

Veronika Hefner

Juristische Personen als Insolvenzverwalter?

Spanien und Deutschland im Rechtsvergleich



Nomos

Mannheimer Schriften zum Unternehmensrecht

Herausgegeben vom Institut für Unternehmensrecht
der Universität Mannheim (IURUM)

Band 56

Veronika Hefner

Juristische Personen als Insolvenzverwalter?

Spanien und Deutschland im Rechtsvergleich



Nomos

Diese Dissertation wurde gefördert durch ein Promotionsstipendium der Stiftung der Deutschen Wirtschaft.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6504-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-0590-5 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meine Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahr 2019 von der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre an der Universität Mannheim als Dissertation angenommen. Die Idee zur Arbeit entstand während meiner Wahlstation im Referendariat bei Herrn Sarrate Pou, PLUTA Abogados y Administradores concursales, Barcelona, Spanien.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Mentor Prof. Dr. Ulrich Falk für sein außerordentliches Engagement bei der Betreuung dieser Arbeit und meiner Ausbildung. Herrn Prof. Dr. Gehrlein, Richter am Bundesgerichtshof, danke ich für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Mein besonderer Dank gebührt zudem Herrn Prof. Dr. Georg Bitter für lehrreiche Jahre als studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl.

Zu Dank verpflichtet bin ich zudem der Stiftung der deutschen Wirtschaft, die diese Arbeit mit einem Promotionsstipendium gefördert hat. Ferner danke ich der WBDat Wirtschafts- und Branchendaten GmbH, die mir großzügig eine Aufstellung der bestellten Insolvenzverwalter sowie der Anzahl der Bestellungen für die Jahre 2015, 2016 und 2017 zur Verfügung gestellt hat.

Das Institut für Unternehmensrecht an der Universität Mannheim (IURUM) hat diese Arbeit in seine Schriftenreihe aufgenommen. Das Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e.V. (ZIS) hat für die Veröffentlichung dieser Arbeit einen großzügigen Druckkostenzuschuss gewährt. Auch hierfür bedanke ich mich herzlich.

Von Herzen danke ich meinen Eltern, Fabian Hefner und Natalie Hemberger für ihre Unterstützung.

Stuttgart, im März 2020

Veronika Hefner

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Kapitel 1. Einführung	25
A. Problemstellung	26
B. Methodik	28
C. Stand der Forschung	29
D. Gang der Untersuchung	30
Kapitel 2. Insolvenzverwaltung in Deutschland	32
A. Historische Entwicklung des Insolvenzrechts	32
I. Konkursordnung von 1879	33
1. Beststellungspraxis um 1900	34
2. Nicht-gesetzliche Vorgaben zur Auswahl des Konkursverwalters	36
II. Insolvenzordnung von 1999	38
1. Grundzüge des Gesetzes	39
2. Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen von 2012	41
3. Europarechtlicher Einfluss auf das Insolvenzrecht	42
B. Ablauf des Insolvenzverfahrens	45
I. Regelinsolvenzverfahren	45
1. Insolvenzeröffnungsverfahren	46
a) Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO	48
b) Zuständiger Richter	50
2. Eröffnetes Insolvenzverfahren	51
a) Verwertung und Erlösverteilung im Regelverfahren	52
b) Insolvenzplanverfahren	54
3. Beendigung des Insolvenzverfahrens	56
II. Verbraucherinsolvenzverfahren	56

C. Normative Grundlagen des Insolvenzverwalters	58
I. Amt des Insolvenzverwalters	58
1. Auswahl des Verwalters	58
a) Qualifikationsanforderungen an den Insolvenzverwalter	59
b) Vorauswahlliste und Auswahl im Einzelfall	60
c) Besonderheiten für EU-ausländische Bewerber	62
d) Hilfspersonen	63
e) Kritik am Auswahlverfahren	64
2. Ernennung und Annahme	66
3. Aufgaben des Insolvenzverwalters	66
4. Beendigung der Tätigkeit	67
5. Vergütung des Verwalters	68
6. Haftung des Verwalters	69
7. Rechtsmittel gegen richterliche Entscheidungen	69
II. Die juristische Person als Insolvenzverwalter	70
1. Juristische Personen in Deutschland	71
a) Keine Strafbarkeit juristischer Personen	72
b) Keine Zulassung als Sachverständiger im Zivilprozess, Gerichtsvollzieher, Zwangsverwalter und in bestimmten Bereichen der Vermögensverwaltung	73
c) Zulassung als Liquidator, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwalt	74
2. Verwalter-Gesellschaften in Konkursordnung und Insolvenzordnung	75
a) Konkurs- und Vergleichsordnung	76
b) Kommissionsentwurf von 1985/1986	77
c) Diskussionsentwurf zur Insolvenzordnung von 1988	78
d) Entwurf einer Insolvenzordnung von 1992	78
e) Insolvenzordnung	82
f) Reformvorschlag aus der Wissenschaft: Ausübender Verwalter	82
3. Verwalter-Gesellschaften in der Praxis	84
4. Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses juristischer Personen vom Amt des Insolvenzverwalters	85
a) Gang des Verfahrens	85
b) Begründung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs	86
c) Anrufung des Bundesverfassungsgerichts	87

d) Begründung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	88
e) Resonanz auf die Entscheidung	92
f) Auswirkungen der Entscheidung	94
III. Verhältnis zu den übrigen Verfahrensbeteiligten	95
1. Insolvenzschuldner	95
a) Grundsatz: Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis	96
b) Ausnahme: Eigenverwaltung	96
2. Insolvenzrichter	98
3. Gläubiger	99
a) Gläubigerversammlung	99
b) Gläubigerausschuss	101
D. Rechtstatsächliche Betrachtung	101
I. Datengrundlage und Datenqualität	102
II. Insolvenzverfahren	105
1. Anzahl der Insolvenzverfahren im Zeitablauf	105
2. Insolvenzschuldner sowie Verbleib der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis	107
3. Verfahrensbeendigung	111
4. Verfahrensdauer	113
III. Insolvenzverwalter	116
1. Statistik zu allen Verwaltern	116
2. Verwalter von Unternehmensinsolvenzen	118
3. Verwalter-Gesellschaften	120
Kapitel 3. Konkursverwaltung in Spanien	122
A. Historische Entwicklung des Konkursrechts	122
I. Vom Gläubigerverfahren zum staatlichen Verfahren	124
II. Die Handelsgesetzbücher von 1829 und 1885	128
a) „Quiebra“	130
b) „Suspensión de pagos“	133
c) Verhältnis von „quiebra“ und „suspensión de pagos“	134
III. Das Konkursgesetz von 2003	135
1. Gesetzgebungskompetenz in Spanien	136
2. Reformbedarf und Reformversuche	138
3. Grundzüge der Reform 2003	142
4. Paradigmenwechsel in der Konkursverwaltung aufgrund der Wirtschaftskrise 2008	146

5. Geplante Überarbeitung des Konkursgesetzes	150
B. Ablauf des Konkursverfahrens	151
I. Ordentliches Verfahren	151
1. Konkurseröffnung	152
a) Konkursantragspflicht	154
b) Verfahren bei Refinanzierungsverhandlungen	155
c) Zuständiger Richter	158
2. Verfahrensabschnitte	161
a) Allgemeine Phase	161
b) Vergleichsphase	163
c) Liquidationsphase	164
d) Qualifikationsphase	165
3. Beendigung des Verfahrens	166
II. Verkürztes Verfahren	167
C. Normative Grundlagen des Konkursverwalters	168
I. Amt des Konkursverwalters	169
1. Auswahl des Verwalters	169
a) Qualifikationsanforderungen an den Alleinverwalter	170
b) Auswahl im Einzelfall	171
c) Ausschlussgründe	172
d) Ausnahme: Kollegialorgan	174
e) Unterstützendes Personal	175
2. Ernennung und Annahme	176
3. Bescheinigung der Haftpflichtversicherung	176
4. Aufgaben des Konkursverwalters	177
5. Beendigung der Tätigkeit	180
6. Vergütung des Verwalters	181
7. Haftung des Verwalters	183
8. Rechtsmittel gegen richterliche Entscheidungen	184
II. Noch umzusetzende Reform aus 2014	184
1. Anforderungen an den Konkursverwalter	185
2. Auswahl nach Listenreihenfolge	187
3. Zusammensetzung des Verwalterorgans	189
4. Vergütung des Konkursverwalters	189
III. Die juristische Person als Konkursverwalter	191
1. Juristische Personen in Spanien	191
a) Juristische Person als Geschäftsführer	192
b) Strafbarkeit juristischer Personen	192

2. Historische Betrachtung der Zulassung von Verwalter-Gesellschaften	193
3. Anforderungen an die Gesellschaftsform	197
a) Keine zwingende Konstitution als Freiberuflergesellschaft	197
b) Merkmale der Sociedad Profesional	199
c) Merkmale der Sociedad de Responsabilidad Limitada	202
4. Anforderungen an die Berufsträger der Verwalter-Gesellschaften	204
5. Bescheinigung der Haftpflichtversicherung	206
6. Ausschlussgründe	206
7. Natürliche Person als Vertreter der Verwalter-Gesellschaft	207
a) Anforderungen an den Vertreter	208
b) Ausschlussgründe für den Vertreter	209
c) Benennung des Vertreters	210
d) Auswechslung des Vertreters	211
e) Haftung des Vertreters	212
IV. Verhältnis zu den übrigen Verfahrensbeteiligten	213
1. Konkurschuldner	213
2. Richter	214
3. Gläubiger	216
4. Staatsanwaltschaft	217
D. Rechtstatsächliche Betrachtung des spanischen Konkursverfahrens	218
I. Datengrundlage und Datenqualität	219
II. Konkursverfahren	221
1. Anzahl der Konkursverfahren im Zeitablauf	221
2. Konkurschuldner sowie Verbleib der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis	222
3. Verfahrensbeendigung	225
4. Verfahrensdauer	227
III. Konkursverwalter	230
1. Statistik zu allen Verwaltern	230
2. Verwalter-Gesellschaften	232
Kapitel 4. Rechtsvergleich: Wesentliche Unterschiede und Gemeinsamkeiten	240
A. Allgemeine Wirtschaftslage und die Bedeutung von Insolvenzen	240

B. Vergleich der Verfahrensstrukturen	241
I. Wesen des Verfahrens	242
II. Verfahrensablauf	243
1. Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen	245
a) Insolvenzantragspflicht/Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren	245
b) Vorläufige Sicherungsmaßnahmen	246
2. Eröffnetes Verfahren	247
a) Verfahrensdauer	247
b) Sanierungserfolg	248
c) Quoten	249
III. Bewertung	250
C. Rolle des Richters	251
I. Sachliche Zuständigkeit	252
II. Funktionelle Zuständigkeit	252
III. Bewertung	253
D. Gläubigerbeteiligung	255
I. Gläubigergleichbehandlung	255
II. Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss	255
III. Bewertung	256
E. Insolvenz- und Konkursverwalter	257
I. Auswahl	257
1. Alleinverwalter	257
2. Qualifikationsanforderungen	258
3. Juristische Personen als Insolvenz-/Konkursverwalter	259
4. Zusätzliche Voraussetzungen	261
a) Ausschlussgründe	261
b) Haftpflichtversicherung	261
5. Auswahlprozess	262
II. Professionalisierung	263
III. Übernahme der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis	264
IV. Vergütung	265
V. Bewertung	266
Kapitel 5. Europarechtswidrigkeit des Ausschlusses einer spanischen Gesellschaft als Insolvenzverwalter in Deutschland	269
A. Schutz des Binnenmarktes	270
I. Niederlassungsfreiheit	270

II. Dienstleistungsfreiheit	271
III. Dienstleistungsrichtlinie	271
IV. Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht	272
B. Anwendungsbereich der europäischen Regelungen	272
I. Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie	273
1. Ausübung öffentlicher Gewalt	274
a) Definition „Ausübung öffentlicher Gewalt“	275
b) Nationales Begriffsverständnis	275
(1) Argumente für die Ausübung öffentlicher Gewalt	275
(2) Argumente gegen die Ausübung öffentlicher Gewalt	276
(3) Stellungnahme	277
c) Unionsrechtliches Begriffsverständnis	278
2. Vorrang der EuInsVO und der Restrukturierungsrichtlinie	280
3. Öffentliche Beschaffung	281
4. Zwischenergebnis	282
II. Anwendungsbereich von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	282
C. Verletzung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	283
I. Beeinträchtigung	283
1. Ausübung einer der deutschen Insolvenzverwaltung gleichwertigen Tätigkeit im EU-Ausland	284
2. Ausgleich durch die Bestellbarkeit von natürlichen Personen	285
II. Rechtfertigung der Beeinträchtigung	286
1. Sicherung einer geordneten Rechtspflege durch den Ausschluss juristischer Personen	287
2. Spanisches Regelungsmodell als milderes Mittel	288
a) Höchstpersönliche Rechtsnatur des Amtes	288
b) Fehlen eines bestimmten, persönlich für die Aufgabenwahrnehmung Verantwortlichen	289
c) Gefährdung der Kontinuität der Amtsausübung	289
d) Erschwernisse bei der Willensbildung	291
e) Unklare Verantwortlichkeiten als erhebliche Gefahr für eine effektive gerichtliche Aufsicht	291
f) Besondere Schwierigkeiten bei der Prüfung der Unabhängigkeit	292

Inhaltsverzeichnis

g) Beschränkte Haftung	292
3. Folgen	293
a) Inländerdiskriminierung	294
b) Juristische Personen als Insolvenzverwalter de lege ferenda	294
III. Ergebnis	295
Kapitel 6. Schlussbetrachtung und zusammenfassende Thesen	296
Literaturverzeichnis	299

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Schematische Darstellung des deutschen Insolvenzverfahrens	46
Abbildung 2: Entwicklung der Insolvenzverfahren in Deutschland 2013-2017	106
Abbildung 3: Verhältnis der Regel- und Verbraucherinsolvenzverfahren in Deutschland 2015-2017 in Prozent	107
Abbildung 4: Anzahl der Schuldner- und Gläubigeranträge bei Unternehmensinsolvenzen in Deutschland 2015-2017	109
Abbildung 5: Anordnung der Insolvenz- oder Eigenverwaltung bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Deutschland 2015-2017	110
Abbildung 6: Art der Verfahrensverwertung der in den Jahren 2011 und 2012 eröffneten und bis 31.12.2015 und 31.12.2016 beendeten Unternehmensinsolvenzen in Deutschland	112
Abbildung 7: Dauer der in den Jahren 2011 und 2012 eröffneten Insolvenzverfahren in Deutschland	115
Abbildung 8: Anzahl der Verfahren je Verwalter in Deutschland 2015-2017	117
Abbildung 9: Anzahl der Verfahren der TOP 10 der Verwalter in Deutschland 2015-2017	118
Abbildung 10: Anzahl der Verfahren je Verwalter von Unternehmensinsolvenzen in Deutschland 2015-2017	119

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 11: Anzahl der Verfahren der TOP 10 der Verwalter von Unternehmensinsolvenzen in Deutschland 2015-2017	120
Abbildung 12: TOP 10 der Verwalter-Gesellschaften nach Anzahl der Unternehmensinsolvenzverfahren in Deutschland im Jahr 2017	121
Abbildung 13: Überblick über die wesentlichen Quellen des Konkursrechts in Spanien ab dem 13. Jahrhundert bis zur heutigen Zeit	124
Abbildung 14: Schematische Darstellung des spanischen Konkursverfahrens	152
Abbildung 15: Entwicklung der eröffneten Konkursverfahren in Spanien 2013-2017	221
Abbildung 16: Unternehmerische Tätigkeit der Konkurschuldner in Spanien 2015-2017	222
Abbildung 17: Verhältnis der ordentlichen und der verkürzten Verfahren in Spanien 2015-2017	224
Abbildung 18: Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Konkurschuldners zu Beginn der im Jahr 2016 in Spanien eröffneten Verfahren	225
Abbildung 19: Prozentuale Verteilung der Art der Verfahrensbeendigung in Spanien 2016	227
Abbildung 20: Dauer der allgemeinen Phase nach Verfahrensart in Spanien 2016	228
Abbildung 21: Verhandlungsdauer bis zur Verabschiedung eines Vergleichs oder Liquiditätsplans in Tagen in Spanien im Jahr 2016	229
Abbildung 22: Dauer der im Jahr 2016 beendeten Liquidationsverfahren in Spanien	230

Abbildung 23: Anzahl der Verfahren je Verwalter in Spanien 2015-2017	231
Abbildung 24: Anzahl der Verfahren der TOP 10 der Verwalter in Spanien 2015-2017	232
Abbildung 25: Rechtsformen der Verwalter-Gesellschaften in Spanien im Jahr 2017	233
Abbildung 26: Anzahl natürlicher und juristischer Personen als Verwalter in Spanien 2015-2017	233
Abbildung 27: Prozentuale Verteilung der Verfahren nach natürlichen und juristischen Personen als Verwalter in Spanien 2015-2017	234
Abbildung 28: Anzahl der Verfahren je Verwalter-Gesellschaft in Spanien 2015-2017 (kumuliert)	235
Abbildung 29: TOP 10 der Verwalter-Gesellschaften nach Anzahl der Verfahren in Spanien 2015-2017 (kumuliert)	236
Abbildung 30: Anzahl der Verfahren der vier größten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in Spanien 2015-2017	239
Abbildung 31: Ablauf des deutschen Insolvenzverfahrens und des spanischen Konkursverfahrens	244
Abbildung 32: Anzahl der bestellten Verwalter in Deutschland und Spanien 2015-2017	264

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AdD	Anales de Derecho
a. D.	Außer Dienst
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
A.F.	Alte Fassung
AG	Amtsgericht
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
Aufl.	Auflage
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Beschl.	Beschluss
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BNotO	Bundesnotarordnung
BOE	Boletín Oficial de Estado
BMJV	Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CdC	Código de Comercio
CP	Código Penal
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DLRL	Dienstleistungsrichtlinie
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
ErbR	Erbrecht
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
EU	Europäische Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union

Abkürzungsverzeichnis

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuInsVO	Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FS	Festschrift
GAVI	Gesetz zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hb	Handbuch
Hs.	Halbsatz
IfM	Institut für Mittelstandsforschung
InsO	Insolvenzordnung
InsStatG	Insolvenzstatistikgesetz
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
JAPrO	Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung
jurisPR-InsR	Juris PraxisReport Insolvenzrecht
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung
LC	Ley concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Órgánica del Poder Judicial
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSdP	Ley de suspensión de pagos
LSP	Ley de Sociedades profesionales
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
M.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
MüKo	Münchener Kommentar
N.F.	Neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Núm.	Número
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RD	Real Decreto
RD AC-Entwurf	Entwurf des Real Decreto por el que se desarrolla el estatuto de la administración concursal
RDBB	Revista de derecho bancario y bursatíl
RDCP	Revista de derecho concursal y paraconcursal
RGBL	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
RPfLG	Rechtspflegergesetz
R-RL	Restrukturierungsrichtlinie
Rz.	Randziffer
S.A.	Sociedad anónima
SGB	Sozialgesetzbuch
S.L.	Sociedad limitada
S.L.P.	Sociedad limitada profesional
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
SVR	Straßenverkehrsrecht
UG	Unternehmergesellschaft
Urt.	Urteil
VerglO	Vergleichsordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VID	Berufsverband der Insolvenzverwalter in Deutschland
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZVI	Zeitschrift für Verbraucher-Insolvenzrecht
ZwVwV	Zwangsverwalterverordnung

Kapitel 1. Einführung

Die Insolvenzordnung wurde in ihrer historisch betrachtet eher kurzen Wirkungsdauer bereits zahlreichen Überarbeitungen unterzogen. Ihre fortwährende Reformbedürftigkeit lässt befürchten, dass sie das Schicksal ihrer Vorgängerin teilen könnte. Die Konkursordnung wurde durch die Insolvenzordnung abgelöst, um den seinerzeit als desaströs empfundenen Zustand des Insolvenzrechts zu beseitigen. Die heutigen Hauptkritikpunkte an der Insolvenzordnung erinnern stark an diejenigen der Konkursordnung. Daher wirft Universitätsprofessor *Falk* die Frage auf, ob nach dem Konkurs der Konkursordnung nun die Insolvenz der Insolvenzordnung nachfolgt.¹

In ähnlicher Weise urteilen auch die obersten Richter über die Insolvenzordnung. *Kaysers*, Vorsitzender Richter des für Insolvenzrecht zuständigen IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, steht den erfolgten Reformen skeptisch gegenüber. Das geltende Recht verletze die für einen „Rechtsstaat unverzichtbare Kultur einer geordneten Unternehmensabwicklung (..), und zwar nicht nur in Einzelfällen.“² *Pape*, Mitglied des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, beschreibt die stetigen Reformbemühungen als „Dauerbaustelle InsO“.³ Einen weiteren Streckenabschnitt dieser nicht enden wollenden Dauerbaustelle offenbaren zwei Beschlüsse des Amtsgerichts Mannheim im Winter 2015/2016. Zur Entscheidung stand der Antrag einer spanischen Sociedad Limitada Profesional (S.L.P.) auf Aufnahme in die Vorauswahlliste für Insolvenzverwalter. Die antragstellende spanische S.L.P. ist eine juristische Person, die in Spanien als Insolvenzverwalter tätig ist.⁴ Während dem Antrag von einem Insolvenzrichter des Amtsgerichts Mannheim stattgegeben wurde⁵, lehnte ihn eine an-

1 *Falk*, JZ 2011, 464 (464); Dazu *Falk*, ZRG GA 131 (2014), 266 (276); *Falk*, in: FS Luig, S. 101 (134); dies aufnehmend *Kaysers/Heidenfelder*, ZIP 2016, 447.

2 *Kaysers/Heidenfelder*, ZIP 2016, 447.

3 *Pape*, ZInsO 2011, 1; *Pape*, ZInsO 2016, 125.

4 Für das leichtere Leseverständnis werden im Folgenden juristische Personen, die im Markt der Insolvenzverwaltung – durch eigene Bestellung oder durch Bestellung ihrer Angehörigen als Insolvenzverwalter – tätig sind, als Verwalter-Gesellschaften bezeichnet.

5 AG Mannheim, Beschl. v. 14.12.2015 - 804 AR 163/15, ZIP 2016, 132 (Rz. 12).

dere Insolvenzrichterin desselben Gerichts nur einige Wochen später ab.⁶ Wie kann es sein, dass das gleiche Gericht in einer Rechtsfrage innerhalb weniger Wochen zwei gegensätzliche Entscheidungen fällt? Die Vorstellung, eine spanische Verwalter-Gesellschaft könnte als Insolvenzverwalter in deutschen Verfahren agieren, hat hohe Wellen geschlagen. Die vorliegende Arbeit widmet sich dem Problemkreis der juristischen Personen als Insolvenzverwalter aus rechtsvergleichender Perspektive.

A. Problemstellung

Der Insolvenzverwalter gilt als die Schlüsselfigur des deutschen Insolvenzverfahrens. Schon seit Jahrzehnten gilt seine Auswahl als die Schicksalsfrage des Verfahrens.⁷ Vom Geschick des Insolvenzverwalters hängen die Befriedigungsquote der Gläubiger und damit der (Miss-)Erfolg des Verfahrens ab. Für die Auswahl des Verwalters gibt es nur wenige gesetzliche Vorgaben:

„Zum 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.“
(§ 56 Abs. 1 S. 1 InsO)

Die Insolvenzordnung begrenzt das Insolvenzverwalteramt auf natürliche Personen und schließt damit juristische Personen von diesem Amt aus. Dennoch hält ein Mannheimer Amtsrichter eine spanische Verwalter-Gesellschaft für befugt, Insolvenzen zu verwalten. Er hat sie in seine Vorauswahlliste für Insolvenzverwalter aufgenommen. Dies bedeutet (noch) nicht, dass die Verwalter-Gesellschaft auch tatsächlich als Insolvenzverwalter in einem Verfahren bestellt wird. Mit der Aufnahme auf die Vorauswahlliste attestiert er ihr aber die generelle Eignung zur Übernahme des Amtes – entgegen dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes. Die Vorauswahlliste führt jeder Insolvenzrichter persönlich.⁸ Dies erklärt, warum in

6 AG Mannheim, Beschl. v. 20.1.2016 - 804 AR 163/15 (II), NZI 2016, 471 (Rz. 6).

7 Falk, JZ 2011, 464 (464); Falk/Kling, in: Cordes/Schulte Beerbühl, Economic Failure, S. 215 (222); so schon Jaeger, in: Jaeger, KO (5. Aufl. 1914); mit wörtlichem Zitat in Jaeger, in: Jaeger, KO (6. u. 7. Aufl. 1936), § 78 Rz. 7.

8 BVerfG, Beschl. v. 23.5.2006 - 1 BvR 2530/04, NJW 2006, 2613 (2615); Zipperer, in: Uhlenbruck, InsO, § 56 Rz. 8.

der gleichen Rechtsfrage verschiedene Beschlüsse desselben Insolvenzgerichts ergingen. Aber was ist nun richtig: der Ausschluss oder die Zulassung von (ausländischen) Verwalter-Gesellschaften? Was richtig ist, ist in der Rechtswissenschaft meist Auslegungssache. Die Arbeit beleuchtet den Ausschluss hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit, der Vereinbarkeit mit europäischem Recht und aus rechtspolitischer Perspektive.

Das Bundesverfassungsgericht entschied im Jahr 2016 über die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses juristischer Personen vom Amt des Insolvenzverwalters.⁹ Dieser verletze die Verwalter-Gesellschaften nicht in ihren Grundrechten; die Zulassung sei daher nicht verfassungsrechtlich geboten. Es sei allein die Entscheidung des Gesetzgebers das Amt für juristische Personen zu öffnen – oder sie davon auszuschließen.¹⁰

Der deutsche Gesetzgeber ist jedoch in seiner Entscheidung nicht autonom. Auch die Vereinbarkeit des Ausschlusses von Verwalter-Gesellschaften mit europäischem Recht ist zu berücksichtigen. Durch die Zugehörigkeit zur Europäischen Union unterwirft sich der deutsche Staat der europäischen Gesetzgebung. Deutsche Rechtsakte dürfen dem europäischen Recht nicht widersprechen. Dies führt zum Kern der oben genannten Beschlüsse des Amtsgerichts Mannheim: Hat eine spanische S.L.P. einen Anspruch auf Zulassung zum Insolvenzverwalteramt in deutschen Verfahren, weil sie in Spanien als Insolvenzverwalterin agiert und ihr die europäischen Grundfreiheiten garantieren, dass sie diese Tätigkeit in der gesamten Union ausüben darf? Dies beurteilten die Amtsrichter aus Mannheim unterschiedlich. Entscheidend für die „richtige“ Beurteilung ist, neben der Frage der Anwendbarkeit des europäischen Rechts, die Frage, ob die Tätigkeit des deutschen Insolvenzverwalters mit dem des spanischen Verwalters vergleichbar ist.¹¹ Welche Aufgaben und Befugnisse spanischen Insolvenzverwaltern zustehen, erörtert diese Arbeit im Rahmen eines umfassenden Rechtsvergleichs, der durch eine empirische Studie zur Person des Insolvenzverwalters in beiden Ländern abgerundet wird.

9 BVerfG, Beschl. v. 12.1.2016 - 1 BvR 3102/13, NJW 2016, 930.

10 BVerfG, Beschl. v. 12.1.2016 - 1 BvR 3102/13, NJW 2016, 930 (935).

11 Der Mehrwert der Kenntnis des spanischen Rechts zeigt sich besonders bei der Diskussion um die Pflicht zur Benennung eines sog. „ausübenden Verwalters“ als milderer Mittel zum Ausschluss von Verwalter-Gesellschaften. Dieses Modell wird in der deutschen Literatur und Rechtsprechung nur oberflächlich diskutiert (vgl. unten Kapitel 2.C.II.2.f) und Kapitel 2.C.II.4.d)), während das spanische Konkursrecht eine umfassende Regelung hierzu enthält, die als Diskussionsgrundlage dienen kann, vgl. unten Kapitel 3.C.III.

Der Rechtsvergleich bildet ferner die Basis für die Beurteilung des Ausschlusses von Verwalter-Gesellschaften in einer dritten Dimension. Auch wenn der Gesetzgeber nicht aus (europa)rechtlicher Sicht gezwungen sein sollte, die Gesetzeslage zu überdenken, so kann dies aus rechtspolitischer Sicht dennoch sinnvoll sein. Die Zulassung juristischer Personen bietet dem Insolvenzrichter eine größere Auswahlmöglichkeit bei der Bestellungsentscheidung und erhöht daher die Chancen, den besten Verwalter für das jeweilige Verfahren auszuwählen. Juristische Personen nehmen in der Wirtschaft eine tragende Rolle ein.¹² Sie können unter anderem bereits als Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte tätig werden. Ist es an der Zeit, das Amt des Insolvenzverwalters an diese Entwicklung anzupassen?

B. Methodik

Im Zentrum der vorliegenden Arbeit steht der Rechtsvergleich der Insolvenzverwaltung in Deutschland mit dem entsprechenden Pendant in Spanien, der „*administración concursal*“ (Konkursverwaltung). Der Blick in andere Rechtsordnungen liefert Ansatzpunkte für die Überprüfung der eigenen Rechtsordnung auf sinnvolle oder zwingende Reformbedürfnisse. Spanien wurde für den Rechtsvergleich ausgewählt, weil es im Jahr 2011 den Paradigmenwechsel zur Zulassung juristischer Personen als Verwalter vollzog. In diesem Zuge wurden einige flankierende Regelungen erlassen, die auf die Besonderheiten von Verwalter-Gesellschaften zugeschnitten sind. Es bietet hiermit ein Regelungskonzept, dessen Inhalt von Interesse für eine Umsetzung im deutschen Recht sein kann.

Die Darstellung des spanischen Rechts ist im Vergleich zur Darstellung des deutschen Insolvenzrechts ausführlicher, weil diesbezüglich keine Vorkenntnisse vorauszusetzen sind. Sie fußt fast ausschließlich auf spanischen Primär- und Sekundärquellen, um Übersetzungsungenauigkeiten möglichst auszuschließen. Zu beachten ist, dass die spanische Literatur eine andere wissenschaftliche Quantität und Qualität aufweist als diejenige der deutschen Rechtswissenschaft. Die Publikationen erscheinen deutlich seltener und sind weniger intensiv recherchiert, was sicherlich nicht zuletzt der geringeren Personaldichte an den Universitäten geschuldet ist. Häufig

12 So findet sich in der Liste der einhundert größten Unternehmen Deutschlands kein einziger Einzelunternehmer. Vgl. *Monopolkommission (Hrsg.)*, Hauptgutachten 2018, Kap. II 2.2.1, S. 98 ff.

wird nur der Gesetzestext wiederholt, ohne dies kenntlich zu machen. Bei den (wenigen) gut recherchierten Texten ist jedoch – anders als in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur – fast immer ein Vergleich mit dem englischen, deutschen oder italienischem Recht enthalten.

C. Stand der Forschung

Aufgrund seiner Bedeutung für das Verfahren ist der Insolvenzverwalter häufig Forschungsgegenstand der insolvenzrechtlichen Forschung. Mit seiner Person beschäftigen sich zahlreiche Monographien, Aufsätze und die Kommentarliteratur. Von besonderem Interesse für diese Arbeit sind die Ansätze der rechtshistorischen Forschung zur Person des Insolvenz- und des Konkursverwalters, auf welche die vorliegende Arbeit Bezug nimmt.¹³ Einen großen Beitrag zu dieser Forschung liefert die konkurshistorische Datenbank, die am Lehrstuhl für Europäische Rechtsgeschichte der Universität Mannheim mit Unterstützung des *ZIS Mannheim* und der *Gerda Henkel Stiftung* aufgebaut wurde. Im Rahmen dieses Projekts wurden die Konkursmitteilungen des Deutschen Reichsanzeigers mithilfe einer speziell entwickelten Software ausgewertet. Die Datenbank enthält die Daten von über 54.860 Konkursverfahren, die im Zeitraum von 1879 bis 1914 eröffnet wurden. Aufgrund der vielfältigen Auswertungsmöglichkeiten hinsichtlich der Art der Verfahrensbeendigung, den erzielten Quoten sowie den bestellten Konkursverwaltern (u. v. m.) ist sie eine wertvolle Erkenntnisquelle für die weitere rechtshistorische Forschung. Die jüngst von *Kling* vorgelegte, jedoch noch nicht veröffentlichte Dissertation wertet einen Teil dieses Datenmaterials aus.¹⁴

Im Jahr 2006 veröffentlichte *Kruth* seine Dissertation, die sich u.a. mit der Verfassungsmäßigkeit und der Vereinbarkeit des Ausschlusses juristischer Personen vom Insolvenzverwalteramt auseinandersetzt.¹⁵ Speziell mit der Zulässigkeit der Bestellung juristischer Personen beschäftigte sich *Bluhm* im Jahr 2013.¹⁶ Er untersuchte umfassend den Einfluss der Dienstleistungsrichtlinie auf die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwal-

13 Zum Stand der Forschung siehe *Falk*, ZRG GA 131 (2014), 266; *Falk*, in: FS Luig, S. 101; *Falk/Kling*, in: Cordes/Schulte Beerbühl, Economic Failure, S. 215; *Alles*, Haftung des Konkursverwalters.

14 *Kling*, Insolvenzkultur (noch nicht veröffentlicht).

15 *Kruth*, Insolvenzverwalter, S. 83 ff., 104 ff.

16 *Bluhm*, EU-Dienstleistungsrichtlinie.

ters. Er beurteilt die europarechtliche Zulässigkeit der Beschränkung allein aufgrund der deutschen und europarechtlichen Bestimmungen. Mit den Rechtsordnungen anderer EU-Mitgliedstaaten beschäftigt er sich nicht. *Petersen* legte im Jahr 2016 seine Dissertation zur Zulässigkeit des Ausschlusses von Verwalter-Gesellschaften vor.¹⁷ Sein Schwerpunkt liegt auf der Frage der Verfassungsmäßigkeit und damit im innerstaatlichen Recht. Die Vereinbarkeit mit Europarecht behandelt er knapp. Den Rechtsvergleich mit den Vorschriften in Österreich, der Schweiz, Großbritannien und der USA bezieht er in diese Beurteilung nicht ein.

Die vorliegende Untersuchung baut auf folgenden rechtsvergleichenden Dissertationen auf: *Cohnen* beschäftigte sich im Jahr 2005 mit den Regelungen des spanischen Konkursgesetzes.¹⁸ Dieses wurde im Jahr 2003 reformiert, seine Arbeit erschien unmittelbar nach dieser großen Konkursrechtsreform. Die Regelungen waren seinerzeit noch nicht praxiserprobt und wurden in der Zwischenzeit zahlreichen Änderungen unterzogen. Die Dissertation von *Hansen Díaz*, Stand September 2011, bietet mehr ein Praxishandbuch für Insolvenzen mit spanischem Bezug als eine kritische, wissenschaftliche Auseinandersetzung.¹⁹ *Fethke* liefert im Jahr 2008 einen gelungenen Rechtsvergleich zur Insolvenzverwaltung in Deutschland und Spanien.²⁰ Aufgrund ihres Standes befasst sich die Arbeit weder mit dem Konzept des Alleinverwalters noch mit der Zulassung von Verwalter-Gesellschaften, die beide im Jahr 2011 im spanischen Konkursgesetz verankert wurden. Einen aktuelleren Rechtsvergleich des deutschen und spanischen Insolvenzrechts legte *Bleisteiner* in 2014 vor.²¹ Die Leistung der Arbeit ist in der Übersetzung der spanischen Regelungen zu sehen.

D. Gang der Untersuchung

Die Darstellung der jeweiligen Rechtsordnung beschäftigt sich zunächst mit der historischen Entwicklung des Amtes. Der Ablauf des Insolvenzverfahrens und die übrigen Verfahrensbeteiligten im deutschen und spanischen Recht werden anschließend dargestellt. Die Rolle und die Aufgaben des Insolvenzverwalters sind nur im Kontext des jeweiligen gesamten Ver-

17 *Petersen*, Insolvenzverwalteramt.

18 *Cohnen*, Konkurs in Spanien.

19 *Hansen Díaz*, Unternehmensinsolvenzen in Europa.

20 *Fethke*, Insolvenzverwaltung in Deutschland und Spanien.

21 *Bleisteiner*, Insolvenzordnung und Konkursgesetz.

fahrens zu verstehen. Abschließend wird eine rechtstatsächliche Betrachtung der Insolvenz- und Konkursverfahren durchgeführt. Dies dient der Überprüfung der normativen Regelungen in der Praxis. Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt, der Problemstellung entsprechend, auf den Verwalter-Gesellschaften. Weitgehend ausgeklammert wird die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO. Die Arbeit beschränkt sich diesbezüglich auf eine rein deskriptive Darstellung.

Im Anschluss an die Betrachtung der deutschen und der spanischen Rechtsordnung setzt sich die Arbeit mit der Vereinbarkeit des Ausschlusses von EU-ausländischen Verwalter-Gesellschaften in deutschen Insolvenzverfahren auseinander. Die Prüfung wird aus einem besonderen Blickwinkel vorgenommen: In Spanien ist einer juristischen Person erlaubt, was in Deutschland verboten ist. Es stellt sich die Frage, ob sich eine spanische Verwalter-Gesellschaft auf die Unwirksamkeit der Beschränkung auf natürliche Personen berufen kann, wenn sie grenzüberschreitend Insolvenzen verwalten möchte. In Deutschland werden zahlreiche Bedenken gegen die Bestellung von Verwalter-Gesellschaften gehegt. Unterstellt man die Anwendbarkeit der Dienstleistungs- oder der Niederlassungsfreiheit, ist entscheidend, ob die Beschränkung gerechtfertigt ist. Diese Arbeit untersucht, ob das spanische Regelungskonzept geeignet ist, diese Bedenken zu entkräften und daher ein milderer Mittel zum Ausschluss von Verwalter-Gesellschaften liefert.

Abschließend werden die wesentlichen Unterschiede und Gemeinsamkeiten des deutschen und spanischen Insolvenzrechts mit dem Fokus auf die Rolle des Verwalters herausgearbeitet und hinsichtlich ihres Beitrags zu einem erfolgreichen Insolvenzverfahren im Sinne der jeweiligen Rechtsordnung bewertet.

Kapitel 2. Insolvenzverwaltung in Deutschland

Im Zentrum des folgenden Rechtsvergleichs steht die Insolvenzverwaltung in Deutschland und das entsprechende Pendant in Spanien, die sog. „*administración concursal*“ (Konkursverwaltung). Der Schwerpunkt liegt der Forschungsfrage dieser Arbeit entsprechend auf den Verwalter-Gesellschaften, die in Deutschland nicht und in Spanien seit dem Jahr 2011 zugelassen sind.

Die Voraussetzungen zu Zugang und Besetzung des Amtes des Insolvenzverwalters in deutschen Insolvenzverfahren waren in den vergangenen Jahren und sind weiterhin stetig Anknüpfungspunkt für Reformdiskussionen und Reformbestrebungen. Auch das Bundesverfassungsgericht fällt einige wegweisende Entscheidungen zu dieser Thematik.²² Umso erstaunlicher ist es, dass die gesetzliche Regelung recht knapp ausfällt und seit etwa einhundert Jahren nahezu unverändert besteht. Zum besseren Verständnis von Anforderungen, Auswahl und Aufgaben des Insolvenzverwalters und der (Nicht-)Zulassung von Verwalter-Gesellschaften in Deutschland wird im folgenden Kapitel zunächst die historische Entwicklung und das geltende Insolvenzrecht dargestellt und sodann der Ablauf des Insolvenzverfahrens skizziert. Die Aufgaben des Insolvenzverwalters sowie sein Verhältnis zu den übrigen Verfahrensbeteiligten erläutern seine Rolle im Verfahren. Abgerundet wird die normative Betrachtung des deutschen Insolvenzverwalters durch eine statistische Untersuchung der Rechtstatsächlichkeit von Insolvenzverfahren und -verwalter.

A. *Historische Entwicklung des Insolvenzrechts*

Ein einheitlich geltendes Konkursrecht auf dem Gebiet der heutigen Bundesrepublik Deutschland gibt es erst seit dem Erlass der Konkursordnung (KO) im Jahr 1877.²³ Die partikularrechtliche Territorialgesetzgebung vor der Gründung des Deutschen Kaiserreichs (1871-1918) führte zu einer

22 Siehe hierzu unten Kapitel 2.C.I.1.

23 Veröffentlicht in RGBl. 1877, S. 351 ff.