

**Zur Verfassungskonformität der Beschränkung der Insol-  
venzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen  
(§ 56 Abs. 1 Satz 1 InsO)**

**Rechtsgutachten**

im Auftrag des  
Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. (VID)

erstellt von

***Universitätsprofessor Dr. iur. Wolfram Höfling, M. A.***

*Direktor des Instituts für Staatsrecht  
der Universität zu Köln*

*sowie*

*Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Finanzrecht sowie Gesundheitsrecht der Universität zu Köln*

März 2015

<b>A. Sachverhalt, Gutachtenauftrag und Gang der Untersuchung</b>	5
<b>I. Sachverhalt und Gutachtenauftrag</b>	5
1. <i>Problemstellung</i>	5
2. <i>Gutachtenauftrag</i>	6
<b>II. Gang der Untersuchung</b>	7
<b>B. Zur Verfassungskonformität der Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen gem. § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO</b>	9
<b>I. Das Vorbringen der Verfassungsbeschwerde</b>	9
1. <i>Zur Rüge der Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG</i>	9
2. <i>Die Rüge einer Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG</i>	12
<b>II. Das berufs(grund)rechtliche Profil der Insolvenzverwaltertätigkeit: eigenständiger Beruf und externe Funktionsträgerschaft in der Zivilrechtspflege</b>	13
1. <i>Zur „Konstitutionalisierung“ der Insolvenzverwaltertätigkeit – eine Skizze</i>	13
2. <i>Zum spezifischen Berufsprofil des Insolvenzverwalters</i>	18
a) <i>Die Insolvenzverwaltertätigkeit als Schutzgegenstand des Art. 12 Abs. 1 GG</i>	18
b) <i>Insolvenzverwalter als „externe Funktionsträger“ der staatlichen Justizgewährleistung</i>	20
3. <i>Zwischenresümee</i>	22
<b>III. Zur Vereinbarkeit der Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen mit Art. 12 Abs. 1 GG</b>	22
1. <i>Die Vorschrift des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO: Aussagegehalt, Entstehungsgeschichte, Teleologie</i>	22
a) <i>Eindeutiger Wortlaut: Beschränkung auf natürliche Personen</i>	22
b) <i>Entstehungsgeschichtliche Aspekte</i>	23
c) <i>Teleologie</i>	26
2. <i>Grundsätzliches zum berufsgrundrechtlichen „Prüfprogramm“</i>	28
3. <i>Der gesetzliche Ausschluß juristischer Personen von der Insolvenzverwaltertätigkeit als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff</i>	29

4. <i>Zur eingriffsdogmatischen Qualifikation der Regelung des Art. 19 Abs. 3 GG im Blick auf die Berufsfreiheit</i>	30
a) Zum – umstrittenen – Aussagegehalt des Art. 19 Abs. 3 GG	30
b) Juristische Personen (des Privatrechts) als Träger der Berufsfreiheit	32
c) Zur eingriffsdogmatischen Qualifikation einer gesetzlichen Beschränkung beruflicher Tätigkeiten auf natürliche Personen	34
aa) Ausgangsbefund: Unsicherheiten und Differenzen	34
bb) Differenzierung nach unterschiedlichen Perspektiven	37
cc) Nochmals: Zur Relativität der „Stufen-Dogmatik“	38
5. <i>Die Sicherung der verfahrensadäquaten Erfüllung der Insolvenzverwaltertätigkeit als einer Beteiligung an der Zivilrechtspflege: ein legitimer Gemeinwohlzweck von überragender Bedeutung</i>	42
6. <i>Zur Rechtfertigung der rechtsformbezogenen Beschränkung des Zugangs zum Insolvenzverwalterberuf – Zur Prüfung der Anforderungen des Übermaßverbots</i>	43
a) Zur Einschätzungsprärogative des berufsregulierenden Gesetzgebers	44
aa) Grundsätzliches	44
bb) Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur legislativen Einschätzungsprärogative im Berufs- und Wirtschaftsrecht	46
b) Die Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen als verhältnismäßige (iwS) berufsregulierende Maßnahme	50
aa) Zur Geeignetheit der Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen	50
bb) Zur Erforderlichkeit	52
(1) Sicherung einer höchstpersönlichen, kontinuierlichwährenden und jederzeit handlungsfähigen Insolvenzverwaltung	55
(2) Gewährleistung einer effektiven insolvenzrichterlichen Aufsicht einschließlich der Prüfung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters	60
(a) Zur Gewährleistung einer effektiven Aufsicht	61
(b) Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters und dessen Kontrolle	63
(3) Ergänzende Erwägungen zur Haftungsproblematik	66
(4) Zwischenergebnis zur Prüfung der Erforderlichkeit	67

cc) Zur Angemessenheit der Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen	67
dd) Zwischenergebnis zur Übermaßprüfung	69
<b>IV. Zur Vereinbarkeit des Ausschlusses juristischer Personen von der Insolvenzverwaltertätigkeit in Art. 3 Abs. 1 GG</b>	70
1. <i>Zur Maßstabsbildung</i>	70
2. <i>Zur Einordnung der rechtsformbezogenen Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO</i>	73
<b>C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der rechtsgutachtlichen Untersuchung</b>	75

## **A. Sachverhalt, Gutachtauftrag und Gang der Untersuchung**

### **I. Sachverhalt und Gutachtauftrag**

#### **1. Problemstellung**

Derzeit ist vom Bundesverfassungsgericht ein Verfassungsbeschwerdeverfahren anhängig, in dem nach Vorstellung der Beschwerdeführerin eine Grundsatzfrage des deutschen Insolvenzrechts beantwortet werden soll – nämlich die, ob der Ausschluß juristischer Personen von der Verwaltertätigkeit, wie § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO ihn statuiert, verfassungskonform ist.

Siehe Az. 1 BvR 3102/13

Die Schultze & Braun Rechtsanwaltsgesellschaft für Insolvenzverwaltung mbH hat Verfassungsbeschwerde erhoben gegen den Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 9. September 2013

IX AR (VZ) 1/12, veröffentlicht u. a. in NJW 2013, 3374 ff. = NZI 2013, 1022 ff. = JZ 2014, 625 ff. m. Anm. *Paulus*

sowie die vorangegangenen instanzgerichtlichen Entscheidungen,

OLG Karlsruhe, Beschluß vom 22. Oktober 2012 – 6 VA 10/12; AG Baden-Baden – Insolvenzgericht –, Beschluß vom 28.8.2012 – 11 AR 14/12

mit denen der Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufnahme in die Vorauswahlliste für Insolvenzverwalter unter Verweis auf die Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO abgelehnt worden war. Die Beschwerdeführerin sieht sich durch die Entscheidung in ihren Grundrechten verletzt.

Sie verweist in ihrem Verfassungsbeschwerdeschriftsatz vom 8.11.2010, S. 13, auf „Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19

Abs. 3 GG“. – Zur Argumentation der Verfassungsbeschwerde siehe noch näher unten B. I.

Mit Schreiben vom 30.11.2014 hat der Vorsitzende des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts u. a. den Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. (VID) als sachkundigen Dritten gem. § 27a BVerfGG, § 22 Abs. 5 GO BVerfG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und um die Beantwortung bestimmter Fragen gebeten.

## 2. Gutachtenauftrag

Vor diesem Hintergrund hat mich der VID um die Erstellung eines Rechtsgutachtens ersucht. Dieses soll sich konzentrieren auf die verfassungsrechtlichen Problemaspekte der aufgeworfenen Fragestellung.

Europa- bzw. unionsrechtliche Aspekte bleiben deshalb ausgeklammert. – *Frank Frind*, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, § 56 Rn. 16, weist gegenüber dem immer wieder formulierten Vorwurf einer Europa-/Unionsrechtswidrigkeit (siehe bspw. *Alexander Bluhm*, Der Ausschluß juristischer Personen vom Insolvenzverwalteramt: Ein Verstoß gegen Verfassungs- und Europarecht, ZIP 2014, 555 (561 f.) darauf hin, daß die nach Art. 46 EulnsVO tätige Kommission zur Überprüfung der EulnsVO in ihren Vorschlägen zur Neuregelung keine wesentlichen Änderungen bei der Verwalterbestellung vorgeschlagen habe. Der Bericht des Berichterstatters *Lehne* zeige für das nationale Recht zwar Veränderungsbedarf auf; hinsichtlich des Insolvenzverwalters werde jedoch lediglich eine nationale Zulassung ohne nähere Konkretisierung gefordert, nicht aber eine Abkehr von nationalen Beschränkungsregelungen im Blick auf natürliche Personen

Im Kern geht es damit um eine Klärung, ob die Regelung in § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO, wonach zum Insolvenzverwalter „eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete,

insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige *natürliche* Person zu bestellen“ ist,

Hervorhebung hinzugefügt

verfassungskonform ist.

Das erbetene Rechtsgutachten wird hiermit vorgelegt.

## **II. Gang der Untersuchung**

Die rechtsgutachtlichen Überlegungen beruhen auf folgender Strukturierung:

- Zunächst soll die Argumentation der Verfassungsbeschwerde skizziert und dabei zugleich kritisch auf ihre grundrechtsdogmatische Konsistenz und inhaltliche Überzeugungskraft befragt werden.

Nachfolgend sub B. I.

- Sodann bedarf es einer Vergewisserung über den Status des Insolvenzverwalters, nicht zuletzt auch im Blick auf die „Konstitutionalisierung“ des Berufs(bildes) in den zurückliegenden Jahren.

Dazu sub B. II.

- Auf dieser Grundlage kann dann die Vorschrift des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO auf ihre Vereinbarkeit zunächst mit Art. 12 Abs. 1 GG hin überprüft werden.

Dazu B. III.

- Dabei kommt der zutreffenden Erfassung der grundrechtsdogmatischen Bedeutung der Vorschrift des Art. 19 Abs. 3 GG eine erhebliche Bedeutung zu.

Dazu B. III. 4.

- Bei der Prüfung der Anforderungen des Übermaßverbotes

dazu unten sub B. III. 6.

ist der Einschätzungs- und Beurteilungskompetenz des Gesetzgebers bei der berufsrechtlichen Regulierung der Insolvenzverwaltertätigkeit besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

Dazu B. III. 6. a)

- Anschließend soll der Frage nach der Maßstabsfunktion des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG nähere Aufmerksamkeit gewidmet werden.

Dazu B. IV.

- Eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse schließt die rechtsgutachtliche Untersuchung ab.

Dazu sub C.

## **B. Zur Verfassungskonformität der Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen gem. § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO**

### **I. Das Vorbringen der Verfassungsbeschwerde**

Die Beschwerdeführerin trägt in ihrem Schriftsatz vom 8. November 2013 einen Frontalangriff auf die Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO und die diese Norm stützenden fachgerichtlichen Entscheidungen vor.

Siehe schon *Michael Kleine-Cosack*, Europarechts- und verfassungswidriger Ausschluß juristischer Personen von der Insolvenzverwaltung, NZI 2011, 791 ff.

Dies geschieht mit starken Worten und nicht selten polemisch überschießenden Thesen. Dabei werden Argumente des BGH und der herrschenden Literaturmeinung als „schlicht absurd“ (Schriftsatz, S. 2), „rational nicht nachvollziehbar“ (aaO, S. 3), „schlicht unverständlich“ und „geradezu absurd“ (aaO, S. 23), „schlicht wirklichkeitsfremd“ (S. 32) oder auch als „blanke Illusion“ (aaO, S. 34) charakterisiert. Das mag hier auf sich beruhen. Einer knappen kritischen Rekonstruktion bedarf aber die argumentative und grundrechtsdogmatische Stringenz des Vorbringens.

### **1. Zur Rüge der Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG**

Als zentrale Maßstabnorm bezieht sich die Beschwerdeführerin auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Insoweit wird die Grundrechtsberechtigung einer juristischen Person bejaht

Verfassungsbeschwerdeschriftsatz, S. 16 f.

und die gesetzliche Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen als Grundrechtseingriff in Gestalt einer subjektiven Zulassungsvoraussetzung qualifiziert.

AaO, S. 17. – So auch der BGH in dem mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Beschluß siehe NJW 2013, 3374 (3377 Rn. 28)

Als Nachweis für diese These führt die Beschwerdeführerin dabei in Fußnote 19 an: „vergleiche BVerfGE 7, 377 ff.; 64, 72, 82“. Dies liegt neben der Sache. Für den pauschalen Hinweis auf das sog. Apothekenurteil (BVerfGE 7, 377 ff.) ist dies offenkundig. Aber auch die Belegstelle BVerfGE 64, 72 (82) besagt zur begrenzungsdogmatischen Qualifikation gesetzlicher Rechtsformvorgaben nicht das Geringste.

In der Sache ging es aaO um Altersgrenzen. – Allerdings bemüht auch der BGH (Rn. 28) den Hinweis auf BVerfGE 64, 72 (82): „Die vorgeschriebene Rechtsform stellt eine subjektive Zulassungsvoraussetzung dar (vgl. BVerfGE 64, 72, 82) ...“

Die aufgeworfene Frage aber verweist auf eine wichtige Weichenstellung innerhalb der Rechtfertigungsprüfung und ist dogmatisch bislang wenig geklärt.

Siehe dazu noch unten

Im Anschluß an das apodiktische Zwischenergebnis wendet sich die Verfassungsbeschwerdeschrift den „Rechtmäßigkeitskriterien“

aaO, S. 17

zu. Damit ist, so läßt sich schließen, die Stufe der Grundrechtsschrankenschränken innerhalb der Prüfung gemeint, ob sich der Grundrechtseingriff rechtfertigen läßt. Nach allgemeinen Einführungsformulierungen befaßt sich die Verfassungsbeschwerdeschrift mit der „Sekundärrelevanz der Rechtsform“, ohne daß klar würde, was mit diesem Gesichtspunkt gemeint ist und welche Bedeutung ihm für die Rechtfertigungsprüfung zukommen sollte.

Im Anschluß werden sodann aber die Rechtfertigungsgründe in den Blick genommen. Die Beschwerdeführerin ist insoweit der Ansicht, daß die Regelung in § 56

Abs. 1 Satz 1 InsO „weder geeignet noch (zwingend) erforderlich im Interesse des Gemeinwohls“ sei.

AaO, S. 19

Mit dieser Formulierung sind die beiden ersten Kriterien des Übermaßverbots benannt. Dem Aspekt der Eignung widmet die Verfassungsbeschwerdeschrift indes keine weitere Zeile mehr, sondern erörtert sofort den Gesichtspunkt der Erforderlichkeit. In diesem Kontext befaßt sie sich sodann unter ausführlicher Zitierung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs mit den zugunsten der Grundrechtskompatibilität der Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen angeführten Gründen.

AaO, S. 20-46. – Auf diese Aspekte wird später zurückzukommen sein

Die Überlegungen führen die Beschwerdeführerin jedenfalls zu dem tautologischen Zwischenergebnis: „In jedem Fall erscheint das vollständige Verbot deshalb unverhältnismäßig, weil es ... schlicht unverhältnismäßig ist“.

AaO, S. 46

Dem BGH wird dabei u. a. vorgeworfen, er verkenne die Bedeutung des Art. 19 Abs. 3 GG; denn schließlich stelle „das Grundgesetz natürliche und juristische Personen gleich“ – eine These, deren Unrichtigkeit durch eine schlichte Lektüre des Verfassungstextes deutlich wird.

Im Anschluß wendet sich die Verfassungsbeschwerdeschrift dem Recht der EU zu. Sie sieht zwar, daß dieses im vorliegenden Fall keine Anwendung finde, glaubt aber, daß „es bei einer Bewertung der Rechtmäßigkeit des Ausschlusses von juristischen Personen von der Insolvenzverwaltung nicht außer Betracht bleiben“ dürfe.

AaO, S. 47

Was diese These für die konkrete Verfassungsbeschwerde bedeuten soll, wird nicht erklärt. Das entsprechende Kapitel endet denn auch mit der Feststellung, daß § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG verletze.

AaO, S. 50

## **2. Die Rüge einer Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG**

Das Ergebnis einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes wird indes nicht mehr begründet. Insbesondere fehlt es an einer Auseinandersetzung mit der Frage, welcher Rechtfertigungsmaßstab – zwischen bloßem Willkürverbot und einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung – eigentlich anzulegen ist. Stattdessen finden sich eher disparate Überlegungen.

Bis hin zu der nicht verständlichen These, die Ungleichbehandlung juristischer Personen nach § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO (sei) vor allem nicht am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu rechtfertigen; aaO, S. 51

## **II. Das berufs(grund)rechtliche Profil der Insolvenzverwaltertätigkeit: eigenständiger Beruf und externe Funktionsträgerschaft in der Zivilrechtspflege**

Bevor im folgenden die Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO einer eingehenderen Prüfung auf ihre Kompatibilitätvorgaben des Art. 12 Abs. 1 GG

und abschließend: mit den Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG

unterzogen wird, erscheint es sinnvoll, sich grundsätzlich des berufsgrundrechtlichen Profils der Insolvenzverwaltertätigkeit zu vergewissern. Hieraus ergeben sich nämlich bereits wichtige Einsichten, denen sich die Verfassungsbeschwerde völlig verschließt.

### **1. Zur „Konstitutionalisierung“ der Insolvenzverwaltertätigkeit – eine Skizze**

Lange Zeit vollzog sich die Insolvenzverwaltertätigkeit in einer Art „verfassungsfreier“ Existenzweise,

siehe auch *Stephan Ries*, Die Tätigkeit des Insolvenzrichters im Niemandsland staatlicher Gewaltenteilung?, *Betrifft Justiz* 2006, 406 ff.

(weitgehend) unbeeinflusst von grundrechtlichen Direktiven. Dies änderte sich indes spätestens

zu den Regulierungsvorschlägen und Diskussionen seit Beginn des neuen Jahrtausends siehe beispielsweise *Martin Henssler*, Das Berufsbild des Insolvenzverwalters im Wandel der Zeit, *ZIP* 2002, 1053 ff.; *Hanns Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters und die geplante Änderung des § 56 InsO, *ZIP* 2005, 1097; *Nicola Preuss*, *Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger*, 2005, S. 429 ff.; vgl. ferner auch *Wolfram Höfling*, Der Zugang zum Insolvenzverwalterberuf – eine grundrechtliche Problemskizze, in: *Festschrift für Bethge*, 2009, S. 191 (194) – alle mit weit. Nachw.

mit dem Beschluß der Zweiten Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts.

BVerfGK 4, 1 ff. = NJW 2004, 2725 ff.

Die zentral auf einen wirksamen Rechtsschutz fokussierte Entscheidung qualifiziert die Verweigerung einer gerichtlichen Kontrolle des Vorauswahlverfahrens als Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG: Der Interessent an einer Tätigkeit als Insolvenzverwalter werde nämlich bereits durch die Entscheidung über die Vorauswahl geeigneter Bewerber in seinen Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG berührt. Der Beruf des Insolvenzverwalters

siehe dazu auch *Jörn Axel Kämmerer*, Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung. Gutachten H des 68. DJT, in: Verhandlungen des 68. DJT, Bd. I, Gutachten, 2010, S. 1 (104 ff.); *Martin Henssler*, Das Berufsbild des Insolvenzverwalters, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen (Hrsg.), Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrechts, 2000, S. 45 (47)

könne nur aufgrund der Zuteilung durch einen Träger öffentlicher Gewalt wahrgenommen werden; gerade deshalb werde die Berufsfreiheit durch eine derartige Bestellentscheidung berührt.

BVerfG (K), NJW 2004, 2725 (2727); zur berufsgrundrechtlichen Einordnung der Entscheidung siehe auch *Annemarie Brinkmann*, Private in gerichtlichem Auftrag, 2006, S. 114 ff.

Der Beschluß bildete den Auftakt für weitere Judikate des Bundesverfassungsgerichts.

Eingehende Darstellung bei *Wolfram Höfling*, Der Zugang zum Insolvenzverwalterberuf und seine ordnungsgemäße Ausübung. Rechtsgutachten, September 2010, S. 25 ff.

Der Erste Senat selbst markierte insoweit mit seinem Beschluß vom Mai 2006

BVerfGE 116, 1 ff.

wichtige Grundlinien, die dann in weiteren Beschlüssen der Dritten bzw. Zweiten Kammer des Ersten Senats weitgehend bestätigt und zum Teil konkretisiert worden sind.

Siehe dazu auch die zusammenfassende Darstellung durch (den Richter des Bundesverfassungsgerichts) *Reinhard Gaier*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Auswahl und der Abwahl des Insolvenzverwalters, ZInsO 2006, 1177 ff.

Aus diesen Judikaten seien hier nur zwei erwähnt. Zunächst ist hinzuweisen auf den Beschluß der Zweiten Kammer des Ersten Senats vom 3. August 2009.

BVerfG (K), ZIP 2009, 1722 ff.

Das Gericht hob in seiner Nichtannahmeentscheidung zwei Aspekte hervor, die auch für die hier aufgeworfene Fragestellung von Bedeutung sind:

- Zunächst betont das Gericht die Verantwortlichkeit des Insolvenzrichters für die Auswahl eines für den jeweiligen Einzelfall geeigneten Insolvenzverwalters und stellt insoweit klar, daß der durch § 56 Abs. 1 InsO eröffnete Einschätzungsspielraum verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Die Norm stelle eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Verfahrensgestaltung dar. Irgendwelche Zweifel an der Verfassungskonformität der Norm werden nicht einmal ansatzweise angedeutet.
- Der zweite Aspekt betrifft die höchstpersönliche Bearbeitung des Insolvenzverfahrens. In dem konkreten Verfahren hatte das Insolvenzgericht für die Führung der Vorauswahlliste eine Unterteilung in vier Kategorien vorgenommen, u. a. in Unternehmensinsolvenzen und spezielle Fallgestaltungen, die besondere Fachkunde erforderlich machten.

Siehe zum Sachverhalt BVerfG (K), ZIP 2009, 1722 (1723)

Insoweit stellt die Kammer klar: Das Kriterium der höchstpersönlichen Aufgabenwahrnehmung, so wie es die Fachgerichte angewendet hätten, sei „weder hinsichtlich der Verfahren der Kategorie I (Unternehmensinsolvenzen) noch hinsichtlich der Verfahren der Kategorie IV (Spezielle Fallgestaltungen) ... eine aus Sachgründen nicht zu rechtfertigende Einschränkung des Zugangs zum Insolvenzverwalteramt“. Ob eine so verstandene persönliche Aufgabenwahrnehmung auch darüber hinaus für alle anderen Arten von Insolvenzverfahren ein verfassungsrechtlich zulässiges Kriterium für die Aufnahme in die Vorauswahlliste darstelle, könne dahinstehen.

BVerfG (K), ZIP 2009, 1722 (1725)

Es sei jedenfalls nicht zu beanstanden, den unbestimmten Rechtsbegriff der Eignung im Sinne des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht nur auf Eigenschaften zu beziehen, die unmittelbar der Person innewohnen, sondern darauf, in welcher Weise der Bewerber das ihm übertragene Amt im Fall seiner Bestellung voraussichtlich ausüben werde.

BVerfG (K), ZIP 2009, 1722 (1725 f.)

Es sei auch nicht „völlig sachfremd, die Auswahlentscheidung daran zu knüpfen, daß der ausgewählte Bewerber, dessen Eignung gerade Grundlage der Bestellung ist, selbst substantiell bei der Verwaltung mitwirkt und sich nicht bloß darauf beschränkt, im Außenverhältnis die Verantwortung zu übernehmen. ...“.

AaO, S. 1726

Von besonderer Bedeutung für die rechtsgutachtlich aufgeworfene Fragestellung sind sodann die Schlußüberlegungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Beschluß vom 3. August 2009. Dort heißt es:

„Angesichts des Umstands, daß § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO ausdrücklich nur die Beauftragung einer natürlichen Person vorsieht und nicht etwa – wie es im

Gesetzgebungsverfahren erwogen, dann aber u. a. wegen befürchteter Aufsichtsprobleme verworfen wurde (vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 127; 12/7302, S. 161) – einer juristischen Person, ist es nicht völlig sachfremd, die Auswahlentscheidung daran zu knüpfen, daß der ausgewählte Bewerber, dessen Eignung gerade Grundlage der Bestellung ist, selbst substantiell bei der Verwaltung mitwirkt und sich nicht bloß darauf beschränkt, im Außenverhältnis die Verantwortung zu übernehmen und die tatsächliche Abwicklung größtenteils auf Mitarbeiter zu delegieren; die Zweckmäßigkeit dieser generellen Eignungsanforderung steht nicht zur Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht“.

BVerfG (K), Beschluß vom 3.8.2009 – 1BvR 369/08 – Juris,  
Rn. 23

Wie genau man den der höchstpersönlichen Aufgabenerfüllung notwendigerweise vorbehaltenen Bereich umreißt, sei jedenfalls „keine Frage des Verfassungsrechts“.

AaO, Rn. 24 f.

In einem Beschluß vom 9. Februar 2009 weist die Dritte Kammer des Ersten Senats darauf hin, die Stellung eines von der Gläubigerversammlung gewählten Insolvenzverwalters bewege sich „innerhalb des in zulässiger Weise normativ fixierten Berufsbildes des Insolvenzverwalters“. Wer einen durch derartige Berufsbilder umrissenen Beruf wähle, wähle ihn in der rechtlichen Ausgestaltung, die ihm der Gesetzgeber gegeben habe.

BVerfGK 5, 91 (93) unter Bezugnahme auf BVerfGE 21, 173 (180)

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht damit in den fünf Jahren zwischen 2004 und 2009

aus der Zeit danach siehe noch BVerfG (K), NJW 2010, 1804 ff.

wichtige verfassungsrechtliche Eckdaten markiert hat, ist damit noch keine präzise berufsgrundrechtliche Bereichsdogmatik erarbeitet. Das Gericht beschränkt sich vielmehr – rollenadäquat – auf punktuelle Korrekturen einer als verfassungsrechtlich bedenklich eingestuften insolvenzrichterlichen Praxis.

Eine Zusammenfassung der wesentlichen Leitlinien der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur bei *Höfling*, Der Zugang zum Insolvenzverwalterberuf und seine ordnungsgemäße Ausübung, aaO, S. 46 ff.

## **2. Zum spezifischen Berufsprofil des Insolvenzverwalters**

Vor diesem Hintergrund erscheint eine grundsätzlicher konzipierte Verge-wisserung über den Status des Insolvenzverwalters sinnvoll, um auf dieser Grundlage der Frage nach der Verfassungskonformität des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO nachzugehen.

### **a) Die Insolvenzverwaltertätigkeit als Schutzgegenstand des Art. 12 Abs. 1 GG**

Der Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG markiert nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den einheitlichen Schutzgegenstand der Verfassungsnorm.

Siehe BVerfGE 7, 377 (401) – ständige Rechtsprechung

Er ist seinerseits weit zu fassen.

So ausdrücklich etwa BVerfGE 97, 228 (253)

Er erstreckt sich über traditionelle oder rechtlich fixierte Berufsbilder hinaus auf die vom Einzelnen frei gewählten, aber ggf. auch untypischen Betätigungen.

So schon BVerfGE 7, 377 (397)

Im Blick darauf hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Kammerbeschuß vom 3.8.2004 zu Recht hervorgehoben, die Insolvenzverwaltertätigkeit könne angesichts der Entwicklungen der letzten beiden Jahrzehnte „nicht mehr als bloße Nebentätigkeit der Berufsausübung von Rechtsanwälten oder von Kaufleuten angesehen werden“. Vielmehr sei „die Betätigung als Insolvenzverwalter zu einem eigenständigen Beruf geworden, der vielen Personen maßgeblich zur Schaffung und Aufrechterhaltung der Lebensgrundlage dient, sei es als alleiniger Beruf oder neben anderen Berufen“.

BVerfG (K), NJW 2004, 2725 (2727); siehe auch *Wolfram Höfling*, Freiheit und Regulierung der Insolvenzverwaltertätigkeit aus verfassungsrechtlicher Perspektive, JZ 2009, 339 (340)

Das Bundesverfassungsgericht beschreibt damit zutreffend die Emanzipation der Verwaltertätigkeit etwa von der anwaltlichen Tätigkeit.

Dazu mit zahlreichen Nachw. auch *Björn Laukemann*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, 2010, S. 34 ff.

In ihrer Funktion wie in der verfahrensrechtlichen Einkleidung geht die Insolvenzverwaltung keineswegs in dem Berufsbild eines Rechtsanwalts, eines Wirtschaftsprüfers oder eines Steuerberaters auf. Es hat sich vielmehr ein berufsbildlicher Selbststand der Insolvenzverwaltung konstituiert.

## **b) Insolvenzverwalter als „externe Funktionsträger“ der staatlichen Justizgewährleistung**

Die Feststellung einer berufsbildnerischen Verselbständigung und der damit einhergehenden grundrechtlichen Profilierung wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß die konkrete Tätigkeit in einem Insolvenzverfahren „nur aufgrund der Zuteilung durch einen Träger öffentlicher Gewalt wahrgenommen werden kann“.

Siehe BVerfG (K), NJW 2004, 2725 (2727)

Allerdings lenkt dieser Umstand den Blick auf die spezifische Konturierung des Insolvenzverwalter“amtes“. Mit dieser Formulierung soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß der Insolvenzverwalter ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG ausübt.

Dazu näher *Höfling*, Der Zugang zum Insolvenzverwalterberuf und seine ordnungsgemäße Ausübung, aaO, S. 54 f.

Das Insolvenzverfahren wird durch die Funktionseinheit „Gericht und Insolvenzverwalter“ abgewickelt, wodurch eine institutionelle Erweiterung der originär staatlichen Rechtspflegeeinrichtung durch die Einbeziehung eines externen Funktionsträgers erfolgt.

Zu diesem Konzept eingehend *Preuss*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, aaO, S. 8 ff., S. 330 ff.; vgl. auch *Brinkmann*, Private im gerichtlichen Auftrag, aaO, S. 25 f.

Staatliche Zivilrechtspflege bedeutet u. a. die Wahrnehmung einer Rechtskontrolle, die nicht unbedingt mit der Ausübung von Entscheidungs- und Zwangsgewalt einhergehen muß, sondern auch institutionalisiert sein kann, um den Rechtsuchenden die Abwicklung und Gestaltung ihrer privaten Rechtsbeziehungen nach Maßgabe der Privatrechtsordnung zu ermöglichen. Derartige Zivilrechtspflege wird mit der Durchführung der Zivilverfahren gewährleistet.

Siehe dazu *Preuss*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, aaO, S. 5 ff.

Überwiegend liegt die Durchführung von Zivilverfahren dabei in der Hand von unmittelbar in den staatlichen Justizapparat eingegliederten Funktionsträgern (Richter, Rechtspfleger, Gerichtsvollzieher usw.). Neben diesen internen Funktionsträgern sieht das Zivilverfahrensrecht aber auch Verfahrensarten vor, in denen externe Funktionsträger mit eingebunden sind, denen bestimmte Aufgaben zur selbständigen Erledigung zugewiesen sind. In Abgrenzung zu bloßer Hilfstätigkeit im Zusammenhang mit Justizgewährung, wie sie etwa von Sachverständigen wahrgenommen werden, wird die Tätigkeit der externen Funktionsträger charakterisiert durch ihre Teilhabe an der Verfahrenshoheit.

Siehe noch einmal *Preuss*, aaO, S. 8 ff.; dies aufgreifend für den verfassungsrechtlichen Kontext *Höfling*, JZ 2009, 339 (341); zustimmend z. B. *Frind*, in: Hamburger Kommentar, aaO, § 56 Rn. 1c

Auf diese Weise erfolgt eine institutionelle Erweiterung der originär staatlichen Rechtspflegeeinrichtung unter Einbeziehung einer Person, der das Insolvenzverwalteramt übertragen wird.

*Nicola Preuss*, Reform der Insolvenzverwalterauswahl - verfassungs- und europarechtliche Rahmenbedingungen und justizorganisatorische Regelungsziele, ZIP 2011, 933 (934), spricht von einer „hybride(n) Erscheinung im Justizverfassungsrecht“

Hieraus wiederum erwachsen institutionelle Grundpflichten wie Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des externen Funktionsträgers.

Siehe *Preuss*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, aaO, S. 354 ff.; *Höfling*, JZ 2009, 339 (341)

Dies folgt zwingend aus den überaus weitreichenden Interventionsmöglichkeiten, die dem Insolvenzverwalter im Blick auf den Schuldner und sein Vermögen durch die Insolvenzordnung eingeräumt werden.

*Stephan Ries, Der „vorläufige Insolvenzverwalter“ nach § 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. InsO – jeder kennt ihn, aber kaum einer weiß, in welcher Funktion und für welche Gläubiger er tätig ist, ZInsO 2013, 1612 (1617 f.)*

### **3. Zwischenresümee**

Die bisherigen Überlegungen haben bereits deutlich werden lassen, daß das Vorbringen der Verfassungsbeschwerde die relevanten Aspekte nicht angemessen reflektiert. Das spezifische Berufsprofil der Insolvenzverwaltertätigkeit – nämlich der Umstand, daß der Insolvenzverwalter Element einer gerichtsverfassungsrechtlichen Funktionseinheit von Gericht und Verwalter ist – wird dabei ausgeblendet, was zwangsläufig zu Verzerrungen führt.

## **III. Zur Vereinbarkeit der Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen mit Art. 12 Abs. 1 GG**

### **1. Die Vorschrift des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO: Aussagegehalt, Entstehungsgeschichte, Teleologie**

#### **a) Eindeutiger Wortlaut: Beschränkung auf natürliche Personen**

Bei § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO ist zum Insolvenzverwalter „eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängig natürliche Person zu bestellen. ...“. Dementsprechend besteht auch ein überaus breiter Konsens in Literatur und Rechtsprechung, daß juristische Personen nicht als Insolvenzverwalter bestellt werden können.

Siehe nur BGH, Beschluß vom 19. September 2013 – IX AR (VZ) 1/12, NJW 2013, 3374 (3374 Rn. 7) mit zahlr. Nachw.

Es konnte deshalb keineswegs überraschen, daß der Bundesgerichtshof in seinem mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Beschluß vom 19. September 2013 klargestellt hat, daß sich eine erweiternde Auslegung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO dahingehend, auch juristische Personen als Insolvenzverwalter einzusetzen, verbiete.

BGH, aaO, Rn. 4; ebenso die Vorinstanz: OLG Karlsruhe, Beschluß vom 22. Oktober 2012 – 6 VA 10/12 Unterpunkt 3

Dies sieht ganz offensichtlich auch das Bundesverfassungsgericht so.

Siehe BVerfG (K), ZIP 2009, 1722 (1725): „Angesichts des Umstands, daß § 56 Abs. 1 InsO ausdrücklich nur die Beauftragung einer natürlichen Person vorsieht und nicht etwa ... einer juristischen Person ...“

## **b) Entstehungsgeschichtliche Aspekte**

Bei seiner Entscheidung stützt der BGH sich auch auf die Entstehungsgeschichte der Norm.

BGH, aaO, Rn. 4

Und in der Tat: Mit der expliziten Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen hat der Gesetzgeber der Insolvenzordnung die bereits zu § 78 Konkursordnung ganz herrschende Meinung

siehe auch *Gerhardt*, in: Jaeger/Henckel/Gerhardt, Insolvenzordnung, Bd. 2, 2007, § 56 Rn. 34; siehe aber auch *A. Skrotzki*, Juristische Personen und Personengruppen als Konkursverwalter, KTS

1961, 145 ff.; vgl. ferner *Eberhard Braun*, Die Bedrohung der Konkurs-Kultur durch Berufsgesellschaften mit beschränkter Haftung als Konkursverwalter, BB 1993, 2172 ff.

nachdrücklich bestätigt.

Siehe zu einem kurzen rechtshistorischen Rückblick *Wilhelm Uhlenbruck*, Die juristische Person als Insolvenzverwalter nach dem Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO), Anwaltsblatt 1993, 453 (454)

Bereits die vom Bundesminister der Justiz 1978 eingesetzte Kommission zur Reform des Insolvenzrechts hat in ihrem Ersten Bericht mehrheitlich diese Auffassung vertreten.

In der Begründung (S. 127) heißt es: „Juristische Personen können nicht mit der Insolvenzverwaltung beauftragt werden“; hierzu mit Nachw. *Uhlenbruck*, Anwaltsblatt 1993, 453 (455)

Auf dieser Linie lag dann 1988 auch § 61 Abs. 1 des vom Bundesministerium der Justiz vorgelegten Diskussionsentwurfs eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts. Auch hier war von einer juristischen Person als Insolvenzverwalter nicht die Rede.

Entsprechendes gilt für den 1989 vorgelegten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts; siehe *Uhlenbruck*, Anwaltsblatt 1993, 453 (456)

Doch dann heißt es in der Begründung überraschend:

So die Wertung bei *Uhlenbruck*, Anwaltsblatt 1993, 453 (456); ebenso *Gerhard Pape*, Konkursverwalter mit beschränkter Haftung?, ZIP 1993, 737 ff. (737): „Deshalb ist es völlig überraschend,

daß nun in der Begründung des Regierungsentwurfs plötzlich ein Absatz auftaucht...“

„Der Kreis der Personen, die als Insolvenzverwalter in Betracht kommen, wird nicht auf natürliche Personen beschränkt“.

Siehe BT-Drs. 12/2443, S. 127. Dort heißt es weiter: „Zum Insolvenzverwalter kann zum Beispiel auch eine Steuerberater-, Wirtschaftsprüfungs- oder Buchprüfungsgesellschaft bestellt werden. Vor allem in Fällen, in denen eine persönliche Haftung fehlt, ist allerdings besonders zu prüfen, ob aus der Bestellung einer Gesellschaft Nachteile für die Beteiligten zu erwarten sind“

Indes stieß diese Überlegung in der Anhörung des Rechtsausschusses am 28. April 1993 „auf starke Kritik“.

So Bericht des Rechtsausschusses, in: BT-Drs. 12/7302, S. 161

Im Bericht des Rechtsausschusses hieß es dazu:

„Die vorgetragenen Argumente der Haftungs- und Aufsichtsprobleme bei einer juristischen Person mit austauschbaren Handelnden sowie der Problematik von Interessenkollisionen haben den Ausschuß überzeugt. Abs. 1 (des § 65) stellt nunmehr klar, daß in das Amt des Insolvenzverwalters nur natürliche Personen berufen werden können“.

Siehe BT-Drs. 12/7302, S. 149 (161)

Der Bundestag folgte dieser Beschlußempfehlung mit dem Ergebnis der heutigen Textfassung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO.

Zur Dokumentation siehe etwa *Bruno M. Kübler/Hanns Prütting* (Hrsg.), *Das neue Insolvenzrecht*, Bd. I, 1994

### c) Teleologie

Gegen die Einbeziehung juristischer Personen in den Kreis der Insolvenzverwalter sprechen – so hat der BGH in seinem Grundsatzbeschuß hervorgehoben – „im Interesse der ordnungsgemäßen Durchführung eines Insolvenzverfahrens“ wichtige Sachgründe.

So BGH, NJW 2013, 3374 (3374 Rn. 7)

Mit dem Verweis auf die ordnungsgemäße Durchführung des Insolvenzverfahrens benennt der BGH ohne Zweifel den zentralen Zweck der Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO, zu dessen Realisierung die Norm u. a. die Beschränkung auf natürliche Personen vorgibt. Gerade weil der Insolvenzverwalter als externer Funktionsträger der staatlichen Justizgewährleistung mit dem Insolvenzgericht eine Funktionseinheit bildet,

näher dazu oben

kommt dem Verwalter eine zentrale Rolle zu.

Klassische Umschreibung der zentralen Rolle der gerichtlichen Bestellung des Insolvenzverwalters in der Formulierung von der „Schicksalsfrage“; dazu *Ernst Jaeger*, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 6./7. Aufl. 1936, § 78 Rn. 7

Das entsprechende Anforderungsprofil bzw. das dieses unterminierende Gefährdungspotential der Einbeziehung juristischer Personen in das Insolvenzverwalteramt konkretisiert der BGH – in weitgehender Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung in der Literatur –

und zwar unabhängig davon, ob die jeweilige Stimme aus dem Kreis der Verwalter, der Richterschaft oder der Insolvenzrechtswissenschaft stammt

unter Rückgriff auf sieben Kriterien:

- die höchstpersönliche Rechtsnatur des Amtes eines Insolvenzverwalters,

BGH, aaO, Rn. 8 ff.

- die Existenz eines bestimmten, persönlich für die zweckentsprechende Aufgabenwahrnehmung Verantwortlichen,

BGH, aaO, Rn. 11 ff.

- die notwendige Kontinuität der Amtsausübung,

BGH, aaO, Rn. 14 ff.

- die Gefahr einer unverhältnismäßigen Erschwernis der Willensbildung im Rahmen der ordnungsgemäßen Ausübung des Insolvenzverwalteramtes,

BGH, aaO, Rn. 17 ff.

- die Effektivität gerichtlicher Aufsicht,

BGH, aaO, Rn. 22 ff.

- die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters,

BGH, aaO, Rn. 24 f.

- die Haftung des Insolvenzverwalters.

BGH, aaO, Rn. 26 ff.

Auch wenn der Gesetzgeber bei seiner bewußten Entscheidung

siehe dazu vorstehend die Entstehungsgeschichte sub b)

zum Ausschluß juristischer Personen nicht in jedem Detail diesen Argumenten gefolgt sein mag, findet sich doch in wichtigen Aspekten ein weitreichender Konsens, wenn z. B. explizit auf Haftungs- und Aufsichtsprobleme sowie die Problematik von Interessenkollisionen hingewiesen wird.

Siehe BT-Drs. 12/7302, S. 161

## **2. Grundsätzliches zum berufsgrundrechtlichen „Prüfprogramm“**

Nach ganz herrschender, vom Bundesverfassungsgericht maßgeblich vorgegebener Auffassung gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG – der differenzierten Textfassung zum Trotz – einen einheitlichen Schutzgegenstand: den Beruf. Auf die berufliche Tätigkeit als Ganzes erstreckt sich nach dieser Konzeption auch der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Dieser Einebnung auf Tatbestands- und Schrankenebene folgt allerdings eine Ausdifferenzierung auf der Schrankenschranken-Ebene, die als sog. Drei-Stufen-Theorie firmiert. Beschränkungen der Berufsfreiheit müssen den auf diese Weise strukturierten Rechtfertigungsanforderungen gerecht werden. Der Unterscheidung von bloßen Berufsausübungsregeln, subjektiven Berufszugangsbeschränkungen sowie objektiven Zulassungshürden kommt dabei ein Bedürfnis nach typisierender Betrachtung entgegen.

Vgl. nur *Johannes Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 1892 ff.; *Wolfram Höfling*, Die sog. Berufsfreiheit – Überlegungen zur Bereichsdogmatik eines (?) Grundrechts, in: Festgabe für Friauf, 2011, S. 161 (163 ff.)

Allerdings hat sich schon bald erwiesen, daß das Korsett der Stufentrias nicht selten zu eng ist und die Zuordnung zu einer bestimmten „Stufe“ nicht zwangsläufig eine verlässliche Auskunft über die Eingriffsintensität gibt. Deshalb ist das Konzept einer Fixierung auf intensitätsindizierende Beschränkungsvarianten heute weitgehend einer situationsbezogenen Einzelbewertung gewichen.

Siehe *Dietlein*, in: Stern, Staatsrecht IV/1, S. 1890 ff.

Hieraus resultiert eine Flexibilisierung der Rechtfertigungsanforderungen auf den jeweiligen Stufen, und zwar in beide Richtungen.

Siehe etwa aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts:  
BVerfGE 33, 125 (161) sowie 77, 84 (106) einerseits und BVerfGE  
102, 197 (215) andererseits

Zusammenfassend spricht das Gericht heute davon, „Eingriffszweck und Eingriffsintensität (müßten) stets in einem angemessenen Verhältnis stehen“.

So etwa BVerfGE 103, 172 (183) unter Bezugnahme auf E 101,  
331 (347); dazu auch *Höfling*, in: Festgabe Friauf, aaO, S. 161 (168  
f.)

Die Notwendigkeit einer an der materiellen Eingriffsintensität, am konkreten Verlust an Freiheitssubstanz orientierten Analyse zeigt sich auch an der rechtsgutachtlich aufgeworfenen Problematik des Ausschlusses juristischer Personen von der Insolvenzverwaltertätigkeit.

Dazu sogleich sub B. III. 3.

### **3. Der gesetzliche Ausschluß juristischer Personen von der Insolvenzverwaltertätigkeit als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff**

Daß die durch § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO bewirkte rechtsformspezifische Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit einen Grundrechtseingriff darstellt, ist im Ergebnis nicht zu bestreiten.

Davon geht wie selbstverständlich auch der BGH aus

Worin genau diese Beschränkung berufsgrundrechtlicher Freiheit liegt und wie die Eingriffsintensität zu bemessen ist, ist allerdings weniger offenkundig. Insoweit be-

darf es einer weiter ausgreifenden Beschäftigung mit der Grundrechtserstreckungsnorm des Art. 19 Abs. 3 GG.

Zu dieser Charakterisierung *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 1079; vgl. auch BVerfGE 129, 78 (97)

#### **4. Zur eingriffsdogmatischen Qualifikation der Regelung des Art. 19 Abs. 3 GG im Blick auf die Berufsfreiheit**

##### **a) Zum – umstrittenen – Aussagegehalt des Art. 19 Abs. 3 GG**

Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Mit dieser Formulierung erschließt das Grundgesetz den Grundrechten eine zusätzliche Dimension, indem es sie nicht allein ihren originären Trägern, den Menschen und Bürgern vorbehält, sondern sie grundsätzlich auch juristischen Personen zuerkennt.

Siehe dazu allgemein *Josef Isensee*, Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 199 Rn. 1

Gleichwohl stellt das Grundgesetz damit natürliche und juristische Personen als Grundrechtsträger nicht substantiell gleich.

Unzutreffend anders aber die Verfassungsbeschwerde

Das gibt der Verfassungstext dadurch zu erkennen, daß er die Grundrechtsgeltung an den Vorbehalt knüpft, daß die Grundrechte ihrem Wesen nach auf juristische Personen „anwendbar“ sind – mit anderen Worten: ihnen also nicht primär und nicht genuin zukommen.

*Isensee*, in: HStR IX, § 199 Rn. 5

Diese materielle Differenz zwischen dem Grundrechtsstatus natürlicher und juristischer Personen findet seinen dogmatischen Ausdruck in jener Lesart des Art. 19 Abs. 3 GG, die die Geltung zur Erstreckung der Grundrechte auf juristische Personen mit der Idee eines personalen Substrats erklärt. Diesen Ansatz verfolgt vor allem das Bundesverfassungsgericht: Da der allgemeine Zweck der Grundrechte im Schutz der Individualfreiheit liege, rechtfertige sich „eine Einbeziehung juristischer Personen in den Schutzbereich der Grundrechte nur, wenn ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders wenn der ‚Durchgriff‘ auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll und erforderlich erscheinen läßt“.

So BVerfGE 21, 262 (369); in der Sache übereinstimmend E 68, 193 (205 f.); 75, 192 (196)

Diese sog. Durchgriffstheorie findet auch in der Literatur gewichtige Unterstützung.

Siehe dazu mit ausführlichen Nachw. *Stefan Storr*, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, S. 205 ff.; ferner etwa *Peter Michael Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, Bd. I, Art. 19 Rn. 211: die Durchgriffstheorie sei „Leitgedanke“ des Art. 19 Abs. 3 GG

Allerdings stößt das Gericht mit dieser Interpretation des Art. 19 Abs. 3 GG in der verfassungsrechtlichen Literatur durchaus auf Bedenken. Der Verfassungstext mache deutlich, daß die juristische Person um ihrer selbst willen und nicht allein wegen der hinter ihr stehenden natürlichen Rechtssubjekte geschützt werden solle. Es komme insoweit auf eine grundrechtstypische Gefährdungslage gegenüber einem Hoheitsträger und nicht auf einen irgendwie gearteten Durchgriff an.

Dazu hier nur mit weit. Nachw. *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *GG-Komm.*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 3 Rn. 33 f.

Diese Auseinandersetzung bedarf hier keiner näheren Betrachtung. Festgehalten werden kann aber, daß es einen signifikanten Unterschied zwischen der Grundrechtsberechtigung natürlicher und derjenigen von juristischen Personen gibt. Erste-

re sind uneingeschränkt und fraglos Träger der Grundrechte, Letztere nur nach Maßgabe einer doppelten Wesensgehaltsprüfung. Damit ist zum einen die Frage nach dem Wesen der Grundrechte, welche auf andere als natürliche Personen Anwendung finden können, aufgeworfen; hinzu tritt als weitere Frage, welche Arten von juristischen Personen als Träger von Grundrechten in Betracht kommen. Das Wesen der juristischen Personen und das Wesen der Grundrechte steht also in einem Korrespondenzverhältnis.

Dazu hier nur mit weit. Nachw. *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Art. 19 Abs. 1 Rn. 30

### **b) Juristische Personen (des Privatrechts) als Träger der Berufsfreiheit**

Auf die Frage, ob und inwieweit sich juristische Personen des Privatrechts auf die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit berufen können, ist im folgenden in der angezeigten Kürze einzugehen, bevor die hier vor allem interessierende Thematik in den Blick genommen werden kann. Bereits in einer seiner ersten Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht den persönlichkeitsbezogenen Charakter der Berufsfreiheit herausgestellt.

BVerfGE 1, 264 (273)

Das Grundrecht der Berufsfreiheit erweise sich als eine besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Siehe etwa BVerfGE 77, 84 (112 f.)

Das Grundgesetz, so das Bundesverfassungsgericht, schütze die Arbeit als Beruf, d. h. „in ihrer Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im Ganzen, die sich erst darin voll ausformt und vollendet, daß der Einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt“.

So schon BVerfGE 7, 377 (397); ferner E 50, 290 (362 f., 364 f.)

Dieser individualrechtlich-personelle Ansatz des Bundesverfassungsgerichts prädestiniert damit „in erster Linie natürliche Personen als Träger dieses Grundrechts“.

So *Rüdiger Breuer*, Freiheit des Berufs, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 44

Diese Überlegungen lassen sich auf juristische Personen nicht einfach erstrecken, und diese können auch nicht einen Beruf im Sinne einer Lebensaufgabe ausüben. Dennoch ist weithin unstrittig, daß juristische Personen durchaus in der Lage sind, wie natürliche Personen eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe zu betreiben.

Siehe etwa BVerfGE 21, 261 (266); 50, 290 (363); 65, 196 (209 f.); 95, 173 (181); 102, 197 (213)

Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich dabei auch auf den „weiten, nicht personalgebundenen Berufsbegriff“, der es erlaube, das Grundrecht des Art. 12 Abs 1 GG gem. Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen des Privatrechts anzuwenden.

Siehe BVerfGE 102, 197 (212 f.) unter Bezugnahme auf E 97, 228 (252 f.)

Diese Feststellung gilt nicht nur für gewerbliche, sondern auch für freiberufliche Tätigkeiten.

Zur Diskussion siehe hier nur *Lara M. Povel*, Das Fremd- und Mehrbesitzverbot für Apotheker, 2009, S. 80 ff. mit zahlreichen Nachw.; kritisch *Günther Ganster*, Freier Beruf und Kapitalgesellschaft – das Ende der freien Professionen?, 2000

### **c) Zur eingriffsdogmatischen Qualifikation einer gesetzlichen Beschränkung beruflicher Tätigkeiten auf natürliche Personen**

#### **aa) Ausgangsbefund: Unsicherheiten und Differenzen**

Mustert man die wenigen Judikate und das ebenfalls nicht reichhaltige Schrifttum durch, so ergibt sich im Blick auf die aufgeworfene Frage ein eher irritierender Befund:

(1) *Zur Judikatur*: In der höchstrichterlichen Verwaltungsrechtsprechung finden sich nur wenige Hinweise. In seinem Urteil vom 4.10.1994

BVerwGE 97, 12 ff.

hat der Erste Senat des Bundesverwaltungsgerichts es offengelassen, „ob der Ausschluß einer juristischen Person des Privatrechts vom Buchmachergewerbe in die Freiheit der Berufswahl eingreift ... oder ob darin eine Berufsausübungsregelung liegt, weil es lediglich um die Rechtsform geht, in der das Gewerbe ausgeführt werden kann“.

So BVerwGE 97, 12 (24) unter Bezugnahme auf BVerfGE 21, 227 (232): Das Verbot für Steuerbevollmächtigte, Steuerberatungsgesellschaften zu leiten, betreffe nicht die freie Berufswahl, sondern nur die Berufsausübung. Wer eine Steuerberatungsgesellschaft gründe und deren Leitung übernehme, wähle keinen anderen Beruf, sondern nur eine andere Ausübungsform seines Berufs

Eine relativ ausführliche Auseinandersetzung mit dem Problem findet sich in einem Urteil des OVG Koblenz vom 19.12.1979, das den Ausschluß juristischer Personen von der Rechtsberatung zum Gegenstand hat.

OVG Koblenz, NJW 1980, 1866 ff.

Zunächst hebt das Gericht hervor, die im Streit stehende Erwerbstätigkeit der Rechtsberatung und Rechtsbesorgung könne wegen der für diese konstitutive und

sie prägende persönliche Vertrauensbeziehung zwischen Berater und Ratsuchendem ihrem Wesen und ihrer Art nach nicht von einer juristischen Person wahrgenommen werden. Hinzu komme, daß der Kreis der Grundrechte, die auch juristischen Personen zustehen könnten, wesentlich durch den gesetzlich festgelegten Typus und den gesetzlichen Aufgabenbereich der in verschiedenen Erscheinungsformen auftretenden juristischen Personen bestimmt werde. Die juristische Person sei nämlich eine Schöpfung der Rechtsordnung und allein durch positive Regelung des Gesetzgebers in ihrer Stellung im Rechtssystem festgelegt.

OVG Koblenz, NJW 1980, 1866 (1867)

Aber selbst wenn man die von einer GmbH getroffene Entscheidung, zu Erwerbszwecken Rechtsberatung und Rechtsbesorgung zu betreiben, dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG unterstelle, bleibe die angegriffene Regelung verfassungsgemäß. Insofern sieht der Senat – „in Übereinstimmung mit der allerdings nicht näher begründeten Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (NJW 1959, 1896)“ – darin eine *bloße Berufsausübungsregelung*, deren verfassungsrechtliche Voraussetzungen erfüllt seien. Obwohl die angegriffene Regelung juristischen Personen die angestrebte Tätigkeit allenfalls in geringem Umfang eröffne, stelle sie sich dennoch „nicht als ein über eine bloße Ausübungsregelung hinausgehenden Eingriff in die Freiheit der Berufswahl durch Errichtung objektiver Zulassungshindernisse dar. Denn da die juristische Person als Produkt des positiven Gesetzesrechts keine diesem Gesetzesrecht vorgegebene Rechtssubjektivität besitzt, diese ihr vielmehr ausschließlich aufgrund und nach Maßgabe der jeweiligen Gesetzesbestimmungen zusteht, bedeutet eine von vornherein vorgenommene Begrenzung der Rechtsstellung und der Rechte einer juristischen Person entsprechend ihrem gesetzlichen Typus keinen Entzug ihr zustehender Freiheitsrechte“.

Ebenda

Selbst wenn man annehmen wolle, es handele sich um eine einschneidende Grundrechtseinschränkung durch Aufstellung objektiver Zulassungsvoraussetzungen, sei diese Beschränkung rechtfertigungsfähig.

Ebenda

(2) Im *Schrifttum* finden sich ähnlich unterschiedliche Deutungen. Eine weitgehend restriktive Position nimmt beispielsweise *Rüfner* ein. Zwar würde es Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 3 GG widersprechen, juristische Personen gänzlich aus dem Wirtschaftsleben auszuschließen. Ihnen aber gewisse Berufe aus besonderen Gründen zu sperren, sei „dagegen verfassungsrechtlich zulässig, und zwar ohne daß die engen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, die allgemein für die Beschränkung des Zugangs zu einem Beruf gelten“. Praktisch bedeute das, daß der zuständige Gesetzgeber in der Ausgestaltung des jeweiligen Typus der juristischen Person einen weitreichenden Bewegungsraum habe. Er könne dem rechtsfähigen Verein die wirtschaftliche Betätigung untersagen, den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit auf Versicherungsgeschäfte beschränken und dürfte etwa Handwerksbetriebe aus Gründen des Mittelstandsschutzes natürlichen Personen oder Personengesellschaften vorbehalten.

So *Wolfgang Rüfner*, Grundrechtsträger, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 196 Rn. 82 f.

Bei dieser Position bleibt allerdings unklar, wie rechtsformbezogene Berufszugangsregelungen eingriffsdogmatisch zu qualifizieren sind.

Andere plädieren für eine Einstufung als Berufsausübungsregelungen.

Siehe etwa *Karl Heinrich Friauf*, Das Verbot des Fremd- und Mehrbesitzes aus der Sicht des Verfassungs- und Europarechts, Pharmazeutische Zeitung 1992, Sonderbeilage zu Nr. 25, S. 3 (4), wonach es sich grundrechtsdogmatisch beim Fremd- und Mehrbesitzverbot nicht um einen Eingriff in die Berufswahlfreiheit handele, weil es niemanden daran hindere, den Beruf des selbständigen Apothekers zu ergreifen

Die Verfassungsbeschwerde ist der Ansicht, die gesetzliche Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen sei ein Grundrechtseingriff in Gestalt einer subjektiven Zulassungsvoraussetzung.

Verfassungsbeschwerdeschriftsatz, aaO, S. 17; in diesem Sinne auch *Christoph Freytag*, Erteilung der Buchmachererlaubnis nach dem Rennwett- und Lotteriegesezt an juristische Personen, GewArch 1994, 95 (98)

Zum Teil wird aber auch die Auffassung vertreten, es handele sich um objektive Berufszugangsregelungen.

Siehe etwa *Povel*, Das Fremd- und Mehrbesitzverbot für Apotheker, aaO, S. 94; *Jochen Taupitz*, Zur Verfassungswidrigkeit des Verbots, ärztliche Praxen in Form einer juristischen Person des Privatrechts zu führen, NJW 1996, 3033 (3039)

#### **bb) Differenzierung nach unterschiedlichen Perspektiven**

Eine gewisse Klärung der verwirrenden Meinungsvielfalt ergibt sich, wenn man die entsprechenden rechtsformbezogenen Berufsregulierungen aus unterschiedlichen Perspektiven betrachtet.

- Aus der Sicht einer natürlichen Person, die ihrer beruflichen Tätigkeit nunmehr in einer Rechtsform nachgehen will, die das Gesetz nicht zulässt, handelt es sich um eine bloße Berufsausübungsregelung. Das Recht, die Organisationsform eines Unternehmens zu bestimmen, ist Teil der unternehmerischen Freiheit und als solche durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Ihre Beschränkung ist deshalb ein Eingriff in die Modalitäten der Ausübung des Berufs.

Siehe etwa *Jochen Taupitz*, NJW 1996, 3033 (3039); *Povel*, Das Fremd- und Mehrbesitzverbot für Apotheker, aaO, S. 92 f.

- Stellt man dagegen auf die juristische Person als solche ab – und das ist ja die zu klärende Verfassungsrechtsfrage –, dann bedeutet die Verweigerung des Zugangs zu einem Beruf für (bestimmte) juristische Personen einen Eingriff in die Berufswahlfreiheit.

### **cc) Nochmals: Zur Relativität der „Stufen-Dogmatik“**

Schwieriger aber ist die Frage zu beantworten, ob es sich hierbei um eine subjektive oder objektive Zugangsbeschränkung handelt. Erneut erweist sich an dieser Stelle die Problematik einer starren Schematisierung und zugleich die Erforderlichkeit einer problemadäquaten Flexibilisierung.

Nach den gängigen Begriffsbeschreibungen betreffen subjektive Berufszugangsregelungen Bestimmungen, die den Zugang zu einem Beruf oder den Verbleib darin an bestimmte in der Person des Bewerbers begründete Voraussetzungen, etwa persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten, erworbene Abschlüsse oder erbrachte Leistungen knüpfen.

So beispielsweise *Dieter C. Umbach*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2002, Art. 12 Rn. 85 unter Bezugnahme auf BVerfGE 7, 377 (406 ff.); 9, 338 (345); siehe auch schon *Giesbert Uber*, Freiheit des Berufs, 1952, S. 96 ff. und S. 215 ff.

Darunter fallen neben fachlichen Fähigkeiten und Fertigkeiten auch Charaktereigenschaften (etwa Zuverlässigkeit), ein bestimmtes Lebensalter, die wirtschaftliche Vermögensbasis, die Leistungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit u. Ä.

Mit weit. Nachw. hier nur *Rüdiger Breuer*, Staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 171 Rn. 59

Im Blick auf die zuletzt genannten Aspekte wird deutlich, daß es bei der Stufenzuordnung und der Abgrenzung zwischen subjektiven und objektiven Schranken letztlich nicht entscheidend auf die Möglichkeit einer subjektiven Beherrschbarkeit oder

die objektive Sperrwirkung ankommt, sondern auf eine Sphärenabschichtung. Subjektive Berufszulassungsschranken sind nach dieser Konzeption dadurch charakterisiert, daß sie in der individuellen Lebens- und Risikosphäre der Betroffenen wurzeln.

So *Breuer*, in: HStR VIII, § 171 Rn. 59

Die hier nur beispielhaft genannten Konkretisierungskonzepte knüpfen nun aber erkennbar an Aspekte an, die sich auf ein auf natürliche Personen zugeschnittenes Anforderungsprofil beziehen. Eine juristische Person hat kein Alter, verfügt über keine Charaktereigenschaften, Ausbildungen oder persönliche Kenntnisse.

Allenfalls die Kreditwürdigkeit oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit können auch im Blick auf juristische Personen geprüft werden

Das Kriterium, natürliche Personen sein zu müssen bzw. nicht juristische Person sein zu dürfen, um einen bestimmten Beruf ausüben zu können, läßt sich in diese Kriteriologie nicht einordnen.

Aber auch eine Zuordnung der rechtsformbezogenen Beschränkung zur Stufe der objektiven Berufszulassungsregelungen ist nicht angemessen. Objektive Berufszulassungsbeschränkungen entfalten, so hat es das Bundesverfassungsgericht formuliert, „eine absolute Sperrwirkung“ und sind dem „Einfluß (der Betroffenen) schlechthin entzogen“.

So BVerfGE 7, 377 (407); 9, 338 (345)

Dies gilt beispielsweise für absolute Berufsverbote.

Dazu etwa *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 12 Rn. 378 ff. (Stand: Juni 2006)

Objektive Berufszulassungsschranken unterscheiden sich von subjektiven dadurch, daß sie nicht wie diese in der individuellen Lebens- und Risikosphäre wurzeln, son-

dern aus dem gesellschaftlichen oder staatlichen Umfeld, oder anders formuliert: aus der Sphäre der Allgemeinheit erwachsen.

So die Umschreibung von *Breuer*, in: HStR VIII, § 171 Rn. 70

Bedürfnisklauseln, Kontingentierungen oder Inkompatibilitätsregelungen sind Beispiele hierfür, die aber zugleich auch deutlich werden lassen, daß die damit jeweils verbundenen Eingriffsintensitäten unterschiedlich ausfallen können.

Erneut zeigt sich, daß die „Stufenzuordnung“ von rechtsformbezogenen Beschränkungsregelungen auch auf dieser dritten Stufe erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Der Zugang zum Insolvenzverwalteramt steht grundsätzlich jeder geeigneten natürlichen Person offen. Der Ausschluß juristischer Personen folgt keiner Kontingentierung oder Bedürfnisprüfung.

Versucht man dennoch im Blick auf die (grobe) Orientierungsfunktionen der Drei-Stufen-Theorie

dazu bereits oben

eine am Maßstab des substantiellen Freiheitsverlusts erfolgende „Verortung“ von rechtsformbezogenen Zugangsbeschränkungen, so läßt sich folgende „Annäherung“ vornehmen:

- Zunächst: Eine Regelung wie § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO bewegt sich hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität jedenfalls *deutlich unterhalb der Stufe einer objektiven Berufszugangsbeschränkung*. Die Regelungskonzeption ist kategorial anders als bei Berufsverboten oder Bedürfnisregelungen bzw. Kontingentierungen.
- Sodann: Auf der anderen Seite handelt es sich bei der Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO – aus der Perspektive der juristischen Person selbst –, formal betrachtet, zwar nicht um eine bloße Berufsausübungsregelung.

Dazu bereits oben

- In ihrer Eingriffstiefe aber dürfte sich die rechtsformbezogene Zugangsbeschränkung durchaus in der Nähe bestimmter Berufsausübungsregelungen bewegen.

Möglicherweise kann man sie auch in einem Zwischenbereich zwischen der ersten und der zweiten Stufe verorten. Insofern ist nämlich zu berücksichtigen, daß jede natürliche Person, die dafür geeignet ist,

und diese Voraussetzung, die § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO normiert, bewegt sich eben auf der zweiten Stufe

als Insolvenzverwalter tätig sein darf. Eingeschränkt wird diese berufliche Betätigungsfreiheit nur in der Konstellation, in der die Realisierung der Insolvenzverwaltertätigkeit als „Korporationsangehöriger“ einer juristischen Person, die ihrerseits zum Insolvenzverwalter bestellt werden möchte, nicht besteht. In dieser Differenz erweist sich aber lediglich der materielle Unterschied im Grundrechtsstatus von natürlichen und juristischen Personen.

Dazu bereits oben

Insoweit ist im Ergebnis in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen worden, juristischen Personen gewisse Berufe zu sperren, sei „verfassungsrechtlich zulässig, und zwar ohne daß die engen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, die allgemein für die Beschränkung des Zugangs zu einem Beruf gelten“.

So *Rüfner*, in: HStR IX, aaO, § 196 Rn. 82 f.

Im Blick auf die Wertung der Eingriffstiefe entsprechender Regelungen läßt sich schließlich auch eine gewisse Parallelisierung zu den Sozietätsverboten ziehen.

Dazu

Das Bundesverfassungsgericht hat es beispielsweise abgelehnt, derartigen Beschränkungen die Qualität einer Berufswahlbeschränkung zuzubilligen. Wenn jemand daran gehindert werde, wegen einer bestehenden Sozietät auch als Notar zugelassen zu werden, hindere der Staat den Betroffenen nicht, den Beruf des Notars als solchen zu ergreifen. Er dürfe ihn eben nur nicht als Sozius einer Steuerberaterin aufnehmen. Das Berufszulassungshindernis sei – so das Bundesverfas-

sungsgericht – nur Folge der Nichteinhaltung einer mit dem Notarberuf verbundenen Pflicht, die unabhängig von dieser Folge beurteilt werden müsse.

Siehe BVerfGE 80, 269 (278); vgl. auch E 60, 215 (231)

### **5. Die Sicherung der verfahrensadäquaten Erfüllung der Insolvenzverwaltertätigkeit als einer Beteiligung an der Zivilrechtspflege: ein legitimer Gemeinwohlzweck von überragender Bedeutung**

Der vorstehenden Zuordnung der Eingriffsintensität der Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO zu einer allenfalls mittleren Stufe

dazu vorstehend 3. c)

korrespondiert als Rechtfertigungsvoraussetzung ein – ebenfalls: allenfalls – wichtiges Gemeinschaftsgut.

In der Stufenarchitektur des Bundesverfassungsgerichts die zweite Stufe; siehe etwa BVerfGE 13, 97 (107); auch *Hans Peter Schneider*, Berufsfreiheit, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 113 Rn. 149 mit weit. Nachw. aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Daß § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO und das insolvenzrichterliche Auswahlverfahren einem solchen Gemeinwohlziel verpflichtet sind, steht außer Frage. Mehr noch: Die Insolvenzverwaltertätigkeit ist durch die spezifische justizverfassungsrechtliche Einbindung in die Zivilrechtspflege gekennzeichnet. Für die Rechtspflege ganz allgemein bzw. ihrer Förderung hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont, daß es sich insoweit um ein „wichtiges Gemeinschaftsgut“ handele.

Siehe etwa BVerfGE 21, 173 (179); 54, 301 (315); 59, 302 (317); BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1295)

In diesen Judikaten ging es dabei lediglich um die mittelbare Förderung der Rechtspflege durch Personen, die nicht als externe Funktionsträger der Rechtspflege zu qualifizieren sind. Das Insolvenzverwalteramt dagegen ist unmittelbar in die Justizorganisation eingebunden.

Dazu schon oben mit weit. Nachw.

Wenn der Gesetzgeber mit seinen Regelungen, beispielsweise § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO, versucht, diesen Prozeß funktionsadäquat zu gewährleisten, verfolgt er damit nicht nur ein wichtiges, sondern ein „überragend wichtiges“ Gemeinschaftsgut.

Dazu schon *Höfling*, JZ 2009, 339 (343)

## **6. Zur Rechtfertigung der rechtsformbezogenen Beschränkung des Zugangs zum Insolvenzverwalterberuf – Zu den Anforderungen des Übermaßverbots**

Zu klären bleibt aber, ob die durch § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO vorgenommene Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen insoweit als ein geeignetes, erforderliches und zumutbares Instrument zur Erreichung dieses höchstrangigen Ziels qualifiziert werden kann.

Bevor das dadurch angesprochene „Prüfprogramm“ des Übermaßverbots im Einzelnen abgearbeitet werden kann,

dazu nachfolgend sub 5. b)

bedarf es indes der Befassung mit einem bedeutsamen und grundsätzlichen Aspekt: Er betrifft die Frage nach der (Reichweite der) Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und der damit korrespondierenden Kontrollkompetenz bzw. –dichte des Bundesverfassungsgerichts.

Nachfolgend sub a)

### **a) Zur Einschätzungsprärogative des berufsregulierenden Gesetzgebers**

## aa) Grundsätzliches

Die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Parlamentsgesetzen „ist ein Vorgang, in welchem sich in einem schwer durchschaubaren und kaum entwirrbaren Gemenge Tatsachenfeststellungen, Wertungen, Schätzungen, Prognosen, Auslegungen einfacher und grundgesetzlicher Normen miteinander vermischen“.

Siehe *Fritz Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, 1976, S. 458 (478 f.)

Dieser Umstand wiederum resultiert aus der Komplexität der gesetzgeberischen Arbeit selbst. Gerade auf dem Gebiet des Berufs- und Wirtschaftslebens obliegt ihm eine aktive Gestaltung. Diese ist wiederum in der offenen Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes

siehe dazu nur BVerfGE 4, 7 ff.; 25, 1 (19 f.); 50, 292 (317 ff.)

mit politischen Wertungen und Dezsionen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers weitgehend überantwortet. Die der Legislative insoweit obliegende Gestaltungsaufgabe läßt sich nur auf der Grundlage situationsimmanenter Ungewißheit und unter Eingehung von Prognoserisiken bewältigen. Bei der Überprüfung von Gesetzen geht es im wesentlichen um generische Tatsachen, sog. legislative facts. Sie betreffen nicht singuläre Ereignisse, sondern Aussagen über eine ganze Klasse von Ereignissen. Solche generischen Tatsachen spielen auf mehreren Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung (i.w.S.) eine zentrale Rolle.

Siehe dazu aus neuerer Zeit *Niels Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 78 ff. mit zahlr. Nachw.

Aufgrund dieser unausweichlichen Unsicherheitsmomente hängen derartige Prognosen untrennbar mit den politischen Wertungen und Dezsionen zusammen. Zu Recht ist darauf hingewiesen worden, daß bei Beachtung der Teleologie der Ver-

fassungsordnung des Grundgesetzes unabweisbar ist, daß die mit der Gestaltungsaufgabe verknüpfte Bewertungs- und Prognoseverantwortung des Gesetzgebers den entsprechenden Einschätzungs- und Entscheidungsspielraum voraussetzt.

Siehe dazu *Rüdiger Breuer*, Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, *Der Staat* 16 (1977), 21 (38 ff.); *ders.*, in: *HStR* VIII, aaO, § 171 Rn. 27

Diese Komplexität und Schwierigkeit parlamentarischer Arbeit hat auch das Bundesverfassungsgericht immer wieder anerkannt

siehe bspw. BVerfGE 50, 290 (331 ff.)

und seine Kontrollkompetenz dem Rechnung tragend daran ausgerichtet. In unterschiedlicher Terminologie bezeichnet es die rechtlichen und tatsachenbezogenen Spielräume des Gesetzgebers als „Gesetzgebungsermessen“, „Gestaltungsspielraum“, „Prognose- und Einschätzungsspielraum“. Seit etwa Mitte der 80er Jahre setzt sich dann der *Begriff der Einschätzungsprärogative*

soweit ersichtlich erstmals verwendet im Mitbestimmungsurteil: E 50, 290 (332)

durch.

Eingehende Analyse jüngst bei *Christian Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 128 ff.

Sie umfaßt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sowohl die Beurteilung der Ausgangslage als auch die Beurteilung möglicher Auswirkungen legislativen Handelns.

Siehe etwa BVerfGE 88, 87 (97)

Der Terminus kann verstanden werden als ein Oberbegriff für die kognitiv-empirische Seite des Erkennens sowie die Bewertungen, die daran anknüpfen. Er verknüpft die Ermittlung und Bewertung der oftmals unsicheren tatsächlichen Ausgangssituation im Zeitpunkt des Legislativakts mit der Erstellung von Prognosen über die Auswirkungen einer (Nicht-)Regelung einschließlich der diesbezüglichen Wertungen.

Siehe *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, aaO, S. 133, der auch von einem Verbundbegriff spricht

Im übrigen erfaßt der Terminus der Einschätzungs*prärogative* auch treffend das Verhältnis von Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht. Es verweist auf das gesetzgeberische „Vorrecht“, das wiederum die im einzelnen zu bestimmenden Grenzen der Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts, die aus gesetzgeberischen Tatsachenfeststellungen, Prognosen und Wertungen folgen, charakterisiert.

*Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, aaO, S. 133

#### **bb) Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur legislativen Einschätzungsprärogative im Berufs- und Wirtschaftsrecht**

Gerade für die legislative Gestaltung des Berufs- und Wirtschaftslebens hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder den erheblichen Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum hervorgehoben. Ausnahmen bilden hier lediglich einige Judikate aus der Frühzeit des bundesverfassungsgerichtlichen Wirkens, namentlich das sog. Apothekenurteil.

Siehe BVerfGE 7, 377 (412); ferner E 9, 39 (52 ff.); 11, 168 (185 ff.)

Doch diese strikte Linie währte nicht lange.

Siehe die eingehende Analyse bei *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, aaO, S. 24 ff.

Dies machen etwa die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Kontingentierungen zum Schutze der Funktionsfähigkeit der Deutschen Bundesbahn,

siehe BVerfGE 16, 147 (177 ff.); 38, 61 (86 ff.); 40, 196 (222 ff.)

vor allem aber die sog. Mühlenbeschlüsse

BVerfGE 25, 11 f.; 30, 250 ff.

deutlich. Der erste Mühlenbeschluß markiert geradezu eine entscheidende Zäsur gegenüber der frühen Judikatur und insbesondere gegenüber dem sog. Apothekenurteil.

Siehe etwa *Ossenbühl*, Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht I, aaO, S. 458 (508); *Christian Starck*, Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, S. 1 (20)

Im ersten Mühlenbeschluß hat es die streitentscheidende Frage, ob der Wegfall des Errichtungsverbots für Mühlen die Sicherung der Volksernährung in Krisenzeiten gefährden könne, nicht näher verfolgt. Vielmehr hat es die diesbezügliche Einschätzung des Gesetzgebers – obwohl als augenblicklich fernliegend charakterisierend – mit dem Hinweis hingenommen, dem Gesetzgeber könne es nicht verwehrt sein, auch künftigen, nicht auszuschließenden Gefahrenlagen rechtzeitig vorzubeugen.

BVerfGE 25, 1 (17)

Und es fügt hinzu: Die Gerichte dürften dem „nicht ihre eigenen – ebenso wenig strikt beweisbaren – Überzeugungen über den voraussichtlichen Verlauf einer wirtschaftlichen Entwicklung entgegensetzen“.

BVerfGE 25, 1 (17)

Im zweiten Mühlenbeschluß hebt das Gericht im Rahmen der Prüfung der Geeignetheit der vom Gesetzgeber ergriffenen Maßnahmen hervor, nur selten werde es die Verfassungswidrigkeit einer legislativen Intervention aus dem Gesichtspunkt der objektiven Zweckuntauglichkeit feststellen können;

BVerfGE 39, 210 (230 f.)

und im Blick auf die Erforderlichkeit betont es: „Nur wenn sich eindeutig feststellen läßt, daß andere weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen, kann die gesetzliche Regelung übermäßig belastend und deshalb verfassungswidrig sein“.

BVerfGE 39, 210 (231) unter Bezugnahme auf E 37, 1 (21)

Mit Akzentuierungen im einzelnen hat sich dieser Kontrollansatz des Bundesverfassungsgerichts in der Folgezeit etabliert. Aus neuerer Zeit sei nur auf die Entscheidungen zur Tariftreueerklärung,

BVerfGE 116, 202 ff.

zum anwaltlichen Erfolgshonorar,

BVerfGE 117, 163 ff.

zur Gebührenbegrenzung,

BVerfGE 118, 1 ff.

zum Hufbeschlagsgesetz

BVerfGE 119, 59 ff.

sowie zur Eingliederung privater Leistungserbringer in den öffentlichen Rettungsdienst

BVerfGE 126, 112 ff.

hingewiesen.

Dazu die Analyse mit weit. Nachw. bei *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, aaO, S. 34 ff.

Aber auch der Beschluß zur Begrenzung der Zahl der BGH-Anwälte läßt sich in diese Reihe einordnen.

BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1295) unter Bezugnahme auf BVerfGE 110, 141 (157 f.); 117, 163 (189); dazu auch *Höfling*, JZ 2009, 339 (345)

In keinem der genannten Fälle kam das Bundesverfassungsgericht zu der Feststellung einer offensichtlichen Fehleinschätzung des Gesetzgebers. Vielmehr betont das Gericht, daß von den Vorstellungen des Gesetzgebers nur dann nicht ausgegangen werden könne, „wenn sie in einem Maße wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischer Erfahrung widersprechen, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können“.

BVerfGE 126, 112 (141)

### **b) Die Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen als verhältnismäßige (iwS) berufsregulierende Maßnahme**

Vor diesem Hintergrund kann nunmehr eine nähere Prüfung der einzelnen Elemente des Übermaßverbots – Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit/Zumutbarkeit – erfolgen. Dabei sind – um dies noch einmal zu unterstreichen – zwei wichtige Ausgangsbefunde zu beachten:

(1) Mit dem Ziel, den Prozeß der Insolvenzverwaltung als eine spezifische Form der Zivilrechtspflege unter Beteiligung externer Funktionsträger funktionsadäquat zu gestalten, verfolgt der Gesetzgeber ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.

Dazu bereits oben sub 3.

(2) Bei der Konzeptualisierung und näheren Ausgestaltung dieses Ziels kommt dem Gesetzgeber eine erhebliche Einschätzungsprärogative zu.

### **aa) Zur Geeignetheit der Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen**

Die Geeignetheit einer Maßnahme, die in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eingreift, beurteilt sich nicht danach, ob der verfolgte Zweck auch tatsächlich erreicht wird bzw. der gewünschte Erfolg auch wirklich eintritt.

Siehe *Schneider*, in: HGR V, aaO, § 113 Rn. 156 unter Bezugnahme auf BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (175)

Es reicht vielmehr aus, daß mit der ergriffenen Maßnahme der angestrebte Erfolg gefördert werden kann, wobei bereits die Möglichkeit der Zweckrealisierung genügt.

Siehe etwa BVerfGE 67, 157 (175); 96, 10 (23); 100, 313 (373); 103, 293 (307); 117, 163 (188 f.); 126, 112 (144)

Wegen des weiten Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers stellt das Bundesverfassungsgericht nur dann die mangelnde Geeignetheit einer Maßnahme fest, wenn diese „objektiv untauglich“,

BVerfGE 16, 147 (181)

„objektiv ungeeignet“

BVerfGE 17, 306 (317)

oder „schlechthin ungeeignet“

BVerfGE 19, 119 (126)

ist, um das jeweils angestrebte Gemeingutziel auch hinreichend zu realisieren.

An diesen Maßstäben gemessen, läßt sich nicht bezweifeln, daß die Regelung in § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO im Blick auf das hier interessierende Merkmal (natürliche Personen) nicht als ungeeignet qualifiziert werden kann.

Ohne jede Begründung anders die Verfassungsbeschwerde: Siehe Verfassungsbeschwerdeschrift, aaO, S. 19

Daß eine höchstpersönliche kontinuierliche Aufgabenerfüllung, die durch diese Ausgestaltung auch eine effektive gerichtliche Aufsicht einschließlich der Prüfung der Unabhängigkeit des Verwalters ermöglicht, für die Erreichung des Zwecks einer ordnungsgemäßen Insolvenzverwaltung dienlich und förderlich sein kann, ist ernsthaft nicht zu bestreiten.

**bb) Zur Erforderlichkeit**

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird eine Regelung dem Element der Erforderlichkeit gerecht, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht weniger intensiv einschränkendes Mittel hätte wählen können.

Siehe bspw. BVerfGE 25, 1 (19 f.); 115, 276 (309); 117, 163 (189)

Dabei betont das Bundesverfassungsgericht im Blick auf die gleiche Wirkung einer hypothetischen Alternativregelung, daß diese in jeder Hinsicht gleich wirksam sein müsse.

So etwa hervorgehoben in der Entscheidung zur Begrenzung der Zahl der BGH-Anwälte: BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1296 Rz. 48)

Auch bei dieser Prüfung kommt der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers erhebliche Bedeutung zu.

Siehe etwa BVerfGE 102, 197 (218); 115, 276 (309)

Das Bundesverfassungsgericht spricht ausdrücklich von einem „*weit(en)* Einschätzungs- und Prognosespielraum“.

BVerfGE 117, 163 (189) – Hervorhebung hinzugefügt

„Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einer Maßnahme ist der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers erst dann überschritten, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben können“.

So BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1296 Rz. 48) unter Bezugnahme auf E 110, 141 (157 f.); 117, 163 (189)

Zwar konzidiert das Bundesverfassungsgericht immer wieder einmal, daß dem Gesetzgeber weniger eingriffsintensive Instrumente zur Verfügung gestanden hätten; doch lasse sich eben nicht feststellen, daß sie gleichermaßen wirksam seien.

Siehe bspw. BVerfGE 125, 260 (318)

Zu einem solchen Urteil könne das Gericht nur kommen, wenn sich die gleiche Eigenschaft „eindeutig feststellen“ lasse.

BVerfGE 53, 135 (145 f.) unter Bezugnahme auf BVerfGE 39, 210 (231)

Zu klären bleibt, ob die legislative Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen auch den Anforderungen des Erforderlichkeitskriteriums genügt. Erforderlich ist – wie bereits dargelegt – eine Regelung immer dann, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht gar nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können.

Siehe nur aus neuerer Zeit BVerfGE 115, 276 (309); 117, 163 (189)

Auch insofern verfügt der Gesetzgeber aber über einen erheblichen Beurteilungs- und Prognosespielraum.

Siehe etwa BVerfGE 102, 197 (218); 115, 276 (309)

Die Beschwerdeführerin im Ausgangsverfahren versucht darzulegen, warum in § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO unter dem hier interessierenden Aspekt den Anforderungen des Erforderlichkeitskriteriums nicht ausreichend Rechnung getragen wird.

Siehe Verfassungsbeschwerdeschrift, aaO, S. 18 ff.

Im Ausgangspunkt weist die Argumentation der Rechtsformregelung lediglich eine „Sekundärrelevanz“ zu,

aaO, S. 18

die lediglich den „Randbereich“ der Berufsausübung betreffe.

AaO, S. 19 unter Bezugnahme auf die sog. Optikerentscheidung des EuGH (EuGHE 2005, 3177). – Es mag hier dahinstehen, ob diese Entscheidung wirklich aussagekräftig für die hier interessierende Problematik ist. Hingewiesen sei nur auf die durchaus gegenläufige Entscheidung des EuGH zum Apothekenberuf (EuGH, Urteil vom 19.5.2009 – C-171/07 und C-172/07, Rn. 52 ff.)

Dazu ist folgendes anzumerken: Keineswegs betrifft die Zugangsvoraussetzung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO – nämlich: die „Eigenschaft“ aufweisen zu müssen, natürliche Person zu sein – das „berufliche Umfeld“

so aber die Verfassungsbeschwerdeschrift, aaO, S. 18

der Insolvenzverwaltertätigkeit, sondern ein wichtiges Element des Status eines Insolvenzverwalters. Mit der Beschränkung auf natürliche Personen soll die ordnungsgemäße Wahrnehmung des Kernbereichs der Verwaltertätigkeit gewährleistet werden. Die Vorstellung des Gesetzgebers ist dabei, daß mit der höchstpersönlichen, eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung, für die der Insolvenzverwalter die Haftung übernimmt, eine höhere Gewähr für die Funktionssicherung verbunden ist – zumal sie die erforderliche Effektivität der insolvenzrichterlichen Aufsicht ermöglicht. Insofern sind die vom BGH und der ganz herrschenden Literaturmeinung ins Feld geführten Argumente

dazu siehe bereits oben

konkretisierende Operationalisierungskriterien für die mit dem Rechtsformgebot verbundene Regelungsrationalität.

Diese Redeweise von „Sekundärrelevanz“ und „Randbereich“ geht an dieser Einsicht völlig vorbei

Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist nun zu erörtern, ob und inwieweit die sich in § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO manifestierende Vorstellung des Gesetzgebers ein hinreichendes Maß an Plausibilität aufweist. Die legislative Einschätzungsprärogative stößt erst dort an ihre Grenze, wo sich „eindeutig feststellen läßt, daß andere weniger einschneidende Mittel zur Verfügung“ standen.

Siehe BVerfGE 39, 210 (231); dazu bereits oben

Zur Strukturierung einer derartigen Prüfung erscheint es nun sinnvoll, die in der Diskussion thematisierten Gesichtspunkte zu bündeln in *zwei zentralen Argumentationstopoi*:

- (1) Sicherung einer höchstpersönlichen, kontinuierlich wahren und jederzeit handlungsfähigen Insolvenzverwaltung;
- (2) Gewährleistung einer effektiven insolvenzrichterlichen Aufsicht einschließlich der Prüfung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters.

Hinzu treten ergänzend haftungsrechtliche Erwägungen.

Auf sie nimmt der BGH am Ende seiner Erwägungen Bezug; siehe BGH, Beschluß vom 19. September 2013, aaO, Rn. 26 f.

### **(1) Sicherung einer höchstpersönlichen, kontinuierlich wahren und jederzeit handlungsfähigen Insolvenzverwaltung**

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin vermag das Argument der *Höchstpersönlichkeit* der Insolvenzverwaltertätigkeit „vor allem deshalb“ nicht zu überzeugen, weil es der Rechtswirklichkeit im Insolvenzwesen nicht entspreche.

Siehe Verfassungsbeschwerdeschrift, aaO, S. 22 ff.

Insofern wird in der Verfassungsbeschwerdeschrift auf die gerade in Großverfahren übliche Delegationspraxis verwiesen.

Zwar ist in der Tat nicht zu bestreiten, daß namentlich bei großen Insolvenzen Aufgaben delegiert werden.

Zu den einzelnen Aufgaben im Rahmen der Verfahrensabwicklung siehe etwa *Thorsten Graeber*, Die Aufgaben des Insolvenzverwalters im Spannungsfeld zwischen Delegationsbedürfnis und Höchstpersönlichkeit, NZI 2003, 569 ff. (570)

Doch trotz der nicht einfachen Differenzierung zwischen delegationsfähigen und höchstpersönlichen Aufgaben des Insolvenzverwalters muß gewährleistet sein, daß der Verwalter imstande und bereit ist, die Kernaufgaben des Insolvenzverfahrens persönlich wahrzunehmen.

Siehe nur *Wilhelm Uhlenbruck*, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, Insolvenzordnung. Kommentar, 13. Aufl. 2010, § 56 Rn. 34

Zu den Kernaufgaben eines Insolvenzverwalters werden gerechnet: die Pflicht zur Inbesitznahme und Verwaltung des schuldnerischen Vermögens nach § 148; die Entscheidung über eine Sieglung von Vermögensgegenständen nach § 150; die Pflicht zur Erstellung der Verzeichnisse nach den §§ 151 ff.; die Pflicht zur Führung von Forderungslisten und Tabellen nach § 28 Abs. 1, 174 ff.; die Pflicht zur Forderungsprüfung und zum Bestreiten unberechtigter Forderungen nach § 176 f.; die Pflicht zur Ausübung des Wahlrechts nach § 103; die Pflicht zur Vornahme von Zustellungen für das Insolvenzgericht nach § 8; die Pflicht zur Beantwortung von Anfragen des Insolvenzgerichts nach § 58; die Berichtspflichten nach §§ 79, 156 Abs. 1, 197; die Pflicht zur Teilnahme an Terminen; die Pflicht zur Prüfung der Geltendmachung von Anfechtungsrechten nach §§ 129 ff.; die Pflicht zur Entscheidung über die Vornahme von Kündigungen nach den §§ 109, 113, 120; die Pflicht zur Verwertung des schuldnerischen Vermögens und von Absonderungsgut nach § 159; die Pflicht zur Geltendmachung des Gesamtschadens nach § 92; die Pflicht zur Entscheidung über die Aufnahme anhängiger Prozesse nach §§ 85, 86; die Pflicht zur Feststellung und Mitwirkung an der Aussonderung; die Pflicht zur Anzei-

ge der Massenunzulänglichkeit nach § 208; die Pflicht zur Verteilung des Verwertungserlöses; die Pflicht zur Erfüllung der kaufmännischen und insolvenzrechtlichen Rechnungslegung; die Pflicht zur Erfüllung polizeipflichtiger Aufgaben; die Berechtigung zur Entscheidung über die ihm zustehenden Antragsrechte nach den §§ 75, 99, 122, 126, 173, 203, 207, 155; die Berechtigung zur Ausübung der ihm zustehenden Beschwerderechte nach den §§ 75, 78, 194, 204, 231; Anhörungsrechte nach §§ 99 Abs. 3, 248; Auskunftsrechte nach § 97; das Teilnahmerecht nach § 74; ggf. auch die Pflicht zur Überwachung der Planerfüllung nach §§ 261, 262.

So die Aufzählung bei *Uhlenbruck*, aaO, § 56 Rn. 20 unter Bezugnahme auf *Graeber*, NZI 2003, 569 (570); *Harald Hess*, in: Hess, Insolvenzrecht, Bd. I, 2007, § 56 Rn. 188

Zum Teil wird je nach Art des Verfahrens entschieden, welche Aufgaben der Verwalter nicht delegieren darf.

So etwa BGH, ZIP 1991, 324 (325); BFHE 232, 162; *Frind*, aaO, § 56 Rn. 16g

Die entscheidungsbezogenen Aufgaben und Pflichten des Insolvenzverwalters aber sind höchstpersönlich zu erfüllen. Nach wie vor gilt, „daß insolvenztypische Verwaltungsaufgaben vom Verwalter persönlich wahrzunehmen“ sind.

*Uhlenbruck*, aaO, § 56 Rn. 21; *Dieter Eickmann*, Höchstpersönliches Verwalterhandeln oder Delegationsbefugnis?, KTS 1986, 197 (202 f.)

Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich mit der Thematik auseinandergesetzt und – aus seiner Kontrollperspektive formulierend – hervorgehoben, es sei nicht völlig sachfremd, „die Auswahlentscheidung daran zu knüpfen, daß der ausgewählte Bewerber, dessen Eignung gerade Grundlage der Bestellung ist, selbst substantiell bei der Verwaltung mitwirkt und sich nicht bloß darauf beschränkt, im Außenverhältnis die Verantwortung zu übernehmen. ...“.

BVerfG (K), ZIP 2009, 1722 (1725)

Wo genau man den der höchstpersönlichen Aufgabenerfüllung notwendigerweise vorbehaltenen Bereich umreißt, sei aber „keine Frage des Verfassungsrechts“.

BVerfG (K), ZIP 2009, 1722 (1725)

Wenn aber die insolvenzrichterliche Praxis, die Bestellung zum Insolvenzverwalter von der höchstpersönlichen Aufgabenwahrnehmung abhängig zu machen, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, wird man einem Gesetzgeber, der seine Ausformung des Insolvenzverfahrens auf den Status der Höchstpersönlichkeit des Insolvenzverwalteramts ausrichtet, nicht den Vorwurf machen können, er habe dadurch seinen Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum überschritten, daß er die Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen beschränkt.

Hinsichtlich der vom BGH in dem angegriffenen Beschluß herangezogenen Kriterien der Kontinuitätswahrung und jederzeitigen Handlungsfähigkeit

siehe BGH, Beschluß vom 19. September 2013, aaO, Rn. 12 ff.

führt die Verfassungsbeschwerdeschrift die „Wesensstruktur einer juristischen Person“ ins Feld.

Siehe Verfassungsbeschwerdeschrift, aaO, S. 28 f.

Dem Bundesgerichtshof fehle mangels Vergleich mit den gesetzlich anerkannten Tätigkeiten einer Rechtsanwaltsgesellschaft wie auch anderer vergleichbarer Einrichtungen bei freien Berufen das richtige Verständnis für die Tätigkeit einer juristischen Person.

AaO, S. 29

Eine derartige Argumentation verkennt aber ihrerseits die kategorialen Unterschiede zwischen der „normalen“ Rechtsanwalts-tätigkeit einerseits und der Insolvenz-

verwaltertätigkeit als einer Tätigkeit innerhalb einer institutionell-justizorganisatorischen Funktionseinheit.

Dazu oben

Gerade weil der Insolvenzverwalter als ein originär privates Rechtssubjekt bei der Durchführung eines konkreten Verfahrens in die zuständige Funktionseinheit Gericht und Verwalter einbezogen wird, durfte und darf der Gesetzgeber davon ausgehen, daß eine Beschränkung auf natürliche Personen bei der Insolvenzverwalterbestellung den daraus resultierenden Anforderungen besser gerecht wird als eine Erstreckung auf juristische Personen.

Die von der Beschwerdeführerin vorgetragene These, es gebe durchaus weniger eingreifende Mittel, um den angestrebten Zweck zu realisieren,

siehe bspw. Verfassungsbeschwerdeschrift, aaO, S. 19: „In jedem Fall könnte durch ergänzende spezialgesetzliche Regelungen in der InsO eventuellen Gefahren begegnet werden. ...“; ferner S. 29: „Gegebenenfalls kann und muß der Gesetzgeber spezielle Regelungen im Hinblick auf die Verantwortlichkeit treffen. ...“

vermag diese Feststellung nicht zu relativieren. Ein Verstoß gegen das Gebot der Erforderlichkeit liegt nämlich nur dann vor, wenn „eindeutig feststeht“, daß die Alternativregelung gleich geeignet ist.

So BVerfGE 39, 210 (231) unter Bezugnahme auf BVerfGE 37, 1 (21)

Oder mit anderen Worten: Die bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einer Maßnahme eingeräumte Beurteilungs- und Einschätzungsprärogative ist „erst dann überschritten, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage“ für die ergriffenen Maßnahmen abgeben können.

So BVerfG (K), NJW 2008, 1293 (1295) unter Bezugnahme auf BVerfGE 110, 141 (157 f.); 117, 163 (189)

Das aber ist nicht zu erkennen: Es mag möglich erscheinen, durch bestimmte Regulierungsansätze negative Auswirkungen der Zulassung juristischer Personen zur Insolvenzverwaltertätigkeit in gewisser Weise abzuschwächen. Doch hält sich der Gesetzgeber zweifelsfrei innerhalb seiner Einschätzungsprärogative, wenn er darin kein Instrument sieht, dem eindeutig die gleiche Wirkung zukommt wie der vom geltenden Recht vorgeschriebenen Beschränkung auf natürliche Personen. Im Gegenteil: Überzeugende Gründe sprechen für die Regelung *de lege lata*.

Wenn kritische Stimmen auf die Möglichkeit eines sog. ausübenden Verwalters verweisen (beispielsweise *Bluhm*, ZIP 2014, 555, 557 f.), so zeigt diese Hilfskonstruktion beispielhaft die Schwierigkeiten, die mit einer Zulassung juristischer Personen zum Insolvenzverwalterberuf verbunden sind. Mit der Institutionalisierung eines solchen ausübenden Verwalters würde man nämlich Folgeprobleme auslösen; siehe dazu *Klaus Siemon*, Eine juristische Person kann keine Leitfigur in einer Sanierung sein!, INDat Report 2015, 26 (28)

## **(2) Gewährleistung einer effektiven insolvenzrichterlichen Aufsicht einschließlich der Prüfung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters**

Entsprechende Überlegungen beanspruchen Geltung auch für den zweiten Argumentationstopos: die Gewährleistung einer effektiven insolvenzrichterlichen Aufsicht einschließlich der Prüfung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters.

Auch insoweit vermag die (zum Teil polemisch überschießende) Kritik, die in der Verfassungsbeschwerdeschrift vorgetragen wird, nicht zu überzeugen.

Neben der Sache liegt auch der Vergleich, den *Christoph G. Paulus*, Urteilsanmerkung, JZ 2014, 628 (630) anstellt: „Was die Gerichtskontrolle anbelangt, so ist diese bei Benennung einer verantwortlichen Person ... gewißlich nicht schwieriger als die von nicht wohlgesinnten natürlichen Personen“

Im übrigen begnügen sich die Ausführungen wiederum mit pauschalen Hinweisen darauf, der Gesetzgeber hätte auch mildere Mittel ergreifen können.

Siehe bspw. Verfassungsbeschwerdeschriftsatz, aaO, S. 37, S. 39

Zur Frage, ob derartige Alternativregelungen wirklich eindeutig gleich geeignet wären, schweigt der Verfassungsbeschwerdeschriftsatz. Doch genau darauf kommt es entscheidend an.

### **(a) Zur Gewährleistung einer effektiven Aufsicht**

In der Sache ist auf die besondere Bedeutung zu verweisen, die die InsO, wie § 58 zeigt, der effektiven *Aufsicht* über die Insolvenzverwaltertätigkeit zumißt.

*Uhlenbruck*, aaO, § 58 Rn. 1 ff.; *Gerhardt*, aaO, § 58 Rn. 5; *Thors-ten Graeber*, in: MünchKomm InsO, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, § 58 Rn. 1 ff.

Die Aufsicht hat zum einen eine Funktionssicherungsfunktion für das Insolvenzverfahren.

Allgemein dazu *Wolfgang Kahl*, Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 47 Rn. 188

Darüber hinaus aber ist eine effektive Staatsaufsicht aus rechtsstaatlichen wie demokratischen Gründen unabweisbar, wenn Private einbezogen werden in die hoheitliche Aufgabenerfüllung.

Dazu *Peter Michael Huber*, Überwachung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 45 Rn. 150 ff.

Insbesondere ist der Staat zur Überwachung derjenigen Personen gehalten, die er als Verwalter über fremdes Vermögen einsetzt.

BVerfG, NJW 1993, 513; zu den erheblichen vermögens- und freiheitsbeschränkenden Wirkungen der Insolvenzverwaltertätigkeit eindringlich *Ries*, ZInsO 2013, 1612 (1617)

Deshalb muß auch die Funktionseinheit aus Richter und Verwalter so verfaßt sein, daß diese Aufsicht möglichst wirksam ausgeübt werden kann.

Zur Komplexität der Aufsichtstätigkeit siehe etwa *Preuss*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, aaO, S. 446; anschaulich insoweit auch die umfangreiche Kommentarliteratur, siehe z. B. *Wolfgang Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork (Hrsg.), InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. I (Stand: 2/2015), § 60 Rn. 5 ff. (Stand: 9/09)

Vor diesem Hintergrund sprechen gute Gründe für die vom Gesetzgeber gewählte Lösung, nur natürliche Personen als Insolvenzverwalter zu bestellen. Es ist zumindest plausibel, wenn er die aus der insolvenzgerichtlichen Praxis vorgetragenen Bedenken

siehe dazu etwa *Frind*, aaO, § 56 Rn. 16 ff.; *Uhlenbruck*, aaO, § 56 Rn. 11; *Gerhardt*, aaO, § 56 Rn. 34 ff.

gegenüber der Einbeziehung von juristischen Personen in die Insolvenzverwaltertätigkeit ernst nimmt. Es ist keineswegs realitätsfern, wenn darauf hingewiesen wird, infolge der Organisationsstruktur einer juristischen Person fehle es an einem unmittelbaren, in allen Belangen allein entscheidungsbefugten Ansprechpartner. Wegen der Befugnis des Geschäftsführungsorgans einer juristischen Person, ein konkretes Verfahren einem Geschäftsleiter oder einem Angestellten zu entziehen, könnten – wie der BGH hervorhebt – gesellschaftsinterne und gerichtliche Aufsichtsmaßnahmen miteinander kollidieren. Im übrigen müßte das Gericht ggf. bei einem Wechsel

des Ansprechpartners erneut die Eignung der juristischen Person als Verwalter prüfen.

Siehe BGH, aaO, Rn. 23; siehe auch schon *Pape*, ZIP 1993, 737 (741 f.)

Die Konzentration des Verfahrens auf eine natürliche Person als Insolvenzverwalter „verringert den für hierarchische Organisationsstrukturen typischen Koordinierungsbedarf und beugt zugleich etwaigen durch Störungen in der Zusammenarbeit bedingten, alle Verfahrensbeteiligte treffenden Nachteilen insbesondere vermögensmäßiger Art vor“.

AaO, Rn. 13 unter Hinweis auf die existentiellen Interessen des Schuldners und seiner Gläubiger

### **(b) Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters und dessen Kontrolle**

Damit eng verknüpft ist der Aspekt der *Unabhängigkeit* des Verwalters, die § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO ausdrücklich als Qualifikationsvoraussetzung benennt. Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, die das Gesetz fordert, hat eine Doppelfunktion: Sie dient einmal als Mittel zur Gewährleistung einer sachrichtigen und rechtsschützenden Insolvenzverwaltung im Sinne der Verwirklichung privater Vermögenshaftung. Daneben tritt aber eine wichtige zweite Komponente, die des Garanten staatlicher Rechtsfürsorge.

Siehe dazu *Laukemann*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, aaO, S. 66

Die Einbeziehung des – unabhängigen! – Insolvenzverwalters als eines externen Funktionsträgers soll eine geordnete und neutralitätswahrende Insolvenzabwicklung gewährleisten. Die funktionsadäquate Abwicklung des Insolvenzverfahrens ist der Sicherung des Rechtsfriedens verpflichtet.

Siehe *Laukemann*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, aaO, S. 66 f.; eingehend auch *Hanns Prütting*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, ZIP 2002, 1965 ff. (hier: S. 1965 f.); ferner *Ekkehard Schumann*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters – Sicherung der Integrität des Insolvenzverfahrens, in: Festschrift für Geimer, 2002, S. 1043 ff.

Dabei ist in besonderer Weise zu berücksichtigen, daß das Insolvenzverfahren geprägt ist durch eine multipolare Konfliktsituation, in der die Interessen der Gläubiger und des Schuldners ihrerseits in komplexer Weise grundrechtlich fundiert sind.

Dazu näher *Stefan Werres*, Grundrechtsschutz in der Insolvenz, 2007, S. 49 ff., 90 ff., 140 ff.

Die Annahme des Gesetzgebers, die Unabhängigkeit sei grundsätzlich eher zu gewährleisten bei natürlichen Personen als Insolvenzverwalter, ist vor diesem Hintergrund zumindest vertretbar. Zu Recht hat der Bundesgerichtshof insoweit – unter Bezugnahme auf literarische Stimmen –

*Pape*, ZIP 1993, 737 (747); *Hans-Peter Rechel*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, 3. Aufl. 2010, § 56 Rn. 33

darauf verwiesen, daß dann, wenn für eine juristische Person eine Vielzahl von Mitarbeitern Aufgaben im Bereich der Insolvenzverwaltung wahrnehmen, etwaige wirtschaftliche oder sonstige Verflechtungen zu dem Schuldner oder anderen Verfahrensbeteiligten nur mit erheblichen Schwierigkeiten aufgedeckt werden könnten.

BGH, aaO, Rn. 25

In der Tat könnte sich die Gewährleistung der Unabhängigkeit im Wege insolvenzrichterlicher Aufsicht bei der Einbeziehung juristischer Personen in die Insolvenzverwaltertätigkeit nicht auf die Prüfung und Überwachung der Beziehungen, Verflechtungen und Verpflichtungen einer einzelnen Person beschränken. Vielmehr

müßte die Einbeziehung von juristischen Personen in die Insolvenzverwaltertätigkeit zu einer erheblichen Ausweitung des insolvenzrichterlichen Prüfungsumfangs führen. Die ohnehin schon schwierige Überprüfung von etwaigen Vorbefassungen, Näheverhältnissen und Interessenkonflikten bei komplexen Verfahren

dazu etwa *Prütting*, ZIP 2002, 1965 (1969 ff.)

würde nochmals erschwert: „Gerade die Unabhängigkeitsprobleme und potenziellen Interessenkonflikte würden sich um ein Vielfaches potenzieren, wenn etwa eine Insolvenzverwalter-GmbH zum Verwalter bestellt würde, deren Gesellschafter eine vorinsolvenzlich tätige Beratungsgesellschaft, eine Rechtsanwalts-GmbH, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und welche Aktivitäten auch immer noch bundesweit führen würden“

So nachdrücklich *Siemon*, INDat Report 2015, 26 (27)

Bei überkomplexen Konstellationen, etwa in den Fällen, in denen als Gesellschafter der juristischen Person weitere juristische Personen fungieren, könnte der aufsichtführende Richter schnell an seine (Kapazitäts-)Grenzen stoßen.

Zu Recht ist darauf hingewiesen worden, daß etwa das Einfordern eines Transparenzberichts nach dem Vorbild des § 55c WPO als eine denkbare Abhilfemaßnahme ausscheidet

Festgehalten werden kann damit, daß die Einschätzung des Gesetzgebers die mit der Einbeziehung von juristischen Personen verknüpfte Komplexität der Beziehungsgeflechte tendenziell zu einer Relativierung der Effektivität der richterlichen Aufsicht führt,

es sei noch einmal hingewiesen auf den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 12/7302, S. 149 (161): „Die vorgetragenen Argumente der Haftungs- und Aufsichtsprobleme bei einer juristischen Person mit austauschbaren Handelnden sowie der Problematik von Interessenkollisionen haben den Ausschuß überzeugt“

aus der Perspektive der verfassungsgerichtlichen Erforderlichkeitskontrolle als legitim angesehen werden muß.

### **(3) Ergänzende Erwägungen zur Haftungsproblematik**

Ergänzend stellt der BGH in seiner Entscheidung auch auf haftungsrechtliche Erwägungen ab.

BGH, aaO, Rn. 26 f. mit weit. Nachw.

Zwar werden insoweit kritische Einwände geltend gemacht. Doch selbst die Kritik räumt ein, daß die Haftungsbedenken des BGH „zumindes im Grunde nachvollziehbar“ seien. Richtigerweise sei nämlich der Blick nicht in Richtung Eigenkapital-  
spitze, sondern Insolvenzgrenze zu richten. Die Gesamtheit juristischer Personen unterliege aber einer höheren Eigenkapitalspanne als natürliche Personen, so daß sich anteilmäßig auch mehr juristische als natürliche Personen am Rande der Insolvenz bewegten. Dafür dürfte eine höhere Risikobereitschaft aufgrund fehlender persönlicher Außenhaftung der Verantwortlichen eine Erklärung liefern.

So mit weit. Nachw. *Bluhm*, ZIP 2014, 555 (561)

Die Annahme des Gesetzgebers, daß die persönliche Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters, der für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen hat (§ 60 Abs. 1 Satz 2 InsO),

siehe dazu nur *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, aaO, § 60 Rn. 36 f.  
(Stand: 2/09)

ein die Funktionsadäquanz des Verfahrens absicherndes Kriterium darstellt, ist jedenfalls nicht unvertretbar.

### **(4) Zwischenergebnis zur Prüfung der Erforderlichkeit**

Es mag sein, daß der Gesetzgeber in einzelnen Bereichen durch zusätzliche, auf juristische Personen zugeschnittene Regelungen Vorkehrungen dagegen zu treffen versucht, daß sich die mit der Erweiterung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf juristische Personen verbundenen Gefahren und Risiken für ein ordnungsgemäßes Verfahren realisieren. Doch erscheint es mehr als zweifelhaft, ob derartige regulative Interventionen zur Sicherung von Unabhängigkeit und Höchstpersönlichkeit, Ausschluß von Interessenkollisionen, Gewährleistung von effektiver Aufsicht und haftungsrechtlicher Verantwortlichkeit insgesamt ein stimmiges normatives Gesamtkonzept ergeben, dem – eindeutig – eine gleiche Eignungswirkung attestiert werden könnte wie dem Regelungsansatz des geltenden Rechts. Deshalb bedeutet das Festhalten des Gesetzgebers an der Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen keineswegs ein Überschreiten der legislativen Einschätzungsprärogative, ist vielmehr eine verfassungsrechtlich legitime Option im Blick auf die Anforderungen der Erforderlichkeit.

### **cc) Zur Angemessenheit der Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen**

Schließlich bedarf der Klärung, ob der Ausschluß juristischer Personen von der Insolvenzverwaltertätigkeit auch als verhältnismäßig im engeren Sinne, mit anderen Worten: als angemessen qualifiziert werden kann bzw. die Grenze der Zumutbarkeit wahrt.

Zum Wechsel der Terminologie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts siehe etwa *H. P. Schneider*, in: HGR V, aaO, § 113 Rn. 159

Dies faßt das Bundesverfassungsgericht in die generalisierende Formel: „Eingriffszweck und Eingriffsintensität (müßten) stets in einem angemessenen Verhältnis stehen“.

So etwa BVerfGE 103, 172 (183) unter Bezugnahme auf E 101, 331 (347)

Es ist dementsprechend zu fragen, ob – wie es in der jüngeren Judikatur immer wieder heißt –

siehe etwa BVerfGE 121, 317 (355); 126, 112 (152)

„bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe ... die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt“ ist.

Zur dogmatischen Qualifikation dieser „Gesamtabwägung“ siehe *H. P. Schneider*, in: HGR V, aaO, § 113 Rn. 159

Je stärker die Berufsausübenden in ihrer Freiheit beeinträchtigt werden, desto stärker müßten – so das Bundesverfassungsgericht – die Interessen des Gemeinwohls sein, denen diese Regelung zu dienen bestimmt sei.

BVerfGE 30, 290 (316 f.); ferner etwa E 75, 284 (298)

Für die rechtsgutachtlich aufgeworfene Fragestellung läßt sich diese Abwägung wie folgt vornehmen:

(1) Zunächst ist in Rechnung zu stellen, daß der mit der rechtsformbezogenen Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO verfolgte Zweck der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Verfahrensabwicklung ein wichtiges, ja – in der Terminologie der sog. Drei-Stufen-Theorie – überragend wichtiges Gemeinwohlziel darstellt.

Dazu bereits oben

(2) Auf der anderen Seite fällt die Freiheitseinbuße, die mit der Regelung verknüpft ist, nicht so gravierend ins Gewicht. Jeder geeignete Prätendent kann als solcher zur Insolvenzverwaltung zugelassen werden. Seine berufliche Betätigungsfreiheit wird nur insoweit eingeschränkt als er diese spezifische Freiheit nicht als Korporationsangehöriger einer juristischen Person realisieren kann, die ihrerseits zum Insolvenzverwalter bestellt werden möchte. Insofern erweist sich die Beschränkung als

„für alle ... gleich“ und ist „ihnen im voraus bekannt“, so daß sich Jedermann darauf einstellen kann.

Zu diesem Abwägungsaspekt schon BVerfGE 7, 377 (407)

Bei einer Gesamtabwägung, die diese beiden Gesichtspunkte bilanziert, läßt sich nicht feststellen, die Grenze der Zumutbarkeit sei nicht mehr gewahrt worden. Diese Einschätzung findet ihre Bestätigung auch in dem Umstand, daß die sach- und problemnahen Insolvenzgerichte die gesetzgeberische Entscheidung zur rechtsformbezogenen Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit einhellig und nachdrücklich teilen.

#### **dd) Zwischenergebnis zur Übermaßprüfung**

Zusammenfassend kann demnach festgestellt werden, daß der Gesetzgeber mit seiner Entscheidung, nur natürliche Personen als Insolvenzverwalter zu bestellen, seine Einschätzungsprärogative in einer Weise in Anspruch genommen hat, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

#### **IV. Zur Vereinbarkeit des Ausschlusses juristischer Personen von der Insolvenzverwaltertätigkeit in Art. 3 Abs. 1 GG**

Abschließende Überlegungen seien im folgenden dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als weiterer grundrechtlicher Maßstabnorm für die Prüfung der Verfassungskompatibilität des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO gewidmet.

Insoweit begnügt sich der Verfassungsbeschwerdeschriftsatz mit eher allgemeinen Behauptungen und generalisierenden Bewertungen. Die Ungleichbehandlung juristischer Personen nach § 56 Abs. 1 InsO sei vor allem nicht zu rechtfertigen bei einer Rechtsanwalts-GmbH. Schließlich habe der Gesetzgeber in den § 59c ff. BRAO bereits alle zur Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft und damit auch bei einem Tätigwerden im Bereich der Insolvenzverwaltung erforderlichen Vorkehrungen getroffen.

Verfassungsbeschwerdeschriftsatz, aaO, S. 51

##### **1. Zur Maßstabbildung**

Ohne nähere Thematisierung bleibt dabei namentlich die Frage, an welchem Maßstab die durch § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO bewirkte Ungleichbehandlung von natürlichen und juristischen Personen bei der Insolvenzverwalterbestellung auf ihre Rechtfertigung hin zu prüfen ist.

Bekanntlich hat sich aber in der Rechtsprechung (insbesondere des Ersten Senats) des Bundesverfassungsgerichts

zu den partiell unterschiedlichen Ansätzen des Ersten und Zweiten Senats siehe etwa *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Komm., Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 22

in den letzten Jahrzehnten ein differenziertes Prüfprogramm entwickelt.

Ursprünglich bezog sich das Gericht auf eine Willkürformel und faßte das Gebot des Art. 3 Abs. 1 GG in die Formel, die Norm gebiete „weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln“.

BVerfGE 4, 144 (155); ähnlich bereits E 1, 14 (52)

Willkürlich sei die Maßnahme, wenn sie nicht am Gerechtigkeitsgedanken orientiert sei.

BVerfGE 3, 58 (135 f.)

Seit 1980 verwendet vor allem der Erste Senat die sog. neue Formel. Danach ist das Gleichheitsgebot verletzt, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“.

BVerfGE 55, 72 (88); 60, 123 (133 f.); eingehend *H.-M. Kallina*, Willkürverbot und neue Formel: der Wandel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 1 GG, 2001, S. 73 ff.

Dabei ist in der Literatur durchaus umstritten, wie stark im einzelnen die Differenzen zwischen beiden Ansätzen sind.

Siehe etwa *Wolfgang Rübner*, in: Bonner Kommentar, Art. 3 Abs. 1 GG, Rn. 27 f.; *Werner Heun*, in: Dreier, Art. 3 Rn. 23 mit weit. Nachw.

Das bedarf im vorliegenden Kontext indes keiner näheren Erörterung. Nur zwei Aspekte sollen hervorgehoben werden:

- Auch wenn das Bundesverfassungsgericht immer wieder im Zusammenhang mit der neuen Formel auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Prüfungsmaßstab verweist,

siehe etwa BVerfGE 110, 274 (291); 112, 164 (174); 116, 164 (180)

findet in der Sache aber der Kontrollmaßstab einer strengen Verhältnismäßigkeit allenfalls ausnahmsweise Anwendung.

BVerfGE 113, 167 (231 ff.); eingehende instruktive Behandlung der Problematik bei *Simon Kempny/Philipp Reimer*, Die Gleichheitssätze, 2012, S. 140 ff.

- In neuerer Zeit betont das Bundesverfassungsgericht eine Flexibilisierung des Prüfprogramms. Es gelte ein „stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab“.

Siehe etwa BVerfGE 129, 49 (69)

Die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Ungleichbehandlung differenziert das Bundesverfassungsgericht dementsprechend nach der Intensität, mit der eine Ungleichbehandlung die Betroffenen beeinträchtigt.

Siehe etwa BVerfGE 95, 267 (316 f.); 99, 367 (388); 107, 27 (46); 122, 39 (52 f.)

Die Intensität wächst,

- je mehr das Kriterium der Ungleichbehandlung personen(gruppen)bezogen ist,
- je mehr das Kriterium der Ungleichbehandlung einem der nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotenen Kriterien ähnelt,
- je weniger der Betroffene sich dem Kriterium der Ungleichbehandlung entziehen kann,
- je mehr die Ungleichbehandlung den Gebrauch grundrechtlich geschützter Freiheit erschwert.

Siehe zusammenfassend *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Torsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 30. Aufl. 2014, Rn. 470; *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pierothe, GG-Komm., 13. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 20 ff.

## **2. Zur Einordnung der rechtsformbezogenen Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO**

Bereits auf den ersten Blick wird deutlich, daß die vor allem eine besonders intensive Kontrolle auslösenden Kriterien für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt nicht einschlägig sind. Der Ausschluß juristischer Personen knüpft weder an Persönlichkeitsmerkmale an,

siehe BVerfGE 129, 49 (69)

noch betrifft er ein vergleichbar „verdächtiges“ Merkmal, wie es als Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG positiviert ist. Auch von einer mehr oder weniger starken „Unentrinnbarkeit“

siehe zu der Möglichkeit, durch eigenes Verhalten den nachteiligen Auswirkungen zu entgehen, BVerfGE 90, 22 (26); 122, 39 (52); 126, 400 (418)

kann keine Rede sein. Es bleibt lediglich die Auswirkung der Ungleichbehandlung auf die Inanspruchnahme der grundrechtlich geschützten Freiheit, hier der Berufsfreiheit.

Insoweit kann aber auf die Überlegungen im vorangehenden Abschnitt verwiesen werden. Die grundrechtliche Bewertung kann im Ergebnis nur gleich ausfallen. Weil und soweit der Ausschluß juristischer Personen von der Insolvenzverwaltertätigkeit nur eine relativ geringe Eingriffsintensität aufweist, ist sie nicht nur im Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG, sondern auch in Hinsicht auf Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dabei spielt, wie bereits mehrfach ausgeführt,

dazu oben B. II. 2.

auch die spezifische Konstruktion der Insolvenzverwaltertätigkeit – nämlich: die Einbeziehung des Insolvenzverwalters als externer Funktionsträger – eine entscheidende Rolle.

### **C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der rechtsgutachtlichen Untersuchung**

I. Das berufs(grund)rechtliche Profil der Insolvenzverwaltertätigkeit wird durch zwei wesentliche Elemente geprägt: Einerseits läßt sich eine berufsbildnerische Verselbständigung und eine damit einhergehende grundrechtliche Profilierung verzeichnen. Andererseits ist der Insolvenzverwalter externer Funktionsträger der staatlichen Justizgewährleistung.

1. Das Insolvenzverfahren – seinerseits charakterisiert durch multipolare Grundrechtskonstellationen – wird durch die Funktionseinheit „Gericht und Insolvenzverwalter“ abgewickelt, wodurch eine institutionelle Erweiterung der originär staatlichen Rechtspflegeeinrichtung durch die Einbeziehung eines externen Funktionsträgers erfolgt.

2. In Abgrenzung zu bloßer Hilfstätigkeit im Zusammenhang mit der Justizgewährung (etwa durch Sachverständige) ist die Tätigkeit externer Funktionsträger gekennzeichnet durch die Teilhabe an der Verfahrenshoheit. Hieraus erwachsen institutionelle Grundpflichten wie etwa die Unabhängigkeit des externen Funktionsträgers.

II. Den Anforderungen eines funktionssichernden Insolvenzverfahrens versucht § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO (u. a.) dadurch Rechnung zu tragen, daß es die Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen beschränkt.

1. Mit dem dadurch implizit erfolgenden Ausschluß juristischer Personen von der Insolvenzverwaltertätigkeit hat der Gesetzgeber der Insolvenzordnung die bereits zu § 78 Konkursordnung ganz herrschende Meinung nachdrücklich bestätigt.

2. Eine im damaligen Gesetzgebungsverfahren kurzzeitig erwogene Möglichkeit der Erstreckung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf juristische Personen stieß aber im Rechtsausschuß auf starke Bedenken, so daß es bei der Beschränkung auf natürliche Personen blieb.

3. Dahinter steht die Vorstellung, dies sei im Interesse der ordnungsgemäßen Durchführung eines Insolvenzverfahrens angezeigt. Dabei verweist die ganz überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur auf die höchstpersönliche Rechtsnatur des Amtes eines Insolvenzverwalters, die unabdingbare Unabhängigkeit des Verwalters, die notwendige Kontinuität der Amtsausübung, die erforderliche Effektivität der gerichtlichen Aufsicht und weitere Sach Gesichtspunkte.

**III.** In seinem Beschluß vom 19. September 2013 hat der Bundesgerichtshof diese Position noch einmal nachdrücklich bekräftigt (siehe NJW 2013, 3374 ff.).

**IV.** In einer Verfassungsbeschwerde, die sich u. a. gegen den genannten Beschluß des BGH richtet, ist nun der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit gegenüber der in § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO angeordneten Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen erhoben worden.

1. Als zentrale Maßstabnorm bezieht sich die Beschwerdeführerin dabei auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG: Der als subjektive Zulassungsbeschränkung qualifizierte Ausschluß juristischer Personen lasse sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen. Die Regelung sei weder geeignet noch erforderlich noch angemessen.

2. Darüber hinaus wird eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG gerügt.

**V.** Die Kritik greift indes nicht durch. Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen zu beschränken, erweist sich nämlich als eine vertretbare berufsrechtliche Regulierung. Sie ist gedeckt von der legislativen Einschätzungsprärogative.

**VI.** Die Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO ist mit den Vorgaben des Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar.

1. Nach ganz herrschender, vom Bundesverfassungsgericht maßgeblich vorgegebener Auffassung gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG einen einheitlichen Schutzgegenstand: den Beruf. Auf die berufliche Tätigkeit als Ganzes erstreckt sich nach

dieser Konzeption auch der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Beschränkungen der Berufsfreiheit müssen an der jeweiligen materiellen Eingriffsintensität orientierten Rechtfertigungsanforderung gerecht werden. Die sog. Drei-Stufen-Theorie liefert dafür lediglich einen groben Orientierungsrahmen. Entscheidend ist, daß Eingriffszweck und Eingriffsintensität stets in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen (BVerfGE 103, 172, 183 u. ö.).

2. Vor diesem Hintergrund bedarf es zunächst einer eingriffsdogmatischen Qualifikation des gesetzlichen Ausschlusses juristischer Personen von der Insolvenzverwalterschaft.

a) Ausgangspunkt hat dabei die Vorschrift des Art. 19 Abs. 3 GG zu sein. Sie erstreckt die Grundrechtsgeltung auf inländische juristische Personen (im wesentlichen: des Privatrechts), soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Für die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ist diese Geltungserstreckung weitgehend anerkannt. Gleichwohl stellt das Grundgesetz mit Art. 19 Abs. 3 GG natürliche und juristische Personen als Grundrechtsträger nicht umstandslos in substantieller Hinsicht gleich. Aus der individualrechtlich-personellen Perspektive des Bundesverfassungsgerichts sind in erster Linie natürliche Personen prädestiniert als Träger der Berufsfreiheit.

b) In Literatur und Rechtsprechung bestehen erhebliche Unsicherheiten und Differenzen in der Bewertung der Frage, wie rechtsformbezogene Regulierungen beruflicher Tätigkeiten eingriffsdogmatisch zu qualifizieren sind. In Orientierung an der Drei-Stufen-Lehre finden sich hier alle Varianten: von der Einstufung als bloße Berufsausübungsregelung über eine Einordnung als subjektive Zugangsschranke bis hin zur Qualifikation als objektiver Zugangssperre.

c) Angesichts der Relativität der Stufen-Dogmatik bedarf es einer näheren Analyse der rechtsformbezogenen Zugangsregelung im Blick auf die damit verbundene Eingriffstiefe. Versucht man im Blick auf die grobe Orientierungsfunktion der Drei-Stufen-Theorie eine am Maßstab des substantiellen Freiheitsverlusts erfolgende Verortung von rechtsformbezogenen Zugangsbeschränkungen, so läßt sich folgendes festhalten:

- Eine Regelung wie § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO bewegt sich hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität jedenfalls deutlich unterhalb der Stufe einer objektiven Berufszugangsbeschränkung. Die Regelungskonzeption ist kategorial anders als bei Berufsverboten oder Bedürfnisregelungen bzw. Kontingentierungen.
- Auf der anderen Seite handelt es sich bei der Regelung aus der Perspektive der juristischen Person selbst – formal betrachtet – zwar nicht um eine bloße Berufsausübungsregelung.
- In ihrer Eingriffstiefe dürfte sich die rechtsformbezogene Zugangsbeschränkung aber durchaus in der Nähe bestimmter Berufsausübungsregelungen bewegen.

d) Insofern ist nämlich zu berücksichtigen, daß jede natürliche Person, die dafür geeignet ist, als Insolvenzverwalter tätig sein darf. Eingeschränkt wird diese berufliche Betätigungsfreiheit nur in der Konstellation, in der die Realisierung der Insolvenzverwaltertätigkeit als „Korporationsangehöriger“ einer juristischen Person, die ihrerseits zum Insolvenzverwalter bestellt werden möchte, nicht besteht. In dieser Differenz erweist sich aber lediglich der materielle Unterschied im Grundrechtsstatus von natürlichen und juristischen Personen.

3. Der vorstehenden Zuordnung der Eingriffsintensität der rechtsformbezogenen Regelung in § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO zu einer allenfalls mittleren Stufe korrespondiert als Rechtfertigungsvoraussetzung ein wichtiges Gemeinschaftsgut.

a) Daß § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO mit seiner rechtsformbezogenen Regelung und das darauf bezogene insolvenzrichterliche Auswahlverfahren einem solchen Gemeinwohlziel verpflichtet sind, steht außer Frage.

b) Mehr noch: Die Insolvenzverwaltertätigkeit, die durch die spezifische justizverfassungsrechtliche Einbindung in die Zivilrechtspflege gekennzeichnet ist, in ihrer Funktionsadäquanz zu gewährleisten, stellt sich als ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dar.

**VII.** Die Beschränkung des Zugangs zum Insolvenzverwalterberuf auf natürliche Personen wird den Anforderungen des Übermaßverbots gerecht.

1. In der offenen Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes ist die regulative Gestaltung des Berufslebens weitgehend den politischen Wertungen und Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers überantwortet. Die der Legislative obliegende Gestaltungsaufgabe läßt sich dabei nur auf der Grundlage situationsimmanenter Ungewißheit und unter Eingehung von Prognoserisiken bewältigen. Diese Komplexität parlamentarischer Arbeit hat auch das Bundesverfassungsgericht immer wieder anerkannt und seine Kontrollkompetenz – dem Rechnung tragend – daran ausgerichtet. Es billigt deshalb dem Gesetzgeber eine relativ weitreichende Einschätzungsprärogative zu, die sowohl die Beurteilung der Ausgangslage als auch die Beurteilung möglicher Auswirkungen legislativen Handelns umfaßt.

2. Vor diesem Hintergrund ist die Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht zu beanstanden.

a) Dies gilt zunächst im Blick auf die Geeignetheit der Regelung. Sie ist gegeben, wenn mit der ergriffenen Maßnahme der angestrebte Erfolg möglicherweise gefördert wird. Wegen des weiten Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers stellt das Bundesverfassungsgericht die mangelnde Geeignetheit einer Maßnahme nur fest, wenn diese „objektiv untauglich“ (BVerfGE 16, 147, 181) oder „schlechthin ungeeignet“ (BVerfGE 19, 119, 126) ist. An diesen Maßstäben gemessen, läßt sich nicht bezweifeln, daß die Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen, die eine höchstpersönliche kontinuierliche Aufgabenerfüllung und eine darauf gerichtete effektive gerichtliche Aufsicht gewährleistet, für die Erreichung des Zwecks einer ordnungsgemäßen Insolvenzverwaltung dienlich und förderlich ist.

b) Die rechtsformbezogene Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit ist auch erforderlich.

aa) Auch bei der Erforderlichkeitsprüfung kommt der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers erhebliche Bedeutung zu. Der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers ist – so das Bundesverfassungsgericht – „erst dann überschritten, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben können“ (so BVerfG [K], NJW 2008, 1293, 1296 Rz. 48 unter Bezugnahme auf E 110, 141, 157 f.; 117, 163, 189). Zu

dem Urteil, der Gesetzgeber hätte auch zu weniger eingriffsintensiven Instrumenten greifen können, könne das Gericht nur kommen, wenn sich die gleiche Eignung dieser Regulierungsansätze „eindeutig feststellen“ lasse (BVerfGE 53, 135, 145 f.).

bb) Die Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen bezweckt nach der gesetzgeberischen Einschätzung

- einerseits die Sicherung einer höchstpersönlichen, kontinuierlich wahren und jederzeit handlungsfähigen Insolvenzverwaltung,
- andererseits die Gewährleistung einer effektiven insolvenzrichterlichen Aufsicht einschließlich der Prüfung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters.

Hinzu treten ergänzend haftungsrechtliche Erwägungen.

cc) Hinsichtlich des Kriteriums der höchstpersönlichen Aufgabenwahrnehmung hat das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden, daß es nicht völlig sachfremd sei, wenn die Insolvenzrichter bei ihrer Auswahlentscheidung daran anknüpfen. Wo genau man den der höchstpersönlichen Aufgabenerfüllung notwendigerweise vorbehaltenen Bereich umreißt, sei „keine Frage des Verfassungsrechts“ (BVerfG [K], ZIP 2009, 1722, 1725). Vor diesem Hintergrund wird man einem Gesetzgeber, der durch § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO die Ausformung des Insolvenzverfahrens auf den Status der Höchstpersönlichkeit des Insolvenzverwalteramtes ausrichtet, nicht den Vorwurf machen können, er habe dadurch seinen Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum überschritten.

dd) Auch die Einschätzung, die aus rechtstaatlichen wie demokratischen Gründen unabwendbare effektive Aufsicht lasse sich durch die Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen sicherstellen, ist nicht zu beanstanden. Dies gilt auch für die Annahme des Gesetzgebers, die Gewährleistung der erforderlichen Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters sei eher zu gewährleisten bei der Beschränkung auf natürliche Personen.

ee) Dabei spielt der Umstand eine wichtige Rolle, daß das Insolvenzverfahren durch die Funktionseinheit aus Richter und Verwalter als eines externen Funktionsträgers getragen wird. Hier verringert die Konzentration auf eine natürliche Person

die Komplexität und verringert damit die Risiken für eine ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung.

3. Es mag sein, daß der Gesetzgeber in einzelnen Bereichen durch zusätzliche, auf juristische Personen zugeschnittene Regelungen Vorkehrungen dagegen zu treffen versucht, daß sich die mit der Erweiterung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf juristische Personen verbundenen Gefahren und Risiken für ein ordnungsgemäßes Verfahren realisieren. Doch erscheint es mehr als zweifelhaft, ob derartige regulative Interventionen insgesamt ein stimmiges normatives Gesamtkonzept ergeben, dem – eindeutig – eine gleiche Eignungswirkung attestiert werden könnte wie dem Regelungsansatz des geltenden Rechts.

4. Schließlich ist die Beschränkung der Insolvenzverwaltertätigkeit auf natürliche Personen auch angemessen. Bei der insofern vorzunehmenden Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe läßt sich eine Überschreitung der Grenze der Zumutbarkeit nicht konstatieren.

a) Insoweit ist zunächst in Rechnung zu stellen, daß der mit der rechtsformbezogenen Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO verfolgte Zweck der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Verfahrensabwicklung ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel darstellt.

b) Auf der anderen Seite fällt die Freiheitseinbuße, die mit der Regelung verknüpft ist, nicht gravierend ins Gewicht. Jeder geeignete Prätendent kann als solcher zur Insolvenzverwaltung zugelassen werden. Seine berufliche Betätigungsfreiheit wird nur insoweit eingeschränkt, als er diese spezifische Freiheit nicht als Korporationsangehöriger einer juristischen Person realisieren kann, die ihrerseits zum Insolvenzverwalter bestellt werden möchte.

**VIII.** Die Regelung in § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO ist auch mit den Vorgaben des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

1. Bei der Überprüfung einer legislativen Regulierung am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes gilt ein „stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab“ (BVerfGE 129, 49, 69). Die Intensität der Kontrolle wächst in dem Maße, je mehr das Kriterium der Ungleichbehandlung personen(gruppen)bezogen ist, je mehr das Kriterium der Ungleichbehandlung einem der in Art. 3 Abs. 3 GG verbotenen Kriterien ähnelt, je weniger der Betroffene sich dem Kriterium der Ungleichbehandlung entziehen kann, je mehr die Ungleichbehandlung den Gebrauch grundrechtlich geschützter Freiheit erschwert.

2. Hieran gemessen verlangt die Regelung in § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO keine besonders intensive Kontrolle. Der Ausschluß juristischer Personen knüpft weder an Persönlichkeitsmerkmale an noch kann von einer mehr oder weniger starken Unentzerrbarkeit für die Betroffenen die Rede sein. Es bleibt lediglich die Auswirkung der Ungleichbehandlung auf die Inanspruchnahme der grundrechtlich geschützten Freiheit, hier der Berufsfreiheit. Insoweit aber gelten die Überlegungen zu Art. 12 Abs. 1 GG entsprechend.



Köln, 26. März 2015

(Prof. Dr. Wolfram Höfling, M. A.)