



Band 9

Schriftenreihe des
Centrum
für Deutsches & Europäisches
Insolvenzrecht

Herausgegeben von Stefan Smid, Silke Wehdeking
und Mark Zeuner

Alexander Bluhm

**Die Anwendbarkeit
und Auswirkungen der
EU-Dienstleistungsrichtlinie
auf Auswahl und Bestellung
des Insolvenzverwalters**

Einleitung

A. Einführende Worte

„Die Herren sind eitel. Sie genießen ihre abendlichen Auftritte in der Tagesschau. Im Licht der Fernsehscheinwerfer bahnen sie sich ihren Weg durch die Menge. Sie werden von Leibwächtern umringt und gefolgt von Kofferträgern. Politiker zeigen sich gerne mit ihnen. (...) Sie haben mehr zu sagen als jeder Topmanager. Wo sie arbeiten, sind sie praktisch Vorstands- und Aufsichtsratschef in einer Person.“¹

So beschrieb das *manager magazin* im Jahr 1995 – freilich überspitzt und pauschalisierend – die Berufsgruppe der Konkursverwalter. An Aktualität haben die obigen Zeilen bis zum heutigen Tag nichts eingebüßt. Derzeit mehr denn je stehen öffentlichkeitswirksame Insolvenzen, wie beispielsweise die des Schlecker-Konzerns, im Fokus der Medien und befördern die zuständigen Insolvenzverwalter ins Rampenlicht.

Und das nicht zu Unrecht: Der Insolvenzverwalter ist die zentrale Gestalt des Insolvenzverfahrens. Er ist für die Verfahrensabwicklung verantwortlich, trifft die maßgeblichen Entscheidungen und besitzt eine Machtfülle, die seinesgleichen sucht. Seine Auswahl wird als wichtigste und schwierigste Verfahrensentscheidung des Insolvenzgerichts angesehen² und auch als Schicksalsfrage des Verfahrens betitelt³. Nichtsdestotrotz findet sich in § 56 InsO nur eine sehr vage gesetzliche Ausgestaltung der Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters. Dort herrschen unbestimmte Rechtsbegriffe und ein weiter Ermessensspielraum des Insolvenzrichters vor. Zwar haben sich die Machtbefugnisse bei der Auswahl des Insolvenzverwalters seit Inkrafttreten des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)⁴ erheblich zugunsten der Gläubiger verschoben, doch gibt es immer noch eine Vielzahl von Fällen, in denen die Insolvenzrichter die Auswahl in Eigenregie vornehmen. Für die Prätendenten ist der richterliche Entscheidungsprozess dann inhaltlich häufig nicht nachvollziehbar, da

1 Manager magazin-Artikel mit dem Titel „Die Vollstrecker“ vom 1.9.1995, Nr. 9, S. 44.

2 Graeber in MüKom-Inso, § 56 Rn. 87.

3 Jaeger, KO, § 78 Rn. 7.

4 BGBl. 2011, Teil 1 Nr. 64, S. 2582.

die von den Richtern angelegten Kriterien in Art und Gewichtung stark differieren und nur selten offengelegt werden.

Während das Bundesverfassungsgericht trotz alledem die Auswahlpraxis zumindest in seiner grundsätzlichen Ausgestaltung als verfassungskonform ansieht⁵, tritt nunmehr das Europarecht in den Fokus⁶. Aufgrund der mangels konkreter gesetzlicher Vorgaben herrschenden Intransparenz zulasten der Insolvenzverwalterkandidaten aber auch beispielsweise aufgrund des generellen Ausschlusses juristischer Personen vom Amt des Insolvenzverwalters ist die Vergabe von Insolvenzverwaltungen zumindest prima facie mit der europäischen Wettbewerbsfreiheit nur schwer vereinbar. Deren Ziel ist es, einen Raum ohne Binnengrenzen zu schaffen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist (Art. 26 Abs. 2 AEUV). Primärrechtlich sind es die europäischen Grundfreiheiten, denen in diesem Zusammenhang ganz erhebliche Bedeutung zuzusprechen ist. Sie sollen den unverfälschten privaten Wettbewerb sichern und Behinderungen des grenzübergreifenden Wirtschaftens konsequent entgegentreten. Mit Ausweitung des Einflussbereichs des Europarechts haben sich aber auch dessen Rechtsquellen erweitert. So handelt der europäische Normgeber mittlerweile insbesondere in Form von Richtlinien und Verordnungen und konkretisiert die Grundfreiheiten so auf sekundärrechtlicher Ebene. Diesbezügliches Paradebeispiel ist die europäische Dienstleistungsrichtlinie, die der Umsetzung der beiden Grundfreiheiten der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit dient.

Eine gesamte Branche wurde in Aufruhr versetzt, als mit *Sabel/Wimmer* ausgerechnet zwei Mitarbeiter des Bundesjustizministeriums die europäische Dienstleistungsrichtlinie auf die Auswahl des Insolvenzverwalters angewendet wissen wollten⁷. Sie stellten eine Vielzahl von Richtlinienverstößen fest und proklamierten letztlich die daraus folgende Unumgänglichkeit einer weitgehenden Gesetzesreform des Auswahl- und Bestellungswesens. Die wissenschaftliche Reaktion hierauf erschöpfte sich zumeist in scharfer Kritik der Rechtsauffassung von *Sabel/Wimmer* gegenüber⁸.

5 BVerfG, Beschluss vom 03.08.2004 – 1 BvR 135/00 und 1086/01, NJW 2004, 2725, 2727; ebenso BVerfG, Beschluss vom 23.05.2006 – 1 BvR 2530/04, NJW 2006, 2613, 2616.

6 Erstmals eingehend hierzu mit Fokus auf das europäische Primärrecht *Kruth*, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, S. 104 ff.

7 *Sabel/Wimmer*, ZIP 2008, 2097; so im Ergebnis auch *Graf-Schlicker* in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 235 ff.

8 Vgl. *Smid*, ZInsO 2009, 113; *Frind*, ZInsO 2008, 1248; *ders.* ZInsO 2009, 1997; *Slopek*, ZInsO 2008, 1243; *Marotzke*, ZInsO 2009, 1929; *Förster*, ZInsO 2009, 1932; *Siemon*, ZInsO 2010, 401.

Diese Diskussion nimmt die vorliegende Arbeit zum Anlass, den Bogen zwischen dem nationalen Auswahl- und Bestellungsrecht der Insolvenzverwalter und dem Recht der Europäischen Union zu spannen, die dabei aufgeworfenen mitunter hoch komplexen Rechtsfragen zu behandeln und im Ergebnis zu klären, ob das Unionsrecht hier tatsächlich die Legislative der Bundesrepublik Deutschland zum Handeln zwingt.

B. Gang der Untersuchung

Im 1. Teil der Arbeit wird das Recht der Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters einer rein nationalen Betrachtung unterzogen. Dabei wird zunächst auf die Bedeutsamkeit des Insolvenzrechts für die Rechtsordnung eingegangen, wobei selbstverständlich der Fokus auf der Person des Insolvenzverwalters liegt, indem seine Rolle im Verfahren besonders beleuchtet wird. In einem nächsten Schritt wird die Bestellung des Insolvenzverwalters anhand der geltenden rudimentären Gesetzeslage analysiert. Sowohl die Auslegung von § 56 InsO als auch die Neuregelungen im Rahmen des ESUG werden von erhöhter Relevanz sein. Letztlich erfolgt eine Auseinandersetzung mit dem in der Rechtspraxis gängigen (Vor-) Auswahlverfahren für Insolvenzverwalter.

Im 2. Teil der Arbeit tritt die europarechtliche Komponente hinzu, indem die Konformität des Auswahl- und Bestellungsrechts mit Unionsrecht geprüft wird. Besonderes Augenmerk gilt dabei der europäischen Dienstleistungsrichtlinie, deren Zweck und Regelungsgehalt es daher zunächst darzustellen gilt. Ausführlich wird daraufhin die Anwendbarkeit von Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters auf die Dienstleistungsrichtlinie geprüft. Hierbei erfolgt schwerpunktmäßig eine Auseinandersetzung mit den zahlreichen in der Dienstleistungsrichtlinie enthaltenen Ausnahmetatbeständen. In einem nächsten Schritt werden intensiv konkrete Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das Auswahl- und Bestellungsrecht und damit endgültig die Frage der Europarechtskonformität erörtert, bevor letztlich eine kurze Behandlung der Problematik im Lichte des geltenden Primärrechts stattfindet.