



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX AR (VZ) 6/15

vom

17. März 2016

in dem Verfahren auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 EGGVG

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, den Richter Vill, die Richterin Lohmann, den Richter Dr. Pape und die Richterin Möhring

am 17. März 2016

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 13. April 2015 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Der Geschäftswert wird auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der antragstellende Rechtsanwalt wird seit 2002 in den Vorauswahllisten aller Insolvenzrichter des Amtsgerichts Hamburg zur Bestellung als Insolvenzverwalter geführt. Der Antragsgegner ist Insolvenzrichter und seit dem Monat

Mai 2011 Leiter der Abteilungen 67a und 68a des Amtsgerichts Hamburg, und hat in seine Vorauswahlliste auch den Antragsteller übernommen.

2 Am 4. April 2013 berieten der Antragsteller und sein Sozius den Geschäftsführer der Komplementärin und Gesellschafter der G.

GmbH & Co. KG und weitere Gesellschafter allgemein über die Gründe für die Stellung eines Insolvenzantrags, dessen Formalien, die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens und der Eigenverwaltung sowie die Möglichkeiten und Voraussetzungen eines Insolvenzplanes. In den folgenden drei Monaten suchte der Geschäftsführer unaufgefordert telefonisch und mittels Email beim Antragsteller konkreten Rat in Bezug auf die Schuldnerin. Vier der sieben Emails wurden vom Antragsteller beantwortet. Weiter überließ dieser der Schuldnerin einen Entwurf eines Insolvenzantrags als Word-Dokument, in dem die Schuldnerin den Antragsteller oder seinen Sozius als Insolvenzverwalter vorschlug und versicherte, diese Personen hätten sie zu keiner Zeit, ganz gleich in welchen Angelegenheiten, beraten oder vertreten. Am 11. Juli 2013 stellte die Schuldnerin unter Verwendung dieses Entwurfs, ergänzt um ihre betriebswirtschaftlichen Zahlen, Insolvenzantrag verbunden mit dem Antrag auf vorläufige Eigenverwaltung. Der zuständige Insolvenzrichter bestellte den Antragsteller zunächst zum vorläufigen Sachwalter, sodann zum starken vorläufigen Verwalter, zuletzt am 1. Oktober 2013 mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin zum Insolvenzverwalter. Über das Ob und den Umfang seiner Kontakte zu der Schuldnerin bewahrte der Antragsteller Stillschweigen.

3 Der Antragsgegner hat dem Antragsteller in einem "Delisting-Bescheid" vom 23. September 2014 mitgeteilt, er werde wegen des oben dargestellten Sachverhalts von den Vorauswahllisten für die von ihm geführten Abteilungen

67a und 68a gestrichen. Innerhalb eines Monats hat der Antragsteller beim Oberlandesgericht gegen den Antragsgegner einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach §§ 23 ff EGGVG gestellt. Durch Beschluss vom 13. April 2015 hat das Oberlandesgericht den "Delisting-Bescheid" vom 23. September 2014 aufgehoben und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit seiner Rechtsbeschwerde möchte der Antragsgegner die Aufhebung des Beschlusses des Oberlandesgerichts und die Zurückweisung des Antrags auf Aufhebung des "Delisting-Bescheids" vom 23. September 2014 erreichen.

II.

4 Das gemäß § 29 Abs. 1 EGGVG statthafte Rechtsmittel führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht. Die mögliche mangelnde Beteiligtenfähigkeit des Antragsgegners führt nicht zur Unzulässigkeit seiner Rechtsbeschwerde. Für den Streit über die Beteiligtenfähigkeit ist die davon betroffene Partei als beteiligtenfähig anzusehen (vgl. BGH, Beschluss vom 9. November 2010 - VI ZR 249/09, VersR 2011, 507 Rn. 3). Auch ist unerheblich, dass in der Rechtsbeschwerdeschrift der Rechtsbeschwerdeführer unzutreffend bezeichnet ist. Es handelt sich um eine bloße Falschbezeichnung. Aus dem mit der Rechtsbeschwerdeschrift vorgelegten angefochtenen Beschluss war deutlich zu erkennen, wer Beschwerdeführer sein sollte (vgl. BGH, Beschluss vom 22. September 2009 - VI ZB 76/08, VersR 2010, 88 Rn. 5 f; BAG, NZA 2010, 176 Rn. 21).

5 1. Das Oberlandesgericht hat den Antragsgegner als beteiligtenfähig und als materiell-rechtlich zutreffenden Antragsgegner angesehen. Es hat ausgeführt, an der Annahme, der Antragsgegner sei als Leiter einer Insolvenzabteilung des Amtsgerichts Hamburg nach § 23 EGGVG beteiligtenfähig, nicht durch

die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 16. Mai 2007 (IV AR (VZ) 5/07, ZInsO 2007, 711) und vom 19. Dezember 2007 (IV AR (VZ) 6/07 ZInsO 2008, 207) gehindert zu sein, auch wenn dort als richtiger Antragsgegner der Träger der Landesjustizverwaltung nach den Vertretungsregeln der betroffenen Länder angesehen worden sei. Denn seit dem Inkrafttreten von § 8 Nr. 3 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (künftig FamFG) am 1. September 2009 seien Behörden beteiligtenfähig. § 8 FamFG sei auch auf das Verfahren nach §§ 23 ff EGGVG anwendbar. Behörde im Sinne von § 23 EGGVG sei der einzelne Insolvenzrichter als Leiter der jeweiligen Insolvenzabteilung, denn allein diesem obliege nach § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO die Entscheidung darüber, ob er einen Bewerber in die Vorauswahlliste aufnehme.

6 Der Antrag habe auch Erfolg, weil der Antragsgegner sein Auswahlermessen fehlerhaft ausgeübt habe. Das vom Antragsteller eingeräumte Fehlverhalten, das darin liege, seine wenn auch nur begrenzte Beratung der Insolvenzschuldnerin dem Insolvenzgericht nicht offenbart zu haben, wiege angesichts seiner jahrelangen unbeanstandeten Tätigkeit als Insolvenzverwalter nicht so schwer, dass er deswegen von der Vorauswahlliste zu streichen sei. Die angemessene Reaktion auf dieses Fehlverhalten wäre eine Abmahnung gewesen.

7 2. Die Ausführungen des Oberlandesgerichts zur Beteiligtenfähigkeit des Antragsgegners halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

8 a) Allerdings ist die Frage in der Rechtsprechung streitig, wie der Antragsgegner in den Verfahren vor dem Oberlandesgericht nach §§ 23 ff EGGVG in diesen zu bezeichnen und wer zu beteiligen ist. Die jüngere Spruchpraxis der Oberlandesgerichte sieht regelmäßig in dem einzelnen Insolvenzrichter oder in

den Insolvenzrichtern in ihrer Gesamtheit, wenn sie gemeinsam die Vorauszahlliste führen, den nach § 23 EGGVG richtigen Antragsgegner (OLG Köln, NZI 2007, 105, 106; ZInsO 2015, 798 f; OLG Hamm, NZI 2007, 659 f; Beschluss vom 7. Januar 2013 - 27 VA 3/11, nv; OLG Düsseldorf, NZI 2009, 248, 249; ZIP 2011, 341, 342; OLG Brandenburg, NZI 2009, 647, 648). Andere meinen, Antragsgegner sei das Amtsgericht - Insolvenzgericht - (OLG Bamberg, NZI 2008, 309; OLG Celle, NZI 2015, 678) oder der Behördenleiter des Amtsgerichts (KG, NZI 2008, 187; früher auch OLG Düsseldorf, NZI 2008, 614, 615). Wieder andere sehen in dem Rechtsträger, dessen Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, den richtigen Antragsgegner, sofern nicht im Landesrecht etwas anderes bestimmt ist (BGH, Beschluss vom 16. Mai 2007 - IV AR (VZ) 5/07, ZInsO 2007, 711 Rn. 14 f; vom 19. Dezember 2007 - IV AR (VZ) 6/07, ZInsO 2008, 207 Rn. 13 ff; vom 19. September 2013 - IX AR (VZ) 1/12, BGHZ 198, 225 Rn. 3; so auch OLG Frankfurt, NZI 2007, 524; Beschluss vom 25. Februar 2010 - 20 VA 14/08, nv; vgl. auch OLG Hamburg, NZI 2008, 744, 745; NZI 2011, 762, 764; NZI 2012, 193). In der Literatur ist die Frage ebenso umstritten (vgl. einerseits Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 14. Aufl., § 56 Rn. 35; Nerlich/Römermann/Delhaes, InsO, 2015, § 56 Rn. 26; Lind in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 56 Rn. 22; Pape/Uhländer/Bornheimer, InsO, § 56 Rn. 31; andererseits Schmidt/Ries, InsO, 19. Aufl., § 56 Rn. 73; HK-InsO/Riedel, 7. Aufl., § 56 Rn. 17; FK-InsO/Jahntz, 8. Aufl., § 56 Rn. 27).

- 9 b) Richtiger Antragsgegner nach § 23 EGGVG in Verbindung mit § 8 Nr. 3 FamFG in Verbindung mit I. Nr. 2 Buchst. e der Anordnung über die Vertretung der Freien und Hansestadt Hamburg im Geschäftsbereich der für die Justiz zuständigen Behörde vom 16. Februar 2012 (AV der Behörde für Justiz und Gleichstellung Nr. 2/2012, Az. 5002/1/1, HmbJVBl 2012, 11) ist nicht der jeweilige die Auswahlliste führende Insolvenzrichter als Leiter einer Insolvenzabtei-

lung, sondern das Amtsgericht Hamburg, das nach § 9 Abs. 3 FamFG durch den Vorstand des Amtsgerichts vertreten wird, in Hamburg durch den Präsidenten.

- 10 aa) Nach der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3. August 2004 (NJW 2004, 2725; vgl. auch BVerfG, NZI 2006, 636; NZI 2009, 641) ist in Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Mai 2007 - IV AR (VZ) 5/07, ZInsO 2007, 711; vom 19. Dezember 2007 - IV AR (VZ) 6/07, ZInsO 2008, 207; vom 19. September 2013 - IX AR (VZ) 1/12, BGHZ 198, 225) und Literatur (vgl. Jaeger/Gerhardt, InsO, 2007, § 56 Rn. 62; MünchKomm-InsO/Graeber, 3. Aufl., § 56 Rn. 104; Nerlich/Römermann/Delhaes, InsO, 2015, § 56 Rn. 26; Lüke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2009, § 56 Rn. 25; MünchKomm-ZPO/Pabst, 4. Aufl., § 23 EGGVG Rn. 60; Kissel/Mayer, GVG, 8. Aufl., § 23 EGGVG Rn. 133) allgemein anerkannt, dass es sich bei der Entscheidung über die Aufnahme eines Bewerbers in die bei den Insolvenzgerichten geführte Vorauswahlliste um einen Justizverwaltungsakt handelt, der nach §§ 23 ff EGGVG anfechtbar ist. Entsprechendes gilt als *actus contrarius* für die Streichung des Bewerbers von der Vorauswahlliste (MünchKomm-InsO/Graeber, aaO § 56 Rn. 114; Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 14. Aufl., § 56 Rn. 37; Schmidt/Ries, InsO, 19. Aufl., § 56 Rn. 72). Die Entscheidung im Vorauswahlverfahren ist kein Rechtsprechungsakt. Sie ist deswegen weder Rechtsprechung im materiellen Sinne noch unterfällt sie dem funktionellen Rechtsprechungsbegriff, weil der Richter zwar in richterlicher Unabhängigkeit tätig wird, aber nicht in seiner Funktion als Instanz der unbeteiligten Streitbeilegung. Die Vorauswahl hat jedoch einen erheblichen Einfluss auf die Berufsausübung der Bewerber (Art. 12 Abs. 1 GG). Bei der Bewerbung um eine Tätigkeit im Rahmen von Insolvenzverfahren, die nur von hoheitlich tätigen Richtern vergeben wird, muss jedenfalls jeder Bewerber eine faire Chance erhalten, entsprechend seiner in § 56

Abs. 1 InsO vorausgesetzten Eignung berücksichtigt zu werden. Eine Chance auf eine Einbeziehung in ein konkret anstehendes Auswahlverfahren und damit auf Ausübung des Berufs hat ein potentieller Insolvenzverwalter nur bei willkürfreier Einbeziehung in das Vorauswahlverfahren (Art. 3 Abs. 1 GG). Die Chancengleichheit der Bewerber ist daher gerichtlicher Überprüfung zugänglich. Allein sie gewährleistet insoweit die Beachtung subjektiver Rechte (BVerfG, NJW 2004, 2725, 2727).

11 bb) 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 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 zivilrechtlichen Erkenntnisse und Erfahrungen verfügen. Die Bestimmung ist als Ausnahme zu § 40 Abs. 1 VwGO eng auszulegen (BGH, Beschluss vom 16. Mai 2007 - IV AR (VZ) 5/07, ZInsO 2007, 711 Rn. 11).

12 Es entspricht 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. Von diesen Grundsätzen ist das Oberlandesgericht ausgegangen. Es hat zutreffend die Insolvenzrichter ihrer Funktion nach als Justizbehörde angesehen. Soweit sie in

dieser Eigenschaft tätig geworden sind, unterliegt ihr Handeln der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Kontrolle (BGH, Beschluss vom 16. Mai 2007, aaO Rn. 12). Daraus ist jedoch nicht ohne Weiteres zu folgern, dass der einzelne Insolvenzrichter selbst Antragsgegner in dem Verfahren nach §§ 23 ff EGGVG ist. Richtiger Antragsgegner ist nach diesen Regeln die für die Rechtsverletzung durch einen Justizverwaltungsakt verantwortliche staatliche Stelle, also vorliegend die Stelle, die für die Entscheidung, einen Interessenten für das Amt des Insolvenzverwalters in die Vorauswahlliste nicht aufzunehmen oder ihn aus dieser Liste zu streichen, verantwortlich ist. Aus den Regeln der §§ 23 ff EGGVG ergibt sich nicht unmittelbar, wer die in diesem Sinne für den angegriffenen Justizverwaltungsakt verantwortliche staatliche Stelle ist.

- 13 cc) Im Verwaltungsprozess kommt einzelnen Behörden neben natürlichen und juristischen Personen 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. Im Zivilprozess gilt zu § 50 ZPO eine vergleichbare Regelung. Behörden sind auch hier nur kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen Partei und allein insoweit parteifähig. Bis zum 31. August 2009 ordnete § 29 Abs. 2 Halbs. 1 EGGVG aF für das Verfahren vor dem Oberlandesgericht nach §§ 23 ff EGGVG die entsprechende Anwendung des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit (FGG) an. Auch in Verfahren, die nach den Regeln dieses Gesetzes geführt wurden, konnten grundsätzlich nur rechtsfähige Rechtsträger am Verfahren beteiligt sein. Behörden, die keine eigene Rechtspersönlichkeit besaßen, waren lediglich parteifähig, wenn ihnen die Fähigkeit zugesprochen war, sich an einem Verfahren zu beteiligen. Dies setzte eine entsprechende gesetzliche Regelung voraus, durch welche die fehlende Parteifähigkeit ersetzt wurde

(BGH, Beschluss vom 16. Mai 2007, aaO Rn. 14 f). Deswegen nahm der Bundesgerichtshof bis zum Inkrafttreten des § 8 Nr. 3 FamFG am 1. September 2009 auch an, dass Antragsgegner des abgelehnten Bewerbers auf Aufnahme in die Vorauswahlliste in den Verfahren nach §§ 23 ff EGGVG der Rechtsträger war, dessen Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hatte, sofern nicht die Behörde selbst nach Landesrecht verklagt werden konnte (BGH, Beschluss vom 16. Mai 2007, aaO; vom 19. Dezember 2007 - IV AR (VZ) 6/07, ZInsO 2008, 207 Rn. 12 ff). Das Oberlandesgericht Hamburg hat daher bislang unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung und der einschlägigen Landesregelungen als richtige Antragsgegnerin die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch die Behörde für Justiz und Gleichstellung, angesehen (vgl. OLG Hamburg, ZInsO 2012, 175).

14 dd) Seit dem 1. September 2009 gilt für das Verfahren nach §§ 23 ff EGGVG vor dem Zivilsenat des Oberlandesgerichts die Vorschrift des § 8 Nr. 3 FamFG. Nach dieser Regelung sind Behörden allgemein beteiligtenfähig.

15 (1) Richtig hat das Oberlandesgericht erkannt, dass § 8 Nr. 3 FamFG auf das Verfahren nach §§ 23 ff EGGVG Anwendung findet, auch wenn in § 29 Abs. 3 EGGVG nur auf § 17 FamFG und auf §§ 71 bis 74a FamFG, also die Regelungen über die Wiedereinsetzung und für das Verfahren der Rechtsbeschwerde, verwiesen wird. Die Verweisung in § 29 Abs. 2 EGGVG aF auf das FG für das Verfahren vor dem Oberlandesgericht hat der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) ersatzlos gestrichen. Weiter hat der Gesetzgeber § 29 EGGVG aF dadurch grundlegend geändert, dass die Entscheidung des Oberlandesgerichts nicht mehr endgültig ist, die Pflicht einer Divergenzvorlage an den Bundesge-

richtshof abgeschafft und dafür die Rechtsbeschwerde eingeführt wurde. Der Reformgesetzgeber hat dabei die Bedeutung des § 29 Abs. 2 EGGVG aF zu eng nur auf das Verfahren der Divergenzvorlage bezogen und nicht seine darüber hinaus bestehende Bedeutung für das Verfahren vor dem Oberlandesgericht bedacht. Die Materialien machen deutlich, dass nur beabsichtigt war, den Rechtsmittelzug neu zu ordnen, ohne das Verfahren im Übrigen zu ändern (vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 318 zu Art. 21 zu Nr. 2). Deswegen müssen auf das Verfahren vor dem Zivilsenat des Oberlandesgerichts die Regelungen des FamFG weiterhin auch ohne ausdrücklichen Verweis ergänzend herangezogen werden (MünchKomm-ZPO/Pabst, 4. Aufl., Vorbemerkung zu den §§ 23 ff EGGVG Rn. 5; Kissel/Meyer, GVG, 8. Aufl., § 29 EGGVG Rn. 2; vgl. Dauster/Lutz, FS von Heintschel-Heinegg, 2015, 93, 94 ff).

- 16 (2) Daraus ergibt sich jedoch noch nicht, dass dem einzelnen Insolvenzrichter Behördenqualität im Sinne dieser Vorschrift zukommt. Behörden im Sinne von § 8 Nr. 3 FamFG sind wie in § 61 Nr. 3 VwGO solche Stellen, die durch organisationsrechtliche Rechtssätze gebildet, vom Wechsel des Amtsinhabers unabhängig und nach der einschlägigen Zuständigkeitsregelung berufen sind, unter eigenem Namen für den Staat oder einen anderen Träger öffentlicher Verwaltung Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Sie sind unselbständige Teile ihres jeweiligen Rechtsträgers und daher nur nach Maßgabe des Landesrechts beteiligtenfähig. Demgegenüber sind im Anwendungsbereich des § 8 Nr. 3 FamFG sämtliche Stellen, die dem Behördenbegriff entsprechen, beteiligtenfähig (Haußleiter/Gomille, FamFG, 2011, § 8 Rn. 10; zu § 61 Nr. 3 VwGO: OVG Münster, NVwZ 1986, 761, NVwZ-RR 1989, 576, NJW 1991, 2586, 2587; BeckOK-VwGO/Kintz, 2016, § 61 Rn. 18; Bier in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 2015, § 61 Rn. 8).

- 17 (3) Der einzelne Insolvenzrichter bildet entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts keine solche Stelle. Denn er ist, soweit er - wenn auch in richterlicher Unabhängigkeit - Verwaltungsaufgaben wahrnimmt, lediglich unselbständiger Teil der Gesamtbehörde Amtsgericht Hamburg. Nur das Amtsgericht selbst ist durch organisatorische Rechtssätze gebildet, nicht aber die einzelnen Untergliederungen und Abteilungen. Diesen fehlt die für die Annahme der Behördeneigenschaft unabdingbare organisatorische Verselbständigung gegenüber dem Amtsgericht im Übrigen (vgl. OVG Münster, NVwZ 1986, 761; vgl. Kissel/Meyer, GVG, 8. Aufl., § 23 EGGVG Rn. 133, § 29 Rn. 4 aE). Nach der Anordnung über die Vertretung der Freien und Hansestadt Hamburg im Geschäftsbereich der für die Justiz zuständigen Behörde vom 16. Februar 2012 (Az. 5002/1/1; HmbJVBl 2012, 11) ist unter I. Nr. 2 Buchst. e angeordnet, dass die Freie und Hansestadt Hamburg im Geschäftsbereich der für die Justiz zuständigen Behörde, soweit durch Gesetz, Rechtsverordnung oder Verwaltungsanordnung nichts anderes bestimmt ist, in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch die Dienststelle vertreten wird, zu deren Geschäftsbereich die dem Verfahren zugrunde liegende Angelegenheit gehört.
- 18 (4) Aus der Stellung des Insolvenzrichters und den Besonderheiten der Insolvenzordnung ergibt sich nichts Anderes. Allerdings entscheidet der einzelne Insolvenzrichter selbst und weisungsfrei über die Aufnahme eines Bewerbers auf die von ihm geführte Vorauswahlliste und über die Streichung in richterlicher Unabhängigkeit. Denn mit der Erstellung der Vorauswahlliste bereitet er die allein ihm obliegende Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters im konkreten Insolvenzverfahren vor. Allein die Vorauswahlliste gewährleistet eine zügige Eignungsprüfung für das konkrete Verfahren und verschafft dem Insolvenzrichter hinreichende Informationen für eine pflichtgemäße Ausübung des Auswahlermessens (BVerfGE 116, 1, 16 f; BVerfG, ZInsO 2009, 1641 Rn. 12).

In die jeweilige Vorauswahlliste ist jeder Bewerber einzutragen, der die grundsätzlich zu stellenden Anforderungen an eine generelle, von der Typizität des einzelnen Insolvenzverfahrens gelöste Eignung für das erstrebte Amt erfüllt (BVerfG, aaO Rn. 11).

19 Daraus ist jedoch nicht zu folgern, dass nur der Insolvenzrichter selbst verklagt werden kann, weil weder der Leiter des Amtsgerichts noch der Träger der Landesjustizverwaltung Weisungen in Bezug auf die Listenführung erteilen dürften und deswegen eine gegen das Land oder das Amtsgericht ergehende Entscheidung nicht durchgesetzt werden könne (vgl. Schmidt/Ries, InsO, 19. Aufl., § 56 Rn. 73). Die Besonderheiten seiner Stellung als Insolvenzrichter haben weder zur Folge, dass seine Entscheidungen nicht justiziabel wären, noch machen sie ihn zur Behörde im Sinne von § 8 Nr. 3 FamFG. Eine gegen das Amtsgericht nach § 28 EGGVG ergehende Entscheidung des Oberlandesgerichts zur Führung der Vorauswahlliste ist von ihm zu beachten, ohne dass es einer Weisung des Behördenleiters bedarf.

III.

20 Da das Oberlandesgericht bislang das Amtsgericht Hamburg als den richtigen Antragsgegner nicht beteiligt hat (§ 7 Abs. 2 Nr. 2, § 9 Abs. 3 FamFG), war die Sache zurückzuverweisen.

21 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

22 1. Dadurch dass der Antragsteller in seiner Antragschrift als Antragsgegner nicht das Amtsgericht Hamburg, sondern den einzelnen Insolvenzrichter

genannt hat, ist sein Antrag nicht gemäß § 26 Abs. 1 EGGVG verfristet. Allerdings muss nach dieser Regelung der Antrag auf gerichtliche Entscheidung innerhalb eines Monats nach Zustellung des Bescheids gestellt werden. In dem Antrag muss der Antragsgegner bezeichnet werden, um dem Oberlandesgericht die Prüfung zu ermöglichen, ob eine Rechtsverletzung durch die Maßnahme einer Justiz- oder Vollzugsbehörde geltend gemacht wird (Kissel/Meyer, GVG, 8. Aufl., § 23 EGGVG Rn. 50). Richtet sich ein zulässiger Antrag gegen den materiell-rechtlich unrichtigen Antragsgegner, ist er unbegründet. Ein solcher Antrag wahrt gegenüber dem richtigen Antragsgegner die Frist nicht.

23 Der Antragsteller hat seinen Antrag jedoch nicht gegen den unrichtigen Antragsgegner gerichtet, indem er den Insolvenzrichter als Gegner bezeichnet hat. Insoweit handelt es sich um eine bloße Falschbezeichnung. Dem Antrag war deutlich zu entnehmen, dass der Antragsteller eine Rechtsverletzung durch die Maßnahme einer Justizbehörde geltend machte und wer die Verletzungshandlung vorgenommen haben soll.

24 2. 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 (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2007 - IV AR (VZ) 6/07, ZInsO 2008, 207 Rn. 19; BVerfG, ZInsO 2009, 1641 Rn. 14). Der Insolvenzrichter hat die Auswahlkriterien transparent zu machen, etwa durch Veröffentlichung im Internet oder durch Fragebögen (Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 14. Aufl., § 56 Rn. 9). Dabei ist es ihm verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen; darüber hinaus kann die tatsächliche Vergabepraxis zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen (Art. 3 Abs. 1 GG; BVerfGE 116, 135, 153 f). Damit

die Vorauswahlliste die ihr zukommende Funktion erfüllen kann, darf sich das Vorauswahlverfahren nicht nur auf das Erstellen einer Liste mit Namen und Anschriften interessierter Bewerber beschränken, vielmehr müssen die Daten über die Bewerber erhoben, verifiziert und strukturiert werden, die der jeweilige Insolvenzrichter nach der eigenen Einschätzung für eine sachgerechte Ermessensausübung bei der Auswahlentscheidung benötigt (BVerfGE 116, 1,17). Erfüllt ein Bewerber die persönlichen und fachlichen Anforderungen für das Amt des Insolvenzverwalters im Allgemeinen, kann ihm die Aufnahme in die Liste nicht versagt werden. Ein Ermessen für den die Vorauswahlliste führenden Insolvenzrichter besteht nicht (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2007 - IV AR (VZ) 6/07, ZInsO 2008, 207 Rn. 20). Ihm ist allerdings ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen, wenn er den Bewerber an den allgemeinen Kriterien für die fachliche und persönliche Eignung misst. Denn seiner Beurteilung, ob der Bewerber dem Anforderungsprofil genügt, ist ein prognostisches Element immanent (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2007, aaO Rn. 21; vgl. Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 14. Aufl., § 56 Rn. 34). Die Grundsätze gelten entsprechend, wenn ein Bewerber von einer Vorauswahlliste gestrichen wird. Dies ist möglich, wenn er die Kriterien für die Aufnahme in die Liste nicht oder nicht mehr erfüllt, weil er etwa im Vorauswahlverfahren falsche Angaben gemacht hat oder weil sich später herausstellt, dass er fachlich oder persönlich ungeeignet ist (vgl. Uhlenbruck/Zipperer, aaO Rn. 36; MünchKomm-InsO/Graeber, 3. Aufl., § 56 Rn. 111).

25 3. Der festgestellte Sachverhalt gibt Anlass, an der persönlichen Eignung des Antragstellers zu zweifeln.

26 a) Der Antragsteller hat eingeräumt, die Schuldnerin nicht nur in allgemeiner Form über den Ablauf des Insolvenzverfahrens und dessen Folgen in sei-

nen Büroräumen belehrt zu haben (vgl. § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 InsO), sondern sie auch konkret dazu beraten zu haben, wie sie sich im Vorfeld der Insolvenz verhalten solle. Er hat der Schuldnerin die Fragen beantwortet, ob sie trotz Insolvenzreife Mitarbeiter des Moskauer Büros bezahlen, Forderungen von Gläubigern begleichen, Bestellungen auslösen und bei länger laufenden Abnahmeverpflichtungen Bestellungen auslösen und Zahlungsziele vereinbaren dürfe. Darüber hinaus hat er der Schuldnerin den Insolvenzantrag in wesentlichen Teilen vorformuliert. In diesem vorformulierten Antrag hat er die Schuldnerin wahrheitswidrig versichern lassen, er habe sie zu keiner Zeit, ganz gleich in welchen Angelegenheiten, beraten. Zudem hat er selbst weder vor der Bestellung als vorläufiger Sachwalter noch als vorläufiger starker noch als Insolvenzverwalter den zuständigen Insolvenzrichter entgegen seiner Offenbarungspflicht (vgl. BT-Drucks. 127/5712 S. 68 zu Nr. 5; Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 14. Aufl., § 56 Rn. 43) auf seine Vorbefassung hingewiesen.

27 Dadurch ist nicht seine generelle Unabhängigkeit berührt, die ein Bewerber für die Aufnahme auf die Vorauswahlliste besitzen muss (Uhlenbruck/Zipperer, aaO § 56 Rn. 25), sondern seine spezielle Unabhängigkeit im konkreten Insolvenzverfahren wegen seiner Beratungsleistungen gegenüber der Schuldnerin. Weiter hat der Antragsteller durch sein eingeräumtes Fehlverhalten im konkreten Insolvenzverfahren das in ihn gesetzte Vertrauen enttäuscht (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004 - IX ZB 349/02, BGHZ 159, 122, 133). Dieser Vertrauensverlust verstärkte im konkreten Verfahren für das Insolvenzgericht die Notwendigkeit, den Antragsteller gemäß § 58 InsO zu kontrollieren (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2008 - III ZR 161/07, ZInsO 2008, 267 Rn. 5; Uhlenbruck/Zipperer, aaO § 56 Rn. 45).

28 b) Diese Umstände können auch Folgen für den Verbleib eines Bewerbers auf der Vorauswahlliste haben. Bei einer Vorstrafe wegen Insolvenzvergehen liegt es auf der Hand, dass sie auch bei fehlendem Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt oder Insolvenzverwalter im Allgemeinen Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bewerbers begründen und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Anlass sein kann, von dessen Aufnahme in die Vorauswahlliste abzusehen (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2008, aaO). Entsprechendes kann für schwerwiegende negative Erfahrungen in früheren Verfahren gelten (vgl. OLG Schleswig, ZIP 2007, 831, 832; OLG Hamburg, NJW 2006, 451, 452; AG Mannheim, ZInsO 2010, 2149 Rn. 14, 22, 24).

29 Wegen der weitreichenden beruflichen Konsequenzen ist jedoch, wie das Oberlandesgericht richtig gesehen hat, die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu prüfen. Im Streitfall steht allenfalls die Angemessenheit in Frage. Die Ungeeignetheit darf nicht aus einem einmaligen unbedeutenden Fehlverhalten, das jedem Verwalter einmal unterlaufen kann, hergeleitet werden, sondern es muss sich auf einen gravierenden Verstoß beziehen, der die weitere Zusammenarbeit

zwischen dem Insolvenzgericht und dem Insolvenzverwalter nachhaltig beeinträchtigt (vgl. Büttner, Listing und De-Listing sowie Abwahl des Insolvenzverwalters im deutschen und österreichischen Recht, 2011, S. 256 f).

Kayser

Vill

Lohmann

Pape

Möhring

Vorinstanz:

OLG Hamburg, Entscheidung vom 13.04.2015 - 2 VA 9/14 -