

**„Der Ausschluss juristischer Personen
vom Insolvenzverwalteramt“**

Dissertation

zur Erlangung des Grades

Doktor der Rechtswissenschaften

(Doctor iuris – Dr. iur.)

des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Justus-Liebig-Universität Gießen

vorgelegt von:

Moritz Petersen

Frankfurt am Main, 17. August 2015

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Petersen, Moritz:

Der Ausschluss juristischer Personen vom Insolvenzverwalteramt

ISBN 978-3-86376-185-1

Die Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen.

Erstgutachter: Prof. Dr. Jens Adolphsen
Zweitgutachter: Prof. Dr. Christoph Benicke
Tag der mündlichen Prüfung: 13. April 2016

Alle Rechte vorbehalten

1. Auflage 2016

© Optimus Verlag, Göttingen

URL: www.optimusverlag.de

Printed in Germany

Papier ist FSC zertifiziert (holzfrei, chlorfrei und säurefrei,
sowie alterungsbeständig nach ANSI 3948 und ISO 9706)

Das Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes in Deutschland ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Ende April 2016 berücksichtigt und beinhaltet damit auch noch nach offizieller Einreichung der Dissertation und Abschluss der Disputation erschienene Entscheidungen sowie Aufsätze, was nicht zuletzt die Aktualität des behandelten Themas unterstreicht.

Danken möchte ich an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Jens Adolphsen, für die fachliche und stets kompetente Betreuung meiner Dissertation und seine zahlreichen hilfreichen Anmerkungen, die maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

Auch gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Christoph Benicke für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinem Vater danke ich darüber hinaus für sein äußerst gewissenhaftes Korrekturlesen dieser Arbeit in einer für ihn völlig fremden Materie und meiner Schwester Dr. med. Sabine Petersen für die geduldige Unterstützung bei der Vorbereitung meiner Disputation.

Besonders bedanken möchte ich mich zuletzt bei meinen Eltern, Dr. med. Renate und Jesko Petersen, die mir eine umfassende Bildung weit über eine reine berufliche Ausbildung ermöglicht haben. Durch ihre ideelle und finanzielle Unterstützung und den festen Glauben an mich haben sie mir ein erfülltes und abwechslungsreiches Studium, Referendariat und Promotion mit zahlreichen Auslandsaufenthalten ermöglicht. Auf diese Zeit blicke ich mit großer Freude zurück und bin meinen Eltern unendlich dankbar. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Frankfurt am Main, Juni 2016

Moritz Petersen

Inhaltsübersicht

1. Teil: Einleitung	1
A. Einführung in die Thematik.....	1
B. Abgrenzung des Themas und Begriffsbestimmung.....	2
C. Relevanz eines Rechtsvergleichs	5
D. Vorgehensweise und Aufbau	8
2. Teil: Rechtslage in Deutschland.....	9
A. Anforderungen des § 56 InsO und dessen Entstehungsgeschichte.....	10
B. Der Beschluss des BGH vom 19.09.2013.....	12
C. Aufnahme des Beschlusses in der Wissenschaft und Praxis	18
D. Bestätigung durch Beschluss des BVerfG vom 12.01.2016.....	20
E. Verfassungsrechtliche Prüfung anhand der Vorgaben des Grundgesetzes	22
F. Prüfung am Maßstab des Europarechts	75
G. Die Beschlüsse des AG Mannheim vom Dezember 2015 / Januar 2016	100
H. Vorzüge der Bestellung juristischer Personen in das Amt des Insolvenzverwalters.....	105
I. Potentielle Handlungsformen juristischer Personen als Insolvenzverwalter	110
3. Teil: Rechtsvergleich mit dem deutschsprachigen Ausland.....	119
A. Schweiz.....	121
B. Österreich.....	140
4. Teil: Länderbericht ausgewählter ausländischer Rechtsordnungen.....	159
A. England.....	160
B. Frankreich	179
C. USA	194
5. Teil: Schlussfolgerungen aus Rechtsvergleich und Länderbericht	207
A. Darstellung der gemeinsamen Ausgangsproblematik	207
B. Vergleichbarkeit der Grundstrukturen der jeweiligen Rechtsordnungen	208
C. Zwischenergebnis	209
D. Vergleich der unterschiedlichen Regelungen zur Zulassung juristischer Personen zum Amt des Insolvenzverwalters	210
E. Stellungnahme.....	212
6. Teil: Zusammenfassung und Schlussbetrachtung.....	215

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Einleitung	1
A. Einführung in die Thematik.....	1
B. Abgrenzung des Themas und Begriffsbestimmung.....	2
C. Relevanz eines Rechtsvergleichs	5
D. Vorgehensweise und Aufbau.....	8
2. Teil: Rechtslage in Deutschland.....	9
A. Anforderungen des § 56 InsO und dessen Entstehungsgeschichte.....	10
B. Der Beschluss des BGH vom 19.09.2013.....	12
I. Der Sachverhalt der Entscheidung	12
II. Die Entscheidungsgründe	16
C. Aufnahme des Beschlusses in der Wissenschaft und Praxis	18
D. Bestätigung durch Beschluss des BVerfG vom 12.01.2016.....	20
E. Verfassungsrechtliche Prüfung anhand der Vorgaben des Grundgesetzes	22
I. Betroffene Grundrechtsträger	22
1. Befriedigungsinteresse der Gläubiger.....	23
2. Erhaltungsinteresse des Insolvenzschuldners	26
3. Zwischenergebnis zu den Grundrechten Dritter	27
4. Juristische Personen, insbesondere	
Insolvenzverwaltergesellschaften	27
a) Art. 12 GG	27
aa) Eröffnung des Schutzbereichs und Umfang des Grundrechtsschutzes	28
(1) Berufsbild des Insolvenzverwalters	30
(a) (Kein) gesetzliches Berufsbild	30
(b) Traditionell geprägtes Berufsbild.....	30
(2) Kein öffentliches Amt i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG	32
bb) Intensität des Eingriffs	33
cc) Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs	34

dd) Einfluss der Drei-Stufen-Theorie.....	35
ee) Zwischenergebnis zu Art. 12 GG	36
b) Art. 3 GG	37
aa) Eingriff in den Schutzbereich.....	37
bb) Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs	37
5. Zwischenergebnis	38
II. Diskussion der Argumente gegen die Zulassung juristischer Personen im Insolvenzverwalteramt	38
1. Höchstpersönlichkeit des Amts	38
a) Delegation oder Substitution?.....	39
b) „Höchstpersönliches Amt“ gegenüber „höchstpersönlichem Recht“	41
c) Höchstpersönlichkeit des Verwalterhandelns	42
d) Begriff der „insolvenzspezifischen Handlungen“	42
e) Höchstpersönlichkeit als Chimäre? Blick auf die Rechtswirklichkeit.....	44
f) Feststellung der Vertrauenswürdigkeit.....	45
g) Zwischenergebnis	45
2. Vereinbarkeit mit gerichtlichem Bestellungs- und Überwachungssystem.....	46
a) Problem der Verantwortlichkeit.....	46
b) Vergleich mit der Eigenverwaltung	48
c) Überwachung und Prüfung der Eignung bzw. Unabhängigkeit juristischer Personen	49
d) Drohende Intransparenz des Verwaltermarkts?.....	51
3. Umgehung der gerichtlichen Zuständigkeit bei Bestellung und Entlassung des Insolvenzverwalters.....	52
4. Kommerzialisierung.....	55
5. Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortlichkeit.....	55
a) Strafrechtliche Verantwortlichkeit	56
aa) Benennung eines ausübenden Verwalters	56

bb) Sanktionierung von Unternehmen	
nach geltendem Recht	57
cc) Entwicklung eines Unternehmensstrafrechts	58
b) Zivilrechtliche Verantwortlichkeit.....	59
aa) Vergleich mit Haftung natürlicher Personen.....	60
bb) Gefahr der Vermögensverlagerung.....	61
cc) Rückgriff im Innenverhältnis	61
dd) Zukünftige Bestellung als natürliches	
Verhaltenskorrektiv.....	62
ee) Unterschiede in der „Haftungsqualität“	62
ff) Mildere Mittel zur Verwirklichung des	
Gesetzeszwecks.....	63
gg) Verwalterrating als milderes Mittel?	64
6. Einschätzungsprärogative des berufsregulierenden Gesetzgebers....	65
7. Zwischenergebnis	66
III. Ungleichbehandlung mit verwandten Berufsgruppen	67
IV. Fragwürdige Gleichbehandlung mit nicht vergleichbaren	
Berufsgruppen.....	69
V. (Mangelnde) Vergleichbarkeit mit gerichtlich bestellten	
Sachverständigen	71
VI. Vergleich mit der Zwangsverwaltung	71
VII. Ausblick auf die Entwicklung eines Konzerninsolvenzrechts	73
VIII. Zwischenergebnis	74
F. Prüfung am Maßstab des Europarechts	75
I. Betroffene EU-Rechtsnormen	76
1. Primärrecht.....	76
a) Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)	77
aa) Schutzbereich/Definition.....	77
bb) Eingriff	78
cc) Kein Ausschluss wegen Ausübung	
öffentlicher Gewalt i.S.d. Art. 51 AEUV	79
(1) Definition der öffentlichen Gewalt	81

(2) Argumente gegen das Vorliegen der Ausübung öffentlicher Gewalt.....	81
(3) Argumente für das Vorliegen der Ausübung öffentlicher Gewalt.....	83
(4) Stellungnahme	84
(5) Die Rechtsprechung des EuGH	84
(6) Die Reaktion des (deutschen) Gesetzgebers	85
(7) Zulassung juristischer Personen infolge des Art. 102a EGInsO?.....	86
b) Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)	87
2. Sekundärrecht	89
a) Dienstleistungsrichtlinie	89
b) Berufsqualifikationsrichtlinie	91
3. Zwischenergebnis	91
II. Rechtfertigung der Beschränkung.....	92
1. Anforderungen des Primärrechts	92
2. Anforderungen des Sekundärrechts	94
a) Systematik der Rechtfertigungsvoraussetzungen	94
b) Konsequenzen für die gesetzliche Beschränkung des Verwalteramts auf natürliche Personen	95
3. Die Rechtsprechung des EuGH	96
4. Zwischenergebnis	97
III. Inländerdiskriminierung	97
IV. Rechtfertigung der Beschränkung über die EuInsVO?	98
V. Schlussfolgerungen aus dem Verwalterbegriff der EuInsVO?.....	99
VI. Zwischenergebnis	100
G. Die Beschlüsse des AG Mannheim vom Dezember 2015 / Januar 2016	100
I. Sachverhalt der Entscheidungen	100
II. Beschluss des AG Mannheim vom 20.01.2016	101
III. Beschluss des AG Mannheim vom 14.12.2015.....	102
IV. Stellungnahme	104
H. Vorzüge der Bestellung juristischer Personen in das Amt des Insolvenzverwalters	105

I. Praktisches Bedürfnis?	105
II. Kontinuität und bessere Kontrollmöglichkeiten	106
III. Stärkung des Wettbewerbs und Qualitätsschub	
durch Erweiterung des Bewerber-Pools	107
IV. Soziale Sicherheit für Mitarbeiter durch Bildung	
einer corporate identity	108
V. Stärkung der Haftung durch Vergrößerung der Haftungsmasse.....	110
VI. Zwischenergebnis	110
I. Potentielle Handlungsformen juristischer Personen als Insolvenzverwalter	110
I. Unterscheidung zwischen einzelnen Arten von Gesellschaften.....	111
II. Beschränkung auf Personengesellschaften?.....	112
III. Anforderungen an die Zulassung juristischer Personen	113
1. Weisungsfreiheit in Angelegenheiten der Verwaltertätigkeit.....	113
2. Persönliche Zulassung (zumindest)	
eines Organs/Gesellschafters als Insolvenzverwalter	114
IV. Beschränkungen im Gesellschafterkreis juristischer Personen?	115
1. Begrenzung auf soziätätsfähige Berufsgruppen.....	115
2. Verbot der reinen Kapitalbeteiligung	116
V. Quantitative Beschränkung des Bewerberkreises.....	117
VI. Zwischenergebnis	118
3. Teil: Rechtsvergleich mit dem deutschsprachigen Ausland.....	119
A. Schweiz.....	121
I. Rechtsquellen und Reformbestrebungen.....	122
II. Das Konkursverfahren im Allgemeinen	122
III. Die Stellung des Konkursamts im Konkursverfahren	123
1. Das (staatliche) Konkursamt im Allgemeinen.....	123
2. Die (private) außeramtliche Konkursverwaltung	124
3. Ausnahme im summarischen Verfahren	125
IV. Anforderungen an die Ausübung des Amts	
der Konkursverwaltung und typische Aufgaben und Befugnisse.....	125
V. Zulassung juristischer Personen in der Konkursverwaltung	127
1. Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts vom 13.01.1975	127

2. Reaktionen in der Literatur	129
3. Stellungnahme	130
VI. Praktische Durchführung, insbesondere zulässige Arten	
von juristischen Personen	131
1. Personengesellschaften	132
a) Einfache Gesellschaft.....	133
b) Kollektivgesellschaft	133
c) Übrige Personengesellschaften	134
2. Zwischenergebnis	134
3. Kapitalgesellschaften	135
a) Aktiengesellschaft.....	135
b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung.....	136
4. Zwischenergebnis	137
VII. Erkenntnisse aus dem Schweizer Rechtsvergleich	138
B. Österreich	140
I. Rechtsquellen und Reformbestrebungen.....	141
II. Das Insolvenzverfahren im Allgemeinen.....	141
III. Die Stellung des Insolvenzverwalters im Insolvenzverfahren.....	142
1. Das Bestellungsverfahren	143
2. Funktion und Bezeichnung des Insolvenzverwalters.....	144
3. Anforderungen an die Person des Insolvenzverwalters und Zulässigkeit juristischer Personen im Amt des Insolvenzverwalters.....	144
4. Besondere Anforderungen an die Unabhängigkeit und Anzeigepflicht	146
5. Bedeutung der Insolvenzverwalterliste	147
6. Bedeutung der bevorrechtigten Gläubigerschutzverbände	148
IV. Anforderungen an die Ausübung des Insolvenzverwalteramts und typische Aufgaben und Befugnisse eines bestellten Insolvenzverwalters	149
1. Allgemeine Beschreibung der Tätigkeiten und Überwachung des Verwalters	149
2. Höchstpersönlichkeit der Aufgabenausführung.....	150

3. Unterschied zur deutschen Regelung.....	150
4. Haftung des Insolvenzverwalters	150
V. Zulässige Handlungsformen juristischer Personen im Amt des Insolvenzverwalters	151
1. Personengesellschaften	151
a) Gesellschaft nach bürgerlichem Recht.....	152
b) Eingetragene Personengesellschaften	152
c) Zwischenergebnis	153
2. Kapitalgesellschaften	153
a) GmbH.....	154
b) Aktiengesellschaft.....	155
c) Verein.....	155
d) Zwischenergebnis	156
VI. Erkenntnisse aus dem österreichischen Rechtsvergleich	156
4. Teil: Länderbericht ausgewählter ausländischer Rechtsordnungen.....	159
A. England.....	160
I. Rechtsquellen und Reformbestrebungen.....	161
II. Die Stellung des Insolvenzverwalters im Insolvenzverfahren, insbesondere Zulässigkeit juristischer Personen im Insolvenzverwalteramt.....	162
1. Historische Entwicklung.....	162
2. Beteiligte Berufsgruppen	163
3. Das Zulassungsverfahren für Insolvency Practitioner im Überblick.....	164
4. Voraussetzungen für die Zulassung als Insolvency Practitioner, insbesondere Zulassung juristischer Personen in das Amt	164
a) Ausschluss juristischer Personen vom Verwalteramt und Blick auf die Rechtswirklichkeit.....	165
b) Weitere Voraussetzungen	166
III. Typische Aufgaben und Befugnisse des Insolvency Practitioner.....	167
1. Unterscheidung zwischen Bankruptcy und Insolvency	167
2. Aufgaben und Befugnisse des Trustee in Bankruptcy.....	168

3. Die einzelnen Verfahrensarten der Corporate Insolvency und die jeweiligen Aufgaben und Befugnisse der Insolvency Practitioners	169
a) Das Winding-Up-Verfahren.....	170
aa) Voluntary Winding Up-Verfahren	171
bb) Aufgaben des Liquidators im (Voluntary) Winding-Up-Verfahren.....	171
cc) Compulsory Winding-Up-Verfahren	171
dd) Haftung des Liquidators.....	172
b) Das Administration Procedure.....	172
aa) Stellung des Administrators im Administration-Verfahren.....	174
bb) Aufgaben des Administrators im Administration-Verfahren.....	175
cc) Haftung des Administrators.....	176
IV. Zwischenergebnis	177
B. Frankreich	179
I. Rechtsquellen und Reformbestrebungen.....	179
II. Die verschiedenen Insolvenzverfahren im Überblick.....	181
1. Präventives Sanierungsverfahren (Procédure de Sauvegarde) vor Insolvenzeintritt	183
2. Reorganisationsverfahren (Redressement Judiciaire).....	185
3. Liquidationsverfahren (Liquidation Judiciaire)	185
III. Die Stellung des Insolvenzverwalters im Insolvenzverfahren, insbesondere Zulässigkeit juristischer Personen im Insolvenzverwalteramt	186
1. Die rechtliche Stellung des Berufsstands der Insolvenzverwalter	186
2. Allgemeine Zulassungsvoraussetzungen für Insolvenzverwalter, insbesondere Zulässigkeit juristischer Personen	187
3. Die Listungsvoraussetzungen im Überblick	189
4. Kriterien für die Auswahl im Einzelfall.....	190

IV. Typische Aufgaben und Befugnisse der Administrateur Judiciaire	191
V. Haftung des Insolvenzverwalters.....	192
VI. Zwischenergebnis	193
C. USA	194
I. Rechtsquellen und Verfahrensziele	195
II. Die verschiedenen Insolvenzverfahren im Überblick.....	196
1. Das Reorganisationsverfahren nach Chapter 11 des Bankruptcy Code	197
2. Das Liquidationsverfahren nach Chapter 7 des Bankruptcy Code	200
III. Die Stellung des Insolvenzverwalters im Insolvenzverfahren, insbesondere Zulässigkeit juristischer Personen im Insolvenzverwalteramt	200
IV. Typische Aufgaben und Befugnisse des Insolvenzverwalters	203
V. Zwischenergebnis	203
5. Teil: Schlussfolgerungen aus Rechtsvergleich und Länderbericht	207
A. Darstellung der gemeinsamen Ausgangsproblematik	207
B. Vergleichbarkeit der Grundstrukturen der jeweiligen Rechtsordnungen	208
C. Zwischenergebnis	209
D. Vergleich der unterschiedlichen Regelungen zur Zulassung juristischer Personen zum Amt des Insolvenzverwalters	210
I. Einteilung in Regelungsgruppen	210
II. Schlussfolgerung aus Gruppeneinteilung und Bewertung der Lösungsmodelle	210
III. Übertragbarkeit der ausländischen Regelung auf das deutsche Recht.....	211
E. Stellungnahme.....	212
6. Teil: Zusammenfassung und Schlussbetrachtung.....	215

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
	Amtsgericht
AktG	(deutsches) Aktiengesetz v. 06.09.1965
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
AO	Ausgleichsordnung
Art.	Artikel
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen v. 08.11.1934 (Schweiz)
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BC	(englischer) Bankruptcy Code
B.C.	(US-amerikanischer) Bankruptcy Code
Begr.	Begründer
BG	(Schweizer) Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BNotO	Bundesnotarordnung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft v. 29.05.1874
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CA	Companies Act (England)
C.com.	Code de Commerce (französisches Handelsgesetzbuch)
CVA	Company Voluntary Agreement
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)

Abkürzungsverzeichnis

d.h.	das heißt
DL-RL	Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt v. 12.12.2006 (RL 2006/123/EG, ABl. 376/36 v. 27.12.2006) („Dienstleistungsrichtlinie“)
DVStB	Verordnung zur Durchführung der Vorschriften über Steuerberater, Steuerbevollmächtigte und Steuerberatungsgesellschaften
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
EuGH	Europäischer Gerichtshof / Gerichtshof der Europäischen Union
EuInsVO	Verordnung (EG) 1346/2000 des Rates v. 29.05.2000 über Insolvenzverfahren
e.V.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
Fortf.	Fortführung
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GmbH-StB	GmbH-Steuerberater (Zeitschrift)
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
IA	Insolvency Act (England)
i.H.v.	in Höhe von
InsO	Insolvenzordnung
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
InVO	Insolvenz & Vollstreckung (Zeitschrift)
IO	(Österreichische) Insolvenzordnung
i.R.d.	im Rahmen der
i.S.d.	im Sinne des/der

i.V.m.	in Verbindung mit
IRÄG	(Österreichisches) Insolvenzrechtsänderungsgesetz
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Zeitschrift)
LMK	Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung (Zeitschrift)
MünchKomm	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift Spezial (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizerisches Obligationenrecht v. 30.03.1911
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz) v. 25.07.1994
Rn.	Randnummer
S.	Seite
	Satz
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs v. 11.04.1889 (Schweiz)
sog.	sogenannt
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz (Österreich)
USC	United States Code
VerglO	Vergleichsordnung (Deutschland)
vgl.	vergleiche

Abkürzungsverzeichnis

WPBHV	Verordnung über die Berufshaftpflichtversicherung der Wirtschaftsprüfer und der vereidigten Buchprüfer
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10.12.1907
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Zwangsvorsteigerungsgesetz
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZVI	Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht
ZwVwV	Zwangsvorsteigerungsgesetz

1. Teil: Einleitung

A. Einführung in die Thematik

Noch älter als die – inzwischen bereits sprichwörtliche – Bezeichnung der Auswahl des Insolvenzverwalters als „Schicksalsfrage“ des Insolvenzverfahrens,¹ ist die Kontroverse, ob auch juristische Personen in das Amt des Insolvenzverwalters berufen werden können.² Diese Frage war bisher in der Praxis – trotz Kritik³ aus der Literatur – eindeutig zu Ungunsten juristischer Personen beantwortet worden.⁴

Ihren vorläufigen Höhepunkt erreichte diese Diskussion vor Einführung der neuen Insolvenzordnung zum 1. Januar 1999. Der Gesetzgeber entschloss sich schließlich mit Schaffung des § 56 InsO zur Bewahrung des status quo, wonach ausdrücklich nur „natürliche Personen“ als Insolvenzverwalter bestellt werden können.⁵ Auffällig ist dabei jedoch, dass sich die bisherige Auseinandersetzung hauptsächlich auf die Nennung von Vor- und Nachteilen der Zulässigkeit der Bestellung juristischer Personen als Insolvenzverwalter beschränkte,⁶ ohne diese Frage jedoch vertieft an übergeordnetem Verfassungs- und Europarecht zu messen. Häufig wird vielmehr als Fazit festgestellt, dass bereits „kein Bedürfnis“⁷ für die Zulassung juristischer Personen zum Amt des Insolvenzverwalters bestehe oder behauptet, dass es in der Praxis für den Marktzugang der juristischen Personen genügen dürfte, wenn sie ein Mitglied eines geschäftsführenden Organs oder einen Mitarbeiter als natürliche Person zum Insolvenzverwalter einsetzen lassen könnten.⁸

¹ Diese regelmäßig zitierte Bezeichnung geht zurück auf *Ernst Jaeger* („Die Auslese des Verwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses.“) in *Jaeger/Weber*, KO, 8. Auflage 1958, § 78 Rn. 7; vgl. auch *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229.

² Vgl. hierzu etwa den Beschluss des OLG Hamburg vom 12.05.1931 – Bs Z III 83/31, JW 1931, 2155 mit weiteren Nachweisen.

³ Vgl. nur beispielhaft *Skrotzki*, KTS 1961, 145; *Braun*, BB 1993, 2172; *Römermann*, NJW 2002, 3729; *Kleine-Cosack*, NZI 2011, 791.

⁴ Ganz herrschende Meinung, vergleiche *Graeber* in: MünchKommInsO, § 56 Rn. 15; *Delhaes* in: *Nerlich/Römermann*, § 56 Rn. 13; *Gerhardt* in: *Jaeger*, InsO, § 56 Rn. 34f; *Zipperer* in: *Uhlenbruck*, InsO, § 56 Rn. 13; *Frind* in: HambKommInsO, § 56 InsO Rn. 1b; *Riedel* in: HK-InsO, § 56 Rn. 3; *Ries* in: K. Schmidt, InsO, § 56 Rn. 10; *Holzer* in: Beck/Depré, § 3 Rn. 37; *Klopp/Kluth/Pechartscheck* in: *Gottwald*, InsR-HB, § 22 Rn. 11; *Smid*, HB Insolvenzrecht, § 26 Rn. 2; *Röpke* in *Hess*, InsO, § 56 Rn. 45f.

⁵ Zur Gesetzesgeschichte siehe ausführlich unten 2. Teil: A, S. 10.

⁶ Beispieldhaft dafür *Uhlenbruck*, AnwBl 1993, 453.

⁷ *Uhlenbruck*, AnwBl 1993, 457; so auch *Graeber*, NZI 2003, 572.

⁸ *Graeber* in: MünchKommInsO, § 56 Rn. 16.

Ein fehlendes praktisches Bedürfnis dürfte bereits durch den Sachverhalt einer kürzlich ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs widerlegt sein, in dem eine Rechtsanwalts-GmbH die Eintragung als juristische Person in eine Vorauswahlliste für Insolvenzverwalter beantragte.⁹ Diese Entscheidung hat der grundsätzlichen Diskussion um die Zulassung juristischer Personen in das Amt des Insolvenzverwalters neuen Schwung verliehen und bietet Anlass, sich mit der Frage vertieft unter Beachtung verfassungs- und europarechtlicher Vorgaben auseinander zu setzen. Denn davon, dass die Diskussion über die Zulassung juristischer Personen als Insolvenzverwalter nun „beendet“ sei,¹⁰ kann nicht die Rede sein, vielmehr werfen die Entscheidung des BGH und in der Folge ergangene Rechtsprechung zahlreiche neue Fragen auf. Das gilt insbesondere, seitdem durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen der Gläubigereinfluss auf die Auswahl des Insolvenzverwalters weiter gestärkt wurde und die Bedeutung der Listung von Insolvenzverwaltern bei Insolvenzgerichten zurückgeht, weil der von den Gläubigern vorgeschlagene Insolvenzverwalter nicht zwingend auf der richterlichen Vorauswahlliste stehen muss.¹¹

Ziel dieser Arbeit ist es insbesondere zu prüfen, ob die Zulassung von juristischen Personen zum Amt des Insolvenzverwalters lediglich eine rechtspolitische Frage ist oder ob dies nicht sogar aufgrund von höherrangigem Recht zwingend geboten ist.¹²

Vor dem Hintergrund des Trends zu immer größeren und weiter spezialisierten „Verwalterkanzleien“, die mit dem ursprünglichen Leitbild einer das gesamte Verfahren höchstpersönlich bearbeitenden und überblickenden natürlichen Person nur noch die Bestellung einer Einzelperson zum Insolvenzverwalter gemein haben, weist die Thematik damit neben der wissenschaftlichen Komponente auch verstärkte Praxisrelevanz auf. Insbesondere setzt sich die Arbeit dazu auch mit den möglichen Vorteilen der Bestellung juristischer Personen zum Insolvenzverwalter auseinander.

B. Abgrenzung des Themas und Begriffsbestimmung

Fokus der Untersuchung ist die Zulässigkeit der Bestellung juristischer Personen zum Insolvenzverwalter nach dem jeweiligen inländischen Recht. Dabei wird zunächst die deutsche Rechtslage eingehend betrachtet, um diese anschließend mit ausländischen Rechtsordnungen zu vergleichen.

⁹ BGH, Beschl. v. 19.09.2013 – IX AR (VZ) 1/12, ZInsO 2013, 2103.

¹⁰ So *Frind*, ZInsO 2013, 2154; *Klopp/Kluth/Pechartscheck* in: *Gottwald, InsR-HB*, § 22 Rn. 11.

¹¹ *Ries* in: *K. Schmidt, InsO*, § 56a Rn. 20; *Tomat, GmbH-StB* 2014, 42; *Hohl*, Richterliche Unabhängigkeit, 65.

¹² Als rein rechtspolitische Frage sehen dies wohl *Uhlenbruck*, AnwBl 1993, 454 und *Pape*, ZIP 1993, 737.

Nicht Gegenstand der Untersuchung ist dagegen die grenzüberschreitende Tätigkeit ausländischer Insolvenzverwalter in Deutschland in Folge eines im Ausland eröffneten Insolvenzverfahrens.¹³ Zur Eingrenzung des Themas wird auch auf die Darstellung der Tätigkeit eines in Deutschland bestellten Insolvenzverwalters im Ausland verzichtet.

Ebenfalls vom Fokus dieser Arbeit ausgeklammert ist das vorinsolvenzliche (Unternehmens-) Reorganisationsverfahren, das die Abwendung eines Insolvenzverfahrens und die Sanierung des Schuldnerunternehmens durch Reorganisationsmaßnahmen zum Ziel hat. Zwar wird in diesem Stadium einer Unternehmenskrise im Vorfeld einer Insolvenzantragstellung oft externer insolvenzrechtlicher Sachverständiger herangezogen und beraten einige als Insolvenzverwalter tätige Personen und Verwaltergesellschaften auch in diesem Stadium. Jedoch handelt es sich dabei gerade nicht um Insolvenzverwalter im eigentlichen Sinne, da die Regeln der Insolvenzordnung erst ab der Stellung eines Insolvenzantrages – und damit dem Scheitern der außergerichtlichen Sanierung – Anwendung finden. Diese Konzentration auf die spezifisch auf die Insolvenz der Gesellschaft bezogenen Regeln erlaubt es außerdem, eine größere Vergleichbarkeit gerade im Rahmen des Rechtsvergleichs herzustellen und somit die jeweiligen Rechtsordnungen mit ihren unterschiedlichen Ansätzen zu untersuchen.

Auch der Begriff des Insolvenzverwalters ist insofern zu präzisieren, da es neben dem klassischen Insolvenzverwalter im eröffneten Insolvenzverfahren (§ 56 InsO) zahlreiche Sonderformen wie den Sachwalter (§ 274 InsO), Treuhänder (§ 313 InsO) und den vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 22 InsO) gibt.¹⁴ Soweit im Rahmen dieser Arbeit jedoch keine Unterscheidung vorgenommen wird, bezieht sich dieser Begriff ausnahmslos auch auf sämtliche dieser Sonderformen.

Grundsätzlich ist die Insolvenzverwalterbestellung in Deutschland als zweiaktiges Geschehen aufgebaut, das sich zum einen aus der Auswahl eines geeigneten Verwalterkandidaten und in einem zweiten Schritt aus der förmlichen Bestellung dieses ausgewählten Insolvenzverwalters zusammensetzt. Vor Inkrafttreten des ESUG wurden diese beiden Akte im Rahmen der gerichtlichen Vorauswahl in alleiniger Zuständigkeit durch den Insolvenzrichter kraft seines richterlichen Auswahlermessens ausgeführt, wobei der Auswahlentscheidung an sich regelmäßig durch die Bildung eines Bewerberpools vorgegriffen wurde.¹⁵ Nach dem Inkrafttreten des ESUG verbleibt lediglich der eigentliche Legitimationsakt der förmlichen Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters weiterhin zwingend in alleiniger Zuständigkeit der Insolvenzgerichte.¹⁶ Daneben privatisiert das ESUG jedoch in Teilen die vorgelagerte, das Verfahren schicksalhaft prägende

¹³ Vgl. zu dieser Thematik etwa *Rossbach*, Europäische Insolvenzverwalter in Deutschland.

¹⁴ Siehe zu den jeweiligen Verweisungsbrücken auf § 56 InsO *Ries* in: K. Schmidt, InsO, § 56 Rn. 1.

¹⁵ *Paulus*, ZInsO 2006, 752; *Voigt-Salus/Pape* in: Mohrbutter/Ringstmeier, HB Insolvenzverwaltung, Kapitel 21 Rn. 10; neben einer solchen Vorauswahlliste sind jedoch auch andere vergleichbar geeignete Stoffsammlungsmethoden denkbar, vgl. *Gaier*, ZInsO 2006, 1182.

¹⁶ *Ries* in: K. Schmidt, InsO, § 56 Rn. 2.

Auswahlentscheidung des noch förmlich zu bestellenden Verwalterkandidaten, indem im Falle der Mitwirkung eines vorläufigen Gläubigerausschusses dieser ein Anforderungsprofil an einen zu bestellenden Verwalter definieren oder sogar bindend einen zu bestellenden Kandidaten namentlich benennen kann.¹⁷ Wenngleich eine solche Einflussnahme in der Praxis selten ist,¹⁸ wurde das gerichtliche Erstauswahlmonopol zugunsten verstärkter Anhörungs- und Mitwirkungsrecht der Gläubiger und des Insolvenzschuldners durch das ESUG weiter geschwächt, indem beispielsweise dem Schuldner bei beantragter Eigenverwaltung im Schutzschildverfahren gemäß § 270b Abs. 2 InsO ein gewisses Mitspracherecht über die Person des Sachwalters zusteht.

Allerdings müssen auch diese namentlichen Personalvorschläge oder Anforderungsprofile stets den Eignungskriterien von § 56 Abs. 1 InsO genügen und können sich daher nicht über das Erfordernis der Bestellung einer „natürlichen Person“ zum Insolvenzverwalter hinwegsetzen.¹⁹ Aus diesem Grund fällt unter den Begriff der „Bestellung zum Insolvenzverwalter“ im Rahmen dieser Arbeit nicht nur das Zulassungsverfahren, das der Eingrenzung des Kreises der Personen dient, die potentiell als Insolvenzverwalter in Frage kommen,²⁰ sondern auch die sich daran anschließende förmliche Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, von der § 56 Abs. 1 InsO juristische Personen ausdrücklich ausschließt. Welche speziellen Anforderungen im Falle der (hypothetischen) Zulassung juristischer Personen im Insolvenzverwalteramt an diese im Detail zu stellen wären, wird im Rahmen dieser Arbeit ebenfalls diskutiert.²¹

Der Begriff der „juristischen Person“ wird im Rahmen dieser Arbeit zunächst zur Vereinfachung als Oberbegriff für sämtliche „nicht-natürlichen“ Personen verwendet, die durch § 56 InsO von der Insolvenzverwaltung ausgeschlossen sind. Der Begriff „juristische Person“ ist daher nicht technisch, sondern als Gegenbegriff zur natürlichen Person gemeint. Die Unterscheidung innerhalb dieser Obergruppe zwischen juristischen Personen (im engeren Sinne) und Personengesellschaften bzw. von § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO (historisch bedingt) missverständlich bezeichneten „Gesellschaft[en] ohne Rechtspersönlichkeit“²² erfolgt erst im Rahmen eines späteren Kapitels bei der Frage nach etwaigen Einschränkungen bei der Zulassung juristischer Personen zum Amt des Insolvenzverwalters.²³

¹⁷ Ries in: K. Schmidt, InsO, § 56 Rn. 2.

¹⁸ Vgl. dazu Hohl, Richterliche Unabhängigkeit, 51.

¹⁹ Hohl, Richterliche Unabhängigkeit, 65.

²⁰ Häufig in der insolvenzrechtlichen Literatur auch als „Vorauswahlverfahren“ bezeichnet, vgl. Graf-Schlicker, Kölner Schrift zur InsO (2009), 236 Rn. 3; Römermann, ZInsO 2004, 937.

²¹ Siehe dazu 2. Teil: Kapitel I.III, S.119.

²² Siehe zu dieser missverständlichen Bezeichnung Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 32ff.

²³ Siehe 2. Teil: Kapitel I.I, S. 105.

C. Relevanz eines Rechtsvergleichs

In Zeiten fortschreitender Globalisierung ist es zwangsläufig, dass mit dem verstärkten grenzüberschreitenden Austausch von Waren und Dienstleistungen und weltweiter Investitionstätigkeit gewissermaßen als deren „Kehrseite“²⁴ auch Insolvenzen nicht vor staatlichen Grenzen Halt machen. Dies hat nicht zuletzt die (Welt-)Finanzkrise deutlich vor Augen geführt, durch die das Insolvenzrecht in vielen Staaten in den Fokus der Rechtspolitik geraten ist.²⁵ Der nicht grenzüberschreitende Insolvenzfall mit Schuldnervermögen und Gläubigern in nur einem Staat ist bereits heute zumindest bei Unternehmensinsolvenzen die Ausnahme und eine Insolvenz damit kein auf nationale Grenzen beschränktes Phänomen (mehr).²⁶ Parallel zum Entstehen internationaler Konzerne ist auch bei Rechtsanwalts- und Insolvenzverwalter-Kanzleien der Trend zur Vergrößerung und Internationalisierung erkennbar, sei es durch Standorte in unterschiedlichen Ländern oder durch das Anbieten von Dienstleistungen außerhalb des Heimatmarkts, nicht zuletzt durch die Zulassung neuer Formen des Zusammenschlusses von Rechtsanwälten wie der Anwalts-GmbH oder der speziell für Anwälte und Wirtschaftsprüfer geschaffenen englischen LLP. Als Folge dieser Entwicklung hat die Frage des Zugangs zum deutschen „Insolvenzverwaltermarkt“ nicht nur für deutsche, sondern auch ausländische, länderübergreifend tätige, Insolvenzverwalter erhebliche Bedeutung. Für beide kann das Auftreten in Form der juristischen Person vorteilhaft sein, wenn nicht sogar zwingend und damit einen weiteren Beitrag auf dem Weg zur Verwirklichung des einheitlichen Binnenmarkts innerhalb der Europäischen Union leisten. Eine gewisse Abschottungswirkung der derzeitigen Rechtslage zeigt sich nicht zuletzt daran, dass – soweit ersichtlich – bis zum heutigen Tage nur sehr wenige ausländische Insolvenzverwalter – als natürliche Person – die Eintragung in eine deutsche Vorauswahlliste beantragt haben.²⁷ Auf der anderen Seite werden in Deutschland ansässige Insolvenzverwalter bereits vereinzelt an Gerichten von EU-Mitgliedstaaten als Insolvenzverwalter bestellt, womit zum einen ein entsprechendes Interesse erkennbar ist und zum anderen die Vermutung nahe liegt, dass der dortige Verwaltermarkt weniger abgeschottet ist.²⁸

²⁴ Rossbach, Europäische Insolvenzverwalter in Deutschland, S. 257.

²⁵ Bork/Wiese, Rechtsstellung des Insolvency Practitioner, S. 1.

²⁶ Rossbach, Europäische Insolvenzverwalter in Deutschland, S. 2; Heukamp, Verfahrensrechtliche Aspekte der Gläubigerautonomie, S. 30; Kruth, Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, 104, 163.

²⁷ BGH, Beschl. v. 19.09.2013 – IX AR (VZ) 1/12, ZInsO 2013, 2103, 2107 Rn. 31; Vallender, ZIP 2011, 458; beachte jedoch zur aktuellen Entwicklung 2. Teil: Kapitel G, S. 104ff.

²⁸ Kruth, Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, S. 104 Fn. 582; Slopek, ZInsO 2008, 1243.