

Insolvenzrecht

Pape / Reichelt / Schultz / Voigt-Salus

3., vollständig überarbeitete Auflage 2022
ISBN 978-3-406-68711-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Darstellung der Aufgaben des Gerichts, so können die Zuständigkeiten des Richters wie folgt aufgelistet werden:

- die Entscheidung über die Zulässigkeit des Insolvenzantrags;
- die Ermittlung der Vermögensverhältnisse des Schuldners;
- die Anhörung des Schuldners nach §§ 14 Abs. 2, 306 Abs. 3 InsO;
- die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO;
- die Einholung eines Gutachtens im Eröffnungsverfahren;
- die Vorführung und Verhaftung des Schuldners im Eröffnungsverfahren;
- die Entscheidung über den Erlass des Eröffnungsbeschlusses;
- die Ernennung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters;
- die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses;
- die Entscheidung über die Abweisung mangels Masse (§ 26 InsO);
- die Bestimmung der Fristen und Termine der §§ 28 und 29 InsO;
- die Entscheidung über den Schuldenbereinigungsplan des Schuldners;
- die Entscheidung über eine Zustimmungsersetzung im Schuldenbereinigungsverfahren;
- die in § 18 Abs. 1 Nr. 4 RPflG genannten Entscheidungen im Restschuldbefreiungsverfahren sowie
- die im Insolvenzplanverfahren zu treffenden Entscheidungen.

Zusammengefasst ergibt sich aus dieser – nicht abschließend zu verstehenden – Aufzählung, dass die Zuständigkeiten des Insolvenzrichters sich durch das gesamte Eröffnungsverfahren ziehen und – vorausgesetzt der Richter zieht das weitere Verfahren nicht an sich – im Schlusstermin wieder einsetzen, wenn es zu einem Restschuldbefreiungsverfahren kommt. Eine Einzeldarstellung dieser Befugnisse muss deshalb notwendig mit der Darstellung des Eröffnungsverfahrens¹⁸ und des Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahrens¹⁹ verbunden werden. 10

2. Zuständigkeiten des Insolvenzrechtspflegers

Ähnlich ist die Situation, soweit es um die Aufgaben und Befugnisse des Rechtspflegers geht. Diese ziehen sich durch das **gesamte eröffnete Verfahren** einschließlich eines in Gang gesetzten Restschuldbefreiungsverfahrens. Beispielfhaft sind hier zu nennen: 11

- die Aufsicht über den Insolvenzverwalter einschließlich des Rechts, diesen aus wichtigem Grund zu entlassen;
- die Einberufung und Leitung der Gläubigerversammlung;
- die Feststellung des Stimmrechts der Gläubiger;
- die Anordnung von Zwangsmaßnahmen gegen den Schuldner im eröffneten Verfahren einschließlich der Anordnung einer Postsperrre;
- die Untersagung der Betriebsstilllegung vor dem Berichtstermin und die Untersagung von besonders bedeutsamen Rechtshandlungen;
- die Durchführung der Prüfungstermine;
- die Entscheidung über Einwendungen gegen das Verteilungsverzeichnis und die Erteilung der Zustimmung zur Schlussverteilung;
- die Bestimmung und Durchführung des Schlusstermins sowie die Aufhebung des Insolvenzverfahrens;
- die nachträgliche Anordnung oder Aufhebung einer Eigenverwaltung des Schuldners;
- die Festsetzung der Vergütung des Insolvenzverwalters, des Sachwalters und des Treuhänders.

¹⁸ → §§ 17 ff.

¹⁹ → §§ 39 f.

Auch diese Aufzählung darf nicht als abschließend verstanden werden, sondern ist beispielhaft gemeint. Es gilt, dass eine isolierte Darstellung der Aufgaben des Rechtspflegers nicht möglich ist, weil seine Befugnisse mit den jeweiligen Verfahrensabschnitten derart eng verwoben sind, dass man nur beispielhaft einzelne Bereiche herausuchen kann. Im Übrigen muss auf die Ausführungen zur Verfahrensleitung und Stimmrechtsfestsetzung in der Gläubigerversammlung, die Darstellung der Aufgaben des Insolvenzgerichts im Forderungsprüfungsverfahren sowie die Darstellung des Insolvenzplanverfahrens verwiesen werden, um nur einige Kernbereiche zu nennen, in denen der Rechtspfleger entscheidende Funktionen wahrnimmt.

III. Schwerpunkte der Aufgaben des Insolvenzgerichts

1. Auswahl des Insolvenzverwalters

- 12 Exemplarisch für die Tätigkeit des Insolvenzrichters soll hier die Auswahl des Insolvenzverwalters herausgegriffen werden, ohne an dieser Stelle bereits auf das Anforderungsprofil einzugehen, das ein Verwalter erfüllen muss. Es gibt immer wieder **neue Bewerber** für das Amt des Insolvenzverwalters, die im Grundsatz auch erforderlich sind, um auch den Bedarf an Verwaltern in Verbraucherinsolvenzverfahren und an Sachwaltern in Verfahren mit Eigenverwaltung des Schuldners nach den §§ 270 ff. InsO abzudecken. Diese Bewerber treffen nicht selten auf ein eingefahrenes System von Insolvenzrichtern und -verwaltern, das Züge eines „closed shop“ haben kann. Für die Bewerber beginnt häufig die Schwierigkeit schon bei der Frage, wie sie überhaupt zu dem Amt eines Insolvenzverwalters kommen können.²⁰ Diese Frage stellt sich etwa für Rechtsanwälte, die eine Ausbildung zum Fachanwalt für Insolvenzrecht absolviert haben. Trotz der **Pflicht zur Gewährleistung eines bestimmten Standards der Insolvenzverwaltung** sind die Insolvenzgerichte hier gehalten, nicht nur die bei ihnen bereits tätigen Verwalter zu beschäftigen, sondern auch Neubewerbern die Möglichkeit zu geben, Verfahren zu übernehmen.²¹ Die Gerichte müssen hier einen Mittelweg zwischen der Vergabe von Verwaltungen an bewährte Verwalter und der Zulassung neuer Verwalter finden.

a) Unzulässigkeit geschlossener Listen

- 13 Durch die **Konkurrenz und den Verteilungskampf der Insolvenzverwalter**²² um die Vergabe von Insolvenzverfahren hat sich die Verwalterauswahl zu einem Problemfeld entwickelt, das durch zusätzlich auf den Markt drängende Bewerber nicht kleiner wird.²³ Im Vordergrund sollte hier unbedingt die Frage nach der bestmöglichen Verfahrensabwicklung stehen, nicht das Bestreben, möglichst viele lukrative Verfahren zu sammeln, die dann mehr oder weniger zügig und effektiv abgewickelt werden. Mit Recht wird deshalb seit Beginn der Auseinandersetzung um die Qualität der Verfahrensabwicklung und um Fragen der Qualitätssicherung – etwa durch Zertifizierung von Verwaltern²⁴ –

²⁰ Vgl. OLG Düsseldorf Rpfleger 1996, 522; OLG Koblenz ZIP 2000, 507.

²¹ Siehe auch Mönning, Die Auswahl des Verwalters als Problem der Qualitätssicherung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 375 ff.

²² Vgl. die Studie Holzer/Kleine-Cosack/Prütting, Die Bestellung des Insolvenzverwalters, 2001, die am Beginn dieser Entwicklung steht.

²³ Vgl. Kübler/Prütting/Bork/Lüke InsO § 56 Rn. 12 ff.; MüKoInsO/Graeber, 4. Aufl., § 56 Rn. 81 ff.

²⁴ Hierzu Andres NZI 2008, 522 ff.; Bork ZIP 2008, 793 ff.; Frind NZI 2008, 518 ff.; Förster ZInsO 2007, 632 ff.; Haarmeyer ZInsO 2007, 169 ff.; ders. NZI 2007, 635 ff.; Hess ZIP 2007, 1042 ff.; Kurz NZI 2007, 638 ff.; Peters ZInsO 2008, 888 ff.

gestritten, die Maßstab für die Bestellung sein sollen.²⁵ Rechtsverbindliche Standards fehlen. Die Berücksichtigung von Qualitätsmerkmalen bei der Auswahl von Insolvenzverwaltern, wie beispielsweise erzielte Befriedigungsquoten oder das Bestreben, die Kosten des Verfahrens gering zu halten und es in möglichst kurzer Zeit abzuwickeln und auch zu beenden, ist deshalb noch immer schwierig.²⁶ Hieran ändern auch die Richtlinien nichts, die sich Verwalterverbände gegeben haben. Insoweit dürfte selbst bei den Verbänden streitig sein, welche Bindungswirkung derartige Richtlinien haben und inwieweit etwa Verwalter verpflichtet werden können, sie – beispielsweise im Hinblick auf die Zahl der übernommenen Verfahren, die in adäquater Zeit schlussabgerechnet werden können – zu beachten.

b) Kriterien für die Insolvenzverwalterauswahl

Nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Auswahl des Insolvenzverwalters²⁷ muss jeder Bewerber eine faire Chance haben, in die bei jedem **Insolvenzgericht zu führende Auswahlliste** aufgenommen zu werden. Diese Entscheidung hat dazu geführt, dass sogenannte geschlossene Listen nicht mehr geführt werden dürfen. Infolge der Entscheidung ist es aber auch zu Streitigkeiten um die einzelnen Kriterien gekommen,²⁸ die erfüllt sein müssen, um auf die Liste zu gelangen. Dabei handelt es sich um Auseinandersetzungen, die im Vorfeld der Bestellung für ein konkretes Verfahren geführt werden. Einen Anspruch auf Bestellung im einzelnen Verfahren gibt es nicht und die letztlich getroffene Auswahlentscheidung des Insolvenzgerichts ist nicht gerichtlich überprüfbar,²⁹ so dass sich durch die gesamte Diskussion wohl wenig geändert hat.³⁰ Den Insolvenzgerichten ist bei der Verwalterbestellung ein weites Auswahlermessen eingeräumt,³¹ so dass letztlich der Anspruch auf Aufnahme in die Verwaltervorauswahlliste auch nicht entscheidend weiterhilft. Gleichwohl wird um die Aufnahme in die Auswahlliste immer wieder gestritten. Im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG³² und im Verhältnis zwischen dem Bewerber und dem jeweiligen Insolvenzgericht, vertreten durch seinen Vorstand,³³ ist dann die Frage zu klären, ob ein Bewerber in die Liste aufzunehmen ist. Zur Entscheidung berufen ist das OLG, das die Rechtsbeschwerde zum BGH zulassen kann. Im Streit um die Aufnahme in die Auswahlliste geht es um Kriterien wie Ortsnähe,³⁴ Erreichbarkeit, Höchstpersönlichkeit der Amtsführung,³⁵ Verhalten in früheren Verfahren,³⁶ die Erforderlichkeit von Erfahrungen bei der Verfahrensabwicklung,³⁷ berufliche Kenntnisse³⁸ und die Ausstattung des Verwalterbüros.³⁹ Bei der Betrachtung

²⁵ Zuletzt Thole ZIP 2017, 2183 ff.

²⁶ Vgl. BGH ZIP 2022, 279.

²⁷ BVerfG NZI 2004, 574.

²⁸ Vgl. Hamburger Kommentar zur InsO/Frind, 9. Aufl., § 56 Rn. 2 ff.

²⁹ Vgl. BVerfG NZI 2006, 453.

³⁰ Zur Ablehnung eines subjektiven Anspruchs auf Bestellung auch BVerfG ZInsO 2006, 1101; BVerfG ZInsO 2006, 1102.

³¹ BVerfG ZInsO 2006, 1102.

³² Dazu BGH NZI 2008, 161; BGH ZIP 2007, 1379.

³³ BGH NZI 2016, 512.

³⁴ Vgl. OLG Bamberg NZI 2008, 309; OLG Düsseldorf NZI 2009, 248; OLG Stuttgart ZInsO 2006, 331; OLG Hamm NZI 2008, 493.

³⁵ Dazu BVerfG ZInsO 2009, 1641; OLG Hamburg NZI 2006, 35.

³⁶ Vgl. OLG Frankfurt/Main NZI 2008, 496; OLG Dresden ZIP 2007, 2182; OLG Schleswig ZIP 2007, 831.

³⁷ BVerfG NZI 2006, 636; OLG Nürnberg ZIP 2007, 80; OLG Köln NZI 2007, 105.

³⁸ Vgl. KG ZInsO 2006, 153; KG ZIP 2008, 84; KG NZI 2008, 187; OLG Hamburg NZI 2008, 744; OLG Nürnberg NZI 2008, 616.

³⁹ OLG München ZIP 2005, 60; AG Hamburg ZInsO 2006, 1342.

dieser Kriterien, die von den Insolvenzgerichten nicht einheitlich gehandhabt werden, wird deutlich, dass es eine **Vielzahl teilweise wenig konkreter Merkmale** für die Aufnahme in die Vorauswahlliste gibt. Feste Grundsätze lassen sich deshalb kaum herausfiltern. Eindeutig zu beantworten ist nur, dass die Zahl der Bewerber, deren Alter und vage, nicht verifizierbare Erkenntnisse über das Verhalten in anderen Verfahren keine geeigneten Ablehnungsgründe sein können. Im Prinzip muss jeder Bewerber, der die Auswahlkriterien erfüllt, auf die Liste gesetzt werden. Werden diese Kriterien den Bewerbern nicht bekanntgegeben oder wird die Entscheidung über die Aufnahme – auch dies soll in der Praxis vorkommen – verschleppt, kann das eigentliche Auswahlverfahren, in dem die Gerichte prinzipiell ein weites Auswahlmessen haben, als rechtswidrig anzusehen sein. Weiterhin ungeklärt ist die Frage, welche Rechte Bewerber haben, die zwar gelistet sind, jedoch tatsächlich niemals bestellt werden.⁴⁰ Hier zeigen sich die Unzulänglichkeiten des Vorauswahlverfahrens. Folge der fehlenden Möglichkeit der Beschränkung der Listen auf eine bestimmte Zahl von Bewerbern ist das Entstehen ausufernder Listen, bei denen gar nicht mehr alle gelisteten Bewerber in nennenswertem Umfang bestellt werden können. Der Schritt von einer Aufnahme in die Liste zur tatsächlichen Bestellung ist deshalb nicht kleiner, sondern größer geworden. Wirklich gebracht hat die ganze Diskussion wohl niemandem etwas. Die Feststellung, dass „viel Lärm um wenig gemacht wird“,⁴¹ gilt wohl unverändert fort. Erheblich angestiegen ist lediglich der Aufwand, den die Insolvenzgerichte bei der Aufstellung von Verwalterlisten haben.

2. Die Aufsicht des Insolvenzgerichts über den Insolvenzverwalter

- 15 Die Aufsicht über den Insolvenzverwalter führt – vorbehaltlich der Regelungen in § 18 Abs. 2 RPfLG – der Rechtspfleger. Da die Zusammenarbeit mit dem Verwalter im eröffneten Verfahren im Grundsatz dem Rechtspfleger obliegt, sollte die Auswahlentscheidung des Richters in Abstimmung mit dem zuständigen Rechtspfleger stattfinden. Grundlage für die **Ausübung der Aufsichts- und Entlassungsbefugnisse** des Rechtspflegers sind die §§ 58 f. InsO.⁴² Bei Ausübung der Aufsichtsbefugnisse⁴³ verbieten sich Überreaktionen, die den vielfältigen Anforderungen, denen der Verwalter ausgesetzt ist, nicht Rechnung tragen. Andererseits kann die Rücksichtnahme aber auch nicht so weit gehen, dass Pflichtverstößen des Verwalters nicht nachgegangen und von den Auskunftsrechten aus § 58 Abs. 1 Satz 2 InsO kein Gebrauch gemacht wird. Das Entlassungsrecht des Insolvenzgerichts aus § 59 InsO ist als **ultima-ratio-Regelung** zu verstehen, von der **nur bei schwerwiegenden Verfehlungen des Verwalters** Gebrauch gemacht werden darf, die mit den Aufsichtsmitteln des § 58 InsO nicht mehr ausreichend geahndet werden können.⁴⁴

⁴⁰ Zum Antrag des Bewerbers nach § 28 EGGVG auf Feststellung der Rechtswidrigkeit seiner Nichtberücksichtigung OLG Koblenz NZI 2005, 453; zur Problematik auch Laws ZInsO 2006, 1123 ff.

⁴¹ Siehe Pape NZI 2006, 665 ff.

⁴² Zur Aufsicht des Insolvenzgerichts ausführlich Naumann: Die Aufsicht des Insolvenzgerichts über den Insolvenzverwalter, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 431 ff.; Eckert ZInsO 2005, 1130 ff.

⁴³ Zu den Einzelheiten Kübler/Prütting/Bork/Lüke InsO § 58 Rn. 4 ff.; Nerlich/Römermann/Römermann InsO § 58 Rn. 4 ff.

⁴⁴ Vgl. aus der Rechtsprechung zur Aufsicht des Insolvenzgerichts OLG Zweibrücken ZInsO 2000, 388; 2000, 611; 2001, 87; LG Göttingen ZIP 2003, 1760; BGH ZIP 2006, 247.

3. Haftung des Insolvenzgerichts

Die Haftung des Insolvenzrichters ist gegenüber der Haftung im Rahmen anderer richterlicher Tätigkeiten verschärft, weil in der Regel nicht das so genannte „**Spruchrichterprivileg**“ des § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB eingreift. Die im Insolvenzverfahren zu treffenden Entscheidungen stellen **keine Urteile oder urteilsvertretenden Entscheidungen** dar.⁴⁵ In der Sache stehen das Insolvenzgericht betreffende Haftungsfragen häufig im Zusammenhang mit der Auswahl und Überwachung des Insolvenzverwalters, der Verfahrenseröffnung sowie der Prüfung der Eröffnungsvoraussetzungen. Eine Amtshaftung nach § 839 BGB iVm Art. 34 GG kommt im Insolvenzverfahren vor allem in folgenden **typischen Fallkonstellationen** in Betracht:

- bei der **unzulänglichen Prüfung der Eröffnungsvoraussetzungen**, die zu einer Schädigung des Schuldners führt;⁴⁶
- bei der **pflichtwidrigen Unterlassung gebotener Sicherungsmaßnahmen**, die zu einer Schädigung der Gläubiger führt;⁴⁷
- bei Verstößen gegen die Pflicht zur **Auswahl eines geeigneten Verwalters**, gegen die Pflicht zur **Abberufung eines ungeeigneten Verwalters** und bei Verstößen gegen die Überwachungspflicht aus § 58 InsO.⁴⁸


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

⁴⁵ BGH NZI 2008, 241; BGH NJW 1959, 1085; OLG Stuttgart NZI 2008, 102.

⁴⁶ BGH KTS 1957, 12; BGH NJW 1959, 1085; BGH ZIP 1992, 947; OLG Hamm MDR 1973, 1029; LG Dortmund KTS 1984, 147.

⁴⁷ MüKInsO/Haarmeyer/Schildt, 4. Aufl., § 21 Rn. 42 f.

⁴⁸ RGZ 154, 291; BGH ZIP 1990, 1141; OLG München ZIP 1991, 1362.

§ 14. Der Insolvenzverwalter

- 1 Die Auswahl und Bestellung des „richtigen“ Insolvenzverwalters gehört zu den entscheidenden Weichenstellungen im Insolvenzverfahren. Insbesondere die Gläubiger sind darauf angewiesen, dass das Gericht einen Verwalter bestellt, der dem Verfahren gewachsen ist. Für die Tätigkeit des Verwalters gilt weiterhin das Schlagwort vom **„mehrseitig fremdbestimmten“ Liquidator eines fremden Vermögens**,¹ der sowohl Managerqualitäten als auch profunde juristische Kenntnisse aufweisen muss. Die Auswahl des Insolvenzverwalters ist nach wie vor eine **„Schicksalsfrage des Verfahrens“**. Dies unterstreicht den Stellenwert der Verwalterauswahl. Bestellt das Gericht einen für das konkrete Verfahren ungeeigneten Verwalter, so können schon deshalb die Befriedigungsaussichten der Gläubiger sinken. So können etwa die Bereitschaft zur Betriebsfortführung, die Neigung auch kostenträchtige Prozesse zu führen und die Einstellung zum Insolvenzplanverfahren für die Verfahrensabwicklung entscheidend sein.

I. Auswahl und Eignung des Insolvenzverwalters

- 2 Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Bestellung, Aufsicht, Haftung, Vergütung und Rechnungslegung betreffend den **Verwalter in der Regelinsolvenz** regeln die §§ 56 bis 66 InsO. Wird im Eröffnungsverfahren ein **vorläufiger Verwalter** bestellt, gelten die §§ 56 bis 56b und 58 bis 66 entsprechend (§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 InsO). § 57 InsO fehlt, weil der vorläufige Verwalter nicht abgewählt werden kann. § 274 Abs. 1 InsO sieht eine entsprechende Anwendung der §§ 56 bis 60, 62 bis 65 auf den **Sachwalter** vor. Dass nicht alle für den Verwalter in der Regelinsolvenz geltenden Vorschriften entsprechend anwendbar sind, ist die Konsequenz aus den dem Schuldner in der Eigenverwaltung verbleibenden Kompetenzen. Zur Gänze anwendbar sind die §§ 56 bis 66 InsO auf den Verwalter im **Verbraucherinsolvenzverfahren** (vgl. § 304 Abs. 1 S. 1 InsO). Im Blick auf den im **Restschuldbefreiungsverfahren bestellten Treuhänder**² ist zu berücksichtigen, dass dieser keine Abwicklungs- und Verwertungsaufgaben mehr zu übernehmen hat, sondern nur noch die abgetretenen Beträge vereinnahmen und verteilen muss. Hier gibt es zum Teil Sonderregelungen – etwa für die Bestellung (§ 288 InsO) und die Rechnungslegung (§ 292 Abs. 3 S. 1 InsO) – zum Teil wird eine entsprechende Geltung der den Verwalter in der Regelinsolvenz betreffenden Vorschriften angeordnet (§ 292 Abs. 3 S. 2 InsO). Für die Haftung des Treuhänders fehlt es sowohl an Sonderregelungen als auch an einem Verweis auf die §§ 56 ff InsO. Deshalb ist umstritten und bislang höchstrichterlich nicht entschieden, ob der Treuhänder in entsprechender Anwendung des § 60 InsO haftet.³ Nach dem Vorstehenden kann man die §§ 56 bis 66 InsO gleichsam als die allgemeinen Vorschriften begreifen, die nicht nur für die Rechtsstellung des Verwalters in der Regelinsolvenz von Bedeutung sind. Dabei sind freilich die Besonderheiten in den Blick zu nehmen, welche die jeweilige Verwaltertätigkeit mit sich bringt.

¹ S. zu diesem Schlagwort Henssler, Berufsrechtliche Tätigkeitsverbote für den Konkurs- und Insolvenzverwalter, in: Prütting, Insolvenzrecht, 1996, 165 ff., 172.

² Zu dessen Stellung und Aufgaben ausführlich Kübler/Prütting/Bork/Wenzel InsO § 292 Rn. 1 ff.; Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung/Streck, 9. Aufl., InsO § 292 Rn. 2 ff.; FK-InsO/Grote/Lackmann, 9. Aufl., § 292 Rn. 5 ff.

³ Vgl. Uhlenbruck/Sternal, 15. Aufl., InsO § 292 Rn. 15 ff; MüKoInsO/Ehrike, 4. Aufl., § 292 Rn. 70 ff.

Neben der persönlichen Eignung für das konkrete Verfahren, zu der etwa die erforderliche Ausbildung und Sachkunde sowie die vorauszusetzende Erfahrung zu zählen ist, muss der Verwalter bestimmten objektiven Voraussetzungen genügen. Diese gelten im Grundsatz für alle Verwaltertypen gleichermaßen und sind für die Bestellung unabdingbar.⁴ Dazu gehört die **Gläubiger- und Schuldnerunabhängigkeit des Verwalters**. Die Bestellung eines Verwalters, der einzelne Gläubiger im Hinblick auf das anstehende Verfahren bereits beraten hat – etwa bei der Frage, ob zusätzliche Sicherungen zu verlangen sind oder zu welchem Zeitpunkt der Antrag zu stellen ist – ist ebenso ausgeschlossen, wie die Bestellung eines Verwalters, der in einer engen persönlichen oder geschäftlichen Verbindung zum Schuldner steht. So dürfte etwa eine **außergerichtliche oder vorinsolvenzliche Sanierungstätigkeit** die Verwalterbestellung im anschließenden Insolvenzverfahren erschweren (vgl. § 56 Abs. 1 Satz 2 InsO nF). Bei gescheiterten Versuchen einer außergerichtlichen Sanierung werden nicht selten Anfechtungstatbestände verwirklicht. Dabei kommt auch eine Inanspruchnahme des Sanierers selbst, der zur Deckung seiner Vergütungsansprüche Mittel aus der Masse erhalten hat, in Betracht. Außergerichtliche Sanierer, die ihre frühere Tätigkeit andernfalls selbst zu kontrollieren hätten, sind als spätere Insolvenzverwalter deshalb ungeeignet. Ferner muss es sich bei dem zu bestellenden Verwalter um eine **natürliche Person** handeln. Juristische Personen sind schon nach dem Wortlaut des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO von der Verwalterbestellung ausgeschlossen. Der Ausschluss juristischer Personen vom Verwalteramt verstößt nicht gegen deutsches Verfassungsrecht.⁵ Eine höchstrichterliche Entscheidung zur Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, namentlich der europäischen Dienstleistungsrichtlinie,⁶ steht aus.⁷ Der Ausschluss juristischer Personen ist auch sachlich gerechtfertigt. Das Insolvenzverfahren setzt die **klare Verantwortlichkeit einer bestimmten natürlichen Person** für die Verfahrensabwicklung voraus, die bei einer juristischen Person mit mehreren Vertretungsorganen und der Möglichkeit der Auswechslung dieser Organe nicht gegeben ist. Im Hinblick auf die weitreichenden Befugnisse des Insolvenzverwalters, von dessen Einsatz die Befriedigung der Gläubiger abhängt, sind **Interessenkollisionen** von vornherein auszuschließen. Aufgrund der umfassenden Rechtsmacht, die das Insolvenzgericht dem Verwalter mit der Bestellung einräumt, muss davon ausgegangen werden, dass dieser verpflichtet ist, in Kollisionsfällen mögliche Ausschlussgründe vorbehaltlos offen zu legen, um dem Neutralitätsgebot Rechnung zu tragen.⁸ Unterlässt der Bewerber diese Anzeige, so können sich daraus haftungs- und vergütungsrechtliche Folgen für ihn ergeben.⁹ Außerdem kann ein Verstoß auch noch berufsrechtliche Folgen nach sich ziehen.¹⁰ Ausgeschlossen sein kann eine Bestellung auch bei fehlenden praktischen Erfahrungen als Insolvenzverwalter.¹¹

⁴ Vgl. Kübler/Prütting/Bork/Lüke InsO § 56 Rn. 32 ff.; Nerlich/Römermann/Delhaes/Römermann InsO § 56 Rn. 7 ff.

⁵ Vgl. BGH NJW 2013, 3374; BVerfG NJW 2016, 930.

⁶ ABl. 2006 L 376, 368.

⁷ Dazu etwa Pieckenbrock/Blum NJW 2016, 935.

⁸ Ausführlich zu diesem Komplex Henssler, Berufsrechtliche Tätigkeitsverbote für den Konkurs- und Insolvenzverwalter, in: Prütting, Insolvenzrecht, 1996, 165 ff.

⁹ S. BGHZ 113, 362.

¹⁰ Dazu Henssler, Berufsrechtliche Tätigkeitsverbote für den Konkurs- und Insolvenzverwalter, in: Prütting, Insolvenzrecht, 1996, 165 ff., 187.

¹¹ Vgl. LG Neuruppin DZWIR 2005, 58.

II. Rechtsstellung des Insolvenzverwalters/Verwaltertheorien

- 4 Die rechtliche Stellung des Insolvenzverwalters ist seit jeher umstritten.¹² Vertreten werden insbesondere die **Organtheorie**, die den Verwalter als gesetzliches Organ der Masse mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ansieht, die **verschiedenen Vertretertheorien**, die den Insolvenzverwalter als Vertreter des Schuldners oder auch der Gläubiger ansehen, und die **Lehre von der Partei kraft Amtes**. Inzwischen ist kaum noch streitig, dass sich die praktischen Fragen des Insolvenzrechts mit den Theorien kaum lösen lassen. Die meisten theoretischen Ansätze haben sich als nicht konsequent durchführbar erwiesen. Der Streit geht aber weiter, ohne dass er in einzelnen Fragestellungen entscheidende praktische Auswirkungen hat.¹³

1. Lehre von der Partei kraft Amtes

- 5 Den praktischen Fragen des Insolvenzrechts am ehesten gerecht wird nach wie vor die in der Rechtsprechung vertretene „**Amtstheorie**“,¹⁴ die den Verwalter als ein **Organ der Rechtspflege** ansieht, das im eigenen Namen mit Wirkung für die Masse und den Schuldner auftritt. Dem Verwalter ist es nach dieser Auffassung auf Grund seiner Amtswalterstellung möglich, im eigenen Namen mit Wirkung für und gegen den Schuldner als Träger der Insolvenzmasse zu handeln, soweit die Insolvenzmasse als Haftungsobjekt den Gläubigern zugewiesen ist. Betont wird die Sachwalterstellung des Insolvenzverwalters, der nicht Vertreter eines bestimmten Beteiligten ist, sondern vielmehr eigenverantwortlich tätig werden muss, um das Verfahrensziel zu erreichen. Die Amtstheorie kann nicht nur den Gesetzeswortlaut, der in § 56 Abs. 2 S. 2, § 57 S. 3, § 59 Abs. 1 S. 1 und 2 jeweils von dem „Amt“ des Verwalters spricht,¹⁵ für sich in Anspruch nehmen, sondern bildet auch die Interessen der Beteiligten am besten ab. Bei ihr wird die Liquidationsaufgabe des Verwalters, der nicht die Interessen einer Seite besonders zu beachten hat, sondern für die optimale Gläubigerbefriedigung eintreten muss, am ehesten deutlich. Soweit der Amtstheorie vorgehalten wird, dass sie auf den in der Insolvenzordnung enthaltenen Sanierungsgedanken und das Verfahren mit Eigenverwaltung des Schuldners nicht passe,¹⁶ kann dieser Kritik nicht gefolgt werden. Die Sanierung des Schuldners nach der Insolvenzordnung dient ebenso der optimalen Gläubigerbefriedigung, wie die Liquidation des Schuldnervermögens. Auf Grund seiner Amtswalterstellung ist es nicht das Recht des Verwalters, eine Sanierung gegen den Willen der Gläubiger durchzuführen, die diese befriedigungsmäßig schlechter stellt als die Liquidation. Gegen eine solche Verfahrensweise sprechen schon die Beschwerdemöglichkeiten überstimmter Beteiligter im Fall der Schlechterstellung durch einen Insolvenzplan gegenüber einer liquidationsmäßi-

¹² Zur Darstellung des Streits um die verschiedenen Theorien zur Insolvenzverwalterstellung wird deshalb auch verwiesen auf Jaeger/Gerhardt InsO § 56 Rn. 9 ff.; Jaeger/Windel InsO § 80 Rn. 11 ff.; Kübler/Prütting/Bork/Lüke InsO § 80 Rn. 32 ff.; Uhlenbruck/Mack, 15. Aufl. 2019, InsO § 80 Rn. 52 ff.; Bork ZIP 2007, 793 (797); Brand DZWIR 2008, 318 ff.; Kluth NZI 2000, 351 ff.

¹³ So mit Recht Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung/Kuleisa, 9. Aufl., InsO § 80 Rn. 4 ff.; Uhlenbruck/Mock, 15. Aufl. 2019, InsO § 80 Rn. 53; MüKoInsO/Ott/Vuica, 4. Aufl. 2019, § 80 Rn. 36 ff.

¹⁴ Vgl. etwa RGZ 29, 29; BGHZ 24, 393; BGHZ 32, 114; BGHZ 44, 1; BGH ZIP 1984, 82; BGH NZI 2004, 26; BGH NZI 2006, 125; BGH NZI 2007, 348; OLG Celle NJW 2007, 3795; BAG ZInsO 2002, 1202; BFH BFH/NV 2002, 319.

¹⁵ S. dazu auch den Wortlaut des § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO, der ebenfalls als Beleg für die Theorie herangezogen wird.

¹⁶ So Hess InsO 2007, § 80 Rn. 118 ff.