berücksichtigen sei, wenn sich daraus generell die Befürchtung begründet, der Bewerber werde in Zukunft für jede erdenkbare Art von Insolvenzverwaltungen nie die Voraussetzungen für eine Auswahlentscheidung nach § 56 InsO erfüllen.

dd) OLG Düsseldorf v 15.08.2008 zur Erfahrung, OLG Köln v 27.09.2006

Das OLG Düsseldorf entschied, dass es nicht zu beanstanden wäre, nachzuweisende Erfahrung als Auswahlkriterium zugrunde zu legen.⁴⁶¹

Das OLG Köln hatte bereits in einem Beschluss vom 27.09.2006 in diese Richtung entschieden.⁴⁶² Hier wurde ein Prätendent mangels praktischer Erfahrungen abgelehnt. Das OLG Köln führt aus, dass die Vorauswahlliste dem Insolvenzrichter eine rasche Entscheidung bezüglich des zu bestellenden Insolvenzverwalters ermöglichen soll. Wegen des Zeitdrucks ist eine Abwägung von zahllosen gelisteten Personen praktisch kaum möglich. Das bringt es mit sich, dass die Liste in jedem Fall überschaubar sein muss und nicht jeder in sie aufzunehmen ist.

⁴⁵⁹ OLG Koblenz, ZInsO 2005, 718

⁴⁶⁰ OLG Frankfurt v 04.02.2008, NZI 2008, 496-500

⁴⁶¹ OLG Düsseldorf v 15.08.08 I-3 VA 4/07

⁴⁶² OLG Köln v 27.09.2006, NZI 2007, 105 f

ee) OLG Brandenburg v 06.08.2009, Düsseldorf v 27.02.2009, Bamberg v 03.12.2007 wegen Ortsnähe

Die Gerichte sehen in der Tatsache, dass sich die Kanzlei des Prätendenten nicht in Ortsnähe befindet kein generelles Versagungskriterium.⁴⁶³

Nach OLG Düsseldorf darf indes eine Fahrtzeit von 20-30 Minuten keine Rolle spielen.⁴⁶⁴ Ausschlaggebend ist nach diesem OLG, ob der Prätendent den Schuldner in angemessener Zeit erreichen kann.⁴⁶⁵ Andere OLG entwickelten merkwürdige Bemessungskriterien von Fahrtzeiten bis zu Kilometerentfernungen.⁴⁶⁶ Nach OLG Bamberg dient die Ortsnähe der Qualitätssicherung.⁴⁶⁷

2. Legislative Umsetzung der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung

a) Legislative Ergänzung von § 56 InsO

Trotz dieser judikativen Vorgaben des BVfG erfolgte nur eine minimale legislative Umsetzung durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens 2007, welches am 13.04.2007 in Kraft trat.⁴⁶⁸

b) Klarstellung des Verbots geschlossener Listen

Durch die Klarstellung in § 56 Abs. 1 InsO, dass eine unabhängige, natürliche Person aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen auszuwählen ist, sollte das Verbot der Führung abgeschlossener Listen normiert werden. Weitere Konsequenzen zog der Gesetzgeber aus den verfassungsgerichtlichen Urteilen nicht.

⁴⁶³ OLG Brandenburg v 06.08.2009, NZI 2009, 723, OLG Düsseldorf v 27.01.2009, NZI 2009, 15 f

⁴⁶⁴ OLG Düsseldorf v 27.02.2009, ZInsO 2009, 769-771

⁴⁶⁵ So auch OLG Hamm v 29.05.2008, ZInsO 2008, 671 f

⁴⁶⁶ OLG Hamm, ZInsO 2008, 671, setzte eine Stunde Fahrtzeit voraus, OLG Düsseldorf, ZInsO 2009, 769, setzte einen Umkreis von 100 Kilometer voraus.

⁴⁶⁷ OLG Bamberg, v 03.12.2007, ZIP 2008, 82 f

⁴⁶⁸ Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens, BGBl 2007, 509

c) Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Judikatur im Entwurf

Der Gesetzesentwurf zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens geht in seiner Begründung überraschend davon aus, dass die konkrete Auswahl des Insolvenzverwalters kein Justizverwaltungsakt ist.⁴⁶⁹

3. Uhlenbruck-Kommission als Richtliniengeber

a) Kommission ohne legislativen Auftrag

Auf Initiative der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung im DAV hat aufgrund des Urteils des BVfG vom 03.08.2004 am 18.05.2006 eine Podiumsdiskussion zum Thema „Verwalterauswahl“ stattgefunden, an der Richter, Rechtsanwälte und Insolvenzverwalter aus ganz Deutschland teilgenommen haben. In dieser Veranstaltung wurde Prof. *Uhlenbruck* vom Vorsitzenden des DAV gefragt, ob er sich vorstellen könnte, zur Ausarbeitung einheitlicher Qualitätskriterien den Vorsitz einer Kommission zu übernehmen, was Prof. *Uhlenbruck* zusagte. Die konstituierende Sitzung der Kommission, die fortan als Uhlenbruck– Kommission benannt wurde, fand am 21.10.2006 statt.

b) Zielvorgaben der Kommission

Angesichts der vom Bundesverfassungsgericht bestätigten richterlichen Entscheidungsfreiheit sollten die Beschlüsse der Kommission keine Bindungswirkung erzeugen, sondern grundsätzlich das Ziel verfolgen bei allen 191 deutschen Insolvenzgerichten eine einheitliche Handhabung bei der Auswahl des Insolvenzverwalters herbeizuführen. Die Vorschläge der Kommission erfolgten ausdrücklich auch mit dem Hinweis der Unvollständigkeit. Die Kommission gab sich somit die Aufgabe, einheitliche Qualitätskriterien zur Vorauswahl und Bestellung von Insolvenzverwaltern sowie Transparenz, Aufsicht und Kontrolle in Insolvenzverfahren in einer Form vorzuschlagen, um eine bundesweite Rechtszersplitterung in den Insolvenzgerichten in der Praxis der Insolvenzgerichte zu vermeiden.

Die Kommission verstand sich als eine unabhängige Kommission. Nach ei-

⁴⁶⁹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 28.06.2008, 12: Der insofern angezogenen Art 19 Abs 4 GG erfordere lediglich Rechtsschutz gegen öffentliche Gewalt zu der die Judikative jedoch nicht zu zählen ist, da es sich bei der Bestellung des Insolvenzverwalters nicht um einen Justizverwaltungsakt iSd § 23 EGGVG handele, sei ein Rechtsschutz gegen die Bestellung des Insolvenzverwalters nicht gegeben.

ner Aufstockung der Richterzahl bestand die Kommission aus 36 Mitgliedern, hiervon waren 7 Richter und 2 Rechtspfleger, die überwiegend bei Insolvenzgerichten tätig sind. Ein Richter schied aufgrund eigener Auffassungen und Vorstellungen und wegen der Zusammensetzung der Kommission während ihrer Tätigkeit aus.⁴⁷⁰ Am 07.07.2007 hat die Uhlenbruck-Kommission ihre Arbeit abgeschlossen und die Empfehlungen an die Öffentlichkeit freigegeben. Zu der Vorauswahlliste wurden allgemeine Grundsätze empfohlen.

c) Ergebnisse der Kommission

Einer der wichtigsten Beschlüsse dieser Kommission ist die Aufforderung an den Gesetzgeber, hinsichtlich einer Beschränkung der Vorauswahlliste gesetzgeberisch tätig zu werden. Empfehlung der Kommission: *Eine Beschränkung der Vorauswahlliste ist dringend geboten.*

Laut Bundesverfassungsgericht gibt es keinen closed shop, jeder geeignete Prätendent kann auf die Vorauswahlliste. Aufgrund der Vorgaben des Verfassungsgerichts sind eine Erschöpfungseinrede und damit eine Beschränkung der Liste in dieser Weise verwehrt.

Deshalb kann nach den Vorgaben des Verfassungsgerichts nach Auffassung der Kommission nur der Gesetzgeber die Insolvenzgerichte über eine gesetzliche Regelung wegen der Überzahl der gelisteten Verwalter im Verhältnis zu den vorhandenen Fällen legitimieren, eine **Begrenzung** vorzunehmen.

Weiterhin werden von der Kommission Kriterien für die Bestellung im Einzelfall aufgestellt. Hierbei geht es um den Nachweis der theoretischen Kenntnisse, Nachweis von praktischer Tätigkeit,⁴⁷¹ die Unabhängigkeit des Verwalters, die unternehmerischen Fähigkeiten und um die Auslastung und die Erfahrungen des Prätendenten. Ebenfalls werden eine ausreichende Büroausstattung, Fremdsprachenkenntnisse, Versicherung, qualifizierter Mitarbeiterstab und soziale Kompetenz gefordert.⁴⁷² Auch soll der bisherige Verfahrenserfolg des Verwalters berücksichtigt werden. Wie der im Einzelfall aussehen soll, wird indes nicht näher erläutert.

Uhlenbruck kommt in einer Stellungnahme zu den Empfehlungen der Kommission aber zu der Auffassung, dass der Erfolg eines Insolvenzverfahrens derzeit nicht messbar ist. Die Insolvenzquote kann kein Parameter für eine Erfolgsmessung sein.⁴⁷³

⁴⁷⁰ Der Hamburger Richter *Frind* kritisierte die Unterpräsenz der Richter im Hinblick auf die Entscheidung des BVfG vom 03.08.2004, in welchem die ausschließende Entscheidungsbefugnis den Insolvenzgerichten auferlegt bei der Auswahl des Verwalters, ZInsO 2006, 1250 f

⁴⁷¹ Erforderlich soll der Nachweis einer dreijährigen umfassenden verwalterspezifischen Tätigkeit in einem Insolvenzverwalterbüro sein

⁴⁷² Redaktionell redigierte Zusammenfassung der Empfehlung der Kommission zur Vorauswahl und Bestellung von Insolvenzverwalter/innen sowie Transparenz, Aufsicht und Kontrolle im Insolvenzverfahren (Uhlenbruck-Kommission), INDAT-REPORT 06/07 S 13

⁴⁷³ *Uhlenbruck*, INDAT-REPORT 6/ 2007 S 13

Weiterhin schlägt die Uhlenbruck–Kommission die Aufnahme in die Liste als ein formalisiertes Verfahren, wie schriftlichen Antrag, Vergabe eines Aktenzeichens, Entscheidung und Bekanntmachung durch schriftlichen Bescheid vor. Zudem werden im Kommissionsbericht Gründe für ein Delisting aufgezeigt.

Bei den Kriterien für den Einzelfall befürwortet die Kommission, dass Anregungen der Gläubiger bei der Bestellung des vorläufigen Verwalters aufgenommen werden, ein Verwalter sollte jedenfalls nicht abgelehnt werden, weil er von einem Beteiligten für einen neuen Fall vorgeschlagen wird. Ortsnähe sei zu verlangen, nur in Ausnahmefällen sei bei überregionalen Verfahren hiervon Abstand zu nehmen. Die Kommission empfiehlt für die Auswahl des Verwalters ein Qualitätssicherungssystem, das vergleichbar mit dem bei Wirtschaftsprüfern angewandten Peer Review ist.⁴⁷⁴ Für die Einrichtung eines Überwachungssystems wird eine Regelung entsprechend § 91 Abs 2 AktG empfohlen.⁴⁷⁵

Die Kommission empfiehlt, den institutionellen Gläubiger das Recht einzuräumen, zur Aufnahme eines Prätendenten in die Vorauswahlliste Stellung nehmen zu können, wobei dem Betroffenen rechtliches Gehör zu gewähren sei.

Im letzten Teil macht sich der Kommissionsbericht einen Vorschlag des Kommissionsmitglieds Prof. *Heyer* zu Eigen und fordert von der Justiz eine entsprechende Fachkompetenz im Bereich der Richter und Rechtspflegerschaft, um sich auf gleicher Augenhöhe begegnen zu können. Der Vorsitzende des VID betrachtet die Empfehlungen der Kommission als einen Meilenstein.⁴⁷⁶

Die Kommissionsarbeit war aber auch Kritik ausgesetzt.⁴⁷⁷ So wurde kritisiert, dass sie nur eine Zusammenstellung der bisher veröffentlichten Mindestanforderungen wäre, aber versäumt wurde, das Kriterium der Leistungsmessung des konkreten Verfahrenserfolges über einen längeren Tätigkeitszeitraum in die Liste der allgemeinen Kriterien mit aufzunehmen. Auch klare Empfehlungen zur Häufigkeit der Verwalterbestellungen würden fehlen. Die Häufigkeit der Bestellung in 60-80 Regelinsolvenzen im Jahr bei einigen Verwaltern ist das Hauptübel der Unzufriedenheit bei den Verwaltern.

Das Bundesministerium der Justiz begrüßte indes die Vorschläge der Kommission. Eine zahlenmäßige Begrenzung der Liste ohne gesetzliche Regelung wird von dort unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten aber als

⁴⁷⁴ Peer review: Verfahren zur Beurteilung wissenschaftlicher Arbeiten. Unternehmen setzen Peer-Review zur Qualitätssicherung ein. So führen Unternehmen, die im Bereich der Wirtschaftsprüfung tätig sind, so genannte Peer-review durch. Dabei wird ein Projekt eines Unternehmens durch Experten eines anderen Unternehmens der gleichen Branche überprüft.

⁴⁷⁵ nach § 91 Abs 2 AktG hat der Vorstand einer AG ein Überwachungssystem einzuführen, was den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen erkennt

⁴⁷⁶ *Beck* in INDAT-REPORT 08/2006 S 21

⁴⁷⁷ *Frind*, Uhlenbruck-Kommission zur Verwalterbestellung-revised, ZInsO 2007, 850 f

zulässig erachtet.⁴⁷⁸ Eine Berufsordnung wird nicht für erforderlich gehalten, allerdings sollte über die Beschränkung durch Schaffung von subjektiven Vorraussetzungen nachgedacht werden, die Auswahlkriterien müssten nach Auffassung des BJM einer gesetzlichen Regelung unterliegen.

d) Faktische Begrenzung der Vorauswahlliste durch Ermessensentscheidung, Urteil des BVfG v 03.08.2009⁴⁷⁹

Das BVfG hat in dieser Entscheidung den umfassenden Beurteilungsspielraum des Insolvenzrichters legitimiert. Danach ist ein Insolvenzrichter nicht gehindert, unter dem Gesichtspunkt fehlender genereller Eignung solche Bewerber schon bei der Aufnahme in die Vorauswahlliste unberücksichtigt zu lassen, die nach den Kriterien seiner eigenen Ermessenspraxis keine Aussicht auf tatsächliche Berücksichtigung haben, auch wenn grundsätzlich jeder Bewerber die Anforderungen erfüllt und einen Anspruch darauf hat, gelistet zu werden. Danach ist es nach dieser Entscheidung auch zulässig, dass die Insolvenzrichter Auswahllisten führen, die verschiedenen Kategorien beinhalten. Im Urteil wird ausdrücklich die zentrale Rolle des Insolvenzrichters betont, der für die Ausgestaltung der Liste zuständig ist.⁴⁸⁰

Bei der Annahme der Verfassungsbeschwerde ging es um die Ortsnähe, dass der Auswahlrichter in seiner Entscheidung betont hatte. Dieses ist nach Auffassung des BVfG kein Kriterium unter Berücksichtigung der modernen Kommunikationsmöglichkeiten. 2006 hatte das BVfG die Berufung darauf nicht als ermessensfehlerhaft angesehen und eine Verfassungsbeschwerde abgelehnt (vgl. V. 1. g) bb).⁴⁸¹ Nach der neuen Entscheidung soll aber die höchstpersönliche Aufgabenwahrnehmung ein Kriterium sein, denn nach § 56 InsO ist ein höchstpersönliches Amt wahrzunehmen, was erfordert, dass der Verwalter substanziell am Verfahren in seinen wesentlichen Elementen mitwirkt. *Frind* bemängelt die indifferente Auffassung des BVfG, sieht indes die Tendenz die Grauverwaltung und Delegation einzuschränken.⁴⁸² Bei einer Grauverwaltung werden die Aufgaben des Verwalters aufgrund interner Delegation tatsächlich von einer anderen Person wahrgenommen, so dass das Auswahlverfahren unterlaufen werden könnte.⁴⁸³ Im Bereich der Insolvenzverwaltung wird dies als „Grauverwaltung“ bezeichnet. Gerade bei der Dependancekanzlei besteht diese Gefahr, wenn ein örtlich nicht ansässiger überregional tätiger Verwalter bestellt wird, die höchstpersönlichen Aufgaben indes ein Kollege aus der Dependancekanzlei erledigt.

Auch wenn die europäische Dienstleitungsrichtlinie keine Anwendung fin-

⁴⁷⁸ Bundesjustizministerin *Zypries*, Vortrag zum 5. Deutschen Insolvenzrechtstag 05.03.-07.03.2008 in Berlin, www.bmj.de

⁴⁷⁹ BVfG v 03.08.2009, 1 BvR 369/08, InsVZ 2009, 14

⁴⁸⁰ BVfG v 03.08.2009, 1 BvR 369/08, InsVZ 2009, 14

⁴⁸¹ BVfG v 12.06.2007, 1 BvR 1469/05, NZI 2007, 13

⁴⁸² *Frind*, Verwalterauswahl: Ermessen des Insolvenzrichters im Mittelpunkt, ZInsO 2009, 1638 f

⁴⁸³ *Graeber* in MüKo § 56 Rn 25

det (vgl IX. 1.) kann sich der Insolvenzrichter mE aufgrund der modernen Kommunikationstechniken und Verkehrsmittel nicht auf das Kriterium der Ortsnähe beziehen. ME ist entscheidend das Kriterium der Erreichbarkeit. Gerade in der heißen Phase des Insolvenzverfahrens, in welcher die richtungsweisenden Entscheidungen gefällt werden, die Weichen gestellt werden, muss der Verwalter in kurzer Zeit erreichbar sein. ME ist es zwingend, dass der Verwalter die wesentlichen ihm typischer Weise obliegenden Aufgaben, wie zB Teilnahme an den Gläubigerversammlungen, Gläubigerausschusssitzungen, Vertragsverhandlung mit Betriebsübernehmer, Interessenausgleichsverhandlungen teilnimmt.

4. Stand der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung in Österreich

a) VfGH als beschränkt oberste Rechtsschutzeinrichtung

Der VfGH ist nach B-VG als Rechtsschutzeinrichtung eingesetzt. Verfassungsrechtliche Rechtsprechung zur Vor-Auswahl des Masseverwalters gibt es indes nicht. Der Grund ist in der **Systemverschiedenheit** des deutschen und österreichischen Verfassungsrechts zu sehen. Gravierender Unterschied ist die Tatsache, dass Entscheidungen der ordentlichen Gerichte nicht einer Kontrolle durch den VfGH unterliegen.⁴⁸⁴ Somit kann ein in seinen Rechten vermeintlich benachteiligter Masseverwalter oder Prätendent, auch nach einem Instanzenzug nicht zum VfGH gelangen.

Zwar wurde 1992 ein als Grundrechtsbeschwerde bezeichnetes ordentliches Rechtsmittel zum VfGH eingeführt, dieses bezieht sich allerdings nur auf das Recht auf persönliche Freiheit.⁴⁸⁵ Die Verletzung des Grundrechts auf Berufsfreiheit kann somit nicht unmittelbar vor dem VfGH geltend gemacht werden.

b) Grundrechtsschutz nach StGG

Die freie Berufswahl ist verfassungsrechtlich garantiert, was sich aus Art 6 StGG ergibt. Danach steht es jedermann frei „seinen Beruf“ zu wählen und sich für denselben auszubilden zu lassen, „wie und wo er will.“⁴⁸⁶ Art 149 B-VG hat die genannte Vorschrift als Verfassungsgesetz in Geltung gesetzt. Art

⁴⁸⁴ Öhlinger, Verfassungsrecht⁸ Rz 1062

⁴⁸⁵ Öhlinger⁸, Rz 1062

⁴⁸⁶ Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die Reichsräte vertretenen Königreiche und Länder, RGBI 1867/142 idF BGBl 1988/684

6 Abs 1 StGG bestimmt, dass jeder Staatsbürger unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig ausüben kann. Das Recht auf Erwerbsausübung schützt den Beruf und jede Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erwerb gerichtet ist. Darunter fallen die selbstständigen Tätigkeiten, mithin auch die Tätigkeit als Masseverwalter. Dieses nach Art 6 StGG verbrieftes Recht hat ein ordentliches Gericht zu berücksichtigen.

Dieser Grundsatz verpflichtet den Staat indes nicht, die wirtschaftlichen Voraussetzungen zu schaffen.⁴⁸⁷ Art 6 StGG enthält einen nicht näher determinierten Gesetzesvorbehalt. In der jüngeren Judikatur hat der VfGH diesen differenzierter ausgelegt und sich an dem Gesetzesvorbehalt der MRK orientiert. Danach sind gesetzliche Beschränkungen nur zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten sind. Ein öffentliches Interesse wäre hier das Funktionieren der Justizgewährung, was bei einer unbeschränkten Zahl von Masseverwaltern nicht möglich wäre. Ein Gesetzesvorbehalt, der die Zahl der Masseverwalter aus öffentlicher Rechtfertigung vorsieht, ist indes nicht vorhanden.

Nach der InsNov 2002 werden objektive und subjektive Anforderungen gesetzlich normiert, aber nicht eine Begrenzung der Verwalter. Somit könnte jeder Verwalter, der die gesetzlichen Anforderungen erfüllt, das Recht geltend machen, bestellt zu werden. Nach der Judikatur des VfGH genießen auch juristische Personen Grundrechtsschutz, soweit das Grundrecht seinem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar ist.⁴⁸⁸ Tatsächlich wäre der österreichische Gesetzgeber unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht daran gehindert, eine gesetzliche Zulassungs- oder Beschränkungsvorschrift zu normieren.

c) Rechtsschutz bei der Auswahl und Bestellung des Masseverwalters (Insolvenzverwalters)

aa) Auswahlentscheidung nach IO als Justizverwaltungsakt oder Außerstreitverfahren

In Österreich hat sich die Frage, ob die Auswahl des Masseverwalters ein Akt der rechtsprechenden Gewalt ist oder, wie es das deutsche Verfassungsgericht angenommen hat, ein richterliches Handeln im Rahmen der öffentlichen Gewalt, mithin ein Justizverwaltungsakt ist, nicht gestellt. Anträge, hierüber zu entscheiden, wurden in Österreich bisher nicht gestellt, eine Notwendigkeit wurde bisher nicht gesehen.

⁴⁸⁷ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*¹⁰, Bundesverfassungsrecht Rz 1511

⁴⁸⁸ *Walter/Mayer/Kusco-Stadlmayer*¹⁰, Rz 1326

Durch Art 94 B-VG wird die auch organisatorische Trennung zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit festgelegt.⁴⁸⁹ Für die Justizverwaltung gilt die Ausnahme des Art 87 Abs 2 B-VG, nämlich die Besorgung von Justizverwaltungssachen durch den Richter. Mit Justizverwaltung nach Art 87 Abs 2 B-VG ist ein materiell umgrenzter Verwaltungsbereich gemeint.⁴⁹⁰ In Ausübung seines Amtes handelt ein Richter unabhängig, nicht weisungsgebunden mit Ausnahme der in Art 87 Abs 2 B-VG bezeichneten Geschäfte. Hierunter fallen die Geschäfte der Personalverwaltung bei den Gerichten, der Sachmittelverwaltung,⁴⁹¹ explizit nicht die Auswahl und Bestellung des Masseverwalters.

Als richterliches Geschäft im Rahmen der Justizverwaltung ist in Österreich die Eintragung und Führung von Listen bei den gerichtlich zertifizierten Sachverständigen und Dolmetschern normiert.⁴⁹² Nach § 253 IO übt die Gerichtsbarkeit in Insolvenzsachen der Einzelrichter aus. Als Ausnahme von dem Prinzip der richterlichen Weisungsfreiheit bildet die Justizverwaltung, sofern sie von den Einzelrichtern ausgeübt wird.⁴⁹³ Übt der Einzelrichter ein Geschäft der Justizverwaltung aus, ist er weisungsgebunden.⁴⁹⁴ Insofern passt es nach dem österreichischen Rechtsverständnis⁴⁹⁵ und der dogmatischen Einordnung nicht, die Auswahl des Verwalters, anders wie in Deutschland nach den Vorgaben des BVfG, als Akt der Justizverwaltung anzusehen, denn die einzelrichterliche Auswahlentscheidung könnte dem Weisungsrecht vorgesetzter Verwaltungsorgane unterliegen.

Dass die Auswahl des Masseverwalters kein Akt der Rechtsprechung, mithin keine Streitentscheidung ist, kann indes in Österreich nach der IO nicht anders gesehen werden als in Deutschland, denn es wird über kein Streitverhältnis entschieden oder Recht gesprochen.

Die konkrete Auswahlentscheidung wird in einer Entscheidung des OGH wohl aus diesem Grund als Handlung in richterlicher Funktion analog eines **Außerstreitverfahrens** gesehen.⁴⁹⁶

Das Außerstreitverfahren⁴⁹⁷ (*jurisdictio contentia*) entspricht der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Deutschland und ist ein Verfahren mit Fürsorgecharakter und treuhänderischer Vermögensverwaltung. Ein Richter handelt im Außer-

⁴⁸⁹ Funk, Einführung in das österr. Verfassungsrecht¹² Rn 291

⁴⁹⁰ Walter/Meyer/Kusco-Stadlmayer¹⁰ Bundesverfassungsrecht Rz 765

⁴⁹¹ Oehlinger⁸ Rn 622

⁴⁹² Bundesgesetz über die allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen und Dolmetscher (SDG), BGBl. Nr. 137/1975

⁴⁹³ Oehlinger⁸ Rn 622

⁴⁹⁴ Funk¹² Rn 342

⁴⁹⁵ Funk, Befragung anlässlich dieser Arbeit

⁴⁹⁶ OGH 8 OB 240/99 y ZIK 1999, 202: Das Konkursverfahren ist eher dem Außerstreitverfahren als dem Exekutionsverfahren vergleichbar und weist insgesamt zudem den Charakter eines Sicherungsverfahrens auf.

⁴⁹⁷ Das Außerstreitverfahren ist ein Verfahren vor den Zivilgerichten, in denen über Rechtssachen verhandelt wird, die das Gesetz dem Außerstreitrichter zuweist, zB Adoption, Vormundschaftssachen, Bestellung von Sachwaltern.

streitverfahren nicht in funktional vollziehender Gewalt, sondern in richterlicher Funktion, er führt kein gerichtliches Geschäft der Justizverwaltung aus. Im Außerstreitverfahren wird über privatrechtliche Ansprüche entschieden. Das AußStrG hat für den Anwendungsbereich eine ausdrückliche Regelung, nämlich: Verlassenschaftsverfahren, einvernehmliche Scheidungen, Unterhalts- und Obsorgeverfahren, Adoptionen, Grundbuch- und Firmenbuchangelegenheiten. Zwar nimmt auch der Insolvenzverwalter fremde Vermögensinteressen wahr, nämlich für die Gläubiger, dennoch ist die Insolvenzverwaltung dem Außerstreitverfahren wesensfremd. Die enumerative Aufzählung ist abschließend.⁴⁹⁸ Die Einordnung der Verwalterauswahl in den Bereich des AußStrG ist mE daher wegen der ausdrücklichen, enumerativen Aufzählung **nicht** möglich.

Nach *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* ist zwischen der Bestellung des Verwalters und der Übernahme der Tätigkeit durch den Verwalter zu unterscheiden. Diese Literaturmeinung sieht die Bestellung des Verwalters als einseitigen Akt des Insolvenzgerichts an, die Übernahme der Tätigkeit als vorbehaltlose, ausdrückliche unvertretbare Prozesserkklärung.⁴⁹⁹ Diese Meinung ordnet die Auswahl des Verwalters als Verfahrenselement in die Insolvenzordnung ein, gibt den Beteiligten (außer Prätendenten) auch ein in der IO normiertes Rekursrecht (vgl 2.Teil V. 4. c).⁵⁰⁰

bb) Rechtsschutz für Prätendenten nach IO

Die Bestellung des Masseverwalters nach der IO unterliegt dem Rekurs, aller zum Rekurs gegen die Insolvenzeröffnung Legitimierten.⁵⁰¹ Nach § 260 Abs 1 IO ist die Rekursfrist 14 Tage. Rekursberechtigt ist nach hM der Schuldner,⁵⁰² jeder Konkursgläubiger, Massegläubiger sowie der bestellte Masseverwalter selbst (vgl 2.Teil IX. 1.c).⁵⁰³ Hierbei kommt einem Rekurs gegen die Masseverwalterbestellung nach hL **keine aufschiebende Wirkung** zu.⁵⁰⁴

Nach Ausweitung der Rechtsmittelbefugnis im IRÄG 1997 kommt auch den bevorrechtigten Gläubigerschutzverbänden eine Rekurslegitimierung zu.⁵⁰⁵ Der Rekurs kann auf dem Mangel von Amtsfähigkeit und auch Mangel an Amtstauglichkeit (fehlende persönliche und fachliche Eignung) beruhen.⁵⁰⁶

⁴⁹⁸ Mayer, Das Außerstreitige Verfahren, Kapitel 19 F II, onlineLehrbuch Zivilrecht, www.uibk.ac.at

⁴⁹⁹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB § 80 Rn 35

⁵⁰⁰ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB § 80 Rn 47

⁵⁰¹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in PPB § 80 Rn 47

⁵⁰² Mohr, KO¹⁰, § 80a KO, E 8, OLG Linz 17.09.1990, R 178-186

⁵⁰³ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB III § 80 Rz 47

⁵⁰⁴ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB III § 80 Rz 49, *Hierzensberger/Riel* in Konecny/Schubert § 80 Rn 8

⁵⁰⁵ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB III § 80 Rn 47, IRÄG 2010, BGBl I 1997, 114

⁵⁰⁶ OLG Graz 09.02.2004, 3 R 201/03

Der Rekurs ist nach *Chalupsky, Duursma-Kepplinger* **nicht** für einen anderen Prätendenten vorgesehen. Nach dieser Meinung kommt „in Ermangelung eines Anspruchs auf Bestellung zum Masseverwalter“ einem nicht zum Masseverwalter bestellten Anwärter auf das Amt **keine Rekurslegitimation** zu.⁵⁰⁷ Nach *Hierzenberger/Riel* fehlt einem (erfolglosen) Bewerber um das Amt mangels Anspruch auf Bestellung die Rechtsmittelbefugnis gegen die Bestellung eines anderen.⁵⁰⁸ Eine Rekurslegitimation für den Prätendenten käme einer Konkurrentenklage gleich, die eine Durchführung des Verfahrens, wie es das deutsche Verfassungsgericht festgestellt hat, im Hinblick auf die sofort zu treffenden Entscheidungen, gerade bei einer Betriebsfortführung, behindern würde.

Andererseits ist für die Zulässigkeit eines Rekurses entscheidend, ob ein Rechtsschutzinteresse besteht oder ob nur ein wirtschaftliches Interesse anzunehmen ist, was für einen Rekurs nicht ausreicht. So kommt es darauf an, ob durch den Beschluss des Insolvenzgerichts der Prätendent in seinen Rechten verletzt ist.⁵⁰⁹ Bei dieser Prüfung ist nicht zu verleugnen, dass bei einem Prätendenten auch wirtschaftliche Interessen bestehen. Indes ist es nicht Aufgabe und Ziel des IO für ein finanzielles Auskommen der Insolvenzverwalter zu sorgen.

Wie unter 2. Teil III. 2.c) dargelegt, ist spätestens seit der Normierung der InsNov 2002 und den damit verbunden Anforderungsprofil für den Insolvenzverwalter, was auf eine Berufsgruppe zugeschnitten ist und nur diese erfüllen kann, von einem Beruf des Insolvenzverwalters in Österreich auszugehen. Nach Art 6 Abs 1 StGG ist bestimmt, dass jeder Staatsbürger unter den gesetzlichen Voraussetzungen jeden Erwerbsweg ausüben kann. Die Freiheit auf die Berufsausübung schützt jeden Beruf. Art 6 StGG enthält zwar keinen formellen Gesetzesvorbehalt, der VfGH hat sich in der jüngeren Judikatur an den materiellen Gesetzesvorbehalt des MRK orientiert und eine Beschränkung als zulässig erachtet, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten ist.⁵¹⁰ Das öffentliche Interesse ist das Funktionieren des Insolvenzverfahrens. Diese wäre nicht gewährleistet, wenn ein Bewerber durch einen Rekurs den Verfahrensablauf, sei es im Konkursverfahren, sei es im Sanierungsverfahren stoppen oder unterbrechen kann.

Auch wenn § 71 c IO keine aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln gegen Insolvenzeröffnungsbeschlüsse zulässt und die hL keine aufschiebende Wirkung bei der Bestellung eines Verwalters annimmt,⁵¹¹ könnte eine Ent-

⁵⁰⁷ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB III § 80 Rz 47

⁵⁰⁸ *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert § 80 Rz 25

⁵⁰⁹ *Mohr, KO*¹⁰, § 176 IO E 12 mwN

⁵¹⁰ *Walter/Mayer/Kusco-Stadlmayer* Rn 1498

⁵¹¹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* § 80 Rn 49, *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert § 80 Rn 8

scheidung vor Abschluss des Insolvenzverfahrens ergehen und das Verfahren in einem fortgeschrittenen Stadium blockieren.

Die dt verfassungsrechtliche Judikatur gewährt dem Prätendenten (im Rahmen eines Justizverwaltungsverfahrens nach § 28 EGGVG) die Möglichkeit die falsche Ermessensauswahl des Insolvenzrichters bei der konkreten Auswahlentscheidung, also nicht bei Aufnahme in die Auswahlliste, mit einer Feststellungsklage gerichtlich festzustellen. Vorbeugend kann in Deutschland der Prätendent nach § 23 EGGVG beantragen auf die individuell von jedem Auswahlrichter zu führende Insolvenzverwalterliste aufgenommen zu werden oder aus dieser bestellt zu werden.

Nach Antrag erhält der Prätendent einen Bescheid des Insolvenzgerichts, der begründet werden muss und gegen den nach §§ 26, 28 EGGVG die Beschwerde vor dem OLG eingelegt werden kann.⁵¹² Nach dt verfassungsrechtlicher Judikatur ist mit dem Feststellungsantrag dem sich aus dem Grundrechtsschutz ergebenden Rechtsschutz für den Prätendenten genüge getan (vgl V 1. e) ee).

Dieses Verfahren fehlt in Österreich, denn die Auswahl des Verwalters ist hier nicht ein Justizverwaltungsakt (2. Teil V. 4. c) aa).

Nach den Erläuterungen zur InsNov 2002 soll nicht nur der geeignetste, sondern der am besten geeignete Verwalter ausgewählt werden.⁵¹³ Um dies vorzubereiten, könnte ein Auswahlverfahren, das den besten Prätendenten berücksichtigt, zumindest ihm die Chance gibt, als Masseverwalter berücksichtigt zu werden, von Vorteil sein. Hierzu ist die Insolvenzverwalterliste als Informationspool sicher nicht geeignet.

5. Fazit

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich wird die Auswahl des Verwalters den Insolvenzgerichten auferlegt. In Deutschland ist die Auswahl des Insolvenzverwalters nach Ermessen unter Berücksichtigung der Vorauswahlliste zu treffen, die jeder Insolvenzrichter für sich zu führen hat. In Österreich kann der Auswahlrichter auf die Insolvenzverwalterliste zugreifen, in die sich der Prätendent selbst einträgt (§ 269 IO), die aber alle österr Verwalter aufführt.

Gravierender Unterschied im verfassungsrechtlichen Bereich beider Rechtsordnungen ist, dass dem Prätendenten und Konkurrenten in Österreich aufgrund fehlender Rechtswegzuweisung der Weg zum VfGH verschlossen ist.

⁵¹² Frind, Informationssperre zugunsten „schlechter Verwalter“ ZInsO 2011, 30 f

⁵¹³ ErläutRVInsNov 2002, 988 BlgNr 21. GP 22;

Amonat, Reform des Insolvenzrechts passiert Ministerrat, www.lexandtax.at

Eine Grundrechtsverletzung kann nur bei den Instanzgerichten geltend gemacht werden.

So gibt es in Österreich auch keinen „Ersatzgesetzgeber“, der bei der Auswahl des Verwalters eine für jeden Insolvenzrichter bindende Vorauswahlliste fordert. Die Instanzgerichte in Deutschland sind per Gesetz an die Kammerentscheidungen des BVfG gebunden, sodass formell das BVfG auch als Ersatzgesetzgeber fungieren kann und dies, auch in obiter dicta tatsächlich tut.

Das BVfG gibt den Gerichten einen erheblichen Kompetenzvorschub und ist der Auffassung, dass auch ohne gesetzliche Regelung die Auswahl und Bestellung des Verwalters durch das Insolvenzgericht positiv ermöglicht wird. Das BVfG sieht trotz des Gesetzesvorbehalts, welcher bei Tangierung des Art 12 GG gilt, die praktische Konkordanz für ausreichend und mithin § 56 InsO verfassungskonform an und verschließt sich einer gesetzlichen Regelung des Anforderungsprofils, wie in Österreich durch die InsNov 2002 geschehen.

Ohne verfassungsrechtlichen Auftrag wurde in Österreich mit der InsNov 2002 das Anforderungsprofil legislativ normiert. Dies ist der entscheidende legislative Unterschied beider Rechtsordnungen. Die Auswahlkriterien sind in § 80 a, b IO geregelt. Dadurch ist der österreichische Insolvenzrichter *de lege lata* in seiner Ermessensentscheidung eingegrenzt, er hat die gesetzlich vorgegebenen Voraussetzungen abzutüpfeln und nur denjenigen zu bestellen, der den Gesetzeskatalog erfüllt.

Der deutsche Insolvenzrichter muss nur einen für den Einzelfall geeigneten Kandidaten aussuchen, der aber das Vorauswahlverfahren durchlaufen haben muss. *De lege lata* bestehen eine größere Ermessensfreiheit, aber auch damit verbundene größere Haftungsrisiken, falls die Auswahl schief geht.

Aufgrund der Rechtswegzuweisung hat das BVfG mit seinen Grundsatzentscheidungen versucht, Klarheit bei der Auswahl des Verwalters zu schaffen und den Weg eines Auswahlverfahrens im Rahmen eines Vorauswahlverfahrens vorgezeichnet. In Österreich gibt es indes eine bindende Vorauswahlliste nicht. Die Insolvenzverwalterliste in Österreich wird zentral geführt, jeder Prätendent kann sich hier eintragen, ohne einen Anspruch auf Bestellung zu haben. In der Liste werden alle österr Verwalter, die sich um das Amt bewerben, erfasst. Hier liegt ein weiterer gravierender Unterschied bei der Auswahl des Verwalters.

Eine Vorauswahlliste wie in Deutschland kann in Österreich aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben nur über eine Gesetzesinitiative und nicht über die Judikative eingerichtet werden. Hierüber gibt es in Österreich indes keine Diskussion und nach den Befragungen des Verfassers auch keine Notwendigkeit dafür. Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass die Vorgaben des deutschen Verfassungsgerichts nicht ausgereicht haben, einheitliche Auswahlkriterien für die deutschen Insolvenzgerichte zu finden. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist bei einzelnen zumeist kleine-

ren Gerichten auch noch nicht angekommen, was deutsche Insolvenzverwalter anlässlich eines Workshops zum 5. Deutschen Insolvenzrechtstag berichteten.⁵¹⁴

ME greift bereits die Vorauswahl in die Rechte des Prätendenten ein, denn die Entscheidung des Insolvenzrichters den Bewerber nicht in die Vorauswahlliste zu nehmen, tangiert das Grundrecht aus Art 12 GG. Ein Eingriff ist aber nur über einen Gesetzesvorbehalt möglich. Aus diesem Grund muss mE die Vorauswahl auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden. In Österreich ist die Verwalterliste in § 269 IO legislativ geregelt.

§ 56 InsO bestimmt, dass jeder geeignete Bewerber das Amt des Verwalters ausüben kann. Wird aber durch richterliches Ermessen eine Beschränkung der durch die Vorauswahl vorgenommen, muss es auf gesetzlicher Grundlage geschehen. Dieses Erfordernis ergibt sich aus der Forderung, dass die Gerichte ein einheitliches Verfahren zugrunde legen sollen.

Trotz uneinheitlichem Auswahlverfahren war positiv in Deutschland, dass die Vorauswahlliste die Auswahl der Insolvenzverwalter bei vielen Insolvenzgerichten immerhin sensibilisiert hat. Nach der Entscheidung des BVfG war festzustellen, dass die Gerichte dazu übergegangen sind, auch jüngere Kollegen bei kleineren Verfahren zu bestellen. Hier ist die Intention der Gerichte die, dass nach einer gewissen Probezeit auch dieser junge Prätendent in der Lage sein könnte, größere Verfahren zu bekommen. Tatsächlich ist diese Praxis der dt Insolvenzgerichte aber noch sehr unterschiedlich. Aus diesem Grund wurde, um eine einheitliche Festlegung der Kriterien zu finden, die Einsetzung einer Kommission befürwortet.⁵¹⁵ Die sog Uhlenbruck-Kommission hat für die Vorauswahl gewisse Kriterien genannt, von der Vorausbildung bis zur mindestens dreijährigen praktischen Erfahrung in einer Insolvenzverwalterkanzlei, von der unternehmerischen Fähigkeit, einem umfassenden Mitarbeiterstab sowie Logistikausrüstung bis zur Ortsnähe/Erreichbarkeit und einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, ohne nach eigenen Angaben Anspruch auf Vollständigkeit dieser Kriterien zu erheben.

ME hätte die verfassungsrechtlich vorgegebene Vorauswahlliste erhebliche Vorteile, wenn sie begrenzt wäre. Das oft vorgetragene Argument des Zeitdrucks zöge bei der Vorauswahlliste gerade nicht, wenn ein begrenzter Kreis von Prätendenten zur Verfügung stünde. Der Richter hätte bei der Bestellung durch die Vorprüfung der Vorauswahlliste erhebliche Auswahlerleichterungen und könnte die Auswahl treffen und den Druck von Gläubigern, unbedingt ihren Favoriten mit dem Fall zu betrauen, könnte er mit der Nichtlistung abweisen und generell auf die Vorprüfung seiner Vorauswahlliste verweisen. Auch wäre in einem Vorauswahlverfahren mE die Möglichkeit ge-

⁵¹⁴ 5. Deutscher Insolvenzrechtstag 05.03-07.03.2008 in Berlin

⁵¹⁵ Uhlenbruck-Kommission, Zusammenfassung der Empfehlung der Kommission zur Vorauswahl und Bestellung von InsolvenzverwalterInnen sowie Transparenz, Aufsicht und Kontrolle im Insolvenzverfahren, NZI 2007, 507 f, www.vid.de

geben, Gläubiger- und Gläubigergruppen sachlich und informell anzuhören, ohne einem gewissen Zeitdruck ausgesetzt zu sein. Das Argument der Beeinflussung des Richters durch Gläubigerdruck und das Argument der Befangenheit wäre mE weit reduziert. Die Vorauswahlliste wäre aber nur bei einer angemessenen Begrenzung sinnvoll, hier bedarf es einer legislativen Regelung.

Zudem sollten, wie nach der InsNov 2002, Auswahlkriterien legislativ normiert und nicht überwiegend judikativ bestimmt werden, um Rechtssicherheit durch eine gesetzliche Regelung zu schaffen. Zwar hat das Verfassungsgericht ausgeführt, die Auswahlkriterien der Kompetenz des Richters zu überlassen, einer gesetzlichen Regelung wurde aber in den Entscheidungen nicht widersprochen. Es hat sich in den nachfolgenden Entscheidungen in Deutschland gezeigt, dass eine legislative Vorgabe fehlt, denn einige Entscheidungen der Gerichte divergieren im Anforderungsprofil.

Mit der IRÄG 2010 wird in Österreich ein Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung, anlehnend an das Ausgleichsverfahren, eingeführt.⁵¹⁶ Der Sanierungsauftrag rückt weiter in den Vordergrund. Die Anforderungen an den Insolvenzverwalter, der dieses Verfahren begleitet, steigen. Eine Eigenverwaltung bedarf exakter betriebswirtschaftlicher Planungen. In der Vorauswahl hätte der Richter die Experten hierfür bereits „vorgeprüft“ und in der konkreten Entscheidung mithin eine gute Orientierungshilfe. In Österreich, wo ein Prüfungsverfahren in der vorläufigen Insolvenz im Gegensatz zu Deutschland nur formalistisch stattfindet, wäre mE eine Vorauswahlliste nach deutschem Modell somit hilfreich.

Die Nichtzulassung einer aufschiebenden Wirkung bei einer Rekursberechtigung nach § 71c IO ist mE richtig. In Anbetracht der dargelegten Eilentscheidung darf es zu keiner Verzögerung im Insolvenzverfahren kommen. Hätte die Klage einen Suspensiveffekt, wäre ein wirkungsvolles Insolvenzverfahren nicht mehr durchführbar.⁵¹⁷ Bei einem Großverfahren wäre in Anbetracht der Lukrativität zu befürchten, dass ein regelrechter Kampf ausbrechen würde. Die Konkurrentenklage passt nicht in das System der IO und InsO, weil sie masseschädigende Wirkung zeigen würde. Es ist mE auch richtig, dass des BVfG den Gläubigerschutz im Rahmen der praktischen Konkordanz bei der konkreten Auswahlentscheidungen in den Vordergrund rückt und Vorrang vor dem Bewerberstreit gibt. Um hier verfassungsrechtlich auf „der sicheren Seite“ zu sein, sollte wie in Österreich mE aber eine gesetzliche Normierung zumindest der objektiven Anforderungen erfolgen.

Bei einer Anfechtung und möglichen Entlassung des bestellten Verwalters und Überleitung des Verfahrens wäre mit erheblicher Zeitverzögerung zu rechnen, was Schäden für den Fortgang des Verfahrens nicht ausschließen

⁵¹⁶ Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz (IRÄG 2010) wurde am 20.05.2010 im BGBl 29/10 veröffentlicht.

⁵¹⁷ *Smid*, Rechtsschutz gegen Insolvenzrichter, DZWIR 2004, 359 f

ließe und diametral zum Beschleunigungsgebot laufen würde. Eine Konkurrentenklage in Form eines einstweiligen Rechtsschutzes muss daher ausscheiden. Andererseits wird der Bewerber durch den Verweis auf eine Amtshaftungsklage und auch Feststellungsklage in Deutschland nicht völlig rechtlos gestellt, wenn auch die Umsetzung dieser Möglichkeiten im Hinblick auf Rücksichtnahmen auf das Insolvenzgericht schwierig erscheint. In Österreich ist gegen die Entscheidung des Insolvenzgerichts nach § 71 c IO eine Rekursmöglichkeit für Personen gegeben, deren Rechte hierdurch berührt worden sind.⁵¹⁸ Nach hL können Gläubiger, der Schuldner und für die zum Verwalter selbst ernannte Person sowie die bevorrechtigten Gläubigerschutzverbände gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Rekurs einlegen.^{519, 520} Die hL lehnt indes eine Rekursberechtigung eines Bewerbers um das Amt des Verwalters ab, sieht wohl hier ausschließlich ein wirtschaftliches Interesse des Bewerbers.⁵²¹ Im Gegensatz zu Deutschland fehlt in Österreich das in Deutschland durch das BVfG implementierte, nach § 23 EGGVG **justiziable** Vorauswahlverfahren (vgl. 2. Teil V. 1.), wonach ein Prätendent die Nichtaufnahme in die vom einzelnen Richter zu führende Auswahlliste rügen kann, also vorbeugend eingreifen kann. Einer Rekurslegitimation aus Art 18 StGG steht mE die verfassungsrechtliche zulässige Einschränkung der Rechte des Prätendenten entgegen. Obwohl Art 18 StGG keinen Gesetzesvorbehalt hat, werden Einschränkungen des Grundrechts für zulässig erachtet, wenn das öffentliche Interesse, welches das Funktionieren der Rechtspflege beinhaltet, Eingriffe rechtfertigt.⁵²²

VI. Unterschiede in der Gläubigerbeteiligung bei der Bestellung und der Auswahl des Masseverwalters und Insolvenzverwalters

1. Gläubigerbeteiligung nach IO

a) Legislativ normierte Mitwirkungsrechte bei der Auswahlentscheidung

Eine legislativ normierte Mitwirkung der Gläubiger bei der Auswahl und

⁵¹⁸ *Mohr*, KO¹⁰, § 71c E 5

⁵¹⁹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB III § 80 Rz 47

⁵²⁰ *Mohr*, KO¹⁰, § 71c E 1- E 51

⁵²¹ OGH 8 Ob 240/99 y JBl 2000, 600 in ZIK 1999, 202

⁵²² *Walter/Mayer/Kusco-Stadlmayer*¹⁰, Rn 1513

Bestellung des Masseverwalters gibt es nach der IO nicht. Weder ist ein gesetzlich geregeltes Vorschlagsrecht noch ein Anhörungsverfahren vorgesehen, ebenso können die Gläubiger den Verwalter im Gegensatz zu Deutschland nicht wählen (§ 57 InsO)

b) Korrektiv durch Enthebungsantrag § 87 IO, Besonderer Verwalter

Die KO 1914 hatte das Prinzip der Gläubigerherrschaft durch das Prinzip der Gerichtsherrschaft ersetzt. Die IO sieht dennoch einige Mitwirkungsmöglichkeiten der Gläubiger vor, stellt besonders den Gläubigerausschuss in den Mittelpunkt. In Österreich findet die Berichtstagsatzung nach § 91 a KO spätestens 90 Tage nach Eröffnung des Verfahrens statt.

Gemäß § 87 Abs 1 IO kann das Konkursgericht den Masseverwalter während des gesamten Verfahrens, also auch vor der ersten Berichtstagsatzung, aus wichtigem Grund von Amtes wegen seines Amtes entheben, denn nach § 87 IO kann der Enthebungsantrag **jederzeit** gestellt werden. Dieses amtswegige Enthebungsrecht beruht auf der Aufsichtspflicht des Konkursgerichts über den Masseverwalter.⁵²³ Eine Enthebung kann per begründeten Antrag nach der InsNov 2002 nun auch vom Gemeinschuldner beantragt werden, aber sonst nur von einem Mitglied des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung.

Der Insolvenzverwalter darf aber **nur** bei Vorliegen eines **wichtigen Grundes** seines Amtes enthoben werden. Ob ein solcher wichtiger Grund nach § 87 Abs 2 IO vorliegt, entscheidet das Konkursgericht nach **pflichtgemäßem Ermessen** nach Anhörung des Gläubigerausschusses. Hierbei sind die nach § 80 Abs 2 und 3 IO angeführten Bestellvoraussetzungen heranzuziehen.⁵²⁴

Als wichtiger Grund iSd § 87 Abs 2 IO sind anzuführen:

Ein Mangel im Verhältnis zum Gemeinschuldner (Befangenheit), Unfähigkeit zur Amtsausübung, Handeln aus persönlichen Motiven, Kontroversen mit einer großen Anzahl von Gläubigern, Nichtbefolgung von Weisungen, Wegfall der Voraussetzung des § 186 Abs 2 IO, Wegfall der Vertrauensbasis.⁵²⁵

Bei Kontroversen mit einer zu großen Zahl von Gläubigern hat das Insolvenzgericht darauf abzustellen, dass eine Enthebung nur dann in Betracht kommt, wenn dadurch die Abwicklung des Insolvenzverfahrens gefährdet erscheint.⁵²⁶ Die Enthebung des Insolvenzverwalters erfolgt durch Beschluss

⁵²³ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in BPB III § 87 Rz 8 mwN

⁵²⁴ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in BPB III § 87 Rz 11

⁵²⁵ OGH v 9.9.1986 – Ob 315, 322/86, EvBl 1987/196

⁵²⁶ Holzhammer, InsR 114; OLG Wien EvBl 1.941/24

des Konkursgerichts und ist zu **begründen**.⁵²⁷

Statt der Enthebung sieht das österr Recht nach § 86 IO auch vor, wenn es der Umfang der Geschäfte erfordert, einen besonderen Insolvenzverwalter für bestimmte Zweige der Verwaltung zu bestellen. Der Grundsatz des § 80 IO, **einen** Verwalter zu bestellen, wird durch § 86 IO durchbrochen. Nach den Erläuterungen zur InsNov 2002 wird die Einsetzung eines besonderen Verwalters bei Großinsolvenzen zur Abwicklung arbeitsrechtlicher Ansprüche in Betracht kommen.⁵²⁸ Auch im Falle einer möglichen Interessenkollision kann ein besonderer Verwalter eingesetzt werden.⁵²⁹ Dies soll nicht bei der Vertretung eines Großgläubigers, also der Hausbank gelten. In diesem Fall ist der Verwalter nach § 87 IO zu entheben. Die Bestellung eines besonderen Verwalters steht im Ermessen des Gerichts. Das Gesetz normiert kein Antragsrecht des Gemeinschuldners.⁵³⁰

Gegen den Enthebungsbeschluss steht dem enthobenen Insolvenzverwalter sowie jedem antragsberechtigten Mitglied des Gläubigerausschusses, das die Enthebung nicht begehrt hat, nach hM der **Rekurs** offen.⁵³¹ Ein einzelner Konkursgläubiger ist nicht rekurslegitimiert.⁵³² Gleiches gilt auch für den Gemeinschuldner.⁵³³ Letztere haben nach § 84 Abs 3 IO eine Beschwerdemöglichkeit. Hierüber entscheidet das Insolvenzgericht ohne Rechtsmittelmöglichkeit (§ 84 Abs 3 IO). Um das Verfahren nicht zu behindern, hat der **Rekurs** nach überwiegender Literaturmeinung **keine aufschiebende Wirkung**, mithin wirkt die Enthebung sofort.⁵³⁴ Die Gläubigerautonomie ist bei der Ersetzung des Masseverwalters somit in der Weise eingeschränkt, dass dieser nur aus wichtigem Grund seines Amtes enthoben werden kann.

Erschwerend kommt hinzu, dass bei einer Enthebung die Mitwirkung des Insolvenzgerichts erforderlich ist, was bei einer Abwahl durch die Gläubiger nicht erforderlich wäre. Insoweit kann allenfalls von einem **beschränkten Korrektiv** gesprochen werden, das zwar die Möglichkeit eröffnet, Anweisungen an den Masseverwalter zu erteilen, eine konsequente Ersetzung aber nicht vorsieht.

c) Korrektiv durch Gläubigerausschuss

In Österreich ist die Einsetzung eines Gläubigerausschusses obligatorisch, wenn der Masseverwalter nach § 117 Abs 1 Z 2 IO beabsichtigt, das Unter-

⁵²⁷ *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert⁴ § 87 Rn 10

⁵²⁸ ErläutRV InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 25

⁵²⁹ *Mohr KO*¹⁰, § 86 2)

⁵³⁰ OGH Ob 1/04 ZIK 2004, 174, 138,

⁵³¹ *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert⁴ § 87 Rn 10, *Heil Rz* 141

⁵³² *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert⁴ § 87 Rn 10

⁵³³ OLG Wien 12.10.1992, 6R 25,41/92, *Mohr KO*¹⁰ § 87, E 14.

⁵³⁴ *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert⁴ § 87, Rn 17

nehmen zu veräußern. Ansonsten liegt die Einsetzung eines Gläubigerausschusses im Ermessen des Gerichts und erfolgt erst nach Bestellung des Masseverwalters. Nach § 88 Abs 1 IO hat das Gericht einen Gläubigerausschuss von Amts wegen oder auf Antrag der Gläubigerversammlung einzuberufen, wenn dies die Eigenart oder der besondere Umstand des Unternehmens geboten erscheinen lässt. Ob die Voraussetzungen vorliegen, entscheidet das Konkursgericht nach hL im pflichtgemäßen Ermessen.⁵³⁵ Dem einzelnen Gläubiger und Gemeinschuldner steht hiergegen ein Rekursrecht zu, nicht hingegen dem Masseverwalter.⁵³⁶

d) Korrektiv durch Rekursrecht der Gläubiger

Ein Rekursrecht gegen die Bestellung des Insolvenzverwalters haben nach hL die **Gläubiger**, der Schuldner und der Verwalter selbst.⁵³⁷ Mit dem Rekurs kann das Fehlen der allgemeinen Bestellvoraussetzungen des § 80 IO geltend gemacht werden, weil diese sich hinreichend objektivieren lassen. Dies soll nach Meinung in der Literatur nicht für § 80a IO gelten, weil bei der Prüfung, ob ein anderer Verwalter besser geeignet wäre, ein Dritter hinzugezogen werden müsste.⁵³⁸ Danach kann sich die Überprüfung der Auswahlentscheidung nur auf die fehlerhafte Ausübung des Ermessens beschränken. Im Unterschied zum Enthebungsantrag greift das Rekursrecht indes früher, denn es kann unmittelbar nach der Bestellung ausgeübt werden, während der Enthebungsantrag erst nach Vorliegen von Fehlleistungen gestellt werden kann und dies nur von einem Mitglied des Gläubigerausschusses. Somit ist der Rekurs, der nach dem IRÄG 2010 in § 260 IO geregelt ist ein Mittel den Gläubigereinfluss auf die Auswahl des Verwalters in einem frühen Verfahrensstadium geltend zu machen. Diese Möglichkeit besteht in Deutschland nach der InsO nicht.

e) Einflussnahme der Gläubigerschutzverbände

In Österreich ist der KSV 1870, der zu dieser Jahreszahl gegründet wurde, mit 21.000 Mitgliedern Österreichs größter Gläubigerschutzverband. Ziel des KSV ist es Wirtschaftstreibende vor finanziellen Schäden zu bewahren. Der KSV bietet im Falle einer Insolvenz die Vertretung des Gläubigers im Verfahren an. Von den 360.000 in Österreich vorhandenen Unternehmen

⁵³⁵ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in BPB III § 88 Rz 8; *Hierzensberger/Riel* in Konecny/Schubert § 88 Rn 5

⁵³⁶ *Hierzensberger/Riel* in Konecny/Schubert § 88 Rn 5

⁵³⁷ *Mohr*, Insolvenzrecht 2002, 33

⁵³⁸ *Mohr*, Insolvenzrecht 2002, 34

haben 230.000 ein Rating beim KSV.⁵³⁹ Damit verfügt der KSV über ein erhebliches Informationspotential. De lege lata gibt es für diese Verbände keine Einflussmöglichkeiten auf die Auswahl und Bestellung des Masseverwalters.

Die im Rahmen der Umfrage erteilten Auskünfte der österr Insolvenzrichter ergaben, dass die Gläubigerschutzverbände keinen Einfluss auf die Bestellung des Masseverwalters haben sollen. Einige Richter bestätigten aber, dass die Hinweise des KSV zur Kenntnis genommen werden. Bei einer Vielzahl von Insolvenzen und den daraus gemachten Erfahrungen ist der KSV durchaus in der Lage, konkret zur Person des Masseverwalters Stellung zu nehmen. Auch wenn die befragten Richter definitiv eine Beeinflussung durch den KSV verneinen, unterstellt der Verfasser einen gewissen Einfluss. Es wäre gerade zu fatal, einen Verwalter auszuwählen, bei dem der KSV diverse Missstände, sei es in seiner Person oder auch seiner Organisation, aufgedeckt hat. Die Befragung des Geschäftsführers eines Gläubigerschutzverbands lässt indes die Vermutung einer indirekten Einflussnahme zu. Im Einzelfall wird öfters, auch wenn der Masseverwalter aus den Gerichtssprengel kommt, beim Gläubigerschutzverband angefragt und Auskunft darüber eingeholt, wie die Erfahrungen mit dem in Aussicht genommenen Masseverwalter bei der Abwicklung eines Verfahrens gewesen sind. Über die Gläubigerschutzverbände wird somit eine **nachlaufende und präventive Qualitätskontrolle** durchgeführt.

„Natürlich gehört es zu unseren zentralen Aufgaben den Masseverwalter zu kontrollieren, dies allerdings nicht in einem formalen Sinn, wie das Gericht, da wir ihn nicht berufen. Ich glaube nicht, dass ein Gericht, das ein Interesse daran hat, zu wissen, wie die Gläubiger einen Verwalter sehen, zögern würde, bei uns nachzufragen. Wenn wir ständig bei Gericht präsent sind, liegt es auf der Hand, dass wir gute Kontakte zum Gericht haben. Mit wem würde sich ein Richter bei Bedarf lieber besprechen, als mit einem Experten, der nicht seine eigenen, sondern die Interessen der Gläubiger vertritt.“⁵⁴⁰

Aufgrund der Bündelung der Großgläubiger kann durch den Gläubigerschutzverband eine konkretere Antwort erfolgen, im Gegensatz zu Deutschland, das Gläubigerschutzverbände bisher nicht kannte, und wo einzelne Gläubiger befragt werden müssen.⁵⁴¹

§ 253 Abs 3 IO räumt dem bevorrechtigten Gläubigerschutzverband, zu dem

⁵³⁹ Kantner, Mitgliederversammlung des KSV 2009, Unternehmenssanierung und aktuelle Reformdiskussionen, www.ksv.at

⁵⁴⁰ Kantner, Befragung anlässlich dieser Arbeit, Viel Streit vermindert Masse und Ergebnis in INDAT-REPORT 3/2009 S 26

⁵⁴¹ Bereits 1880 wurde zwar der süddeutsche Gläubigerschutzverband e.V. aus dem Bedürfnis heraus Mitglieder der Industrie, Handel, Handwerk, Gewerbe, Banken, Versicherungen zu schützen. Dieser Verband ist nur regional tätig und anders wie der KSV in Österreich kaum bekannt. Im Jahr 2009 wurde in Deutschland die Gläubigerschutzvereinigung ins Leben gerufen (VI 2e)

der KSV gehört, eine Sonderstellung ein.⁵⁴² In dieser Sonderstellung ist der Gläubigerschutzverband berechtigt, Konkursgläubiger zu vertreten, mithin auch einen Konkursantrag im Namen der Gläubiger zu stellen. Bei der Insolvenzrechtsreform (IRÄG 2010) mit dem vorbereitenden Sanierungsplan, dem der dem Gläubigerschutzverband mitwirkt, hat dieser auch ein Interesse daran, dass der Masseverwalter bestellt wird, der die Umsetzung des Plans garantiert. Schon daraus ergibt sich für den Verband selbst eine Bestrebung auf den Auswahlrichter Einfluss zu nehmen.

2. Gläubigerbeteiligung nach InsO

a) Legislative Einflussnahme bei der Auswahlentscheidung

Die InsO ist nach *Kind* vom Grundsatz der Gläubigerautonomie geprägt.⁵⁴³ Neben dem Insolvenzverwalter, dem Insolvenzgericht fungiert die Gläubigerversammlung (§ 74 InsO) und wenn von der Gläubigerversammlung gewählt ein Gläubigerausschuss (§ 67 InsO).⁵⁴⁴ In der Insolvenzabwicklung unterliegen die bedeutenden Rechtsgeschäfte nach § 160 InsO der Zustimmung der Gläubiger bzw des Gläubigerausschusses. Den Gläubigern obliegt nach der § 57 InsO die Abwahl des Verwalters.

Der Grundsatz der Gläubigerautonomie ist nach diesen Bestimmungen einschränkend zu betrachten. Die Gläubigerautonomie wird legislativ in Deutschland wie in Österreich erst im eröffneten Verfahren akut, nämlich erstmals durch die obligatorische Bildung einer Gläubigerversammlung⁵⁴⁵ und fakultativ durch die Einsetzung eines Gläubigerausschusses.⁵⁴⁶

Eine Einflussnahme bei der Auswahl und Bestellung des Verwalters ist legis-

⁵⁴² zu den bevorrechtigten Gläubigerschutzverbänden gehört der KSV, der Grazer Alpenländischer Kreditorenverband und der Insolvenzschutzverband der Arbeitnehmer.

⁵⁴³ *Kind* in FK-InsO § 57 Rn 1

⁵⁴⁴ *Smid*, Praxishandbuch Insolvenzrecht, § 13 Rn 1, 2

⁵⁴⁵ § 74 InsO Einberufung der Gläubigerversammlung: (1) Die Gläubigerversammlung wird vom Insolvenzgericht einberufen. Zur Teilnahme an der Versammlung sind alle absonderungsberechtigten Gläubiger, alle Insolvenzgläubiger, der Insolvenzverwalter, die Mitglieder des Gläubigerausschusses und der Schuldner berechtigt. (2) Die Zeit, der Ort und die Tagesordnung der Gläubigerversammlung sind öffentlich bekanntzumachen. Die öffentliche Bekanntmachung kann unterbleiben, wenn in einer Gläubigerversammlung die Verhandlung vertagt wird.

⁵⁴⁶ § 67 InsO Einsetzung des Gläubigerausschusses. (1) Vor der ersten Gläubigerversammlung kann das Insolvenzgericht einen Gläubigerausschuss einsetzen. (2) Im Gläubigerausschuss sollen die absonderungsberechtigten Gläubiger, die Insolvenzgläubiger mit den höchsten Forderungen und die Kleingläubiger vertreten sein. Dem Ausschuss soll ein Vertreter der Arbeitnehmer angehören, wenn diese als Insolvenzgläubiger mit nicht unerheblichen Forderungen beteiligt sind. (3) Zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses können auch Personen bestellt werden, die keine Gläubiger sind.

lativ nicht gegeben. De lege lata bestehen wie in der IO auch nach der InsO keine Anhörungs- und Vorschlagsrechte zur Auswahl des Verwalters. Gläubiger haben im Antragsverfahren keine Beteiligungsrechte. Erst in der ersten Gläubigerversammlung können die Gläubiger auf den Insolvenzverwalter durch dessen Abwahl bzw Bestellung eines anderen Verwalters Einfluss nehmen.

b) Korrektiv durch Wahl (Abwahl) des Verwalters nach § 57 InsO

Diese Norm soll der Gläubigerautonomie im eröffneten Insolvenzverfahren bei der Verwalterauswahl als Korrektiv zur richterlichen Bestellung gemäß § 56 InsO mit Verfahrenseröffnung Geltung verschaffen.⁵⁴⁷ Das Wahlrecht besteht **nur** in der ersten Gläubigerversammlung. Diese Einmaligkeit begründet sich damit, die Kontinuität in der Person des Verwalters zu gewährleisten und die Position zu stärken. Wäre eine zweite Abwahl möglich, wäre § 59 InsO, welcher die Abberufung aus wichtigem Grund durch das Insolvenzgericht vorsieht, überflüssig. Bei der erfolgten Abwahlentscheidung hat das Gericht den Gewählten nicht einfach zu bestellen, sondern zuvor eine genaue Eignungsprüfung vorzunehmen. Der „neue“ Verwalter muss alle Eignungskriterien erfüllen, die ein vom Gericht bestellter Verwalter erfüllen müsste.⁵⁴⁸ Die Abwahl oder Wahlentscheidung muss nach InsO nicht begründet werden.⁵⁴⁹ Der Abgewählte hat keine Beschwerdebefugnis.⁵⁵⁰ Die fehlende Beschwerdebefugnis ist aufgrund der gesetzlichen Abwahlmöglichkeit nach Auffassung des BVfG auch verfassungskonform, denn nach dem BVfG hat der Insolvenzverwalter legislativ erst nach seiner Bestätigung eine gesicherte Stellung.⁵⁵¹

Zum Zeitpunkt des ersten Berichtstermins nach der InsO, in welchem die Gläubiger den Verwalter abwählen können, sind bereits die wesentlichen Entscheidungen getroffen. Versäumnisse des zunächst bestellten Verwalters sind fast gar nicht, allenfalls nur schwer zu korrigieren. Die Wahl eines neuen Verwalters verursacht neue Verfahrenskosten und führt zwangsläufig zu Konflikten und Verzögerungen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der „alte“ Verwalter sich gegen seine Abwahl wehrt und die Herausgabe von wichtigen Unterlagen verzögert und damit das Verfahren verzögert. Das Gericht könnte im Übrigen auch nach § 57 InsO die Übernahme verzögern, wenn es den „neuen“ Verwalter nicht für die Übernahme des Amtes geeignet hält. Die Abwahl des Verwalters nach § 57 InsO kann also nur eine Schadensbegrenzung bedeuten. Eine Sanierung ist in den meisten Fällen wegen

⁵⁴⁷ Frind in HK § 57 Rz 1, Uhlenbruck in Uhlenbruck¹³ § 57 Rn 9

⁵⁴⁸ Frind in HK § 57 Rz 6

⁵⁴⁹ LG Baden-Baden, ZIP 1997, 1350

⁵⁵⁰ BGH, ZInsO 2004, 1314

⁵⁵¹ BVfG, ZInsO 2005, 368

nutzlos verstrichener Zeit vor dem Berichtstermin ausgeschlossen.

In der Praxis kommt aus diesem Grund die Abwahl des Verwalters nach der InsO kaum vor, nicht deswegen, weil das Verwalterhandeln Anerkennung findet und für gut befunden wird, sondern weil die Maßnahmen nach der Abwahl des Insolvenzverwalters nicht mehr greifen können. Es liegt somit auf der Hand, dass § 57 InsO als Ausfluss der Gläubigerautonomie in der Praxis leer läuft, weil bereits im vorläufigen Insolvenzverfahren die wesentlichen Entscheidungen getroffen worden sind. Somit wird die Gläubigerautonomie, die auch für die Bestellung des Verwalters zu gelten hat und die zu den prägenden Prinzipien des deutschen Insolvenzrechts gehört, ad absurdum geführt.⁵⁵² Bereits in der vorläufigen Insolvenz entscheidet sich nämlich, ob der Insolvenzverwalter es schafft, den Betrieb im Insolvenzeröffnungsverfahren, also im Verfahren der vorläufigen Insolvenz, fortzuführen. Verhandelt der vorläufige Insolvenzverwalter zB ungeschickt mit den Lieferanten im vorläufigen Insolvenzverfahren, erreicht er bei den beteiligten Banken keine Massekredite zur Betriebsfortführung, ist das Ende des Insolvenzverfahrens vorauszusehen und damit jegliche Sanierung.

Dies gilt gerade beim Planverfahren, was das Paradestück der Insolvenzrechtsreform sein sollte und nun anlehnend an das Ausgleichsverfahren mit dem IRÄG 2010 auch ins österr Insolvenzrecht übernommen wurde. Die Erwartungen haben sich in Deutschland insoweit nicht erfüllt, was nicht verwundert, weil das eine Planverfahren mit Eigenverwaltung anstrebende Schuldner zunächst die Schwierigkeit hat, dass die Eigenverwaltung erst mit Insolvenzeröffnung erfolgen kann. Im Vorverfahren wird das Insolvenzgericht in der Regel einen vorläufigen Verwalter bestellen, der möglicherweise das Unternehmen nicht in Richtung Eigenverwaltung führt. In Österreich ist indes das Sanierungsverfahren (§§ 167 f IO) gut angenommen wurden, wie es die aktuelle Analyse des KSV1870 zeigt. Seit Juli 2010 gab es bereits 53 Eröffnungen als Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung.⁵⁵³ Auch das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung ist gut angekommen. Seit dem 01.07.2010 gab es 86 solcher Verfahren.⁵⁵⁴ Im Jahr 2011 sind bis 18.2.2011 6 Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung und 11 ohne Eigenverwaltung eröffnet worden.⁵⁵⁵ In Deutschland ist deshalb ist eine Gläubigerbeteiligung dringend erforderlich. § 57 InsO als Ausfluss der Gläubigerautonomie kommt zu spät und kann nicht ein Korrektiv der Auswahlentscheidung des Insolvenzrichters sein. In Österreich ist zwar kein Vorverfahren vorgeschaltet, im Rahmen des Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung, in welchem ein Sanierungsplan bestimmt, wie und wann die Gläubiger befriedigt werden, ist eine frühe Gläubigerbeteiligung angezeigt.

⁵⁵² Marotzke, Gläubigerautonomie, ein modernes Missverständnis, ZInsO 2003, 726 f

⁵⁵³ KSV Insolvenzstatistik I-III Quartal 2010 v 05.10.2010, www.ksv.at. ZInsO-Dokumentation, ZInsO 2010, 2083 f

⁵⁵⁴ ZInsO-Dokumentation, ZInsO 2010, 2083 f

⁵⁵⁵ KSV1870 Insolvenzfälle/Medienarchiv www.ksv.at

c) Korrektiv durch vorläufigen Gläubigerausschuss

Die Gerichte praktizieren in Deutschland die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nach Verfahrenseröffnung. Dieser vorläufige Gläubigerausschuss steht in Deutschland oft vor vollendeten Tatsachen, weil der vorläufige Insolvenzverwalter ohne Gläubigeraufsicht im gestreckten Vorverfahren bereits vollendete Tatsachen geschaffen hat. Somit gehen die Diskussionen darum, auch einen vor-vorläufigen Gläubigerausschuss bereits im vorläufigen Insolvenzverfahren einzusetzen (vgl. 3. Teil III.).

d) Einflussnahme der Gläubigerschutzvereinigung

Am 29.01.2009 haben sich in Deutschland in Anlehnung an den KSV in Österreich unter Führung von Prof. *Haarmeyer* die institutionellen Gläubiger zu einer Gläubigerschutzvereinigung (GSV) zusammengeschlossen und am 16.06.2009 ihre Ziele in Form eines Positionspapiers formuliert.⁵⁵⁶ Nach Auffassung der darin vertretenen Gläubiger hat sich auch nach der Insolvenzrechtsreform 1994 für die ungesicherten Gläubiger keine Verbesserung ergeben. Besonders die Krankenkassen und Finanzämter behaupten, dass das deutsche Insolvenzrecht dadurch geprägt wäre, dass die institutionellen Gläubiger im Insolvenzverfahren nur als Geldquelle genutzt werden.⁵⁵⁷ Der Fiskus in Deutschland fordert mittlerweile wieder ein Vorrecht.⁵⁵⁸ Nach Auffassung der Gläubigerschutzvereinigung wäre die Situation deswegen entstanden, weil es in Deutschland im Gegensatz zu Österreich keine organisierte Interessenvertretung der institutionellen und ungesicherten Gläubiger gäbe. Tatsächlich wurde bereits 2009 von Frau Rechtsanwältin *Brenner* der Internationale Verein für Kreditschutz- und Insolvenzrecht mit den Standorten in Bonn und Wien ins Leben gerufen. Dieser Verband nimmt in Insolvenzfällen die Interessen und die Stimmrechte wahr und nimmt an Gläubigerversammlungen teil.⁵⁵⁹ Zudem hat sich der KSI zum Ziel gesetzt mehr Einfluss auf die Auswahl des Insolvenzverwalters zu nehmen.⁵⁶⁰ Aufgrund der Erfahrungen der letzten 10 Jahre soll es deswegen ua ein wesentliches Ziel des GSV sein, den Zugang zum Amt des Insolvenzverwalters streng zu reglementieren und zwar durch:

⁵⁵⁶ GSV-Historie, www.gsv.eu; am 10.08.2010 haben die GSV und der KSV1870 die GSV Service GmbH gegründet, die Dienstleistungen für Gläubiger im Insolvenzverfahren anbietet.

⁵⁵⁷ Gründungsdokumente der Gläubigerschutzvereinigung Deutschland eV (GSV), ZIP 2009, 1153 f

⁵⁵⁸ Eckpunkte für die weitere Aufstellung des Haushaltsentwurfs 2011 bis 2014,

⁵⁵⁹ www.ksi-deutschland.de

⁵⁶⁰ www.ksi-deutschland.de

- Sachbezogene Professionalität, Erfahrung und Qualität des Verwalters
- Persönliche Integrität und Unabhängigkeit
- Nachweise bisheriger unternehmerischer Tätigkeit und Erfolge
- Nachweis eines wirtschaftlichen Umgangs mit treuhänderisch verwaltetem Vermögen.

Die Gläubigerschutzvereinigung hat auch Kriterien für die Neukonzeption der Zulassung von Insolvenzverwaltern aufgestellt, denn nach Auffassung des GSV führt die jetzige Verwalterauswahl zu einer erheblichen Ressourcenverschwendung, weil durch angeblich schlechte Insolvenzabwicklung die Gesamtgläubigerschaft in Deutschland jährlich um zweistellige Milliardenbeträge geschädigt werde. Dies läge unter anderem daran, dass die Insolvenzverwalter nicht ausreichend in der Lage seien, Betriebe zu sanieren und sie stattdessen „platt machen.“ Nach Auffassung von *Haarmeyer* seien allenfalls 20 % der deutschen Insolvenzverwalter für eine erfolgreiche Insolvenzverwaltung geeignet.⁵⁶¹

Nach Auffassung des GSV erreicht man eine verantwortungsvolle Treuhänderschaft über fremdes Vermögen nur, wenn eine gesetzliche Zulassungsbeschränkung geschaffen wird, die auf dem Kammerprinzip aufbaut. Dies bedeutet, dass die Kammer über die Zulassung eines Verwalters entscheidet, wobei eine Zulassungsschwelle zu überspringen ist, die sich am bisherigen Erfolg, sachlicher und persönlicher Integrität orientiert. Der GSV schlägt vor, dass über die Zulassung zum Verwalteramt ein paritätisch besetzter Zulassungsausschuss entscheiden soll. Die Kammer sollte aus je einem Vertreter der Insolvenzverwalterschaft, der ungesicherten Gläubiger, der Sicherungsgläubiger und eines Vertreters der Justiz bestehen. Der zugelassene Verwalter hat sich nach dem Vorschlag des GSV eines fortlaufenden Controllings durch einen Ombudsmann oder die Kammer zu unterziehen. Ein weiterer Vorschlag des GSV geht in Richtung der für die Verwaltung zuständigen Insolvenzrichter. Hier sollten Beförderungsrichterstellen geschaffen werden, um Anreize zu schaffen, dieses Amt auszuüben. Zudem sollten Kompetenzen durch Fort- und Ausbildung geschaffen werden. Unausweichlich ist aus der Sicht des GSV die Konzentration der Insolvenzgerichte in Deutschland von 191 auf 50 sowie die entsprechende technische und personelle Ausstattung.⁵⁶² Die Kritik an den Insolvenzverwaltern ist vom VID zurückgewiesen worden. Zum einen hat man eine Gläubigerschutzvereinigung in der Vergangenheit nicht gebraucht, zum anderen werden der GSV Ziele eröffnet, die auch der VID vorgibt.⁵⁶³

⁵⁶¹ Gründungsdokumente des GSV, ZInsO 2009, 1155

⁵⁶² Gründungsdokumente des GSV, ZInsO 2009, 1155

⁵⁶³ www.welt-online.de am 20.02.2011, In Essen organisieren sich die Gläubiger

e) ESUG

Nach einem Referentenentwurf des BMJ für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen soll der Gläubigereinfluss bei der Auswahl des Insolvenzverwalters gestärkt werden.⁵⁶⁴ Erkannt wurde, dass aufgrund des Zeitablaufs von der bestehenden Möglichkeit, den Verwalter in der ersten Gläubigerversammlung abzuwählen, kaum Gebrauch gemacht wurde, denn der Wechsel des Verwalters würde erhebliche Reibungsverluste erzeugen.

Um der Gläubigerautonomie stärker Geltung zu verschaffen soll der Einfluss der Gläubiger nach diesem Diskussionsentwurf früher einsetzen. Dies soll in der Weise geschehen, dass das Gericht den wesentlichen Gläubigern Gelegenheit zur Äußerung geben soll. Vorschläge der Gläubiger sind nach diesem Entwurf legitim. Um eine frühzeitige Einbeziehung der wesentlichen Gläubiger zu ermöglichen, hat nach dem Entwurf der Antragsteller im Antrag die wesentlichen Gläubiger zu benennen.

3. Fazit

Statt für Mitbestimmung beim Bestellakt hat sich der Gesetzgeber beider Länder für eine Korrekturmöglichkeit entschieden.⁵⁶⁵ Bei einer Abwahl nach § 57 InsO ist die Gläubigerversammlung nicht an die Vorauswahlliste gebunden.⁵⁶⁶ Bei der Wahl ist nicht nur die Hälfte der der Gesamtsumme der Forderungen der anwesenden Gläubiger entscheidend, sondern auch die Kopfmehrheit der abstimmenden Gläubiger, um Großgläubiger nicht zu bevorzugen. § 87 IO sieht zwar die Enthebung des Verwalters von seinem Amt jederzeit vor, stellt aber die Hürde des „wichtigen“ Grundes auf und überlässt den Richter in seiner Ermessensentscheidung die tatsächliche Enthebung des Verwalters.

§ 57 InsO und § 87 IO erfüllen mE nach diesen legislativen Vorgaben nicht ausreichend die Voraussetzung einer ausreichenden Gläubigerautonomie, denn sie sind nur eingeschränkt dazu geeignet, ein Korrektiv zur richterlichen Falsch-Bestellung gemäß § 56 InsO und § 80 IO zu bilden. In Deutschland liegt dies an der zeitlichen Abfolge. Eine Gläubigerversammlung wird oft erst nach mehreren Wochen nach Insolvenzantrag einberufen.

⁵⁶⁴ Referentenentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Unternehmenssanierung (REF-ESUG) ZIP 2011, 360

⁵⁶⁵ Uhlenbruck in Uhlenbruck § 57 Rn 9

⁵⁶⁶ Uhlenbruck in Uhlenbruck § 57 Rn 9

Nach § 69 IO muss in Österreich der Insolvenzantrag 60 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit beantragt werden. Stellt ein Gläubiger einen Antrag nach § 70 IO ist der Schuldner zu belehren, dass er ein Sanierungsverfahren einleiten kann.⁵⁶⁷ In beiden Fällen soll dem Schuldner die Möglichkeit gegen den Plan sorgfältig vorzubereiten. Die Vorbereitung kann nur mit Einbeziehung der Gläubiger (Lieferanten, Banken etc) gelingen. Bei der Einsetzung eines Sanierungsverwalters, der das Sanierungskonzept durch falsche Entscheidungen nicht mit trägt, kann das Sanierungsverfahren in Gefahr geraten, auch wenn der Schuldner in diesem Verfahren nicht entmachtet wird, denn außerordentliche Geschäftsmaßnahmen bedürfen der Zustimmung des Sanierungsverwalters.⁵⁶⁸ Insoweit ist mE eine frühere Beteiligung der Gläubiger sinnvoll.

Im Vergleich beider Länder ist in Österreich die Korrekturmöglichkeit bei einer falschen Auswahl des Verwalters zeitnah, weil ein Vorverfahren (vorläufiges Insolvenzverfahren) in Österreich nicht stattfindet.

Aufgrund des fehlenden Vorverfahrens in Österreich kann die Beteiligung der Gläubiger früher beginnen. Nach 91 a IO hat die Berichttagssatzung spätestens 90 Tage nach Eröffnung des Verfahrens stattzufinden. Nach § 74 Abs 3 IO ist die erste Gläubigerversammlung nicht über 14 Tage nach Insolvenzeröffnung anzuordnen. Hier können die Gläubiger einen zu begründenden Enthebungsantrag stellen.⁵⁶⁹ Diese frühzeitige Beteiligung (sofern die Frist des § 74 Abs 3 IO zeitnah eingehalten) ist allerdings eingeschränkt, denn nach der IO beginnt die effektive Gläubigerautonomie nur, wenn der vom Gericht ausgewählte Insolvenzverwalter nicht das **Mindestmaß** der ihm obliegenden Kompetenzen aufweist. Nach § 87 IO darf der Masseverwalter wie der Insolvenzverwalter in Deutschland nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes enthoben werden. Wird dies vom Gericht nicht gesehen, bleibt es bei der Beibehaltung des Masseverwalters. Bei einer Enthebung hat zudem der Insolvenzrichter den Enthebungsbeschluss ausführlich zu begründen.

Effektiver wäre eine Abwahlmöglichkeit wie nach § 57 InsO und Neuwahl eines Verwalters. Dies würde die Möglichkeit in Österreich eröffnen, eine falsche Auswahl des Verwalters schnell zu korrigieren. Diese Verfahrensweise wäre indes eine Rückkehr zur CO 1886 (vgl 1. Teil II. 6.c) und wäre aus dem historischen Kontext heraus nicht durchsetzbar und rechtspolitisch wegen des normierten Erstbestellungsrechts des Insolvenzrichters auch nicht gewollt. Die Wahl des Masseverwalters wurde in Österreich mit der KO 1914 abgeschafft, um die zuvor bei der Masseverwalterbestellung sich ausufernde Gläubigerklüngelei bei der Bestellung des Masseverwalters durch gerichtliche Bestellung zu verhindern (vgl 1. Teil II. 7. c).

De lege lata wird zwar die Gläubigerautonomie bei der Auswahl des Verwalters in Österreich berücksichtigt. Die Gläubiger werden zwar nicht in die

⁵⁶⁷ Konecny, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz ZIK 2010, 119 f

⁵⁶⁸ Konecny, ZIK 2010, 119 f

⁵⁶⁹ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in BPB § 87 Rz 7

Lage versetzt, in eigener Entscheidung den Masseverwalter abzuwählen, sondern ihn nur nach **erheblichen** Fehlleistungen seines Amtes entheben zu lassen können. Faktisch kommt diese Möglichkeit mE auch in Österreich zu spät. Die Einflussnahme der Gläubiger sollte mE daher bei der Auswahlentscheidung durch ein Anhörungsverfahren der Gläubiger gestärkt werden, die sich möglicherweise bei der Abfassung des Sanierungsplans mit der Materie beschäftigt haben (vgl 3.Teil II. 2.a).

Um das Verfahren, gerade bei einer Betriebsfortführung nicht zu behindern, sollte anlehnend an die hL dem Rekursrecht keine aufschiebende Wirkung zukommen. Aber auch das Rekursrecht kann nur die fehlerhafte Ausübung des Ermessens überprüfen und ersetzt nicht die **Gläubigerbeteiligung bei der Erstauswahl**.

In Deutschland besteht indes das Manko, dass durch die lange vorläufige Verwaltung zum Zwecke der Ausnutzung des Insolvenzgeldzeitraums, die Gläubigerbeteiligung zu einem Termin beginnt, in welchem „die Weichen“ des Verfahrens bereits gestellt sind und eine neue richtungweisende Einflussnahme aus diesem Grund bereits ausgeschlossen ist. Nach der InsO beginnt die Gläubigerautonomie faktisch in einem Abstimmungsabschnitt der ersten Gläubigerversammlung und kann nur durch die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses ab Insolvenzeröffnung vorgezogen werden. Diese Einsetzungstermine sind wegen des oft über Monate dauernden Verfahrens zu spät, um Fehlleistungen eines eingesetzten Verwalters zu verhindern.

Aufgrund dieser Umstände ist nicht nur beim deutschen Insolvenzrechtstag in Potsdam⁵⁷⁰ wiederholt und mE berechtigt vorgeschlagen worden, die Gläubigerrechte bei der Wahl des Verwalters zu stärken. Auch in der Literatur häufen sich die Stimmen, die Gläubigerrechte anders zu setzen, da die Abwahlmöglichkeit des § 57 InsO weitgehend als verfahrenstechnisch zu spät im Verfahrensverlauf angesiedelt und damit wirkungslos ist.⁵⁷¹ Selbst das GAVI aus Nordrhein-Westfalen, welches ein Regierungsentwurf dieses Landes ist, sah eine bessere Gläubigerbeteiligung vor.⁵⁷² Auch die Uhlenbruck-Kommission sieht zumindest für die institutionellen Gläubiger einen verstärkten Einfluss vor (vgl 2.Teil V. 4. c).⁵⁷³ Von den institutionellen Gläubigern wird seit langem ein gesetzlich verankertes Vorschlags- und Anhörungsrecht bei der Bestellung des Insolvenzverwalters gefordert. Nach dem ESUG wird ebenfalls ein Anhörungsverfahren der wesentlichen Gläubiger vorgeschlagen (2.Teil XI. 2.e).

Der GSV und KSI hat sich nach österreichischem Vorbild der Gläubigerschutzverbände gebildet. ME ist eine Bündelung der Interessen der nicht ge-

⁵⁷⁰ Deutscher Insolvenzrechtstag des DAV am 01.11.2006

⁵⁷¹ Frind, ZInsO 2007, 643 f

⁵⁷² GAVI ist ein Gesetzesvorschlag zur Stärkung der Aufsicht des Insolvenzgerichts von den Ländern Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen vom 14.05.2007, NZI 2007, XI f. Der Gesetzesentwurf ist im Oktober 2007 in den deutschen Bundesrat eingebracht worden.

⁵⁷³ Empfehlungen der Uhlenbruck-Kommission, NZI 2007, 507 f

sicherten Gläubiger und institutionellen Gläubiger zu begrüßen, denn es kann zu konstruktiven Verbesserungen bei der Gläubigerbeteiligung im Auswahlverfahren führen.

ME ist die Behauptung *Haarmeyers* nicht grundsätzlich zurückzuweisen, dass nur 20 % die Aufgaben der Verwalter richtig und gut erfüllen. Dass die nicht gesicherten Gläubiger ausfallen, liegt mE nicht ausschließlich am Versagen der Verwalter, sondern an den legislativ gewollten Sicherungsrechten. Nach §§ 170, 171 InsO ist der gesetzliche Masseeinwurf 9 %.⁵⁷⁴ Damit kann sicher keine große Quote erwirtschaftet werden. Der Verwalter findet in der Regel bei Inbesitznahme der Massegegenstände durch die Anordnung des Verfahrens keine freien Vermögensgegenstände vor. Entweder liegen Eigentumsvorbehaltsrechte der Lieferanten mit dem Institut des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts oder Sicherungsübereignungen und Globalzessionen der Kreditinstitute vor. Die Immobilien sind ausnahmslos mit Grundschulden belastet, stehen mithin für eine Anreicherung der Masse nicht zur Verfügung. Eine Veränderung ergebe sich mE durch eine wesentliche Erhöhung des Masseeinwurfs oder Beschneidung der Sicherungsrechte. Dennoch ist es nicht von der Hand zu weisen, dass einige Unternehmeninsolvenzen bei richtiger Verwalterauswahl zur Sanierung geführt und ein besseres Ergebnis für die Gläubiger gebracht hätten. Gerade deshalb ist mE eine frühe Gläubigerbeteiligung bei der Auswahl und Bestellung dringend notwendig, denn schließlich steht nach beiden Insolvenzordnungen die Gläubigerbefriedigung im Vordergrund.

Eine Einflussnahme der GSV und KSI ist aufgrund der Neugründung bisher nicht festzustellen. Dennoch wird mE durch die gebündelten Zielvorgaben und die sich anbahnenden Kongresse, an denen bedeutende institutionelle Gläubiger teilnehmen, der Druck auf die Auswahlrichter größer werden, die Interessen dieser Gläubiger mehr zu berücksichtigen.

Die Beteiligung der Gläubiger bei der Verwalterauswahl und Abwahl in Deutschland kommt zu spät. Dem Enthebungsantrag in Österreich ist nur unter engen Voraussetzungen nachzukommen, das Insolvenzgericht kann diesen verhindern. Der Rekurs kann nur aufschiebende Wirkung haben und ist eher als Nachkontrolle geeignet.

Als Korrektiv wäre mE in beiden Ländern **ein normiertes Vorschlagsrecht und Anhörungsrecht** ein legitimer Weg eine frühzeitige Gläubigerbeteiligung herbeizuführen, ohne dass die Position des Richters in seiner Kompetenz in Frage steht, da die letzte Entscheidungskompetenz bei ihm liegen sollte. Hier könnte das Detmolder Modell als Vorbild dienen (vgl. 3. Teil III. 1.a).

⁵⁷⁴ § 171 InsO Abs 1 Z 1 Die Kosten der Feststellung umfassen die Kosten der tatsächlichen Feststellung des Gegenstands und der Feststellung der Rechte an diesem. Abs 2 Z 2: Sie sind pauschal mit vier von Hundert des Verwertungserlöses anzusetzen.

VII. Unterschiede bei der Bestellung und Auswahl in der Praxis: Konformität mit den gesetzlichen Regelungen

1. Bisherige Praxis der Verwalterbestellung in Österreich

a) Ausgangsposition

Durch die InsNov 2002 ist das Anforderungsprofil spezifiziert worden. Die Anforderungen wurden legislativ weit ausgestaltet, um den besten Masseverwalter für das konkrete Verfahren sicherzustellen. Die eingeführte Verwalterliste erleichtert die Auswahl mangels Bindung und Überprüfung nicht. Trotz Spezifizierung und Liste ist richterliches Ermessen gefragt. Dieses ist zwar umrissen, aber nicht festgelegt, da die objektiven Anforderungen nicht durch subjektive ergänzt wurden.

b) Vorschläge der Verfahrensbeteiligten, Melange à trois

Die anlässlich dieser Arbeit durchgeführten Umfragen bei den Insolvenzgerichten in Österreich ergaben, dass die Gerichte keine Einmischung bei der Auswahl des Insolvenzverwalters wünschen. Ein einzelner Vorschlag eines Gläubigers oder des Schuldners wird nach Angaben der dort befragten Richter in der Regel nicht dazu führen, dass dieser Insolvenzverwalter bestellt wird. Allerdings besteht auch keine kategorische Ablehnung bei Vorschlägen, wenn sie ein Gremium betreffen. So lassen einige Gerichte einen sog Dreivorschlag zu, aus dem der Richter nach Erläuterung des Vorschlags durch den (die) vorschlagenden Gläubiger aus seiner Sicht den geeigneten Verwalter auswählt. Die Melange à trois ist bei mittleren und größeren Verfahren eine beliebte Auswahlgrundlage, die einerseits die Unabhängigkeit des Richters dokumentiert, weil er keinen konkreten Vorschlag des Gläubigers oder Schuldners bekommt, aber dennoch die Gläubigerautonomie in gewisser Weise einhält, weil aus dem Portfolio der empfohlenen Insolvenzverwalter ein Verwalter ausgesucht wird.

c) Anwendung des Regionalprinzips

Nach der Umfrage halten die österreichischen Insolvenzgerichte durchaus am Örtlichkeitsprinzip fest. Wie die befragten Richter bestätigten, stehen

hierbei die praktischen Gründe im Vordergrund. Der vorhandene „Draht“ zu den örtlichen Beteiligten, die örtlichen Kenntnisse, sei es auch im Hinblick auf die Konkursgründe und die Möglichkeit des schnellen Eingreifens, rechtfertigen aus der Sicht der Konkursrichter in Österreich die Anwendung des Örtlichkeitsprinzips. Die Konkursgerichte erwarten, dass der Masseverwalter sein Amt höchstpersönlich wahrnimmt, Dependancekanzleien, die mit einem Schatten- oder Grauverwalter besetzt sind, werden hierbei nicht akzeptiert, sind tatsächlich auch nicht vorhanden.

d) Vertrauensverhältnis

Alle befragten Konkursrichter bestätigten die Notwendigkeit des Vertrauensverhältnisses zum Masseverwalter, gerade wenn es um die Auswahl bei mittleren und größeren Verfahren geht. Dieses hat sich selbstverständlich aus den Erfahrungen der bereits bearbeiteten Konkurse gebildet. Dieses Vertrauen ist die Grundlage der persönlichen Liste einiger Insolvenzrichter. Nur bei kleineren Verfahren wird von dieser abgewichen. Bei den Kleinverfahren werden bevorzugt Prätendenten genommen, die in einer insolvenzrechtlich tätigen Kanzlei „eingebettet“ sind. Damit soll eine gewisse Nachwuchsförderung erreicht werden. Bei Kleinverfahren wird bei einigen Richtern nach Reihenfolge ihrer persönlichen Liste vorgegangen. Hier wird versucht, eine Verteilungsgerechtigkeit zu erreichen. Eine persönliche Liste, die nach der aktuellen Rechtsprechung des dt Verfassungsgerichts unzulässig ist, weil sie nicht der erforderlichen Vorauswahlliste entspricht, ist bei den österreichischen Konkursrichtern durchaus gang und gebe.

e) Konformität mit der gesetzlichen Regelung

Die Auswahlpraxis in Österreich geht mit der gesetzlichen Regelung konform. Da die §§ 80 a, 80 b IO nur die objektiven Anforderungen an den Verwalter normieren, hat der Insolvenzverwalter, wenn es um die sog weichen Kriterien oder auch soft skills geht ein weites Auswahlmessen. So kann durchaus das Kriterium des Vertrauens und der Zuverlässigkeit vom österr Richter herangezogen werden. Einen Ersatzgesetzgeber wie das dt BVerfG mit Vorgabe einer Vorauswahlliste gibt es nach dem österr System nicht.

f) Direktionskanzlei

Die gerichtsinterne Zuständigkeit des jeweiligen Auswahlrichters ergibt sich in Österreich nach der Buchstaben-zuteilung. Dies hat sich beim Handelsgericht in Wien und Landesgericht in Graz geändert. Hier wurde eine zentrale Direktionskanzlei geschaffen, die den Fall einem Richter nunmehr zuteilt. So wissen es die Prätendenten im Falle der Anbahnung eines Verfahrens nicht, welcher Richter hierfür zuständig sein wird, was jegliche Einflussnahme im Vorfeld einer Insolvenz verhindert. Ein Schuldnervertreter ist auf einen Rückruf des Richters angewiesen, um möglicherweise einen Insolvenzantrag weiter zu begründen.

2. Bisherige Praxis der Verwalterbestellung in Deutschland

a) Ausgangssituation

Die Bund-Länder Arbeitsgruppe hatte sich bis zur Zäsur des BVfG vom 03.08.2004⁵⁷⁵ mit der Verwalterbestellpraxis beschäftigt.⁵⁷⁶ Aus den von dieser Arbeitsgruppe veranlassten empirischen Untersuchungen ergab sich, dass von den bestellten Personen im Jahr 2001 87 % Rechtsanwälte neben einzelnen Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Kaufleuten waren. Entscheidendes Ergebnis der Arbeitsgruppe war aber die Erkenntnis, dass die Bestellpraxis bei den einzelnen Insolvenzgerichten völlig uneinheitlich war. Einige Gerichte führten geschlossene Listen, es gab aber auch offene Listen. In die geschlossenen Listen kam in der Regel ein Prätendent nur, wenn ein Verwalter ausgeschieden war, einzelne Gerichte tolerierten einen zweiten oder dritten Verwalter aus der selben Kanzlei, sahen aber die Kanzlei als Einheit an. Trotz Vorhandenseins von Listen wurden aber auch Verwalter bestellt, die nicht auf der Liste waren, wie es sich oft bei Großverfahren zeigte. Fast alle Gerichte tolerierten mangelnde Vorbefassung, einige legten Wert auf das Örtlichkeitsprinzip, welches aber von vielen Gerichten durchbrochen wurde, wenn es um die Abwicklung größerer Verfahren ging. Hier war die Tendenz festzustellen, dass auch nicht gelistete Verwalter, meist aus größeren Kanzleien bedacht wurden. Einige Gerichte richteten sich nach den Vorschlägen von Gläubigern, andere Gerichte lehnten Gläubigervorschläge

⁵⁷⁵ BVfGE 1 BvR 135/00, ZIP 2004, 1649 f

⁵⁷⁶ Abschlussbericht der Bund-Länderarbeitsgruppe zur 73. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 10.06 bis 12.06 2002 in Weimar, www.justiznrw.de

kategorisch ab, so dass Prätendenten gut daran taten, Vorschläge zu verhindern. Alles andere waren die Auswahlkriterien mehr als transparent, denn der Insolvenzrichter hatte und hat auch bisher seine Auswahlentscheidung nicht zu begründen.

Bei einer rechtssoziologischen Untersuchung im Jahr 1978 wurden bereits folgende Auswahlkriterien genannt: Qualifikation, Fähigkeit, Sachverstand, spezielle juristische und wirtschaftliche Kenntnisse, persönliche Zuverlässigkeit, spezielle Eignung für bestimmte Insolvenzen, Kanzleiausstattung, Gewähr für zügige Bearbeitung und Ortsnähe.⁵⁷⁷ Das BVfG bestätigt dem Insolvenzrichter ein weites Auswahlmessen. Die Auswahlkriterien hat er dabei selbst herauszubilden, eine Konkretisierung des § 56 InsO erfolgte nicht.

b) Vorschläge der Verfahrensbeteiligten, melange à trois

Eine offizielle Einflussnahme auf die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters gibt es in Deutschland bei den 191 Insolvenzgerichten nicht. Bei einigen Gerichten ist festzustellen, dass sie einem **Vorschlag** eines Gläubigers folgen, zumindest berücksichtigen, andere Insolvenzgerichte nehmen einen Vorschlag indes zum Anlass, gerade nicht den vorgeschlagenen als Verwalter einzusetzen, weil eine Neutralität nicht vermutet wird. Gerade die institutionellen Gläubiger wie zB Banken beklagen den mangelnden Einfluss bei der Auswahl des Verwalters. So wurde auf dem 2. Deutschen Insolvenzverwalterkongress in München angeregt, eine Einbindung der Gläubiger bei der Aufnahme in die Vorauswahlliste als auch bei der Bestellung im Einzelfall vorzunehmen. Dies sollte in der Weise geschehen, informelle Treffen zwischen Gläubigern, Richtern und Rechtspflegern zu veranstalten, um durch diesen Erfahrungsaustausch den richtigen Verwalter zu bestimmen.

Mit dieser Maßnahme sollte ein Anhörungs- und Vorschlagsrecht einzelner institutioneller Gläubiger verbunden werden, sowie das Recht zur Auswahl des Insolvenzverwalters durch die Gremien der Gläubiger.⁵⁷⁸ Das gläubigerbestimmte „Detmolder Modell“ (3. Teil III.1.a) kommt dieser Verfahrensweise nah. Bei der Konzerninsolvenz Schieder sei es nach Angaben des Verwalters nur deswegen gelungen, bei den ausländischen Finanzinvestoren Vertrauen zu schaffen.⁵⁷⁹ Das Vorschlagsszenario wurde selten öffentlich gemacht, um nicht den Eindruck aufkommen zu lassen, die richterliche

⁵⁷⁷ Gessner/Rohde/Strate/Ziegert, Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland 1978, 55 f

⁵⁷⁸ Vortrag des Leiters der des Geschäftsbereichs Credit Consult der Bayern LB auf dem 2. Insolvenzverwalterkongress in München am 03.11.2007

⁵⁷⁹ Reuter in INDAT-REPORT 02/2008 S 15, Die westfälische Schieder-Gruppe ist der umsatzstärkste Möbelhersteller Europas und Top – Lieferant von Ikea

Unabhängigkeit bei der Auswahlentscheidung wäre nicht eingehalten.

c) Anwendung des Regionalprinzips

Auch nach den Vorgaben des BVfG ist das Örtlichkeitsprinzip bei den dt Insolvenzgerichten ein wichtiges Auswahlkriterium, wenn es um die Bearbeitung von kleinen und mittelgroßen Insolvenzen geht. Eine Entscheidung des Richters, der Ortsnähe bei der Auswahl Vorrang zu geben, liegt wohl im Auswahlermessen des Richters, auch wenn das BVfG wegen der modernen Nachrichtentechnik dieses Kriterium unter dem Gesichtspunkt der Erreichbarkeit eingeschränkt sieht. Wie auch hier die Befragungen ergeben haben, ist, wie in Österreich, für die Insolvenzrichter ausschlaggebend, dass der Verwalter die Strukturen vor Ort kennt, zu den wichtigen Institutionen, wie Finanzamt, Krankenkassen und auch Banken einen „kurzen Draht“ hat. Wichtig ist für die Richter zudem, dass der Verwalter die Gewähr dafür bietet, jederzeit erreichbar zu sein, was in der „heißen“ Anfangsphase für die befragten Gerichte besonders wichtig ist, und die gesetzlich vorgegebenen Aufgaben auch persönlich wahrnimmt. Einige Gerichte haben hierzu Zeitphasen aufgestellt,⁵⁸⁰ andere erwarten im Gerichtsort eine eigene selbständige Kanzlei.⁵⁸¹ Der Hinweis auf moderne Kommunikationstechniken verfängt bei einigen Gerichten nicht, für sie ist der persönliche Kontakt zu den Beteiligten insbesondere auch zu dem Schuldner, wichtig.

Bei den Verbraucherinsolvenzen ist das Örtlichkeitsprinzip das wichtigste Auswahlkriterium, denn dem oft mittellosen Verbraucher soll und kann nicht zugemutet werden, weit entfernte Insolvenzkanzleien oder Dependancen aufzusuchen.

Anders indes verhält es sich in Deutschland bei den Großverfahren. Hier spielt das Örtlichkeitsprinzip keine Rolle, hier geht es in der Hauptsache um die Reputation des Insolvenzverwalters.

d) Vertrauensverhältnis

Bei den vom Verfasser durchgeführten Befragungen ist primär auf das Vertrauensverhältnis hingewiesen worden. Dies ergab auch eine Befragung, die im Jahr 2002 bei den deutschen Insolvenzrichtern durchgeführt worden war.⁵⁸² Das Fehlen des Vertrauensverhältnisses zwischen Richter und Ver-

⁵⁸⁰ Frind in HK § 56 Rz 14

⁵⁸¹ OLG Hamm, ZIP 2008, 1189

⁵⁸² Degenhard/Borchers, Befragung von Insolvenzrichtern und Kreditinstituten zum Anforde-

walter ist indes kein Grund, einen Verwalter zu entlassen, wenn kein pflichtwidriges Verhalten vorliegt.⁵⁸³

e) Konformität mit der gesetzlichen Regelung

Die gesetzliche Regelung ohne gesetzliche Normierung des Anforderungsprofils bietet ein weites Auswahlmessen für den Insolvenzrichter. Die Vorgaben des BVfG erzeugen durch ihre Bindungswirkung, sofern es eine Kammerentscheidung ist, quasi Gesetzeskraft. Die Vorgaben einer Vorauswahlliste, obwohl de lege lata nicht vorgesehen, sind vom Richter vorbehaltlos einzuhalten.

VIII. Auswirkungen der europäischen Dienstleistungsrichtlinie auf die Auswahl und Bestellung des Verwalters

1. Anwendung der europäischen Dienstleistungsrichtlinie auf Masse-Insolvenzverwalter⁵⁸⁴

a) Tätigkeit des Verwalters als hoheitliche Maßnahme

Die Dienstleistungsrichtlinie befasst sich mit grenzüberschreitenden Dienstleistungen und der Niederlassung natürlicher und juristischer Personen aus dem europäischen Ausland in Deutschland.⁵⁸⁵ Erfasst ist nach Art 4 Nr.1 DL-RL jede Dienstleistung, die in selbständiger Tätigkeit erbracht wird, wobei gewerbliche und freiberufliche Tätigkeiten als Dienstleistungen anzusehen sind. Die europäische Dienstleistungsrichtlinie war nach den Vorgaben bis 28.12.2009 in nationales Recht umzusetzen. Die europäische Richtlinie nimmt Tätigkeiten öffentlicher Gewalt aus ihrer Anwendung heraus. Der Insolvenzverwalter ist nach den Ausführungen des BVfG zwar Träger eines hoheitlich begründeten, aber dennoch privaten Amtes und nicht aber ein Ge-

rungsprofil des Insolvenzverwalters, ZInsO 2001, 337 f

⁵⁸³ BGH v 01.03.2007, DZWIR 2007, 301; *Smid* InsO² § 59 Rn 5

⁵⁸⁴ RL 2006/123/EG v 12.12. 2006; ABI EU Nr. L 376, 36

⁵⁸⁵ *Graf-Schlicker* in *Kölner Schriften zur Insolvenzordnung*³ Köln 2009, Die Auswahl des Insolvenzverwalters im Lichte der Dienstleistungsrichtlinie, Kapitel Rz 5

hilfe des Gerichts oder Organ der Rechtspflege. Dasselbe gilt auch nach der IO ohne verfassungsrechtliche Bestätigung.

Nach dieser Definition und Vorgabe kann nach Auffassung einiger Rechtsexperten kein Zweifel daran aufkommen, dass ein Insolvenz- oder Masseverwalter dieser Definition nicht unterliegt.⁵⁸⁶ Nach dieser Auffassung ist dem Verwalter kraft Gesetzes ein privates Amt übertragen.

Nach *Sabel/Wimmer* ist mit der Bezeichnung "Amt" nur die Legitimation seiner Tätigkeit aus der Bestellung durch das Insolvenzgericht und die Unterwerfung dieser Tätigkeit unter die Aufsichtspflicht des Insolvenzgerichts gemeint.

Nach *Graf-Schlicker* ist der Insolvenzverwalter kein Staatsbeamter, nicht Organ der Rechtspflege und übt keine obrigkeitlichen Verrichtungen aus, was sich aus den Vorschriften der §§ 99-148 InsO ergibt.⁵⁸⁷

Der Insolvenzverwalter ist nach dieser Meinung weder Staatsbeamter noch Organ des Staates oder der Rechtspflege.⁵⁸⁸ Nach dieser Auffassung wäre aber die Konsequenz in Kauf zu nehmen, dass gemäß nach der in der Richtlinie vorgesehenen Niederlassungsfreiheit, die nach IO zulässige jur Person auch in Deutschland sich für Insolvenzverfahren bewerben könnte, obwohl die InsO in § 56 nur natürliche Personen vorsieht.

Smid ist der Auffassung dass die europäische Richtlinie keine Anwendung bei der Auswahl des Verwalters finden kann, weil nach Art 249 des EG-Vertrages Richtlinien nur im Bereich der Kompetenzen der europäischen Gemeinschaft möglich sind.⁵⁸⁹ Zudem wird die Anwendung der Richtlinie durch das unmittelbar geltende Gemeinschaftsrecht nach der EuInsVO ausgeschlossen.

Slopek sieht die Bestellung des Verwalters, von der der Verwalter seine Legitimation ableitet, als hoheitlichen Auftrag an und sieht den Verwalter in gewisser Weise in die staatliche Organisationsstruktur eingeordnet. Er betrachtet mithin den Verwalter als externen Funktionsträger mit hoheitlicher Gewalt. Dies korrespondiert auch mit der in Deutschland vorherrschenden Amtstheorie, nach der der Verwalter Partei kraft Amtes ist. Somit kann nach *Slopek* keine Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie stattfinden.⁵⁹⁰

⁵⁸⁶ *Sabel/Wimmer*, Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Auswahl des Insolvenzverwalters ZIP 2008, 2097-2107

⁵⁸⁷ *Graf-Schlicker* in Kölner Schriften, Kapitel 8 Rz 13

⁵⁸⁸ *Sabel/Wimmer*, Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, ZIP 2008, 2097-2107

⁵⁸⁹ *Smid*, Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12.12.2006 ohne Auswirkungen auf die Regelung von Vorauswahl des Insolvenzverwalters im deutschen Insolvenzrecht, ZInsO 2009, 113 f

⁵⁹⁰ *Slopek*, Viel Lärm um nichts: die Bestellung des Insolvenzverwalters und die Dienstleistungsrichtlinie, ZInsO 2008, 1243-1248, *Höfling*, Gutachten für VID, www.vid.de

Aufgrund der Vorgaben der InsO (Berichtspflicht, Zustellungspflicht etc) hat nach *Frind* der Verwalter eine „Rechtsfigur sui generis“ inne, wobei letztendlich der hoheitliche Charakter überwiegt und deshalb die Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie ausscheidet.⁵⁹¹ Durch die Äußerungen des BMJ aufgeschreckt erging im Oktober 2009 ein gemeinsamer Aufruf von Insolvenzrichtern und Insolvenzverwaltern sowie Gläubigervertretern, die eine Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie bei der Auswahl des Verwalters grundsätzlich ablehnen, weil der Insolvenzverwalter ein Organ der Rechtspflege und Träger öffentlicher Gewalt sei.⁵⁹² In der Herbsttagung der BAKinso 2009 wurde ebenso die Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie abgelehnt, weil der Beruf des Insolvenzverwalters der staatlichen Durchsetzung und Sicherung der Zwangsvollstreckung diene.⁵⁹³

Nach *Höfling* ist der Insolvenzverwalter externer Funktionsträger mit Teilhabe an Verfahrenshoheit und unterfällt daher nicht der Richtlinie.⁵⁹⁴

Der deutsche Anwaltsverein teilt diese Rechtsauffassung und hat dies durch Stellungnahme zum Referentenentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der Justiz (Stand 15.07.2010) mitgeteilt.⁵⁹⁵

Entgegen der Mehrzahl der Stimmen in der Literatur und der Richterschaft steht das deutsche BMJ auf dem Standpunkt dass die europäische Dienstleistungsrichtlinie zur Anwendung kommt.⁵⁹⁶

b) Auswirkungen

Folgte man den Ausführungen der Mitarbeiter des BMJ so ergäben sich gravierende Auswirkungen für die Auswahl des Verwalters.⁵⁹⁷

Die Dienstleistungsrichtlinie setzt zwei Grundfreiheiten des EG-Vertrages für den Dienstleistungsbereich um, einmal die Dienstleistungsfreiheit nach Art 45 EG und die Niederlassungsfreiheit nach Art 43 EG. Danach können sich europäische Insolvenzverwalter durchaus für das Amt des Verwalters bewerben, wenn nach Art 16 DI-RI die Voraussetzung einer dauernden Niederlassung, also nicht nur einer Briefkastenfirma erfüllt ist. Der Verwalter muss in dem Niederlassungsland eine feste Infrastruktur aufgebaut ha-

⁵⁹¹ *Frind*, Insolvenzverwaltung als private Dienstleistung, ZInsO 2008, 1250 f

⁵⁹² Gemeinsamer Aufruf von Insolvenzverwaltern, Insolvenzrichtern, Gläubigervertretern und Wissenschaftlern, ZInsO 2009, 1950-1952

⁵⁹³ Entschließung des BAKinso e.V zum Thema: gesetzgeberische Änderungsnotwendigkeit aus Sicht der insolvenzgerichtlichen Rechtsanwender, ZInsO 2009, 2391

⁵⁹⁴ *Höfling*, Freiheit und Regulierung der Insolvenzverwaltertätigkeit aus verfassungsrechtlicher Perspektive, JZ 2009, 339 f

⁵⁹⁵ Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins v 11.08.2010, www.anwaltsverein.de

⁵⁹⁶ *Graf-Schlicker*, Vortrag anlässlich des deutschen Insolvenzrechtstags in Berlin am 17-19.03.2010,

⁵⁹⁷ *Wimmer*, Vortrag anlässlich des Deutschen Insolvenzverwalterkongress 2008 in Potsdam am 06-08.11.2008

ben. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, bestehen nach den Befürwortern der Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie keine Hindernisse, einen nicht deutschen oder nicht österreichischen Verwalter zu bestellen. Eine jur Person als Verwalter, was in Österreich möglich ist, müsste in Deutschland zum Verwalteramt zugelassen werden.

Das BMJ hat am 19.07.2010 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der eur Dienstleistungsrichtlinie in der Justiz vorgelegt.⁵⁹⁸ Nach diesem Entwurf soll für das Verfahren zur Aufnahme in die Vorauswahllisten bei den Insolvenzgerichten Art 102 a in das EGIInsO eingeführt werden, demzufolge Angehörige eines anderen EU-Mitgliedstaates und Personen, die in diesen Staaten eine berufliche Zulassung haben, das Verfahren zur Aufnahme in eine vom Insolvenzgericht geführte Vorauswahlliste für Insolvenzverwalter über eine einheitliche Stelle nach den Vorschriften des VwVfG abwickeln können. Über Anträge soll innerhalb von drei Monaten entschieden werden.

Obwohl die Dienstleistungsrichtlinie auch für Österreich gilt, wurde dort nicht einmal eine Diskussion hierüber geführt. Trotz eindeutiger Aussage des dt BMJ gab es wegen der eur Dienstleistungsrichtlinie bisher keine Gesetzesinitiativen (obwohl die Frist hierzu am 28.11.2009 ablief) zur Schaffung eines Zulassungssystems, welches bei Durchsetzung der Richtlinie erforderlich wäre.

2. Fazit

ME ist die Dienstleistungsrichtlinie nicht anwendbar, weil der Insolvenzverwalter durch die Einbindung in hoheitliche Regularien einen Teil öffentlicher Gewalt, obwohl er bei seiner Tätigkeit Dienstleistungen erbringt. Der Auffassung von *Frind*, dass der Verwalter eine Rechtsfigur sui generis sei, schließt sich der Verfasser an. Der Insolvenzverwalter ist mE dem Bereich der fremde Vermögensmassen verwaltenden Personen wie Nachlassverwalter, Zwangsverwalter und Testamentsvollstrecker zuzurechnen.

Bei Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie und folgerichtiger Einbeziehung ausländischer Verwalter wäre dies nur in Form einer Berufszulassungsordnung zu regeln. § 56 InsO und § 80 IO wären indes dann zu ändern. Die Entscheidungen des BVfG zur Vorauswahl wären obsolet. Bei der Berufszulassung wäre zu beurteilen, ob ein staatliches Prüfungsverfahren eingeführt werden müsste. Tatsächlich gibt es nach Fristablauf am 28.11.2009 zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie nun durch den Referentenent-

⁵⁹⁸ BMJ: RefE zur Umsetzung der Dienstleistungs-RL, ZIP A 57

wurf legislativen Intentionen und Umsetzungsbemühungen.⁵⁹⁹ Ein richtlinienkonforme § 56 InsO, der die Legislative zwingt, eine Zulassungsverordnung zu beschließen, ist aber nicht in Sicht.⁶⁰⁰ In Österreich ist eine Diskussion nicht einmal entstanden, auch wenn hier die Organtheorie statt Amtstheorie vorherrscht.⁶⁰¹ Auch hier erbringt der Masseverwalter, Insolvenzverwalter zwar Dienstleistungen, durch die Einbindung zum Insolvenzgericht, den vorgeschriebenen Aufgaben, erfüllt er auch hoheitliche Aufgaben.

IX. Insolvenzverwalteramt: Natürliche Personen vs juristische Personen

1. Rechtslage in Österreich

Nach § 80 Abs 5 IO kann auch eine juristische Person zum Masseverwalter bestellt werden.⁶⁰² Nach hM ist auch die Bestellung eines Vereins zulässig, ausgeschlossen sind aber Personengesellschaften.⁶⁰³ In das Edikt ist indes die Person aufzunehmen, die die Verwaltung in der Ausübung der Masseverwaltung vertritt.

Nach § 80 b Abs 3 IO hat die juristische Person, sofern sie als Masseverwalter bestellt worden, ist das Vorliegen einer Vertretung nach Beratung gemäß Abs 2 Z 1-3 auch hinsichtlich der Gesellschafter, der zur Vertretung nach außen Berufenen sowie der maßgeblich an dieser juristischen Person beteiligten Person dem Konkursgericht bekannt zu geben.

Nach § 80 b Abs 4 IO sind die Umstände dann in der ersten Gläubigerversammlung zu erörtern, bei späterer Bekanntgabe in einer zu diesem Zweck einberufenen Gläubigerversammlung.

2. Rechtslage in Deutschland

Der Regierungsentwurf des Justizministeriums zur InsO, die 1994 beschlossen wurde und 1999 in Kraft trat, sah noch vor, dass auch juristische Perso-

⁵⁹⁹ Reuter, In der Warteschleife, INDAT-REPORT 02/ 2010 S 11

⁶⁰⁰ Stephan, Die EU-Dienstleistungsrichtlinie, ein Sturm im Wasserglas, INDAT-REPORT 02/2010 S 19

⁶⁰¹ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in BPB III § 81 Rz 2

⁶⁰² Durch das IRÄG 1982 wurde die Übereinstimmung mit § 29 Abs 5 AO hergestellt, der diese Möglichkeit bereits seit der AO 1934 vorsah.

⁶⁰³ Hierzberger/Riel in Konecny/Schubert § 80 KO Rn 29

nen als Insolvenzverwalter bestellt werden konnten.⁶⁰⁴ Erst der Rechtsausschuss des deutschen Bundestages verhinderte nach Anhörung der Insolvenzkreise, hauptsächlich der Insolvenzverwalter, dass juristische Personen das Amt des Insolvenzverwalters wahrnehmen konnten. Nach § 56 InsO sind seit Inkrafttreten der InsO nur natürliche Personen berufen, das Amt des Insolvenzverwalters auszuüben. Ein Hauptargument des Rechtsausschusses bzw. deren Berater war, dass die Zulassung von Verwaltergesellschaften mit der Höchstpersönlichkeit des Amtes des Insolvenzverwalters nicht zu vereinbaren wäre.

Nach den Vorgaben der InsO müssten zumindest die Kernaufgaben, die gesetzlich in der InsO normiert sind, höchstpersönlich von der Person des Insolvenzverwalters selbst ausgeführt werden und könnten nicht delegiert werden (sog Schattenverwaltung). In Deutschland hat sich die Schattenverwaltung (die Verwalter, die den bestellten Verwalter vertreten werden auch Grauverwalter genannt) weit verbreitet.

Hieraus wurde gefolgert, dass Verwaltergesellschaften nicht zugelassen werden können, da die Zuverlässigkeit bzw. die Vertrauenswürdigkeit bei einer juristischen Person nicht gegeben wäre, und es nicht möglich wäre, dass die Insolvenzabwicklung höchstpersönlich vorgenommen werden würde.

Tatsächlich ist festzustellen, dass gerade bei Großverfahren die höchstpersönliche Erfüllung der Aufgaben des Insolvenzverwalters nicht möglich ist. In Großverfahren findet eine umfangreiche Delegation wichtiger Aufgabenbereiche – auch schon aus dem tatsächlichen Erfordernis – statt. Viele Mitarbeiter der Insolvenzverwaltersozietäten sind in diesen Verfahren eingebunden und bearbeiten im „Team“ das Insolvenzverfahren. Insoweit ist das Argument der Höchstpersönlichkeit nicht unbedingt nachvollziehbar. Zudem kann eine juristische Person auch eine Person bestimmen, die als verantwortliche Person das Insolvenzverfahren betreut. Tatsächlich werden die juristischen Personen durch ihre Organe nach § 31 BGB vertreten, so dass auch bei Inkrafttreten der InsO es Stimmen gab, die den Ausschluss von juristischen Personen nicht für erforderlich hielten.⁶⁰⁵ Festzustellen war bei den Befragungen im Rahmen dieser Arbeit bei den österr Insolvenzbeteiligten, dass in Österreich die Vertreter der Verwaltungsgesellschaften die Aufgaben des Insolvenzverwalters höchstpersönlich wahrnehmen. Es kommt mithin nicht auf die bestellte Person, sondern darauf an, wer tatsächlich handelt. Das ist auch bei der Bestellung einer Gesellschaft, wie das Beispiel Österreich zeigt organisierbar.

⁶⁰⁴ BT-DRS 12/2443, § 65 InsO

⁶⁰⁵ *Braun*, Die Bedrohung der Konkurskultur durch Berufsgesellschaften mit beschränkter Haftung als Konkursverwalter, BB 1993, 2172; *Uhlenbruck*, Die juristische Person als Insolvenzverwalter nach dem Entwurf einer Insolvenzordnung, AnwBl 1993, 453 f

Weitere Stimmen der Literatur befürworten das Verwalteramt ausschließlich von natürlichen Personen ausüben zu lassen, weil es nach der deutschen Auswahlmethode bzw. nach den Vorgaben des Verfassungsgerichts nicht möglich sei, die Auswahlgrundsätze auf juristische Personen anzuwenden, da hierfür die Feststellung der Qualifikation und der Erfahrungen aller Mitarbeiter nicht möglich sei.⁶⁰⁶

3. Verfassungsrechtliche Überprüfung

Wie im 2. Teil unter V. 1. festgestellt, hat sich die Insolvenzverwaltung zu einem eigenständigen Berufsbild, spätestens nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (B VfG v 03.08.2004), herausgebildet. Berufsausübung unterliegt dem Schutz von Art 12 GG. Den Gesellschaften, die sich auf dem Gebiet der Insolvenzverwaltung ausdehnen bzw. ausdehnen wollen, wird durch die Einschränkung auf natürliche Personen der Berufsordnung verwehrt. Nach Art 19 GG gelten die Grundrechte aber auch für inländische, juristische Personen. Aus diesem Grund ergibt sich schon de lege lata, dass die Beschränkung des Insolvenzverwalteramtes auf ausschließlich natürliche Personen **verfassungswidrig** ist.

4. Fazit

Nach Auffassung des Verfassers ist daher der deutsche Gesetzgeber aufgerufen, wie im österreichischen Recht, auch **juristische Personen** zur Insolvenzverwaltung **zuzulassen**. Der weitere Ausschluss ist mE nach Art 19 GG verfassungswidrig.

Die Kritiker übersehen, dass auch die Organe einer Überprüfung unterliegen können. Schließlich wird vom Insolvenzgericht auch nicht überprüft, ob die von einem Insolvenzverwalter eingesetzten Mitarbeiter den Anforderungen entsprechen. Aus diesem Grund ist das Argument, dass eine Überprüfung der fachlichen Voraussetzung nicht möglich ist, nicht nachvollziehbar.

Problematisch könnte es allenfalls sein, dass durch gesellschaftsrechtliche Vorgaben, nämlich der Abberufung von Geschäftsführern, die für die Durchführung des Insolvenzverfahrens als Vertretungsorgan verantwortlich sind, eine gerichtliche Entscheidung unterlaufen werden könnte.

Hier könnte das Gericht als Korrektiv Maßnahmen nach § 59 InsO auf Entlassungsanregung treffen, aber auch in Eigeninitiative die neue Person aus dem Amt des Insolvenzverwalters entlassen. Aus diesem Grund wäre wohl

⁶⁰⁶ *Pape*, Konkursverwalter mit beschränkter Haftung, ZIP 1993, 737 f

die Auswechslung der Vertretungsorgane nur ein theoretisches Problem. Keine Verwaltungsgesellschaft würde das Risiko einer Entlassung nach § 59 InsO eingehen, was mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden wäre.

Die Befürchtung, dass große Wirtschaftsgesellschaften den Insolvenzverwalterkanzleien Konkurrenz machen würden, ist mE nicht gegeben, wie das Beispiel Österreich zeigt. Die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie ist in diesem Punkt abzulehnen.⁶⁰⁷

X. Seitenblicke

1. Das Auswahlverfahren in den Nachbarländern

a) Frankreich

aa) Entstehungsgeschichte

Am 01.06.2006 trat in Frankreich ein neues Insolvenzrecht in Kraft. Das „Gesetz zum Erhalt von Unternehmen“ (loi sauvegarde des entreprises). Kernstück war die procedure de sauvegarde. Durch frühzeitige Antragstellung sollten danach rechtzeitig Sanierungsmaßnahmen eingeleitet werden. Nach dem Antrag auf Eröffnung der procedure de sauvegarde wurde vom zuständigen Handelsgericht ein Verwalter, ein administrateur judiciaire, eingesetzt. Die krisenbetroffenen Unternehmer scheuten dennoch diesen Schritt. Deshalb ergänzte der französische Gesetzgeber 2008 die procedure de sauvegarde, um den Insolvenzschuldner oder Unternehmenschef in den Mittelpunkt zu stellen und ihn durch rechtzeitigen Insolvenzantrag zu Sanierungsbemühungen zu veranlassen.⁶⁰⁸ Der Schuldner soll hierbei mit dem Gläubigerausschuss einen Sanierungsplan ausarbeiten.⁶⁰⁹ Nach der Reform 2006

⁶⁰⁷ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, www.bmj.de
Die Stellungnahme geht davon aus, dass Insolvenzverwalter nicht der Dienstleistungsrichtlinie unterfallen, hält ungeachtet dessen die Zulassung von jur Personen für nicht möglich.

⁶⁰⁸ *Dezant/Ehret*, Die Reform des französischen Insolvenzrechts v 15.02.2009, ZInsO 2009, 990 f
Verordnung Nr 2008-1345 v 18.12.2008

⁶⁰⁹ *Dammann* in Pannen, Europäische Insolvenzordnung 2, 2007

gibt es in Frankreich fünf verschiedene Verfahrensarten: mandataire ad hoc, die procedure de sauvegarde, die procedure de conciliation, das unter gerichtlicher Aufsicht stehende Sanierungsverfahren (judiciaire redressement) und das reguläre Insolvenzverfahren (liquidation judiciaire).

bb) Vorschlagsrecht des Schuldners und Gläubigers

Aus dem primären Sanierungsziel heraus hat der franz Gesetzgeber dem Schuldner die Möglichkeit gegeben, bei der procedure de sauvegarde dem Handelsgericht, bei dem das Insolvenzverfahren historisch angesiedelt ist, einen Insolvenzverwalter **vorzuschlagen**.

Der Insolvenzverwalter hat in diesem Verfahren nur eine Überwachungsfunktion. Das Verfahren gleicht der Eigenverwaltung nach § 270 InsO. Das Gericht räumt sich bei der procedure sauvegarde eine Beobachtungszeit ein. Verstreicht diese, ohne das ein Sanierungsplan erarbeitet worden ist, kommt es zur Eröffnung des redressement judiciaire, dem eigentlichen Insolvenzverfahren.⁶¹⁰ Nach einer weiteren Beobachtungsphase entscheidet das Gericht über eine Liquidation (liquidation judiciaire).

cc) Administrateur judiciaire und mandataire judiciaire

Das französische Insolvenzrecht **setzt** bei der Durchführung eines Insolvenzverfahrens zwei Organe **ein**. Einmal den administrateur judiciaire, der dem Masse-Insolvenzverwalter nahe kommt. Der administrateur judiciaire ist ein Sanierungsverwalter, er analysiert das schuldnerische Unternehmen, erarbeitet Lösungskonzepte für eine Weiterführung und kann dabei auch im Lager des Schuldners stehen.

Der mandataire judiciaire vertritt die Gläubigerinteressen. Der administrateur judiciaire und mandataire judiciaire sind eigenständige Berufe und dürfen nicht nebenbei ausgeübt werden. Nur eine Anwaltstätigkeit ist erlaubt. Beide Verwalterberufe müssen vor der Zulassung ein zusätzliches Examen (examen d' access du stage) abgelegt haben. Sowohl der administrateur judiciaire als auch der mandataire de judiciaire werden vom Gericht ausgewählt und bestellt.

⁶¹⁰ *Dammann* in Pannen, Europäische Insolvenzordnung 2, 2007

dd) Erforderlichkeit einer Berufszulassung

In Frankreich erfolgt die Berufszulassung über eine landesweite, von der nationalen Kommission geführten Liste (Art L 621-8 I Code de commerce).⁶¹¹ Zum administrateur judiciaire kann nur zugelassen werden, wer die hohen Anforderungen (berufliche Kenntnisse und Fertigkeiten) erfüllt. Diese hohen Anforderungen hatten zu einer geringeren Zahl von Verwaltern geführt. Dies hatte eine häufige Bestellung einzelner Verwalter, sogar eine Monopolstellung von Verwaltern mit sich gebracht, die auch häufig Kapazitätsauslastungen zur Folge hatte. Ein Wettbewerb der Prätendenten entstand bisher nicht, dennoch hat das Kassationsgericht entschieden, dass trotz Listeneintrag ein Anspruch auf Bestellung nicht gegeben ist.⁶¹²

Die Bund Ländergruppe Insolvenzrecht hat im Rahmen eines rechtsvergleichenden Überblicks das franz. „Vorauswahlverfahren“ in der Form der gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen mit der mehrjährigen Vorbereitungszeit und anschließender Prüfung betrachtet. Unter Hinweis auf die andersartige deutsche Rechtstradition und im Hinblick auf die Vielzahl von kleinen Verfahren, die keinen hochspezialisierten Verwalter erfordern wurde das franz. Auswahlverfahren abgelehnt.⁶¹³

ee) Vorrang der concillation

Im Gegensatz zu Österreich und Deutschland nahmen die vor genannten Verfahren nicht zu. Ausschlaggebend war das seit 2005 eingeführte Schlichtungsverfahren, die concillation.⁶¹⁴ Durch die concillation sollen sehr viele Insolvenzverfahren abgewendet worden sein. Während der concillation ist es den Gläubigern untersagt ein Insolvenzverfahren einzuleiten.⁶¹⁵ Nach Art L 611-4 Code de Commerce kann der Schuldner ein Insolvenzverfahren beantragen, wenn wirtschaftliche Schwierigkeiten bestehen. Dieses Verfahrens dauert 4 Monate, in dieser Zeit muss der Vergleich bestätigt werden (constatation). Im Falle der concillation hat ein gerichtlich bestellter conciliateur (Vermittler) den Auftrag einen Vergleich mit den Gläubigern zu

⁶¹¹ Vallender, Regelungstendenzen zur Verwalterbestellung im französischen, österreichischen und deutschen Insolvenzrecht, NZI 2002, 513 f

⁶¹² Vallender, Regelungstendenzen zur Verwalterbestellung im französischen, österreichischen und deutschen Insolvenzrecht, NZI 2002, 513 f

⁶¹³ Gesetzesentwurf der Bundesregierung; Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens 11, www.bmj.bund.de

⁶¹⁴ In den letzten Jahren seit Einführung der concillation wurden ca 2/3 aller Verfahren mit einem Vergleich abgeschlossen

⁶¹⁵ Dammann, Französische Insolvenzrechtliche Vorverfahren- ein Modell für Deutschland, Vortrag 13.01.2009 ak-inso-koeln.de; Die Erfolgsrezepte französischer vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren, NZI 2009, 502 f

erreichen.

b) Schweiz

aa) Entstehungsgeschichte

Zwölf Jahre nach der deutschen Konkursordnung im Jahr 1877 entstand 1889 das schweizerische Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs (SchKG).⁶¹⁶ 1949 wurde das Schweizer Konkursrecht erstmalig, 1994 komplett novelliert. Das Schweizer Recht unterscheidet zwischen der Generalexekution (Konkurs) und der Spezialexekution (Einzelzwangsvollstreckung - Beitreibung). Die Konkursöffnung kann jeder Gläubiger verlangen, wenn die engen Voraussetzungen des § 190 SchKG erfüllt sind.⁶¹⁷ Hierbei knüpft das Gesetz an die Unredlichkeit des Schuldners und die Zahlungseinstellung an, wenn ein Handelsgewerbe betrieben wird. Der Schuldner ist befähigt einen Antrag zu stellen, wenn er eine sog Konkurserklärung abgibt, dass er zahlungsunfähig ist.

Beim Gläubigerantrag müssen diese dem Schuldner den Konkurs androhen. Leistet der Schuldner dennoch nicht, kann der Gläubiger nach 20 Tagen das sog Konkursbegehren einreichen.

bb) Zuständigkeit

Nach Art 171 SchKG ist für die Konkursöffnung ausschließlich das Konkursgericht zuständig. Zuständig ist das kantonale Gericht am Schuldnersitz, das den Antrag prüft.⁶¹⁸ Funktionell ist dort der Konkursbeamte zuständig. Nach einigen Landesgesetzen kann der Konkursbeamte auch ein Notar sein.⁶¹⁹ Das Konkursgericht kann zwei Verfahren einleiten, entweder das ordentliche Konkursverfahren oder das summarische Konkursverfahren. Das summarische Verfahren findet in einfachen Fällen statt. Das Vermögen des Schuldners wird vom Konkursgericht gesichtet und inventarisiert. Das gesamte Vermögen wird zur Masse gezogen (Art 197 SchKG).

⁶¹⁶ Bundesgesetz vom 11.04.1889 über Schuldbeitreibung und Konkurs (SchKG), AS 11, 529

⁶¹⁷ §190 SchKG: der Aufenthalt des Schuldners ist unbekannt, der Schuldner hat sich abgesetzt, um sich den Verbindlichkeiten zu entziehen, der Schuldner hat betrügerische Handlungen zN der Gläubiger begangen, ein vom Schuldner erfolgter Nachlassantrag wird verworfen, eine Nachlassstundung wird widerrufen, der ein Handelsgewerbe betreibende Schuldner hat seine Zahlungen eingestellt.

⁶¹⁸ Art 166 SchKG

⁶¹⁹ § 2 Abs 2 des Züricher Notargesetzes und § 2 EG SchKG

cc) Auswahl des Verwalters

Nach Art 232 Abs 2 5 SchKG findet 20 Tage nach der Aufforderung zur Forderungsanmeldung die erste Gläubigerversammlung statt. In dieser Versammlung wird geklärt, ob das Konkursamt das Verfahren oder eine oder mehrere Personen das Verfahren durchführen.⁶²⁰ Auch eine jur Person kann bei einer außeramtlichen Konkursverwaltung diese durchführen.⁶²¹ Die Gläubigerversammlung entscheidet zudem über die Weiterführung des Betriebes oder sofortige „Versilberung.“ Entscheidet sich die Gläubigerversammlung für eine private Konkursverwaltung kann sie den oder die Präkandidaten, die sich gerade bei größeren Verfahren melden, **wählen**. Die Verwalterbestellung liegt mithin bei diesem Verfahren ausschließlich in Gläubigerhand. Der (die) Verwalter (ung) hat nach Art 270 SchKG das Verfahren so rasch wie möglich zu Ende zu bringen. Eine Auswechslung des (der) Verwalter(s) scheidet daher grundsätzlich aus.⁶²² In der Schweiz ist Kritik aufgekommen, dass die Konkursämter dem zunehmenden Branchenwissen nicht mehr gerecht werden. Nach dem Schweizer Konkursrecht gibt es keine (finanziellen) Anreize, die den Konkursbeamten bewegen könnten, von seinem schematischen Verhalten abzuweichen. Von einigen Insolvenzrechtsexperten wird daher ein Spezialisten-Pool für die Bearbeitung schwieriger Insolvenzfälle gefordert, aus dem ein Verwalter gewählt wird.⁶²³

c) Slowenien

aa) Entstehungsgeschichte

1991 wurde das Gesetz über den Ausgleich, den Konkurs und die Liquidation von 1889 (jugoslawisches Insolvenzgesetz) in die Rechtsordnung übernommen.⁶²⁴ 1993 wurde die Neufassung von Insolvenzgesetzen verabschiedet, wobei das österr Insolvenzrecht als Vorbild galt. Es wird unterschieden zwischen Konkurs, Ausgleich und Liquidation (ZPPSL). Seit dem 01.08.2008 ist in Slowenien auch der Privatkonkurs möglich. Die Einleitung des Verfahrens erfolgt durch Schuldner oder Gläubigerantrag

⁶²⁰ Beim Konkurs der belgischen Fluglinie Sabena wurden für die schweizer Töchter mehrere Verwalter eingesetzt

⁶²¹ BGE 101 III 43

⁶²² BGE 109 III 87, 88

⁶²³ Magazin für Wirtschaftspolitik 05/2010 1f

⁶²⁴ Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (slowenisches Amtsblatt Nr 67/93)

bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Das Insolvenzverfahren in Slowenien hat durch die Krise von großen Firmen erheblich an Bedeutung gewonnen.⁶²⁵

bb) Zuständigkeit

Sowohl die Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens als auch die Auswahlentscheidung des Verwalters obliegt bei jur Personen den Kreisgerichten am Wohnsitz des Schuldners, die in Österreich den Landesgerichten entsprechen. Bei Verbrauchern sind die Bezirksgerichte zuständig.⁶²⁶

Die Entscheidung obliegt intern einer Richterammer (Konkurssenat), die aus drei Berufsrichtern besteht. Nach Art 78 f ZPPSL kann nur zum Verwalter bestellt werden, wer die Fachprüfung zur Ausübung der Funktion eines Verwalters in Ausgleichs- Konkurs- und Liquidationsverfahren abgelegt hat.⁶²⁷

cc) Auswahl des Verwalters

In Slowenien gibt es ein **strenges Listensystem**. Danach werden die Insolvenzverwalter nach Liste **in der Reihenfolge bestimmt und ernannt**. Die Beauftragung einer jur Person ist möglich.

Die Richterammer ist an die Liste gebunden. Regelmäßig wird dem Verwalter durch das Gericht ein Gläubigerausschuss zur Seite gestellt. Gegen Entscheidungen des Gerichts kann jeder Gläubiger Beschwerde einlegen.

d) Ungarn

aa) Entstehungsgeschichte

Der Beginn des Insolvenzrechts erfolgte auch hier nach der Wende 1990 durch die Einführung des Gesetzes über das Konkurs- Liquidations- und Abwicklungsverfahren KuLG).⁶²⁸ Das Gesetz trat in der Grundfassung am 01.01.1992 in Kraft und wurde in der Folgezeit mehrfach geändert, um das Insolvenzverfahren den marktwirtschaftlichen Anforderungen anzupassen.

⁶²⁵ Solid, Zeitung für Wirtschaft und Technik v 22.02.2010, Baufirma Vegrad in schweren Turbulenzen; Der Standart, 26.03.2009, Slowenische Istrbenz kämpft mit der Insolvenz.

⁶²⁶ zakon o financnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilem prenehanju, Art 45

⁶²⁷ *Struc*, Slowenisches Insolvenzrecht, ZIK 2005, 159 f

⁶²⁸ Magyar Közlöny nachfolgend KuLG

Das Gesetz über das Konkurs-, Liquidations- und Abwicklungsverfahren (Konkurs und Liquidationsgesetz, KuLG) ist in drei Abschnitte unterteilt, nämlich Konkurs, Liquidation und Abwicklung.⁶²⁹ Mit der Novelle zur Änderung des Gesetzes über die Konkurs- und Liquidationsverfahren v 1991, das am 01.09.2009 in Kraft trat, sollten aufgrund der Vielzahl der Insolvenzen, im Jahr 2009 waren im ersten Quartal bereits 6906 Insolvenzen zu melden, Sanierungen erleichtert werden. Danach kann ein Verfahren ohne Beteiligung der Gläubiger eingeleitet werden. Das Konkursverfahren ist nach ungarischem Rechtsverständnis ein vorgeschaltetes Vergleichsverfahren, mit dem Ziel, das Liquidationsverfahren als eigentliches Insolvenzverfahren abzuwenden.⁶³⁰ Es entspricht dem österr Ausgleichsverfahren.

bb) Zuständigkeit

Das Liquidations- und Reorganisationsverfahren gehört in die sachliche Zuständigkeit der Bezirksgerichte (Komitatsgericht) bzw. des hauptstädtischen Gerichts in Budapest (§ 6 Abs 1 KuLG). Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem Sitz des Schuldners (§ 6 Abs 1 KuLG). Diese Verfahren werden als nichtstreitige Sonderverfahren von diesen Gerichten durchgeführt.

cc) Auswahl des Verwalters

Der Liquidator nach § KuLG wird nach der Novelle v 01.09.2009 nicht mehr im Ermessen des Gerichts bestimmt, sondern über **ein elektronisches Zufallsverfahren aus einer Liste (§ 27 Abs 1)**.⁶³¹ Zuvor war er sowohl im Liquidations- (§ 27 a Abs 1 KuLG) als auch im Reorganisationsverfahren (§ 14 Abs 1 KuLG) vom zuständigen Gericht zur Durchführung des Verfahrens aus einer **Liste nach Reihenfolge ernannt worden**.⁶³² Die Liste (Verzeichnis) wird von der Regierung geführt. Vorausgehend ist ein Ausschreibungsverfahren, das vom Finanzministerium geleitet wird.⁶³³ Fachlich hat der Prätendent hierbei die juristischen und wirtschaftlichen Kenntnisse nachzuweisen. Dabei können sowohl natürliche als auch juristische Personen als Liquidationsverwalter eingesetzt werden. Wird eine juristische Person eingesetzt, muss diese einen Liquidationsbeauftragten ernennen, der nur eine

⁶²⁹ Törvény a csödeljarasrol es a felszamolassi eljarasrol

⁶³⁰ Csödeljaras-eorganizaczió, Kapitel II §§ 1 Abs 2

⁶³¹ German trade & invest, Aktuelle Änderungen des ungarischen Insolvenzrechts, www.gtai.de

⁶³² The 2006 INSOL, Directory published by GTI Specialist Publishers in partnership with insol, 31,

⁶³³ Török, II 3

natürliche Person sein kann. Laut Praktikerauskunft soll diese Liste indes nicht wirklich angewandt werden.⁶³⁴

Ein Liquidationsverwalter kann vom Gericht abberufen werden, wenn ein Ausschlussgrund nachträglich festgestellt wird, wenn der Verwalter aus dem Verwalterverzeichnis gelöscht wird, wenn gegen ihn ein Liquidationsverfahren eröffnet wird, er aus gesundheitlichen Gründen verhindert ist (§ 27 a Abs.6 KuLG) oder wenn er seine Pflichten wiederholt oder schwerwiegend verletzt (§ 27 a Abs 8 Satz 1 KuLG).

Nach dem Änderungsgesetz von 1997 wird der Verwalter neben dem Schuldner und Gläubiger als Partei im Verfahren angesehen. Im KuLG wird der Verwalter im Reorganisationsverfahren als „Sequester“, der Verwalter im Liquidationsverfahren als „Liquidator“ bezeichnet.

Die Gläubiger können zur Wahrung ihrer Interessen im Rahmen jedes im KuLG geregelten Verfahrens einen Gläubigerausschuss bilden. Im Rahmen des Reorganisationsverfahrens muss vom Schuldner binnen 30 Tagen nach Eröffnung des Reorganisationsverfahrens die Gläubigerversammlung einberufen werden, damit die Einwilligung der Gläubiger zur Gewährung eines Moratoriums eingeholt werden kann (§ 9 KuLG).

e) Slowakei

aa) Entstehungsgeschichte

In der Slowakei wurde 1991 nach den politischen Veränderungen wieder das Gesetz über Konkurs und Vergleich eingeführt (KuVglG). Vorbild für diese neue Regelung war das Gesetz der Tschechisch-Slowakischen Republik Nr. 34 aus dem Jahr 1931 über Konkurs-, Vergleichs- und Anfechtungsordnung. Die Bedeutung des Insolvenzrechts hat in der Slowakei erheblich zugenommen. Im Dezember 2000 wurden bereits 6358 Verfahren gezählt. Ein erheblicher Anstieg der Insolvenzen (um 40%) war im Jahr 2009 aufgrund der Wirtschaftskrise zu verzeichnen.

Vor der Neuregelung des Insolvenzrechts ergingen seit 1998 einige Novellen, unter anderem das 1996 eingeführte Vorkonkursverfahren. Dies wurde allerdings aufgehoben, da es nicht effektiv war, es musste unter der Beteiligung des Gemeinschuldners und seiner Gläubiger durchgeführt werden. Stattdessen wurde das Institut des vorläufigen Konkursverwalters eingeführt.

⁶³⁴ Köhler-Ma, Verwalterauswahl und Qualitätskriterien im internationalen Vergleich, DZWIR 2006, 231 f

Der vorläufige Konkursverwalter ermittelt das Vermögen des Gemeinschuldners und überprüft seine Handelsbücher, er wird vom Gericht ernannt.⁶³⁵ Im Jahr 2004 wurde in der Slowakischen Republik ein neues Insolvenzrecht eingeführt, das am 01.01.2006 als Gesetz über Konkurs und Restrukturierung (Zákon o konkurze a reštrukturalizácii, KRG) in Kraft trat.⁶³⁶ Das aktuelle slowakische Insolvenzrecht bietet zwei Verfahren an. Die Restrukturierung (§§ 108-165 KRG), die auf die Befriedigung der Gläubiger im bei Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes gerichtet ist und den Konkurs (§§ 11-107 KRG), der die Gläubigerbefriedigung bei Veräußerung aller insolvenzbefangenen Vermögensgegenstände vorsieht.

bb) Zuständigkeit

Für das Konkurs- und Restrukturierungsverfahren sind drei Kreisgerichte zuständig (Kreisgerichte sind in der Slowakei Gerichte zweiter Instanz, im Fall von Insolvenzverfahren fungieren sie als Eingangsinstanz). In der slowakischen Republik entscheiden 25 Konkursrichter über die Einleitung des Insolvenzverfahrens. Das Verfahren führt der Einzelrichter, er entscheidet durch Beschluss. Vor dem eigentlichen Insolvenzverfahren kann ein Restrukturierungsverfahren eingeleitet werden.⁶³⁷ Dieses ist zulässig, wenn ein positives Gutachten die Weiterführung des Unternehmens nicht ausschließt.

cc) Auswahl des Verwalters

Mit dem vorgenannten Beschluss ernennt das Gericht den Konkursverwalter und ruft alle Gläubiger auf, ihre Forderung binnen 45 Tagen ab Verfahrenseröffnung anzumelden.

Der Konkursverwalter wird vom Konkursrichter aus einer **Liste** der Konkursverwalter, die bei den jeweiligen zuständigen drei Kreisgerichten geführt wird, ausgewählt.⁶³⁸ Die Funktion kann nur eine natürliche Person ausüben.⁶³⁹ Der Konkursverwalter muss folgende Voraussetzungen erfüllen: volle Geschäftsfähigkeit, angemessene fachliche Qualifikation und keine strafbaren Handlungen. Die Eintragung in die Liste der Konkursverwalter ist durch Rechtsverordnung geregelt.⁶⁴⁰ Die Bestellung der Konkursverwalter erfolgt seit dem Inkrafttreten der letzten Änderung **aus der Liste nach der**

⁶³⁵ *Smid*, Praxishandbuch Insolvenzrecht⁵ Berlin 2007 § 43 Rz 30

⁶³⁶ www.justice.gov.sk, zákon o konkurze a reštrukturalizácii

⁶³⁷ Die Billigfluglinie SKYEurope stellte nach erfolglosem Restrukturierungsverfahren am 01.09.2009 den Antrag auf Einleitung eines Insolvenzverfahrens, welches später mangels Masse eingestellt wurde.

⁶³⁸ *Smid*, Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts, Schriften zum deutschen und internationalen Insolvenzrecht XI, 127 f

⁶³⁹ *Lowitzsch*, 238

⁶⁴⁰ *Lowitzsch*, 239

Reihenfolge der Eintragungen.⁶⁴¹ Dies bedeutet, dass sich der Konkursrichter vor einer Auswahlentscheidung darüber Klarheit verschaffen muss, welcher Verwalter aus der beim Konkursgericht geführten Verwalterliste in den letzten Insolvenzverfahren zuletzt berufen worden ist.⁶⁴² Auch die Slowakei kennt einen vorläufigen Insolvenzverwalter. Liegen Anhaltspunkte für die Insolvenz des Schuldners vor, bestimmt das Insolvenzgericht einen vorläufigen Verwalter, der das Vermögen des Schuldners ermittelt und sichert. Ähnlich wie in Deutschland kann in diesem Fall der Schuldner nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters agieren.

Die Gläubigerversammlung ist eine wesentliche Institution im institutionellen Rahmen des Insolvenzverfahrens in der Slowakei. Zu den Kompetenzen der ersten Gläubigerversammlung gehört seit der Novelle 2000 der Antrag zur Bestellung eines neuen Verwalters. Für die Verabschiedung des Antrags auf Bestellung eines neuen Verwalters ist eine 2/3 Mehrheit der Stimmen der Anwesenden oder ordentlich vertretenen Gläubiger notwendig. Wird dem Antrag auf Bestellung eines neuen Verwalters oder dem Verwertungsplan in der Gläubigerversammlung nicht zugestimmt, oder ist die Gläubigerversammlung nicht beschlussfähig, so beruft das Gericht eine weitere Gläubigerversammlung mit derselben Tagsatzordnung ein. In dieser wiederholten Gläubigerversammlung ist dann eine zur Beschlussfassung notwendige 2/3 Mehrheit nicht mehr erforderlich. Eine Abwahl des Insolvenzverwalters ist nicht vorgesehen.

f) Kroatien

aa) Entstehungsgeschichte

Das kroatische Insolvenzgesetz trat am 01.01.1997 in Kraft und mit Wirkung ab Dezember 2000 novelliert. Das Gesetz unterscheidet zwischen Konkurs und Reorganisation. Anlehnend an die dt InsO ist die Eigenverwaltung impletiert, bei der der Schuldner unter Aufsicht eines Konkurstreuhänders die Konkursmasse selbst verwaltet. Ein Privatinsolvenzverfahren soll 2013 eingeführt werden.

⁶⁴¹ Köhler-Ma, Verwalterauswahl und Vergleichskriterien im internationalen Vergleich, DZWIR 2006, 228 f

⁶⁴² Smid, Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts, 125

bb) Zuständigkeit

Zuständig für das Insolvenzverfahren ist in Kroatien gem Art 5 KG das Handelsgericht, in dessen Gebiet sich der Sitz des Schuldners befindet. In Kroatien gibt es neun Handelsgerichte und ein Handelsgerichtshof, der in Zagreb angesiedelt ist. Das wesentliche Organ des Insolvenzgerichts war bis zum 30.08.2003, dem Inkrafttreten der dritten Novelle, der aus drei Richtern bestehende Konkursrat. Seit dem 30.08.2003 ist die dritte Novelle des Insolvenzrechts in Kraft. Die dritte Novelle sah vor, eine Vereinfachung des Verfahrens herbeizuführen und auch eine Beschleunigung, unter anderem auch durch eine Begrenzung der Anzahl der Verfahrensbeteiligten. Aus diesem Grund wurde gemäß Art 3 des Gesetzes über die Änderung und Ergänzung des Konkursgesetzes vom 23.07.2003 der Konkursrat geändert und an seine Stelle als Verfahrensbeteiligter in Art 15 KG der Konkursrichter eingeführt. Dieser erledigt nunmehr als Einzelrichter die dem Konkursrat obliegenden Aufgaben.

cc) Auswahl des Verwalters

Wie vorerwähnt war zur Auswahl des Konkursverwalters bis 2003 der Konkursrat berufen. Im Jahr 1999 wurden erste Anforderungen an die Qualität des Konkursverwalters gestellt. Gem. Art 21 a KG musste der Prätendent eine Universitätsprüfung vorweisen und eine Staatsprüfung ablegen, die aus den Fächern Insolvenzrecht, Grundzüge des Bürgerlichen Rechts und des Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Grundzüge des Finanz- und Rechnungswesens bestand.

Nach der zweiten Konkursnovelle Ende 2000 wurde eine Liste der Konkursverwalter erstellt, die vom Vorsitzenden des Handelsgerichtshofes erstellt wurde. Dies hatte nach Auffassung des kroatischen Gesetzgebers den Vorteil der Vergleichbarkeit der Beurteilung von Sachgründen und Geschäftserfahrung von Konkursverwaltern als Auswahlkriterien für ihre Bestellung.

Mit der **zentral geführten Liste** sollte die Möglichkeit gegeben sein, die Einsetzung von Konkursverwaltern im ganzen Staatsgebiet zu regeln und auch eine Einflusseinnahme lokaler Interessengruppen zu vermeiden. In Kroatien konnte keine juristische Person zum Konkursverwalter bestellt werden. Eine völlige Neuordnung des als Konkursverwalter einsetzbaren Personenkreises brachte die dritte Konkursgesetznovelle mit sich. Danach kann nunmehr gem. Art 20 KG nur noch bestellt werden: Ein Rechtsanwalt, eine Rechtsanwaltskanzlei mit einem Wirtschaftsberater als Mitglied oder

ein Mitglied einer OHG, welches im Handelsregister für die Erledigung von Konkursverwaltertätigkeiten angemeldet ist, wenn das Mitglied zugleich die hohe Arbeitsbefähigung inne hat und die Staatsprüfung für Konkursverwalter bestanden hat.

Diese neue Regelung hat von den bisherigen Konkursverwaltern Kritik erfahren, da bemängelt wurde, dass die zwingende Vorgabe der Verbindung von Registrierung von mindestens zwei Konkursverwaltern in einer OHG in einer haftungsrechtlichen Sinne Probleme bereitet.

Das kroatische Konkursverfahren lehnt sich stark dem deutschen Insolvenzverfahren an. In dem Beschluss über die Einleitung des Vorverfahrens kann der Konkursrichter einen **vorläufigen Konkursverwalter ernennen**. Auch in Kroatien kann in diesem Fall die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Konkursverwalter übergehen. Die Rechte und Pflichten des vorläufigen Konkursverwalters sind streng der deutschen InsO nachgebildet:

Wird ein vorläufiger Konkursverwalter bestellt und dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt, so bestimmen sich die Pflichten und Befugnisse des Konkursverwalters nach dem Gesetz, d.h. insbesondere nach Art 45 Abs 1 Z 2 Nr 1-3 und Abs 2 KG. Wird ein vorläufiger Konkursverwalter bestellt, ohne dass dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt wird, so bestimmt das Gericht die Pflichten des vorläufigen Konkursverwalters. Sie dürfen nicht über die Pflichten nach Abs 1 Z 2 und Abs 2 hinausgehen. Die Gesetzesregelung ist mit der deutschen InsO fast identisch.

Auch bei der Einführung des Konkursplanes lehnt sich das kroatische Insolvenzrecht an das deutsche Insolvenzrecht an. Die Einführung eines Konkursplanes zur Reorganisation wurde als wichtige Neuerung des kroatischen Insolvenzrechts im Jahr 1996 angesehen.

g) Tschechien

aa) Entstehungsgeschichte

In Tschechien trat wie in der Slowakei am 01.10.1991 das Gesetz über den Konkurs und den Vergleich in Kraft. Dies geschah nach 40 Jahre, nachdem

sich das kommunistische System in ein demokratisches System gewandelt hatte. Das Gesetz über den Konkurs und Vergleich (KVG) basiert auf der Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung aus dem Jahr 1931, die die bis zu jenem Zeitpunkt geltende österreichische Konkursordnung von 1869 ersetzt hatte.⁶⁴³ Seinen Ursprung hat das tschechische Insolvenzrecht im Recht der österreichisch-ungarischen Monarchie, nämlich der josephinischen KO von 1781. Das Insolvenzverfahren wird in Tschechien in Form eines Konkurs- und Reorganisationsverfahrens durchgeführt. 2006 wurde das Insolvenzgesetz als InsG neu gefasst.⁶⁴⁴ Das Insolvenzgesetz (InsG) trat am 01.01.2008 in Kraft und löste die alte KVG ab.⁶⁴⁵ Nach der Neufassung hat das tschechische Insolvenzrecht nur noch ein einheitliches Verfahren, nämlich das Konkursverfahren (Konkurs), das Reorganisationsverfahren (Reorganizace) und das Entschuldungsverfahren (Oddluzeni).

bb) Zuständigkeit

Mangels einer Sonderregelung im InsG bestimmt sich die Zuständigkeit der Gerichte nach den Vorschriften der CzZPO. Allgemein zuständig sind danach die ersten Instanzen der Bezirksgerichte. Ist der Gemeinschuldner indes im Handelsregister eingetragen, sind die so genannten Bezirksgerichte für Handelssachen zuständig. Die Gläubigerversammlung wird vom Gericht einberufen, wenn Entscheidungen der Versammlung für die weitere Fortsetzung des Insolvenzverfahrens aus Sicht des Insolvenzgerichts erforderlich erscheinen. Stimmberechtigt sind nur die Gläubiger, deren Forderung im Insolvenzverfahren festgestellt worden ist. Ein Gläubigerausschuss ist von der Gläubigerversammlung zwingend zu wählen, wenn die Zahl der Gläubiger 50 übersteigt.

cc) Auswahl des Verwalters

Der Konkursverwalter wird aus einer von den Insolvenzgerichten geführten Liste ausgewählt und **ernannt**.⁶⁴⁶ Der Verwalter steht unter Aufsicht des Insolvenzgerichts (§ 25 Abs 1 InsG). Seit der Novelle Nr. 105/2000 SB können in diese Liste neben natürlichen Personen auch OHG aufgenommen werden, bei denen die Amtsführung durch einen ihrer Gesellschafter ausge-

⁶⁴³ *Sicklinger*, Das neue tschechische Insolvenzrecht aus der Sicht des deutschen Gläubigers, Einleitung, 27

⁶⁴⁴ Gesetz Nr. 182/2006 Sb zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 260/2010, insolvenčni zákon trat am 01.01.2008 in Kraft

⁶⁴⁵ www.insolvenčni-zákon.justice.cz

⁶⁴⁶ Die Stellung des Insolvenzverwalters wird im Gesetz Nr 312/2006 geregelt

führt wird. Voraussetzung für die Aufnahme in die Verwalterliste sind die Geschäftsfähigkeit, die Unbefangenheit und Unbescholtenheit sowie eine angemessene fachliche Qualifikation des Insolvenzverwalterbewerbers. Seit 2009 ist in Tschechien eine Verwalterprüfung obligatorisch. Von den 4500 Verwaltern sollen bis September 2009 nur 119 diese Prüfung bestanden haben.⁶⁴⁷ In Ausnahmefällen kann von der Liste abgewichen werden. Bereits im Insolvenzantragsverfahren kann das Insolvenzgericht zu Schutzmaßnahmen einen **vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen** (§ 82 Abs 2 InsG). Er wird in der Regel eingesetzt, falls sich der Gemeinschuldner nach den für das Gericht erkennbaren Umständen im Vermögensverfall befindet und die Notwendigkeit der Sicherung oder der Feststellung seines Vermögens zu bejahen ist. Sobald eine Konkursöffnung erfolgt, wird der vorläufige Insolvenzverwalter von seiner Pflicht entbunden.

Die Position des Insolvenzgerichts wurde mit der Novelle insgesamt gestärkt. Nach § 25 InsG hat das Insolvenzgericht im Falle der Vorlage eines Reorganisationsplans aber den Verwalter zu ernennen, der in dem Plan bestimmt ist.

h) Italien

aa) Entstehungsgeschichte

Das italienische Insolvenzgesetz wurde 1942 erlassen. Am 09.01.2006 wurde es in ein gesetzvertretendes Dekret (decreto legislativo) als Rechtsordnung erlassen. Im italienischen Insolvenzgesetz sind außer dem Konkursverfahren auch der Zwangsausgleich (concludatio fallimentare), der Ausgleich (concordato preventivo), die Geschäftsaufsicht (amministrazione controllata) und die Zwangsliquidation im Verwaltungsweg (liquidazione coatta amministrativa) geregelt.

bb) Zuständigkeit

Der Konkurs wird vom Tribunale (Gericht I. Instanz) eröffnet. Zuständig ist das Gericht, in dessen Sprengel das Unternehmen seinen Hauptsitz hat. Das Konkursverfahren wird auf Antrag des Schuldners selbst, eines oder mehrerer Gläubiger oder auch auf Antrag der Staatsanwaltschaft eröffnet. Der Konkurs wird eröffnet, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens feststeht.⁶⁴⁸ Die zuständige Behörde für das Konkursverfahren ist das Konkursgericht (tribunale fallimentare), ein Richter (guidice delegato) wird von

⁶⁴⁷ Reuter, Ordnung muss sein, INDAT-REPORT 8/2009 S 29

⁶⁴⁸ Costa, Die Reform des italienischen Insolvenzrechts, ZInsO 2006, 1071-1078

diesem beauftragt, die Aufsicht und Kontrolle durchzuführen. Das Konkurseröffnungsurteil wird vom Konkursgericht gefällt. Das Konkursgericht bleibt für das gesamte Verfahren zuständig.

cc) Auswahl des Verwalters

Mit dem Konkurseröffnungsurteil werden der beauftragte Richter und **der Konkursverwalter ernannt**. Hierbei gibt es keine Transparenz.⁶⁴⁹ Außerdem ordnet das Konkursgericht gegenüber dem Schuldner an, innerhalb von drei Tagen die Bilanzen, die Steuerbücher und die Liste der Gläubiger zu hinterlegen und setzt ein Datum der Verfahrenssitzung für die Prüfung der Passiva des Konkurses an. Ein Insolvenzverfahren wird auch dann eröffnet, wenn eine Masse nicht vorhanden ist.⁶⁵⁰

Die Nichtvoraussetzung einer vorhandenen Masse ist abgeleitet aus dem U.S. bankruptcy code. Auch das amerikanische Recht ist grundsätzlich davon gekennzeichnet, dass bei Verfahrensbeginn eine vorhandene Masse nicht Voraussetzung ist. Eine Abwahl des Konkursverwalters ist nach italienischem Insolvenzgesetz nicht vorgesehen.⁶⁵¹

2. Fazit

Bis auf die Schweiz wird in allen Nachbarländern der Insolvenzverwalter vom Insolvenzgericht ernannt. Einschränkend gilt dies in der Schweiz indes nur bei größeren Verfahren, bei denen die Gläubiger die Kompetenz des Konkursbeamten nicht für ausreichend halten. In diesem Fall wird in der Schweiz ein Verwalter gewählt. In Frankreich wird bei der „sauvegarde“ der Verwalter vorgeschlagen, dieser wird dann in der Regel ernannt. Der Verwalter muss allerdings die Berufsvoraussetzungen erfüllen, nämlich den Durchlauf eines schwierigen Zulassungsverfahrens mit Vorbereitungszeit und Prüfung. Die Gerichtsherrschaft bei der Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters dominiert somit in allen Vergleichsländern die rechtlichen Voraussetzungen bei der Insolvenzverwalterauswahl.

Verwalterlisten gibt es in Frankreich, Tschechien, Slowenien und der Slowakei, wobei in der Slowakei, Slowenien und Ungarn anders als in den Vergleichsländern zumindest offiziell nach Reihenfolge ausgewählt wird. Der Liquidationsverwalter wird in Ungarn nach einem elektronischen Zufallsverfahren aus einer Liste ausgewählt.

⁶⁴⁹ Reuter, Ordnung muss sein, INDAT-REPORT 9/2009 S 29

⁶⁵⁰ Heese, Gläubigerinformation in der Insolvenz 437

⁶⁵¹ Frind, Der Einfluss der Gläubiger bei der Verwalter(vor)auswahl, Berlin-Brandenburg Arbeitskreis Insolvenzrecht eV – 26.08.2009

In Ungarn, Slowenien und Kroatien wird die Liste zentral vom Ministerium geführt.

In den meisten Vergleichsländern ist ein Reorganisationsverfahren vorgeschaltet, um dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, das Insolvenzverfahren abzuwehren. In Kroatien und Tschechien ist nach dt Modell ein vorläufiger Insolvenzverwalter vorgeschaltet. Eine Abwahl des Verwalters ist in der Slowakei und Ungarn legislativ nicht vorgesehen.

Einen vorläufigen Verwalter gibt es in Tschechien, der Slowakei und Kroatien. Die Regelungen hierfür sind der dt InsO angepasst.

3. Teil

Lösungsvorschläge und Bewertungen

I. Gesetzliche Regelungen der Beschränkung des Berufszugangs von Insolvenzverwaltern

1. Gesetzliche Zulassungsbeschränkungen durch Novellierung der InsO

a) Kontingentierung der Vorauswahlliste

Judikativ ist vom BVfG eine Vorauswahlliste vorgegeben. Da das BVfG für **jeden** geeigneten Prätendenten einen Anspruch zuerkennt, in dieser Liste gelistet zu sein, ergibt sich schon hieraus, dass sich die Liste uferlos ausweiten könnte. Damit ist eine professionelle Insolvenzverwaltung nicht mehr gewährleistet. Da das BVfG keine konkreten Aussagen darüber getroffen hat, welche Auswahlkriterien zugrunde zu legen sind und welche Gewichtung sie haben sollen, haben sich zahllose Debatten darüber ergeben, wie die Fachgerichte die Eignung bzw. Auswahlkriterien feststellen sollen und ob überhaupt nach den Vorgaben des BVfG eine gesetzliche Kontingentierung zulässig sein kann.

Die vom BVfG geforderte Vorauswahlliste als eine die Auswahl vorbereitende Maßnahme hatte nämlich auch die weitere Konsequenz der zahllosen Bewerbungen bei den einzelnen Fachgerichten.

Diese führten, um sie nicht zu sehr ausweiten zu lassen, zu unterschiedlichen Maßnahmen bei den Gerichten und geben bis heute in Deutschland kein einheitliches Bild der Führung der Vorauswahllisten. Viele Insolvenzgerichte in Deutschland beklagen, dass die Vorauswahllisten „aus allen Nähten platzen.“⁶⁵² Der INDAT-REPORT hat Anfang 2008 eine Umfrage bei allen 191 deutschen Insolvenzgerichten gemacht, wobei ein Rücklauf von fast 50 % zu verzeichnen war. 80 Gerichte antworteten. Einige Gerichte teilten mit, überhaupt keine Listen zu führen. Bei den Gerichten, die nicht geantwortet haben, ist zu vermuten, dass dort keine Listen geführt werden. Einige Gerichte

⁶⁵² Rüntz, INDAT-REPORT 02/08 S 14

teilten mit, keine Vorauswahllisten zu führen. Die Umfrage ergab ein sehr unterschiedliches Bild. So werden beim AG Dresden bei Unternehmensinsolvenzen im Schnitt 3,47 Verfahren pro Verwalter bearbeitet, beim AG Düsseldorf indes 16,25 pro Verwalter.⁶⁵³

Die Insolvenzgerichte, aber auch die Insolvenzverwalter sind der einhelligen Meinung, dass es zur Qualitätserhaltung keine „ab-und-zu“ Insolvenzverwalter geben darf, denn nur der professionelle Insolvenzverwalter kann den Erfolg des Insolvenzverfahrens gewährleisten.

Frind hatte eine Begrenzung der Vorauswahlliste vorgeschlagen.⁶⁵⁴ In diese Richtung geht auch die Ansicht der meisten Insolvenzbeteiligten, die die Insolvenzverwalterleistung an dem Bedarf messen wollen.⁶⁵⁵ Auch wenn mit der Wirtschaftskrise der Bedarf an Masse-Insolvenzverwaltern gestiegen ist, werden nicht alle Insolvenzfälle ausreichen, die Prätendenten gleichmäßig und ausreichend mit Fällen zu versorgen. Die Bewerbungen auf die Vorauswahlliste steigen kontinuierlich an. Nach Auffassung vorgenannten Verfassers konturiert die Entscheidung des BVfG v 23.05.2006 die Zunahme von zulässigen aber auch unzulässigen Aufnahme- und Ablehnungsbescheiden der Insolvenzgerichte, denen die Auswahlentscheidung ja ausschließlich vorbehalten bleibt.⁶⁵⁶

Die Versuche der deutschen Insolvenzgerichte, die Aufnahme in die Vorauswahlliste durch erhebliche Anforderungen zu erschweren (Forderung von Berufserfahrung, Nachweis besonderer Kenntnisse etc) blieben erfolglos. Sie haben in Deutschland nicht die Situation ergeben, dass auf der Vorauswahlliste nicht mehr Bewerber stehen, als vorhandene Insolvenzfälle zu bearbeiten sind. Nach *Vallender* muss es zwingend zur Ablehnung von Bewerbern führen, wenn der Kreis des Bewerberpools nicht mehr überschaubar ist.⁶⁵⁷

Nach Meinungen anderer Insolvenzpraktiker sollen generell geeignete Personen unter Hinweis auf den mangelnden Bedarf abgelehnt werden.⁶⁵⁸ Würde dies aber konsequent von den Insolvenzrichtern durchgeführt, würden sich Ermessensfehler nicht vermeiden lassen. Andererseits würden die Berücksichtigung jeder Bewerbung und ein Verzicht auf einen bedarfsgerecht festgelegten Bewerberpool einer Professionalisierung der Insolvenzverwalter entgegenwirken, die nur durch regelmäßige Beschäftigung bestimmter Ver-

⁶⁵³ Umfang der Vorauswahllisten, INDAT-REPORT 02/08 S 10

⁶⁵⁴ *Frind*, Die atmende Liste - qualitätsorientierte Bedarfsbegrenzung ohne closed shop bei der Verwalter-Vorauswahl - Liste, ZInsO 2007, 515

⁶⁵⁵ *Vallender*, Wie viele Verwalter braucht das Land, NZI 2005, 473 f, *Fischer*, Wir Bundesrichter sollten nicht im Elfenbeinturm sitzen, INDAT-REPORT 03/08 S 20

⁶⁵⁶ *Frind*, Verwaltervorauswahl-Liste, nicht warten, nicht lösen, nicht begrenzen, ZInsO 2008, 967 f

⁶⁵⁷ *Vallender*, NZI 2005, 473 f

⁶⁵⁸ *Preuß*, Die Verwalterauswahl ein Problem, KTS 2005, 155 f

walter in einem regelmäßigen Zeitraum erzielt wird. Im Hinblick auf die Professionalität der Insolvenzverwalter und die damit verbundenen generell bedarfsorientierte Vorauswahl wird die Misere der dt Insolvenzverwalter offenkundig, denn sie müssen ungewollt auf Kollisionskurs mit dem BVfG vorgehen.

Das BVfG hat in der Entscheidung vom 03.08.2004 ja ausdrücklich jedem geeigneten Prätendenten die Möglichkeit zuerkannt, auch Insolvenzverfahren abzuwickeln.⁶⁵⁹ Nach der Aussage des BVfG ist eine zahlenmäßige Begrenzung mit der Begründung, die Anzahl der Bewerber überschreitet die vorhandenen Insolvenzfälle, unzulässig.

Bei einer übergroßen Zahl der Bewerber in der Vorauswahlliste kann mithin ein Insolvenzrichter nicht den Anforderungen des BVfG nachkommen, alle Bewerber zu berücksichtigen, weil dies tatsächlich nicht möglich ist. Aus diesem Grund halten es einige Autoren für zulässig, trotz der Ausführungen der verfassungsrechtlichen Entscheidungen, dass jeder geeignete Bewerber die Möglichkeit haben muss, Insolvenzverwalter zu werden, eine Beschränkung für den Zugang in die Verwalterliste durchzuführen, also eine Bedarfsregelung einzuführen.⁶⁶⁰ Wie bereits unter X ausgeführt, muss aber auch hier dem Verfassungsrecht nachgekommen werden und eine gesetzliche Regelung gefordert werden.⁶⁶¹ Danach ist die seitens des BVfG geforderte prozessuale und inhaltliche Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Vorauswahl nur gewährleistet, wenn sich die generelle Eignungsfeststellung und der Zugang zu einem Bewerberpool in förmlicher Entscheidung auf gesetzlicher Grundlage vollziehen. Dies gilt umgekehrt auch bei einem so genannten „de-listing.“⁶⁶²

Die Mehrzahl der deutschen Insolvenzrichter plädiert für eine legislative Begrenzung der Aufnahme von Verwaltern auf die Vorauswahlliste. Für die Mehrzahl der Richter ist die Begrenzung die Voraussetzung zur Sicherung einer qualitätsvollen und höchstpersönlichen Verfahrensabwicklung.

Haarmeyer hat bei einer Sachverständigenanhörung des dt Rechtsausschusses am 09.04.2008 folgenden Vorschlag zu einer Konkretisierung durch Gesetzesänderung unterbreitet:

„Auf der Grundlage objektiver, verifizierbarer und öffentlich bekannt gemachter Kriterien kann die Aufnahme von Insolvenzverwaltern in einer Vorauswahlliste auf den Kreis von bis zu 30 Personen beim jeweiligen Insol-

⁶⁵⁹ BVfG v 03.08.2004, BVerfGE, 4,1

⁶⁶⁰ *Graeber* in Smid (Hrsg) Die insolvenzrechtliche Praxis der Auswahl des Insolvenzverwalters ein Jahr nach dem Beschluss des BVfG, Insolvenzzweites Symposium der Hanns Martin Schleyer-Stiftung 08/09.06.2007 S 25 - 42

⁶⁶¹ *Preuß*, KTS 2005, 155 f

⁶⁶² De-listing: festgeschriebener Begriff für Entfernung von der Liste; kaltes de-listing: der Prätendent steht zwar auf der Liste, wird aber nicht bestellt.

venzgericht begrenzt werden. Um die Aufnahme in eine Vorauswahlliste kann sich jeder zur Übernahme von Insolvenzverfahren bereite Insolvenzverwalter bewerben.“

Nach Ansicht *Haarmeyers* in der Sachverständigenanhörung ist diese Regelung aufgrund der Entscheidung des BVfG notwendig. Nur so können sich so genannte Scheinlisten, also Aufnahmen von Verwaltern auf eine Vorauswahlliste ohne, dass das Gericht damit die ernsthafte Absicht verfolgt, diesen Verwalter auch zu bestellen, vermeiden lassen. Nach *Haarmeyer* ist diese Regelung erforderlich, um der Häufigkeit flächendeckender Bewerbungen von Insolvenzverwaltern bei gleichzeitig schrumpfendem Markt von Unternehmensinsolvenzverwaltungen entgegenzuwirken. Teilweise werden Listen – wie vom Verfasser recherchiert – von mehr als 100 Prätendenten geführt. Nach *Haarmeyer* bedarf es somit einer notwendigen objektiven Berufsausübungsschranke, um die Übersichtlichkeit der Listen zu gewährleisten, und um diese als ein handhabbares Instrument bei der Verwalterauswahl für den Insolvenzrichter zu erhalten. Die Vorauswahlliste soll nach *Haarmeyer* eine „Bestenliste“ sein, weshalb diese auch überschaubar gehalten werden muss, um eine effektive Insolvenzverwaltung zu gewährleisten, gerade im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit.⁶⁶³ Eine Bestenliste wird vom BVerfG klar verneint. *Smid* sieht indes jede geschlossene Liste, die die Zahl der Bewerber begrenzt, als verfassungswidrig an.⁶⁶⁴

b) Rechtsanalogie zu BGH-Anwälten⁶⁶⁵

Gesetzliche Regelungen könnten nach Meinung einiger Experten durch Anziehung von Rechtsanalogien in anderen juristischen Berufsfeldern zur Ausgestaltung der Kontingentierung gestaltet werden.

Nach § 164 BRAO kann beim BGH ein Rechtsanwalt nur zugelassen werden, wenn er durch den Wahlausschuss benannt wird.⁶⁶⁶ Nach § 166 BRAO findet die Wahl aufgrund Vorschlagslisten statt. In die Listen kann nur auf-

⁶⁶³ Stellungnahme Prof. Dr. Hans Haarmeyer, bei Sachverständigenanhörung des Rechtsausschusses am 09.04.2008 zum Entwurf eines Entschuldungsgesetzes BT-Drs. 16/7416, Entwurf eines Gesetzes, zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht im Insolvenzverfahren (GAVI) BT-Drs. 16/7251 sowie zur Effizienzsteigerung im Insolvenzverfahren (Verwalterauswahl).

⁶⁶⁴ *Smid*, Kein Rechtsmittel des bei der Auswahl unberücksichtigt gebliebenen Bewerbers, DZWIR 2006, 1

⁶⁶⁵ BGH: Bundesgerichtshof der BRD, der Bundesgerichtshof in Karlsruhe ist das oberste deutsche Gericht auf dem Gebiet der ordentlichen Gerichtsbarkeit und damit letzte Instanz in Zivil- und Strafsachen. Der Bundesgerichtshof ist in Senate gegliedert, die mit jeweils einem vorsitzenden Richter und vier Beisitzern besetzt ist.

⁶⁶⁶ Bei der Ernennung zum BGH-Anwalt müssen die Kandidaten ein kompliziertes Verfahren durchlaufen. In einer geheimen Abstimmung wählt das Gremium die doppelte Anzahl von Bewerbern aus, die es für angemessen hält und erstellt ein Ranking für das BMJ. Dann entscheidet der BMJ-Minister. Gegenwärtig sind 31 BGH-Anwälte beim BGH zugelassen.

genommen werden, wer das 35. Lebensjahr erreicht hat und mindestens 5 Jahre im Anwaltsberuf tätig gewesen ist. Nach § 167 BRAO hat der Wahlausschuss die fachlichen und persönlichen Eignungen abzu prüfen. Das Ergebnis wird 2 Berichterstattem vorgetragen, die dann entscheiden. Die Bedarfsfindung für die Zahl der für erforderlich gehaltenen BGH-Anwälte erfolgt übereigenes Ermessen des Wahlausschusses.

Der BGH hat mit Entscheidung vom 05.12.2006 die zulässige Bedarfsbemessung bei BGH-Anwälten durch den Wahlausschuss bestätigt.⁶⁶⁷ Am 27.02.2008 bestätigt auch das BVfG die Kontingentierung der zugelassenen BGH-Anwälte.⁶⁶⁸ *Frind* sieht unter Anziehung der Entscheidung zu den BGH-Anwälten in der Übertragung des Ermessens durch das BVfG auf den Insolvenzrichter ein systemimmanentes Verfahren, mithin die verfassungsrechtliche Absicherung der Bedarfsmessung durch die Insolvenzrichter.⁶⁶⁹ Tatsächlich sind auch Parallelen zu erkennen. § 172 b BRAO fordert den Kanzleisitz am Ort des BGH, die Prämisse, qualitätsvolle Arbeit zu gewährleisten, ist dieselbe.⁶⁷⁰

Die beim BGH zugelassenen 40 Rechtsanwälte hatten 2009 ca 3800 Revisionsverfahren zu bearbeiten. Deshalb ist hier Kritik aufgekommen, dass dies nur zu bewältigen sei, wenn die BGH-Anwälte auch viele „Schattenanwälte“ zur Bearbeitung heranzögen.

c) Rechtsanalogie zu Notaren

Einige Rechtsexperten befürworten ein Auswahlverfahren analog der Notarbestellung. Nach § 4 BNotO werden so viele Notare bestellt, wie es den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entspricht. Dabei sind insbesondere das Bedürfnis nach einer angemessenen Versorgung der Rechtssuchenden mit notariellen Leistungen und die Wahrung einer geordneten Altersstruktur der Notare zu berücksichtigen. *Schäferhoff* hält beide Berufe für vergleichbar.⁶⁷¹

„Ersetzt man in der zitierten Bestimmung Notar durch Insolvenzverwalter und Rechtssuchender durch Insolvenzschuldner, sind alle Orientierungspunkte drin.“

Schäferhoff ist der Auffassung, dass es primär um die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege geht und nicht um die Erwerbsinteressen einer Be-

⁶⁶⁷ AnwZ 02/2006

⁶⁶⁸ BVerfG 27.02.2008, 1 BvR 1295/07

⁶⁶⁹ *Frind*, „Die atmende Liste“ – Qualitätsorientierte Bedarfsmessung ohne „closed shop“ bei der Verwalter-Vorauswahl-Liste, ZInsO 2007, 517 f

⁶⁷⁰ aA *Lüke*, Die Aufnahme des Insolvenzverwalters in die Vorauswahlliste, ZIP 2007, 701 f

⁶⁷¹ *Schäferhoff*, Orientierung statt Korsett, INDAT-REPORT, 9/2009 S 31

rufsgruppe. Danach ist das Angebot der Nachfrage anzupassen. Dh es werden nur so viele Verwalter in die Listen eingetragen, wie dies in einem bestimmten Verhältnis zur Anzahl der bei einem Gericht innerhalb eines Zeitraums eingehenden und zu erwartenden Insolvenzanträge steht. Auf das Personalbedarfsberechnungssystem der Justiz (PEPP§Y) könnte hierbei zurückgegriffen werden.

d) Deckelung der Verfahrensanzahl durch legislative Ergänzung

Die BAKinsO-Mitglieder halten die Beauftragung eines Verwalters in mehr als 30 Unternehmensinsolvenzen für nicht tragfähig.⁶⁷² Tatsächlich werden in Deutschland Verwalter mit über hundert Verfahren im Jahr beauftragt.⁶⁷³ Dass hier die höchstpersönlichen Aufgaben, die einem Insolvenzverwalter de lege lata obliegen, nur eingeschränkt wahrgenommen werden können, liegt auf der Hand. Der sog Grauverwaltung ist bei dieser Anzahl vergebener Insolvenzen Tür und Tor geöffnet. In der Literatur wird deshalb vorgeschlagen eine Kontingentierung der Verfahren pro Verwalter vorzunehmen. Sinnvoll soll hierbei die Einführung einer starren Grenze sein. So schlägt Graeber vor diese bei 74 pro Jahr anzusetzen.⁶⁷⁴ Andere nehmen die Grenze zwischen 30 und 40 an.⁶⁷⁵ So könnte die legislative Ergänzung v § 56 InsO lauten:

„Ein Insolvenzverwalter kann im Jahr mit bis zu 30 Insolvenzverfahren beauftragt werden.“

e) Verbot der Grau-Verwaltung durch legislative Regelung

Aufzunehmen sind die Ausführungen von zahlreichen Insolvenzpraktikern, dass die Gerichte Hürden in der Weise setzen müssen, dass das Amt des Insolvenzverwalters nur **höchstpersönlich** ausgeübt wird, um per se die Auswahlliste zu begrenzen.⁶⁷⁶

Hierbei ist nicht gemeint, dass der Verwalter nicht seine ihm obliegenden Aufgaben delegieren darf. Unzulässig soll es aber nach dieser Meinung der Insolvenzbeteiligten sein, wenn ein Subunternehmerprinzip im Verwalterbüro eingeführt wird.⁶⁷⁷

So stellen die vorgenannten Autoren die Forderung an die Gerichte, dass der

⁶⁷² Resolution des Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte in Bielefeld am 05.und 06.03.2007

⁶⁷³ INDAT-REPORT, Statistik Gesamtjahr 10/ 2009 S 8

⁶⁷⁴ Graeber, Delegationsbedürfnis und Höchstpersönlichkeit, NZI 2003, 569 f

⁶⁷⁵ Frind, Fragen und Antworten zur Praxis der Verwalterauswahl, ZInsO 2008, 655 f

⁶⁷⁶ Frind in HK § 56 Rz 11, BAKInsO, ZInsO 2007, 256 f

⁶⁷⁷ Vallender, Wie viele Verwalter braucht das Land, NZI 2005, 476 f

bestellte Insolvenzverwalter den Kernbereich des Insolvenzverfahrens höchstpersönlich ausübt, so zB auch höchstpersönlich an den Gläubigerversammlungen teilnimmt, höchstpersönlich die Maßnahmen trifft, die ihm in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter obliegen. Zum Kernbereich gehören die Aufgaben, die im Gesetz für den Verwalter normiert sind.

Nach Auffassung dieser Autoren müssen die Gerichte mehr Augenmerk auf die Höchstpersönlichkeit legen und darauf, dass der Insolvenzverwalter die Kernfunktion des Insolvenzrechts auch wahrnimmt. So muss es zum „delisting“ führen, wenn der Insolvenzverwalter nicht die Gläubigerversammlung selbst durchführt und sich bei seinen ureigensten Aufgaben durch sog „Grauverwalter“ vertreten lässt. Würde dies vom Gericht kontrolliert, ergäbe sich automatisch eine Reduzierung der Fälle mangels freier Kapazitäten beim Verwalter.

Eine gesetzliche Regelung wäre in der Weise möglich, dass § 56 InsO durch einen Abs 3 wird wie folgt ergänzt wird:

„Der Insolvenzverwalter hat die im Gesetz normierten Aufgaben höchstpersönlich wahrzunehmen.“

f) Forderung der Uhlenbruck–Kommission, Anregung BMJ

Um die Vorauswahlliste deshalb nicht ad absurdum zu führen, hat die Uhlenbruck-Kommission gefordert, durch eine gesetzliche Regelung eine Beschränkung der Vorauswahllisten herbeizuführen.

Dieses Anliegen wurde auch vom Vorsitzenden des VID in der öffentlichen Anhörung des Deutschen Bundestages am 09.04.2008 vorgebracht. Bereits zuvor erklärte am 06.03.2008 die deutsche Justizministerin Zypries auf dem deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin:

„Die Schaffung objektiver Zulassungsbeschränkungen wäre für die Gerichtspraxis am einfachsten, wobei bei einer zahlenmäßigen Beschränkung das Grundrecht auf freie Berufswahl nach Art 12 GG tangiert ist und deshalb nur eine gesetzliche Regelung eine Begrenzung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zulässt.“⁶⁷⁸

⁶⁷⁸ Zypries, Rede beim dem 5. Deutschen Insolvenzrechtstag des DAV in Berlin am 06.03.2008, www.bmj.de, INDAT-REPORT 2/2008 S 9

g) Verfassungsrechtliche Kontrolle

Das BVfG hat in seiner Grundsatzentscheidung v 03.08.2004 ausdrücklich betont, dass **jeder** qualifizierte Bewerber aufgrund der Chancengleichheit einen Zugang zum Amt des Verwalters haben muss.⁶⁷⁹ Ausdrücklich hat das BVfG auch betont, dass das Gericht die Kriterien für die Feststellung der Eignung eines Bewerbers sowie für die sachgerechte Auswahl das Auswahlermessen zu entwickeln hat. Aufgrund der Tatsache, dass geschlossene Listen nach BVfG unzulässig sind, muss nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben davon ausgegangen werden, dass Berufszugangshürden nicht judikativ aufgebaut werden dürfen, sondern nur durch gesetzliche Regelungen. Hierbei ist notwendig:

aa) Geeignetheit der Maßnahme

Mit der quantitativen Beschränkung wäre die Voraussetzung gegeben, dass der Insolvenzrichter aus dem Portofolio der begrenzten Liste bei gegebener Eilbedürftigkeit unter Beachtung der speziellen Anforderungen und Besonderheiten des Verfahrens eine sichere Entscheidung treffen könnte. Mit der Begrenzung der Liste könnten die Prätendenten zudem darauf vertrauen, dass eine Arbeitsauslastung gewährleistet ist, die eine professionelle Bearbeitung der Verfahren impliziert. In der vorgenannten Entscheidung des BVfG vom 23.05.2006 wurde ausdrücklich die zügige Eignungsprüfung für das konkrete Verfahren ausdrücklich hervorgehoben. Durch diese Maßnahme würde garantiert, dass der vom Verwalter vorgehaltene Apparat als Qualitätssicherung verbleiben kann, was wiederum der Zivilrechtspflege zugute kommt.

bb) Erforderlichkeit der Maßnahme

Nach der Rechtsprechung des BVfG ist ein Eingriff in Art 12 Abs 1 GG nur dann erforderlich, wenn kein anderes milderes, einschränkendes Mittel zur Verfügung steht. Hier könnte argumentiert werden, dass eine qualitative Auswahl einer quantitativen vorzuziehen ist, mithin dem Zugang zum Insolvenzverwalteramt durch eine Eignungsprüfung mit hohen subjektiven Hürden der Vorrang vor einer zahlenmäßigen Begrenzung einzuräumen ist. Das Gegenargument hierfür ist aber, dass dadurch die Zahl der Prätendenten bei

⁶⁷⁹ BVfG 23.05.2006 – 1 BvR 2530/04, ZIP 2006, 1355 f

konstanter Zahl von Insolvenzverfahren steigt. Das Zugangsverfahren wäre zudem bei allein auf subjektiv abgestellten Zulassungskriterien viel komplexer und schwieriger.

cc) Angemessenheit der Maßnahme

Die Kontingentierung ist angemessen, wenn sie mit Funktionalität der Rechtspflege verbunden ist, mit der Garantie einer professionellen Verfahrensabwicklung. Dies muss dem Recht eines Bewerbers vorgehen, die freie Berufswahl ausschließlich für sich zu beanspruchen.

Somit wäre nach dieser Vorprüfung § 56 InsO in Form einer Begrenzungs- oder Kontingentierungsregelung wie unter I 1 d dargestellt verfassungsrechtlich zulässig.⁶⁸⁰

h) Begrenzung durch Zulassungsordnung und Insolvenzverwalterkammer

aa) Paradigmenwechsel des BMJ

Auf dem 4. Deutschen Insolvenzrechtstag des Deutschen Anwaltsvereins in Berlin am 22.03.2007 ging das BMJ noch davon aus, dass eine Berufsordnung für Insolvenzverwalter nicht erforderlich wäre. Hierbei wurde noch auf Selbstregulierung in Ansehung der Entscheidungen des BVfG gesetzt.⁶⁸¹ Die damalige dt Justizministerin betonte dies ausdrücklich in der Eröffnungsrede und begrüßte die Anregungen zur Qualität der Verwalter, um den Insolvenzrichtern praktikable Auswahlrichtlinien zur Verfügung zu stellen.⁶⁸² Mit der Diskussion um die europäische Dienstleistungsrichtlinie fand, zumindest im BMJ ein Paradigmenwechsel statt. Auf den 3. Insolvenzverwalterkongress des VID am 12.11.2008 korrigierte Frau Zypries ihre Rede vom 02.11.2006 und trug vor, das vor dem Hintergrund der europarechtlichen Vorgaben über eine gesetzliche Regelung bei der Verwalterauswahl nachzudenken sei, um auch die Vorgaben der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie zu erfüllen.⁶⁸³

⁶⁸⁰ Frind, Wenn der Schwanz versucht mit dem Hund zu wedeln, ZInsO 2006, 1250 f

⁶⁸¹ Rechel, 443

⁶⁸² Zypries, Rede beim 3. Deutschen Insolvenzrechtstag des DAV am 22.03.2007 in Berlin, www.bmj.de

⁶⁸³ Zypries, Rede beim 2. Insolvenzverwalterkongress des VID in Berlin am 12.11.2008, www.bmj.de

Danach käme eine Berufsordnung in Frage, die die Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie aufnehmen würde.⁶⁸⁴

bb) Zulassungsordnung mit Insolvenzverwalterkammer

Der VID hat bereits Berufsgrundsätze verabschiedet, die im Wesentlichen die Anforderungen an den Verwalter erfassen, die in Österreich in §§ 80a, 80b IO geregelt sind. Die Berufsgrundsätze sollen alsbald in eine Berufsordnung erstarken. Da der VID etwa 30% der gelisteten Verwalter in Deutschland erfasst, wäre sie aber nur für diese 30% der Verwalter bindend.

Eine Berufsordnung kann die Bedingungen wie Haftpflicht, Wartezeit bei Bestellungen, Nachweis praktischer Erfahrungen etc regeln. Ausgeschlossen wäre eine Erweiterung auf die Entlassung des Verwalters, weil dies in die Ermessenskompetenz des Richters eingreifen würde.

Für die Durchführung und Überwachung der Berufsordnung und für die Durchführung einer staatlichen Zulassungsordnung käme eine Insolvenzverwalterkammer in Frage, die zugleich Genehmigungs- und Aufsichtsbehörde wäre. Frind hält eine reine Insolvenzverwalterkammer, die sich nur aus Verwaltern zusammensetzt für nicht möglich, da auch hier, wie beim Verwalter selbst eine Unabhängigkeit gefordert werden muss. Eine reine Verwalterkammer würde möglicherweise zu einer Konkurrenzsituation mit dem Zuzulassenden führen.⁶⁸⁵ Die Verwalterkammer hätte, wie oben dargestellt, die Zulassungsvoraussetzungen zu prüfen, aber auch die ständige Überprüfung der Verwalter durch Bearbeitung von Beschwerden, Überprüfung der Fortbildung und des weiteren Qualitätsnachweises, auch bei den ausländischen Verwaltern, die sich nach der europäischen Dienstleistungsrichtlinie niedergelassen haben, und die nach Ansicht des dt Justizministeriums bei Insolvenzverwaltern Anwendung finden soll, würde zu ihren Aufgaben gehören. Schwierigkeiten könnte es bei den materiellen Anforderungen einer Zulassung geben. Sollten die 2000 bereits in Deutschland tätigen Insolvenzverwalter ein - wie *Runkel* es nennt - 3. Staatsexamen ablegen oder greift die „alte Hasen-Regelung?“⁶⁸⁶ Die Bedenken und Vorbehalte, die sich bei der Prüfung und Zulassung zum Fachanwalt für Insolvenzrecht ergeben, würde auf die Insolvenzkammer übertragen, mit dem Unterschied, dass die Kammerprüfung obligatorisch sein müsste. So stellt sich die Frage, ob ein mehrere Jahre tätiger Verwalter überhaupt bereit wäre seine theoretischen Kenntnisse, praktischen Erfahrungen einer Insolvenzverwalterkammer preiszugeben, auch wenn sie nicht ausschließlich mit Insolvenzverwaltern besetzt wäre, aber jüngere Kollegen miturteilen müssten? Was wäre mit den ausländischen Verwaltern, die bereits im Ausland anerkannte Verwalter

⁶⁸⁴ VID, Presseinfo, Berufsordnung für Insolvenzverwalter kommt, www.vid.de

⁶⁸⁵ *Frind*, Zulassungsordnung für Verwalter, *cui bono*, ZInsO 2009, 1997 f

⁶⁸⁶ *Runkel*, Die Insolvenzverwalterkammer – eine folgerichtige Entwicklung? NZI 2009, V-VII

sind? Die Zulassungsordnung, überwacht durch eine Insolvenzverwalterkammer, wird von der Mehrzahl der Richter und der übrigen Insolvenzbeteiligten kritisch gesehen. In einem Thesenpapier für eine leistungsorientierte Insolvenzverwalterauswahl sprechen sich viele Insolvenzbeteiligte, ua viele Insolvenzrichter gegen eine Zulassungsordnung aus, da sie wegen der erheblichen Bürokratisierung des Zugangs zum Verwalterberuf mehr Schaden als Nutzen bringt.⁶⁸⁷ Nach diesem Thesenpapier wird analysiert:

„Es ist absehbar, dass die derzeit 2000 Fachanwälte für Insolvenzrecht und die hinzukommenden Fachberater für Insolvenzrecht und Sanierung zugelassen werden müssen, da die derzeit diskutierte Zulassung anhand rudimentärer einfacher zu prüfender Anforderungen (Ausbildung, Ausstattung, Versicherung) keine Möglichkeit zur Implementierung wirklicher Qualitätskriterien bringen kann.

Die Gerichte werden dann mit einer bundesweiten Liste von tausenden Verwaltern konfrontiert und sofern die Dienstleistungsrichtlinie ihre Anwendung findet von jur Personen.

Auch die Zugelassenen würden die gleichmäßige Berücksichtigung reklamieren ggf einklagen.“

Nach Meinung dieser Experten würde auch die Zulassungsordnung zur Unbrauchbarkeit sich hin mutieren, wenn die Gerichte nicht durch Qualitätsanforderungen die Messlatte entsprechend hoch hängen. Nach Auffassung dieser Experten geht es nicht darum, die Verwalter gleichmäßig bundesweit zu versorgen, sondern darum, die Verfahren optimal zu bearbeiten und die Gläubiger mit dem maximalen Nutzen zu bedienen. Diese Experten sprechen sich für Leistungsvergleich und Wettbewerb aus. Nach Auffassung dieser Insolvenzbeteiligten kann es nicht angehen, dass die Gerichte den Verwalter nach formalen Gesichtspunkten unter dem Motto aussuchen „jetzt ist der mal dran.“ Es ist notwendig, die Verwalter nach Qualitätskriterien zu beurteilen, um auch die Haftungsklagen gegen Richter zu vermeiden.⁶⁸⁸

Einige Insolvenzrichter setzten auch auf eine Selbstbereinigung der Vielzahl der Prätendenten auf der Vorauswahlliste. Sie sind der Meinung, dass sich die Vorstellung, an jedem Insolvenzgericht tätig zu sein und Präsenz zu zeigen, aufgrund wirtschaftlicher Gesichtspunkte auf Dauer nicht halten lässt.

⁶⁸⁷ Gerster, Frind, Grub, Thesenpapier, INDAT-REPORT 7/2009 S 32, Für eine leistungsorientierte Insolvenzverwalterauswahl – gegen die Nivellierung durch Bürokratisierung

⁶⁸⁸ Herbst, Pluta, Zu Lasten der Gläubiger, INDAT-REPORT 9/2009 S 34

i) Begrenzung durch legislative Konkretisierung des Vorauswahlverfahrens (GAVI)⁶⁸⁹

Die Länder Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen haben einen gemeinsamen Gesetzesantrag beim Bundesrat eingebracht, der sich mit der Vereinfachung und Verbesserung der gerichtlichen Aufsicht in Insolvenzverfahren beschäftigt. Der dt Bundesrat hat am 12.10.2007 beschlossen, den Entwurf gem. Art 76 Abs 1 Grundgesetz beim dt. Bundestag einzubringen. In diesem Gesetzesentwurf wird das Problem aufgeworfen, dass die Insolvenzordnung zu sehr pauschale Regelungen enthält.

Zudem wird das Problem erkannt, dass sich bei einzelnen Gerichten und Verwalterkanzleien unterschiedliche Verfahrensweisen bei der Abwicklung von Insolvenzfällen herausgebildet haben.

Zudem ergibt sich aus dem Gesetzesentwurf die Erfassung der Problematik, dass die Entscheidung des BVfG zur Vorauswahlliste zu einer einheitlicheren Auswahl führen muss. Danach sollen in § 56 InsO in Abs. 3 folgende Absätze angefügt werden:

(3) Jeder Insolvenzrichter hat auf Antrag auch außerhalb eines anhängigen Insolvenzverfahrens darüber zu entscheiden, ob der Antragsteller als generell geeignet für die Übernahme des Insolvenzverwalteramtes in seinem Gerichtsbezirk anzusehen ist. Er legt die Kriterien fest, die zur Annahme einer generellen Eignung führen und teilt sie auf Anforderung dem Antragsteller mit. Der Antrag und die Feststellung können auf bestimmte Arten von Verfahren beschränkt werden; die Feststellung kann mit Auflagen zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Amtsführung verbunden werden.

(4) Erweist sich eine als geeignet anerkannte Person als persönlich oder fachlich ungeeignet, so hebt der Insolvenzrichter die Feststellung über die Eignung auf. Das gleiche gilt, wenn die Feststellung mit einer Auflage verbunden war und diese nicht oder nicht innerhalb einer gesetzten Frist erfüllt wird.

(5) Gegen die Ablehnung des Antrags gegen die Anordnung von Auflagen und gegen die Aufhebung der Feststellung steht dem Antragsteller die sofortige Beschwerde zu. Erfolgt die Aufhebung wegen der Nichterfüllung von Auflagen, kann die Beschwerde gegen die Aufhebung nicht darauf gestützt werden, dass die Auflage zu Unrecht angeordnet worden sei.

Der GAVI-Gesetzesentwurf will nach den Vorgaben des BVfG das Vorauswahlverfahren konkretisieren. Auffällig ist, dass dem Prätendenten zwar ei-

⁶⁸⁹ Gesetzesantrag der Länder Nordrhein – Westfalen, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren (Gavi), Drucksache 566/07 v 15.08.2007

ne sofortige Beschwerde zustehen soll, aber keine Begründungspflicht vorgegeben ist.

Stimmen in der Literatur kritisieren die Ausführungen des GAVI mit der Begründung, dass das BVfG bereits alles gesagt hätte.⁶⁹⁰ Andere befürworteten den GAVI-Gesetzesentwurf mit dem Hinweis, dass es generell vorteilhaft sei, Verwalter für bestimmte Verfahren einzusetzen bzw vom Richter bestimmen zu lassen. Danach kann ein Gericht bzw ein Insolvenzrichter einen Verwalter mit viel Erfahrung speziell bei einer Insolvenz in einer bestimmten Sparte einsetzen. Ein differenziertes Verwalterbild impliziert auch eine getrennte Listenführung nach Verfahrensarten.⁶⁹¹ Der GAVI-Gesetzesentwurf blieb trotz Einbringung in den Bundesrat im Rechtsausschuss stecken.

j) Zertifizierung als Aufnahmebedingung

aa) Ansatzpunkte der Zertifizierung

Wie im 2. Teil unter I ausgeführt, gehören zu den positiven Bestellvoraussetzungen die persönliche Eignung des Verwalters, die juristische und betriebswirtschaftliche Kompetenz und seine Unabhängigkeit. Diese persönliche Eignung eines Insolvenzverwalters lässt sich für die Insolvenzgerichte nur schwer nachprüfen und stellt das Hauptproblem bei der Auswahl des Insolvenz-Masseverwalters dar.

Einfacher ist es bei der personellen und sachlichen Ausstattung. Gerade im Bereich von Unternehmensinsolvenzen ist es unerlässlich, dass eine gewisse Bürokapazität und auch eine gewisse Büroorganisation vorgehalten werden, um den Anforderungen der Betriebsfortführung eines insolventen Unternehmens gerecht zu werden. Das Insolvenzverwalterbüro muss in der Lage sein, sämtliche Sachverhalte der Arbeitnehmer, sei es Kündigung, sei es Insolvenzgeldvorfinanzierung (in Deutschland) oder seien es Abfindungen, Sozialpläne oder Interessenausgleiche zu bewältigen. Ebenso umfasst die Kompetenz eines guten Insolvenzverwalterbüros die Erfassung der Debitoren und die Forderungsbeitreibung sowie die Kreditoren, deren Abwicklung, sei es Kreditoren mit oder ohne Sicherungsrechte. Ein Insolvenzverwalterbüro, welches auch Sanierungen vornehmen will, muss in der Lage sein, ei-

⁶⁹⁰ BRAK, Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer erarbeitet durch die Arbeitsgruppe Insolvenzrecht der Bundesrechtsanwaltskammer zum GAVI v November 2007, www.brak.de

⁶⁹¹ Uhlenbruck, Mönning, Listing, Delisting und Bestellung von Insolvenzverwaltern, ZIP 2008, 157, 158, 166 ; aM Frind, Fragen und Antworten zur Verwalterauswahl, ZInsO 2008, 655 f; Frind, Empfehlungen der Uhlenbruck-Kommission ZInsO 2007, 760 f

ne Betriebsfortführung in eigener Regie durchzuführen, er muss Kenntnisse in Betriebswirtschaft haben, nicht nur allgemeine, sondern auch über Einzelheiten, zB Kalkulationen etc.

Da nach 2005 die Insolvenzen sowohl in Österreich als auch in Deutschland kontinuierlich zurückgegangen sind, wurden die Rufe der Befürworter einer Zertifizierung lauter, da die Insolvenzgerichte eine gleichhohe Zahl von Insolvenzverwaltern auf weniger Verfahren „verteilen“ mussten. Durch die Wirtschaftskrise 2009 erhöhten sich zwar die Unternehmensinsolvenzen, die Prätendenten indes auch. Ein Argument der Befürworter einer Zertifizierung ist, dass es bei der Auswahlentscheidung nicht ausreichend sein kann, dass der Insolvenzverwalter nur einen „guten Eindruck“ macht, ohne die Erfüllung objektive Kriterien nachzuweisen. Einen guten Eindruck machen viele Insolvenzverwalter, so dass es der Richter es schwer hat, tatsächlich den richtigen mit Kompetenz ausgestatteten Insolvenzverwalter auszuwählen.

Aus diesem Grund ist es für die Befürworter der Zertifizierung unerlässlich, ein Qualitätsmanagement durchzuführen. Argument der Befürworter ist auch, dass es genügend objektive Kriterien gibt, die ein Qualitätsmanagement zulassen, im Gegensatz zu den sog „weichen Kriterien“, wie Persönlichkeit, Charakter, Verhalten, Auftreten des Verwalters. Nach *Haarmeyer* sind die Daten im Rahmen des Zertifizierungsprozesses entscheidend für die Vorauswahl und Bestellung des Verwalters, weil der Richter objektive Leistungskriterien erhält.⁶⁹² Die Uhlenbruck-Kommission hält ein Qualitätssicherungssystem für Verwalter, das sich auf die Bereiche Qualifikation, Infrastruktur, Organisation und Transparenz eines Verwalters bzw seiner Kanzlei beschränkt, vergleichbar mit dem „Peer-Review“ der Wirtschaftsprüfer, für sinnvoll und notwendig. Nach Auffassung der Uhlenbruck-Kommission sollte hier § 91 Abs 2 AktG Vorbild sein.⁶⁹³ Der VID setzt als Aufnahmekriterium für seinen Verband die Zertifizierung voraus.⁶⁹⁴ Eine Gesetzesänderung könnte mithin in der Weise erfolgen, dass nur zertifizierte Verwalter bestellt werden können.

*§ 56 InsO: „Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und Schuldner unabhängige, **zertifizierte** natürliche Person zu bestellen.“*

⁶⁹² *Haarmeyer*, Was wen wie und warum qualifiziert, INDAT-REPORT 3/2008 S 28

⁶⁹³ § 91 AktG: (1) Der Vorstand hat dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Handelsbücher geführt werden. (2) Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.

⁶⁹⁴ In der Mitgliederversammlung des VID in Potsdam am 06-08.11.2008 wurde als Voraussetzung der Aufnahme eines Verwalters in den VID die Zertifizierung beschlossen.

bb) DIN EN ISO⁶⁹⁵ 9001:2000

Das unter dieser Bezeichnung eingeführt Zertifikat dient als Qualitätsmanagement (QM), als konkretes Steuerungselement, das die einzelnen Arbeitsabläufe in der Kanzlei bei zukünftigen Verfahren optimiert und die Qualität der einzelnen Arbeitsabläufe sichert und nachhaltig verbessert. Diese Norm hat ihre Vorläufer in der EN-ISO 9001:1994; ISO 9002:1994, EN-ISO 9003:1994. Neben der Verbesserung der Produktivität soll diese Norm auf die Kundenzufriedenheit abstellen. Sie gliedert sich in Organisationsmanagement, Qualitätssicherung, Akzeptanz. Kundenzufriedenheit ist im Rahmen der Insolvenz auf Zufriedenheit von Gericht und Gläubigerschaft umzudeuten.⁶⁹⁶ Bestandteil des Qualitätsmanagementsystems ist das Qualitätsmanagementhandbuch. Dieses Handbuch steht an der Spitze der Dokumentation und beschreibt den Aufbau, das organisatorische Umfeld und die Abläufe innerhalb der Kanzlei. Das Qualitätsmanagementhandbuch dient als Führungssystem in der Kanzlei. Es soll vor allem den Insolvenzgerichten als Information über die Kanzlei, die Arbeitsweise und Sicherstellung von hochwertigen Leistungen und Abwicklung von Insolvenzverfahren dienen. Die Insolvenzgerichte sollen mit dem Qualitätsmanagementhandbuch einen umfassenden Einblick in die Arbeitsweise der Kanzlei und die Arbeitsweise der Verantwortlichen bekommen.

Beim Ablauf einer Zertifizierung prüft eine akkreditierte Zertifizierungsgesellschaft (DQS, TÜV) in der Kanzlei des Zertifikaten die Umsetzung der ISO Normen sowie die Einhaltung der dokumentierten Arbeitsabläufe. Hierbei wird zunächst das Handbuch bzw dessen Umsetzung überprüft, anschließend die Arbeitsabläufe bei den Mitarbeitern in der Kanzlei. Das Handbuch bildet die Leistungs-Unterstützung und Führungsprozesse ab. Aufgrund der Unterschiede in den Kanzleien enthalten die Handbücher 50-250 Prozesse, für jeden Prozess werden innerhalb der Kanzlei Checklisten, Musteranschreiben und Vorlagen zugeordnet. Die Kanzlei bestimmt einen QM-Beauftragten, der zusammen mit der Kanzleiführung von der Zertifizierungsgesellschaft befragt wird und Fehler bei der Umsetzung abzustellen hat. Das bei Abschluss zu erteilende Zertifikat kann auf die Insolvenzverwaltung beschränkt werden.

Viele bereits zertifizierte Verwalter in Deutschland berichten trotz des Arbeitsaufwands positiv von der Zertifizierung, denn sie bietet Gewissheit der Richtigkeit und Effizienz der Verfahrensabläufe durch eine externe Kontrolle.⁶⁹⁷ Unter dem Motto „zertifizieren statt antichambrieren“ wird von einigen

⁶⁹⁵ Bei der ISO (International Organisation für Standardisation) handelt es sich um eine weltweite Vereinigung der nationalen Norminstitute. Die Bearbeitung der Normen erfolgt durch die CEN (europäische Komitee für Normung, Rue de Stassart, 36B – 1050 Brüssel. Die Norm wurde vom technischen Komitee entwickelt, dem Deutschen Institut für Normung eV (DIN)

⁶⁹⁶ Förster, Die ISO-Zertifizierung von Verwalterbüros ZInsO 2004, 1244 f

⁶⁹⁷ INDAT-REPORT 1/2008 S 11, Die Mühe hat sich gelohnt, fünf Verwalter berichten positiv

Richtern in Deutschland das Zertifizierungsverfahren befürwortet.⁶⁹⁸ Bei einem Kommunikationstreffen der Richter und Rechtspfleger an deutschen Insolvenzgerichten wurde eine Zertifizierung vorgeschlagen.⁶⁹⁹

cc) DIAI Rating

Das DIAI Rating ist eine Bewertung der Arbeitsergebnisse des Insolvenzverwalters aus den letzten fünf Jahren anhand von bestimmten Kennzahlen.⁷⁰⁰ Das Rating ist von der Zertifizierung eines Qualitätsmanagementsystems nach den Normen der DIN EN ISO 9001:2000 zu trennen. Das Zertifikat nach den ISO Normen ist ein Zertifikat für die Insolvenzkanzlei insgesamt im Gegensatz dazu handelt es sich bei dem DIAI Rating um ein Personenzertifikat.

Das DIAI Rating ist ausschließlich auf Insolvenzverwalter mit Erfahrung im Bereich von Unternehmensinsolvenzen und nicht für Insolvenzverwalter kleinerer Verfahren geeignet. Nach Angaben der Initiatoren haben sich die für diese geltenden Rahmenkriterien im Rahmen einer Forschungsgruppe am RheinAhrCampus in Remagen ergeben. Zugrunde lagen Forschungen in den Jahren 2004 – 2006. Hierbei wurden 138 Interviews mit Richtern und anderen Insolvenzbeteiligten geführt und 1450 Verfahrens- und Gerichtsakten ausgewertet. Ebenfalls wurden Insolvenzstatistiken herangezogen.⁷⁰¹ Nach *Haarmeyer* orientiert sich diese Qualitätsmessung speziell an den Anforderungen der Insolvenzverwalter im Gegensatz zur ISO 9001:2000, die zur Fehlervermeidung in der Automobilindustrie entstanden ist.

Das DIAI-Rating ist in zwei Bereiche aufgeteilt. Der 1. Bereich betrifft die Qualifikation, Infrastruktur und Transparenz des Verwalterbüros, der 2. Teil die operativen Kennzahlen.⁷⁰² Im 1. Teil wird abgeprüft, ob die Kanzlei des Verwalters die speziellen Anforderungen einer Unternehmensinsolvenz erfüllt. Hier werden die Zahl der Mitarbeiter, die Qualifikation des Verwalters, die technische Infrastruktur, die Kommunikation und die Steuerung inne-

über die Zertifizierung.

⁶⁹⁸ Am 27./28.03.2007 fand in Karlsruhe eine Diskussion und Vortrag zum Thema „Braucht Deutschland den zertifizierten Verwalter“ statt. Hierbei berichteten die Richter Stefan und Neubert über die Bestellpraxis. Guido Stefan war lange Zeit Staatssekretär im BMJ. Er ließ sich zu der Aussage verleiten, dass zertifizieren besser als antischambrieren, damit ist gemeint, dass es besser ist, Leistungen vorzuzeigen als durch beharrliches und wiederholtes Vorsprechen bei dem Insolvenzrichter eine Insolvenzbestellung zu erreichen.

⁶⁹⁹ Bundesweites Kommunikationstreffen der Richter und Rechtspfleger in Deutschland am 05. und 06.03.2007 in Bremen

⁷⁰⁰ *Schabrian*, Die Zertifizierung von Unternehmensinsolvenzverwaltern, ZInsO 2006, 673 f

⁷⁰¹ *Haarmeyer*, Die Zertifizierung von Unternehmens- Insolvenzverwaltern nach den Richtlinien des DIAI, NZI 2007, 635 f

⁷⁰² *Schabrian*, Das Zertifizierungsverfahren des DIAI für Unternehmensinsolvenzverwalter, ZInsO 2007, 243 f

rhalb der Kanzlei bewertet. Im 2. Teil werden die Erfolgs- und leistungsabhängigen Kriterien geprüft. Hierbei wird unter Festlegung einer Punktezahl das Rating durchgeführt. Begleitend ist ein Fragebogen auszufüllen. Nach den Initiatoren dieses Zertifizierungsverfahrens ist dieser im Zertifizierungsverfahren zu bearbeitende Fragenkatalog aus dem IDW Prüfungsstandard 720, 210, 260, 321, 330, 340, sowie dem deutschen Corporate Governance Kodex und dem von Graumann entwickelten System zur Bewertung von Managementqualität entwickelt worden.⁷⁰³

Die erzielten Punktzahlen werden in einen Zusammenhang gebracht und abschließend als Gesamtpunktzahl ausgeworfen. So erhält zB der Verwalter mit einer Punktezahl von 150-159 Punkte das Rating A, ab 190 Punkte wird das Rating AAA+ erreicht.⁷⁰⁴ Das Zertifikat wird für die Dauer von 3 Jahren vergeben, 6 Monate vor Ablauf muss eine neue Zertifizierung beantragt werden. Aufgrund Ausschüttungsquoten von 10 % wurden 2008 vier Verwalter mit AAA zertifiziert.⁷⁰⁵

dd) InsO 9001

Dieses Regelwerk wurde entwickelt unter fachlicher Aufsicht von Insozert Messner & Voß GBR in Kooperation mit STP Consulting GmbH, einer auf Insolvenzverwalter spezialisierten Unternehmensberatung.

Die InsO 9001 berücksichtigt neben den Forderungen der ISO 9001:2000 zusätzlich die Berufsgrundsätze des VID und die wesentliche Grundzüge der Uhlenbruck-Kommission sowie Elemente des GAVI-Entwurfs. Der Weg zum InsO 9001 Zertifikat führt über das Zertifikat nach ISO 9001 durch die Dokumentationsprüfung einer Qualifizierungsgesellschaft, die einschlägige Fachkenntnisse der Insolvenzbearbeitung hat und ein vor Ort durchgeführtes Audit als Grundlage nimmt.⁷⁰⁶ Der Nutzen soll insbesondere die Vertrauensbildung gegenüber dem Insolvenzgericht sein, die Transparenz der Gesamtabläufe, die Fehlervermeidung, die Minimierung des Haftungsrisikos, die nachhaltige Kostenersparnis und die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit.

ee) Kritikpunkte einer Zertifizierung

Die Zertifizierung wurde nicht uneingeschränkt positiv betrachtet. Es wurde in der Literatur darauf hingewiesen, dass der Insolvenzverwalter im Zertifi-

⁷⁰³ Haarmeyer, Schabrian, Die Zertifizierung von Unternehmens-Insolvenzverwaltern nach den Richtlinien des DIAI, ZInsO 2006, 673 f

⁷⁰⁴ Schabrian, ZInsO 2007, 243 f

⁷⁰⁵ INDAT-REPORT 3/2008 S 7

⁷⁰⁶ Die Begutachtung und Zertifizierung bietet die DQS GmbH Deutsche Gesellschaft zur Zertifizierung von Managementsystemen an.

zierungsverfahren möglicherweise Akten offen legen muss. Dies werfe selbstverständlich die Frage auf, ob der Insolvenzverwalter als solcher, der auch Anwalt ist, seine Verschwiegenheitspflicht verletzt. Dasselbe gilt auch für die Gerichtsakten, die nach § 299 Abs 2 ZPO Dritten nicht zur Kenntnis gebracht werden dürfen.⁷⁰⁷ Gegen diese Auffassung wenden sich die Initiatoren, die der Auffassung sind, dass auf Akteneinsicht nicht zurückgegriffen werden muss. Nach deren Auffassung sind nur Informationen offen zu legen, die ohnehin offenkundig seien und ihrer Natur nach keiner Geheimhaltung bedürfen. Personenbezogene Daten des Schuldners oder sogar weitere Verfahrensbeteiligten sind im Zertifizierungsverfahren nicht offen zu legen.⁷⁰⁸ Mittlerweile ist festzustellen, dass der Fragebogen des DIAI zum Zertifizierungsverfahren für Unternehmensinsolvenzverwalter im Hinblick auf die Kritik zur Verschwiegenheitspflicht geändert worden ist.

In der Mitgliederversammlung des VID am 12.05.2007 wurde unter Top 7 eine Diskussion zur Zertifizierung eingeleitet. Die Mitglieder waren sich darüber einig, dass die mit großem publizistischem Aufwand propagierte Zertifizierung und das Ratingmodell des DIAI (Prof. *Haarmeyer*) nicht sachgerecht seien.⁷⁰⁹

Begründet wird dies von den Mitgliedern des VID damit, dass überwiegend von der Qualität des Verfahrens abhängige Ergebnisse (zB Quotenauszahlungen, Anfechtung etc) als Basis für eine Qualitätsbewertung nicht geeignet seien, sondern sogar als unseriös abgelehnt würden. Nach Auffassung des VID ist es nachzuvollziehen, dass in Teilen der Insolvenzpraxis das Bedürfnis nach transparenter Darstellung der Verfahrensabläufe und Prozesse in den Insolvenzverwalterkanzleien bestehe die Zertifizierung, wie vom DIAI propagiert, wird aber kategorisch abgelehnt.

Bis dato ist festzustellen, dass die meisten Insolvenzgerichte die Zertifizierung als Auswahlkriterium nicht ansetzen.⁷¹⁰ Bisher ist ein Wettbewerbsvorteil dadurch nicht erkennbar.

k) Gesetzlich normiertes Ausschreibungsverfahren analog GWG

Einige Insolvenzexperten sprechen sich für einen Rückgriff auf §§ 97 ff GWB aus.⁷¹¹ Danach sollte ein einheitliches Ausschreibungsverfahren für

⁷⁰⁷ *Burg*, Die Verschwiegenheitspflicht des Insolvenzverwalters im Zertifizierungsverfahren, ZIP 2007, 293-298

⁷⁰⁸ *Haarmeyer, Schabrian*, Zertifizierung des Insolvenzverwalters, Verschwiegenheit und Akteneinsicht, ZIP 2007, 952 f

⁷⁰⁹ VID-Kongress am 11.-12.05.2007 in Bremen

⁷¹⁰ Vom Verfasser befragte 5 Insolvenzrichter in Süddeutschland legen die Zertifizierung nicht als Auswahlkriterium an

⁷¹¹ § 97 GWB Abs 1 Allgemeine Grundsätze: Öffentliche Auftraggeber beschaffen waren, Bau-Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren

die Bestellung von Insolvenzverwaltern und Sachverständigen durchgeführt werden.

Eine direkte Anwendung der §§ 97 ff GWB scheidet indes nach Meinung vieler Insolvenzexperten aus, da das Gericht kein öffentlicher Auftraggeber sei. Dies wird aber in § 98 GWB gefordert.

Auch eine analoge Anwendung der §§ 97 GWB wird abgelehnt, da eine Vergleichbarkeit der Interessenlage nicht gegeben sei. Insbesondere seien die Vorgaben des § 97 V GWB (Wirtschaftlichkeitsgebot) und der in § 5 normierte Öffentlichkeitsgedanke mit den Eigenheiten des Insolvenzverfahrens nicht zu vergleichen.⁷¹²

2. Gesetzliche Zulassungsbeschränkungen durch Novellierung der IO

a) Notwendigkeit einer Kontingentierung

In Österreich stehen auf der österreichischen Insolvenzverwalterliste mehr Bewerber, als es für diese einen „Bedarf“ gibt. Allerdings hat sich der österreichische Auswahlrichter nicht der Problematik zu stellen, dass er klare verfassungsrechtliche Vorgaben beachten muss, die er letztendlich, wie der dt Auswahlrichter, nicht erfüllen kann. In Österreich ist mangels Zuständigkeit des österr Verfassungsgerichts keine verfassungsrechtliche Rechtsprechung zur Auswahl des Verwalters zu erwarten. Bisher liegt auch kein Fall vor, dass ein Prätendent, der auf der zentralen, vom OLG Linz geführten Insolvenzverwalterliste, steht und die Anforderungen nach IO erfüllt, aber nicht bestellt wird, judikativ eine Überprüfung des Auswahlverfahrens veranlasst hat.

Die von den Insolvenzrichtern geführten internen Listen sind nicht offiziell, nicht transparent und somit nicht justiziabel. Die Begrenzung der zentral geführten Liste macht keinen Sinn, denn der Insolvenzrichter soll hieraus auswählen und auch die Möglichkeit haben, einen nicht im Sprengel des Gerichts ansässigen Verwalter auszuwählen. Nur bei legislativer Vorauswahl wäre eine Kontingentierung sinnvoll. Dies wird aktuell indes von den Insolvenzbeteiligten nicht für erforderlich gehalten, wie die österr Justizministerin wiederholt betont, weil die Insolvenzbeteiligten die InsNov 2002 für ausreichend halten⁷¹³ Das dt Modell der Vorauswahl entspricht nicht dem österr Rechtsverständnis.

⁷¹² Hensler, Das Berufsbild des Insolvenzverwalters, ZIP 2002, 1053 f

⁷¹³ Bandion-Ortner, Sanierung im Fokus, INDAT-REPORT 6/2009 S 19

b) Zertifizierung

Nach dem Ministerialentwurf zur Insolvenzrechtsnovelle 2002 war zunächst vorgesehen, dass sich die Prätendenten zwecks Eintragung in die Insolvenzverwalterliste zuvor ein Zertifikat besorgen mussten. Mit diesem Zertifikat sollte die Identifikation mit dem Webserver und dem Bundesministerium der österreichischen Justiz gewährleistet sein. Die Zertifizierung sollte unter dem Stichwort „User-Certification“ von der Zertifizierungsstelle WIFI, Wiedener Hauptstraße 73 in 1040 Wien durchgeführt werden. Nur ab Zuteilung des Zertifikats sollte es möglich sein, dass die Insolvenzgerichte Insolvenzfälle an die Insolvenzverwalter zuteilen.⁷¹⁴ Tatsächlich ist es in Österreich zu einer Zertifizierung von Insolvenzverwaltern in dieser Art nicht gekommen. Der Eintrag in die Insolvenzverwalterdatei wird ohne Überprüfung vorgenommen. Der Richter hat somit keine Gewähr dafür, dass die Eintragungen stimmen. Die Zertifizierung sollte dies nach dem Ministerialentwurf verhindern.

Dennoch gibt es weitere Ansätze der Zertifizierung. So wird das CTE (Certified Turnaround Experts) angeboten. Dieses wurde vom Forum für Restrukturierungen, Sanierungen und Turnaround entwickelt. Die Zertifizierung erfolgt in Kooperation mit incite, der Qualitätsakademie des Fachverbandes Unternehmensberater und IT und WKO. Die ersten Zertifizierungen nach CTE wurden im Herbst 2007 durchgeführt, zwei Masseverwalter waren darunter.⁷¹⁵

Die Zertifizierungsdiskussionen sind seit der InsNov 2002 in Österreich im Gegensatz zu Deutschland trotz wachsender Ansätze kein aktuelles insolvenzrechtliches Thema, Zertifizierungen werden bei Sachverständigen gefordert.

3. Fazit

ME ist das DIAI Ratingsystem kritisch zu sehen. Festzustellen ist nämlich, dass die Anwendungsbereiche des deutschen Corporate Governance Kodex und des IDW Prüfungsstandards nicht auf Qualitätskriterien eines Insolvenzverwalters ausgerichtet sind. Aus dem Fragenbogen und Feststellung der Initiatoren geht auch nicht hervor, wie diese in dem Fragebogen Einfluss gefunden haben. Der deutsche Corporate Governance Kodex stellt vorrangig Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Ge-

⁷¹⁴ Riel, Bekanntmachungen der Masseverwalter, ZIK 2002, 82 f, Frank, Insolvenzrechts-Novelle 2002 - Insolvenzdatei und Insolvenzverwalterliste, ZIK 2002, 55 f

⁷¹⁵ www.unternehmen-in-not.at

sellschaften dar und enthält anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung. Er gibt Antworten zur Organisation der Vergütung des Vorstands, der aufkommende Befugnis des Aufsichtsrats und der Öffentlichkeitsarbeit der Gesellschaft. Im Bezug auf die Stellung des Insolvenzverwalters können mE keine parallelen Fragestellungen festgestellt werden. Genauso wenig können IDW Prüfungsstandards bei der Insolvenzverwalterzertifizierung Anwendung finden. Aus dem IDW Prüfungsstandard 27 ergibt sich eine Berichtserstattung zur Erweisung der Abschlussprüfung nach § 53 Haushaltsgrundsätzegesetz. Aus dem IDW Prüfungsstandard 210 ist ebenfalls keine Ableitung zur Zertifizierung zu sehen. Hier geht es um die Aufdeckung von Unregelmäßigkeiten im Rahmen einer Abschlussprüfung. Dasselbe gilt für die Prüfungsstandards 321, 330, 340, die sich mit der internen Revision einer Abschlussprüfung beschäftigen. Aus diesem Grund bleibt es fraglich, ob die IDW Prüfungsstandards und der deutsche Corporate Governance Kodex tatsächlich die Grundlage des Zertifizierungsfragebogens des DIAI dargestellt haben.

ME ist es auch schwer möglich, die so genannten „weichen Kriterien“ oder sog „soft skills“ abzutesten. Wie soll ein Expertenteam die Zuverlässigkeit, den Umgang mit dem Insolvenzrichter, die bisherigen Erfahrungen feststellen? Jeder Insolvenzrichter wird in einem schwierigen Fall auf den Insolvenzverwalter zurückgreifen, der ihm hierfür auch zuverlässig erscheint. Zuverlässig ist in der Weise gemeint, dass der Insolvenzrichter darauf vertraut, auch aus seinen eigenen Erfahrungen, dass der Verwalter diese Aufgabe bewältigt. Zudem ist kritisch festzustellen, dass die Quotenausschüttung kaum ein geeignetes Bewertungskriterium ist. Wie soll denn eine Quotenausschüttung eine Aussage darüber treffen, wie groß die Qualität des Verwalters ist? Aus Erfahrung des Verfassers ist festzustellen, dass umfangreiche Verfahren, in welchen umfangreiche Anfechtungsrechte geltend gemacht worden sind, umfangreiche gesellschaftsrechtliche Probleme geprüft worden sind, umfangreiche Vertragsverhandlungen stattgefunden haben, zu weniger Masse geführt haben, als Verfahren, in denen in der Masse zB nur ein unbelastetes Grundstück vorgefunden wurde. Diesen Verwalter nun schlechter zu „raten“ wäre unbillig, denn er wäre möglicherweise in der Lage ein Verfahren abzuwickeln, das eine große Masse hat. Aus diesem Grund ist mE ein Rating, welches zentral auf Ausschüttungsquoten schaut, ungeeignet dafür, über die Qualifikation des Verwalters Aussagen zu treffen. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der InsO 1999 dafür Sorge tragen wollte, dass mehr Insolvenzverfahren eröffnet werden. Zu diesem Zweck wurde auch der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit eingeführt.⁷¹⁶ Aber auch Verfahren, in denen nur die Verfahrenskosten ge-

⁷¹⁶ § 18 InsO: (1) Beantragt der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so ist auch die drohende Zahlungsunfähigkeit Eröffnungsrund. (2) der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.

deckt sind, sollten nach dem Willen des Gesetzgebers, im Hinblick auf die Ordnungsfunktion eines Insolvenzverfahrens, eröffnet werden. Würde man die Zertifizierung zugrunde legen, würden Verwalter möglicherweise davor scheuen, kleinere Verfahren, in welchem nur die Kosten des Verfahrens gedeckt sind, zu bearbeiten, da eine Zertifizierung die Bearbeitung dieser Verfahren als negativ hinstellt. Das Zertifizierungsverfahren beurteilt auch nicht die Zuteilungspraxis der Gerichte. Bei vielen Gerichten ist es so, dass bei einem Großverfahren überörtliche, bundesweit bekannte Insolvenzverwalter herangezogen werden. Da in einem Großverfahren viele Tatbestände von der Verwaltung zu erfüllen sind, die für das Zertifizierungsverfahren Pluspunkte ergeben, würde diese Zuteilungspraxis das Zertifizierungsverfahren in der Weise beeinflussen, dass nur die großen Insolvenzverwalter die meisten Punkte erzielen.

Zu berücksichtigen ist, dass die Insolvenzverfahren völlig unterschiedlich sind. Es handelt sich hier nicht immer um Unternehmen, die gleich strukturiert sind. Nicht vergleichbare Insolvenzverfahren sind aber nur schwer messbar. Die Initiatoren verkennen auch, dass das von ihnen im Zertifizierungsverfahren angestrebte Ziel, eine Bestenauswahl zu erreichen, nicht im Sinne des Verfassungsgerichts ist.⁷¹⁷ Das BVfG hat in der grundlegenden Entscheidung über den Rechtsschutz gegen die Bestellung eines Mitbewerbers zum Insolvenzverwalter am 23.05.2006 gerade nicht die Bestenauswahl als Ziel festgestellt.⁷¹⁸ Aus vorgenannten Gründen ist mE die Zertifizierung nach DIAI abzulehnen. Indes ist das Ergebnis des bundesweiten Kommunikationstreffens der Richter und Rechtspfleger an deutschen Insolvenzgerichten am 05. und 06.03.2007 in Bielefeld nachvollziehbar, soweit es um die Zertifizierung nach DIN ISO 9001-2000 und InsO 9001 geht.⁷¹⁹ Dort wurde über die Vorauswahl und Auswahl von Insolvenzverwaltern diskutiert. Danach unterstützen die Richter und Rechtspfleger alle Bestrebungen bei der Vorauswahl und Auswahl von Insolvenzverwaltern, die dahin gehen, neben den allgemeinen anerkannten Kriterien wie Unabhängigkeit etc, aussagekräftige und qualitätsbezogene Kriterien zu entwickeln. Im Sinne der Durchsetzung der Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens werden alle Bemühungen um eine die Vorauswahl der Gerichte erleichternde und unterstützende leistungsbezogene Zertifizierung von Insolvenzverwaltern durch

⁷¹⁷ Haarmeyer, Schabrian, Qualitätsmanagement in der Insolvenzverwaltung – Transparenz durch Qualität, ZInsO 2006, 673 f

⁷¹⁸ BVfG v 23.05.2006 – 1 BvR 2530/04; OLG Hamm, ZIP 2005, 269 f, ZIP 2006, 1355 f

⁷¹⁹ Der Bundesarbeitskreis (BAKinso) versteht sich als gruppenübergreifende Interessenvertretung von Rechtsanwendern in den deutschen Insolvenzgerichten und will sich mit eigenen Stellungnahmen, Diskussionsbeiträgen und Fortbildungsveranstaltungen an den Entwicklungen und Veränderungen der Insolvenzrechtlichen Rahmenbedingungen und deren praktischer Umsetzung beteiligen. Der Arbeitskreis ist aus einem Interessentenkreis von 94 Insolvenzgerichten entstanden, wird sich auch gegenüber dem BMJ und den Landesjustizverwaltungen als Ansprechpartner vorstellen und Stellungnahmen zu Reformen abgeben. Im Sprechergremium sind ua Richter am Amtsgericht Hamburg, Frind, Richter am Amtsgericht Potsdam, Graeber. Am 05. und 06.03.2007 wurde der Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte (BRAKinso) in Bremen beschlossen.

unabhängige, interessenungebundene Dritter, ausdrücklich begrüßt. Bei einer Gesetzesänderung sollte mE daher, das Zertifizierungsverfahren explizit benannt werden.

§ 56 InsO: Zum Insolvenzverwalter ist eine geeignete nach InsO 9001 zertifizierte Person zu bestellen.

Bereits zur InsNov 2002 hat man sich in Österreich über eine Zertifizierung Gedanken gemacht, als dies in Deutschland noch für die Insolvenzverwalter in weiter Ferne war. So sollte der sich in die Verwalterliste sich eintragende Prätendent zuvor ein Zertifikat von der Zertifizierungsstelle Datakom Austria einholen. Der Zertifizierungsgedanke wurde in Österreich indes wieder fallen gelassen.

Der Kontingentierung der Verfahrenszahl pro Verwalter ist grundsätzlich zuzustimmen. Nur dadurch ist wieder gewährleistet, dass die höchstpersönlichen Aufgaben vom Verwalter selbst durchgeführt werden und sich die Grauverwaltung sich auf die Bereiche bezieht, für welche der Verwalter nicht höchstpersönlich verantwortlich ist. ME liegt auch hier die vernünftige Begrenzung bei 30 Verfahren pro Jahr. Problematisch dürfte die legislative Umsetzung der Fallzahlbegrenzung sein, doch ist diese aufgrund der Berufszulassungseinschränkung unumgänglich. Aufgrund des eingetretenen Filialismus hat es im Einzelfall der Insolvenzrichter im Einzelfall schwer, die genaue Fallzahl festzustellen. Selbstverständlich sind die Insolvenzfälle sehr unterschiedlich. Ein Großverfahren ist nicht mit einem Kleinverfahren zu vergleichen. Der Aufwand ist in jedem Verfahren verschieden. Der Richter wird nicht in der Lage sein, auch noch Aufwandsmessungen durchzuführen.

Dennoch bietet mE die Festlegung einer Obergrenze eine sinnvolle Möglichkeit, Qualitätssicherung durch Vermeidung von Überbelastung und Erreichen höchstpersönlicher Amtsführung sicherzustellen.

In Österreich wird bisher ein Handlungsbedarf zur Kontingentierung nicht gesehen. Eine vom Richter offiziell geführte Vorauswahlliste gibt es nach IO nicht. Da die österr Reformbestrebungen von Transparenzforderungen geprägt sind, könnten bei Offenlegung der persönlichen Auswahlliste des österr Insolvenzrichters die vorgenannten Kontingentierungsvorschläge herangezogen werden.

Ein Ausschreibungsverfahren für Verwalter ist mE schon deshalb abzulehnen, weil dieses zeitintensiv ist und ein Insolvenzrichter schnell auf Prätendenten zurückgreifen muss, die sich darum beworben haben, den Insolvenzfall sofort zu übernehmen. Zudem fehlt der Sachbezug. Ebenfalls passt mE eine Analogie zu den Bestellvoraussetzungen der Notare nicht, denn Notarstellen werden öffentlich vorgegeben. Eine Analogie zu der Bestellung der BGH-Anwälte ist ebenfalls unzutreffend, denn die Wahl des Verwalters durch einen Ausschuss widerspricht dem normierten Erstbestellungsrecht

des Insolvenzrichters. Allenfalls die Voraussetzung, einer zeitlich begrenzten Berufsausübung könnten übernommen werden.

II. Gesetzliche Regelungen zur (frühen) Gläubigerbeteiligung

1. Legislative Änderungen der InsO

a) Vorläufiger Gläubigerausschuss als Korrektiv zum bedingungslosem Erstbestellungsrecht

Bei bedingungslosem Erstbestellungsrecht des Gerichts und der zeitlichen Abfolge der Gläubigerbeteiligung wurde vorgeschlagen als Ausweg aus dieser Misere die Einwirkung der Gläubiger auf den Verwalter durch einen vorläufigen Gläubigerausschuss in Deutschland bereits im Vorverfahren zuzulassen. Einige Insolvenzexperten wiesen darauf hin, dass dies ohne legislativen Eingriff durch den Verweis auf die Vorschriften, die das Insolvenzverfahren betreffen, zu rechtfertigen wäre.

Die dt Gerichte lehnen, unter Hinweis auf die Gesetzessystematik die Einsetzung eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses bisher ab. Die Sachverständigen machten dem Rechtsausschuss des dt Bundestags bereits am 09.04.2008 den Vorschlag, legislativ zu normieren, dass ein Gläubigerausschuss vor Eröffnung des Verfahrens gebildet werden kann. Dieser soll zur Bestellung des Verwalters angehört werden. Wenn der Gläubigerausschuss einstimmig gegen den vom Gericht ausgewählten Verwalter votiert, wäre die nach dem Vorschlag dieser Sachverständigen bindend.

b) Legislatives Initiativrecht des vorläufigen Verwalters und Sachverständigen

Frind befürwortet ebenfalls eine gesetzliche Regelung, die vorsieht, dass vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Vorschlag des gerichtlichen Sachverständigen oder des vorläufigen Insolvenzverwalters oder durch das Insolvenzgericht von Amts wegen ein vor-vorläufiger Gläubigerausschuss gebildet werden kann.⁷²⁰ Ein Initiativrecht der Gläubiger soll indes nicht normiert werden, da die Gläubiger in diesem Verfahrensstadium nicht vollständig bekannt sind.

⁷²⁰ *Frind*, Der Einfluss der Gläubiger bei der Auswahl des und der Aufsicht über den Insolvenzverwalter, ZInsO 2007, 643 f

c) Gesetzesinitiative der dt Bundesregierung

In der ersten Beratung des Deutschen Bundestages über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittellose Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen befürwortete die damalige dt Justizministerin Zypries die Idee eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Vorverfahren:

„Mit dem vorläufigen Gläubigerausschuss hängt auch die Frage zusammen, wie viel Einfluss die Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters bekommen sollen. Eine falsche Personalwahl kann erhebliche Folgen haben. Deswegen ist die Überlegung richtig, den Gläubigern dabei mehr Kompetenzen und Mitsprache einzuräumen als bisher.“⁷²¹

Nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen soll nach § 21 Abs 2 Z 1 InsO Z 1a eingefügt werden.

Danach kann das Gericht *einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, für den die §§ 69 bis 73 entsprechend gelten*. Diese Vorschriften regeln die Aufgaben und Vergütung des Gläubigerausschusses.

d) Legislatives Anhörungs- und Vorschlagsrecht des GSV

Der dt GSV und KSI hat sich erst 2009 konstituiert. Selbstredend können sie nicht, wie der österr KSV1870, auf eine 130 jährige Tradition zurückblicken. Dem KSV sind de lege lata diverse Rechte eingeräumt worden, indes aber kein normiertes Anhörungsrecht oder Vorschlagsrecht bei der Bestellung des Masseverwalters. Sollte sich die Position des GSV und KSI stärken, sollten sie eine Vielzahl auch von institutionellen Gläubigern bündeln können, wäre mE über ein legislatives Anhörungsrecht nachzudenken.

e) Entlassung des vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 59 InsO⁷²²

§ 59 InsO ist nach § 21 Abs 2 Nr. 1 InsO als Verweisungsvorschrift auf § 58

⁷²¹ Zypries, Aussprache zum Gesetzesentwurf am 20.02.2008 im Bundestag, Drucksache 16/7416

⁷²² § 59 Abs 1 InsO: das Insolvenzgericht kann den Insolvenzverwalter aus wichtigem Grund aus dem Amt entlassen. Die Entlassung kann von Amts wegen oder auf Antrag eines Verwalters, des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Verwalter zu hören. Abs 2 Z 1 Gegen die Entlassung steht dem Verwalter die sofortige Beschwerde zu.

InsO auf den vorläufigen Verwalter anzuwenden. Nach § 59 kann der (vorläufige Verwalter) nur von Amts wegen seines Amtes enthoben werden. Antragsberechtigt sind die Gläubiger, nicht der Schuldner.

2. Legislative Änderungen IO

a) Legislatives Anhörungs- und Vorschlagsrecht der Gläubigerschutzverbände

Der Enthebungsantrag ist durch das IRÄG 1992 eingeführt worden. Eine Abwahlmöglichkeit, wie sie die dt InsO vorsieht gibt es seitdem nicht mehr. Tatsächlich war in dieser Zeit die Praxisrelevanz nicht all zu groß, zumal bereits vor dieser Regelung die Abwahl eines gerichtlich bestellten Masseverwalters wohl rechtlich möglich war, aber tatsächlich nicht vorkam.⁷²³

Nicht nur durch das IRÄG 2010 steht der Sanierungsgedanke im Vordergrund. Umso mehr ist es erforderlich, einen geeigneten Verwalter zu haben, der diese Anforderungen erfüllt kann und erfüllt. Über die Qualifikationen und Erfolge eines Insolvenzverwalters haben die Gläubigerschutzverbände durch ihre Beteiligungen in vielen Insolvenzverfahren Erfahrungen und Kenntnisse. Eine sehr frühe Beteiligung der Gläubigerschutzverbände findet in vielen Fällen durch Anfrage des Insolvenzrichters sicher statt, eine legislative Regeleung würde indes mehr Transparenz erzeugen.

b) Anhörung vs Enthebungsantrag

Im Unterschied zur InsO sieht die IO zwar vor, dass das Gericht nach 14 Tagen nach Insolvenzeröffnung die Gläubigerbeteiligung herbeiführen sollte (§ 74 Abs 3 IO). Die Gläubiger haben im Unterschied zu Deutschland nicht die Möglichkeit, die Wahl des Verwalters zu bestimmen, sie können aber erheblich früher auf das Gericht und somit auf den Verwalter Einfluss zu nehmen. Theoretisch können die Gläubiger in Österreich bereits 2 Wochen nach der Bestellung des Masseverwalters dem Konkursgericht schwerwiegende Gründe vortragen, dass dieser per Antrag seines Amtes enthoben wird. Schwerwiegende Gründe sind indes schwer nachzuweisen, ob dies Sanierungsfehler sein können, mag dahin stehen.

Das Gericht ist an den Antrag nicht gebunden und wird nicht ad hoc entscheiden können. Der Eingriff der Gläubiger kommt zu spät,

⁷²³ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in BPB III § 87 Rz 2

Enthebungsanträge werden wegen vorhersehbarer Erfolglosigkeit nicht gestellt. Vorschläge zu einer vorgezogenen Anhörung gibt es nicht, wären aber bei der historischen Gläubigereinschränkung zu erwägen (vgl 3. Teil V.).

3. Fazit

Nach der jetzigen gesetzlichen Regelung ist die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im vorläufigen Insolvenzverfahren nach InsO nicht vorgesehen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes und der Systematik des Gesetzes, das die vorläufige Insolvenzverwaltung als Vorverfahren ansieht, wäre mE ein vorläufiger Gläubigerausschuss auch ohne gesetzliche Regelung möglich. Dies erfolgt nicht analog, sondern durch wörtliche Auslegung. Nach § 21 Abs 2 InsO wird auf die Vorschriften der §§ 56, 58 bis 66 InsO Bezug genommen. Damit werden diese Regelungen für den Insolvenzverwalter auf den vorläufigen Insolvenzverwalter analog angewendet. Eine analoge Anwendung der Regelung über den Gläubigerausschuss ist in § 21 InsO aber nicht vorgesehen, scheidet mithin aus. In § 67 Abs 1 InsO heißt es, dass der Gläubigerausschuss **vor** der ersten Gläubigerversammlung durch das Insolvenzgericht eingesetzt werden kann. Somit kann nach wörtlicher Auslegung die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Vorverfahren durchaus auch ohne legislativen Eingriff gerechtfertigt werden.⁷²⁴

Dies wird von den meisten deutschen Gerichten indes wegen der behaupteten Gesetzessystematik nicht so gesehen, weshalb es bis jetzt nicht zur Einsetzung eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses gekommen ist. Hauptargument ist, dass diese Maßnahme über den Sicherungszweck des vorläufigen Verfahrens hinausginge und das Vorverfahren als Vorkonkurs erscheinen ließe und damit die Verzögerung des Verfahrens bedinge. Hiergegen ist indes anzuführen, dass gerade die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses auch unter Sicherheitsaspekten hilfreich sein kann, wenn der vorläufige Verwalter nämlich masseschmälernde Handlungen vornimmt. Wenn nicht alle Gläubiger bekannt sind ist darauf hinzuweisen, dass § 67 Abs 3 InsO eine Besetzung auch von Nichtgläubigern zulässt.

Eine legislative Ergänzung würde mE zur Rechtssicherheit beitragen, eine judikative Bestätigung anhand einer wörtlichen Auslegung wäre mE aber auch ausreichend.

Der Ansatz von *Frind* ist mE grundsätzlich zu befürworten, allerdings sollte auch den wichtigen Gläubigern ein Initiativrecht eingeräumt werden, denn mE besteht das Problem der fehlenden Kenntnis der relevanten Gläubiger

⁷²⁴ *Eickmann* in Hess Insolvenzordnung § 67 Rz 44, HK- InsO/ Kirchhof § 21 Rz 18; *Schmerbach* in Fk –InsO Rz 187 mwN

nicht.⁷²⁵ Die Sozialkassen, die Agentur für Arbeit, die Mitarbeiter, die Hausbanken und Hauptlieferanten sind doch bekannt. Das Initiativrecht könnte auf die institutionellen Gläubiger, absonderungsberechtigte Gläubiger und Betriebsrat beschränkt werden.

De lege ferenda⁷²⁶ ist deshalb auch ein Vorschlagsrecht dieser Gläubiger auf Errichtung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zu fordern. Eine obligatorische Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses ginge mE zu weit, weil dies in einfacheren und kleineren Verfahren überflüssig wäre. Aus diesem Grund sollte mE der vorläufige Gläubigerausschuss an eine gewisse Größenordnung des Verfahrens (Mitarbeiterzahl, Gläubigerzahl) geknüpft werden. Die legislative Normierung eines Beschwerderechts ist mE erforderlich, denn eine Zeitverzögerung ist damit nicht verbunden. Die Anwendung des § 59 InsO im vorläufigen Insolvenzverfahren müsste im Fall eines vorläufigen Gläubigerausschusses legislativ normiert werden.

In Österreich stellt sich das Problem des vor-vorläufigen Gläubigerausschusses nicht, weil ein Vorverfahren (vorläufiges Insolvenzverfahren) nicht vorgeschaltet ist. Die Gläubigerbeteiligung kommt in Österreich recht früh, kann aber nicht unbedingt die Absetzung eines schwachen Verwalters erreichen. Hier wäre ein Anhörungsverfahren des Gläubigerschutzverbandes angebracht.

III. Regelungen ohne legislativen Eingriff

1. Initiativmodelle der Insolvenzgerichte

a) Melange à trois

Auch in Österreich sind die Bestrebungen der Gläubiger und auch Schuldner und Schuldnervertreter nicht zu leugnen, zumindest in Großverfahren Einfluss auf die Auswahl und Bestellung des Masseverwalters zu nehmen.

Wie die Befragungen der österr Insolvenzgerichte einstimmig ergeben haben, ist die Benennung nur eines Verwalters eher kontraproduktiv. Bei dieser Verfahrensweise sieht der österr Insolvenzrichter die mehrpolige Interessenvertretung durch den Insolvenzverwalter als nicht mehr gegeben an.

Favorisiert wird ein sog Dreivorschlag. In diesem Fall wird eine Vorbefas-

⁷²⁵ Frind, ZInsO 2007, 645 f, Eickmann in Hess, Insolvenzordnung, Heidelberger Kommentar § 56 Rz 35

⁷²⁶ De lege ferenda lat: Nach zu machendem Recht im Gegensatz zu lege lata, nach geltendem Recht.

sung und Unabhängigkeitsgefährdung des Masseverwalters nicht gesehen. Gern gesehen wird dieser Dreivorschlag, wenn er mit einem Anforderungsprofil versehen ist, welches Aussagen darüber trifft, dass die Masseverwalter über die Voraussetzungen verfügen, das spezielle Verfahren erfolgreich zu betreuen.

b) Detmolder-Modell

Anknüpfend an die Einflussmöglichkeiten der Gläubiger im Vorfeld der Bestellung des Verwalters favorisiert das Detmolder-Modell eine vorgezogene Gläubigeranhörung. Hier soll die Möglichkeit gegeben werden, in einer vorgezogenen mündlichen Verhandlung Informationen auszutauschen und gegenseitiges Vertrauen zwischen Gläubigern und Verwalter zu schaffen. Das Insolvenzgericht soll in einer vorgezogenen mündlichen Verhandlung die Anforderungen erörtern, die der zukünftige Insolvenzverwalter zu erfüllen hat, um den Fall erfolgreich abzuwickeln. Somit soll ausgeschlossen sein, dass der Zugang zum Verwalteramt von Zufälligkeiten, nämlich der Bekanntheit des Insolvenzverwalterbüros oder der Bekanntschaft zwischen potentiellen Insolvenzverwaltern und Richtern abhängt. Gerade in Großverfahren ist nach Befürwortern des Detmolder-Modells gewährleistet, dass durch „frühe Sanierungsrunden“ unmittelbar Zugriff auf das Verfahren genommen werden kann.⁷²⁷ Nach den Befürwortern des Detmolder-Modells ermöglicht die einstimmige Einigung auf einen Verwalter eine erfolgreiche Abwicklung, da durch den übereinstimmenden Wunsch der Gläubiger, gerade bei den Arbeitnehmern, für den Verwalter alle „Türen offen stehen“, wenn im Vorfeld zB Wünsche der Gewerkschaft nachgekommen wird, dürfte sich die Bereitschaft des von der Gewerkschaft beeinflussten Betriebsrats bei der Abfassung von Interessenausgleichen und Sozialplänen eher einstellen. Dadurch werden besonders psychisch belastete Arbeitnehmer wieder motiviert, eine Betriebsfortführung zu ermöglichen. Nach dem Detmolder-Modell wäre aber auch ein Scheitern nicht negativ, da die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung nun erfahren hätten, dass das Insolvenzgericht ein Ermessen ausübt, indem zur Vorbereitung der Ermessensentscheidung zuvor die Gläubiger befragt werden.

Nach *Frind* verbieten aber gerade die Großverfahren eine frühzeitige Beteiligung der Gläubiger, da hier wegen der Eilbedürftigkeit hier Hemmnisse eintreten würden.⁷²⁸ Zudem wäre die Sanierungsrunde ein seltener Glücksfall, weil sich in einem krisengeschüttelten Unternehmen die relevanten Gläubigergruppen sich in diesem Stadium kaum zusammenfinden können. Dieses Argument konnte bei der Arcandor-Insolvenz widerlegt werden. Hier

⁷²⁷ *Busch*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters nach dem Detmolder-Modell, DZWIR 2004, 353

⁷²⁸ *Frind*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters, DZWIR 2001, 497 f

fand eine vorgezogene Gläubigeranhörung zur Bestellung und Auswahl des Verwalters statt.^{729, 730}

Nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen soll der Schuldner ein Verzeichnis der wesentlichen Gläubiger vorlegen.⁷³¹ Dies spricht für die Favorisierung dieses Modells durch den dt Gesetzgeber.

c) Hannoveraner Modell

Das Insolvenzgericht Hannover ist der Auffassung, dass trotz der Unterschiedlichkeit der einzelnen Insolvenzverfahren eine Ergebnismessung stattfinden kann.⁷³² Bei der Vielzahl der Verfahren lassen sich nach dem Insolvenzgericht Hannover durchaus Unterschiede bei der Häufigkeit von Sanierungen, dem Einsatz von Insolvenzplänen und dem Erfolg von Insolvenzanfechtungen feststellen. Die Kennzahlenmethode nach *Haarmeyer* lehnt das Insolvenzgericht Hannover ab, entscheidet sich aber dafür, vier Kriterien bei der Auswahl des Verwalters zugrunde zu legen. Einmal den Anteil an Sanierungen und Insolvenzplänen, die Quote für die ungesicherten Gläubiger, sowie den Anteil von insolvenzspezifischen Aufgaben, wie zB die Anfechtung. Ergänzt werden sollen diese Erfolgskriterien durch die Qualifikation, Berufserfahrung, Kanzleistruktur, Fortbildung, technische Ausstattung und die weichen Faktoren, wie Kommunikation zwischen den Insolvenzbeteiligten.⁷³³

Nach dem Hannoveraner Modell werden Punkte vergeben: Insgesamt sind 400 Punkte zu erreichen, von denen 160 Punkte für allgemeine Fachkompetenz vergeben werden, 60 Punkte für Sanierungskompetenz und 180 Punkte für Verfahrensergebnisse.

Diese allgemeine Einordnung wird durch einzelne Kriterien verfeinert. So wird zB die Sanierungskompetenz dadurch berechnet, dass die Anzahl der einzelnen Planverfahren bzw die erfolgten Sanierungen mit 100 multipliziert werden und die sich daraus ergebende Zahl durch die Unternehmensinsolvenzen dividiert wird. Die Kommunikationskompetenz wird durch die Rechtspfleger bestimmt. Diese beurteilen auf der Scala von 1-10 das Auftre-

⁷²⁹ Die Insolvenz von Arcandor ist in Deutschland das größte Insolvenzverfahren und hat den politischen Streit entfacht, welche Chancen ein Insolvenzverfahren anstelle einer außergerichtlichen Sanierung bieten kann. Kurz vor Einsetzung des vorläufigen Verwalters haben drei Insolvenzrichter des Gerichts mit einer Reihe von Gläubigern einen Anhörungstermin durchgeführt. In diesem Termin wurde über die die geeignete Verwalterperson gesprochen. Arcandor hatte beim Insolvenzantrag 50.000 Mitarbeiter.

⁷³⁰ *Sastry*, Mit den wichtigsten Gläubigern gesprochen (Interview), INDAT-REPORT 4/2009 S 28

⁷³¹ ZInsO 2010, 1440-1447, Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG).

⁷³² *Neubert*, Das Hannoveraner Modell zur Verwalterauswahl, ZInsO 2010, 73 f

⁷³³ *Neubert*, Insolvenzverwalter; Vorauswahl; Hannoveraner Modell, ZInsO 2010, 73 f

ten des Verwalters. Bei der Berufserfahrung werden die Berufsjahre mit Punkten versehen, ebenfalls die Fortbildungen im Jahr. So erhalten Verwalter bei 4 Fortbildungen 5 Punkte bei mehr Fortbildungen 10 Punkte. Entsprechend diesen Vorgaben wurde ein Fragebogen entworfen, den die Verwalter vorzulegen und zu verifizieren haben.

d) Hamburger Modell (gerichtserhobene Verfahrenskennzahl)

Insbesondere *Frind* leitet aus der Rechtsprechung des BVfG ab, dass der Richter, um den geeigneten Prätendenten auf die Vorauswahlliste zu nehmen, die Erhebung und Verifizierung von Daten gewährleisten muss. Insofern bleibt es unbenommen, eine Verfahrenskennzahl-Erhebung durchzuführen.⁷³⁴ Die Verfahrenskennzahlen erfassen die schlussgerechneten Insolvenzverfahren. Hierbei werden die durchschnittliche Befriedigungsquote (Werte-Korridor) der ungesicherten Gläubiger und die durchschnittliche Befriedigungsquote der absonderungsberechtigten Gläubiger ermittelt. Untersucht wird als nächstes die durchschnittliche Mehrung der Masse aufgrund der Durchsetzung von Ansprüchen gegen Dritte und die durchschnittliche Beitreibungsquote von vor Antragstellung entstandenen Forderungen. Zur Messung des Erfolgs soll nach diesem Modell die Summe aller Verwaltungs- und Verwertungskosten ins Verhältnis gesetzt werden. Zum Schluss wird der Fortführungserfolg gemessen, hier wird bewertet, wie viele Betriebe zum Berichtstermin fortgeführt werden und die Durchschnittsquote der erhaltenen Arbeitsplätze bewertet. Letztendlich wird die Planhäufigkeit betrachtet. Nach *Frind* bietet diese Verfahrenskennzahlauswertung dem Insolvenzrichter die Möglichkeit die Ergebnisse und die Wirkung der Arbeit des Verwalters zu reflektieren und dadurch wertvolle Erkenntnisse zu erlangen.⁷³⁵ Nach seiner Ansicht könnte eine Zertifizierungsgesellschaft die Daten erheben, nach § 39 EGGVG eine Erfolgsstatistik für Insolvenzverfahren eingeführt werden.

2. Fazit

Das Detmolder-Modell ist mE das geeignetste Verfahren, eine frühzeitige Gläubigereinbindung bei der Auswahl des Verwalters zu erreichen. Das Ar-

⁷³⁴ *Frind*, Gerichtserhobene Verfahrenskennzahlen als Mittel und Möglichkeit gerichtlicher Bewertung des Insolvenzerfolgs und gesteigerter Aufsicht im Insolvenzverfahren, ZInsO 2008, 126 f

⁷³⁵ *Frind*, Gerichtserhobene Verfahrenskennzahl als Mittel und Möglichkeit gerichtlicher Bewertung und gesteigerter Aufsicht im Insolvenzverfahren, ZInsO 2008, 126 f

gument, dass die Gläubiger bei Beginn des Antragsverfahrens nicht bekannt sind, zieht nicht, denn die wichtigsten Gläubiger, wie Banken, Finanzamt, Belegschaft, Krankenkassen und auch die wichtigsten Lieferanten sind von Anfang an bekannt. Die aktuelle Gesetzesinitiative der dt Bundesregierung deutet darauf hin, dass durch die Aufgabe, die wichtigsten Gläubiger beim Insolvenzantrag zu benennen, die Gerichte angehalten werden, die Auswahl des Verwalters mit diesen Gläubigern zu erörtern. In einigen Fällen wurde dieses Verfahren auch bereits erfolgreich praktiziert. Eine Verfahrenskennzahl auswertung nach Hamburger Modell ist zu aufwendig und kann von Insolvenzrichtern mit kleinen Deputaten schon aus Zeitmangel nicht durchgeführt werden. Dasselbe gilt mE für die Punktemethode nach dem Hannoveraner-Modell.

IV. Eigene Vorschläge zur Auswahlentscheidung

1. Legislative Änderungen der InsO

a) Änderung § 2 InsO

Damit die Insolvenzrichter in Deutschland auf „Augenhöhe“ mit den Verwaltern stehen, bedarf es der Aufwertung der Richterstellen. Dies ist nur durch eine unter III. dargestellte Durchsetzung der Konzentrationsmaxime möglich. Die Insolvenzgerichte müssen bei den Landgerichten, wie in Österreich, angesiedelt werden, zumindest was die Unternehmensinsolvenzen betrifft. Hierbei muss die Anzahl der Insolvenzgerichte auf ein wirkungsvolles Maß reduziert werden, ohne dass die Rechtsaufsicht mangels Übersichtlichkeit leidet.

Der Verfasser schlägt eine Reduzierung um 1/3 der Anzahl der Insolvenzgerichte vor, was legislativ durch eine Änderung von § 2 InsO erreicht werden könnte:

§ 22 Abs 1 InsO:

Für Insolvenzverfahren sind maximal vier Landgerichte in einem OLG-Bezirk zuständig.

Die Landesregierungen werden ermächtigt zur sachdienlichen Förderung der Insolvenzverfahren vier Landgerichte aus dem Bezirk der Oberlandesge-

richte als Insolvenzgerichte festzulegen.

In Baden-Württemberg wären zB bei 2 OLG-Bezirken (Karlsruhe und Stuttgart) 8 Landgerichte als Insolvenzgerichte zuständig. Aktuell sind 23 Amtsgerichte als Insolvenzgerichte zuständig.

b) Übernahme §§ 80a, 80b IO aus verfassungsrechtlicher Notwendigkeit

Das BVfG hat in seiner grundlegenden Entscheidung vom 03.08.2004 festgestellt, dass die Tätigkeit als Insolvenzverwalter als eigenständiger Beruf im Sinne des Artikels 12 GG aufzufassen ist.⁷³⁶ Die Auffassung des BVfG ist die Fortsetzung seiner bisher erfolgten Judikatur des BVfG.⁷³⁷

Der Zugang zu diesem Beruf ist somit abhängig von einem „staatlichen“ Zulassungsakt, da sich der Insolvenzverwalter-Prätendent nur als Insolvenzverwalter betätigen kann, wenn das Gericht hierfür eine „Zulassung“ erteilt. Somit greift mE ein staatlicher Akt in die Zulassung zum Insolvenzverwalterberuf ein. Es ist somit festzustellen, dass die Norm des § 56 InsO eine berufsregelnde Norm im Sinne des Art 12 Abs 1 S 2 GG ist. Die in § 56 Abs 1 InsO normierten Anforderungen halten mE dann aber dem verfassungsrechtlich Anspruch nicht Stand. Wird die Zulassung zu einem Beruf kontingentierte, müssen die Auswahlkriterien gesetzlich geregelt werden.⁷³⁸ Im Gegensatz zur Konkursordnung umschreibt § 56 in der InsO zwar die Eignungsanforderungen mit Geschäftskundigkeit und Unabhängigkeit, dies reicht mE nicht aus, dem verfassungsrechtlichen Anspruch gerecht zu werden. Neben den generellen Eignungskriterien des § 56 InsO müssen mE auch die fachlichen Voraussetzungen normiert werden. Das BVfG hat ausdrücklich die fehlende gerichtliche Überprüfung des Vorauswahlverfahrens in Frage gestellt. Aus der Entscheidung ist zu entnehmen, dass das BVfG keine gesetzliche Regelung fordert. Andererseits bestätigt die Entscheidung des BVfG, dass die Ausübung der Tätigkeit als Insolvenzverwalter einen Beruf darstellt, somit in Art 12 GG somit eingegriffen wird.

Das BVfG ist zwar der Auffassung, dass die gesetzliche Regelung nach § 56 InsO ausreicht, weil das Prinzip der „praktischen Konkordanz“ wirkt. ME ist aber Art 14 GG bei dieser Auffassung nicht ausreichend berücksichtigt.

Aus § 1 InsO ergibt sich, dass das Ziel des Insolvenzverfahrens die Befriedigung der Gläubiger ist. Der Sanierungsgedanke und der Erhalt der in die Krise geratenen Unternehmen sind zwar in den Gesetzesmaterialien festzustellen, gesetzlich normiert ist jedoch nur das Befriedigungsinteresse der Gläubiger. Das Insolvenzverfahren ist nach § 1 InsO für Insolvenzgläubiger

⁷³⁶ BVfG v 03.08.2004 – 1 BvR v 135-00; 1 BvR 1086/01, ZInsO 16/2004, 913 f

⁷³⁷ BVfG v 11.06.1958, BVfGE 7, 377 (397); BVfGE 68, 272 (281); BVfGE 78, 179 (193)

⁷³⁸ BVfGE 73, 280/294 F; BVfGE 51, 235/238 f

somit geschaffen, um das nach Art 14 GG geschützte Eigentum für diese zu realisieren. Über das Insolvenzrecht erfolgt eine haftungsrechtliche Zuweisung des Schuldnervermögens an die Gläubigergesamtheit, also eine Verwirklichung der grundrechtsgeschützten Eigentumsposition, ähnlich wie im römischen Recht die „missio in bona“ (vgl. 1. Teil I. 2.).⁷³⁹ Aus diesem Grund ist die Auswahlentscheidung des Gerichts, wie bereits in der Einleitung dargelegt, von erheblicher Relevanz für das Eigentumsrecht der einzelnen Gläubiger. Von den Handlungen und Entscheidungen des Insolvenzverwalters hängt es ab, ob das Eigentumsrecht der Gläubiger verwirklicht wird und es zu einer optimalen Befriedigung aus der Haftungsmasse des Schuldners kommt.

Beim Schuldner gilt ebenfalls die Berücksichtigung des Eigentumsinteresses. Nach § 80 Abs 1 InsO und § 22 InsO geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners auf den vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. den definitiven Insolvenzverwalter über. Damit führen die §§ 80 Abs 2, 22 InsO zu einem unmittelbaren Eingriff in das Eigentumsrecht des Schuldners. Somit stellt jede Maßnahme des vorläufigen und definitiven Verwalters einen Eingriff in das Eigentum des Schuldners dar.

Zwar kann der Schutz des Eigentums eingeschränkt werden, denn nach Art 14 Abs 1 S 2 bestimmt der Gesetzgeber die Schranken des Eigentums. § 56 InsO ist somit ein „Schrankengesetz“, da hier das Eigentum durch die Übernahme der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis durch den vorläufigen Insolvenzverwalter oder endgültigen Insolvenzverwalter geregelt ist. Diese Inhalts- und Schrankenbestimmung muss den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.⁷⁴⁰

Das BVfG übersieht mE, dass eine gesetzliche Regelung auch nötig ist, um dem Anspruch aus Art 3 Abs 1 GG gerecht zu werden. Das hieraus resultierende Recht auf gleichen Zugang zum Verwalteramt kann nämlich nur bei Festlegung der fachlichen Anforderungen garantiert werden. Somit ist es mE sachgerecht, die Verteilungsgerechtigkeit durch die Normierung von fachlichen Voraussetzungen herzustellen und nicht nur judikative Regelungen zu treffen.

Das BVfG nimmt in der Entscheidung vom 03.08.2004 Bezug auf die Notarbestellung, zieht aber nicht die Konsequenzen, die mE erforderlich gewesen wären. Die Bestellung der Notare steht unter Gesetzesvorbehalt mit der Begründung auf die Wesentlichkeitstheorie. Das BVfG hat nämlich hierbei festgestellt, dass eine gesetzliche Regelung erforderlich ist, die Eignungsanforderungen und Auswahlgesichtspunkte selbst zu regeln, wenn der Zugang zu einem Beruf staatlich reglementiert wird, so etwa bei dem Zugang zu den Notaren.⁷⁴¹ Hier wurde festgestellt, dass der Gesetzgeber vor

⁷³⁹ § 14 Abs 1 GG: Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch Gesetze bestimmt

⁷⁴⁰ BVfGE 75, 78 (97); 76, 220 (238); 92, 262 (273)

⁷⁴¹ BVfGE 73, 280 (294) = NJW 1987, 887

dem Hintergrund der Wesentlichkeitstheorie eine gesetzliche Regelung zu schaffen hat. Auch wenn nach § 57 InsO noch eine Eingriffsmöglichkeit der Gläubiger besteht, also die durch den Richter ausgeübte öffentliche Gewalt eingeschränkt werden kann, sollten mE die Grundsätze zur Notarbestellung herangezogen werden.

Die jetzige gesetzliche Regelung der InsO gewährleistet mithin keinen ausreichenden Rechtsschutz für den potentiellen Insolvenzverwalter. Es ist daher eine gesetzliche Normierung bereitzustellen, die die erforderliche Verteilungsgerechtigkeit sowie deren Absicherung durch ein Nachprüfungsverfahren ermöglicht. Die Feststellung von Rechtssicherheit für die Prätendenten sollte gesetzlich normiert werden. Anders als im österr Recht ist das dt Insolvenzverfahren nach Stufen aufgebaut. Das Insolvenzverfahren „beginnt“ nach der InsO mit der Bestellung des Sachverständigen. Auch hier müssen die Grundrechte schon Wirkung zeigen. Der nicht ausgewählte Sachverständige muss die Möglichkeit haben, zu erkennen, warum er nicht ausgewählt wurde. Insoweit ist ebenfalls eine gesetzliche Grundlage erforderlich.

Überträgt man die österr InsNov 2002 auf das deutsche Verfahren wäre dem verfassungsrechtlichen Anspruch mE Genüge getan, denn die österr InsNov 2002 normiert gesetzlich die fachlichen Voraussetzungen für die Auswahl und Bestellung eines Insolvenzverwalters. Die §§ 80a, b IO mit ihrem Anforderungsprofil, den negativen und positiven Voraussetzungen sind mE in die InsO zu transferieren.

c) Gesetzliche Normierung der Gläubigerbeteiligung im Auswahlverfahren

aa) Anhörungsrecht der Gläubiger

ME ist die Gläubigerautonomie bewirkt, wenn die Gläubiger von Anfang an auf die wesentlichen Entscheidungen, und dazu gehört die Auswahl des Verwalters, Einfluss nehmen und diese mitbestimmen können. Wie unter II ausgeführt haben läuft die Gläubigerautonomie in Deutschland nach aktuellem Recht leer. Aus diesem Grund ist der Verfasser für ein gesetzliches Anhörungsrecht, welches sich gerichtsabhängig am Detmolder Modell orientiert, da dieses bereits zu Erfolgen geführt hat. Eine Bindungswirkung an den Vorschlag der Gläubiger lehnt der Verfasser ab, denn im Anhörungsverfahren können die Gläubiger die Kriterien darlegen und den Insolvenzrichter überzeugen. Bei seiner Ermessensausübung kann dem Richter entgegenkommen, dass er in der vorgezogenen Diskussion die wichtigen Gläubigergruppen zusammenrufen kann, so zB die Agentur für Arbeit, die Banken, die Lieferanten, die Versicherungen. Die wichtigsten Gläubiger, nämlich die Agentur für Arbeit, die kreditierenden Banken, der wichtigste Lieferant und

auch die Sozialversicherungsträger sind bekannt. In größeren Verfahren ist es für die Gläubiger sicher auch mehr von Interesse, welche Befriedigungsquote herauskommt, weshalb eine Mitwirkung der Gläubiger sinnvoll und sachgerecht ist.

Sollten sich der GSV oder KSI wie der KSV1870 in Österreich entwickeln, könnte später auch ein Anhörungsrecht des GSV normiert werden. Aufgrund der Entwicklung des Insolvenzrechts zum Sanierungsrecht und den Facetten der Sanierungsmöglichkeiten, wie Eigenverwaltung nach § 270 InsO, des Insolvenzplans nach § 217 f InsO, des Austausches des Geschäftsführers durch eine insolvenzkundige Person, um die Eigenverwaltung zu einem Erfolg zu führen, bedarf es schon im frühesten Stadium der Abstimmung mit dem Insolvenzgericht.⁷⁴² Vor einem Insolvenzantrag wird die Sanierung geplant, werden die beteiligten Gläubiger informiert und im Vorfeld wird das Gelingen eines Plans geprüft. Der Sachwalter, der nach dt Recht dem Geschäftsführer zur Seite gestellt wird (§ 270 InsO) muss das Konzept mittragen. Alles dies muss vorher mit dem Gericht erörtert werden. Ein Anhörungsverfahren hält der Verfasser in diesem Verfahren deshalb für notwendig. Das Anhörungsverfahren sollte nur bei Verfahren von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung und Größe durchgeführt werden, um eine Überlastung der Gerichte bei obligatorischen Anhörungsverfahren auch in Kleinverfahren zu vermeiden. Ansatzpunkt sollte eine Betriebsfortführung, eine Mitarbeiterzahl von mehr als 20 oder eine Gläubigerzahl von mehr als 50 sein.

Somit wäre der Vorschlag des Verfassers folgende legislative Änderung:

§ 56 III 1 InsO:

Vor der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters sind die institutionellen Gläubiger, die beteiligten Banken, die Bundesagentur für Arbeit und der Betriebsrat sowie die ab- und aussonderungsberechtigten Gläubiger anzuhören. Die institutionellen Gläubiger können sich durch einen Gläubigerschutzverband vertreten lassen. Voraussetzung eines Anhörungsverfahrens ist ein insolventes Unternehmen mit mehr als 20 Mitarbeitern oder mehr als 50 Gläubigern, dessen Betrieb fortgeführt wird.

⁷⁴² Mein Platz und Sinn Leffers wurde mit Eigenverwaltung durchgeführt, wobei zum Geschäftsführer und Sachverwalter eine insolvenzkundige Person eingesetzt wurde. Beide Verfahren führten zur Sanierung.

bb) Gesetzliche Normierung eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses

Die Verwirklichung der Gläubigerautonomie wurde unter II 1 dargelegt. Um in größeren und komplexeren Insolvenzverfahren, vor allem Unternehmensfortführungen schon früh Einfluss zu nehmen ist die Einsetzung eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses indiziert. Denn anders als in Österreich werden die „Weichen“ für den Fortgang und Erfolg des Insolvenzverfahrens im vorläufigen Verfahren gestellt.

Obwohl nach § 67 InsO aktueller Fassung durchaus durch Auslegung mE die Einsetzung eines vor-vorläufigen Gläubigerausschusses gerechtfertigt sein könnte, empfiehlt der Verfasser zur Klarstellung folgende Ergänzung in

§ 22 Abs 4 InsO:

Das Insolvenzgericht hat auf Antrag des vorläufigen Insolvenzverwalters, des eingesetzten Gutachters oder der Gläubiger nach § 56 III InsO einen vorläufigen Gläubigerausschuss im vorläufigen Insolvenzverfahren einzusetzen.

Von einigen Insolvenzexperten ist dies auch bereits vorgeschlagen worden, aber ohne Antragsrecht der Gläubiger, was der Verfasser aufgrund der Sachnähe der Gläubiger für erforderlich hält.⁷⁴³

Der Verfasser plädiert trotz Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Vorverfahren auch für ein legislatives Anhörungsverfahren im Sinne des Detmolder Modells (V. 1. b) bb). Er sieht hier keine Zeitverzögerung, da die wichtigen Gläubiger bekannt sind. In sich abzeichnenden Großverfahren wird schon heute im Vorfeld, zwar noch hinter verschlossenen Türen diskutiert, wer als geeigneter Verwalter das Verfahren leiten kann. (Beispiel Fall Opel). Dies kann legalisiert werden. In der Arcandor-Insolvenz wurde dieses Verfahren bereits durchgeführt.

Sollte der Gesetzgeber ein Anhörungsrecht im Hinblick auf das Auswählen des Insolvenzrichters für nicht gegeben erachten, wäre mE eine Entlassungsanregung des (vorläufigen) Gläubigerausschusses zu normieren, um Schäden der Insolvenzmasse zu verhindern. Danach wäre § 22 InsO in Abs 4 zu ergänzen:

⁷⁴³ Frind, Der Einfluss von Gläubigern bei der Auswahl des und der Aufsicht über den Insolvenzverwalter, ZInsO 2007, 643 (649)

S 1 Der (vorläufige) Gläubigerausschuss kann anregen, den vom Gericht eingesetzten vorläufigen Verwalter zu entlassen.

Eine Bindungswirkung wie in der Literatur bei Einstimmigkeit vorgeschlagen, lehnt der Verfasser ab, denn dies würde zu sehr in das richterliche Erstbestellungsrecht eingreifen. Ausreichend ist mE die sofortige Beschwerde analog § 59 Abs 2 S 2 InsO.

Weiterhin sollte die Einsetzung eines Gläubigerausschusses auf die Fälle von größerer wirtschaftlicher Bedeutung beschränkt werden, deshalb schlägt der Verfasser eine Ergänzung in § 22 Abs 4 InsO vor:

Ein vorläufiger Gläubigerausschuss ist einzusetzen bei Betrieben mit mehr als 20 Mitarbeitern oder mehr als 50 Gläubigern.

cc) Vorschlagsrecht mit Bindungswirkung, Beschwerderecht

Der Verfasser lehnt auch bei einem Anhörungsrecht eine Bindungswirkung bei konkretem Vorschlag ab, weil das vom BVfG hochgehaltene richterliche Auswahlermessen bei der konkreten Auswahlentscheidung nicht mehr existent wäre. Einige Insolvenzexperten haben vorgeschlagen, eine Bindungswirkung von 25 % der Forderungssummenmehrheit anzunehmen.⁷⁴⁴

Um in letzter Konsequenz eine Fehlentscheidung des Gerichts, welches auf die Vorschläge der Gläubiger ignorant nicht eingegangen ist und einen ungeeigneten vorläufigen Verwalter eingesetzt hat, zu korrigieren, schlägt der Verfasser, sofern kein vorläufiger Gläubigerausschuss vorhanden ist, eine analoge Anwendung des § 59 II S 2 InsO, mithin Ergänzung des § 22 Abs 4 InsO vor:

§ 22 IV InsO

*S 2 Sofern kein vorläufiger Gläubigerausschuss im vorläufigen Verfahren bestellt ist, steht der Gläubigerversammlung der Entlassungsantrag zu. § 59 II S2 InsO gilt entsprechend.*⁷⁴⁵

Voraussetzung dieser Regelung ist die Normierung eines Gläubigerausschus-

⁷⁴⁴ Eidenmüller, Leveraged Buyouts und die Effizienz des deutschen Restrukturierungsrechts. ZIP 2007, 1729 (1734)

⁷⁴⁵ § 59 InsO: Gegen die Ablehnung des Antrags (auf Entlassung) steht dem Verwalter, dem Gläubigerausschuss oder, wenn die Gläubigerversammlung den Antrag gestellt hat, jedem Insolvenzgläubiger die sofortige Beschwerde zu.

ses im vorläufigen Insolvenzverfahren (vgl 3.Teil I. 2.a).

d) Kontingentierung der Vorauswahlliste

ME sollte der unter 3.Teil I 1 f dargestellte Kontingentierungsvorschlag legislativ übernommen werden und die vom Auswahlrichter geführte Vorauswahlliste auf maximal 30 Personen begrenzt werden. Eine solche Regelung würde das verfassungsrechtliche nicht zulässige aber schon jetzt praktizierendes faktisches „de-listing“ ausschließen und die Ausübung der höchstpersönlichen Aufgaben durch den Insolvenzverwalter mehr garantieren.

e) Kontingentierung der Verfahrenszahl pro Verwalter

Auch diese Begrenzung ist zur Erreichung der höchstpersönlichen Amtsführung und zur Qualitätssicherung mE durchaus sinnvoll.

Nach Auffassung des Verfassers bedarf die Vorauswahlliste notwendig einer gesetzlichen Regelung. Für das Vorauswahlfahren wird folgende Ergänzung durch Einfügen eines Abs 3 in § 56 InsO vorgeschlagen:

§ 56 Abs 3:

Der Insolvenzverwalter ist aus einer vom Insolvenzrichter geführten Vorauswahlliste zu bestellen.

Die Aufnahme der Insolvenzverwalter in die bei einem Insolvenzgericht geführte Vorauswahlliste wird auf 30 beschränkt. Ein Insolvenzverwalter kann pro Jahr in bis zu 30 Verfahren bestellt werden. Um die Vorauswahlliste kann sich jeder zur Übernahme von Insolvenzverfahren bereite Insolvenzverwalter bewerben, der die Auswahlkriterien in Abs 1 erfüllt.

Die Auswahlkriterien in Abs 1 entsprechen den Kriterien nach §§ 80 a, 80 b IO

2. Legislative Änderungen in Österreich

Anhörungsrecht der Gläubigerschutzverbände sowie der wichtigsten Gläubiger

Auch in Österreich sollten die Gläubigerrechte bei der Auswahl des Verwalters durch eine legislative Normierung gestärkt werden. In Anlehnung an das Detmolder Modell hält der Verfasser ein legislativ normiertes Anhörungsrecht der Gläubigerschutzverbände für durchaus sinnvoll. Aufgrund der anders wie in Deutschland gewachsenen Stellung der Gläubigerschutzverbände insbesondere des KSV, in der die meisten Lieferanten organisiert sind, kann eine Beschränkung wie folgt erfolgen:

§ 80 Abs 2 IO: Vor der Bestellung des Insolvenzverwalters sind die Gläubigerschutzverbände und institutionellen Gläubiger und der Betriebsrat anzuhören. Die Anhörung hat stattzufinden bei Insolvenzverfahren von Unternehmen von mehr als 20 Mitarbeitern und 50 Gläubigern.

b) Änderung § 73 IO

Der Verfasser hält die Sanierungsmöglichkeit (Anschubfinanzierung über die Ausnutzung des Insolvenzgeldzeitraums, wie es das dt Insolvenzverfahren zulässt, für ein wesentliches Sanierungsinstrument. Über § 73 IO könnte die vorläufige Verwaltung zur Sicherung der Masse und der Betriebsfortführung eingeführt werden. In diesem Fall könnte dem vorläufigen Verwalter durch richterlichen Ermächtigungsbeschluß eingeräumt werden, Masseschulden zu begründen, um die Masse und die Betriebsfortführung zu sichern.

Der Verfasser schlägt folgende Ergänzung vor:

§ 73 IO

Als einstweilige Vorkehrung kann das Insolvenzgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter zur Sicherung der Insolvenzmasse und zur Sicherung der Betriebsfortführung bis zur Insolvenzeröffnung bestellen. Mit Ermächtigungsbeschluß des Insolvenzgerichts ist der vorläufige Verwalter befugt Masseschulden zu begründen.

V. Resümee

Bereits auf dem I. Internationalen Kongress für Gläubigerschutz in Wien 1930 stellten *Dr. Hermann Oppenheim* und Prof. *Ernst Jaeger* das dt und österr Insolvenzrecht gegenüber und forderten für beide Länder eine grundlegende Revision. *Jaeger* betonte, dass

*jeder Eingriff in das Gefüge des Meisterwerks, das die Reichskonkursordnung unstreitig darstellt, mit äußerster Sorgfalt erwogen werden muss. Zu verpfuschen ist leicht, zu verbessern aber nur schwer. Eine grundlegende Änderung würde eine gewaltige Aufgabe sein. Sie wäre nur auf breitester rechtsvergleichender Grundlage gedeihlich. Es ist klar, dass dabei das Deutsche Reich und Österreich Hand in Hand gehen müssen, denn das österreichische und das deutsche Konkurs- und Anfechtungsrecht sind aus den gleichen Wurzeln entsprossen und in gleicher Luft gereift.*⁷⁴⁶

Der Mikrovergleich der dt und österr Insolvenzordnungen zeigt indes, dass die österr und deutsche Insolvenzordnung dieser Anregung in vielen Punkten nicht gefolgt sind, sondern in einigen insolvenzrechtlichen Bereichen recht unterschiedliche legislative Regelungen getroffen haben, zu welchen auch die Bestellung und Auswahl des Insolvenzverwalters gehören.

Der Vorschlag von *Oppermann* und *Jaeger* sollte aufgegriffen werden, denn Änderungen auf rechtsvergleichender Grundlage sind mE sinnvoll.

Klarer Vorteil der österr IO ist die legislative Normierung der Bestellvoraussetzungen, die mit der InsNov 2002 geschaffen wurden. Dies bringt Rechtssicherheit bei der Auswahlentscheidung und entspricht der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit. Die gesetzlichen Anforderungsprofile sollten mithin auch in der InsO legislativ normiert werden. Ein Vorauswahlverfahren nach dt Muster wird für Österreich nicht als notwendig angesehen, wie es die österr Justizministerin *Bandion-Ortner* aktuell betont, auch wenn der Verfasser hier klare Vorteile sieht.⁷⁴⁷ Seit der InsNov 2002 ist von den Insolvenzbeteiligten keine Kritik geäußert worden, sodass in Österreich kein Handlungsbedarf hierfür gesehen wird. In Deutschland funktioniert die vorläufige Verwaltung als Sanierungsinstrument, dies könnte in Österreich mit der konsequenten Anwendung des § 73 IO und Einsetzung eines vorläufigen Verwalters nach dieser Vorschrift auch der Fall sein.

In struktureller Hinsicht sollte dem österr Modell gefolgt werden, das das Insolvenzrecht beim Landesgericht angesiedelt ist und das Verfahren Richtern mit vollem Deputat anvertraut wird. Um diese Voraussetzungen zu

⁷⁴⁶Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.³ 2009, Vorwort *Vallender, Jaeger*, Protokolle I. Internationaler Kongress für Gläubigerschutz 1930, 195

⁷⁴⁷*Bandion-Ortner*, Insolvenzrechtsreform in Österreich – Sanierung im Focus, INDAT-REPORT 6/2009 S 19

schaffen ist eine Konzentration der Insolvenzgerichte in Deutschland erforderlich.

Zu wünschen ist, dass ein vermehrter Rechtsaustausch der deutschen und österreichischen Insolvenzbeteiligten stattfindet, Grundsee sollte nicht nur der Anfang gewesen sein.

Ulrich Nehrig

Literaturverzeichnis

- Bandion-Ortner Claudia*, Insolvenzrechtsreform in Österreich – Sanierung im Focus, INDAT-REPORT 6/2009, 19
- Bartsch Robert / Pollack Rudolf / Buchegger Walter*, österr Insolvenzrecht Kommentar³, IV, Wien-New York 2002 zit: *Verfasser* in BPB
- Bartsch Robert*, Grundriss des Ausgleichs- und Konkursrechtes Wien 1923, 5
- Bayer Hieronymus*, Theorie des Conkurs-Processes⁴, München, 1868
- Benedikt Edmund*, Zur Reform der Concursordnung, Wien 1887
- Beissenhirtz Volker*, Plädoyer für ein Gesetz zur vorinsolvenzlichen Sanierung von Unternehmen, ZInsO 2011, 57 f
- Bock Gerhard / Muhri Georg*, Das neue Insolvenzrecht, Wien Verlag Österreich 2002
- Braun Eberhard*
Die Bedrohung der Konkurs-Kultur durch Berufsgenossenschaften mit beschränkter Haftung als Konkursverwalter, BB 93, 2172 f
Insolvenzordnung¹ (InsO), Kommentar, München 2002 zit : *Verfasser* in Braun
- Bock Gerhard*, Das neue Insolvenzrecht, Kurzkomentar zur europäischen Insolvenzordnung und Insolvenzrechtsnovelle, 2002
- Bork Reinhard*, Die Verschwiegenheitspflicht des Insolvenzverwalters im Zertifizierungsverfahren, ZIP 2007, 793 f
- Busch Klaus-Peter*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters nach dem Detmolder-Modell, DZWiR 2004, 353 f
- Conceto Costa*, Die Reform des italienischen Insolvenzrechts, ZInsO 2006, 1071 f
- Damman Reinhard*, Die Erfolgsrezepte französischer vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren, NZI 2009, 502 f
- Degenhard Heinrich / Borchers Sabine*, Befragung von Insolvenzrichtern und Kreditinstituten zum Anforderungsprofil des Insolvenzverwalters, ZInsO 2001, 337 f
- Dellinger Markus / Oberhammer Paul* *Insolvenzrecht*² 2002
- Dezant Ellen / Ehret Patrick* die Reform des französischen Insolvenzrechts v 15.02.2009, ZInsO 2009, 990f
- Diel Anton*, Konkursordnung, Wien 1882, 150
- Dolinar Hans*, Österr Außerstreitverfahren, Wien 1982, S 170
- Düll Rudolf*, Das Zwölftafelgesetz, Heimeran³ München 1959

Eidenmüller Horst, Leveraged Buyouts und die Effizienz des deutschen Restrukturierungsrechts, ZIP 2007, 1729 f

Endemann Wilhelm,

Die Entwicklung des Konkursverfahrens in der gemeinrechtlichen Lehre bis zur deutschen Konkursordnung, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess (ZZP) XII 1888
Das deutsche Concursverfahren, Leipzig 1889, II

Feil Erich, Konkursordnung unter Berücksichtigung der InsNov 2002, EuInsVO und des IRÄG 2003 (EKEG)⁵, Wien 2004

Fischer Franz, *Vogels*, *Werner*, in FS Schlegelberger zum 60. Geburtstag, 1939

Fischer Gero, Wir Bundesrichter sollten nicht im Elfenbeinturm sitzen, INDAT- Report 03/08 S 20

Forster Wolfgang

Judicum novum super nova, Francisco de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts, Habilitationsschrift Ludwig-maximilians-Universität München 2005, Zit: *Forster* judicum Konkurs als Verfahren, Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts, Norm und Struktur, Böhlau Verlag Köln 2009

Förster Karsten, Die ISO-Zertifizierung von Verwalterbüros ZInsO 2004, 1244 f

Frank Peter, Insolvenzrechts-Novelle 2002 – Insolvenzdatei und Insolvenzverwalterliste, ZIK 2002, 55 f

Frankfurter Kommentar⁶, Luchterhand 2011, Wimmer (Hrsg), zit.: *Bearbeiter* in FK

Frankl Otto,

Zur Revision des österr Konkursrechtes, Wien 1869 zit : *Frankl*

Friedländer Josef, Kaiserliche Verordnung vom 10. Dez 1914 RGB I Nr. 337, Über die Einführung einer Konkursordnung und einer Anfechtungsordnung

Frind Frank,

Die Qual der Wahl, ZInsO 2005, 225 f

Forum shopping – made in Germany, ZInsO 2008, 261 f

Reichweite und Grenzen der gerichtlichen Kontrolle des Insolvenzverwalters - was kann das Insolvenzgericht verhindern, ZInsO 2006, 1822 f

Die Waffen nieder, ZInsO 2006, 1183

Verwalterbestellung: Weder einklagen noch einschleichen, ZInsO 2006, 729 f

Verwalterauswahl: Ermessen des Insolvenzrichters im Mittelpunkt, ZInsO 2009, 1638 f

Insolvenzverwaltung als private Dienstleistung, ZInsO 2008, 1250 f

Der Einfluss der Gläubiger bei der Verwalter(vor)auswahl, Berlin-Brandenburg Arbeitskreis- Insolvenzrecht e.V. – 26.08.2009 f

Die atmende Liste - qualitätsorientierte Bedarfsbegrenzung ohne „closed shop“ bei der Verwalter-Vorauswahl-Liste, ZInsO 2007, 515 f

Verwaltervorauswahl-Liste, nicht warten, nicht lösen, nicht begrenzen, ZInsO 2008, 967 f

Zulassungsordnung für Verwalter, cui bono, ZInsO 2009, 1997 f

Die Bestellung des Insolvenzverwalters, DZWIR 2001, 497 f

Gerichtshobene Verfahrenskennzahlen als Mittel und Möglichkeit gerichtlicher Bewertung des Insolvenzerfolgs und gesteigerter Aufsicht im Insolvenzverfahren, ZInsO 2008, 126 f

Der Einfluss von Gläubigern bei der Auswahl des und der Aufsicht über den Insolvenzverwalter, ZInsO 2007, 643 f

Uhlenbruck-Kommission zur Verwalterbestellung-revisitet, ZInsO 2007, 850 f

Ermessen des Insolvenzrichters im Mittelpunkt, ZInsO 2009, 1638 f

Informationssperre zugunsten schlechter Verwalter, ZInsO 2011, 30 f

Fragen und Antworten zur Verwalterauswahl, ZInsO 2008, 655 f

Empfehlungen der Uhlenbruck-Kommission, ZInsO 2007, 760 f

Frind Frank / Schmidt Andreas, Insolvenzverwalterbestellung: Auswahlkriterien und Grenzen der Justiziabilität, NZI 2004, 535

Funk Bernd Christian, Einführung in das österr Verfassungsrecht¹², Wien 2006, zit : *Funk*

Van der Fecht Hannes 16 Variationen zum Insolvenzrecht INDAT-REPORT 3/06 S

Gaier Reinhard, Verfassungsrechtliche Aspekte bei der Auswahl und der Abwahl des Insolvenzverwalters, ZInsO 2006, 1177 f

Gaius, Institutiones 3.78.

Gerster Erwin, Frind Frank, Grub Volker, Thesenpapier, Für eine leistungsorientierte Insolvenzverwalterauswahl – gegen die Nivellierung durch Bürokratisierung, INDAT-REPORT 7/2009 S 32

Gessner Volkmar / Rohde Barbara / Strate Gerhard / Ziegert Klaus A., Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, eine rechtssoziologische Untersuchung 1978, 55

Golthammer Theodor, Kommentar und vollständige Materialien zur Konkursordnung vom 08.05.1855, Berlin 1855

Graeber Thorsten Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, DZWIR 2005, 177 Kein Konkurrentenschutz für Insolvenzverwalter, NZI 2006, 501

Gottwald Peter, Insolvenzrechts-Handbuch³ München 2006 *Haase, Richard*, Die keilschriftlichen Rechtssammlungen in deutscher Fassung² 1979

Haarmeyer Hans/Beck Julian, Die Praxis der Abweisung mangels Masse oder der Verlust der Ordnungsaufgabe des Insolvenzrechts, ZInsO 2007, 1065 ff

Haarmeyer Hans/Wutzke Wolfgang/Förster Karsten, Handbuch zur Insolvenzordnung³, München 2001

Haarmeyer Hans, Wutzke Wolfgang, Förster Karsten, Präsenzkomentar zur Insolvenzverwaltung¹, Münster 2010 zit: *Bearbeiter* in Haarmeyer

Haarmeyer Hans /Kreft Gerhard Insolvenzrecht im Wandel¹, Marotzke 2003

Haarmeyer Hans,

Die Zertifizierung von Unternehmens- Insolvenzverwaltern nach den Richtlinien des DIAI, NZI 2007, 635f

Was wen und warum qualifiziert, INDAT-REPORT 3/2008 S 28

Haarmeyer Hans/Schabrian Steffen,

Qualitätsmanagement in der Insolvenzverwaltung – Transparenz durch Qualität, ZInsO 2006, 673 f

Zertifizierung des Insolvenzverwalters, Verschwiegenheit und Akteneinsicht, ZIP 2007, 952

Hafner Florian, Die Sanierung insolventer Unternehmen im reformierten Insolvenzrecht, 26

Hahn Carl,

Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, IV Berlin 1881

Die gesammelten Materialien zur CPO und dem Einführungsgesetz zu derselben v 30.01.1877 I, 1880

Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht³, A. Schmidt, Hamburg 2006 zit: *Bearbeiter* in HK

Hassler Friedrich, Der Ausgang der Augsburger Handelsgesellschaft, Theil 2 Titel 26, Ausgabe Corpus Juris Fridericianum, Berlin 1781, Nachdruck in 2 Bänden 1994, auch Augsburger Stadtarchiv

Heese Michael, Gläubigerinformation in der Insolvenz, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht Bd 56, Tübingen 2008, 437 f

Henkel Wolfram in Festschrift für Bernhard Grossfeld zum 65. Geburtstag (1999)

Hensler Martin, Das Berufsbild des Insolvenzverwalters im Wandel der Zeit, ZIP 2002, 1053 f

Herbst Christoph / Pluta Michael: Zu Lasten der Gläubiger, INDAT 9/2009 S 34

Hess Harald / Weis Ditmar / Wienberg Rüdiger, InsO² 2001, zit: *Bearbeiter* in Hess

Hesse Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland Heidelberg²⁰, 1999

Holzer Johannes,

Die Auswahl des Insolvenzverwalters als Justizverwaltungsakt, ZIP 2006, 2208

Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren

Holzer Johannes / Kleine–Cosack Michael / Prütting Hans, Die Bestellung des Insolvenzverwalters,

Dogmatische Grundlagen, verfassungsrechtliche Defizite und rechtspolitische Vorschläge, Köln 2001

Holzhammer Richard, Österr Insolvenzrecht, Wien 1994, zit: Holzhammer InsR

Höfling Wolfram, Freiheit und Regulierung der Insolvenzverwaltertätigkeit aus verfassungsrechtlicher Perspektive, JZ 2009, 339

Huber Klaus Jörg, Gerichtlicher Korrektur von Fehlentscheidungen der Gläubiger in Insolvenzverfahren, DZWIR 2007, 364

Huchthausen Lieselot in Huchthausen/Härtel, Römisches Recht ⁴ 1991

Jacoby Florian, Das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren, ZGR 2010, 359-384

Jaeger Ernst, Lehrbuch des Konkursrechts ⁷ Berlin 1936 zit. : *Jaeger* LehrbuchKommentar zur Konkursordnung², Berlin 1904 zit:

Jaeger Ernst, Kommentar zur Konkursordnung⁵ Berlin 1914 zit. : *Jaeger*⁵Vorwort in Kölner Schrift Insolvenzordnung ² II, Berlin 2004

Jaeger Ernst/Henckel Wolfram/Gerhard Walter (Hrsg) Insolvenzordnung, Großkommentar Berlin 2004 zit Bearbeiter in Jaeger InsO

Jaeger Ernst, Insolvenzordnung¹Berlin 2008 zit. : Bearbeiter in *Jaeger*

Jaeger Ernst, Protokolle I. Internationaler Kongress für Gläubigerschutz, 195

Kantner Hans Georg,

Das „neue Insolvenzrecht“, IRÄG 2010, ZInsO 2010, 2388 f

Viel Streit vermindert Masse und Ergebnis, INDAT-REPORT 3/2009 S 26

Kaser Max/Hackl Karl, Das römische Zivilprozessrecht² IV, Handbuch der Altertumswissenschaft, Beck München 1996 zit: *Kaser/Hackl*

Kessler Klaus Ulrich, Rechtsschutz des Übergangenen Insolvenzverwalters ZIP 2000, 156

Kirstein Hans Joachim Ausführungen zur real existierenden Situation bei Eröffnungs- und Befriedigungsquoten in Insolvenzverfahren, ZInsO 2006, 966; Euler Hermes/ ZIS Wirtschaft konkret, 8

Klikovits Alexander, Der Zwangsausgleich eine österreichische Erfolgsstory, ZIK 2004, 12 f

Kölner-Schriften zur Insolvenzordnung³, Zit : *Bearbeiter* in Kölner Schriften

Kohler Josef, Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891 zit: *Kohler*

Konecny Andreas, Insolvenz und Sanierung in Österreich, DZWIR 1994, 227

Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010/119

IRÄG 2010, Das Verfahrensgebäude der Insolvenzordnung, ZIK Spezial 2010

Konecny Andreas/Schubert Günter, Kommentar zu Insolvenzgesetzen, zit: *Bearbeiter* in Konecny-Schubert⁴

Köhler-Ma Christian, Verwalterauswahl und Vergleichskriterien im internationalen Vergleich, DZWIR 2006, 228 f

König Bernhard, Nationalbericht Österreich zum Thema „New Trends in Insolvency Proceeding“ 31.07.2006, Leopold-Franzens-Universität Innsbruck

- Köster Malte*, Freier Zugang zur Tätigkeit des Insolvenzverwalters, NZI 2004, 538 f
- Kraft Anton, Thurner Mario, Blancke Susanne*, Die Bestellung des Masseverwalters nach der österreichischen Insolvenzrechts-Novelle, ZInsO 2002, 864,
- Kuhn-Uhlenbruck*, Konkursordnung¹¹, Kommentar, Köln 1994 (zit: *Bearbeiter* in Kuhn Uhlenbruck)
- Kübler Bernhard*, Der Prozess des Quinctius und C. Aquilius Gallus, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte XIX (1893)
- Kübler Bruno/Prütting Hanns/Lüke Wolfgang* Kommentar zur Insolvenzordnung, Loseblattsammlung 2005 zit: *Bearbeiter in Kübler/Prütting/Lüke*
- Laws Jutta*, Ist die Schicksalsfrage des Insolvenzverfahrens tatsächlich justiziabel, ZInsO 2006, 847, 850
- Lehnenbach Simone*, Sicherungsmaßnahmen im Insolvenzeröffnungsverfahren, Europäische Hochschulschriften, Reihe II BD/VOL 3791
- Leutheusser-Schnarrenberger Sabine*, Rede beim 7. Deutschen Insolvenzrechtstag am 18.03.2010, ZInsO 2010, 1178
- Levy Leopold*, Konkursrecht², Berlin 1926, 32
- Lowitzsch Jens*, Das Insolvenzrecht Mittel- und Osteuropas Bd 63, Berliner Wissenschaftsverlag 2004, zit: *Lowitzsch*
- Luig Klaus*: Zur Geschichte der Zessionslehre, Köln-Graz: Böhlau 1966 (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte)
- Lüke Wolfgang* Keine Rechtsbeschwerde des Insolvenzverwalters gegen seine Abwahl, ZIP 2005, 269 f
Die Aufnahme des Insolvenzverwalters in die Vorauswahlliste, ZIP 2007, 701f
- Marotzke Wolfgang*, Gläubigerautonomie, ein modernes Missverständnis, ZInsO 2003, 726 f
- Marx Karl* in Karl Marx-Friedrich Engels Werke X S 103-109, Dietz Verlag, DDR 1961
- Meier Anke*, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts insbesondere die Entstehung der Reichskonkursordnung von 1877, Lang, Rechtshistorische Reihe²⁶⁸, Diss 2002
- Meyers Konversationslexikon, Leipzig, Wien⁴ 1885-1892
- Mohr Franz*,
Konkurs, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung¹⁰, Manz Große Gesetzausgabe, Wien 2006, zit *Mohr*, KO¹⁰
Der Ministerialentwurf der Insolvenzrechts-Novelle 2002, ZIK 2001, 114 f
Die InsNov 2002 und die EuInsVO im Überblick
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Kirchhof/Lwowski/Stürner¹ II (Hrsg), München 2001 zit: *Bearbeiter* in MüKo

- Münzel Stefan*, Die lange vorläufige Verwaltung, ZInsO 2006, 1241
- Neubert Klaus*, Das Hannoveraner Modell zur Verwalterauswahl, ZInsO 2010, 73 f
- Nunner-Krautgasser Bettina*, Das neue österreichische Insolvenzverfahren nach dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 – ein Überblick, ZInsO, 2011, 117 f
- Ogris Werner*, in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II, zit: *Ogris* in HRG
- Öhlinger Theo*, Verfassungsrecht⁸, Wien 2009, zit: *Oehlinger*
- Österreichisches Staatsrecht 3² zit: *Bearbeiter* in österr Staatsrecht
- Pannen Klaus*, Europäische Insolvenzordnung, 2007 zit: *Bearbeiter* in Pannen
- Pannen Klaus/Friedemann*, NZI 2004, 646 f
- Pape Gerhard*,
Die Qual der Insolvenzverwalterauswahl, NZI 2006, 665
Konkursverwalter mit beschränkter Haftung, ZIP 1993, 737
- Paulus Christopf*, Die Insolvenz als Sanierungschance ZGR 2005, 309 f
- Planitz Hans*, Quellenbuch der deutschen und österreichischen Rechtsgeschichte¹, Graz 1948, 26
- Petsch Wolfgang*, Gläubigerantrag auf Konkurseröffnung in neue Grazer Praxis, ZIK 1997, 51 f
- Petschek Georg/Reimer Otto/Schiemer Karl*, Das österr Insolvenzrecht, Wien 1973
- Preuß Nicola*, Die Verwalterauswahl als Problem des Justizverfassungsrechts, KTS 2005, 155 f
- Rechel Hans-Peter*, Die Aufsicht des Insolvenzgerichts über den Insolvenzverwalter¹, De Gruyter Recht 2009 zit: *Rechel*
- Reuter Peter*,
In der Warteschleife, INDAT-REPORT /2010 S 11
Ordnung muss sein, INDAT-REPORT 8/2009 S 29
Bericht über den Vortrag von MinDir Graf-Schlicker auf dem 4. Insolvenzverwalterkongress des VID v 29.10.2009
Erlebnisse der dritten Art, INDAT-REPORT 02/2008 S 16
- Riel Stefan/Schuster Wolfgang*, Bekanntmachungen der Masseverwalter in der Ediktdatei, ZIK 2002, 82 f
- Rintelen Anton*, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechts Wien 1915
- Runkel Hans*, Die Insolvenzverwalterkammer – ein folgerichtige Entwicklung?, NZI 2009, V-VII

Rüntz Stefanie, Verfassungsrechtliche Folgen einer Bedarfszulassung, INDAT-REPORT 02/08 S 14

Römmermann Volker

Anfechtbarkeit der Verwalterbestellung, NZI 2003, 134 f

Bestellung von Insolvenzverwalter, die verpasste Chance der BVfG, ZIP 2006,1332

Sabel Martin/Wimmer Klaus, Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, ZIP 2008, 2097 f

Salgado de Somoza I, 13,6 bonis debitoris instantibus creditoribus per iudicem curator datur

Sastry Gauri, Mit den wichtigsten Gläubigern gesprochen (Interview), INDAT-REPORT 4/2009 S 28

Schabrian Steffen

Die Zertifizierung von Unternehmensinsolvenzverwaltern, ZInsO 2006, 673 f

Das Zertifizierungsverfahren des DIAI für Unternehmensinsolvenzverwalter, ZInsO 2007, 243 f

Schäferhoff Werner, Orientierung statt Korsett, INDAT-REPORT 09/2009 S 31

Schwarz Carl, Das österreichische Concursrecht I Wien 1894 zit: *Schwarz*

Seufert Lothar, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, Beck Verlag Nördlingen 1888

Sickliger Stephan, Das neue tschechische Insolvenzrecht aus der Sicht des deutschen Gläubigers, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft 2009

Smid Stefan

Praxishandbuch Insolvenzrecht⁵ Berlin 2007 zit: *Smid*

Kein Rechtmittel des bei der Auswahl unberücksichtigt gebliebenen Bewerbers, DZWIR 2006, 353 Sonderdruck Haftung und Insolvenz, FS für Gero Fischer

(2008)Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters als Rechtsfrage betrachtet,

DZWiR 2001, 485 f Rechtsschutz gegen Insolvenzrichter, DZWIR 2004, 359 f

Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12.12.2006 ohne Auswirkungen auf die Regelung von Vorauswahl des Insolvenzverwalters im deutschen Insolvenzrecht, ZInsO, 2009, 113 f Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts, Schriften zum deutschen und europäischen Insolvenzrecht XI, De Gruyter 2007 zit: *Smid* deutsches und Internationales Insolvenzrecht Insolvenzrechtliches Symposium der Hanns Martin Schleyer-Stiftung in Kiel 8./9. Juni 2007 zit : *Bearbeiter* in *Smid*

Skedl Arthur, Die Grundlagen des österreichischen Concursrechts in ihrer historischen Entwicklung, in Festschrift A. Wach III, Leipzig 1913, 227

Slopek David E. F., Viel Lärm um nichts: die Bestellung des Insolvenzverwalters und die Dienstleistungsrichtlinie, ZInsO 2008, 1243 f

Stapper Florian, Neue Anforderung an den Insolvenzverwalter NJW 1999, 3441

Stauber Johann Georg, de Iudicum concursus universali, Tübingen: Hein 1677

Stephan Guido, Die EU-Dienstleistungsrichtlinie – ein Sturm im Wasserglas, INDAT-REPORT 02/ 2010 S 19

Struc Laura Tjasa, Slowenisches Insolvenzrecht, ZIK 2005, 159 f

Török Gabor, Konzepte zu einem Insolvenzgesetz, zit: *Török*

Uhlenbruck Wilhelm/Mönning Rolf-Dieter, Listing, delisting und Bestellung von Insolvenzverwaltern ZIP 2008, 157

Uhlenbruck InsO Kommentar¹³, München 2010 zit: *Bearbeiter* in Uhlenbruck

Uhlenbruck Wilhelm,

Aus und Abwahl des Insolvenzverwalters-eine Schicksalsfrage der Insolvenzrechtsreform, KTS 1989, 229 f

30 Jahre Insolvenzrechtsreform, ZIP 2005, 1140 Stapper neue Zur Geschichte des Konkurses DZWIR 2007, 1

Die juristische Person als Insolvenzverwalter nach dem Entwurf einer Insolvenzordnung, AnwBl 1993, 453

Valett Carl Julius Meno, Ausführliches Lehrbuch des Pendentenrechts I-III, Leipzig 1828

Vallender Heinz

Steine statt Brot, NZI 2006, 665 f

Regelungstendenzen zur Verwalterbestellung im französischen, österreichischen und deutschen Insolvenzrecht, NZI 2002, 513 f

Wie viele Verwalter braucht das Land, NZI 2005, 473

Walter Robert / Mayer Heinz / Kucsko-Stadlmayer Gabriele, Bundesverfassungsrecht¹⁰, Wien 2007 zit: *Walter/Mayer / Kusco-Stadlmayer*

Wenger Leopold, Institutionen des römischen Zivilprozessrechts¹⁷ München 1925

Wentzel August/Klose Christian, Die preußische Konkursordnung, Berlin 1855

Wieland Joachim, Verfassungsrechtliche Fragen bei der Auswahl des Insolvenzverwalters, ZIP 2005, 233 f

Wiester Roland/Wilk Hanno, Zur Einschaltung von Industriegutachtern durch den vorläufigen Verwalter, NZI 2007, 12 f

Winter Olivia, Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren, Linde Verlag Wien 2008 zit: *Winter*

Zasius Ulrich, Nüwe Stattrechten und Statuten der loblichen Stadt Fryburg im Pryßgow gelegen, 1520, auch über digitalen Dienst Universität Freiburg

Zotter Otto,

Insolvenzstatistik 2005 für Österreich, ZIK 2006, 14

Insolvenzstatistik 2006 für Österreich, ZIK 2007, 10

Insolvenzstatistik 2007 für Österreich, ZIK 2008, 10

Insolvenzstatistik 2008 für Österreich, ZIK 2009, 10

Insolvenzstatistik 2009 für Österreich, ZIK 2010, 9
 Insolvenzstatistik 2010 für Österreich, ZIK 2011, 9

Zypries Brigitte, Aussagen von Bundesministerin Brigitte Zypries zur Begrenzung der Vorauswahllisten auf dem 5. Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin am 06.03.2008, INDAT 02/2008 S 9

Internet:

a) Autoren, Vorträge

Amonat Roman, Reform des Insolvenzrechts passiert Ministerrat, www.lexandtax.at

Buchegger Walter, Stellungnahme zum Ministerialentwurf eines IRÄG 2009, www.parlament.gv.at

Dammann Reinhard, Französische Insolvenzrechtliche Vorverfahren- ein Modell für Deutschland, Vortrag 13.01.2009, ak-inso-koeln.de

Kantner Georg, Mitgliederversammlung des KSV 2009, Unternehmenssanierung und aktuelle Reformdiskussionen, www.ksv.at

Graf, BAWAG mitschuldig an Atomic-Konkurs, [Die Presse.com](http://DiePresse.com)

Leutheuser-Schnarrenberger Sabine Rede anlässlich des 7. Deutschen Insolvenzrechtstags in Berlin am 17-19.03.2010, www.bmj.de, Suchbegriff: Rede 7. Deutscher Insolvenzrechtstag

Mayer Peter G., Das außerstreitige Verfahren, online-Lehrbuch, www.uibk.ac.at

Prütting Hans, Berufsrecht für Insolvenzverwalter, www.vid.de/vid/pdf/hanns_pruetting_vidkongress_301009

Wimmer Klaus, Vortrag anlässlich des Deutschen Insolvenzverwalterkongress 2008 in Potsdam am 06-08.11.2008, www.vid.de

Zypries Brigitte

Rede BMJ beim 4. Deutschen Insolvenzrechtstag v 21-23.03.2007 in Berlin, www.bmj.de

Rede BJM vom 07.11.2008 beim VID Kongress, www.vid.de

Bundesjustizministerin *Zypries*, Vortrag zum 5. Deutschen Insolvenzrechtstag 05.03-07.03.2008 in Berlin, www.bmj.de

b) Weitere Internet-Quellen:

KSV1870 Insolvenzstatistik I-III Quartal 2010 v 05.10.2010, www.ksv.at

KSV1870 Insolvenzfälle/Medienarchiv www.ksv.at

Pressemitteilung des KSI v 22.03.2010, www.ksi-deutschland.de

Pressemitteilung des BAKInsO v 31.07.2009, www.bakinso.de

Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, www.oerak.or.at

www.insolvenzverwalter.justiz.gv.at

Gravenbrucher Kreis, www.gravenbrucherkreis.de

Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“, 73. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister 2002 in Weimar, 36, www.bund-laenderarbeitsgruppe.de

Bundesrat, Drucksache 566/07, Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen Niedersachsen, www.bundesrat.de

Bundesrat, Drucksache 566/07 Empfehlungen der Ausschüsse, www.bundesrat.de

Uhlenbruck-Kommission www.vid.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins v 11.08.2010, www.anwaltsverein.de

BRAK, Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer erarbeitet durch die Arbeitsgruppe Insolvenzrecht der Bundesrechtsanwaltskammer zum GAVI v November 2007, www.brak.de

BT-Drs. 16/7251 sowie zur Effizienzsteigerung im Insolvenzverfahren (Verwalterauswahl)

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, zip-online.de/download/referentenentwurf

Zákon o konkurze a restrukturalizácii, www.justice.gov.sk

Törvény a csödeljárásról és a felszámolási eljárásról, www.portal21.de

Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (slowenisches Amtsblatt Nr 67/93), www.ec.europa.eu

Magyar Közlöny (KuLG), www.portal21.de

Gerichtsentscheidungen

a) Bundesverfassungsgericht

BVfG v 03.08.2004, 1 BVR v 135/00; 1 BVR 1086/01, ZInsO 16/2004, 913 f, Auswahl von Insolvenzverwaltern

BVfG v 23.05.2006, 1 BvR 2530/04; OLG Hamm, ZIP 2005, 269, ZIP 2006, 1355 f, Rechtsschutz bei der Bestellung des Insolvenzverwalters

BVfG v 03.08.2009, 1 BvR 369/08, InsVZ 2009, 14, Ermessensentscheidung des Insolvenzrichters
 BVfG v 09.02.2005, 1 BvR 2719/04, Abwahl des Insolvenzverwalters
 BVfG v 12.07.2006, 1 BvR 1469/05, NZI 2007, 13 f, Kein Anspruch auf regelmäßige Bestellung
 BVfG v 12.07.2006, 1 BvR 1469/05, Keine Verpflichtung zur gleichmäßigen Bestellung zum Insolvenzverwalter, ZInsO 2006, 1101; NZI 2007, 13 f
 BVfG v 12.07.06, 1 BvR 1352/06, Zur Konkurrentenklage, ZInsO 2006, 869 f
 BVfG v 11.06.1958, 1 BvR 596/56, BVfGE 7, 377 (397); BVfGE 68, 272 (281); BVfGE 78, 179 (193)
 BVfGE 73, 280/294 F; BVfGE 51, 235/238 f, Zur Begrenzung des Grundrechts auf Berufsfreiheit

b) Oberlandesgerichte Deutschland

OLG Koblenz v 12.05.2005, ZInsO 2005, 718 f
 OLG Frankfurt v 04.02.2008, NZI 2008, 496 f
 OLG Düsseldorf v 15.08.08 I-3 VA 4/07, ZInsO 2008, 1083 f
 OLG Köln v 27.09.2006, NZI 2007, 105 f
 OLG Brandenburg v 06.08.2009, NZI 2009, 723 f
 OLG Düsseldorf v 27.01.2009, NZI 2009, 15 f
 OLG Düsseldorf v 27.02.2009, ZInsO 2009, 769 f
 OLG Hamm v 29.05.2008, ZInsO 2008, 671 f
 OLG Düsseldorf, ZInsO 2009, 769 f
 OLG Bamberg, v 03.12.2007 ZIP 2008, 82 f
 BayOblG, ZInsO 2003, 1045 f
 KG ZInsO 2006, 153

c) Oberlandesgerichte Österreich

OLG Wien EvBl 1.941/24
 OLG Linz v 17.09.1990, R 178-186
 OLG Graz v 09.02.2004, 3R 201/103 h

d) Oberster Gerichtshof

OGH Ob 1/04, ZIK 2004, 174,138
 OGH v 21.10.1999, 8 Ob 240/99 y, ZIK 1999, 202
 OGH 14.01.1986, EvBl 1987/28
 OGH v 09.09.1986, 8 Ob 315, 322/86, EvBl 1987/196
 OGH 25.04.1991, ecolex 1991, 533

Zeitschriften:

Magazin für Wirtschaftspolitik 05/2010 S 1 f

Solid, Zeitung für Wirtschaft und Technik v 22.02.2010, „Baufirma Vegrad in schweren Turbulenzen.“

DIE WELT vom 03. Februar 2010, „Pleitewelle: Experten fordern Reform des Insolvenzrechts.“

Salzburger Nachrichten, Sonntag 22.03.07

Paulus Christoph in FAZ 27.05.2009, 12, „Bewährungsprobe für das neue Insolvenzrecht.“

Lemke, Jürgen, „Das abrupte Ende der Gründerzeit begann an der Donau,“ FAZ vom 04.03.2008,

FAZ vom 19.08.2004, 27

Der Standard v 26.03.2009, „Slowenische Istrbenz kämpft mit der Insolvenz.“

Sonstige Quellen:

INDAT-REPORT:

Insolvenzbarometer, 01/2011 S 51

Umfang der Vorauswahllisten, 02/08 S 10

Die Mühe hat sich gelohnt, fünf Verwalter berichten positiv über die Zertifizierung 06/08 S 21

Gelungene Vorlage für Gerichte und Gesetzgeber: Die Empfehlungen der Uhlenbruck Kommission 6/2007 S 13

Referentenentwurf für ein Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), ZIP 2011, 360

Heidelberger Leitlinien, ZInsO 2009, 1848-1850

Berufsgrundsätze des VID, ZIP 2006, 2147 f

ZInsO-Dokumentation, Neues Sanierungsrecht wird in Österreich angenommen ZInsO 2010, 2083 f

Gründungsdokumente des GSV, ZInsO 2009, 1155 f
und Wissenschaftlern, ZInsO 2009, 1950 f

BMJ: RefE zur Umsetzung der Dienstleistungs-RI, ZIP A 57

Entschließung des BAKinso e.V zum Thema: gesetzgeberische Änderungsnotwendigkeit aus Sicht der insolvenzgerichtlichen Rechtsanwender, ZInsO 2009, 2391 f

BT-DRS 12/2443, § 65 InsO

Gesetzesentwurf der Bundesregierung; Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens NZI 2007, 425 f

Stellungnahme Prof. *Dr. Hans Haarmeyer*, bei Sachverständigenanhörung des Rechtsausschusses am 09.04.2008 zum Entwurf eines Entschuldungsgesetzes BT-Drs. 16/7416

Entwurf eines Gesetzes, zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht im Insolvenzverfahren (GAVI)

Zusammenfassung

Die Dissertation vergleicht in komparativer Methode die tatsächlichen und rechtlichen Bedingungen der Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters in Österreich und Deutschland.

Die in der Einführung gemachte Gegenüberstellung und Auswertung der Anzahl der eröffneten Insolvenzverfahren in Österreich und Deutschland zeigt einen ähnlichen prozentualen Rückgang der eröffneten Insolvenzverfahren. Nur 2009 ist ein Anstieg in beiden Ländern festzustellen. Die Zahl der Privatinsolvenzen steigt indes in beiden Ländern kontinuierlich an. Der Rückgang der Insolvenzen hat eine Konkurrenzsituation erzeugt, auf die in beiden Ländern legislativ und judikativ unterschiedlich reagiert wird.

Bevor die Maßnahmen der beiden Länder analysiert und bewertet werden, stellt der Verfasser nach einer etymologischen Erfassung der Insolvenzbegriffe in einem umfassenden historischen Rückblick die Auswahl und Bestellung der Konkursordnungen beider Länder bereits zur Zeit Preußens und der K.u.K. Monarchie gegenüber. Hier werden vom Verfasser die bereits zu dieser Zeit vorliegenden unterschiedliche Anforderungen an der Person des Verwalters aber auch unterschiedliche Gläubigermitspracherechte und divergierende Entwicklungen hinsichtlich der Machtposition des Gerichts dargestellt.

Bei der modernen verfahrensrechtlichen Entwicklung in beiden Ländern konzentriert sich die Arbeit auf die wichtigen Reformen der InsNov 2002 und IRÄG 2010 in Österreich und auf die Reformansätze der InsO in Deutschland.

Deutlich wird hier der Unterschied zur legislativen Initiative des österreichischen Gesetzgebers und der zurückhaltenden gesetzlichen Regelung bei den Auswahlkriterien in Deutschland herausgearbeitet. In der strukturellen Gegenüberstellung zeigt der Verfasser die unterschiedlichen sachlichen und funktionellen Zuständigkeiten auf. Bei der berufsrechtlichen Einordnung des Insolvenzverwalters werden in der Arbeit die abweichenden Auffassungen in beiden Ländern und deren Konsequenzen dargestellt.

Bei der zeitlichen Verfahrensabfolge im Auswahlverfahren sind in der Arbeit die grundsätzlichen Unterschiede deutlich herausgearbeitet, insbesondere die Tatsache, dass in Deutschland die Auswahlentscheidung bereits in der Bestellung zum Sachverständigen getroffen wird. Fehlende legislative Regelungen in Deutschland führten zum Eingreifen des dt BVfG und zu judikativen Auswahlentscheidungen dieses Gerichts. Die unterschiedliche Situation in Österreich, auch aufgrund fehlender Rechtswegzuweisung, wird aufgezeigt.

In Deutschland ist der Bestellakt und die Aufnahme in die Vorauswahlliste, die jeder Auswahlrichter für sich zu führen hat, justiziabel, in Österreich wird die Entscheidung des Insolvenzrichters nicht als Justizverwaltungsakt angesehen und bleibt von Rechtsmitteln fern. Der Verfasser entscheidet sich auch in Österreich für Grundrechtsschutz aufgrund des geänderten Berufsbildes des Insolvenz- und nach dem IRÄG 2010 auch Sanierungsverwalters. Eine Konkurrentenklage wird dennoch wegen vorrangigem Interesse der Allgemeinheit an der Funktionsfähigkeit des Insolvenzverfahrens abgelehnt.

Ein gesondertes Kapitel ist der unterschiedlichen Gläubigerbeteiligung und dem Einfluss der Gläubigerschutzverbände gewidmet. Der Verfasser legt die unterschiedlichen Korrektivmöglichkeiten in beiden Ländern dar. Die tatsächliche Verwalterbestellung in beiden

Ländern wird nach Auswertung befragter Richter beschrieben und bewertet.

Der Verfasser hält die Anwendung der eur Dienstleistungsrichtlinie mangels rein privater Dienstleistung für nicht anwendbar und sieht die Beschränkung in Deutschland auf nur natürliche Personen als verfassungswidrig an.

In einem Ausblick wird die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters in den Nachbarländern (inklusive Frankreich und Kroatien) Österreichs verglichen, die Unterschiede dargelegt.

Im 3. und letzten Teil der Arbeit bewertet der Verfasser Lösungsvorschläge einiger Insolvenzbeteiligter und macht eigene Änderungsvorschläge für beide Länder.

Als Resümee verbleibt die Anregung vermehrten und verbesserten Austausches der österr und dt Insolvenzbeteiligten, gerade der Gesetzesinitiatoren.

Lebenslauf

Rechtsanwalt Ulrich Nehrig wurde am 10.12.1955 in Alfeld/Niedersachsen geboren. Nach der Reifeprüfung des Gymnasiums Alfeld und Ableistung seines Wehrdienstes studierte er von 1975-1981 an der Albert-Ludwigs-Universität Rechtswissenschaften und legte 1981 das erste juristische Staatsexamen ab. Nach der Referendarzeit am LG in Baden-Baden mit Stationen in Freiburg, Offenburg und Bologna legte er 1985 die 2. Juristische Staatsprüfung ab und trat anschließend in die Rechtsanwaltskanzlei Dr. Pantaleon genannt Stemberg ein. Hier betreute er das insolvenzrechtliche Referat und wurde erstmals 1990 vom Amtsgericht Freiburg als Insolvenzverwalter für Unternehmensinsolvenzen bestellt. Seit 2000 ist er auch für das Amtsgericht Offenburg und seit 2010 für das Amtsgericht Konstanz als Insolvenzverwalter tätig. Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Insolvenzbetreuung und Sanierung mittelständischer Unternehmen, aber auch in der Sanierungsberatung. Aufgrund regelmäßiger Treffen mit österreichischen Insolvenzbeteiligten, nicht nur auf der Karner-Jahrestagung am Grundlsee, ist er ein guter Kenner des Österreichischen Insolvenzrechts.