

Vorbemerkung der Redaktion

„Dolmetscher laden für Spanisch!“ – „PKH-Anwalt nach Liste!“

Mit solchen und ähnlichen Verfügungen übertragen Richterinnen und Richter die Auswahl auf die Geschäftsstelle oder neuerdings auch auf das EDV-System. Dagegen ist nichts einzuwenden – weiß doch die Geschäftsstelle vielleicht schon selbst, worauf es ankommt, und das Verfahren nach einer Liste hat den Vorteil, allen interessierten Anwälten, Dolmetschern und Sachverständigen die gleiche Chance auf Berücksichtigung zu eröffnen.

So einfach ist es aber nicht immer. In einem sensiblen Sorgerechtsfall sollte gewährleistet sein, dass die Verantwortung für die Vertretung der Interessen des Kindes in bewährte Hände gelegt wird. Wenn es um das Wohl und Wehe einer ganzen Belegschaft geht, sollte das Gericht sehr genau hinschauen, wem es die Verantwortung für die Entscheidung über die Fortführung oder Zerschlagung eines insolventen Unternehmens überträgt.

So stoßen sich die jeweils legitimen Gesichtspunkte der Chance auf Teilhabe einerseits und der Verantwortung des Gerichts für gute Arbeit andererseits hart im Raum. Als weitere Interessentengruppe werden künftig die Mediatorinnen und Mediatoren hinzukommen, wenn die Gerichte angehalten werden, in geeigneten Fällen eine Mediation zu empfehlen. Alle, die auf dem Markt konkurrieren, müssen eine Chance haben, berücksichtigt zu werden. Andererseits übernimmt das Gericht mit der Beauftragung oder mit seinem Vorschlag auch eine Verantwortung für die Qualität der vorgeschlagenen Person.

Der nachfolgende Beitrag betrifft also nicht nur das Insolvenzrecht, sondern – mutatis mutandis – die gesamte Justiz.

Die Tätigkeit des „Insolvenzrichters“ im Niemandsland staatlicher Gewaltenteilung?

Über ein funktional schwieriges Selbstverständnis der Justiz:
Wie erfolgt die Auswahl des Insolvenzverwalters und ist sie justitiabel?

von Stephan Ries

Die sachgerechte Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters gilt allorts als „Schicksalsfrage des Insolvenzverfahrens“. Sie ist eine wesentliche, gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 Rechtspflegergesetz (RPfLG) dem Insolvenzrichter vorbehaltene Aufgabe, unterfüttert und ergänzt durch spezielle Aufsichts- und Disziplinarbefugnisse. Aber was genau tut hier ein Richter ohne Robe? Gewährt Art. 19 Abs. 4 GG gar dem übergangenen Bewerber oder disziplinierten Verwalter ausgerechnet „Rechtsschutz“ gegenüber der Justiz? Welche konkrete Regelungs- und Kontrolldichte erfordern die Verfassungsgrundsätze zum Vorrang bzw. Vorbehalt des Gesetzes

(vgl. Art. 20 Abs. 3 GG)? Alles ganz rechtsgrundsätzliche Fragen, die der nachfolgende Beitrag nicht umfassend und abschließend behandeln kann. Und doch sind diese Fragen überaus akut und dringend vermittlungs- und lösungsbedürftig – bei immer stärker werdenden Verteilungskämpfen um ständig abnehmende, für Insolvenzverwalter lukrative Unternehmensinsolvenzen.

I. Insolvenzverwaltung als spezielle Form der Zwangsvollstreckung

Die insolvenzmäßige Abwicklung eines Unternehmens oder sonstigen Privat-

vermögens ist nicht „Rechtsprechung“ im Kernbereich der Justiz (Art. 92 GG). Vielmehr geht es um exekutive Justizgewährung zugunsten von Gläubigern durch gemeinschaftliche Zwangs- bzw. Gesamtvollstreckung (concursum creditorum), finanziert über die Länderjustizhaushalte und beaufsichtigt durch die Insolvenzgerichte (§ 58 Abs. 1 InsO). Dieses Ziel einer optimalen gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger ist heute in § 1 InsO explizit verankert; für die neuen Bundesländer galt vorübergehend nach der Wiedervereinigung die – unser Thema schon kraft des Namens gut beschreibende – „Gesamtvollstreckungsordnung“.

Die Gewährleistung effektiver Zwangsvollstreckung gehört zum Kernbereich staatlicher Aufgaben, die – auch jenseits der Bindungen durch das staatliche Gewaltmonopol – nicht vollständig in private Verantwortung gehen dürfen. Es besteht grundsätzlich ein Staatsvorbehalt und vice versa ein Verbot völliger materieller Privatisierung, wenngleich funktional eine (Teil-)Privatisierung durchaus zulässig erscheint, etwa durch Beleihung von Privaten mit Aufgaben der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und mit Justizverwaltungsaufgaben (sinngemäß zitiert nach der Studie des Niedersächsischen Justizministeriums über eine Strukturreform der Justiz durch Konzentration auf ihre Kernaufgaben; Juli 2004).

Gemäß § 56 Abs. 1 a.E. InsO kann nur eine „natürliche Person“ zum Insolvenzverwalter bestellt werden. Insoweit greifen die Gerichte vielfach auf die Berufsgruppe der Rechtsanwälte zurück. Wir kennen Anwälte in ihrer normalen Betätigung als Organe der Rechtspflege. „Organ“ leitet sich aus dem Griechischen her und bedeutet „Werkzeug“. „Rechtspflege“ ist Pflege des Rechts, d.h. dessen Vollziehung und Verwirklichung (nicht nur durch förmliche Rechtsprechung). Das alles ist uns wohlvertraut: So haben „Rechtspfleger“ die weitreichendsten Kompetenzfelder beispielsweise in der sogenannten Freiwilligen Gerichtsbarkeit inne; außegerichtlich spielt das Rechtspflegeorgan „Anwalt“ eine wichtige Rolle als Berater und Mediator.

Die Beschneidung von „Verfüugungsmacht“ des Schuldners, insbesondere in dessen Vermögensbereich (vgl. §§ 21, 80 InsO), erweist sich als weitreichender staatlicher Eingriff in seine geschützte Rechtssphäre (insbes. Art. 2 und Art. 14 GG). Das bedarf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Der Staat ist insoweit Träger der Vollstreckungsgewalt, der Insolvenzverwalter ist Träger eines – jedenfalls bis zur ersten Gläubigerversammlung – öffentlich verliehenen, wenngleich zur weiteren Ausübung privatrechtlich ausgestalteten Amtes. So formuliert denn auch das BVerwG (NZl 2005, 510 und ZIP 2006, 531 [532]) völlig konsequent: Der Insolvenzverwalter ist „Inhaber eines privaten Amtes und Rechtspflegeorgan“.

Solcherlei Möglichkeit zur privatrechtlichen Ausgestaltung erfordert indes nicht, dass sie auch tatsächlich durch Private ausgeübt wird, wie exemplarisch ein kurzer Blick auf die staatlichen Konkursämter in der Schweiz verdeutlichen mag. Als öffentlich-rechtliche (mit Beamten) organisierte Kantonsbehörde sind sie u.a. zuständig nach Art. 221 des Gesetzes über Schuldbeitreibung und Konkurs (SchKG) für die Aufnahme des Inventars und die Massesicherung, Verwahrung bzw. Siegelung wesentlicher Massewerte wie Geld, Wertpapiere, Warenlager u.ä.m. (Art. 223 SchKG) sowie spätere Verwertung bei Masseunzulänglichkeit; Art. 237 Abs. 2 SchKG.

II. Was prägt den Kernbereich der Insolvenzverwaltung?

Unternehmer i.S.v. § 14 BGB handeln und haften vollständig auf eigenes finanzielles Risiko. Demgegenüber übt der Insolvenzverwalter in seiner Beschäftigung mit fremdem Vermögen ein Mandat aus, das ihm richterlich zugewiesen ist. Er kann es sich – als berufliche Perspektive – nicht einmal selbst aussuchen, und er „investiert“ zur Umsetzung dieses Mandates – anders als der „Unternehmer“ – in die verwalteten Firmen keinerlei eigenes privates Geld.

Insolvenzverwaltung: Schicksalsfrage für Gläubiger und schwieriger Job für Profis

Die Insolvenzmasse ist ein gesetzlich gebundenes, in ihrer Höhe begrenztes Sondervermögen. Der Insolvenzverwalter vertritt insoweit die Rechte und die Position der Gläubiger. Er darf aber auch die Interessen des Schuldners nicht missachten, der – käme es nicht zur Restschuldbefreiung – nach Verfahrensende seinen Gläubigern weiter haften müsste (beispielsweise aus vollstreckbaren Auszügen zur Insolvenztabelle; § 201 InsO). Kernbereich des Berufsbildes des Insolvenzverwalters ist also die fremdnützige „(Doppel-)Treuhand“ (vgl. Smid, Der Kernbereich der Insolvenzverwaltung, DZWIR 2002, 265 in Abschn. II Ziff. 1).

In klarer Konsequenz aus solcher Gebundenheit des Sondervermögens kann

es z.B. insolvenzsteuer- und -arbeitsrechtlich über den Eröffnungstichtag hinaus keine „Organschaft“ und keinen „Gemeinschaftsbetrieb“ mehr geben. Die rein steuer- oder arbeitsrechtlich geprägten Fragen nach einheitlicher operativer Leitungsmacht können und dürfen wegen der klaren Trennung und Abschtung der jeweiligen Insolvenzverfahren und ihrer treuhänderisch gebundenen Sondermassen für jeweils andere Gläubigergruppen gar nicht relevant sein. Nicht einmal der ggfs. personenidentische Insolvenzverwalter darf aus dem Topf der Gläubiger des einen Rechtsträgers finanzielle Risiken eines anderen Rechtsträgers begleichen, will er sich nicht dem Untreuevorwurf des § 266 StGB aussetzen. Der Insolvenzverwalter hat den Gläubigern seines Verfahrens Rechenschaft zu geben über den Verbleib „ihres“ Geldes.

Schon diese enge „Vermögensbetrachtung“ spricht für einen Primat des Insolvenzrechts als lex-specialis-Sachverhalt, d.h. für ein striktes Gebot zur insolvenzzweckgemäßen – oder anders herum formuliert: für ein striktes Verbot der insolvenzzweckwidrigen – Vertragsabwicklung. Selbst im Insolvenzplanverfahren blicken wir immer noch auf gesetzlich relativ streng reglementierte und thematisch präziserte Abläufe.

Der alte zivilrechtliche Grundsatz, dass „Geldmangel nicht entschuldigt“, kann somit nicht gelten, wo andere – speziellere – Geldverteilungsregeln etwas Abweichendes besagen. Im Klartext: Er ist für die Dauer des Insolvenzverfahrens suspendiert, weil in dieser Zeit die InsO stattdessen – über den Insolvenzverwalter als Gewährsträger – den Grundsatz der „par condicio creditorum“ umfassend verwirklicht. Alle Gläubiger sind gleichberechtigt, es sei denn, sie haben gegenüber der Regel- eine noch schlechtere Nachrangsonderstellung (vgl. für Insolvenzgläubiger § 39 InsO sowie ferner die Abstufungen der Massegläubiger in §§ 209 Abs. 1 Nr. 2 + 3, 123 Abs. 2 S. 2 + 3 InsO). Letzten Endes geht es damit um die Verwirklichung gesetzlich klar vorgegebener Verteilungsgerechtigkeit im Mangelfall. Der Insolvenzverwalter kann immer nur dasjenige gesetzmäßig verteilen, was er auch tatsächlich verfügbar hat.

Die Rechtsmacht des Insolvenzverwalters, einen Betrieb zu führen oder anderes Vermögen eines Schuldners zu verwalten und zu verwerten, folgt aus § 80 Abs. 1 InsO. Diese Norm statuiert keine Stellvertretung im herkömmlichen Sinn, d.h. es findet nicht lediglich ein Austausch des bisherigen, gesellschaftsrechtlich bestellten Geschäftsführungsorgans statt. Vielmehr wird der Insolvenzverwalter mit einer speziellen, vom Willen der bisherigen Inhaber völlig unabhängigen „Verfügungsmacht“ sui generis ausgestattet. So spricht Uhlenbruck (InsO-Kommentar 12. A., § 56 Rz. 73 mit Verweis auf Häsemeyer; vgl. auch Smid, DZWIR 2002, 265 ff. bei FN 97) von der „Verselbständigung“ der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Dazu passt auch das besondere, nur aus dem Amt ableitbare Anfechtungsrecht gem. §§ 129 ff. InsO.

Der Insolvenzverwalter befindet sich dort, wo zum Zwecke der Beurteilung und Zuordnung von Rechtspositionen in das einheitliche System des geltenden Rechts unterschiedliche Interessenlagen „abzuwägen“ sind, nicht in der klassischen Unternehmerrolle, d.h. er verfolgt keine shareholder-value-Strategie. Seine (Rechtspflege-)Aufgaben und sein Abwägungspotenzial liegen stattdessen in der Verwirklichung des creditor-value, also der Verwirklichung des eigentlichen Insolvenzverfahrenszwecks der par condicio creditorum. Damit muss – auch und gerade in der Würdigung des Fortbestandes vertraglicher Rechtspositionen – jeder Abwägungsvorgang immer zugleich die schutzwürdigen Belange der übrigen Gläubiger mit einbeziehen. Soweit sie gleichermaßen oder gar stärker als andere schutzbedürftig sind, wird auch für die Übrigen der Grundsatz „pacta sunt servanda“ als denknötwendige Folge der begrenzten und nicht ausdehnbaren Verteilungsmasse beschränkt.

Zwischenfazit: Dem vertikal hoheitlichen Eingriff in die Grundrechtssphäre des Schuldners (Art. 2, 14 GG) und der Beschneidung der Rechte von Gläubigern auf effektive Einzelzwangsvollstreckung (Rechtsschutzgarantie i.V.m. Art. 14 GG) folgt horizontal ein insolvenzbedingt modifiziertes Privatrechtsregime. Das alles sollte gut beherrscht werden. Der beauftragte Amtsträger (Insolvenzver-

walter) muss dazu hinreichend kompetent sein.

III. Gesetzlicher Regelungsgehalt des richterlichen Bestellungsaktes

§ 56 Abs. 1 InsO gibt in seiner derzeitigen Fassung einen klaren gesetzlichen Regelungszweck vor, nämlich im Interesse der Gläubiger und des Schuldners dem Insolvenzverfahren einen geeigneten Verwalter zuzuordnen. Hierbei steht – anders als in Fragen der Beamtenernennung oder Notarbestellung – das jeweils einzelne „Insolvenzverfahren“ im Brennpunkt, d.h. die Verknüpfung zwischen Bestellungsakt und verfahrensspezifischer Verwirklichung optimaler Gläubigerbefriedigung (vgl. zu diesem Ansatz jetzt auch BVerfG, Beschl. 12.07.2006, ZIP 2006, 1954). Es geht also keineswegs um die berufsmäßige Versorgung (i.S.v. gleichmäßiger Beauftragung) einzelner Verwalter. Ein Vorbeugen gegen Diskriminierung oder zu seltene Beauftragung ist kein intendierter Regelungsgehalt dieses Gesetzes. Derartige Phänomene sind allenfalls unerwünschte Nebenfolgen, die durch ggf. falsche richterliche Handhabung „Teilhaberechte“ aus Art. 12 i.V.m. Art. 3 GG beschneiden. Das Recht auf „Teilhabe“ wiederum gibt noch keinen individuell durchsetzbaren Versorgungsanspruch. Es richtet sich allenfalls auf gleiche und gerechte Zugangschancen, also auf Herstellung von Systemgerechtigkeit.

Was muss der Gesetzgeber regeln?

Eine wesentliche Frage muss daher lauten: Hat der Gesetzgeber tätig zu werden, um ein ordnungsgemäßes Auswahlverfahren – und damit Systemgerechtigkeit – zu gewährleisten? Oder anders gesagt: Die Verfassungsgemäßheit des § 56 Abs. 1 InsO, aber auch das etwaige gesetzgeberische Unterlassen vorgeschalteter Auswahlnormen sind zu beurteilen anhand des Maßstabes von Art. 20 Abs. 3 GG (Frage nach der Reichweite des Gesetzesvorranges und -vorbehaltes).

Maßnahmen, die der Gesetzgeber im grundrechtsrelevanten Bereich vorgibt, müssen inhaltlich ausreichend bestimmt

und insbesondere „geeignet“, „erforderlich“ und „angemessen“ (d.h. verhältnismäßig) sein. Gilt es hierbei, recht variantenreiche Sachverhalte abzuhandeln, muss es dafür ausreichend differenzierte Lösungen geben. Und ggf. muss schnell gehandelt werden können, wo unwiederbringliche Verluste drohen.

Damit gilt es an dieser Stelle einen Moment innezuhalten und zu reflektieren, was der erfahrene Insolvenzrechtler längst ganz genau weiß: Im Unternehmensbereich gibt es den klassischen Standardfall schlichtweg nicht. Hier gleicht kein Insolvenzverfahren wirklich präzise dem anderen. Alle unternehmerischen Lebenssachverhalte verfügen über ihre jeweils individuell prägende Dynamik und ihre speziellen Eigenheiten. Mal ist schon die Gerichtsakte denkbar dünn und wenig aussagekräftig. So erfährt man etwa (über fomularmäßige Pauschalaussagen hinaus) so gut wie nichts über die Betriebsstruktur. Wird überhaupt noch gearbeitet oder steht schon längst alles still? Wie lange wurden Arbeitnehmer bereits nicht mehr vergütet? Kann die weitere Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes noch kostendeckend sein? Ist die Belegschaft leistungsfähig und sind die Maschinen respektive die übrige technische Ausstattung überhaupt noch funktionstauglich? Stehen bereits ordnungsbehördliche Stilllegungsverfügungen an? Oder kann aus anderen Gründen de facto nicht mehr weiter gearbeitet werden?

Hin und wieder sind die Antragsunterlagen zwar dick, und doch beinhalten die Informationen wesentliche Erkenntnisse nicht, die der Verwalter erst später im Unternehmen antrifft. Konkreter Fall aus der Praxis: Der Insolvenzantrag gibt den Umsatz zum Vormonat des Insolvenzantrages mit T 235 an und enthält auch sonst alle erdenklichen Informationen. Es findet sich aber kein einziges Wort darüber, dass zwischenzeitlich Staatsanwaltschaft und Steuerfahndung wegen Betrugsverdachts im Umsatzsteuerkarussell den Betrieb durchsuchten, alle Geschäftspapiere nebst Bankkonten beschlagnahmten, der Inhaber das Personal schon nach Hause geschickt hatte, möglicherweise aber noch Vermögen im Ausland existiert. Damit waren auch für den „fortführungserprobten“ Verwal-

ter „going-concern“-Lösungen a priori unmöglich, jedoch plötzlich spanische Orts-, Sprach- und Rechtskenntnisse gefragt.

Kurzum: Das Alltags- und Unternehmensleben ist so vielschichtig, dass es der Gesetzgeber an dieser wichtigen Schnittstelle niemals vorausschauend voll erfassen und adäquat regeln könnte. Und auch der Insolvenzrichter hat i.d.R. nicht den Hauch einer Chance, allein aus den Akten sämtliche Eventualaspekte vorab zu erkennen. Ihm bleibt durchweg keine Zeit – wie seinen Kollegen in den Prozessabteilungen zu Verfahren der einstweiligen Verfügung auch –, sämtliche Details bereits im Vorfeld exakt und erkenntnissicher zu durchdringen. Andererseits sind Sicherungsmaßnahmen gem. § 21 InsO durchweg extrem eilig. Betriebsfortführungslösungen benötigen baldiges Deckungskapital. Und auch zur Gewährleistung der par condicio creditorum ist vorhandenes Vermögen des Schuldners schnellst- und bestmöglich zu sistieren. Nichts darf mehr unkontrolliert zum Nachteil der Gläubiger abfließen. Gefordert ist eine handlungsfähige Flexibilität gegenüber vielfältigen, ganz unterschiedlichen Lebenssachverhalten, die prompt bearbeitet werden müssen.

Worum geht es also letzten Endes – ganz lebensnah: Um eine sachgerechte Wahrnehmung richterlicher Beurteilungs- und Ermessensspielräume. Der Richter gilt an dieser Stelle als besonderer „Gewährsträger“ verfassungskonformen Handelns. Seine weitgehende Regelungsmacht entspringt, wenn man so will, der an anderer Stelle – im Rechtsprechungsbereich – praktisch gelebten „Unabhängigkeit“; ein Souverän im guten Sinne des Wortes.

Gerade weil ein Gewährsträger dieser Prägung (und niemand sonst) entscheidet, lässt sich in der Sache rechtfertigen, die gesetzlichen Schranken nicht allzu eng zu ziehen.

Ohnehin wirkt die Bestellung zunächst nur vorübergehend. Denn die InsO verschafft an anderer Stelle dem (in ihr sehr ausgeprägten) Grundgedanken der „Gläubigerautonomie“ Geltung. Die Gemeinschaft der Betroffenen besitzt demnach in der ersten Gläubigerversammlung ein Abwahl- und Austauschrecht (vgl. § 57 InsO

und dazu ausführlicher BVerfG, Beschl. 09.02.2005, ZInsO 2005, 368).

IV. Der Insolvenzrichter – im Spannungsfeld zwischen (Quasi-)Gesetzgeber und schlichtem Beamten im Justizverwaltungsapparat?

Das Grundgesetz gibt u.a. durch Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ein gewisses Koordinatensystem der Staatsgewalten vor (durch klassische Dreiteilung in Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung).

Der Insolvenzrichter – ein Justizverwaltungsbeamter?

Das BVerfG hat durch Beschluss vom 03.08.2004 (NJW 2004, 2725 = ZIP 2004, 1649 = ZInsO 2004, 913) ausdrücklich hervorgehoben, dass als öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG auch die Gerichte einzuordnen sind, wenn sie außerhalb ihrer spruchrichterlichen Tätigkeit aufgrund eines ausdrücklich normierten Richtervorbehaltes (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 1 RPfIG) tätig werden. *„In diesen Fällen handeln die Gerichte zwar in voller richterlicher Unabhängigkeit, aber nicht in ihrer typischen Funktion als Instanzen der unbeteiligten Streitentscheidung“.*

Am 03.08.2004 zu entscheiden war allerdings nur die Fallkonstellation einer Aufnahme in die sog. „Vorauswahlliste“ der Insolvenzverwalter. Das sei jedenfalls – so das BVerfG – kein Rechtsprechungsakt. Wegen Art. 19 Abs. 4 GG und wegen des Eingriffes in die Berufszugangsfreiheit (Art. 12 GG) sei dem abgelehnten Bewerber Rechtsschutz garantiert. Er habe, auch im Lichte des Art. 3 GG, zumindest Anspruch auf eine diskriminierungsfreie und transparente Vorauswahl durch den Insolvenzrichter.

Zwischenzeitlich zurückhaltender äußerte sich jedoch der Beschluss des BVerfG vom 09.02.2005 (ZInsO 2005, 368). Dort ließ die 3. Kammer des 1. Senates ausdrücklich offen, ob denn die nachträgliche Entscheidung des Insolvenzgerichtes, eine Verwalterab-

und -neuwahl durch die Gläubiger im Anschluss an deren Versammlung zu bestätigen, eine Maßnahme der öffentlichen (Exekutiv-)Gewalt sei. Jedenfalls sei es Aufgabe der Fachgerichte, eigene Kriterien für die Eignungsfeststellung von Bewerbern sowie für eine dazu sachgerechte Ermessensausübung zu entwickeln. Zusätzlich regulierender Vorgaben des Gesetzgebers bedürfe es insofern nicht. Diese Aussagen finden sich bestätigt durch weiteren Beschluss vom 19.07.2006 (ZInsO 2006, 869).

Am 23.05.2006 hatte das BVerfG erstmals über die Situation einer „Konkurrentenklage“ zu befinden (ZInsO 2006, 765). Dazu vertiefte es seine bisherigen Ausführungen dergestalt, auch die unmittelbare Verwalterbestellung sei „funktional Ausübung vollziehender Gewalt“. Weiteres Zitat: *„Bei der Insolvenzverwalterbestellung gestaltet der Richter ... selbst ein Rechtsverhältnis“.*

Und doch lässt dieser Beschluss bewusst offen, ob überhaupt und ggf. welche qualitativen Unterschiede zwischen der eigentlichen Eröffnung des Insolvenzverfahrens (evtl. Rechtsprechungsakt?) und der Bestellauswahl des Verwalters vorhanden sind. Vermag sich also selbst das BVerfG nicht ohne weiteres an den realen Befund zu gewöhnen, dass – von etwaigen Rechtsbehelfszügen abgesehen – die gesamte Amtsführung eines Insolvenzrichters im Grunde rein exekutive Züge trägt? Der Richter – wenn man so will – als „Zwitter“: Soweit seine Ausgangsentscheidungen originär den Gang des Insolvenzverfahrens steuern, eigentlich nur „Verwaltungsbeamter“ der exekutiv tätigen Gerichtsbehörde; „Rechtsprediger“ dagegen erst im kontradiktorischen Beschwerdeverfahren bzw. in der Wahrnehmung spezieller Eingriffsermächtigungen (etwa gem. Art. 13 Abs. 2 GG bei Wohnungsdurchsuchungen).

Typischerweise sind allerdings „Verwaltungsbehörden“ weniger von einzelnen Personen (i.S.v. individuellen „Entscheidern“) geprägt; Behörden sind vielmehr Träger einer institutionell zugewiesenen Kompetenz. Deshalb folgen sie, um gleiche Rechtsanwendung für alle zu gewährleisten, zur gerechten Ausfüllung der gesetzlichen Beurteilungs- und

Ermessensspielräume in aller Regel allgemeinen Dienst- bzw. Durchführungsanweisungen, die ihrerseits ministerial initiiert und verantwortet, zumindest aber von Oberbehörden hierarchisch vorgegeben wurden.

Das führt ganz zwanglos zu der Fragestellung, was denn das Bundesverfassungsgericht (vgl. Beschl. 23.05.2006 Rz. 45) eigentlich meint, wenn es sagt, die Erarbeitung von Kriterien zur Eignungsfeststellung eines Bewerbers und zur sachgerechten Ermessensbetätigung sei „Aufgabe der Fachgerichte“. Wird hier jeder Richter einzeln angesprochen? Muss sich die ggf. aus mehreren Richtern bestehende Insolvenzabteilung auf einheitliche Richtlinien verständigen, oder muss gar die Gerichtsverwaltung des jeweiligen Amtsgerichtes als Behördenleitung (i.S.v. § 23 EGGVG) für ihren Bezirk allgemeingültige Vorgaben machen? Sollen derartige Vorgaben nur intern als Organisationsrahmen wirken oder gar den Richter schon endgültig binden, d.h. klagbare Außenwirkung entfalten? Was unterscheidet eigentlich unser Thema von der sonstigen – nicht isoliert angreifbaren – sog. „Rechtsprechungsverwaltung“? Warum muss es überhaupt eine allgemeine „Vorauswahlliste“ geben?

Dass ein normales richterliches Einzelfalljudiz begründet werden muss, um dadurch dem Transparenzgebot zu genügen, dürfte kaum verwundern. Aber nun verschieben sich in Insolvenzsachen mit dem BVerfG plötzlich die Achsen. Eine nackte Auswahlliste kann allenfalls die „Geeignetheit“ von Kandidaten vorprägen, besagt jedoch nichts dazu, ob später auch das weitergehende „Einzelfall(bestellungs)ermessen“ sachgerecht betätigt wird. Letzteres ist wiederum nur dann nachzuvollziehen, wenn die angewandten Bewertungsmaßstäbe offen zutage liegen. Das BVerfG verlangt also einerseits in Gestalt der Vorauswahlliste eine antizipierte, (quasi-)normativ vorausschauende Transparenz; andererseits bleibt die individuelle Endauswahl jedoch nach wie vor begründungsfrei und weiterhin ein Akt limitierter Rechtskontrolle.

Ergibt es wirklich einen tieferen Sinn, dass der Richter – in einer Person –

nicht nur Richtlinienanwender, sondern ggf. auch sein eigener Richtliniengeber ist (jederzeitige Richtlinienabänderung inbegriffen)? Und warum überhaupt soll ein „unabhängiger“ Richter sich zunächst vorab selbst binden? Schuldet er nach dem eigentlich ganz anders ausgerichteten Regelungszweck des § 56 InsO den Bewerbern für das Amt des Insolvenzverwalters wirklich ein spezielles Regulierungsvertrauen, sozusagen einen vorstrukturierten Organisationsrahmen – vielleicht vergleichbar dem grundgesetzlichen Anspruch auf den gesetzlichen Richter gem. Art 101 Abs. 1 S. 2 GG?

Und so erinnert diese Diskussion urplötzlich an die bekannten Fragen etwa nach der Rechtsnatur eines richterlichen Geschäftsverteilungsplanes, der weder ein Rechtsprechungs- noch ein Justizverwaltungsakt sein soll (vgl. BVerwGE 50, 14; BayVerfGH, NJW 1986, 1673). Nach den Grundthesen des BGH, NJW 1993, 1596 würde das – übertragen auf die Insolvenzverwalterbestellung – bedeuten: Vorab ist nach abstrakten, generellen Maßstäben eine Regelung zu schaffen, die Manipulationen tunlichst vorbeugt. Für jeden Bewerber muss bereits im Voraus feststehen, nach welchen objektiven, allgemeinen Kriterien er beurteilt wird. Das erfordert vorab eine gewisse Verbindlichkeit. Die so erzeugte Bindungswirkung verhindert – in der Vorauswahl – divergierendes Einzelfallermessen.

Die Auswahlliste – transparent und gerecht

Nun bleibt allerdings dem unbefangenen Beobachter kaum verborgen, dass §§ 21e ff. GVG den Organisationsauftrag an die Gerichtsverwaltung und die Spruchkörper gesetzlich in sehr viel detaillierterer Regelungstiefe vorgeben, und dass rein gerichtsinterne Organisationsakte sehr viel individueller ausgeprägt sein können. So mag es an bestimmten Gerichtsorten notwendig sein, in der Geschäftsverteilung Schwerpunktzuständigkeiten zu bilden, individuelle richterliche Spezialkenntnisse sinnvoll einzusetzen, auf krankheitsbedingte Ausfälle Rücksicht zu nehmen und dergleichen mehr.

Das alles sind Aspekte, die die sehr viel abstrakteren, ganz allgemeinen Vorauswahlkriterien für Insolvenzverwalter so gut wie nie betreffen. Insofern sind besondere Individualbezüge (landestypisch, gerichtsbezogen etc.) eigentlich selten erkennbar. Die generell-abstrakten Zulassungskriterien sind geradezu klassisch, wenn man sie denn wirklich für notwendig befindet, durch den Gesetz- und Ordnungsgeber überregional vorzudefinieren. Er hat verfassungsgemäß den Gesetzesvorbehalt auszufüllen.

Demgegenüber ist dem Richter die (quasi-)normative, selbstbindende Vorabgestaltung wesensfremd. Er entscheidet in aller Regel individuell-konkret. Der eigentliche Kernbereich seiner Betätigung wird über den Gewaltenteilungsgrundsatz als „Rechtsprechungsaufgabe“ geprägt, die – von wenigen Ausnahmen vorbeugenden Rechtsschutzes abgesehen – hauptsächlich einzelne Geschehnisse nachbearbeitet, welche zuvor zwischen anderen Prätendenten bereits vollständig abliefen. Wo dies ausnahmsweise anders sein soll, ist es ein Primat des Gesetzgebers (vgl. §§ 21e ff. GVG), das auch explizit so anzuordnen.

Also muss die Frage erlaubt bleiben, ob die Entscheidungen des BVerfG weit genug greifen, und ob in der heftiger werdenden Diskussion nicht völlig unterschiedliche Betrachtungen ganz unglücklich ineinander verrutscht sind. Die materielle Gewährleistung eines „Diskriminierungs- und Willkürverbotes“ endet nicht in der bloßen Vorauswahl. Ansonsten verschöben sich allenfalls Diskriminierungs- und Willkürpotentiale von der Vor- zur Endauswahl; von der Liste ohne Wert zur Bestellung ohne Chance. Es geht also um sehr viel mehr als nur um allgemeine, kalkulierbare Vorauswahlstandards. Infrage steht vielmehr die „Justitiabilität“ des eigentlichen Bestellungsaktes. Die individuell-konkret richtige Ausübung von Auswahlermessen ist nur dort überprüfbar und „beschwerdefähig“, wo sie zuvor transparent begründet wurde.

Befänden wir uns im Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechtes, hätte deshalb kaum jemand ernstliche Zweifel,

dass die endgültige Auswahlentscheidung einer sachlich plausiblen, schriftlich abgesetzten „Begründung“ bedarf. Der Entscheider müsste nachvollziehbar dar- tun, warum er den ausgewählten Kandi- daten nimmt und die anderen nicht.

An dieser Stelle hätte folglich das BVerfG die Frage aufwerfen müssen, ob es dem Gesetzgeber dennoch ver- fassungsrechtlich erlaubt ist, von sol- cherlei begründeter, rechtsmittelfähiger Transparenz zu dispensieren. Sozusagen „Entscheidung“ und „Kontrolle“ i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG unmittelbar gebündelt in einer einzigen Person, der des Richters. Oder in einer neuen staatsrechtlichen Kategorie formuliert: „Weisungsfreies Verwaltungshandeln in richterlicher Unabhängigkeit“, einher- gehend mit einer güterabgewogenen Beschneidung weiteren Rechtsschut- zes, weil auch die effektive (Gesamt-) Zwangsvollstreckung für die Gläubiger (vgl. oben mit Verweis auf Art. 14 GG) keinen zusätzlichen Aufschub duldet, und weil es für Bewerbungen in ein staatlich vergebenes Amt kein allge- meines Grundrecht auf einen besonde- ren Instanzenzug gibt, wenn – wie hier – bereits ein Richter entschieden hat. Gegen seltene, hin und wieder extreme Ausreißer sachfremd diskriminierender richterlicher Willkür gibt es über Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 BVerfGG schon lange verfassungsgerichtlichen Rechts- schutz.

Auf den Punkt gebracht: Die durch das BVerfG am 03.08.2004 so filigran erarbeitete Unterscheidung zwischen Vor- und Endauswahl ergibt keinen Sinn, solange nicht parallel dazu die Ent- scheidungsebenen getrennt werden. Der Gesetz- und Ordnungsgeber müsste nach einheitlichen (also nicht nur von einzelnen Richtern) vorgeprägten Krite- rien ein allgemeines „Listing“- bzw. Eignungsprüfungsverfahren vorschalten, das nach den EG-Verträgen gewiss europaweit offen sein muss. Zu jedem „Listing“ korrespondiert im Übrigen auch die Konsequenz einer späteren „Delisting“.

Ich will aber nicht nur Bewerber sein auf irgendwelchen Listen, deren prak- tische Umsetzung niemand kontrolliert, und die vielleicht nicht einmal ihr Papier

wert sind. Nein: Ich will real zum Verwal- ter bestellt werden in interessanten, tat- sächlich vergebenen Insolvenzverfahren. Deshalb interessiert mich nicht das, was juristisch „vor die Klammer gezogen wird“, sondern was in ihr drin steckt. So betrachtet ist der „Entwurf eines Ge- setzes zur Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren“ (<http://www.vid.de/vid/inhalt/dokumente/vorhaben/V012.php>) des Justizministeriums des Landes NRW (mit der angestrebten Neu- regelung des § 56 Abs. 2 InsO: Eröff- nung der sofortigen Beschwerde gegen ablehnende Vorauswahlentscheidungen) und die dazu gegebene allgemeine Be- gründung (spez. Ziff. 6 Seite 11) nur der unzureichende Versuch, im Vorfeld eine Ordnung zu schaffen, an die sich später vielleicht doch niemand hält.

Wieviel Kontroll- und Regelungsdichte wollen wir haben?

In provozierender Zuspitzung: Mu- tig oder feige; entweder ganz oder gar nicht. Wer eine große Regelungsdichte und total effektiven (Bestellungs-)Rechts- schutz will, muss die allgemeinen Vor- auswahlkriterien durch den Gesetz- und Ordnungsgeber eng vordefinieren lassen, den Entscheider (der dann ei- gentlich kein „Richter“ mehr sein müs- te) daran binden und für die endgültige Auswahl Begründungszwang und Rechts- mittelfähigkeit einführen. Wer hierzu das juristisch beschränkte Instrumentarium genau überlegt, wird schnell erkennen, dass wir damit zwangsläufig zur (qua- si-)beamtenrechtlichen „Bestenauslese“ gelangen. Denn den Gläubigern und dem ihnen optimal zu gewährenden effektiven Zwangsvollstreckungsschutz darf kein bloßer Zufallsgenerator zugemutet wer- den (Stichwort: Strichliste).

Um es ehrlich und deutlich zu sagen: Der Weg in die (quasi-)beamtenrecht- liche „Bestenauslese“ ist m.E. ein Irrweg in neue, unflexible bürokratische Hürden (Stichwort: Überregulierung). Das Ver- trauen in die Integrität und Unabhängig- keit der Richter ist ein sehr hohes Gut, das nicht durch einzelne wenige Diskri- minierungsfälle in Frage gestellt wer- den darf. Die bisherige Zurückhaltung

des InsO-Gesetzgebers war von daher ein richtiger und guter Weg. Hektische Betriebsamkeit wäre die falsche Parole.

Aber sicher gilt auch: Ein effektiver und optimaler Zwangsvollstreckungsschutz für die Gläubiger erfordert kompetente Richter, die beurteilen können, worauf es in den jeweils anstehenden Insolven- zverfahren individuell ankommt. Richter müssen wissen, welche speziellen Fä- higkeiten einen guten Insolvenzverwalter generell ausmachen und was die von ihnen regelmäßig bestellten Verwalter so tatsächlich leisten. Aufsicht und Kontrolle sind richtig und wichtig; Qualitätssteige- rung ist ein allgemein wünschenswertes Ziel. Da gibt es – weit über „Jura“ hinaus – gewiss noch eine Menge fachspezifi- schen Fortbildungs- und Abstimmungs- bedarfes. Gemeinsame Fachtagungen, an denen Richter, Rechtspfleger, Verwal- ter, Gläubigervertreter und andere Ver- fahrensbeteiligte teilnehmen, sind extrem wichtige Kommunikationsforen.

An dieser Stelle passiert leider zu we- nig, um die verschiedenen Elemente der Praxis miteinander zu verknüpfen. Die Landesjustizverwaltungen sind daher aufgefordert, sich in diese Kommunikati- ons- und Spezialisierungsprozesse stär- ker einzubringen. Während beispiels- weise die Bundesrichter schon lange an Fachtagungen regelmäßig teilnehmen und über die Alltagsfragen der Insolvenz- verwaltung mittlerweile bestens infor- miert sind, sind ausgerechnet die amts- gerichtlichen Tatsacheninstanzen fast nie präsent. Der alleinige Ruf nach dem Gesetzgeber ist in Zeiten einer globali- sierten Welt schon lange nicht mehr das geeignete Steuerungselement. Immer kommt es auf die praktische Umset- zung an. Da wird sich deutsche Justiz, auch im zunehmenden Wettbewerb an- glo-amerikanischer Rechtsanwendung, noch deutlich steigern müssen

Der Autor:



Stephan Ries
ist Rechtsanwalt und
Insolvenzverwalter in
Wuppertal
ries.stephan@t-online.de