



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**

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	59
A. Einführende Worte	59
B. Gang der Untersuchung	61
1. Teil: Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters	63
A. Die Bedeutsamkeit von Insolvenzrecht und Insolvenzverwalter	65
I. Historie des Insolvenzrechts	65
II. Zweck und Bedeutsamkeit des Insolvenzrechts	69
III. Komplexität und Bedeutsamkeit der Insolvenzverfahrensleitung	71
1. Aufgabenbereich des Insolvenzverwalters	74
2. Ständiger Interessenkonflikt	77
3. Ergebnis	79
B. Die Bestellung des Insolvenzverwalters nach § 56 InsO	81
I. Richterlicher Ermessensspielraum	81
II. Anwendungsbereich	83
III. Verwalterbestellung im Lichte der Gläubigerautonomie	85
1. Begriff der Gläubigerautonomie	85
2. Abwahlrecht der Gläubiger gemäß § 57 InsO	86
3. Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)	89
a) Zweck und Gegenstand des ESUG	89
b) Gesetzliche Systematik der Gläubigerauswahl des Insolvenzverwalters	90
IV. Das Qualifikationskriterium des § 56 InsO: Die Einzelfalleignung	95
1. Geschäftskunde	97
a) Theoretische Kenntnisse	98
b) Praktische Erfahrung	100
2. Unabhängigkeit	102
a) Auslegung des Unabhängigkeitskriteriums	103
b) Problem: Unabhängigkeit bei Gläubigerbeteiligung nach § 56a InsO	106

(1) Homogenes System durch richterliche Letztverantwortung	106
(2) Ermessenseinschränkung durch die Neuregelung des § 56 Abs. 1 S. 3 InsO	107
(aa) Allgemeine Beratung – § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO	108
(bb) Gläubigervorschlag – § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 InsO	111
(3) Ergebnis	112
3. Sonstige Geeignetheitskriterien	113
a) Persönliche Eigenschaften	113
b) Funktionsfähige Büroorganisation	114
c) Auslastung	116
d) Ortsnähe	117
e) Vertrauen	122
4. Natürliche Person	127
V. Keine Begründungspflicht	128
C. Das (Vor-) Auswahlverfahren	131
I. Anwendbarkeit vergaberechtlicher Grundsätze	131
II. Verfahrensrechtliche Kreation der Insolvenzrichter: Das Listensystem	133
D. Fazit 1. Teil	139
2. Teil: Die europäische Dienstleistungsrichtlinie und ihre Auswirkungen auf die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters	143
A. Die europäische Dienstleistungsrichtlinie	145
I. Zweck und Regelungsgehalt der Dienstleistungsrichtlinie	145
II. Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aufgrund der Dienstleistungsrichtlinie	148
B. Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf die Insolvenzverwaltung	151
I. Anwendungsbereich nach Art. 2 Abs. 1 DLRL	151
1. Sachlicher Anwendungsbereich	152
a) Selbstständige Tätigkeit	152
b) Entgeltlichkeit	154
2. Persönlicher Anwendungsbereich	155

3. Zwischenergebnis	156
II. Ausnahmetatbestände nach Art. 2 Abs. 2 DLRL	156
1. Soziale Dienste	158
a) Zweck der Ausnahme	158
b) Anwendbarkeit auf den Insolvenzverwalter	159
c) Anwendbarkeit auf den Treuhänder im Rahmen des Restschuldbefreiungsverfahrens	159
(1) Sozialer Zweck der Restschuldbefreiung	161
(2) Soziale Tätigkeit des Treuhänders	165
d) Ergebnis	167
2. Öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV	167
a) Zweck der Ausnahme	168
b) Begriff der öffentlichen Gewalt	168
c) Anwendbarkeit auf den Insolvenzverwalter	169
(1) Nationales Rechtsverständnis	170
(aa) Legitimation	170
(bb) Keine Organisatorische Eingliederung in die Staatsstruktur	171
(cc) Funktionseinheit von Insolvenzverwalter und Insolvenzgericht	172
(dd) Privates Amt	174
(aaa) Privatrechtliche Ausgestaltung des Verwaltersamtes	174
(bbb) Konsequenz privatrechtlicher Ausgestaltung	178
(ee) Handeln im öffentlichen Interesse	179
(ff) Verwaltungsrechtliche Begriffseinordnung	179
(aaa) Beleihung	179
(bbb) Verwaltungshilfe	181
(ccc) Relevanz erzielter Feststellungen für die Untersuchung	182
(gg) Insolvenzverwalter als Gerichtsvollzieher der Gesamtvollstreckung?	182
(hh) Zwischenergebnis	184
(2) Unionsrechtliches Rechtsverständnis	184
(aa) Restriktive EuGH-Rechtsprechung	184
(aaa) Rechtsanwälte in Belgien – „Reyners“, Rs. 2/74	185

(bbb)	Privatschulen und –lehrer in Griechenland – „Kom/Griechenland“, Rs. 147/86	185
(ccc)	Einrichtung von Datenverarbeitungssystemen in Italien und Lotteriekonzession in Italien – „Kom/Italien“, Rs. C-3/88 und „Kom/Italien“, Rs. C-272/91	186
(ddd)	Kfz-Sachverständige in Griechenland – „Kom/Griechenland“, Rs. C-306/89	187
(eee)	Wirtschaftsprüfer bei Versicherungsunternehmen in Belgien – „Thijssen“, Rs. C-42/92	188
(fff)	Private Sicherheitsdienste in Spanien, Belgien und Italien – Rs. C-114/97, Rs. C-355/98 und Rs. C-283/99	189
(ggg)	Steuerbeistandszentren in Italien – Rs. C-451/03	190
(hhh)	Private Kontrollstellen für Erzeugnisse des ökologischen Landbaus in Österreich und Deutschland – Rs. C-393/05 und Rs. C-404/05	191
(iii)	Kfz-Prüfer in Portugal – Rs. C-438/08 ...	192
(jjj)	Gerichtsvollzieher in Slowenien – Rs. C-456/07	193
(kkk)	Notare in Deutschland – Rs. C-54/08	194
(bb)	Zwischenergebnis	196
d)	Ergebnis	197
3.	Notare und Gerichtsvollzieher	197
a)	Zweck	198
b)	Direkte Anwendbarkeit	199
c)	Analoge Anwendbarkeit	199
(1)	Analogie im Europarecht	199
(2)	Planwidrige Regelungslücke	200
d)	Ergebnis	202
4.	Ergebnis	202

III.	Teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs	
	der Dienstleistungsrichtlinie	203
1.	Teleologische Reduktion im Europarecht	203
2.	Vorgesehene Begrenzung des Anwendungsbereichs durch Ausnahmenvorschriften	205
3.	Anwendbarkeit auf die Insolvenzverwaltung zweckwidrig bzw. widersprüchlich?	206
4.	Teleologische Reduktion nach Siemon	206
5.	Ergebnis	208
IV.	Anwendbarkeitsausschluss durch EuInsVO	208
1.	Regelungsgehalt der EuInsVO	209
2.	Argumentationsansätze zur Unanwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie	212
a)	Sperrwirkung durch die EuInsVO im Allgemeinen	212
b)	Sperrwirkung durch Art. 4 Abs. 1 EuInsVO (lex fori concursus) im Speziellen	214
c)	Subsidiaritätsregelung in Art. 3 Abs. 1 DLRL	217
3.	Ergebnis	218
V.	Ergebnis	219
C.	Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters	223
I.	Auswirkungen auf die konkrete Bestellung im Einzelfall	223
II.	Auswirkungen auf das Vorauswahlverfahren	224
1.	Abgrenzung Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	225
2.	Niederlassungsfreiheit gemäß Kapitel III der Dienstleistungsrichtlinie	228
a)	Abschnitt 1 – Genehmigungen	229
(1)	Art. 9 Abs. 1 DLRL	231
(2)	Art. 10 DLRL	234
(aa)	Art. 10 Abs. 1 DLRL – Willkürverbot	235
(bb)	Art. 10 Abs. 2 lit. a-c DLRL – „Gebhard-Formel“	236
(cc)	Art. 10 Abs. 2 lit. d, f, g DLRL – Bestimmtheitsgebot	238
(dd)	Art. 10 Abs. 3 DLRL – Verbot doppelter Prüfung von Genehmigungsvoraussetzungen	240

(ee) Art. 10 Abs. 4 DLRL – Gebot gesamtstaatlicher Geltung von Genehmigungen	243
(aaa) Rechtfertigungsversuch gemäß Art. 10 Abs. 4 Hs. 2 DLRL	244
(bbb) Landeslisten	246
(ccc) Bundesliste	247
(ddd) Partielle Orientierung am österreichischen Modell	247
(3) Ergebnis	249
b) Abschnitt 2 – Unzulässige oder zu prüfende Anforderungen	249
(1) Art. 14 DLRL – Unzulässige Anforderungen	250
(2) Art. 15 DLRL – Zu prüfende Anforderungen	251
(aa) Art. 15 Abs. 2 lit. b DLRL – Rechtsformzwang	251
(aaa) Rechtspolitische Überlegung	253
(bbb) Vereinbarkeit mit Art. 15 Abs. 3 DLRL („Gebhard-Formel“)	256
(aaaa) Höchstpersönlichkeit des Verwalteramtes	257
(bbbb) Gerichtliche Auswahlentscheidung	262
(cccc) Unabhängigkeitskriterium	264
(α) Unabhängigkeitsbedenken wegen wirtschaftlicher Verflechtung und Kontrolldefizit	265
(β) Milderer Mittel: Aufklärungspflicht unter Sanktionsandrohung ...	268
(dddd) Gesetzliches Überwachungs- und Entlassungssystem	270
(α) Unklarheit über das „Überwachungsobjekt“? ...	270
(β) Entlassungsbefugnis gegenstandslos?	271

	(γ) Zwischenergebnis	273
(eeee)	Idealbild kontinuierlicher Verfahrensabwicklung	273
	(α) Mitarbeiterfluktuation und interner „Verwalterwechsel“	274
	(β) Interne Differenzen bis hin zur Auflösung der juristischen Person bzw. Personengesellschaft	276
	($\alpha\alpha$) Risikopotential interner Differenzen ...	276
	($\beta\beta$) Risikopotential der Unter- nehmensauflösung	278
	(γ) Zwischenergebnis	280
(ffff)	Haftung des Insolvenzverwalters	280
	(α) Konkrete Haftungsbedenken	281
	(β) Risiko der Haftungspotenti- almanipulation als Nachteil natürlicher Personen als Insolvenzverwalter?	283
	(γ) Minderung juristischen Personen entgegengebrachter Haftungsbedenken wegen Geschäftsführerhaftung? ...	285
	(δ) Mildere Mittel zur Entschärfung des Haftungsrisikos	287
	($\alpha\alpha$) Handelndenhaftung	287
	($\beta\beta$) Gerichtliche Überprüfung der Kapitalausstattung	289
	($\gamma\gamma$) Sicherheitsleistung	289
	($\delta\delta$) Haftpflichtversicherung	291

(ε) Zwischenergebnis	296
(ccc) Ergebnis	297
(bb) Art. 15 Abs. 2 lit. f DLRL – Mindestbeschäftigtenzahl	300
(cc) Art. 15 Abs. 2 lit. g – Preisfestsetzung	302
(aaa) Vergütung des Insolvenzverwalters als Preisfestsetzung	303
(bbb) Insolvenzverwalterliche Vergütungsfestsetzung im Lichte der „Gebhard-Formel“	304
3. Dienstleistungsfreiheit gemäß Kapitel IV der Dienstleistungsrichtlinie	308
III. Die Neuregelung des Art. 102a EGIInsO	314
IV. Ergebnis	319
D. Die Auswahl des Insolvenzverwalters im Lichte europäischen Primärrechts	323
E. Fazit 2. Teil	327
Schlussbetrachtung und Ausblick	329