

# Insolvenzrecht

Keller

2., völlig neu bearbeitete Auflage 2020

ISBN 978-3-8006-4863-4

Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](http://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Das Insolvenzgericht ist bei der Auswahl der Person nicht an Anträge, Wünsche oder Vorgaben des Schuldners oder der Gläubiger gebunden. **Es hat allein nach den Anforderungen des § 56 InsO die geeignete Person zum Verwalter zu bestellen.** Die Auswahl und Ernennung des Insolvenzverwalters wird allgemein als Akt rechtsprechender Gewalt angesehen.<sup>268</sup> Sie ist kein Justizverwaltungsakt, so dass gegen die Nichtberücksichtigung seitens eines Bewerbers im konkreten Insolvenzverfahren kein Rechtsweg nach § 23 EGGVG zulässig ist.<sup>269</sup> Dieser ist aber eröffnet für die Aufnahme eines Bewerbers in eine so genannte Vorauswahlliste des Insolvenzgerichts. 273

## b) Vorauswahllisten und konkrete Bestellung

Die Praxis der Insolvenzgerichte bei der Auswahl des Insolvenzverwalters war und ist umstritten.<sup>270</sup> Die Gerichte führen entsprechend den Vorgaben des BVerfG so genannte **Vorauswahllisten** von Personen, die als Insolvenzverwalter bestellt werden wollen. Die Gerichte können dabei **sachliche Kriterien** aufstellen, nach welchen ein Bewerber Aufnahme in die Vorauswahlliste finden kann.<sup>271</sup> Ein sachliches Kriterium kann beispielsweise sein, dass der Bewerber nicht wegen einer Insolvenzstraftat vorbestraft ist.<sup>272</sup> Ein **Anspruch auf Bestellung in einem konkreten Verfahren ergibt sich aus der Aufnahme in die Vorauswahlliste aber nicht.**<sup>273</sup> Rechtspolitisch wird daher auch die Forderung nach einer Verkammerung des Verwalterberufs erhoben.<sup>274</sup> Mit Errichtung einer Insolvenzverwalter-Kammer könnte dann die Auswahl im konkreten Verfahren besser gesteuert werden. Kritisch zu bedenken ist aber, dass die Errichtung einer Verwalter-Kammer die Verwaltertätigkeit, die als Berufsausübung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG seit langem anerkannt ist, auch als Berufszulassungsregelung einschränkt. 274

beck-shop.de  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

268 BVerfG NJW 2004, 2725 = NZI 2004, 574 = ZIP 2004, 1649.

269 BVerfGE 116, 1 = NJW 2006, 2413 = NZI 2006, 453 = ZIP 2006, 1355; OLG Hamm NZI 2005, 111 = ZIP 2005, 269; OLG Celle NZI 2005, 458 = ZIP 2005, 1288; anders OLG Koblenz NZI 2005, 453 = ZIP 2005, 1283 (unter Aufgabe früherer Rechtsprechung in NZI 2000, 276).

270 Dazu bereits *Mönning* in: KS, S. 375; *Hess* FS Uhlenbruck, 2001, 453; *Robrecht*, KTS 1998, 63; *Kesseler*, ZIP 2000, 1565; *Lüke*, ZIP 2000, 2000, 485; *Lüke*, ZIP 2000, 1574; *Lüke*, ZiP 2003, 557; *Prütting*, ZIP 2005, 1097; *Runkel/Wältermann*, ZIP 2005, 1347; *Koenig/Hentschel*, ZIP 2005, 1937; *Sabel/Wimmer*, ZIP 2008, 2097; *Preuß*, ZIP 2011, 933; *Bork*, ZIP 2017, 2173; *Thole*, ZIP 2017, 2183; umfassend *Bork/Thole*, Die Verwalterauswahl, Köln 2018; zu ausländischen Rechtsordnungen *Thole*, KTS 2018, 225.

271 BVerfG NJW 2004, 2725 = NZI 2004, 574 = ZIP 2004, 1649; BVerfGE 116, 1 = NJW 2006, 2413 = NZI 2006, 453 = ZIP 2006, 1355; BVerfG NJW-RR 2009, 1502 = NZI 2009, 641 = ZIP 2009, 1641, dazu *Jacoby*, ZIP 2009, 2081; BVerfG ZIP 2006, 1956; BGH NJW-RR 2008, 717 = NZI 2008, 161 = ZIP 2008, 515, dazu EWiR 2008, 371 (*Hess*); OLG München ZIP 2005, 670; eingehend HambK-InsO/*Frind*, § 56 Rn. 4ff., 29ff.; *Jaeger/Gerhardt*, InsO, § 56 Rn. 64ff.; MüKoInsO/*Graeber* § 56 Rn. 105ff.; *Uhlenbruck/Zipperer* InsO § 56 Rn. 4ff., 7; HK-InsO/*Riedel*, § 56 Rn. 12ff.; *Frind/Schmidt*, NZI 2004, 533; *Köster*, NZI 2004, 538; *Graeber*, NZI 2004, 546; *Pannen*, NZI 2004, 548.

272 BGH NZI 2008, 241 = ZIP 2008, 115.

273 BVerfGE 116, 1 = NJW 2006, 2413 = NZI 2006, 453 = ZIP 2006, 1355; BVerfG NZI 2006, 636 = ZIP 2006, 1541, dazu EWiR 2006, 599 (*Römermann*); BGH ZIP 2006, 1954; eingehend *Hölzle*, KTS 2011, 291.

274 Dazu *Ganter*, NZI 2018, 137; *Frind*, NZI 2018, 729.

### c) Die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters

- 275 Zwar wird der Insolvenzverwalter selbst erst bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ernannt (§ 27 Abs. 1 und 2 Nr. 2 InsO), seine **Auswahl erfolgt** in den meisten Fällen bereits vorher. Im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens kann das Insolvenzgericht nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO einen so genannten **vorläufigen Insolvenzverwalter** bestellen, für welchen weitgehend die Vorschriften des Insolvenzverwalters nach §§ 56 ff. InsO entsprechend gelten (→ Rn. 621). Die Aufgabe des vorläufigen Insolvenzverwalters vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens besteht wesentlich in der Sicherung und Erhaltung der künftigen Insolvenzmasse (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 InsO für den so genannten „starken vorläufigen Insolvenzverwalter“).
- 276 In der **Unternehmensinsolvenz bestellt das Gericht zumeist einen Gutachter, der zur Frage des Vorliegens des Insolvenzgrundes sowie zur Massekostendeckung** Auskunft geben soll. Als Gutachter wird auch hier zumeist der vorläufige Insolvenzverwalter und spätere endgültige Insolvenzverwalter bestellt. Wenn deshalb immer wieder von der Auswahl und der persönlichen Eignung des Insolvenzverwalters die Rede ist, setzt diese Frage nicht erst bei der Insolvenzeröffnung sondern bereits bei der Bestellung des Gutachters oder Ernennung des vorläufigen Insolvenzverwalters im Eröffnungsverfahren an.

### d) Die Bestellung des Insolvenzverwalters mit Insolvenzeröffnung

- 277 Die Ernennung des Insolvenzverwalters mit Insolvenzeröffnung wird mit § 27 Abs. 1 InsO eher beiläufig bestimmt. Seine Ernennung ist aber essentiell, weil mit Wirksamkeit des Eröffnungsbeschlusses nach § 27 Abs. 2 Nr. 3 InsO die Verfügungsbefugnis des Schuldners kraft Gesetzes auf ihn übergeht.

### e) Die Auswahl des Sachwalters im Eigenverwaltungsverfahren

- 278 Im Eigenverwaltungsverfahren nach §§ 270 ff. InsO und vor allem im **vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren** nach § 270a InsO sowie im so genannten **Schutzschirmverfahren** nach § 270b InsO erfährt die **Auswahl des Sachwalters** eine besondere Bedeutung. Zwar gelten über § 270a Abs. 1 S. 2 und § 270b Abs. 2 S. 1 mit § 274 Abs. 1 InsO die allgemeinen Vorschriften über den Insolvenzverwalter entsprechend. Wenn aber gerade im so genannten Schutzschirmverfahren eine bestimmte Sanierung des Unternehmens angestrebt wird, ist die Person des Sachwalters entscheidend für die Zusammenarbeit mit dem Schuldner und vor allem den Sanierungsberatern des Schuldners.<sup>275</sup> Hier kann der Schuldner auch die Auswahl des vorläufigen und dann des endgültigen Sachwalters steuern, indem er mit seinem Insolvenzantrag die Einsetzung eines **vorläufigen Gläubigerausschusses** nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a mit § 22a InsO vorschlägt, sofern ein solcher nicht bereits obligatorisch ist. Der Schuldner kann dabei auch geeignete Personen vorschlagen, die dem vorläufigen Gläubigerausschuss angehören sollen (§ 22a Abs. 4 InsO). Der **vorläufige Gläubigerausschuss** kann und soll dem Gericht ein **Anforderungsprofil** für die Auswahl des Sachwalters erstellen

---

275 Kübler HRI/Koch/Jung § 8 Rn. 108ff.

(§ 56a Abs. 1 InsO), er kann **einstimmig** auch eine **bestimmte Person vorschlagen**, die das Gericht grundsätzlich zu ernennen hat (§ 56a Abs. 2 InsO). Ob mit dieser durch den Schuldner und seine Berater gesteuerten Verfahrensweise stets die beste Person als Verwalter ausgewählt wird, ob insbesondere die Unabhängigkeit des Verwalters auch unter Berücksichtigung von § 56 Abs. 1 S. 3 InsO gewahrt wird, ist für den Einzelfall zu beantworten.<sup>276</sup> Zu kurz argumentiert ist es, mit Verweis auf §§ 22a, 56a InsO auf die Interessen der Gläubiger abzustellen und ihnen allein die Verwalterauswahl zuzubilligen.<sup>277</sup> Denn die Auswahl der Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses ist interessengesteuert durch den Schuldner und nur wenige „bestimmende“ Gläubiger, die sich selbst meist wegen der Höhe ihrer Forderungen für am bedeutendsten halten.<sup>278</sup> Der Verwalter – auch der Sachwalter in der Eigenverwaltung – hat aber die Interessen aller Verfahrensbeteiligten zu beachten. Er hat auch gegen einzelne Gläubiger vorzugehen, etwa im Rahmen der Forderungsfeststellung oder der Insolvenzanfechtung nach §§ 129ff. InsO. Die Interessen der sonstigen Gläubiger müssen dabei nicht stets gleichlaufend mit denen des Schuldners und der „bestimmenden“ Gläubiger sein.<sup>279</sup>

### 3. Die Wahl des Insolvenzverwalters durch die erste Gläubigerversammlung

#### a) Die Wahl des Insolvenzverwalters als Ausfluss der Gläubigerautonomie

§ 57 InsO gibt den Gläubigern die Möglichkeit, in der **auf die Ernennung des Insolvenzverwalters folgenden Gläubigerversammlung** statt des vom Gericht ernannten Insolvenzverwalters einen anderen Insolvenzverwalter zu wählen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist der Berichtstermin (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 und §§ 156ff. InsO) stets die erste auf die Ernennung des Verwalters folgende Gläubigerversammlung. Aber auch während des eröffneten Insolvenzverfahrens kann ein Fall des § 57 InsO eintreten, beispielsweise wenn das Insolvenzgericht den Verwalter nach § 59 InsO entlässt und damit verbunden einen neuen Insolvenzverwalter bestellt oder wenn der Insolvenzverwalter stirbt und deshalb ein neuer bestellt werden muss. Gegebenenfalls ist dann allein wegen § 57 InsO eine besondere Gläubigerversammlung einzuberufen. **Das Recht zur Wahl eines anderen Insolvenzverwalters steht den Gläubigern nur in einer solchen auf eine Ernennung folgenden Gläubigerversammlung zu.** In einer späteren Gläubigerversammlung können die Gläubiger den Insolvenzverwalter nicht mehr abwählen. Es ist dann nur noch möglich, bei Gericht die Entlassung des Insolvenzverwalters zu beantragen (§ 59 Abs. 1 S. 2 InsO). Die Entlassung erfolgt dann aus wichtigem Grund, den das Insolvenzgericht zu prüfen und festzustellen hat. Gerade mit diesem Mechanismus der §§ 57 und 59 InsO wird auch die **Unabhängigkeit des**

276 MüKoInsO/Kern § 270a Rn. 30ff.; HK-InsO/Brinkmann, § 270a Rn. 7ff.; nach einer sehr weitgehenden Ansicht soll die Unabhängigkeit bei einstimmigem Votum nicht mehr erforderlich sein, so Schmidt/Hölzle, ZIP 2012, 2238.

277 Abzulehnen Theiselmann/Exner/Lohmeier, Kap. 15 Rn. 60, die dem Insolvenzgericht jegliche Einflussnahme absprechen wollen; differenzierend dagegen Paulus/Knecht/Wimmer-Amend/Gerloff, § 3 Rn. 103ff.

278 Frind, ZInsO 2014, 119, 129; Ganter, ZIP 2013, 597, 598; Marotzke, KTS 2014, 113, 124.

279 Dazu Frind, ZInsO 2014, 114; Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender, ZIP 2014, 2153; Ganter, NZI 2018, 138; eingehend Jabocj/Madaus/Sack/Schmidt/Thole, S. 90, 97, 207ff.

**Verwalters** gestärkt: Hat er die erste Gläubigerversammlung „überstanden“, können die Gläubiger ihn nicht so einfach mehr „loswerden“.

- 280 Die Regelung des § 57 InsO darf nicht in dem Sinne verstanden werden, dass die Gläubigerversammlung den vom Gericht bestellten Insolvenzverwalter zu bestätigen oder neu zu wählen hat. Sie hat lediglich die Möglichkeit, statt des Ernannten einen anderen Verwalter zu wählen. Als Voraussetzung einer Beschlussfassung der Gläubigerversammlung muss daher ein konkreter Antrag auf Wahl einer bestimmten Person zum Insolvenzverwalter gestellt werden. Erfolgt dies nicht, ist auch eine Beschlussfassung unnötig, es bleibt der vom Gericht ernannte Verwalter im Amt. Die Möglichkeit der Wahl eines anderen Insolvenzverwalters ist daher vergleichbar mit der Wahl eines neuen Bundeskanzlers durch den Bundestag in Form des so genannten konstruktiven Misstrauensvotums nach Art. 67 GG. Auch hier kann der Bundestag den Bundeskanzler nicht einfach abwählen, die Abwahl ist nur durch gleichzeitige Wahl eines neuen Kanzlers möglich.<sup>280</sup>

## b) Die Voraussetzungen der Verwalterwahl

- 281 Auch der von der Gläubigerversammlung zu wählende Insolvenzverwalter muss den Anforderungen des § 56 InsO entsprechen. **Um zu verhindern, dass einzelne Großgläubiger mit der Macht ihrer Forderungsmehrheit den ihnen genehmen Kandidaten durchsetzen**, verlangt § 57 S. 2 InsO für die Wahl des Insolvenzverwalters eine **doppelte Mehrheit**: Neben der absoluten Mehrheit der Forderungsbeträge der abstimmenden Gläubiger (so genannte **Summenmehrheit** nach § 76 Abs. 2 InsO) muss auch die Mehrheit der abstimmenden Gläubiger nach Köpfen (so genannte **Kopfmehrheit**) erreicht werden.<sup>281</sup>

- 282 **Beispiel 10:** Im Vorfeld der Insolvenz einer großen Aktiengesellschaft nehmen die „DB Bank“ und die „CB Bank“, deren Forderungen zusammen ca. 57 Prozent der Gesamtforderungen gegen die Gesellschaft betragen, Kontakt mit dem Rechtsanwalt und Wirtschaftsprüfer M auf. Während des Insolvenzeröffnungsverfahrens legen sie dem Insolvenzgericht nahe, doch möglichst den M zum Insolvenzverwalter zu bestellen. Das Insolvenzgericht entspricht dem nicht und bestellt ohne weitere Anhörung und Begründung den X zum Insolvenzverwalter. Im Berichtstermin sind neben den Vertretern der beiden Banken noch vier Arbeitnehmer der Gesellschaft als Gläubiger anwesend. Der Vertreter der „DB Bank“ beantragt die Wahl des M zum neuen Insolvenzverwalter. Für diesen Beschluss stimmen die Vertreter der „DB Bank“, der „CB Bank“ sowie ein Arbeitnehmer. Die drei anderen Arbeitnehmer stimmen gegen die Wahl des M zum Insolvenzverwalter.

Obwohl die beiden Banken mit ihren Forderungen allein schon die nach § 76 Abs. 2 InsO geforderte Summenmehrheit erreichen, ist der M als neuer Insolvenzverwalter nicht gewählt. Nach § 57 S. 2 InsO ist neben der Summenmehrheit auch die so genannte Kopfmehrheit erforderlich, diese ist bei drei zustimmenden gegen drei ablehnenden Gläubigern nicht erreicht. Bei der Ermittlung der Mehrheiten werden im Übrigen nur die abgegebenen Ja- und Nein-Stimmen gezählt, Enthaltungen zählen nicht, der sich seiner Stimme enthaltende Gläubiger ist nicht „abstimmender Gläubiger“ im Sinne des § 57 S. 2 InsO oder des § 76 Abs. 2 InsO.

---

280 Zur Verfassungsmäßigkeit des § 57 InsO im Hinblick auf Art. 12 GG BVerfG ZIP 2005, 537 mAnm Lücke, dazu EWiR 2005, 507 (Berg-Grünenwald/Hertzog).

281 Art. 1 Nr. 8 InsOÄndG vom 26.10.2001 (BGBl. I 2710); Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/5680, 26; eingehend Braun FS Uhlenbruck, 2001, 463.

## c) Die Bestätigung des Insolvenzverwalters durch das Gericht

Der von den Gläubigern gewählte Insolvenzverwalter ist grundsätzlich vom Insolvenzgericht zu ernennen, der bisherige Insolvenzverwalter ist zu entlassen. **Das Amt des neuen Insolvenzverwalters beginnt mit seiner Ernennung**, das des alten endet mit seiner Entlassung. Wiederum verglichen mit Art. 67 GG kommt dem Insolvenzgericht die Funktion des Bundespräsidenten zu, der den durch das konstruktive Misstrauensvotum gewählten Bundeskanzler zu ernennen hat. Im Gegensatz zum Bundespräsidenten (Art. 67 Abs. 1 S. 2 GG) steht dem Insolvenzgericht aber eine **sachliche Prüfungsbefugnis** bei der Ernennung des von der Gläubigerversammlung gewählten Verwalters zu. Das Gericht hat nach § 57 S. 3 InsO die Bestellung des Gewählten zu versagen, wenn dieser für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist, also den Anforderungen des § 56 InsO nicht entspricht.<sup>282</sup> Bloße Zweckmäßigkeitserwägungen, wie etwa eine mögliche Verfahrensverzögerung oder Kostenaspekte dürfen für das Gericht keine Rolle spielen.<sup>283</sup> Dass mit der Ernennung eines neuen Insolvenzverwalters erhöhte Kosten schon deshalb verbunden sind, weil dem bisherigen Insolvenzverwalter für seine Tätigkeit eine angemessene Vergütung zu gewähren ist, ist hinzunehmen.

**Gegen den versagenden Beschluss** steht nach § 57 S. 4 InsO **jedem Insolvenzgläubiger die sofortige Beschwerde** zu. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung bleibt der vom Insolvenzgericht ernannte Insolvenzverwalter im Amt, erst wenn rechtskräftig der Beschwerde stattgegeben ist, ist der Gewählte zum Insolvenzverwalter zu ernennen. Durch dieses Wechselspiel von Gläubigerversammlung und Insolvenzgericht wird einerseits gewährleistet, dass nur eine wirklich geeignete Person zum Insolvenzverwalter bestellt wird, andererseits besteht die Gefahr gegenseitiger Blockade, wenn das Insolvenzgericht die Bestellung des Gewählten versagt und hiergegen Beschwerde eingelegt wird.

Die **Beschlussfassung der Gläubigerversammlung** selbst ist weder durch den betroffenen Verwalter<sup>284</sup> noch durch den Schuldner anfechtbar. Ob in Anwendung des § 78 InsO das Insolvenzgericht auf Antrag eines Gläubigers den Beschluss aufheben kann, wenn er den gemeinsamen Interessen der Gläubiger zuwiderläuft, ist streitig. Teilweise wird vertreten, § 57 S. 3 InsO verdränge die Anwendung des § 78 InsO,<sup>285</sup> teilweise wird eine Anwendung beider Vorschriften nebeneinander für zulässig erachtet.<sup>286</sup>

282 Am Insolvenzgericht entscheidet funktionell der Rechtspfleger, MüKoInsO/*Graeber* § 57 Rn. 23; HK-InsO/*Riedel*, § 57 Rn. 12; *Graf-Schlicker* InsO § 57 Rn. 9; HambK-InsO/*Rüther*, § 2 Rn. 10; *Keller*, RpfStud 2002, 33, 38; für Richterzuständigkeit LG Hechingen ZIP 2001, 1970, dazu EWiR 2002, 635 (*Bremer*); AG Göttingen NZI 2003, 267 = ZIP 2003, 592, dazu EWiR 2003, 1039 (*Lüke/Stengel*); FK-InsO/*Hössl*, § 57 Rn. 14; HambK-InsO/*Frind*, § 57 Rn. 7; zur Ablehnung wegen fehlender Unabhängigkeit BGH ZIP 2004, 1113; OLG Celle NZI 2001, 551 = ZIP 2001, 1597, dazu EWiR 2001, 1153 (*Hess*).

283 KG ZIP 2001, 2240.

284 BVerfG ZIP 2005, 537 mAnm *Lüke*, dazu EWiR 2005, 507 (*Berg-Grünenwald/Hertzog*); zum möglichen Antragsrecht nach § 78 InsO MüKoInsO/*Ebricke/Abrens* § 78 Rn. 15.

285 BGH NZI 2003, 607 = ZIP 2003, 1613 mwN; BGH NZI 2005, 32 = ZIP 2004, 2341; OLG Zweibrücken ZIP 2000, 2173; OLG Naumburg NZI 2000, 428 = ZIP 2000, 1394; KG ZIP 2001, 2240; LG Traunstein NZI 2002, 664 = ZIP 2002, 2142.

286 Eingehend MüKoInsO/*Ebricke/Abrens* § 78 Rn. 14.

## 4. Der Beginn und das Ende des Verwalteramtes

### a) Die Annahme des Verwalteramtes

- 286 Das Amt des Insolvenzverwalters beginnt nicht schon mit der Ernennung durch das Insolvenzgericht, sondern erst dann, wenn der Ernannte das Amt auch annimmt. Dies folgt schon daraus, dass niemand gesetzlich verpflichtet ist, das Amt eines Insolvenzverwalters zu übernehmen. **Die Annahme des Amtes durch den Insolvenzverwalter** kann ausdrücklich durch Erklärung gegenüber dem Insolvenzgericht oder auch stillschweigend erfolgen. In der gerichtlichen Praxis nimmt das Insolvenzgericht regelmäßig vor Insolvenzeröffnung und Bestellung des Insolvenzverwalters mit dem Betroffenen Kontakt auf und fragt an, ob er zur Übernahme des Amtes bereit sei.
- 287 Der Insolvenzverwalter erhält vom Gericht eine **Urkunde über seine Bestellung** (§ 56 Abs. 2 S. 1 InsO). Die Urkunde ist für den Rechtsverkehr Nachweis seines Verwalteramtes und seiner Verfügungsbefugnis für den Schuldner (§ 80 Abs. 1 InsO). Bei Beendigung seines Amtes hat der Insolvenzverwalter die Urkunde zurückzugeben (§ 56 Abs. 2 S. 2 InsO), als Nachweis der Legitimation im Rechtsverkehr kann deshalb nur die Ausfertigung der Bestallungsurkunde ausreichend sein. Die Bestallungsurkunde ist nicht Vollmachtsurkunde im Sinne des § 172 BGB, sie begründet auch keinen öffentlichen Glauben wie etwa das Testamentvollstreckerzeugnis nach § 2368 BGB.

### b) Die Beendigung des Amtes

- 288 Das Amt des Insolvenzverwalters endet mit **vollständiger Beendigung des Insolvenzverfahrens**. Es endet auch mit dem Tod des Insolvenzverwalters, das Amt geht dann nicht etwa auf einen weiteren in der Kanzlei des Verwalters tätigen Anwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer über. **Das Amt des Insolvenzverwalters endet auch, wenn er nach § 59 InsO entlassen wird.** Der Insolvenzverwalter kann sein Amt aber nicht durch einseitige Erklärung niederlegen. Er kann lediglich beim Insolvenzgericht nach § 59 Abs. 1 S. 2 InsO seine Entlassung beantragen. Dem Antrag wird entsprochen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher kann auch bei längerer Abwesenheit oder schwerer Krankheit gegeben sein.

## 5. Die rechtliche Qualifikation des Amtes des Insolvenzverwalters

### a) Der Theorienstreit um das Verwalteramt

- 289 Seit jeher ist umstritten, wie das **Amt des Insolvenzverwalters rechtlich zu qualifizieren** ist.<sup>287</sup> Der Streit um die Theorien des Verwalteramtes wird ein wenig übertrieben auch als „Erzübel“ oder „Fiakso“ des Insolvenzrechts bezeichnet.<sup>288</sup> Vorweg ist nämlich festzustellen, dass dem Streit keine allzu große praktische Bedeutung zukommt, er

---

287 Siehe bereits *v. Wilimowski*, KO, Vorb. 3 vor § 1; *Jaeger*, KO, § 6 Anm. 1 bis 18; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 6 Rn. 17; in jeder Hinsicht einzigartig die Darstellung sämtlicher Fragen bei *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Rn. 4 bis 146.

288 *Gottwald InsR-HdB/Klopp/Kluth/Pechartscheck* § 22 Rn. 20; *Kluth*, NZI 2000, 351.

primär akademisch und rechtsdogmatisch geführt wird. **Die Kernfrage ist, wie das Amt des Insolvenzverwalters definiert ist und in welcher rechtlichen Position er gegenüber den Schuldnern und den Gläubigern, insbesondere aber auch gegenüber Dritten für die Insolvenzmasse auftritt.**

In den Anfangsjahren der modernen Konkursrechtswissenschaft wurden vor allem verschiedene so genannte Vertretertheorien postuliert:<sup>289</sup> Nach der „Gläubigerververtretungstheorie“ sollte die Insolvenzmasse dinglich den Gläubigern zugeordnet sein und der Insolvenzverwalter als gesetzliches Vertretungsorgan für diese handeln. Weiterführend sollte nach der so genannten „Organtheorie“ die Insolvenzmasse eine rechtliche Verselbstständigung Im Sinne einer quasi-juristischen Person erhalten, für welche der Insolvenzverwalter als Vertretungsorgan handelt.<sup>290</sup> Die „Schuldnervertretungstheorie“ sieht den Insolvenzverwalter als gesetzlichen Vertreter des Schuldners, wobei die Vertretungsmacht jedoch auf den Bestand der Insolvenzmasse und den Zweck des Insolvenzverfahrens beschränkt ist.<sup>291</sup>

## b) Der Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes

Für die Rechtspraxis am besten geeignet ist die so genannte **Amtstheorie**, die den Insolvenzverwalter eigenständig und selbstverantwortlich handelnd als so genannte Partei kraft Amtes für den Schuldner sieht. Die Amtstheorie wird in Rechtsprechung und Literatur durchweg anerkannt, sie führt sowohl dogmatisch als auch praktisch in den entscheidenden Fragen zu sachgerechten Lösungen.<sup>292</sup>

Die Amtstheorie geht von der Überlegung aus, dass der Insolvenzverwalter nicht Angehöriger des öffentlichen Dienstes oder gar Beamter ist, seine Rechte und Pflichten sich aber aus dem Gesetz herleiten (Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 80 Abs. 1 InsO), er der Aufsicht des Insolvenzgerichts unterliegt (§ 58 InsO) und den Gläubigern rechenschaftspflichtig ist (§ 66 InsO). Der **Insolvenzverwalter handelt im eigenen Namen** und in eigener Person im Interesse des Schuldners und der Insolvenzmasse **kraft der ihm durch das Insolvenzgericht verliehenen und gesetzlich definierten Befugnisse**. Die Eigenständigkeit der Person des Insolvenzverwalters wird nicht zuletzt durch seine persönliche Haftung nach §§ 60 und 61 InsO deutlich. Ansprüche des Schuldners gegen Dritte, beispielsweise auf Herausgabe bestimmter Gegenstände zur Insolvenzmasse, kann der Insolvenzverwalter im eigenen Namen als Partei geltend machen, weil ihm die Verfügungsbefugnis des Schuldners nach § 80 Abs. 1 InsO kraft Gesetzes – nicht durch ausdrückliche Übertragung seitens des Gerichts – zusteht. Anfechtungsansprüche gegen Gläubiger nach §§ 129ff. InsO kann

<sup>289</sup> Häsemeyer, Rn. 15.03ff.

<sup>290</sup> So beispielsweise im schwedischen Insolvenzrecht, nach welchem die Insolvenzmasse ein selbstständiges Rechtssubjekt darstellt, BGHZ 134, 116, 118 (zur Anfechtung einer in Deutschland vorgenommenen Rechtshandlung durch den schwedischen Konkursverwalter).

<sup>291</sup> Ausführlich dargelegt von Jaeger, KO, § 6 Anm. 5ff.

<sup>292</sup> RGZ 29, 29; BGHZ 12, 380, 386; BGHZ 21, 285, 291; BGHZ 24, 393, 396 (jeweils im Zusammenhang mit der Stellung des Vermögensverwalters der Militärregierung nach 1945); BGHZ 32, 114, 118; BGHZ 44, 1, 4; BGHZ 49, 11, 16; BGHZ 88, 331, 334; BGHZ 100, 346, 351; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 6 Rn. 17; MüKoInsO/Vuia § 80 Rn. 20ff., 34; Jaeger/Windel, InsO, § 80 Rn. 13ff.; Uhlenbruck/Mock InsO § 80 Rn. 59; Häsemeyer, Rn. 15.06.



der Insolvenzverwalter als Partei geltend machen, weil ihm die Insolvenzordnung dies ausdrücklich als Aufgabe auferlegt.

293 Die Qualifikation des Insolvenzverwalters als Partei kraft Amtes lässt sich besonders gut an **verschiedenen Aspekten der Prozessführung** und der **Verwaltungszuständigkeit** des Insolvenzverwalters ersehen:<sup>293</sup>

- Die **örtliche Zuständigkeit** des Prozessgerichts für **Klagen** gegen den Insolvenzverwalter betreffend die Insolvenzmasse richtet sich nach **§ 19a ZPO** nach dem Sitz des Insolvenzgerichts. Durch diese Regelung soll dem Sachzusammenhang des Prozesses mit dem Insolvenzverfahren Rechnung getragen werden.<sup>294</sup> Der Bundesgerichtshof hatte dagegen im Jahre 1983 den allgemeinen Gerichtsstand des Konkursverwalters als maßgeblich festgelegt, dies entspricht der Stellung des Verwalters als Partei kraft Amtes;<sup>295</sup> die Regelung des § 19a ZPO bringt das nur unvollkommen zum Ausdruck.
- **Partei eines jeden Prozesses ist der Insolvenzverwalter selbst in Ausübung seines Amtes**, seine Bezeichnung im Prozess und schließlich auch im Rubrum des Urteils lautet beispielsweise: „*Rechtsanwalt XY als Insolvenzverwalter über das Vermögen der ABC-GmbH*“. Folge der Parteistellung des Insolvenzverwalters ist unter anderem, dass der Schuldner selbst nicht Partei des Prozesses ist und somit im Prozess als Zeuge vernommen werden kann.
- Ist für oder gegen den Schuldner bereits ein Urteil ergangen oder liegt ein sonstiger **Vollstreckungstitel** vor, ist der Insolvenzverwalter als **Rechtsnachfolger im Sinne des § 727 ZPO** anzusehen, so dass für die Zwangsvollstreckung der bestehende Titel für und gegen den Insolvenzverwalter umgeschrieben werden kann. Dies ist vor allem für **Grundpfandrechtsgläubiger** relevant, die als Absonderungsberechtigte nach § 49 InsO gegen den Insolvenzverwalter vollstrecken möchten; zur Zwangsvollstreckung seitens eines Insolvenzgläubigers ist aber § 89 InsO zu beachten.<sup>296</sup> Als irrig ist in diesem Zusammenhang aber die Ansicht zu bezeichnen, die bei der **Eintragung** einer so genannten **Zwangssicherungshypothek** nach §§ 866, 867 ZPO **zu Gunsten des Schuldners** des Insolvenzverfahrens die namentliche Eintragung des Insolvenzverwalters ohne Nennung des Zusatzes des Insolvenzverfahrens verlangt.<sup>297</sup> Damit würde die Sicherungshypothek dem Insolvenzverwalter persönlich zustehen. Richtigerweise ist bei der **durch den Insolvenzverwalter betriebenen Zwangsvollstreckung** gegen einen Dritten der Insolvenzschuldner als Gläubiger einzutragen, verbunden mit dem nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 InsO notwendigen Insolvenzvermerk.<sup>298</sup>

---

293 BGHZ 12, 380, 386; BGHZ 21, 285, 291; BGHZ 24, 393, 396 BGHZ 32, 114, 118; BGHZ 44, 1, 4; BGHZ 49, 11, 16; BGHZ 88, 331, 334; BGHZ 100, 346, 351; eingehend Jaeger/Windel, InsO, § 80 Rn. 146 ff.

294 Begründung des RegE zum Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung BT-Drs. 12/3808, 67; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drs. 12/7308, 108.

295 BGHZ 88, 331, 334.

296 BGHZ 188, 177 (Rechtsnachfolge durch englischen Insolvenzverwalter); BGH Rpfleger 2006, 423 (keine Umschreibung erforderlich bei Freigabe aus der Insolvenzmasse); Zöller/Seibel, ZPO, § 727 Rn. 18 mit zahlr. Nachw.

297 OLG München FGPrax 2010, 231 = ZIP 2010, 2371; OLG München FGPrax 2012, 154 = Rpfleger 2012, 687; OLG München NZI 2016, 506 m. abl. Anm. Keller; Hügel/Wilsch, GBO, ZwSi Rn. 135; ebenso, jedoch ohne Begründung *Schöner/Stöber* GrundbuchR Rn. 2612b.

298 Staudinger/Wolfsteiner, BGB (2015), § 1115 BGB Rn. 28; KEHE/Keller GBV § 15 Rn. 4; Keller, IVR 2016, 81.