

Die Neuordnung des Berufsrechts der Insolvenzverwalter in Deutschland

Rechtswissenschaftliche Studie

erstellt im Auftrag des Deutschen Anwaltvereins

(Diskussionsentwurf)

vorgelegt von

Prof. Dr. Martin Henssler

Geschäftsführender Direktor des
Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Geschäftsführender Direktor des
Instituts für Anwaltsrecht und des
Europäischen Zentrums für die Freien Berufe

Übersicht

Teil I. Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Studie	7
Teil II. Rechtswissenschaftliche Studie.....	9
A. Beruf und Berufsrecht der Insolvenzverwalter nach geltendem Recht	9
I. Überblick über die bisherige Entwicklung des Regelungsrahmens	9
II. Rechtstatsachen.....	10
1. Die beteiligten Berufe.....	10
2. Anzahl der Insolvenzverwalter	12
3. Anzahl und Unterteilung der Insolvenzen.....	13
4. Besondere Zugangsvoraussetzungen bei der Insolvenz freiberuflicher Unternehmen?	17
5. Die Einbeziehung von Sachwaltern, Eigenverwaltern und Restrukturierungsbeauftragten.....	18
III. Aktuelle rechtspolitische Diskussion und Reformvorschläge.....	26
1. Koalitionsvereinbarung.....	26
2. Restrukturierungsrichtlinie.....	27
3. Nationale Vorschläge	29
IV. Erkenntnisse aus der Rechtsvergleichung.....	33
1. Rechtslage in Frankreich	34
2. Das österreichische Modell der Online-Liste.....	34
3. Angelsächsische Berufsverbandsmodelle.....	35
4. Studie der Universität Leeds zum Insolvenzrecht	37
V. Folgerungen für den zu erarbeitenden Regelungsvorschlag	37
1. Die Einbeziehung der Insolvenzverwalter in der Verbraucherinsolvenz.....	37
2. Berufsrechtlicher Regelungsrahmen	39
B. Verfassungsrechtliche Grundlagen	40
I. Die Tätigkeit des Insolvenzverwalters als eigener Beruf.	40
II. Verfassungsrechtliche Voraussetzungen für Zulassungsschranken	41

1. Allgemeine Grundsätze.....	41
2. Bedeutung für ein Zulassungsverfahren oder ein Verzeichnis der Insolvenzverwalter	43
3. Zwischenergebnis	44
4. Weiterführende Einzelentscheidungen des BVerfG und des BGH zum Beruf des Insolvenzverwalters.....	45
C. Europarechtliche Rahmenbedingen.....	50
I. Der Regelungsbedarf aufgrund der europäischen Restrukturierungsrichtlinie ...	50
II. Weitere Vorgaben des europäischen Rechts	56
D. De lege lata aus der InsO und dem jeweiligen Grundberuf herzuleitende Berufspflichten eines Insolvenzverwalters.....	60
I. Berufsrecht und Berufsaufsicht nach der InsO.....	60
1. Vorschriften mit berufsrechtlichem Gehalt	60
2. Ergänzung durch Verhaltenskodizes und Leitlinien	60
3. Die verfahrensbezogene Aufsicht über den Insolvenzverwalter durch das Insolvenzgericht	61
II. Geltung des anwaltlichen Berufsrechts	63
1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum.....	63
2. Folgerungen für anwendbare Berufspflichten	67
III. Berufspflichten von als Insolvenzverwalter tätigen Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern.	73
1. Einordnung als freiberufliche Tätigkeit	73
2. Wirtschaftsprüfer als Insolvenzverwalter.....	74
3. Steuerberater als Insolvenzverwalter	76
IV. Zusammenfassung	77
E. Die gesetzliche Regelung vergleichbarer, keinem Berufsvorbehalt unterliegender Tätigkeiten.....	77
I. Die berufsrechtliche Regulierung der Mediation als Basismodell.....	77

II. Die berufsrechtliche Regelung der Inkassotätigkeit als mittlere Regulierungsform	80
F. Eigenständige Kammer der Insolvenzverwalter?	81
I. Forderungen nach einer eigenen Berufskammer für Insolvenzverwalter	81
II. Vorteile des deutschen Kammermodells	82
1. Nationale und europäische Bewertung	82
2. Verfassungsrechtliche Bewertung einfacher und doppelter Pflichtmitgliedschaften	84
3. Das Modell der Restrukturierungsrichtlinie.....	85
III. Präzisierung der Ausgangslage.....	86
IV. Praktische Umsetzbarkeit der Berufsaufsicht durch die Kammern der Grundberufe.....	87
1. Geltende Rechtslage und mögliche Klarstellungen.....	87
2. Harmonisierungsbedarf.....	89
3. Konzentration der Berufsaufsicht über Insolvenzverwalter bei der Rechtsanwaltskammer?.....	90
4. Zwischenergebnis	91
V. Berufsaufsicht über bislang nicht verkammerte Insolvenzverwalter.....	91
1. Regelungsbedarf.....	91
2. Denkbare Lösungsmodelle	93
VI. Keine tragenden Argumente für die Einführung einer Insolvenzverwalterkammer	101
1. Keine ins Gewicht fallenden Vorteile gegenüber der Zuständigkeit der Kammern der Grundberufe	101
2. Insolvenzverwalterkammer als atypischer Sonderfall.....	102
3. Nachteile einer eigenständigen Insolvenzverwalterkammer	103
VII. Zentrale Rechtsanwaltskammer für Insolvenzverwalter?.....	105
VIII. Zusammenfassung	107
G. Regelungsstandort eines Berufsrechts der Insolvenzverwalter	108

H. Zulassung und Anforderung an die Qualifikation des Insolvenzverwalters	109
I. Geltendes Rechte und Rechtspraxis der von den Insolvenzrichtern geführten Verzeichnisse	109
1. Ausgestaltung und Funktion sog. Vorauswahllisten der Insolvenzverwalter	109
2. Unzulässigkeit geschlossener Listen	111
3. Aufnahmeverfahren.....	111
II. Reformforderung: bundeseinheitliches Verzeichnis der Insolvenzverwalter....	112
1. Plädoyer für ein bundeseinheitlich geführtes Verzeichnis	112
2. Zuständige Stelle: Bundesrechtsanwaltskammer	114
3. Konkreter Regelungsbedarf	116
III. Meinungsstand	118
1. Das Hannoveraner Basismodell.....	118
2. Die Empfehlungen der Uhlenbruck-Kommission.....	118
3. Der Vorschlag einer Eignungsprüfung für Insolvenzverwalter.....	119
IV. Aufnahmebedingungen für ein bundeseinheitliches Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten.....	121
1. Keine Beschränkung auf Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer	121
2. Ablehnung einer allgemeinen Eignungsprüfung.....	121
3. Der Fachanwalt als Insolvenzrecht als hinreichender Qualifikationsnachweis	122
4. Allgemeine Anforderung an Insolvenzverwalter ohne Anwaltszulassung.....	125
5. Registrierung bzw. Kammerzulassung als Insolvenzverwalter als hinreichender Qualifikationsnachweis	128
6. Anforderungen an Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.....	129
7. Rechtsanwälte ohne Fachanwaltstitel und sonstige Volljuristen	130
8. Weitere Aufnahmevoraussetzungen	130
9. Bestandsschutz.....	131
10. Regelungsvorschlag.....	131

V. Streichung aus dem Verzeichnis („Delisting“)	133
1. Grundlagen	133
2. Regelungsvorschlag:	134
VI. Rechtsschutz	135
1. Geltendes Recht	135
2. Reformbedarf	136
I. Berufspflichten der Insolvenzverwalter	140
I. Regelungsbedarf	140
II. Charakterisierende Kernpflichten	140
III. Regelungsvorschlag	142
J. Sonstige Elemente eines Berufsrechts für Insolvenzverwalter	144
Teil 3. Zusammenfassung der Ergebnisse	145
Teil 4: Anhänge	155
A. Übersicht über ausformulierte Regelungsvorschläge	155
B. Weitere Anhänge nach Bedarf	160

Teil I. Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Studie

Die Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung (ARGE) im Deutschen Anwaltverein e.V. (DAV) hat den Verfasser dieser Untersuchung beauftragt, in einer rechtswissenschaftlichen Studie zu den derzeitigen rechtspolitischen Plänen Stellung zu nehmen, ein eigenes Berufsrecht für Insolvenzverwalter einzuführen.

Die ARGE vertritt den Ansatz, dass bei Umsetzung der Vorgaben aus dem Koalitionsvertrag und der EU-RILI zum präventiven Restrukturierungsrahmen eine „minimalinvasive Lösung“ möglich ist. Aus ihrer Sicht ist systemisch die Bestellung eines leistungsfähigen unabhängigen Insolvenzverwalters durch einen professionellen, unparteilichen Insolvenzrichter die beste Lösung.

Vor diesem Hintergrund sollen die nachfolgend von der ARGE vertretenen Ausgangsthesen überprüft und – soweit erforderlich – präzisierende Formulierungsvorschläge für die als notwendig bzw. sinnvoll erachteten Änderungen unterbreitet werden.

1. Eine allgemeine formelle Zulassung zum Insolvenzverwalter ist nicht erforderlich.
2. Es ist zweckmäßig, die BRAO um einige Vorschriften, die für die Tätigkeit als Insolvenzverwalter wichtig sind, zu modifizieren, beispielsweise Zulässigkeit der mehrseitigen Treuhand, insoweit Aufhebung des Verbotes der widerstreitenden Interessen § 43a Abs. 4 BRAO, Verbot der direkten Kontaktaufnahme, modifizierter Versicherungsschutz.
3. Die Eintragung in ein Verzeichnis, in welchem die wesentlichen persönlichen Angaben, wie sie bspw. bereits jetzt von der örtlichen Rechtsanwaltskammer erfasst werden, und der Möglichkeit Informationen über den Eingetragenen über seine Homepage zu erlangen, ist zweckmäßig.
4. Eine Präzisierung der fachlichen Anforderungen an den zu bestellenden Insolvenzverwalter kann in § 56 InsO platziert werden. Die materiellen Anforderungen sollten dabei durch die Qualifikation als Fachanwalt für Insolvenzrecht oder eine vergleichbare Qualifikation erfüllt sein.

5. Ein besonderes Augenmerk ist gegebenenfalls auf den Rechtsschutz/die Rechtsmittel bei drohender Streichung von der Liste und/oder Mitteilung von nachteiligen Informationen an andere Insolvenzgerichte zu legen.

Teil II. Rechtswissenschaftliche Studie

A. Beruf und Berufsrecht der Insolvenzverwalter nach geltendem Recht

I. Überblick über die bisherige Entwicklung des Regelungsrahmens

Lange Zeit stand die Tätigkeit des Insolvenzverwalters weitgehend außerhalb jeder berufsrechtlichen Diskussion. Nicht nur spielte sich die Bestellung eines Insolvenzverwalters bzw. zuvor eines Konkursverwalters bis 2000 in einem „nahezu rechtsfreien Raum“¹ ab. Auch über die Berufspflichten des Insolvenzverwalters wurde kaum diskutiert, dies, obwohl bereits seit Mitte der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts eine Professionalisierung seiner Tätigkeit zu beobachten war.² Erst Anfang der 1990er Jahre befassten sich insolvenzrechtliche Tagungen mit berufsrechtlichen Themen.³ Dabei konzentrierte sich der Meinungsstreit zunächst im Wesentlichen auf die sehr kontrovers behandelte Frage, ob ein anwaltlicher Insolvenzverwalter bei der Ausübung dieser Tätigkeit an die anwaltlichen Berufspflichten nach der BRAO gebunden sei (dazu unter D. I.). Auch die am 1. Januar 1999 in Kraft getretene InsO änderte an der rudimentären berufsrechtlichen Regulierung wenig. Die ursprüngliche Fassung des § 56 InsO umschrieb die Anforderungen an einen Insolvenzverwalter lediglich in sehr allgemeiner Form:

(1) Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen.

Erst zwei lange erwartete (parallele) Grundsatzentscheidungen des BVerfG⁴ sorgten im Jahre 2004 für einen gewissen Rechtsrahmen und damit für allgemein gefasste Eckdaten eines Berufsrechts der Insolvenzverwalter.

¹ Vallender, NZI 2017, 641, 642.

² Henssler, ZIP 2002, 1053, 1054.

³ So etwa die RWS Tagung 1996 in Köln; vgl. den Tagungsband Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum, 1997.

⁴ BVerfG NJW 2004, 2725.

Der Gesetzgeber reagierte auf diese Entscheidung und weitere Entscheidungen, mit denen das BVerfG die Unzulässigkeit geschlossener Listen feststellte,⁵ zunächst mit dem Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13. April 2007 und so dann im Rahmen des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen durch Einfügung eines Satzes 3 in § 56 Abs. 1 InsO. Auch die seither geltende Fassung des § 56 InsO begnügt sich freilich damit, die Anforderungen an Qualifikation, persönliche Eignung und Bestellungsverfahren nur in sehr allgemeiner Form vorzugeben. Die aktuelle Fassung des § 56 InsO lautet seither:

§ 56 Bestellung des Insolvenzverwalters

(1) ¹Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen, die aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen auszuwählen ist. ²Die Bereitschaft zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen kann auf bestimmte Verfahren beschränkt werden. ³Die erforderliche Unabhängigkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die Person

- 1. vom Schuldner oder von einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist oder*
- 2. den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat.*

(2) Der Verwalter erhält eine Urkunde über seine Bestellung. Bei Beendigung seines Amtes hat er die Urkunde dem Insolvenzgericht zurückzugeben.

II. Rechtstatsachen

1. Die beteiligten Berufe

Die Frage nach dem Bedarf für ein eigenständiges Berufsrecht der Insolvenzverwalter lässt sich nur nach einem Blick auf diejenigen Quell- bzw. Grundberufe beantworten, die derzeit als Insolvenzverwalter bestellt und tätig werden. Auch wenn das Datenmaterial teilweise unvollständig ist, so ist der rechtstatsächliche Befund doch in einem Punkt eindeutig: Es handelt sich im Kern um eine anwaltliche Domäne und

⁵ Siehe insbesondere BVerfG ZIP 2005, 537; BVerfG ZIP 2006, 1355; BVerfG ZIP 2006, 1541; BVerfG ZIP 2006, 1954; BVerfG ZIP 2009, 1722; vgl. dazu auch *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 80. EL 2019, § 56 Rn. 2 ff.

damit um ein zu einem wesentlichen Teil die Anwaltschaft betreffendes Problem. Eine 2008 vom Institut für Freie Berufe an der Universität Erlangen durchgeführte Befragung ergab, dass bei Unternehmensinsolvenzen 92,6 % der bestellten Insolvenzverwalter über eine Zulassung zur Anwaltschaft verfügten. Es folgten mit weitem Abstand (unter 5 %) die Berufe der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie eine nicht näher definierte Gruppe von beratenden Betriebswirten. Neuere Stellungnahmen im Schrifttum und von Seiten der Verbände gehen davon aus, dass sogar ca. 95 % der bestellten Insolvenzverwalter Rechtsanwälte sind.⁶ Eine aktuelle Abfrage der BRAK über INDat ergab, dass im Jahre 2018 insgesamt 2170 Verwalter bestellt wurden, von denen lediglich 161,⁷ also ca. 7,5 % keine bekannte Anwaltszulassung hatten. In diesem Zusammenhang ist von Interesse, dass am 1. Januar 2019 1707 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte befugt waren, den Fachanwaltstitel für Insolvenzrecht zu führen. Wertet man nur die Unternehmensinsolvenzen von Personen- und Kapitalgesellschaften aus, so gab es im Jahr 2018 1.321 Personen, die zu Insolvenzverwaltern bestellt wurden, von denen 1.246 (94,3%) eine Anwaltszulassung hatten. Von den insgesamt im Jahr 2018 eröffneten 92.053 Insolvenzverfahren wurden 86.165 (93,6%) von Anwälten und 5.888 (6,4%) von Nicht-Anwälten abgewickelt, von den 7.180 Unternehmensinsolvenzen (ohne Einzelunternehmen von natürlichen Personen) wurden 6.895 (96%) von Anwälten und 285 (4%) von Nicht-Anwälten verwaltet. Die Nicht-Anwälte sind also auch in Bezug auf die Anzahl der von ihnen betreuten Verfahren deutlich unterrepräsentiert im Vergleich zu den Anwälten.

Auch wenn sich diese Daten nur auf ein einzelnes Jahr beziehen, so kann doch davon ausgegangen werden, dass über 95 % aller in **Unternehmensinsolvenzen** tätigen Verwalter einen verkammerten Beruf als Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer ausüben und damit der Berufsaufsicht durch eine Berufskammer unterstehen. Diese Erkenntnis ist insbesondere mit Blick auf die Diskussion um eine eigene Berufskammer für Insolvenzverwalter von Bedeutung. Ältere Untersuchungen

⁶ Vgl. den Beschluss der HV der BRAK v. 25. 10.2019, der davon ausgeht, dass 95 % der Insolvenzverfahren derzeit von Mitgliedern der Rechtsanwaltskammern betreut werden; dazu Presseerklärung Nr. 14 der BRAK v. 25.10.2019; von den gleichen Zahlen gehen auch *Frind*, NZI 2018, 729, 733 und *Flöther*, INDAT-Report 6/18, 34 aus.

⁷ Zahl beruht auf eigener Nachprüfung des Verfassers.

gingen davon aus, dass die Bestellungsquote der Rechtsanwälte schon Anfang 2000 bei knapp 90 % lag.⁸

Die nicht unmittelbar einer Kammeraufsicht unterstehenden Angehörigen von Berufen, die gleichwohl auch in Unternehmensinsolvenzen als Insolvenzverwalter in Betracht kommen, machen weniger als 5 % der Bestellungen aus, zudem dürfte es sich um wirtschaftlich weniger bedeutsame Insolvenzen handeln, bei denen die besonderen Kompetenzen der drei wirtschaftsnahen Beratungsberufe nicht zwingend erforderlich sind. Zu den nicht verkammerten Insolvenzverwaltern zählen, wie die jüngst von INDat für 2018 erstellte Liste zeigt, namentlich Diplom-Wirtschaftsingenieure, Diplom-Wirtschaftsjuristen, Diplomkaufleute, aber auch Diplomrechtspfleger und vereinzelt auch noch Rechtsbeistände.

2. Anzahl der Insolvenzverwalter

Die Auswertung der INDat Zahlen für 2018 lässt auch Rückschlüsse auf die rückläufige Gesamtzahl der Insolvenzverwalter zu. Sie bestätigt Schätzungen des Berufsverbandes der deutschen Insolvenzverwalter (VID), nach denen es in Deutschland rund 2.000⁹ Insolvenzverwalter gibt, von denen allerdings lediglich 500 bis 800 hauptberuflich als Unternehmensinsolvenzverwalter tätig sind. Dem Verband, der für sich in Anspruch nimmt, die Mehrzahl der hauptberuflich tätigen Insolvenzverwalter zu vertreten, gehören aktuell 477 Mitglieder an.¹⁰ Andere Veröffentlichungen gingen für zurückliegende Jahre noch von deutlich höheren Zahlen aus. So sollen im Jahr 2016 in Deutschland insgesamt 3557 Personen zu Insolvenzverwaltern bestellt worden sein.¹¹ Darunter werden auch Personen sein, die nur vereinzelt Kleinstunternehmensinsolvenzen oder Verbraucherinsolvenzverfahren betreuen. Letztlich spitzt sich die Berechnung der Anzahl der Insolvenzverwalter damit auf eine definitorische Frage zu: Zählt man all jede Person, dazu, die bereits einmal in einer kleineren Un-

⁸ Vgl. *Laukemann*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, 2010, S. 32 f.

⁹ Das entspricht auch der Erhebung von INDat für 2018 (2170 Verwalter in Unternehmensinsolvenzen).

¹⁰ <https://www.vid.de/der-verband/mitglieder/>

¹¹ INDat-Report 04/2017, S. 11 ff.; darauf bezieht sich *Beck*, FS Wimmer, 2017, S. 31, 49 in seinem Plädoyer für ein Berufsrecht der Insolvenzverwalter.

ternehmensinsolvenz als Verwalter tätig war, so dürfte die absolute Zahl höher liegen als die für 2018 ermittelte von gut 2000 Insolvenzverwaltern.

Der rechtstatsächliche Befund erhellt zugleich ein Kernproblem der anstehenden Reform: Strebt man rechtspolitisch ein (möglichst) einheitliches Berufsrecht an, dem alle Insolvenzverwalter unterworfen sind, also auch jene, die ausschließlich in kleinen Unternehmensinsolvenzen oder gar nur in Verbraucherinsolvenzen tätig werden, so müssen die Anforderungen an eine Vorauswahlliste bzw. die Voraussetzungen für die Aufnahme in ein Verzeichnis der Insolvenzverwalter so ausgestaltet sein, dass auch diesen Personen der Zugang zum Beruf des Insolvenzverwalters offensteht. Die Basisanforderungen dürfen mit anderen Worten nicht allzu hoch angesetzt werden. Anderenfalls würden geschätzt mindestens 1000 Personen ohne sachliche Rechtfertigung und damit im Widerspruch zur verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit aus diesem Beruf verdrängt. Insbesondere würde in der aktuellen Diskussion geforderte dreijährige praktische Ausbildung/Berufserfahrung bei einem Insolvenzverwalter künftig zu einer deutlichen Reduzierung der Zahl der Insolvenzverwalter führen.¹² Eine solche Praxisphase ist sicherlich eine sachlich gerechtfertigte Berufszugangsvoraussetzung für Unternehmensinsolvenzverwalter, eignet sich aber angesichts der verfassungsrechtlichen Vorgaben kaum als Einstiegsvoraussetzung für alle Insolvenzverwalter unter Einschluss von Verbraucherinsolvenzen.

3. Anzahl und Unterteilung der Insolvenzen

Um vor diesem Hintergrund einen geschärften Blick auf den gesetzlichen Regulierungsbedarf werfen zu können, bedarf es einer vertieften Analyse der Insolvenzen unter Differenzierung zwischen den drei Fallgruppen, in denen ganz unterschiedliche Anforderungen an die Qualifikation und Kanzleiorganisation des Insolvenzverwalters zu stellen sind, nämlich:

- 1) Unternehmensinsolvenzen von Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften
- 2) Unternehmensinsolvenzen von natürlichen Personen (gewerbliche und freiberufliche Einzelunternehmen)
- 3) Verbraucherinsolvenzen.

¹² Vgl. aber *Ganter*, NZI 2018, 137, 138.

Zu Unternehmensinsolvenzen der ersten Gruppe lassen sich für 2018 folgende Zahlen ermitteln:

Unternehmensinsolvenzen Kapital- und Personengesellschaften 2018 nach Bundesländern

Zeitraum: 01.01.–31.12.2018 (im Vergleich zum Vorjahr)

	2017	2018	Veränd. z. Vj. in %
Baden-Württemberg	807	853	+5,7
Bayern	1061	1007	-5,09
Berlin	588	594	+1,02
Brandenburg	220	189	-14,09
Bremen	149	157	+5,37
Hamburg	308	307	+0,32
Hessen	630	620	-1,59
Mecklenburg-Vorpommern	116	122	+5,17
Niedersachsen	852	797	-6,46
Nordrhein-Westfalen	2045	1830	-10,51
Rheinland-Pfalz	279	290	+3,94
Saarland	75	104	+38,67
Sachsen	337	320	-5,04
Sachsen-Anhalt	198	184	-7,07
Schleswig-Holstein	356	289	-18,82
Thüringen	136	152	+11,76
Gesamt	8157	7815	-4,19

Unternehmensinsolvenzen von Kapital- und Personengesellschaften 2018 nach Monaten

Zeitraum: 01.01.–31.12.2018 (im Vergleich zum Vorjahr)

	2016	2017	Veränd. z. Vj. in %	2018	Veränd. z. Vj. in %
Januar	597	609	+2,01	636	+4,43
Februar	728	667	-8,38	644	-3,45
März	774	737	-4,78	740	+0,41
April	735	650	-11,56	704	+8,31
Mai	698	722	+3,44	711	-1,52
Juni	789	693	-12,17	633	-8,66
Juli	716	642	-10,34	665	+3,58
August	712	713	+0,14	623	-12,62
September	705	654	-7,23	617	-5,66
Oktober	655	668	+1,98	739	+10,63
November	643	723	+12,44	524	-27,52

Dezember	672	679	+1,04	579	-14,73
Gesamt	8424	8157	-3,17	7815	-4,19

Quelle INDatReport 2019, <https://www.indat-report.de/Home/Insolvenz-Statistiken>

Unternehmensinsolvenzen natürliche Personen 2018 (nach Monaten)

Zeitraum: 01.01.–31.12.2018 (im Vergleich zum Vorjahr)

	2016	2017	Veränd. z. Vj. in %	2018	Veränd. z. Vj. in %
Januar	1666	1600	-3,96	1594	-0,38
Februar	1694	1650	-2,6	1525	-7,58
März	1944	2083	+7,15	1798	-13,68
April	1890	1504	-20,42	1643	+9,24
Mai	1632	1725	+5,7	1605	-6,96
Juni	1949	1704	-12,57	1648	-3,29
Juli	1776	1628	-8,33	1670	+2,58
August	1752	1687	-2,91	1638	-2,91
September	1768	1609	-8,99	1370	-14,85
Oktober	1551	1545	-0,39	1611	+4,27
November	1662	1728	+3,97	1452	-15,97
Dezember	1765	1524	-13,65	1323	-13,19
Gesamt	21049	19987	-5,05	18877	-5,55

Verbraucherinsolvenzen 2018 (nach Monaten)

Zeitraum: 01.01.–31.12.2018 (im Vergleich zum Vorjahr)

	2016	2017	Veränd. z. Vj. in %	2018	Veränd. z. Vj. in %
Januar	6410	6048	-5,65	6221	+2,86
Februar	6984	6032	-13,63	5825	-3,43
März	7318	7369	+0,7	6132	-16,79
April	6946	5837	-15,97	5904	+1,15
Mai	6743	6789	+0,68	5884	-13,33
Juni	7782	6514	-16,29	6400	-1,75
Juli	6962	6414	-7,87	6482	+1,06
August	6891	6744	-2,13	6022	-10,71
September	6842	5765	-15,74	5483	-4,89
Oktober	6052	6135	+1,37	6007	-2,09
November	6962	6836	-1,81	5906	-13,6
Dezember	6905	5971	-13,53	5180	-13,25

Gesamt 82797 76454 -7,66 71446 -6,55

Quelle INDatReport 2019, <https://www.indat-report.de/Home/Insolvenz-Statistiken>

Insgesamt ist in allen drei Untergruppen die Anzahl der Insolvenzverfahren im letzten Jahrzehnt stark rückläufig, wie der folgende Jahresvergleich aufzeigt:

Jahrestabelle 2009 – 2018

Jahr	1.	Veränd. z. Vj. in %	2.	Veränd. z. Vj. in %	3.	Veränd. z. Vj. in %
2009	11583		33272		104800	
2010	10428	-9,97	32464	-2,43	112596	+7,44
2011	10078	-3,36	30104	-7,27	106660	-5,27
2012	10025	-0,53	27156	-9,79	100658	-5,63
2013	10292	+2,66	25028	-7,84	96319	-4,31
2014	9469	-8	24048	-3,92	91378	-5,13
2015	9079	-4,12	22129	-7,98	85862	-6,04
2016	8424	-7,21	21049	-4,88	82797	-3,57
2017	8157	-3,17	19987	-5,05	76454	-7,66
2018	7815	-4,19	18877	-5,55	71446	-6,55

Quelle INDatReport 2019, <https://www.indat-report.de/Home/Insolvenz-Statistiken>

Andere Statistiken erfassen die Anzahl der laufenden Insolvenzverfahren. Nach Angaben von Statista lag die Anzahl der jeweils aktuell laufenden Insolvenzverfahren in Deutschland im Zeitraum von Juni 2018 bis Juni 2019 zwischen 9600 und 7900 Verfahren. Im Juni 2019 wurden in Deutschland insgesamt 8165 laufende Insolvenzverfahren registriert.¹³ Ersichtlich können sich diese Zahlen nur auf Unternehmensinsolvenzen beziehen.

¹³ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37122/umfrage/anzahl-der-insolvenzen-in-deutschland-insgesamt/>.

4. Besondere Zugangsvoraussetzungen bei der Insolvenz freiberuflicher Unternehmen?

Auf den ersten Blick drängen sich besondere Anforderungen an Insolvenzverwalter dann auf, wenn die Unternehmensfortführung in der Insolvenz eine besondere Qualifikation erfordert, wie dies insbesondere bei den Angehörigen der Freien Berufe der Fall ist. Das Unternehmen kann dann vom Insolvenzverwalter nur fortgeführt werden, wenn er selbst die entsprechende Qualifikation besitzt, in der Insolvenz etwa eines Steuerberaters also selbst über die Befugnis zu unbeschränkter Hilfeleistung in Steuersachen gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 StBerG verfügt.¹⁴ Die Gläubigerversammlung kann den Schuldner weder zur Aufrechterhaltung seiner freiberuflichen Praxis zwingen noch ihm eine solche Tätigkeit untersagen, so dass daran zu denken wäre, hier zusätzliche Anforderungen an Insolvenzverwalter zu stellen. Bei freiberuflichen Unternehmen ist die Ausübung des Vertrauensberufs allerdings durch die persönliche Leistungserbringung des Schuldners gekennzeichnet. Die Fortführung in Eigenverwaltung gemäß §§ 270a, 270b, 270 InsO liegt daher näher, sofern dem Schuldner nicht aufgrund seiner Insolvenz die Zulassung entzogen wurde, wie dies vielfach der Fall sein wird (vgl. nur § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO, § 46 Abs. 2 Nr. 5 StBerG). Ist der Schuldner dagegen nicht zur Mitwirkung bereit, so muss der Insolvenzverwalter die Praxis ohnehin schließen, soweit die Fortführung Einblicke in die von der jeweiligen beruflichen Verschwiegenheitspflicht geschützten Patienten- oder Mandantendaten und -unterlagen voraussetzt. Nach dem strengen deutschen Verständnis der beruflichen Schweigepflicht darf der Schuldner ohne Zustimmung der Patienten, Klienten oder Mandanten dem Insolvenzverwalter nicht einmal deren Namen nennen.¹⁵ Die Rechtsprechung bejaht allerdings speziell bei der Insolvenzverwaltung weitgehende Einsichtsrechte des Insolvenzverwalters auch in Mandantenakten. Der Schuldner ist hier gem. § 97 InsO verpflichtet, dem Insolvenzverwalter Einsicht in seine Bücher und Geschäftspapiere zu gestatten. Eine Strafbarkeit des Schuldners aus § 203 StGB scheidet damit an der Voraussetzung der „unbefugten“ Offenbarung eines fremden Geheimnisses.¹⁶

¹⁴ Dazu *Popp*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 3. Aufl. 2017, § 42 Rn. 18 ff.

¹⁵ Zum Ganzen *Webel* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand Juni 2019, § 17, Rn. 8.

¹⁶ BGHZ 162, 187 = NJW 2005, 1505; LG Berlin, ZInsO 2004, 817.

Insgesamt gesehen besteht in der Praxis auch bei der Insolvenz freiberuflicher Unternehmen kein Bedarf für eine eigenständige Gruppe von Insolvenzverwaltern, die dem jeweiligen Beruf des Insolvenzschuldners angehören. Vielmehr sind die ebenfalls als freiberuflich zu qualifizierenden Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer auch in diesem Betätigungsfeld grundsätzlich geeignet, die Insolvenzverwaltung zu übernehmen.

5. Die Einbeziehung von Sachwaltern, Eigenverwaltern und Restrukturierungsbeauftragten

a. Sachwalter

Der rechtstatsächliche Befund zur Verwaltertätigkeit ist nur vollständig, wenn auch die mit dem Beruf des Insolvenzverwalters verwandten Tätigkeiten und bereits absehbare Neuentwicklungen mit in den Blick genommen werden. Angesprochen ist zunächst die Tätigkeit des bei Anordnung der Eigenverwaltung nach § 270c InsO anstelle des Insolvenzverwalters zu bestellenden Sachwalters. Die Rechtsstellung des Sachverwalters bestimmt sich nach § 274 InsO, der wiederum für die Bestellung auf § 56 InsO verweist. Insgesamt werden für die Bestellung, die Aufsicht durch das Insolvenzgericht sowie für Haftung und Vergütung des Sachwalters die insoweit für den Insolvenzverwalter geltenden Vorschriften in Bezug genommen, sodass dem Sachwalter eine insolvenzverwalterähnliche Stellung zukommt.¹⁷ Ihm obliegen als zentrale Pflichten die Pflicht zur Prüfung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners und die Überwachung der Geschäftsführung sowie der Ausgaben für die Lebensführung (§ 274 InsO). Bei ihm haben die Insolvenzgläubiger ihre Forderungen anzumelden, so dass auch der Sachwalter zur Tabellenführung verpflichtet ist.¹⁸

Als Folge der Verweisung auf § 56 InsO ist als Sachwalter ebenfalls eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen. Die Auswahl des Sachwalters richtet sich damit nach denselben Grundsätzen wie diejenige des Insolvenzverwalters, d.h. es sind an die persönliche und fachliche Qualifikation des

¹⁷ *Haas* in: Gottwald InsR-HdB/ § 90 Rn. 64; *Undritz*, in K. Schmidt, InsO, § 274, Rn. 1; *Plathner* NZI Beilage 2019, 65, 66 weist darauf hin, dass ihm kein Fall bekannt sei, in dem die Rolle eines Sachwalters nicht durch einen Insolvenzverwalter übernommen oder ein solcher nicht durch die beteiligten Berater vorgeschlagen wurde.

¹⁸ *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork InsO, Stand Juni 2019, § 270c Rn. 7; *Undritz*, in K. Schmidt, InsO, § 270c, Rn. 2.

Sachwalters grundsätzlich die gleichen Anforderungen zu stellen wie an die des Insolvenzverwalters. Das gilt schon deshalb, weil das Gericht die Möglichkeit einer späteren Aufhebung der Eigenverwaltung und eine Bestellung des bisherigen Sachwalters zum Insolvenzverwalter in Betracht ziehen muss.¹⁹ Schließlich gelten auch für die Überwachung durch die Gläubigerversammlung die gleichen Grundsätze wie beim Insolvenzverwalter, da entsprechend § 57 S. 1 InsO in der ersten Gläubigerversammlung, die auf die Bestellung des Sachwalters folgt, eine andere Person an dessen Stelle gewählt werden kann.

All dies spricht dafür, für Insolvenzverwalter und Sachwalter ein identisches Berufsrecht anwenden, insbesondere auch für die Bestellung von Sachwaltern die vorherige Aufnahme in das (neu zu schaffende)²⁰ Verzeichnis der Insolvenzverwalter und Sachwalter zu verlangen. Insofern sollte genau genommen von einem einheitlichen Berufsbild der Insolvenzverwalter und Sachwalter (§ 274 InsO) gesprochen werden.

b. Eigenverwalter

Grundlegend anders stellt sich die Situation mit Blick auf den Eigenverwalter dar, auch wenn es auf den ersten Blick gewisse Parallelen geben mag. Bereits der Zweck der Eigenverwaltung verdeutlicht die Unterschiede, da § 270 Abs. 1 InsO als zentrale Rechtsfolge anordnet, dass der Schuldner lediglich berechtigt ist, unter der Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen. Die Eigenverwaltung ist danach keine eigene Form des Insolvenzverfahrens,²¹ vielmehr handelt es sich bei der Entscheidung für ihre Anordnung um eine atypische Zuweisung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis an den Schuldner, die zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinzu kommt.²² Besondere Anforderungen an den Eigenverwalter stellt das Gesetz vor diesem Hintergrund nicht auf. Dass der Eigenverwalter im Fall einer Unternehmensinsolvenz grundsätzlich die Voraussetzungen für die Fortführung des Unternehmens besitzt bzw. besitzen sollte, ergibt sich aus seiner Stellung als Unternehmensinhaber. Mittelbar ergeben sich allerdings materielle Anforderungen aus § 270 Abs. 2 InsO, der neben der formellen

¹⁹ Tetzlaff/Kern in: MüKInsO, § 274, Rn. 14; *Undritz*, in K. Schmidt, InsO, § 274, Rn. 3.

²⁰ Dazu H. II.

²¹ BGH NZI 2007, 240, 240 f.; aA noch Jaeger/*Schilken* § 34 Rn. 22

²² HambK-InsO/*Fiebig* § 270, Rn. 1.

Anforderung eines entsprechenden Antrags des Schuldners (Abs. 2 Nr. 1) in inhaltlicher Hinsicht verlangt, dass keine Umstände bekannt sein dürfen, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird (Abs. 2 Nr. 2). Über die Pflicht des Gerichts zur Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses (Abs. 3) ist zudem eine gewisse Kontrolle auch der persönlichen Befähigung sichergestellt. Eine ausreichende Unterstützung des vorläufigen Gläubigerausschusses macht eine inhaltliche Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen durch das Gericht entbehrlich.

Für die Prognoseentscheidung, ob „künftige Nachteile für die Gläubiger“ zu erwarten sind, bedarf es auch einer Bewertung der persönlichen und fachlichen Qualifikation des Eigenverwalters. So ist darauf abzustellen, ob sich der Schuldner professionell vorbereitet hat, so dass es künftig zu keinen Verzögerungen kommen wird. Bei unvorbereiteten Insolvenzanträgen besteht besonderer Anlass für die auch sonst unverzichtbare Prüfung, ob der Schuldner über ausreichende insolvenzrechtliche Kenntnisse verfügt.²³ Redlichkeit und Zuverlässigkeit des Schuldners, der das Unternehmen in der schwierigen Situation einer Insolvenz weiter führen soll, sind weitere wichtige Entscheidungsparameter.²⁴ Das Gleiche gilt für Vorstrafen des Schuldners wegen Bankrottdelikten, seine eigenen Vermögensverhältnisse sowie vollstreckungsrechtliche oder insolvenzrechtliche Auffälligkeiten, etwa wenn gegen den Schuldner schon Insolvenzanträge gestellt wurden.²⁵ Potentielle Nachteile können sich ferner aus drohenden Interessenkonflikten bei der Durchsetzung von Masseansprüchen ergeben. Allerdings trägt § 280 InsO diesen Gefahren bereits teilweise Rechnung.²⁶ Positiv wäre es dagegen zu bewerten, wenn der Schuldner einen auf § 18 InsO (drohende Zahlungsunfähigkeit) gestützten Eigenantrag selbst gestellt, einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss eingeholt und dem Antrag auf Eigenverwaltung ein Sanierungskonzept in Form eines Insolvenzplans beigelegt hat.

²³ Vgl. AG Hamburg ZIP 2014, 487.

²⁴ Haas in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 87, Rn. 23 f.

²⁵ Zum Ganzen Haas in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 87, Rn. 23 f.; Undritz, in K. Schmidt, InsO, § 270, Rn. 12; Tetzlaff in: MüKInsO § 270, Rn. 59; Pape in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 270, Rn. 107.

²⁶ Vgl. dazu Tetzlaff in: MüKInsO § 270, Rn. 58, 60; Henkel ZIP 2015, 562, 568.

Weitere Unterschiede ergeben sich im Verhältnis zu den Anforderungen an Insolvenzverwalter aus dem Umstand, dass die Eigenverwaltung nicht auf natürliche Personen beschränkt ist. Sie kommt vielmehr auch bei Personen- und Kapitalgesellschaften in Betracht.²⁷ Die Rechtsform des Schuldners, dessen innere Struktur und die Größe des Unternehmens spielen für die Frage, ob eine Gläubigerbenachteiligung droht, allenfalls eine untergeordnete Rolle.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass sich die Anforderungen an den Eigenverwalter einerseits und an einen Insolvenzverwalter/Sachwalter andererseits trotz gewisser Überschneidungen nicht vergleichen lassen. Das zeigt schon die Funktion des Verzeichnisses der Insolvenzverwalter/Sachwalter. Es erscheint zwar denkbar, die Anforderungen an Redlichkeit, Zuverlässigkeit und Sachkunde des Eigenverwalters gesetzlich zu präzisieren. Aufgrund der besonders gelagerten Anforderungen drängt sich jedoch eine Verknüpfung mit der vorliegend im Vordergrund stehenden Thematik nicht auf, so dass die Anforderungen an Eigenverwalter im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht weiter vertieft werden sollen.

c. Restrukturierungsbeauftragte

Im Zuge der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie (dazu III. 2.) wird auch im deutschen Recht mit dem – im ausländischen Recht bereits bekannten²⁸ - Restrukturierungsbeauftragten²⁹ ein neues Tätigkeitsgebiet im Umfeld der Unternehmensinsolvenz bzw. – sanierung geschaffen werden, das im deutschen Insolvenzrecht erst noch seinen Platz finden muss. Die Richtlinie verwendet den Begriff des „Restrukturierungsbeauftragten“ (ursprünglich als Restrukturierungsverwalter bezeichnet)³⁰ in unmittelbarem Zusammenhang mit dem präventiven Restrukturierungsrahmen (Art. 4 bis 20 der Richtlinie). Bei dem Restrukturierungsbeauftragten handelt es sich nicht um eine „Verwaltertätigkeit“ im engeren Sinne. Ähnlich wie bei der Eigenverwaltung wird die Leitung der Restrukturierung (vgl. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie) in die Hände

²⁷ Haas in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 87, Rn. 22.

²⁸ Lindenchrone/Petersen in: MüKInsO, 3. Aufl. 2016, Bd. 4 Dänemark, Rn. 79.

²⁹ Vgl. dazu u.a. die Beiträge von Seagon, Vallender, Plathner, Riewe, in der NZI-Beilage 2019.

³⁰ Vgl. zur Entwicklung Schröder in: Schmidt (Hrsg.), Sanierungsrecht, 2. Aufl. 2019, Teil 2, Rn. 38 ff.

des Schuldners selbst gelegt, allerdings wird der Restrukturierungsbeauftragte nicht vom Schuldner mandatiert, sondern durch das zuständige Gericht/Behörde bestellt. Er ist also weit mehr als ein bloßer Sanierungsberater des Schuldners. Aus der gerichtlichen Bestellung folgt die besondere Funktion des Restrukturierungsbeauftragten, im Interesse aller am Restrukturierungsfall Beteiligten zu handeln.³¹ Nach dem Modell des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie behält der Schuldner während des präventiven Restrukturierungsverfahrens ganz oder zumindest teilweise die Kontrolle über sein Unternehmen und die jeweils national in den Mitgliedstaaten zuständige Justiz- oder Verwaltungsbehörde entscheidet im Einzelfall, ob die Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie). Wie weit der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten insoweit reicht, wird im Schrifttum derzeit noch als offen bezeichnet. Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie und Erwägungsgrund (31) gehen ersichtlich von einer Pflicht der Mitgliedstaaten aus, die Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten zwingend vorzusehen, dagegen statuiert Erwägungsgrund (30) in den gleichen Fällen ein Wahlrecht der Mitgliedstaaten.³²

Im Rahmen des Gutachtens wird unterstellt, dass sich der deutsche Gesetzgeber für eine gesetzliche Regelung des Restrukturierungsbeauftragten entscheiden wird. Bei der Regulierung der Rechtsstellung des Restrukturierungsbeauftragten³³ wird sich der deutsche Gesetzgeber an den Anforderungen, die von § 56 InsO bzw. einem novellierten Abschnitt in §§ 56 ff. InsO für die Insolvenzverwalter aufgestellt werden, orientieren müssen. Vor dem Hintergrund des Zwecks des präventiven Restrukturierungsverfahrens (Vermeidung der drohenden Insolvenz)³⁴ wird im Schrifttum³⁵ zu Recht darauf hingewiesen, dass auch der Restrukturierungsbeauftragte ein hohes Maß an operativer Sanierungskompetenz vorweisen muss. Insbesondere müsse der

³¹ Zu den Aufgaben des Restrukturierungsbeauftragten s. auch *Riewe*, NZI-Beilage 2019, 42.

³² Deutlich etwa die englische Fassung des Erwägungsgrundes 30, „Member States should be able to determine [...]“, die sich nur als Wahlrecht der Mitgliedstaaten verstehen lässt; vgl. dazu auch *Saegan*, NZI-Beilage 2019, 73; *ders.* NZI 2018, 787, 788.

³³ Für eine qualitätssichernde Beschränkung des Zugangs zum Amt des Restrukturierungsberaters schon *Kübler*, ZIP 2016, SO47, SO51.

³⁴ Zu den Zielen des präventiven Restrukturierungsrahmens *Flöther* in: FS Kayser, 2019, S. 215 ff.

³⁵ *Saegan*, NZI-Beilage 2019, 73, 75 f.

Restrukturierungsbeauftragte bei allen Einzelmaßnahmen die Auswirkungen auf das zu restrukturierende Unternehmen im Auge behalten. Zugleich wird aber auch auf Unterschiede hingewiesen und zwar sollen an den Restrukturierungsbeauftragten sogar noch weitergehende Anforderungen als an einen Insolvenzverwalter/Sachwalter gestellt werden.³⁶ Da der Erfolg des Restrukturierungsbeauftragten von der besonderen Erfahrung gerade in der außergerichtlichen Sanierung abhängt, bedürfe es zusätzlicher Kenntnisse auf Seiten des Restrukturierungsbeauftragten.

Mit Blick auf die Berufspflichten spielt ebenso wie beim Insolvenzverwalter die Unabhängigkeit auch beim Restrukturierungsbeauftragten eine zentrale, von Art. 27 Abs. 1 der Richtlinie hervorgehobene Rolle.³⁷ Wer bereits im Vorfeld der förmlichen Einleitung des präventiven Restrukturierungsverfahrens ein reines Parteimandat für einen Beteiligten wahrgenommen hat, kommt grundsätzlich nicht in Betracht. Etwas anderes gilt für Sanierungsberater oder *Chief Restructuring Officers (CROs)*, die sich schon vor der Einleitung im Interesse aller um die Sanierung bemüht haben und die das Vertrauen von Schuldner und beteiligten Gläubigern genießen.

Der deutsche Gesetzgeber hat, insoweit ist die Richtlinie eindeutig, einen weiten Spielraum bei der Ausgestaltung des Bestellungsverfahrens und des Pflichtenprogramms. Art. 26 Abs. 1 lit. d. der Richtlinie gewährt Schuldner und Gläubiger immerhin zur Vermeidung von Interessenkonflikten das Recht, die Auswahl oder Benennung eines Verwalters, und damit auch eines Restrukturierungsbeauftragten, abzulehnen oder das Ersetzen des Verwalters zu verlangen. Der Restrukturierungsbeauftragte kann nach der Richtlinie vom Schuldner, den Gläubigern oder von einem Gläubigerausschuss aus einer von der zuständigen Justiz- oder Verwaltungsbehörde zuvor gebilligten Liste oder einem entsprechenden Pool ausgewählt werden.

Ob das im Rahmen dieser Studie angedachte Konzept eines Verzeichnisses der Insolvenzverwalter/Sachwalter dem Grunde nach auf Restrukturierungsbeauftragte übertragen lässt, lässt sich nicht einfach beantworten. Einerseits gibt es offensichtliche Parallelen zum Sachwalter und den von § 270b InsO für ihn aufgestellten Anfor-

³⁶ Saegan, NZI-Beilage 2019, 73, 75 f.

³⁷ Blersch NZI-Beilage 2019, 77, 79 (zu den Folgen für die Vergütung).

derungen.³⁸ Der Restrukturierungsbeauftragte vereint im Grunde Aufgaben des Insolvenzverwalters und des Sachwalters mit denen eines Mediators und Beraters.³⁹ Andererseits lässt sich seine Tätigkeit nicht in die dem deutschen Recht bekannten Kategorien einordnen.⁴⁰ Die Sanierungsverantwortung liegt, wie erwähnt, in der außergerichtlichen Sanierung beim Schuldner selbst, der aber häufig einer kompetenten Unterstützung durch erfahrene rechts- und betriebswirtschaftliche Berater bzw. einen CRO bedarf, die zugleich über besonderes Verhandlungsgeschick verfügen müssen.⁴¹ Die Unterschiede zwischen präventiver Restrukturierung einerseits und Insolvenzverfahren andererseits sind augenfällig. Während das erstgenannte Verfahren mit dem Ziel der Insolvenzvermeidung durchgeführt wird, geht es beim Insolvenzverfahren um die optimale Abwicklung im Interesse aller Gläubiger.⁴² Ob die Gläubiger dem Restrukturierungsbeauftragten die Sanierung des Unternehmens zutrauen, spielt eine noch deutlich größere Rolle als beim Insolvenzverwalter. Nur dann werden sie nämlich bereit sein, Sanierungsbeiträge zu leisten. Das bedeutet, dass die Bestellung des konkreten Restrukturierungsbeauftragten weitgehend der einvernehmlichen Entscheidung von Gläubigern und Unternehmen überlassen werden sollte.

Der Aufnahme der Restrukturierungsbeauftragten in ein bundeseinheitliches Verzeichnis, das die Einhaltung gewisser Mindestvoraussetzungen sicherstellt, stehen diese Besonderheiten allerdings nicht entgegen. Außer Frage steht zugleich, dass die Basiseignung zur Durchführung einer Verbraucherinsolvenz nicht einmal ansatzweise ein Befähigungsausweis für einen Restrukturierungsbeauftragten sein kann. Diskussionswürdig erscheint damit nur, ob man trotz der bestehenden Unterschiede für **Unternehmensinsolvenzverwalter** und Restrukturierungsbeauftragte nur ein einziges gemeinsames Unterverzeichnis vorsieht und die notwendige Differenzierung in die Hände der Gläubiger bzw. des Insolvenzrichters legt oder ob man für Restruktu-

³⁸ *Plathner*, NZI-Beilage 2019, 65, 66, „zumindest ähnliche Rolle“.

³⁹ Vgl. schon *Kübler*, ZIP 2016, SO47, SO49.

⁴⁰ *Saegan*, NZI-Beilage 2019, 73, 76; *Frind* NZI 2018, 729, 730.

⁴¹ *Saegan*, NZI-Beilage 2019, 73, 76.

⁴² Zu den Unterschieden zwischen Restrukturierungsplan und Insolvenzplan *Hofmann*, NZI-Beilage 2019, 22.

rierungsbeauftragte eine eigene Untergliederung einführt und für die Aufnahme in dieses Unterverzeichnis strengere Voraussetzungen aufstellt.

Der letztgenannte Weg scheint gut vertretbar, gleichwohl wird im Interesse einer schlanken und möglichst unbürokratischen Lösung in dem hier erarbeiteten Lösungsvorschlag zunächst auf ein eigenständiges Verzeichnis für Restrukturierungsbeauftragte verzichtet.⁴³ Die Ausarbeitung eines entsprechenden Alternativmodells wird vorerst zurückgestellt. Dafür spricht, dass die Einführung eines gerichtlich bestellten Restrukturierungsbeauftragten ein Novum ist und die Entwicklung dieses neuen Betätigungsfelds nicht durch unnötige bürokratische Hürden erschwert werden sollte. Hinzu kommt die relativ kurze Übergangsfrist von nur noch gut eineinhalb Jahren bis zum 17. Juli 2021. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Transformationsgesetzes sollte ein hinreichend großer Pool von prinzipiell geeigneten Personen zur Verfügung stehen. Darüber hinaus bietet es sich an, bei der Anmeldung zum Verzeichnis freiwillige Angaben zur Restrukturierungs-/Sanierungserfahrung und Hinweise auf weitere relevante Kompetenzen, etwa eine abgeschlossene Ausbildung zum Mediator zuzulassen. Die Bezeichnung als „zertifizierter Mediator“ (§ 5 Abs. 2 MediationsG) sollte ohnehin registrierungsfähig sein.

Die Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie wird Anlass geben, in die InsO erstmals eine Regelung des Restrukturierungsbeauftragten aufzunehmen. Hinsichtlich der berufsrechtlichen Stellung bietet sich insoweit eine Orientierung am Berufsrecht der Insolvenzverwalter/Sachwalter an. Entsprechende berufsrechtliche Verweisungen sollten im Zuge der Neuregelung in das Gesetz aufgenommen werden. Da derzeit noch nicht einmal das Grundgerüst einer entsprechenden Regelung absehbar ist, verzichtet die vorliegende Studie insoweit auf konkrete Vorgaben.

d. Zusammenfassung

Die für Insolvenzverwalter entwickelten Berufszugangsvoraussetzungen und Berufspflichten sollten entsprechend für **Sachwalter** (§ 274 InsO) gelten.

⁴³ Auch *Plathner*, NZI-Beilage 2019, 65, 66 weist darauf hin, dass die Anforderungen, die an einen Insolvenzverwalter zu stellen sind, diejenigen an einen Restrukturierungsbeauftragten zumindest in Teilen treffend umschreiben.

Auch wenn sich das Anforderungsprofil für **Restrukturierungsbeauftragte** iSv Art. 5 der Restrukturierungsrichtlinie von demjenigen für Insolvenzverwalter unterscheidet, so erscheint es doch vorzugswürdig, jedenfalls zunächst für Unternehmensinsolvenzverwalter und Restrukturierungsbeauftragte nur ein gemeinsames Unterverzeichnis vorzusehen, das allerdings Raum für freiwillige Angaben zu den besonderen fachlichen Anforderungen eines Restrukturierungsbeauftragten lässt. Die notwendige Differenzierung wird bei diesem Modell in die Hände der Gläubiger bzw. des Insolvenzrichters gelegt, deren Entscheidungen aufgrund der freiwilligen Angaben erleichtert werden. Im Interesse einer schlanken, möglichst unbürokratischen und zudem schnell umsetzbaren Lösung für das neue Betätigungsfeld wird daher in dem hier erarbeiteten Konzept zunächst auf ein eigenständiges (Unter-)Verzeichnis für Restrukturierungsbeauftragte verzichtet, zumal die Eckdaten der gesetzlichen Regelung des Restrukturierungsbeauftragten derzeit noch nicht feststehen.

III. Aktuelle rechtspolitische Diskussion und Reformvorschläge

1. Koalitionsvereinbarung

In jüngerer Zeit hat die Diskussion um die Einführung eines eigenen Berufsrechts der Insolvenzverwalter erheblich an Fahrt aufgenommen. Der Koalitionsvertrag vom 14. März 2018⁴⁴ kündigt als Plan der derzeitigen Bundesregierung an:

„Wir werden gesetzliche Rahmenbedingungen für die Berufszulassung und -ausübung von Insolvenzverwalterinnen und Insolvenzverwaltern sowie Sachwalterinnen und Sachwaltern regeln, um im Interesse der Verfahrensbeteiligten eine qualifizierte und zuverlässige Wahrnehmung der Aufgaben sowie effektive Aufsicht zu gewährleisten.“

Die Ankündigung überrascht für einen angeblich „in Auflösung“ befindlichen Beruf,⁴⁵ offenbar haben die Koalitionspartner wohl mit Blick auf Missbrauchsfälle in der Vergangenheit⁴⁶ einen nicht näher präzisierten Handlungsbedarf gesehen.⁴⁷

⁴⁴ Koalitionsvertrag v. 14.3.2018, abrufbar unter www.bundesregierung.de, Zeilen 6194 ff.

⁴⁵ Frind, ZinsO 2017, 2146, 2153.

2. Restrukturierungsrichtlinie

Vorgaben finden sich auch in der schon erwähnten am 16. Juli 2019 in Kraft getretenen Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (sog. Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz).⁴⁸ In dem einschlägigen Titel IV der Richtlinie, die im Wesentlichen bis zum 17. Juli 2021 in nationales Recht umzusetzen ist, heißt es:

TITEL IV

MAßNAHMEN ZUR STEIGERUNG DER EFFIZIENZ VON RESTRUKTURIERUNGS-, INSOLVENZ- UND ENTSCULDUNGSVERFAH- REN

Artikel 25

Justiz- und Verwaltungsbehörden

Unbeschadet der Unabhängigkeit der Justiz und etwaiger Unterschiede im Aufbau des Justizwesens in der Union stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass

a) Mitglieder der Justiz- und Verwaltungsbehörden, die mit Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren befasst sind, eine angemessene Ausbildung erhalten und die für ihre Zuständigkeiten erforderliche Sachkunde haben und

b) Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren mit Blick auf ihre zügige Bearbeitung auf effiziente Weise geführt werden.

⁴⁶ Etwa BGH ZIP 2016, 1648; aus neuerer Zeit auch BGH ZIP 2019, 82 (Vergütungsanspruch bei strafbarer Pflichtverletzung).

⁴⁷ Schmittmann in: FS Kayser, 2020, S. 875, 877; ders. INDat Report 1/2018, S. 42 f.

⁴⁸ ABl. L 172 vom 26.6.2019, S. 18.

Artikel 26

Verwalter in Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass

- a) die von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde in Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren bestellten Verwalter eine angemessene Ausbildung erhalten und die für ihre Zuständigkeiten erforderliche Sachkunde haben;
- b) die Zulassungsvoraussetzungen sowie das Verfahren für die Bestellung, die Abberufung und den Rücktritt von Verwaltern klar, transparent und fair sind;
- c) bei der Bestellung eines Verwalters für einen bestimmten Fall, einschließlich Sachen mit grenzüberschreitenden Bezügen, der Erfahrung und der Sachkunde des Verwalters gebührend Rechnung getragen wird und dabei die besonderen Merkmale des Falles berücksichtigt werden und
- d) Schuldner und Gläubiger zur Vermeidung eines Interessenkonfliktes die Möglichkeit haben, die Auswahl oder Benennung eines Verwalters abzulehnen oder das Ersetzen des Verwalters zu verlangen.

(2) Die Kommission erleichtert im Hinblick auf eine Verbesserung der Qualität der Ausbildung in der gesamten Union den Austausch bewährter Verfahren zwischen den Mitgliedstaaten, unter anderem durch den Austausch von Erfahrungen und Instrumenten zum Kapazitätsaufbau.

Artikel 27

Beaufsichtigung und Vergütung von Verwaltern

(1) Die Mitgliedstaaten richten geeignete Aufsichts- und Regulierungsmechanismen ein, um sicherzustellen, dass die Arbeit von Verwaltern wirksam überwacht wird, damit gewährleistet ist, dass ihre Dienste wirksam und sachkundig und gegenüber den beteiligten Parteien unparteiisch und unabhängig erbracht werden. Derartige Mechanismen umfassen auch Maßnahmen für die Verantwortlichkeit der Verwalter, die ihren Pflichten nicht nachkommen.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Informationen über die Behörden oder Stellen, die die Aufsicht über die Verwalter ausüben, öffentlich zugänglich sind.

(3) Die Mitgliedstaaten können die Erarbeitung und Einhaltung von Verhaltenskodizes durch Verwalter fördern.

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die Vergütung der Verwalter Vorschriften gelten, die mit dem Ziel eines effizienten Abschlusses der Verfahren im Einklang stehen.

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass geeignete Verfahren zur Verfügung stehen, um Streitigkeiten über die Vergütung beizulegen.

Mit den Auswirkungen dieser europarechtlichen Vorgaben auf die Reformüberlegungen setzt sich die Studie unter C. auseinander.

3. Nationale Vorschläge

Einen konkreten, sehr umfangreichen Vorschlag für ein ganz eigenständiges Berufsrecht der Insolvenzverwalter hat jüngst *Volker Römermann*⁴⁹ vorgelegt. Die verdienstvolle Anregung orientiert sich allerdings sehr stark an der Regelung in der BRAO, die der Autor quasi als Blaupause zugrunde legt. Im Kern ersetzt der Entwurf mit gewissen Anpassungen den Begriff des Rechtsanwalts durch denjenigen des Insolvenzverwalters. Die zahlreichen Schwächen des anwaltlichen Berufsrechts werden damit in das Berufsrecht der Insolvenzverwalter transferiert. Zudem erscheint zweifelhaft, ob dieser konzeptionelle Ansatz auch den berechtigten Interessen der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer Rechnung trägt, jedenfalls bedarf diese Frage näherer Überprüfung.

Zwar keinen eigenen Gesetzesvorschlag, aber doch viele entsprechende Hinweise enthält die an der Humboldt-Universität Berlin betreute Dissertation von *Andreas Kästner*⁵⁰, die während seiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Ver-

⁴⁹ *Römermann*, ZIP 2018, 1757.

⁵⁰ *Kästner*, Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters, 2018.

band Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID) entstanden ist und den Positionen dieses Verbandes in vielen Einzelfragen nahesteht.

Der VID hat seinerseits am 18. 12. 2018⁵¹ ein zwölf Punkte umfassendes Eckpunktepapier zur Regelung des Berufsrechts vorgelegt, das eine umfassende Regelung befürwortet.

Eckpunktepapier des VID

(1) Schon im Jahr 2004 wurde durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes der Insolvenzverwalter als eigenständiger und verfassungsrechtlich geschützter Beruf anerkannt. Seit 2009 fordert der Berufsverband der Insolvenzverwalter ein eigenständiges Berufsrecht, insbesondere in den Bereichen Ausbildung, Zulassung, Berufsordnung und Aufsicht. Die Bundesregierung hat im Koalitionsvertrag 2018 diese Forderung explizit aufgenommen (Zeile 6195 ff. Koalitionsvertrag 2018).

(2) Auch auf europäischer Ebene wird mit der im Frühjahr 2019 erwarteten Verabschiedung der EU-Restrukturierungsrichtlinie als Maßnahme zur Effizienzsteigerung die Schaffung einheitlicher, transparenter und fairer Regelungen eines Berufs- und Vergütungsrechts für Insolvenz- und Restrukturierungsverwalter (Amtsträger in Verfahren der Sanierung und Insolvenz) gefordert. In anderen europäischen Ländern, wie etwa Frankreich, England und den Niederlanden, gibt es ein kodifiziertes Berufsrecht.

(3) Das Berufsrecht wird von den Regelungen zur Ausbildung, Zulassung, Berufsausübung, Aufsicht und Vergütung getragen. Nur bei einer umfassenden Regelung aller vorstehenden Punkte wird das vorhandene Regelungsvakuum rechtssicher und verfassungskonform geschlossen.

(4) Seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung sind die Anforderungen an Amtsträgern in Verfahren der Sanierung und Insolvenz permanent gestiegen. Im Sinne der Steigerung von Fachkompetenz und Qualität sind eine strukturierte Ausbildung und Berufszulassung zwingend erforderlich. Einem abgeschlossenen universitären Hochschulstudium schließt sich eine dreijährige Ausbildungs- und Vorbereitungszeit an, die durch eine staatliche Prüfung abgeschlossen wird. Wegen ihrer besonderen Bedeutung sollte die Zuständigkeit für die Zulassungsprüfung einem staatlichen Prüfungsamt zugewiesen werden. Vorbilder sind hier die Regelungen für Notare und Wirtschaftsprüfer.

(5) Erfolgreiche Absolventen der staatlichen Prüfung erhalten eine Berufszulassung, welche durch Eintragung in ein bundeseinheitliches Register (Amtsträgerregister) dokumentiert wird. Dieses steht Gerichten und Gläubigerin als Grundlage für die Bestellung im Einzelfall bzw. die Auswahl eines vorzuschlagenden Verwalters zur Verfügung. Das Amtsträgerregister sollte über weitere besondere qualifizierende Merkmale eines Bewerbers informieren. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist es geboten, langjährig als Insolvenzverwalter Tätige in das Amtsträgerregister auch ohne vorherige Ausbildungsprüfung aufzunehmen.

(6) Die Grundsätze ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung (GOI) werden als Selbstverpflichtung der Branche durchaus begrüßt; als Maßstäbe für gerichtliche Rechts-

⁵¹ Vgl. VID, Eckpunktepapier – Berufsrecht v. 18.12.2018

anwender ist ihnen die Adaption weitestgehend versagt geblieben. Daher muss eine allgemeinverbindliche Berufsordnung auch Regelungen zur Berufsausübung enthalten, die Haftungsmaßstäbe für die Amtsträger im Insolvenz- und Sanierungsverfahren allgemeinverbindlich definieren.

(7) Regelungen der Berufsausübung lehnen sich inhaltlich an die Grundsätze der ordnungsgemäßen Insolvenzverwaltung des VID an. Die Berufsordnung sollte sich auf allgemeine Regelungen beschränken. Detaillierte Regelungen zur Amtsführung im Einzelnen können in Form einer Satzung oder Stellungnahme eines Fachausschusses auf Basis der bisherigen freiwilligen Verhaltenskodizes entwickelt werden.

(8) Regelungen der Berufsausübung sind für alle Beteiligten verbindlich, die im Sanierungs- und / oder Insolvenzverfahren die Aufgabe übernommen haben, die Einhaltung der Vorgaben des Insolvenz- und Sanierungsrechts zu gewährleisten. Dies gilt unabhängig davon, in welcher Funktion (Mitglied eines vertretungsberechtigten Organs, Generalbevollmächtigter, Insolvenzverwalter, Sachwalter etc.) sie diese Aufgaben übernommen haben.

(9) Sanierungs- und Insolvenzverfahren werden von der uneingeschränkten Unabhängigkeit der Amtsträger in Verfahren der Sanierung und Insolvenz von Schuldner und Gläubigern getragen. Diese Unabhängigkeit schließt ein Tätigwerden aus, wenn der Amtsträger persönlich dem Schuldner nahe steht oder er, eine ihm nahestehende Person oder eine mit ihm zur gemeinsamen Berufsausübung verbundene Person persönlich Gläubiger oder Drittschuldner des Schuldners ist. Die erforderliche Unabhängigkeit ist nicht gewährleistet, wenn der Amtsträger in Verfahren der Sanierung und Insolvenz über die Grenzen des § 56 Satz 1 Nr. 2 InsO den Schuldner und / oder einen der beteiligten Gläubiger beraten hat. Die Unabhängigkeit korrespondiert mit einer Redepflicht gegenüber dem Gericht und dem vorläufigen Gläubigerausschuss über Umstände, die bereits Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen könnten.

(10) Regelungen zur Berufszulassung und zur Berufsausübung erfordern spiegelbildlich Regelungen zu einem abgestuften Sanktionssystem bei Verstößen bis hin zu einem Entzug der Berufszulassung. Schon aus verfassungsrechtlichen Gründen müssen derartige Regelungen durch Vorschriften über einen adäquaten Rechtsschutz gegenüber derartigen Aufsichtsmaßnahmen begleitet werden.

(11) Integraler Bestandteil eines Berufsrechts für Amtsträger in Sanierungs- und Insolvenzverfahren ist eine effiziente Berufsaufsicht. Im Sinne der Grundsätze der Subsidiarität und der Selbstverwaltung des Staatsorganisationsrechts sowie zur Nutzung der fachlichen Expertise ist eine verfasste Körperschaft der Berufsträger (Berufskammer) zu implementieren. Ähnlich wie im Bereich der Notare bedarf es einer abgestimmten Wahrnehmung der Aufsicht zwischen Insolvenzgerichten und der Berufskammer.

(12) Die Tätigkeit der Amtsträger ist angemessen zu vergüten. Die seit über 20 Jahren nicht mehr erhöhte und mittlerweile kaum mehr berechenbare, regional zersplitterte Insolvenzverwaltervergütung muss reformiert und in einem Insolvenzverwaltervergütungsgesetz (InsVVG) geregelt werden. Der bereits seit 2014 vorliegende Gesetzesvorschlag stellt insbesondere auf die Kalkulierbarkeit, Transparenz und Angemessenheit der Vergütung im Interesse der Amtsträger, aber auch der am Verfahren beteiligten Gläubiger und Schuldner ab.

Ganz aktuell haben unter dem 25.11.2019 BAKinsO e.V., NIVD e.V. und VID e.V. zum Reformbedarf im Berufsrecht der Insolvenzverwalter ein gemeinsames Eckpunktepapier vorgelegt.⁵²

Gemeinsames Eckpunktepapier

Die beteiligten Verbände haben sich mit diesem Eckpunktepapier über sinnvolle und notwendige Regelungen eines Berufsrechts der Insolvenzverwalter (§§ 56, 58 InsO) verständigt. Dieser Konsens schließt nicht aus, dass die beteiligten Verbände weitergehende Regelungen für erforderlich halten, welche nach ihrem Selbstverständnis von entscheidender Bedeutung für das Berufsrecht sind.

1. Es besteht Einigkeit darüber, dass eine Berufszugangskontrolle über eine neutrale bundesweite Berufszulassungsstelle eingerichtet wird, bei der formale Kriterien geprüft und in einem bundeseinheitlichen Verzeichnis, das Grundlage für eine Bestellung durch den Insolvenzrichter im Einzelfall bildet, hinterlegt werden.

2. Die Verbände halten folgende Kriterien und aufzunehmende Pflichtmitteilungen für ein bundeseinheitliches Verzeichnis für sachgerecht und erforderlich:

- Persönliche Angaben; Verweis auf Homepage,
- Abgeschlossenes Hochschul- oder Fachhochschulstudium der Rechtswissenschaften oder der Betriebswirtschaftslehre,
- Mindestens dreijährige „Lehrzeit“ bei einem erfahrenen Insolvenzverwalter/in, der seit mindestens fünf Jahren kontinuierlich von Insolvenzgerichten in Regelin insolvenzverfahren bestellt wird, nachgewiesen durch eine Bescheinigung des „Ausbilders“,
- Jährlicher Nachweis über eine hinreichende Büroorganisation, belegt durch Vorlage eines Organigramms für das Insolvenzverwalterdezernat,
- Jährlicher Nachweis über eine auf den einzelnen Verwalter bezogene ausreichende Haftpflichtversicherung über mind. 2 M€ für jeden Einzelfall nebst Zahlungsnachweis,
- Schriftliche Mitteilung darüber, an welchen Gerichten der Verwalter bestellt wird,
- Ergänzung der Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi) und Mitteilungen in Strafsachen (MiStra) über rechtskräftige nicht selbst beantragte § 59-er Entscheidungen und rechtskräftige strafrechtliche Verurteilungen (Insolvenzstraftaten und Verurteilungen wegen bestimmter noch zu definierenden Vermögensstraftaten) und eine Verpflichtung des Schuldnerverzeichnisses, abgegebene Vermögensauskünfte an die verzeichnisführende Stelle zu melden.

3. Das bundeseinheitliche Verzeichnis soll nach dem gemeinsamen Verständnis der Verbände hinsichtlich der Verwalternamen, Kanzleisitze und Internetseiten jedermann zugänglich sein.

⁵² Abrufbar unter <https://www.vid.de/initiativen/reformbedarf-im-berufsrecht-der-insolvenzverwalter-gemeinsames-eckpunktepapier-des-bakinso-e-v-der-nivd-e-v-und-des-vid-e-v/>, zuletzt abgerufen unter dem 11. 12. 2019.

Die weiteren erhobenen Daten sind ausschließlich für die Insolvenzgerichte zugänglich.

Jeder Verwalter darf seine eigenen Daten einsehen.

4. Sofern alle unter 2. für die Aufnahme in das Bundesverzeichnis erforderlichen Kriterien und aufzunehmende Pflichtmitteilungen vorliegen, wird der Antragsteller in das Bundesverzeichnis aufgenommen.

5. Es besteht Einigkeit darüber, dass als verzeichnisführende Stelle eine Stelle mit bundesweiter Entscheidungszuständigkeit eingesetzt wird.

6. Es besteht weiterhin Einigkeit darüber, dass allgemein verbindliche Regelungen zur Berufsausübung als Verordnung zur Geltung kommen sollen. Diese Regelungen sollen von einer Arbeitsgruppe/-board nach Vorschlägen der Verbände und Interessenvereinigungen erarbeitet und kontinuierlich fortentwickelt werden.

Diese sollen auch für Eigenverwalter und künftige Restrukturierungsbeauftragte Anwendung finden.

7. Aus dem bundeseinheitlichen Verzeichnis wird rechtsmittelfähig gestrichen, wer

- die Streichung selbst beantragt,
- die Zulassungskriterien nicht mehr erfüllt,
- sich auch nach Aufforderung und Nachfristsetzung weigert, den Nachweis der Erfüllung der Aufnahmekriterien zu führen,
- die Vermögensauskunft abgegeben oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragt hat. Gleiches gilt bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen oder Abweisung eines Insolvenzantrages mangels Masse.

Ab einer noch näher zu bestimmenden Anzahl in einem noch zu definierenden Zeitraum von rechtskräftigen Entlassungsentscheidungen nach § 59 InsO wird die Streichung aus dem bundeseinheitlichen Verzeichnis vollzogen. Hinsichtlich dieser Entscheidungen ist regelhaft der Rechtsweg bis zum Bundesgerichtshof zu eröffnen. Ausgenommen hiervon sind Entlassungen auf eigenen Antrag des Verwalters.

Das Streichen aus der bundeseinheitlichen Liste soll zu einer Entlassung aus dem Insolvenzverwalteramt aus allen laufend betreuten Verfahren führen.

Das Rechtsmittel gegen die Entscheidung über die Streichung aus dem bundeseinheitlichen Verzeichnis soll aufschiebende Wirkung haben.

IV. Erkenntnisse aus der Rechtsvergleichung

Ausländische Rechtsordnungen verlangen teilweise von Bewerbern um das Insolvenzverwalteramt das Absolvieren einer Prüfung, um den angestrebten Beruf ergreifen zu dürfen.

1. Rechtslage in Frankreich

Relativ strenge Anforderungen für Insolvenzverwalter kennt das französische Recht. Nach Art. L811-5 Code de Commerce setzt die Zulassung zum administrateur voraus, dass der Bewerber kumulativ u. a. folgende Voraussetzungen erfüllt:

- (1) Französische Staatsbürgerschaft bzw. Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats der EU,
- (2) Absolvieren eines Zugangsexamens,
- (3) dreijährige Stage bei einem administrateur judiciaire,
- (4) Absolvieren eines Abschlussexamens.

Damit soll generell ausgeschlossen werden, dass im Einzelfall unzureichend ausgebildete Personen Zugang zum Amt des Insolvenzverwalters finden.⁵³

2. Das österreichische Modell der Online-Liste

In Österreich wird seit dem 1. Juli 2002 eine Insolvenzverwalterliste als öffentlich zugängliche Datenbank angeboten, in der sich an der Übernahme von Masse- und Ausgleichsverwaltungen interessierte Personen eintragen können.⁵⁴ Diesem Personenkreis wurde die sog. Ediktsdatei analog zur Veröffentlichung in Versteigerungsverfahren für Veräußerungen und Verpachtungen im Zuge von Insolvenzverfahren zugänglich gemacht. Bei der Ediktsdatei handelt es sich um eine Online-Plattform, auf der gerichtliche Bekanntmachungen veröffentlicht werden. Insolvenzverwalter schalten die Veröffentlichungen selbständig und in eigener Verantwortung elektronisch in die Ediktsdatei ein. Um sich in die Insolvenzverwalterliste des Bundesministeriums für Justiz einzutragen bzw. eintragen zu lassen, benötigt der Interessent eine aktivierte Bürgerkarte oder eine aktivierte Handy-Signatur und muss im Zuge der Selbstwartung sein Geburtsdatum und E-Mailadresse eintragen.⁵⁵ Die für jedermann einsehbare Liste sieht eine Unterteilung nach Bundesländern und nach Branchen vor. Aktuell (Stand: 21. Oktober 2019) gibt es 1279 Eintragungen.

⁵³ Dazu *Kruth*, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, 2006, S. 199; *Vallender*, ZIP 2019, 158, 163.

⁵⁴ Dazu *Vallender/Heukamp*, NZI 2002, 513, 518.

⁵⁵ Siehe die Anmeldeinformationen unter <https://iv.justiz.gv.at/edikte/welcomereg.nsf/ivl/e0>.

3. Angelsächsische Berufsverbandsmodelle

Das englische Recht kennt ebenso wie andere angelsächsische Rechtssysteme ebenfalls als eigene „profession“ den Beruf des „insolvency practitioner“. Qualifikationsanforderungen und Rechtsstellung richten sich nach sec. 390 – 393 des insolvency acts, ergänzt durch insolvency practitioners regulations. Zulassung und Aufsicht über die Insolvenzverwalter werden weitgehend den Berufsverbänden überlassen,⁵⁶ allerdings können auch hierzu befugte staatliche Behörden die entsprechende Befugnis erteilen.⁵⁷ Um ein zugelassener Insolvenzverwalter (licensed insolvency practitioner) zu werden, muss der Interessent zunächst ein eigenes Examen bestehen, die „Joint Insolvency Examination Board (JIEB) exams“⁵⁸ und einer der anerkannten Berufsverbände angehören. Es gibt drei Arten einer Berufszulassung (licence) als Insolvenzverwalter, eine umfassende Zulassung (full licence) und Teilzulassungen entweder für Gesellschaften oder natürliche Personen.⁵⁹ Insgesamt gibt es fünf „Recognised Professional Bodies (RPBs)“, die unter dem Insolvency Act 1986 vom Secretary of State for Energy and Industrial Strategy (BEIS) anerkannt sind mit dem Ziel, insolvency practitioners im Vereinigten Königreich zu beaufsichtigen und zu regulieren.⁶⁰ Im Interesse einer gewissen Vereinheitlichung der Standards haben die RPBs und der Insolvency Service ein gemeinsames Komitee gebildet (The Joint Insolvency Committee (JIC)), das neben einem Code of Ethics und anderen Leitlinien auch berufsweit geltende „Statements of Insolvency Practice (SIPs)“ verabschiedet. Teilweise vergeben die RPBs eigene „Certificates of Proficiency in Insolvency (CPI)“, so etwa die Insolvency Practitioners Association, die als einzige Berufsorganisation ausschließlich auf Insolvenzverwalter konzentriert ist, während andere, wie etwa die Association of Chartered Certified Accountants (ACCA), primär die Angehörigen bestimmter Grundberufe erfassen. Die RPBs werden ihrerseits vom Insolvency Service als staatlicher Behörde überwacht.

⁵⁶ *Schlegel/Bewick*, NZI 2009, Heft 6, S. VI; kritisch gegenüber einer Übertragbarkeit ins deutsche Recht *Frind*, ZIP 2017, 2146, 2150.

⁵⁷ *Pettet*, *Company Law*, 2. Aufl. 2005, S. 412.

⁵⁸ Dazu <https://jieb.co.uk/rpbs/>

⁵⁹ <https://jieb.co.uk/becoming-an-ip/>.

⁶⁰ Zum Ganzen vgl. die Informationen auf den homepages der Verbände, etwa <https://www.insolvency-practitioners.org.uk/>

Interessante rechtsvergleichende Anregungen bieten die ganz aktuell zum 17. Juni 2019 novellierte insolvency practitioners regulations 2019 von Neuseeland.⁶¹ Ziel dieser Neuregelung ist es:

Sec. 3 Purpose

The purpose of this Act is to regulate insolvency practitioners and to establish an independent oversight system in order to promote—

- (a) quality, expertise, and integrity in the profession of insolvency practitioners; and*
- (b) compliance with the statutory duties of insolvency practitioners.*

Als Insolvenzverwalter (insolvency practitioner) wird dabei verstanden:

Sec. 5 Interpretation

insolvency practitioner means any of the following:

- (a) an administrator or a deed administrator (as those terms are defined in section 239B of the Companies Act 1993):*
- (b) an insolvent company liquidator:*
- (c) a receiver (as defined in section 2(1) of the Receiverships Act 1993):*
- (d) a trustee or provisional trustee appointed under subpart 2 of Part 5 of the Insolvency Act 2006*

Ebenso wie in Deutschland sind nur natürliche Personen zugelassen, der Insolvenzverwalter muss außerdem – ähnlich wie nach dem englischen Modell – über eine Berufszulassung durch eine akkreditierte Institution/Berufsverband verfügen und registriert sein.

Mit der Registrierung wird ein ähnlicher Zweck verfolgt wie mit dem für das deutsche Recht angedachten bundesweiten Verzeichnis der Insolvenzverwalter:

Sec. 29 Purposes of register

The purposes of the register are—

- (a) to enable any person to—*
 - (i) determine whether a person is a licensed insolvency practitioner and, if so, the status and relevant history of the person's licence:*
 - (ii) choose a suitable person to carry out an insolvency engagement:*

⁶¹ <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2019/0029/latest/whole.html>.

(iii) know which licensed insolvency practitioners have been disciplined within the preceding 7 years:

(b) to assist any person in the exercise of the person's powers or the performance of the person's functions under this Act or any other enactment.

Das Register gibt somit auch Auskünfte über verhängte Sanktionen.

Das in dieser Studie entwickelte Modell, das im Kern aus einer Kombination von Kammeraufsicht und öffentlichem Verzeichnis beruht, ähnelt der Sache nach diesen Lösungskonzepten, unterscheidet sich jedenfalls – sieht man einmal von der hier als vorzugswürdig erachteten (dazu F. II. 1.) Anknüpfung am kontinentaleuropäischen Kammermodell ab – nicht grundlegend von diesen Konzepten.

4. Studie der Universität Leeds zum Insolvenzrecht

Die Universität Leeds hat im Jahr 2016 die Ergebnisse einer umfangreichen zweijährigen rechtsvergleichende Studie zum Thema „Security Rights and the European Insolvency Regulation“ vorgestellt.⁶² Sie gibt zwar interessante rechtsvergleichende Einblicke in die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten der EU, enthält allerdings nur am Rande Informationen zur Stellung der Insolvenzverwalter. So werden die Befugnisse des Insolvenzverwalters nur sehr eng mit Blick auf die Verwertung von Sicherheiten (z.B. für Deutschland §§ 166 ff. InsO) angesprochen.⁶³

V. Folgerungen für den zu erarbeitenden Regelungsvorschlag

1. Die Einbeziehung der Insolvenzverwalter in der Verbraucherinsolvenz

Der unter II. vorgestellte rechtstatsächliche Befund verdeutlicht zunächst, dass in der rechtspolitischen Diskussion – etwa auch im Koalitionsvertrag – mit unscharfen Begrifflichkeiten gearbeitet und das tatsächlich regelungsbedürftige Betätigungsfeld nicht präzise genug herausgearbeitet wird.

⁶² *McCormack/Bork*, Security Rights and the European Insolvency Regulation, 2016.

⁶³ *McCormack/Bork*, Security Rights and the European Insolvency Regulation, 2016, S. 239 ff.

Bei der Entwicklung eines Reformkonzepts ist zu beachten, dass durch die Aufhebung des § 313 InsO eine begriffliche Verschiebung erfolgt ist. § 313 Abs. 1 S. 1 InsO lautete bis zur Novellierung 2014:

Die Aufgaben des Insolvenzverwalters werden von dem Treuhänder (§ 292 InsO) wahrgenommen.

Nach der Aufhebung des § 313 InsO ist in den ab dem 1. Juli 2014 beantragten Insolvenzverfahren statt eines Treuhänders ebenfalls ein Insolvenzverwalter zu bestellen. Seit der Reform werden somit auch in Verbraucherinsolvenzverfahren Insolvenzverwalter tätig, die sich in ihrer Rechtsstellung im Grundsatz nicht von jenen Insolvenzverwaltern unterscheiden, die in Unternehmensinsolvenzen eingeschaltet werden.

Die früheren §§ 312 bis 314 InsO sollten im Fall eines Verbraucher- oder Kleininsolvenzverfahrens das Prozedere vereinfachen und die Gerichte entlasten. Es hatte sich indes herausgestellt, dass bestimmte Verfahrensvereinfachungen bei Personengesellschaften und juristischen Personen genauso wie bei Verbrauchern sachgerecht waren. Die Bestellung eines Treuhänders hatte in dem vereinfachten Insolvenzverfahren den Zweck, im Vorgriff auf die Restschuldbefreiung zu gewährleisten, dass nur eine Person für die Verwalter- und Treuhänderaufgaben bestellt wird.⁶⁴ Der Treuhänder sollte nur einen Teil der Aufgaben des Insolvenzverwalters wahrnehmen. Wichtige Aufgaben wie die Anfechtung von Rechtshandlungen nach den §§ 129 bis 147 InsO und die Verwertung von mit Pfandrechten oder Absonderungsrechten belasteten Gegenständen waren den Gläubigern übertragen. Diese und weitere Aufgabenverlagerungen auf die Gläubiger hatten sich indes nicht bewährt und von der Möglichkeit, den Treuhänder mit der Anfechtung zu betrauen, wurde nur wenig Gebrauch gemacht. Mit der Streichung von § 313 Abs. 2 InsO wurden diese Rechte daher aus gutem Grund wieder auf den Insolvenzverwalter übertragen.

Seit der Insolvenzverwalter auch im Verbraucherinsolvenzverfahren selbst anfechten und verwerten kann und keine vereinfachte Verteilung durchzuführen hat, gibt es – wie auch die Gesetzesbegründung betont⁶⁵ – von den rechtlichen Vorgaben her keine Unterschiede mehr im Vergleich zu den Aufgaben des Insolvenzverwalters im

⁶⁴ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 12/7302, S. 193.

⁶⁵ BT-Drucks. 17/11268, S. 35 f.

Regelinsolvenzverfahren. Als gewichtiger praktischer und damit auch für die berufsrechtliche Beurteilung relevanter Unterschied bleibt freilich, dass die Durchführung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens einen deutlich geringeren Aufwand verursacht als eine Unternehmensinsolvenz. Insoweit ist hervorzuheben, dass in der Verbraucherinsolvenz

(1) die Unterlagen über die Vermögenssituation bereits durch das außergerichtliche Verfahren gesichtet und geordnet,

(2) die Vermögensverhältnisse überschaubar und

(3) in der Regel die Zahl der Gläubiger und die Höhe der Verbindlichkeiten gering sind.

Der geringere Aufwand allein rechtfertigte zwar nicht die zu Recht aufgegebene Differenzierung zwischen Treuhänder und Insolvenzverwalter. Den aufgezeigten Unterschieden muss aber – so auch die Gesetzesbegründung⁶⁶ – selbstverständlich bei der Vergütung Rechnung getragen werden.⁶⁷ Sie sind darüber hinaus auch im Rahmen der Reformüberlegungen von Bedeutung, da sie unmittelbar auf die theoretischen und praktischen Anforderungen an die Qualifikation des Insolvenzverwalters ausstrahlen. Hinzu kommt, dass – soweit ersichtlich – bislang kaum Fehlentwicklungen im Bereich der Verbraucherinsolvenzen bekannt geworden sind. Rechtsstreitigkeiten betrafen nahezu ausschließlich den wirtschaftlich relevanteren Bereich der Unternehmensinsolvenzen, für den damit strengere Anforderungen aufzustellen sind.

2. Berufsrechtlicher Regelungsrahmen

Nach dem rechtstatsächlichen Befund und dem Blick auf ausländischen Regelungen liegt ein einheitlicher Regelungsrahmen für alle Formen der Insolvenzverwaltung einschließlich der Verbraucherinsolvenzverwaltung nahe. Die geschilderten Besonderheiten bedeuten nicht, dass für Insolvenzverwalter in Verbraucherinsolvenzverfahren keine Präzisierung der Berufspflichten erforderlich wäre. Berufspflichten treffen einen Insolvenzverwalter vielmehr ganz unabhängig von dem im Verfahren zu betreibenden Aufwand und seiner fachlichen Qualifikation. Angesichts der eingeschränkten fachlichen Anforderungen, der geringeren wirtschaftlichen Bedeutung und der damit

⁶⁶ BT-Drucks. 17/11268, S. 36.

⁶⁷ Dazu auch *Sternal*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 311 Rn. 37 ff.

verbundenen abgeschwächten Missbrauchsanfälligkeit wäre eine überzogene Regulierung und Bürokratisierung des auf Verbraucherinsolvenzen beschränkten Teils des Berufsfeldes von Insolvenzverwaltern sachlich nicht gerechtfertigt.

Das im Rahmen dieser Studie entwickelte Konzept trägt den unterschiedlichen Anforderungen an die Verwaltung von Verbraucherinsolvenzen einerseits und Unternehmensinsolvenzen andererseits bei der Gestaltung des Berufszugangs und der Ausgestaltung eines bundeseinheitlichen Verzeichnisses der Insolvenzverwalter Rechnung. Es greift damit neben den verfassungsrechtlichen Erwägungen des BVerfG (dazu B. II.) die Empfehlungen der EU-Restrukturierungsrichtlinie auf, deren Erwägungsgründe besonderen Wert auf ein einheitliches und transparentes Verfahren legen. Gegen eine weitere Differenzierung spricht, dass die Grenze zwischen Unternehmensinsolvenzen von Einzelpersonen und Unternehmensinsolvenzen von kleinen Personengesellschaften fließend sind.

B. Verfassungsrechtliche Grundlagen

I. Die Tätigkeit des Insolvenzverwalters als eigener Beruf.

Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für ein Berufsrecht des Insolvenzverwalters sind seit den beiden Grundsatzentscheidungen des BVerfG vom 3. August 2004⁶⁸ jedenfalls zu einem Teil geklärt. Die Entscheidungen betrafen die Vorauswahl durch den Insolvenzverwalter und den insoweit zu gewährenden Rechtsschutz. Dem BVerfG zufolge ist bereits die Entscheidung des Insolvenzgerichts, ob ein Bewerber um die Bestellung als Insolvenzverwalter in den Kreis derjenigen Personen aufzunehmen ist, aus dem der Richter im Einzelfall den ihm als am ehesten nach § 56 InsO geeignet erscheinenden auswählt, als Akt der öffentlichen Gewalt iSd. Art. 19 Abs. 4 GG gerichtlich überprüfbar. Das Gericht hat sich in seinen grundsätzlichen Erwägungen zum Berufsbild des Insolvenzverwalters auf den Standpunkt gestellt, dass die Tätigkeit von Insolvenzverwaltern angesichts der Entwicklung in den vorausgegangenen zwei Jahrzehnten nicht mehr als bloße Nebentätigkeit der Berufsausübung von Rechtsanwälten oder von Kaufleuten angesehen werden könne. Vielmehr sei die Betätigung als Insolvenzverwalter zu einem eigen-

⁶⁸ BVerfG NJW 2004, 2725.

ständigen Beruf geworden, der vielen Personen maßgeblich zur Schaffung und Aufrechterhaltung der Lebensgrundlage diene, sei es als alleiniger Beruf oder neben einem anderen Beruf. Verwiesen wurde darauf, dass sich Rechtsanwälte spezialisiert zum Fachanwalt für Insolvenzrecht fortbilden und Kanzleien in erheblichem Umfang geschultes Personal vorhalten, um den Arbeitsanfall bei Großinsolvenzen bewältigen zu können. Damit habe sich ein neuer „Markt“ für Rechtsanwälte, Steuerberater und Kaufleute gebildet. Die Bestellungsentscheidung eines Insolvenzrichters berührt nach Auffassung des BVerfG die Berufsfreiheit, weil der Beruf des Insolvenzverwalters nur auf Grund der Zuteilung durch einen Träger öffentlicher Gewalt wahrgenommen werden kann. Das Gericht hat dabei freilich nur unzureichend berücksichtigt, dass auch die Gläubigerversammlung bedeutsame – durch das ESUG⁶⁹ später noch gestärkte⁷⁰ - Möglichkeiten der Einflussnahme hat.

Das BVerfG unterscheidet nicht zwischen Unternehmensinsolvenzen und Verbraucherinsolvenzen und erst recht nicht innerhalb der Unternehmensinsolvenzen zwischen Insolvenzen von Gesellschaften und solchen von natürlichen Personen. Es nennt vielmehr die Verbraucherinsolvenz ausdrücklich als Teil des Betätigungsfeldes. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass das Berufsbild des Insolvenzverwalters alle Bestellungen nach der Insolvenzordnung erfasst, auch diejenigen in Verbraucherinsolvenzen. Jedenfalls seit der erwähnten Streichung der §§ 313 ff. InsO lässt sich ein anderes Verständnis nicht mehr vertreten.

II. Verfassungsrechtliche Voraussetzungen für Zulassungsschranken

1. Allgemeine Grundsätze

Steht somit fest, dass es sich bei der Tätigkeit eines Insolvenzverwalters um einen eigenen Beruf handelt, so gelten für die Aufstellung von Zulassungsschranken für einen solchen Beruf strenge verfassungsrechtliche Anforderungen. Die Grenze für Eingriffe in die verfassungsrechtlich geschützte Berufsfreiheit sind nach der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt.

⁶⁹ Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen v. 7. 12. 2011, BGBl. I S. 2582.

⁷⁰ Zur „Stärkung des Gläubigereinflusses“ vgl. *Heyer*, ZIP 2011, 557.

Es gilt: Je intensiver die Berufsfreiheit eingeschränkt wird, desto schwerer müssen die Gründe dafür wiegen und desto strenger ist die Kontrolle im Rahmen des Prüfungsprogramms der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit). Das BVerfG kontrolliert dabei sogar die Folgerichtigkeit eines Eingriffskonzepts.⁷¹ Neue Anforderungen an eine Berufswahl bedürfen außerdem einer angemessenen Übergangsregelung.⁷²

Im Interesse einer gewissen Strukturierung der verfassungsrechtlichen Kontrolle ordnet das BVerfG den Eingriff in die Berufsfreiheit im Sinne eines ersten Prüfungsschrittes einer von drei Kategorien (sog. Drei-Stufen-Theorie) zu.⁷³ Am freiesten ist der Gesetzgeber bei einer bloßen Regulierung der Berufsausübung, für die bereits „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ genügen.⁷⁴ Bei Berufswahlbeschränkungen gelten strengere Maßstäbe, hier ist zwischen den an persönliche Eigenschaften oder Leistungen anknüpfenden subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen zu differenzieren. Die letztgenannten Schranken (z.B. Bedürfnisprüfungen) wirken am massivsten und sind daher nur zur Abwehr nachweisbar oder höchstwahrscheinlich schwerwiegender Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gerechtfertigt.⁷⁵ Generell unzulässig ist ein Konkurrenzschutz für bestimmte Berufe.

Die Stufenlehre ist zwar bis heute nicht völlig aufgegeben, hat aber inzwischen nur noch mehr oder weniger didaktische Funktionen. Auch das BVerfG erkennt inzwischen an, dass eine klare Trennung wegen des weiten Berufsbegriffs vielfach nicht möglich ist und zudem zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen kann. Regeln der Berufsausübung können durchaus ähnlich massiv wie Zugangsvoraussetzungen belasten, wie das BVerfG in der berühmten, die Anwaltschaft betreffenden Zweitberufsentscheidung festgestellt hat.⁷⁶ Im Schrifttum wird die Prüfung zu Recht mit einer ansteigenden Rampe verglichen, bei der die Berufswahlfreiheit den existentiellen

⁷¹ BVerfG NJW 2008, 2409 – Nichtraucherenschutz.

⁷² BVerfG NJW 2012, 1941; BVerfG NVwZ 2017, 1111.

⁷³ BVerfGE 7, 377, 405 ff.

⁷⁴ BVerfG NJW 2010, 833 Rn. 293 – Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung.

⁷⁵ BVerfG NVwZ-RR 2011, 385.

⁷⁶ BVerfG NJW 1993, 317.

Kern der berufsbezogenen Freiheitsgewährleistung kennzeichnet, dessen Beschränkung als denkbar intensivster Eingriff anzusehen ist.⁷⁷

2. Bedeutung für ein Zulassungsverfahren oder ein Verzeichnis der Insolvenzverwalter

Vorliegend sind die angedachten Beschränkungen in Form eines Verzeichnisses im Sinne einer Vorauswahlliste oder gar eines eigenen Zulassungsverfahrens (dazu im Einzelnen unter H.) den subjektiven Zugangshindernissen zuzuordnen. Sie erschweren die Wahl des Berufs des Insolvenzverwalters erheblich, so dass für ihre Einführung vernünftige Gemeinwohlerwägungen nicht ausreichen. Der Eingriff muss vielmehr zur Wahrung und Sicherung wichtiger Gemeinschaftsgüter geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein, d.h. es darf keine Maßnahmen geben, die den an der Berufswahl Interessierten weniger belasten und mit denen das gleiche Ziel erreicht werden könnte.

In seinen Beschlüssen vom 3. August 2004⁷⁸ hatte das BVerfG noch offengelassen, ob bei der eigentlichen Ernennung von Sachverständigen und Insolvenzverwaltern durch das Gericht lediglich die Berufsausübungsfreiheit berührt werde, da nur die Beteiligung an einer konkreten Insolvenz verweigert wird, oder ob im Einzelfall die Berufswahl tangiert ist, weil durch die Handhabung der Gerichte bestimmten Bewerbern die Berufstätigkeit gänzlich versperrt wird. In jedem Fall gebiete die Komplementärfunktion des Verfahrensrechts eine der Bedeutung des Rechts aus Art. 12 Abs. 1 GG angemessene Verfahrensgestaltung schon im Vorfeld. Die Ausführungen des Gerichts sind für die Beurteilung der nun in der Diskussion stehenden noch stärkeren Formalisierung der Vorauswahl von Bedeutung.

Der Insolvenzrichter habe zwar bei der Insolvenzverwalterbestellung ein weites Auswahlermessen, müsse allerdings angesichts der weitreichenden Wirkung einer Entscheidung für oder gegen bestimmte Berufsangehörige Art. 3 Abs. 1 GG beachten. Es gehe um die Eröffnung von Chancen in einem Wirtschaftssektor, zu dem die Entscheidung eines Amtsrichters die Tür öffnet. Eine Chance auf eine Einbeziehung in ein konkret anstehendes Auswahlverfahren und damit auf Ausübung des Berufs ha-

⁷⁷ Vgl. auch BVerfG NJW 2014, 613; *Schmidt*, in: ErfK, 19. Aufl. 2019, Art. 12 GG Rn. 28; ausführlich *Mann*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 125 ff.

⁷⁸ BVerfG NJW 2004, 2725.

be ein potenzieller Insolvenzverwalter nur bei willkürfreier Einbeziehung in das Vorauswahlverfahren. Wegen der Eilbedürftigkeit der Bestellungsentscheidung bedürfe ein Insolvenzrichter eines Rahmens, wenn er die Auswahl für ein konkretes Insolvenzverfahren trifft.

Verzeichnisse, die einer Vorauswahl dienen, sind nach diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben somit unverzichtbar, ihre gesetzliche Regelung drängt sich auf. Für eine justiziable Vorentscheidung besteht, wie das BVerfG⁷⁹ schon 2004 erkannte, ein besonderer Bedarf, weil sich die Insolvenzen von Großunternehmen oder von Freiberuflern, die Fortführung von Betrieben in der Insolvenz je nach Branchenzugehörigkeit und die Verbraucherinsolvenzen – um nur einige Teilbereiche zu nennen – erheblich unterscheiden. An die Insolvenzverwalter werden insoweit ganz unterschiedliche Anforderungen gestellt. Ob die Richter auf den verschiedenen Auswahlstufen diesen Kriterien der Eignungsfeststellung gerecht werden, müsse gerichtlich überprüft werden können, zumal auch richterliche Ermessensentscheidungen rechtlicher Bindung unterliegen. Die korrekte Handhabung liege im Interesse des Schuldners und der Gläubiger, aber ebenso im öffentlichen Interesse an einer geordneten und effizienten Rechtspflege.

3. Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich damit festhalten, dass

- (1) ein Verzeichnis der Insolvenzverwalter unverzichtbar ist,
- (2) sich gesetzliche Korrekturen gegenüber dem status quo aufdrängen,
- (3) die Entscheidungen über die Aufnahme in das Verzeichnis und über die Streichung aus dem Verzeichnis justiziabel sein müssen und
- (4) bestimmte allgemeine formale Anforderungen an das Verzeichnis zu stellen sind.

Diese Grundsätze sind bei der gesetzlichen Ausgestaltung eines bundeseinheitlichen Verzeichnisses zu beachten.

⁷⁹ BVerfG NJW 2004, 2725.

Soweit das BVerfG noch einen Schritt weitergehend darauf hinweist, dass bei der Ausgestaltung der bisherigen von jedem Insolvenzverwalter individuell geführten Listen

(a) der jeweilige Sachbereich angemessen vollständig in den Blick genommen werden müsse,

(b) keine allgemein gültigen Bewertungsmaßstäbe verletzt werden dürften und

(c) die Richter sich nicht von sachfremden Erwägungen leiten lassen dürften,

lassen sich diese Anforderungen dagegen nicht auf ein bundeseinheitliches Verzeichnis übertragen. Sie betreffen vielmehr bereits die konkrete Auswahlentscheidung des Insolvenzrichters. Das nunmehr angedachte bundeseinheitliche Verzeichnis unterscheidet sich grundlegend von den persönlichen Vorauswahllisten der Insolvenzverwalter, weil es zwangsläufig lediglich sehr allgemein gefasste Berufszugangsvoraussetzungen aufstellen kann. Die Aufnahme in das Verzeichnis prägt die konkrete Auswahlentscheidung des Insolvenzrichters daher deutlich weniger stark vor als eine individuelle, auf die Besonderheiten des jeweiligen Insolvenzgerichts bereits zugeschnittene Liste des einzelnen Insolvenzrichters.

4. Weiterführende Einzelentscheidungen des BVerfG und des BGH zum Beruf des Insolvenzverwalters

a. Überblick

Auch im Anschluss an seine Grundsatzentscheidungen⁸⁰ aus dem Jahre 2004 hatte das BVerfG – insbesondere in den Jahren 2006 bis 2009 – mehrfach Gelegenheit, sich zu den Zugangsvoraussetzungen für den Beruf des Insolvenzverwalters zu äußern. Es hat dabei Hinweise zu rechtlich möglichen, aber auch zu unzulässigen Beschränkungen gegeben, die nicht nur für die Praxis der Insolvenzgerichte, sondern auch für den Reformgesetzgeber bedeutsam sind.

Mehrfach⁸¹ betonte das Gericht dabei, dass – mit Blick auf die Chancengleichheit der Bewerber – in eine Auswahlliste jeder Bewerber eingetragen werden müsse, der die

⁸⁰ BVerfG NJW 2004, 2725.

⁸¹ BVerfG NZI 2006, 636 Rn. 8; BVerfG NZI 2006, 453 Rn. 45; BVerfG NJW-RR 2009, 1502 Rn. 11.

grundsätzlich zu stellenden Anforderungen an eine generelle, von der Typizität des einzelnen Insolvenzverfahrens gelöste Eignung für das erstrebte Amt im Rahmen eines Insolvenzverfahrens erfülle. Daraus folgt als zentrale Vorgabe, dass auch derjenige Bewerber einen Aufnahmeanspruch hat, der lediglich Insolvenzen von Einzelpersonen verwalten möchte.

In seiner Entscheidung vom 19. Juli 2006⁸² hat das Gericht zusätzlich darauf hingewiesen, dass es nicht sachwidrig erscheine, in einfach gelagerten Verfahren, namentlich im Bereich von Verbraucherinsolvenzen, auch einen Bewerber ohne praktische Erfahrung, jedoch mit ausreichendem theoretischen Wissen zum Insolvenzverwalter zu bestellen. Das aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Recht eines Bewerbers auf chancengleichen Zugang zum Insolvenzverwalteramt sei jedoch nicht verletzt, wenn die fachliche Eignung von Bewerbern um das Insolvenzverwalteramt davon abhängig gemacht werde, dass praktische Erfahrungen durch Tätigkeiten in Insolvenzverfahren nachgewiesen sind. Insbesondere werde einem Bewerber hierdurch der Zugang zum Insolvenzverwalteramt nicht gänzlich verstellt oder in unzumutbarer Weise erschwert. Die verlangte praktische Erfahrung könnten nämlich nicht nur solche Personen erwerben, die bei einem Insolvenzverwalter angestellt sind oder angestellt waren, sondern auch in eigener Kanzlei tätige Personen. Die selbstständige Berufsausübung hindere ihn nicht daran, mit einem Insolvenzverwalter zusammenzuarbeiten und auf diesem Weg die im konkreten Verfahren von den Gerichten geforderte „federführende Bearbeitung“ von Insolvenzverfahren unter Aufsicht und Verantwortung eines Insolvenzverwalters zu erbringen. Ob diese Auffassung wirklich praxisnah ist, lässt sich freilich mit einem Fragezeichen versehen.

In seiner Entscheidung vom 27. November 2008⁸³ nahm das BVerfG zwar nicht unmittelbar zu den Anforderungen an ein Verzeichnis der Insolvenzverwalter Stellung, beanstandete es aber nicht, dass für die Feststellung der Eignung allgemein auch das Vorliegen praktischer Erfahrungen in der Insolvenzverwaltung als notwendig angesehen wird.⁸⁴ Es widerspreche weder § 57 S. 3 InsO noch Art. 3 Abs. 1 GG, wenn das Insolvenzgericht die Bestellung eines von der Gläubigerversammlung gewählten Verwalters mit der Begründung versage, dieser sei mangels Vorliegens praktischer

⁸² BVerfG NZI 2006, 636 Rn. 10.

⁸³ BVerfG NZI 2009, 371.

⁸⁴ Unter Verweis auf *Graeber*, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl. 2007, § 56 Rn. 19 m.w. Nachw.

Erfahrungen in der Insolvenzverwaltung ungeeignet. Zugleich wurde darauf hingewiesen, dass im Schrifttum die Berechtigung, die Bezeichnung eines Fachanwalts für Insolvenzrecht zu führen, nicht als ausreichend angesehen werde, wenn es zugleich an einer genügenden praktischen Erfahrung fehle. Erst wenn er als Mitarbeiter Erfahrungen selbstständiger Verantwortungsübernahme und Abwicklung erworben habe, werde sich ein qualifizierter Verwalter bei Gericht um die selbstständige Vergabe von Verfahren bemühen⁸⁵.

In einem Beschluss vom 3. August 2009⁸⁶ gab das BVerfG – obwohl die Verfassungsbeschwerde nicht angenommen wurde – weitere Hinweise zur Gestaltung von und zur Aufnahme in die von Insolvenzverwaltern geführten Vorauswahllisten. Gerade, weil grundsätzlich jeder allgemein geeignete Kandidat einen Aufnahmeanspruch habe, müsse die Gestaltung der Listen der Insolvenzverwalter dem Umstand Rechnung tragen, dass nicht jeder generell für eine Verwaltertätigkeit geeignete Bewerber auch für jede Art von Verfahren geeignet sein könne. § 56 Abs. 1 InsO verdeutliche dies mit dem Abstellen auf die Eignung des Bewerbers „für den jeweiligen Einzelfall“.⁸⁷ Dem sei durch Erhebung der maßgeblichen Daten und durch entsprechende Strukturierung der Listen Rechnung zu tragen.⁸⁸ Vor diesem Hintergrund sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn Insolvenzrichter (wie im vom BVerfG entschiedenen Fall) differenzierte Vorauswahllisten führen, in denen sie zwischen verschiedenen Kategorien von Verfahren oder verschiedenen Anforderungen an den Verwalter unterscheiden.⁸⁹ Die Eignung für ein konkretes Verfahren kann selbstverständlich an Voraussetzungen geknüpft werden, die noch über die erwähnte generelle, von der Typizität des einzelnen Insolvenzverfahrens gelöste Eignung für das Insolvenzverwalteramt im Allgemeinen hinausgehen.⁹⁰ Auch wenn das BVerfG keine untergliederten Listen einfordert, legt es diese Entscheidung doch nahe, bei einer

⁸⁵ BVerfG NZI 2009, 371 Rn. 9 unter Verweis auf Haarmeyer/Wutzke/Förster, Hdb. z. InsO, 3. Aufl. 2001, S. 475f. m.w. Nachw.

⁸⁶ BVerfG NJW-RR 2009, 1502 Rn. 13:

⁸⁷ BVerfG NJW-RR 2009, 1502 Rn. 13.

⁸⁸ Unter Verweis auf BVerfGE 116, 1, 17 = NJW 2006, 2613.

⁸⁹ Unter Verweis auf *Wieland*, ZIP 2005, 233, 237; *Hess/Ruppe*, NZI 2004, 641, 642 f.; krit. *Frind*, in: *Hamburger Komm. z. InsolvenzR*, 3. Aufl. 2009, § 56 Rn. 35.

⁹⁰ Unter Verweis auf BVerfGK 4, 1, 10 = NJW 2004, 2725; *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 56 Rn. 15; *Gerhardt*, in: *Jaeger, InsO*, 2007, § 56 Rn. 54 ff.

gesetzlichen Ausgestaltung einer bundeseinheitlichen Vorauswahlliste eine solche Unterteilung zumindest in die beiden Gruppen der Unternehmensinsolvenzen und Verbraucherinsolvenzen vorzunehmen.

Bedenklich erschien es dem Gericht unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, wenn ein Bewerber um die Aufnahme in die Vorauswahlliste unter Hinweis auf fehlende Ortsnähe abgelehnt werde, weil er nicht an mindestens zwei Tagen pro Woche in seinem ortsnahen Büro persönlich anwesend ist. Allerdings dürfe die Auswahlentscheidung des Richters daran geknüpft werden, dass der ausgewählte Bewerber selbst substantiell bei der Verwaltung mitwirkt und sich nicht bloß darauf beschränkt, im Außenverhältnis die Verantwortung zu übernehmen und die tatsächliche Abwicklung größtenteils auf Mitarbeiter zu delegieren. Das Kriterium der höchstpersönlichen Aufgabenerfüllung wurde vom Gericht somit ausdrücklich als verfassungskonform gebilligt. Welches Maß der Aufgabenübertragung zwischen den beiden Grenzpunkten vollständiger Delegation einerseits und praktisch unverzichtbarer Unterstützung andererseits in konkreten Verfahren noch zulässig sei, müssten die Fachgerichte (nicht dagegen das BVerfG) im Einzelfall feststellen.

Auch der BGH äußerte sich verschiedentlich zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an von den Insolvenzverwaltern geführte Vorauswahllisten. In seinem Beschluss vom 19. Dezember 2007⁹¹ gab der IV. Zivilsenat Hinweise für die Bedeutung von Vorauswahllisten und damit für allgemeine Zulassungsvoraussetzungen, wie sie aktuell in der Diskussion sind. Komme die Justizverwaltungsbehörde zu dem Schluss, dass ein Bewerber die persönlichen und fachlichen Anforderungen für das Amt des Insolvenzverwalters im Allgemeinen erfülle, könne ihm die Aufnahme in die beim Insolvenzgericht geführte Vorauswahlliste nicht versagt werden. Ein Auswahlermessen des zuständigen Insolvenzrichters bestehe erst dann, wenn es darum geht, aus dem Kreis der in der Liste geführten Kandidaten denjenigen auszuwählen, den er im Einzelfall für am besten geeignet hält, um ihm das Amt des Insolvenzverwalters zu übertragen.

Den bisherigen vom Insolvenzrichter geführten Vorauswahllisten soll mithin nur die Funktion zukommen, dem Insolvenzrichter für das konkrete Insolvenzverfahren die Ausübung des Ermessens bei der Auswahl des Insolvenzverwalters zu erleichtern.

⁹¹ BGH NJW-RR 2008, 717.

Er kann auf einen Kreis von Bewerbern zurückgreifen, auf deren allgemeine Qualifikation er sich verlassen kann, weil deren generelle persönliche und fachliche Eignung bereits geprüft und bejaht worden ist. Diese Funktion als dem konkreten Insolvenzverfahren vorgelagertes allgemeines Vorauswahlverfahren können die bisherigen vom Insolvenzrichter geführten Listen – wie der BGH⁹² hervorhebt – nur erfüllen, wenn die Erhebung, Verifizierung und Strukturierung der Daten gewährleistet ist, die nach der Einschätzung des jeweiligen Insolvenzrichters in erster Linie eine sachgerechte Ermessensausübung bei der Auswahl des Insolvenzverwalters aus dem Kreis der geeigneten Bewerber ermöglichen sollen.

Ein bundeseinheitliches Verzeichnis kann die bisherigen individuellen Listen der Insolvenzrichter nicht 1 : 1 ersetzen. Es wird vielmehr zwangsläufig mehr Raum für die eigenverantwortliche Entscheidung des Insolvenzrichters lassen.

b. Folgerungen für ein Reformgesetz.

Über die bereits unter 3. entwickelten allgemeinen Anforderungen hinausgehend lassen sich als Ergebnis der Analyse der Rechtstatsachen und der Rechtsprechungsgrundsätze damit folgende Anforderungen festhalten, die ein gesetzlich geregeltes Vorauswahl- bzw. Zulassungsverfahren zumindest erfüllen sollte, wenn nicht gar erfüllen muss:

(1) Die Vorauswahlliste sollte jedenfalls eine Unterteilung nach Unternehmensinsolvenzen (einschließlich Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragte) und Verbraucherinsolvenzen vorsehen. Eine weitere Unterteilung der Unternehmensinsolvenzen in Insolvenzen von Personen- und Kapitalgesellschaften einerseits und Einzelunternehmensinsolvenzen andererseits erscheint nach den unter A. II. 3 dargelegten Rechtstatsachen zwar nicht ausgeschlossen. Allerdings sind die Grenzen insoweit fließend. So gibt es, wie das Beispiel der Schlecker-Insolvenz zeigt,⁹³ sehr große Einzelunternehmensinsolvenzen, deren Verwaltung einen großen technischen und personellen Apparat voraussetzt, andererseits aber kleine Unternehmensinsolvenzen

⁹² BGH NJW-RR 2008, 717.

⁹³ Die Kanzlei des Schlecker Insolvenzverwalters Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Arndt Geiwitz zählt etwa 200 Mitarbeiter - darunter allein 10 Wirtschaftsprüfer, 18 Steuerberater und 38 Rechtsanwälte, ohne die er die Insolvenz nicht hätte abwickeln können. Sein Honorar wurde auf 15 Mio. Euro geschätzt (Handelsblatt v. 1. 6. 2012; Der Spiegel v. 29.9.2012).

von Personengesellschaften (etwa einer Zweiersozietät von Freiberuflern) und kleinen GmbHs (Einmann-GmbHs), die relativ einfach zu bewältigen sind. Ein systemkonformer Ansatz könnte es sein, mit der Listung im Basisverzeichnis neben der Befugnis zur Verwaltung von Verbraucherinsolvenzen auch die Kompetenz zur Verwaltung von Unternehmensinsolvenzen natürlicher Personen zu verbinden, bei denen der Schuldner nicht mehr als 5 Arbeitnehmer beschäftigt. Er würde die Differenzierung des § 5 Abs. 1 g) FAO aufgreifen, der von erhöhten Anforderungen bei Insolvenzen von Schuldnern mit mehr als fünf Arbeitnehmern ausgeht.

(2) Die Eintragung in das Verzeichnis sollte nicht nur aufgrund einer reinen Selbsteinschätzung des Bewerbers erfolgen, vielmehr muss die Richtigkeit der Pflichtangaben (Kammermitgliedschaft, Berufshaftpflichtversicherung) von der verzeichnisführenden Stelle verifiziert werden können. Das spricht dafür, das Verzeichnis durch die Bundesrechtsanwaltskammer führen zu lassen, wobei die Anträge auf Aufnahme von den regionalen Kammern bearbeitet werden, die bereits über einen Großteil der relevanten Daten (vgl. § 31 BRAO) verfügen. Bei den in begrenztem Umfang möglichen freiwilligen Angaben erscheint dagegen eine ungeprüfte Übernahme vertretbar, da eine effektive Kontrolle der Angaben insoweit durch Gläubiger, Schuldner und Insolvenzgericht bei der konkreten Bestellungsentscheidung erfolgen wird. Falschangaben könnten mit der Streichung aus dem Verzeichnis sanktioniert werden, so dass die Missbrauchsgefahr gering wäre.

C. Europarechtliche Rahmenbedingen

I. Der Regelungsbedarf aufgrund der europäischen Restrukturierungsrichtlinie

Aus europarechtlicher Sicht sind im Zuge der anstehenden Reform zunächst die Vorgaben der unter A. IV. 2 vorgestellten Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (sog. Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz)⁹⁴ zu berücksichtigen.⁹⁵

⁹⁴ ABI. L 172 vom 26.6.2019, S. 18.

Die Erwägungsgründe dieser Richtlinie geben zwar gewisse Anhaltspunkte, welche Regelungsanliegen der europäische Gesetzgeber verfolgt. Bei näherem Hinsehen sind die Hinweise indes sehr allgemein gehalten⁹⁶ und beschränken sich im Wesentlichen darauf, wünschenswerte Regelungen aufzuzeigen, ohne einen konkreten Mindeststandard vorzugeben. Einschlägig sind die Ziff. 85 – 89 der Erwägungsgründe, wobei konkret die Anforderungen an Insolvenzverwalter in den Ziff.: 87 – 89 umschrieben werden, während die an Behörde und Gerichte gestellten Erwartungen in den Ziff. 85 – 86 enthalten sind:

(85) Transparenz und Berechenbarkeit der Verfahren hinsichtlich der Erzielung von Ergebnissen, die die Erhaltung von Unternehmen und eine zweite Chance für Unternehmer fördern oder die effiziente Liquidation nicht bestandsfähiger Unternehmen erlauben, müssen beibehalten und verbessert werden. Ferner muss die in vielen Mitgliedstaaten übermäßig lange Dauer von Insolvenzverfahren, die zu Rechtsunsicherheit für Gläubiger und Anleger sowie zu niedrigen Befriedigungsquoten führt, verringert werden. Angesichts der mit der Verordnung (EU) 2015/848 festgelegten Mechanismen für eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen Gerichten und Verwaltern in grenzüberschreitenden Fällen muss außerdem die Professionalität aller beteiligten Akteure in der gesamten Union auf ein vergleichbares hohes Niveau gebracht werden. Um diese Ziele zu erreichen, sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Mitglieder der Justiz- und Verwaltungsbehörden, die mit Verfahren der präventiven Restrukturierung, Insolvenz und Entschuldung befasst sind, angemessen ausgebildet sind und über die für ihre Zuständigkeiten erforderliche Sachkunde verfügen. Diese Ausbildung und Sachkunde könnte auch während der Ausübung der dienstlichen Tätigkeit als Mitglied einer Justiz- und Verwaltungsbehörde oder — vor der Ernennung für die Ausübung einer solchen dienstlichen Tätigkeit — bei der Ausübung einer sonstigen einschlägigen beruflichen Tätigkeit erworben werden.

⁹⁵ Dazu Vallender, ZIP 2018, 353.

⁹⁶ So zutreffend Bork in: Bork/Thole, Die Verwalterauswahl, 2018, S. 36 f.

(86) Eine solche Ausbildung und Sachkunde sollten es ermöglichen, Entscheidungen mit potenziell erheblichen wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen auf effiziente Weise zu treffen, sollte aber nicht so verstanden werden, dass Mitglieder einer Justizbehörde ausschließlich Sachen im Bereich der Restrukturierung, Insolvenz und Entschuldung bearbeiten müssen. Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren effizient und zügig durchgeführt werden können. Die Einrichtung von Fachgerichten oder -kammern oder die Ernennung von Fachrichtern im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften sowie die Bündelung der Zuständigkeit bei einer begrenzten Zahl von Justiz- oder Verwaltungsbehörden würden effiziente Mittel zur Erreichung der Ziele der Rechtssicherheit und der Effizienz der Verfahren sein. Die Mitgliedstaaten sollten nicht verpflichtet sein vorzuschreiben, dass Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren Vorrang vor anderen Verfahren haben.

(87) Die Mitgliedstaaten sollten auch sicherstellen, dass von Justiz- oder Verwaltungsbehörden bestellte Verwalter (im Folgenden „Verwalter“) im Bereich Restrukturierung, Insolvenz und Entschuldung angemessen ausgebildet sind, in transparenter Weise unter gebührender Berücksichtigung der Notwendigkeit effizienter Verfahren bestellt werden, bei der Erfüllung ihrer Aufgaben beaufsichtigt werden und dass sie ihre Aufgaben integer erfüllen. Es ist wichtig, dass sich die Verwalter an die Standards für solche Aufgaben halten, etwa die Absicherung durch eine Berufshaftpflichtversicherung. Die angemessene Ausbildung, Befähigung und Sachkunde der Verwalter könnte auch während der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit erworben werden. Die Mitgliedstaaten sollten die erforderliche Ausbildung nicht selbst anbieten müssen, sondern dies können beispielsweise Berufsverbände oder sonstige Einrichtungen tun. Insolvenzverwalter im Sinne der Verordnung (EU) 2015/848 sollten in den Anwendungsbereich der vorliegenden Richtlinie einbezogen werden.

(88) Diese Richtlinie sollte die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, vorzuschreiben, dass Verwalter von einem Schuldner, von Gläubigern oder von einem Gläubigerausschuss aus einer Liste oder aus einem Pool, die bezie-

hungsweise der von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde zuvor gebilligt wurde, ausgewählt werden. Dem Schuldner, den Gläubigern oder dem Gläubigerausschuss könnte bei der Auswahl eines Verwalters ein Ermessensspielraum hinsichtlich der Sachkunde und der allgemeinen Erfahrung sowie den Anforderungen des betreffenden Falls gewährt werden. Schuldner, bei denen es sich um natürliche Personen handelt, könnten ganz von dieser Pflicht ausgenommen werden. In Fällen mit grenzüberschreitenden Bezügen sollte bei der Bestellung des Verwalters unter anderem der Fähigkeit des Verwalters gemäß den Verpflichtungen nach der Verordnung (EU) 2015/848, mit Insolvenzverwaltern sowie Justiz- und Verwaltungsbehörden anderer Mitgliedstaaten zu kommunizieren und zusammenzuarbeiten, sowie seinen personellen und administrativen Ressourcen für möglicherweise komplexe Fälle gebührend Rechnung getragen werden. Die Mitgliedstaaten sollten nicht daran gehindert werden, einen Verwalter durch andere Auswahlmethoden, beispielsweise eine Zufallsauswahl mithilfe einer Software, auszuwählen, sofern sichergestellt ist, dass bei Verwendung dieser Methoden der Erfahrung und der Sachkunde des Verwalters gebührend Rechnung getragen wird. Die Mitgliedstaaten sollten in der Lage sein, über die Verfahrenswege für die Ablehnung der Auswahl oder der Bestellung eines Verwalters oder für die Beantragung des Ersetzens des Verwalters zu entscheiden; dies kann beispielsweise ein Gläubigerausschuss sein.

(89) Die Verwalter sollten Aufsichts- und Regulierungsmechanismen unterliegen, die wirksame Maßnahmen hinsichtlich der Rechenschaftspflicht der Verwalter, die ihren Pflichten nicht nachkommen, umfassen sollten, wie: eine Kürzung der Vergütung des Verwalters, die Streichung von der Liste oder aus dem Pool der Verwalter, die in Insolvenzverfahren bestellt werden können, sowie gegebenenfalls Disziplinar- oder Verwaltungssanktionen oder strafrechtliche Sanktionen. Solche Aufsichts- und Regulierungsmechanismen sollten Vorschriften nach nationalem Recht über die Haftpflicht für Schäden aufgrund eines Verstoßes gegen vertragliche oder außervertragliche Verpflichtungen unberührt lassen. Die Mitgliedstaaten sollten jedoch nicht verpflichtet sein, spezifische Behörden oder Stellen einzurichten. Die Mitgliedstaaten sollten dafür sorgen, dass Informationen über die Behörden oder Stellen, die die Auf-

sicht über die Verwalter ausüben, öffentlich zugänglich sind. Ein bloßer Verweis, beispielsweise auf die Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, sollte als Information ausreichen. Es sollte grundsätzlich möglich sein, diese Standards zu erreichen, ohne dass neue Berufe oder Befähigungsnachweise im nationalen Recht eingeführt werden müssen. Die Mitgliedstaaten sollten in der Lage sein, diese Bestimmungen zur Ausbildung und Überprüfung nach nationalem Recht auch auf andere Verwalter, die nicht unter diese Richtlinie fallen, auszuweiten. Die Mitgliedstaaten sollten nicht verpflichtet sein vorzusehen, dass Streitigkeiten über die Vergütung von Verwaltern vor anderen Verfahren Vorrang haben müssen.

Versucht man konkrete Anforderungen an ein Berufsrecht der Insolvenzverwalter herauszufiltern, so lassen sich folgende Postulate für die drei Bereiche

- (1) der berufsrechtlichen Grundlagen,
 - (2) des konkreten Vorauswahl- und Bestellungsverfahrens und
 - (3) der Berufspflichten
- aufstellen.

(1). Allgemeine Grundlagen – Auswahlverfahren und Aufsicht

1. Der Richtlinie liegt ein weites Verständnis des Begriffs des Insolvenzverwalters zugrunde unter Einbeziehung von Verbraucherinsolvenzen und darüberhinausgehend von sonstigen Personen, die im Rahmen von Restrukturierungen und Sanierungen tätig werden.
2. Die Richtlinie legt eine gesetzliche Regelung, die neben dem Insolvenzverwalter auch den Sachwalter und den Restrukturierungsbeauftragten mit umfasst (dazu bereits A. II. 5.), zumindest dringend nahe.
3. Es besteht keine Verpflichtung, einen eigenen Beruf des Insolvenzverwalters oder auch nur eigene Befähigungsnachweise einzuführen.
4. Sichertgestellt werden muss eine angemessene Ausbildung, Befähigung und Sachkunde der Insolvenzverwalter, die allerdings auch während der Berufstätigkeit erworben werden kann.

5. Zwingend ist ein – schon nach dem nationalen Recht gebotenes⁹⁷ – transparentes Bestellungsverfahren, das bedeutet, dass sowohl die Mindestvoraussetzung für die Aufnahme in ein Verzeichnis der Insolvenzverwalter (generelle Eignung) als auch die Auswahlkriterien für die Einzelfallentscheidung des Insolvenzgerichts/Gläubigerversammlung klar und transparent sein müssen. Dagegen besteht keine Pflicht der Mitgliedstaaten zu einer darüber hinausgehenden Ausdifferenzierung der Eignungskriterien.⁹⁸
6. Sichergestellt werden muss eine angemessene Aufsicht über Insolvenzverwalter, einschließlich von Regulierungsmechanismen bei Pflichtverletzungen; hierzu zählt auch die Streichung von der Liste oder aus dem Pool der Verwalter, die in Insolvenzverfahren und Restrukturierungsverfahren bestellt werden können.
7. Es besteht kein Zwang zur Einrichtung von eigenen Berufskammern oder eigenständigen Zulassungsbehörden. Die Berufsaufsicht kann auch durch das Insolvenzgericht erfolgen.
8. Es besteht kein Zwang zur Einrichtung einer eigenständigen Berufsgerichtsbarkeit.
9. Erforderlich ist eine transparente Regelung von Zuständigkeit und Rechtsschutz, wobei ein allgemeiner Verweis auf zuständige Stellen und Gerichtswege ausreicht.

(2) Einzelheiten des Auswahlverfahrens

10. Die Mitgliedstaaten haben einen weiten Gestaltungsspielraum hinsichtlich des Verfahrens und des Rechtsschutzes.
11. Vorauswahllisten (Poollösungen) werden ausdrücklich für zulässig erklärt.
12. Zulässig ist ein Ermessensspielraum des bestellenden Insolvenzrichters hinsichtlich Sachkunde und praktischer Erfahrung bei der konkreten Auswahlentscheidung.
13. In Fällen mit grenzüberschreitenden Bezügen können strengere Anforderungen (erhöhte Kommunikationsanforderungen und Anforderungen an personelle und administrative Ressourcen) gestellt werden.

⁹⁷ BGH ZIP 2016, 876 Rn. 24.

⁹⁸ So auch *Bork* in: *Bork/Thole, Die Verwalterauswahl*, 2018, S. 34 ff, 88.

14. Sogar elektronische Auswahlverfahren sind bei Sicherstellung von Erfahrung und Sachkunde des ausgewählten Bewerbers rechtlich unbedenklich.

(3) Berufspflichten

15. Sicherzustellen ist eine integrale (insbesondere unparteiische und unabhängige) Aufgabenerfüllung.

16. Erforderlich ist eine Absicherung durch eine Berufshaftpflichtversicherung.

17. Wünschenswert ist die Erarbeitung und Einhaltung von Verhaltenskodizes für Verwalter; gegen „berufsrechtliche“ Regelungen bestehen daher keine Bedenken.

Insgesamt sind die Vorgaben sehr allgemein gehalten. Die Richtlinie verwendet durchweg unbestimmte auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe wie „angemessene Ausbildung“ und „erforderliche Sachkunde“ sowie „klar, transparent und fair“. Insbesondere lassen sich der Richtlinie keine konkreten Mindestvorgaben für die Mitgliedstaaten entnehmen. Die Vorgaben der Richtlinie eignen sich nur sehr bedingt als konkrete Eckdaten für ein nationales Berufsrechtsmodell. Im Rahmen der Studie soll daher lediglich bei der jeweiligen Regelung auf die europarechtlichen Vorgaben bzw. Empfehlungen eingegangen werden.

Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die hier vorgestellten Elemente eines Reformgesetzes den europarechtlichen Anforderungen nicht nur uneingeschränkt gerecht werden, sondern darüber hinaus auch Empfehlungen der Richtlinie aufgreifen.

II. Weitere Vorgaben des europäischen Rechts

Der allgemeine Ordnungsrahmen für die Zulassung von Bewerbern zur Insolvenzverwaltung wird durch die europäische Dienstleistungsrichtlinie⁹⁹ (DL-RL) vorgegeben. Sie ist vom deutschen Gesetzgeber für die Tätigkeit als Insolvenzverwalter in Art. 102a EGInsO umgesetzt worden. Auch die Insolvenzverwaltung wird ungeachtet

⁹⁹ ABI. EU 2006 L 376, S. 36.

der Amtsfunktion des Insolvenzverwalters von der Richtlinie umfasst.¹⁰⁰ Sie kann insoweit nicht anders behandelt werden als die Tätigkeit des Notars, für die der EuGH festgehalten hat, dass sie nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt iSv. Art 51 AEUV qualifiziert werden kann.¹⁰¹ Der Insolvenzverwalter handelt ungeachtet seiner Funktion im Insolvenzverfahren rein privatrechtlich. Dieser Ansicht hat sich auch der deutsche Gesetzgeber mit der Einführung des Art. 102a EGInsO angeschlossen.¹⁰²

Die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG¹⁰³ – und mit ihr die Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG¹⁰⁴ in der Fassung der Änderungsrichtlinie 2013/55/EU¹⁰⁵ – sind somit auf das Verfahren zur Berufszulassung von grenzüberschreitend tätigen Insolvenzverwaltern aus den Mitgliedstaaten der EU anzuwenden.¹⁰⁶ Das bedeutet, dass Insolvenzverwalter aus dem europäischen Ausland in Deutschland sowohl im Wege der grenzüberschreitenden Dienstleistung als auch aus einer deutschen Niederlassung heraus tätig werden dürfen. Ausländische Berufsqualifikationen und ausländische Berufspraxis sind gemäß der Berufsanerkennungsrichtlinie zu berücksichtigen. Die Geltung der beiden Richtlinien wirkt sich mittelbar¹⁰⁷ auch auf die Anforderungen an deutsche Verwalter aus, da – unabhängig von der Frage der Inländerdiskriminierung – für alle in Deutschland niedergelassenen Insolvenzverwalter ein identischer Rechtsrahmen gelten sollte. Das Verfahren zur Berufszulassung muss auf im Voraus bekannt gemachten, transparenten und allgemein zugänglichen Kriterien beruhen. Aus Art. 10 Abs. 4 DL ist ferner abzuleiten, dass das derzeit praktizierte System gerichtlicher Vorauswahllisten jedenfalls für EU-Bewerber unzulässig sein dürfte. Nach Art. 9 DL darf ein Mitgliedstaat zwar eine Genehmigungspflicht einführen. Die Genehmigung muss dem Dienstleistungserbringer aber die Aufnahme oder die Ausübung der Dienstleistungstätigkeit im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mit-

¹⁰⁰ *Pieckenbrock/Bluhm*, NJW 2016, 935; ebenso *Bork* in: *Bork/Thole*, Die Verwalterauswahl, 2018, S. 32.

¹⁰¹ EuGH NJW 2011, 2941 (Kommission/Deutschland).

¹⁰² Vgl. BT-Drucks. 17/3356, S. 15.

¹⁰³ ABIEU Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 36 ff.

¹⁰⁴ ABIEU Nr. L 255 v. 30.9.2005, S. 22 ff.

¹⁰⁵ ABIEU Nr. L. 354 v. 28.12.2013, S. 132 ff.

¹⁰⁶ *Sabel/Wimmer*, ZIP 2008, 2097.

¹⁰⁷ Unmittelbare Auswirkungen auf inländische Verwalter hat sie dagegen nicht, *Bork* in: *Bork/Thole*, Die Verwalterauswahl, 2018, S. 30 ff., 39.

gliedstaats ermöglichen, einschließlich der Einrichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften oder Geschäftsstellen, sofern nicht zwingende Gründe des Allgemeininteresses eine Genehmigung für jede einzelne Betriebsstätte oder eine Beschränkung der Genehmigung auf einen bestimmten Teil des Hoheitsgebiets rechtfertigen. Solche zwingenden Gründe des Allgemeinwohls, die gegen eine bundeseinheitliche List sprechen, gibt es ersichtlich nicht. Zumindest für Interessenten aus Mitgliedstaaten der EU muss also ein zentralisiertes Verzeichnis mit bundesweiter Geltung eingeführt werden.¹⁰⁸ Objektive Zugangsschranken, etwa eine Kontingentierung, müssten aus den gleichen Gründen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, die für das Tätigkeitsfeld der Insolvenzverwalter derzeit nicht erkennbar sind. Eine Kanzlei- oder Präsenzpflcht des Insolvenzverwalters am Gerichtsort oder in Gerichtsnähe wäre im Fall grenzüberschreitender Dienstleistungen nach Art. 16 DL-RL ebenfalls unzulässig.

Auch die in § 56 InsO verankerte Beschränkung der freien Rechtsformwahl bedarf als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der Rechtfertigung und müsste zudem geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein (Art. 15 II Buchst. b, III Buchst. b, c der Richtlinie), was von Teilen des Schrifttums mit Blick auf das Verbot der Berufsausübung in Kapitalgesellschaften – entgegen der vom BVerfG für die vergleichbare¹⁰⁹ Frage der Verfassungsmäßigkeit vertretenen Auffassung¹¹⁰ – verneint¹¹¹ oder zumindest als zweifelhaft¹¹² angesehen wird. Art. 15 Abs. 2 Buchst. b DL-RL verlangt eine besondere Rechtfertigung für jede Einschränkung der Freiheit, für die Berufsausübung eine bestimmte Rechtsform zu wählen. Das Verbot der Berufsausübung in der Rechtsform einer juristischen Person (oder Personengesellschaft) ist vom EuGH hinsichtlich der Tätigkeit von Sicherheitsunternehmen sogar als ungeeignet angese-

¹⁰⁸ *Bluhm*, Die Anwendbarkeit und Auswirkungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie auf Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, 2015, S. 234 ff.; *Sabel/Wimmer*, ZIP 2008, 2097, 2105 f.

¹⁰⁹ Die sachliche Rechtfertigung richtet sich auf der europarechtlichen Ebene nach den gleichen Kriterien, die nach dem nationalen Verfassungsrecht gelten, *Bork* in: *Bork/Thole*, Die Verwalterauswahl, 2018, S. 34.

¹¹⁰ EuGH v. 26.1.2006 – C51403 C-514/03, Slg. 2006, I-00963 = ABI EU 2006, Nr. C 86, 4 (LS).

¹¹¹ *Pieckenbrock/Bluhm*, NJW 2016, 935; AG Mannheim ZIP 2016, 132; dagegen AG Mannheim, ZIP 2016, 431; vgl. ferner K. Schmidt/Ries, InsO, § 56, Rn. 11; Göcke in: BeckOK/InsO, § 56, Rn. 6.

¹¹² *Sabel/Wimmer*, ZIP 2008, 2097, 2105 f.

hen worden, überhaupt das Ziel des Verbraucherschutzes zu erreichen. Die Rechtsform eines Unternehmens spielt insoweit nach Auffassung des EuGH keine Rolle. Die von einem Mitgliedstaat für erforderlich gehaltene Beteiligung ausreichend qualifizierter natürlicher Personen könne durch andere Vorgaben – etwa Regelungen über die Beteiligung solcher Personen am Unternehmen – erreicht werden. Beteiligungsbezogenen Restriktionen der (frei-)beruflichen Tätigkeit, wie sie Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern bekannt sind, müssen außerdem mit Blick auf die dahinter stehenden Schutzzwecke verhältnismäßig sein.¹¹³ Für die vorliegende Untersuchung kann dahingestellt bleiben, ob sich das Verbot der Kapitalgesellschaft europarechtlich rechtfertigen lässt. Aus der Perspektive der Rahmenbedingungen für ein Berufsrecht der Insolvenzverwalter handelt es sich um eine seit langem diskutierte, eigenständig zu beurteilende Frage, mit der die Reformdiskussion nicht belastet werden sollte.

¹¹³ *Sabel/Wimmer*, ZIP 2008, 2097, 2105 f.

D. De lege lata aus der InsO und dem jeweiligen Grundberuf herzuleitende Berufspflichten eines Insolvenzverwalters

I. Berufsrecht und Berufsaufsicht nach der InsO

1. Vorschriften mit berufsrechtlichem Gehalt

Die InsO enthält als Verfahrensordnung primär verfahrensrechtliche Bestimmungen, daneben aber auch eine Vielzahl von Vorschriften mit materiell-rechtlichem Gehalt. Derzeit erfüllt sie zugleich die Funktion eines rudimentären Berufsrechts der Insolvenzverwalter. Als Kernvorschrift ragt die generalklauselartige Berufszugangsregelung des § 56 InsO heraus, die in allgemeiner Form die an die Person des Insolvenzverwalters zu stellenden Voraussetzungen regelt, die bei der Bestellung durch das Gericht erfüllt sein müssen. Daneben haben zahlreiche weitere Bestimmungen der InsO einen gewissen Berufsrechtsgehalt. Sie müssen im Rahmen dieser Studie nicht im Detail untersucht werden. Verwiesen sei daher nur überblicksartig auf §§ 60, 61, 69, 79, 165, 166, 175, 176 InsO sowie §§ 335 bis 358 InsO.¹¹⁴ Sämtliche Vorschriften bleiben von dem vorliegend erarbeiteten Regelungsvorschlag unberührt.

2. Ergänzung durch Verhaltenskodizes und Leitlinien

In der Praxis werden diese Vorschriften durch unverbindliche Verhaltenskodizes und Leitlinien ergänzt, die von Berufsverbänden, Interessengemeinschaften der Insolvenzrichter und Insolvenzverwalter und multiprofessionell besetzten Kommissionen erarbeitet wurden.¹¹⁵ Teilweise handelt es sich um die auch von der EU-Kommission befürwortete und etwa im Vereinigten Königreich¹¹⁶ praktizierte Form einer verbandlichen Selbstregulierung. Rechtliche Verbindlichkeit können diese Kodizes ebenso

¹¹⁴ Eingehend dazu *Kästner*, Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters, 2018, S. 79 ff.; *Vallender*, ZIP 2019, 158,

¹¹⁵ Hervorhebung verdienen insoweit die vom VID erlassenen Grundsätze ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung (GOI) und die als Uhlenbruck-Kriterien (Abdruck bei ZIP 2007, 1432; dazu *Uhlenbruck*, NZI 2007, Beilage) bekannten „Empfehlungen der Kommission zur Vorauswahl und Bestellung von InsolvenzverwalterInnen sowie Transparenz, Aufsicht und Kontrolle von Insolvenzverfahren“.

¹¹⁶ Dazu unter A. IV. 3.

wie die bei zahlreichen Freien Berufen diskutierten ethischen Leitlinien nicht entfalten. Gleichwohl sollte ihre Funktion in einer modernen Gesamtordnung des Berufsrechts nicht unterschätzt werden. Sie bilden eine sachgerechte Ergänzung einer gesetzlichen Regelung von Berufszugang und -ausübung, die sich schon aus verfassungsrechtlichen Gründen auf das zur Verwirklichung von Gemeinwohlinteressen erforderliche Maß beschränken muss. Unbedenklich erscheint es, wenn Insolvenzrichter bei ihrer Auswahlentscheidung auch berücksichtigen, dass sich ein Bewerber/Interessent an strenge Berufspflichten aus einer Verbandssatzung bindet.

3. Die verfahrensbezogene Aufsicht über den Insolvenzverwalter durch das Insolvenzgericht

Auch wenn die Insolvenzverwalter de lege lata keiner Aufsicht durch eine eigene Insolvenzverwalterkammer unterworfen sind, so bedeutet dies nicht, dass sie derzeit in einem aufsichtsfreien Raum agieren könnten. Sie werden vielmehr überwiegend sogar in doppelter Hinsicht beaufsichtigt. Zum einen stehen Insolvenzverwalter nahezu ausnahmslos in ihren jeweiligen Grundberufen unter der Aufsicht einer Berufskammer (dazu unter D. II. und III.). Zum anderen ist nach § 58 Abs. 1 InsO das Insolvenzgericht berechtigt, aber auch verpflichtet, den Insolvenzverwalter bei seiner Amtsführung zu überwachen und bei Pflichtverstößen des Insolvenzverwalters auf eigene Initiative Maßnahmen zu ergreifen und Sanktionen zu verhängen. Eine entsprechende Überwachung ist im Interesse eines geordneten und effektiven Insolvenzverfahrens unverzichtbar und verfassungsrechtlich unbedenklich. Nach Auffassung des BVerfG¹¹⁷ bezweckt sie den Schutz der Insolvenzmasse, die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger und generell den Schutz des Schuldners. Die Aufsichtsbefugnisse reichen weit, gehen in der praktischen Umsetzung sogar deutlich über eine Kammeraufsicht hinaus und betreffen das gesamte Handeln des Insolvenzverwalters im Zusammenhang mit der Ausübung seiner insolvenztypischen Pflichten.

Da die Aufsicht durch den Insolvenzrichter unmittelbar das konkrete Insolvenzverfahren betrifft, kann sie zudem deutlich individueller ausgestaltet werden und neben der Komplexität des Verfahrens auch die Erfahrung des Verwalters und seine besondere Bewährung in bisher abgewickelten Verfahren berücksichtigen. Das BVerfG hat in seiner Grundsatzentscheidung zum Ausschluss juristischer Personen vom Amt des

¹¹⁷ BVerfG NJW 2016, 930 Rn. 43.

Insolvenzverwalters¹¹⁸ zwar gewisse Zweifel geäußert, ob die Gerichte mit ihrer derzeitigen Ausstattung und ihrem Kenntnisstand diese Aufgabe zufriedenstellend erfüllen könnten, da eine Überprüfung der Tätigkeit des Insolvenzverwalters vor Ort von den Gerichten personell nicht geleistet werden könne. Diese Kritik bezieht sich allerdings nicht auf die grundsätzliche Durchführung der Aufsicht durch die Insolvenzgerichte, sondern lediglich auf die personelle Ausstattung dieser Gerichte. Bereits an dieser Stelle sei hervorgehoben, dass eine Kammeraufsicht dieses Defizit realistisch gesehen kaum kompensieren könnte. Das würde nämlich voraussetzen, dass sich die von der Kammer eingesetzte Aufsichtsperson noch zusätzlich und parallel zum Insolvenzgericht konkret in jedes einzelne Verfahren einarbeiten müsste, was die Leistungsfähigkeit einer Kammer vollständig sprengen und zudem weit über das hinausgehen würde, was generell von einer Kammeraufsicht erwartet werden kann.

Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch der kritische Befund des BVerfG nicht mehr, jedenfalls nicht mehr in seiner Allgemeinheit aktuell ist. Vielmehr haben zahlreiche Insolvenzgerichte erkannt, dass es verbesserter Methoden und Befugnisse bedarf, um die vom Gesetz vorgegebene Aufsichtspflicht sachgerecht erfüllen zu können, sondern diese Verbesserungen auch in der Praxis umgesetzt.¹¹⁹ Mit *Vallender*¹²⁰ ist damit festzustellen, dass § 58 Abs. 1 S. 1 InsO „wesentliche Elemente einer Berufsausübungskontrolle“ enthält. Von den Insolvenzgerichten nicht geleistet werden kann lediglich eine Kontrolle, die sich auf das gesamte berufsrechtlich relevante Verhalten eines Verwalters erstreckt. Allerdings werden von den Verwaltern begangene Pflichtverletzungen durch die gerichtliche Kontrolle des konkreten Verfahrens eher aufgedeckt, als dies sonst bei einer allgemeinen Berufsaufsicht durch eine Kammer gewährleistet ist. Der Bedarf für eine Kammeraufsicht, die sich an die grundsätzliche Zulassung zum Beruf anschließt, ist damit aufgrund der bereits bestehenden gerichtlichen Kontrolle von vornherein geringer ausgeprägt als bei den derzeit verkammerten Berufen.¹²¹

¹¹⁸ BVerfG NJW 2016, 930 Rn. 58.

¹¹⁹ Dazu mit konkreten Hinweisen *Vallender*, ZIP 2019, 158, .

¹²⁰ *Vallender*, ZIP 2019, 158.

¹²¹ *Frind* NZI 2018, 729, 733 spricht sich aus diesem Grund generell gegen eine Kammeraufsicht aus.

II. Geltung des anwaltlichen Berufsrechts

1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum

Wird ein Rechtsanwalt als Insolvenzverwalter tätig, so bleibt er auch im Rahmen dieser Tätigkeit grundsätzlich dem anwaltlichen Berufsrecht unterworfen. Diese Auffassung ist vom Gutachter¹²² schon sehr früh vertreten worden und entspricht inzwischen auch der herrschenden Meinung im Schrifttum¹²³ und der Rechtsprechung des BGH¹²⁴. Verfassungsrechtlich gesehen ist die Insolvenzverwaltung zwar – wie unter B. ausgeführt wurde – ein eigenständiger Beruf.¹²⁵ Auch ist der Zugang zu diesem verfassungsrechtlich anerkannten Beruf des Insolvenzverwalters in den Vorschriften der Insolvenzordnung, insbesondere in den §§ 56 ff. InsO, besonders geregelt. Da sich in der InsO allerdings lediglich Bestimmungen zur Abwahl, Entlassung, Vergütung und Haftung des Verwalters sowie zu einer Aufsicht des Insolvenzgerichts über den Verwalter finden, die allein auf das jeweilige Insolvenzverfahren bezogen ist, hat es der BGH schon 2005 in einer strafrechtlichen Entscheidung für möglich gehalten, auf die Vorschriften der Berufsordnung desjenigen Berufs zurückzugreifen, welchem der Verwalter angehört (sog. Grundberuf oder Quellberuf).¹²⁶ In seiner Entscheidung vom 6. Juli 2015¹²⁷ hat der Anwaltssenat des BGH diese Auffassung für den anwaltlichen Insolvenzverwalter ausdrücklich bestätigt, u.a. auch deshalb, weil es nach wie vor keine Berufsordnung für Insolvenzverwalter gebe.

Der BGH hat dabei berücksichtigt, dass der Begriff des „Berufs“ iSv. Art. 12 GG sich von demjenigen unterscheidet, welcher der BRAO und der BORA zu Grunde liegt. Unter einem Beruf im verfassungsrechtlichen Sinne wird jede erlaubte Tätigkeit verstanden, unabhängig davon, ob sie einem traditionellen oder rechtlich fixierten Berufsbild entspricht.¹²⁸ Bestimmte Tätigkeitsfelder eines überkommenen oder gesetz-

¹²² Vgl. bereits *Henssler*, in Prütting, Insolvenzrecht 1996, RWS-Forum, 1997, S. 165, 168.

¹²³ Vgl. nur *Henssler*, in *Henssler/Prütting*, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 59c Rn. 6; *Vossebürger*, in *Feuerich/Weyland*, BRAO, 9. Aufl. 2016, Einl. BRAO Rn. 18.

¹²⁴ BGH NJW 2015, 3241.

¹²⁵ BVerfG NJW 2004, 2725; ebenso z.B. *Zipperer*, in *Uhlenbruck*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 56 Rn. 4.

¹²⁶ BGHSt 49, 258, 263 f. = NJW 2005, 1057, 1058.

¹²⁷ BGH NJW 2015, 3241 Rn. 21 ff.

¹²⁸ BVerfGE 68, 272, 281 = NJW 1985, 964; BVerfGE 78, 179, 193 = NJW 1988, 2293; BVerfG NJW 2002, 3531.

lich geregelten Berufsbilds können also einen Beruf im verfassungsrechtlichen Sinne darstellen. Die verfassungsrechtliche Anerkennung einer Tätigkeit als „Beruf“ sagt deshalb – wie der BGH zutreffend hervorhebt – nichts darüber aus, ob diese Tätigkeit zu einem weiter gefassten überkommenen oder gesetzlich geregelten Beruf gehört und damit den betreffenden Regelungen unterfällt. Die Tätigkeit als Insolvenzverwalter gehört dementsprechend – im Einklang mit der Auffassung des Anwaltsenats – trotz ihrer Eigenständigkeit als Beruf gleichzeitig zum Berufsbild des Rechtsanwalts.¹²⁹ Solche Konstellationen sind – wie die Fälle der Testamentsvollstreckung, der Mediation und die Tätigkeit als Treuhänder und Berufsbetreuer zeigen – nicht ungewöhnlich. Das anwaltliche Berufsbild umfasst nicht nur die sog. Vorbehaltsaufgaben, die nach dem RDG ausschließlich den Rechtsanwälten vorbehalten sind, sondern darüber hinaus auch einen wachsenden Bereich sonstiger Tätigkeiten und zwar sogar gewerbliche Formen, wie der BGH im Zusammenhang mit der Treuhandtätigkeit ausdrücklich festgestellt hat.¹³⁰

Die Tätigkeit als Insolvenzverwalter stellt für einen Rechtsanwalt damit keinen Zweitberuf im berufsrechtlichen Sinne dar, dessen Zulässigkeit bei der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft gemäß § 7 Nr. 8 BRAO oder später gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO eigens geprüft werden müsste.¹³¹

Auch die Fachanwaltsordnung, welche die bei der Bundesrechtsanwaltskammer eingerichtete Satzungsversammlung auf Grund der Satzungskompetenz der §§ 43 c Abs. 1 Satz 2, 59b Abs. 2 Nr. 2 BRAO erlassen hat, versteht die Insolvenzverwaltertätigkeit als Teil der Anwaltstätigkeit. Unterstützt wird dies durch die eingangs geschilderten rechtstatsächlichen Befunde (dazu A. II.), nach denen der Anteil der Rechtsanwälte unter den Insolvenzverwaltern bei über 92 % liegt.¹³²

¹²⁹ BGH NJW 2015, 3241 Rn. 23; vgl. auch bereits BGHZ 93, 278, 286 = NJW 1985, 1161 (obiter); sowie *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 59c Rn. 6; *Vossebürger*, in: *Feuerich/Weyland*, BRAO, 9. Aufl. 2016, Einl. BRAO Rn. 18; zur Gegenauffassung etwa *Brüning*, Die berufsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts als Funktionsträger im Insolvenzverfahren, 1998, S. 279 f.; *Deckenbrock/Fleckner*, ZIP 2005, 2290, 2296.

¹³⁰ BGH NZG 2016, 398 (gewerbliche Treuhand gehört „seit jeher“ zum anwaltlichen Berufsbild), dazu *Henssler*, EWiR 2016, 239.

¹³¹ *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 7 Rn. 105, 107.

¹³² Vgl. auch den Beschluss der HV der BRAK 25. 10.2019, der davon ausgeht, dass 95 % der Insolvenzverfahren derzeit von Mitgliedern der Rechtsanwaltskammern betreut werden; dazu Presseerklärung Nr. 14 der BRAK v. 25.10.2019.

Der Anwaltssenat¹³³ hat allerdings ganz zutreffend auch gesehen, dass sich die Verwaltungstätigkeit vom Kernbereich der anwaltlichen Tätigkeit, wie er insbesondere in § 3 BRAO beschrieben wird, deutlich unterscheidet. Als Insolvenzverwalter wird der Anwalt nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie rechtsberatend tätig. Er vertritt den Schuldner nicht nur in Rechtsangelegenheiten iSv. § 3 Abs. 1 BRAO, sondern ist – weit darüberhinausgehend – von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an befugt, dessen zur Masse gehörendes Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen (§ 80 Abs. 1 InsO). Diese Befugnis wird ihm durch einen Hoheitsakt, nämlich die Bestellung durch das Insolvenzgericht (vgl. § 56 InsO) verliehen. Die vom Anwaltssenat ebenfalls zur Erläuterung der Unterschiede herangezogene Vorschrift des § 45 BRAO, die der Abgrenzung des Berufs des Rechtsanwalts von nicht-anwaltlichen Zweitberufen dient, ist, weil inhaltlich leider völlig missglückt,¹³⁴ wenig aussagekräftig. Sie zeigt immerhin, dass der Gesetzgeber gewisse Unterschiede zwischen der typischen Tätigkeit eines Rechtsanwalts und der Tätigkeit des Rechtsanwalts als Insolvenzverwalter sieht.¹³⁵

Diese Unterschiede führen dazu, dass ungeachtet der prinzipiellen Qualifikation der Insolvenzverwaltung als anwaltliche Tätigkeit jeweils im Einzelfall geprüft werden muss, ob die Vorschrift des anwaltlichen Berufsrechts, insbesondere eine dem Rechtsanwalt auferlegte Berufspflicht, auch bei der Tätigkeit als Insolvenzverwalter passt. Bei dem – im vom BGH entschiedenen Fall einschlägigen – § 12 BORA ergab die gebotene bereichsspezifische Auslegung aus Sicht des Gerichts, dass sich der zum Insolvenzverwalter bestellte Rechtsanwalt, der Forderungen der Masse gegen einen anwaltlich vertretenen Gegner durchzusetzen versucht, an das Umgehungsverbot des § 12 BORA zu halten habe.¹³⁶

Der Anwaltssenat hat dabei zu Recht eine individuelle Prüfung der konkreten Norm vorgenommen. § 12 BORA liege die Überlegung zu Grunde, dass die Verhandlungen zwischen den Berufsträgern zu einer Versachlichung der Auseinandersetzung, zu

¹³³ BGH NJW 2015, 3241 Rn. 23.

¹³⁴ Dazu *Kilian*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 45 Rn. 11c f., 44.

¹³⁵ BT-Drucks. 12/4993, S. 29.

¹³⁶ BGH NJW 2015, 3241 Rn. 17, 27; kritisch *Deckenbrock*, AnwBl 2016, 365 ff.; *Kilian*, WuB 205, 683 ff. Das BVerfG hat die gegen die Entscheidung des BGH gerichtete Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen, vgl. BVerfG ZIP 2015, 2328.

einer schnelleren Einigung und damit zur Funktionsfähigkeit der Rechtspflege beitragen können. Die Vorschrift greife deshalb unabhängig davon ein, ob der Anwalt eine Forderung der von ihm verwalteten Insolvenzmasse oder eine solche eines Mandanten einziehe. Insolvenzrechtliche Besonderheiten seien insoweit nicht zu berücksichtigen.¹³⁷

Selbst innerhalb des Anwendungsbereichs des § 12 BORA differenziert der BGH. So weist er darauf hin, dass in der Kommentarliteratur die Anwendung des § 12 BORA auf den Umgang des zum Insolvenzverwalter bestellten Anwalts mit dem anwaltlich vertretenen Schuldner zu Recht in Zweifel gezogen werde, soweit es um dessen Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten nach § 97 InsO gehe. Bei § 97 InsO handele es sich um eine zentrale, das Insolvenzverfahren prägende Vorschrift, welche auf der Überlegung beruhe, dass das Insolvenzverfahren nur dann effektiv durchgeführt werden kann, wenn der Schuldner mitwirkt. Der Schuldner habe sich deshalb auf Anordnung des Insolvenzgerichts jederzeit zur Verfügung des Verwalters zu halten, um die erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Der Grundsatz der „Waffengleichheit“ und der mit § 12 BORA beabsichtigte Schutz vor Überrumpelung müsse hier zurücktreten. Das Ziel einer effektiven Rechtspflege wird durch die unmittelbare Befragung des Schuldners eher verwirklicht als durch die Einschaltung eines rechtlichen Beraters, der nicht zur jederzeitigen Auskunftsbereitschaft angehalten werden kann.¹³⁸ Forderungen der Masse seien hingegen wiederum nach den allgemeinen Regeln geltend zu machen. Im Zivilprozess gälten insoweit keine Besonderheiten. Deshalb spreche in diesen Fällen auch nichts gegen die Einhaltung des Umgehungsverbots des § 12 BORA.¹³⁹ Im Schrifttum ist dieser Ansatz teilweise kritisiert worden, weil er der besonderen Stellung des Insolvenzverwalters nicht gerecht werde,¹⁴⁰ aber auch auf Zustimmung gestoßen.¹⁴¹

¹³⁷ BGH NJW 2015, 3241 Rn. 30.

¹³⁸ BGH NJW 2015, 3241 Rn. 30.

¹³⁹ BGH NJW 2015, 3241 Rn. 31.

¹⁴⁰ *Vallender*, NZI 2017, 641, 643.

¹⁴¹ Vgl. *Thole*, NZI 2017, 737, 738.

2. Folgerungen für anwendbare Berufspflichten

a. Anwendbarkeit der anwaltlichen Grundpflichten

Die differenzierte Betrachtungsweise führt, da sie gerade darauf abzielt, Besonderheiten der Insolvenzverwaltung zu berücksichtigen, zu keinen Schutzlücken in der Aufsicht über anwaltliche Insolvenzverwalter. So bleiben insbesondere die anwaltlichen Grundpflichten der Unabhängigkeit, Verschwiegenheit und das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen unberührt. Sie müssen grundsätzlich auch bei der Wahrnehmung von Insolvenzverwaltungen beachtet werden. Auch insoweit zeigt sich die inzwischen verbreitet anerkannte Tatsache, dass die Regelung in § 45 InsO inkohärent und insgesamt missglückt ist.¹⁴² Die Reform der InsO sollte zum Anlass genommen werden, auch diese Vorschrift neu zu fassen.

Zu beachten sind vom Insolvenzverwalter außerdem das Sachlichkeitsgebot und die Verpflichtung zur sorgfältigen Behandlung anvertrauter Vermögenswerte (§ 43a Abs. 3 und 5 BRAO). Darüber hinaus bietet die Generalklausel des § 43 BRAO, nach der ein Rechtsanwalt zur gewissenhaften Berufsausübung verpflichtet ist, der Kammer die Möglichkeit, auch spezifische Berufspflichten als Insolvenzverwalter, wie sie sich aus der InsO ergeben (dazu die Übersicht unter D. I. 1.), zu überwachen und bei Verstößen die in der BRAO vorgesehenen Sanktionen zu verhängen. Gesetzesverstöße sind dem Rechtsanwalt während seiner Tätigkeit generell untersagt, ganz unabhängig davon, ob sie in der BRAO oder in sonstigen Gesetzen, etwa dem MediationsG oder der InsO, geregelt sind.

b. Das Beispiel des § 27 BORA

Auch im Übrigen erlaubt der differenzierende Ansatz des BGH sachgerechte Lösungen. Aufgrund der aufgezeigten Unterschiede zwischen der Tätigkeit eines Insolvenzverwalters und der typischen anwaltlichen Tätigkeit als Berater und Interessenvertreter ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die berufsrechtliche Vorschrift gerade auch bei der weiter gefassten, zum Teil unternehmerischen Tätigkeit eines Insolvenzverwalters passt. Überträgt man die vom BGH vorgegebene Vorgehensweise etwa auf die in der Praxis bedeutsame Frage, ob § 27 BORA einer Abtretung der Insolvenzverwaltervergütung an eine auf Sanierungsmaßnahmen spezialisierte ge-

¹⁴² Dazu *Kilian*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 45 Rn. 11c f., 44.

werbliche GmbH entgegensteht, ergeben sich sachgerechte Ergebnisse. Zumindest eine Teilabtretung muss danach möglich sein.

Gegen die Einschlägigkeit des § 27 BORA in dieser Fallkonstellation lässt sich zunächst eine jüngst ergangene Entscheidung des ArbG München anführen, die trotz der Tatsache, dass es sich um ein untergerichtliches Urteil handelt, eine beachtliche Aufmerksamkeit erfahren und Zustimmung gefunden hat.¹⁴³ Das ArbG München hatte über den Fall einer Rechtsanwältin zu entscheiden, die sich gegenüber ihrer nicht-anwaltlichen Arbeitgeberin (einer Insolvenzverwaltungsgesellschaft) zur Abtretung der Ansprüche aus einer Insolvenzverwaltertätigkeit verpflichtet hatte. Völlig zu Recht ging das Gericht davon aus, dass der geschlossene Vertrag gemäß § 46 Abs. 1 BRAO, § 134 BGB nichtig war, da der Anwältin die für die Beschäftigung bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber erforderliche Syndikuszulassung fehlte. In diesem Zusammenhang führte das ArbG München aber zugleich aus, dass grundsätzlich ein rechtlich anzuerkennendes Interesse der Arbeitgeberin am Erhalt jedenfalls eines gewissen Anteils an der von der Anwältin für ihre Tätigkeit als Insolvenzverwalterin vereinnahmten Vergütung bestanden hätte, wenn denn eine eigene Anwaltszulassung erteilt worden wäre. Entscheidend sei, dass die Gesellschaft der Anwältin während der Zeit ihrer Tätigkeit im Anstellungsverhältnis die organisatorische, personelle und sachliche Ausstattung zur Verfügung gestellt habe, die ihr die Bearbeitung der übertragenen Insolvenzverfahren ermöglichte. Deshalb sei es (bei einem rechtlich nicht zu beanstandenden) Arbeitsverhältnis sachgerecht, wenn die Arbeitgeberin zumindest einen gewissen Anteil der von der anwaltlichen Insolvenzverwalterin vom Gericht bezogenen Vergütung erhalte.¹⁴⁴

Für die Sicherstellung des grundsätzlich anzuerkennenden Interesses der Gesellschaft an einem Ausgleich für die Zurverfügungstellung von sächlichen und persönlichen Mitteln sind somit hinreichend bestimmte und angemessene Regelungen über eine Verteilung der dem Insolvenzverwalter persönlich zustehende und zufließende Verwaltervergütung denkbar und möglich.¹⁴⁵ Ausnahmen sind dem ArbG München zufolge denkbar, wenn die Verwaltertätigkeit überwiegend vor Abschluss des Anstel-

¹⁴³ Abdrucke erfolgten sowohl in der ZIP (ZIP 2019, 932) als auch in der NZI (ArbG München, NZI 2019, 514) und im Anwaltsblatt (AnwBl 2019, 169). Ferner EWiR 2019, 377 mit Anm. *Römermann*.

¹⁴⁴ ArbG München, NZI 2019, 514, 516; zust. *Römermann*, EWiR 2019, 377, 378.

¹⁴⁵ ArbG München, NZI 2019, 514, 517.

lungsvertrags mit der Insolvenzverwaltungsgesellschaft erledigt wurde oder aber wenn eine Bestellung unmittelbar vor Beendigung des Anstellungsverhältnisses erfolgt sei.¹⁴⁶

Bemerkenswert ist, dass die Zulässigkeit der Abtretungsvereinbarung nach Auffassung des ArbG München allein an der berufsrechtswidrigen Ausgestaltung des Innenverhältnisses und an der überschießenden Tendenz der Vereinbarung scheiterte.¹⁴⁷ Im Grundsatz hält das Gericht Abtretungen des Verwalterhonorars indes – ohne § 27 BORA auch nur zu erwähnen – für unbedenklich, da sie einem praktischen Bedürfnis der Insolvenzverwaltergesellschaften Rechnung tragen.

c. Eigenständiges Honorarrecht der Insolvenzverwalter

Der vom ArbG München vertretenen Auffassung ist zuzustimmen. Bei der Erstreckung des § 27 BORA ist nach geltendem Recht zu berücksichtigen, dass es zwar kein eigenes Berufsrecht der Insolvenzverwalter gibt, dass aber die Grundzüge der Vergütung und Auslagenerstattung der Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren nach der InsO in §§ 63 bis 65 eigenständig geregelt sind. Die Vergütung richtet sich damit nicht nach den Regelungen der BRAO und auch nicht nach dem RVG. Die InsO kennt aber kein generelles Verbot der Drittbeteiligung am „wirtschaftlichen Ergebnis“ der Verwaltungstätigkeit, wie es § 27 S. 1 BORA für Anwaltsgebühren vorsieht. Erst recht gibt es kein Gebührenteilungsverbot, wie es etwa § 17 Abs. 1 S. 4 BNotO für einen Anwaltsnotar vorschreibt. Verlangt wird lediglich die persönliche Wahrnehmung der Kernaufgaben als Insolvenzverwalter.

d. Keine Gefährdung der Unabhängigkeit durch Honorarabtretung an Berufsausübungsgesellschaft, in welcher der Rechtsanwalt anwaltlich tätig ist

Die Vorschrift des § 27 BORA ist auf Insolvenzverwalterhonorare aber auch inhaltlich nicht übertragbar. Ein wesentlicher Unterschied ist, dass ein Insolvenzverwalter, wie dargelegt wurde, insbesondere in Großverfahren anders als ein Rechtsanwalt die Gesamttätigkeit nicht höchstpersönlich erbringen kann. Er benötigt im Gegenteil ein großes Team, das ihm zuarbeitet. Insofern unterscheidet sich die Insolvenzverwal-

¹⁴⁶ ArbG München, NZI 2019, 514, 516.

¹⁴⁷ Insofern a.A. *Römermann*, EWIR 2019, 377, 378.

tung auch vom Typus des Freien Berufes, bei dem die berufliche Leistung typischerweise ohne einen großen Mitarbeiterstab erbracht werden kann. Rechtsanwälte können, wie aktuelle Studien belegen, den Kern ihrer beruflichen Tätigkeit – steigender Komplexität und Materialfülle zum Trotz – immer noch sehr gut allein als sogenannte Einzelanwälte bzw. Soloselbstständige ausüben. Sofern sie ihre Tätigkeit gemeinsam mit anderen ausüben möchten, steht ihnen hierzu mittlerweile eine Vielzahl von Berufsausübungsgesellschaften zur Verfügung, eine Tatsache, der § 27 BORA insofern Rechnung trägt, als die Gebührenweitergabe insofern für unproblematisch zulässig erklärt wird.

Der Insolvenzverwalter wird demgegenüber unternehmerisch tätig, sein Beruf weist eine Nähe zur gewerblichen Tätigkeit auf. Es ist daher – worauf auch das ArbG München hinweist – system- bzw. funktionsbedingt, dass er einen großen Teil seiner Vergütung an Personen weitergibt, die ihn in seiner Tätigkeit in vielfältiger Hinsicht unterstützen. Das spricht dafür, eine Weitergabe an solche Gesellschaften, die ihm erst die sächlichen und personellen Mittel für die Durchführung der Insolvenzverwaltung zur Verfügung stellen, zumindest dann zuzulassen, wenn er selbst an dieser Gesellschaft beteiligt ist und er auch einen Teil der über ihn generierten Erlöse der Gesellschaft erhält.

e. Die doppelte Treuhändertätigkeit von Insolvenzverwaltern (§ 3 Abs. 1 S. 2 BORA)

Ein häufiges Phänomen ist in Sanierungsszenarien die Vereinbarung einer sog doppel-nützigen Treuhand etwa über Gesellschaftsanteile. Ziel solcher Vereinbarungen ist es, einen Treuhänder einzuschalten, der sodann auf der Grundlage eines Vertrags zugunsten Dritter, den er mit dem Gesellschafter abschließt, im Verwertungsfall die Interessen der finanzierenden Bank wahren muss. § 3 Abs. 1 S. 2 BORA sieht inzwischen eine berufsrechtliche Regelung solcher Konstellationen vor.¹⁴⁸ Zur Vermeidung von Interessenkollisionen verbietet es die Vorschrift einem Rechtsanwalt, in einem laufenden Mandat Vermögenswerte von einem Mandanten und/oder dem Anspruchsgegner zum Zweck der treuhänderischen Verwaltung oder Verwahrung für beide Parteien entgegenzunehmen. In Sanierungskonstellationen besteht allerdings

¹⁴⁸ § 3 Abs. 1 S. 2 BORA: Der Rechtsanwalt darf in einem laufenden Mandat auch keine Vermögenswerte von dem Mandanten und/oder dem Anspruchsgegner zum Zweck der treuhänderischen Verwaltung oder Verwahrung für beide Parteien entgegennehmen.

die Besonderheit, dass die Interessen der Beteiligten weitgehend gleichlaufen. Das gilt jedenfalls bis zum Eintritt des Verwertungsfalls und selbst im Verwertungsfall dient ein hoher Erlös aus der Beteiligung auch dem Interesse des Gesellschafters. Ob überhaupt widerstreitende Interessen vertreten werden, wird daher im Schrifttum aus guten Gründen bezweifelt.¹⁴⁹ Die gebotene verfassungskonforme Auslegung zwingt bei richtigem Verständnis¹⁵⁰ zu einer teleologischen Reduktion, wenn im konkreten Einzelfall ein Interessenkonflikt ausscheidet. Unabhängig von der allgemeinen Beurteilung des § 3 Abs. 1 S. 2 BORA bietet es sich an, die Vorschrift bei einer anwaltlichen Tätigkeit als Sachwalter, Restrukturierungsbeauftragter oder Insolvenzverwalter unter Berücksichtigung der Besonderheiten dieser Funktionen zurückhaltend auszulegen. Erwogen werden sollte, anlässlich der Novellierung des Berufsrechts der Insolvenzverwalter und der ohnehin vorgeschlagenen Streichung des § 18 BORA (dazu D. II. 2. g.) zugleich § 3 Abs. 1 S. 2 BORA präziser zu fassen, um die derzeit bestehenden Anwendungsprobleme zu beseitigen.

f. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der als Insolvenzverwalter tätige Rechtsanwalt nach geltendem Recht auch in dieser besonderen Funktion grundsätzlich dem anwaltlichen Berufsrecht und damit der Kammeraufsicht unterworfen ist. Sachgerechte Ergebnisse lassen sich dadurch erzielen, dass im Einzelfall bei der Anwendung anwaltsrechtlicher Vorschriften die Besonderheiten der Insolvenzverwaltung berücksichtigt werden.

Die hier unter H. vorgeschlagene detaillierte Regelung der Berufspflichten von Insolvenzverwaltern wird zugleich die Möglichkeit bieten, für anwaltliche Insolvenzverwalter ein ergänzend und insoweit als *lex specialis* vorrangig anwendbares Berufsrecht zu etablieren. Berufsrechtliche Sanktionen in Form von Rügen oder anwaltsgerichtlichen Maßnahmen sind bei als Insolvenzverwalter begangenen Pflichtverletzungen möglich.

¹⁴⁹ Thole, NZI 2017, 737, 738; Riggert/Baumert, NZI 2012, 785, 787.

¹⁵⁰ Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 3 BORA Rn. 8e.

g. Reformbedarf im anwaltlichen Berufsrecht

Auch wenn die vorstehend geschilderte Rechtsprechung bei einer anwaltlichen Tätigkeit als Insolvenzverwalter zu einer gewissen Klärung des Berufspflichtenprogramms beigetragen hat, so erweist sich die berufsrechtliche Regelung von anwaltlichen Tätigkeiten, die außerhalb des Vorbehaltsbereichs liegen, doch insgesamt als unbefriedigend. Die Insolvenzverwaltung ist insoweit kein Einzelfall, wie die Tätigkeiten als Mediator, Testamentsvollstrecker oder Treuhänder zeigen. Die BRAO verzichtet auf jede Stellungnahme zur Geltung des Berufsrecht in solchen Konstellationen und die BORA begnügt sich in § 18 mit einer wenig stimmigen Teilregelung: *„Wird der Rechtsanwalt als Vermittler, Schlichter oder Mediator tätig, so unterliegt er den Regeln des Berufsrechts.“*

Anwaltliche Tätigkeiten außerhalb des Vorbehaltsbereichs weisen in doppelter Hinsicht Besonderheiten auf. Zunächst ist die pauschale Anordnung der Geltung des Berufsrechts verfassungsrechtlich problematisch, wenn der Gesetzgeber anderen Personen die gleiche Tätigkeit gestattet, ohne sie vergleichbaren Berufsausübungsbeschränkungen zu unterwerfen. In solchen Zweifel lässt sich kaum begründen, dass die anwaltsrechtliche Berufsausübungsbeschränkung durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt ist, zudem fehlt es der gesetzlichen Gesamtregelung an Kohärenz. Zum zweiten zeichnen sich diese Tätigkeiten dadurch aus, dass sie keine typischen Anwaltstätigkeiten sind, sondern entweder nur am Rande Rechtsb sorgungsleistungen betreffen oder jedenfalls nicht dem typischen Anwaltsbild als Interessenvertreter entsprechen. In Rechtsprechung¹⁵¹ und Schrifttum wird dies meist etwas unscharf durch die Formulierung ausgedrückt, die jeweilige Tätigkeit gehöre nicht zum Kernbereich des anwaltlichen Berufsbildes.

Sachgerecht erscheint vor diesem Hintergrund eine allgemeine berufsrechtliche Klarstellung, bevorzugt in der BRAO (etwa als § 43f BRAO), hilfsweise in der Berufssatzung als Ersatzregelung für den zu streichenden § 18 BORA, mit folgendem Wortlaut:

§ 43f BRAO-E Berufspflichten bei einem Tätigwerden außerhalb des Vorbehaltsbereichs

¹⁵¹ BGH NJW 2015, 3241 Rn. 23.

Rechtsanwälte, die als Vermittler, Schlichter, Mediator, Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker, Berufsbetreuer, Treuhänder oder in ähnlicher Weise außerhalb des anwaltlichen Vorbehaltsbereichs, jedoch im Rahmen des anwaltlichen Berufsbilds tätig werden, unterliegen den Regeln des anwaltlichen Berufsrechts, sofern nicht die Besonderheiten der konkreten Tätigkeit ihrer Geltung entgegenstehen. Spezifische berufsrechtliche Regelungen für solche Tätigkeiten, insbesondere in InsO und MediationsG, gehen den Vorschriften dieses Gesetzes jeweils vor.

III. Berufspflichten von als Insolvenzverwalter tätigen Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern.

1. Einordnung als freiberufliche Tätigkeit

Die Rechtslage bei Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern ähnelt weitgehend derjenigen bei Rechtsanwälten. Allerdings wird die berufsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern zusätzlich durch die Vorfrage belastet, ob die Insolvenzverwaltung eine freiberufliche oder aber eine – diesen Berufen (anders als Rechtsanwälten) grundsätzlich verwehrt – gewerbliche Tätigkeit ist. Die finanzgerichtliche Rechtsprechung stuft die Insolvenzverwaltung als vermögensverwaltende Tätigkeit im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG und damit gerade nicht als freiberuflich im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG ein.¹⁵² Auch nach Aufgabe¹⁵³ der sog. Vervielfältigungstheorie,¹⁵⁴ mit der diese Einordnung zunächst gerechtfertigt wurde, hat der BFH an dieser Rechtsprechung im Ergebnis festgehalten und die steuerrechtliche Bewertung damit gerechtfertigt, dass eine höchstpersönliche Abwicklung von Insolvenzverfahren von der InsO nicht gefordert werde.¹⁵⁵ Nach Auffassung des BFH¹⁵⁶ soll dies auch dann gelten, wenn die Insolvenzverwaltung durch

¹⁵² BFH NJW 2002, 990; NJW 2011, 1628; kritisch *Siemon*, ZinsO 2009, 305, 306 f.

¹⁵³ BFH NJW 2011, 1628 ff.; Kopp NJW 2011, 1561.

¹⁵⁴ Zu dieser Theorie BFH NJW 2002, 990, 991; vgl. im übrigen Henssler, PartGG, § 1, Rn. 98 f.

¹⁵⁵ BFH NJW 2011, 1628, 1629.

¹⁵⁶ BFHE 73, 100; BFH NJW 1974, 730 = BStBl. II 1973, 730; BStBl. II 1989, 729 = BeckRS 1989, 22009006.

einen Rechtsanwalt ausgeübt wird, da sie für einen Rechtsanwalt nicht berufstypisch sei.

Für die handels- und berufsrechtliche Bewertung gelten allerdings keine vergleichbar strengen Maßstäbe.¹⁵⁷ Der Verfasser hat schon bisher dafür plädiert, sich insoweit von der durch steuerrechtliche Normzwecke geprägten Rechtsprechung des BFH zu lösen. Die genannten Tätigkeiten sind zwar einem Rechtsanwalt nicht vorbehalten. Übt er sie aber aus, so handelt es sich um eine anwaltliche und damit freiberufliche Tätigkeit, für die auch das anwaltliche Berufsrecht greift¹⁵⁸. Im Übrigen spricht schon der Umstand, dass der Beruf des Insolvenzverwalters nahezu ausnahmslos von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern sowie zu einem geringen Teil auch von den ebenfalls den Freien Berufen zuzurechnenden selbstständigen Betriebswirten ausgeübt wird, für eine Zuordnung zu den Freien Berufen. Dementsprechend wird im handels- bzw. gesellschaftsrechtlichen Schrifttum die Insolvenzverwaltung auch überwiegend den Freien Berufen zugeordnet, so etwa im Schrifttum zu § 1 Abs. 3 PartGG.¹⁵⁹

Ungeachtet der steuerrechtlichen Beurteilung ist im Ergebnis heute unstrittig, dass auch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer als Insolvenzverwalter tätig werden dürfen. Nach richtigem Verständnis unterliegen diese Berufsträger ebenso wie Rechtsanwälte damit auch bei der Tätigkeit als Insolvenzverwalter grundsätzlich ihren aus ihrem Grundberuf folgenden Berufspflichten und Beschränkungen, soweit nicht im Einzelfall eine Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung der Besonderheit der Insolvenzverwaltung etwas Anderes verlangt.

2. Wirtschaftsprüfer als Insolvenzverwalter

Weitgehend geklärt ist die Situation zunächst bei den Wirtschaftsprüfern. Für die Berufsausübung durch einen Wirtschaftsprüfer hat sich der BGH in einem Urteil vom 12. Oktober 2004¹⁶⁰ sogar auf den Standpunkt gestellt, dass die Insolvenzverwaltung

¹⁵⁷ Dazu *Henssler*, PartGG, 3. Aufl. 2018, § 1, Rn. 24.

¹⁵⁸ *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 7 Rn. 75 ff.

¹⁵⁹ *Henssler*, PartGG, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 162 ff. m.w.N.; *Schäfer*, in: *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2017, § 1 PartGG, Rn. 69; *Zimmermann* in: *Michalski/Römermann*, PartGG, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 127; ebenso *Kästner*, *Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters*, 2018, S. 36.

¹⁶⁰ BGH NJW 2005, 1057.

zum Tätigkeitsfeld der treuhänderischen Verwaltung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 WPO zu zählen sei. Eines Rückgriffs auf § 43a Abs. 2 Nr. 1 WPO, der „die Ausübung eines freien Berufs auf dem Gebiet der Technik und des Rechtswesens“ für vereinbar erklärt, bedarf es danach nicht. Die zuvor am 3. August 2004 ergangenen Entscheidungen des BVerfG,¹⁶¹ mit denen das Gericht die Insolvenzverwaltung als eigenständigen Beruf eingestuft hat, sind vom BGH in dieser Entscheidung noch nicht gewürdigt worden. Der BGH betont, dass der Wirtschaftsprüfer auch als Insolvenzverwalter grundsätzlich den Regeln sowohl der WPO als auch der Berufssatzung unterliege. Nur im Kernbereich der Tätigkeit eines Wirtschaftsprüfers, dem sog. Vorbehaltsbereich, seien allerdings sämtliche Berufspflichten, und somit auch die Vorschriften über Zweigniederlassungen, anwendbar.¹⁶² So sei ein auswärtiges Büro, in dem ein Wirtschaftsprüfer ohne Hinweis auf seinen Beruf als Wirtschaftsprüfer und ohne Angebot oder Durchführung berufsspezifischer Kerntätigkeiten lediglich Aufgaben als Insolvenzverwalter wahrnimmt, keine Zweigniederlassung iSv. §§ 47, 38 Nr. 3 WPO.¹⁶³ Hintergrund dieser restriktiven Einschätzung sind verfassungsrechtliche Überlegungen. Berufsausübungsbeschränkungen, und dazu zählen grundsätzlich alle Berufspflichten, dürfen auch durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips eingeführt werden. Darf die außerhalb des Vorbehaltsbereichs liegende Tätigkeit, hier die Insolvenzverwaltung, aber auch von sonstigen Personen ausgeübt werden, die nicht an Berufspflichten gebunden sind, so muss im Rahmen einer einzelfallabhängigen wertenden Gesamtbetrachtung überprüft werden, ob die berufsrechtlichen Beschränkungen greifen. Es ist davon auszugehen, dass sich die in der berufsrechtlichen Praxis und in der Literatur bislang herrschende gegenteilige Auffassung, nach der sich die Berufspflichten auf den gesamten Bereich der Berufstätigkeit unter Einschluss auch der „vereinbarten“ Tätigkeiten erstrecken, dieser sog. bereichsspezifischen Auslegung des BGH anschließen wird.

Die Wirtschaftsprüferkammer steht unter dem Eindruck der Entscheidung des BGH in der Zwischenzeit auf dem zutreffenden Standpunkt, dass außerhalb des Vorbe-

¹⁶¹ BVerfG NJW 2004, 2725.

¹⁶² BGH NJW 2005, 1057, 1058.

¹⁶³ BGH NJW 2005, 1057, 1058; dazu *Römermann*, EWiR 2005, 449 f.; *Hund*, DStR 2005, 216; *Deckenbrock/Fleckner*, NJW 2005, 1165.

haltsbereichs „insbesondere unter dem Blickwinkel der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) und des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Einzelfall die Anwendung bestimmter Regelungen ausgeschlossen sein (kann)“.¹⁶⁴ Die Rechtslage ist damit identisch mit der unter D. II. geschilderten Situation bei Rechtsanwälten. Auch insoweit könnte sich eine gesetzliche Klarstellung empfehlen, etwa in einem Absatz 3 des § 64 BS WP/vBP.

3. Steuerberater als Insolvenzverwalter

Für die Steuerberater enthält § 15 BOSTb eine – nicht abschließende – Aufzählung von mit dem Beruf des Steuerberaters vereinbaren Tätigkeiten; und zählt dazu ausdrücklich:

- die Tätigkeit als Insolvenzverwalter, Zwangsverwalter, Sachwalter, Liquidator, Notgeschäftsführer aufgrund gerichtlicher Bestellung, Mitglied in Gläubigerversammlungen.

Als typisches Beispiel einer ausnahmsweise zulässigen gewerblichen Tätigkeit im Rahmen vereinbarter Tätigkeiten wird im Schrifttum der Betrieb eines gewerblichen Unternehmens im Rahmen einer Testamentsvollstreckung oder Insolvenzverwaltung erwähnt.¹⁶⁵ Überträgt man die im anwaltlichen Berufsrecht übliche Terminologie auf das Berufsrecht der Steuerberater, dann würde dort die Insolvenzverwaltung nur als Zweitberuf eingestuft, also an sich nicht dem Berufsbild des Steuerberaters zugeordnet. Im anwaltlichen Berufsrecht wird der Begriff des vereinbaren Berufs nämlich nur für Zweitberufe verwendet. Allerdings ist die Begriffsbildung im Berufsrecht der verwandten wirtschaftsnahen Beratungsberufe wenig konsequent, zumal der BGH¹⁶⁶ wie erwähnt beim Anwaltsberuf auch gewerbliche Tätigkeiten, wie eine Treuhandltätigkeit, als seit jeher dem anwaltlichen Berufsbild zugehörig anerkennt. Der Formulierung in der Berufssatzung kann daher keine allzu große Bedeutung beigemessen werden.

¹⁶⁴ So die Begründung zu § 64 BS WP/vBP v. 21.6.2016 BAnz. AT 22.7.2016 B1, in Kraft getreten am 23.9.2016, S. 119; abrufbar unter <https://www.wpk.de/wpk/rechtsvorschriften/#c655>.

¹⁶⁵ *Ueberfeldt*, DStR 2014, 1191, 1193.

¹⁶⁶ BGH NZG 2016, 398.

Soweit im Schrifttum¹⁶⁷ darauf hingewiesen wird, dass die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 16 Abs. 1 S. BOSTB insbesondere bei der Wahrnehmung von Geschäftsführungsfunktionen in Betracht komme, wenn der Steuerberater in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker oder Insolvenzverwalter ein zum Nachlass gehörendes bzw. zu sanierendes Unternehmen vorübergehend fortführen muss, setzt dies zwar ebenfalls voraus, dass die Tätigkeit außerhalb des Berufsbilds des Steuerberaters liegt. Die Aussage ist jedoch ungenau, weil die Übernahme dieser Rolle als Partei kraft Amtes erfolgt und damit von vornherein nicht der typischen gewerblichen Tätigkeit des Geschäftsführers einer GmbH entspricht. Im Ergebnis rechtfertigt sich angesichts der Nähe zu den Berufen der Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer auch für Steuerberater keine abweichende Beurteilung.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer an ihr jeweiliges Berufsrecht auch dann gebunden bleiben, wenn sie einer Tätigkeit als Insolvenzverwalter nachgehen. Da die Insolvenzverwaltung indes außerhalb des jeweiligen Vorbehaltsbereichs liegt, ist bei der einzelnen Berufspflicht im Einzelfall zu prüfen, ob die berufsrechtlichen Beschränkungen der Sache nach einschlägig sind. Schutzlücken zu Lasten der Gläubiger oder sonstiger Personen, deren Interessen bei einer Unternehmensinsolvenz betroffen sind, sind damit von vornherein ausgeschlossen. Vielmehr sind Insolvenzverwalter schon derzeit nahezu ausnahmslos an ein strenges Berufsrecht gebunden und bei während der Tätigkeit als Insolvenzverwalter begangenen Verstößen gegen Berufspflichten der Kammeraufsicht unterworfen.

E. Die gesetzliche Regelung vergleichbarer, keinem Berufsvorbehalt unterliegender Tätigkeiten

I. Die berufsrechtliche Regulierung der Mediation als Basismodell

Die Tätigkeit des Insolvenzverwalters als eigenständiger Beruf, der aber ganz überwiegend von Angehörigen anderer Berufe wahrgenommen wird, ist kein atypischer

¹⁶⁷ Ruppert, DStR 2011, 138, 142.

Einzelfall. Verweisen sei etwa auf Berufsbetreuer, auf Datenschutzbeauftragte nach der DS-GVO insbesondere aber auf die Mediatoren. Gerade bei den letztgenannten gab es eine langjährige Diskussion über die Einführung eines eigenen Berufsrechts, die – unterstützt durch europarechtliche Vorgaben¹⁶⁸ – schließlich in die Verabschiedung des Mediationsgesetzes gemündet ist.¹⁶⁹ Auch im Bereich der Mediation spielt die Berufsausübung durch Rechtsanwälte eine zentrale Rolle. Auch dort ist anerkannt, dass der anwaltliche Mediator bei der Ausübung dieses Berufs dem anwaltlichen Berufsrecht unterworfen ist. Für Rechtsanwälte wird dies durch die Vorschrift des § 18 BORA sogar ausdrücklich klargestellt. Gewisse Ähnlichkeiten weist die Mediation im Vergleich zur Insolvenzverwaltung aus anwaltlichem Blickwinkel insofern auf, als der Rechtsanwalt in beiden Fällen nicht in seiner typischen Funktion als Partei- bzw. Interessenvertreter tätig ist, seine Rolle vielmehr durch Unparteilichkeit geprägt ist. Bei der Verabschiedung des Mediationsgesetzes stand der Gesetzgeber damit ebenfalls vor der Aufgabe, die berufsrechtlichen Vorgaben der verschiedenen Grundberufe mit einem eigenen Berufsrecht für einen neu entstandenen Beruf zu verknüpfen.

Die §§ 3 und 4 MediationsG konstituieren für alle Mediatoren unabhängig von ihrem Grundberuf ein „einheitliches Berufsrecht“. So verpflichtet § 3 Abs. 1 S. 1 MediationsG den Mediator, den Parteien alle Umstände offenzulegen, die seine Unabhängigkeit und Neutralität beeinträchtigen können. Liegen solche Umstände vor, so unterliegt der Mediator gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 MediationsG einem bedingten Tätigkeitsverbot und darf nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Parteien seine Tätigkeit als Mediator aufnehmen oder fortführen. Mit der Verpflichtung zur Verschwiegenheit statuiert § 4 MediationsG eine weitere grundlegende Berufspflicht des Mediators. Die Vorschrift findet ihr beinahe wortgleiches Gegenstück in der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht des § 43a Abs. 2 BRAO. Nach der Gesetzesbegründung sollen die Regelungen des MediationsG als *leges speciales* die berufsrechtlichen Regelungen nur insoweit verdrängen, wie zwischen beiden Regelungen ein Widerspruch auftritt. Die berufsrechtlichen Regelungen des Grundberufes bleiben also grundsätzlich neben denjenigen des MediationsG anwendbar, soweit sie auch die mediatorische Tä-

¹⁶⁸ Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, 2008/52/EG ABI. L 136 v 24.5.2008.

¹⁶⁹ Dazu *Prütting* in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 1 MediationsG, Rn. 1 ff.

tigkeit erfassen. Einem anwaltlichen Mediator drohen bei Nichtbeachtung eines Tätigkeitsverbots, etwa im Bereich der Vertretung widerstreitender Interessen, berufsrechtliche Sanktionen nach der BRAO. Die Reichweite der Tätigkeitsverbote bestimmt sich allerdings allein nach § 3 MediationsG. Insofern präzisieren und konkretisieren die spezialgesetzlichen Vorschriften die meist allgemeiner gefassten berufsrechtlichen Vorschriften des Grundberufs.¹⁷⁰

Eine ähnliche Ausgestaltung bietet sich auch für das Konkurrenzverhältnis zwischen BRAO, StBerG und WPO einerseits und den künftig in §§ 56 ff. InsO zu regelnden spezifischen Berufspflichten der Insolvenzverwalter andererseits an.

Den Zugang zum Beruf des Mediators gestaltet das MediationsG sehr zurückhaltend. § 5 MediationsG will eine Qualitätssicherung und Markttransparenz für Mediationsdienstleistungen etablieren.¹⁷¹ Die Vorschrift setzt insoweit Art. 4 Abs. 2 der Mediationsrichtlinie um, die verlangt, dass die Mitgliedstaaten die Aus- und Fortbildung von Mediatoren fördern, um sicherzustellen, dass die Mediation für die Parteien wirksam, unparteiisch und sachkundig durchgeführt wird. Die Vorschrift sieht weder ein Zulassungsverfahren noch eine Registrierung vor und verzichtet erst recht auf eine Verkammerung und entsprechende Beaufsichtigung der Berufsträger.

In der Sache wählt der deutsche Gesetzgeber ein Zweistufenkonzept und unterscheidet in § 5 MediationsG zwischen dem „Mediator“ (Abs. 1) und dem „zertifizierten Mediator“ (Abs. 2). Während der „einfache“ Mediator in Eigenverantwortung für eine geeignete Aus- und Fortbildung sorgen muss, wobei das Gesetz keine inhaltlichen Mindeststandards vorsieht, muss der „zertifizierte“ Mediator eine Ausbildung abgeschlossen haben, die den in der Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren (Zertifizierte-Mediatoren-Ausbildungsverordnung – ZMedia-tAusbV) geregelten erhöhten Anforderungen genügt. Die Bezeichnung „zertifiziert“ soll also eine besondere Qualifikation und eine Abgrenzung zu „einfachen“ Mediatoren zum Ausdruck bringen.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass das Mediationsgesetz mit einem Kernbestand an Berufspflichten und mit einer sehr zurückhaltenden Regulierung des Berufszu-

¹⁷⁰ Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl 2019, § 3 MediationsG Rn. 3.

¹⁷¹ Kilian, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl 2019, § 5 MediationsG Rn. 1.

gangs auskommt. Der Gesetzgeber verzichtet ungeachtet europäischer Vorgaben sowohl auf ein eigenständiges Zulassungsverfahren als auch auf eine Registrierung der Berufsangehörigen. Berücksichtigt man, dass die Auswahl und Einschaltung des Berufsträgers bei der Insolvenzverwaltung nicht in den Händen von Verbrauchern oder wenig erfahrenen Unternehmern liegt, sondern in den Händen von erfahrenen Insolvenzrichtern, und dass außerdem eine gewisse Kontrolle durch die Gläubiger sichergestellt ist, drängt sich jedenfalls eine noch stärkere Reglementierung dieses Berufes in einem eigenständigen Berufsgesetz nicht auf. Verbraucherschutz Erwägungen rechtfertigen ersichtlich keine verschärften Anforderungen. Wenig stimmig wäre es auch, für Insolvenzverwalter die Pflichtmitgliedschaft in einer eigenen Kammer einzuführen. Ziel einer Gesetzesreform muss es vielmehr sein, die sachgerechte Entscheidung des Insolvenzrichters zu erleichtern und allen Interessierten durch ein transparentes Vorauswahlverfahren einen gleichberechtigten Berufszugang zu ermöglichen.

Die Erfahrungen mit diesem neuen Gesetz sollten in die Diskussion um ein eigenes Berufsrecht für Insolvenzverwalter einfließen. Bislang sind – soweit ersichtlich – keine Missstände bekannt geworden, die auf ein Regelungsdefizit bei diesem Beruf zurückzuführen sind.

II. Die berufsrechtliche Regelung der Inkassotätigkeit als mittlere Regulierungsform

Einen anderen Weg schlägt der Gesetzgeber seit langem bei Inkassounternehmen ein. Das Inkasso von Forderungen betrifft ebenfalls nur einen Teilausschnitt aus dem anwaltlichen Aufgabenfeld und zählt gleichwohl nicht zum anwaltlichen Vorbehaltsbereich im engeren Sinne. Es weist allerdings schon nach geltendem Recht die Besonderheit auf, dass der Zugang für Nichtanwälte ebenfalls reglementiert ist. So müssen sich Interessenten einer Registrierung nach § 12 RDG unterziehen, es gelten bestimmte Berufspflichten (z.B. das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen § 4 RDG) und es wird auch eine Berufsaufsicht durch das zuständige Gericht ausgeübt.

Das berufsrechtliche Regulierungsmodell, das der Gesetzgeber für das Inkassowesen gewählt hat, steht damit zwischen einer minimalistischen Basisregulierung, wie sie das Mediationsgesetz vorsieht, und der detaillierten Vollregulierung der verkammerten Berufe mit Pflichtmitgliedschaft, Zulassungsverfahren, Berufspflichtenpro-

gramm, Berufsaufsicht und eigenständiger Sanktionierung berufsrechtswidrigen Verhaltens. Es bietet mit der Registrierung Denkanstöße für eine berufsrechtliche Regelung der Insolvenzverwalter, die sich harmonisch in bestehende Strukturen der Gesamtrechtsordnung einfügt.

F. Eigenständige Kammer der Insolvenzverwalter?

I. Forderungen nach einer eigenen Berufskammer für Insolvenzverwalter

Bestandteil der aktuellen berufspolitischen Diskussion um ein Berufsrecht der Insolvenzverwalter ist die Forderung nach einer eigenen Kammer der Insolvenzverwalter und damit nach dem denkbar strengsten Regulierungsmodell für unternehmerische Betätigung. Der Berufsverband VID hat in sein Eckpunktepapier die Forderung nach einer effizienten Berufsaufsicht als integralen Bestandteil des Berufsrechts aufgenommen. Im Sinne der Grundsätze der Subsidiarität und der Selbstverwaltung des Staatsorganisationsrechts sowie zur Nutzung der fachlichen Expertise sei eine verfasste Körperschaft der Berufsträger (Berufskammer) zu implementieren.

Aus dem Schrifttum haben insbesondere *Niering*¹⁷² und *Vallender*¹⁷³ dafür plädiert, einer Selbstverwaltungseinrichtung den Vorzug gegenüber einer staatlichen Aufsichtsstelle in Gestalt eines Bundesinsolvenzverwalters¹⁷⁴ einzuräumen. Da Berufskammern auch hoheitliche bzw. staatliche Aufgaben erfüllen könnten, ergäben sich die Vorteile der Justizentlastung und der Mitwirkung (Partizipation) der Berufsträger. Angesichts der überschaubaren Zahl von künftigen Kammermitgliedern genüge allerdings die Einführung einer Bundeskammer, da bei anderen Modellen der auch von *Vallender* gesehene Verwaltungs- und Kostenaufwand in keinem angemessenen Verhältnis zum Umfang der zu erledigenden Aufgaben stehen. Eine Übertragung der Kammeraufsicht an die Kammer der Grundberufe ist von ihm nicht als Alternativmodell angedacht worden. Auch das sonstige Schrifttum steht vielfach der Einführung

¹⁷² *Niering* in: FS Graf-Schlicker, 2018, S. 643, 656.

¹⁷³ *Vallender*, NZI 2017, 777; *ders.*, ZIP 2019, 158, 163 ff.; *ders.*, in: Ebke/Seagon/Blatz, Die Praxis der Unternehmensrestrukturierung und der Berufsstand des Insolvenzverwalters, 2017, S. 105, 126.

¹⁷⁴ Hierfür *Pollmächer/Siemon*, NZI 2017, 93, 96.

einer Insolvenzverwalterkammer positiv gegenüber.¹⁷⁵ *Schmittmann*¹⁷⁶ fordert sogar die Einrichtung von regionalen Insolvenzverwalterkammern und einer Bundesinsolvenzverwalterkammer. Es gibt freilich auch zahlreiche skeptische Stimmen, die von einem geringen Mehrwert eines eigenen Kammersystems ausgehen.¹⁷⁷

II. Vorteile des deutschen Kammermodells

1. Nationale und europäische Bewertung

Bereits einleitend sei hervorgehoben, dass es aus Sicht des Verfassers nicht um die Frage geht, ob überhaupt eine Kammeraufsicht im Sinne der mittelbaren Staatsverwaltung oder aber eine unmittelbare staatliche Aufsicht durch eine Bundesbehörde erfolgen soll. Vielmehr ist diese Frage eindeutig zu Gunsten der Selbstverwaltung zu entscheiden. Diskussionswürdig erscheint allein, ob es angesichts der Tatsache, dass weit über 90 % der Insolvenzverwalter ohnehin einer Kammeraufsicht unterliegen, der bürokratische Aufwand für die Einführung einer weiteren Kammer mit der Folge der Doppelmitgliedschaft in zwei Berufskammern gerechtfertigt ist. Zudem stellt sich die Frage, wie mit der kleinen Gruppe von Insolvenzverwaltern zu verfahren ist, die keinem verkammerten Grundberuf angehören.

Grundsätzlich ist das kontinentaleuropäische Kammersystem insbesondere bei freiberuflichen und verwandten Dienstleistungen klar vorzugswürdig.¹⁷⁸ Zwar wird in jüngerer Zeit auf nationaler und europäischer Ebene kritisiert, dass sich die Erfüllung der beiden Kammeraufgaben der Interessenvertretung und Regulierung bzw. Über-

¹⁷⁵ *Beck*, in: Festschrift Wimmer, 2017, S. 31, 52 ff.; *Niering*, in: Festschrift Graf-Schlicker, 2018, S. 643, 655 ff.; *Prütting*, in: Festschrift Vallender, 2015, S. 455, 466 ff.; *Kästner*, Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters, 2018, S. 196 ff.; Runkel, INDat Report 6/2015, S. 28, 29; *Schmittmann*, IN-Dat Report 2/2016, S. 20; ebenso *Zimmer*, DZWIR 2011, 98; vgl. ferner Reuter, INDat Report 2/2019, S. 28, 30; a. A. *Pape*, ZInsO 2016, 428, 430; *Römermann*, INDat-Report 6_2017, S. 26 vertritt die Auffassung, der Ruf nach einer Insolvenzverwalterkammer sei nicht abstrakt zu rechtfertigen. Es bedürfe eines konkreten Modells der Ausgestaltung.

¹⁷⁶ *Schmittmann* in: FS Kayser, 2020, S. 875, 883, wobei er auch Bundesländer übergreifende Kammern zulassen will.

¹⁷⁷ So etwa *Rattunde*, FS Ganter, 2010, 519, 529.

¹⁷⁸ Dazu eingehend *Henssler*, in: Stellung und Zukunft der Freien Berufe in Europa, DWS Schriftenreihe Nr. 30, 2015, S. 33 ff.

wachung nicht in Einklang bringen lasse. Vorgeschlagen werden daher staatliche Regulierungsbehörden nach dem Modell der britischen „Solicitors Regulation Authority“ (SRA) oder der britischen *Councils* der Heilberufe.¹⁷⁹ Deutschland trägt diesen Bedenken jedoch traditionell bereits durch eine Arbeitsteilung zwischen privatrechtlich organisierten Berufsverbänden und Kammern Rechnung, bei Rechtsanwälten durch eine Aufgabenteilung zwischen dem Deutschen Anwaltverein als Interessenvertretung und den Rechtsanwaltskammern als Aufsichtsinstanzen,¹⁸⁰ bei den Steuerberatern zwischen dem Deutschen Steuerberaterverband e.V. und den Steuerberaterkammern, bei Wirtschaftsprüfern zwischen IDW und der Wirtschaftsprüferkammer und bei den Notaren zwischen dem Deutschen Notarverein e.V. und den Notarkammern. Bei diesem zweispurigen Modell, bei dem Interessen- und Rollenkonflikte wirksam ausgeschlossen werden, bilden Selbstverwaltung und Selbstregulierung vorzugswürdige Elemente einer äußerst effektiven Organisationsstruktur.

Die freiberufliche Selbstverwaltung vermittelt zwischen dem Freiheitsrecht der Berufsangehörigen gegenüber staatlicher Einwirkung auf die Berufsausübung und dem Regelungsanspruch des Staates, die Gemeinwohlbindung der freien Berufe sicherzustellen. Zudem verwirklicht sich in der Selbstverwaltung und Selbstregulierung das Subsidiaritätsprinzip, nach dem eine Aufgabe immer durch die sachnächste Stelle wahrgenommen werden soll. Dies sind aufgrund ihres besonderen Sachverstands in erster Linie die Berufsangehörigen selbst. Da die Berufsangehörigen ein originäres Interesse haben, das Ansehen des Berufes und das Vertrauen der Auftraggeber in den Berufsstand zu erhalten, ist nicht zu befürchten, dass die Organe der Selbstverwaltungsorganisation Verstöße gegen Berufspflichten nur unzureichend ahnden und so Fehlentwicklungen nicht unterbinden. Zugleich kann – anders als einer staatlichen Wahrnehmung dieser Aufgaben – das Erfahrungswissen der Berufsträger unmittelbar in die Regulierungs- und Überwachungstätigkeit einfließen.

Die Organisationsform der Berufskammern als öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaften mit eigenen Hoheitsrechten ist damit zur interessengerechten Erfüllung von Verwaltungsaufgaben und damit für die Wahrnehmung der Anliegen, die die Gesamtheit der Berufsangehörigen beschäftigen, in besonderer Weise geeig-

¹⁷⁹ *Kleine-Cosack*, AnwBl 2010, 537, 543.

¹⁸⁰ *Henssler*, AnwBl 2013, 394, 400.

net. Eine Übertragung hoheitlicher Rechte auf private Verbände, wie sie das englische Recht kennt (dazu A. IV. 3.), überzeugt in demokratischer und rechtsstaatlicher Hinsicht nicht gleichermaßen. Auch in dieser Hinsicht ist die Selbstverwaltung durch Berufskammern das effizientere Modell.¹⁸¹

2. Verfassungsrechtliche Bewertung einfacher und doppelter Pflichtmitgliedschaften

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Pflichtmitgliedschaft in Berufskammern bestehen grundsätzlich nicht. Das BVerfG bejaht zwar in ständiger Rechtsprechung einen Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht, sieht diesen Eingriff aber als gerechtfertigt an.¹⁸² Die Rechtfertigung ergebe sich daraus, dass die Berufskammern öffentliche Aufgaben erfüllen, d.h. Aufgaben, an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht. Diese Aufgaben bestehen nach dem BVerfG u.a. in der „Vertretung des Gesamtinteresses der gewerblichen Wirtschaft und der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben auf wirtschaftlichem Gebiet“.¹⁸³ Sofern im Schrifttum gleichwohl bemängelt wird, den Kammern fehle aufgrund dieses Zwangselements die demokratische Legitimierung ihres Handelns durch eine freie Entscheidung ihrer Mitglieder,¹⁸⁴ bleibt außer Acht, dass die Kammern als Hoheitsträger bereits über das rechtsstaatliche Konzept der Gewaltenteilung hinreichend legitimiert sind, ganz unabhängig davon, ob die Mitgliedschaft auf freier Entscheidung beruht oder gesetzlich angeordnet wird. Die alternativ mögliche unmittelbare Überwachung durch eine staatliche Behörde wäre ein weit gravierender Eingriff in die Freiheitsrechte der Berufsträger.

Ob die verfassungsrechtliche Rechtfertigung auch dann greift, wenn der Gesetzgeber Berufsträger gleich einer doppelten Pflichtmitgliedschaft, doppelten Beitragspflichten und zugleich einer doppelten Berufsaufsicht unterwirft, erscheint jedenfalls nicht als selbstverständlich. Hier müssten vielmehr Erforderlichkeit und Verhältnis-

¹⁸¹ Kluth, NVwZ 2002, 298, 300.

¹⁸² BVerfGE 10, 89, 102.

¹⁸³ BVerfGE 15, 235, 241.

¹⁸⁴ Kleine-Cosack, AnwBl 2006, 368.

mäßigkeit einer kritischen Überprüfung unterzogen werden. Reicht etwa bei anwaltlichen Insolvenzverwaltern die Berufsaufsicht durch die Rechtsanwaltskammer bereits aus, um eine effektive Berufsaufsicht sicherzustellen, weil die Tätigkeit als Insolvenzverwalter lediglich einen Ausschnitt aus dem Beruf des Rechtsanwalts darstellt und er auch als Insolvenzverwalter grundsätzlich den anwaltlichen Berufspflichten unterworfen bleibt, wäre die Verfassungsmäßigkeit der doppelten Zwangsmitgliedschaft zumindest mit einem großen Fragezeichen zu versehen.

3. Das Modell der Restrukturierungsrichtlinie

a. Weiter Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers

Die Restrukturierungsrichtlinie sieht kein Modell einer Kammeraufsicht vor. Vielmehr heißt es in Art. 27 Abs. 1 RRiL lediglich: *„Die Mitgliedstaaten richten geeignete Aufsichts- und Regulierungsmechanismen ein, um sicherzustellen, dass die Arbeit von Verwaltern wirksam überwacht wird, damit gewährleistet ist, dass ihre Dienste wirksam und sachkundig und gegenüber den beteiligten Parteien unparteiisch und unabhängig erbracht werden.“* Erforderlich sind danach lediglich geeignete Aufsichts- und Regulierungsmechanismen, wobei den Mitgliedstaaten ein großer Gestaltungsspielraum eingeräumt wird. Zulässig wäre es danach auch, das derzeitige in § 58 InsO verankerte Modell der Beaufsichtigung durch die Insolvenzgerichte – möglicherweise mit gewissen Präzisierungen – beizubehalten.

b. Europarechtskonformität des Modells der Pflichtmitgliedschaft

Davon unabhängig lässt sich das hier präferierte Modell der Kammeraufsicht durchaus mit europäischen Vorstellungen vereinbaren. Das gilt auch für die von der EU eher kritisch betrachtete Pflichtmitgliedschaft in Berufskammern. Der EuGH hat, als er sich im Jahr 1983 mit dem Erfordernis der Pflichtmitgliedschaft für Berufsangehörige eines verkammerten Heilberufs befasst hat, die obligatorische Eintragung oder die Pflichtmitgliedschaft bei Berufsverbänden oder -körperschaften ausdrücklich als europarechtskonform gebilligt hat.¹⁸⁵ Sie diene der Zuverlässigkeit und der Beachtung standesrechtlicher Grundsätze sowie der disziplinarischen Kontrolle der Berufsangehörigen und gewährleiste damit schutzwürdige Rechtsgüter.

¹⁸⁵ EuGH, Urt. v. 22.9.1983 – Rs 271/82, Slg. 1983, 2727 = NJW 1984, 2022 – Auer.

Auf europäischer Ebene greift zu Gunsten des Kammermodells die Wertung des Art. 1 Abs. 2 EUV, demzufolge Entscheidungen möglichst offen und bürgernah zu treffen sind. Die Kammern sind in den Staatsverbund eingegliederte Körperschaften des öffentlichen Rechts, in denen durch die Pflichtmitgliedschaft sichergestellt ist, dass die Aufgaben durch demokratisch gebildete Organe wahrgenommen und geregelt werden.¹⁸⁶

Insgesamt gesehen kann eine objektive und effektive Absicherung des Gemeinwohl-auftrags der regulierten Freien Berufe bevorzugt über die Organisationsform einer Selbstverwaltungskörperschaft mit Pflichtmitgliedschaft erfolgen,¹⁸⁷ wobei eine doppelte Pflichtmitgliedschaft der verfassungsrechtlichen Erforderlichkeitskontrolle standhalten muss und aufgrund der Mehrfachbelastung der Berufsträger nach Möglichkeit vermieden werden sollte.

III. Präzisierung der Ausgangslage

Ist demnach grundsätzlich eine Kammeraufsicht über Insolvenzverwalter zu befürworten, so bleibt die Frage, ob angesichts der Umstände, dass

- (1) über 95 % der Insolvenzverwalter als Rechtsanwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer ohnehin der Berufsaufsicht einer Berufskammer unterworfen sind,
- (2) die Insolvenzverwaltung für diese Berufsträger nur ein Ausschnitt aus ihrem Berufsbild ist und sie auch als Insolvenzverwalter den Berufspflichten aus ihrem Grundberuf unterworfen sind,
- (3) es sich um eine relativ kleine Berufsgruppe von gut 2.000 Personen handelt, von denen nur ca. 500 dieser Tätigkeit hauptberuflich nachgehen,
- (4) im Bereich der Verbraucherinsolvenzen der Bedarf nach einer zusätzlichen, über den Grundberuf hinausgehenden Berufsaufsicht gering ist,

¹⁸⁶ Zum Vorteil der demokratischen Partizipation vgl. auch *Diefenbach*, *GewArch* 2006, 217. 221.

¹⁸⁷ *Mann*, *Berufliche Selbstverwaltung*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, S. 1229; *Henssler*, in: *Stellung und Zukunft der Freien Berufe in Europa*, DWS Schriftenreihe Nr. 30, 2015, S. 33 ff.

(5) alle Insolvenzverwalter im Rahmen ihrer Tätigkeit in einem konkreten Insolvenzverfahren bereits einer umfassenden Aufsicht durch das Insolvenzgericht unterliegen,

(6) auch durch die Gläubigerversammlung eine Kontrolle ihrer Tätigkeit erfolgt,

der organisatorische Aufwand für die Einführung einer zusätzlichen Berufskammer aus rechtspolitischer Sicht befürwortet werden kann. Zugleich bedürfte es zwingender Gemeinwohlgründe, um die Mehrfachbelastung der Berufsträger durch eine vierfache Aufsicht bzw. Kontrolle durch die Gläubiger, die Insolvenzgerichte, die Berufskammer ihres Grundberufs und die Aufsicht durch eine eigene Insolvenzverwalterkammer, die beiden letztgenannten jeweils mit Pflichtmitgliedschaft, rechtspolitisch und verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.

In der bisherigen rechtspolitischen Diskussion ist diese Ausgangslage bedauerlicherweise nicht hinreichend konkret herausgearbeitet worden. Meist werden die unbestreitbaren allgemeinen Vorteile einer Kammeraufsicht unmittelbar zum Anlass für die Forderung nach einer zusätzlichen Kammer genommen oder aber es wird auf die Schwächen der Aufsicht durch die Insolvenzgerichte hingewiesen, ohne dass deutlich wird, dass diese Schwächen gerade nicht durch eine Insolvenzverwalterkammer, sondern nur durch eine verbesserte technische und personelle Ausstattung der Gerichte behoben werden können.

IV. Praktische Umsetzbarkeit der Berufsaufsicht durch die Kammern der Grundberufe.

1. Geltende Rechtslage und mögliche Klarstellungen

Die Übertragung einer effektiven Berufsaufsicht über Insolvenzverwalter auf die drei Kammern der jeweiligen Grundberufe würde auf keine, jedenfalls keine unüberwindlichen Schwierigkeiten stoßen. Es ist im Gegenteil zu betonen, dass diese Berufsaufsicht zumindest teilweise schon geltendem Recht entspricht. Da die Tätigkeit als Insolvenzverwalter nur einen Ausschnitt aus dem Berufsbild der drei Grundberufe bildet, und die Insolvenzverwalter, die über eine entsprechende Berufszulassung verfügen, dem jeweiligen Berufsrecht unterliegen, findet schon heute eine Berufsaufsicht über Insolvenzverwalter statt, wie auch die einschlägigen Gerichtsentscheidungen des BGH zur Anwendung berufsrechtlicher Vorschriften auf Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer belegen. Dass die Insolvenzverwaltung nicht zum Bereich der Vorbe-

haltsaufgaben gehört, schwächt die Aufsicht allenfalls in dem Bereich der spezifisch auf den Vorbehaltsbereich zugeschnittenen Berufspflichten ab, mindert die Effizienz der Aufsicht im Bereich der Insolvenzverwaltung damit gerade nicht.

Anstatt eine neue Kammer mit Pflichtmitgliedschaft einzuführen, liegt es daher viel näher, die Aufsicht über Berufsträger, die der Insolvenzverwaltung nachgehen, effektiver auszugestalten. Schon derzeit ist es für die Kammern kein Problem, Pflichtverletzungen als Insolvenzverwalter aufsichtsrechtlich zu beanstanden. Sofern keine gesonderte Berufspflicht betroffen ist, greifen jedenfalls die jeweiligen Generalklauseln der Berufsgesetze (§ 43 BRAO, § 43 WPO, § 4 BS WP). So ist der Rechtsanwalt nach § 43 BRAO verpflichtet, seinen Beruf gewissenhaft auszuüben. Pflichtverletzungen im Berufsfeld „Insolvenzverwaltung“ begründen einen Verstoß gegen diese anwaltliche Grundpflicht, die insoweit als „Transportnorm“ wirkt.¹⁸⁸ Sofern dies in der rechtspolitischen Diskussion als unzureichend empfunden wird, wäre es völlig unproblematisch möglich, klarstellend in den Berufsordnungen den Kammern ausdrücklich die Berufsaufsicht auf das Berufsfeld der Insolvenzverwaltung unter Einbeziehung der besonderen in der InsO geregelten Berufspflichten zu übertragen und den Kammern, ebenfalls klarstellend, die Befugnis zur Verhängung von Sanktionen bei als Insolvenzverwalter begangenen Pflichtverstößen zu übertragen.

Die Effektivität der Berufsaufsicht über als Insolvenzverwalter tätige Berufsangehörige könnte außerdem dadurch erhöht werden, dass bei den jeweiligen Kammern eigene Abteilungen für den Bereich der Insolvenzverwaltung eingerichtet werden und außerdem die Zusammenarbeit der Kammern mit den Insolvenzgerichten intensiviert würde. So könnten die Insolvenzgerichte verpflichtet werden, in den einzelnen Verfahren beobachtete Pflichtverletzungen der Berufsträger oder Entlassungsentscheidungen nach § 59 InsO den zuständigen Kammern mitzuteilen. Umgekehrt erscheint es denkbar, bei berufsrechtlichen Maßnahmen, die sich auf berufsrechtliche Pflichtverletzungen im Rahmen einer Insolvenzverwaltertätigkeit beziehen, die Insolvenzgerichte zu informieren.

¹⁸⁸ Prütting, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43 Rn. 21.

2. Harmonisierungsbedarf

Ein gewisser Vorteil einer bundesweit einheitlichen Kammer könnte allenfalls darin liegen, dass auf diese Weise einheitliche Bewertungsmaßstäbe sichergestellt werden. Dieser Umstand rechtfertigt indes sicherlich nicht die Belastung der Berufsträger durch eine doppelte Pflichtmitgliedschaft. Diese Probleme müssen vielmehr schon derzeit vom Kammersystem bewältigt werden. Auch bei der Aufteilung des Kammerwesens der Rechtsanwälte und Steuerberater in regionale Kammern ergibt sich ein vergleichbarer Harmonisierungsbedarf. Im Kern sind unterschiedliche Bewertungen bereits dann unvermeidbar, wenn verschiedene Personen zur Entscheidung berufen sind.

Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, durch entsprechend klar gestaltete Vorschriften eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten. Im Berufsrecht gilt ohnehin aus verfassungsrechtlichen Gründen das bei allen Berufsausübungsbeschränkung zu beobachtende Bestimmtheitsgebot.¹⁸⁹ Nach ständiger Rspr. des BVerfG bedürfen Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage. Dabei hängt der verfassungsrechtlich gebotene Grad der Bestimmtheit (Art. 20 Abs. 3 GG) von der Besonderheit des jeweiligen Tatbestands ab. Die Anforderungen an hinreichende Bestimmtheit sind umso strenger, je schwerer die Auswirkungen einer Regelung wiegen.¹⁹⁰ Die Einheitlichkeit der Beurteilungsmaßstäbe wird angesichts der gerichtlichen Überprüfbarkeit zudem durch die Gerichte sichergestellt. Ähnlich wie sich die entsprechenden Abteilungen bzw. Geschäftsführer der regionalen Kammern zu einem regelmäßigen Erfahrungsaustausch mit dem Ziel der Entwicklung einheitlicher Beurteilungsmaßstäbe treffen, so wären entsprechende Koordinations-treffen auch zwischen den verschiedenen Berufskammern zu empfehlen, zumal derzeit schon gute Kontakte zwischen den Berufskammern bestehen.

Ein Bedarf für eine eigene Satzungscompetenz¹⁹¹ einer Insolvenzverwalterkammer ist nicht ersichtlich. Vielmehr lassen sich alle regulierungsbedürftigen Aspekte in der auch hier befürworteten Novellierung der InsO normieren. Im Übrigen genügen die

¹⁸⁹ Vgl. nur aus jüngerer Zeit BVerwG NVwZ 2019, 890 zum prüfungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot.

¹⁹⁰ Ständige Rspr.; BVerfGE 107, 107, 104 = NJW 2003, 2004; BVerfGE 117, 71 = NJW 2007, 1933; BVerfG NJW 2008, 1293 Rn. 34.

¹⁹¹ Dazu *Kluth*, NZI 2019, 648, 650 f.

von den Verbänden erlassenen Verhaltenskodizes und Leitlinien. Auch insoweit sei vor einer Überregulierung der Insolvenzverwaltertätigkeit gewarnt.

3. Konzentration der Berufsaufsicht über Insolvenzverwalter bei der Rechtsanwaltskammer?

Ein rechtspolitisch gangbarer Weg ist es zweifellos, im Interesse einheitlicher Maßstäbe die Berufsaufsicht über alle Insolvenzverwalter bei den Rechtsanwaltskammern zu konzentrieren.¹⁹² Die entsprechenden Ausgaben könnten unproblematisch von Abteilungen des Kammervorstands auch für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer wahrgenommen werden, wie dies ja auch derzeit schon für Geschäftsführer von Rechtsanwaltsgesellschaften, die keine Rechtsanwälte sind, praktiziert wird (vgl. § 60 Abs. 2 Nr. 3 BRAO). Allerdings bliebe aus Sicht der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in diesem Fall das Problem der Belastung durch die doppelte Pflichtmitgliedschaft. Zudem müsste selbst bei einer solchen Konzentration die Berufsaufsicht mit Blick auf die Pflichten als Steuerberater und Wirtschaftsprüfer weiterhin bei den Kammern der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer verbleiben. Ein Entlastungseffekt wäre mit dieser Aufteilung somit nicht verbunden, vielmehr müsste es zu doppelten Aufsichtsmaßnahmen kommen. Angesichts der Zugehörigkeit zum jeweiligen Berufsbild müsste außerdem mit einem nachvollziehbaren Widerstand dieser Berufe und ihrer Verbände gerechnet werden, so dass entsprechende Überlegungen im Rahmen dieser Studie zunächst nicht weiterverfolgt werden. Letztlich dürfte es sich um eine relativ kleine Personengruppe von deutlich unter 5 % aller Insolvenzverwalter handeln. Die sachgerechte Erfassung dieser kleinen Gruppe sollte dem Votum der jeweiligen Berufsverbände überlassen bleiben.

¹⁹² So der jüngste Beschluss der Hauptversammlung der BRAK v. 25. 10. 2019. Sie beschloss nach intensiver Diskussion eines Eckpunktepapiers mit 23 Ja-Stimmen, den BRAO-Ausschuss und den Ausschuss Insolvenzrecht zu beauftragen, den bestehenden Vorschlag noch konkreter auszuarbeiten und insbesondere Details zur Zulassung und zur Ausgestaltung der Berufspflichten niederzulegen. Das Eckpunktepapier sieht vor, die Berufsaufsicht über die Insolvenzverwalter in ein effektives und etabliertes Selbstverwaltungssystem zu integrieren, das von Erfahrung und Kompetenz geprägt ist und dadurch Segmentierung effektiv verhindert. Die guten Erfahrungen mit der unabhängigen – und staatsfernen – Selbstverwaltung einerseits und der funktionierenden Anwaltsgerichtsbarkeit andererseits sollten auch bei der Regulierung des Berufsrechts der Insolvenzverwalter eingebracht werden.

4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufsaufsicht über jene Insolvenzverwalter, die Rechtsanwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer sind, unproblematisch durch deren Berufskammern wahrgenommen werden kann. Aus Gründen der Klarstellung könnte es sich empfehlen, dies in den Berufsgesetzen der genannten drei Berufe ausdrücklich festzuschreiben und dabei auch eine Regelung für mehrfachqualifizierte Personen in das Berufsrecht aufzunehmen. Außerdem sollten bei den Kammern eigene Abteilungen für die Aufsicht über Insolvenzverwalter eingeführt werden.

V. Berufsaufsicht über bislang nicht verkammerte Insolvenzverwalter

1. Regelungsbedarf

Das derzeit geltende System der Berufsaufsicht über Insolvenzverwalter weist Lücken bei jenen Berufsträgern auf, die keinem der drei verkammerten wirtschaftsnahen Beratungsberufe angehören. Es handelt sich um die kleine Minderheit der Insolvenzverwalter, die über keine Zulassung als Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer verfügen. Sie werden überwiegend nur im Bereich der Verbraucherinsolvenzen tätig. Insbesondere im Bereich der Insolvenzverwaltung von Personen- und Kapitalgesellschaften ist diese Personengruppe, wie die Auswertung von Statistiken zeigt, außerordentlich klein. Meist handelt es sich um Diplomwirtschaftsjuristen. Im Übrigen gibt aus der Praxis und anhand des verfügbaren Datenmaterials klare Hinweise, dass es sich bei dem Betätigungsfeld dieser Personen ganz überwiegend um Sonderfälle von wirtschaftlich geringer Bedeutung handelt, bei denen mangels Komplexität und Schwierigkeit die Gefahr von Pflichtverletzungen gering ist. Festgehalten werden darf jedenfalls, dass es völlig überzogen wäre, zur Beaufsichtigung dieser kleinen Gruppe eine eigene Berufskammer einzuführen.

Unbefriedigend ist indes, dass sich die Auswahl und die Tätigkeit dieser Personen derzeit in einer rechtlichen Grauzone abspielt. Weder gibt es klare Anforderungen an die theoretische und praktische Qualifikation noch existiert eine Berufsaufsicht, die über die Aufsicht durch die Insolvenzgerichte hinausgeht. Angesichts der allgemeinen Bedeutung der Insolvenzverwaltung sollte diese Grauzone vermieden und zugleich eine gewisse Gleichbehandlung aller als Insolvenzverwalter tätigen Personen sichergestellt werden.

Auf der Grundlage der im geltenden Recht bekannten Formen der Berufsaufsicht über berufliche Tätigkeiten, die einen Bezug zu Rechtsdienstleistungen aufweisen, bieten sich zwei Lösungskonzepte an.

1) Angedacht werden könnte zunächst, diese kleine Personengruppe der Aufsicht der Rechtsanwaltskammer zu unterstellen.

2) Alternativ wäre es denkbar, das bereits etablierte Verfahren der Registrierung nach dem RDG zu wählen, über das derzeit etwa der Berufszugang zu den Berufen der Inkassounternehmer oder Rentenberater geregelt wird.

Die Anforderungen zum Berufszugang lassen sich bei beiden Modellen nahezu identisch gestalten. Der Unterschied besteht im Wesentlichen darin, dass bei der Lösung über die Rechtsanwaltskammer die Berufsaufsicht durch die Kammer als Form der mittelbaren Staatsverwaltung erfolgt, während bei der Registrierung nach dem RDG die Berufsaufsicht dem für die Registrierung zuständigen Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit übertragen ist.

Beide Modelle weisen unterschiedliche Vor- und Nachteile auf, so dass sie im Interesse der Objektivität der Studie als rechtspolitisch gesehen weitgehend gleichwertig nebeneinander dargestellt werden. Der Verfasser hat allerdings im Interesse einer möglichst einfachen, einheitlichen und transparenten Lösung eine Präferenz für die Verortung bei den Rechtsanwaltskammern. Die beiden Modelle könnten auch miteinander kombiniert werden. So könnte etwa das Zulassungsverfahren als Registrierung nach dem RDG ausgestaltet, die Berufsaufsicht dagegen der fachlich kompetenten Rechtsanwaltskammer übertragen werden.

Nicht empfehlenswert erscheint es, den Angehörigen der sonstigen Berufe die Möglichkeit zu eröffnen, sich wahlweise einer der drei Kammern zu schließen, je nachdem, ob es sich etwa um Wirtschaftsingenieure oder Diplomkaufleute (dann Wirtschaftsprüferkammer), im Steuerrecht spezialisierte Berufsträger (dann Steuerberaterkammer) oder um Diplomwirtschaftsjuristen und Diplomrechtspfleger (dann Rechtsanwaltskammer) handelt. Der entsprechende organisatorische Aufwand dürfte in keinem angemessenen Verhältnis zu der geringen Anzahl der betroffenen Personen stehen. Außerdem wäre diese Zersplitterung nicht im Interesse der im Bereich der sonstigen Berufe besonders dringlichen Vereinheitlichung der beruflichen Standards. Die Anforderungen an die fachliche Qualifikation und die praktische Erfahrung

sollten insoweit nicht nur einheitlich normiert, sondern auch einheitlich gehandhabt werden.

2. Denkbare Lösungsmodelle

a. Lösungsmodell 1: Mitgliedschaft in der Rechtsanwaltskammer

Die Berufsaufsicht über die verbleibende kleine Personengruppe ließe sich zunächst unproblematisch bei den Rechtsanwaltskammern verorten. Sie ist aus verschiedenen Gründen die sachnächste Kammer. So weist die Tätigkeit des Insolvenzverwalters einen Bezug zur Rechtsdienstleistung auf. Allein der Umstand, dass deutlich über 90 % der zu Insolvenzverwalter bestellten Personen Rechtsanwälte sind,¹⁹³ belegt dies und zeigt zugleich, dass bei den Rechtsanwaltskammern die größte fachliche Nähe und Expertise gegeben ist.

Die Aufnahme eines zusätzlichen Berufs in die Zuständigkeit der Rechtsanwaltskammern wäre durchaus kein Novum. So sind die (Kammer-)Rechtsbeistände als Angehörige eines inzwischen geschlossenen Berufes bis heute Mitglieder der Rechtsanwaltskammern. Auch müssen Angehörige der sozietätsfähigen Berufe der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer Mitglied einer Rechtsanwaltskammer werden, wenn sie in einer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH als Geschäftsführer tätig werden. Die BRAO sieht insoweit eigenständige Sanktionen bei Berufsrechtsverstößen vor. § 74 Abs. 6 BRAO erweitert die Möglichkeit, durch eine Rüge sanktioniert zu werden, auf alle Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer nach § 60 Abs. 1 S. 3 BRAO. Erfasst sind damit all jene Geschäftsführer, die keine Rechtsanwälte, aber Angehörige sozietätsfähiger Berufe sind. Entsprechendes gilt nach § 115c BRAO für anwaltsgerichtliche Maßnahmen nach § 114 BRAO, wobei nach § 115c Abs. 1 S. 2 BRAO bei nicht anwaltlichen Geschäftsführern an die Stelle der Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft die Aberkennung der Eignung tritt, eine Rechtsanwaltsgesellschaft zu vertreten und ihre Geschäfte zu führen. Die Zulassung zum Herkunftsberuf kann im anwaltsgerichtlichen Verfahren dagegen nicht entzogen werden.

Eine hinreichende Legitimation der Kammerentscheidungen gegenüber den (Nur-)Insolvenzverwalter-Mitgliedern könnte dadurch sichergestellt werden, dass sämtli-

¹⁹³ Vgl. den Beschluss der HV der BRAK 25. 10.2019, der davon ausgeht, dass 95 % der Insolvenzverfahren derzeit von Mitgliedern der Rechtsanwaltskammern betreut werden; dazu Presseerklärung Nr. 14 der BRAK v. 25.10.2019.

che die Berufspflichten von anwaltlichen und nicht-anwaltlichen Insolvenzverwaltern betreffenden Fragen durch eine besondere Abteilung behandelt werden, der auch verkammerte „nur“ Insolvenzverwalter angehören.¹⁹⁴

Die Kriterien für die Aufnahme der nichtanwaltlichen Insolvenzverwalter als Kammermitglieder sollten im Sinne einer Berufszugangsregelung gesetzlich fixiert werden und im Interesse der Vermeidung von Doppelprüfungen jenen Mindestvoraussetzungen entsprechen, die für die Aufnahme in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter gelten.¹⁹⁵ Folgende Aufnahmebedingungen bieten sich an:

1. Abschluss eines mindestens dreijährigen Hochschulstudiums mit entweder juristischem oder wirtschaftswissenschaftlichem Schwerpunkt an einer Hochschule in der EU. Neben den traditionellen juristischen, betriebs- und volkswirtschaftlichen Universitätsstudiengängen kämen auch Studiengänge als Wirtschaftsingenieur, Fachhochschulstudiengänge zum Wirtschaftsjuristen bzw. Diplomrechtspfleger oder ein Hochschulstudium im Bereich der Betriebswirtschaft (z.B. „International Management“ etc.) in Betracht.
2. Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung, wobei die Mindestversicherungssumme deutlich über dem von § 51 Abs. 4 BRAO geforderten Betrag von 250.000,00 Euro liegen sollte. Ein Betrag von 2,5 Mio. erscheint sachgerecht.
3. der Nachweis der theoretischen und praktischen Sachkunde auf dem Gebiet der Insolvenzverwaltung. Da auch eine beschränkte Betätigung im Bereich der Verbraucherinsolvenzen in Betracht kommt, kann insoweit die vielfach geforderte zwei- oder gar dreijährige praktische Tätigkeit im Anstellungsverhältnis für einen Insolvenzverwalter oder als selbstständiger Kooperationspartner eines Insolvenzverwalters nicht verlangt werden. Sie erscheint nur gerechtfertigt, wenn der Berufsträger eine Aufnahme in die (Teil-)Liste der Insolvenzverwalter für Unternehmensinsolvenzen für Personen- und Kapitalgesellschaften anstrebt, ist damit Teil des Aufnahmeverfahrens in die Liste der Insolvenzverwalter.

Sicherzustellen wäre, dass Bewerbern aus Mitgliedstaaten der EU ein gleichberechtigter Zugang gewährt. So wären auch europäische Rechtsanwälte, die noch nicht

¹⁹⁴ Dazu *Kluth*, NZI 2019, 649, 650.

¹⁹⁵ Idealerweise sollte die Aufnahme in die Kammer die automatische Eintragung in die Liste nach sich ziehen. Eine Kammermitgliedschaft von nicht gelisteten Personen ergäbe keinen Sinn.

über die Eingliederung (§§ 11 ff. EuRAG) die Berechtigung zur Führung des deutschen Rechtsanwältstitels erworben haben, unter den genannten Voraussetzungen zuzulassen.

Mit der Aufnahme in die Rechtsanwaltskammer würde der Bewerber die Berechtigung zur Führung der Berufsbezeichnung „Verkammerter Insolvenzverwalter“ erwerben, sämtliche Rechte und Pflichten eines Mitglieds der Rechtsanwaltskammer erwerben und der Kammeraufsicht unterliegen. Außerdem stünde ihm ein grundsätzlicher Anspruch auf Aufnahme in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter zu (dazu H. IV.).

b. Lösungsmodell 2: Registrierung nach dem RDG

aa. Das Regelungsmodell des RDG

In das aktuelle Konzept des deutschen Berufsrechts im Bereich der Dienstleistungen, die auch Rechtsberatungselemente aufweisen, würde sich eine Registrierung nach dem RDG ebenfalls widerspruchsfrei einfügen.

Das zum 1. Juli 2008 in Kraft getretene RDG greift in seinem dritten Teil das schon von der Vorläuferregelung (Art. 1 § 1 RBerG) bekannte Modell von Teilerlaubnissen auf und regelt die Erbringung von Rechtsdienstleistungen aufgrund besonderer Sachkunde. Allerdings tritt an die Stelle einer Erlaubnis nach geltendem Recht eine Registrierung bei der zuständigen Landesjustizverwaltung (§ 13 RDG). Sie ist in dem Rechtsdienstleistungsregister (www.rechtsdienstleistungsregister.de) bekanntzumachen (§ 16 RDG). Registrierungsmöglichkeiten gibt es derzeit für Rechtsdienstleistungen in folgenden Bereichen: Inkassodienstleistungen, Rentenberatung und Rechtsdienstleistungen in einem ausländischen Recht (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 – 3 RDG; § 11 Abs. 1 – 3 RDG). In diesen Spezialrechtsgebieten kann der bestehende Beratungsbedarf nach Ansicht des Gesetzgebers nicht vollständig von der Anwaltschaft befriedigt werden.¹⁹⁶ Auch wenn die Insolvenzverwaltung jedenfalls nicht notwendigerweise eine Rechtsdienstleistung iSv. § 3 RDG darstellt, so weist sie doch einen engen Bezug zu diesem Sektor auf, so dass die Möglichkeit der Registrierung kein Systembruch wäre. Der Regulierungsbedarf ergibt sich nicht allein aus dieser Ein-

¹⁹⁶ BT-Drucks. 16/3655, S. 40.

ordnung, vielmehr besteht eine vergleichbare Interessenlage und Schutzbedürftigkeit wie bei sonstigen Dienstleistungen, die einen Bezug zu Rechtsdienstleistungen aufweisen. Die Registrierungsmöglichkeit könnte unproblematisch in § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 RDG verortet werden. Systemkonform wäre es, gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 RDG eine Registrierung für ein Teilgebiet zu ermöglichen, etwa für den Bereich der Verbraucherinsolvenzen und/oder für den Bereich der Unternehmensinsolvenzen von natürlichen Personen mit einer begrenzten Anzahl von Arbeitnehmern (vgl. den Regelungsvorschlag unter 2. b. dd.).

Über die eigenständige Registrierung könnte zugleich den (vorliegend nicht geteilten) im Schrifttum artikulierten Zweifeln an der hinreichenden demokratischen Legitimation der Organe der Rechtsanwaltskammern Rechnung getragen werden, die darauf gestützt werden, dass bei der Aufnahme nichtanwaltlicher Insolvenzverwalter in die Rechtsanwaltskammer über das Berufsrecht und die Interessenvertretung der Insolvenzverwalter mit einem überwiegenden Stimmrecht von rein anwaltlich tätigen Rechtsanwälten beschlossen würde.¹⁹⁷ Nach dieser Ansicht sollen erhebliche Zweifel bestehen, dass im Sinne der Rechtsprechung des *BVerfG* von einer interessengerechten Binnenstruktur der Kammern ausgegangen werden könne.

bb. Registrierungsvoraussetzungen und Berufspflichten

Vom Grundsatz her erscheinen die von § 12 RDG aufgestellten Registrierungsvoraussetzungen auch bei Insolvenzverwaltern geeignet. § 12 RDG verlangt insbesondere:

- die persönliche Eignung und Zuverlässigkeit,
- den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme von 250.000 Euro¹⁹⁸ und
- den Nachweis der theoretischen und praktischen Sachkunde.

¹⁹⁷ Kluth, NZI 2019, 649, 650 f.

¹⁹⁸ Sie müsste bei registrierten Insolvenzverwaltern deutlich erhöht werden, wobei vorliegend ein Betrag von 2,5 Mio. vorgeschlagen wird.

Die erforderliche Zuverlässigkeit fehlt in der Regel, wenn die Person in den letzten drei Jahren vor Antragstellung wegen eines Verbrechens oder eines die Berufsausübung betreffenden Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist, wenn die Vermögensverhältnisse der Person ungeordnet sind oder wenn in den letzten drei Jahren vor Antragstellung eine Registrierung oder eine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft widerrufen worden oder ein Ausschluss aus der Rechtsanwaltschaft erfolgt ist. Die theoretische Sachkunde ist gegenüber der zuständigen Behörde durch Zeugnisse nachzuweisen. Praktische Sachkunde setzt in der Regel eine mindestens zwei Jahre unter Anleitung erfolgte Berufsausübung oder praktische Berufsausbildung voraus. § 14 RDG normiert eng an § 14 BRAO angelehnt die Voraussetzungen für einen Widerruf der Registrierung.

Unproblematisch zulässig wäre es, die konkreten Voraussetzungen für Insolvenzverwalter noch näher zu präzisieren. So sind in der jüngeren Vergangenheit auch die besonderen Voraussetzungen für Inkassounternehmen konkretisiert und verschärft worden. Vorliegend empfiehlt sich die Angleichung an die Voraussetzungen, die unter V. 2. a. für eine Mitgliedschaft in der Rechtsanwaltskammer entwickelt wurden, also ein dreijähriges Hochschulstudium. In jedem Fall wäre auch Bewerbern aus Mitgliedstaaten der EU ein gleichberechtigter Zugang zu gewähren.

Die erforderliche praktische Erfahrung müsste in Form der Mitarbeit in einer Insolvenzverwalterpraxis für einen rechtspolitisch festzulegenden Zeitraum erworben werden, der zwischen drei (Verbraucherinsolvenzen) und fünf Jahren (Unternehmensinsolvenzen von Personen- und Kapitalgesellschaften) umfassen sollte.

Das RDG kennt im Übrigen nur einen Kernbestand an Berufspflichten, insbesondere in § 4 RDG, der sich als Betätigungsverbot bei Interessenkollisionen versteht. Für den registrierten Insolvenzverwalter würden diese Berufspflichten durch das in der InsO (§§ 56b ff. InsO-E) verankerte spezifische Berufsrecht überlagert bzw. ergänzt (dazu H.).

cc. Berufsaufsicht

Nach § 13a Abs. 1 RDG übt die zuständige Behörde die Aufsicht über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften aus. Die Zuständigkeit bestimmt sich gemäß § 19

RDG. Danach kann die Zuständigkeit von den Landesjustizverwaltungen delegiert werden; üblicherweise liegt sie bei den Präsidenten der Land- bzw. Amtsgerichte.¹⁹⁹ Die Praxis hatte zunächst gezeigt, dass die Registrierungsbehörden de facto nur eine sehr unzureichende Aufsicht über die registrierten Rechtsdienstleister ausübten. Widerrufe von Registrierungen durch die Behörden sind seltene Ausnahmefälle geblieben. Der Gesetzgeber hat indes auf die zunächst bestehenden Schwächen reagiert und nachträglich Regelungen eingefügt, die eine effektivere und strengere Aufsicht sicherstellen. U.a. sind in § 14 RDG die Widerrufsmöglichkeiten für die Registrierung erweitert worden. Mit den in § 13a RDG geregelten Aufsichtsmaßnahmen unterhalb des Widerrufs der Registrierung, etwa der Möglichkeit, den Betrieb vorübergehend ganz oder teilweise zu untersagen, sind außerdem die Sanktionen der Aufsichtsbehörden erweitert worden. Der zum 1. November 2014 in Kraft getretene § 11a RDG begründet speziell für Inkassodienstleister neue Darlegungs- und Informationspflichten.²⁰⁰ Sonderregelungen, mit denen auf spezifische im Bereich der Insolvenzverwaltung bestehende Risiken reagiert wird, wären auch für registrierte Insolvenzverwalter denkbar.

dd. Regelungsvorschlag

Eine gesetzliche Regelung könnte relativ einfach in § 10 RDG vorgenommen werden, indem § 10 Abs. 1 S. 1 RDG um eine Ziff. 4 ergänzt wird. Außerdem könnte in § 10 Abs. 1 S. 2 RDG die Registrierung in einem Teilbereich vorgesehen werden. Eine Registrierung für Teilbereiche kommt nach dieser Vorschrift grundsätzlich dann in Betracht, wenn sich der Teilbereich von den anderen Tätigkeiten eines in § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 (künftig 4) RDG genannten Bereiches trennen lässt und wenn der Registrierung für den Teilbereich keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses entgegenstehen. Ob sich bestimmte Tätigkeiten von anderen *trennen* lassen, ist grundsätzlich von den zuständigen Behörden (vgl. § 19 RDG) zu entscheiden.²⁰¹ Einer ausdrücklichen Zulassung durch die Rechtsdienstleistungsverordnung RDG bedarf es seit der Reform durch das Gesetz zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtli-

¹⁹⁹ Vgl. die Übersicht bei *Rillig*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG, 4. Aufl. 2015, § 19 Rn. 9.

²⁰⁰ Der aktuelle Referentenentwurf aus dem BMJV sieht eine erneute Verschärfung dieser Pflichten vor.

²⁰¹ S. *Overkamp/Y. Overkamp* in: Henssler/Prütting, BRAO, § 10 RDG, Rn. 22.

nie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich rechtsberatender Berufe vom 12.5.2017²⁰² nicht mehr. Im Interesse der einheitlichen Handhabung könnten allerdings für Insolvenzverwaltungen relevante Teilbereiche in einem Satz 3 des § 10 Abs. 1 RDG gesetzlich festgelegt werden.

§ 10 Rechtsdienstleistungen aufgrund besonderer Sachkunde

(1) ¹Natürliche und juristische Personen sowie Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, die bei der zuständigen Behörde registriert sind (registrierte Personen), dürfen aufgrund besonderer Sachkunde Rechtsdienstleistungen in folgenden Bereichen erbringen:

1. Inkassodienstleistungen (§ 2 Abs. 2 Satz 1),
2. Rentenberatung auf dem Gebiet der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung,,
3. Rechtsdienstleistungen in einem ausländischen Recht;....

4. Insolvenzverwaltung (§§ 56 ff. InsO), sofern es sich bei der registrierten Person um eine natürliche Person handelt.

²Die Registrierung kann auf einen Teilbereich der in Satz 1 genannten Bereiche beschränkt werden, wenn sich der Teilbereich von den anderen in den Bereich fallenden Tätigkeiten trennen lässt und der Registrierung für den Teilbereich keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses entgegenstehen. ³**Im Falle des Abs. 1 S. 1 Nr. 4 kann die Registrierung auf die Bereiche der Verbraucherinsolvenzen und/oder der Unternehmensinsolvenzen von natürlichen Personen mit bis zu fünf Arbeitnehmern begrenzt werden.**

Ergänzend müsste für registrierte Insolvenzverwalter in § 12 RDG eine erhöhte Mindestversicherungssumme vorgesehen werden.

²⁰² BGBl. 2017 I 1121.

ee. Zwischenergebnis

Eine Registrierung nach dem RDG wäre damit eine erwägenswerte Alternative zur Verkammerung der bislang nicht berufsrechtlich erfassten Insolvenzverwalter in der Rechtsanwaltskammer. Auf diese Weise könnte sowohl der Berufszugang für Personen, die weder Rechtsanwalt noch Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer sind, geregelt als auch eine Aufsicht durch die Justizverwaltung realisiert werden, die ergänzend neben die Aufsicht durch das Insolvenzgericht und die Kontrolle durch die Gläubiger tritt. Die Koordinierung der beiden gerichtlichen Aufsichtssysteme sollte in der Praxis keine Schwierigkeiten bereiten, häufig wird sie bei demselben Gericht verortet sein.

Eine Registrierung nach dem RDG wäre als Berufszugangsvoraussetzung auch dann denkbar, wenn die Insolvenzverwalter anschließend der vorliegend präferierten Berufsaufsicht durch eine Berufskammer unterstellt werden, indem etwa registrierte Insolvenzverwalter aus den Grundberufen der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer der Aufsicht der für diese Berufe zuständigen Kammern unterstellt würden, während für alle sonstigen Insolvenzverwalter die Zuständigkeit bei der Rechtsanwaltskammer verortet wäre. Ein Vorteil dieses Modells würde darin liegen, dass für alle Insolvenzverwalter, die keine Fachanwälte für Insolvenzrecht sind, ein einheitliches Berufszugangsverfahren eingeführt würde. Allen registrierten Insolvenzverwaltern stünde ein Anspruch auf Aufnahme in das bundeseinheitliche Verzeichnis zu (dazu H. IV.), zumindest in das Unterverzeichnis bzw. Basisverzeichnis für Verbraucherinsolvenzen. Zugleich müsste bei diesem Modell auf die hinreichende Legitimation der für die Berufsaufsicht zuständigen Abteilungen der Rechtsanwaltskammern geachtet werden (zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen dezentrale Rechtsanwaltskammermodelle unter H. VII.).

Anlass für eine entsprechend kleine und unbürokratische Lösung gibt es schon deshalb, weil allein mit der Registrierung für die betroffenen Personen noch keine Möglichkeit eröffnet wäre, diesen Beruf nun unmittelbar auszuüben. Vielmehr setzt die konkrete Berufstätigkeit mit der Bestellung im Einzelfall auch in Zukunft stets noch einen zusätzlichen staatlichen Akt voraus. Die Registrierung würde indes die Auswahlentscheidung des Insolvenzrichters erheblich erleichtern.

VI. Keine tragenden Argumente für die Einführung einer Insolvenzverwalterkammer

1. Keine ins Gewicht fallenden Vorteile gegenüber der Zuständigkeit der Kammern der Grundberufe

Sämtliche unter I. – V. aufgeführten Besonderheiten und Alternativmöglichkeiten sprechen geradezu augenfällig gegen einen Bedarf, ja gegen eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer eigenständigen Insolvenzverwalterkammer²⁰³ und für die Verortung der Aufsicht bei den bestehenden Berufskammern der Grundberufe ergänzt um eine Regelung für nach ihrem Grundberuf nicht verkammerte Insolvenzverwalter.

Betrachtet man die in der rechtspolitischen Diskussion angeführten Vorteile für eine Insolvenzverwalterkammer, so vermögen sie die aufgezeigten Schwachpunkte nicht zu kompensieren. Generell werden für eine solche Kammer keine rechtlich tragenden Argumente angeführt. Die entsprechenden Vorschläge gehen damit auch nicht von einem entsprechenden rechtlichen Gebot aus, sondern weisen nur darauf hin, dass eine solche Einrichtung rechtspolitisch wünschenswert sei.²⁰⁴

Zunächst spricht der Umstand, dass es sich um einen eigenständigen und regulierungsbedürftigen Beruf handelt, nicht für die Einführung einer Pflichtmitgliedschaft in einer Berufskammer. Vielmehr ist die ganz überwiegende Mehrzahl der als eigenständiger Beruf anerkannten Tätigkeiten nicht verkammert und zwar auch dann nicht, wenn es sich um sog. regulierte Berufe (regulated professions) handelt. Die Anordnung der Pflichtmitgliedschaft in einer Kammer kann im Gegenteil auch bei regulierten Berufen nicht beliebig erfolgen, sondern bedarf jeweils einer besonderen Rechtfertigung.

Nicht einschlägig sind von vornherein all jene Argumente, die auf die Vorteile der Selbstverwaltung abstellen und dazu dienen, zusätzliche staatliche Aufsichtsmaßnahmen auszuschließen. Sie sind bei dem hier präferierten Modell ebenfalls auf deutlich einfacherem Wege realisierbar.

²⁰³ Kritisch auch *Frind*, NZI 2018, 729, 733.

²⁰⁴ *Kästner*, Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters, 2018, S. 224 ff.

Das Gleiche gilt auch für alle weiteren in der aktuellen rechtspolitischen Diskussion angeführten Argumente²⁰⁵ wie den Vorteilen der mittelbaren Staatsverwaltung mit Aufsicht- und Sanktionsbefugnissen, dem Zugang zu relevanten Informationen, den Auskunftsrechten, der Fürsorge für die Mitglieder, der Mitwirkung an der Aus- und Fortbildung u.Ä. Soweit *Kästner*²⁰⁶ als weiteren Vorteil auf die Möglichkeit eines eigenen Versorgungswerkes für Insolvenzverwalter hinweist, blendet er aus, dass über 95 % der Berufsträger bereits als Rechtsanwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer einem Versorgungswerk angehören. Für ein eigenes Versorgungswerk der Insolvenzverwalter besteht ersichtlich kein Bedarf, seine Einrichtung weist zudem keinen zwingenden Konnex zur Existenz einer eigenen Berufskammer auf.

2. Insolvenzverwalterkammer als atypischer Sonderfall

Eine Insolvenzverwalterkammer wäre angesichts der geschilderten Besonderheiten ein Unikat, für das es keine Vorbilder gibt. Es gibt derzeit keine Kammer, deren Mitglieder bereits zu über 95 % in einer anderen Kammer Pflichtmitglied sind und der dortigen Aufsicht unterliegen, weil die von der zweiten Kammer – hier der Insolvenzverwalterkammer – erfasste Tätigkeit lediglich einen Ausschnitt der sonstigen bereits für sich genommen regulierten Tätigkeit darstellt.

Auch von der Größe der erfassten Berufsgruppe wäre die Insolvenzverwalterkammer ein Sonderfall. Es gibt zwar eine weitere Ausnahme, so agiert die Bundeslotsenkammer als Interessenvertretung einer ebenfalls recht kleinen Berufsgruppe, nämlich der ca. 800 Seelotsen. Dies ist indes eine historisch begründete Besonderheit, denn das deutsche Seelotswesen blickt auf eine lange Geschichte zurück: Die heutige Struktur ist das Ergebnis einer jahrhundertelangen Entwicklung, die ihren Abschluss im Seelotsgesetz von 1954 fand. Das deutsche Seelotsgesetz ist das einzige Gesetz dieser Art und als Vorbild für Insolvenzverwalter kaum geeignet, zumal die Monopolkommission²⁰⁷ in den deutschen Bestimmungen für Seelotsen ein Wettbewerbshin-

²⁰⁵ Dazu *Kästner*, Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters, 2018, S. 224 ff.

²⁰⁶ *Kästner*, Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters, 2018, S. 220, allerdings meint er diesen Vorschlag offenbar selbst nicht recht ernst, weil er auf die Möglichkeit der Mitgliedschaft in einem anderen Versorgungswerk hinweist.

²⁰⁷ Zweijahresgutachten der Monopolkommission „Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen“ vom Juli 2012, dazu Verband Freier Berufe im Lande Nordrhein-Westfalen e.V., Freie Berufe 10-12/2012, S. 1 ff.

dernis sieht und schon 2012 Handlungsempfehlungen gegeben hat, die auf eine Deregulierung abzielen. Auch im Übrigen fehlt es an der Vergleichbarkeit. Die Bundeslotsenkammer (BLK) ist die gesetzlich vorgeschriebene Interessenvertretung der Gesamtheit der Lotsenbrüderschaften. Mitglieder der Körperschaft des öffentlichen Rechts sind aber nicht die Lotsen, sondern die 7 Lotsenbrüderschaften, vertreten durch deren Ältermänner, die durch Wahl von den Seelotsen der einzelnen Lotsenbrüderschaften bestimmt werden. Es handelt sich bei der Bundesorganisation somit um eine Interessenvertretung, nicht dagegen um eine Kammer mit Aufsichts-, Überwachungs- und Sanktionierungsfunktion. An der Vergleichbarkeit fehlt es nicht zuletzt auch deshalb, weil die Seelotsen keiner weiteren Kammer angehören.

3. Nachteile einer eigenständigen Insolvenzverwalterkammer

Den damit allenfalls geringfügigen Vorteilen einer eigenständigen Insolvenzverwalterkammer stehen gravierende Nachteile gegenüber.

Zu erwähnen ist zunächst der offenkundige erhebliche Organisationsaufwand, der mit der Einrichtung einer solchen Kammer verbunden wäre, und der erhebliche Aufwand, den die laufende Aufsichtstätigkeit mit sich bringen würde. Hier entstünden zusätzliche Kosten, die von den Pflichtmitgliedern über Beiträge aufgebracht werden müssten. Dabei ist zu beachten, dass der Verwaltungsaufwand gerade bei kleineren Organisationen relativ hoch ist, weil sich hier kaum Rationalisierungsmöglichkeiten ergeben, wie dies bei großen Kammern der Fall ist.

Schon derzeit wird die geringe Bereitschaft der Berufsträger beklagt, sich in der Selbstverwaltung zu engagieren.²⁰⁸ Selbst das Minimalengagement der Beteiligung an den Wahlen ist nur unbefriedigend ausgeprägt. Es ist daher zu erwarten, dass viele Berufsträger erst recht die Doppelbelastung durch die Mitwirkung in mehreren Kammern als Zumutung empfinden würden. Dass es eine nennenswerte Zahl von Berufsträgern geben könnte, die bereit wären, sich gleich in zwei Kammern zu engagieren, ist für jeden Kenner der Szene absolut unrealistisch. Der Gutachter, der seit 28 Jahren in diesem Bereich tätig ist und als Referent auf zahlreichen Mitgliederversammlungen von Kammern teilgenommen hat, hält eine entsprechende Erwartung für illusorisch. Eine doppelte Pflichtmitgliedschaft wäre sicherlich keine Stärkung,

²⁰⁸ Vgl. nur *Kleine-Cosack*, AnwBl 2010, 537, 543.

sondern eher eine Schwächung des Kammerwesens und der autonomen Selbstregulierung der Berufsträger.

Aus der Sicht der Berufsträger käme es durch die doppelte Pflichtmitgliedschaft zu finanziellen Doppelbelastungen, die sich in doppelten Mitgliedsbeiträgen niederschlagen würden. Auch wenn das BVerfG die Pflichtmitgliedschaft in einer Kammer grundsätzlich gebilligt hat, so bedürfte es doch einer sorgfältigen Prüfung von Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, wenn eine erneute verpflichtende Kammermitgliedschaft für Berufsträger eingeführt wird, die schon nahezu ausnahmslos einer Kammeraufsicht unterworfen sind und es bei der erfassten kammerpflichtigen Tätigkeit nicht um ein weiteres Berufsfeld, sondern nur um einen Ausschnitt aus dem bereits der Kammeraufsicht unterliegenden Beruf geht.

Zählt die Tätigkeit als Insolvenzverwalter zugleich zum Berufsbild des Grundberufs und unterliegt sie grundsätzlich dem jeweiligen Berufsrecht, so ist es außerdem widersprüchlich, den Berufsträger noch einer weiteren Berufsaufsicht zu unterwerfen. Die doppelte Zuständigkeit müsste zwangsläufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen, zugleich bestünde die Gefahr von Doppelprüfungen. Im Grunde würde sich bei vielen Pflichtverstößen die Frage stellen, ob nicht zugleich eine Berufspflichtverletzung im Grundberuf vorliegt.²⁰⁹ Dieses Problem lässt sich nicht einfach dadurch lösen, dass die Zuständigkeit für Pflichtverletzungen im Amt als Insolvenzverwalter ausschließlich der Insolvenzverwalterkammer übertragen wird. Es bleibt nämlich stets die offene Frage, ob der entsprechende Verstoß auch Anlass zu Sanktionen im Bereich des Grundberufes gibt, etwa einen Widerruf der Zulassung als Rechtsanwalt nach sich ziehen muss, weil der Betreffende als Organ der Rechtspflege nicht mehr tragbar ist. Diese Prüfung kann der Insolvenzverwalterkammer nicht überlassen werden. Es bestünde damit die unbefriedigende Gefahr von Doppelzuständigkeiten, doppelter Bürokratie und Mehrfachsanktionen.

Erst recht kein Bedarf für eine eigene Kammer bestünde meines Erachtens dann, wenn man entsprechend dem in der Literatur unterbreiteten, hier abgelehnten Vorschlag²¹⁰ künftig nur noch die Bestellung von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern als Insolvenzverwalter zulassen möchte.

²⁰⁹ Kritisch auch *Frind*, NZI 2018, 729, 733.

²¹⁰ So etwa *Römermann*, ZIP 2018, 1757.

VII. Zentrale Rechtsanwaltskammer für Insolvenzverwalter?

Lehnt man aus den vorstehend im Detail dargelegten Gründen eine eigenständige Insolvenzverwalterkammer außerhalb der bestehenden Kammersysteme ab, so bleiben gleichwohl verschiedene Optionen, wie der Anschluss der Insolvenzverwalter an die bestehenden Kammersysteme erfolgen könnte. Zentral oder dezentral? lautet insoweit die Frage.²¹¹ Abweichend vom derzeitigen System der 27²¹² regionalen, typischerweise an den OLG-Bezirken ausgerichteten Rechtsanwaltskammern wird insoweit im Schrifttum vorgeschlagen, unter dem Dach der Bundesrechtsanwaltskammer eine bundesweit zentralisierte Kammer speziell für Insolvenzverwalter einzurichten. Als Vorteil eines solchen Modells wird die bessere Legitimation der Kammerentscheidungen genannt, auch bestünde die Gefahr, dass die Vertretung der spezifischen Interessen der Insolvenzverwalter als Aufgabe der Selbstverwaltung durch allgemeine anwaltliche Interessen dominiert werden könnte.²¹³ Zudem verfüge derzeit weder die Bundesrechtsanwaltskammer noch die Satzungsversammlung über ein Mandat für die bundesweite Vertretung der Insolvenzverwalter, so dass insoweit entweder parallele Strukturen geschaffen oder die Handlungen auf die regionale Ebene begrenzt werden müssten.

Dieser Kritik ist zuzugestehen, dass sie die Aufmerksamkeit auf einen wichtigen Aspekt des dezentralen Kammermodells gelenkt hat. In der Tat muss auf die hinreichende demokratische Legitimation der Organe der Rechtsanwaltskammern speziell durch Insolvenzverwalter geachtet werden. Eigenständige Abteilungen für die Berufsaufsicht über die Insolvenzverwalter sind unverzichtbar. Das hier entwickelte Modell trägt den vorgebrachten Bedenken Rechnung, indem es etwa Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die als Insolvenzverwalter tätig werden, nicht in eine weitere Pflichtmitgliedschaft in den Rechtsanwaltskammern zwingt und für sonstige nichtanwaltliche Insolvenzverwalter das alternative Registrierungsmodell nach dem RDG anbietet. Bei diesem Alternativmodell wären die Kritikpunkte ausgeräumt, jedenfalls,

²¹¹ So auch der Titel des Beitrags von *Kluth*, NZI 2019, 649 (Insolvenzammer – zentral oder dezentral?).

²¹² Daneben besteht die Rechtsanwaltskammer beim BGH.

²¹³ *Kluth*, NZI 2019, 648, 650 f.

wenn zugleich für die Berufsaufsicht über die anwaltlichen Insolvenzverwalter eigene Abteilungen gebildet würden.

Auf der anderen Seite liegen die praktischen Bedenken, die gegen eine zentrale Insolvenzverwalterkammer unter dem Dach der BRAK bestehen, auf der Hand. Alle anwaltlichen Insolvenzverwalter würden ohne Notwendigkeit in eine doppelte Pflichtmitgliedschaft gezwungen und zwar ganz unabhängig davon, ob sie sich bei ihrer beruflichen Betätigung auf Insolvenzverwaltungen konzentrieren wollen. Entscheidend ist, dass die anwaltlichen Insolvenzverwalter – jedenfalls nach dem geltenden System – Rechtsanwälte bleiben und jederzeit anwaltlich tätig werden können.²¹⁴ Die Rechtslage ist insoweit nicht mit der Situation bei Syndikusrechtsanwälten vergleichbar, bei denen das Gesetz den entsprechenden Sonderstatus eines Syndikusrechtsanwalts ohne allgemeine Anwaltszulassung erst geschaffen hat. Eine Anwaltszulassung als Insolvenzverwalter ohne allgemeine Anwaltszulassung gibt es derzeit nicht und sie steht auch nicht ernsthaft zur Diskussion.

Sachlich gerechtfertigt und europarechtlich unbedenklich wäre eine doppelte Kammermitgliedschaft mit doppelter Aufsicht durch zwei verschiedene Kammern nur dann, wenn das Berufsrecht der Insolvenzverwalter tatsächlich wesentliche Unterschiede gegenüber dem anwaltlichen Berufsrecht aufweisen würde. Ein Bedarf für ein ganz eigenständiges und ausdifferenziertes Berufsrecht der Insolvenzverwalter besteht indes nicht. Bei dem vorliegend entwickelten Konzept lassen sich die besonderen Berufspflichten der Insolvenzverwalter völlig ausreichend in einer relativ schlanken gesetzlichen Regelung verorten. Die Überwachung nicht nur der vorgeschlagenen Berufspflichten (dazu I.), sondern auch aller bislang in der rechtspolitischen Diskussion angedachten spezifischen Berufspflichten der Insolvenzverwalter rechtfertigen keine eigenständige Kammer. Insofern weist das Modell der zentralen Insolvenzverwalterkammer unter dem Dach der BRAK die gleichen Schwächen auf, die auch gegen eine eigenständige Insolvenzverwalterkammer sprechen, von der sie sich in der Sache auch kaum unterscheidet: Es unterstellt einen völlig überdimensionierten, real nicht existierenden berufsrechtlichen Regelungsbedarf im Sinne eines eigenständigen Berufsgesetzes. Das zeigt sich schon in der Forderung, eine eigene Berufssatzung und dementsprechend eine eigenständige Satzungsversammlung der

²¹⁴ A.A Kluth, NZI 2019, 649, 651.

Insolvenzverwalter einzuführen, für die nicht einmal ansatzweise ein Bedarf erkennbar ist. Auch in diesem Zusammenhang sei erneut darauf hingewiesen, dass zum einen neben der Kontrolle durch die Gläubiger außerdem eine gerichtliche Aufsicht durch die Insolvenzgerichte besteht und dass zum anderen die Insolvenzverwaltung nur einen Ausschnitt aus dem Tätigkeitsfeld der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer darstellt und dass schließlich nur eine sehr kleine Berufsgruppe betroffen ist.

Die effektive Vertretung der sehr inhomogenen Interessen der Insolvenzverwalter rechtfertigt für sich genommen keine zentrale Kammer unter dem Dach der BRAK, zumal erhebliche Unterschiede zwischen den Interessen etwa von großen Insolvenzverwaltungskanzleien und kleineren Kanzleien bestehen. Zudem existieren bereits Berufsverbände, die diese unterschiedlichen Interessen effektiv und im Einklang mit europarechtlichen Vorgaben wahrnehmen.

VIII. Zusammenfassung

Die Einführung einer eigenständigen Insolvenzverwalterkammer ist aus einer Vielzahl von Gründen abzulehnen. Die erforderliche Berufsaufsicht kann unbürokratischer und kostengünstiger von den Berufskammern der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer übernommen werden. Der mit der Pflichtmitgliedschaft verbundene Eingriff in die freie Berufsausübung begegnet zudem mit Blick auf seine Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn sie für Berufsträger eingeführt wird, die schon nahezu ausnahmslos einer Kammeraufsicht unterworfen sind und es bei der erfassten kammerpflichtigen Tätigkeit nicht um ein weiteres Berufsfeld, sondern nur um einen Ausschnitt aus dem bereits der Kammeraufsicht unterliegenden Beruf geht. Aus den gleichen Gründen überzeugt auch das Modell einer zentralen Insolvenzverwalterkammer unter dem Dach der BRAK nicht.

Um auch für jene Insolvenzverwalter, die keinem der drei wirtschaftsnahen verkammerten Beratungsberufe angehören, einen kontrollierten Berufszugang nebst Berufsaufsicht sicherzustellen, bieten sich als sachgerechte Alternativlösungen die Aufnahme dieser Verwalter in die Rechtsanwaltskammer oder aber eine Registrierung nach dem RDG an. Bei der Aufnahme in die regionalen Rechtsanwaltskammern muss auf die hinreichende demokratische Legitimation der für die Insolvenzverwalter zuständigen Organe der Rechtsanwaltskammer durch „Nur“-Insolvenzverwalter ge-

achtet werden. Auch sollten die Insolvenzverwalter die institutionell abgesicherte Möglichkeit erhalten, ihre spezifischen Interessen innerhalb der Kammerorganisation zum Ausdruck zu bringen.

G. Regelungsstandort eines Berufsrechts der Insolvenzverwalter

Betrachtet man die verschiedenen Regulierungsmöglichkeiten und berücksichtigt man die vorstehenden Überlegungen, die gegen ein zusätzliches Kammermodell sprechen, so drängt sich als Regelungsstandort für eine berufsrechtliche Regulierung der Insolvenzverwaltung – eventuell neben dem RDG – unmittelbar die InsO als sachnahes Gesetz auf. Ein eigenständiges Berufsgesetz wäre nur dann in Betracht zu ziehen, wenn tatsächlich ein eigenständiger verkammerter Beruf mit eigenen Vorschriften zur Organisation der Kammer, ihren Aufgaben und Befugnissen gegenüber den Mitgliedern, Sanktionsmöglichkeiten sowie Rechtsschutz der Berufsträger durch eine eigene Berufsgerichtsbarkeit zur Diskussion stünde. Das für Mediatoren eingeführte Mediationsgesetz ist kein Gegenargument, denn für die Mediation fehlte schlicht ein passendes Gesetz, an das die berufsrechtlichen Regelungen andockt werden konnten. Da die Mediation verfahrensübergreifend eingesetzt wird, kamen die einzelnen Verfahrensordnungen (ZPO, ArbGG usw.) nicht in Betracht und das GVG schied von vornherein aus, da es gerade um die außergerichtliche Konfliktbeilegung geht. Für die Insolvenzverwaltung existiert dagegen mit der InsO ein Gesetz, in dem schon derzeit ein Basisberufsrecht der Insolvenzverwalter verankert ist. Die bisherigen Vorschriften lassen sich unproblematisch in einem eigenen Abschnitt zum Berufsrecht des Insolvenzverwalters konzentrieren und um weitere Regelungen erweitern.

In dem eigenständigen Abschnitt sollten insbesondere die Berufspflichten des Insolvenzverwalters zusammengefasst und das bundesweite elektronische Verzeichnis der Insolvenzverwalter normiert werden. Ergänzend würde das jeweilige Berufsrecht der Grundberufe greifen, in das die verschiedentlich angesprochenen Klarstellungen aufgenommen werden könnten. Sollte für jene Insolvenzverwalter, die keinem regulierten und verkammerten Grundberuf angehören, das vorgestellte Modell der Registrierung (F. V. 2. b.) gewählt werden, so könnten die entsprechenden Vorschriften zu Berufszugang und Aufsicht unproblematisch in das RDG aufgenommen werden.

Zunächst sollte § 56 InsO entsprechend seiner derzeitigen Funktion auf Vorgaben für die Bestellungsentscheidung des Insolvenzgerichts beschränkt und sprachlich angepasst werden (vgl. den Vorschlag unter H. IV. 8.). Im Anschluss an die Regelung dieser zentralen Bestellungsentscheidung sowie die ergänzende Vorschrift des § 56a InsO könnten sodann die Kriterien für die Aufnahme in ein bundeseinheitliches Verzeichnis (§ 56b InsO-E) sowie für die Streichung aus diesem Verzeichnis (§ 56c InsO-E) aufgenommen werden. In einer weiteren Vorschrift sollten sodann zentrale Berufspflichten der Insolvenzverwalter (§ 56d InsO-E) festgeschrieben werden.

H. Zulassung und Anforderung an die Qualifikation des Insolvenzverwalters

I. Geltendes Rechte und Rechtspraxis der von den Insolvenzrichtern geführten Verzeichnisse

1. Ausgestaltung und Funktion sog. Vorauswahllisten der Insolvenzverwalter

Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG hat sich in der Praxis in den letzten Jahren bei den zuständigen Amtsgerichten die Führung sog. Vorauswahllisten etabliert.²¹⁵ Sind an einem Amtsgericht mehrere Insolvenzrichter tätig, so muss derzeit grundsätzlich jeder seine eigene Vorauswahlliste führen,²¹⁶ zumindest aber sicherstellen, dass die Liste entsprechend der von ihm selbst festgelegten Kriterien geführt wird.²¹⁷ Derzeit liegt die funktionelle Zuständigkeit allein bei dem für die Bestellung zuständigen Insolvenzrichter, dem sie die notwendigen Informationen für eine pflichtgemäße Ausübung des ihm nach § 56 Abs. 1. S. 1 InsO (europarechtskonform) zustehenden Auswahlermessens²¹⁸ bei der Bestellungsentscheidung bietet.²¹⁹

²¹⁵ Vgl. dazu statt vieler *Graeber*, in: *MüKolnsO*, 4. Aufl. 2019, § 56 Rn. 91 ff.; *Graf-Schlicker*, *InsO*, 4. Aufl. 2014, § 56, Rn. 7; *Zipperer*, in: *Uhlenbruck*, *InsO*, 15. Aufl. 2019, § 56, Rn. 8 ff.; *Frind*, in: *Hamburger Kommentar zur InsO*, § 56, Rn. 7 ff.; eingehend *Bork* in: *Bork/Thole*, *Die Verwalterauswahl*, 2018, S. 4 ff.

²¹⁶ BVerfG NZI 2006, 453 Rn. 43.

²¹⁷ BVerfG NZI 2009, 641 Rn. 12; *Graeber*, in: *MüKolnsO*, 4. Aufl. 2019, § 56 Rn. 94.

²¹⁸ Dazu *Thole* in: *Bork/Thole*, *Die Verwalterauswahl*, 2018, S. 89 ff.

²¹⁹ BVerfG NZI 2004, 574, 575 zu II 2a, bb; *Graeber*, in: *MüKolnsO*, 4. Aufl. 2019, § 56 Rn. 93.

Mangels gesetzlicher Vorgaben sind die Richter de lege lata in der konkreten Ausgestaltung der Vorauswahlliste frei,²²⁰ sie haben aber die unter B. II eingehend geschilderten, von der Verfassung gezogenen Grenzen zu beachten.²²¹ Das bedeutet unter anderem, dass in die (derzeitigen) Listen jeder Bewerber aufzunehmen ist, der die prinzipiellen Mindestanforderungen erfüllt, die an Insolvenzverwalter zu stellen sind. Anforderungen an die Eignung des Bewerbers müssen sachlich gerechtfertigt sein.²²² Die maßgeblichen Kriterien müssen (wie auch von der Restrukturierungsrichtlinie gefordert) für jeden Bewerber transparent sein, außerdem muss die Erhebung, Verifizierung und Strukturierung der Daten gewährleistet sein.²²³ Sind die Voraussetzungen erfüllt, besteht ein Anspruch auf Eintragung in die Liste. Der BGH²²⁴ geht davon aus, dass selbst solche Bewerber, „die keinerlei Aussicht auf tatsächliche Berücksichtigung haben“, nur dann unberücksichtigt bleiben dürfen, wenn ihnen die Eignung generell fehlt. § 56 Abs. 1 S. 2 InsO sieht schon derzeit die Möglichkeit vor, die Aufnahme in die Liste auf bestimmte Verfahrensarten zu beschränken.²²⁵ Der Insolvenzverwalter kann auch verschiedene Listen für unterschiedliche Branchen und unterschiedliche Betriebsgrößen führen, was sich insbesondere in sehr großen Gerichtsbezirken anbieten wird.²²⁶ Die tatsächliche Bedeutung der Aufnahme in die Vorauswahlliste wird im Schrifttum eher zurückhaltend bewertet.²²⁷ Umstritten ist auch die Bedeutung von Zertifizierungen für die Verwalterauswahl.²²⁸

²²⁰ BVerfG NZI 2006, 453 Rn. 45.

²²¹ BVerfG NZI 2009, 641 Rn. 10.

²²² BVerfG NZI 2009, 641 Rn. 14; BGH NZI 2008, 161 Rn. 19; OLG Düsseldorf, NZI 2008, 614.

²²³ BVerfG NZI 2006, 455 Rn. 44; *Graf-Schlicker*, InsO, 4. Aufl. 2014, § 56, Rn. 7.

²²⁴ BGH NZI 2008, 161 Rn. 22.

²²⁵ *Frind*, in: *Hamburger Kommentar zur InsO*, § 56, Rn. 7f.

²²⁶ *Zipperer*, in: *Uhlenbruck*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 56, Rn. 9.

²²⁷ *Busch*, ZInsO 2011, 1321, 1324.

²²⁸ Dazu *Thole* in: *Bork/Thole*, Die Verwalterauswahl, 2018, S. 100 ff., 106.

2. Unzulässigkeit geschlossener Listen

Bereits aus dem Gesetz (§ 56 Abs. 1 S. 1 InsO),²²⁹ darüber hinaus aber aus verfassungsrechtlichen Vorgaben²³⁰ ergibt sich, dass „geschlossene Listen“ höchst problematisch sind. Bedarfsorientierte Beschränkungen (Kontingentierung) im Sinne von objektiven Berufszugangsbeschränkungen stehen derzeit nicht ernsthaft zur Diskussion.²³¹ Das Gleiche gilt für Los- oder Nachrückverfahren. Schon der Hinweis an einen Bewerber, letztlich würden doch nur Kandidaten mit überdurchschnittlicher Punktzahl berücksichtigt, erscheint problematisch.²³²

3. Aufnahmeverfahren

Die Aufnahme erfolgt auf der Grundlage eines Antrags, für den die Gerichte üblicherweise Formulare zur Verfügung stellen. Möglich, aber nicht notwendig sind anschließende persönliche Gespräche. Teilweise kennen die Gerichte eine Art Probe-phase, in der der Bewerber mit Verfahren unterschiedlicher Schwierigkeit betraut wird.²³³ Eine umfassende Prüfungspflicht des Gerichts besteht nicht, wohl aber verlangt die Verwirklichung des Grundrechtsschutzes durch Art 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG eine angemessene Verifizierung der Angaben des Bewerbers.²³⁴

Insgesamt lassen sich dem Schrifttum folgende Mindestanforderungen entnehmen, die auch bei einer gesetzlichen Regelung zu berücksichtigen sind:

1. einheitlicher Fragebogen zur Erhebung der Daten²³⁵,
2. allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe,
3. eine gleichmäßige Gewichtung der einzelnen Kriterien bei allen Bewerbern,

²²⁹ Zu den Motiven BT Drucks. 16/3227, S. 18.

²³⁰ BVerfG NZI 2006, 453 Rn. 45.

²³¹ *Graf-Schlicker* InsO, 4. Aufl. 2014, § 56 Rn 14, 34; *Graeber*, ZInsO 2006, 851, 855; *Preuß*, KTS 2005, 155, 168.

²³² Vgl. dazu OLG Celle ZInsO 2017, 1030, 1032, *Zipperer*, in: *Uhlenbruck*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 56, Rn. 10,

²³³ *Frind*, in: *Hamburger Kommentar zur InsO*, § 56, Rn. 22a; *Graeber*, in: *MüKoInsO*, 4. Aufl. 2019, § 56 Rn. 98.

²³⁴ BGH NJW-RR 2008, 717.

²³⁵ *Graeber* in: *MüKoInsO*, 4. Aufl. 2019, § 56, Rn 95.

4. Hinweis gemäß § 139 ZPO auf Mängel in der Bewerbung,
5. Möglichkeit, vor ablehnender Entscheidung den Antrag zurückzunehmen,
6. bei geringfügigen Zweifeln ist die Aufnahme probeweise oder auf bestimmte Verfahrensarten zu beschränken,
7. Ablehnung durch schriftlichen Bescheid, gerichtet an den einzelnen Bewerber,
8. Gewährung von Rechtsschutz.²³⁶

II. Reformforderung: bundeseinheitliches Verzeichnis der Insolvenzverwalter

1. Plädoyer für ein bundeseinheitlich geführtes Verzeichnis

Auch wenn sich in der Zwischenzeit die Entwicklung eines gewissen Best-Practice Modells für Vorauswahllisten abzeichnet, so bleibt doch – insbesondere vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund – unbefriedigend, dass die Anforderungen und das Verfahren von Gericht zu Gericht sehr unterschiedlich sind.²³⁷ Die Führung getrennter Listen bei jedem Gericht führt zu unnötiger organisatorischer Belastung gerade kleinerer Gerichte. Aus Sicht überregional tätiger Bewerber ist zudem misslich, dass man sich bei jedem Insolvenzgericht gesondert bewerben muss. Im Schrifttum wird mit guten Gründen auch aus europarechtlichen Gründen eine bundeseinheitliche Liste gefordert.²³⁸ Unabhängig davon, ob man sich dieser Argumentation anschließen und sogar einen entsprechenden Zwang bejahen möchte, sprechen jedenfalls Praktikabilitätserwägungen dafür, möglichst zügig ein bundeseinheitliches Verzeichnis einzuführen.²³⁹

²³⁶ Zum Ganzen *Frind*, in: Hamburger Kommentar zur InsO, § 56, Rn. 7; /*Graeber* in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, § 56 Rn. 91 f.

²³⁷ *Bork* in: Bork/Thole, Die Verwalterauswahl, 2018, S. 86; *Prütting* in: FS Vallender, S. 455, 463.

²³⁸ *Bluhm*, Die Anwendbarkeit und Auswirkungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie auf Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, 2015, S. 234 ff.

²³⁹ Für eine bundeseinheitliche Lösung (mit verschiedenen Modellen) *Eichel*, KTS 2017, 1 ff.; *Gaeber* in: MüKInsO, § 56 Rn. 138; *Pollmächer/Siemon*, NZI 2017, 93; *Römermann*, INDat Report 6/2017, 22; *Vallender*, NZI 2017, 641; *Bork* in: Bork/Thole, Die Verwalterauswahl, 2018, S. 86; *Prütting* in: FS Vallender, S. 455, 463; *Zipperer*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 56, Rn. 7.

Eine bundeseinheitlich und elektronisch geführte Liste erscheint daher vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 GG und im Interesse einer schlanken Bürokratie vorzugswürdig.²⁴⁰ Das gilt insbesondere angesichts der Möglichkeiten, welche die Digitalisierung bietet.

Die Forderung nach Einführung eines Berufsregisters, dem zugleich die Funktion einer bundeseinheitlichen Vorauswahlliste zukommt, verdient daher uneingeschränkte Unterstützung. Vorbilder sind die allgemeinen für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer bereits existierenden Listen der Berufsträger (z.B. § 31 BRAO) sowie insolvenzverwalterspezifische Regelungen im europäischen Ausland. Obwohl das Zulassungsverfahren und die Aufsicht bei den jeweiligen örtlichen Rechtsanwaltskammern angesiedelt sind, liegt dem öffentlich einsehbaren Rechtsanwaltsverzeichnis gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 BRAO ein Gesamtverzeichnis der Bundesrechtsanwaltskammer zugrunde. Auch für die Insolvenzverwalter sollte das elektronisch geführte Register für jedermann einsehbar sein und alle Informationen über die persönliche Eignung und fachliche Qualifikation des Berufsträgers enthalten, die für die richterliche Entscheidung über die Bestellung des Verwalters wichtig bzw. für eine Meinungsbildung in der Gläubigerversammlung von Bedeutung sind.

Das zeitgemäße Register genügt dem Informationsbedarf der betroffenen Kreise und sichert zugleich einen grundsätzlich gleichberechtigten Zugang aller Insolvenzverwalter. Im Schrifttum werden als aufnahmefähige Informationen genannt: Angaben zur Person wie Ausbildungsnachweise, Fremdsprachenkenntnisse, Versicherungsstand, Verbandsmitgliedschaften und materielle Qualitätskriterien wie besondere Qualifikationen und Schwerpunkte der Tätigkeit, Zahl und der Umfang der jeweiligen Verfahren, die der Verwalter aktuell bearbeitet, aber auch Informationen über die personelle und sachliche Ausstattung des Verwalterbüros einschließlich der eingesetzten Software zur Bearbeitung von Insolvenzverfahren. Ob darüber hinaus auch negative Informationen aufzuführen sind,²⁴¹ erscheint fraglich. Hier stellt sich die Frage, wer über die Aufnahme welcher negativen Informationen entscheiden sollte. Die Aufnahme rechtskräftiger Entscheidungen nach der Anordnung über Mitteilungen in Zi-

²⁴⁰ Frind, ZIP 2017, 2146, 2153.

²⁴¹ So Vallender, ZIP 2019, 158, 164 ohne nähere Spezifizierung, welche negativen Informationen damit gemeint sind.

vilsachen (MiZi)²⁴² und nach der Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (MiStra) in das Verzeichnis bietet sich nicht an. Solche Entscheidungen sind dagegen der das Verzeichnis führenden Stelle mitzuteilen, die sodann über geeignete Sanktionen entscheiden muss. Als Grundsatz gilt: Erfüllt der Insolvenzverwalter nicht mehr die an ihn zu stellenden persönlichen oder fachlichen Voraussetzungen, ist er aus dem Verzeichnis zu streichen (dazu V.).

2. Zuständige Stelle: Bundesrechtsanwaltskammer

Eine offene Frage ist, welcher Behörde bzw. staatlichen Stelle die Führung dieses elektronischen Registers übertragen werden soll. Sicherlich rechtfertigt seine Einführung für sich genommen keine eigene Berufskammer. Das Register bzw. das Verzeichnis muss allerdings einheitlich geführt werden, so dass die Verortung der Berufsaufsicht bei den Kammern der Grundberufe als Lösungsansatz nicht weiterhilft. Erwogen werden sollte vorrangig, diese Einzelmaßnahme in Anlehnung an § 31 BRAO den Rechtsanwaltskammern anzuvertrauen, wobei aufgrund der bundeseinheitlichen Ausgestaltung des Verzeichnisses die Bundesrechtsanwaltskammer nahe liegt. Eine entsprechende Aufgabe könnte der Bundesrechtsanwaltskammer in § 177 Abs. 2 BRAO in einer neu einzufügenden Ziff. 8 ausdrücklich gesetzlich zugewiesen werden. Eine Verortung dieser Verwaltungsaufgabe bei der BRAK lässt sich mit ihrer Funktion als Dachorganisation²⁴³ durchaus vereinbaren, sie wäre einer Konzentration bei einer großen Rechtsanwaltskammer mit insolvenzrechtlichem Schwerpunkt deutlich vorzuziehen. Der bei der BRAK für die Führung des Verzeichnisses entstehende Verwaltungsaufwand dürfte gering sein, da die erforderlichen Eingaben durch die regionalen Kammern erfolgen. Ein Vorbild bietet insoweit das in § 31 BRAO normierte Gesamtverzeichnis der Bundesrechtsanwaltskammer, in dem die Verzeichnisse der Rechtsanwaltskammern zusammengeführt werden.

Bei der Führung des Verzeichnisses handelt es sich um ein überschaubares technisches Problem, jedenfalls dann, wenn mit dem hier entwickelten Konzept für die Aufnahme in das Verzeichnis klare und einfach zu kontrollierende Voraussetzungen

²⁴² Die MiZi regeln als interne, die Justizverwaltung, nicht dagegen die Gerichte bindende Verwaltungsvorschrift, in welchen Fällen und in welchem Umfang von den Zivilgerichten Informationen aus laufenden und abgeschlossenen Verfahren an Dritte, insbesondere an Behörden, weitergeben dürfen.

²⁴³ Dazu *Hartung* in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 177, Rn. 4.

aufgestellt werden. Es gibt derzeit schon bundeseinheitliche Organisationen, die mit elektronischen Registern befasst sind. Verwiesen sei namentlich auf das Bundesamt für Justiz in Bonn (BfJ), einer Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. Als zentraler Dienstleister der Justiz erfüllt das BfJ eine Vielfalt ganz unterschiedlicher Aufgaben, die am Dienstsitz Bonn von mehr als 1.100 Beschäftigten an fünf Standorten erledigt werden. Fachliche Kompetenz, technisches Know-How und organisatorische Leistungsfähigkeit wären sicherlich auch hier uneingeschränkt vorhanden, inhaltlich bestünde ebenfalls ein Bezug zum Tätigkeitsfeld der Justiz.

Als bundesweit aufgestellte Behörde wäre das BfJ zwar grundsätzlich eine geeignete Stelle, im Schrifttum finden sich dementsprechend auch entsprechende Vorschläge.²⁴⁴ Berücksichtigt man indes den bereits ausführlich dargelegten Umstand, dass über 92 % der Insolvenzverwalter als Rechtsanwalt zugelassen, ihre Daten damit ohnehin bereits bei den Rechtsanwaltskammern erfasst sind,²⁴⁵ so erscheint bei einer Gesamtwürdigung die Verortung dieser Aufgabe in der Kammerorganisation der Rechtsanwälte gleichwohl klar vorzugswürdig. Den regionalen Kammern kann für ihre Mitglieder die Kontrolle der Aufnahme in das Verzeichnis anvertraut werden. Sie verfügen bereits über einen Teil der wesentlichen Daten und müssten lediglich die zusätzlichen Voraussetzungen prüfen. So werden schon derzeit die Fachanwaltsbezeichnungen von den Kammern vorgehalten. Nach § 31 Abs. 4 BRAO hat die Bundesrechtsanwaltskammer zudem Rechtsanwälten die Eintragung von Sprachkenntnissen und Tätigkeitsschwerpunkten in das Gesamtverzeichnis zu ermöglichen. Es wird daher keine Schwierigkeiten bereiten, weitere freiwillige Angaben etwa zu Kenntnissen im Bereich Restrukturierung, Sanierung, Mediation etc. zu ermöglichen.

Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass bei dem hier abgelehnten Modell einer eigenen Berufskammer der Insolvenzverwalter die verwaltungstechnischen Rahmenbedingungen aufwändig und kostenintensiv neu aufgebaut werden müssten, so dass sich auch insoweit Nachteile ergeben.

²⁴⁴ So im Ergebnis auch *Frind*, ZIP 2017, 2146, 2153.

²⁴⁵ Vgl. auch den Beschluss der HV der BRAK 25. 10.2019, der davon ausgeht, dass 95 % der Insolvenzverfahren derzeit von Mitgliedern der Rechtsanwaltskammern betreut werden; dazu Presseerklärung Nr. 14 der BRAK v. 25.10.2019.

3. Konkreter Regelungsbedarf

Im Zusammenhang mit einem Zulassungsverfahren für Insolvenzverwalter wird in der rechtspolitischen Diskussion häufig mit unscharfen Begrifflichkeiten gearbeitet und es werden die relevanten Fragen nicht exakt herausgearbeitet. Vermengt wird die verbreitete Unzufriedenheit mit dem weiten Auswahlermessen des Insolvenzrichters aufgrund der sehr allgemein formulierten Bestellungs Voraussetzungen mit der davon zu trennenden Frage nach allgemeinen Basisberufszugangsvoraussetzungen für alle Insolvenzverwalter. Worum geht es bei einem Verzeichnis der Insolvenzverwalter in Wirklichkeit? Es geht nicht darum, ähnlich wie bei Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern ein direktes Berufszugangsverfahren für Insolvenzverwalter zu schaffen, sondern allein darum, über ein Verzeichnis eine gewisse Vorauswahl zu treffen, die der konkreten gerichtlichen Bestellung im Einzelfall vorgeschaltet ist. Die Funktion des Verzeichnisses beschränkt sich darauf, Chancengleichheit für alle Bewerber durch eine allgemein zugängliche, strukturierte Präsentationsplattform zu schaffen und die konkrete Bestellungsentscheidung des Insolvenzverwalters zu erleichtern. Jeder einzelnen Mandatierung, jeder konkreten Berufstätigkeit geht ohnehin in einem zweiten Schritt ein staatlicher Akt voraus, der gerichtlich überprüfbar ist.

Geht es aber nur um eine bloße Vorauswahl, und damit um eine verbesserte Transparenz der Auswahlentscheidung und zugleich um eine Arbeitserleichterung für den Insolvenzrichter, hat das Verzeichnis eine eher atypische Funktion. Ziel ist nicht der Schutz geschäftsunerfahrener Auftragnehmer und Verbraucher vor unqualifizierten Personen. Der Ausschluss unqualifizierter Personen, die nicht einmal in der Lage sind, sachgerecht eine Kleinstinsolvenz durchzuführen, wäre zwar eine legitime Zielsetzung. Er ist vorliegend aber nur ein Nebeneffekt, da diese Aufgabe schon derzeit von den Insolvenzgerichten wahrgenommen wird, ohne dass Fehlentwicklungen bekannt geworden wären. Die Erwartung, man könne Personen, die für bestimmte komplexe Verfahren ungeeignet sind, durch ein Verzeichnis bzw. eine Vorauswahlliste aus dem Auswahlprozess herausfiltern, kann dagegen nur zu Enttäuschung führen.

Das Gleiche gilt für die unrealistische Hoffnung, über ein Zulassungsverfahren sogar die persönliche (charakterliche) Eignung kontrollieren zu können. Hier kann mit Rücksicht auf die begrenzten Prüfungsmöglichkeiten zwangsläufig nur mit einfachen

Entscheidungsparametern gearbeitet werden. Zwar wird im Schrifttum²⁴⁶ auf Fälle verwiesen, in denen von persönlich ungeeigneten Insolvenzverwaltern Straftaten begangen wurden. Das sind sicherlich untragbare Fehlentwicklungen. Dass solche Ausreißer indes weder durch eine Kammeraufsicht noch durch ein strenges Zulassungsverfahren vermieden werden können, zeigt sich schon daran, dass die Straftäter nahezu durchgängig Angehörige verkammerte Berufe waren, die eben einer solch strengen Zulassung und Aufsicht unterworfen sind. Letztlich kann nur eine schärfere Kontrolle durch das Insolvenzgericht solche Gefahren eindämmen.

Primäres Ziel der gesetzlichen Regelung der elektronisch geführten Liste muss es daher sein, ein transparentes Verfahren einzuführen, in dem zuverlässige Informationen über die konkrete Qualifikation des Interessenten präsentiert werden und zugleich solche Personen auszuschließen, die offensichtlich für bestimmten Formen der Insolvenzverwaltung ungeeignet sind. Insoweit sind im Schrifttum bereits sachgerechte und hilfreiche Vorschläge unterbreitet worden.

Um eine solche der Transparenz und Arbeitserleichterung dienende Vorauswahlliste für Insolvenzrichter einzuführen, bedarf es keines eigenständigen Zulassungsverfahrens. Es genügt vielmehr eine einfache Kontrolle der formellen Eintragungsvoraussetzungen durch die staatliche Stelle, die zur Führung der Liste berufen ist. Die Aufnahmehürden müssen – ähnlich wie bei den derzeit geführten Listen – niedrig angesetzt werden, da es auch um den Zugang zur Verwaltung in Verbraucherinsolvenzen – und eventuell kleinen Insolvenzen von Einzelunternehmen (dazu B. II. 4. b.) – geht, deren Durchführung lediglich gewisse Basiskenntnisse voraussetzt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ungeachtet der Anerkennung als eigener Beruf die Besonderheit besteht, dass fachlich qualifizierte Personen diesen Beruf auch ganz vereinzelt ausüben können, während sie im Übrigen verwandten Beratungstätigkeiten nachgehen, etwa die Beratung im Bereich der präventiven Insolvenzvermeidung oder von Insolvenzgläubigern anbieten. Die nur gelegentliche Berufsausübung darf somit kein Aufnahmehindernis sein.

²⁴⁶ *Vallender*, ZIP 2019, 158.

III. Meinungsstand

Im Schrifttum sind bislang verschiedene Vorschläge zur Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens unterbreitet worden.

1. Das Hannoveraner Basismodell

Als sehr schlankes Modell steht zunächst der Ansatz des Insolvenzgerichts Hannover im Raum. Das Gericht praktiziert eine Vorauswahl über eine EDV-gestützte Datenbank. In die Liste aufgenommen wird jeder, der

- (1) über die Befähigung zum Richteramt oder einen betriebs- oder volkswirtschaftlichen Hochschulabschluss verfügt,
- (2) die technischen, organisatorischen und persönlichen Voraussetzungen für die Bearbeitung von Insolvenzverfahren erfüllt,
- (3) keine Vorstrafen wegen Insolvenz- oder Vermögensdelikten hat,
- (4) geordnete finanzielle Verhältnisse vorweisen kann und
- (5) eine Berufshaftpflichtversicherung mit Einschluss von Vermögensschäden für Risiken aus der Tätigkeit als Insolvenzverwalter abgeschlossen hat.

Aufgrund dieser Vorauswahl erfolgt dann die konkrete Auswahl im Einzelfall anhand von weiteren Bewertungskriterien. Über die Sachgerechtigkeit dieser fünf Kriterien dürfte im Ergebnis kein Zweifel bestehen.

2. Die Empfehlungen der Uhlenbruck-Kommission

Am intensivsten dürfte sich die Kommission zur Vorauswahl und Bestellung von InsolvenzverwalterInnen sowie Transparenz, Aufsicht und Kontrolle im Insolvenzverfahren („Uhlenbruck-Kommission“) in ihren Empfehlungen²⁴⁷ mit der Frage der allgemeinen Zulassung bzw. den einen ähnlichen Zweck erfüllenden Vorauswahllisten auseinandergesetzt haben.

Die Kommission geht gerade nicht von einem einheitlichen Zulassungsverfahren aus, das von einer zentralen Kammer gesteuert wird, erklärt vielmehr ausdrücklich, dass eine bundeseinheitliche Vorauswahlliste nicht erforderlich sei, auch nicht für Verfah-

²⁴⁷ Abgedruckt in NZI 2007, 507.

ren mit überregionalem oder internationalem Bezug. Das Listing bei einem Insolvenzgericht sollte auch keinen Anspruch auf Listing bei einem anderen Gericht bzw. anderen Richter begründen.²⁴⁸

Überzeugender scheint es heute schon aus europarechtlichen Gründen zu sein, von einer bundesweiten elektronisch geführten Liste mit einheitlichen Kriterien auszugehen, die für den Insolvenzverwalter verschiedene Suchfunktionen zur Verfügung stellt, etwa dazu geeignet ist, die Insolvenzverwalter mit Kanzleisitz in einem bestimmten Amtsgerichtsbezirk anzuzeigen, und bestimmte Qualifikationen oder auch Einschränkungen zu offenbaren.

Noch eine zweite Einschränkung der Empfehlungen dürfte in der Zwischenzeit überholt sein bzw. sich aufgrund der Ausgestaltung als bundesweite Liste erübrigen. Nach den Empfehlungen der Kommission sollte die Liste nicht grundsätzlich verbindlich sein. In Ausnahmefällen sollte das Gericht auch einen bei ihm nicht gelisteten Verwalter bestellen können. Da die nun angedachte Liste zugleich die Funktion einer Vorauswahl hinsichtlich der Qualifikation übernehmen soll, sind Interessenten, die nicht gelistet sind, nach dem hier entwickelten Konzept nicht mehr bestellfähig.

Problematisch erscheint auch die Empfehlung, es per Gesetzesänderung den Insolvenzgerichten zu erlauben, die Zahl der zu berücksichtigenden Bewerber und gelisteten Verwalter nach Maßgabe des Geschäftsanfalls bei dem jeweiligen Insolvenzgericht zu beschränken. Das wäre eine objektive Zugangsschranke, die nach den unter B. II. geschilderten verfassungsrechtlichen Grundsätzen nur zur Abwehr nachweisbar oder höchstwahrscheinlich schwerwiegender Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gerechtfertigt wären. Solche Gefahren sind aber derzeit weder nachweisbar noch höchstwahrscheinlich.

3. Der Vorschlag einer Eignungsprüfung für Insolvenzverwalter

In verschiedenen Stellungnahmen des Schrifttums wird eine eigene Prüfung angedacht und der Nachweis praktischer Kenntnisse gefordert. So schlägt *Kästner*²⁴⁹ ein zweistufiges Modell vor, das neben der Absolvierung einer eigenen Zulassungsprüfung für Insolvenzverwalter den Nachweis dreijähriger praktischer Tätigkeit in einer

²⁴⁸ Vgl. NZI 2007, 507 Ziff. B. I. 2..

²⁴⁹ *Kästner*, Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters, 2018, S. 232 ff.

Insolvenzverwalterkanzlei verlangt. Die Eignungsprüfung könne sich etwa an § 36 StBerG orientieren könnte. Ob auch der im Berufsrecht der Steuerberater darüber hinaus eröffnete Weg über eine sonstige Ausbildung bei zehnjähriger praktischer Erfahrung (§ 36 Abs. 2 StBerG) eine realistische Alternative ist, erscheint zweifelhaft, *Krämer* sieht in ihm jedenfalls eine diskussionswürdige Option. Während *Beck*²⁵⁰ nur allgemein für ein eigenes, nicht näher umschriebenes Insolvenzverwalterexamen plädiert, hat *Vallender*²⁵¹ konkrete Eckdaten für ein derartiges Examen entwickelt. Zugang zu dieser Prüfung sollte zunächst überhaupt nur derjenige haben, der für das Amt des Insolvenzverwalters/Sachwalters eine generelle Eignung aufweist. Als generelle Berufszugangsvoraussetzungen sollten das Alter des Bewerbers, das erfolgreiche Absolvieren eines Hochschulstudiums der Rechts- oder Wirtschaftswissenschaften bzw. vergleichbarer Studiengänge, die Geschäftskundigkeit, nachgewiesen durch eine mindestens dreijährige Tätigkeit als Mitarbeiter eines Insolvenzverwalters, geordnete wirtschaftliche Verhältnisse, der Abschluss einer Vermögensschadenshaftpflichtversicherung und die Vorlage eines Führungszeugnisses als Mindestanforderungen gesetzlich normiert werden. Die Zulassungsprüfung selbst sollte zentral organisiert sein und grundsätzlich für alle Bewerber gelten. Erst die erfolgreich abgelegte Prüfung soll den Zugang zum Amt des Insolvenzverwalters eröffnen, ohne dass damit freilich ein Rechtsanspruch auf Bestellung als Insolvenzverwalter einhergeht. Vielmehr entscheide der Insolvenzrichter weiterhin in eigener Verantwortung, wen er im konkreten Verfahren aus der Vorauswahlliste auswählt und zum Verwalter bestellt. Unklar bleibt bei diesem Modell der Maßstab für einen Prüfungserfolg. Soll mit der Prüfung die Befähigung zur Bewältigung größerer Verfahren unter Beweis gestellt werden oder lediglich derjenige für Kleininsolvenzen? Bei richtigem Verständnis muss es zunächst darum gehen, die Basisanforderungen an die Verwalter von Verbraucherinsolvenzen festzulegen. An die Befähigung zur Durchführung von Unternehmensinsolvenzverwaltungen (Personen- und Kapitalgesellschaften) müssen dagegen höhere Anforderungen gestellt werden.

²⁵⁰ *Beck*, FS Wimmer, 2017, S. 31, 53.

²⁵¹ *Vallender*, ZIP 2019, 158, 162.

IV. Aufnahmebedingungen für ein bundeseinheitliches Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten

1. Keine Beschränkung auf Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer

Abzulehnen ist zunächst die Forderung, die Auswahlentscheidung des Insolvenzverwalters von vornherein auf Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zu beschränken, wie dies im Schrifttum teilweise geschieht.²⁵² Eine entsprechende Berufszugangsbeschränkung würde angesichts der zahlreichen kleineren Verfahren und der Verbraucherinsolvenzen dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht gerecht und würde eine Einschränkung des bisherigen Berufszugangs bedeuten, ohne dass gerade bei Personen, die nicht den drei wirtschaftsnahen Beratungsberufen zuzuordnen sind, besondere Missstände bekannt geworden wären. Vielmehr betrafen gerade die strafrechtlich relevanten Pflichtverletzungen von Insolvenzverwaltern Angehörige dieser drei Berufe. Kleinere Verfahren können durchaus auch von erfahrenen Unternehmensberatern, Diplomwirtschaftsjuristen oder beratenden Betriebswirten (Diplomkaufleuten) mit juristischem Grundwissen und Kenntnissen im Insolvenzrecht abgewickelt werden. So zeigt die Auswertungen der von INDat für 2018 ermittelten Zahlen, dass von Angehörigen dieser Berufe auch größere Zahlen von Verbraucherinsolvenzen (teilweise bis zu 170 Verfahren) offensichtlich erfolgreich bewältigt wurden.

2. Ablehnung einer allgemeinen Eignungsprüfung

Nach der hier vertretenen Auffassung genügt es vor diesem Hintergrund, allgemein gefasste Bedingungen für die Aufnahme in das bundesweit geführte Verzeichnis der Insolvenzverwalter aufzustellen. Eine allgemeine Pflicht zur Absolvierung einer Zulassungsprüfung erscheint aus einer Vielzahl von Gründen verfehlt. Sie vernachlässigt insbesondere, dass die ca. 1700 Fachanwälte für Insolvenzrecht alle erforderlichen theoretischen Kenntnisse schon nachgewiesen haben, so dass die Forderung nach einem weiteren Qualifikationsnachweis ein weder erforderliches noch angemessenes Berufszugangshindernis schaffen würde.

²⁵² So etwa *Römermann*, ZIP 2018, 1757.

Außerdem bleibt die offene Frage, wie angesichts der Vielzahl von Verbraucherinsolvenzen und kleiner Unternehmensinsolvenzen die hohen Hürden einer Eignungsprüfung gerechtfertigt werden sollten. Erneut sei darauf hingewiesen, dass die Aufnahme in die Liste noch keine konkrete Berufsausübung ermöglicht, sondern dass stets noch der konkrete Bestellsakt durch das Insolvenzgericht hinzukommen muss. Insoweit unterscheidet sich die Konstellation grundlegend etwa von einer Steuerberaterprüfung, die damit als Parallelwertung ungeeignet ist.

3. Der Fachanwalt als Insolvenzrecht als hinreichender Qualifikationsnachweis

Mit Rücksicht auf die herausgearbeitete Funktion des Verzeichnisses als einem Register, das lediglich die konkrete Beststellungsentscheidung des Insolvenzrichters (und eine Entscheidung der Gläubigerversammlung) erleichtern soll, erscheint es im Lichte verfassungsrechtlicher Vorgaben jedenfalls mit Blick auf Verbraucherinsolvenzen nicht gerechtfertigt, an Rechtsanwälte Anforderungen zu stellen, die noch über die mit dem Fachanwaltstitel nachgewiesenen theoretischen und praktischen Kenntnisse hinausgehen. Inzwischen ist weitgehend anerkannt, dass der 1999 eingeführte Fachanwalt für Insolvenzrecht sowohl hinsichtlich der Nachfrage in der Anwaltschaft als auch hinsichtlich der Vergabepaxis der Insolvenzgerichte eine positive Entwicklung genommen hat.²⁵³ Seine Einführung diente dem Ziel, die closed-shop-Praxis der Insolvenzgerichte zu durchbrechen, nach der immer nur dieselben bekannten Rechtsanwälte zu Insolvenzverwaltern bestellt wurden.²⁵⁴ Das entspricht der Funktion des bundesweiten Verzeichnisses, so dass sich ein kongruentes Verständnis aufdrängt.

Der von § 14 FAO verlangte Nachweis deckt die von einem Insolvenzverwalter zu erwartenden Kenntnisse umfassend ab:

§ 14 Nachzuweisende besondere Kenntnisse im Insolvenzrecht

Für das Fachgebiet Insolvenzrecht sind besondere Kenntnisse nachzuweisen in den Bereichen:

1. Materielles Insolvenzrecht:
 - a) Insolvenzgründe und Wirkungen des Insolvenzantrags
 - b) Wirkungen der Verfahrenseröffnung

²⁵³ *Offermann-Burckart*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 14 FAO Rn. 2; *dies.*, *Fachanwalt werden und bleiben*, 3. Aufl. 2012, Rn. 76 ff.

²⁵⁴ *Offermann-Burckart*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 14 FAO Rn. 2.

- c) Das Amt des vorläufigen Insolvenzverwalters oder des Insolvenzverwalters
- d) Sicherung und Verwaltung der Masse
- e) Aussonderung, Absonderung und Aufrechnung im Insolvenzverfahren
- f) Abwicklung der Vertragsverhältnisse
- g) Insolvenzgläubiger
- h) Insolvenzanfechtung
- i) Arbeits- und Sozialrecht in der Insolvenz
- j) Steuerrecht in der Insolvenz
- k) Gesellschaftsrecht in der Insolvenz
- l) Insolvenzstrafrecht
- m) Grundzüge des internationalen Insolvenzrechts

2. Insolvenzverfahrensrecht:

- a) Insolvenzeröffnungsverfahren
- b) Regelverfahren
- c) Planverfahren
- d) Verbraucherinsolvenz
- e) Restschuldbefreiungsverfahren
- f) Sonderinsolvenzen

3. Betriebswirtschaftliche Grundlagen:

- a) Buchführung, Bilanzierung und Bilanzanalyse
- b) Rechnungslegung in der Insolvenz
- c) Betriebswirtschaftliche Fragen des Insolvenzplans, der Sanierung, der übertragenden Sanierung und der Liquidation.

Ergänzend verlangt § 5 Abs. 1 Nr. g FAO für den bei allen Fachanwaltstiteln geforderten Erwerb besonderer praktischer Erfahrungen, dass der Antragsteller innerhalb der letzten drei Jahre vor der Antragstellung im Fachgebiet als Rechtsanwalt persönlich und weisungsfrei bearbeitet hat:

§ 5 Abs. 1 g) FAO Insolvenzrecht:

1. Mindestens 5 eröffnete Verfahren aus dem ersten bis sechsten Teil der InsO als Insolvenzverwalter; in zwei Verfahren muss der Schuldner bei Eröffnung mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigen;
2. 60 Fälle aus mindestens sieben der in § FAO § 14 Nr. 1 und 2 bestimmten Gebiete.
3. Die in Nr. 1 bezeichneten Verfahren können wie folgt ersetzt werden:
 - a) Jedes Verfahren mit mehr als fünf Arbeitnehmern durch sechs Verfahren als Sachwalter nach § 270 InsO, als vorläufiger Insolvenzverwalter, als vorläufiger Sachwalter gemäß §§ 270a und 270b InsO, als Sanierungsgeschäftsführer oder als Vertreter des Schuldners im Unternehmensinsolvenzverfahren oder im Verbraucherinsolvenzverfahren.

- b) Jedes andere Verfahren durch zwei der in Buchstabe a) genannten Verfahren.
4. Außerdem sind für jedes zu ersetzende Verfahren weitere acht Fälle aus den in § 14 Nr. 1 und 2 FAO bestimmten Gebieten nachzuweisen.
- Verwalter in Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- und Vergleichsverfahren stehen dem Insolvenzverwalter gleich.

Der Vorschlag der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung, die materiellen Anforderungen bei einem Fachanwalt für Insolvenzrecht als gegeben anzusehen, ist hinsichtlich der von § 14 FAO verlangten theoretischen Kenntnisse uneingeschränkt zu unterstützen.

Soweit lediglich die Aufnahme in das für Verbraucherinsolvenzen geführte Verzeichnis verlangt wird, sind auch die von § 5 Abs. 1 Nr. g FAO verlangten praktischen Erfahrungen als völlig ausreichend anzusehen, so dass grundsätzlich jedem Fachanwalt und jeder Fachanwältin auch ein (Basis-)Anspruch auf Aufnahme in das Verzeichnis zusteht. Bei ihnen ist die erforderliche Berufstätigkeit zwangsläufig gegeben.

Schwieriger zu beurteilen ist dagegen, ob bei einem Fachanwalt für Insolvenzrecht ohne weiteres auch die praktischen Erfahrungen, die für eine Betätigung als Insolvenzverwalter in Unternehmensinsolvenzen von Personen- und Kapitalgesellschaften verlangt werden müssen, unterstellt werden können.

Die derzeitige Regelung in § 5 Abs. 1 lit. g FAO ist auf die wünschenswerte Gleichstellung von Fachanwaltsqualifikation und Qualifikation als Unternehmensinsolvenzverwalter nur unzureichend zugeschnitten. So verlangt die Vorschrift als Regelvoraussetzung, dass der künftige Fachanwalt schon mindestens 5 Mal zum Insolvenzverwalter bestellt worden sein muss. Nach der Neuregelung müsste er bei diesen Bestellungen bereits gelistet gewesen sein. Den Fall eines nicht gelisteten Fachanwalts für Insolvenzrecht könnte es damit künftig nur über die Ersetzungsmöglichkeiten nach § 5 Abs. 1 Nr. g Ziff. 3 FAO geben.

Ein weiteres Problem stellen die zahlreichen Substitutionsmöglichkeiten dar, die das – bis in die jüngste Vergangenheit andauernde – Ringen der Satzungsversammlung um einen Konsens widerspiegeln. Die Rechtsprechung stellt insoweit strenge Anforderungen. Mit Blick auf die die Formulierung „Verwalter hinter dem Verwalter“ hat der BGH festgestellt, dass eine derartige nur mittelbare Befassung keine Fallbearbeitung iSv. § 5 S. 1 (aF = Abs. 1) lit. g Nr. 1 FAO und auch nicht geeignet sei, eine solche Fallbearbeitung zu ersetzen. Die notwendige Eigenverantwortung und die Haftung für

etwaige Versäumnisse liege nur bei dem förmlich bestellten Verwalter, der den in seinem Auftrag tätig werdenden Rechtsanwalt zu beaufsichtigen habe. Damit erfülle der „Verwalter hinter dem Verwalter“ nicht das von § 5 S. 1 FAO verlangte Merkmal „selbstständiger und unabhängiger“ Fallbearbeitung.²⁵⁵ Vermieden wird durch diese strenge Rechtsprechung, dass ein Rechtsanwalt nur aufgrund von Gefälligkeitsbescheinigungen eines Seniorpartners in den Genuss des Fachanwaltstitels kommt.

Um auch künftig einen Gleichklang zwischen Fachanwalt für Insolvenzrecht und Listing als Insolvenzverwalter sicherzustellen, bietet es sich an, die Voraussetzungen von §§ 5, 14 FAO und künftiger Regelung in der InsO zu synchronisieren und sicherzustellen, dass

(1) der Titel eines Fachanwalts für Insolvenzrecht auch ohne vorherige Listing im Verzeichnis der Insolvenzverwalter erworben werden kann

(2) im Sinne eines Bestandschutzes jeder derzeitige Fachanwalt einen Anspruch auf Aufnahme in die Liste auch der Unternehmensinsolvenzverwalter hat

(3) künftig jeder Fachanwalt unter klaren Voraussetzungen neben der selbstverständlichen Aufnahme in das Basisverzeichnis (Verbraucherinsolvenzen) die Aufnahme in das Verzeichnis für Unternehmensinsolvenzen beanspruchen kann.

So sollte bei Fachanwälten für Insolvenzrecht eine zweijährige Mitarbeit bzw. Betätigung in einer Insolvenzverwalterkanzlei als ausreichend angesehen werden, mit der Folge, dass der Berufsträger bei gleichzeitigem Nachweis der theoretischen Kenntnisse nicht nur den Fachanwaltstitel, sondern zugleich einen Anspruch auf Aufnahme in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter erwerben würde.

4. Allgemeine Anforderung an Insolvenzverwalter ohne Anwaltszulassung

a. Überblick

Die sonstigen Insolvenzverwalter teilen sich nach dem hier entwickelten Konzept in drei Gruppen auf:

²⁵⁵ BGH BRAK-Mitt. 2007, 166, 167 m Anm. *Offermann-Burckart*.

- (1) Rechtsanwälte ohne Fachanwaltsbezeichnung
- (2) Steuerberater und Wirtschaftsprüfer
- (3) Verkammerte bzw. registrierte Insolvenzverwalter.

Bei den Anforderungen, die an die Aufnahme eines Angehörigen einer dieser drei Gruppen in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter gestellt werden, ist das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten. Unterschiedliche Anforderungen müssten sachlich gerechtfertigt sein.

b. Praktische Erfahrung

Das bedeutet zunächst, dass die Anforderungen an die praktischen Erfahrungen des Bewerbers grundsätzlich identisch sein müssen.

Im Detail hängt die Entscheidung über die zu fordernde praktische Erfahrung davon ab, wie die Vorauswahlliste ausgestaltet wird.

Nach dem hier entwickelten Modell ist zwischen der Aufnahme in das Basisverzeichnis (Verbraucherinsolvenzen, eventuell einschließlich Unternehmensinsolvenzen von Schuldner mit bis zu 5 Arbeitnehmern) und dem allgemeinen Verzeichnis der prinzipiell umfassend befähigten Insolvenzverwalter (unter Einbeziehung von Unternehmensinsolvenzen von Personen- und Kapitalgesellschaften) zu unterscheiden. Für die Aufnahme in das Basisverzeichnis erscheint es sachgerecht, lediglich allgemein eine gewisse Berufserfahrung zu verlangen, wie sie bereits als Registrierungs Voraussetzung bejaht wurde. Die Registrierung würde damit zugleich einen Basisanspruch auf Aufnahme in die Liste begründen. Ein Sachgrund, der es rechtfertigen würde, eine fachlich qualifizierte Person, sei er nun Rechtsanwalt oder Diplomwirtschaftsjurist, drei Jahre von der Bestellung in einem Kleinstverfahren oder einer Verbraucherinsolvenz abzuhalten, ist nicht ersichtlich. Soweit daher nach dem aktuellen Eckpunktepapier von BAKinsO e.V., NIVD e.V. und VID e.V. (dazu A. III. 3.) generell eine „*mindestens dreijährige „Lehrzeit“ bei einem erfahrenen Insolvenzverwalter/in, der seit mindestens fünf Jahren kontinuierlich von Insolvenzgerichten in Regelinsolvenzverfahren bestellt wird, nachgewiesen durch eine Bescheinigung des „Ausbilders“, gefordert wird,*“ erscheint dies als Basisanforderung überzogen. Vertretbar wäre dagegen die Forderung nach einer zweijährigen allgemeinen Berufserfahrung.

Von jenen Personen, die eine Gesamtlistung unter Einbeziehung der Unternehmensinsolvenzen von Personen- und Kapitalgesellschaften anstreben, ist dagegen eine spezifische Berufserfahrung als Angestellter oder Kooperationspartner eines erfahrenen Insolvenzverwalters zu verlangen. Diskussionswürdig erscheint insoweit der in dem genannten Eckpunktepapier geforderte Zeitraum von drei bis maximal fünf Jahren (dazu F. V. 2. b. bb.).

c. Bedeutung juristischer Kenntnisse

Die optimale Auswahl des Insolvenzverwalters gilt als Schicksalsfrage eines jeden Insolvenzverfahrens, der Insolvenzverwalter ist die zentrale Figur dieses Verfahrens! Folgt man dem OLG Hamburg,²⁵⁶ soll dieses Schicksal allein in die Hände von Juristen gelegt werden können. Steuerberater ohne juristische Staatsexamina sollen den Anforderungen an das Amt nicht in gleicher Weise gewachsen sein.

Unbestreitbar ist, dass juristische Kenntnisse für die Ausübung des Berufs eines Insolvenzverwalters unverzichtbar sind. Soweit in der Rechtsprechung, konkret vom OLG Hamburg,²⁵⁷ sogar die Absolvierung eines juristischen Staatsexamens verlangt wird, begegnet dies allerdings Bedenken. Das OLG Hamburg hat es nicht beanstandet, dass ein Steuerberater, der nicht Volljurist ist und die Aufnahme in die Vorauswahlliste eines Insolvenzgerichts beantragt, nur dann aufgenommen wird, wenn er die dafür erforderliche vertiefte allgemeinerjuristische Qualifikation durch geeignete Nachweise belegt. Zum Nachweis der erforderlichen juristischen Qualifikation reiche weder eine erfolgreich bestandene Steuerberaterprüfung noch die Teilnahme an stundenweisen Vorträgen zu juristischen Problemfeldern aus, in denen bestehendes Wissen punktuell aktualisiert und vertieft wird.

Letztlich betont das Gericht, dass eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist. Der dem Insolvenzrichter zustehende Beurteilungsspielraum werde nicht dadurch überschritten, dass dieser die Bewerbung des Antragstellers trotz seiner zweifellos vorhandenen überdurchschnittlichen Qualifikation in den Bereichen Betriebswirtschaftslehre und Steuerrecht und seiner erheblichen praktischen Erfahrung mit Insolvenzverwaltungen an dem fehlenden Nachweis einer hinreichenden allgemeinerjuristischen Qualifikation hat scheitern lassen. Zwar hat der Insolvenzrichter – wie ausgeführt –

²⁵⁶ OLG Hamburg, DStRE 2018, 1147; dazu *Kruth*, DStR 2018, 2218.

²⁵⁷ OLG Hamburg, DStRE 2018, 1147.

eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Gleichwohl bleibe es ihm unbenommen, einzelnen besonders relevanten Qualifikationsanforderungen für das Amt des Insolvenzverwalters, zu denen die notwendige allgemeine juristische Qualifikation zu rechnen ist, ein besonderes Gewicht beizumessen, so dass deren Nichterfüllung in aller Regel zur Ablehnung von Aufnahmeanträgen führt.

Der BGH hat sich dagegen in seiner Entscheidung vom 17. März 2016²⁵⁸ ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt, dass der Beruf des Insolvenzverwalters kein juristisches Studium voraussetzt und ganz aktuell²⁵⁹ erneut hervorgehoben, dass Insolvenzverwalter keine volljuristische Ausbildung benötigen.

Vor diesem Hintergrund erscheint es gerechtfertigt, von Insolvenzverwaltern, die weder ein universitäres juristisches Studium oder etwa eine Ausbildung zum Wirtschaftsjuristen noch eine vergleichbare Ausbildung²⁶⁰ erfolgreich absolviert haben, einen Nachweis insolvenzrechtlicher Grundkenntnisse zu verlangen. Kein geeigneter Maßstab ist insoweit der speziell auf Rechtsanwälte zugeschnittene Katalog des § 14 Nr. 1 und 2 FAO, der zudem eine überdurchschnittliche Qualifikation belegen soll. Betroffen von solchen spezifischen Anforderungen wären neben Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern etwa (die bisherigen) Diplomkaufleute oder Betriebswirte. Als praktikabler und zugleich einfacher Weg, über den eine entsprechende Qualifikation nachgewiesen werden könnte, bietet sich wiederum die Registrierung nach dem RDG an.

5. Registrierung bzw. Kammerzulassung als Insolvenzverwalter als hinreichender Qualifikationsnachweis

Bei den hier vorgeschlagenen beiden Alternativmodellen eines (in der Rechtsanwaltskammer) verkammerten Insolvenzverwalters oder eines nach dem RDG registrierten Insolvenzverwalters ist für die hiervon erfassten Personen mit der Regist-

²⁵⁸ BGH NZI 2016, 516 m. Anm. *Böhm*.

²⁵⁹ BGH, Beschl. v. 12.9.2019 – IX ZB 1/17, BeckRS 2019, 23186 Rn. 11

²⁶⁰ Auch Diplomrechtspfleger sollten meines Erachtens aufgrund der spezifischen Ausbildung als fachlich hinreichend qualifiziert angesehen werden.

rierung bzw. Zulassung aufgrund der nachgewiesenen Sachkunde und der praktischen Erfahrung zugleich die Aufnahme in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter sichergestellt. Für eine Differenzierung gibt es angesichts der Funktion des Verzeichnisses als bloßer Vorauswahlliste für Insolvenzrichter keine sachliche Rechtfertigung. Hat der Bewerber die erforderliche fachliche und persönliche Eignung, so ist er aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben zwangsläufig zumindest in das Basisverzeichnis aufzunehmen. Im Falle einer Registrierung für einen Teilbereich (z.B. Verbraucherinsolvenz) nach § 10 Abs. 1 S. 3 RDG-E bestünde folgerichtig nur ein Anspruch auf Aufnahme in das entsprechende (Basis-)Verzeichnis.

6. Anforderungen an Steuerberater und Wirtschaftsprüfer

Als ergänzend regelungsbedürftige Personengruppen bleiben zunächst die Berufe der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer. Bei ihnen sind die erforderlichen betriebswirtschaftlichen Kenntnisse zu unterstellen, hinsichtlich des Nachweis praktischer Kenntnisse besteht die Besonderheit, dass eine umfangreiche (dreijährige) Berufserfahrung bei diesen Berufen aufgrund der Ausbildungssysteme (vgl. § 36 StBerG; § 9 WPO) zwangsläufig gegeben ist, so dass einer Aufnahme in das Basisverzeichnis für Verbraucherinsolvenzen nichts entgegensteht. Für die umfassende Befugnis unter Einschluss aller Unternehmensinsolvenzen lassen sich keine Unterschiede zu der unter 5. erörterten Personengruppe rechtfertigen, so dass es bei den allgemeinen Anforderungen (dazu 4.) an die Berufserfahrung bleibt.

Offen ist damit lediglich, in welchem Umfang rechtliche Kenntnisse nachgewiesen werden müssen. Schon aus verfassungsrechtlichen Gründen können im Interesse eines gleichberechtigten Berufszugangs Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern keine Fachkenntnisse abverlangt werden, die über diejenigen hinausgehen, die allgemein von den registrierten bzw. verkammerten Insolvenzverwaltern gefordert werden. Wählen die interessierten Steuerberater und Wirtschaftsprüfer nicht einen der hier alternativ vorgezeichneten Wege über eine Registrierung nach dem RDG bzw. eine Zulassung als (in der Rechtsanwaltskammer) verkammerter Insolvenzverwalter müsste die entsprechende Befähigungsbescheinigung von der zuständigen Berufskammer ausgestellt werden. Das Verfahren zur Aufnahme in das Verzeichnis sollte dagegen von einem entsprechenden Prüfaufwand freigestellt bleiben.

7. Rechtsanwälte ohne Fachanwaltstitel und sonstige Volljuristen

Da die den anderen Berufen abverlangten theoretischen Kenntnisse unterhalb des Niveaus des Fachanwalts für Insolvenzrecht liegen, wofür angesichts der hohen Anforderungen von §§ 5, 14 FAO vieles spricht, stellt sich auch bei Rechtsanwälten die Frage nach einem alternativen Berufszugang über eine Registrierung als Insolvenzverwalter. Der Fachanwaltstitel sollte nach dem hier entwickelten Verständnis zwar einen Anspruch auf Aufnahme in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter begründen. Dagegen würde das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzt, wollte man jedem Insolvenzverwalter die hohe fachliche Qualifikation eines Fachanwalts abverlangen, da dieser Titel seiner Funktion nach einen herausragend qualifizierten Berufsträger auszeichnen soll. Auch Rechtsanwälten ohne Fachanwaltstitel muss aber jedenfalls der Zugang zur Verbraucherinsolvenzverwaltung eröffnet werden.

Volljuristen ohne Anwaltszulassung sind generell auf den Weg über die Registrierung bzw. Kammerzulassung zu verweisen, um eine entsprechende Berufsaufsicht zu gewährleisten. Hier bestehen keine Besonderheiten gegenüber der unter 5. Behandelten Personengruppe.

8. Weitere Aufnahmevoraussetzungen

Im Schrifttum werden teilweise weitere Zugangsvoraussetzungen gefordert, so

- der Nachweis einer ausreichenden Versicherung beruflicher Risiken,
- der Nachweis geordneter Vermögensverhältnisse und eines unbescholtenen Leumunds und der
- Nachweis einer ausreichenden sachlichen und personellen Infrastruktur.

Nach dem hier entwickelten Modell ergibt sich der Nachweis geordneter Vermögensverhältnisse und eines unbescholtenen Leumunds bereits aufgrund der Kammermitgliedschaft bzw. der Registrierung nach dem RDG, so dass insoweit kein zusätzlicher Regelungsbedarf besteht. Das Erfordernis einer ausreichenden sachlichen und personellen Infrastruktur scheidet als allgemeines Eignungskriterium daran, dass diese Voraussetzung nur mit Blick auf die konkrete Insolvenzverwaltung präzisiert werden kann. Für die Übernahme der Insolvenzverwaltung in einer Verbraucherinsolvenz sind die Anforderungen gering, so dass sich eine eigenständige Aufnahmevoraussetzung erübrigt. Selbst für den Bereich „Insolvenzverwaltung von Personen-

und Kapitalgesellschaften“ erscheinen allgemeingültige Voraussetzungen höchst fragwürdig. Die erforderliche Infrastruktur ist eine Frage des Einzelfalls, kann daher vom Insolvenzrichter stets nur mit Rücksicht auf die konkrete Insolvenz ermittelt werden. Angesichts der Funktion des Verzeichnisses als Arbeitserleichterung für die konkrete Bestellungsentscheidung des Insolvenzrichters sollte auf entsprechende Anforderungen daher für die Aufnahme in das Verzeichnis verzichtet werden. Sinnvoll erscheint dagegen die Möglichkeit, auf freiwilliger Basis Angaben zur sachlichen und personellen Infrastruktur machen zu können, die sodann in die Liste aufgenommen werden. Für solche freiwilligen Angaben bietet sich ein vorgegebenes Raster, unterteilt etwa in Mitarbeiterzahl, Kooperationspartner, EDV-Ausstattung usw., an.

Mit Blick auf die Berufshaftpflichtversicherung ist nach dem hier entwickelten Modell bei allen Insolvenzverwaltern der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung gewährleistet. Unbefriedigend bleiben die unterschiedlichen Anforderungen, die von BRAO, StBerG und WPO sowie vom RDG aufgestellt werden. Zur Überwindung dieser unzureichenden Harmonisierung erscheint es, wie bereits dargelegt wurde, sachgerecht zumindest für die Übernahme einer Unternehmensinsolvenzverwaltung (Personen- und Kapitalgesellschaften) eine einheitliche Mindestversicherung, etwa in Höhe von 2,5 Mio. EUR, vorzuschreiben.

9. Bestandsschutz

Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist es entsprechend dem Eckpunktepapier geboten, Insolvenzverwalter, die bereits langjährig ihren Beruf ausgeübt haben, auch ohne Sachkundeprüfung in die Vorauswahlliste aufzunehmen. Eine entsprechende Klarstellung könnte in einer Übergangsvorschrift erfolgen.

10. Regelungsvorschlag

Einige Eckdaten einer gesetzlichen Regelung greift der folgende Regelungsvorschlag auf:

§ 56 InsO sollte zunächst auf die konkrete Bestellungsentscheidung des Insolvenzgerichts konzentriert und könnte dabei wie folgt gefasst werden.

§ 56 InsO-E Bestellung des Insolvenzverwalters

(1) ¹Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen, die aus dem Verzeichnis der Insolvenzverwalter (§ 56b InsO) auszuwählen ist.

§ 56b InsO-E Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten

1. Zum Insolvenzverwalter kann nur eine Person bestellt werden, die in das von der Bundesrechtsanwaltskammer geführte Gesamtverzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten eingetragen ist. Einzelheiten regelt eine vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz zu erlassende Rechtsverordnung.

2. In das Verzeichnis gem. Abs. 1 können nur natürliche Personen aufgenommen werden, die

(a) als Mitglied einer Rechtsanwaltskammer, Steuerberaterkammer oder der Wirtschaftsprüferkammer oder als nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 RDG registrierte Insolvenzverwalter²⁶¹ der Berufsaufsicht unterliegen

und außerdem

(b) Fachanwälte für Insolvenzrecht (§ 14 FAO) oder

(c) nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 RDG als Insolvenzverwalter registriert sind oder

(d) über eine mindestens zweijährige Berufserfahrung und über theoretische und praktische Sachkunde im Bereich der Insolvenzverwaltung verfügen.²⁶²

(3) ¹Die theoretische Sachkunde ist gegenüber der zuständigen Behörde durch Zeugnisse nachzuweisen. ²Praktische Sachkunde gemäß Abs. 2 Nr. d setzt im Bereich der Verwaltung einer Insolvenz von Personen- und Kapitalgesellschaften in der Regel eine mindestens drei Jahre unter Anleitung erfolgte Berufsausübung oder

²⁶¹ Das Alternativmodell des verkammerten (nichtanwaltlichen) Insolvenzverwalters würde bereits von Ziff. a erfasst.

²⁶² Formulierung angelehnt an § 12 Abs. 1 Nr. 2 RDG

praktische Berufstätigkeit als Angestellter, freier Mitarbeiter oder Kooperationspartner eines erfahrenen Insolvenzverwalters voraus.²⁶³

V. Streichung aus dem Verzeichnis („Delisting“)

1. Grundlagen

Ungeeignete Personen müssen aus dem Verzeichnis entfernt werden. Allgemein gilt, dass die Streichung zu erfolgen hat, wenn die Zulassung zu einem der drei Grundberufe bzw. die Registrierung oder die Zulassung als Mitglied der Rechtsanwaltskammer widerrufen wird. Hierzu käme es etwa, wenn der Insolvenzverwalter nicht die vorgeschriebene Berufshaftpflichtversicherung unterhält (vgl. z.B. § 14 Abs. 1 Nr. 9 BRAO). Mit dem Widerruf entfielen zugleich die Berufszugangsvoraussetzung. Nicht sachgerecht erscheint es für Konstellationen, in denen an sich die Zulassung zum Grundberuf bzw. die Registrierung zurückgenommen bzw. widerrufen werden müsste, eine eigenständige Möglichkeit der „Streichung“ aus dem Verzeichnis vorzusehen. Das würde zu einer unnötigen Zersplitterung der Verfahren führen.

Die Insolvenzgerichte sind befugt, Berufspflichtverstöße, die einen Zulassungswiderruf nach sich ziehen können, der zuständigen Berufskammer des Grundberufs mitzuteilen. Eine Rechtsgrundlage für entsprechende Mitteilungen ergibt sich aus der Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi) sowie bei Rechtsanwälten aus § 36 BRAO. Die MiZi sehen in den Regelungen unter XXIII/2 2 (1) e cc und dd sowie dort unter (2) sowie unter XXIII/3 (3) sowie unter XXIII/4 (1) a und d sowie (3) diese Mitteilungen ausdrücklich vor. Da die Führung des Verzeichnisses nach dem hier vorgeschlagenen Modell ohnehin in den Händen der Rechtsanwaltskammer liegt, bedarf es keiner umgekehrten Mitteilungspflicht der Rechtsanwaltskammer, wie sie bei Einschaltung des Bundesamtes für Justiz erforderlich wäre.²⁶⁴ Eine entsprechende Mit-

²⁶³ Formulierung angelehnt an § 12 Abs. 3 RDG. Erwägenswert erscheint es, entsprechend dem Einschub, für Rechtsanwälte, die (noch) nicht den Fachanwaltstitel für Insolvenzrecht erworben haben, eine ergänzende, vom für sie nicht passenden Wortlaut des RDG abweichende Regelung vorzusehen, da bei Rechtsanwälten von vornherein die unabhängige Berufsausübung im Vordergrund steht. Das Gleiche gilt für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, denen der Weg über einen besonderen „Fach“-Titel ohnehin nicht offensteht.

²⁶⁴ Sie könnte bei einer Übertragung an das BfJ in einem zusätzlichen Absatz 5 des § 36 BRAO-E und entsprechenden Parallelvorschriften in den anderen Berufsgesetzen vorgesehen werden.

teilungspflicht gegenüber der verzeichnisführenden Rechtsanwaltskammer könnte aber für die Steuerberaterkammern und die Wirtschaftsprüferkammer in den jeweiligen Berufsgesetzen vorgesehen werden.

2. Regelungsvorschlag:²⁶⁵

§ 56c InsO-E Rücknahme und Widerruf der Aufnahme in die Liste der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten²⁶⁶

(1) ¹Die Aufnahme in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten ist mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen, wenn Tatsachen nachträglich bekannt werden, bei deren Kenntnis die Aufnahme hätte abgelehnt werden müssen. ²Von der Rücknahme der Aufnahme kann abgesehen werden, wenn die Gründe, aus denen die Zulassung hätte versagt werden müssen, nicht mehr bestehen.

(2) Die Aufnahme in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten ist zu widerrufen,

1. wenn der Berufsträger nicht mehr Mitglied einer Berufskammer gemäß § 56b Abs. 2 Nr. a bzw. nicht mehr gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 RDG registriert ist;

2. wenn der Berufsträger die Streichung aus der Liste beantragt;

3. wenn gegen den Berufsträger in x Fällen berufsrechtliche Sanktionen wegen eines Verstoßes gegen die Pflichten gemäß § 56d InsO-E verhängt wurden;

4. (hier könnten weitere insolvenzspezifische Widerrufsgründe genannt werden)

(3) Die Aufnahme in die Liste der Insolvenzverwalter Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten kann widerrufen werden, wenn

1. der Berufsträger falsche Angaben gegenüber der verzeichnisführenden Stelle gemacht hat,

²⁶⁵ Der Regelungsvorschlag orientiert sich an den Vorschriften der BRAO, trennt also entsprechend den allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Grundsätzen zwischen Rücknahme und Widerruf; dafür auch *Schmittmann* in: FS Kayser, 2020, S. 875, 884.

²⁶⁶ Will man die im Verwaltungsrecht übliche Trennung zwischen Rücknahme und Widerruf vorliegend angesichts der Funktion als bloßes Verzeichnis nicht zugrundlegen, kann auch schlicht ohne entsprechende Differenzierung von einer „Streichung“ aus dem Verzeichnis gesprochen werden.

2. der Berufsträger auf Aufforderungen keinen Nachweis für die Richtigkeit seiner Angaben erbracht hat,
3. gegen den Berufsträger in einem Zeitraum von x (zwei) Jahren mehr als x (drei) rechtskräftige Entlassungsentscheidungen nach § 59 InsO ergangen sind.

VI. Rechtsschutz

1. Geltendes Recht

Das derzeitige System des Rechtsschutzes bei Entscheidungen des Insolvenzgerichtes, die sich auf die Führung der aktuell praktizierten Vorauswahllisten beziehen, ist recht kompliziert und in der Sache unbefriedigend ausgestaltet. Das Verfahren wird vor den ordentlichen Gerichten geführt. Die Entscheidung durch das Insolvenzgericht ist ein Justizverwaltungsakt.²⁶⁷ Wird der Antrag auf Aufnahme in die Liste abgelehnt, so ist die Entscheidung zu begründen.

Als Rechtsbehelf gegen die ablehnende Entscheidung ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte gemäß § 23 EGGVG statthaft. Es handelt sich um die Maßnahme einer Justizbehörde auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts, gegen die kein anderer Rechtsweg eröffnet ist.²⁶⁸ Der Antrag ist beim Oberlandesgericht, in dessen Bezirk das Insolvenzgericht seinen Sitz hat, zu stellen (vgl. § 26 Abs. 1 EGGVG). Für ihn gilt eine Monatsfrist ab Zustellung oder schriftlicher Bekanntgabe des ablehnenden Bescheides. Antragsgegner ist nicht der Insolvenzrichter, sondern das Gericht als Behörde (§ 7 Nr. 3 FamFG), vertreten durch den Vorstand (§ 9 Abs. 3 FamFG). Der für die Liste zuständige Insolvenzrichter ist zwar nicht als Beteiligter hinzuziehen, gleichwohl aber an die Entscheidung gebunden. Dem Insolvenzrichter steht – anders als beim Bestellungsakt – bei der Festlegung der Kriterien für die Aufnahme in die Vorauswahlliste nur ein gerichtlich vollständig überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.²⁶⁹ Das OLG kann in der Sache selbst entscheiden, alternativ aber auch dem Insolvenzgericht aufgeben, den Bewerber erneut

²⁶⁷ BVerfG NJW 2004, 2725, 2727; zum Ganzen *Lüke* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand August 2019, § 56 Rn. 24 ff.

²⁶⁸ BVerfG NJW 2004, 2725, 2727 f..

²⁶⁹ BGH NZI 2008, 161 Rn. 21; dazu *Laws*, NZI 2008, 279.

zu bescheiden. Unter den Voraussetzungen des § 29 EGGVG ist eine Rechtsbeschwerde zulässig.

2. Reformbedarf

a. Rechtsstreitigkeiten anlässlich Aufnahme und Löschung aus dem Verzeichnis

Der Qualifikation der Tätigkeit des Insolvenzverwalters als eigenständiger regulierter Beruf mit einem Zulassungsverfahren und Berufspflichten entspricht dieses Rechtsschutzsystem nicht. Vielmehr drängt es sich auf, in Anlehnung an den Rechtsschutz in anderen Zulassungsverfahren, eine Rechtswegzuweisung vorzunehmen.

Das hier entwickelte Modell der Regulierung der Insolvenzverwaltertätigkeit hat den Vorteil, dass der Bedarf nach einem eigenständigen Rechtsschutzsystem gering ist. Die Gestaltung der Aufnahmekriterien verlagert einen Großteil der Rechtsschutzproblematik in das Berufsrecht der jeweiligen Grundberufe. Zunächst richtet sich der Rechtsschutz gegen die Versagung der Zulassung zum jeweiligen Grundberuf nach dem jeweiligen Berufsrecht. Wird für Insolvenzverwalter, die keinem der verkammerten Grundberufe angehören, ein Registrierungsverfahren nach dem RDG eingeführt, greift der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz. Die Verweigerung der Registrierung ist ein belastender Verwaltungsakt, kein Justizverwaltungsakt iSd. § 23 EGGVG. Nach allgemeinen Regeln ist damit die Verpflichtungsklage eröffnet (§ 42 Abs. 1, Alt. 2 VwGO).²⁷⁰ Bei Untätigkeit der Behörde greifen die Vorschriften über die Untätigkeitsklage (§ 75 VwGO). Entsprechend kommen bei einem Widerruf der Registrierung Widerspruch (sofern kein landesrechtlicher Verzicht erfolgt ist) oder Anfechtungsklage in Betracht.²⁷¹ Sie haben grundsätzlich aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO).

Die Bewerber haben einen Anspruch auf Aufnahme in das Verzeichnis, wenn sie als Fachanwälte für Insolvenzrecht oder registrierte bzw. verkammerte Insolvenzverwalter die Zugangsvoraussetzungen erfüllen. Raum für Streitigkeiten wird es hier bei dem zusätzlichen Erfordernis einer praktischen Tätigkeit als Berufszugangsvoraussetzung für Unternehmensinsolvenzverwaltungen geben. Ein praktisches Bedürfnis

²⁷⁰ Dötsch, in: Deckenbrock/Henssler, RDG, 4. Aufl. 2015, § 13 Rn. 73.

²⁷¹ Dötsch, in: Deckenbrock/Henssler, RDG, 4. Aufl. 2015, § 14 Rn. 75 ff.

besteht darüber hinaus jedenfalls für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie für Rechtsanwälte ohne Fachanwaltstitel, welche die Aufnahme in die Liste beantragen. Will man sie nicht ebenfalls auf die Registrierung nach dem RDG verweisen, so kann es aus verschiedenen Gründen zu Rechtsstreitigkeiten kommen, je nachdem, aus welchem Grund die Rechtsanwaltskammer die Aufnahme in das Verzeichnis ablehnt oder die Aufnahme widerruft.

Nimmt man das im Schrifttum als Alternativmodell vorgeschlagene Verfahren vor dem Bundesamt für Justiz in den Blick, so ist dieses teilweise aufgrund ausdrücklicher Zuweisung als Justizverwaltungsverfahren ausgestaltet. So ordnet § 4 Abs. 2 AUG (Auslandsunterhaltsgesetz) für die Einschaltung des BfJ als „Zentrale Behörde für die gerichtliche und außergerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen in Unterhaltssachen nach dem Auslandsunterhaltsgesetz“ an: „*Das Verfahren der zentralen Behörde gilt als Justizverwaltungsverfahren.*“²⁷² Aufgrund des Sitzes des Bundesamtes in Bonn gewährt Rechtsschutz gegen Maßnahmen des BfJ als deutscher Zentralbehörde somit das zuständige OLG Köln.²⁷³ Die in § 4 Abs. 2 AUG gewählte Formulierung „gilt“ spricht für eine Fiktion, lässt also Raum für eine prinzipielle Interpretation von Rechtsstreitigkeiten als verwaltungsrechtliche Streitigkeit.

Für eine vergleichbare Fiktion gäbe es vorliegend selbst bei einer Zuweisung des Verzeichnisses in den Zuständigkeitsbereich des BfJ keinen Sachgrund. Verwiesen sei zunächst darauf, dass auch Streitigkeit anlässlich des Registrierungsverfahrens nach dem RDG vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen werden. Inzwischen ist im Berufsrecht sogar weitgehend anerkannt, dass jedenfalls als Verfahrensrecht die VwGO am besten geeignet ist. So ordnet auch § 112c BRAO deren Geltung an, obwohl für verwaltungsrechtliche Anwaltssachen die Verwaltungsgerichte selbst nicht zuständig sind (vgl. § 112a BRAO).

Für eine abdrängende Sonderzuweisung mit der Begründung mangelnder Sachkenntnisse der Verwaltungsgerichte besteht im Bereich der Insolvenzverwaltung keine Notwendigkeit. Das Gesetz ordnet sie zwar für Notare in §§ 111 ff. BNotO und für

²⁷² Dazu *Hausmann*, in: Hausmann, Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Aufl. 2018, T. Unterhaltssachen Rn. 104; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl. 2015, § 4 AUG Rn. 1 ff.

²⁷³ *Wurmnest*, in: BeckOGK-BGB, Art. 49 EU-UnterhaltsVO, Stand: 01.10.2017, Rn. 21; *Lipp*, in: MüKoFamFG, 3. Aufl. 2019, Art. 49 EU-UnterhaltsVO, Rn. 7.

die Anwaltsgerichtsbarkeit in §§ 112a ff. BRAO an. Da eine eigenständige Berufsggerichtsbarkeit für Insolvenzverwalter aber aus den gegen eine eigene Berufskammer angeführten Gründen ausscheidet, und es bei der Führung des Verzeichnisses nicht um spezifisch anwaltsrechtliche Fragen geht, spricht alles für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte. Wollte man, wie in der Berufsggerichtsbarkeit üblich, neben Berufsrichtern auch Berufsträger in die Spruchkörper einbinden, kämen abweichend von der Ausgestaltung der Anwaltsgerichtsbarkeit (vgl. § 101 BRAO) jedenfalls nicht nur Rechtsanwälte, sondern nur, aber auch sämtliche Insolvenzverwalter in Betracht. Für eine eigenständige zweistufige Berufsggerichtsbarkeit mit einem Insolvenzverwaltergerichtshof in erster und einem Insolvenzverwalterensenat beim Bundesgerichtshof in zweiter Instanz ist dagegen kein Bedarf erkennbar.²⁷⁴

Als Beleg dafür, dass es sich bei einer solchen Berufsggerichtsbarkeit um eine Überreaktion auf die angedachte berufsrechtliche Regelung handelt, sei darauf hingewiesen, dass sich auch der Rechtsschutz gegen Bestellungsentscheidungen im Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer schlicht nach der VwGO richtet, ohne dass insoweit in der Praxis Probleme aufgetreten wären oder aktuell noch der Ruf nach einer eigenen Berufsggerichtsbarkeit erhoben würde. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für Rechtsschutz gegen Bestellungsentscheidungen ergibt sich dort unmittelbar aus § 40 VwGO und wird durch § 41 WPO bestätigt. Davon zu unterscheiden ist der Rechtsschutz im berufsaufsichtlichen Disziplinarverfahren (Fünfter Teil der WPO), der ausdrücklich der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen wurde. Der Wirtschaftsprüfer kann gegen entsprechende Maßnahme zunächst Einspruch einlegen. Gibt der Vorstand der Wirtschaftsprüferkammer diesem nicht oder nur teilweise statt, besteht die Möglichkeit nach § 71a WPO eine Entscheidung des Berufsggerichts zu beantragen. Die Berufsggerichtsbarkeit wird durch besondere Kammern und Senate für Wirtschaftsprüfersachen an den ordentlichen Gerichten ausgeübt. Als erste Instanz fungiert die Kammer für Wirtschaftsprüfersachen beim Landgericht Berlin, als zweite Instanz der Senat für Wirtschaftsprüfersachen beim Kammergericht Berlin und die dritte Instanz ist der Senat für Wirtschaftsprüfersachen beim Bundesgerichtshof. Die Generalstaatsanwaltschaft Berlin nimmt in den Verfahren vor den Berufsggerichten

²⁷⁴ Anders dagegen *Schmittmann*, INDat Report 2/2016, 20; *ders.* in FS Kayser, 2019, 875, 888; offen gelassen von *Remmert*. in FS Kayser, 2019, S. 773, 785; vgl. ferner *Vallender*, ZIP 2019, 158, 165 m.w.N.

die Aufgabe der Staatsanwaltschaft wahr (§ 84 WPO). Die Wirtschaftsprüferkammer schlägt ehrenamtliche Beisitzer für die Besetzung der Berufsgerichte vor (§ 57 Abs. 2 Nr. 11 WPO). Die besondere Rechtswegzuweisung ist allerdings beschränkt, so richtet sich etwa der Rechtsschutz gegen die Aufforderung nach § 62 WPO, Unterlagen zu übersenden, nach der VwGO.²⁷⁵ Im Bereich der berufsaufsichtlichen Disziplinarverfahren (dazu im folgenden b.) besteht nach dem hier vertretenen Modell kein besonderer Regelungsbedarf, da sich die Disziplinarmöglichkeiten weiterhin nach dem Berufsrecht des jeweiligen Grundberufs richten, und es bei der kleinen Gruppe der nicht verkammerten Berufsträger darauf ankommt, welche Lösungsvariante (Rechtsanwaltskammer oder Registrierung nach dem RDG) gewählt wird. Erst recht erscheint daher für Insolvenzverwalter eine eigene Berufsgerichtsbarkeit überdimensioniert.

Sachgerecht ist damit im Ergebnis allein die Zuweisung der Streitigkeiten an die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Entsprechend der Regelung in § 41 WPO (Unmittelbare Klage gegen Bescheide der Wirtschaftsprüferkammer) sollte auch im Bereich der Insolvenzverwaltung auf die Nachprüfung in einem Vorverfahren verzichtet werden.

b. Exkurs: Die Ahndung von Pflichtverletzung

Berufspflichtverletzungen (dazu im Folgenden I.) werden nach dem hier vorgeschlagenen Regelungsmodell grundsätzlich durch die Kammer des Grundberufs nach dem jeweiligen Regelungsmodell des Grundberufes sanktioniert. Bei als Insolvenzverwalter tätigen Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern liegt bei Verstößen gegen gesetzliche Vorschriften, auch solchen der §§ 56 ff. InsO, jeweils eine Verletzung von Berufspflichten aus dem Grundberuf vor, wobei gegebenenfalls die berufsrechtliche Generalklausel (z.B. § 43 BRAO) als Transportnorm dient. Der Rechtsschutz richtet sich nach dem jeweils einschlägigen Berufsgesetz. Einer eigenständigen Regelung von Sanktionen und Rechtsbehelfen bedarf es daher in der InsO insoweit nicht.

²⁷⁵ VG Berlin v. 03.04.2018 - 22 K 21.16, BeckRS 2018, 46743.

I. Berufspflichten der Insolvenzverwalter

I. Regelungsbedarf

Der eigenständige Beruf des Insolvenzverwalters weist jeweils eine Reihe von Besonderheiten auf, die dazu führen, dass seine Tätigkeit nicht dem typischen Leitbild des jeweiligen Grundberufes entspricht. Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, die zentralen Berufspflichten eines Insolvenzverwalters gesetzlich festzuschreiben. Dass es hierfür keines eigenständigen Gesetzes bedarf, zeigen schon die relativ schlanken Regelungen in der BRAO, dem StBerG, der BNotO und der WPO. Diese gesetzlichen Regelungen bieten zwar gewisse Anhaltspunkte, lassen sich indes nicht eins zu eins auf den Beruf des Insolvenzverwalters übertragen. Unterschiede bestehen etwa zum typischen Berufsbild des Rechtsanwalts als berufenem Berater und Vertreter des Mandanten in allen Rechtsangelegenheiten. Der Insolvenzverwalter ist demgegenüber kein Vertreter von Partikularinteressen, seine Verpflichtung zur Unparteilichkeit ähnelt eher derjenigen eines Notars oder Wirtschaftsprüfers.

II. Charakterisierende Kernpflichten

Kernpflichten eines Insolvenzverwalters sind die Pflichten zu Gewissenhaftigkeit, Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Verschwiegenheit, Sachlichkeit und das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen. Eine gewisse Konkretisierung dieser Grundpflicht mit Blick auf für Insolvenzverwalter typische Konfliktkonstellationen erscheint geboten. So ist die erforderliche Unabhängigkeit nicht gewährleistet, wenn der Amtsträger in Verfahren der Sanierung und Insolvenz über die Grenzen des § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO hinausgehend den Schuldner und / oder einen der beteiligten Gläubiger beraten hat.²⁷⁶

Noch besser als § 43a BRAO eignet sich aus den genannten Gründen die Vorschrift des § 43 WPO als Vorbild für eine gesetzliche Regelung der Berufspflichten. Sie lautet auszugsweise:

²⁷⁶ Im Ergebnis ähnlich das Eckpunktepapier des VID.

§ 43 WPO Allgemeine Berufspflichten

(1) ¹Berufsangehörige haben ihren Beruf unabhängig, gewissenhaft, verschwiegen und eigenverantwortlich auszuüben. ²Sie haben sich insbesondere bei der Erstattung von Prüfungsberichten und Gutachten unparteiisch zu verhalten.

(2) ¹Berufsangehörige haben sich jeder Tätigkeit zu enthalten, die mit ihrem Beruf oder mit dem Ansehen des Berufs unvereinbar ist. ²Sie haben sich der besonderen Berufspflichten bewusst zu sein, die ihnen aus der Befugnis erwachsen, gesetzlich vorgeschriebene Bestätigungsvermerke zu erteilen. ³Sie haben sich auch außerhalb der Berufstätigkeit des Vertrauens und der Achtung würdig zu erweisen, die der Beruf erfordert. ⁴Sie sind verpflichtet, sich fortzubilden.

(3) (Nicht einschlägig, sondern prüfungsspezifisch)

(4) ¹Berufsangehörige haben während der gesamten Prüfung eine kritische Grundhaltung zu wahren. ²Dazu gehört es, Angaben zu hinterfragen, auf Gegebenheiten zu achten, die auf eine falsche Darstellung hindeuten könnten, und die Prüfungsnachweise kritisch zu beurteilen.

(5) Berufsangehörige haben bei der Durchführung von Abschlussprüfungen ausreichend Zeit für den Auftrag aufzuwenden und die zur angemessenen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Mittel, insbesondere – soweit erforderlich – Personal mit den notwendigen Kenntnissen und Fähigkeiten, einzusetzen.

(6) (Nicht einschlägig, da Wirtschaftsprüfungsgesellschaften betreffend.)

Zur Präzisierung der Berufspflichten zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit könnten typische Fälle einer Interessenkollision aufgenommen werden, wie sie im Eckpunktetpapier des VID (nicht dagegen in dem gemeinsamen Papier von BAKinsO e.V., NIVD e.V. und VID e.V.) festgehalten sind.

Sachgerecht erscheint es, den Insolvenzverwalter zu verpflichten, gegenüber dem Gericht und dem vorläufigen Gläubigerausschuss Auskunft über Umstände zu ge-

ben, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen könnten. Dabei darf allerdings die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht gegenüber den Mandanten nicht ausgehöhlt werden. So besteht die in § 43a Abs. 2 BRAO, § 2 BORA für Rechtsanwälte verankerte Pflicht zur Verschwiegenheit über das Bestehen von Mandatsbeziehungen auch gegenüber einem Insolvenzgericht, da dessen eigene Geheimhaltungspflichten die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts gegenüber jedermann nicht aufheben können. Auch die „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ gestattet es einem Rechtsanwalt nicht, entsprechend § 2 Abs. 3 lit b) BORA gegenüber einem Insolvenzgericht im Interesse der Bestellung zum Insolvenzverwalter seine Mandatsbeziehungen offenzulegen. Eine solche Offenlegung würde weder zur Verteidigung gegen den Vorwurf strafbaren / berufsrechtswidrigen Verhaltens noch zur Abwehr oder Durchsetzung von Ansprüchen dienen. Auch ist sie kein diesen beiden gesetzlich ausdrücklich erwähnten Fallgruppen inhaltlich angenäherter Fall. Vielmehr verfolgt der Rechtsanwalt mit der Offenlegung eigennützige Interessen, die ohne Bezug zum und ohne Nützlichkeit für das Mandat sind, dessen Offenlegung intendiert ist. Die Offenlegung der Mandatsbeziehungen gegenüber einem Insolvenzgericht ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz als gerechtfertigt anzusehen, weil es hierfür an dem in § 2 Abs. 3 lit c) BORA vorausgesetzten sachlichen Bezug der Offenbarung zur Kanzleiorganisation fehlt.

Im Ergebnis würde sich ein Rechtsanwalt daher mit der von einem Mandanten nicht ausdrücklich konsentierten Offenbarung von solchen Mandatsbeziehungen, die zuvor nicht durch Presseberichte offenkundig waren, berufsrechtswidrig, vertragswidrig, wettbewerbswidrig und i.d.R auch strafbar verhalten.

III. Regelungsvorschlag

Eine in die InsO einzufügenden Regelung der Berufspflichten könnte wie folgt gestaltet werden:

§ 56d InsO-E Allgemeine Berufspflichten des Insolvenzverwalters

(1) ¹Berufsangehörige haben ihren Beruf unabhängig, gewissenhaft, verschwiegen und eigenverantwortlich auszuüben. ²Bei der Wahrnehmung ihres Amtes haben sie sich insbesondere unparteiisch zu verhalten.

(2) ¹Ein Tätigwerden als Insolvenzverwalter ist ausgeschlossen, wenn der Amtsträger

(a) persönlich dem Schuldner nahesteht oder er, eine ihm nahestehende Person oder eine mit ihm zur gemeinsamen Berufsausübung verbundene Person persönlich Gläubiger oder Drittschuldner des Schuldners ist.

(b) in Verfahren der Sanierung und Insolvenz über die Grenzen des § 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO hinausgehend den Schuldner und / oder einen der beteiligten Gläubiger beraten hat.

(3) Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, gegenüber dem Gericht und dem vorläufigen Gläubigerausschuss Auskunft über Umstände zu geben, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen könnten. Dabei sind die durch die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht gezogenen Grenzen einzuhalten.

(4) Berufsangehörige haben bei der Durchführung von Insolvenzverwaltungen ausreichend Zeit für die Wahrnehmung der Aufgaben aufzuwenden und die hierfür erforderlichen Mittel, insbesondere – soweit erforderlich – Personal mit den notwendigen Kenntnissen und Fähigkeiten, einzusetzen.

Die erforderliche Unabhängigkeit ist nicht gewährleistet, wenn der Insolvenzverwalter in Verfahren der Sanierung und Insolvenz über die Grenzen des § 56 Abs. 1 S. 3 1 Nr. 2 InsO den Schuldner und / oder einen der beteiligten Gläubiger beraten hat. Dies sollte ausdrücklich festgehalten werden. Die Bestellung durch das Gericht ändert an einem entsprechenden Tätigkeitsverbot nichts.

Für besondere, über das UWG hinausgehende Beschränkungen der Werbemöglichkeiten besteht kein Bedarf. Angesichts der qualifizierten Bestellung durch einen Insolvenzrichter erscheint auch eine ausdrückliche Pflicht zur Fortbildung nicht zwin-

gend. Sie müsste sich mangels Überwachungsmöglichkeit in einem allgemeinen Appell erschöpfen, wie ihn § 43a Abs. 6 BRAO enthält.

J. Sonstige Elemente eines Berufsrechts für Insolvenzverwalter

Ein Bedarf für eine darüberhinausgehende berufsrechtliche Regulierung ist nicht ersichtlich. Mit dem hier entwickelten Modell ist nicht nur den unter A. IV. 2. dargelegten europarechtlichen Voraussetzungen Genüge getan, sondern es sind auch die in den Erwägungsgründen als wünschenswert empfohlenen Regelungen umgesetzt worden. Insbesondere ist sichergestellt, dass ausschließlich hinreichend persönlich und fachlich qualifizierte Personen auf der Grundlage eines transparenten Auswahlverfahrens als Insolvenzverwalter bestellt werden. Außerdem ist eine effektive Berufsaufsicht gewährleistet und das Berufspflichtenprogramm der Insolvenzverwalter hinreichend präzisiert. Die erforderlichen Kernelemente eines Berufsrechts sind damit für den Beruf des Insolvenzverwalters umgesetzt.

Auch die Einführung besonderer Sanktionen für Pflichtverletzungen drängt sich jedenfalls nicht auf. Bei Nichterfüllung der Pflichten des Insolvenzverwalters/Sachwalters stehen dem Gericht die Sanktionsmöglichkeiten aus § 58 Abs. 2 InsO (Androhung und Festsetzung von Zwangsgeld) und – als ultima ratio – die Entlassung aus wichtigem Grund (aus § 59 Abs. 1 S. 1 InsO) zur Verfügung. Neben den von dem Berufsrecht des jeweiligen Grundberufs zur Verfügung gestellten Maßnahmen (etwa § 114 BRAO) ergibt sich kein zusätzlicher Sanktionierungsbedarf.

Teil 3. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich thesenartig wie folgt zusammenfassen:

1. Nach den jahrzehntelangen Regulierungsdefiziten, die Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters geprägt haben, ist es zwar verständlich, dass derzeit der Ruf nach einem Gegenmodell in Form einer Regulierung und Beaufsichtigung laut wird. Vor einer Überregulierung und allzu starken Bürokratisierung dieses Berufes ist allerdings zu warnen, zumal ca. 95 % der Insolvenzverwalter als Rechtsanwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer ohnehin über ihren Grundberuf der Berufsaufsicht einer Kammer und einem strengen Berufsrecht unterliegen. Ein Teil der aktuellen rechtspolitischen Vorschläge zielt auf eine derartige Überregulierung ab, insbesondere soweit eine eigene Berufskammer, eine eigenständige Berufsgerichtbarkeit und eigenständige berufsaufsichtsrechtliche Disziplinarmaßnahmen gefordert werden.
2. Der rechtstatsächliche Befund lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass der Beruf des Insolvenzverwalters eine überschaubare Personengruppe von etwas mehr als 2000, darunter etwa 500 hauptamtlichen, Berufsträgern betrifft, die sich ganz überwiegend (ca. 95 %) aus Angehörigen der wirtschaftsnahen verkammerten Beratungsberufe der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zusammensetzt. Selbst bei vorsichtiger Schätzung dürften mindestens 92 % aller Insolvenzverwalter und 95 % der Unternehmensinsolvenzverwalter (Personen- und Kapitalgesellschaften) als Rechtsanwalt zugelassen sein.
3. Eine Regelung des Berufsrechts der Insolvenzverwalter muss aufgrund der Streichung der §§ 312 bis 314 InsO auch den in Verbraucherinsolvenzen und kleinen Unternehmensinsolvenzen von Einzelpersonen tätigen Verwalter um-

fassen. Die Berufszugangsvoraussetzungen müssen den insoweit deutlich reduzierten Anforderungen Rechnung tragen.

4. Die statistischen Daten sowie die unterschiedlichen Anforderungen an Qualifikation und Kanzleiorganisation legen es ebenfalls nahe, hinsichtlich der Berufspflichten ein einheitliches Berufsrecht anzustreben, bei der Regulierung des Berufszugangs jedoch zumindest zwischen Unternehmensinsolvenzen und Verbraucherinsolvenzen zu unterscheiden (vgl. auch These 20). Diskussionswürdig erscheint es darüber hinaus, ob in Anlehnung an die Differenzierung in § 5 Abs. 1 g) FAO Kleinstunternehmensinsolvenzen von natürlichen Personen mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln sind, die für Verbraucherinsolvenzen gelten.
5. Die für Insolvenzverwalter entwickelten Berufszugangsvoraussetzungen und Berufspflichten sollten entsprechend für Sachwalter (§ 274 InsO) gelten.
6. Das Anforderungsprofil für Restrukturierungsbeauftragte iSv Art. 5 der Restrukturierungsrichtlinie unterscheidet sich von demjenigen für Insolvenzverwalter. Die Unterschiede rechtfertigen bei Einführung eines bundesweiten Verzeichnisses ein eigenes Unterverzeichnis neben denjenigen für Unternehmensinsolvenzen und Verbraucherinsolvenzen. Ebenfalls vertretbar erscheint es, für Unternehmensinsolvenzverwalter und Restrukturierungsbeauftragte nur ein gemeinsames Unterverzeichnis einzuführen, das aber Raum für freiwillige Angaben zu den besonderen fachlichen Anforderungen eines Restrukturierungsbeauftragten lässt. Die notwendige Differenzierung wird bei diesem Modell in die Hände der Gläubiger bzw. des Insolvenzrichters gelegt, deren Entscheidungen aufgrund der freiwilligen Angaben erleichtert werden. Im Interesse einer schlanken, möglichst unbürokratischen und zudem schnell umsetzbaren Lösung für das neue Betätigungsfeld wird in dem hier erarbeiteten Konzept zunächst auf ein eigenständiges (Unter-)Verzeichnis für Restrukturierungsbeauftragte verzichtet, zumal die Eckdaten der gesetzlichen Regelung des Restrukturierungsbeauftragten in der InsO derzeit noch nicht feststehen.

7. Ein Vergleich mit der berufsrechtlichen Regulierung von Berufen, bei denen sich – wie etwa bei Mediatoren und Inkassounternehmen – ähnlich gelagerte Fragen stellen, spricht für eine schlanke Regulierung des Berufsrechts der Insolvenzverwalter. Zugleich bieten diese Berufsrechte Denkanstöße für ein Berufsrecht der Insolvenzverwalter, das sich harmonisch in schon bestehende Strukturen der Gesamtrechtsordnung einfügt.
8. Die im Rahmen der vorliegenden Studie entwickelten Elemente eines Reformgesetzes werden nicht nur den europarechtlichen Anforderungen, insbesondere der Restrukturierungsrichtlinie, uneingeschränkt gerecht, sondern greifen darüber hinaus auch bloße Empfehlungen der Richtlinie auf.
9. Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sind an ihr jeweiliges Berufsrecht auch dann gebunden, wenn sie einer Tätigkeit als Insolvenzverwalter nachgehen. Bei der einzelnen Berufspflicht ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, ob die berufsrechtlichen Beschränkungen der Sache nach einschlägig sind. Schutzlücken zu Lasten der Gläubiger oder sonstiger Personen, deren Interessen bei einer Unternehmensinsolvenz betroffen sind, sind damit weitgehend ausgeschlossen. Vielmehr sind Insolvenzverwalter schon derzeit nahezu ausnahmslos an ein strenges Berufsrecht gebunden und der Kammeraufsicht unterworfen.
10. Für das anwaltliche Berufsrecht bietet sich angesichts der derzeit nur partiellen und zudem missverständlichen Regelung an, unter gleichzeitiger Streichung des § 18 BORA die folgende Klarstellung in die BRAO (etwa als § 43f BRAO) aufzunehmen:

Rechtsanwälte, die als Vermittler, Schlichter, Mediator, Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker, Berufsbetreuer, Treuhänder oder in ähnlicher Weise außerhalb des anwaltlichen Vorbehaltsbereichs, jedoch im Rahmen des anwaltlichen Berufsbilds tätig werden, unterliegen den Regeln des anwaltlichen Berufsrechts, sofern nicht die Besonderheiten der konkreten Tätigkeit ihrer

Geltung entgegenstehen. Spezifische berufsrechtliche Regelungen für solche Tätigkeiten, insbesondere in InsO und MediationsG, gehen den Vorschriften dieses Gesetzes jeweils vor.

Vergleichbare Klarstellungen könnten auch in das StBerG und die WPO bzw. die entsprechenden Berufssatzungen aufgenommen werden.

11. Als Insolvenzverwalter sollten nur Personen bestellt werden können, die einer Berufsaufsicht durch eine Berufskammer unterliegen. Im Falle einer Registrierung nach dem RDG (These 15) sollte zumindest eine Berufsaufsicht durch das für die Registrierung zuständige Gericht erfolgen, wobei auch insoweit bei Personen, die nicht schon aufgrund ihres Grundberufs einer Kammeraufsicht unterliegen, eine Mitgliedschaft nebst Kammeraufsicht in der Rechtsanwaltskammer ernsthaft erwogen werden sollte.
12. Die Einführung einer eigenständigen Insolvenzverwalterkammer ist aus einer Vielzahl von Gründen abzulehnen. Der mit der Pflichtmitgliedschaft verbundene Eingriff in die freie Berufsausübung begegnet zudem mit Blick auf seine Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn die Pflichtmitgliedschaft für Berufsträger eingeführt wird, die schon nahezu ausnahmslos einer Kammeraufsicht unterworfen sind und es bei der erfassten kammerpflichtigen Tätigkeit nicht um ein weiteres Berufsfeld, sondern nur um einen Ausschnitt aus dem bereits der Kammeraufsicht unterliegenden Beruf geht.
13. Die erforderliche Berufsaufsicht über Insolvenzverwalter kann für die ganz überwiegende Mehrzahl der Berufsträger unbürokratisch und kostengünstig von den Berufskammern der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer übernommen werden.
14. Ein rechtspolitisch gangbarer Weg wäre es zwar, die Berufsaufsicht über alle Insolvenzverwalter bei den Rechtsanwaltskammern zu konzentrieren. Jedoch besteht aus Sicht der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer bei diesem Modell

das Problem der Belastung durch die doppelte Pflichtmitgliedschaft. Zudem würde selbst bei einer solchen Konzentration die Berufsaufsicht mit Blick auf die während der Insolvenzverwaltung fortbestehenden Pflichten als Steuerberater und Wirtschaftsprüfer weiterhin bei den Kammern der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer verbleiben. Ein Entlastungseffekt wäre mit dieser Aufteilung somit nicht verbunden, vielmehr müsste es zwangsläufig zu doppelten Aufsichtsmaßnahmen kommen. Dieses Modell wurde daher im Rahmen der Untersuchung zunächst nicht weiterverfolgt.

15. Für die kleine Gruppe jener Insolvenzverwalter, die weder als Rechtsanwälte noch als Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer bereits einer Aufsicht durch die Kammer ihres Grundberufs unterliegen, kann das Zulassungsverfahren und die erforderliche Berufsaufsicht über zwei weitgehend gleichwertige Lösungen sichergestellt werden:

a) die Aufnahme in die Rechtsanwaltskammer als „Verkammerte Insolvenzverwalter“ bei Vorliegen der Zulassungsvoraussetzungen

b) eine Registrierung nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 RDG-E als registrierte Insolvenzverwalter, wobei die Berufsaufsicht in diesem Fall entweder entsprechend der Systematik des RDG über das zuständige Gericht oder wiederum durch die regionale Rechtsanwaltskammer sichergestellt werden kann.

16. Aus den gegen eine eigenständige Insolvenzverwalterkammer angeführten Gründen überzeugt auch das Modell einer zentralen Insolvenzverwalterkammer unter dem Dach der BRAK nicht. Bei der Aufnahme aller Insolvenzverwalter in die regionalen Rechtsanwaltskammern muss aber auf die hinreichende demokratische Legitimation der für die Insolvenzverwalter zuständigen Organe der Rechtsanwaltskammer speziell durch Insolvenzverwalter geachtet werden. Auch sollten die Insolvenzverwalter die institutionell abgesicherte Möglichkeit erhalten, ihre spezifischen Interessen innerhalb der Kammerorganisation zum Ausdruck zu bringen.

17. Die Berufszugangsvoraussetzungen sowie die Voraussetzungen für Rücknahme und der Widerruf der Zulassung/Registrierung könnten in beiden Modellen identisch ausgestaltet werden. Der Berufszugang sollte an folgende Mindestvoraussetzungen geknüpft werden:

- a) mindestens dreijähriges Hochschulstudium
- b) Abschluss einer einheitlich vorzuschreibenden Berufshaftpflichtversicherung (etwa 2,5 Mio.)
- c) Nachweise der erforderlichen theoretischen und praktischen Sachkunde, wobei die Übernahme einer Unternehmensinsolvenzverwaltung eine mindestens dreijährige Berufsausbildung bzw. Berufserfahrung bei einem etablierten Insolvenzverwalter voraussetzen sollte.

Bewerbern aus Mitgliedstaaten der EU muss ein gleichberechtigter Zugang gewährt werden.

18. Im Interesse einer noch stärkeren Verfahrensvereinheitlichung könnte auch Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern sowie Juristen ohne Fachanwaltstitel für Insolvenzrecht die Möglichkeit einer Registrierung als Insolvenzverwalter nach dem RDG und damit ein entsprechender Berufszugang eröffnet werden.

19. Als Standort für eine Regelung des Berufsrechts des Insolvenzverwalters (Berufszugang und Berufspflichten) drängt sich die InsO auf.

20. Eines über die geschilderten Elemente hinausgehenden, eigenständigen Zulassungsverfahrens für Insolvenzverwalter bedarf es nicht. Eingeführt werden sollte aber ein bundesweites nach einheitlichen Kriterien geführtes Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten. Seine Funktion besteht zum einen darin, transparente Kriterien für eine Mindestqualifikation für Insolvenzverwalter aufzustellen und zugleich dem Insolvenzrichter aufgrund der Vorauswahl die Entscheidung über eine konkrete Bestellung zu erleichtern.

21. Eine Analyse der Rechtsprechung von BVerfG und BGH ergibt, dass
- (a) ein Verzeichnis der Insolvenzverwalter unverzichtbar ist,
 - (b) sich gesetzliche Korrekturen gegenüber dem status quo aufdrängen,
 - (c) die Entscheidungen über die Aufnahme in das Verzeichnis und über die Streichung aus dem Verzeichnis justiziabel sein müssen,
 - (d) bestimmte allgemeine Anforderungen an das Verzeichnis zu stellen sind.
22. Das Verzeichnis sollte (ähnlich wie das Verzeichnis nach § 31 BRAO) als bundeseinheitliches elektronisches Gesamtverzeichnis durch die Bundesrechtsanwaltskammer geführt werden, wobei die jeweiligen Eingaben durch die regionalen Kammern erfolgen sollten.
23. Das Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten sollte entsprechend These 4. zumindest eine Unterteilung nach Unternehmensinsolvenzen und Verbraucherinsolvenzen vorsehen.
24. Jedem Fachanwalt für Insolvenzrecht sollte ein Anspruch auf Aufnahme in das bundeseinheitliche Verzeichnis zustehen und zwar jedenfalls in das Basisverzeichnis für Verbraucherinsolvenzen. Die Regelungen der FAO stellen hinreichend sicher, dass jeder Fachanwalt für Insolvenzrecht über die erforderlichen **theoretischen** Kenntnisse für sämtliche Formen der Insolvenzverwaltung, einschließlich der Tätigkeiten als Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragter verfügt.
25. Um auch künftig einen Gleichklang zwischen Fachanwalt für Insolvenzrecht und Listing als Insolvenzverwalter sicherzustellen, bietet es sich an, die Voraussetzungen von §§ 5, 14 FAO und (künftiger) Regelung in der InsO zu synchronisieren und sicherzustellen, dass

(1) der Titel eines Fachanwalts für Insolvenzrecht auch ohne vorheriges Listing im Verzeichnis der Insolvenzverwalter erworben werden kann,

(2) im Sinne eines Bestandschutzes jeder derzeitige Fachanwalt einen Anspruch auf Aufnahme in die Liste auch der Unternehmensinsolvenzverwalter hat,

(3) künftig jeder Fachanwalt unter klaren Voraussetzungen nicht nur die selbstverständliche Aufnahme in das Basisverzeichnis für Verbraucherinsolvenzen, sondern auch die Aufnahme in das Verzeichnis für Unternehmensinsolvenzen beanspruchen kann.

26. So sollte bei Fachanwälten für Insolvenzrecht (abweichend vom geltenden Recht) eine zweijährige Mitarbeit in einer (etablierten) Insolvenzverwalterkanzlei als ausreichend angesehen werden, mit der Folge, dass der Berufsträger bei gleichzeitigem Nachweis der theoretischen Kenntnisse nicht nur den Fachanwaltstitel, sondern zugleich einen Anspruch auf Aufnahme in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter erwerben würde.

27. Ein Anspruch auf Aufnahme in das Verzeichnis sollte ferner jedem nach dem hier entwickelten Konzept „verkammerten Insolvenzverwalter“ bzw. „registrierten Insolvenzverwalter“ zustehen. Bei nachgewiesener praktischer Erfahrung bzw. entsprechender (Teil-)registrierung könnte von diesen Personen auch eine Eintragung in das Unterverzeichnis für Unternehmensinsolvenzen beantragt werden. Die erforderliche Dauer der praktischen Betätigung sollte drei, maximal fünf Jahre betragen.

28. Auf diese Weise wäre zugleich der Vorgabe der Rechtsprechung Rechnung getragen, nach der die Eintragung in das Verzeichnis nicht aufgrund einer bloßen Selbsteinschätzung des Bewerbers erfolgen darf, die persönliche und fachliche Eignung vielmehr verifiziert sein muss.

29. Entsprechend § 31 Abs. 4 BRAO sollte das Verzeichnis auch Raum für freiwillige Angaben zu spezifischer Berufserfahrung, Kanzleigröße und technischer Ausstattung bieten.
30. Der Rechtsschutz gegen die verweigerte Aufnahme in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten sowie gegen die Löschung aus dem Verzeichnis sollte sich nach der VwGO richten. Eine gesetzliche Klarstellung in der InsO bietet sich an. Entsprechend der Regelung in § 41 WPO (Unmittelbare Klage gegen Bescheide der Wirtschaftsprüferkammer) sollte auf die Nachprüfung in einem Vorverfahren auch im Bereich der Insolvenzverwaltung verzichtet werden.
31. Ein Bedarf für eine eigenständige Berufsgerichtsbarkeit der Insolvenzverwalter besteht nicht.
32. Die Berufspflichten der Insolvenzverwalter sollten in der InsO im Anschluss an § 56a InsO konkretisiert werden. Dabei sollte insbesondere die Pflicht zur beruflichen Unabhängigkeit präzisiert werden. Zu Einzelheiten wird auf § 56d InsO-E verwiesen.
33. Neben diesen als *leges speciales* vorrangigen berufsrechtlichen Pflichten treten weiterhin die Berufspflichten aus dem Grundberuf, soweit sie mit den Besonderheiten der Insolvenzverwaltung vereinbar sind.
34. Einer darüberhinausgehenden Regelung des Berufsrechts (Werbung, Fortbildung) der Insolvenzverwalter bedarf es nicht. Kein Bedarf besteht auch für eigenständige berufsaufsichtliche Disziplinarmaßnahmen. Insoweit genügt die disziplinarrechtliche Beaufsichtigung im Rahmen des jeweiligen Grundberufes bzw. im Rahmen der Registrierung nach dem RDG.

A handwritten signature in blue ink, reading "Martin Henssler". The signature is written in a cursive style with a prominent flourish at the end of the last name.

Köln, den 17. 1. 2020

Prof. Dr. Martin Henssler

Teil 4: Anhänge

A. Übersicht über ausformulierte Regelungsvorschläge

I. Ergänzungen im Berufsrecht der Grundberufe

1. Klarstellung der Berufspflichten unter gleichzeitiger Streichung des § 18 BORA

§ 43f BRAO-E Berufspflichten bei einem Tätigwerden außerhalb des Vorbehaltsbereichs

Rechtsanwälte, die als Vermittler, Schlichter, Mediator, Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker, Berufsbetreuer, Treuhänder oder in ähnlicher Weise außerhalb des anwaltlichen Vorbehaltsbereichs, jedoch im Rahmen des anwaltlichen Berufsbilds tätig werden, unterliegen den Regeln des anwaltlichen Berufsrechts, sofern nicht die Besonderheiten der konkreten Tätigkeit ihrer Geltung entgegenstehen. Spezifische berufsrechtliche Regelungen für solche Tätigkeiten, insbesondere in InsO und MediationsG, gehen den Vorschriften dieses Gesetzes jeweils vor.

Entsprechende Vorschriften könnten auch in die Berufsrechte der anderen Grundberufe aufgenommen werden.

2. Mitteilungspflichten gegenüber der das Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten führenden Rechtsanwaltskammer

§ x StBerG/WPO-E Ermittlung des Sachverhalts und Übermittlung personenbezogener Daten

...

(5) Ist ein Steuerberater/Wirtschaftsprüfer in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter nach § 56b InsO-E eingetragen und endet seine Mitgliedschaft in ei-

ner Steuerberaterkammer/der Wirtschaftsprüfer anders als durch Tod, so teilt die Kammer dies der das Verzeichnis führenden Rechtsanwaltskammer unverzüglich mit.

II. Änderung des RDG

§ 10 Rechtsdienstleistungen aufgrund besonderer Sachkunde

(1) ¹Natürliche und juristische Personen sowie Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, die bei der zuständigen Behörde registriert sind (registrierte Personen), dürfen aufgrund besonderer Sachkunde Rechtsdienstleistungen in folgenden Bereichen erbringen:

1. Inkassodienstleistungen (§ 2 Abs. 2 Satz 1),
2. Rentenberatung auf dem Gebiet der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung,,
3. Rechtsdienstleistungen in einem ausländischen Recht;....

4. Insolvenzverwaltung (§§ 56 ff. InsO), sofern es sich bei der registrierten Person um eine natürliche Person handelt.

²Die Registrierung kann auf einen Teilbereich der in Satz 1 genannten Bereiche beschränkt werden, wenn sich der Teilbereich von den anderen in den Bereich fallenden Tätigkeiten trennen lässt und der Registrierung für den Teilbereich keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses entgegenstehen. ³**Im Falle des Abs. 1 S. 1 Nr. 4 kann die Registrierung auf die Bereiche der Verbraucherinsolvenzen (und/oder der Unternehmensinsolvenzen von natürlichen Personen mit bis zu fünf Arbeitnehmern) begrenzt werden.**

Ergänzend müsste für registrierte Insolvenzverwalter in § 12 RDG eine erhöhte (an die allgemeine Regelung angepasste) Mindestversicherungssumme (etwa 2, 5 Mio. Euro) vorgesehen werden.

III. Änderung der InsO

§ 56 InsO-E Bestellung des Insolvenzverwalters

(1) ¹Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen, die aus dem Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten (§ 56b InsO) auszuwählen ist.

§ 56b InsO-E Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten

1. Zum Insolvenzverwalter kann nur eine Person bestellt werden, die in das von der Bundesrechtsanwaltskammer geführte Gesamtverzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten eingetragen ist. Einzelheiten regelt eine vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz zu erlassende Rechtsverordnung.

2. In das Verzeichnis gem. Abs. 1 können nur natürliche Personen aufgenommen werden, die

(a) als Mitglied einer Rechtsanwaltskammer, Steuerberaterkammer oder der Wirtschaftsprüferkammer oder als nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 RDG registrierte Insolvenzverwalter²⁷⁷ der Berufsaufsicht unterliegen

und außerdem

(b) Fachanwälte für Insolvenzrecht (§ 14 FAO) oder

(c) nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 RDG als Insolvenzverwalter registriert sind oder

(d) über eine mindestens zweijährige Berufserfahrung und über theoretische und praktische Sachkunde im Bereich der Insolvenzverwaltung verfügen.²⁷⁸

²⁷⁷ Das Alternativmodell des verkammerten (nichtanwaltlichen) Insolvenzverwalters würde bereits von Ziff. a erfasst.

²⁷⁸ Formulierung angelehnt an § 12 Abs. 1 Nr. 2 RDG

(3) ¹Die theoretische Sachkunde ist gegenüber der zuständigen Behörde durch Zeugnisse nachzuweisen. ²Praktische Sachkunde gemäß Abs. 2 Nr. d setzt im Bereich der Verwaltung einer Insolvenz von Personen- und Kapitalgesellschaften in der Regel eine mindestens drei Jahre unter Anleitung erfolgte Berufsausübung oder praktische Berufstätigkeit als Angestellter, freier Mitarbeiter oder Kooperationspartner eines erfahrenen Insolvenzverwalters voraus.²⁷⁹

§ 56c InsO-E Rücknahme und Widerruf der Aufnahme in die Liste der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten²⁸⁰

(1) ¹Die Aufnahme in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten ist mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen, wenn Tatsachen nachträglich bekannt werden, bei deren Kenntnis die Aufnahme hätte abgelehnt werden müssen. ²Von der Rücknahme der Aufnahme kann abgesehen werden, wenn die Gründe, aus denen die Zulassung hätte versagt werden müssen, nicht mehr bestehen.

(2) Die Aufnahme in das Verzeichnis der Insolvenzverwalter, Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten ist zu widerrufen,

1. wenn der Berufsträger nicht mehr Mitglied einer Berufskammer gemäß § 56b Abs. 2 Nr. a bzw. nicht mehr gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 RDG registriert ist;

2. wenn der Berufsträger die Streichung aus der Liste beantragt;

3. wenn gegen den Berufsträger in x Fällen berufsrechtliche Sanktionen wegen eines Verstoßes gegen die Pflichten gemäß § 56d InsO-E verhängt wurden;

4. (hier könnten weitere insolvenzspezifische Widerrufsgründe genannt werden)

²⁷⁹ Formulierung angelehnt an § 12 Abs. 3 RDG. Erwägenswert erscheint es, entsprechend dem Einschub, für Rechtsanwälte, die (noch) nicht den Fachanwaltstitel für Insolvenzrecht erworben haben, eine ergänzende, vom für sie nicht passenden Wortlaut des RDG abweichende Regelung vorzusehen, da bei Rechtsanwälten von vornherein die unabhängige Berufsausübung im Vordergrund steht. Das Gleiche gilt für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, denen der Weg über einen besonderen „Fach“-Titel ohnehin nicht offensteht.

²⁸⁰ Will man die im Verwaltungsrecht übliche Trennung zwischen Rücknahme und Widerruf vorliegend angesichts der Funktion als bloßes Verzeichnis nicht zugrundlegen, kann auch schlicht ohne entsprechende Differenzierung von einer „Streichung“ aus dem Verzeichnis gesprochen werden.

(3) Die Aufnahme in die Liste der Insolvenzverwalter Sachwalter und Restrukturierungsbeauftragten kann widerrufen werden, wenn

- 1. der Berufsträger falsche Angaben gegenüber der verzeichnisführenden Stelle gemacht hat,*
- 2. der Berufsträger auf Aufforderungen keinen Nachweis für die Richtigkeit seiner Angaben erbracht hat,*
- 3. gegen den Berufsträger in einem Zeitraum von x (zwei) Jahren mehr als x (drei) rechtskräftige Entlassungsentscheidungen nach § 59 InsO ergangen sind.*

§ 56d InsO-E Berufspflichten des Insolvenzverwalters

(1) ¹Berufsangehörige haben ihren Beruf unabhängig, gewissenhaft, verschwiegen und eigenverantwortlich auszuüben. ² Bei der Wahrnehmung ihres Amtes haben sie sich insbesondere unparteiisch zu verhalten.

(2) ¹Ein Tätigwerden als Insolvenzverwalter ist ausgeschlossen, wenn der Amtsträger

(a) persönlich dem Schuldner nahesteht oder er, eine ihm nahestehende Person oder eine mit ihm zur gemeinsamen Berufsausübung verbundene Person persönlich Gläubiger oder Drittschuldner des Schuldners ist.

(b) in Verfahren der Sanierung und Insolvenz über die Grenzen des § 56 Satz 1 Nr. 2 InsO hinausgehend den Schuldner und / oder einen der beteiligten Gläubiger beraten hat.

(3) Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, gegenüber dem Gericht und dem vorläufigen Gläubigerausschuss Auskunft über Umstände zu geben, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen könnten. Dabei sind die durch die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht gezogenen Grenzen einzuhalten.

(4) Berufsangehörige haben bei der Durchführung von Insolvenzverwaltungen ausreichend Zeit für die Wahrnehmung der Aufgaben aufzuwenden und die hierfür erforderlichen Mittel, insbesondere – soweit erforderlich – Personal mit den notwendigen Kenntnissen und Fähigkeiten, einzusetzen.

Ergänzend müssten für Sachwalter und für Restrukturierungsbeauftragte Verweisungen auf das Recht der Insolvenzverwalter erfolgen.

B. Weitere Anhänge nach Bedarf

Bei Bedarf können weitere Anhänge in die Studie aufgenommen werden, etwa zu ausländischen Regelungen oder zur derzeitigen Fassung des § 56 InsO.