



## Deutliche Worte aus Karlsruhe

„Soll denn alles umsonst gewesen sein?“, wird sich der zynische Beobachter fragen. So hatte das *BVerfG* noch im Jahre 2004 (NJW 2004, 2725 = NZI 2004, 574) ein justiziables Recht von Insolvenzverwalteraspiranten auf Aufnahme in eine Liste von möglichen Insolvenzverwaltern im jeweiligen Gerichtssprengel gewährt und hiermit eine intensive Diskussion in der insolvenzrechtlichen Wissenschaft und Praxis ausgelöst. Insbesondere die Insolvenzgerichte wurden durch die Entscheidung und die nachfolgende Diskussion „aufgescheucht“. Es wurden Kataloge von Kriterien für die Aufnahme in die Verwalterliste kreiert, diskutiert, (teilweise) verworfen und wieder neu zusammengestellt. Es erfolgten mündliche und schriftliche Anfragen von alten Verwalterhasen und jungen „wilden“ Neuverwaltern gleichermaßen bei allen erreichbaren und nicht erreichbaren Insolvenzgerichten, um dann wenigstens bei einigen Gerichten in den erlauchten Kreis aufgenommen zu werden. Sogar altgediente Insolvenzverwalter mussten sich zum Teil dem „dritten Staatsexamen“ unterziehen, um dem Gericht ausreichenden Anlass für die Aufnahme in die Liste zu geben (oder diesem die Ausrede zu verschaffen, den Aspiranten doch nicht zu berücksichtigen). Verwalteraspiranten einerseits und Gerichte andererseits wurden somit vor erhebliche logistische und personalaufwendige Ausleseprozeduren gestellt. Dies hat in vielen, insbesondere bei den großen Insolvenzgerichten dazu geführt, dass endlose Verwalterlisten entstanden sind. In manchen Insolvenzgerichtsfluren trifft man eine höhere Personendichte an als bei der Rechtsantragsstelle. Nicht mehr lange hätte es gedauert, bis unterbeschäftigte Verwalteraspiranten gleichsam wie Verdurstende in der Wüste über die Gänge geschlichen wären und nach „Verfahren“ gefleht hätten.

Die Geister, die das *BVerfG* mit seiner Entscheidung vom 3. 8. 2004 gerufen hat, verjagt es jetzt jedoch deutlich, unmissverständlich und sowohl im Ton als

auch in der Sache unerbittlich: Zwar meint der 1. Senat in seinem Beschluss vom 23. 5. 2006 (NZI 2006, 453 [in diesem Heft]), dass der einzelne Bewerber um das Amt eines Insolvenzverwalters nach Art. 3 I GG einen Rechtsanspruch auf fehlerfreie Ausübung des Auswahlermessens nach § 56 I InsO hat. Dieser Anspruch geht also deutlich über das hinaus, was das Gericht in der Vorentscheidung judiziert hatte, nämlich bislang nur den ermessensfehlerfreien Zugang zur Liste. Effektiv wird der nicht berücksichtigte Verwalter seinen Anspruch im Einzelfall jedoch regelmäßig nicht durchsetzen können. Weder gewährt das Gericht einem übergangenen Verwalteraspiranten das Recht auf Berücksichtigung in einem speziellen Insolvenzverfahren noch räumt es einen Anspruch im einstweiligen Rechtsschutz ein. Lediglich am Rande weist der Senat darauf hin, dass „von einem Antrag, der auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Insolvenzverwalterbestellung wegen fehlerhafter Ausübung des Auswahlermessens gerichtet ist, keine Störungen des Verfahrensablaufs ausgehen“.

Was dem nach Durchstehen großer administrativer Hindernisse und langem, zeitraubendem und kräftezehrendem Kampf endlich auf die Liste aufgenommenen, aber in Verfahren weiterhin unberücksichtigten Verwalteraspiranten bleibt, ist damit offenbar der Weg über eine Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde, auf Grund derer vielleicht einmal nach Jahr und Tag vom Gericht festgestellt wird, dass der Verwalter – möglicherweise über Jahre hinweg – zu Unrecht nicht bestellt worden ist, obwohl er ausreichend geeignet gewesen wäre und obwohl vergleichbar geeignete Verwalter im entsprechenden Zeitraum zum Verwalter bestellt worden sind. Mit einem solchen Gerichtsspruch in der Tasche fangen die Probleme jedoch erst an: Zwar kommt prinzipiell bei Verstößen gegen den Gleichheitsgrundsatz ein Amtshaftungsanspruch in Betracht. Ein solcher Anspruch setzt jedoch das Vorliegen eines

Schadens beim Verwalter voraus. Es bedarf keiner besonderen Expertise im Bereich des Schadensersatzrechts um sich ausmalen zu können, welche prozessualen Schwierigkeiten ein unberücksichtigt gebliebener Insolvenzverwalter haben wird, um einen Schaden der Höhe nach darzulegen und unter Beweis zu stellen.

Danach ist festzuhalten, dass das *BVerfG* jeglichen Bestrebungen von Verwaltern, Zugang zu einem bestimmten Verfahren zu erhalten, einen Riegel vorgeschoben hat. Zwar betont der *Senat*, dass dem Insolvenzrichter ein (wenn auch weites) Auswahlmessen zusteht, welches von diesem pflichtgemäß auszuüben ist. Dementsprechend verbietet das Gericht dem Insolvenzrichter willkürliche Entscheidungen. Hier handelt es sich jedoch im Ergebnis um ein Lippenbekenntnis, da selbst bei einer mehr oder weniger offenkundig willkürlichen Entscheidung des Insolvenzgerichts ein sofortiger Rechtsschutz seitens des verschmähten Verwalteraspiranten verneint wird. Besonders bemerkenswert ist die Feststellung des *Senats*, dass – entgegen einer vielfach geäußerten Auffassung in Gerichts- und Verwalterkreisen – bei der Auswahl des Insolvenzverwalters *keine* Bestenauslese vorzunehmen ist. Das *BVerfG* erkennt freimütig an, dass es für ein Verfahren eben mehrere gleich geeignete Verwalter geben kann und dass im Einzelfall sogar in einem Verfahren nicht der am besten geeignete Verwalter bestellt werden muss, ohne dass hierdurch ein Verstoß gegen das pflichtgemäße Auswahlmessen zu konstatieren wäre. Die hiermit unter Beweis gestellte Praxisnähe der angeblich „im Elfenbeinturm“ sitzenden Verfassungsrichter wird auch an entscheidender anderer Stelle offenbar: Den eigentlichen Grund für das Versagen eines effektiven Rechtsschutzes gegen die Nichtberücksichtigung in einem speziellen Verfahren sieht das Gericht in der Eigentümlichkeit des Insolvenzverfahrens. Gerade in den interessanten (und natürlich auch lukrativen) Verfahren geht es regelmäßig um die Fortführung eines laufenden Geschäftsbetriebs. Findet nach Bestellung eines Verwalters (und der Nichtberücksichtigung vieler, vieler anderer Verwalter) ein zeitraubender Prozess über die Personalfrage statt, kann der ohnehin schon angeschlagene Geschäftsbetrieb sofort „den Schlüssel herumdrehen“. Vertragspartner, Arbeitnehmer, Abnehmer und Lieferanten des Schuldners werden sicherlich nicht so lange warten, bis irgendwann einmal eine Ausschreibung des Verwalteramts zu einer abschließenden Entscheidung geführt hat. Daher stellt der *Senat* aus praktischen Erwägungen völlig zu Recht das Interesse der Gläubiger an einer ordnungsgemäßen und schnellen Abwicklung des Insolvenzverfahrens über das ebenfalls verfassungsmäßig geschützte Recht des einzelnen Verwalteraspiranten aus Art. 12 GG. Um es auf den Punkt zu bringen: Hätte das Gericht hier anders

entschieden, wäre dies das Ende des funktionierenden Insolvenzverfahrens gewesen!

Wie aber kann der sicherlich für den Einzelnen unbefriedigende Sachverhalt einer permanenten Nichtberücksichtigung trotz ausreichender Eignung gelöst werden? Hier sei ein Blick über die Landesgrenzen gestattet: Möglich wäre etwa die Verstaatlichung der Insolvenzverwaltung, wie dies in einigen europäischen Ländern (z. B. Belgien) der Fall ist. Dies dürfte allerdings ein Eingriff in die Grundrechte der bestehenden (privatrechtlich handelnden) Insolvenzverwalter darstellen und sich hier zu Lande sicherlich nicht durchsetzen lassen. Allerdings darf man sich die Frage stellen, ob die Auswahl des Insolvenzverwalters zwingend in die (alleinige) Hand eines Insolvenzgerichts gelegt werden muss. In vielen Fällen – insbesondere in „Fortführungsfällen“ – werden der Schuldner und/oder die wesentlichen (zumeist professionellen und damit insolvenzrechtlich erfahrenen) Gläubiger die beste Vorstellung davon haben, welche Person sich für das betreffende Verfahren als Insolvenzverwalter eignet. Sofern sichergestellt ist, dass diese Person vom Schuldner und den Gläubigern unabhängig ist, sollten gegen seine Bestellung keine Bedenken bestehen dürfen. Entsprechend wird dies etwa in England und Wales gehandhabt: Insolvenzverwalteraspiranten haben sich als so genannte *Insolvency Practitioner* zuzulassen. Sie stehen dann unter einer strengen Aufsicht von Vereinigungen, die deutschen berufsständischen Kammern ähnlich sind. Diese Kammern beaufsichtigen die *Practitioner* und sind insbesondere berechtigt, in Konten, Zahlungsströme, Insolvenzverwalterakten und Ähnliches Einblick zu nehmen. Wird eine solche Person vom Schuldner im Verfahren der *Administration* vorgeschlagen, so wird das Gericht die Bestellung nur dann verweigern können, wenn eine Interessenkollision besteht. Sollte sich ein solches *Procedere* auch in Deutschland durchsetzen können, würde dies zwar auch zu einem ständigen Wettbewerb zwischen den Insolvenzverwaltern führen. Dieser Wettbewerb würde jedoch im Vorfeld einer Bestellung stattfinden, womit im akuten Fall die zeitraubende Auslese entfällt. Und wer sich das Vertrauen der die Aufsicht führenden Kammern einerseits und der professionellen Gläubiger andererseits verdient hat, der wird auch für das entsprechende Verfahren ausreichend geeignet sein.

Solange in Bezug auf die Verwalterbestellung der Gesetzgeber jedoch untätig bleibt, wird es bei den bestehenden Unzuträglichkeiten bleiben: Man mag sie Willkür oder „weites Auswahlmessen“ nennen, sie können jedoch im Einzelfall unglückliche oder sogar existenzvernichtende Auswirkungen haben.

Rechtsanwalt Dr. Rolf Leithaus, Köln