

# **Die Haftung des Staates für fehlerhafte Auswahl und Überwachung des Insolvenzverwalters**

von

Rechtsanwältin Barbara Brenner, Bonn

## 1 Einleitung

Seit Jahren steht die Auswahl des Verwalters im Zentrum einer sehr kritischen und leider auch hoch emotional geführten Debatte in der Szene. Es geht um viel Geld, Macht und Einflussnahme. Die Bestellpraxis ist zum großen Teil intransparent. Die Richterinnen und Richter werden zwischen öffentlich-rechtlicher Verteilungsgerechtigkeit und ihrer Pflicht zur Auswahl des bestgeeigneten Verwalters zerrieben. Viele resignieren und verweisen auf ihr „freies“ richterliches Ermessen bei der Verwalterbestellung. Es wird gern behauptet, dass man schon geeignete Verwalter bestellen wird. Offensichtlich steht es mit der Auswahl geeigneter Verwalter aber nicht zum Besten, denn

- die Verfahrensdauern sind enorm;
- die durchschnittlichen Ausschüttungsquoten beschämend;
- die Erhaltung von Unternehmen spielt anstelle ihrer Liquidation eine ganz untergeordnete Rolle;
- hinzu kommen die Betrugsfälle, anlässlich derer man feststellt, dass die betreffenden Verwalter seit Jahren nicht überwacht wurden.

Zwischen den Richterinnen und Richtern einerseits und den potenziellen Verwaltern stehen die Gläubiger, die angesichts dieser unbefriedigenden Situation von Anfang an mehr Mitbestimmung bei der Bestellung des Verwalters beanspruchen und sich nicht auf die viel zu späte Abwahlmöglichkeit des § 58 InsO verweisen lassen möchten. Viele Gerichte vermuten aber üble Gesinnung und lehnen eine Mitbestimmung deshalb grundsätzlich ab, obwohl das Gesetz eine autonome Wahl des Wunschverwalters durch die Gläubiger einige Wochen später eindeutig vorsieht.

In dieser Gemengelage von handfesten finanziellen Interessen, falsch verstandener Fürsorgeverantwortung der Richterinnen und Richter für „ihre“ Verwalter und Eitelkeiten müssen Fehler passieren.

Es besteht Einigkeit darüber, dass die Auswahl der richtigen oder falschen Person des Verwalters zu Beginn des Antragsverfahrens bereits über den Erfolg oder Misserfolg des gesamten Verfahrens entscheidet. Deshalb kommt es auf diesen Zeitpunkt ganz entscheidend an. Die Gerichte können deshalb auf die Auswahl der richtigen Person gar nicht genug Sorgfalt verwenden, jedenfalls so lange sie die Gläubiger von der Beratung über die Auswahl des Verwalters ausschließen.

Der Vorwurf der fehlerhaften (Weiter-)Bestellung von Verwaltern beinhaltet aber immer auch den Vorwurf, masseschädigende Verwaltung nicht erkannt zu haben, weil es an einer Überwachung in den laufenden Verfahren gefehlt hat. Der Hauptanwendungsfall für diese Fehlleistungen ist, dass eindeutige Hinweise auf Veruntreuungen in Schlussrechnungen übersehen werden, weil niemand die Schlussrechnungen überprüft.

Ziel dieser Arbeit soll es deshalb sein,

- die Sorgfaltspflichten der Gerichte bei der Auswahl des Verwalters darzulegen und aufzuzeigen,
- dass eine mangelhafte Rechtsaufsicht in den laufenden Verfahren automatisch zu Fehlern bei der Bestellung führen wird, für die der Staat zu haften hat.

Gleichzeitig soll aufgezeigt werden, welche Sorgfaltspflichten erfüllt werden müssen und welche Ressourcen genutzt werden können, um Fehler bei der Auswahl und bei der Rechtsaufsicht und damit eine Haftung zu vermeiden.

Über den wohl krassesten Fall von Verzicht auf jegliche Rechtsaufsicht hatte das OLG Stuttgart erst kürzlich zu entscheiden. Folgendes war passiert:

## **2 Fehlerhafte Auswahl, Schädigung eines Gläubigers - OLG Stuttgart, Urteil vom 9. Mai 2007<sup>1</sup>**

Vom Amtsgericht Esslingen – Insolvenzabteilung – wurde seit Jahr und Tag Rechtsanwalt B. zum Insolvenzverwalter bestellt, so auch im Jahre 2003 über das Vermögen der R-GmbH. Rechtsanwalt B. war aber bereits im Jahr 1999 von demselben Amtsgericht Esslingen – Strafabteilung – in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer einer eigenen GmbH wegen Bankrotts gemäß § 283 StGB zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen verurteilt worden. Außerdem gingen Gerüchte um, er habe ein Alkoholproblem.

Im Jahre 2005 erstattete der Verwalter - inzwischen vermögenslos - Selbstanzeige, weil er Gelder aus verschiedenen Insolvenzverfahren veruntreut hatte, so auch im vorliegenden Verfahren. Hier waren es ca. 300.000 €. Der Kläger konnte nachweisen, dass er ohne die Veruntreuung eine Quotenausschüttung in Höhe von ca. 60.000 € erhalten hätte, und begehrte Schadensersatz vom Land Baden-Württemberg.

Er führte aus, das Gericht hätte Rechtsanwalt B. aufgrund der einschlägigen Verurteilung nicht bestellen dürfen. Es habe bei der Auswahl und Bestellung pflichtwidrig gehandelt, indem es Gerüchten um anhängige Ermittlungen gegen den Verwalter und um ein Alkoholproblem nicht nachgegangen sei.

Tatsächlich hatte sich im Rahmen der Beweisaufnahme Folgendes herausgestellt:

- Der an sich zuständige Richter hatte von nichts etwas gewusst.
- Der Rechtspfleger, der in Baden-Württemberg nach einem offenbar „regionalen Sonder-RPflG“ die Auswahl vornimmt, hatte zugegeben, von Gerüchten über Alkoholprobleme und Hausdurchsuchungen gewusst zu haben, von einer Verurteilung sei ihm aber nichts bekannt geworden. Dem

---

<sup>1</sup> 4 U 204/06, ZIP 2007, S. 1822 (mit Anm. d. Autorin).

Gerücht um die Alkoholprobleme sei er nachgegangen, habe aber nichts feststellen können.

- Der Rechtspfleger hatte zwar von Gerüchten über die Aufnahme von Ermittlungen und über ein Alkoholproblem gewusst, hat es aber gleichwohl unterlassen, dem Verwalter Zwischenrechnungslegungen aufzugeben oder ihn sonst zu überwachen.

Landgericht sowie Oberlandesgericht hatten die Klage daraufhin abgewiesen, weil sie keine Pflichtverletzung erkennen konnten, und zwar weder bei der Bestellung noch bei der anschließenden Überwachung. Das Oberlandesgericht Stuttgart konnte nicht nur keinen Pflichtenverstoß erkennen, sondern stellte sogar fest,

*„Es lag durchaus nahe, diesen Rechtsanwalt zu beauftragen.“*

Das OLG stützte sich dabei auf die Tatsache, dass der betroffene Rechtsanwalt

- die Fachanwaltsbezeichnung führte,
- seit Jahren für verschiedene Gerichte als Insolvenzverwalter tätig geworden sei, auch vom AG Esslingen viel bestellt wurde, und deshalb als erfahren gelten konnte,
- dass sich ferner aufgrund der häufigen Bestellung – nachvollziehbar – ein Vertrauensverhältnis eingestellt habe.

Gerade wegen dieses Vertrauensverhältnisses sei auch eine engere Überwachung entbehrlich gewesen. Dass dies ein Zirkelschluss ist, hat das Oberlandesgericht nicht gestört.

Wörtlich heißt es in der Begründung (S. 14):

*„Die Insolvenzabteilung hatte **auf der Grundlage der ihr bekannten Tatsachen** keinen Anlass, ihm das Vertrauen zu entziehen oder ihn als unzuverlässig zu behandeln“ (Hervorhebung durch die Autorin).*

Das ist schlecht nachvollziehbar, denn gerade dann, wenn man weiß, dass man den Verwalter jahrelang nicht überwacht hatte, und dann erfährt, dass er angeblich ein Alkoholproblem hat, und dass gegen ihn angeblich ein Ermittlungsverfahren wegen Konkursdelikten anhängig war, dann hat man doch allerhöchste Eile, in die Akten zu schauen, sich die Kontenführung kommen zu lassen und diese sehr genau anzuschauen.

Über die Zuverlässigkeit eines Verwalters kann man sich schließlich nur dadurch Gewissheit verschaffen, dass man sich die Kontenführung anschaut, insbesondere retrospektiv die Schlussrechnungslegungen in den abgeschlossenen Verfahren. Nur dann kann man die für unzuverlässige Fremdgeldverwaltungen typischen Hin- und Herzahlungen in den Schlussrechnungen finden oder Cash-Pool-Konten aufdecken. Nach dem Sachverhalt war aber gar nicht überprüft worden, ob der Rechtspfleger das getan hatte.

Das OLG entschuldigte aber auch Letzteres weiter (S. 15):

*„Eine regelmäßige Rechnungsprüfung muss nicht durchgeführt werden, da die Aufsicht die Insolvenzverwaltertätigkeit nicht unnötig erschweren und die Berufs- und Entschlussfreudigkeit des Verwalters nicht unnötig beeinträchtigen darf.“*

Das ist ein alter Hut. Er geht auf ein Urteil des Reichsgerichts<sup>2</sup> zurück, das in einer ähnlichen Konstellation übrigens eine Haftung des Staates durchaus angenommen und die Sache zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen hatte. Ebenso war der BGH in einer ganz ähnlichen Konstellation im Jahre 1965<sup>3</sup> verfahren, wie später noch zu zeigen sein wird. Als Begründung für die Ablehnung einer Haftung und auf dem Hintergrund des Geschehenen wirkt der Ausspruch allerdings zynisch.

---

<sup>2</sup> RG, Urt. vom 7.4.1937 – V 290/36, in: RGZ 154, S. 291 ff., S. 296.

<sup>3</sup> BGH, Urt. vom 12. Juli 1965 – III ZR 41/64 – KTS 1966, S. 17 f., S. 19.

Das OLG führt zwar – ebenfalls in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH von 1965 – Gründe auf, weshalb der Rechtspfleger gehalten sein kann, unterjährige Kassenprüfungen vorzunehmen, etwa

- bei überlanger Verfahrensdauer oder
- wenn kein Gläubigerausschuss bestellt wurde.

Vorliegend traf auch beides zu. Eine Pflichtwidrigkeit lehnte der Senat aber trotzdem ab. Die Gründe sind höchst unklar geblieben.

Der Bundesgerichtshof – vorliegend freilich der für Staatshaftungssachen zuständige III. Zivilsenat – hat die Klageabweisung in seinem Nichtzulassungsbeschluss vom 31.1.2008 zwischenzeitlich bestätigt<sup>4</sup>. Er hat den Fall lediglich dazu genutzt klarzustellen:

*„Eine Vorstrafe wegen einer Insolvenzstraftat steht der Bestellung eines Rechtsanwalts zum Insolvenzverwalter im Allgemeinen ohne Rücksicht darauf entgegen, ob die Tat im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts stand.“*

Eine Pflichtverletzung kann er jedoch ebenfalls nicht erkennen. Er beschränkt sich auf den formalen Ansatz des OLG Stuttgart, wonach eine Informationspflicht zwischen der Strafabteilung und der Insolvenzabteilung eines Amtsgerichts grundsätzlich nicht bestehe. Die Gelegenheit zu einer Auseinandersetzung mit den Pflichten bei der Auswahl und Überwachung der Verwalter hat der III. Zivilsenat leider ungenutzt gelassen. Das ist schade, denn die Lage ist ernst und macht eine Leitlinie des BGH dringend erforderlich.

Das Ergebnis ist auch für den III. Zivilsenat beim BGH inakzeptabel und nur als Tendenzentscheidung verständlich. Denn völlig unstrittig war, dass der „zuständige“ Rechtspfleger den Gerüchten um die Durchsuchungen nicht weiter nachgegangen war. Eine Pflicht zur Aufklärung von Gerüchten um einen so entscheidungserheblichen Umstand liegt doch immerhin auf der Hand. Man hätte doch wohl zu Recht erwarten dürfen, dass er sich zumindest bei dem betroffenen

---

<sup>4</sup> BGH, Beschl. vom 31.1.2008 – III ZR 161/07 (Nichtzulassungsbeschluss).

Verwalter unverzüglich erkundigt hätte, wenn er die Ohren in der Gerichtskantine schon verschließen mag. Auch hatte er den zuständigen Richter offenbar vorsichtshalber gar nicht über die Gerüchte unterrichtet, denn sonst hätte dieser sich ja erkundigen und von der Verurteilung erfahren können. Während der laufenden Ermittlungen hätte er dann von einer Weiterbestellung einstweilen absehen oder zumindest eine besonders sorgfältige Überwachung des betroffenen Insolvenzverwalters anordnen können.

Wenn der IX. Zivilsenat auch nur beratend hinzugezogen worden wäre, dann hätte der erkennende Senat ferner z. B. erfahren können, wie man die Unzuverlässigkeit eines Insolvenzverwalters auch außerhalb von Verurteilungen und schwankendem Gang feststellen kann, nämlich durch ordentliche Aufsicht in den laufenden Verfahren und vor allem durch eine sorgfältige Prüfung der Zwischen- und Schlussrechnungslegung. Auch die Schlussrechnungen in den anderen Verfahren hätte man sich natürlich ansehen müssen. Der Autorin liegt eine Auskunft weiterer betroffener Gläubiger vor, nach der der Verwalter in anderen Verfahren Zahlungen vom Hinterlegungskonto auf sein Geschäftskonto und zurück veranlasst hatte, die nicht belegt waren. Der Rechtspfleger hatte die Schlussrechnung aber unbeanstandet „durchgewunken“ und Schlusstermin anberaumt.

Ob und ggf. wie der Rechtspfleger Schlussrechnungen in den anderen Verfahren geprüft hatte und mit welchem Ergebnis, dazu gibt der Sachverhalt des Urteils nichts her. Obwohl kein Amtsermittlungsgrundsatz gilt, hätte auch der III. Zivilsenat beim BGH Anlass gehabt, das Verfahren zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts an das OLG zurückzuverweisen.

So hatte es derselbe Senat – freilich in anderer Besetzung – im Jahre 1965 nämlich getan. In diesem Urteil hatte der BGH sich mit einer ganz ähnlichen Konstellation zu befassen:

### **3 Fehler bei der Überwachung, Schädigung des Schuldners – BGH, Urteil vom 12. Juli 1965<sup>5</sup>**

Über das Vermögen des Klägers (sic!) wurde durch Beschluss vom 7. Dezember 1951 das Konkursverfahren eröffnet. Zum Konkursverwalter wurde der inzwischen verstorbene Bücherrevisor G. bestellt. Das Konkursverfahren zog sich sehr in die Länge, weil mehrere Prozesse geführt werden mussten, deren letzter erst im Jahre 1958 abgeschlossen wurde. Im August 1958 stellte sich in einem anderen Konkursverfahren heraus, dass der Konkursverwalter G. in mehreren Konkursverfahren, darunter auch in dem des Klägers, Veruntreuungen begangen hatte. In dem Verfahren über das Vermögen des Klägers hatte er DM 6.034,02 veruntreut. Wegen dieser Veruntreuung wurde G. zu einer Gefängnisstrafe verurteilt. In dem Ermittlungsverfahren stellte sich heraus, dass G. bereits im Jahre 1936 wegen Untreue zu 2 ½ Jahren Zuchthaus verurteilt worden war.

Der Kläger hatte gerügt, dass er den aufsichtsführenden Richter mehrfach über die Vorstrafe unterrichtet habe. Auch der Konkursrichter habe von der Vorstrafe gewusst. Beschwerdeschreiben über die Amtsführung des Konkursverwalters habe er aber ignoriert; außerdem habe er seine Aufsichtspflicht gegenüber dem Konkursverwalter auch dadurch verletzt, dass er während der ganzen 7-jährigen Dauer der Konkursverwaltung niemals einen Kontoauszug angefordert, geschweige denn den Kassenbestand geprüft habe. Das war unbestritten der Fall.

Der BGH hat zunächst den Schaden des Schuldners bejaht, da der vom Konkursverwalter veruntreute Betrag im Falle seiner ordnungsmäßigen Verwertung im Konkursverfahren dem Kläger dadurch zugute gekommen wäre, dass sich die Forderungen seiner Gläubiger um diesen Betrag verringert hätten. Die Gläubiger hätten zwar einen Erstattungsanspruch gegenüber dem Verwalter; dieser sei aber nicht so sicher wie der Anspruch auf Herausgabe von gesondert hinterlegten, also stets zugriffsbereiten Geldern, und deshalb wirtschaftlich betrachtet, ein Minus.

---

<sup>5</sup> S. o. Fn 3.

Der BGH bestätigte ferner, dass der Konkursrichter seine Tätigkeit im Rahmen des Konkursverfahrens in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes ausgeübt hat und insoweit hoheitlich tätig geworden ist, so dass das beklagte Land gemäß § 829 BGB i. V. m. Art. 34 GG für Schadensfolgen aus schuldhafter Verletzung dieser Tätigkeit zu haften hätte.

Weiter heißt es:

*„Wenn der Staat, wie es im Konkursverfahren der Fall ist, einen Verwalter über fremdes Vermögen einsetzt, das der Verwaltung des Schuldners und dem Zugriff der Gläubiger entzogen ist, dann besteht für ihn schon nach allgemeinen Grundsätzen auch die Pflicht, dafür zu sorgen, dass die Verwaltung einer gewissen amtlichen Prüfung unterworfen wird, um hierdurch eine ordnungsmäßige Verwaltung zu sichern.“*

Die Pflicht folgt dem Aufsichtsrecht nach § 58 Abs. 1 Satz 2 InsO (entspricht § 83 KO). Dieses umfasst nach Auffassung des BGH – und er zitiert hier das RG<sup>6</sup> –

*„die Befugnis, jederzeit Auskunft über die Geschäftsführung des Konkursverwalters zu verlangen, Bücher und Belege einzusehen und den Kassenbestand zu prüfen“.*

Wie weit das Konkursgericht von diesen Befugnissen allerdings Gebrauch machen will, stehe *„im pflichtgemäßen Ermessen“* (nicht etwa: im *„freien“* Ermessen) des Gerichts.

Es war nach Auffassung des BGH im Jahre 1965 nicht einmal erforderlich, dass besondere Verdachtsmomente vorliegen. Auch Umstände wie

- das schlichte Fehlen eines Gläubigerausschusses und
- eine lange Dauer des Konkursverfahrens

könnten die Vornahme einer Kassenprüfung angezeigt erscheinen lassen. Dies sah im Übrigen auch eine Verfügung des Preußischen Justizministers vom 25. Juni 1931 so vor.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> S. o. Fn 2.

<sup>7</sup> Preuß. JMBI. 1931, S. 223; es wäre die Aufgabe eines Staatsrechtlers zu untersuchen, ob diese Verfügung auch heute noch Gültigkeit hat.

Die Annahme des OLG Stuttgart – und damit auch des BGH im Jahre 2008 –, eine Kassenprüfung erfordere wegen des Sachzusammenhangs gleichzeitig die Prüfung aller Verfahren des Verwalters und verbiete sich daher unterjährig<sup>8</sup>, beruht auf der irrtümlichen Annahme, der Verwalter dürfe sämtliche Verfahren über ein einziges Konto abwickeln. geht übrigens auf das vorliegende Urteil des BGH aus dem Jahre 1965 zurück, in dem der BGH genau diese Notwendigkeit der Gesamtprüfung annahm und sie deshalb dem Gericht und nicht dem Gläubigerausschuss zuwies. Denn nur das Gericht könne eine ordnungsgemäße Kassenprüfung nur durch Einblick auch in die anderen Verfahren vornehmen, in denen der Gläubigerausschuss nicht bestellt und daher auch nicht befugt sei. Der BGH unterstellte offenbar, dass die Konkursverfahren sämtlich über ein einziges Hinterlegungskonto abgewickelt werden müssten. Das ist heute jedenfalls nicht mehr Stand der Dinge<sup>9</sup>, und das hätte der BGH im Jahre 2008 eigentlich auch wissen müssen. Eine Pflicht zur Vornahme von unterjährigen Kassenprüfungen trifft das Gericht nach RG und BGH im Jahre 1965 also insbesondere dann, wenn kein Gläubigerausschuss bestellt wurde und das Verfahren eine lange Dauer hat.

Davon, dass „die Berufs- und Entschlussfreudigkeit des Verwalters“ demgegenüber ein höheres Gut seien, ist unter diesen Umständen nicht mehr die Rede. Es ist andererseits auch gar nicht ersichtlich, wie eine regelmäßige Kassenprüfung, wie sie die Zwangsverwalter und Betreuer über sich ergehen lassen müssen, die „Berufs- und Entschlussfreudigkeit“ der Insolvenzverwalter beeinträchtigen sollten. So aber der BGH im Jahre 2008! Im Jahre 1965 mag es noch einen Mangel an Insolvenzverwaltern gegeben haben. Im Jahre 2008 scheint es dagegen, als müsse man deren Berufs- und Entschlussfreude demgegenüber eher abbremsen!

---

<sup>8</sup> OLG Stuttgart, ZIP 2007, S. 1822 ff., 1825

<sup>9</sup> Wiewohl auch von großen Verwalterbüros heute noch berichtet wird, dass dort ein einziges Cash-Pool-Konto für sämtliche laufenden Insolvenzverfahren geführt wird – was eine grobe Pflichtwidrigkeit auch des Insolvenzrechtspflegers/der Insolvenzrechtspflegerin darstellt, der/die dies toleriert und nicht unverzüglich dem Richter Meldung macht und für Abhilfe sorgt!

Unter Verweisung auf das Urteil des RG und des BGH (1965) muss man also davon ausgehen, dass regelmäßige – auch unterjährige – Kassenprüfungen im pflichtgemäßen Ermessen liegen und daher vorzunehmen sind. Ein Verzicht auf Zwischenrechnungslegungen ist in einem mehrjährigen Verfahren ohne Gläubigerausschuss deshalb unter keinen Umständen als ordnungsgemäß anzusehen. Es stellt vielmehr einen Verzicht auf Aufsicht dar, der auch gegenüber vertrauenswürdigen Insolvenzverwaltern durch nichts gerechtfertigt und damit grob pflichtwidrig ist. Zweifellos hätten die Rechtspfleger im Fall Brandel (AG Esslingen)<sup>10</sup>, im Fall Mühl (AG Hannover)<sup>11</sup> und im Mai 2007 im Fall Fritsch (AG Hechingen)<sup>12</sup> Unregelmäßigkeiten bei der Kassenprüfung entdecken und allein durch die routinemäßige Anordnung der Zwischenrechnungslegung den Schaden verhindern oder gering halten können. Eine regelmäßige Kontrolle hat im Übrigen auch einen ungemein präventiven Charakter.

Besonders erschütternd ist die Situation beim AG Hannover. Dieses Amtsgericht hat den Fall Mühl noch kaum verarbeitet, da stellt sich heraus, dass es in einem großen Verfahren über ein Unternehmen mit zuletzt 23 Niederlassungen, 670 Mitarbeitern und 150 Mio. € Jahresumsatz<sup>13</sup> keine Zwischenrechnungslegung angeordnet und seit der Eröffnung des Verfahrens im Jahr 2004 auch keine Kassenprüfung veranlasst hat. Die Autorin ist als Gläubigerin mitbetroffen und fragte nach. Die zuständige Rechtspflegerin erklärte daraufhin wörtlich: *„Zwischenrechnungslegungen ordnen wir nie an. Wenn wir das täten, müssten wir sie ja auch prüfen.“* Und das im Jahre 4 nach Mühl.

Diese Äußerung ist nicht nur deshalb so besonders traurig, weil das Gericht offenbar nichts aus seinen Fehlern gelernt hat, sondern auch deshalb, weil gerade Herr RiAG Neubert vom Insolvenzgericht Hannover sich so für die Überprüfung der Qualität bei seinen Insolvenzverwaltern engagiert, etwa mit der Erhebung von

---

<sup>10</sup> gegenständlich OLG Stuttgart, s.o. Fn 8

<sup>11</sup> hier hatte der viel bestellte Verwalter zwischen November 2000 und Dezember 2004 in 23 Fällen über 60 Mio. € veruntreut. Er hatte Cash-Pooling in den Verfahren betrieben und konnte so unbemerkt Gelder aus den Massen veruntreuen. Sein aufwändiger Lebensstil hat offenbar niemanden zu Skepsis und zu vorsichtigen Kontrollmaßnahmen veranlasst.

<sup>12</sup> hier hatte ein ebenfalls viel bestellter Verwalter in insgesamt 96 Fällen Masse im Wert von mindestens € 800.000 veruntreut (der Rest war bereits verjährt), hauptsächlich zur Finanzierung seiner hohen Bürokosten. Als das Gericht dann doch einmal eine Kassenprüfung ankündigte, erstattete er Selbstanzeige.

<sup>13</sup> Verfahren GENIATEC AG, 902 IN 395/04-0-

Daten über Fragebögen<sup>14</sup>. Das ist ein erster Ansatz, aber mit Selbstauskünften allein ist dem wohl nicht beizukommen. Die Richter und Richterinnen, die die Verwalterbestellung vornehmen, werden sich schon auch selbst die Akten der Verwalter anschauen und selbst beurteilen müssen, ob der Verwalter zuverlässig und gut oder „sub-performing“ arbeitet oder ob seine Amtsführung gar Auffälligkeiten aufweist.

Damit kommen wir zur Frage, wie weit die Überwachungspflicht der Gerichte denn nun tatsächlich reicht. Insbesondere interessiert uns die Frage, ob die Äußerung des RG aus dem Jahr 1931, nämlich dass Kassenprüfungen nur aufgrund besonderer Anlässe vorgenommen werden müssen, und dass Kassenprüfungen nicht dazu führen dürfen, den Verwalter in seiner Berufs- und Entschlussfreudigkeit zu behindern, heute noch so stimmt und ob dies überhaupt im Gläubigerinteresse sein kann. Ferner soll untersucht werden, welche Pflichten das Gericht hat, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt wurde.

Die neuere obergerichtliche Rechtsprechung und die Literatur stehen einer regelmäßigen amtswegigen Prüfungspflicht der Gerichte eher ablehnend gegenüber<sup>15</sup>. Man beschränkt sich allenthalben auf die oben zitierte Äußerung des RG, die sich seitdem gebetsmühlenartig durch die Rechtsprechung des BGH zieht. Die Literatur wird in dieser Frage freilich von Insolvenzrichtern und Insolvenzverwaltern beherrscht. Beide Berufsgruppen sind an der Etablierung einer aktiven Überwachung der Verwalter naturgemäß nicht interessiert. Dabei darf man aber nicht verkennen, dass das RG sehr wohl eine Überwachungspflicht im Sinne einer regelmäßigen Kassenprüfung angenommen hat, wenn z.B. kein Gläubigerausschuss bestellt wurde und das Verfahren eine gewisse Dauer hat. Dies beruht allein darauf, dass der Staat Vermögen, das den Gläubigern zugewiesen ist, hoheitlich einer Einzelperson zur Verwaltung überträgt<sup>16</sup>. Kernaussage des RG und des BGH von 1965 ist daher, dass eine regelmäßige Kassenprüfung in Verfahren, die z.B. mehrjährig sind und in denen kein

<sup>14</sup> s. Vortragsveranstaltung des VJI zum Thema „Möglichkeiten der gerichtlichen Überprüfung der Verwaltertätigkeit“ am 26.4.2006 in Berlin

<sup>15</sup> z.B. *Uhlenbruck*, InsO-Kommentar, 12. Aufl. 2003, § 58 Rz 5 m.w.N., 11 und 15; *Graeber*, MüKomm. InsO, 2. Aufl. 2007, § 58 Rz

<sup>16</sup> BGH, KTS 1966, S. 17 ff., 19 m.w.N. auf *Berner*, DJ 1938, S. 107 f., 108 und Allg. Verf. des Preuß. Justizministers vom 25. Juni 1931, Pr. JMBL. 1931, S. 223

Gläubigerausschuss bestellt wurde, Pflicht ist. Irgendwelcher Verdachtsmomente bedarf es dabei nicht. Eine jährliche Kassenprüfung erschwert also nach Auffassung des RG und des BGH von 1965 die Verwaltungstätigkeit nicht über Gebühr; sie war aufgrund der Allgemeinen Verfügung des Justizministers von 1931 im Übrigen auch angeordnet und durfte daher auch nicht ignoriert werden.

Diese Auffassung kann man nur unterstreichen. Eine regelmäßige, z.B. jährliche Kontrolle der Bücher erschwert die Arbeit des Insolvenzverwalters genauso wenig wie die des Konkursverwalters. Sie ist im Gegenteil dazu geeignet, die Arbeit sowohl des Insolvenzrichters als auch des Insolvenzverwalters zu vereinfachen. Denn wenn es unklare Positionen bei der Rechnungslegung gibt – was immer und bei jedem Verwalter vorkommen kann – dann kann man diese mit angemessenem Aufwand nur klären, wenn dies zeitnah geschieht. Nach sieben Jahren ist die Gefahr groß, dass es sowohl beim Insolvenzverwalter als auch beim Gericht Personalwechsel gab und die Dinge nur mit großem Aufwand klargestellt werden können. Die Aufgabe, die Rechnungslegung in einem siebenjährigen Verfahren mit der angemessenen Sorgfalt zu prüfen, ist nach diesseitiger Einschätzung von den Gerichten schlichtweg nicht zu leisten. Die Abgabe an einen – teuren - Sachverständigen würde notwendig und die Gefahr der Unaufklärbarkeit steigt. Allein deshalb verbietet es sich, mehrere Jahre zuzuwarten.

Die Arbeit des Insolvenzverwalters wird auch nicht erschwert, denn wenn sich Unklarheiten ergeben haben, kann er künftig dafür sorgen, dass sie abgestellt werden. Das erleichtert seine Arbeit.

Die Gerichte sollten sich also wieder darauf einstellen, einmal jährlich Zwischenrechnungslegungen anzufordern und sie auch zu prüfen.

Wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, ist dieser zwar primär in der Pflicht. Dies ergibt sich aus § 69 InsO, der da lautet:

*„Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben den Insolvenzverwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen. Sie haben sich über den Gang der Geschäfte zu unterrichten sowie die Bücher und Geschäftspapiere einsehen und den Geldverkehr und –bestand prüfen zu lassen.“*

Daraus ergibt sich aber nicht dass das Gericht seiner Aufgabe nach § 58 InsO entledigt wäre; der Gläubigerausschuss tritt als prüfungsberechtigtes und – verpflichtetes Gremium hier lediglich dazu<sup>17</sup>. Die Überwachungspflicht des Gerichts könnte sich aber darauf beschränken, dass es sich vergewissert, dass der Gläubigerausschuss seiner Aufgabe ordnungsgemäß nachkommt, und dass es dessen Prüfungsergebnis auf Schlüssigkeit oder stichprobenartig nachvollzieht<sup>18</sup>. Schlichtes Nichtstun ist aber stets zu wenig.

Diese Handhabung ist praktikabel, allen Betroffenen zumutbar und am Besten geeignet, die Interessen der Gläubigergesamtheit angemessen zu wahren.

Ein Pferdefuß liegt dann nur noch darin, dass der nach § 18 Abs. 2 RPfIG zuständige Rechtspfleger dieser Aufgabe mangels entsprechender Ausbildung fachlich meist gar nicht gewachsen ist. Das geht den Gläubigerausschussmitgliedern, wenn sie nicht gerade eine kaufmännische Ausbildung oder jahrelange Übung haben, übrigens ganz genauso – die Autorin eingeschlossen. Der Verweis auf die höhere Sachkunde der Gläubigerausschussmitglieder<sup>19</sup> ist daher in der Regel höchst spekulativ. Haben also weder der Rechtspfleger noch die Gläubigerausschussmitglieder eine kaufmännische Ausbildung, so hilft es nichts, wenn der eine sich auf den anderen verlässt. Minus plus Minus ergibt eben nur noch weniger Minus. In diesem Falle sollte man sich auf die Einschaltung eines Sachverständigen einigen. Viel besser und im Übrigen masseschonender wäre es jedoch – wie immer im Leben – wenn man wichtige Dinge persönlich erledigen könnte. Entweder macht man sich mit den Gegebenheiten eben vertraut und erwirbt die erforderlichen Kenntnisse, oder man bringt sie schon von Amts wegen mit. Solche Expertise ist „von Amts wegen“ in der Justiz durchaus vorhanden – nämlich bei den Handelsgerichten. Die ehrenamtlich tätigen Handelsrichter sind in der Regel Kaufleute, die in ihrem aktiven Berufsleben täglich mit Buchführung zu tun haben oder zu tun gehabt haben. Der Vorsitzende hat als Berufsrichter durch seine tägliche Befassung mit handelsrechtlichen Sachverhalten ebenfalls eine gewisse Expertise aufgebaut.

---

<sup>17</sup> h.M., so z.B. *Uhlenbruck*, aaO (Fn 15), Rz 4 m.w.N.; *Frege/Riedel*, Schlussbericht und Schlussrechnung, 2. Aufl. 2007, S. 120, Rz. 350

<sup>18</sup> so z.B. *Uhlenbruck*, aaO (Fn 15), Rz 4; LG Köln, vom 20.12.2000, NZI 2000, S. 157 ff, 158; a.A. aber – mit beachtlichen Argumenten – : *Naumann*, in: *Kölner Schrift zur InsO*, 2. Aufl. 2000, S. 431 ff., S. 444 (Rz 33) m.w.N. auf: *Smid*, Insolvenzordnung, § 58, Rz 4

<sup>19</sup> so z.B. *Uhlenbruck*, aaO. (Fn 15), Rz 1 und 4

Diese Ressourcen zu nutzen wäre für die Insolvenzverfahren ein Segen und für die Rechtspolitik eine Verpflichtung. Die Verweisung von Insolvenzverfahren in die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen (KfH) bei den Landgerichten würde die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland mit einem Schlag auf europäisches – ja internationales! – Niveau anheben. Es ist nämlich kein einziges europäisches Land bekannt, in dem die Zuständigkeit für Insolvenzverfahren nicht selbstverständlich bei den Handelsgerichten läge. Aus Gläubigersicht wäre ein derartiger Zuwachs an Expertise und – nicht zu verachten – auch an richterlicher Autorität derart wünschenswert, dass auch eine damit selbstverständlich verbundene Anhebung der Gerichtsgebühren gern in Kauf genommen würde. Bei den derzeitigen traurigen Ausschüttungsquoten fiele eine weitere Belastung der Massen mit Gerichtsgebühren nämlich gar nicht ins Gewicht.

Die Gläubiger selbst können die Aufsicht jedenfalls nicht übernehmen. Sie sind nicht organisiert, können also ihre Mindestquoten zur Einberufung einer Gläubigerversammlung gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 3 InsO (fünf Gläubiger mit insgesamt 1/5 der Insolvenzforderungen) gar nicht erreichen, wenn das Gericht ihnen nicht zumindest durch die Mitteilung, dass sich bei der Prüfung der Rechnungslegung Beanstandungen ergeben haben, und durch Übersendung des Gläubigerverzeichnisses hilft, wenn ihnen schon ein eigenes Einschreiten verwehrt ist<sup>20</sup>. Um einer Überwachung zu entgehen, muss der Insolvenzverwalter die Forderungen also nur lange genug bestreiten. Das Gericht kann ihm zusätzlich durch Herabsetzung der geschätzten Forderungen helfen. Ein einzelner Gläubiger kann sich dagegen nicht wehren. Es verbietet sich ihm sogar aus betriebswirtschaftlicher Sicht, wegen eventueller Gerichtskosten für alle anderen Gläubiger in Vorlage zu treten, wenn das Ergebnis am Ende keine signifikante Quotenerhöhung ist. Da haben es die Gläubiger in Österreich<sup>21</sup> einfacher:

1. Sie sind in den dortigen Gläubigerschutzverbänden organisiert,

---

<sup>20</sup> so z.B. *Uhlenbruck*, aaO (Fn 15) Rz 7 m. Hinw auf LG Köln, Urteil vom 20.12.2000, NZI 2001, S. 157 u.a. (umstritten)

<sup>21</sup> z.B. der Kreditschutzverein von 1870 (KSV) oder der Alpenländische Kreditschutzverein (AKV); In Österreich liegt die Zuständigkeit allerdings bei den Handelsgerichten, und dort bei den Berufsrichtern. Das Überwachungs-Instrumentarium für Gläubiger wird dort deshalb weniger dringend benötigt als in Deutschland..

2. diese haben ein originäres, gesetzliches Akteneinsichtsrecht u.a. in das Gläubigerverzeichnis, und können daher die (Mit-)Gläubiger erreichen,
3. zum anderen haben diese Gläubigerschutzverbände ein sogenanntes „Kostenvorrecht“, d.h. Prozesskosten werden ihnen in jedem Falle aus der Masse erstattet, wenn der Prozess für die Gläubigergesamtheit geführt wird.

In Deutschland soll der neu gegründete „Internationale Verein für Kreditschutz- und Insolvenzrecht“ (KSI)<sup>22</sup> diese Aufgaben nun wahrnehmen. bevor es aber so weit ist, muss das Gericht die Aufgabe der Überwachung allein wahrnehmen, allenfalls unterstützt durch den Gläubigerausschuss oder Sachverständige.

Nachdem nun feststeht, dass das Gericht bei langjährigen Verfahren zumindest eine Pflicht zur regelmäßigen Kassenprüfung hat, die ggf. auf eine Überwachung der ordnungsgemäßen Funktion des Gläubigerausschusses reduziert wird, muss kurz auf den Inhalt der weiteren Überwachungspflichten eingegangen werden.

Den Inhalt der Aufsichts- und Überwachungspflichten des Gerichts hat der Gesetzgeber in § 58 Abs. 1 InsO vorgegeben: Sie beschränkt sich auf die *Rechtmäßigkeit* der Verwaltung. Dazu zählen sowohl die verfahrensspezifischen Pflichten des Verwalters als auch die konsequente Verfolgung des Insolvenzszwecks, nämlich die größtmögliche Befriedigung der Gläubiger (§ 1 InsO). Das LG Köln<sup>23</sup> hat dies so gefasst:

*„Das Konkursgericht ist zu einem Einschreiten gegenüber dem Konkursverwalter/Sequester auf Grund seiner Aufsichtspflicht gem. § 83 KO (jetzt: § 58 I InsO) nur dann berechtigt, wenn der Konkursverwalter/Sequester verfahrensspezifische Pflichten verletzt und konkurszweckwidrige Handlungen vornimmt.“*

<sup>22</sup> [www.ksi-deutschland.de](http://www.ksi-deutschland.de)

<sup>23</sup> LG Köln, Beschluss vom 20.12.2000, NZI 2001, S. 157 (Tenor 1); vgl. für alle: *Uhlenbruck*, aaO (Fn 15), Rz 15; zum Insolvenzszweck gehört in Deutschland z.B. nicht der Erhalt von Arbeitsplätzen zu Lasten der Masse, anders als in Frankreich, wo dies eines der Verfahrensziele ist.

Die *wirtschaftliche Zweckmäßigkeit* des Verwalterhandelns ist dagegen nicht Gegenstand der gerichtlichen Überwachung. Die Überwachung der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit ist vielmehr den Gläubigern zugewiesen worden<sup>24</sup>. Beides gilt es zu differenzieren; wo sie sich überschneiden, bleiben die Gerichte in der Pflicht.

Welche Aufgaben des Verwalters nun der Rechtmäßigkeitskontrolle unterliegen, und welche der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit des Verfahrens dienen, darüber besteht natürlich Streit. Im Wesentlichen wird differenziert nach

- a) Pflichten gegenüber dem Schuldner (wie etwa die ordnungsgemäße Erfüllung der steuerlichen Buchführungspflichten und die Pflicht zur Gewährung von Unterhalt gemäß § 100 InsO),
- b) verfahrensbezogenen Pflichten wie der Pflicht zur Inbesitznahme der Masse, der Erstellung des Masse- und des Gläubigerverzeichnisses sowie der Vermögensübersicht nach §§ 151 – 154 InsO, die korrekte Führung der Tabelle etc.

Eine umfassende Differenzierung, der auch aus Gläubigersicht durchaus gefolgt werden kann, nimmt *Graeber*<sup>25</sup> sehr verdienstvoll vor. Vorliegend soll es uns nur auf diejenigen Aufgaben ankommen, die Erkenntnisse über die Zuverlässigkeit und Geeignetheit im Rahmen der Bestellpraxis geben, denn hier wird der Schaden für die Gläubiger vervielfältigt.

Zu diesen Pflichten gehört im Wesentlichen die kritische Durchsicht der Berichte.

Dabei sollten die Gerichte sich zuvor ein Bild davon machen, was in die Berichte hineingeschrieben gehört. Denn interessant ist derzeit zumeist nicht das, was in den Berichten geschrieben steht, sondern das, worüber der Verwalter nicht berichtet. Die Struktur und der Inhalt der Berichte sind also ausschlaggebend.

<sup>24</sup> ganz h.M., s. nur: *Uhlenbruck*, aaO (Fn 15) Rz 5 ff. und 15 ff. Die Gläubiger können diese Aufsicht entweder durch den Gläubigerausschuss ausüben; wenn keiner bestellt wurde können sie sie nur ausüben, wenn man ihnen erlaubt, sich zu organisieren, was aber leider nur allzu gern durch die Gerichte verhindert wird, indem die Gläubigerverzeichnisse nach § 152 InsO gemäss § 154 InsO nicht nur nicht zeitgerecht, sondern überhaupt nicht ausliegen, die Einsichtnahme ggf. sogar verweigert wird, Stimmrechte paßgenau reduziert oder aberkannt werden etc. (sämtlich belegbare Beispiele aus der täglichen Praxis der Verfasserin)

<sup>25</sup> MüKo-InsO, 2. Aufl. 2007, § 58 Rz 31 ff.

Wenn das Gericht hiervon selber keine Vorstellung hat, kann es Nachlässigkeiten und Unterschlagung von Informationen gar nicht erkennen.

Was zu allermeist fehlt, ist z.B. der Punkt „Anfechtungstatbestände“. Wenn dieser Punkt überhaupt erwähnt wird, wird manchmal nur ein Satz vorgefunden, nämlich dass der Verwalter Anfechtungstatbestände nicht gefunden hat. Das ist *prima facie* kaum nachprüfbar. Hier muss nachgefragt werden, denn dass in einem Verfahren einmal keine Anfechtungstatbestände vorlägen, wäre ungewöhnlich. Es muss nachgeschaut werden, ob der Verwalter über Anfechtungsansprüche der Masse deshalb nicht berichtet, weil er sie etwa hat verjähren lassen, oder weil er grundsätzlich gegenüber bestimmten Großgläubigern nichts anfechten mag.

In einem Bericht fand die Verfasserin einmal den Hinweis, dass der Betrieb geschlossen werden muss, weil der Verwalter ihn seit 1 ½ Jahren nur unterkostendeckend fortführen konnte (sic!). Natürlich ist es an den Gläubigern, hier einzuschreiten, einen Sonderverwalter zu etablieren etc., damit die Schadensersatzansprüche zur Masse gezogen werden können – vorausgesetzt das Gericht erlaubt ihnen, sich entsprechend zu organisieren. Für die Bestellpraxis heißt dies aber, dass dieser Verwalter zwingend nicht mehr bestellt werden darf, außer in reinen Liquidationsverfahren ohne Betriebsfortführung. Alles andere wäre grob pflichtwidrig. Denn dieser Verwalter hatte entweder überhaupt keine Liquiditätsplanung oder aber er hatte eine, hat den Betrieb aber gleichwohl, etwa aus insolvenzzweckwidrigen Motiven, fortgeführt und die Masse somit bewusst geschädigt. Man weiß ja gar nicht, was schlimmer wäre.

Findet sich ein solch eindeutiger Hinweis einmal nicht in den Berichten, so ergibt sich eine masseschmälernde Fortführung entweder aus dem – fortgeschriebenen – Vermögensverzeichnis, oder aber aus der Schlussrechnungslegung. Auch die Betriebswirtschaftlichen Auswertungen (BWA) und die Summen- und Saldenlisten (SuSa) kann man sich dazu anschauen. Das ist aber für einen Rechtspfleger nichts. Ein Handelsrichter kann damit aber sehr wohl etwas anfangen, Verdachtsmomente auffinden und ihnen nachgehen.

In dem Fall einer Arztpraxis, die mit nicht ganz unerheblichen Gewinnen arbeitete, hatte der Verwalter 4 Jahre lang keine Steuererklärung abgegeben, was zu einer Zwangsgeldandrohung der Finanzverwaltung führte. Auch zahlte er der Ärztin über 2 Jahre ihren Unterhalt nach § 100 InsO oder zumindest ihren Pfändungsfreibetrag nicht aus. Die Praxiskosten des Ehemannes, über dessen Vermögen er auch bestellt war, finanzierte er aus den Überschüssen im Verfahren über das Vermögen der Ehefrau quer. Das Gericht wurde darüber in Kenntnis gesetzt, unternahm aber nichts. Erst nach einem Personalwechsel und auf massiven Druck der Schuldnerseite wurde eine Rechnungslegung angefordert. Abgesehen von der Aufsichtspflicht verbietet sich eine Weiterbestellung wegen Unzuverlässigkeit.

#### **4 Pflichterfüllung bei der Auswahl des geeigneten Verwalters**

Zur pflichtgemäßen Auswahl des Verwalters möchte ich vier Beispiele nennen:

1°- In einem Verfahren, der Fall spielte sich im Rheinland ab, hatten sich die Hauptgläubiger, die Arbeitnehmervertreter und die Schuldnerin schriftlich auf einen bestimmten Verwalter verständigt, der bei dem zuständigen Gericht viel bestellt wurde und offenbar das notwendige Vertrauen besaß. Der war auf Übernahmebereitschaft angefragt worden und bereit und in der Lage, die Insolvenzgeldvorfinanzierung binnen 3 Tagen zu erledigen, so dass die Löhne pünktlich ausgezahlt werden konnten. Die Schuldnerin stellte sodann, entsprechend anwaltlich vertreten, den Antrag und beantragte gleichzeitig, diesen Verwalter einzusetzen. Sie legte die schriftlichen Zustimmungserklärungen der Gläubiger vor.

Nach einigem Zögern konnte der zuständige Richter, der eigentlich einen anderen Verwalter auf seiner turnusmäßigen Liste gehabt hätte, überzeugt werden. Im Sinne der Hauptgläubiger, der Arbeitnehmer und der Schuldnerin bestellte er den Wunsch-Verwalter zum vorläufigen Insolvenzverwalter und später auch zum Insolvenzverwalter. Offenbar hatte er bis zum Eröffnungszeitpunkt keine nachteiligen Informationen erhalten, die ihn dazu hätten veranlassen können, nunmehr doch eine andere Person einzusetzen. Die Insolvenzgeldvorfinanzierung lief pünktlich über die Bühne, die Arbeitnehmer erhielten pünktlich ihren Lohn und waren für den Rest des Verfahrens sehr kooperativ. Das lag sicherlich nicht zuletzt

daran, dass man sie in die Entscheidung über die Person des Verwalters mit eingebunden hatte.

2° - Als später ein Großverfahren gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 InsO bei diesem Gericht anhängig gemacht werden sollte, in dem die Verfasserin dieselbe Vorgehensweise vorschlug, hat das Gericht – freilich in anderer Besetzung – eine Einbeziehung der Gläubiger und der Schuldnerin, ja auch nur eine Anhörung derselben empört und mit wilden Verdächtigungen auf die Hintergründe der Absprachen abgelehnt. Es ging halt um viel, insbesondere um ein hohes Massedarlehen und damit die Vermeidung von Anschlussinsolvenzen bei den Zulieferbetrieben. Die Investoren hatten die Bestellung des Verwalters zur Bedingung für ihr Massedarlehen gemacht. Der Verwalter war ausgezeichnet beleumundet, der Gewerkschaftsvertreter war einverstanden, die Gläubigerbanken hatten keine Einwände und die Lieferanten wollten die Auswahl unterstützen – wenn sie denn angehört würden. Deshalb wurde schließlich auf den Registersitz recurriert. Der dortige Insolvenzrichter hat sich die Interessenlage angehört, einen Tag Bedenkzeit gehabt und den Wunschverwalter sodann bestellt. Der Verwalter hat das Unternehmen erfolgreich fortgeführt und kürzlich – wie man in der Presse lesen konnte – an einen dritten Investor verkaufen können. Die Gläubiger sind zufrieden, die Arbeitsplätze weitgehend erhalten, die Gemeinde erhält weiter ihre Gewerbesteuer.

3° - Bei einem AG in den neuen Bundesländern wurde entgegen dem ausdrücklichen Wunsch der Hauptlieferantin und Sicherungsgläubigerin, die in einem kleineren Verfahren den Antrag gestellt und beantragt hatte, einen bestimmten, in kleinerer Kanzlei persönlich arbeitenden Verwalter zu bestellen. Das Gericht bestellte gleichwohl einen Verwalter aus einer überregionalen Großkanzlei. Die Begründung lautete „Der kann das ja auch.“ Hier fand sich bei der Kassenprüfung folgende Konstellation:

1. Die Masse war nicht persönlich in Besitz genommen, sondern ein Verwerter hingeschickt worden, um das Anlage- und Umlaufvermögen aufzunehmen und zu inventarisieren. Dadurch wird die Wirkung der Beschlagnahme in Frage gestellt.

2. Der Gesellschafter-Geschäftsführer, der den Geschäftsbetrieb an selbiger Adresse über eine Auffanggesellschaft übernehmen wollte, hatte ungehinderten Zugang zum Warenlager, auch zu dem z.T. teuren Sicherungsgut der Hauptlieferantin. Der Verwalter hatte ihm allerdings auferlegt, Entnahmebelege in die Kasse zu tun. Eine End-Inventarisierung bei Veräußerung des Geschäftsbetriebes fand nicht statt. Dadurch kann nicht mehr festgestellt werden, ob Ware ohne Entnahmebelege entnommen wurde.
3. Rechnungen aus der Zeit vor der Eröffnung wurden nach der Eröffnung aus Mitteln der Masse bezahlt; eine Ermächtigung nach § 22 InsO fehlte. Ebenso wurde mit der Vorfinanzierung von Insolvenzgeld verfahren. Die Zinsen wurden nach der Eröffnung aus Mitteln der Masse bezahlt; eine entsprechende Ermächtigung nach § 22 InsO fehlte.
4. Aus der Rechnungslegung ergaben sich Anhaltspunkte dafür, dass diese Wareneinkäufe nach der Eröffnung erheblich unter dem Kaufpreis umgesetzt wurden. Eine BWA gab es nicht.

Aus der Größe des Verwalterbüros und der Tatsache, dass dieser Verwalter sehr häufig und vor allem auch in Großverfahren bestellt wird, muss man daran denken, dass er schon immer so gearbeitet hat und dies auch künftig tun wird.

4° - Sehr häufig findet man aber leider auch folgendes Szenario vor:

Ein Unternehmen ist in die Liquiditätskrise geraten. Die Bank will ihm nicht mehr beispringen. Die Gesellschafter reagieren zu spät, sind verzweifelt. Sie lassen sich für teures Geld beraten. In Nacht- und Wochenendarbeit stellen sie unter Hochdruck gemeinsam mit ihren Beratern einen Sanierungsplan auf, stellen ihr gesamtes Privatvermögen dafür zur Verfügung. Man beschließt aber, die Instrumentarien der Insolvenzordnung zu nutzen. Der Sanierungsplan ist fertig, der Antrag wird gestellt, das Gericht auf die Sanierungsabsichten aufmerksam gemacht. Ein Insolvenzverwalter wird bestellt – turnusmäßig und nach Liste. Im Betrieb wartet alles auf den Insolvenzverwalter – aber keiner kommt. Schließlich, nach ein paar Tagen, kommt eine Anwältin aus dem Büro des Verwalters und verschafft sich „einen Überblick“. Der Verwalter hat keine Zeit, er ist mit einem

anderen größeren Verfahren beschäftigt. Nach 7 Wochen ist die Insolvenzgeldvorfinanzierung endlich geschafft – darüber war Weihnachten ins Land gegangen und die Mitarbeiter waren ohne Lohn. Jetzt geht der Verwalter erst einmal in Urlaub, die Kunden sind sowieso weg, den Sanierungsplan hat die Mitarbeiterin des Verwalters zur Kenntnis genommen oder doch zumindest abgeheftet.

Ich möchte dies nicht weiter kommentieren, sondern viel lieber auf die Vielzahl von ausgezeichneten Verwaltern zu sprechen kommen, denen so etwas im Leben nicht passieren würde. Darunter sind sowohl Verwalter aus Großkanzleien als auch Verwalter, die in eigener Kanzlei, die „Ihre“ Fälle persönlich, mit großer Sorgfalt und großem Engagement und vor allem mit großer Transparenz und Kooperationsbereitschaft abwickeln. Diese Verwalter sind bemüht, Kollateralschäden zu vermeiden und Unternehmen, nicht nur Betriebseinheiten, zu erhalten ohne das Ziel der InsO, nämlich die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger aus dem Auge zu verlieren. Diese Verwalter wollen die Gläubiger haben und die Schuldner – vor allem die Unternehmerfamilien – ebenfalls. Aber wie erreichen wir deren Bestellung?

Das Bundesverfassungsgericht hat sich mehrfach mit der Bestellpraxis der Gerichte befassen müssen und dabei die Zugangsrechte von Bewerbern anhand von Grundrechten geprüft. Der entscheidende Satz findet sich in dem Beschluss vom 23. Mai 2006, in dem es heißt:

„aa) Bei der Auswahl des Insolvenzverwalters aus dem Kreis der geeigneten Bewerber sind die Interessen der Gläubiger und des Schuldners des konkreten Verfahrens maßgebend. Danach richtet sich die Auswahl sachgerechter Kriterien.“<sup>26</sup>

Wenn diese Aussage stimmt, dann gilt das sowohl für die Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters als auch für eine eventuelle Korrektur bei der Bestellung des Insolvenzverwalters im Eröffnungsbeschluss.

So lange die Gerichte die Anhörung der Schuldner und zumindest der präsenten, anhörungswilligen Gläubiger ablehnen, ignorieren sie deren Interessen bewusst

---

<sup>26</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.5.2006 – 1 BvR 2530/04 sub 33 = B I. 2. b) aa)

und müssen fortan mit ganz besonderer Sorgfalt an die Auswahl herangehen, um sich nicht mutwillige Interessenverletzung vorhalten lassen zu müssen. Der Richter oder die Richterin, der bzw. die sich über diese Aussage des BVerfG hinwegsetzt, kann nur hoffen, dass der von ihnen ausgewählte Verwalter keine Fehler macht. Äußerungen wie „Der kann das auch“ oder „Über den sind mir noch keine negativen Äußerungen zu Ohren gekommen“ haben keinerlei Aussagewert, sondern belegen nur, dass der Richter / die Richterin sich mit dem Verwalter noch gar nicht befasst hat.

Wie oben ausgeführt, kann die Qualität des verwalterlichen Handelns nur durch einen sorgfältigen Blick in die Akten erfasst werden. Da die Richter aber die Verfahren gar nicht begleiten, können sie über die Verfahrensführung „Ihrer“ Verwalter gar nichts wissen, es sei denn, sie werden regelmäßig unterrichtet oder erkundigen sich aktiv und lassen sich die Akten vorlegen. Das bedeutet gleichzeitig, dass sie über die Geeignetheit der von ihnen bestellten Verwalter eigentlich gar nichts wissen. Auch das spricht dafür, die Verfahren in der Hand des Richters zu belassen, wie das in allen anderen europäischen Staaten der Fall ist.

Das Auswahlermessen ist auch keineswegs „frei“ wie die Richterschaft offenbar annimmt, sondern es ist immer nur „pflichtgemäß“ – wie jedes Ermessen der öffentlichen Verwaltung<sup>27</sup>. Legen sich die Gläubiger und der Schuldner auf einen Verwalter fest, so könnte das Auswahlermessen auf Basis der Erkenntnis des BVerfG<sup>28</sup> sogar auf Null reduziert sein. Eine Abweichung wäre dann generell pflichtwidrig. Aus der Richterschaft kommt z.B. der Einwand, die Gläubiger stünden in diesem frühen Stadium – nämlich bei Beantragung des Verfahrens – noch gar nicht fest, weil die Forderungen ja noch nicht einmal geprüft seien, so gilt dies bei der ersten Gläubigerversammlung wohl auch. Denn zum Einen wird der Prüfungstermin generell erst nach der Gläubigerversammlung anberaumt, und zum zweiten werden die angemeldeten Forderungen in den seltensten Fällen zum Prüftermin bereits geprüft. Allenfalls kann eine cursorische Überprüfung mit den Daten der schuldnerischen Buchhaltung erfolgt sein. Das kann aber auch bei einem vorbereiteten Insolvenzantrag der Fall sein, so dass der Richter die

---

<sup>27</sup> s. nur: RGZ 154, S. 291 ff., 296 und dem folgend BGH KTS 1966, S. 17 ff, 19

<sup>28</sup> s.o. Fn 26

Gläubigerstellung anhand der beizubringenden schuldnerischen Buchhaltung überprüfen kann.

Hinzu kommt, dass die Bestellung des beantragten Verwalters bei der Eröffnung noch korrigiert werden kann, wenn sich dann herausstellt, dass die Gläubiger sämtlich tatsächlich keine Forderungen hatten. Letztlich kann eine Korrektur auch insoweit stets in der ersten Gläubigerversammlung erfolgen.

Die Frage, warum die Einsetzung eines vorläufigen Verwalters auf Basis der Wünsche der Gläubiger und des Schuldnerunternehmens schlimmer sein soll als die intransparente Auswahl irgendeines Verwalters durch das Gericht, ist nicht ersichtlich.

Es soll hier keineswegs verkannt werden, dass einige Richter und Richterinnen erhebliche Mühe darauf verwenden, die Verwalter nach Qualitätsmerkmalen korrekt auszuwählen<sup>29</sup>. Letztlich kommen aber auch sie an einem analytischen Blick in die Verfahrensakten nicht vorbei. Selbstauskünften der Verwalter kann man nur trauen, wenn sie verifizierbar sind und auch verifiziert werden<sup>30</sup>.

Wenn die Richterinnen und Richter die Betroffenen von einer Beteiligung am Auswahlverfahren ausschließen wollen, dann müssen sie die folgenden Aufgaben gewissenhaft selbst erfüllen:

- Grunddatenerfassung  
Hierzu gehört der Aus- und Fortbildungsstand des Verwalters und seiner Mitarbeiter, Anzahl und Zuständigkeiten der Mitarbeiter, Ausstattung des Büros, Vorstrafen gemäß Zentralregister, Anzahl der Verfahren, Gerichte, an denen er bestellt wird etc.
- Orientierung an den Bedürfnissen des Verfahrens
- Dazu muss das Verfahren analysiert werden und es muss ermittelt werden, welche Fähigkeiten und Kenntnisse benötigt werden, um das Verfahren in der gebotenen Eile aufzunehmen und durchzuführen; schließlich muss nachweislich und belegbar feststehen, welcher Bewerber über diese

---

<sup>29</sup> s. nur *Frind* (AG Hamburg), ZInsO 2008, S. 126 ff.; *Neubert* (AG Hannover), ZInsO 2007, S. 979 ff. u.a.

<sup>30</sup> beispielhaft sei hier die Selbstauskunft der Kanzlei Leonhardt-Westhelle, INDat-Report 2008, S. 14 genannt.

Fähigkeiten verfügt)Überprüfung der Verfügbarkeit des potentiellen Verwalters auf der Basis der Bedürfnisse des Verfahrens

Verwalter, die damit werben, dass sie derzeit in 278 bzw. 156 Fällen bestellt sind<sup>31</sup>, können vielleicht in Großverfahren bestellt werden und diese auch schnell in den Griff nehmen, aber was ist mit den anderen Fällen? Niemand kann so gut delegieren, dass er die Bearbeitung von 278 Fällen auch nur mit annähernd ausreichender Sorgfalt überwachen kann, während er auch nur ein einziges Großverfahren leitet. Kommt er für eine weitere Bestellung überhaupt noch in Betracht?)

- **Qualitätserfassung durch Auswertung der (Schluss-)Berichte und (Schluss-) Rechnungslegung:**

Hier gilt der Grundsatz „*ipse facere!*“ für jeden Richter und jede Richterin, die es für sich in Anspruch nimmt, die Qualität verwalterlichen Handelns selbst beurteilen zu können. Dies gilt umso mehr, je weiter sie sich von den Wunschvorstellungen der Betroffenen distanzieren.

- **Hilfestellung durch Einsicht in das Ergebnis externer Zertifizierungs- und Ratingagenturen**

So lange die Richter und Richterinnen das nicht selbst leisten können, etwa weil sie in ihrem  $\frac{3}{4}$  Familien-Dezernat zu stark beansprucht sind, müssen sie sich auf die Ergebnisse unabhängiger, wenngleich gewerblicher Zertifizierungs- und Ratingagenturen verlassen. Allerdings werden sie nicht umhin kommen, sich deren Bewertungssysteme anzuschauen und sich selbst ein Bild darüber machen, ob deren Kriterien Aussagewert haben oder nicht. Sofern sie das nicht möchten, können sie ein Kennzahlensystem natürlich auch selbst etablieren, müssen es aber anhand einer repräsentativen Menge von Verfahren der einzelnen Verwalter verifizieren. Darauf sollten sie sehr viel Sorgfalt verwenden. Denn weichen Sie von der Wunschvorstellung der Betroffenen ab, so werden sie sich wegen der Sorgfalt bei der Verwalterauswahl ggf. entlasten müssen.

---

<sup>31</sup> so z.B. die englische Website von White & Case (League Tables): “White & Case Tops Bankruptcy Tables for Q2 2007” “White & Case führt die Insolvenztabelle im 2. Quartal 2007 an”

Der oben ad 1° aufgezeigte Fall zeigt, wie erfolgreich ein Verfahren ablaufen kann, wenn möglichst viele der unmittelbar Betroffenen in die Entscheidung über die Person des vorläufigen Verwalters mit einbezogen werden können. Dazu später.

Wer dies aus grundsätzlichen Erwägungen heraus ablehnt, verkennt, dass die Gläubiger ein paar Wochen später gemäß § 57 InsO den Insolvenzverwalter ohnehin frei auswählen dürfen, und zwar ohne Begründung. Nur, dann ist es für ein erfolgreiches Verfahren meist schon viel zu spät.

Die Gläubiger werden allenthalben auf ihre eigene Überwachungspflicht und die Möglichkeit verwiesen, schlechte Verwaltung zu korrigieren, notfalls über Schadensersatzansprüche. Das ist aber mit finanziellem Aufwand verbunden ohne dass ein Rückfluss zu erwarten wäre und **ist** deshalb von einem ordentlichen Kaufmann nicht zu vertreten. Den Gläubigern ist deshalb naturgemäß daran gelegen, den Schaden zu verhindern. Soweit sie schlechte Erfahrungen gemacht haben, ist ihnen auch nicht zuzumuten, dies all denjenigen Gerichten, von denen der Verwalter bestellt wird, mitzuteilen. Wenn sie aber an der Auswahl beteiligt werden, können sie ihre Erfahrungen einbringen und in Konsequenzen umsetzen. Querulatorische Bemängelungen werden automatisch von anderen Gläubigern korrigiert, berechtigte Bemängelungen werden verstärkt. Dieses sehr praktische Ausleseverfahren setzt allerdings voraus, dass nicht nur die institutionellen Gläubiger einbezogen werden. Hierbei handelt es sich stets um „reiche“ Gläubiger. Vielmehr sollten insbesondere die KMU-Gläubiger einbezogen werden, sofern sie schnell genug erreichbar sind. Denn diese leiden unter den geringen Ausschüttungsquoten und müssen den Ausfall zunächst über teuren Kontokorrentkredit finanzieren.

Auch hier soll die Organisation der Gläubiger über den in Deutschland soweit ersichtlich ersten flächendeckenden Gläubigerschutzverband<sup>32</sup> helfen. Über diesen Gläubigerschutzverband können nicht nur die sonst unvertretenen Gläubiger eingebunden werden, sondern auch die ausländischen Gläubiger, die einen noch viel höheren Kostenaufwand haben, um sich einzeln vertreten zu lassen.

---

<sup>32</sup> Internationaler Verein für Kreditschutz- und Insolvenzrecht, [www.ksi-deutschland.de](http://www.ksi-deutschland.de)

## 5 Staatshaftung gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG?

Gemäß § 839 BGB haftet ein Bediensteter des Staates dem Geschädigten für Pflichtverletzungen, die er im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit begeht. Er wird aber natürlich gemäß Art. 34 GG vom Staat freigestellt, mit Ausnahme von Vorsatz und ggf. grober Fahrlässigkeit.<sup>33</sup> Im Bereich der Justiz ist die Haftung der Richter für streitige Entscheidungen der Richter allerdings eingeschränkt (§ 839 Abs. 2 BGB – sog. „Spruchprivileg“), so dass auch der Staat für Fehler nicht einzustehen hat. Im Bereich der Insolvenzverfahren gilt diese Einschränkung jedoch nicht, weil es sich nicht um streitige Verfahren handelt. Hier haftet der Richter und Rechtspfleger also wie jeder andere Staatsbedienstete für Schäden, die er im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit angerichtet hat.

§ 839 BGB setzt Verschulden in Form von Vorsatz oder einfacher Fahrlässigkeit voraus. Der BGH hat aber im Jahr 2003<sup>34</sup> ein sog. „qualifiziertes Verschulden“ für Richter außerhalb der Spruchtätigkeit entwickelt, das gegeben sein muss, bevor ein Richter persönlich haftet und der Staat für ihn eintritt. Liegt allerdings tatsächlich ein grobes Verschulden vor, so würde dies ggf. – ähnlich wie in Arzthaftungssachen – im Hinblick auf die haftungsbegründende Kausalität und das rechtmäßige Alternativverhalten zu einer Beweislastumkehr führen. Das ist bei der oft schwierigen Beweisführung für den Schadenseintritt wichtig. Schäden sind dann schwierig nachzuweisen, wenn es sich nicht um Veruntreuung von Geldern handelt, sondern um andere Handlungen des Verwalters, deren finanzielle Auswirkungen nicht ohne weiteres auf der Hand liegen. Das ist z. B. bei der fehlerhaften Zustimmung des Gerichts zur Betriebsstilllegung der Fall, etwa wenn keine ausreichende Liquiditätsberechnung vorliegt, der Rechtspfleger aber gleichwohl zustimmt, ohne eine solche zuvor anzufordern. „Grob“ ist ein Verschulden bei der Rechtsaufsicht z. B. dann, wenn die Handlung oder

---

<sup>33</sup> Der Abschluss einer Haftpflichtversicherung für Insolvenzrichter und Rechtspfleger, der von den Versicherungen allenthalben empfohlen wird, ist daher überflüssig. Soweit der Staat für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz seiner Bediensteten ausnahmsweise nicht einzustehen hat, hilft die Versicherung auch nicht weiter, denn grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz sind nicht versicherbar.

<sup>34</sup> BGH NJW 2003, 3052

Unterlassung auch für einen unkundigen Dritten schlichtweg nicht mehr verständlich ist.<sup>35</sup>

Wo liegen nun die Fallstricke für einen solchen „qualifizierten“ Pflichtenverstoß des Insolvenzrechtspflegers oder -richters?

### 5.1 Zuständigkeitsverteilung, vertikale Arbeitsteilung

Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters ist dem Richter zugewiesen. Nach der Eröffnung, also nach dem Bestellungsbeschluss, gehen Zuständigkeit und Überwachungsverantwortung allerdings auf den Rechtspfleger beim Amtsgericht über. Das hat der Gesetzgeber in § 18 Abs. 1 RPfIG angeordnet.

In § 18 Abs. 1 RPfIG heißt es:

*„In Verfahren nach der Insolvenzordnung bleiben dem Richter vorbehalten:*

1. *das Verfahren bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag unter Einschluss dieser Entscheidung und der Ernennung des Insolvenzverwalters...*“

Für alle gerichtlichen Aufgaben nach der Eröffnung ist dagegen der Rechtspfleger originär zuständig. Der Richter kann sich das Verfahren aber nach § 18 Abs. 2 RPfIG vorbehalten, *„wenn er dies für geboten erachtet“*. Diese Möglichkeit wird von den Richtern aber grundsätzlich nicht wahrgenommen.

Während der Richter die Verwalter auswählt und bestellt, obliegt dem Rechtspfleger also die Überwachung des Verwalters nach § 58 InsO.

Das Insolvenzgericht arbeitet also arbeitsteilig:

Insolvenzgericht
------------------

Richter:  
Auswahl + Bestellung  
des Verwalters

Rechtspfleger:  
Aufsicht gemäß § 58  
InsO

<sup>35</sup> So z. B. BGH, VI. Zivilsenat (Arzthaftungssachen) in ständiger Rspr. seit Urteil vom 21.9.1982 – VI ZR 302/80 = NJW 1983, 333 f.

Auf dem 5. Insolvenzrechtstag im März 2008 in Berlin wurde eigens ein Workshop zu dem Thema eingerichtet, ob und wie die Kommunikation zwischen Rechtspflegern und Richtern in diesem Zusammenhang funktionieren muss. Ich halte es für eine grundlegende Pflicht der Justizverwaltung, dafür zu sorgen, dass ein regelmäßiger Informationsaustausch in beide Richtungen besteht. Alles andere dürfte den Vorwurf des qualifizierten Pflichtenverstoßes begründen und damit einen Schadensersatzanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG zulasten des Dienstherrn auslösen – ähnlich wie bei der Arzthaftung das Organisationsverschulden des Klinikträgers völlig problemlos gegeben ist, wenn Ärzte arbeitsteilig tätig waren und nicht miteinander kommuniziert haben.

Es bedarf daher überhaupt keiner Überlegung, dass ein Rechtspfleger verpflichtet ist, dem zuständigen Richter Meldung zu machen, wenn er Unregelmäßigkeiten bei der Verwaltung der Masse feststellt. Dies muss zu einer Zurückhaltung bei der Bestellung des Verwalters führen, bis die Unregelmäßigkeiten aufgeklärt sind. Alles andere wäre wohl sogar ein grober Pflichtenverstoß.

5.2. Nachfolgend sollen abschließend einige Kriterien aufgestellt werden, die vom Verwalter in mehreren Jahren durchgängig erzielt wurden und die aus Sicht eines Gläubigervertreeters bei der sachgerechten Auswahl eines geeigneten Verwalters zur Anwendung kommen sollten.<sup>36</sup>

a) Quote der ungesicherten Gläubiger	über 10 %
b) Eröffnungsquote	über 60 %
c) Beitreibungsquote Altdebitorenforderungen	über 75 %
d) erhaltene Arbeitsplätze während Fortführung	über 50 %
e) Verfahrensdauer	unter 3 Jahren.

Die Aussage zur Quotenausschüttung an unbesicherte Gläubiger hat natürlich nur dann Aussagewert, wenn die Anfangs-Masse bekannt ist. Wünschenswert wäre daher eine Kennzahl, die sich an dieser Anfangsmasse orientiert.

<sup>36</sup> In Anlehnung an *Frind*, ZInsO 2008, 126 und an die Kriterien des DIAI.

Wünschenswert wäre auch eine Gewichtung nach Art der Verfahren, so dass Praxisbesonderheiten geltend gemacht werden können, etwa regionale Besonderheiten, wenn regelmäßig nur Verfahren mit kleinen Massen ohne Fortführungsmöglichkeiten verteilt werden können.

Darüber hinaus darf auch eine Analyse der Arbeitsverfahren nicht fehlen. Das wird eher durch die Zertifizierungsverfahren nach DIN ISO gelingen. Beides zusammen, das erfolgsorientierte Verfahren und die Analyse der Arbeitsmethodik gibt aber ein recht zuverlässiges Bild über die Verwaltungstätigkeit, so dass das Gericht sich auf Stichproben zurückziehen kann.

## 6 Fazit

- Die Gläubiger sind in der Auswahl „ihrer“ Verwalter völlig frei. Sie müssen weder Belange der Vergabegerechtigkeit noch Grundrechte auf freien Zugang zum Beruf potenzieller Verwalter berücksichtigen. Sie können sich auf ihre Erfahrung verlassen und ergebnisorientiert auswählen.
- Auf der Basis der o. g. Richtlinien sind die Gerichte mit der Auswahl des geeigneten Verwalters im Alltag in der Regel überfordert. Die Aufgabe, als öffentlich-rechtlicher Auftraggeber eine gewisse Vergabegerechtigkeit einzuhalten, auf Grundrechte der Bewerber auf freien Zugang zu dem Beruf zu achten und gleichzeitig die Belange des schuldnerischen Unternehmens und die rechtmäßigen Interessen der Betroffenen zu wahren, ist schlicht unlösbar. Sie sollten die Gläubiger und Schuldner deshalb von Anfang an in die Auswahl mit einbeziehen, um Fehler zu vermeiden und sich selbst nicht unerheblich zu entlasten.
- Einseitige Interessen dürfen bei der Auswahl des Verwalters genauso wenig eine Rolle spielen wie bei der Verwalterwahl nach § 57 InsO.

Deshalb ist darauf zu achten, dass die Gruppe der kleineren Gläubiger sich organisieren und so mit berücksichtigt werden kann.

- Bei der Überwachung der Verwalter kann das Gericht sich nicht zurückziehen. Denn auch dann, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt wurde, hat das Gericht eigene, originäre Überwachungspflichten, etwa wenn der Gläubigerausschuss erkennbar untätig bleibt oder versagt. Es kann die Kassenprüfung und die Prüfung der Schlussrechnungslegung delegieren, muss aber auch diese externe Kassen- und Rechnungsprüfung wiederum auf Schlüssigkeit und Vollständigkeit überprüfen.
- Die Überwachung der Verwaltungstätigkeit muss mit Augenmaß und so ausgestaltet werden, dass diese in ihrer täglichen Arbeit nicht unnötig behindert werden. Ein Verzicht auf laufende Überwachung ist aber dadurch nicht zu rechtfertigen.
- Die Überwachung hat unmittelbare Auswirkung auf die Bestellpraxis der Gerichte. Wer auf die Mitwirkung der Betroffenen, also der Gläubiger und des Schuldners verzichtet, muß besonders sorgfältig vorgehen, um sich nicht Haftungsansprüchen auszusetzen. Sorgfältig wird es aber nur derjenige machen, der es selber macht. Wie immer und wie überall gilt also auch hier die Devise: *Ipse facere!*
- Um sich nicht unnötig zu belasten und trotzdem alle Interessen angemessen zu berücksichtigen, sollten die Gerichte schon bei der Bestellung des vorläufigen Verwalters die Betroffenen mehr in die Verantwortung nehmen. Wenn der Staat den Gläubigern die Möglichkeit einräumt, sich wie in Österreich zu organisieren, dann wird auch sichergestellt werden, dass alle Gläubigergruppen angemessen beteiligt werden, ohne dass ein unzumutbarer Verwaltungsaufwand entsteht. Einstweilen mögen die Gerichte sich damit begnügen, die präsenten Gläubiger und Schuldner anzuhören und deren Interessen aufzunehmen. In jedem Falle werden sie die Ergebnisse unabhängiger Zertifizierungsunternehmen und Ratingagenturen in ihre Auswahlpraxis mit

einbeziehen müssen. Tun sie dies ohne hinreichenden Grund und vor allem ohne Alternativ-Daten über den Verwalter nicht, so ist eine Amtshaftung vorprogrammiert.