



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IV AR(VZ) 6/07

vom

19. Dezember 2007

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Terno, die Richter Dr. Schlichting, Seiffert, die Richterin Dr. Kessal-Wulf und den Richter Dr. Franke

am 19. Dezember 2007

beschlossen:

Die Sache wird zur weiteren Behandlung und Entscheidung an den 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden zurückgegeben.

Gründe:

- 1 I. Der Antragsteller ist Fachanwalt für Steuerrecht und Insolvenzrecht. Seit dem Jahre 1992 wurde er - unter anderem vom Amtsgericht Dresden - in einer Vielzahl von Verfahren als Gesamtvollstreckungs- oder Insolvenzverwalter bestellt. Anfang des Jahres 2006 beantragte er beim Amtsgericht Dresden seine Aufnahme in die dort geführte Liste der Insolvenzverwalter. Der Antragsgegner verweigerte dies mit Bescheid vom 7. Juli 2006 wegen mangelnder persönlicher Eignung des Antragstellers; der dagegen gerichtete Antrag auf gerichtliche Entscheidung hatte Erfolg. Das Oberlandesgericht wies den Antragsgegner an, den Antragsteller neu zu bescheiden, da die Ablehnung zum einen auf einer unzureichenden Tatsachengrundlage beruhe und sich zum anderen als ermessensfehlerhaft erweise. Am 16. Januar 2007 lehnte der Antragsgegner den Antrag des Antragstellers erneut ab und begründete dies wie-

derum mit einer fehlenden persönlichen Eignung für das Amt des Insolvenzverwalters und Massegutachters. Dagegen hat der Antragsteller am 28. Februar 2007 Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt mit dem Inhalt, den Antragsgegner unter Aufhebung des angegriffenen Bescheides anzuweisen, ihn in die Liste der Insolvenzverwalter beim Amtsgericht Dresden aufzunehmen, hilfsweise, über seinen Antrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des beim Oberlandesgericht erkennenden Senats erneut zu entscheiden.

2 II. Das Oberlandesgericht hält den Antrag im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG für statthaft und auch im Übrigen für zulässig und möchte über ihn in der Sache entscheiden. Es hat dazu ausgeführt:

3 Jeder Bewerber um das Amt des Insolvenzverwalters müsse nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Artt. 3 und 12 GG eine faire Chance erhalten, entsprechend seiner in § 56 Abs. 1 InsO vorausgesetzten Eignung berücksichtigt zu werden. Das erfordere eine der Sicherung des chancengleichen Zugangs angemessene Verfahrensgestaltung, wie etwa das Führen einer Vorauswahl-liste. Mangels gesetzlicher Regelung bleibe den Fachgerichten die Gestaltung der Auswahllisten überlassen, insbesondere hätten sie sachgerechte Kriterien für die Ausübung des Auswahlermessens zu entwickeln. Nicht nur bei der Aufstellung dieser Kriterien für die Listenauswahl, sondern auch im Rahmen der konkreten Vorauswahl geeigneter Bewerber sei dem Insolvenzgericht ein weites Auswahlermessen zuzuweisen. Zwar sei die Liste dem Bundesverfassungsgericht zufolge so zu führen, dass in sie jeder Bewerber aufgenommen werde, der die grundsätzlich zu stellenden Anforderungen an eine generelle, von der Typizität des einzelnen

Insolvenzverfahrens gelöste Eignung für das Amt des Insolvenzverwalters erfülle, so dass die Aufnahme in die Liste allein von der Erfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der persönlichen und fachlichen Eignung für das Amt des Insolvenzverwalters abhängig zu sein scheine. Diese Sicht lasse indes die Funktion der Vorauswahlliste außer Betracht, die dem Richter einen Rahmen geben solle, der ihn trotz der Eilbedürftigkeit der Verwalterbestellung im konkreten Verfahren eine hinreichend sichere Tatsachengrundlage für eine sachgerechte Auswahlentscheidung vermittele. Das Verfahren zur Aufnahme in die Vorauswahlliste stelle sich damit als ein - gleichsam vorweggenommener - Teil des späteren Bestellungsakts nach § 56 Abs. 1 InsO dar. Diese Funktion könne die Vorauswahlliste nicht mehr erfüllen, wenn mit dem Auswahlermessen bei Bestellung des Insolvenzverwalters nicht ein ebenfalls weites Ermessen bei Aufnahme des Bewerbers in die Vorauswahlliste korrespondiere.

4 Auch bei einem weiten Auswahlermessen für die konkrete Entscheidung über die Aufnahme in die Vorauswahlliste dürften indessen nur sachgerechte Kriterien Berücksichtigung finden, die der Antragsgegner aus verschiedenen Gründen nicht beachtet habe. Zweifel an einer persönlichen Eignung des Antragstellers könnten sich überhaupt nur deshalb ergeben, weil dieser in früheren Insolvenzverfahren nicht ausreichend zwischen seiner eigenen Vermögenssphäre und den jeweiligen Insolvenzmassen unterschieden habe, und sich überdies Pro-forma-Rechnungen habe erstellen lassen mit der Erwägung, diese gegebenenfalls zur Täuschung des Zivilgerichts oder des Prozessgegners in einen Rechtsstreit einzuführen.

5 Das Oberlandesgericht möchte dem Antragsgegner Gelegenheit geben, seine Entscheidung über die Aufnahme des Antragstellers in die

Liste der Insolvenzverwalter auf dieser - eingeschränkten - Tatsachengrundlage neu zu treffen. Es sieht sich darin im Widerspruch zu einer Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 28. November 2006 (ZIP 2007, 831), das jeden Bewerber, der nicht generell für das Amt eines Insolvenzverwalters ungeeignet sei, in das konkrete Auswahlverfahren gemäß § 56 InsO für die Bestellung zum Insolvenzverwalter einbeziehen wolle. Ein Fehlverhalten in einem früheren Insolvenzverfahren rechtfertige danach die Nichtaufnahme in die Liste nur dann, wenn es generell die Befürchtung stütze, der Antragsteller könne niemals als bestgeeigneter Insolvenzverwalter im Sinne des § 56 Abs. 1 InsO in Betracht kommen.

6 Das Oberlandesgericht hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 EGGVG zur Entscheidung vorgelegt. Es hält die Klärung der Frage für geboten, ob und inwieweit das Ermessen des Insolvenzgerichts bei der Aufnahme von Bewerbern in die Liste der Insolvenzverwalter eingeschränkt ist, insbesondere ob das Insolvenzgericht eine Prognose zu treffen hat, wie vom Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht gefordert. Von der Beurteilung dieser Frage hänge ab, ob der vorlegende Senat die Entscheidung des Antragsgegners in vollem Umfang oder lediglich auf das Vorliegen von Ermessensfehlern zu überprüfen habe. Bei enger Betrachtungsweise, wie vom Standpunkt des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts aus geboten, wäre das Ermessen des Antragsgegners vorliegend auf Null reduziert, da das Fehlverhalten des Antragstellers nicht so schwer wiege, dass er dauerhaft von dem Verwalteramt ausgeschlossen werden könne. Gemessen hieran wäre der Antragsgegner entsprechend dem Hauptantrag des Antragstellers anzuweisen, ihn in die Liste der Insolvenzverwal-

ter aufzunehmen; eine Zurückverweisung zur Neubescheidung käme nicht in Betracht.

7 III. Die Vorlage ist nicht zulässig. Die Sache war daher an das Oberlandesgericht zur Behandlung und Entscheidung in eigener Zuständigkeit zurückzugeben.

8 1. Zu den Voraussetzungen einer zulässigen Vorlage nach § 29 Abs. 1 Satz 2 EGGVG gehört, dass das vorlegende Oberlandesgericht von einer aufgrund des § 23 EGGVG ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen will. Dabei ist der Bundesgerichtshof an die Auffassung des Oberlandesgerichts gebunden, dass es einer Stellungnahme zu der von diesem herausgestellten Rechtsfrage bedarf (BGHZ 105, 395, 398). Unbeschadet dessen hat er zu prüfen, ob in der streitigen Rechtsfrage ein Abweichungsfall vorliegt. Das Erfordernis der Abweichung beinhaltet insbesondere, dass die begehrte Stellungnahme für die zu treffende Entscheidung des Falles erheblich sein muss. Dazu hat das Oberlandesgericht darzutun, dass die Befolgung der abweichenden, von ihm vertretenen Rechtsansicht zu einer anderen Fallentscheidung führen würde (vgl. Senatsbeschlüsse vom 23. September 1992 - IV ARZ(VZ) 1/92 - bei juris abrufbar Tz. 9; vom 22. September 1993 - IV AR(VZ) 1/93 - VersR 1994, 73, 74; vom 18. Februar 1998 - IV AR(VZ) 2/97 - ZIP 1998, 961 unter II 1).

9 Eine solche Entscheidungserheblichkeit ist - trotz der Darlegung des Oberlandesgerichts - derzeit nicht erkennbar. Es besteht ein - der sachlichen Entscheidung vorrangiger - prozessualer Mangel, den das Oberlandesgericht bislang nicht behoben hat.

- 10 2. Nach § 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG entscheiden über die Rechtmäßigkeit von Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten unter anderem auf dem Gebiet des Zivilprozesses - dessen Regeln das Insolvenzverfahren folgt (§ 4 InsO) - getroffen werden (Justizverwaltungsakte), auf Antrag die ordentlichen Gerichte. Dieser besonderen Rechtswegregelung liegt die Annahme zugrunde, dass die ordentlichen Gerichte den Verwaltungsmaßnahmen in den aufgeführten Gebieten sachlich näher stehen als die Gerichte der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit und über die zur Nachprüfung justizmäßiger Verwaltungsakte erforderlichen zivil- und strafrechtlichen Erkenntnisse und Erfahrungen verfügen. Die Bestimmung ist als Ausnahme zu § 40 Abs. 1 VwGO eng auszulegen (Senatsbeschluss vom 16. Mai 2007 - IV AR(VZ) 5/07 - ZIP 2007, 1379 Tz. 11 m.w.N.).
- 11 3. Dabei entspricht es einhelliger Auffassung, dass der Begriff der Justizbehörde im funktionellen Sinne zu verstehen ist, wenn es darum geht, ob die jeweils in Rede stehende Amtshandlung in Wahrnehmung einer Aufgabe vorgenommen worden ist, die der jeweiligen Behörde als ihre spezifische Aufgabe auf einem der in § 23 EGGVG genannten Rechtsgebiete zugewiesen ist (vgl. BGHZ 105, 395, 399; Senatsbeschluss vom 16. Mai 2007 aaO Tz. 12 m.w.N.). Davon geht das vorliegende Oberlandesgericht im Ausgangspunkt zu Recht aus. Es hat zutreffend erkannt, dass der Antragsgegner seiner Funktion nach als Justizbehörde tätig geworden ist.

- 12 4. Das Oberlandesgericht ist jedoch der Frage nicht nachgegangen, ob der Antragsgegner Beteiligter des vorliegenden Verfahrens sein kann.
- 13 a) Im Verwaltungsprozess, aus dem die Justizverwaltungsakte ausgegliedert sind, kommt einzelnen Behörden neben natürlichen und juristischen Personen - wie dem Freistaat Sachsen als Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts - nur dann die Fähigkeit zu, am Verfahren beteiligt zu sein, wenn das Landesrecht dies bestimmt (§ 61 Nr. 1, 3 VwGO, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Gibt es eine solche Regelung nicht, ist gegen den Rechtsträger zu klagen, dessen Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat (Kopp/Schenke, VwGO 14. Aufl. § 78 Rdn. 3). Von dieser, durch §§ 61 Nr. 1, 3, 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO eröffneten Möglichkeit hat der Freistaat Sachsen - soweit ersichtlich - keinen Gebrauch gemacht. Dementsprechend geht § 7 Nr. 4 der Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über die Vertretung des Freistaates Sachsen im gerichtlichen Verfahren in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Dezember 1999 (SächsGVBl. 2000, 2) für Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG von einer Beteiligung des Freistaates Sachsen aus, und zwar unabhängig davon, von welcher Justizbehörde die angegriffene Maßnahme stammt, und regelt eine Vertretung durch das Staatsministerium der Justiz, dieses wiederum vertreten durch den Generalstaatsanwalt des Freistaates Sachsen.
- 14 b) Im Zivilprozess findet sich in § 50 ZPO eine vergleichbare Regelung. Behörden sind auch hier nur kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen Partei und allein insoweit parteifähig (Zöller/Vollkommer, ZPO 26. Aufl. § 50 Rdn. 25). § 29 EGGVG verweist allerdings nicht auf die Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsordnung oder der Zivilprozess-

ordnung, sondern ordnet die entsprechende Anwendung des Gesetzes über die Freiwillige Gerichtsbarkeit an. Auch in Verfahren, die nach den Regeln der Freiwilligen Gerichtsbarkeit geführt werden, ist indes das Rechtsträgerprinzip, das den §§ 61 Nr. 1, 3, 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, 50 ZPO zugrunde liegt, nicht außer Kraft gesetzt. Grundsätzlich können nur rechtsfähige Rechtsträger am Verfahren beteiligt sein. Behörden, die keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, sind lediglich parteifähig, wenn ihnen die Fähigkeit zugesprochen ist, sich an einem Verfahren zu beteiligen. Dies setzt eine entsprechende gesetzliche Regelung voraus, durch die die fehlende Parteifähigkeit ersetzt wird (vgl. Keidel/Zimmermann, FGG 15. Aufl. § 13 Rdn. 51; Jansen/Müther, FGG 3. Aufl. § 6 Rdn. 7), an der es hier offensichtlich fehlt.

15 Das Oberlandesgericht wird daher zunächst zu veranlassen haben, dass der Träger der Landesjustizverwaltung in das Verfahren einbezogen wird (vgl. Senatsbeschluss vom 16. Mai 2007 aaO Tz. 8 a.E.).

16 IV. Ergänzend verweist der Senat auf Folgendes:

17 1. Bei der Auswahl unter den geeigneten Bewerbern um das Amt des Insolvenzverwalters räumt § 56 Abs. 1 InsO dem zuständigen Insolvenzrichter ein weites Auswahlermessen ein. Hierdurch soll vorrangig eine Entscheidung unter angemessener Berücksichtigung der unterschiedlichen Interessen der Gläubiger und des Schuldners ermöglicht werden. Zu berücksichtigen sind ferner die durch Art. 3 Abs. 1 GG geschützten Interessen der als Insolvenzverwalter geeigneten Bewerber. Für diese besteht im Rahmen der Bestellung zum Insolvenzverwalter ein Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung. Jeder Bewerber um das Amt

des Insolvenzverwalters muss eine faire Chance haben, entsprechend seiner in § 56 Abs. 1 InsO vorausgesetzten Eignung berücksichtigt zu werden (vgl. BVerfG ZIP 2006, 1355 Tz. 30/31).

18 2. Erforderlich ist dazu ein Verfahren, das dem Richter nicht nur eine zügige Eignungsprüfung für das konkrete Verfahren ermöglicht, sondern ihm außerdem hinreichende Informationen für eine pflichtgemäße Ausübung des Auswahlermessens verschafft und verfügbar macht. Hierbei kommt insbesondere dem weithin üblichen Vorauswahlverfahren entscheidende Bedeutung zu. Es kann dem Richter einen Rahmen geben, der ihm trotz der Eilbedürftigkeit der Beststellungsentscheidung eine hinreichend sichere Tatsachengrundlage für eine sachgerechte Auswahlentscheidung im konkreten Insolvenzverfahren vermittelt.

19 Um diese Funktion erfüllen zu können, muss ein dem konkreten Insolvenzverfahren vorgelagertes allgemeines Vorauswahlverfahren die Erhebung, Verifizierung und Strukturierung der Daten gewährleisten, die nach der Einschätzung des jeweiligen Insolvenzrichters nicht nur für die Feststellung der Eignung eines Bewerbers im konkreten Fall maßgebend sind, sondern vor allem auch eine sachgerechte Ermessensausübung bei der Auswahl des Insolvenzverwalters aus dem Kreis der geeigneten Bewerber ermöglichen. Es ist Aufgabe der Fachgerichte, Kriterien für die Feststellung der Eignung eines Bewerbers sowie für eine sachgerechte Ausübung des Auswahlermessens zu entwickeln. Eine Liste ist so zu führen, dass in sie jeder Bewerber eingetragen werden muss, der die grundsätzlich zu stellenden Anforderungen an eine generelle, von der Typizität des einzelnen Insolvenzverfahrens gelöste Eignung für das erstrebte Amt im Rahmen eines Insolvenzverfahrens erfüllt (vgl. BVerfG aaO Tz. 43-45; ZIP 2006, 1541 Tz. 8).

20

3. Das bedeutet: Wird ein Bewerber als generell geeignet angesehen, zum Insolvenzverwalter bestellt zu werden, ist er in die Liste einzutragen. Ein weitergehendes Auswahlermessen besteht nicht. Kommt die Justizverwaltungsbehörde zu dem Schluss, dass der Bewerber die persönlichen und fachlichen Anforderungen für das Amt des Insolvenzverwalters im Allgemeinen erfüllt, kann ihm die Aufnahme in die Liste nicht versagt werden. Ein Ermessen des zuständigen Insolvenzrichters besteht erst, wenn es darum geht, aus dem Kreis der in der Liste geführten Kandidaten denjenigen auszuwählen, den er im Einzelfall für am Besten geeignet hält, um ihm das Amt des Insolvenzverwalters zu übertragen. Der Liste kommt mithin keine weitergehende Funktion zu, als dem Insolvenzrichter für das konkrete Insolvenzverfahren die Ausübung des Ermessens bei der Auswahl des Insolvenzverwalters zu erleichtern, indem er auf einen Kreis von Bewerbern zurückgreifen kann, auf deren allgemeine Qualifikation er sich verlassen kann, weil deren generelle persönliche und fachliche Eignung bereits geprüft und bejaht worden ist. Darauf zielen die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts (ZIP 2004, 1649, 1652), der Insolvenzrichter bedürfe wegen der Eilbedürftigkeit seiner Bestellungsentscheidung im jeweiligen Insolvenzverfahren eines Rahmens, wenn er im konkreten Fall in Bezug auf die Person des Insolvenzverwalters eine Auswahl treffe.

21

4. Das hat das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht in seiner Entscheidung vom 28. November 2006 (aaO) jedenfalls im Kern richtig erkannt. Es hat die grundsätzlich zu stellenden Anforderungen an eine generelle, von der Typizität des einzelnen Insolvenzverfahrens gelösten Eignung für das Amt des Insolvenzverwalters zum Ausgangspunkt genommen und keinen Grund gesehen, einen Bewerber, der diesen An-

forderungen gerecht wird, von der Aufnahme in die Liste des Insolvenzverwalters auszuschließen. Das vorliegende Oberlandesgericht unterscheidet hingegen nicht hinreichend zwischen dem Beurteilungsspielraum einerseits, der der Justizverwaltungsbehörde zuzubilligen ist, wenn sie den Bewerber an den allgemeinen Kriterien für die fachliche und persönliche Eignung misst, und dem Ermessensspielraum des Insolvenzrichters andererseits, der aus den in die Liste aufgenommenen Präkandidaten einen Insolvenzverwalter bestimmt. Für das Vorauswahlverfahren steht die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der persönlichen und fachlichen Eignung im Vordergrund. Für diese generelle Eignung ist ein bestimmtes Anforderungsprofil zu erstellen, nach dem sich die Qualifikation des jeweiligen Bewerbers richtet, wobei der Beurteilung, ob er dem Anforderungsprofil genügt, ein prognostisches Element immanent ist; mit der vom vorlegenden Oberlandesgericht angenommenen möglichen "Ermessensreduzierung auf Null" hat dies indes nichts zu tun.

22

5. Das vorliegende Oberlandesgericht hat daher nicht über einen möglichen Ermessensfehler des bisherigen Antragsgegners zu befinden, sondern allein darüber, ob dieser bei seiner Beurteilung Maßstäbe angelegt hat, die einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten. Es geht ausschließlich darum, ob der Antragsgegner auf Grundlage sachgemäßer oder sachwidriger Kriterien zu dem Ergebnis gekommen ist, dass es

an der generellen Eignung des Antragstellers für das Amt des Insolvenzverwalters fehlt mit der Folge, dass dem Antragsteller die Aufnahme in die Insolvenzverwalterliste zu versagen war.

Terno

Dr. Schlichting

Seiffert

Dr. Kessal-Wulf

Dr. Franke

Vorinstanzen:

AG Dresden, Entscheidung vom 22.03.2007 - E 376-8/04 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 26.07.2007 - 13 VA 1/07 -