

Nicht alle Fragen sind geklärt

BGH: Der Insolvenzverwalter als Rechtsanwalt im Sinne des § 12 BORA – Grenzen bei der persönlichen Ansprache anwaltlich vertretener Verfahrensbeteiligter

Von Florian Pfoser

Einleitung

Mit seinem am 06.07.2015 verkündeten Urteil [Az. AnwZ (Brfg) 24/14)] hat der BGH in den Reihen der Insolvenzverwalter für einige Aufregung gesorgt. Nach Auffassung des BGH ist es einem Rechtsanwalt, der zum Insolvenzverwalter bestellt wurde, nicht gestattet, mit einem Verfahrensbeteiligten unmittelbar Verbindung aufzunehmen oder zu verhandeln, wenn dieser anwaltlich vertreten ist und der Rechtsanwalt keine Einwilligung zur Kontaktaufnahme mit seinem Mandanten erteilt hat. Aus Sicht der Insolvenzverwalter ist die Aufregung um das genannte Urteil gut nachvollziehbar. Gerade bei einer Unternehmensfortführung ist eine direkte und schnelle Kommunikation oftmals die entscheidende Erfolgsvoraussetzung. So müssen möglichst unmittelbar nach Stellung des Insolvenzantrags insbesondere die wichtigsten Lieferanten informiert und davon überzeugt werden, die Lieferkette aufrechtzuerhalten. Können Verhandlungen dagegen nur mit oder im Beisein der jeweiligen Rechtsanwälte geführt werden, verzögern unter anderem deren Einarbeitungsphase und zeitliche Auslastung den Ablauf mitunter deutlich. Darüber hinaus wird es dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter deutlich schwerer fallen, das Interesse der maßgeblichen Verfahrensbeteiligten an einer Fortführung des Unternehmens einzuschätzen, wenn er nicht direkt



Wenn der zum Insolvenzverwalter berufene Anwalt zum Telefon greift:
Die Kontaktaufnahme zum rechtsanwaltlich vertretenen Verfahrensbeteiligten muss von dessen Anwalt genehmigt sein.

mit den entsprechenden Entscheidungsträgern in Kontakt treten kann.

Die Entscheidung des BGH

Dem Urteil des BGH lag ein für das Insolvenzverfahren typischer Sachverhalt zugrunde. Ein Insolvenzverwalter, der zugleich zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist, forderte den Vorstand des Schuldners – aufgrund hier

nicht relevanter Gründe – zur Rückgewähr eines Geldbetrags zur Insolvenzmasse auf. Der Rechtsanwalt des Vorstands zeigte daraufhin die anwaltliche Vertretung seines Mandanten an und forderte den Insolvenzverwalter auf, Schriftsätze nur noch an ihn zu richten. Ein zweites, mit dem Kanzleibriefkopf versehenes, Schreiben sandte der Insolvenzverwalter dennoch persönlich an den Geschäftsführer und unterzeichnete in ►

seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt. Auf Beschwerde durch den anwaltlichen Vertreter erteilte die zuständige Kammer dem Insolvenzverwalter einen belehrenden Hinweis (§ 73 Abs. 2 Nr. 1 BRAO) wegen Verstoßes gegen das Umgehungsverbot gemäß § 43 BRAO, § 12 BORA. Die hiergegen gerichtete Klage des Insolvenzverwalters vor dem AGH München blieb ohne Erfolg. Der BGH wies die Berufung als unbegründet zurück.

„So eindeutig das Urteil des BGH auch erscheinen mag, zeigt die tiefere Analyse der Entscheidung doch, mit welchen rechtlichen Untiefen die Praxis nun konfrontiert ist.“

Wenig überraschend und daher hier nicht näher darzustellen sind die Ausführungen des BGH zur Verfassungsmäßigkeit des § 12 BORA. Hatte doch bereits das BVerfG mit Beschluss vom 12.07.2001 (Az. 1 BvR 2272/00) die Verfassungsmäßigkeit bestätigt.

Entscheidend ist für den BGH zunächst, dass der Insolvenzverwalter für sein Schreiben an den Geschäftsführer das Briefpapier seiner Sozietät benutzte und (unter anderem) als Rechtsanwalt unterschrieb. Dies ist nach BGH bereits ausreichend, um von einer Eröffnung des Anwendungsbereichs der BORA auszugehen. Die Tätigkeit als Insolvenzverwalter ändert hieran nichts. So ist Insolvenzverwalter zwar ein eigenständiger Beruf i.S.d. Artikels 12 GG, da es aber an einer eigenen Berufsordnung fehlt, ist auf die jeweilige Berufsordnung zurückzu-

greifen, der der Insolvenzverwalter als natürliche Person unterliegt. Diesem weiten Verständnis des Berufs i.S.d. BORA steht auch nicht Artikel 12 GG entgegen. Die verfassungsrechtliche Qualifizierung einer Tätigkeit als Beruf verhindert aber gerade nicht, dass dieser Beruf vom Berufsbegriff der BORA erfasst wird.

Gegen dieses weite Verständnis des Berufs i.S.d. BORA spricht nach BGH auch nicht, dass die Tätigkeit eines Insolvenzverwalters gerade nicht den Kernbereich der anwaltlichen Tätigkeit (§ 3 BRAO) betrifft und der Wortlaut des § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 BRAO ebenfalls eine Unterscheidung zwischen Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter nahelegt. Vielmehr ist darauf abzustellen, dass in den allermeisten Fällen der Beruf des Insolvenzverwalters von Rechtsanwälten wahrgenommen und die Tätigkeit als Insolvenzverwalter nicht als (prüfungspflichtiger) Zweitberuf gemäß § 7 Nr. 8 BRAO oder § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO gesehen wird. Abschließend kann auch § 5 Abs. 1 lit. g FAO als Beleg für die Einbeziehung des Insolvenzverwalters in das Berufsbild der BORA gewertet werden. Demnach hat ein Rechtsanwalt, der die Bezeichnung „Fachanwalt für Insolvenzrecht“ führen will, mindestens fünf eröffnete Verfahren aus dem ersten bis sechsten Teil der InsO „als Insolvenzverwalter“ persönlich und weisungsfrei zu bearbeiten.

Folgen für die Praxis

Ist der Insolvenzverwalter zur Rechtsanwaltschaft zugelassen, hat er das Umgehungsverbot des § 12 BORA zu beachten. Für den vorläufigen Insolvenzverwalter gilt dies erst recht, da er lediglich als gerichtlich bestellter Sachverständiger handelt. Ein Verstoß gegen § 12 BORA kann je nach Schwere zu einer Rüge oder anwaltsgericht-

lichen Maßnahme gemäß §§ 43, 74, 113 ff. BRAO führen. Umstritten ist in der Literatur lediglich, ob die Umgehung vorsätzlich zu erfolgen hat oder ob jedes schuldhafte Verhalten ausreicht. Derzeit ist daher jedem – zur Rechtsanwaltschaft zugelassenen – (vorläufigen) Insolvenzverwalter abzuraten, einen anwaltlich vertretenen Verfahrensbeteiligten ohne Einwilligung seines Rechtsanwalts direkt zu kontaktieren.

So eindeutig das Urteil des BGH auch erscheinen mag, zeigt die tiefere Analyse der Entscheidung doch, mit welchen rechtlichen Untiefen die Praxis nun konfrontiert ist.

In dem geschilderten Sachverhalt ging es ausschließlich um eine für den Beruf des Rechtsanwalts typische Handlung. Die Tätigkeit eines Insolvenzverwalters beschränkt sich aber nicht auf die Einziehung ausstehender Forderungen. Gerade bei einer Unternehmensfortführung entfällt ein Großteil der Tätigkeit des Insolvenzverwalters auf die Abstimmung mit den entscheidenden Verfahrensbeteiligten (etwa Lieferanten) sowie auf deren Information über die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens. Soll § 12 BORA aber auch dann anwendbar sein, wenn der Insolvenzverwalter lediglich mit den Lieferanten über deren Interesse an einer Fortführung des Unternehmens und die Bereitschaft zu Zugeständnissen bei der Belieferung (Weiterbelieferung auch ohne Vorkasse, Aufrechterhaltung der Zahlungsziele) spricht? Zweck des § 12 BORA ist nach der Rechtsprechung des BVerfG (Az. 1 BvR 2272/00) und des BGH (Az. V 429/02) der Schutz des gegnerischen Mandanten. Er soll vor einer überraschenden persönlichen Ansprache sowie der Abgabe nachteiliger Erklärungen in Unkenntnis der geltenden Rechtslage bewahrt werden ►

und auch den Bedarf eines anwaltlichen Beistands zunächst mit seinem Rechtsanwalt besprechen können. § 12 BORA dient insofern dem Gemeinwohlinteresse an einer funktionsfähigen Rechtspflege und einem fairen Verfahren. Geht es nur um die Abstimmung bestimmter Handlungen oder die reine Information, scheint zweifelhaft, ob dieser Schutzbereich des § 12 BORA überhaupt eröffnet ist. Die Vorinstanz (AGH München, Az. BayAGH III – 4 – 5/13) betont ebenfalls, dass die Tätigkeit des Insolvenzverwalters nicht zur Kerntätigkeit eines Rechts-

„Das Urteil des BGH sorgt für eine eindeutige Rechtslage, sobald der Insolvenzverwalter in seiner Tätigkeit und seinem Auftreten von einem Rechtsanwalt nicht zu unterscheiden ist.“

anwalts gehört. Berufsspezifische Vorschriften könnten deswegen nur unter Berücksichtigung ihres Zwecks und mit Bedacht auf entgegenstehende Rechtspositionen und Ordnungsvorschriften zur Anwendung kommen. Der BGH beschäftigte sich mit dieser Frage nicht. Er weist aber darauf hin, dass von einer Anwendung des § 12 BORA abgesehen werden kann, wenn das Ziel einer effektiven Rechtspflege durch insolvenzrechtliche Vorschriften (etwa Auskunft- und Mitwirkungspflichten gemäß § 97 InsO) besser erreicht werden kann. Waffengleichheit und Überrumpelungsschutz treten hier zurück. Folglich sind insolvenzrechtliche Besonderheiten bei der Anwen-

dung des Berufsrechts grundsätzlich zu beachten. Ob dies jedoch nur für eine Gesetzeskollision zutrifft oder auch auf rein faktischen Erwägungen beruhen kann, ist offen. Eine pauschale Anwendung des Umgehungsverbot auf sämtliche Handlungen des als Insolvenzverwalter tätigen Rechtsanwalts ist der Rechtsprechung des BGH aber jedenfalls nicht zu entnehmen. Wie sich die Spruchpraxis entwickeln wird, bleibt abzuwarten.

Klärungsbedürftig ist auch folgende Frage: Nach BGH sind die Verwendung des Kanzleibriefpapiers und die Unterzeichnung als Rechtsanwalt Voraussetzungen für die Annahme einer rechtsanwaltlichen Tätigkeit des Insolvenzverwalters. Wie wäre aber die Entscheidung ausgefallen, hätte sich der Insolvenzverwalter nicht als Rechtsanwalt ausgegeben? In einem früheren Verfahren hat der BGH [Az. WpSt (R) 1/04] bei einem als Insolvenzverwalter tätigen Wirtschaftsprüfer bereits entschieden, dass je nach Schutzzweck der berufsrechtlichen Normen eine Anwendung auf den Insolvenzverwalter nicht in Frage kommt, wenn sich dieser gerade nicht als Angehöriger einer bestimmten Berufsgruppe zu erkennen gibt. Die Anwendung des § 12 BORA könnte demnach verneint werden, wenn der Insolvenzverwalter nur eigenes Briefpapier verwendet und auch sonst keine Hinweise auf seine Zugehörigkeit zur Rechtsanwaltschaft gibt. Die Frage ist nur, welche Kriterien hier maßgeblich sein sollen. Wie ist beispielsweise zu entscheiden, wenn der Insolvenzverwalter bekanntermaßen auch als Rechtsanwalt tätig ist, aber im konkreten Fall nicht als solcher auftritt? Keinesfalls darf hier allein die (vom Zufall abhängende) Kenntnis des kontaktierten Verfahrensbeteiligten ausschlaggebend sein. Die Entwicklung der Rechtsprechung bleibt auch hier abzuwarten.

Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Das Urteil des BGH sorgt für eine eindeutige Rechtslage, sobald der Insolvenzverwalter in seiner Tätigkeit und seinem Auftreten von einem Rechtsanwalt nicht zu unterscheiden ist. Ist dies nicht der Fall, ergeben sich Fragen, die für einige Verunsicherung in der Praxis sorgen werden. ◀



Florian Pfoser,
Rechtsanwalt,
anchor Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft
mbB, München

Florian.pfoser@anchor.eu
www.anchor.eu