

Berlin, 11. August 2010
Nr. 43/10
abrufbar unter www.anwaltverein.de

**Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins
durch den Insolvenzrechtsausschuss
zum Referentenentwurf eines Gesetzes
zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der Justiz
(Entwurf des Bundesministeriums der Justiz, Stand 19.07.2010)**

Mitglieder des Insolvenzrechtsausschusses:

RA Dr. Klaus Pannen, Hamburg (Vorsitzender und Berichterstatter)
RA Kolja von Bismarck, Frankfurt a.M.
RA Dr. Joseph Fuchsl, München
RA Dr. Volker Grub, Stuttgart
RA Wolfgang Hauser, Stuttgart
RA Kai Henning, Dortmund
RA Wilhelm Klaas, Krefeld
RA Dr. Manfred Obermüller, Bad Camberg
RA Dr. Klaus Olbing, Berlin
RA Horst Piepenburg, Düsseldorf
RA Prof. Rolf Rattunde, Berlin
RA Dr. Jobst Wellensiek, Heidelberg

zuständiger DAV-Geschäftsführer:

RA Udo Henke, Berlin

Verteiler:

siehe Deckblatt-Rückseite

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz, Berlin
Deutscher Bundestag, Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen
Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
Bundesnotarkammer, Berlin
Deutscher Notarverein e. V., Berlin
Deutscher Richterbund e. V., Berlin
Gravenbrucher Kreis, München/Neu-Ulm
Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V., Berlin
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Gesetzausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzender des Forum Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin
Insolvenzrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins

Presseverteiler:

Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.
Redaktion Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / ZIP, Köln
Redaktion InDat-Report, Köln
Redaktion Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht / DZWIR, Berlin
Redaktion Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung / NZI, München
Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht / ZInsO, Recklinghausen

Diese Stellungnahme finden Sie auch auf der Internetseite des Deutschen Anwaltvereins unter: <http://www.anwaltverein.de/03/05/index.html>.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

1. Einleitung

Aufgrund der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie, kurz: DienstLRiLi) sind Anpassungen im Bereich der Justiz erforderlich. Der vorliegende Referentenentwurf bezweckt die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, vor allem bezüglich der Verfahren der Berufszulassung zu den rechtsberatenden Berufen.¹

Vorgesehen sind auch Änderungen in Bezug auf die Bestellung von Insolvenzverwaltern in Deutschland. Obwohl der Referentenentwurf nicht eindeutig feststellt, ob die Dienstleistungsrichtlinie anwendbar ist,² sollen für das Verfahren zur Aufnahme in die bei den Insolvenzgerichten geführten Vorauswahllisten für Insolvenzverwalter Entscheidungsfristen eingeführt sowie die Abwicklung des Verfahrens über den so genannten „einheitlichen Ansprechpartner“ als Verfahrensmittler ermöglicht werden.

Der Insolvenzrechtsausschuss im Deutschen AnwaltVerein vertritt die Meinung, dass die Dienstleistungsrichtlinie hinsichtlich der Bestellung des Insolvenzverwalters keine Anwendung findet und dass sich somit die im Referentenentwurf geplante Änderung erübrigt.

2. Der neue Art. 102a EGIInsO

In Art. 3 des Referentenentwurfs wird die Einführung eines neuen Art. 102a EGIInsO vorgesehen. Hiernach können Angehörige eines anderen Mitgliedstaates der EU und Personen (es wird nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen differenziert), die in einem dieser Staaten ihre berufliche Niederlassung haben, das Verfahren zur Aufnahme in eine von dem Insolvenzgericht geführte Vorauswahlliste für Insolvenzverwalter über eine einheitliche Stelle nach den Vorschriften des VwVfG abwickeln.

¹ Begründung des RefE, S. 1.

² Wie der Formulierung „soweit der persönliche Anwendungsbereich der EU-Dienstleistungsrichtlinie eröffnet ist“ entnommen werden kann, siehe Begründung des RefE, S. 1.

Hierbei handelt es sich um die „kleine Lösung“. Nach der Begründung des Referentenentwurfs fehlt es derzeit an einer gesetzlichen Ausgestaltung des Berufszulassungsverfahrens für Insolvenzverwalter.³

3. Nicht-Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie

Nach Art. 2 Abs. 2 lit. i) DienstLRiLi findet die Richtlinie keine Anwendung auf Tätigkeiten, die im Sinne des Art. 45 EG-Vertrag mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Nach Ansicht des Insolvenzrechtsausschusses handelt es sich bei der Insolvenzverwaltung um eine solche Tätigkeit, sodass der Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie nicht eröffnet ist.⁴ Der Beruf des Insolvenzverwalters dient der staatlichen Durchsetzung und Sicherstellung der Gesamtvollstreckung.

Der Beruf des Insolvenzverwalters ist hoheitlich geprägt. Der Insolvenzverwalter wird nicht durch den Gläubiger beauftragt, sondern er erhält seine Handlungsautorität im gesetzlichen Rahmen unmittelbar durch das Gericht.⁵

Der Insolvenzverwalter wird durch das Gericht bestellt und nicht im schuldrechtlichen Sinne beauftragt. Er handelt zwar im Verhältnis zu Verfahrensbeteiligten privatrechtlich, ist aber in einem öffentlich – rechtlich definierten Rahmen tätig. Bereits der Hoheitsakt des gerichtlichen Eröffnungsbeschlusses genügt, um dem Verwalter die alleinige Rechtsmacht zur Verwaltung und Verwertung des Schuldnervermögens zu übertragen, §§ 80 ff. InsO, und den Verwalter gegenüber einem renitenten Schuldner zu ermöglichen, auch ohne vorherige Klageerhebung die Hilfe der öffentlich-rechtlich handelnden Vollstreckungsorgane in Anspruch zu nehmen, § 148 Abs. 2 InsO⁶. Das Amt des Insolvenzverwalters ist erst dann beendet, wenn ihn das Gericht durch Aufhebung des Verfahrens von dieser Autorität entbindet. Damit kann es sich um kein "Dienstleistungsverhältnis" zugunsten einzelner Gläubiger oder der Gläubigergesamtheit handeln. Die Vertretung der Gläubigerinteressen ist stattdessen die Folge der ordnungsgemäßen Bearbeitung des Verfahrens. Dabei ist es unerheblich, wenn der Verwalter seine Verwertungshandlungen in einem privatrechtlichen Rahmen gestaltet, was nicht zwingend ist (zB die Versteigerung von Immobilien).⁷ Der Insolvenzverwalter ist kein privater Dienstleister, sondern ein wichtiges und in hohem Maße unabhängiges Organ der Rechtspflege.⁸

³ Begründung des RefE, S. 17.

⁴ So auch der gemeinsame Aufruf von Insolvenzrichtern, Insolvenzverwaltern, Gläubigervertretern und Wissenschaftlern (ZInsO 2009, 2237).

⁵ Förster, ZInsO 2009, 1932, 1933.

⁶ Marotzke, ZInsO 2009, 1929, 1931.

⁷ Förster, ZInsO 2009, 1932, 1933.

⁸ Marotzke, ZInsO 2009, 1929; zuvor: *Marotzke*, ZIP 2001, 173; *ders.*, ZVI 2003, 309, 312; vgl. auch BVerwG, ZInsO 2006, 605 Rn 8 (Der Insolvenzverwalter sei "als Inhaber eines privaten Amtes und Rechtspflegeorgan anzusehen"); ähnlich bereits vorher BVerwG, ZInsO 2005, 709; vgl. auch *Preuß*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, 2005, S. 302 ff., 464 ff., 468, 481 (Der Insolvenzverwalter partizipiere in "Funktionseinheit" mit dem Gericht an dessen Verfahrenshoheit, seine Stellung ähnele strukturell der eines Beliehenen).

4. Bestellung von juristischen Personen ?

Der Wortlaut des geplanten Art 102 a EGInsO könnte so zu deuten sein, dass auch juristische Personen als Insolvenzverwalter bestellt werden können.

Die Möglichkeit einer Bestellung von juristischen Personen ist abzulehnen. Dementsprechend bedarf der Art. 102 a EGInsO einer Klarstellung, dass dieser nur für natürliche Personen gilt (§ 56 InsO). Insoweit kann auf die Entstehungsgeschichte der InsO verwiesen werden.

Nach der Begründung zu § 65 RegEInsO sollten auch Steuerberatungs-, Wirtschaftsprüfungs- oder Buchprüfungsgesellschaften bestellt werden können.⁹ Es wurde darauf hingewiesen, dass in Fällen, in denen eine persönliche Haftung fehle, besonders zu prüfen sei, ob aus der Bestellung einer Gesellschaft Nachteile für die Beteiligten herrühren könnten.

Dies stieß auf heftige Kritik. Aufgrund der Haftungs- und Aufsichtsprobleme bei einer juristischen Person mit austauschbaren Vertretern sowie der Problematik von Interessenkollisionen wurde letztendlich davon abgesehen, auch juristische Personen als Insolvenzverwalter zu bestellen und die ausdrückliche Beschränkung auf natürliche Personen eingeführt. Dabei sollte es bleiben. Nur eine natürliche Person kann Träger des besonderen Vertrauens sein, welches mit der Stellung des Insolvenzverwalters verbunden ist.

5. Berücksichtigung des geplanten Gesetzes zur Erleichterung von Sanierungen

Angesichts des vorgelegten Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen erscheint es nicht sachgerecht, in der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, selbst wenn man die Tätigkeit des Insolvenzverwalters als Dienstleistung ansehen sollte, Regelungen zu treffen, die durch das Sanierungsgesetz zumindest teilweise obsolet werden. So will der Entwurf zum Sanierungsgesetz den Gläubigern die Möglichkeit einräumen, schon vor der Entscheidung über die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters auf dessen Auswahl wesentlichen Einfluss zu nehmen. Die Gläubiger können aber in ihren Vorschlägen nicht auf Verwalter beschränkt werden, die in einer Vorauswahlliste, wenn sie denn existiert, verzeichnet sind. Damit wird die Bedeutung solcher Vorauswahllisten marginalisiert. Auch gibt es noch keinen Entwurf, der die Einrichtung von Vorauswahllisten vorschreibt, so dass es verfrüht ist, im Zuge der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie Einzelfragen vorab zu regeln.

⁹ Vgl dazu MüKo/InsO-Graeber, § 56 Rn. 4