

Einführung in das Insolvenzrecht – Teil 1

Von Rechtsanwältin **Beatrice Keller**, München

Jeder Jurist sollte instande sein, mögliche insolvenzrechtliche Implikationen eines Falles zu erkennen. Im Studium lassen sich insbesondere das Recht der Kreditsicherheiten – des Eigentumsvorbehalts, der Vormerkung und des Sicherungseigentums – nur dann grundlegend verstehen, wenn deren Wirkungen im Insolvenzfall bekannt sind. Spätestens in der Praxis sind insolvenzrechtliche Grundkenntnisse dann endgültig unverzichtbar. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über das Insolvenzverfahren mit einem Schwerpunkt auf den klausurrelevanten Themen.

I. Einleitung

Das deutsche Recht kennt zwei unterschiedliche Vollstreckungssysteme: Da ist zum einen die in der ZPO¹ geregelte Einzelzwangsvollstreckung, die zur Befriedigung eines einzelnen Gläubigers aus dem Vermögen des Schuldners dient. Die Einzelzwangsvollstreckung wird vom sog. Prioritätsprinzip² gekennzeichnet, d.h. dem schnellsten Gläubiger gebührt der Vorrang (§ 804 Abs. 3 ZPO). Reicht das Vermögen des Schuldners nicht mehr zur Deckung all seiner Verbindlichkeiten aus, wird das Prioritätsprinzip des Zwangsvollstreckungsrechts durch das Prinzip der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung (*par conditio creditorum*) verdrängt und die Einzelzwangsvollstreckung durch die Gesamtvollstreckung abgelöst. Das Prinzip der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung ist die tragende Idee nicht nur des deutschen, sondern aller kontinentaleuropäischen und der anglo-amerikanischen Insolvenzrechte. Wie noch im Einzelnen zu zeigen sein wird, lässt sich praktisch jedes spezifisch insolvenzrechtliche Institut über dieses Prinzip erklären. Es ist die wichtigste Hilfe bei der Auslegung insolvenzrechtlicher Vorschriften. Mit einem Wort: Es kann in seiner Bedeutung gar nicht überschätzt werden.

Der Übergang vom Prioritätsprinzip zum Prinzip gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung vollzieht sich freilich nicht automatisch, sondern nur dann, wenn ein Insolvenzverfahren nach der Insolvenzordnung³ (InsO) eröffnet wird. § 1 InsO sieht als Instrumente der Gesamtvollstreckung die Liquidation des Schuldnervermögens durch ein Regelinsolvenzverfahren oder die Sanierung des schuldnerischen Unternehmens

durch ein Insolvenzplanverfahren vor.⁴ Das Insolvenzrecht ist im Wesentlichen in der InsO geregelt. Ergänzend gelten für das Insolvenzverfahren die Vorschriften der ZPO (§ 4 InsO), woraus der vollstreckungsrechtliche Charakter des Insolvenzverfahrens besonders deutlich wird. Bei Gesellschaftsinsolvenzen sind Regelungen des HGB⁵, des GmbHG⁶ und des AktG⁷ zu berücksichtigen, im Falle von Bankinsolvenzen die Vorschriften des § 46 ff. KWG⁸. Bei grenzüberschreitenden Insolvenzen⁹ in Mitgliedstaaten der EU ist die EG-Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO)¹⁰ anzuwenden, im Übrigen die Vorschriften des deutschen internationalen Insolvenzrechts, die allerdings wiederum Teil der InsO (dort §§ 355 ff. InsO) sind.

II. Gang des Verfahrens (Überblick)

Das Regelinsolvenzverfahren unterteilt sich in die drei Abschnitte Insolvenzeröffnungsverfahren, eröffnetes Insolvenzverfahren und Nachhaftungsphase. Das Insolvenzeröffnungsverfahren wird auf Antrag (§§ 13 ff. InsO) eingeleitet. In diesem prüft das Insolvenzgericht, ob der Eröffnungsantrag zulässig (§ 14 Abs. 1 InsO) und begründet (§ 16 InsO) ist und die Verfahrenskosten (§ 26 InsO) gedeckt sind. Zudem kann es nach eigenem Ermessen Sicherungsmaßnahmen zu treffen, um zu verhindern, dass sich die Vermögenslage des Schuldners während des Eröffnungsverfahrens (weiter) verschlechtert (§ 21 Abs. 1 InsO). Die praktisch häufigste dieser Sicherungsmaßnahmen ist die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters. Der vorläufige Insolvenzverwalter wird daneben in der Regel auch mit der Aufgabe betraut, als Sachverständiger zu prüfen, ob Insolvenzgründe vorliegen; das Ergebnis seiner Prüfung fasst er in einem Gutachten zusammen, das dem Insolvenzgericht zugänglich gemacht wird und

¹ Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 5. 12. 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes v. 24.9.2009 (BGBl. I S. 3145).

² Auch „Windhundprinzip“ genannt, s. Kroth, in: Braun, Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2007, § 92 Rn. 1; Huber, JuS 2006, 1078; Gundlach/Frenzel/Schmidt, NZI 2005, S. 663 (664).

³ Die InsO, in der Fassung v. 5.10.1994 (BGBl. I S. 2866), zuletzt geändert durch Art. 8 Abs. 7 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I S. 2355), trat an die Stelle von Konkurs-, Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsordnung.

⁴ Gegenstand dieses Beitrags ist nur das Regelinsolvenzverfahren. Für die besonderen Verfahren wird verwiesen auf Reischl, Insolvenzrecht, 2008, Rn. 812-911.

⁵ Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 6a des Gesetzes v. 31.7.2009 (BGBl. I S. 2512).

⁶ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes v. 31.7.2009 (BGBl. I S. 2509).

⁷ Aktiengesetz v. 6.9.1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 31.7.2009 (BGBl. I S. 2509).

⁸ Gesetz über das Kreditwesen in der Fassung v. 9.9.1998 (BGBl. I S. 2776), zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 8 des Gesetzes v. 30.7.2009 (BGBl. I S. 2437).

⁹ S. dazu Westphal/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, 2008.

¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates v. 29.5.2000 über Insolvenzverfahren.

diesem bei der Bescheidung des Insolvenzantrags als Entscheidungshilfe dient.

Wird das Insolvenzverfahren eröffnet, ernennt das Insolvenzgericht einen Insolvenzverwalter (§ 27 InsO); meistens fällt die Wahl auf diejenige Person, die auch schon vorläufiger Insolvenzverwalter war, was sinnvoll ist, weil diese sich im Rahmen der Erstellung des Gutachtens bereits mit den wirtschaftlichen und sonstigen Verhältnissen des Schuldners vertraut machen konnte. Der Insolvenzverwalter verwertet das Vermögen des Schuldners (§ 159 InsO) und verteilt es quotale an die Gläubiger (§ 187 ff. InsO). Dazu prüft er die von den Gläubigern angemeldeten Forderungen und trägt sie in die Insolvenztabelle ein. Nach Verteilung des schuldnerischen Vermögens wird das Verfahren aufgehoben und die Nachhaftungsphase beginnt (§ 201 InsO).¹¹

III. Beteiligten des Verfahrens (Überblick)

1. Insolvenzgericht

Das Insolvenzgericht beaufsichtigt das Insolvenzverfahren und trifft die grundlegenden Entscheidungen. Sachlich ausschließlich zuständig für das Insolvenzverfahren ist das Amtsgericht. Örtlich zuständig ist das Insolvenzgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen Wohnsitz (natürliche Person) bzw. seinen Unternehmenssitz (Gesellschaften) hat (§ 3 Abs. 1 S. 1 InsO). Liegt der Mittelpunkt einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners an einem anderen Ort, so ist das Insolvenzgericht zuständig, in dessen Bezirk dieser Ort liegt (§ 3 Abs. 1 S. 2 InsO). Funktionell zuständig ist der Richter oder der Rechtspfleger: für die Entscheidung über den Eröffnungsantrag, die Ernennung des Insolvenzverwalters und die Versagung oder den Widerruf der Restschuldbefreiung (§§ 3 Nr. 2e, 18 Abs. 1 RPflG¹²) ist der Richter zuständig. Er kann sich auch das weitere Verfahren vorbehalten (§ 18 Abs. 2 RPflG). Im Übrigen liegt die Zuständigkeit beim Rechtspfleger.

Das Insolvenzgericht ermittelt, abweichend vom Beibringungsgrundsatz der ZPO, von Amts wegen (§ 5 Abs. 1 S. 1 InsO). Zur Aufklärung der Vermögensverhältnisse des Schuldners kann es Register- und Grundbuchauszüge einholen, Zeugen vernehmen und eine Anfrage beim Gerichtsvollzieher stellen.¹³ Daneben sind der Schuldner (§ 14 Abs. 2 InsO) und gegebenenfalls weitere Verantwortliche (§ 15 Abs. 2 S. 2 InsO) anzuhören, aber auch persönlich zur Auskunft und Mitwirkung verpflichtet (§ 20 Abs. 1 InsO).

Verletzt der Richter oder Rechtspfleger im Insolvenzverfahren schuldhaft eine Pflicht, tritt Amtshaftung gemäß Art. 34 GG, § 839 S. 1, Abs. 2 BGB¹⁴ ein.

¹¹ Reischl (Fn. 4), Rn. 32.

¹² Rechtspflegergesetz v. 5.11.1969 (BGBl. I S. 2065), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes v. 30.7.2009 (BGBl. I S. 2474).

¹³ Reischl (Fn. 4), Rn. 141.

¹⁴ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 2.1.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch das Gesetz v. 28.9.2009 (BGBl. I S. 3161).

2. Schuldner

Schuldner in einem Insolvenzverfahren kann sein, wer insolvenzfähig ist. Dies ist nach §§ 11 f. InsO jede natürliche oder juristische Person, ferner der nicht rechtsfähige Verein, die OHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft, GbR, Partenreederei und die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung.¹⁵ Nicht insolvenzfähig sind dagegen juristische Personen des öffentlichen Rechts, da für sie der Staat unterhaltspflichtig ist. Eine interessante, hier aber nicht zu beantwortende Frage ist, ob und unter welchen Voraussetzungen öffentlich-rechtliche Unternehmen in Privatrechtsform insolvenzfähig sind.¹⁶

3. Insolvenzgläubiger

Insolvenzgläubiger ist, wer zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen vermögensrechtlichen Anspruch gegen den Insolvenzschuldner hat (§ 38 InsO). Es muss sich entweder um eine Geldforderung handeln, oder um eine Forderung, die in eine Geldforderung umrechenbar ist. Die Forderung muss im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung begründet sein, sie muss aber nicht fällig sein. Keine Insolvenzgläubiger sind Massegläubiger, Aussonderungsberechtigte, Gläubiger, die sich durch Aufrechnung befriedigt haben und grundsätzlich auch Absonderungsberechtigte.¹⁷

4. Insolvenzverwalter

Mit dem Eröffnungsbeschluss bestellt das Gericht einen Insolvenzverwalter. Die Bestellung ist vorläufig, erst nach der ersten Gläubigerversammlung erfolgt eine endgültige Bestellung. Der Verwalter erhält mit Wirksamwerden des Eröffnungsbeschlusses die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörige Vermögen des Schuldners (§ 80 Abs. 1 InsO). Er hat das Schuldnervermögen in Besitz zu nehmen und zu verwalten. Er erstellt ein Verzeichnis über die zur Masse gehörenden Gegenstände, ein Gläubigerverzeichnis und eine Vermögensübersicht, die Aktiva und Passiva des Schuldnervermögens zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gegenüberstellt. Der Insolvenzverwalter verwertet die Insolvenzmasse, d.h. er versucht, das Unternehmen als Ganzes oder dessen Bestandteile zu veräußern. Um das Unternehmen als Ganzes veräußern zu können, braucht er

¹⁵ Gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO sind auch das Gesamtgut der Gütergemeinschaft, der fortgesetzten Gütergemeinschaft und der Nachlass im Rahmen von Sonderinsolvenzverfahren insolvenzfähig.

¹⁶ Weiterführend: Marotzke, Das Unternehmen in der Insolvenz, 2000.

¹⁷ Wenn sie auf eine abgesonderte Befriedigung verzichten oder insoweit ausgefallen sind, handelt es sich auch bei Absonderungsberechtigten um Insolvenzgläubiger, § 52 InsO.

dazu die Zustimmung der Gläubigerversammlung¹⁸, bzw. des Gläubigerausschusses¹⁹ (§§ 160, 162, 163 InsO).

Er führt die Insolvenzanfechtung durch und macht Ansprüche auf persönliche Haftung gegenüber Gesellschaftern geltend. Er führt eine Insolvenztabelle und prüft die angemeldeten Forderungen.

IV. Das Eröffnungsverfahren

Das Insolvenzverfahren wird eröffnet, wenn der Eröffnungsantrag zulässig und begründet ist. Ob das der Fall ist, wird während des bereits erwähnten Insolvenzeröffnungsverfahrens geprüft.

1. Zulässigkeit des Eröffnungsantrags

Der Insolvenzantrag ist zulässig, wenn der Schuldner insolvenzfähig²⁰ ist, ein formgerechter Antrag beim zuständigen Gericht gestellt wird und der Antragssteller antragsberechtigt ist.

a) Antrag

Der Insolvenzantrag ist formelle Voraussetzung der Eröffnung (§ 13 Abs. 1 S. 1 InsO). Das Verfahren kann nicht von Amts wegen eröffnet werden. Antragsberechtigt sind grundsätzlich alle Gläubiger und der Schuldner selbst.²¹ Der Antrag ist schriftlich oder zur Niederschrift bei der Geschäftsstelle des zuständigen Insolvenzgerichts zu stellen und nicht formbedürftig.

b) Anforderungen an den Antrag im Einzelnen

aa) Antrag des Schuldners

Der Schuldner kann einen Antrag wegen Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) oder, handelt es sich beim Schuldner um eine juristische Person, wegen Überschuldung (§ 19 InsO) stellen. Bei Gesellschaften ergibt sich aus § 15 InsO, wer aufgrund seiner organschaftlichen oder mitgliedschaftlichen Stellung berechtigt ist, einen Eigenantrag für den Schuldner zu stellen. Ist der Schuldner eine juristische Person (GmbH, AG) oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit (OHG, KG, GbR), so ist jedes einzelne Mitglied des Vertretungsorgans zum Eigenantrag befugt. Bei OHG, KG und GbR ist jeder persönlich haftende Gesellschafter auch ohne Vertretungsbefugnis antragsberechtigt. Aus § 15a InsO, einer der praktisch wichtigsten Vorschriften, ergibt sich, wer verpflichtet ist, den Antrag zu stellen.

¹⁸ Die Gläubigerversammlung ist das Selbstverwaltungsorgan der Gläubiger im Insolvenzverfahren, mit dem diese das Verfahren lenken können.

¹⁹ Der Gläubigerausschuss ist das Exekutivorgan der Gläubigerversammlung und soll den Insolvenzverwalter bei seiner Geschäftsführung unterstützen und überwachen.

²⁰ S. unter III. 2.

²¹ Eine Sonderregelung zum Antragsrecht enthält z.B. § 46b Abs. 1 KWG, wonach im Falle der Insolvenz eines Kreditinstitutes die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht antragsberechtigt ist.

bb) Antrag des Gläubigers

Für den Antrag eines Gläubigers gelten ausweislich des § 14 InsO bestimmte Anforderungen. Um den Schuldner vor ungerechtfertigter Insolvenzeröffnung zu schützen, muss der Gläubiger seine Forderungen und einen Eröffnungsgrund glaubhaft machen (§§ 4 InsO, 294 ZPO). Dazu muss er Tatsachen darlegen, aus denen sich für den Richter die überwiegende Wahrscheinlichkeit ergibt, dass ein Eröffnungsgrund vorliegt. Daneben ist beim Gläubigerantrag ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Verfahrens erforderlich, das bei Vorliegen der übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen in der Regel indiziert ist.

2. Begründetheit des Eröffnungsantrags

Der Insolvenzantrag ist begründet, wenn ein Eröffnungsgrund vorliegt. Eröffnungsgründe sind Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) und Überschuldung (§ 19 InsO).

a) Zahlungsunfähigkeit

Zahlungsunfähig ist, wer nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 S. 1 InsO). Zahlungsunfähigkeit in diesem Sinne liegt nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 24.5.2005²² vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, wenigstens 90% seiner fälligen Verbindlichkeiten zum geprüften Stichtag zu erfüllen. Sofern die Liquiditätsunterdeckung zum Stichtag im Ergebnis dieser Rechnung größer als 10% ist, hat der Schuldner einen Zeitraum von drei Wochen, diese Unterdeckung zu beseitigen. Wenn er das nicht kann, liegt Zahlungsunfähigkeit und nicht lediglich eine rechtlich unerhebliche Zahlungsstockung vor.²³ Grundsätzlich ist für die Ermittlung und den Beweis von Zahlungsunfähigkeit die Aufstellung eines Liquiditätsstatus erforderlich. Nach einer neueren Entscheidung des BGH²⁴ lässt sich speziell im Anfechtungsprozess (!) auch auf andere Weise feststellen, ob der Schuldner zahlungsfähig war oder nicht. Haben im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, ist regelmäßig von der Zahlungsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt auszugehen. Nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO schließlich wird Zahlungsunfähigkeit widerlegbar vermutet, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Voraussetzung der Zahlungseinstellung ist nicht, dass der Schuldner überhaupt keine Zahlungen mehr leistet. Es genügt, wenn der Schuldner eine nicht unwesentliche Forderung nicht mehr befriedigen kann.²⁵

²² BGH ZIP 2005, 1426.

²³ BGH ZIP 2005, 1426.

²⁴ BGH ZIP 2006, 2222. Im Zusammenhang mit dieser Entscheidung sind zwei Fragen ungeklärt: Gilt die 10%-Grenze der Entscheidung vom 24.5.2005 auch hier? Ist nach Maßgabe dieser Entscheidung Vollbeweis für die Zahlungsunfähigkeit geführt, oder begründet sie nur eine widerlegliche Vermutung? – Themen, die eine Seminararbeit rechtfertigen könnten.

²⁵ BGH ZIP 2000, 1017.

b) Drohende Zahlungsunfähigkeit

Die drohende Zahlungsunfähigkeit ist gem. § 18 InsO nur bei Eigenanträgen des Schuldners Eröffnungsgrund. Sie liegt vor, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen (§ 18 Abs. 2 InsO). Bei der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, wobei sich der Betrachtungszeitraum nach wohl h.M. bis zum Fälligkeitszeitpunkt der letztfälligen, gegenwärtigen Verbindlichkeit, jedoch nicht weiter als ein Jahr in die Zukunft hinein erstreckt²⁶. Ergibt sich aus der zeitlich so begrenzten Gegenüberstellung der voraussichtlichen Einnahmen und der zu erwartenden Verbindlichkeiten, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher ist, als deren Vermeidung, ist der Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit gegeben.²⁷

c) Überschuldung

Die Überschuldung nach § 19 InsO ist (neben der Zahlungsunfähigkeit) Eröffnungsgrund bei juristischen Personen, der GmbH & Co. KG und beim Nachlass. Die Definition dafür, wann Überschuldung vorliegt, hat sich in den vergangenen Jahren mehrfach geändert.

Im Rahmen des mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 1.1.1999 neu eingeführten Überschuldungsbegriffs war Überschuldung gegeben, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckte. Das war anhand einer dreistufigen Prüfung zu beurteilen: Die Feststellung der Überschuldung setzte eine Überschuldungsbilanz voraus, in der Aktiva und Passiva gegenübergestellt wurden. Die Aktiva waren dabei grundsätzlich mit dem Liquidationswert anzusetzen, d.h. so, als würde zum Bilanzstichtag die Liquidation beschlossen und das Unternehmen in seinen Einzelteilen veräußert. Nur wenn sich in einem (zweiten) Prüfungsschritt ergab, dass das Unternehmen fortführungswürdig war, durften (in einem dritten Prüfungsschritt) die Aktiva statt zu Liquidationswerten zu den ungleich höheren Fortführungswerten angesetzt werden. Maßgeblich für diese war die Ermittlung des Erlöses einer Gesamtveräußerung des Unternehmens einschließlich aller stillen Reserven und des „good will“ an einen Erwerber.

Um den Auswirkungen der Finanzmarktkrise entgegenzuwirken und Unternehmen nach dem zu diesem Zeitpunkt geltenden Recht von der gesetzlichen Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages wegen bilanzieller Überschuldung zu bewahren, hat der Gesetzgeber mit dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz²⁸ (FMStG) zum 18.10.2008 zeitlich begrenzt einen anderen Überschuldungsbegriff eingeführt. Nach diesem liegt eine zum Insolvenzantrag verpflichtende Überschuldung nur vor, wenn das Unternehmen bei Ansatz von Liquidationswerten rechnerisch überschuldet ist und keine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann. Man

sieht, dass diese Überschuldungsprüfung im Gegensatz zur zuvor geltenden nur zweistufig ist. Diese Definition der Überschuldung ist wegen des zeitlich nur begrenzten Anlasses zeitlich befristet bis zum 31.12.2013, danach wird wieder der vorherige dreistufige Überschuldungsbegriff gelten.

3. Das gerichtliche Verfahren

Liegt ein zulässiger Antrag vor, hat das Insolvenzgericht festzustellen, ob tatsächlich ein Eröffnungsgrund gegeben ist und ob die Insolvenzmasse zur Deckung der Verfahrenskosten ausreicht. Das Gericht hat alle relevanten Umstände von Amts wegen zu ermitteln (§ 5 Abs. 1 S. 1 InsO). Der Schuldner ist zu hören. Nach Zulassung des Antrags und vor der abschließenden Entscheidung über dessen Begründetheit muss das Gericht prüfen, ob es einstweilige Maßnahmen zur Sicherung und Erhaltung des Schuldnervermögens anordnen möchte.

a) Vorläufige Sicherungsmaßnahmen

Rechtsgrundlage ist § 21 Abs. 1 S. 1 InsO; nach dieser Vorschrift kann das Insolvenzgericht alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um eine Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners bis zur Verfahrenseröffnung zu verhindern. Die Sicherungsmaßnahmen werden durch Beschluss angeordnet und mit Erlass wirksam.²⁹ Gegen die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen kann der Schuldner sofortige Beschwerde einlegen (§ 21 Abs. 1 S. 2 InsO). In § 21 Abs. 2 Nr. 1-5 InsO sind einzelne Sicherungsmaßnahmen beschrieben. Diese Aufzählung ist nicht abschließend, sondern enthält eine beispielhafte Aufzählung besonders wichtiger Sicherungsmaßnahmen. Von der praktisch wichtigsten dieser Sicherungsmaßnahmen, der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters, soll nun kurz die Rede sein.

aa) Starker vorläufigen Insolvenzverwalters

Gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO kann das Gericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter einsetzen. Erlegt das Gericht zugleich dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auf, so spricht man von einem starken vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO). Dieser Beschluss ist wegen seiner Wirkungen öffentlich bekannt zu machen und im Grundbuch zu vermerken. Denn in diesem Fall geht die alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den Insolvenzverwalter über (§ 22 Abs. 1 S. 1 InsO). Der Schuldner selbst kann über sein Vermögen dann nicht mehr wirksam verfügen, denn das vom Gericht angeordnete allgemeine Verfügungsverbot bewirkt bei einem Verstoß absolute Unwirksamkeit (nicht lediglich relative im Sinne von §§ 135, 136 BGB).³⁰ Aufgabe des starken vorläufigen Insolvenzverwalters ist es, das Vermögen des Schuldners zu sichern und erhalten, das Unternehmen des Schuldners bis zur Entscheidung über die Eröffnung des

²⁶ *Kirchhof*, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, 5. Aufl. 2009, § 18 Rn. 8.

²⁷ *Kirchhof* (Fn. 26), § 18 Rn. 12.

²⁸ BT-Drs. 16/10600.

²⁹ *Reischl* (Fn. 4), Rn. 146.

³⁰ *Kirchhof* (Fn. 26), § 24, Rn. 3; *Haarmeyer*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2007, § 21 Rn. 54.

Insolvenzverfahrens fortführen, wenn nicht das Insolvenzgericht einer Stilllegung zustimmt und als Sachverständiger zu prüfen, ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens decken wird (§ 22 Abs. 1 InsO).

In der Praxis wird nur selten ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt.³¹ Grund dafür ist, dass durch die Tätigkeit des starken Insolvenzverwalters Masseverbindlichkeiten begründet werden (§ 55 Abs. 2 InsO). Masseverbindlichkeiten sind Verbindlichkeiten, die in voller Höhe aus der Insolvenzmasse zu befriedigen sind, und zwar in der Reihenfolge des § 209 InsO. Die Anordnung starker vorläufiger Verwaltung kann mithin zur Folge haben, dass die Insolvenzmasse ausgehöhlt und die Quote der übrigen Gläubiger vermindert wird. Sollte eine von einem starken vorläufigen Insolvenzverwalter begründete Verbindlichkeit nicht in voller Höhe aus der Masse beglichen werden können, so kann dies zudem die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters zur Folge haben (§ 61 InsO). Das wiederum ist der Grund, warum auch der Verwalter selbst kein gesteigertes Interesse daran hat, starker vorläufiger Verwalter zu sein.³²

bb) Schwacher vorläufigen Insolvenzverwalters

Bestellt das Gericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter, ohne dass es gleichzeitig ein allgemeines Verfügungsverbot ausspricht, so sind die Pflichten des dann schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters vom Gericht im Einzelnen zu bestimmen (§ 22 Abs. 2 InsO). Das Gericht kann z.B. einen Zustimmungsvorbehalt des Insolvenzverwalters für Verfügungen des Schuldners anordnen, § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Ohne Zustimmung kann dann der Schuldner nicht mehr wirksam über sein Vermögen verfügen (§§ 24 Abs. 1, 81 Abs. 1 S. 1 InsO). Hauptaufgabe eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters ist die Überwachung des Schuldners. Dafür darf er grundsätzlich die Geschäftsräume des Schuldners betreten, um Nachforschungen anzustellen und die Bücher und Geschäftspapiere des Schuldners einzusehen. Im Übrigen hat der schwache vorläufige Insolvenzverwalter aber nur die ihm gerichtlich für den konkreten Fall eingeräumten Befugnisse.³³

³¹ Reischl (Fn. 4), S. 39.

³² Manchmal kann es im Eröffnungsverfahren freilich gerade darauf ankommen, dass Masseverbindlichkeiten begründet werden können. Dafür, wie mit dieser Situation umgegangen werden kann, ist der sehr lesenswerte „Ufa-Beschluss“ des AG Hamburg NZI 2003, 139 ff. ein gutes Beispiel.

³³ Ein nicht unbedingt neues, aber dennoch aktuelles Problem ist die Frage, ob (insbesondere der schwache) vorläufige Insolvenzverwalter zu einem pauschalen Widerspruch gegen Lastschriften befugt ist (s. zuletzt etwa *Mathies*, JuS 2009, 1074). Das Thema wird an Aktualität gewinnen, sobald der 11. Zivilsenat des BGH über die immer noch unerledigte Revision XI ZR 236/07 entschieden hat – was nach Auskunft des Vorsitzenden an d. *Verf.* im Frühjahr 2010 der Fall sein wird.

b) Entscheidung über den Eröffnungsantrag

Sind die Ermittlungen des Insolvenzgerichts abgeschlossen, entscheidet es über den Insolvenzantrag.

aa) Nichteröffnung

Der Antrag wird zurückgewiesen, wenn er sich als unzulässig (fehlende formelle Voraussetzungen) oder unbegründet (fehlender Eröffnungsgrund) herausstellt. Ist keine die Kosten des Verfahrens deckende Masse vorhanden (§ 26 Abs. 1 S. 1 InsO), wird der Antrag „mangels Masse“ abgewiesen. Die Abweisung mangels Masse kann abgewendet werden, wenn vom Antragsteller oder anderen Gläubigern ein Verfahrenskostenzuschuss geleistet wird (§ 26 Abs. 1 S. 2 InsO).

Die Abweisung des Antrages mangels Masse hat für den Schuldner einschneidende Folgen: Bei der AG, der KGaA und der GmbH führt die Rechtskraft des Abweisungsbeschlusses zu deren Auflösung und Liquidation³⁴. Darüber hinaus ist der Zurückweisungsbeschluss zur Warnung des Rechtsverkehrs gemäß § 26 Abs. 2 InsO in das Schuldnerverzeichnis einzutragen. Schließlich wird dem Schuldner bei den freien Berufen die berufsrechtliche Zulassung als Rechtsanwalt (§ 7 Nr. 9 BRAO³⁵), Steuerberater (§ 46 Abs. 2 Nr. 4 StBerG³⁶) oder Notar (§ 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO³⁷) entzogen und, übt er ein Gewerbe aus, dies gemäß § 12 GewO³⁸ untersagt.

bb) Eröffnung

Liegt ein Insolvenzgrund vor und kommt es nicht zu einer Abweisung mangels Masse, eröffnet das Insolvenzgericht das Verfahren durch Beschluss (§ 27 InsO). Der Beschluss ist sofort im Internet³⁹ öffentlich bekanntzumachen (§§ 30, 9 InsO). An die bekannten Gläubiger und den Schuldner wird der Beschluss vom Gericht zugestellt. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Einzelkaufmannes, einer OHG, KG, GmbH, AG, etc. wird in das Handelsregister eingetragen. Mit Eröffnung des Verfahrens über das Vermögen einer GmbH oder einer AG ist diese aufgelöst⁴⁰. Stehen Grundstücke im Eigentum des Insolvenz-

³⁴ § 131 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 2 HGB; § 262 Abs. 1 Nr. 4 AktG; § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG.

³⁵ Bundesrechtsanwaltsordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-8, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 30.7.2009 (BGBl. I S. 2449).

³⁶ Steuerberatungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 4.11.1975 (BGBl. I S. 2735), zuletzt geändert durch Artikel 9 Absatz 8 des Gesetzes v. 30.7.2009 (BGBl. I S. 2449).

³⁷ Bundesnotarordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes v. 30.7.2009 (BGBl. I S. 2449).

³⁸ Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 22.2.1999 (BGBl. I S. 202), zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 14 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I S. 2258).

³⁹ www.insolvenzbekanntmachungen.de.

⁴⁰ §§ 60 Abs. 1 Nr.4 GmbHG, 262 Abs. 1 Nr.3 AktG.

schuldners, wird ein Vermerk über die Eröffnung des Verfahrens an im Grundbuch eingetragen (§ 32 InsO).

V. Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses

1. Die Insolvenzmasse

Einer der zentralen Begriffe des Insolvenzrechts ist der der Insolvenzmasse, denn praktisch alle insolvenzrechtlichen Institute haben sie (auf die ein oder andere Weise) als Referenzpunkt. Der Begriff der Insolvenzmasse muss unbedingt zum aktiven Wortschatz all derjenigen Juristen gehören, die sich mit insolvenzrechtlichen Fragestellungen zu befassen haben; sein Inhalt muss bekannt sein. Was also ist die Insolvenzmasse?

a) Umfang

Die Insolvenzmasse ist das gesamte Vermögen des Schuldners zur Zeit der Verfahrenseröffnung. *Nota bene*: Die Insolvenzmasse im Wortsinne gibt es erst ab Verfahrenseröffnung, davor ist einfach vom „Vermögen des Schuldners“ oder der „künftigen Insolvenzmasse“ die Rede. Zur – wie es im Branchenjargon verkürzend heißt – „Masse“ gehört auch das Vermögen, das der Schuldner während des Verfahrens erlangt (sog. Neuerwerb, s. § 35 InsO). Unpfändbare Gegenstände gehören aber nicht zur Insolvenzmasse (§ 36 InsO).⁴¹ Veräußert der Insolvenzverwalter Teile der Masse, tritt der Erlös als Surrogat an die Stelle der Gegenstände. Die Masse vergrößert sich während des Verfahrens,⁴² wenn der Insolvenzverwalter durch die vorläufige Fortführung des Unternehmens Gewinne erwirtschaftet, Massegegenstände über Wert veräußert oder erfolgreiche Prozesse (namentlich Anfechtungsprozesse, s. unten unter VII.) für die Masse führt. Auch die Annahme von Erbschaften oder Schenkungen führt zu einer Massenerhöhung. Eine Verringerung der Masse tritt ein, wenn Dritte gutgläubig gem. §§ 81, 82 InsO Massegegenstände erwerben oder der Verwalter Gegenstände unter Wert veräußert. Soweit, so gut. Aber was (außer unpfändbarem Vermögen) gehört dann eigentlich nicht zur Insolvenzmasse?

⁴¹ Der BGH scheint den Grundsatz, dass zur Insolvenzmasse nur pfändbares Vermögen gehöre, nicht allzu wörtlich zu nehmen. In einer aktuellen Entscheidung (BGH DB 2009, 2314) formuliert das Gericht, Gläubigerbenachteiligung i.S. des § 129 Abs. 1 InsO (und damit Massezugehörigkeit) setze nicht notwendigerweise den Abfluss pfändbaren Vermögens voraus. Die Entscheidung, der dieses Zitat entstammt ist sicher richtig; die Leichtigkeit, mit der sich der BGH über den Inhalt des § 35 InsO hinwegsetzt, gleichwohl atemberaubend.

⁴² In der Literatur wird gelegentlich zwischen „Ist-Masse“ (das, was der Insolvenzverwalter bei Eröffnung vorfindet) und „Soll-Masse“ (das, was aus der Ist-Masse nach den Vorschriften des Insolvenzrechts vor Verteilung werden muss) unterschieden. Aus meiner Sicht bringt das Hantieren mit diesen Begrifflichkeiten keinen Erkenntnisgewinn, zumal sie weder der Gesetzessprache entstammen noch Bestandteil des Branchenjargons sind.

b) Freigabe

Zum einen gehören durch den Insolvenzverwalter freigegebene Gegenstände nicht zur Insolvenzmasse. Die Freigabe hat zur Folge, dass der freigegebene Gegenstand aus der Insolvenzmasse ausscheidet und in das insolvenzfremde Vermögen des Schuldners, an den auch die Verfügungsbefugnis zurückfällt, übergeht. Mit der Freigabe geht also eine Reduzierung der Insolvenzmasse einher. Der Insolvenzverwalter darf Gegenstände freigeben, wenn diese nicht verwertbar sind oder er so eine Belastung der Masse mit öffentlich-rechtlichen Pflichten vermeiden kann⁴³. Die Freigabe erfolgt durch einseitige, gegenüber dem Schuldner zu erklärende, empfangsbedürftige Willenserklärung des Insolvenzverwalters und wird mit ihrem Zugang wirksam.⁴⁴

c) Aussonderung

Zum anderen gehören all diejenigen Gegenstände nicht zur Insolvenzmasse, die Dritten gehören, in der Sprache der Insolvenzordnung: auszusondern sind. Mit dem Begehren auf Aussonderung macht ein Dritter geltend, dass ihm ein dingliches oder persönliches Recht an einem Gegenstand zusteht und dieser deshalb nicht Bestandteil der Insolvenzmasse ist (§ 47 InsO). Das Wesen der Aussonderung kann am besten mit dem Satz beschrieben werden, es handle sich um die insolvenzrechtliche Fortsetzung des Vindikationsanspruchs aus § 985 BGB. Freilich ist das insoweit eine doppelte Simplifizierung, als erstens Gegenstand der Aussonderung nicht nur bewegliche und unbewegliche⁴⁵ Sachen, sondern auch Forderungen und Rechte aller Art sein können,⁴⁶ und zweitens Anknüpfungspunkt der Aussonderung nicht nur dingliche, sondern auch schuldrechtliche Ansprüche sein können. Als Anspruchsgrundlage ist stets § 47 InsO i.V.m. derjenigen Norm zu zitieren, die außerhalb der Insolvenz den Herausgabeanspruch gewährt, also z.B. § 985 oder § 556 BGB.

Aussonderungsberechtigt ist der Eigentümer (nicht aber der Sicherungseigentümer, s. § 51 Nr. 1 InsO – beliebtes Klausurproblem!), ferner die Inhaber beschränkt dinglicher Rechte wie einer Grunddienstbarkeit oder eines Nießbrauchs. Sie können im Wege der Aussonderung das ihnen jeweils

⁴³ *Lwowski*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2007, § 35 Rn. 90 ff.

⁴⁴ *Reischl* (Fn. 4), Rn. 270.

⁴⁵ § 985 BGB gilt auch für Grundstücke (*Habersack*, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, Rn. 94). Das wird, angesichts seiner Lozierung außerhalb des Immobiliarsachenrechts und der Existenz des § 894 BGB, gerne übersehen.

⁴⁶ Geld kann nur dann ausgesondert werden, wenn es sich individualisierbar als einzelner Geldschein/-münze im Besitz des Schuldners befindet. Praktisch wird sich Geld aber in Kassenbeständen oder auf Konten befinden, wo eine individuelle Ausgrenzung einzelner Geldwertzeichen nicht mehr möglich ist. Daher kommt eine Aussonderung von Geld regelmäßig nicht in Betracht. Zum Problem der Geldwertvindikation s. *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2009, § 985 Rn. 2.

zustehende Recht geltend machen. Der frühere Besitzer kann seine Ansprüche aus §§ 861, 862, 1007 BGB geltend machen.

Schuldrechtliche Herausgabeansprüche aufgrund von Miete, Pacht, Leihe, Auftrag oder Hinterlegung können ebenfalls im Wege der Aussonderung geltend gemacht werden⁴⁷. Im Fall einer Treuhandvereinbarung steht dem Treugeber in der Insolvenz des Treuhänders in der Regel ein Aussonderungsrecht zu. Er kann das Treugut herausverlangen⁴⁸. In der Insolvenz des Erbschaftsbesitzers kann der Erbe sowohl als Eigentümer (§§ 985, 1922 BGB) als auch gem. §§ 2018, 2019 BGB aussondern. Der berechtigte Forderungsinhaber kann Aussonderung verlangen, wenn die Inhaberschaft nicht auf einer Sicherungszession beruht (§ 51 Nr. 1 InsO).

Wird ein Gegenstand, an dem ein Aussonderungsrecht bestanden hätte, unberechtigt vom Schuldner (vor Eröffnung des Verfahrens) oder vom Insolvenzverwalter (nach Eröffnung) veräußert, kann der Aussonderungsberechtigte Abtretung des Anspruchs auf Gegenleistung verlangen, wenn diese noch nicht erbracht worden ist. Wurde bereits erfüllt, kann er Herausgabe der Gegenleistung verlangen, wenn sie noch unterscheidbar⁴⁹ in der Insolvenzmasse vorhanden ist (§ 48 InsO – sog. Ersatzaussonderung)⁵⁰. Das ist der Fall bei Zahlung auf ein Konto des Verwalters (auch das allgemeine Verwalterkonto), nicht aber bei Zahlung vor Verfahrenseröffnung auf das Girokonto des Schuldners⁵¹.

2. Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens⁵² verliert der Insolvenzschuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörige Vermögen. Diese Befugnis geht auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Verfügungen des Schuldners sind absolut (schwebend) unwirksam (§ 81 Abs. 1 InsO). Ein gutgläubiger Erwerb vom Insolvenzschuldner kommt – außer bei Grundstücken und Rechten an Grundstücken – nicht in Betracht. Jedoch kann der Insolvenzverwalter Verfügungen des Insolvenzschuldners genehmigen und so zur Wirksamkeit verhelfen, wenn ihm dies aus wirtschaftlichen Überlegungen sinnvoll erscheint.⁵³

⁴⁷ Prütting, in: Kübler/Prütting/Bork (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand 12/09, § 47 Rn. 46.

⁴⁸ Weiterführend Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2006, § 40 Rn. 28 ff.

⁴⁹ Es reicht aus, dass Überweisung auf ein Konto erfolgte, wo der Betrag durch einen Buchungsbeleg identifizierbar ist.

⁵⁰ Ein (schwieriger) Übungsfall zur Ersatzaussonderung findet sich bei Baur/Stürmer, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 6. Aufl. 1989, Fall 20 = S. 120. Der Fall kann vom Recht der KO ohne weiteres ins Recht der InsO übertragen werden.

⁵¹ Prütting (Fn. 47), § 48 Rn. 21 f.

⁵² Der genaue Zeitpunkt ergibt sich aus dem Eröffnungsbeschluss, s. § 27 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 InsO.

⁵³ Eickmann, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, 5. Aufl. 2009, § 81 Rn. 9.

3. Ausschluss sonstigen Rechtserwerbs

Nach Eröffnung können Dritte selbst dann nicht wirksam Rechte an Gegenständen der Insolvenzmasse erwerben, wenn der Erwerb nicht auf einer Verfügung des Schuldners beruht (§ 91 InsO). Dies kann der Fall sein, wenn die Forderung vor Verfahrenseröffnung durch eine Verfügung des Schuldners angelegt wurde, aber erst dann entsteht, wenn noch weitere tatsächliche oder rechtliche Umstände eintreten.⁵⁴ Auch in diesem Fall ist der Rechtserwerb des Dritten grundsätzlich unwirksam. Bei Rechten an Grundstücken kommt aber ein gutgläubiger Erwerb in Betracht (§ 91 Abs. 2 InsO). Jedoch kann der Insolvenzverwalter das Rechtsgeschäft nachträglich genehmigen und es so wirksam machen.

Neben die Vorschrift des § 91 InsO sollte in zulässiger Weise die Vorschrift des § 161 Abs. 1 S. 1 BGB kommentiert werden. Damit soll daran erinnert werden, dass der aufschiebend bedingte Rechtserwerb nicht an § 91 InsO scheitert⁵⁵, was eben aus dem Rechtsgedanken des § 161 Abs. 1 S. 1 InsO abgeleitet wird. Das ist der Grund, warum ein Kauf unter Eigentumsvorbehalt – Kauf der Sache vom Schuldner vor Eröffnung, Zahlung der letzten Rate nach Eröffnung – nicht an § 91 InsO scheitert. Der Insolvenzverwalter ist in diesem Fall entgegen der Grundregel des § 103 InsO (zu dieser Näheres unter VI.) auch nicht berechtigt, die Erfüllung des Kaufvertrages zu verweigern (§ 107 Abs. 1 InsO); das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers erweist sich mithin als insolvenzfest.

4. Vollstreckungsverbot

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist die (Einzel-)Zwangsvollstreckung sowohl in die Insolvenzmasse als auch in das sonstige Vermögen des Schuldners untersagt. § 89 InsO umfasst jede Art der Zwangsvollstreckung. Das Verbot ist von Amts wegen zu beachten und kann mit der Erinnerung gem. § 766 ZPO geltend gemacht werden. Unwirksam sind – in gewissem Umfang – auch vor Verfahrenseröffnung erfolgte Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Hat ein Insolvenzgläubiger im letzten Monat vor Antragstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Zwangsvollstreckung eine Sicherung im Vermögen des Insolvenzschuldners erlangt, wird diese mit dem Eröffnungsbeschluss unwirksam (sog. Rückschlagsperre, § 88 InsO). Die Rückschlagsperre betrifft nur Sicherungen an Gegenständen der Insolvenzmasse. Ferner hält der BGH durch Zwangsvollstreckungsmaßnahme erlangte Sicherungen oder Befriedigungen unter den Voraussetzungen des § 131 InsO für inkongruente Deckungen und damit anfechtbar (zur Insolvenzanfechtung später unter VII.).⁵⁶

⁵⁴ Beispiele: Rechtserwerb aufgrund mehraktiger Erwerbstatbestände oder kraft Gesetzes.

⁵⁵ Lüke, in: Kübler/Prütting/Bork, Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand 12/09, § 91 Rn. 18-21.

⁵⁶ BGH Urt. v. 23.3.2006 – IX ZR 116/03, BGHZ 167, 11; weitere Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur bei Kirchhof, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2008, § 131 Rn. 26 m. Fn. 13.

5. Einfluss auf Prozesse

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verliert der Schuldner die Prozessführungsbefugnis an den Insolvenzverwalter. Sämtliche die Insolvenzmasse betreffenden Gerichtsverfahren⁵⁷ werden automatisch unterbrochen (§ 240 ZPO). Das hat zur Folge, dass (echte) Fristen nicht weiter laufen, sondern erst nach Beendigung der Unterbrechung neu anlaufen. Während der Unterbrechung vorgenommene Prozesshandlungen sind gegenüber der anderen Partei unwirksam. Die Unterbrechung dauert an, bis der Rechtsstreit aufgenommen wird (§§ 85, 86 InsO).

VI. Das Insolvenzverwalterwahlrecht

1. Grundlagen

Das Insolvenzverwalterwahlrecht des § 103 InsO ist neben der Insolvenzanfechtung und Fragen der Aus- und Absonderung das in Prüfung und Praxis bedeutsamste Thema des Insolvenzverfahrens. Wie praktisch jedes Institut des Insolvenzrechts, so lässt sich auch das Insolvenzverwalterwahlrecht mit dem Prinzip der Gläubigergleichbehandlung erklären: Ist ein gegenseitiger Vertrag⁵⁸ zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner noch nicht oder nicht vollständig erfüllt, so ist der andere Teil mit seiner Forderung auf Erfüllung des Vertrags Insolvenzgläubiger; er darf nicht mehr bekommen, als alle anderen Gläubiger auch. Würde der Insolvenzverwalter nun aber die bei Insolvenzeröffnung noch unerfüllte Forderung eines Vertragspartners erfüllen, so würde eben dies geschehen. Um den Anwendungsbereich des § 103 InsO vollständig zu durchdringen, empfiehlt es sich, zumindest gedanklich folgende Unterscheidung hinsichtlich des möglichen Erfüllungstatus eines Vertrags zu unterscheiden:

a) Beidseitige vollständige Erfüllung

So ist zunächst denkbar, dass ein gegenseitiger Vertrag bereits vor Insolvenzeröffnung von beiden Seiten vollständig erfüllt wurde. Diese Konstellation ist aus dem Blickwinkel des Insolvenzverwalterwahlrechts uninteressant. Das Schuldverhältnis ist durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) erloschen, und daran ändert auch die Insolvenzeröffnung zunächst einmal nichts; zu prüfen bleibt lediglich, ob die Erfüllung des Vertrags nach Maßgabe der §§ 129 ff. InsO angefochten werden kann (dazu unter VII. Näheres).

b) Einseitige vollständige Erfüllung

Sodann aber ist denkbar, dass ein gegenseitiger Vertrag (nur) von einem der beiden Vertragsteile vollständig erfüllt ist. Auch diese Situation ist unter dem Aspekt des § 103 InsO uninteressant. Hat der Insolvenzschuldner seine vertraglich geschuldete Leistung vor Eröffnung des Verfahrens vollständig erbracht, muss der Gläubiger die von ihm noch geschul-

dete Gegenleistung nach Maßgabe der vertraglichen Abreden (Fälligkeit!) an die Insolvenzmasse erbringen. Hat der Gläubiger seine Leistung bereits vor Insolvenzeröffnung vollständig erbracht, hat er Pech. Er hat auf den Schutz des § 320 BGB verzichtet und eine Vorleistung erbracht; die aber ist in der Insolvenz insofern verloren, als der Gläubiger seinen eigenen Anspruch gegen den Schuldner nur als einfache Insolvenzforderung zur Tabelle anmelden kann (§§ 38, 174 ff. InsO). Im Unterschied zu den oben im Zusammenhang mit dem starken vorläufigen Verwalter erwähnten Masseverbindlichkeiten wird eine einfache Insolvenzforderung nur quotabedient, statistisch mit 0-7% des Nominalwerts.

c) Beidseitige nicht vollständige Erfüllung

Sind zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung vertragliche Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen von beiden Parteien nicht oder nicht vollständig erfüllt, tritt § 103 InsO auf den Plan. Zunächst einmal verlieren die gegenseitigen Ansprüche mit Wirksamwerden des Eröffnungsbeschlusses ihre Durchsetzbarkeit.⁵⁹

Der Insolvenzverwalter hat sodann das Wahlrecht, ob er Erfüllung verlangen oder ablehnen will (§ 103 Abs. 1 InsO). Verlangt der Insolvenzverwalter Erfüllung, so hat der Gläubiger seine noch ausstehende Gegenleistung an die Masse zu leisten. Sein Anspruch auf die Gegenleistung wird dann zur Masseverbindlichkeit, ist also in voller Höhe zu befriedigen (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO). Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung nach § 103 Abs. 2 InsO ab, steht dem Gläubiger nach den Vorschriften des BGB ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung zu. Er umfasst alle aus der Nichterfüllung resultierenden Vermögensnachteile wie Aufwendungen für Deckungsgeschäfte, Gewährleistungsansprüche, Folgeschäden etc.⁶⁰ und kann konkret oder abstrakt dargelegt werden. Freilich kann er nur als einfache Insolvenzforderung zur Tabelle angemeldet werden (§§ 38, 174 ff. InsO), was seinen Wert erheblich mindert. Eine Aufrechnung des Schadensersatzanspruchs gegen Forderungen des Schuldners ist nur unter den Voraussetzungen des § 95 InsO zulässig.

Die Wahl des Insolvenzverwalters soll sich daran orientieren, welche Entscheidung wirtschaftlich günstiger für die Masse ist. Anderweitige Beschränkungen des Wahlrechts existieren nicht, insbesondere ist der Insolvenzverwalter bei der Ausübung nicht durch § 242 BGB gebunden. Der Vertragspartner kann den Insolvenzverwalter zwingen, sein Wahlrecht auszuüben, indem er ihn dazu auffordert (§ 103 Abs. 2 S. 2 InsO). Äußert sich der Insolvenzverwalter fristgemäß, ist seine Wahl bindend. Tut er dies nicht oder äußert er sich gar nicht, gilt dies als Ablehnung (§ 103 Abs. 2 S. 3 InsO).

⁵⁷ Klage-, Mahn-, Kostenfestsetzungs-, Beschwerdeverfahren sowie Verfahren zum Erlass eines Arrestes/einer einstweiligen Verfügung.

⁵⁸ Zum Begriff: *Marotzke*, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, 5. Aufl. 2009, § 103 Rn. 5.

⁵⁹ Der Eröffnungsbeschluss führt hingegen nicht, wie früher teilweise vertreten, zu einem Erlöschen der Ansprüche, s. BGH ZIP 2002, 1093 (Aufgabe der Erlöschenstheorie).

⁶⁰ Es ist umstritten, ob der Anspruch auch den Ersatz entgangenen Gewinns umfasst, s. *Uhlenbruck*, in: ders., Kommentar zur Insolvenzordnung, 12. Aufl. 2003, § 103 Rn. 88.

6. Sonderregelungen für einzelne Vertragstypen

Hauptanwendungsfälle des § 103 InsO sind Kauf, Tausch, Handelskauf, Bauverträge sowie sonstige Werkverträge, Lagergeschäft, verzinsliche Darlehen, Sicherungsverträge und Frachtverträge. Für andere Vertragstypen enthalten die §§ 104 ff. InsO Sonderregeln. Von den wichtigsten dieser Sonderregeln soll nun kurz die Rede sein.

a) Teilbare Leistungen

Unter den Begriff der teilbaren Leistung des § 105 InsO fallen Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, Werkverträge, aber auch Miete, Pacht und vergleichbare Rechtsverhältnisse. Hat ein Vertragspartner bei Insolvenzeröffnung bereits teilweise vorgeleistet, wird er mit seinem Gegenleistungsanspruch Insolvenzgläubiger. Dies gilt auch, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung der noch ausstehenden Leistung verlangt. Hinsichtlich des aufgrund des Erfüllungsverlangens zu leistenden Teiles wird der Vertragspartner aber dann Massegläubiger gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Die Rückgewähr seiner Vorleistung kann der Gläubiger nicht verlangen (§ 105 S. 2 InsO).

b) Arbeits-/Dienstverhältnisse

Arbeits- und Dienstverhältnisse bestehen grundsätzlich fort, (§ 108 Abs. 1 InsO). Lohn- und Gehaltsansprüche für die Zeit vor Verfahrenseröffnung haben nur den Rang einer Insolvenzforderung (§ 108 Abs. 2 InsO). Beschäftigt der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Verfahrens weiter, sind diese Ansprüche Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. InsO. Ist der Insolvenzschuldner Arbeitgeber, haben Insolvenzverwalter und Arbeitnehmer gem. § 113 Abs. 1 S. 1 InsO ein Sonderkündigungsrecht mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende (§ 113 Abs. 1 S. 2 InsO). Spricht der Insolvenzverwalter eine Kündigung aus, kann der Arbeitnehmer wegen der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses Schadensersatz als Insolvenzgläubiger verlangen.

c) Miete, Pacht, Leasing

Die §§ 108-112 InsO enthalten Sonderregelungen für Miet- und Pachtverhältnisse. Sie gelten ebenso für Leasingverträge (Operating und Finanzierungsleasing), die als eine Sonderform des Mietvertrages anzusehen sind⁶¹.

d) Auftrag, Geschäftsbesorgung, Vollmacht

Aufträge und Geschäftsbesorgungsverträge⁶² erlöschen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wenn der Insolvenzschuldner Auftraggeber bzw. Geschäftsherr ist und die Verträge Bezug zu dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen haben (§§ 115, 116 InsO). Der Vergütungsanspruch des anderen Teiles ist Insolvenzforderung. Der Beauftrag-

te/Geschäftsbesorger hat das aus der Geschäftsführung Erlangte herauszugeben, Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen (§§ 675, 667, 666 BGB). Die Insolvenz des Beauftragten/Geschäftsbesorgers hat keine Auswirkungen auf den Vertrag, kann aber nach materiell-rechtlichen Vorschriften widerrufen (§ 671 Abs. 1 BGB) bzw. gekündigt (§§ 675, 649, 626 BGB) werden. Ergänzend zu §§ 115, 116 InsO regelt § 117 InsO, dass mit Verfahrenseröffnung auch vom Insolvenzschuldner erteilte Vollmachten erlöschen.

e) Vormerkung

Die Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers nach § 107 InsO wurde oben im Zusammenhang mit § 91 InsO bereits erwähnt. Hier ist nun nachzutragen, dass eine Vorschrift vergleichbarer Wirkung auch für den durch Vormerkung gesicherten Gläubiger existiert. Nach § 106 InsO kann der Vormerkungsberechtigte vom Insolvenzverwalter Erfüllung verlangen und zwar so, wie er sie auch außerhalb des Insolvenzverfahrens vom Schuldner hätte verlangen können. Der Insolvenzverwalter hat alle zum Eintritt der geschuldeten Rechtsänderung erforderlichen Handlungen vorzunehmen, beispielsweise eine Eintragung zu bewilligen. § 106 InsO setzt voraus, dass die Vormerkung vor Verfahrenseröffnung eingetragen ist. Ausreichend ist auch, wenn eine bindende Bewilligung des Schuldners vorlag und die Eintragung vom Berechtigten beantragt wurde, § 91 Abs. 2 InsO, §§ 873 Abs. 2, 878 BGB⁶³. Aufgrund der akzessorischen Natur der Vormerkung muss auch der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch bestehen.

(Beitrag wird fortgesetzt)

⁶¹ Putzo, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2009, Einf. v. § 535 Rn. 37 ff. m.w.N.

⁶² Beispiele bei *Tintelnot*, in: Kübler/Prütting/Bork (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand 12/09, §§ 115, 116 Rn. 15 ff.

⁶³ BGHZ 138, 179 (187).