
Datum: 07.01.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 27 VA 3/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0107.27VA3.11.00

Tenor:

Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin das Recht des Antragstellers auf pflichtgemäße Ausübung des Auswahlermessens bei der Bestellung von Sachverständigen, vorläufigen Insolvenzverwaltern, Insolvenzverwaltern und Treuhändern seit dem 04.02.2009 verletzt hat.

Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, bei der Bestellung von Sachverständigen, vorläufigen Insolvenzverwaltern, Insolvenzverwaltern und Treuhändern nach pflichtgemäßen Ermessen darüber zu befinden, ob der in der Vorauswahlliste aufgenommene Antragsteller berücksichtigt werden kann.

Im Übrigen werden die Anträge zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Der Geschäftswert für das Verfahren wird hinsichtlich des zurückgewiesenen Teils auf 1.500,-€ und wegen des stattgebenden Teils auf 1.500,-€, insgesamt auf 3.000,-€ festgesetzt.

Gründe: 1

A. 2

Der Antragsteller ist in C2 als Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter tätig. Die 3
Antragsgegnerin ist eine von mehreren Insolvenzrichterinnen des Amtsgerichts Bochum.

4

In den Jahren 2006 bis 2008 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Antragssteller einerseits und den Insolvenzrichterinnen des Amtsgerichts Bochum andererseits über die Eignung des Antragstellers als Sachverständigen, vorläufigen Insolvenzverwalter, Insolvenzverwalter und Treuhänder. Dieser Streit führte zu drei Verfahren vor dem Senat zu den Az. 27 VA 5/07, 27 VA 8/07 und 27 VA 1/08.

Zur Beilegung der Streitigkeiten schlossen der Antragssteller und die Insolvenzrichterinnen des Amtsgerichts Bochum unter Vermittlung des damaligen Direktors des Amtsgerichts Bochum K, der zwischenzeitlich verstorben ist, unter dem 03.02.2009 eine Vereinbarung, die u.a. folgenden Inhalt hat: 5

„Hiermit teilen wir mit, dass die Parteien der o.g. Verfahren überein gekommen sind, alle vorgenannten Verfahren einvernehmlich zu beenden. Hierzu geben die unterzeichneten Richterinnen des Insolvenzgerichts Bochum – die Antragsgegnerinnen – folgende Erklärung ab: 6

Die Rechtsanwälte L und M – Antragssteller – werden ab sofort auf die gemeinsame Vorauswahlliste der Insolvenzverwalter beim Amtsgericht Bochum gesetzt. Damit sind die angefochtenen Bescheide mit Wirkung ex nunc gegenstandslos geworden.“ 7

Im Übrigen wird auf den Inhalt der Vereinbarung vom 03.02.2009 verwiesen. 8

Die Antragsgegnerin hatte gegen die einvernehmliche Beendigung der Streitigkeiten mit dem Antragssteller Bedenken, die dem Antragssteller durch den damaligen Direktor des Amtsgerichts mitgeteilt wurden. Sie hat sich gleichwohl „dem Vergleich angeschlossen, um nicht als einzige der gütlichen Einigung entgegenzustehen“. Zugleich hat die Antragsgegnerin – nach ihrer Darstellung - dem Direktor des Amtsgerichts Bochum mitgeteilt, ihre grundsätzlichen Bedenken gegen die Eignung des Antragstellers aufrecht zu erhalten und ihn zunächst nicht zu beauftragen. Mit dem Antragssteller selbst hat die Antragsgegnerin nicht über ihre beabsichtigte Vorgehensweise gesprochen. 9

Nach dem 03.02.2009 hat die Antragsgegnerin den Antragssteller nicht als Sachverständigen, vorläufigen Insolvenzverwalter, Insolvenzverwalter oder Treuhänder beauftragt. Mit Schreiben vom 02.11.2010, auf dessen Inhalt verwiesen wird, wandte sich der Antragssteller an die Antragsgegnerin mit dem Vorwurf, ihn beim Vergleichsschluss „bewusst getäuscht“ und ihn faktisch aus der Vorauswahlliste entfernt zu haben. 10

Mit Schriftsatz an das Oberlandesgericht vom 01.07.2011 hat der Antragssteller beantragt, 11

festzustellen, dass die Nichtberücksichtigung des Antragstellers als Sachverständiger, vorläufiger Insolvenzverwalter, Insolvenzverwalter und Treuhänder durch die Antragsgegnerin seit dem 23.08.2006 rechtswidrig ist, aus sachwidrigen Gründen erfolgt und ihn in seinen Grundrechten verletzt. 12

Nunmehr beantragt der Antragssteller auf der Grundlage der Schriftsätze vom 16.11.2011 und 21.09.2011, 13

- 1 festzustellen, dass die Nichtberücksichtigung des Antragstellers als Sachverständiger, vorläufiger Insolvenzverwalter, Insolvenzverwalter und Treuhänder durch die Antragsgegnerin seit dem 12.11.2007 rechtswidrig ist, aus sachwidrigen Gründen erfolgt und ihn in seinen Grundrechten verletzt; 115

• 2 die Vollziehung des inzwischen eingestandenen faktischen Delistings rückgängig zu machen durch Anweisung gegenüber der Antragsgegnerin, den Antragsteller wieder in ihre Vorauswahlliste aufzunehmen.	1167
Die Antragsgegnerin beantragt,	18
die Anträge zurückzuweisen.	19
Die Antragsgegnerin verweist darauf, dass dem Antragsteller ihre Vorbehalte bekannt gewesen seien, wie sich aus dem Schreiben vom 02.11.2010, 2. Absatz ergebe. In der Vergleichsvereinbarung sei keine Regelung getroffen worden, ob und in welchem Umfang der Antragsteller bestellt werden würde. Der Vorwurf, sie habe den Antragsteller getäuscht, sei unzutreffend. Die gleichwohl vom Antragsteller erhobenen Beschuldigungen hätten das Vertrauensverhältnis zerstört, weshalb eine Zusammenarbeit ausgeschlossen sei.	20
B.	21
Die nach §§ 23 ff EGGVG statthaften und grundsätzlich zulässigen Anträge des Antragstellers sind teilweise begründet.	22
I. Zulässigkeit der Anträge	23
1.	24
Die Insolvenzrichterin selbst ist die richtige Antragsgegnerin gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG in Verbindung mit §§ 8 Nr. 3, 9 Abs. 3 FamFG.	25
Das Verfahren nach §§ 23 ff EGGVG ist, soweit die Zuständigkeit eines Zivilsenats des Oberlandesgerichtes besteht (§ 25 Abs. 1 EGGVG), ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das ergibt sich zwar nicht mehr ausdrücklich aus dem Gesetz (vgl. § 29 Abs. 2 EGGVG a.F.), ist aber der Sache nach aus dem Regelungsgegenstand der §§ 23 ff EGGVG zu schließen. Denn es handelt sich um ein Verwaltungsverfahren, das einerseits dem Anwendungsbereich der VwGO entzogen ist und andererseits keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit oder Familiensache darstellt (§ 13 GVG). Deshalb finden die allgemeinen Vorschriften des FamFG Anwendung, die durch die Sondernormen der §§ 23 ff EGGVG und des insolvenzrechtlichen Verfahrens ergänzt werden. Auf dieser Grundlage ist festzustellen:	26
Beteiligt an dem Verfahren nach §§ 23 ff EGGVG sind der Antragsteller (§ 7 Abs. 1 FamFG, § 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG) und die „Justizbehörde“ (§ 7 Abs. 2 1. Fall FamFG, § 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG). Wer „Justizbehörde“ im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG ist, hatte der Senat auf der Grundlage von § 5 AGVwGO/NW und unter Beachtung des Umstandes, dass die Aufnahme von Insolvenzverwaltern in richterlicher Unabhängigkeit erfolgt (BVerfG NJW 2004, 2725, 2727), entschieden (NZI 2007, 659, 660). Danach war „Justizbehörde“ nicht das Landesjustizministerium als Träger der Justizverwaltung, sondern das Amtsgericht und dort die Richterinnen und Richter, die einzeln oder gemeinsam die Entscheidung über die Aufnahme getroffen haben.	27
Daran ist im Ergebnis festzuhalten. Zwar ist § 5 AGVwGO/NW nicht mehr in Kraft. Nunmehr ergibt sich aber aus § 8 Nr. 3 FamFG, dass in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht der Rechtsträger der Behörde, sondern diese selbst beteiligt ist (Jurgeleit, Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1. Aufl. 2010, § 1 Rz. 120; Keidel-Zimmermann, FamFG, 17. Aufl.	28

2011, § 8 Rz. 12). Damit ist der zum FGG ergangenen Entscheidung des BGH (NZI 2008, 161 – Anwendung des Rechtsträgerprinzips) die Grundlage entzogen.

Ebenso verbleibt es bei der Zuständigkeit der Insolvenzrichterin. Zwar bestimmt § 9 Abs. 3 FamFG, dass für Behörden deren Vorstand, hier der Direktor des Amtsgerichts, handelt. Diese Regelung wird aber, wie im Geltungsbereich von § 5 AGVwGO/NW, überlagert durch die Besonderheiten des insolvenzrechtlichen Verfahrens. Nach § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO obliegt die Auswahl des Insolvenzverwalters dem Insolvenzrichter, der aus dem Kreis der zur Übernahme bereiten Personen die im Einzelfall am besten geeignete Person zu bestellen hat. Damit unterliegt die Auswahlentscheidung der richterlichen Unabhängigkeit. Zur Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit ist es geboten, die Insolvenzrichterinnen und Insolvenzrichter unmittelbar in das Verfahren einzubeziehen. Entsprechendes gilt für die Erstellung der Auswahlliste als ein der Letztentscheidung vorgelagerter Abschnitt.

2. 30

Der Antrag zu 1. genügt bei wortlautgetreuer Anwendung nicht den Anforderungen des § 28 Abs. 1 Satz 4 EGGVG. Danach kann, wenn sich eine Maßnahme (hier: Bestellung eines Gutachters, vorläufigen Insolvenzverwalters, Insolvenzverwalters, Treuhänders) erledigt hat, der Senat aussprechen, dass die Maßnahme rechtswidrig gewesen ist. Notwendig ist deshalb grundsätzlich die Bezugnahme im Antrag auf einen konkreten Bestellvorgang (s. dazu BVerfG NJW 2010, 1984 und BGH ZInsO 2012, 1892 jeweils zur Bestellung eines Zwangsverwalters). Dieser Anforderung entspricht weder der Antrag noch der dazu vorgetragene Sachverhalt.

Bei verständiger Würdigung und Auslegung des Begehrens des Antragstellers ist dieses aber dahin zu verstehen, dass er die Praxis der Antragsgegnerin, ihn bei Auswahlentscheidungen trotz Aufnahme in die Vorauswahlliste generell nicht zu berücksichtigen, für rechtswidrig hält. Damit macht der Antragsteller einen Ermessensfehlergebrauch durch die Antragsgegnerin geltend (s. § 28 Abs. 3 EGGVG), der sich auf alle Bestellvorgänge bezieht, ohne damit den Anspruch zu erheben, in jedem Einzelfall als Gutachter, vorläufiger Insolvenzverwalter, Insolvenzverwalter oder Treuhänder hätte bestellt werden zu müssen.

In einem solchen Fall des faktischen Streichens eines Insolvenzverwalters von der Vorauswahlliste, ist Maßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 4 EGGVG nicht ein konkreter Bestellvorgang, sondern die faktische Entscheidung der Insolvenzrichterin, einen formal in die Vorauswahlliste aufgenommenen Insolvenzverwalter generell nicht zu berücksichtigen.

An der entsprechend beantragten Feststellung eines ermessensfehlerhaften Verhaltens der Antragsgegnerin hat der Antragsteller ein berechtigtes Interesse, um einen Amtshaftungsanspruch vorzubereiten.

3. 35

Hinsichtlich des Antrags zu 2. ergeben sich zum Rechtsschutzbedürfnis Bedenken, weil der Antragsteller mit der Aufnahme in die Vorauswahlliste etwas begehrt, was die Antragsgegnerin bereits erfüllt hat.

Bei verständiger Würdigung und Auslegung des Begehrens des Antragstellers ist dieses aber dahin zu verstehen, dass er von der Antragsgegnerin verlangt, zukünftig seinen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung zu beachten. Auf dieser Grundlage ist der Antrag zulässig.

II. Begründetheit des Antrags zu 1.

Der Antrag zu 1. – in der oben dargestellten Auslegung - ist teilweise begründet.	39
1.	40
Das Feststellungsbegehren ist grundsätzlich begründet, da die Antragsgegnerin den Antragsteller trotz Aufnahme in die Vorauswahlliste in die bei jedem Bestellvorgang zu treffende Ermessensentscheidung nicht einbezogen hat. Das war rechtswidrig, da dem Antragsteller aufgrund seiner Aufnahme in die Vorauswahlliste ein Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung zustand.	41
Die Rechtswidrigkeit entfällt nicht, weil die Antragsgegnerin – nach ihrem Vortrag – dem damaligen Direktor des Amtsgerichts mitgeteilt hat, trotz der Vergleichsvereinbarung den Antragsteller nicht zu bestellen. Dieser Vorbehalt wäre im Verhältnis zum Antragsteller nur von Bedeutung, wenn er in die Vergleichsvereinbarung aufgenommen oder dem Antragsteller mitgeteilt worden wäre, die Vergleichsvereinbarung sei nur formal geschlossen worden, eine Chance auf eine Bestellung habe er jedoch generell nicht. Beides ist nicht der Fall. Mit der Vergleichsvereinbarung war für alle Beteiligten der Zweck verbunden, mit der Aufnahme in die Vorauswahlliste dem Antragsteller den Anspruch auf pflichtgemäßes Ermessen, d.h. die Chance einzuräumen, als Gutachter, vorläufiger Insolvenzverwalter, Insolvenzverwalter oder Treuhänder bestellt zu werden. Gegenteiliges ist dem Antragsteller durch die Antragsgegnerin nicht mitgeteilt worden. Die von der Antragsgegnerin vor der Vergleichsvereinbarung erhobenen Vorbehalte, auf die das Schreiben vom 02.10.2010 Bezug nimmt, wurden mit der Vergleichsvereinbarung beseitigt. Der Antragsteller konnte sich darauf verlassen, eine Aufnahme in die Vorauswahlliste nicht nur formal, sondern auch inhaltlich erreicht zu haben. Nur deshalb verzichtete er darauf, die vor dem Senat anhängigen VA-Verfahren fortzuführen. Soweit sich die Antragsgegnerin auf eine Mitteilung an den damaligen Direktor des Amtsgerichts bezieht, ist das für dieses Verfahren ohne Bedeutung.	42
2.	43
Der Antrag ist unbegründet, soweit der Antragsgegner die Feststellung begehrt, seit 12.11.2007 verhalte sich die Antragsgegnerin rechtswidrig. Denn Gegenstand der Vergleichsvereinbarung ist, dass die ablehnende Entscheidung der Antragsgegnerin über die Aufnahme in die Vorauswahlliste mit Vergleichsvereinbarungsabschluss („ex nunc“) entfällt. Damit haben die Beteiligten geregelt, dass wegen der Zeit vor der Vergleichsvereinbarung kein Anspruch des Antragstellers auf Aufnahme in die Vorauswahlliste und auf pflichtgemäße Ermessensentscheidungen bestand. Zugunsten des Antragstellers ist der Feststellungsantrag daher nur bezogen auf die Zeit nach dem 03.02.2009 begründet.	44
Soweit die Antragsgegnerin meint, ab dem Schreiben des Antragstellers vom 02.10.2010 sei ihr eine Bestellung des Antragstellers nicht zumutbar, teilt der Senat diese Auffassung nicht. Zwar ist das Schreiben nicht von höflicher Zurückhaltung geprägt. Der Antragsteller handelte aber in der Wahrnehmung berechtigter Interessen, und die Antragsgegnerin hatte die Ursache für die (harsche) Kritik objektiv selbst gesetzt.	45
3.	46
Klarstellend weist der Senat darauf hin, dass mit der Feststellung, die Antragsgegnerin habe ihr Auswahlermessen pflichtwidrig nicht ausgeübt, kein Automatismus hinsichtlich eines Schadensersatzanspruchs verbunden ist. Es mag sein, dass der Antragsteller in keinem	47

Insolvenzverfahren bei ordnungsgemäßer Ermessensausübung zu bestellen gewesen wäre, und zwar möglicher Weise auch wegen einer Auslastung im Rahmen anderer Insolvenzverfahren.

III. Begründetheit des Antrags zu 2.

48

Der Antrag zu 2. – in der oben dargestellten Auslegung - ist begründet.

49

Aus vorstehenden Ausführungen folgt, dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, zukünftig eine Bestellung des Antragstellers in ihre Ermessenserwägungen mit einzubeziehen. Anderes ergibt sich erst, wenn die Antragsgegnerin nach Prüfung zu dem Ergebnis kommen sollte, dass aufgrund aktueller Versäumnisse der Antragsteller als Sachverständiger, vorläufiger Insolvenzverwalter, Insolvenzverwalter oder Treuhänder aus der Vorauswahlliste zu streichen ist. In diesem Fall könnte die Antragsgegnerin einen entsprechenden Bescheid erlassen, über dessen Rechtmäßigkeit der Senat auf Antrag des Antragstellers befinden würde.

50

Die Kostenentscheidung beruht auf § 30 Abs. 2 EGGVG. Es besteht kein Grund, nach billigem Ermessen der Staatskasse einen Teil der außergerichtlichen Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

51

Die Wertfestsetzung folgt aus § 30 Abs. 3 EGGVG; §§ 30 Abs. 2 Satz 1, 130 Abs. 4 KostO.

52

Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde nicht zu, da die Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 EGGVG nicht gegeben sind.

53