

Tagung für
Insolvenzrichterinnen und
Insolvenzrichter
am 20.07.2012 in Stuttgart
**Bestellung des vorläufigen und
endgültigen Insolvenzverwalters**
Eberhard Nietzer

Qualitätszirkel Insolvenzgerichte BW

<http://www.insolvencycourts.org/ICG/ICGIntro.html>

Rechtsgrundlagen

- Regelfall:
- § 56 InsO
- Keine Gläubigerbeteiligung vorgeschrieben
- Sonderfall:
- § 56a InsO
- Gläubigerbeteiligung vorgeschrieben
- Ausnahme: nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners

Vorauswahlverfahren?

- Problem:
- Grundlage für die Auswahl
 - BVerfG NJW 2004, 2725: Vorauswahl ist gerichtlich überprüfbarer Justizverwaltungsakt
 - Eine Vorauswahl des Kreises der geeigneten Personen, aus dem der Richter im Einzelfall auswählt, muss stattfinden
 - Zu diesem Zweck ist eine Liste zu führen
 - Ablehnung der Aufnahme berührt die Berufsfreiheit

Allgemeine Grundsätze zur Vorauswahl

Ermessen?

- In die Liste ist jeder generell geeignete Bewerber aufzunehmen
 - BGH NZI 2008, 161–
 - BVerfG NZI 2009, 641 –BVerfG aber einschränkend:
Der Insolvenzrichter ist von Verfassungs wegen nicht gehindert, unter dem Gesichtspunkt fehlender genereller Eignung auch solche Bewerber unberücksichtigt zu lassen, die nach Kriterien seiner ständigen Ermessenspraxis – an die er unter Umständen selbst gebunden sein kann, keinerlei Aussicht auf tatsächliche Berücksichtigung haben.
- BGH a.a.O.: Kein Auswahlermessen bei der Entscheidung über die Aufnahme in die Vorauswahlliste, nur Beurteilungsspielraum bei der Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs „persönliche und fachliche Eignung“ .
- Ein Anspruch gelisteter Verwalter auf gleichmäßige Heranziehung besteht nicht (BVerfG ZInsO 2006, 1102)

Allgemeine Grundsätze zur Vorauswahl

Anforderungen an die Vorauswahlliste

- BVerfG 23.05.2006
1 BvR 2530/04 (NJW 2006, 2613 ff.)
- Liste mit Namen und Anschriften reicht nicht aus
- Keine „geschlossene Liste“ (Juris Rz 45)
- Vorauswahlverfahren muss Erhebung, Verifizierung und Strukturierung der Daten erbringen, die sachgerechte Auswahlentscheidung im Einzelfall ermöglicht
(OLG Köln NZI 2007, 105)
- Kriterien sind von den Fachgerichten zu entwickeln
(BGH NZI 2008, 161)
- Keine Gerichts- sondern Richterliste
(BVerfG NJW-RR 2009, 1502, 1503)

Allgemeine Grundsätze zur Vorauswahl

Erstellung der Vorauswahlliste

- Erhebung der Daten durch Fragebogen
- Bei der Gestaltung des Fragebogens muss darauf geachtet werden, dass genügend Informationen für die Erfüllung der Anforderungen an die Vorauswahlliste erhoben werden
- Beispiele (Heidelberger Fragebogen, Hamburger Fragebogen usw.) unter http://www.bak-inso.de/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=2&Itemid=62
- Die von den Fachgerichten erstellte Auswahlliste muss alle Informationen enthalten, die der Richter für seine Entscheidung benötigt. Die Liste ist entsprechend den von dem Richter selbst für notwendig erachteten Kriterien zu führen. (OLG Düsseldorf, NZI 2010, 818)
- Bei der Gestaltung der Liste ist zu berücksichtigen, dass nicht jeder Bewerber für alle Arten von Verfahren gleich gut geeignet ist (BverfG NJW-RR 2009, 1502, 1503).

Allgemeine Grundsätze zur Vorauswahl

Auswahlkriterien

Persönliche Eignung

- Hochschulabschluss
 - Uhlenbruck-Kommission NZI 2007, 507, 508
 - Prädikatsexamen als generelle Anforderung für die Aufnahme in die Vorauswahlliste ungeeignet (OLG Hamburg NZI 2008, 744)
- Sachkunde
 - Praktische Erfahrung (OLG Hamburg ZInsO 2009, 2013; BVerfG NZI 2006, 636)
 - Rechtskenntnisse, insbesondere in Gesellschafts-, Handels-, Arbeits-, Sozial-, Steuer- und Insolvenzrecht (s. BVerwG ZInsO 2005, 316, 319) (vgl. § 18 Abs. 4 RPfIG, § 22 Abs. 6 GVG ab 01.01.2013)

Allgemeine Grundsätze zur Vorauswahl

Auswahlkriterien

Persönliche Zuverlässigkeit

- keine Vorstrafe wegen Insolvenzstraftat (BGH NZI 2008, 241)
 - anders die Vorinstanz: Vorstrafe wegen Bankrotts aus Tätigkeit als GF einer GmbH kein Ausschließungsgrund (OLG Stuttgart ZInsO 2008, 45)
- Eine Vorstrafe, die zwar einen Bezug zu einem Insolvenzverfahren aufweist, bei der der Insolvenzverwalter aber nicht im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Insolvenzverwalter handelte, rechtfertigt keine Streichung von der Vorauswahlliste (OLG Brandenburg ZInsO 2009, 1816)(bedenklich)
- Fehlverhalten in einem früheren Insolvenzverfahren kann die Nichtaufnahme in die Bewerberlisten nur dann rechtfertigen, wenn sich daraus generell die Befürchtung begründet, der Bewerber werde in Zukunft für jede denkbare Art von Insolvenzverwaltungen nie die Voraussetzungen für eine Auswahlentscheidung nach § 56 Abs. 1 InsO erfüllen können. (OLG Schleswig ZIP 2007, 831 f., AG Mannheim NZI 2010, 107)
- Geordnete wirtschaftliche Verhältnisse
- Ausreichende Haftpflichtversicherung

Allgemeine Grundsätze zur Vorauswahl

Auswahlkriterien

Alter

- keine starre Altersgrenze mangels dahingehender gesetzlicher Regelung gemäß dem Gesetzesvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 GG (OLG Hamm ZInsO 2007, 946; KG ZIP 2008, 284; OLG Hamburg NZI 2012, 193)
- AG Heilbronn:
Das Alter kann aber bei der Bestellung im Einzelfall eine Rolle spielen

Allgemeine Grundsätze zur Vorauswahl

Auswahlkriterien

Ortsnähe

- kein offensichtlich sachwidriges Kriterium (BVerfG NJW-RR 2009, 1502, 1504)
- kann nur bei konkreter Bestellung eine Rolle spielen (OLG Nürnberg NZI 2008, 616), im Rahmen der Vorauswahl nur, wenn sie generell und nicht nur in bestimmten Situationen des einzelnen Falls fehlt (OLG Düsseldorf ZInsO 2011, 1010)
- spielt bei Verfahren von Unternehmen mit überörtlichen Geschäftsbeziehungen keine Rolle (OLG Stuttgart ZInsO 2006, 331)
- ungeeignete Anknüpfungspunkte:
 - Bezirk des Insolvenzgerichts (OLG Hamm NZI 2008, 493)
 - Kilometergrenze (OLG Hamm a.a.O.; BVerfG a.a.O.)

**Allgemeine Grundsätze
zur Vorauswahl**

Auswahlkriterien

Soft Skills

- Sozialkompetenz
- Vertrauenswürdigkeit
- geistige Regsamkeit
- Kreativität
 - positiver Nachweis (z.B. durch Atteste) darf nicht verlangt werden
 - allenfalls sind anhand nachprüfbarer Tatsachen etwaige Defizite in diesem Bereich zu objektivieren (OLG Düsseldorf ZInsO 2011, 1010)

Allgemeine Grundsätze zur Vorauswahl

Auswahlkriterien

Nicht unmittelbar in der
Person des Bewerbers
liegende Umstände

BVerfG NJW-RR 2009,
1502, 1504

- Büropersonal
- Software
- Qualifizierung des Personals
- Vertretung durch Berufsträger
- Gewährleistung der höchstpersönlichen Wahrnehmung (keine Grauverwaltung)
- Beachtung der Rechtsprechung bei Vergütungsanträgen (aber nicht so wie von Weyand in ZInsO 2005, 635 beschrieben)
- Beachtung von Leitlinien (z.B. Heidelberger Leitlinien NZI 2009, 593)
- Verpflichtung zur Einhaltung von Berufsgrundsätzen, z.B. VID Berufsgrundsätze <http://www.vid.de/vid/inhalt/verhaltensrichtlinien.php> und GOI <http://www.vid.de/de/qualitaet/goi.html>
- Kennzahlen (Hamburger Modell: Frind ZInsO 2009, 1683 ff. Hannoveraner Modell: Neubert ZInsO 2010, 73 ff.)
- Zertifizierung (DIAI: Haarmeyer NZI 2007, 635 ff.)

Allgemeine Grundsätze zur Vorauswahl

Auswahlkriterien

Höchstpersönliche

Wahrnehmung

(§ 664 Abs. 1 S. 1 BGB; VID

Berufsgrundsätze § 5;)

- Erstgespräch mit dem Schuldner
- erste Betriebsversammlung
- Durchsicht der von einer Postsperre erfassten Sendungen
- Liquiditätsvorschau für Einzelermächtigungen
- Verhandlung mit Übernahmeinteressenten
- Teilnahme an Gläubigerversammlungen
- Teilnahme an Prüfungsterminen
- Führen wichtiger Verhandlungen, z.B. zur Betriebsfortführung
- Prüfung von Aus- und Absonderungsrechten
- Erstellung der Schlussrechnung
- Die Insolvenzrichter haben Kriterien für die höchstpersönliche Aufgabenwahrnehmung zu entwickeln und bekannt zu geben (OLG Düsseldorf NZI 2010, 818)
- BGH NJW 1991, 982 („Welche Aufgaben der Konkursverwalter nicht delegieren darf, steht - bis auf einen verhältnismäßig kleinen Kernbereich von Geschäften nicht für alle Fälle fest. Es richtet sich jeweils nach den Umständen, insbesondere danach, welchen Umfang das einzelne Konkursverfahren hat sowie in wievielen Verfahren der Verwalter - mit Wissen des Konkursgerichts - gleichzeitig beschäftigt ist. ...“)

Allgemeine Grundsätze zur Vorauswahl

Auswahlkriterien

Belastung mit anderen
Verfahren

(Graeber NZI 2003, 569:
maximal 74

Unternehmensinsolvenzen
pro Jahr)

- Belastung mit anderen Verfahren
(nein: OLG Brandenburg NZI 2009, 647 ja: Schluss
aus BVerfG NJW-RR 2009, 1502, 1505
[persönliche Wahrnehmung des Amts]?)
- OLG Düsseldorf NZI 2010 818, 820:
Allein die Zahl der Verfahren wird – von
extremen Ausnahmen abgesehen – die
persönliche Aufgabenwahrnehmung im
Allgemeinen nicht schon ausschließen. Denn
Delegieren muss nicht umfassende Abgabe der
höchstpersönlichen Wahrnehmung zu Gunsten
eines Systems der Überwachung fremder
Tätigkeit bedeuten, sondern nur Abgabe
einzelner Tätigkeitsfelder bei aufrechterhaltener
Verfahrensregie.
- AG Heilbronn:
Belastung wird nicht bei Aufnahme in die
Vorauswahlliste geprüft aber bei konkreter
Bestellung abgefragt
(Zahl aus eigener Datenbank + telefonische
Anfrage)

Allgemeine Grundsätze zur Vorauswahl

Auswahlkriterien

Bedarf

- nein: MüKo InsO 2. Aufl. § 56 Rn 103
- A.A. Frind: „Atmende Liste“ ZInsO 2007, 515
- Problem:
Liste muss begrenzt sein, sonst keine Hilfe bei Bestellung im Einzelfall .
Die Festlegung eines Bewerberpools bedarf im Hinblick darauf, dass dem Bewerber bei Zurückweisung seines Gesuchs wegen fehlenden Bedarfs die Berufsausübung gänzlich versperrt würde, einer gesetzlichen Grundlage.
(Vallender NZI 2005, 473, 477)

Allgemeine Grundsätze zur Bestellung

Auswahlkriterien

Unabhängigkeit und
Objektivität (allgemein)

- Alle Fälle möglicher Interessenkollisionen sind zu offenbaren (BGH NJW 1991, 982, 985)
- Richtlinien sind die gesetzlichen Grundsätze (§ 41 ZPO), nach denen auch ein Richter entweder von Amts wegen ausgeschlossen wäre oder gegen ihn ein Befangenheitsgesuch wegen Interessenkollision erfolgreich gestellt werden könnte (BGH a.a.O.)
- Analoge Anwendbarkeit von § 45 BRAO (OLG Celle ZInsO 2001, 755)
- VID Berufsgrundsätze § 4

Allgemeine Grundsätze zur Bestellung

Auswahlkriterien

Unabhängigkeit und
Objektivität
(Beispiele für deren
Gefährdung)

- Übernahme von
Garantiepflichtungen durch den
(vorläufigen) Insolvenzverwalter
- Vorbefassung mit Angelegenheiten von
Gläubigern, Drittschuldnern oder des
Schuldners, welche die Insolvenzmasse
betreffen (s. BGH NZI 2004, 448)
- Tätigkeit als Poolverwalter (str.)
- Bevollmächtigung des
Insolvenzverwalters, Interessen von
Gläubigern in der
Gläubigerversammlung wahrzunehmen
(OLG Hamburg ZInsO 2005, 1170)
- Beteiligung an
Verwertungsgesellschaften
- vorgerichtlicher Entwurf eines „pre-
packaged-plan“ (wenn das Gericht nicht
sicher sein kann, dass die Vorbefassung
nicht zur ungerechtfertigten
Privilegierung von Gläubigern führt)
- „Abwicklungskonzerne“ (Hill ZInsO
2010, 847; Braun ZInsO 2002, 964)

Allgemeine Grundsätze zur Bestellung

Auswahlkriterien

Unabhängigkeit und Objektivität

(§ 56 Abs. 1 S. 3 InsO)

- Beststellungsentscheidung nicht justiziabel, da kein Begründungszwang
(Ausnahme: § 27 Abs. 2 Nr. 5 InsO)
- § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 InsO:
Trotzdem wie bisher 3 Gruppen von Richtern, die
 - vorgeschlagenen Bewerber immer bestellen
 - vorgeschlagenen Bewerber nie bestellen
 - von Fall zu Fall entscheiden
(?)
- § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO:
 - praxisfern (welcher Mandant in der Krise will nur allgemeine Beratung ohne Bezug zu seinem Fall?)
 - wurde ein Beratungshonorar bezahlt?
(Problem: eventuelle Anfechtbarkeit, dazu BGH NJW 2006, 2701)
 - wenn § 45 BRAO als lex specialis für Rechtsanwälte gesehen wird, läuft die Vorschrift im Wesentlichen leer (anders Dahl, Die Bestellung des Beraters zum Insolvenzverwalter, NJW Spezial 2012, 405)
 - bei Zweifeln des Gerichts hat der Vorgeschlagene die Darlegungslast dafür, dass die Grenzen der Vorschrift eingehalten sind
(Vallender MDR 2012, 61, 64)

Sonderfall: § 56a InsO

Geltungsbereich und Voraussetzungen

- gilt theoretisch für alle Arten von Insolvenzverfahren
- gilt für Bestellung des Insolvenzverwalters und des vorläufigen Insolvenzverwalters (über § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO)
- vorläufiger Gläubigerausschuss muss bereits förmlich eingesetzt worden sein, damit er angehört werden kann
- die Regelung des § 56a InsO umfasst nur den gemäß der allgemeinen Regelung des § 21 Abs. 1a InsO eingesetzten vorläufigen Ausschuss im Eröffnungsverfahren
- und gilt über §§ 270b Abs. 2, 270a Abs. 1, 274 Abs. 1 InsO auch für den vorläufigen Sachwalter im Eröffnungsverfahren des Eigenverwaltungs- und Schutzschirm-/Planverfahrens

Sonderfall: § 56a InsO

Beteiligung der Gläubiger

- soll nach dem Willen des Gesetzgebers (BT-Drucks. 17/5712, 38) in Fällen des §21 Abs. 2 Nr. 1a die Regel sein
- zweigliedriges Beteiligungsrecht:
 - zu den Anforderungen an die Person
 - zur Person selbst (es können auch mehrere Personen benannt und die Auswahl dem Gericht überlassen werden)
- einstimmiger Vorschlag des vorl. Gläubigerausschusses:
 - Bindung des Gerichts an den Vorschlag auch dann, wenn die vorgeschlagene Person nicht in die Vorauswahlliste aufgenommen ist
 - Gläubiger, nicht Richter definieren die Kriterien für die Verwalterauswahl
 - Ausnahme: Ungeeignetheit der vorgeschlagenen Person (dann aber Begründungspflicht)
- Alternative:
Gericht schlägt Personen aus seiner Vorauswahlliste vor

Sonderfall: § 56a InsO

Beteiligung der Gläubiger

- Durchführung ja oder nein?
- Nachteilige Verzögerung § 56a Abs. 1 2. Halbs. 2 InsO?
 - Keine Durchführung, wenn Verzögerung schon von vornherein absehbar
 - Abwägung der Eilbedürftigkeit gegen Zeitaufwand für Einsetzung, Konstituierung, Einberufung einer Tagung, Herstellung der Kommunikation, Herstellung der Beschlussfähigkeit usw.
 - Nichtbefolgung eines einstimmigen Vorschlags des vorläufigen Gläubigerausschusses, wenn die vorgeschlagene Person dem Gericht nicht bekannt ist und die Überprüfung der generellen Geeignetheit zu einer nachteiligen Verzögerung führt
(Haarmeyer/Wutzke/Förster Präsenzkomentar InsO § 56a Rn 19)
- Recht zur Wahl eines anderen (vorläufigen) Insolvenzverwalters gem. 56a Abs. 3 InsO bei nicht durchgeführter Anhörung oder Nichtbefolgung eines einstimmigen Vorschlags

Sonderfall: § 56a InsO

Prüfungsschritte

- Prüfung des ordnungsgemäßen Zustandekommens des Vorschlags
 - ordnungsgemäße Konstituierung
 - ordnungsgemäße Besetzung
 - ordnungsgemäße einberufene Sitzung
 - ordnungsgemäßer Beschluss (§§ 21 Abs. 2 Nr. 1a, 72 InsO)
nicht ordnungsgemäß
zustandegekommene Beschlüsse sind
nichtig und unbeachtlich
(BGH NZI 2011, 713)
- Prüfung der vorgeschlagenen Person
 - Erfüllung der generellen Anforderungen gem. § 56 Abs. 1 InsO ?
 - Erfüllung des Anforderungsprofils des vorläufigen Gläubigerausschusses ?
 - Unabhängigkeit bezogen auf den konkreten Fall ist immer zu prüfen

Sonderfall: § 56a InsO

Entscheidung

- Person auf Vorauswahlliste ?
 - ja: generelle Geeignetheit gegeben, weiter mit Prüfung der Erfüllung des Anforderungsprofils des vorläufigen Gläubigerausschusses
 - nein: Überprüfung der generellen Geeignetheit nach den für die Vorauswahlliste geltenden Kriterien
 - wenn der Richter nach den von ihm entwickelten Kriterien (evtl. Bindung an eigene ständige Ermessenspraxis) die vorgeschlagene Person nicht in die Vorauswahlliste aufnehmen würde, muss er dem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses nicht folgen (Haarmeyer/Wutzke/Förster Präsenzkomentar InsO § 56a Rn 19)
- Geeignetes Anforderungsprofil?
 - substantiiert (z.B. Vorgaben zu Branchenkenntnissen, Bürogröße, zu beachtende Leitlinien etc.)
 - nicht nur Leerformeln (z.B. „Fortführungserfahrung erforderlich“)
 - kein Widerspruch zu gesetzlichen Vorgaben (z.B. mangelnde Unabhängigkeit unbeachtlich)
- Gespräch mit der vorgeschlagenen Person und Anforderung aussagekräftiger Unterlagen (z.B. Fragebogen mit Anlagen)