

# Einführung in das Insolvenzrecht – Teil 2

Von Rechtsanwältin **Beatrice Keller**, München

(Fortsetzung des Beitrages aus ZJS 1/2010, 40-48)

## VII. Die Insolvenzanfechtung

Die Insolvenzanfechtung ist sowohl in Prüfung als auch in der Praxis das wohl wichtigste Thema des Insolvenzrechts. Es gibt praktisch kein Insolvenzverfahren, in dem nicht angefochten wird; die Publikationen zu diesem Thema sind mittlerweile Legion.<sup>1</sup> Doch worum geht es bei der Insolvenzanfechtung eigentlich?

### 1. Grundlagen

Bekanntlich beruht die rechtsethische Legitimation des Insolvenzverfahrens auf dem Prinzip gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung: die nur teilweise Befriedigung der Forderungen der Insolvenzgläubiger ist gerecht, wenn und weil alle Gläubiger einen quotalen Abschlag von ihren Forderungen hinzunehmen haben. Umgekehrt verlöre das Insolvenzverfahren seine rechtsethische Legitimation, wenn einzelne Insolvenzgläubiger volle Befriedigung erlangen würden, andere dagegen entweder überhaupt keine oder jedenfalls eine wesentlich geringere. Nach Eröffnung des Verfahrens wird dieses Prinzip durch die oben vorgestellten Regelungen der §§ 80, 81, 89, 91 InsO verwirklicht. Dabei lässt es die Insolvenzordnung aber nicht bewenden: Durch das Recht der Insolvenzanfechtung wird das Prinzip der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung (zum Teil recht weit) auf den vorinsolvenzlichen Zeitraum ausgedehnt: Maßnahmen, durch ein Insolvenzgläubiger sich einen Vorsprung vor anderen Insolvenzgläubigern verschaffen wollte, können durch Insolvenzanfechtung unter den Voraussetzungen der §§ 129 ff. InsO rückgängig gemacht werden.

Die Insolvenzanfechtung hat mit der bürgerlich-rechtlichen Anfechtung nichts zu tun. Sie ist ein Rechtsinstitut, das am besten (aber mit einer gewissen Vorsicht!) als eine Art insolvenzspezifisches Bereicherungsrecht begriffen wird (s. nun § 143 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 InsO). In der Tat ist es eine gute Übung, sich einmal die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen dem Recht der Insolvenzanfechtung und dem Bereicherungsrecht tabellarisch zu notieren, und, wenn man schon dabei ist, auch gleich diejenigen zu einem Schadensersatzanspruch<sup>2</sup>. Danach hat man die Natur der Insol-

venzanfechtung verinnerlicht. Anspruchsgrundlage ist § 143 Abs. 1 S. 1 InsO (lesen!), wonach zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden muss, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist. Der Anspruch entsteht mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens,<sup>3</sup> ohne dass es einer (gar rechtsgestaltenden) Erklärung des Verwalters bedürfte.<sup>4</sup> Er wird durch Anspruchsschreiben und Klage geltend gemacht und verjährt nach § 146 Abs. 1 InsO innerhalb von zwei Jahren nach Eröffnung des Verfahrens. Danach kann der Verwalter noch die Einrede der Anfechtbarkeit erheben, soweit er aufgrund einer anfechtbaren Handlung in Anspruch genommen wird (§ 146 Abs. 2 InsO).

### 2. Die Voraussetzungen des Anfechtungsrechts

Eine Anfechtung ist möglich, wenn die Voraussetzungen des § 129 InsO vorliegen und einer der Anfechtungstatbestände der §§ 130-137 eingreift. § 129 InsO setzt voraus, dass vor der Eröffnung des Verfahrens eine Rechtshandlung vorgenommen wurde, welche die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger benachteiligt.

#### a) Rechtshandlung

Anfechtbar sind nur Rechtshandlungen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurden. Der Begriff der Rechtshandlung ist weit zu verstehen.<sup>5</sup> Darunter fällt jedes Handeln, das eine rechtliche Wirkung auslöst. Entscheidend ist, dass die Handlung das Vermögen des Schuldners zum Nachteil der Gläubiger verändern kann.<sup>6</sup> Anfechtbar sind insbesondere Willenserklärungen, rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, Erfüllung, Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, Aufgabe von Rechten, Prozesshandlungen wie der Verzicht, der Vergleich, das Anerkenntnis oder die Klagerücknahme.<sup>7</sup> Dass eine Rechtshandlung vorliegt, ist in Prüfung und Praxis angesichts der Weite dieses Tatbestandsmerkmals regelmäßig völlig unzweifelhaft. Zweifelhaft kann allerdings sein, wer Urheber der Rechtshandlung ist, also der Schuldner oder ein Dritter. Das ist deshalb relevant, weil Rechtshandlungen Dritter (anders als Rechtshandlungen des Schuldners) keineswegs immer anfechtbar sind – das ergibt sich aus der genauen Lektüre der einzelnen Anfechtungstatbestände, die eben nur zum Teil ausdrücklich auf eine Rechtshandlung „des Schuldners“ Bezug nehmen.

<sup>1</sup> Die aus meiner Sicht besten (weil ebenso übersichtlichen wie tiefdringenden) Darstellungen des Anfechtungsrechts finden sich in bei *Henckel*, Anfechtung im Insolvenzrecht, 2009 und bei *Bork*, Handbuch der Insolvenzanfechtung, 2008. Beide Werke sind jedoch für die Vorbereitung von Aufsichtsarbeiten nicht geeignet. Hier sollte neben dieser Abhandlung auf *Reischl*, Insolvenzrecht, 2008, oder *Foerste*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2008, Rn. 288 ff., sowie die nachstehend zitierten ausgewählten Fundstellen zurückgegriffen werden.

<sup>2</sup> Wichtig: Anders als bei Schadensersatzansprüchen ist im Falle der Insolvenzanfechtung jegliche Form der Vorteilsausgleichung ausgeschlossen.

<sup>3</sup> BGH ZIP 2004, 1467; *Kreft*, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl. 2008, § 129 Rn. 79.

<sup>4</sup> *Reischl* (Fn. 1), Rn. 584.

<sup>5</sup> BGH ZIP 2004, 621; 2004, 918; *Hirte*, in: Uhlenbruck, Kommentar zur Insolvenzordnung, 12. Aufl. 2003, § 129 Rn. 7.

<sup>6</sup> BGH ZIP 2004, 918.

<sup>7</sup> *Kreft* (Fn. 3), § 129 Rn. 11; *Henckel* (Fn.1), § 129 Rn. 10.

*b) Exkurs: Mittelbare Zuwendungen*

In diesem Zusammenhang ist auf ein sehr schwieriges und weitgehend ungeklärtes Problem der Insolvenzanfechtung hinzuweisen: Wie das Bereicherungsrecht, so kennt auch das Recht der Insolvenzanfechtung Drei-Personen-Verhältnisse; insbesondere existieren auch im Recht der Insolvenzanfechtung sog. Anweisungslagen, und in eben diesen Anweisungslagen stellt sich regelmäßig die Frage, wer eigentlich Urheber der Rechtshandlung ist – Anweisender oder Angewiesener? – und in wessen Vermögen – dem des Anweisenden oder dem des Angewiesenen? – es zu einer gläubigerbenachteiligenden Vermögenminderung kam (beide Fragen sind letztlich nur zwei Seiten derselben Medaille). Der BGH hat schon vor langer Zeit einmal entschieden, dass die Wertungen des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs insofern in das Insolvenzrecht zu übertragen sind,<sup>8</sup> und er hat diesen Gesichtspunkt erst kürzlich in zwei Entscheidungen unter Schaffung des Begriffs der „mittelbaren Zuwendung“ wieder betont<sup>9</sup>. Das ist als Ausgangspunkt weiterer Überlegungen (und als Faustregel für eine Klausur oder Hausarbeit) sicher nicht schlecht, wird dem Problem aber nicht ganz gerecht. Denn so richtig es ist, dass Anfechtungsrecht im Grunde insolvenzspezifisches Bereicherungsrecht ist, so richtig ist auch, dass die zugrunde liegende Ordnungsfunktionen der beiden Normkomplexe (und folglich die maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte) jeweils andere sind. Worin genau die maßgeblichen Unterschiede liegen, muss noch herausgearbeitet werden.<sup>10</sup>

*c) Gläubigerbenachteiligung*

Weitere Voraussetzung einer erfolgreichen Insolvenzanfechtung ist, dass die Gläubiger in ihrer Gesamtheit durch die Rechtshandlung objektiv benachteiligt worden sind (§ 129 InsO). Gläubigerbenachteiligung in diesem Sinne liegt vor, wenn die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger ohne die Rechtshandlung günstiger gewesen wäre, also etwa bei einer Verminderung der Aktivmasse, Vermehrung der Passivmasse, auch schon bei einer bloßen Erschwerung der Verwertbarkeit.<sup>11</sup>

Gläubigerbenachteiligung liegt dagegen nicht vor, wenn:

- es sich bei den inmitten stehenden Gegenständen nicht um solche des Schuldners gehandelt hat. Die Masse wird nämlich nicht verkürzt, wenn die Rechtshandlung fremdes Vermögen betrifft, das ohnehin auszusondern gewesen wäre, oder wenn Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2, 3 InsO befriedigt wurden.<sup>12</sup>

- der Schuldner für den weggegebenen Vermögensgegenstand unmittelbar eine vollwertige Gegenleistung erhält (sog. Bargeschäft, § 142 InsO).<sup>13</sup> Doch Vorsicht: Der Bargeschäftseinwand kann nach h.M. nur bei einer Anfechtung nach § 130 InsO und § 132 InsO erhoben werden. Bei allen übrigen Anfechtungstatbeständen ist eine Berufung auf diese Einrede dagegen ausgeschlossen!
- der weggegebene Gegenstand wertlos war.
- die Insolvenzmasse zur Befriedigung aller – auch der nachrangigen – Insolvenzgläubiger ausreicht.

Sofern der jeweilige Anfechtungstatbestand (s. § 132 InsO oder § 133 Abs. 2 InsO) nicht ausdrücklich unmittelbare Gläubigerbenachteiligung voraussetzt, ist es ausreichend, wenn die Gläubigerbenachteiligung mittelbar eingetreten ist, also die Masseverkürzung nicht direkt auf dem Handeln des Anfechtungsgegners, sondern auf dem Hinzutreten weiterer Umstände beruht.

*3. Einzelne Anfechtungstatbestände**a) Kongruente Deckung*

Gem. § 130 Abs. 1 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, wenn sie

- in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist, wenn zur Zeit der Handlung der Schuldner zahlungsunfähig war und wenn der Gläubiger zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte (Nr. 1) oder
- wenn sie nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und wenn der Gläubiger zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte (Nr. 2).

Man spricht insofern von kongruenter Deckung, als der Anfechtungsgegner durch das angefochtene Rechtsgeschäft genau dasjenige erhalten hat, auf das er Anspruch hatte. Noch einfacher formuliert: Kongruente Deckungshandlungen sind gänzlich fehlerfreie und äußerlich völlig unverdächtige

rungen nicht anfechtbar, wenn und soweit sich die Vorausabtretung auf die mit der Vorbehaltsware erlangte Forderung beschränkt (BGHZ 64, 312).

<sup>13</sup> Aktuelle Probleme des Bargeschäftseinwandes sind dessen Geltung für die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung nach § 131 (zu Unrecht ablehnend die h.M., s. BGHZ 123, 320; BGH NJW 1999, 645 [646]) sowie die Existenz und die Reichweite sog. konzernbezogener Bargeschäfte (s. dazu *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 7. Aufl. 2007, Rn. 6.70a; *Lwowski/Wunderlich*, WM 2004, 1511, 1517 ff.). Das Vorliegen eines Bargeschäfts kann an im Prüfungsaufbau an zwei Stellen behandelt werden: Bei den Anspruchsvoraussetzungen i.R.d. Gläubigerbenachteiligung oder als rechtsvernichtende Einwendung.

<sup>8</sup> BGH WM 1955, 407.

<sup>9</sup> BGH NJW 2008, 655; BGH ZIP 2008, 190.

<sup>10</sup> S. erste Ansätze bei *Jungclaus*, NZI 2008, 535 ff. m.w.N.

<sup>11</sup> *Henckel* (Fn. 1), § 129 Rn. 77.

<sup>12</sup> Bei Übertragung einer dinglich belasteten Sache liegt deshalb auch Benachteiligung vor, wenn die Belastungen in der Höhe dem Wert der Sache entsprechen. Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt ist die Vorausabtretung künftiger Forde-

Rechtsgeschäfte, die nur deshalb rückabgewickelt werden, weil sie in der Krise des Schuldners abgeschlossen wurden. Wie aus dem Wortlaut der Vorschrift erhellt, setzt eine Anfechtung nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO voraus, dass zum Zeitpunkt der Vornahme der Handlung der Schuldner zahlungsunfähig i.S.d. § 17 InsO war.<sup>14</sup> Hier wird der Gedanke der Vorverlagerung des Zeitpunkts der Gläubigergleichbehandlung besonders deutlich: Das Prinzip gilt nicht erst ab Eröffnung des Verfahrens, sondern tatsächlich ab dem Zeitpunkt, ab dem das Verfahren wegen Zahlungsunfähigkeit hätte eröffnet werden können. Subjektiv müssen dem Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit oder Umstände, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, bekannt gewesen sein (§ 130 Abs. 1 Nr.1, Abs. 2 InsO). Bei nahestehenden Personen (§ 138 InsO) wird die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder – im Falle der Nr. 2 – des Eröffnungsantrags widerleglich vermutet.

#### b) Inkongruente Deckung

Gem. § 131 Abs. 1 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte,

- wenn die Handlung im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist (Nr. 1),
- wenn die Handlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig war (Nr. 2) oder
- wenn die Handlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und dem Gläubiger zur Zeit der Handlung bekannt war, dass sie die Insolvenzgläubiger benachteiligte (Nr. 3).

Im Unterschied zu § 130 InsO geht es um inkongruente Deckungen, also auffällige Rechtsgeschäfte. Beispiele für solche auffälligen Rechtsgeschäfte sind die Befriedigung auf einem anderen als dem vereinbarten Weg (z.B. per Scheck statt bar), die Befriedigung einer noch nicht fälligen, bedingten oder einredebehafteten Forderung, die Bestellung einer Sicherheit, wo keine vereinbart war, die Bestellung einer anderen als der vereinbarten Sicherheit oder die nachträgliche Vereinbarung oder Bestellung einer Sicherheit.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Eine interessante und bis dato ungeklärte Frage ist die, ob der Begriff der Zahlungsunfähigkeit in seiner Funktion als Eröffnungsgrund denselben Inhalt hat wie in seiner Funktion als Tatbestandsmerkmal der Anfechtung. Warum? Nun, weil er in ersterem Falle ein zukunftsbezogene, in letzterem Falle eine vergangenheitsbezogene Betrachtung erfordert. Das sollte doch wohl Unterschiede bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach sich ziehen.

<sup>15</sup> Henckel (Fn. 1), § 131 Rn. 29.

#### c) Unmittelbar nachteilige Rechtsgeschäfte

Nur kurze Erwähnung finden soll hier der subsidiäre<sup>16</sup> Aufangtatbestand des § 132 Abs. 1 InsO: Nach dieser Vorschrift anfechtbar ist ein Rechtsgeschäft des Schuldners, das die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt,

- wenn es in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist, wenn zur Zeit des Rechtsgeschäfts der Schuldner zahlungsunfähig war und wenn der andere Teil zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte (Nr. 1) oder
- wenn es nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und wenn der andere Teil zur Zeit des Rechtsgeschäfts die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte (Nr. 2).

Bemerkenswert: § 132 erfasst nur Rechtsgeschäfte des Schuldners. Es muss (abweichend von der Grundregel) unmittelbare Gläubigerbenachteiligung vorliegen. Der Nachteil für die Masse muss sich also bereits aus dem Geschäft selbst ergeben und nicht erst durch das Hinzutreten weiterer Umstände. Beispiele sind Kauf über Wert, Verkauf unter Wert, unentgeltliche Darlehensvergabe, Darlehensaufnahme zu überhöhten Konditionen, Bürgschaften, Verzichte und Schenkungen.<sup>17</sup>

#### d) Vorsätzliche Benachteiligung

Nach § 133 Abs. 1 InsO sind Rechtshandlungen des Schuldners anfechtbar, die dieser in den letzten 10 Jahren vor oder nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen hat, soweit er dabei den (wenigstens bedingten) Vorsatz hatte, seine Gläubiger zu benachteiligen. Weiterhin erforderlich ist, dass der andere Teil den Benachteiligungsvorsatz kannte. Das wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und die Handlung die Gläubiger benachteiligte. Ausreichend ist eine mittelbare Benachteiligung.

Es ist nicht nötig, dass der Benachteiligungsvorsatz der alleinige Zweck des Handelns des Schuldners war. Es reicht aus, dass er im Bewusstsein handelt, seine Handlungsweise könne sich zum Nachteil der Gläubiger auswirken und er dies in Kauf nimmt. Die Gewährung einer inkongruenten Deckung wird von der Rechtsprechung als gewichtiges Indiz sowohl für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners als auch für die Kenntnis des anderen Teiles gewertet<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Die Vorschrift darf nur geprüft werden, wenn eine Anfechtung nach § 130 InsO oder § 131 InsO nicht in Betracht kommt. Die Tatbestandsgruppe der §§ 130-132 InsO wird als „besondere Insolvenzanfechtung“ bezeichnet, weil sie (anders als die Vorsatz- und die Schenkungsanfechtung) der Gläubigeranfechtung außerhalb eines Insolvenzverfahrens (nach dem AnfG) nicht bekannt ist.

<sup>17</sup> Henckel (Fn. 1), § 132 Rn. 13.

<sup>18</sup> BGH ZIP 1998, 830 (835).

*e) Unentgeltliche Leistung*

Gem. § 134 InsO ist eine unentgeltliche Leistung des Schuldners anfechtbar, es sei denn, sie ist entweder früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden oder sie richtet sich auf ein gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk geringen Werts.<sup>19</sup> Schulbeispiele für unentgeltliche Leistungen sind der Verzicht auf eine Forderung, eine Schenkung, in der Regel Übernahme, Erfüllung oder Sicherung einer fremden Verbindlichkeit ohne entsprechende Verpflichtung oder ein Unterwertverkauf.

*4. Rechtsfolgen*

Grundsätzlich kann der Insolvenzverwalter Rückgewähr des Anfechtungsgegenstandes in natura verlangen. Der Zweck des Insolvenzverfahrens erfordert es, dass der Insolvenzverwalter die Verfügungsgewalt über die in anfechtbarer Weise weggegebenen Gegenstände zurück erlangt, um sie zu verwerten. Nur wenn eine Rückgewähr in Natur nicht möglich ist, schuldet der Anfechtungsgegner Wertersatz. Ungeachtet dessen kann der Verwalter mit dem Anfechtungsgegner eine vergleichsweise Vereinbarung treffen, dass dieser Wertersatz leistet und den Gegenstand behält.<sup>20</sup>

**VIII. Die Aufrechnung***a) Ausgangspunkt*

Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so kann gemäß § 387 BGB jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann. Nach § 389 BGB bewirkt die Aufrechnung, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. Aus dieser kurzen, bürgerlich-rechtlichen Skizze der Aufrechnung erhellt, dass die Aufrechnung eine potentielle Bedrohung des Prinzips der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung darstellt: Der aufrechnungsbefugte Insolvenzgläubiger erhält infolge der Aufrechnung, aber entgegen der Wertung des § 38 InsO volle Befriedigung für seine Forderung. Kann das richtig sein?

*b) Die Aufrechnung und Insolvenz*

Nun, die Insolvenzordnung verbietet dieses Ergebnis zwar nicht schlechthin, wohl aber in einigen Fällen. Sedes materiae sind die §§ 94 ff. InsO, die ein ausdifferenziertes und sehr kompliziertes System an Regeln dazu enthalten, wann die Aufrechnung in der Insolvenz (noch) zulässig ist und wann (schon) nicht mehr. Dabei muss man sich klar machen, dass zwei Fälle von vornherein unproblematisch sind: Erstens der

Fall, in dem eine Aufrechnungslage schon vor Insolvenzeröffnung bestand; ist das der Fall, dann schützen § 94 InsO und § 95 InsO den Aufrechnungsberechtigten.<sup>21</sup> Zweitens der Fall, in dem sowohl die Aktivforderung (des Gläubigers) als auch die Passivforderung (des Schuldners) nach Insolvenzeröffnung entstehen. Auch dann steht einer Aufrechnung und damit vollständiger Befriedigung des Gläubigers nach dem Rechtsgedanken des § 55 InsO nichts entgegen. Problematisch sind die Fälle der – wie man sagen könnte – „grenzüberschreitenden Aufrechnung“, also wenn eine der Forderungen vor, die andere nach Insolvenzeröffnung entsteht. Wie geht das Gesetz mit diesen Situationen um?

Nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn die Schuld des Insolvenzgläubigers (die Passivforderung) erst nach Verfahrenseröffnung entstanden ist. Diese Situation tritt regelmäßig ein, wenn der Gläubiger nach Verfahrenseröffnung mit dem Insolvenzverwalter Geschäfte tätigt oder während des Insolvenzverfahrens z.B. aus unerlaubter Handlung verpflichtet wird. Nota bene: Ausgeschlossen ist in diesem Fall aber nur die Aufrechnung mit einer bei Verfahrenseröffnung bereits bestehenden Forderung, nicht die Aufrechnung gegen eine während des Verfahrens entstandene Masseforderung. Der praktisch wichtigste Fall des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist die Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter. Wählt der Insolvenzverwalter eines Verkäufers/Werkunternehmers Erfüllung des Vertrages (§ 103 Abs. 1 InsO), kann der Gläubiger die daraus resultierende, gegen ihn gerichtete Kaufpreis-/Werklohnforderung nicht mit schon vor der Insolvenzeröffnung entstandenen eigenen Forderungen aufrechnen.<sup>22</sup>

Nach § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn der Gläubiger seine Forderung gegen den Insolvenzschuldner (die Aktivforderung) nach Verfahrenseröffnung von einem anderen Gläubiger erworben hat. Die Forderung soll verhindern, dass Gläubigergruppen durch geschickte entgeltliche Abtretungen von Forderungen untereinander den Grundsatz gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung aushebeln. Im Umkehrschluss dazu folgt, dass die Aufrechnung möglich bleibt, wenn die Forderung während des Eröffnungsverfahrens erworben wurde, ferner dann, wenn der Gläubiger die Aktivforderung nicht von einem anderen Gläubiger, sondern aus einem Rechtsgeschäft mit dem Schuldner (genauer: dem Insolvenzverwalter) erwirbt. Eine solche Forderung kann gegen eine Forderung des Schuldners gegen den Gläubiger aufgerechnet werden, unabhängig davon, ob diese Forderung (die Passivforderung) vor oder nach Insolvenzeröffnung entstand.

Gem. § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn ein Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine i.S.d. §§ 129 ff. anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat. Denn eine Forderung, die durch den Eintritt der Krise bereits entwertet war, soll nicht von einem

<sup>19</sup> Ein ungeklärtes Problem der Schenkungsanfechtung ist, ob und unter welchen Voraussetzungen rechtmäßige Gewinnausschüttungen von Gesellschaften nach als unentgeltliche Leistungen anfechtbar sind (richtigerweise wohl überhaupt nicht). Zu einem Sonderfall *Reischl/B.Keller*, EWiR 2008, 19 f.

<sup>20</sup> BGH NJW 1995, 2783.

<sup>21</sup> Beachte aber, dass vertraglich vereinbarte Aufrechnungsverbote (wie das aus den AGB-Banken) in der Insolvenz Bestand haben.

<sup>22</sup> BGHZ 116, 156; BGHZ 150, 353.

Gläubiger, der die Situation kennt, auf Kosten der anderen Gläubiger wieder aufgewertet werden können<sup>23</sup>.

#### *c) Durchführung der Aufrechnung*

Die Aufrechnung erfolgt (wie auch außerhalb der Insolvenz) durch formlose Erklärung gegenüber dem Insolvenzverwalter (§ 388 BGB). Die Erklärung kann gerichtlich oder außergerichtlich erfolgen. Eine vorbehaltlose Anmeldung einer Forderung zur Tabelle schließt eine spätere Geltendmachung eines Anfechtungsrechts nicht aus.

### **IX. Die Absonderung**

Ein Absonderungsberechtigter (§§ 49-52 InsO) kann im Insolvenzverfahren aufgrund eines Verwertungsrechts an einem Massegegenstand bevorzugte Befriedigung aus dem Verwertungserlös verlangen. Übersteigt der Erlös den Anspruch des Absonderungsberechtigten, fließt er in die Insolvenzmasse und kommt allen Insolvenzgläubigern zugute. Zivilrechtliche Parallele zum Absonderungsrecht in der Einzelzwangsvollstreckung ist die Klage auf vorzugsweise Befriedigung (§ 805 ZPO).<sup>24</sup>

#### *a) Absonderungsberechtigte*

Der Kreis der Absonderungsberechtigten ist gesetzlich abschließend festgelegt. Absonderungsberechtigt sind die Inhaber von Pfandrechten und vergleichbaren Rechten (rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Pfandrechte, Grundpfandrechte, Sicherungseigentum, Sicherungsabtretung). Ein Recht auf abgesonderte Befriedigung hat auch, wer ein Zurückbehaltungsrecht wegen nützlicher Verwendungen auf eine Sache hat (§ 51 Nr. 2 InsO). Gleiches gilt, wenn ein Zurückbehaltungsrecht nach den Regelungen des HGB besteht (§ 51 Nr. 3 InsO). Darunter fällt vor allem das Zurückbehaltungsrecht des Kaufmanns wegen fälliger Ansprüche aus einem beidseitigen Handelsgeschäft (§ 369 HGB). Bestehen konkurrierende Absonderungsrechte an einem Massegegenstand, so geht gewöhnlich das ältere Recht vor (Prioritätsgrundsatz).

#### *b) Absonderung und Forderungsanmeldung*

Häufig wird neben Absonderungsrechten auch noch eine persönliche Haftung des Insolvenzschuldners bestehen (Bsp.: durch Grundschuld gesicherte Darlehensschuld). Der Absonderungsberechtigte kann wählen, ob er aus dem Absonderungsrecht oder der persönlichen Schuld vorgeht. Macht er nur die Forderung geltend, wird diese in voller Höhe zur Tabelle festgestellt, der Gläubiger erhält darauf die Quote. Geht er nur aus dem Absonderungsrecht vor, beschränken sich seine Rechte darauf. Er kann aber auch zugleich das Absonderungsrecht geltend machen und die persönliche Forderung zur Tabelle anmelden. Dann gilt, dass der Gläubiger nur insoweit eine Quote auf seine persönliche Forderung erhält, wie er mit seinem Absonderungsrecht ausgefallen ist oder darauf ganz oder teilweise verzichtet hat (§ 52 InsO).

Ein Verzicht auf ein Absonderungsrecht ist für den Gläubiger in aller Regel wirtschaftlich wenig sinnvoll, da er durch sein Absonderungsrecht eine umfassendere Befriedigung erhält. Einzig, wenn die Verwertung des Absonderungsgegenstandes aussichtslos erscheint, mag ein Verzicht sinnvoll erscheinen, um wenigstens die Quote auf die Forderung zu erhalten. Denn ein absonderungsberechtigter Gläubiger erhält nur dann bei der Verteilung eine quotenmäßige Zahlung, wenn er rechtzeitig seinen Ausfall oder Verzicht nachweist (§ 190 Abs. 1 InsO).

#### *c) Verwertung der Absonderungsgegenstände*

Die Verwertung der Gegenstände, an denen Absonderungsrechte bestehen, obliegt in der Regel dem Insolvenzverwalter. Der Gläubiger kann lediglich dann bewegliche Sachen oder Forderungen selbst verwerten, wenn der Insolvenzverwalter nicht dazu berechtigt ist (§§ 166, 173 InsO). Für den Gläubiger ist es jedoch attraktiv, bewegliche Sachen selbst zu verwerten. Er hat dann keine Kostenbeiträge zu entrichten, sogar die anfallende Umsatzsteuer darf er auf die Masse abwälzen<sup>25</sup>. Der Gläubiger darf selbst verwerten, wenn er die Sachen in unmittelbaren Besitz hat. Gepfändete oder verpfändete Forderungen darf er auch verwerten. Zur Einziehung einer zur Sicherheit abgetretenen Forderung ist aber nur der Insolvenzverwalter berechtigt (§ 166 Abs. 2 S. 1 InsO). Daneben kann der Insolvenzverwalter im Einzelfall dem Gläubiger die Verwertung eines Gegenstandes überlassen.

Von dem Verwertungserlös sind Feststellungs- und Verwertungskosten zugunsten der Masse vorab abzuziehen (§ 171 InsO). Die Feststellungskosten sind pauschal mit 4 %, die Verwertungskosten pauschal mit 5 % anzusetzen. Bei letzteren können die tatsächlichen Kosten angesetzt werden, wenn sie erheblich nach oben oder unten abweichen. Ist die Verwertung umsatzsteuerpflichtig, ist auch der Umsatzsteuerbetrag zu entnehmen. Aus dem verbleibenden Restbetrag ist der absonderungsberechtigte Gläubiger umgehend zu befriedigen.

### **X. Verteilung des Schuldnervermögens**

Wie Eingang erwähnt, wird der Wettlauf der Gläubiger durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beendet. Das Prioritätsprinzip weicht dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung und die Zeit gemeinschaftlicher Gläubigerbefriedigung bricht an. Das schuldenrische Vermögen wird verwertet und die Insolvenzmasse an die Gläubiger verteilt (§ 187 Abs. 2 InsO). Allerdings wird diese im Verlauf des Insolvenzverfahrens immer kleiner, da zahlreiche Gläubiger vorweg zu befriedigen sind. Nachdem die Absonderungs- und Aufrechnungsberechtigten zum Zuge gekommen sind, sind vor allem die Forderungen der Massegläubiger (§ 53 InsO) voll aus der Insolvenzmasse zu befriedigen. Erst aus dem verbleibenden Rest ergibt sich die Verteilungsmasse, aus der die Insolvenzgläubiger (§§ 38, 87 InsO), deren Ansprüche

<sup>23</sup> Uhlenbruck, in: ders. (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, 12. Aufl. 2003, § 96 Rn. 24.

<sup>24</sup> Foerste (Fn. 1), Rn. 368.

<sup>25</sup> Kemper in: Kübler/Prütting/Bork (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand 12/09, § 173 Rn. 10.

schon vor Insolvenzeröffnung entstanden sind, gleichmäßig quotaal zu befriedigen sind.

### 1. Verwertung des schuldnerischen Vermögens

Die Verwertung der Insolvenzmasse<sup>26</sup> gemäß § 159 InsO ist die wichtigste Pflicht des Insolvenzverwalters. Sie erfolgt, soweit das schuldnerische Vermögen nicht von vornherein aus Bar- oder Giralgeld besteht, durch entgeltliche Veräußerung, seltener durch Einräumung schuldrechtlicher oder dinglicher Nutzungsrechte. Geldforderungen des Schuldners gegen Dritte werden eingezogen oder verkauft.<sup>27</sup> Der Insolvenzverwalter darf dabei nach seinem pflichtgemäßen Ermessen grundsätzlich jede Form eines zulässigen Rechtsgeschäfts wählen, wenn dadurch das Ziel der optimalen Gläubigerbefriedigung erreicht wird.<sup>28</sup> Allerdings können ihn Beschlüsse der Gläubigerversammlung beschränken (§ 159 InsO). Für bestimmte besonders bedeutsame Rechtshandlungen benötigt der Insolvenzverwalter die Zustimmung der Gläubigerversammlung (§ 160 InsO). Folge einer fehlenden Zustimmung ist allerdings nicht die Unwirksamkeit des getätigten Rechtsgeschäfts, selbst bei Kenntnis des Vertragspartners, sondern allenfalls die Haftung (§ 60 InsO) des Insolvenzverwalters.

### 2. Befriedigung der Massegläubiger

#### a) Masseverbindlichkeiten

Masseverbindlichkeiten sind die Ansprüche, die aus der Masse vorweg voll zu befriedigen sind (§ 53 InsO). Zum einen sind das die Kosten des Insolvenzverfahrens (§ 54 InsO), also die Gerichtskosten des Insolvenzverfahrens, sowie die Vergütungen und Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses. Zum anderen resultieren Masseforderungen überwiegend aus Handlungen des Insolvenzverwalters (§ 55 InsO) im Rahmen der Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse, des Abschlusses neuer Verträge zum Zwecke der Betriebsfortführung und bei der Aufnahme von alten oder neuen Rechtsstreitigkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Die entstehenden Forderungen sind privilegiert, um die ordnungsgemäße Abwicklung des Insolvenzverfahrens zu gewährleisten. Ohne die Aussicht auf vorrangige Befriedigung würde sich nämlich niemand auf Rechtsgeschäfte mit dem Insolvenzverwalter einlassen und eine Betriebsfortführung wäre nicht möglich.

Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung (§§ 103 ff. InsO) der bei Insolvenzeröffnung bestehenden aber beidseitig noch nicht voll erfüllten Vertragsverhältnisse, haftet ebenfalls die Masse für den Anspruch des Gläubigers (§ 55 Abs. 1

Nr. 2 Var. 1 InsO). Gleiches gilt für Ansprüche aus Vertragsverhältnissen, wie Arbeits- und Mietverhältnissen, für die ein Fortführungszwang angeordnet wird (§ 108 InsO)<sup>29</sup> gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 InsO). In diesem Zusammenhang spricht man auch von sog. oktroyierten Masseverbindlichkeiten.<sup>30</sup>

#### b) Durchsetzung und Rangfolge

Massegläubiger können ihre Ansprüche formlos beim Insolvenzverwalter geltend machen und sie ggf. einklagen, wenn dieser den Forderungen widerspricht. Die Masseverbindlichkeiten werden vorrangig aus dem Barvermögen bestritten. Ist dieses nicht ausreichend, werden die Massegläubiger nach der Verwertung von Vermögensgegenständen befriedigt.

Reicht die Masse nicht zur Befriedigung aller Massegläubiger aus, sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: Stellt sich nach Verfahrenseröffnung heraus, dass die Masse nicht einmal die Verfahrenskosten deckt, wird das Verfahren vom Insolvenzgericht eingestellt (§ 207 Abs. 1 InsO).

Sind zwar die Verfahrenskosten gedeckt, aber nicht die sonstigen Masseverbindlichkeiten, liegt ein Fall der Masseunzulänglichkeit vor. Die Massegläubiger sind dann in der Rangfolge des § 209 InsO zu befriedigen. Zunächst sind die Verfahrenskosten zu begleichen. An zweiter Stelle werden die Verbindlichkeiten befriedigt, die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet wurden und keine Verfahrenskosten sind. Alle übrigen Masseverbindlichkeiten werden erst danach befriedigt. Innerhalb einer Rangstufe werden die Verbindlichkeiten nach dem Verhältnis ihrer Beträge befriedigt.

### 3. Befriedigung der Insolvenzgläubiger

#### a) Insolvenzforderung

Insolvenzgläubiger ist, wer zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat (§ 38 InsO). Unter Vermögensansprüche fallen nur Ansprüche, die in Geld bestehen oder umgerechnet werden können (§ 45 InsO). Nicht erfasst werden höchstpersönliche Ansprüche und unvertretbare Handlungspflichten.

Maßgeblich für die Abgrenzung von Insolvenz- zu Masseforderungen ist die Feststellung, wann der Anspruch begründet war. Eine Insolvenzforderung liegt nur vor, wenn der Anspruch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet wurde. Dabei ist aber nicht erforderlich, dass die Forderung bereits durchsetzbar (z.B. fällig) ist, sondern es genügt, dass vor Eröffnung die Grundlage des Anspruchs besteht.

#### b) Forderungsanmeldung

Forderungen der Insolvenzgläubiger müssen schriftlich und in deutscher Sprache beim Insolvenzverwalter angemeldet werden (§ 174 InsO). Die Forderungsanmeldung muss den Gläubiger genau bezeichnen. Der geforderte Geldbetrag in Euro ist aufzuschlüsseln nach Hauptforderung, Kosten und

<sup>26</sup> Zur Verwertung von Absonderungsgut siehe unter IX c).

<sup>27</sup> Flessner, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, 5. Aufl. 2009, § 159 Rn. 2.

<sup>28</sup> H.M.: Dithmar, in: Braun (Hrsg.), Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2007, § 159 Rn. 3; Görg, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2, 2. Aufl. 2008, § 159 Rn. 5; Balthasar, in: Nerlich/Römermann (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, 17. Aufl. 2009, § 159 Rn. 6.

<sup>29</sup> Siehe unter VI. 6. b) und c).

<sup>30</sup> Reischl (Fn. 1), Rn. 401.

Zinsen. Im Antrag ist genau darzulegen, aus welchen tatsächlichen Umständen die Forderung herrührt. Für den Insolvenzverwalter muss der Sachverhalt ohne Rücksprache klar sein. Die Forderung kann frühestens mit Eröffnung des Verfahrens angemeldet werden. Die Anmeldung hemmt die Verjährung einer Forderung bis sechs Monate nach Beendigung des Insolvenzverfahrens (§ 204 Abs. 2 Nr. 10 BGB).

#### *c) Prüfung und Feststellung der Insolvenzforderungen*

Der Insolvenzverwalter führt eine Vorprüfung der formalen Voraussetzungen und der Frage, ob eine Masseverbindlichkeit oder eine nachrangige Insolvenzforderung vorliegt, durch. Er trägt die angemeldeten Forderungen in eine Tabelle ein. Nach Ablauf der Anmeldefrist<sup>31</sup> wird die Tabelle bei der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts zur Einsicht ausgelegt.

Als nächstes erfolgt der bereits im Eröffnungsbeschluss festgelegte Prüfungstermin beim Insolvenzgericht. Daran teilnehmen können der Insolvenzverwalter, der Insolvenzschuldner und alle Insolvenzgläubiger, die Forderungen angemeldet haben. Im Prüftermin werden die Forderungen festgestellt. Sie gelten als festgestellt, wenn weder der Insolvenzverwalter, noch ein Insolvenzgläubiger einer Forderung widerspricht. Der Insolvenzschuldner kann auch widersprechen, doch hindert sein Widerspruch nicht die Feststellung, sondern nur die Rechtskraft ihm gegenüber. Die Feststellung wirkt gegenüber den Insolvenzgläubigern, dem Verwalter und dem Schuldner – falls dieser nicht widersprochen hat – wie ein rechtskräftiges Urteil. Sie ist in der Tabelle zu vermerken.

#### *4. Verteilung und Verfahrensbeendigung*

Nachdem die Verwertung der Insolvenzmasse abgeschlossen ist, kommt es zur Schlussverteilung, der das Insolvenzgericht zustimmen muss. Der Insolvenzverwalter reicht hierfür einen Schlussbericht, eine Schlussrechnung und ein Schlussverzeichnis<sup>32</sup> ein. Das Insolvenzgericht legt im Falle seiner Zustimmung zu der Schlussverteilung einen Termin für die abschließende Gläubigerversammlung fest (sog. Schlusstermin). In dem Termin wird der Schlussbericht des Insolvenzverwalters erörtert, es können Einwendungen gegen das Schlussverzeichnis erhoben werden und die Gläubiger entscheiden über das Vorgehen hinsichtlich der nicht verwertbaren Gegenstände der Insolvenzmasse.

Da in den meisten Fällen das Vermögen des Schuldners kaum je zur Begleichung sämtlicher Verbindlichkeiten ausreicht – nach wie vor ist der von Praktikern so genannte „100 %-Konkurs“ die absolute Ausnahme –, werden die Insolvenzgläubiger anteilig zu einem bestimmten Prozent-

satz, eben mit der Insolvenzquote, befriedigt. Die Insolvenzquote muss nach dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung für alle Gläubiger gleich hoch<sup>33</sup> sein, um der Befriedigungsfunktion des Insolvenzverfahrens zu dienen.<sup>34</sup>

Nach der Schlussverteilung beschließt das Insolvenzgericht die Aufhebung des Insolvenzverfahrens. Das Insolvenzverfahren ist damit beendet. Die restlichen Forderungen können danach in der Nachhaftungsphase<sup>35</sup> von den Gläubigern gegen den Schuldner unbeschränkt geltend gemacht werden (§ 201 Abs. 1 InsO).

<sup>31</sup> Genau: innerhalb des ersten Drittels des Zeitraumes zwischen Ende der Anmeldefrist und dem Prüfungstermin, § 175 Abs. 1 S. 2 InsO.

<sup>32</sup> Darin sind aufzunehmen: die festgestellten Forderungen, die bestrittenen titulierten Forderungen, die bestrittenen nichttitulierten Forderungen, soweit Feststellungsprozesse betrieben werden sowie Ausfallforderungen von Absonderungsberechtigten.

<sup>33</sup> Konkursvorrechte kennt die Insolvenzordnung (anders als die Konkursordnung) nicht mehr. Sie wurden abgeschafft, weil sie den unerwünschten Effekt hatten, dass ungesicherte Insolvenzgläubiger ohne Konkursvorrecht leer ausgingen. Die Abschaffung von Konkursvorrechten entspricht internationaler Rechtsentwicklung, ist aber nicht ohne Kritik geblieben.

<sup>34</sup> *Ganter*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, 2. Aufl. 2007, § 1 Rn. 52.

<sup>35</sup> Der Schuldner kann die sich aus § 201 InsO ergebende Nachhaftung abwenden, indem er die sog. Restschuldbefreiung beantragt (§§ 201 Abs. 3, 301 Abs. 1 InsO).