

DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR

WIRTSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHT

Herausgeber: Wilhelm Bichlmeier, Reinfrid Fischer, Rainer Funke, Norbert Horn, Hartmut Oetker, Susanne Riedemann, Jan Roth, Thilo Schultze, Rolf A. Schütze, Stefan Smid, Harm Peter Westermann

Korrespondierender Beirat: Rainer M. Bähr, Christian Graf Brockdorff, Peter Depré, Norbert Fehl, Volkhard Frenzel, Klaus Hubert Görg, Ottmar Hermann, Horst M. Johlke, Wulf-Gerd Joneleit, Harro Mohrbutter, Peter Mohrbutter, Hans-Jürgen Papier, Horst Piepenburg, Michael Pluta, Harald Schliemann, Detlef Stürmann, Tobias Wellensiek, Frank M. Welsch, Wilhelm Wessel, Klaus Wimmer, Mark Zeuner

Schriftleitung: Michael Schmidt

Aufsatz

Univ.-Prof. Dr. iur. Stefan Smid

Struktur und systematischer Gehalt des deutschen Insolvenzrechts in der Judikatur des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (XVIII)

<https://doi.org/10.1515/dwir-2020-0080>

Mit dieser achtzehnten Folge der Übersicht höchstrichterlicher und ausgewählter instanzgerichtlicher Entscheidungen auf dem Gebiet des Insolvenzrechts wird wie in den vorangegangenen Darstellungen die Fortentwicklung der Struktur des deutschen und europäischen Insolvenzrechts durch die höchstrichterliche Judikatur nachvollzogen und durch die Behandlung instanzgerichtlicher Entscheidungen werden Tendenzen beobachtet.

In dem Zeitraum vom Spätherbst 2018 bis zum Frühjahr 2019, der den Rahmen dieser Darstellung bildet, fallen einige Entwicklungen ins Auge. Insbesondere ist das Recht der Gesellschafterdarlehen in einer Reihe von Entscheidungen konturiert worden; auch ist die Reichweite des Insolvenzbeschlags und das Recht der Freigabe genauer gefasst worden.

Stefan Smid, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht, Centrum für Deutsches und Europäisches Insolvenzrecht, Kiel.

I. Reichweite des Insolvenzbeschlages

1. Anteilspfändung und Insolvenzbeschluss am Anteil an der LLP nach § 859 Abs. 1 ZPO

Der VII. Zivilsenat des BGH¹ hat darauf erkannt, dass die Anteile an einer Limited Liability Partnership (LLP) nach britischem Recht sowie die Ansprüche auf Durchführung und Auseinandersetzung, auf das Auseinandersetzungsguthaben und auf Herausgabe der dem Schuldner als Inhaber zukommenden Sachen und Rechte der deutschen Zwangsvollstreckung unterliegen. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte richtet sich dabei nach nationalem Recht (*lex fori*). Dies setzt einen hinreichenden Anknüpfungspunkt für den Inlandsbezug voraus, der jedenfalls in dem vom BGH entschiedenen Fall darin lag, dass sowohl der Schuldner als auch der einzige Mitgesellschafter ihren Wohnsitz im Inland hatten; und die betrof-

¹ BGH, Beschl. v. 3. 4. 2019 – VII ZB 24/17, DZWIR 2019, 438.

fene Gesellschaft hatte eine Zweigniederlassung im Inland, was zur sog. doppelten Belegenheit führte. Der BGH führt überzeugend aus, dass die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 und 54 AEUV dem nicht entgegensteht, da diese nicht zu einer Exemption der Gesellschaft von der innerstaatlichen Zwangsvollstreckung führt.

Nach deutschem Recht kann nach § 859 Abs. 1 Satz 1 ZPO der Gesellschaftsanteil des Schuldners gepfändet werden. § 859 ZPO trifft entsprechend der Vollstreckung in Forderungen Regelungen für die Zwangsvollstreckung in Anteile an gesamthänderisch gebundenen Vermögensmassen. § 859 Abs. 1 ZPO betrifft aber die Pfändung in Anteile an Gesellschaften des bürgerlichen Rechts. Nach den §§ 851, 857 Abs. 1 ZPO wäre eine Pfändung des »Anteils« des Schuldners am Vermögen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgeschlossen. Der Schuldner kann seinen Anteil an der Gesellschaft nicht übertragen, § 719 Abs. 1 BGB.² Entgegen §§ 851, 857 Abs. 1 ZPO wird durch § 859 Abs. 1 ZPO die Pfändung des Anteils des Schuldners am Vermögen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zugunsten der Gläubiger des Gesellschafters zugelassen. Da durch die Pfändung auf das dinglich gebundene Gesellschaftsvermögen der gesamthänderisch verfassten Gesellschaft³ zugegriffen wird, setzt diese gemäß § 736 BGB einen Titel gegen alle Gesellschafter voraus. Daher ist es sachgerecht, dass der VII. Zivilsenat des BGH § 859 Abs. 1 BGB entsprechend auf den Anteil von Personengesellschaften erstreckt, die nach britischem Recht gegründet worden sind. Denn nach der Rechtsnatur (rechtlichen Struktur) der LLP kommt die Pfändung des Wertrechts, das die zum Gesellschaftsanteil gehörenden Vermögensrechte repräsentiert, am ehesten zur Anwendung.

2. Freigabe

Mit seiner Entscheidung aus dem Februar 2019 hatte der IX. Zivilsenat des BGH⁴ über die insolvenzrechtliche Qualifikation von Honorarforderungen eines insolventen Zahnarztes gegen die kassenzahnärztliche Vereinigung zu entscheiden gehabt. Dem Urteil lag folgender, hier nur in Übersicht wiedergegebener Sachverhalt zu Grunde:

Fall 1: Der klagende Zahnarzt nahm den Beklagten, der Insolvenzverwalter in dem über das Vermögen des Zahnarztes eröff-

neten Insolvenzverwalter war, auf Zahlung von 12.500 € in Anspruch. Das Insolvenzverfahren war am 1. 10. 2014 eröffnet worden. Am 1. 12. 2014 hatte der Beklagte den Betrieb der Zahnarztpraxis aus der Masse freigegeben. Auf dem vom Kläger eingerichteten Girokonto waren am 23. 12. 2014 aufgrund Überweisung der kassenzahnärztlichen Vereinigung 12.000 € und am gleichen Tag aufgrund Überweisung weitere 8.500 € eingegangen, was unter Berücksichtigung von Abverfügungen des Klägers einen Betrag i.H.v. 12.500 € ergab. Der Insolvenzverwalter hatte die Bank mit Schreiben vom 22. 12. 2014 zur Sperrung des Kontos aufgefordert, das Konto später aufgelöst und sich am 21. 12. 2014 das Kontoguthaben auf ein für die Insolvenzmasse eingerichtetes Sonderkonto überwiesen.

Insolvenzrechtlich ist der vom Kläger verfolgte Anspruch als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren, da die ungerechtfertigte Bereicherung der Masse nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltend gemacht wird.⁵

In der Sache lehnt der IX. Zivilsenat aber zu Recht das Vorliegen eines Bereicherungsanspruchs ab.

Der zwischen dem Schuldner und der Bank geschlossene Girovertrag (Zahlungsdiensterahmenvertrag) gemäß § 675 Abs. 2 BGB erlischt gemäß §§ 115, 116 InsO als Folge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.⁶ Die Weiterführung des Kontos setzt dann den Abschluss eines neuen Girovertrages voraus. Dieser kann entweder mit dem Insolvenzverwalter oder mit dem Insolvenzschuldner geschlossen werden, was auch konkludent möglich ist. Ergibt sich aus der Auslegung der Umstände, unter denen die Weiterführung des Kontos vorgenommen worden ist, dass der Schuldner persönlich einen neuen Girovertrag abschließen wollte oder das das Konto gar zum Pfändungsschutzkonto gemäß § 850 k ZPO umgewidmet werden sollte, können sich Guthaben aufgrund von Zahlungseingängen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als beschlagfreies Vermögen des Schuldners darstellen. Ein solcher Umstand kann darin liegen, dass bereits zum Zeitpunkt der Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Klägers der Girovertrag dazu diente, dem Schuldner ein ausschließlich oder überwiegend als Geschäftskonto seiner selbständigen Tätigkeit eingesetztes Konto zur Verfügung zu stellen. Andernfalls sind sie als Neuerwerb und damit als Teil der Insolvenzmasse nach § 35 Abs. 1 Hs. 2 InsO zu qualifizieren.

Ob im Übrigen Ansprüche aus der selbständigen Tätigkeit des Schuldners zur Insolvenzmasse gehören oder von der Freigabe des Vermögens, das der gewerblichen Tätigkeit gewidmet ist, erfasst wird, hängt davon ab, ob

² Palandt/Sprau, BGB, § 719 Rn. 2.

³ Roth, ZGR 2000, 187; Stöber, Forderungspfändung, Rn. 1554; Behr, NJW 2000, 1137; Baldringer/Jordans, ProZR 2004, 194.

⁴ BGH, Urt. v. 21. 2. 2019 – IX ZR 246/17, DZWIR 2020, 127 mit Bespr. H. Heinze, DZWIR 2020, 107.

⁵ BGH, Urt. v. 7. 5. 2009 – IX ZR 61/08, ZIP 2009, 1477.

⁶ BGH, Urt. v. 5. 12. 2006 – XI ZR 21/06, BGHZ 170, 121 = ZIP 2007, 319; BGH, Urt. v. 5. 3. 2015 – IX ZR 164/14, DZWIR 2015, 427.

Forderungen aus der selbständigen Tätigkeit des Schuldners vor oder nach der Freigabeerklärung herrühren. Der IX. Zivilsenat knüpft dabei an die Überlegung an, dass die Freigabe selbständiger Tätigkeit dazu dienen soll, einen einheitlichen Übergang des Vermögens einschließlich der darauf bezogenen Vertragsverhältnisse von der Masse auf den Schuldner zu bewirken, soweit dies bzw. diese der selbständigen Tätigkeit des Schuldners dienen. Der Zugang der Freigabeerklärung bei dem Schuldner ist der Anknüpfungspunkt für die zeitliche Differenzierung der Vermögenszuordnung.⁷ Ansprüche (Forderungen), die der Schuldner im Wege seiner selbständigen Tätigkeit vor Freigabeerklärung erwirtschaftet hat, sind auf Kosten des beschlagnahmten Vermögens – der Masse – erwirtschaftet worden. Schon aus diesem Zusammenhang werden diese Ansprüche nicht von der Freigabe der selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit erfasst. Sollen sie nach Vorstellung des Insolvenzverwalters dem Schuldner zur Verfügung stehen, etwa weil der Verwalter einen Aktivprozess gegen den Drittschuldner nicht führen will, kommt allein eine (echte) Freigabe nach § 85 Abs. 2 InsO in Betracht.

Damit klärt der BGH seine bislang gewählte Formulierung, dass

»sämtliche noch fortbestehende, in der selbständigen Tätigkeit dienenden Vertragsverhältnisse und daraus sich ergebende Verbindlichkeiten auf den Schuldner übergeleitet werden«.⁸

Daraus ist nicht der Schluss zu ziehen, dass damit die vor Freigabe erwirtschafteten Forderungen in die Verwaltung- und Verfügungsbefugnis des Schuldners übergangen.

Daraus folgt: Der Anspruch des Zahnarztes gegen die kassenzahnärztliche Vereinigung entsteht mit dem Abschluss eines Quartals, in dem der Vertragszahnarzt seine Leistungen erbracht und die entsprechende Abrechnung vorgelegt hat. Er hat dann einen Anspruch auf Teilhabe an der Honorarverteilung und damit, wie der IX. Zivilsenat feststellt, dem Grunde nach einen Vergütungsanspruch. Dessen Höhe und Fälligkeit hängt jedoch von dem zu erlassenden Honorarbescheid ab. Honorarforderungen des Vertragszahnarztes aus dem für das Abrechnungsquartal ergehenden Honorarbescheid entstehen damit erst mit Abschluss des Quartals, wenn die entsprechende Abrechnung vorgelegt wird. Abschlagszahlungen sind dagegen anders zu beurteilen: Mit ihnen wird der Honoraranspruch vorzeitig erfüllt. Es kommt daher auf

den Zeitpunkt ihrer Zahlung an, ob sie zur Masse oder in das freigegebene Vermögen fallen.

3. Abtretung kassenzahnärztlicher Honorarforderungen gegen die KZVR

Vergütungsforderungen eines Kassenarztes gegen seine kassenzahnärztliche Vereinigung spielen in dem über das Vermögen des Zahnarztes eröffneten Insolvenzverfahren regelmäßig eine nicht unerhebliche Rolle. Der IX. Zivilsenat des BGH⁹ hat über drei Fragen zu entscheiden gehabt, nämlich (1) unter welchen Voraussetzungen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens solche Vergütungsforderungen wirksam haben abgetreten werden können, (2) wieweit nach Freigabe der selbständigen Tätigkeit im eröffneten Insolvenzverfahren solche Vergütungsforderungen des Zahnarztes, die globalsicherungsbedient waren, nach Beendigung des Insolvenzverfahrens von der Globalsicherungssektion erfasst werden und (3) wie während der Dauer des eröffneten Insolvenzverfahrens die Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Kassenarztes sich auf die vermögensrechtliche Zuordnung der vor Insolvenzeröffnung im zustehenden künftigen Forderungen auswirkt.

Fall 2: Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens hatte der Schuldner, ein Zahnarzt, Vergütungsforderungen gegen die kassenärztliche Vereinigung an seine Ehefrau abgetreten, die wiederum die ihr abgetretenen Ansprüche an den Vater des Schuldners weiter zederte. In dem später über das Vermögen des Schuldners eröffneten Insolvenzverfahren gab der Insolvenzverwalter das Vermögen aus der selbständigen Tätigkeit des Schuldners frei. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens wirkte das später vom Vater des Schuldners klagweise in Anspruch genommene Land wegen rückständiger Forderungen der Gerichtskasse gegen den Schuldner einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, durch den die Ansprüche des Schuldners gegen die kassenzahnärztliche Vereinigung gepfändet wurden. Die Drittschuldnerin zahlte an das beklagte Land.

Zur Frage (1) entschied der BGH, dass im Rahmen der Abtretung allerdings zu prüfen ist, wie weit nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB als Verbotsgesetz die Abtretung unwirksam sein kann, da der Abtretungsempfänger über die abgetretene Forderung umfassend zu unterrichten ist.¹⁰ Denn der Schuldner kann dem Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Auskünfte nur unter Verstoß gegen die ärztliche

⁷ BGH, Urt. v. 9. 2. 2012 – IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 = DZWIR 2012, 37.

⁸ BGH, Urt. v. 9. 2. 2012 – IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 = DZWIR 2012, 37.

⁹ BGH, Urt. v. 6. 6. 2019 – IX ZR 272/17, DZWIR 2020, 132 mit Bespr. H. Heinze, DZWIR 2020, 107.

¹⁰ BGH, Urt. v. 10. 7. 1991 – VIII ZR 206 90/90, BGHZ 115, 123; BGH, Beschl. v. 17. 1. 2005 – IX ZB 62/04, ZIP 2005, 722.

Schweigepflicht mitteilen und damit seiner Unterrichtspflicht genügen. Daher kann ohne Zustimmung des Mandanten eines Rechtsanwalts die Pflicht nach § 402 BGB nicht erfüllt werden; bei Ärzten liegt dies vergleichbar. Die ärztliche Schweigepflicht ebenso wie die anwaltliche Schweigepflicht wird, wie der IX. Zivilsenat überzeugend feststellt, im Rahmen des § 203 StGB nicht inzident auf Tatsachen begrenzt, deren Offenbarung nicht tatbestandsmäßig und daher straffrei ist. In der Regel ist daher die Abtretung entweder von Mandantendaten oder im Fall des Arztes von Honorarforderungen wegen der Unzulässigkeit der Offenlegung von Patientendaten nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz unwirksam. Werden Honorarforderungen gegen die kassenärztliche Vereinigung abgetreten, kann diese Honorarforderung ebenfalls nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden, dass Umstände über die Behandlung der einzelnen Patienten offengelegt werden.¹¹

Der BGH hat aber im vorliegenden Fall die Abtretung deshalb für wirksam erachtet, weil im Rahmen der Abtretungsvereinbarung die Informationsrechte des Zessionars stillschweigend außer Kraft gesetzt worden sein. Dies sei immer dann anzunehmen, wenn dem Zedenten im Rahmen einer stillen Zession die Einziehungsbefugnis vorbehalten bleibe.¹² Bei der Abtretung vertragszahnärztlicher Honorarforderungen muss also die Abtretung so ausgestaltet werden, dass dem Zedenten die Forderungseinziehung zugewiesen und dem Zessionar gesetzliche Informationsrechte aus § 402 BGB versagt bleiben. Bei einer solchen Fallgestaltung darf der Zedent im eigenen Namen die Forderung geltend machen. Macht der Zedent die abgetretene Forderung bei der geschilderten Ausgestaltung des Abtretungsvertrages geltend, kann der Zessionar im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft das Recht geltend machen. Dies ist der Fall, sofern ihm der Berechtigte, also nach der vertraglichen Ausgestaltung der Zessionar, hierzu eine entsprechende Ermächtigung erteilt und er ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat. Die Ermächtigung brauchte hier nach Ansicht des BGH deshalb nicht ausdrücklich erklärt zu werden, weil sie sich aus dem schlüssigen Verhalten des Vaters als Zessionar und Rechtsinhaber ergab.

Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens umfasst die vor Verfahrenseröffnung durch den Zedenten erteilte Globalzession die nach Verfahrensaufhebung begründeten Forderungen. Hat der Insolvenzverwalter im eröffneten Insolvenzverfahren die Freigabe der selbständigen Tätig-

keit des Schuldners nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO erklärt, erstarken entsprechend § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB ex nunc unwirksame Verfügungen zur Gültigkeit, wenn der Schuldner Berechtigter geblieben und das Insolvenzverfahren beendet ist.¹³ Insoweit kommt der sachenrechtliche Prioritätsgrundsatz zum Zuge. Vor Verfahrenseröffnung durch den Schuldner wirksam getroffene Verfügungen können nicht dadurch zwischenzeitlich, im Laufe des Insolvenzverfahrens mit der Wirkung vereitelt werden, dass sie nach Verfahrensbeendigung keine Wirksamkeit mehr entfalten würden. Nach allgemeinen Grundsätzen zu § 35 Abs. 2 InsO scheiden die von der Freigabe erfassten Gegenstände aus der Insolvenzmasse aus. Sie unterliegen als dann insolvenzfremd gewordenes Vermögen der uneingeschränkten Verwaltung- und Verfügungsbefugnisse des Schuldners. Wegen der wirksamen Globalzession der Honorarforderungen war aber diese kein Schuldnervermögen mehr, so dass die Vollstreckung in das schuldnernerfremde Vermögen zu Bereicherungsansprüchen des Rechtsinhabers nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB und damit zur Erlösherausgabe verpflichtet.¹⁴

4. Massezugehörigkeit und Unpfändbarkeit

Nach § 850 i Abs. 1 ZPO wird ein modifizierter Pfändungsschutz über die nicht wiederkehrend zahlbaren Arbeitsvergütungen des Schuldners verhängt. Sonstige Einkünfte, die kein Erwerbseinkommen sind, können nur für unpfändbar erklärt werden, soweit dies erforderlich ist, damit dem Schuldner ein unpfändbares Einkommen in Höhe der von § 850 c Abs. 1, 2a ZPO bestimmten Grundbeträge verbleibt.¹⁵ Um Ansprüche auf nicht wiederkehrend zahlbare Vergütungen i. S. d. § 850 i Abs. 1 ZPO handelt es sich bei Forderungen auf eine Leistung des Drittschuldners, die aufgrund der Arbeits- oder Dienstleistungen des Schuldners nur einmal zu einem nicht wiederkehrenden Termin zu erbringen ist.¹⁶ Diese Vergütungen zählen zum Arbeitseinkommen i. S. d. § 850 ZPO.¹⁷

In der vorliegenden Entscheidung¹⁸ stellt der IX. Zivilsenat des BGH fest, dass sonstige Einkünfte i. S. d. Vor-

¹¹ BGH, Urt. v. 14. 6. 2012 – III ZR 227/11, NJW 2012, 2582.

¹² BGH, Urt. v. 5. 2. 2015 – VII ZR 315/13, ZIP 2015, 1642.

¹³ BGH, Urt. v. 19. 1. 2006 – IX ZR 232/04, BGHZ 166, 74 = DZWIR 2006, 343 mit Anm. App.

¹⁴ BGH, Urt. v. 25. 2. 1987 – VIII ZR 47/86, ZIP 1987, 577.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 7. 4. 2016 – IX ZB 69/15, ZIP 2016, 1078; BGH, Beschl. v. 26. 4. 2014 – IX ZB 88/13, ZIP 2014, 1542.

¹⁶ Boewer/Bommermann, Lohnpfändung in Recht und Praxis, 1987, Rn. 867.

¹⁷ Stöber, Forderungspfändung, Rn. 1233.

¹⁸ BGH, Beschl. v. 27. 9. 2018 – IX ZB 19/18, DZWIR 2019, 92.

schrift auch Mieteinkünfte sein können. Ein Schuldner, der seinen Lebensunterhalt aus erwirtschafteten Mieteinkünften bestreitet, kann im Insolvenzverfahren Pfändungsschutz für sonstige Einkünfte beantragen, auch wenn die Mieteinkünfte im Zuge einer vereinbarten stillen Zwangsverwaltung an einen Gläubiger abgeführt werden, dem der Schuldner die Mietforderungen als Sicherheit abgetreten und dem er Grundschulden an den Mietobjekten bestellt hat.¹⁹ Es kommt für die Anwendbarkeit des § 850i ZPO nicht darauf an, ob der Schuldner das Grundstück mit Mitteln erworben hat, die aus einer eigenen Erwerbstätigkeit herrühren oder ob er die Immobilie beispielsweise geerbt oder geschenkt bekommen hat.

II. Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten

1. Aufwendungen bei der Verwaltung von Immobilien

Mit seinem Urteil aus dem Januar 2019 hat der IX. Zivilsenat des BGH²⁰ die Frage zu entscheiden gehabt, ob und in welchem Umfang der Anfechtungsgegner bei der Insolvenzanfechtung von Übertragungen von Immobilien die Aufrechnung erklären kann. Dem Urteil liegt folgender, hier vereinfacht wiedergegebener Sachverhalt zu Grunde:

Fall 3: Der Erblasser hatte auf den späteren beklagten Anfechtungsgegner eine Immobilie übertragen, die dieser nach dem Tode des Erblassers an einen Dritten weiterveräußert hatte. Über den Nachlass war das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet worden, in dem der Insolvenzverwalter gegen den Beklagten Wertersatz für die weiterveräußerte Immobilie nach § 143 Abs. 1 InsO im Wege der Schenkungsanfechtung verlangte. Dagegen erklärte der Anfechtungsgegner die Aufrechnung mit Ansprüchen, die er aufgrund eigener geldwerter Arbeitsleistung, der Anbahnung, Betreuung und Abwicklung von Mietverhältnissen, dem Kontakt mit Behörden und Versorgungsbetrieben in Bezug auf die Immobilie aufgewandt hatte.

Von den Verwendungen auf die Immobilie gemäß §§ 994 ff. BGB, die dem Anfechtungsanspruch auf Wertersatz der in anfechtbarer Weise erlangten Immobilie nicht im Wege der Aufrechnung entgegengestellt werden können, grenzt der IX. Zivilsenat Aufwendungen ab, die als Fruchtgewinnungskosten zu qualifizieren sind. § 102 BGB bestimmt, dass derjenige, der zur Herausgabe von Früchten verpflichtet ist, Ersatz der auf die Gewinnung

der Früchte verwendeten Kosten insoweit verlangen kann, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen. Soweit mit der Insolvenzanfechtung auch die Rückgewähr gezogener Früchte, also der vereinnahmten Mieten oder Wertersatz hierfür begehrt wird, soll nach Ansicht des BGH der Anfechtungsgegner den Anspruch auf Erstattung von Fruchtgewinnungskosten als Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO geltend machen. Denn die Masse wird im Wege der Insolvenzanfechtung um die herauszugebenden oder zu ersetzenden Mieten jedenfalls in Höhe der aufgebrachten Fruchtgewinnungskosten ungerechtfertigt bereichert.

Daher kommt es, wie der BGH weiter ausführt, nicht darauf an, ob die Verwendungen vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgebracht worden sind. Denn ausschlaggebend ist allein, dass für den gesamten Zeitraum die Mietverträge der Masse zur Verfügung stehen.

2. Kündigungsbedingter Abfindungsanspruch des Arbeitnehmers als Insolvenz- oder Masseforderung²¹

Fall 4: Die spätere Insolvenzschuldnerin kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers zu einem bestimmten Zeitpunkt. Dieser erhob Kündigungsschutzklage. Die Beklagte und spätere Schuldnerin beantragte dort hilfsweise das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. In dem vom Kläger aufgenommenen Kündigungsschutzverfahren erklärte der beklagte Insolvenzverwalter, er halte am Auflösungsantrags fest, der Abfindungsanspruch sei aber zur Insolvenztabelle anzumelden

Hier stellt sich die Frage, ob der Abfindungsanspruch des klagenden Arbeitnehmers als Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO oder als Insolvenzforderung nach § 38 InsO zu qualifizieren sei. Letzteres ist der Fall, wenn ein Anspruch in der Weise vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet worden ist, dass die den Anspruch begründenden Tatbestandsvoraussetzungen bereits vor der Insolvenzeröffnung vollständig verwirklicht und abgeschlossen waren, ohne dass es der Fälligkeit des Anspruchs bedürfte. Hat der Arbeitgeber vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen bereits die Voraussetzungen für den Abfindungsanspruch begründet, ist § 38 InsO anzuwenden; das ist etwa bei einer individualvertraglich geschlossenen Auflösungsvereinbarung der Fall. Das ist aber darauf hin problematisch, dass der Anspruch auf Abfindung bei Auflösung des Arbeits-

¹⁹ BGH, Beschl. v. 1. 3. 2018 – IX ZB 95/15, DZWIR 2018, 340.

²⁰ BGH, Urt. v. 24. 1. 2019 – IX ZR 121/16, DZWIR 2019, 294.

²¹ BAG, Urt. v. 14. 3. 2019 – 6 AZR 4/18, DZWIR 2019, 428.

verhältnisses nicht bereits durch per Willenserklärung ausgeübte Auflösung entsteht, sondern zur Durchsetzung des Anspruchs auf Rechtsgestaltung Klage erhoben werden muss. Allein die Entstehung der Auflösungsgründe stellt sich damit nicht als hinreichendes Kriterium für die Frage dar, ob der Abfindungsanspruch Masseverbindlichkeit oder Insolvenzforderung ist. Die Anwendung dieser Grundsätze führt das BAG dazu, erst der beklagte Insolvenzverwalter habe den Auflösungsantrag als rechtsbegründende Handlung in das Kündigungsschutzverfahren eingeführt, auf den hin das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis aufgelöst habe. Erst dadurch sei der Abfindungsanspruch zur Entstehung gelangt. Es handelt sich daher um eine Masseverbindlichkeit.

3. Masseverbindlichkeit bei Wegnahme von Sachen von der Mietsache durch den Mieter/Insolvenzverwalter

Das Kammergericht²² hat darüber zu entscheiden gehabt, ob den Insolvenzverwalter die Pflicht trifft, den ursprünglichen Zustand der Mietsache nach Ausübung des Wegnahmerechts des Mieters auf Kosten der Masse wiederherzustellen.

Fall 5: Der Schuldner hatte von der späteren Klägerin ein Grundstück gemietet, um dort Materialien in einer von ihm mit Genehmigung des Vermieters errichteten Lagerhalle unterzubringen. Nachdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Mieterin eröffnet und der spätere Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt worden war, kündigte der Vermieter den Mietvertrag und wies später darauf hin, dass eine angekündigte Rücknahme nicht abgenommen worden sei. Weder von Regalen noch Einbauten noch von der Halle sei die Freifläche geräumt worden. Die Vermieterin errichtete Zäune um das Grundstück und gewährte dem später beklagten Insolvenzverwalter nur nach vorheriger schriftlicher Anmeldung Zugang zum Grundstück. Dieser brachte danach solche Gegenstände, die nicht verwertbar waren, aus der Lagerhalle an eine andere Stelle des Grundstücks und baute die Lagerhalle ab, die er verkaufte. Die nicht verwertbaren Sachen und die Fundamente der Lagerhalle blieben auf dem Grundstück zurück.

Das Kammergericht unterscheidet zwischen der Pflicht auf Herausgabe der Mietsache nach § 546 Abs. 1 BGB, die auf Verschaffung des unmittelbaren Besitzes gerichtet ist, die auch dann erfüllt ist, wenn das Mietobjekt in nicht vertragsgerechtem Zustand zurückgegeben wird. Die mietvertragliche Räumungspflicht bedeutet dagegen, dass die Mietsache im vertragsgemäß geschuldeten, not-

falls durch den Mieter herzustellenden Zustand zurückzugeben ist. Dabei handelt es sich grundsätzlich, wie das Kammergericht zutreffend darstellt, um eine Insolvenzforderung gemäß § 38 i. V. m. § 108 Abs. 3 InsO. Grundsätzlich ist daher der Insolvenzverwalter nicht verpflichtet, auf Kosten der Masse die Räumung des Mietobjekts vorzunehmen. Diese Räumungspflicht kann aber zur Masseverbindlichkeit mit der Folge werden, dass die Masse die Kosten der Räumung zu tragen hat, wenn der Insolvenzverwalter einen vertragswidrigen Zustand durch eigene Handlungen oder solche Handlungen verursacht hat, die ihm zuzurechnen sind. Im vorliegenden Fall war der Insolvenzverwalter zwar nicht dazu verpflichtet, das Grundstück zu räumen. Er hat aber eine vom Schuldner errichtete Leichtbaumetallhalle entfernt, ohne das Grundstück zugleich in den vorherigen Zustand versetzt zu haben. Zutreffend führt das Kammergericht aus, der vertragliche Räumungsanspruch des Vermieters sei nicht dadurch erfüllt, dass der Insolvenzverwalter werthaltige Gegenstände vom Grundstück entfernt, den unbrauchbaren Rest aber zurücklasse. Im Gegenteil. Hier hatte der Insolvenzverwalter gleichsam das Grundstück des klagenden Vermieters als Mülldeponie nicht verwertbarer Gegenstände missbraucht und schon gar nicht den ursprünglichen Zustand durch Entfernung der Fundamente der Halle unter Fortbewegung des Abbruchmaterials wiederhergestellt. Da der Insolvenzverwalter aber durch die Fortschaffung werthaltiger Gegenstände auf den Zustand des Grundstücks eingewirkt hat, hat er durch die weitergehende mietvertragliche Räumungsverpflichtung eine Masseverbindlichkeit begründet, so dass auch eine Vorenthaltung des Besitzes der Mietsache nach § 546 BGB vorliegen kann, aufgrund derer Nutzungsentschädigung zu leisten ist – die dann ihrerseits die Qualität einer Masseverbindlichkeit einnimmt.

4. Kraftfahrzeugsteuer als Masseverbindlichkeit

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BFH²³, dass Kraftfahrzeugsteuer, die nach Insolvenzeröffnung entsteht, den Nachrang einer Masseverbindlichkeit gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 InsO einnimmt. Voraussetzung dafür ist, dass das Fahrzeug, für dessen Halten die Kraftfahrzeugsteuer geschuldet wird, vom Insolvenzbeschluss erfasst und Teil der Insolvenzmasse ist. Mit seiner Entscheidung

²² KG, Urt. v. 25. 2. 2019 – 8 U 6/18, ZIP 2019, 875.

²³ BFH, Urt. v. 13. 4. 2011 – II R 49/09, DZWIR 2011, 507; BFH, Urt. v. 8. 9. 2011 – II R 44/10, ZIP 2012, 42.

aus dem März 2019 hat der BFH²⁴ die logische Konsequenz aus seiner bisherigen Judikatur gezogen, dass ein Fahrzeug, das bereits vor Insolvenzanfechtung untergegangen ist, vom Insolvenzbeschluss nicht erfasst sein kann. Die Verwertbarkeit des Gegenstandes spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

5. Zurechnung von Masseerwerb an den Schuldner

Der BFH hat darauf erkannt, dass mit einer nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens festgesetzten Einkommensteuer dem Schuldner als Inhaltsadressaten gegenüber der Steuerbescheid bekanntzugeben ist.²⁵

Fall 6: Über das Vermögen des späteren Klägers und Revisionsklägers war das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Der Insolvenzverwalter vermietete 3 Jahre lang das Grundstück, dessen Eigentümer der Kläger war. Hieraus wurden zusammen etwa 145.000 € zu Gunsten der Masse erzielt und die Immobilie später ebenfalls zu Gunsten der Masse veräußert. Der Insolvenzverwalter hat keine Steuererklärung für den Kläger abgegeben und auch keine Zahlung auf die aus der Vermietung entstandene Einkommensteuer geleistet.

Da der Insolvenzverwalter vor der Verteilung der Masse die als Masseverbindlichkeiten zu qualifizierenden Steuerverbindlichkeiten nicht berichtet hat, geht der BFH davon aus, dass, da dem Schuldner die Insolvenzmasse bis zur Verteilung zuzurechnen ist, den Insolvenzschuldner als Steuerschuldner eine Haftung hierfür trifft, die sich auch auf die Zeit nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens erstrecken soll. Der Grundsatz, dass sich die Nachhaftung des Insolvenzschuldners nach Aufhebung des Verfahrens auf Gegenstände, die der Insolvenzschuldner aus der Masse zurückerhält, gegenständlich beschränkt²⁶, komme auf Einkommensteuerschulden nicht zur Anwendung. Denn deren Entstehung würden nur mittelbar durch Handlungen des Insolvenzverwalters beeinflusst. Es fehle daher an einem zurechenbaren Handlungsbeitrag des Insolvenzverwalters.

Der BFH hat allerdings dahingestellt bleiben lassen, ob daneben nach § 34 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 AO den Insolvenzverwalter eine eigene steuerrechtliche Pflicht für die Fallgestaltung treffe, dass er für den Schuldner eine Steuererklärung abgeben und Masseverbindlichkeiten vorab berichtet hat. Darüber hinaus ist offen geblieben, wie-

weit den Insolvenzverwalter ggf. gegenüber dem Schuldner eine solche Pflicht nach § 60 InsO trifft und er bei deren Verletzung haftet. Vgl. dazu unten IX. 1.

III. Recht des Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses

1. Offenes Treuhandkonto als Verfahrenskonto

Mit seinem Urteil aus dem Februar 2019 hat der IX. Zivilsenat²⁷ über die Pflichten der Bank, bei der massezugehörige Gelder hinterlegt werden, sowie die rechtliche Ausgestaltung des Kontos, das als Insolvenzkonto zu führen ist, zu entscheiden gehabt. Dem lag folgender, hier vereinfacht wiedergegebener Sachverhalt zu Grunde:

Fall 7: Der Insolvenzverwalter H. hatte ein Rechtsanwalts-Anderkonto Nr. 1 bei der Bank eingerichtet, auf dem nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Massezuflüsse gesammelt werden sollten. Die Gläubigerversammlung bestimmte durch protokollierten Beschluss, Hinterlegungsstelle sei das Konto Nr. 2; hiervon erhielt die Bank keine Kenntnis. Von seinem Anderkonto veruntreute H. massezugehörige Gelder durch Veranlassung entsprechender Überweisungen in Höhe von insgesamt 588.000 € unter der Angabe des Verwendungszwecks »Neuanlage« oder »Übertrag Neuanlage«. Später wurde der Verwalter abberufen.

Der BGH lehnt es ab, der als Hinterlegungsstelle gemäß § 149 InsO tätigen Bank besondere Pflichten zum Schutz der Insolvenzmasse oder der Insolvenzgläubiger aufzuerlegen. Hierfür sehe die InsO keine besonderen Regelungen vor. Die Hinterlegungsstelle hafte auch nicht etwa wie die Mitglieder des Gläubigerausschusses.

Das Kreditinstitut trifft aber beim Vorliegen von Überweisungsaufträgen eine Warnpflicht, wenn der die Untreue verwirklichende Insolvenzverwalter in einer Weise handelt, die den Missbrauch der Vertretungsmacht als mittelbarer Stellvertreter des zu warnenden Kunden nahelegt. Voraussetzung dafür ist nach der vorliegenden Entscheidung des IX. Zivilsenats, dass der Insolvenzverwalter Zahlungsaufträge für ein Insolvenz-Sonderkonto erteilt, das entweder auf seinen Namen als Partei kraft Amtes einer bestimmten Insolvenzmasse oder auf den Namen des Schuldners lautet. Ist der Zahlungsauftrag evident insolvenzzweckwidrig und müssen sich der Bank

²⁴ BFH, Urt. v. 21. 3. 2019 – III R 0/18, ZIP 2019, 1434.

²⁵ BFH, Urt. v. 2. 4. 2019 – IX R 21/17, DZWIR 2019, 573.

²⁶ So der BGH, Teilurt. v. 24. 9. 2009 – IX ZR 234/07, DZWIR 2010, 32.

²⁷ BGH, Urt. v. 7. 2. 2019 – IX ZR 47/18, DZWIR 2020, 229.

aufgrund der Umstände des Einzelfalles ohne weiteres begründete Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens aufdrängen. Wann dies im Einzelnen der Fall ist, definiert der BGH: Damit es sich der Bank aufdrängen muss, es handele sich um einen objektiv evident insolvenzzweckwidrigen Zahlungsauftrag, muss die Art der Verfügung mit der Eigenschaft des Sonderkontos als Hinterlegungsstelle für Massegelder eines Insolvenzverfahrens offensichtlich unvereinbar sein. Eine allgemeine Überwachungspflicht der Zahlungsvorgänge und Kontobewegungen auf dem Sonderkonto treffe die Bank aber nicht. Die Warnpflicht bestehe gegenüber dem Insolvenzgericht und einem Gläubigerausschuss.

Der BGH meint aber im Übrigen, die Einrichtung eines Anderkontos sei im Insolvenzverfahren – wie er ausdrücklich ausführt – unzulässig. Es sei vielmehr geboten, dass ein Konto eingerichtet wird, das die Masse selbst als materiell berechtigt ausweist. Dieses sei beim Anderkonto deshalb nicht der Fall, weil es ein echtes Vollrechtstreuhandkonto darstellt. Beim Anwalts-Anderkonto ist ausschließlich der kontoeröffnende Rechtsanwalt persönlich der Bank gegenüber berechtigt und verpflichtet. Das gebuchte Geld wird damit in das Eigenvermögen des Insolvenzverwalters übergeleitet und ist damit kein Bestandteil der Masse, wie der BGH bereits im Jahr 2007 erkannt und woran er in ständiger Rechtsprechung festgehalten hat.²⁸ Die vorliegende Entscheidung kommt daher alles andere als überraschend.

2. Kostenerstattung für Rechtsgutachten nach § 91 ZPO

Fall 8: In dem vom OLG Düsseldorf²⁹ entschiedenen Fall hatte der Insolvenzverwalter ein Rechtsgutachten über die Inanspruchnahme von etwa 200 Anlegern der insolvenzschuldnerischen Gesellschaft eingeholt und auf dessen Grundlage einen der Anfechtungsgegner klageweise in Anspruch genommen. Aufgrund des von ihm erstrittenen, obsiegenden Urteils, das dem Beklagten die Tragung der Prozesskosten nach § 91 Abs. 1 ZPO auferlegte, begehrte er die Erstattung der für die Einholung des Privatgutachtens aufgewendeten Kosten vom Beklagten.

Das OLG stellt zu Recht fest, dass § 411a ZPO hier nicht einschlägig ist, da das vom klagenden Insolvenzverwalter eingeholte Privatgutachten gerade nicht zur Vorbereitung des konkreten Rechtsstreits ausgearbeitet worden ist. Um

von der prozessualen Kostenerstattung erfasst zu werden, muss es sich bei einem Gutachten um solche Aufwendungen handeln, die veranlasst werden, bevor der Rechtsstreit sich konkret abzeichnet. Dies war aber hier gerade nicht der Fall.

3. Unzulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen des Insolvenzverwalters³⁰

Fall 9: Der in dem über das Vermögen einer Maler-GmbH eröffneten Insolvenzverfahren bestellte Insolvenzverwalter schloss mit einem Besteller einen Änderungsvertrag mit einer Gerichtsstandsvereinbarung. Später erhob er gegen den Besteller vor dem mit der Gerichtsstandsabrede vereinbarten Gericht Klage auf Restzahlung.

Diese Klage war wegen der Unwirksamkeit der Gerichtsstandsabrede unzulässig. Denn der Insolvenzverwalter »ist« kein Kaufmann, und zwar auch dann, wenn er »selbst« Kaufmann sein sollte – wovon die Materialien zur RKO noch unproblematisch ausgingen und was bis in die sechziger Jahre des 20. Jahrhunderts durchaus vielerorts der Bestellpraxis der Konkursgerichte entsprach. Denn die Person, die zum Insolvenzverwalter bestellt wird, mag im Übrigen Kaufmannseigenschaft haben. In seiner Amtseigenschaft handelt er aber nicht unter den Bedingungen dieses Status.

4. Juristische Person als Mitglied eines Gläubigerausschusses

Das OLG Celle³¹ hat darüber zu entscheiden gehabt, ob eine juristische Person Mitglied eines Gläubigerausschusses sein kann, und für den Fall, dass das Insolvenzverfahren über das Vermögen der juristischen Person eröffnet wird, der dort bestellte Insolvenzverwalter die Bestellung des bis dato bevollmächtigten Vertreters widerrufen und in eigener Person an dessen Stelle im Gläubigerausschuss tätig sein kann.

Fall 10: Über das Vermögen der R-GmbH war das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Die R-GmbH war zunächst in einem vom Insolvenzgericht eingesetzten vorläufigen Gläubigerausschuss und später in dem von der Gläubigerversammlung bestellten Gläubigerausschuss Mitglied und hatte sich dort, wie durch die Gläubigerversammlung beschlossen, von einem Herrn F. Vertreten lassen. Der Insolvenzverwalter widerrief die

²⁸ BGH, Urt. v. 20. 9. 2007 – IX ZR 91/06, DZWIR 2008, 77; danach BGH, Urt. v. 26. 3. 2015 – IX ZR 302/13, DZWIR 2015, 433.

²⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2. 7. 2018 – I-12 W 8/18, ZIP 2018, 2125.

³⁰ OLG Zweibrücken, Urt. v. 16. 11. 2018 – 2 U 68/17, ZIP 2018, 2376.

³¹ OLG Celle, Urt. v. 21. 8. 2019 – 13 U 104/17, ZIP 2019, 974.

Bevollmächtigung des F. und begehrte, dessen Platz im Gläubigerausschuss wahrzunehmen. Er nahm, als ihm dies verweigert wurde, die anderen Gläubigerausschussmitglieder auf Feststellung seiner Mitgliedschaft in Anspruch.

Das OLG Celle hält die Feststellungsklage für zulässig, da es sich bei der Mitgliedschaft in einem Gläubigerausschuss um ein Rechtsverhältnis handle, dass der klagabweisenden Feststellung zugänglich sein. Das Rechtsschutzinteresse des klagenden Insolvenzverwalters sei daraus begründet, dass er als Partei kraft Amtes für die Gläubigerin R ein bestmögliches wirtschaftliches Ergebnis aus der Abwicklung des über das Vermögen der K-GmbH eröffneten Insolvenzverfahrens habe. In der Sache hat das OLG Celle darauf erkannt, auch eine juristische Person könne Mitglied eines Gläubigerausschusses sein. Der Insolvenzverwalter habe insoweit die Vollmacht, die dem Vertreter der juristischen Person zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben im Gläubigerausschuss erteilt worden sei, wirksam nach § 168 Satz 2 und 3 BGB widerrufen. Es ist freilich zweifelhaft, ob es dieser Konstruktion und eines besonderen Widerrufs der Vollmacht bedarf. Würde ein gesetzlicher Vertreter für die juristische Person handeln, läge es nahe, dass der Insolvenzverwalter diesem Handelnden das weitere Handeln untersagen und kraft seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis anstelle des Gesellschaftsorgans tätig werden könnte. Denn es handelt sich hier nicht um den Eigenbereich der Gesellschaft oder eine Überschneidungsbereich, sondern um den genuine Bereich der Insolvenzverwaltung selbst, da über Fragen massezugehörigen Vermögens bzw. über Fragen der Vermehrung der Masse (hier: in dem über das Vermögen der R-GmbH eröffneten Insolvenzverfahren) gilt. Betrachtet man die §§ 115, 116 InsO, liegt es sogar nahe, die Vollmacht, die dem Vertreter F erteilt worden ist, mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens als erloschen anzusehen.

IV. Eigenverwaltung

1. Umsatzsteuer als Masseverbindlichkeit

Der BFH³² hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem der Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens Leistungen erbracht hatte, für die das Entgelt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens an ihn erbracht wurde, in dem antragsgemäß die Eigenverwaltung angeordnet worden war. Der BFH erörtert hier, dass dieser Fall sich strukturell nicht von dem unterscheidet, in dem das Insolvenzverfahren

nach § 27 Abs. 1 Satz 1 InsO unter Bestellung eines Insolvenzverwalters eröffnet worden ist. Wenn dies der Fall ist, wird die aufgrund der Vereinnahmung des Entgelts nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens anfallende Umsatzsteuer als Masseverbindlichkeit behandelt, was, wie der BFH ausführt, auch europarechtlich nicht zu beanstanden ist. Nichts anderes gilt, wenn die Eigenverwaltung des Schuldners angeordnet worden ist. Der BFH führt aus, dass auch in diesem Fall ein Vermögensbeschluss stattfindet und das pfändbare Vermögen des Schuldners zur Konkursmasse wird. Der eigenverwaltende Schuldner ist dabei Amtsträger in eigenen Angelegenheiten.

2. Begründung von Masseverbindlichkeiten im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren

Der IX. Zivilsenat des BGH³³ hat sich der Ansicht des OLG Jena³⁴ angeschlossen, wonach der Insolvenzschnuldner im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren keine Masseverbindlichkeiten begründet, wenn er nicht vom Insolvenzgericht hierzu ausdrücklich ermächtigt worden ist.

Fall 11: Der Entscheidung lag ein nach Stellung des Eigenantrags durch den Schuldner unter gleichzeitiger Beantragung der Anordnung der Eigenverwaltung eingeleitetes Eröffnungsverfahren zu Grunde, in dem der Insolvenzschnuldner keinen Antrag nach § 270a InsO und keinen Antrag auf Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren gestellt hatte. Im Eröffnungsverfahren zahlte der Schuldner an das Finanzamt 80.000 € Umsatzsteuer. Im eröffneten Insolvenzverfahren forcht der zum Sachwalter bestellte Kläger die Zahlung an.

Der IX. Zivilsenat des BGH ist dem OLG Jena als Berufungsgericht darin gefolgt, dass die Umsatzsteuerforderung des Finanzamts als nicht nachrangige Insolvenzforderung nach § 38 InsO zu qualifizieren sei. Mit dem ESUG sei, so führt der BGH in seiner Entscheidung aus, die Eigenverwaltung erleichtert worden, um dem Schuldner Maßnahmen zur Sanierung seines Unternehmens zu ermöglichen. Vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sei daher insbesondere von der Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots und der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters verzichtet worden. Daraus ergebe sich die Qualifikation der Rechtsstellung des Schuldners im Eröffnungsverfahren. Anders als ein vorläufiger Insolvenzverwalter, dem unter Anordnung eines

32 BFH, Urt. v. 27. 9. 2018 – V R 45/16, DZWIR 2019, 18.

33 BGH, Urt. v. 22. 11. 2018 – IX ZR 167/16, DZWIR 2019, 137 mit Bespr. Martini, DZWIR 2019, 112.

34 OLG Jena, Urt. v. 22. 6. 2016 – 7 U 753/15, ZIP 2016, 1741.

allgemeinen Verfügungsverbots die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das schuldnische Vermögen nach § 22 Abs. 1 InsO eingeräumt wird, steht dem Schuldner, wie der IX. Zivilsenat wörtlich ausführt, »die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen aus eigenem Recht zu«.

Erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommt es zum Beschlag der pfändbaren Vermögensgegenstände des Schuldners nach § 35 Abs. 1 InsO und der Schuldner wird aufgrund der Anordnung der Eigenverwaltung zum Amtswalter in eigenen Angelegenheiten. Auch die Anordnung der Bestellung eines vorläufigen Sachwalters ändert daran, wie der BGH ausführt, nichts. Da der Gesetzgeber, wie § 270 b Abs. 3 InsO zeigt, die Ermächtigung des eigenverwaltenden Schuldners zur Begründung von Masseverbindlichkeiten auf Fälle der gerichtlichen Ermächtigung beschränkt hat, kann im Umkehrschluss nicht von einer analogen Anwendung des §§ 55 Abs. 2 InsO auf die Fälle der Vermögensverwaltung durch den Schuldner im Eröffnungsverfahren nach Stellung des Antrags auf Anordnung der Eigenverwaltung (des vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens) geschlossen werden.

Dies folgert der IX. Zivilsenat des BGH interessanterweise aus dem Verhältnis zwischen § 270 b Abs. 3 InsO auf der einen Seite und § 270 a InsO auf der anderen Seite. Allein aufgrund einer auf § 270 b Abs. 3 InsO gestützten insolvenzgerichtlichen Ermächtigung erlangt der Schuldner die globale oder konkret bestimmte Rechtsmacht, im Eröffnungsverfahren Masseverbindlichkeiten zu begründen. Liegt kein Fall des § 270 b Abs. 3 InsO vor, kann das Insolvenzgericht aber entsprechend § 22 Abs. 2 InsO verfahren. Es kann in diesem Fall nämlich – von Amts wegen – den Schuldner ebenso wie einen vorläufigen Verwalter ermächtigen, wegen genau festgelegter Verpflichtungen die künftige Insolvenzmasse zu belasten. Der Schuldner hat insoweit ebenso wenig wie der Insolvenzverwalter ein Antragsrecht. Darin unterscheidet sich die Lage nach § 270 a InsO von der nach § 270 b Abs. 3 InsO. Der Schuldner, der beim Insolvenzgericht in dem nach § 270 a InsO eingeleiteten Eröffnungsverfahren den »Antrag« stellt, ihn zur Begründung von Masseverbindlichkeiten zu ermächtigen, regt eine entsprechende insolvenzgerichtliche vorläufige Anordnung an, vgl. § 24 Abs. 1 FamFG. Man wird davon auszugehen haben, dass das Insolvenzgericht eine solche Anregung jedenfalls deshalb zu bescheiden hat, weil der Insolvenzschuldner ein eigenes Interesse wegen des weiteren amtswegigen Verfahrens hat, § 24 Abs. 2 FamFG.

Der erkennende Senat lehnt es weiter ab, unter Anwendung des § 55 Abs. 4 InsO die im Eröffnungsverfahren begründeten Umsatzsteuerverbindlichkeiten als (unechte)

Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren. Denn in dem Eröffnungsverfahren nach § 270 a InsO handelt der Insolvenzschuldner nicht mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters; und erst recht handelt nicht ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, so dass die Vorschrift des § 55 Abs. 4 InsO schon ihrem Wortlaut nach nicht zur Anwendung gelangen kann. Und eine Analogie zu ziehen, lehnt der IX. Zivilsenat deshalb ab, weil das Gesetz insoweit eine planwidrige Regelungslücke nicht aufweise. Zum Zeitpunkt der Einfügung des § 55 Abs. 4 InsO durch das Haushaltsbegleitgesetz 2011 habe es zwar das vorläufige Eigenverwaltungsverfahren noch nicht gegeben, da die entsprechenden Vorschriften der §§ 270a ff. InsO erst im darauf folgenden Jahr durch das ESUG in das Gesetz Eingang gefunden haben. Im Gesetzgebungsverfahren war aber die Einbeziehung von Schuldner und vorläufigem Sachwalter im Eröffnungsverfahren nach §§ 270a ff. InsO ausdrücklich verworfen worden.³⁵ Daher werden solche Steuerverbindlichkeiten, die im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren und damit allein vom Schuldner begründet worden sind, nicht von § 55 Abs. 4 InsO erfasst.

V. Insolvenzanfechtung

1. Streitgegenstand des Anfechtungsprozesses

Die vorliegende Entscheidung des IX. Zivilsenats³⁶ zeigt, dass es nicht zu viel Theorie, sondern immer zu wenig brauchbare Theorie für die Praxis gibt. Und der IX. Zivilsenat hilft der insolvenzrechtlichen Praxis dadurch, dass er die Zivilprozessrechtsdogmatik des Streitgegenstandes argumentierend die prozessualen Voraussetzungen genauer gefasst hat, unter denen Insolvenzanfechtungsklagen erhoben werden.

Fall 12: Der Erblasser war Vorstand einer AG, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Der Insolvenzverwalter veräußerte das Anlagevermögen und die immateriellen Vermögenswerte an den Beklagten zu 2, der Alleingesellschafter der Beklagten zu 1 ist. Ein Drittschuldner wollte ein halbes Jahr darauf eine Zahlung in Höhe von 180.000 € an die AG leisten und fragte beim Erblasser an, auf welches Konto dies geschehen solle, der ihm daraufhin ein eigenes Konto mitteilte, auf das die Zahlung tatsächlich erfolgte. Der Erblasser tilgte mit diesen Mitteln eigene Verbindlichkeiten. Durch die neue Gesell-

³⁵ Der Gesetzgeber ist seinerzeit der Stellungnahme der Bundesregierung gefolgt, BT-Drs. 17/5712, S. 67 f.

³⁶ BGH, Urt. v. 22. 11. 2018 – IX ZR 14/18, DZWIR 2019, 143.

schaft (Beklagte zu 1) und deren Gesellschafter massiv dazu aufgefordert, zahlte der Erblasser wenige Wochen nach diesen Vorgängen an den Beklagten zu 2 18.000 € und an die Beklagte zu 1 10.000 €. Etwa ein Jahr später verstarb der Erblasser. Die Nachlasspflegerin verklagte die Beklagten auf Rückzahlung der 28.000 €. Während des Prozesses wurde das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet. Das LG Hamburg wies in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung die Klage ab.

Die Berufung war zulässig. Der Insolvenzverwalter hat den Aktivprozess gemäß § 85 Abs. 1 InsO durch die Berufung gegen das landgerichtliche Urteil aufgenommen. Mit seiner weiteren Klage hat er vor dem LG Köln die Rückzahlung der 28.000 € im Wege der Vorsatzanfechtung begehrt. Auch vor dem OLG Köln blieb er damit erfolglos.

Die Klage der Nachlasspflegerin bewirkte keine anderweitige Rechtshängigkeit der vom Insolvenzverwalter erhobenen Klage. Denn der Streitgegenstand der Klage der Nachlasspflegerin und derjenige der Klage des Insolvenzverwalters war nicht identisch. Freilich scheint vordergründig deshalb eine Identität der Gegenstände vorzuliegen, weil der Antrag beider Klagen auf Zahlung der 28.000 € lautete und gegen die identischen Beklagten gerichtet war. Und geht man ohne nähere Bestimmung von der Definition des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs aus, scheint ein einheitlicher Streitgegenstand deshalb vorzuliegen, weil beiden Klagen ein identischer Lebenssachverhalt zugrunde gelegen zu haben scheint – nämlich die Weiterleitung eines Teilbetrages des vom Erblasser zu Unrecht vereinnahmten Betrages an die Beklagten.

Der Umfang des Streitgegenstandes³⁷ wird indessen unterschiedlich betrachtet. Nach der Lehre vom eingliedrigen Streitgegenstand³⁸ wird der Streitgegenstand allein durch den Antrag als formalisierten Ausdruck des Klagezieles bestimmt. Der Sachverhalt soll dafür grundsätzlich keine Rolle spielen. Durchgesetzt hat sich dagegen der sog. zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff: Der Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) wird demzufolge durch den Klageantrag bestimmt, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet.³⁹ Nach diesen Annahmen wird⁴⁰ der Streitgegenstand durch den

klägerischen Antrag und den vom Kläger dazu vorgetragenen Sachverhalt bestimmt. Antrag und Sachverhalt sind also gleichwertige Elemente des Streitgegenstandes. Darüber hinaus vertritt der EuGH⁴¹ – abweichend vom deutschen Recht – einen sehr weit verstandenen Streitgegenstandsbegriff. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die formale Kongruenz der Klageanträge, sondern auf den »Kernpunkt« des Streits in den verschiedenen Verfahren an, der beiden Klagen gemein ist.

Die herrschende Streitgegenstandslehre geht nach alledem davon aus, dass nicht ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch mit der Klage geltend gemacht wird, der den Streitgegenstand definiert, sondern ein prozessual zu verstehender Anspruch i. S. e. Rechtsfolgenbehauptung, die sich auf alle aus dem vorgetragenen Lebenssachverhalt gegründeten materiell-rechtlichen Ansprüche stützt.

Der BGH⁴² meint, dass mit der Klage nicht etwa ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch geltend gemacht wird. Gegenstand des Rechtsstreits ist der als »Rechtsfolgenbehauptung aufgefasste eigenständige prozessualer Anspruch«. Der IX. Zivilsenat hält damit an der Judikatur des BGH fest, dass daraus folgt, dass der Streitgegenstand des Prozesses, mit dem ein Anleger vertragliche Ansprüche aus einer Vereinbarung über Finanzdienstleistungen gegen einen Finanzdienstleister verfolgt, im Fall einer fehlenden behördlichen Erlaubnis ggf. auch deliktische Ansprüche des Anlegers erfasst. Macht demgegenüber der Anleger aus einer fehlerhaften Beratung Schadenersatzansprüche geltend, betrifft dies einen anderen Streitgegenstand – da der Lebenssachverhalt hier eine besondere Beurteilung erfordert. Man spricht insoweit von einem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff.⁴³ Diese Theorie ist geeignet, unerwünschte Parallelprozesse und widersprechende Entscheidungen zu verhindern. Die Kernpunkttheorie ist zwar von deutschen Gerichten zu beachten⁴⁴, jedoch gilt das »lex-foi-Prinzip«, wonach ein Zivilprozess vor deutschen Gerichten grundsätzlich auch deutschem Prozessrecht unter Einbeziehung der EG-recht-

³⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 92 Rn. 1 ff.

³⁸ Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1956, 233, 234 et passim.

³⁹ BGH, Beschl. v. 24. 3. 2011 – I ZR 108/09, BGHZ 189, 56.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 8. 5. 2007 – XI ZR 278/06, NJW 2007, 2560 = ZIP 2007, 1779; BGH, Urt. v. 19. 11. 2003 – VIII ZR 60/03, BGHZ 157/47 = NJW

2004, 1252; Becker-Eberhard, in: MK-ZPO, Vorb. §§ 253 ff. Rn. 32; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 92 Rn. 10; Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956, 206 ff.

⁴¹ EuGH, Urt. V. 8. 12. 1987 – 144/86, NJW 1989, 665; EuGH, 6. 12. 2004 – C-406/92, NJW 1995, 1883 = ZIP 1994, 943.

⁴² BGH, Urt. v. 25. 10. 2012 – IX ZR 207/11, ZIP 2013, 188.

⁴³ BGH, Urt. v. 19. 12. 1991 – IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 5; Gottwald, in: MK-BGB, § 322 Rn. 111; Büscher, in: Wiezorek/Schütze, ZPO, § 322 Rn. 115 ff.

⁴⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 92 Rn. 21.

lichen Bestimmungen und der jeweiligen Völkerverträge unterliegt.⁴⁵

In dem Fall des Insolvenzanfechtungsprozesses sind aber Besonderheiten zu berücksichtigen, die sich aus den materiellen Wirkungen der prozessualen Stellung des Insolvenzverwalters ergeben – und dabei gleichsam an actionenrechtliche Verknüpfungen erinnern:

Dabei ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, dass sich das Streitvermögen nicht nach der Partei bestimmt, die im Prozess auftritt. Dies wird deutlich, betrachtet man Klagen des Insolvenzschuldners. Der Insolvenzschuldner ist nämlich prozessführungsbefugt, soweit es um beschlagfreies Vermögen geht.⁴⁶ Würde die Klage eines Insolvenzschuldners das beschlagfreie Vermögen betreffen (vgl. § 36 Abs. 1 InsO), wäre eine jede von ihm erhobene Klage zulässig. Es sind aber eine Reihe von Fällen denkbar, in denen zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Insolvenzschuldner streitig ist, auf welche Vermögensmassen sich der Insolvenzbeschluss bezieht. Erhebt nun der Insolvenzschuldner eine Klage und trägt vor, der Gegenstand gehöre zwar zur Masse, er habe aber weiterhin eine Prozessführungsbefugnis, dann streitet er für ein Vermögen, das ihm zwar haftungsrechtlich zugerechnet wird, aber nicht seiner Verwaltung unterworfen ist.⁴⁷ Seine Parteieigenschaft liegt m. a. W. jedenfalls in einem funktionellen Sinn nicht vor.

Im Fall der Insolvenzanfechtung entsteht aber der Insolvenzanfechtungsanspruch (§ 146 Abs. 1 InsO) nach §§ 129 ff. InsO erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit der Bestellung des Insolvenzverwalters gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 InsO – oder bei Anordnung der Eigenverwaltung in der Person des Sachwalters, § 27 Abs. 1 Satz 2, §§ 270, 270 c, 280 InsO. Nur der Insolvenzverwalter kann aufgrund seiner Amtsstellung, die Nachlasspflegerin kann nicht aufgrund ihrer Amtsstellung einen Insolvenzanfechtungsanspruch einklagen – wenn man so will und an der Definition des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs ansetzt, gehört dies zum Lebenssachverhalt. Der BGH hält daran fest, dass die rechtliche Subsumtion Sache des Gerichts sei, und die Parteien daher mit ihrer Klage keinen materiellen Anspruch geltend machten. Freilich ließe es sich denken, dass im vorliegenden Fall der Nachlasspfleger oder in einem Eigenverwaltungs-Fall entgegen § 280 InsO der eigenverwaltende Schuldner ausdrücklich einen Anfechtungsanspruch geltend machte, in welchem

Fall die Klage an der fehlenden Prozessführungsbefugnis scheitern würde. Es käme allenfalls eine seitens des Insolvenzverwalters durch entsprechende Ermächtigung begründete gewillkürte Prozessstandschaft der Nachlasspflegerin – wegen § 85 Abs. 2 InsO nicht dagegen des Schuldners – in Betracht.

2. Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Gläubigerbenachteiligung

a) Fehlende Benachteiligungsabsicht bei Erwartung von Massezufluss

Der IX. Zivilsenat des BGH⁴⁸ hat sich damit zu befassen gehabt, ob der Schuldner mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt, wenn er trotz eingetretener Zahlungsunfähigkeit eine Leistung erbringt, um eine Gegenleistung erlangen zu können.

Fall 13: Die schuldnerische GmbH war tarifvertraglich dazu verpflichtet, monatlich an einen eingetragenen Verein Zahlungen zu erbringen. Bei ausgeglichenem Konto hatte die GmbH gegen den eingetragenen Verein einen Anspruch auf Erstattung der an die Arbeitnehmer ausgezahlten Urlaubsvergütung. Das Konto der Schuldnerin bei der Anfechtungsgegnerin wies Rückstände auf. Der später mit der Anfechtungsklage in Anspruch genommene beklagte Verein erwirkte daraufhin ein Zahlungsurteil gegen die Schuldnerin, die darauf ungefähr 20.000 € zahlte. Der beklagte Verein erstattete der Schuldnerin daraufhin Urlaubsvergütung, die in ihrer Höhe hinter dem gezahlten Betrag zurückblieb.

Die Zahlung hat die Insolvenzgläubiger objektiv benachteiligt, da die Aktivmasse durch sie verkürzt worden ist. Der IX. Zivilsenat hält dabei daran fest, dass eine Vorteilsausgleichung nach schadensrechtlichen Grundsätzen bei der Beurteilung der Gläubigerbenachteiligung im Insolvenzanfechtungsrecht nicht vorzunehmen ist.

Ein Unterschied besteht nur in solchen Fällen, in denen der Vorteil der Masse an die angefochtene Rechtshandlung selbst anknüpft, weil der Anfechtungsgegner im Anschluss an den Empfang der Leistung des Schuldners eine vertraglich vereinbarte, ausgleichende Gegenleistung erbringt.⁴⁹

Der BGH hat daher die vom Beklagten der GmbH erstattete Urlaubsvergütung bei der Beurteilung der Gläubigerbenachteiligung nicht berücksichtigt. Denn die Erstat-

⁴⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 6 Rn. 2f.

⁴⁶ Weber, KTS 1955, 102, 105; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961, 169.

⁴⁷ Henckel, ebda.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 18. 7. 2019 – IX ZR 258/18, DZWIR 2020, 86.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 6. 4. 1995 – IX ZR 61/94, BGHZ 129, 236 = ZIP 1995, 1021; BGH, Urt. v. 13. 3. 2003 – IX ZR 64/02, BGHZ 154, 190, 195 = DZWIR 2003, 291 mit Anm. Gundlach/Schirrmeyer; BGH, Urt. v. 9. 6. 2016 – IX ZR 153/15, ZIP 2016, 1491.

tung der Urlaubsvergütung hing nicht von der erfolgten Zahlung ab. Die Zahlungen waren vielmehr geschuldet aufgrund des zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner bestehenden Dauerschuldverhältnisses. Der Erstattungsanspruch wird aber durch die Beitragszahlung nicht begründet und auch dadurch nicht fällig. In einem engeren oder größeren zeitlichen Abstand zu der Beitragszahlung entsteht ein Erstattungsanspruch aber erst dann, wenn Urlaub gewährt und Urlaubsvergütung durch die GmbH als Arbeitgeber gezahlt worden ist.

Damit stellt sich aber die Frage, ob die Schuldnerin mit Gläubigerbenachteiligungsabsicht gehandelt hat. Hierfür ist die Kenntnis von der eigenen Zahlungsunfähigkeit ein starkes Beweisanzeichen, weil die Schuldnerin davon ausgehen konnte, nicht mehr sämtliche Gläubiger befriedigen zu können.⁵⁰

Allerdings handelt ein Schuldner, wie der BGH meint, nicht mit Gläubigerbenachteiligungsabsicht, wenn er seine Leistung Zug um Zug gegen eine Gegenleistung erbracht hat, die zur Fortführung seines Unternehmens unentbehrlich ist.⁵¹ Eine solche Situation lag hier aus den schon dargelegten Gründen gerade nicht vor. Der BGH hat aber darauf verwiesen, dass dem Schuldner die Gläubigerbenachteiligung verborgen geblieben sein kann, wenn zwar die Voraussetzungen eines bargeschäftlichen Leistungsaustauschs nicht gegeben sind, er aber in der Annahme handelt, eine Gegenleistung in sein Vermögen durch die anfechtbare Rechtshandlung zu veranlassen. Ob dies der Fall war oder nicht, ist Sache der Feststellung durch Tatrichter, weshalb der BGH die Sache an das OLG zurückverwiesen hat. Für den Insolvenzverwalter, der den Anfechtungsprozess zu führen prüft, macht dies alles die Sache nicht einfacher.

b) Fehlende Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht bei Kenntnis vom Sanierungskonzept

Fall 14: Die schuldnerische Gesellschaft hat ein Sicherungskonzept ausarbeiten lassen, auf dessen Grundlage sie mit einer Gläubigerin, der späteren Beklagten, Teilzahlungsvereinbarungen und einen Verzichtvertrag abschloss. Auf der Basis dieser Vereinbarungen zahlte die Schuldnerin mehrere Teilbeträge, insgesamt 65.000 €. Der in dem über das Vermögen der Schuldnerin eröffneten Insolvenzverfahren bestellte Insolvenzverwalter begehrte nach § 133 InsO Rückzahlung.

Die objektiven Voraussetzungen der Anfechtungsklagen lagen vor, da der Schuldner zahlungsunfähig war oder

die Zahlungsunfähigkeit zum Zeitpunkt der Zahlung drohte. Daher kann von einem konkreten Beweisanzeichen für die subjektive Seite des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners ausgegangen werden. Dagegen hat der erkennende Senat⁵² zutreffend in Frage gestellt, ob der Gegner Kenntnis hiervon hatte, da der Anfechtungsgegner in Kenntnis des Sanierungskonzepts mit dem Schuldner kontrahiert und auf dieser Grundlage die Zahlung empfangen hat. Insoweit führt der IX. Zivilsenat überzeugend aus, an die Kenntnis des Gegners von der Invalidität oder fehlenden Tragfähigkeit eines Sanierungskonzepts seien geringere Anforderungen zu stellen als im Fall des Schuldners selbst.

3. Recht des Gesellschafterdarlehens

a) Anwendung des § 142 InsO⁵³

Fall 15: Der Gesellschafter hatte der GmbH ein Darlehen gegeben. Im schriftlichen Darlehensvertrag war vereinbart, dass die GmbH auf den Zeitpunkt des Übergangs des Eigentums an gelieferten Pkw seitens des Herstellers auf die GmbH die Pkw dem Gesellschafter sicherungsübereigne. Später hat die GmbH das Darlehen an den Gesellschafter zurückgezahlt und dieser das Eigentum an den PKW an die GmbH rückübertragen, also die Sicherheit zurückgegeben.

Geht man allein vom Wortlaut des § 135 InsO aus, scheint es so zu sein, dass hier ein Gesellschafterdarlehen zurückgezahlt worden ist und dies in dem über das Vermögen der insolvenzschuldnerischen Gesellschaft eröffneten Insolvenzverfahren angefochten werden kann. Das OLG Karlsruhe geht aber davon aus, dass hier mit der Rückgabe der Sicherheit ein Bargeschäftsregeln unterfallendes Austauschverhältnis vorlag. § 142 InsO sei, so das OLG, auf alle Tatbestände der Insolvenzanfechtung anwendbar, so auch auf diejenigen der Anfechtung wegen Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens. Da in dem vom OLG entschiedenen Fall Sicherheit und Darlehensvaluta gleichwertig waren, kam nach seiner Ansicht § 142 InsO zum Zuge. Dem ist der BGH entgegengetreten:

b) Keine Anwendung des § 142 InsO

Vgl. hierzu die Entscheidung des BGH sogleich unter V. 3. g.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 9. 2. 2017 – IX ZR 224/16, ZIP 2017, 1863.

⁵¹ BGH, Urt. v. 4. 5. 2017 – IX ZR 285/16, DZWIR 2017, 475; BGH, Beschl. v. 27. 9. 2018 – IX ZR 313/16, DZWIR 2019, 132.

⁵² BGH, Urt. v. 28. 3. 2019 – IX ZR 7/18, ZIP 2019, 1537.

⁵³ OLG Karlsruhe, Urt. v. 8. 3. 2018 – 9 U 67/16, ZIP 2018, 1987.

c) Mittelbare Gesellschafterstellung

Der IX. Zivilsenat des BGH⁵⁴ hat darauf erkannt, dass die Darlehensforderung eines Unternehmens einem Gesellschafterdarlehen auch unter der Voraussetzung gleichzustellen und damit gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu subordinieren ist, wenn ein an der darlehensnehmenden Gesellschaft lediglich mittelbar beteiligter Gesellschafter an der darlehensgewährenden Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist. Dem lag der im Folgenden vereinfacht wiedergegebene Sachverhalt zu Grunde:

Fall 16: Über das Vermögen der B GmbH & Co. KG war das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Mehrheitskommanditistin der Schuldnerin ist die B.K. AG. Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Schuldnerin und Vorstand der B.K. AG ist G. S. G.S. ist mit 50 % der Gesellschaftsanteile Gesellschafter der A. GmbH. Diese hält 10 % der Aktien der B.K. AG. Die Beklagte, ebenfalls eine GmbH & Co. KG, hatte der Schuldnerin ein befristetes Darlehen über 690.000 € gewährt, von dem die Schuldnerin einen Teilbetrag i. H. v. 20.000 € zurückgezahlt hatte. An der Beklagten waren G.S. als alleiniger Kommanditist und als Komplementärin die G. GmbH beteiligt, deren alleinige Gesellschafterin die B.K. AG war. Geschäftsführer ist G.S. Der Gesellschaftsvertrag der GmbH sah vor, dass die Gesellschafter durch Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit der Stimmenanteile Maßnahmen der Komplementärin für zustimmungsbedürftig erklären konnten. Der G.S. verfügte über die Stimmenmehrheit in der G GmbH & Co. KG.

Dass die gesellschaftsrechtliche Verbindung, aufgrund derer zwischen einem Darlehensgeber und einem Darlehensnehmer das gegebene Darlehen als Gesellschafterdarlehen i. S. v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO qualifiziert wird und damit anderen Forderungen, die in der Insolvenz des Darlehensnehmers als nicht nachrangige Forderung nach § 38 InsO angemeldet werden, subordiniert wird, setzt entweder eine vertikale Verbindung oder eine horizontale Verbindung zwischen den Gesellschaften voraus. Entscheidend ist, dass die maßgebliche Beteiligung gegeben ist, wenn der Gesellschafter auf die Entscheidung des hilfeleistenden Unternehmens bestimmenden Einfluss nehmen kann, was die Entscheidung über Gewährung oder den Abzug der Leistung an das andere Unternehmen umschließt. Der BGH führt zu Recht aus, der Gesellschafter könne sich seiner Verantwortung nicht entziehen, wenn er eine oder mehrere Gesellschaften zwischenschaltet. Solange die mit der die Sicherung kein Kleinbeteiligtenprivileg nach § 39 Abs. 5 InsO hervorruft, bleibt es bei § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Die mittelbare Beteiligung des G.S. an der Schuldnerin entsprach wirtschaftlich einem Anteil

von weniger als 4 %. Das Kleinbeteiligtenprivileg kommt aber nicht zur Anwendung, weil G.S. als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auch die Geschäfte der Schuldnerin führte.

Eine horizontale Verbindung hat in dem vom BGH entschiedenen Fall vorgelegen, da die B.K. AG als Kommanditistin Gesellschafterin der Schuldnerin und zugleich Alleingesellschafterin der GmbH als persönlich haftender Gesellschafterin der ebenfalls als GmbH & Co. KG verfassten Beklagten war. Dies folgert der BGH allerdings nicht bereits aus § 164 Satz 1 HGB. Die Gesellschafter konnten mit einfacher Mehrheit Geschäfte des Komplementärs für zustimmungsbedürftig erklären.

Der BGH führt zu Recht aus, der Gesellschafter könne sich seiner Verantwortung nicht entziehen, wenn er eine oder mehrere Gesellschaften zwischenschaltet. Solange die mit der die Sicherung kein Kleinbeteiligten Privileg nach § 39 Abs. 5 InsO hervorruft, bleibt es bei § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Die mittelbare Beteiligung des G.S. an der Schuldnerin entsprach wirtschaftlich einem Anteil von weniger als 4 %. Das Kleinbeteiligtenprivileg kommt aber nicht zur Anwendung, weil G.S. als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auch die Geschäfte der Schuldnerin führte.

d) Rückführung eines Gesellschafterdarlehens und Gläubigerbenachteiligung

Der BGH hat darauf erkannt, dass die Gläubigerbenachteiligung nicht beseitigt wird, die in der Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens liegt, wenn der Gesellschafter die empfangenen Darlehensmittel zum Zweck der Erfüllung einer von ihm übernommenen Kommanditeinlagepflicht an die Muttergesellschaft der Schuldnerin weiterleitet, die der Schuldnerin anschließend Gelder in gleicher Höhe auf der Grundlage einer von ihr übernommenen Verlustdeckungspflicht zur Verfügung stellt.⁵⁵ Dem lag folgender, hier vereinfacht wiedergegebener Sachverhalt zu Grunde:

Fall 17: Die Schuldnerin war die P-GmbH, deren Muttergesellschaft, die P GmbH & Co. KG war. Alleiniger Komplementär der Muttergesellschaft war die P-Verwaltungs-GmbH. Alleiniger Kommanditist der Muttergesellschaft und Alleingesellschafter der P-Verwaltungs-GmbH war der Beklagte. Am 20. 2. 2013 hat die Schuldnerin vom Beklagten ein Darlehen i. H. v. 100.000 € erhalten und am 7. 3. 2013 den Darlehensbetrag an den Beklagten zurückgezahlt, der noch am gleichen Tag als Kommanditeinlage i. H. v. 100.000 € diesen Betrag an die Muttergesell-

54 BGH, Urt. v. 15. 11. 2018 – IX ZR 39/18, DZWIR 2019, 286.

55 BGH, Urt. v. 2. 5. 2019 – IX ZR 67/18, DZWIR 2020, 30.

schaft gezahlt hat die ebenfalls am gleichen Tag eine Verlustausgleichszahlung über diesen Betrag an die Schuldnerin erbrachte.

Es wäre verfehlt, hier auf die Idee zu kommen, die schuldenrische Gesellschaft stünde genauso, wie sie vor der Rückzahlung des Darlehens an den Beklagten gestanden habe. Der IX. Zivilsenat des BGH führt vielmehr aus, ausschlaggebend sei es, ob die entsprechende Rückgewähr des Anfechtungsgegners eindeutig zu dem Zweck erfolge, dem Schuldner den entzogenen Vermögenswert wiederzugeben, womit die Verkürzung der Haftungsmasse ungeschehen gemacht werde. Die Gläubigerbenachteiligung entfällt dann, wenn der Gesellschafter die empfangenen Zahlungen an die Gesellschaft noch vor Verfahrenseröffnung zurückzahlt. Ein etwaiger Rückgewähranspruch entsteht erst mit der Verfahrenseröffnung. Aber der BGH legt eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an, aufgrund derer die Wiederherstellung der ursprünglichen Vermögenslage auch in der Verhinderung der Entstehung eines Anspruchs anfechtungsrechtlich dessen Erfüllung gleichzustellen ist.

Die bei der Schuldnerin eingetretene Gläubigerbenachteiligung wurde durch die Zahlung an die Muttergesellschaft nicht behoben. Denn der Beklagte hat den zurückgeführten Darlehensbetrag 100.000 € nicht erneute der Schuldnerin zur Verfügung gestellt, wie der BGH ausdrücklich ausführt. Er hat nicht den drohenden Rückzahlungsanspruch abgewendet, sondern an die Muttergesellschaft zum Zweck der Tilgung seiner eigenen Kommanditeinlageschuld gezahlt.

Ob der Beklagte rechtlich seine Kommanditeinlageschuld unter Einsatz von Mitteln aus Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens wirksam hatte legen können oder ob eine rechtsgrundlose Zahlung an die Muttergesellschaft vorgelegen hat, hat der BGH offengelassen. Zwar kann grundsätzlich eine Zahlung, die den Zweck der Leistung auf eine Kapitalerhöhung verfehlt, bei der vorausgegangen Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens gegen den anfechtungsrechtlichen Erstattungsanspruch in Anrechnung gebracht werden. Eine solche Anrechnung würde aber voraussetzen, dass der Empfänger der rechtsgrundlosen Leistung mit dem Träger des Anfechtungsanspruchs identisch sei. Dies war aber hier nicht der Fall. Durch diese Zahlung kann eine Gläubigerbenachteiligung bei der Tochtergesellschaft nicht rückgängig gemacht werden.

Der Beklagte hätte daher zur Leistung auf den Kapitalerhöhungsanspruch an die Muttergesellschaft 100.000 € und an die Schuldnerin zur Abwendung des Anfechtungsanspruchs weitere 100.000 € zahlen müssen.

Die Muttergesellschaft hat durch ihre Zahlung eine eigene Verbindlichkeit aus Verlustdeckungshaftung getätigt. Damit ist die Muttergesellschaft nicht etwa Leistungsmittler des Beklagten gewesen.

e) Übertragung der Grundsätze der anfechtungsrechtlichen Kontokorrent-Judikatur auf Hin- und Herzahlung beim Gesellschafterdarlehen

Mit seiner Entscheidung aus dem Juni 2019⁵⁶ hat der IX. Senat des BGH seine zum Kontokorrent entwickelten Grundsätze auf die Insolvenzanfechtung der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen in solchen Fällen angewendet, in denen Gesellschafter und Gesellschaft taggleiche Hin- und Herzahlungen im Rahmen eines darlehensähnlichen Verhältnisses ohne wirksamen anderen Rechtsgrund vornehmen. Dann soll eine darlehensgleiche Forderung nur in Höhe des Saldos in Betracht kommen.

Fall 18: Die Schuldnerin war ein Maklerunternehmen, deren Alleinaktionärin die F KG aA war. Mit ihr bestand ein Gewinnabführungsvertrag, aufgrund dessen sich die Schuldnerin verpflichtete, an die F ihren gesamten Gewinn abzuführen. Aufgrund einer weiteren Rahmenvereinbarung sollte F der Schuldnerin zur Überbrückung von Liquiditätsengpass Darlehen im Rahmen einer Kontokorrentvereinbarung geben. Dies führte in der Folgezeit dazu, dass die Schuldnerin und die F ständig Hin- und Herzahlungen vornahmen. Zwischen Auszahlung und Rückzahlung der jeweils überlassenen Beträge lag ein Zeitraum zwischen 40 und höchstens 94 Tagen.

Der BGH neigt in seiner Begründung des Nachrangs des Zahlungsanspruchs aus einem Gesellschafterdarlehen nunmehr zu einer an der Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters orientierten Art der Begründung,

»der Nachrang beruht auf der Bereitschaft des Gesellschafters, der Gesellschaft Mittel zur Finanzierung zur Verfügung zu stellen«.⁵⁷

Der durch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO angeordnete Nachrang trägt der Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters Rechnung.⁵⁸ Der Gesellschafter soll das mit der Darlehensgewährung verbundene Risiko nicht auf die Gemeinschaft der Gesellschaftsgläubiger abwälzen können.

Der BGH hatte in dem Zusammenhang zur prüfen, ob etwas anderes gilt, wenn der Darlehensvertrag im konkre-

⁵⁶ BGH, Urt. v. 27. 6. 2019 – IX ZR 167/18, DZWIR 2020, 346.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 27. 6. 2019 – IX ZR 167/18, Rn. 23, DZWIR 2020, 346; der BGH verweist insoweit auf *Schoppmeyer*, WM 2018, 353, 318.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 14. 2. 2019 – IX ZR 149/16, DZWIR 2019, 576 mit Bespr. *Riedemann/Wollring*, DZWIR 2019, 564.

ten Fall wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder als Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig sein sollte. Überzeugend wird ausgeführt, dass es für die Qualifikation der Rückforderung nicht darauf ankommt, ob ein nichtiges Geschäft vorgelegen hat. Denn die Nichtigkeit, sei es aus § 138 Abs. 1 BGB oder aus § 117 BGB, führt allein dazu, dass der den Geldbetrag dem anderen Teil Überlassende keine Zinsen als Gegenleistung verlangen kann. Die überlassene Valuta kann dagegen bereicherungsrechtlich zurückgefordert werden. Dieser Bereicherungsanspruch steht wirtschaftlich dem aus einem wirksamen Darlehensvertrag resultierenden Rückzahlungsanspruch nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB gleich; die Überlassung von Valuta durch den Gesellschafter stellt sich daher als darlehensgleiche Handlung dar, die in Ansehung der aus ihr resultierenden Rückzahlungsansprüche der Subordination nach § 39 Abs. 1 InsO oder bei der Anfechtung im Fall der durchgeführten Rückzahlung nach § 135 Abs. 1 Satz 1 InsO unterworfen ist.

Da es um die Zuweisung der Finanzierungsverantwortung und des Insolvenzrisikos zum finanziellen Gesellschafter geht, können eine Abwicklung im Rahmen von Hin- und Herzahlungen von Darlehensgewährung und Darlehensrückzahlungen dazu führen, dass das Insolvenzrisiko insoweit nicht erhöht wird, wie der IX. Zivilsenat ausführt. Bei Einhaltung der kontokorrentähnlichen Handhabung kommt es danach anfechtungsrechtlich allein auf den Vergleich zwischen dem Höchststand und dem Stand im Anfechtungszeitraum an.

Typischerweise ist die Darlehensvaluta zu verzinsen, so dass sich der Darlehensvertrag als entgeltliche Überlassung des Darlehenskapitals auf Zeit darstellt.⁵⁹

Wird die Verzinsung des Darlehenskapitals vereinbarungsgemäß gefordert und zahlt der Darlehensnehmer (der Schuldner) hierauf vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen, kommt § 135 Abs. 1 InsO wegen der Zinszahlungen nicht zur Anwendung – was die Anfechtung aus anderen Gründen freilich nicht ausschließt.

Im eröffneten Insolvenzverfahren ist dagegen nach allgemeinen Grundsätzen die Forderung des nachrangigen Gläubigers auf Zahlung von Zinsen auf seine sofortige Darlehensforderung nachrangig, auch deshalb, weil im Übrigen stehengelassene Zinsforderungen dem Darlehen wirtschaftlich entsprechen.

War dagegen der Darlehensvertrag aus den oben genannten Gründen nichtig, konnte der darlehensgebende Gesellschafter Zinszahlungen nicht verlangen. Die Forde-

rung auf Darlehenszinsen kann dann einem Gesellschafterdarlehen gleich geachtet werden.

Wird zugleich über das Vermögen des Gesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet und hat der Gesellschaft aus seinem Vermögen der Gesellschaft Mittel unter Rückzahlungsabrede überlassen, kann der im Gesellschaftersolvenzverfahren bestellte Insolvenzverwalter die Darlehensgewährung als maßgebliche Rechtshandlung anfechten. Damit steht sich die durch den Gesellschaftersolvenzverwalter geltend gemachte Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO und die des Gesellschaftersolvenzverwalters gegenüber. Der Gesellschaftersolvenzverwalter kann nun einredehalber der Anfechtung nach § 135 Satz 1 Nr. 2 InsO entgegenhalten, dass die Darlehensgewährung, die der Rückzahlung vorangegangen war, ihrerseits anfechtbar sei.

Die Auszahlung des Darlehensbetrages vom IX. Zivilsenat des BGH wird als Erfüllung des Gesellschafterdarlehens als entgeltlichen Vertrags mit einer nahestehenden Person i.S.v. § 133 Abs. 4 InsO angesehen, da der Vertragsbegriff dort weit auszulegen ist.⁶⁰ Dass hier eine nahe stehende Person gegeben war, folgt zwanglos § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Die Auszahlung des Darlehensbetrages ist, wie der IX. Zivilsenat des BGH ausführt, nicht ipso jure Gläubiger benachteiligend und damit anfechtbar. Denn es kommt zu einem Aktivtausch, da das ausgezahlte Geld gegen einen Rückzahlungsanspruch oder bei Nichtigkeit des Darlehensvertrages einen Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Var. BGB ausgetauscht wird. Anders verhält es sich dagegen, wenn die Rückforderung der Auszahlung der Darlehensvaluta nicht gleichwertig ist. Der Umstand allein, dass im Insolvenzfall der Darlehensrückzahlungsanspruch nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO subordiniert ist, begründet allenfalls eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung. Unmittelbar gläubigerbenachteiligend ist dagegen die Darlehensgewährung, wenn der Rückzahlungsanspruch nicht durchsetzbar wäre. Das ist nicht der Fall, wenn das jederzeit fällig gestellt werden kann, was hier der Fall war, wie den im Rahmen der Hin- und Herzahlungen sich ergebenden Tilgungen entnommen werden kann.

Zwischen darlehensgebendem Gesellschafter und der Darlehensnehmerin war vereinbart, dass die Schuldnerin eine Gegenleistung, nämlich die Verzinsung, erbringen sollte. Damit kam eine Behandlung als unentgeltlicher Vertrag nicht in Betracht. Dies gilt auch bei Nichtigkeit des Darlehensvertrags als Scheingeschäft oder wegen Sitten- oder Gesetzesverstoßes. Der Leistende, der seine Leistung aufgrund der Konditionssperre des § 817 Satz 2 BGB

⁵⁹ BGH, Urt. v. 15. 11. 2018 – IX ZR 229/17, DZWIR 2019, 133.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 1. 7. 2010 – IX ZR 58/09, DZWIR 2010, 470.

nicht zurückfordern kann, erbringt eine unentgeltliche Leistung i.S.v. § 134 Abs. 1 InsO. Wenn der Bereichungsschuldner eine erhaltene Leistung trotz des ihm zustehenden Leistungsverweigerungsrechts erstattet, ist dies inkongruent, aber nicht unentgeltlich, da er eine zwar nicht durchsetzbare, aber doch bestehende Verbindlichkeit erfüllt.

f) Stehenlassen wegen Nichteinforderns von Verbindlichkeiten der Gesellschaft

Mit seinem Urteil aus dem Juli 2019 hat der IX. Zivilsenat des BGH⁶¹ eine einem Gesellschafterdarlehen gleiche Überlassung von Liquidität durch den Gesellschafter an die Gesellschaft näher bestimmt.

Fall 19: Aufgrund Ende 2008 erbrachter vertraglicher Dienstleistungen bestand eine Verbindlichkeit der Schuldnerin gegenüber der später beklagten Tochtergesellschaft ihrer Gesellschafterin, auf die hin die Schuldnerin am 1. 7. 2009 an die Beklagte 31.135,60 € gezahlt hat. Alleinige Gesellschafterin sowohl der Schuldnerin als auch der Beklagten ist eine Gesellschaft mit Sitz in Spanien.

Hieraus schließt der IX. Senat zutreffend, dass eine hinreichende horizontale Verbindung über die Alleingesellschafterin der Schuldnerin und der die Leistung annehmenden Gesellschaft gegeben war.

Zwar rührt der Anspruch der Beklagten, auf den hin die Schuldnerin geleistet hat, aus einem Dienstleistungsvertrag als Austauschgeschäft im weitesten Sinn her – nicht etwa aus einer Darlehensgewährung. Darauf kommt es aber nicht an, da mit dem Stehenlassen der im Jahr 2008 entstandenen Forderung bis zur Jahresmitte 2009 die Beklagte der schuldnerischen Gesellschaft die entsprechende Liquidität belassen hat. Bei einer rechtlich vereinbarten oder tatsächlichen Stundung der Forderung werden, wie der IX. Zivilsenat des BGH aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise überzeugend ausführt, die Wirkungen eines Vereinbarungsdarlehens erreicht. Nun liegt es auf der Hand, dass Zahlungsziele von bis zu 30 Tagen die erbrachte Leistung noch in dem Bereich des Bargeschäftsprivilegs rücken würden. Und im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Verbindungen wird durch die Vereinbarung längerer Zahlungsziele häufig auf die wechselseitigen Bedürfnisse von Gesellschaften Rücksicht genommen. Der BGH orientiert sich nun aber bei der Frage, wann eine Fälligkeitsabrede in eine faktische Dar-

lehensgewährung umschlägt, an der Vorschrift des § 271a BGB. Diese Vorschrift geht davon aus, dass Fälligkeitsvereinbarungen, die Zahlungsziele von mehr als 60 Tagen vorsehen, nur dann wirksam sind, wenn sie ausdrücklich getroffen und in Bezug auf die Belange des Gläubigers nicht grob unbillig sind. In dem vom BGH zu entscheidenden Fall war der Zeitraum, der unter Zugrundelegung dieser Vorschrift als übliches Zahlungsziel angesehen werden kann, ohne Zweifel überschritten, so dass von einer Umqualifizierung des stehen gelassenen Betrages zu einem Gesellschafterdarlehen ausgegangen werden konnte.

g) Grundpfandrechtliche Besicherung des Gesellschafterdarlehens

Fall 20: Zur Beschaffung des für Immobiliengeschäfte erforderlichen Eigenkapitals sammelte die Schuldnerin, eine GmbH, mit der Ausgabe von Anleihen Geld ein. Zur Sicherung der Gläubiger hat die Schuldnerin an den erworbenen Grundstücken Grundschulden bestellt. Auch die Beklagte, die 100 %ige Tochtergesellschaft der Alleingesellschafterin der schuldnerischen Gesellschaft war, erwarb Anleihen. Die Besicherung der Forderungen der Anleihegläubiger fand dadurch statt, dass die von den Anleihegläubigern gezahlten Gelder treuhänderisch verwaltet und auf die Treuhänderin Grundpfandrechte an den erworbenen Grundstücken bestellt wurden. Die Sicherung der Anleihegläubiger erfolgte dann über einen entsprechenden Treuhandvertrag. In dem über das Vermögen der Schuldnerin eröffneten Insolvenzverfahren meldete die Beklagte zunächst ihre Forderung aus den Anleihen zur Tabelle an, nahm dann aber nach dem Hinweis des Insolvenzverwalters auf § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO die Forderungsanmeldung zurück. Der Insolvenzverwalter nahm dann die Beklagte mit der Anfechtung der Bestellung der Sicherheiten durch Anfechtung des Treuhandvertrages klagweise in Anspruch. Er begehrt weiter zunächst Auskunft darüber, ob die Beklagte ihre Anleihen weiterveräußert hat.

Der erkennende Senat⁶² lehnt es zunächst ab, aus einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht einen Anspruch des Insolvenzverwalters gegen den Beklagten abzuleiten, Auskunft zu erteilen. Denn die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, dahingestellt, ob sie denn auch bei Liquidation der Gesellschaft noch fort dauert, hat nicht den Schutz der Gläubiger der Gesellschaft zum Gegenstand. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gründete sich allein in der Mitgliedschaft der Gesellschafter.

Der BGH sieht aber einen Auskunftsanspruch des Verwalters im Hinblick auf Insolvenzanfechtungsansprüche für möglicherweise gegeben.

⁶¹ BGH, Urt. v. 11. 7. 2019 – IX ZR 210/18, ZIP 2019, 1675.

⁶² BGH, Urt. v. 14. 2. 2019 – IX ZR 149/16, DZWIR 2019, 576 mit Bespr. Riedemann/Wollring, DZWIR 2019, 564.

Zwar ist der Beklagte nicht aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung auskunftspflichtig. Wohl aber aufgrund allgemeiner Treuepflichten, die der BGH aus § 242 BGB ableitet. Dies wird damit begründet, dass ansonsten eine Gestaltung gewählt werden könnte, mit der die Übertragung von Anlagen die gesellschaftsrechtliche Verstrickung verdecken könnte. Das leuchtet ein. Ein methodisches »Geschmäckle« bleibt, dass jedoch sehr stark vom Ergebnis her argumentiert wird, was aber schon deshalb richtig ist, weil der Zessionar, ohne dass die Herkunft seines Rechts dem Insolvenzverwalter bekannt wäre, unter Verdeckung der ihn betreffenden Verstrickung seiner Forderung (§ 404 BGB) diese Insolvenzverfahren betreiben könnte.

Angefochten hatte der Kläger nicht die Bestellung der Grundschulden, sondern den Treuhandvertrag, der zugunsten der Anleihegläubiger geschlossen worden ist. Diesen Vertrag ficht aber der Insolvenzverwalter nicht vollständig an, sondern nur soweit, wie der Beklagten Rechte aus ihm eingeräumt worden sind.

Damit stellt sich die Frage, ob nicht die Hingabe des Geldes auf der einen Seite und die Besicherung der Forderung durch den Vertrag auf der anderen Seite dem Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO unterfallen. Dafür spricht zwar die Gesetzessystematik. Der BGH leitet aber aus einer teleologischen Betrachtungsweise des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ab, dass diese Vorschrift an ältere Konstruktionen des eigenkapitalersetzenden Darlehens anknüpft, die bereits vor der Einführung eines Bargeschäftsprivilegs mit der Insolvenzordnung den Schutz der Gläubiger gegen das Risiko der Gesellschafterdarlehensgewährung bezweckt haben. Vor diesem Hintergrund lehnt es der BGH ab, das Bargeschäftsprivileg auf diese Konstellationen anzuwenden.

4. Werthaltigmachen sicherungszielter Forderungen, § 130 InsO

Fall 21: Der in dem über das Vermögen der insolvenzschuldnerischen GmbH eröffneten Insolvenzverfahren bestellte Insolvenzverwalter hat Forderungen eingezogen, die von der Insolvenzschriftnerin vor Insolvenz im Rahmen einer Globalsicherungsziession auf den späteren Kläger als Sicherungsziessionar übertragen worden waren. Der beklagte Insolvenzverwalter vertrat die Auffassung, die Globalsicherungsziession sei anfechtbar gewesen.

Das OLG Karlsruhe⁶³ hat zunächst die Bestellung der Sicherheit als bare Deckung i. S. v. § 142 Abs. 1 InsO qualifi-

ziert und dies darauf gegründet, dass die Globalsicherungsziession eine angemessene Sicherheit für den seinerzeit neu auszureichenden Kredit dargestellt habe. Die Globalsicherungsziession sei im Übrigen kongruent erfolgt, was in der Lage beim sog. Werthaltigmachen der sicherungsziessionierten Forderungen entspricht. Etwas anderes könnte sich nur unter der Voraussetzung ergeben, dass der gesicherte Gläubiger zum Zeitpunkt der sicherungsweisen Abtretung die Zahlungsunfähigkeit oder drohende Zahlungsunfähigkeit des Sicherungsgebers gekannt habe. Das war im vorliegenden Fall nicht so.

VI. Recht der Gläubigeranfechtung

Mit der vorliegenden Entscheidung hat der BGH⁶⁴ zur Anfechtung der Übertragung eines wertausschöpfend belasteten Grundstückes entschieden.

Fall 22: Zwangsvollstreckungsschuldner waren die zwischenzeitlich wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöschte GmbH sowie deren Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer W. Die M-GmbH und W.M. hatten in Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Grundstück erworben und den Erwerb fremdfinanziert. Dieser Kredit war mit einer erstrangigen Grundschuld i. H. v. 340.000 DM gesichert worden. Zwei im Rang danach eingetragene Eigentümergrundschulden hatten W.M. und die M-GmbH an Dritte abgetreten. An rangletzter Stelle war für den späteren Kläger eine Sicherungshypothek im Grundbuch eingetragen. Die Schuldner veräußerten für 400.000 DM das Grundstück an die Beklagte, die die bestehenden Belastungen mit dinglicher Wirkung übernahm und auch den Kaufpreis zahlte. Zuvor hatte der Kläger bereits rechtskräftige Zahlungstitel gegen die Schuldner erwirkt. Er erhob Anfechtungsklage gegen die Beklagte und gegen den Schuldner. Gegen ihre Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung wandte sich die Beklagte mit der Revision, die vom IX. Zivilsenat des BGH zugelassen wurde.

Der Zahlungstitel war gegen W.M. und die M-GmbH als Gesamtschuldner gerichtet. Der Vermögensgegenstand befand sich aber im Vermögen der von beiden gebildeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Teilrechtsfähigkeit in der Judikatur mit der Folge anerkannt wird, dass Gläubiger in das Vermögen der GbR nach § 766 ZPO hätten vollstrecken können. Voraussetzung hierfür ist ein Titel gegen die Gesellschaft. Aber auch ein gegen sämtliche Gesellschafter erwirkter Titel ermöglicht dem Gläubiger die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen aufgrund der persönlichen Mithaftung der Gesellschafter.

⁶³ OLG Karlsruhe, Urt. v. 29. 5. 2018 – 9 U 94/16, ZIP 2018, 2032.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 13. 9. 2018 – IX ZR 190/17, DZWIR 2019, 41.

Damit sind Titel gegen die rechtsfähige Außengesellschaft bürgerlichen Rechts vollstreckungsrechtlich denen, die gegen sämtliche Gesellschafter erlangt sind, gleichgestellt – und dies setzt sich konsequent im Recht der Gläubigeranfechtung fort, was sich zwanglos daraus ergibt, dass dem Gläubiger die vor der anfechtbaren Handlung bestehende Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in einen bestimmten Vermögensgegenstand des Schuldners erhalten werden soll.

Fraglich war hier aber, ob eine Gläubigerbenachteiligung nach § 1 Abs. 1 AnfG vorgelegen hat. Denn es stellt sich die Frage, ob die letztrangige Sicherungshypothek in der Zwangsversteigerung des Grundstücks hätte zum Zuge kommen können. Dies ist nicht bereits dann der Fall, wenn vorrangig eingetragene Belastungen in anfechtbarer Weise bestellt worden wären. Denn der Erwerber als Anfechtungsgegner muss dem betreibenden Gläubiger nach § 2 AnfG den Vollstreckungszugriff ermöglichen, den dieser ohne die anfechtbare Rechtshandlung gehabt hätte. Daraus ergibt sich aber, dass der Gläubiger die Vollstreckung nur aus der Rangstelle betreiben kann, die er ohne die anfechtbare Rechtshandlung – die Veräußerung der Immobilie – gehabt hätte. Mit seiner Anfechtung gegen den Erwerber kann daher der betreibende Gläubiger nicht zugleich den Anfechtungsanspruch gegen den Zessionar der Eigentümergrundschulden geltend machen. Anders wäre dies nur, wenn der weitere Anfechtungsanspruch wegen der Zession der Eigentümergrundschulden sich ebenfalls gegen den Erwerber des Grundstücks richten würde, was hier aber nicht der Fall war.

VII. Vergütungsrecht

1. Rechtsbehelfe im Vergütungsfestsetzungsverfahren

Fall 23: Das Insolvenzgericht hat nach Schlussrechnungslegung des Verwalters auf dessen Antrag hin seine Vergütung und Auslagen festgesetzt. Das Insolvenzverfahren war noch nicht abgeschlossen und es wurden Zuschläge i. H. v. 900 % der Regelvergütung zugrunde gelegt. Dagegen wandten sich 13 Insolvenzgläubiger mit der sofortigen Beschwerde. Die Einzelrichterin am Landgericht hat die sofortige Beschwerde einzelner Gläubiger als unzulässig verworfen und im Fall der übrigen die sofortigen Beschwerden als unbegründet zurückgewiesen. Die Einzelrichterin hat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen. Alle Beschwerdeführer haben dagegen Anhörrungsrüge und die Gegenvorstellung erhoben. Dies hat die Einzelrichterin zurückgewiesen und ihren zunächst gefällten Beschluss durch Festsetzung eines neuen Beschwerdewerts berichtigt. Die Beschwerdekammer des Landgerichts hat dann mit weiterem Beschluss entschieden, auf die Gegenvorstellung der Beschwerdeführer hin

das Verfahren auf die Kammer zu übertragen, hat den Beschluss der Einzelrichterin teilweise abgeändert und die Rechtsbeschwerde zugelassen.

Der IX. Zivilsenat des BGH⁶⁵ hat die Rechtsbeschwerde als zulässig angesehen. Die nachträgliche Zulassung der Rechtsbeschwerde war allerdings rechtsfehlerhaft, wie noch im Weiteren auszuführen sein wird. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde erfolgte aber durch die neue Entscheidung der Kammer am Landgericht, und insoweit ist diese neue Entscheidung, wie der IX. Zivilsenat ausführt, der Überprüfung durch den BGH unterstellt worden.

Die Abänderung der Entscheidung der Einzelrichterin durch die Kammer war aber verfahrensfehlerhaft. Denn eine Übertragung der Angelegenheit von dem Einzelrichter auf die Kammer kommt nur dann in Betracht, wenn ein entsprechender Beschluss des Einzelrichters vorliegt. An diesem hat es hier aber gefehlt, so dass der BGH von Amts wegen zu berücksichtigen hatte, dass die Zuständigkeit der Kammer hier nicht begründet war.

Im Übrigen war das Landgericht an die bereits zur Vergütung des Insolvenzverwalters gefällte Entscheidung der Einzelrichterin deshalb gebunden, weil eine Abänderung durch § 118 ZPO ausgeschlossen wird. Im übrigen hatte die Einzelrichterin die Anhörrungsrüge zurückgewiesen, so dass auch im Übrigen keinen Raum für eine Abänderung der von ihr gefällten Entscheidung in Betracht kam; der BGH hält in der vorliegenden Entscheidung daran fest, dass eine Gegenvorstellung auch nicht geeignet ist, die formelle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung zu durchbrechen, da damit bildet die verfahrensrechtliche Sicherheit der Entscheidungen des Gerichts infrage gestellt würde.

2. Erhöhung der Berechnungsgrundlage durch aus Insolvenzverwaltung erzielte Erlöse

Der IX. Zivilsenat des BGH⁶⁶ hat im Januar 2019 darüber zu entscheiden gehabt, inwieweit die Berechnungsgrundlage für die Vergütung des Insolvenzverwalters durch solche Erlöse erhöht wird, die aus Insolvenzverwaltung erlangt worden sind.

⁶⁵ BGH, Beschl. v. 18. 10. 2018 – IX ZB 31/18, DZWIR 2019, 46 mit Bespr. U. Keller, DZWIR 2019, 10.

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 10. 1. 2019 – IX ZB 40/18, DZWIR 2019, 288.

Fall 24: Der Entscheidung lag die Festsetzung der Vergütung eines im Nachlassinsolvenzverfahren bestellten Insolvenzverwalters zu Grunde. Der Festsetzung seiner Vergütung lagen u. a. durchgesetzte Anfechtungsansprüche zu Grunde.

Der IX. Zivilsenat des BGH hält daran fest, dass zu der Berechnungsgrundlage für die Festsetzung der Vergütung die zum Zeitpunkt der Beendigung der Tätigkeit des Verwalters dem gesicherten und verwalteten Vermögen zu behandelnden Vermögenswerte gehören. Dazu zählen alle Massezuflüsse, die in die Masse gelangt sind und diese erhöht haben. Allerdings dient die Insolvenzanfechtung nach § 328 Abs. 1 InsO der Befriedigung derjenigen Gläubiger, deren Forderungen auf vom Erblasser eingegangenen Verpflichtungen beruhen.

VIII. Verfahrensrechtliche Probleme

1. Reichweite der Rechtskraft nach § 178 Abs. 3 InsO

Fall 25: Das Finanzamt hatte in dem über das Vermögen des Schuldners eröffneten Insolvenzverfahren eine Umsatzsteuerforderung zur Tabelle angemeldet und in der Erläuterung zur Tabellenanmeldung darauf hingewiesen, es handele sich um eine Steuerberechnung, der die Forderungsanmeldung zugrunde liege, und nicht um eine Steuerschätzung. Weder vom Insolvenzverwalter noch von der Insolvenzschriftführerin wurde die angemeldete Umsatzsteuerforderung bestritten. Später wurde der Schuldnerin die Restschuldbefreiung erteilt. Sie wandte sich danach gegen eine Inanspruchnahme wegen der Umsatzsteuerforderung.

Der BFH⁶⁷ hat in diesem Fall darauf erkannt, dass in dem über das Vermögen des Steuerschuldners eröffneten Insolvenzverfahren an die Stelle der Steuerfestsetzung die Feststellung der Forderung zur Tabelle tritt. Da im Fall des Ausbleibens eines Widerspruchs gegen die Tabellenfeststellung im Prüfungstermin die Feststellung in ihren rechtlichen Wirkungen denen entspricht, die ein Urteil hätte, wie § 178 Abs. 3 InsO bestimmt, ist später eine Anfechtung mittels förmlichen Rechtsbehelfs wie dem Einspruch, der Klage, der Nichtzulassungsbeschwerde oder der Revision ausgeschlossen.

2. Zeugnisverweigerungsrecht im Forderungsfeststellungsprozess

Fall 26: Die Klägerin macht gegen den Insolvenzverwalter, der in dem über das Vermögen des Zeugen eröffneten Insolvenzverfahren bestellt worden ist, die Feststellung einer Forderung in Höhe von 2.600.000 € zur Insolvenztabelle geltend, die der Beklagte bestritten hatte. Der Zeuge habe als faktischer Geschäftsführer Vermögensbetreuungspflichten verletzt, woraus ein Anspruch aus unerlaubter Handlung nach § 833 Abs. 2 BGB, § 266 StGB herzuleiten sei. Das vom Zeugen angeführte Zeugnisverweigerungsrecht wurde von den Vorinstanzen für unrechtmäßig erklärt, wogegen sich der Zeuge mit der Rechtsbeschwerde gewehrt hat.

Der II. Zivilsenat des BGH⁶⁸ hat darauf erkannt, dass dem Insolvenzschriftführer, der in dem Tabellenfeststellungsprozess als Zeuge vernommen werden soll, ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 384 Nr. 1 ZPO zusteht. Nach § 384 Nr. 1 ZPO kann das Zeugnis verweigert werden über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu der er in einem der im § 383 Nr. 1-3 ZPO bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde. § 385 ZPO normiert die Fälle, in denen das Zeugnisverweigerungsrecht des Zeugen gemäß § 383 Nr. 1 bis 3 ZPO und § 384 Nr. 1 ZPO ausgeschlossen ist; dies ist nach Nr. 4 der Vorschrift der Fall, wenn über die auf das streitige Rechtsverhältnis sich beziehenden Handlungen, die von ihm selbst als Rechtsvorgänger oder Vertreter einer Partei vorgenommen sein sollen. Hier war der Insolvenzverwalter die beklagte Partei, die, wie der II. Zivilsenat zutreffend ausführt, als Partei kraft Amtes tätig war. Der BGH lehnt hier die Anwendung des §§ 385 Nr. 4 ZPO ab, weil der Insolvenzverwalter als beklagte Partei nicht der Rechtsnachfolger des Insolvenzschriftführers sei. Er begründet dies u. a. mit dem Zweck des §§ 384 Nr. 1 ZPO, der den Insolvenzschriftführer, der als Zeuge vernommen wird, vor einer selbst Belastung schützen soll, die er bei Einhaltung der ihnen obliegenden Wahrheitspflicht vornehmen müsste.

3. Anmeldung einer Schadenersatzforderung wegen Verletzung einer Vertragsabschlusspflicht des Schuldners

Der IX. Zivilsenat des BGH⁶⁹ hatte im Oktober 2018 darüber zu entscheiden, wie der zur Zeit der Insolvenzeröffnung bestehende, gegen den Insolvenzschriftführer gerichtete

67 BFH, Beschl. v. 5. 7. 2018 – XI B 17/18, DZWIR 2018, 567.

68 BGH, Beschl. v. 20. 11. 2018 – II ZB 22/17, DZWIR 2019, 235.

69 BGH, Urt. v. 11. 10. 2018 – IX ZR 217/17, DZWIR 2019, 96.

tete Anspruch des Gläubigers auf Abschluss eines Vertrages insolvenzrechtlich zu qualifizieren und wie ein solcher Anspruch im Insolvenzverfahren, das über das Vermögen des Schuldners eröffnet worden ist, geltend zu machen sei. Dem Urteil lag folgender, hier vereinfacht wiedergegebene Sachverhalt zu Grunde:

Fall 27: Die Klägerin hatte ein Gewerbegrundstück im August 2002 an eine E. GmbH vermietet. Im Oktober 2003 schlossen die spätere Klägerin, die E. GmbH, und die Schuldnerin eine »Mietbeitrittsvereinbarung«, in der sich die Schuldnerin dazu verpflichtete, auf Verlangen des Vermieters in alle Rechte und Pflichten neben dem Mieter in den Mietvertrag einzutreten, wenn dieser die Zahlung einstellen oder gegen ihn Insolvenzantrag gestellt werde. Am 30. 10. 2008 wurde über das Vermögen der E-GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Der in diesem Verfahren bestellte Insolvenzverwalter kündigte den Mietvertrag zum 31. 1. 2009. Über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 1. 11. 2008 das Insolvenzverfahren eröffnet und der spätere Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Vor der Kündigung des Mietvertrages durch den Insolvenzverwalter der E. GmbH, nämlich mit Schreiben vom 15. 12. 2008, hatte die Klägerin ca. 16 Mio. € mit der Begründung zur Insolvenztabelle angemeldet, ihr stünden Schadenersatzansprüche gegen die Schuldnerin zu, da sie durch Nichtabschluss des Mietvertrages ihre Pflichten aus der Mietbeitrittsvereinbarung verletzt habe. Sie sei daher verpflichtet, die Klägerin so zu stellen, als habe seit dem 1. 2. 2009 ein Mietvertrag bestanden.

Das Berufungsgericht hatte die Mietbeitrittsvereinbarung dahingehend ausgelegt, nicht bereits durch das Abschlussverlangen der späteren Klägerin, sondern erst durch eine entsprechende Annahmeerklärung der Schuldnerin hätte es zum Abschluss eines Mietvertrages kommen können. Von dieser Auslegung ist der IX. Zivilsenat als für ihn bindend ausgegangen. Vor diesem Hintergrund kommt es darauf an, welche Forderung der Klägerin zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin zugestanden hat. Dies konnten keine Forderungen aus dem Mietvertrag sein, sondern allein eine Forderung auf Abschluss eines Mietvertrages – die sich als Insolvenzforderung gemäß § 38 InsO darstellt. Um diese Forderung durch Anmeldung zur Tabelle (§§ 87, 174 InsO) in dem über das Vermögen des Schuldners eröffneten Insolvenzverfahren geltend machen zu können, hätte die Klägerin zunächst den Wert des Anspruchs auf Abschluss eines Mietvertrages nach § 45 Satz 1 InsO bestimmen und die daraus resultierende Forderung zur Tabelle anmelden müssen.

Der IX. Zivilsenat hält dabei an seiner in Nichtzulassungsbeschluss vom 12. 11. 2015⁷⁰ wiederbelebten Auffassung fest, der Anspruchsgrund müsse zwar bei der An-

meldung zur Tabelle wegen § 181 InsO und § 183 InsO angegeben werden; eine rechtliche Einordnung der Forderung sei aber nicht erforderlich. Der vorliegende Fall zeigt aber deutlich, dass dies nicht überzeugend ist, und sich eine Orientierung an der SKLM-Entscheidung⁷¹ empfiehlt.

4. Anforderungen des europäischen Insolvenzrechts an die Forderungsanmeldung

Der EuGH⁷² hat auf eine Vorlagefrage des Oberlandesgerichts Wien darüber zu entscheiden gehabt, wie streng die Anforderungen sind, die nach dem Recht der Europäischen Union an die Forderungsanmeldung im Insolvenzverfahren anzulegen sind. In dem zugrundeliegenden Fall waren Angaben zum Entstehungszeitpunkt der Forderung nicht gemacht worden, der aber aus den vorgelegten Belegen abgeleitet werden konnte.

Ausgangspunkt der Überlegungen, die der EuGH angestellt hat, war, dass eine Forderungsfeststellung zur Tabelle nur im Rahmen eines Insolvenzverfahrens dann erhoben werden konnte, wenn die Höhe, die Richtigkeit oder der Rang der Forderungen bestritten wurde, sofern der anmeldende Gläubiger darüber Angaben gemacht hat. Der EuGH hat darauf erkannt, dass die EuInsVO insoweit Mindestanforderungen an die Forderungsanmeldung stellt. Dabei ist die Phase der Forderungsanmeldung von der Phase der Forderungsprüfung zu unterscheiden. Heute ist nach der neuen Fassung der EuInsVO ein Standardformular für die Forderungsanmeldung zu nutzen; nach altem Recht sind dagegen die Mindestanforderungen zurückhaltend auszulegen. Anforderungen, die darüber hinaus von mitgliedstaatlichen Insolvenzrechten gestellt werden, dürfen dagegen die Zulässigkeit der Forderungsanmeldung von Gläubigern aus anderen Mitgliedstaaten nicht einschränken.

5. Rücknahme der Forderungsanmeldung

Der IX. Zivilsenat des BGH⁷³ hat über die Tabellenfeststellungsklage eines Gläubigers gegen den Insolvenzverwal-

⁷⁰ BGH, Beschl. v. 12. 11. 2015 – IX ZR 313/14, ZIP 2016, 30.

⁷¹ BGH, Urt. v. 5. 7. 2007 – IX ZR 221/05, DZWIR 2008, 103 mit Bespr. Cranshaw, DZWIR 2008, 89.

⁷² EuGH GA (Yves Bot), Schlussantr. v. 4. 4. 2019 – C-47/18, ZIP 2019, 827; EuGH, Urt. v. 18. 9. 2020 – C-47/18, ZIP 2019, 1872.

⁷³ BGH, Urt. v. 11. 4. 2019 – IX ZR 79/18, ZIP 2019, 1024.

ter zu entscheiden gehabt, der nach der Durchführung des Prüfungstermins gegenüber dem Insolvenzverwalter die Teilrücknahme der angemeldeten und bestrittenen Forderung erklärt hatte. Mit seiner Tabellenfeststellungsklage betrieb der Gläubiger aber die Feststellung auch des durch Rücknahme erledigten Teils seiner Forderung.

Fraglich war, ob die Tabellenfeststellung zulässig war. Denn sofern eine wirksame Rücknahmeerklärung vorgelegen hat, war damit die Zulässigkeitsvoraussetzung der Tabellenfeststellungsklage deshalb weggefallen, weil wegen des zurückgenommenen Teils der Forderung keine Anmeldung mehr vorlag. Die Anmeldung in der Form des § 174 Abs. 1 InsO ist Sachurteilsvoraussetzung der Tabellenfeststellungsklage nach § 179 InsO.

Bis zur Feststellung der angemeldeten Forderung zur Tabelle ist die vollständige ebenso wie die teilweise Rücknahme ihrer Anmeldung zulässig. Anders als wegen der Anmeldung der Forderung, für die § 174 Abs. 1 Satz 1 InsO ausdrücklich normiert, dass sie gegenüber dem Insolvenzverwalter zu erfolgen hat, trifft die Insolvenzordnung keine Regelung darüber, wem gegenüber die Rücknahme einer angemeldeten Forderung zu erklären ist. Der erkennende Senat trifft insoweit eine Differenzierung. Nach § 175 Abs. 1 Satz 2 InsO hat der Insolvenzverwalter die Tabelle mit den Anmeldungen und den beigelegten Urkunden innerhalb des ersten Drittels des Zeitraums, der zwischen dem Ablauf der Anmeldefrist und dem Prüfungstermin liegt, in der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen. Man könnte aus dieser Vorschrift den Schluss ziehen, dass hier eine gesetzlich normierte Zäsur vorliegt, mit der die Pflege der Tabelle auf das Insolvenzgericht übergeht; dies wäre aber ein Trugschluss, denn die Vorbereitung des Prüfungstermins durch die »Pflege« der Tabelle obliegt bis zum Prüfungstermin dem Insolvenzverwalter. Es ist durchaus überzeugend, dass der IX. Zivilsenat die Abhaltung des Prüfungstermins als zeitliche Zäsur des Überganges der Empfangszuständigkeit für Erklärungen der Gläubiger betreffend ihrer angemeldeten Forderungen vom Insolvenzverwalter auf das Insolvenzgericht ansieht. Erklärt wie in dem vom BGH entschiedenen Fall der Gläubiger die Rücknahme der angemeldeten Forderung nach Abhaltung des Prüfungstermins gegenüber dem Insolvenzverwalter, stellt sich die Frage, ob damit die Rücknahmeerklärung gleichwohl wirksam wird. Der BGH bejaht diese Frage unter der Voraussetzung, dass der Insolvenzverwalter die Rücknahmeerklärung an das Insolvenzgericht weitergeleitet hat. Die Rücknahmeerklärung ist eine Verfahrenshandlung des Gläubigers. Es ist daher überzeugend, wenn der IX. Zivilsenat die Frage der Vornahme der Verfahrenshandlung vor einer unzuständigen Stelle mit pa-

rallel gelagerten zivilprozessualen Lagen vergleicht: Wird eine Rechtsmittelschrift und die Begründung einer Rechtsmittelschrift an das falsche Gericht adressiert, geht sie gleichwohl beim zuständigen Gericht ein, wenn das unzuständige Gericht sie an das zuständige weiterleitet und sie damit in dessen Verfügungsgewalt gerät. Gleiches gilt für die Rücknahme von Rechtsmitteln im Zivilprozess. Etwas anderes gilt nur, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen sollten, dass die Rücknahme nur gegenüber dem unzuständigen Gericht ausgesprochen werden sollte. Gestützt auf § 4 InsO überträgt der erkennende Senat dies auf die Rücknahme oder Teilrücknahme einer im Forderungsfeststellungsverfahren angemeldeten Forderung. Liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gläubiger die Teilrücknahme ausschließlich gegenüber dem Insolvenzverwalter, nicht aber – wie erforderlich – gegenüber dem Insolvenzgericht erklären wollte, kommt es also darauf an, ob der Insolvenzverwalter die Rücknahmeerklärung weitergeleitet hat.

6. Verfahrensunterbrechung ausländischen Patentrechtsstreits

Der Patentsenat des BGH⁷⁴ hat darauf erkannt, dass auch die Eröffnung eines inländischen oder anerkennungsfähigen ausländischen Insolvenzverfahrens über das Vermögen desjenigen, der beim Deutschen Patent- und Markenamt die Löschung einer Marke wegen absoluter Schutzhindernisse beantragt, zur Unterbrechung des Verfahrens führt. Voraussetzung dafür ist, dass der Löschantragsteller und der Markeninhaber Wettbewerber sind.

IX. Recht des Insolvenzplans

1. Nachhaftung des Schuldners

Der BFH⁷⁵ hat darauf erkannt, dass Einkommensteuerschulden, die im eröffneten Insolvenzverfahren als Masseverbindlichkeiten zu berichtigen gewesen wären, von den Wirkungen eines Insolvenzplanverfahrens nicht erfasst werden. Dem lag der folgende, hier vereinfacht wiedergegebene Sachverhalt zu Grunde:

Fall 28: Der Kläger, ein Rechtsanwalt, war an einer Sozietät beteiligt, die mit Gesellschafterbeschluss vom Dezember 2010 zum 31. 12. 2010 aufgelöst wurde. Über das Vermögen des Klägers

⁷⁴ BGH, Beschl. v. 31. 1. 2019 – I ZB 114/17, ZIP 2019, 773.

⁷⁵ BFH, Urt. v. 23. 10. 2018 – VII R 13/17, ZIP 2019, 85.

wurde im August 2011 das Insolvenzverfahren eröffnet, in dem der Insolvenzverwalter den auf den Kläger entfallenden Teil am Liquidationserlös zur Insolvenzmasse vereinnahmte. Beim später beklagten Finanzamt ging im Mai 2013 eine Einkommensteuererklärung des Klägers ein, in dem die Einkünfte aus der aufgelösten Sozietät nicht erklärt worden waren. Im August 2013 bestätigte das Insolvenzgericht einen vom Kläger als Schuldner erstellten Insolvenzplan. Später im Jahr 2013 änderte das Finanzamt die Einkommensteuerfestsetzung. Dagegen wandte sich der Kläger.

Bei der auf die Vereinnahmung des Anteils am Liquidationserlös der Sozietät entfallenden Einkommensteuer handelte es sich, wie der erkennende VII. Senat feststellt, um eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 2. Hs. InsO.

Diese Masseverbindlichkeit hätte gegen den Insolvenzverwalter geltend gemacht und aus der Masse befriedigt werden müssen, § 53 InsO. Die Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach § 258 Abs. 1 InsO, so meint der erkennende Senat, steht nun aber der Geltendmachung der Steuerforderung nicht entgegen. Dafür wird als Argumente ins Feld geführt, dass Masseforderungen nicht plandispositiv sind.

Diese Art der Entscheidung widerspricht dem Grundsatz, dass der Schuldner nicht für Masseverbindlichkeiten haftet.

2. Besteuerung des Sanierungsgewinns

Der BFH⁷⁶ hält an seiner bisherigen Rechtsprechung⁷⁷ fest, wonach die Steuerforderung wegen der Besteuerung des Sanierungsgewinns keine vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete Insolvenzforderung i.S.d. § 38 InsO ist. Der Rechtsgrund für diesen Steueranspruch ist nämlich mit der Durchführung des Insolvenzplans gelegt. Es handelt sich somit um eine Masseverbindlichkeit.

3. Insolvenzplan: Kontrolle nach § 250 InsO

Das AG Köln⁷⁸ hatte als Insolvenzgericht im Verfahren nach § 250 InsO über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Fall 29: Der darstellende Teil des in dem über das Vermögen des Schuldners eröffneten Insolvenzverfahren eingereichten In-

solvenzplan sah keine Mitteilungen über zwei Gesellschaftsbeteiligungen des Schuldners vor. Im Erörterungs- und Abstimmungstermin haben vier von sechs erschienenen oder vertretenen Gläubigern für den Insolvenzplan gestimmt, zwei Gläubiger haben dem Insolvenzplan deshalb nicht zugestimmt, weil der darstellende Teil keine Mitteilungen über die Gesellschaftsbeteiligungen vorsah. Der Schuldner äußerte sich hierzu in dem Sinn, die Gesellschaftsbeteiligungen seien wertlos. Zwar habe das Insolvenzgericht bei einer Internetrecherche die Homepage einer Gesellschaft öffnen können. Er, der Schuldner habe aber versucht, diese Homepage zu »parken«, was nunmehr auch geschehen sei. Denn, wie der Schuldner an Eides statt versicherte, tätigten die Gesellschaften keine Geschäfte. Sie erzielten keine Umsätze und er erhalte aus ihnen keine Vergütung. Liquidität gäbe es bei den Unternehmen nicht mehr. Er habe die Firmen seit Jahren bezuschusst.

Da der darstellende Teil des Plans den Gläubigern all die Informationen liefern soll, derer sie bedürfen, um eine Entscheidung über Annahme oder Verwerfung der Zustimmung zum Plan zu fällen, bedarf es insbesondere auch einer Mitteilung über Gesellschaftsanteile des Schuldners. Und dies auch für den Fall, dass solche Anteile wertlos sein mögen. Die Angaben des Plans müssen jedenfalls so detailliert sein, dass sie die Gläubiger in Stand setzen, durch die zur Verfügung gestellten Informationen eine entsprechende Entscheidungsgrundlage zu erhalten.

4. Antragsbefugnis des Schuldners und des Sachwalters nach § 253 Abs. 4 InsO

Fall 30: In dem über das Vermögen der S AG eröffneten Insolvenzverfahren hatte die eigenverwaltende Schuldnerin einen Insolvenzplan vorgelegt, der von allen Abstimmungsgruppen mit Ausnahme der Gruppe der Aktionäre mit den erforderlichen Mehrheiten angenommen worden war. Alle Aktien an der Gesellschaft sollten danach auf die Sp. S.á.r.L. übertragen werden. Das im Wege einer vereinfachten Kapitalherabsetzung auf 0 € herabgesetzte Grundkapital sollte durch eine kombinierte Bar- und Sachkapitalerhöhung auf 1 Mio. € erhöht werden. Die Sp. S.á.r.L. verpflichtete sich, im Falle der rechtskräftigen Bestätigung des Insolvenzplans bestimmte Maßnahmen vorzunehmen. Das Amtsgericht bestätigte den Insolvenzplan unter Anwendung des § 245 InsO. Die beschwerdeführenden Aktionäre konzidieren, dass eine hundertprozentige Befriedigung der Gläubiger vorgesehen sei. Sie würden aber kompensationslos enteignet. Die Sp. S.á.r.L. erklärte Ende Oktober 2018, an ihre Verpflichtung aus der Verpflichtungserklärung nur bis zum 30. 11. 2018 gebunden zu sein, sofern zu diesem Datum der Bestätigungsbeschlusses noch nicht rechtskräftig sei. Der Sachwalter beantragte, die sofortige Beschwerde im Rahmen des Freigabeverfahrens nach § 253 Abs. 4 Satz 1 InsO zurückzuziehen.

⁷⁶ BFH, Beschl. v. 15. 11. 2018 – XI B 49/18, ZIP 2019, 427.

⁷⁷ BFH, Urt. v. 2. 10. 2014 – I R 39/13, ZIP 2015, 141.

⁷⁸ AG Köln, Beschl. v. 15. 5. 2019 – 72 IN 269/17, ZIP 2019, 1182.

Das LG München⁷⁹ folgte dem LG Berlin in seiner »Suhrkamp«-Entscheidung⁸⁰, dass sowohl der eigenverwaltende der Schuldner als auch der Sachwalter zur Stellung des Antrags nach § 253 Abs. 4 InsO befugt sind. Die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde nach dieser Vorschrift ist nur dann ausgeschlossen, wenn mit ihr ein besonders schwerer Rechtsverstoß gerügt wird. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff findet sich auch in § 246 a AktG und ist, wie das LG München meint, ebenso wie in dieser Vorschrift eng auszulegen. Denn zwei Gutachter hatten im Verfahren den Aktienwert mit 0€ bewertet, so dass jedenfalls vor dem Hintergrund der Frage nach einem besonders schweren Rechtsverstoß zulasten der beschwerdeführenden Aktionäre daran gezweifelt werden konnte, ob diese tatsächlich beeinträchtigt sein konnten. Und das Landgericht hat die überzeugender Auffassung vertreten, dass die Zugrundelegung dieser Gutachten durch das Insolvenzgericht nicht auf den ersten Blick als grob rechtsfehlerhaft anzusehen war.

Ein von den Aktionären vorgelegtes Gutachten, das einen Aktienwert von 18,69€ ermittelte, hat das Landgericht wegen der Eilbedürftigkeit der Entscheidung als rechtlich unbedenklich zu vernachlässigen angesehen. Denn verfahrensrechtlich ist die von § 253 Abs. 4 InsO geforderte Interessenabwägung auf der Grundlage einer Glaubhaftmachung der entscheidungserheblichen Tatsachen gemäß § 294 ZPO vorzunehmen wonach es genügt, dass das Gericht das Überwiegen der Nachteile einer Verzögerung des Planvollzuges für die vom Insolvenzplan Betroffenen gegenüber den wirtschaftlichen Nachteile für wahrscheinlich erachtet. Das Überwiegen der Interessen der anderen Beteiligten lag bereits in der durch den Plan gewährleisteten hundertprozentigen Befriedigung der Gläubiger.

X. Europäisches Insolvenzrecht

Der EuGH⁸¹ hat mit seinem Urteil aus dem Februar 2019 über die Frage der internationalen Zuständigkeit im Fall einer auf deliktische oder quasi-deliktische Ansprüche gegen einen an der Benachteiligung der Gläubigergemeinschaft Beteiligten Dritten gerichteten Schadenersatzklage eines Insolvenzverwalters entschieden. Der EuGH hat es abgelehnt, in einer solchen Klage ein Annexverfahren

(Art. 6 EuInsVO) zu sehen. Dies ist im Unterschied zu solchen Fällen nachvollziehbar, in denen es um anfechtungsrechtliche Fragen geht, die inzidenter wie in Fällen der Aufrechnung des Gegners der zu fällenden Entscheidung ihr Gepräge geben. Überzeugend hat der Gerichtshof ausgeführt, dass aus dem Gesichtspunkt der lückenlosen Erfassung von zivilgerichtlichen Verfahren durch EuInsVO und Brüsseler Übereinkommen Schadenersatzklagen dem Letzteren unterfallen.

XI. Massearmut (Masseunzulänglichkeit und Massebedürftigkeit)

1. Anfechtungsanspruch und Verwaltervergütung im massebedürftigen Verfahren⁸²

Fall 31: In einem Nachlassinsolvenzverfahren war nur eine Forderung i.H.v. 6.000€ angemeldet worden. Ein zur Insolvenzmasse gehörendes Kfz hatte der Verwalter verwertet und einen Erlös von 2.600€ erzielt. Nach dem Tod der Erblasserin waren aus zwei Lebensversicherungsverträgen an die Alleinerben, denen kein unwiderrufliches Bezugsrecht eingeräumt war, 30.000€ ausgezahlt worden. Deswegen nahm der Insolvenzverwalter die Erben im Wege der Schenkungsanfechtung in Anspruch. Die zur Tabelle angemeldete Forderung wurde durch die Erben und Anfechtungsgegnerin befriedigt, die daraufhin die Einstellung des Insolvenzverfahrens nach § 207 InsO, hilfsweise nach § 212 InsO beantragte. Der Insolvenzverwalter stellte Vergütungsantrag, mit dem er 6.600€ Vergütung zuzüglich 1.600€ Auslagen geltend machte. Das Insolvenzgericht gab dem Antrag statt und legte eine Berechnungsgrundlage zu Grunde, die sich aus dem Erlös der Fahrzeugverwertung und dem Anfechtungsanspruch zusammensetzte. Das Insolvenzgericht bewertete dies mit der Summe von Insolvenzforderung i.H.v. 6.000€, Gerichtsgebühren i.H.v. 638€ zuzüglich der Verwaltervergütung i.H.v. 9.880,82€. Dagegen wandte sich die Erbin mit der sofortigen Beschwerde.

Da bei der Einstellung des Insolvenzverfahrens nach § 212 oder § 13 InsO der Insolvenzverwalter nach § 214 Abs. 1 InsO zuvor die unstreitigen Masseansprüche zu berichtigen hat, muss zunächst die Vergütung festgesetzt werden. Der BGH meint nun, dass der Anfechtungsgegner im Wege der Ausgleichshaftung der Insolvenzgläubiger für die Befriedigung der Forderung des anmeldenden Gläubigers aus der Insolvenzmasse (mit-)haftet, aber auch für die Kosten des Insolvenzverfahrens, also die Befriedigung der

⁷⁹ LG München I, Beschl. v. 28. 11. 2018 – 14 T 12593/18, ZIP 2018, 2426.

⁸⁰ LG Berlin, Beschl. v. 20. 10. 2014 – 51 T 696/14 – Suhrkamp, DZWIR 2015, 35 mit Bespr. Böcker, DZWIR 2015, 10.

⁸¹ EuGH, Urt. v. 6. 2. 2019 – Rs. C-535/17, ZIP 2019, 524.

⁸² BGH, Beschl. v. 14. 2. 2019 – IX ZB 25/17, ZIP 2019, 735.

Massegläubiger. Daher meint der IX. Zivilsenat, der Anfechtungsanspruch sei neben dem erzielten Verwertungserlös vergütungsrechtlich zu berücksichtigen.

Dabei muss sich der BGH mit einer Reihe von Problemen auseinandersetzen, deren erstes darin besteht, dass im vorliegenden Fall nur ein einziger Insolvenzgläubiger vorhanden war. Dies stehe, so führt der Senat aus, der Insolvenzanfechtung nicht entgegen, da nach § 129 Abs. 1 InsO auch solche Rechtshandlungen der Insolvenzanfechtung unterworfen werden, die auch die in nur einem Insolvenzgläubiger bestehende »Gesamtheit« der Insolvenzgläubiger benachteiligt.

Schwieriger ist schon zu begründen, weshalb denn die Insolvenzanfechtung im Fall der Massebedürftigkeit (Massearmut i. e. S.) nach § 207 InsO zulässig sein soll.

Der BGH hat diesen Streit schon früher entschieden und eine Insolvenzanfechtungsklage nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter für zulässig gehalten. Er hat die Gegenmeinung abgelehnt, dass eine Benachteiligung gerade der Insolvenzgläubiger unter diesen Voraussetzungen nicht schon deswegen entfalle und sich der Ansicht angeschlossen, dass dies für die Anfechtung bedeutungslos sei.

Da viele Verfahren nur unter der Voraussetzung eröffnet werden können, dass der Verwalter durch Obsiegen in einem Insolvenzanfechtungsprozess »aus der Masseunzulänglichkeit herauskommt«, wäre es verfehlt, für derartige Konstellationen dem Insolvenzverwalter dieses Instrument nehmen zu wollen. Damals ging es um den folgenden Sachverhalt:

Fall 32: Der mit der Anfechtungsklage geltend gemachte Zahlungsanspruch betrug 609.000 DM. Es fehlt aber eine Mitteilung, in welchem Rahmen sich die Masseunzulänglichkeit bewegte und ob sich diese durch Zahlung des mit der Anfechtungsklage geforderten Betrages hätte beseitigen lassen.⁸³

Nun könnte man dies so verstehen, dass der erkennende Senat damit Fallgestaltungen ins Auge nehmen wolle, die heute als temporäre (vorübergehende) Masseunzulänglichkeit bezeichnet werden. Unter dieser Voraussetzung wäre dem BGH hier zu folgen.

⁸³ BGH, Urt. v. 19. 7. 2001 – IX ZR 36/99, DZWIR 2002, 156 mit Bespr. Biehl/Bogarakos, DZWIR 2002, 139; BGH, Beschl. v. 28. 2. 2008 IX ZB 147/07 (PKH-Fall), DZWIR 2008, 297 mit Anm. Gundlach/Frenzel; LG Hamburg, ZIP 2001, 711, 713; Ahrendt/Struck, ZInsO 2000, 264, 266; Pape, ZIP 2001, 901 ff.; Gottwald/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl., § 46 Rn. 47; vgl. auch A. Schmidt, NZI 2000, 442, 443; a.M. LG Stralsund, ZIP 2001, 936, 940 f.; Dinstühler, ZIP 1998, 1967, 1705 f.; Kübler/Prütting/Bork/Paulus, InsO, § 129 Rn. 22 a. E.; im Ansatz auch OLG Dresden, NZI 2001, 259, 260.

Darauf kam es dem BGH allerdings nicht an, der ausführte, dass die Insolvenzgläubiger »durch einen völligen Ausfall ... erst recht benachteiligt« blieben. Bemerkenswerterweise stellt der erkennende Senat in diesem Zusammenhang auf den »Grundsatz der insolvenzrechtlichen Gleichbehandlung aller Insolvenzgläubiger und damit de [n] Anfechtungszweck« ab. Dem würde es widersprechen, wenn, »einzelne anfechtbar begünstigte Insolvenzgläubiger nur deshalb besser [gestellt würden], weil das Schuldnervermögen sogar bis zur Bedeutungslosigkeit vermindert worden ist.«

Was man sich bei Anzeige der Masseunzulänglichkeit gemäß § 208 Abs. 1 InsO unter einer Vermögensverringerung »bis zur Bedeutungslosigkeit« vorzustellen hat, bleibt offen. Es kommt darauf aber auch nicht an. Denn der IX. Zivilsenat lässt erkennen, dass wohl ein jeder Liquiditätszustand der Masse, sofern er nicht unter § 207 Abs. 1 InsO zu fassen ist, dem Verwalter die Führung eines Insolvenzanfechtungsprozesses auch dann gestattet, wenn durch ein Obsiegen und eine erfolgreiche Vollstreckung aus dem erlangten Titel die Masseunzulänglichkeit nicht beseitigt werden könnte.

Das »erst Recht«, von dem der BGH ausgeht, kann die von ihm vertretene Ansicht nicht tragen. Die Entscheidung des BGH ist, wenn sie auch keine Zustimmung verdient, doch ihrem angestrebten Ergebnis nach zu erklären.

Die Insolvenzanfechtung wird dann als Instrument angesehen, den Anfechtungsgegner in die »Solidargemeinschaft« der Insolvenzgläubiger »zurückzuholen«: Wenn diese nichts bekommen, soll er auch bluten (§ 143 Abs. 1 InsO).

Der IX. Zivilsenat versteht dabei unter Gläubigerbenachteiligung i. S. v. § 129 Abs. 1 InsO eine Verkürzung der Befriedigungsaussichten der Insolvenzgläubiger durch die angefochtene Rechtshandlung. Ob eine solche Verkürzung vorliegt, soll auf der Grundlage des gesetzlich vorgesehenen, regelmäßigen Ablaufs des Insolvenzverfahrens zu beurteilen sein. Nicht erforderlich sei es, dass von jeder einzelnen Anfechtung im Ergebnis nur Insolvenzgläubiger, nicht jedoch Massegläubiger »profitieren«. Das an die Anzeige der Masseunzulänglichkeit anschließende Verfahren gemäß § 208 Abs. 3 InsO soll danach »mittelbar den Interessen sämtlicher Gläubiger« dienen. Der BGH geht dabei von einem Verständnis der Massegläubiger als bevorrechtigter Gläubiger aus, die vorrangig vor den Insolvenzgläubigern zu befriedigen seien. Er führt wörtlich aus, die »Befriedigung der Massegläubiger [sei] nur als Vorstufe zu einer potentiellen späteren Berücksichtigung auch der Insolvenzgläubiger gedacht.«

Ob der Ansatz des BGH mit Art. 14 Abs. 1 GG kompatibel ist, bedürfte der eingehenderen Überprüfung – es be-

stehen daran Zweifel, weil der Eingriff in das Eigentum des Anfechtungsgegners nicht mit dem Verfahrenszweck (§ 1 Satz 1 InsO) über

Gegen eine Verfassungswidrigkeit der Judikatur des BGH zur Zulässigkeit einer Insolvenzanfechtungsklage nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit spricht, dass bei der Auseinandersetzung mit der einschlägigen Judikatur des BGH abzeichnet, dass eine differenzierende Art der Behandlung dieser Frage unabweisbar ist. Für die weiteren Überlegungen ist daran zu erinnern, dass *Häsemeyers* Überlegungen aus der Zeit vor der Regelung der §§ 208 ff. InsO herrühren. Masseunzulänglichkeit wurde vor dem Inkrafttreten der InsO als statischer Zustand und die Verteilung nach § 60 KO als Vorgang zum Abschluss des Konkurses begriffen. Mit der InsO stellte sich aber die Frage in einem veränderten Licht. Bereits unter der KO war die Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter seit langem schon zur Regel in der Verfahrensabwicklung geworden – und die InsO (vgl. § 157 InsO) erkennt diesen Regelfall mit der Folge an, dass im Verlauf eines Insolvenzverfahrens Vermögenslagen einer (daher) »temporären«, nämlich im weiteren Verfolg der Verfahrensabwicklung zu überwindenden Masseunzulänglichkeit auftraten.

Daher empfiehlt sich eine Rückbindung der Judikatur des BGH, um Anschlussrationalität zu gewinnen:

Der Verwalter muss, damit die Anfechtungsklage nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit zulässig ist, unter Vortrag entsprechender Anknüpfungstatsachen (valide Liquiditätsplanung, § 61 Satz 2 InsO) dartun, dass im Fall eines der Klage stattgebenden Urteils die Masseunzulänglichkeit beseitigt werden kann.

Die Bemessung des Wertes des Anfechtungsanspruchs folgt dann aus der Sicht des BGH zwanglos daraus, dass die Verfahrenskosten zu decken waren.

2. Rechtsschutzbedürfnis für Kostenfestsetzung nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit

Die Regelung des § 210 InsO stellt klar, dass Altmassegläubiger ihre Forderungen nicht mehr vollstrecken können.⁸⁴ Daraus wird gefolgert, dass ihnen das Rechtsschutzbedürfnis dafür fehlt, ihre Forderungen mit der Leistungsklage⁸⁵ verfolgen und damit die weitere geord-

nete Verfahrensabwicklung durch den Insolvenzverwalter gefährden oder gar vereiteln zu können.⁸⁶ Daran hält der IX. Zivilsenat des BGH⁸⁷ im vorliegenden Fall fest.

Fall 33: Dort hatte der Insolvenzverwalter gegen den Beklagten auf Zustimmung zur Berichtigung von Grundbüchern geklagt. Nach Klagezustellung hatte der Beklagte unter Verwahrung gegen die Kostenlast die Ansprüche anerkannt und das Landgericht ein Anerkenntnisurteil unter Auferlegung der Kosten zu lasten des Klägers erlassen. Später hat auf Antrag des Beklagten das Landgericht die Kosten auf 7.800 € festgesetzt und der Kläger 5 Tage später dem Insolvenzgericht gegenüber die Masseunzulänglichkeit angezeigt. Gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss wandte sich der Insolvenzverwalter mit der sofortigen Beschwerde.

In der Tat war der Kostenerstattungsanspruch des Beklagten als Altmasseverbindlichkeit i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 1, § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu qualifizieren, so dass die Zwangsvollstreckung wegen dieses Anspruchs gegen den Kläger nach § 210 InsO unzulässig war.

Gegen die Zwangsvollstreckung kann der Verwalter nach der Rechtsprechung des BGH und der wohl h. M. die Erinnerung gemäß § 766 ZPO einlegen.⁸⁸ Mit dem auf die Massearmut gestützten Vollstreckungsverbot wird ein Einwand gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung erhoben, nicht jedoch ein materieller Einwand gegen den Anspruch an sich. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Massearmut feststeht und der Insolvenzverwalter die Einstellung des Verfahrens mangels Masse angeregt hat.⁸⁹ Daher wird überwiegend die Meinung vertreten, der Insolvenzverwalter sei nicht auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) und die in diesem Klageverfahren möglichen einstweiligen Anordnungen (§ 769 ZPO) verwiesen. Nach alledem sind die vollstreckungsrechtlichen Wirkungen der Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter unstreitig, aus denen weitere prozessuale Folgerungen abgeleitet werden. Eine obsiegende Partei hat als Altmassegläubiger (§ 55 Abs. 1 Nr. 1, § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO) wegen des in § 210 InsO angeordneten Vollstreckungsverbots kein Rechtsschutzbedürfnis für den *Erlass eines Kostenfestsetzungsbeschlusses* (§ 104 ZPO) gegen den im Rechtsstreit unterlegenen Insolvenz-

⁸⁴ Schröder, Die Abwicklung des masseunzulänglichen Verfahrens, 2010, 120 ff.

⁸⁵ Schröder, Die Abwicklung des masseunzulänglichen Verfahrens, 2010, 124.

⁸⁶ BGH, Urt. v. 3. 4. 2003 – IX ZR 101/02, BGHZ 154, 358, 360.

⁸⁷ BGH, Beschl. v. 2. 5. 2019 – IX ZB 67/18, DZWIR 2020, 30.

⁸⁸ BGH, Beschl. v. 21. 9. 2006 – IX ZB 11/04, DZWIR 2007, 35 mit Anm. H. Heinze; BK-InsO/Blersch, § 90 Rn. 9; Kübler/Prütting/Bork/Lüke, InsO, § 90 Rn. 20; MK-InsO/Breuer, § 90 Rn. 24; Roth, in: FS Friedhelm Gaul, S. 573, 576; Uhlenbruck/Mock, InsO, 12. Aufl. 2015, § 90 Rn. 10; Vallender, ZIP 1997, 1993, 1998.

⁸⁹ BGH, Beschl. v. 21. 9. 2006 – IX ZB 11/04, DZWIR 2007, 35 mit Anm. H. Heinze; krit. Roth, in: FS Friedhelm Gaul, 573, 576.

verwalter.⁹⁰ Altmassegläubiger ist dabei eine Partei, deren Erstattungsanspruch durch Klageerhebung vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet wurde.⁹¹ Die h. M.⁹² geht nun davon aus, dass die Leistungsklage des Massegläubigers gegen den Insolvenzverwalter als für die Masse handelnden Amtsträger unzulässig sei. Danach hat die Frage, ob in der Tat Masseunzulänglichkeit eingetreten ist, eine doppelte Bedeutung. Wenn die Anzeige der Masseunzulänglichkeit richtig, Masseunzulänglichkeit also tatsächlich eingetreten ist, muss der Verwalter die Verteilungsordnung des § 209 InsO beachten und darf nicht an den Massegläubiger leisten; da ihm die Einwendung der Masseunzulänglichkeit zusteht, ist die Klage des Massegläubigers unbegründet. Die h. M. sieht aber wegen des Vollstreckungsverbotes gemäß § 210 die Massesuffizienz bereits als Voraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses der Leistungsklage des Massegläubigers an; oder, anders ausgedrückt, veranlasst die *richtige* Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den verklagten Verwalter mit Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses des klagenden Massegläubigers bereits die Unzulässigkeit seiner Leistungsklage. Nun könnte man »vom Ergebnis her« argumentieren und sich auf den Standpunkt stellen, es sei bereits aus allgemeinen zivilprozessualen Gründen erforderlich und richtig, die Klage des Massegläubigers als unzulässig zurückzuweisen. Denn er könne in Fällen temporärer Masseunzulänglichkeit wegen seines dann wieder hergestellten Rechtsschutzbedürfnisses erneut auf Leistung klagen. Das Dogma der h. M., die Leistungsklage sei im Fall der Masseunzulänglichkeit schon deshalb unzulässig, weil es am Rechtsschutzbedürfnis fehle⁹³, weil das aus einer Vollstreckung Erlangte wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückgegeben werden müsse, begegnet durchgreifenden Bedenken.⁹⁴

Die Argumentation der h. M. verfängt aber zum einen aus allgemeinen Gründen nicht: Die Lehre vom (allgemeinen) Vorrang der Prozessvoraussetzungen ist, wie *Rimmelspacher*⁹⁵ überzeugend ausgeführt hat, nicht unproblematisch.⁹⁶ Denn wenn Kläger und Beklagter um die Begründetheit und nicht um das Vorliegen der Prozess-

voraussetzungen streiten, hat keiner der Parteien ein Interesse an dem Erlass eines Prozessurteils. Denn auch nach dessen Erlass wird der Streit fortgesetzt werden, wenn die Zulässigkeitsmängel beseitigt werden.⁹⁷ Der Beklagte wird hierdurch nicht belastet. Denn er ist allenfalls daran interessiert, von einem unzuständigen Gericht nicht verurteilt zu werden – also dass nicht ein unzuständiges Gericht der Klage stattgibt. Erlässt das unzuständige Gericht dagegen ein Urteil, mit dem die Klage der Sache nach abgewiesen wird, wird sein Schutzinteresse nicht verletzt.⁹⁸ Um keinen der beiden Fälle geht es hier aber.

Aus der Sicht des beklagten Insolvenzverwalters wäre die Leistungsklage des klagenden Massegläubigers nur unter der Voraussetzung unerträglich, wenn es ihm nicht mehr möglich wäre, das gegen ihn ergangene Leistungsurteil mit vollstreckungsgerichtlichen Rechtsbehelfen zu bekämpfen. Dies wäre aber nur unter der Voraussetzung der Fall, dass er es in dem durch die Klage des Massegläubigers angestregten Erstprozess versäumt hätte, die Einwendung des Eintritts der Masseunzulänglichkeit zu erheben und daraufhin das Urteil gegen ihn ergangen wäre; dann aber hatte das Prozessgericht auch keinen Anlass, an dem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers und damit an der Zulässigkeit der Leistungsklage zu zweifeln. Auch in diesem Fall stellt sich die Frage, ob der Verwalter mit der Einwendung des Eintritts der Masseunzulänglichkeit präkludiert ist.

3. PKH und Nachweis der Masseunzulänglichkeit

Fall 34: In einem vom BGH⁹⁹ entschiedenen Fall hatte die Insolvenzverwalterin den Erben des verstorbenen früheren Konkursverwalters auf Schadenersatz nach § 82 KO in Höhe von ca. 407.000 € in Anspruch genommen. Diese Klage ist abgewiesen worden und die Berufung der Klägerin dagegen ohne Erfolg geblieben. Das Berufungsurteil war der Klägerin am 22. 5. 2018 zugestellt worden. Am Freitag, den 22. 6. 2018, hat die Klägerin für ihre Nichtzulassungsbeschwerde PKH beantragt. Sie hat dem durch ihren zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten eingelegten Antrag zwei Fotokopien des Staatsanzeiger für das Land Hessen beigelegt, aus denen sich ergab, dass die Klägerin jeweils am 17. 4., 2. 9. und am 16. 12. 2015 Masseunzulänglichkeit angezeigt hat. Dem Antrag war eine Gläubigertabelle dagegen nicht beigelegt. Auch weitere Anlagen zu den wirtschaftlich beteiligten Gläubigern und zu der Frage, warum es keinem Konkursgläubiger zugemutet werden könne, die Kosten einer

⁹⁰ BGH, Beschl. v. 9. 10. 2008 – IX ZB 129/07, NZI 2008, 735.

⁹¹ BGH, Beschl. v. 17. 3. 2005 – IX ZB 247/03, DZWIR 2005, 342 = ZIP 2005, 817, 818.

⁹² Uhlenbruck/Ries, InsO, § 208 Rn. 50, 51; MK-InsO/Hefermehl, InsO, § 208 Rn. 65; HambK-InsO/Weitzmann, § 208 Rn. 13.

⁹³ BAG, Urt. v. 31. 1. 1979 – 5 AZR 749/77, KTS 1979, 305.

⁹⁴ Vgl. bereits Pape, § 60 KO 158.

⁹⁵ Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, 109 ff.

⁹⁶ Hierzu auch Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, 227, 228.

⁹⁷ Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, 228.

⁹⁸ Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, 1966, 113 ff.

⁹⁹ BGH, Beschl. v. 28. 3. 2019 – IX ZA 8/18, ZIP 2019, 1486.

Nichtzulassungsbeschwerde vorzufinanzieren, waren nicht beigefügt.

Der BGH hat darauf erkannt, dass der Insolvenzverwalter innerhalb der Rechtsmittelfrist einen vollständigen PKH-Antrag einzureichen hat, was den Vortrag einzuschließen hat, warum es den Insolvenz- oder Massegläubigern nicht zuzumuten ist, die Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzubringen. Dagegen genügt es nicht, allein auf angezeigte Masseunzulänglichkeit zu verweisen.

XII. Betriebsfortführung im Insolvenzöffnungsverfahren

Mit dem Urteil des IX. Zivilsenats des BGH vom 21. 5. 2019¹⁰⁰ ist die Betriebsfortführung namentlich im Eröffnungsverfahren hochgradig riskant geworden, wenn nicht mit dem Sicherheitengläubiger eine entsprechende Einigung herbeigeführt worden ist. Der II. Zivilsenat des BGH hat das Risiko einer Betriebsfortführung für den Geschäftsführer der schuldnerischen Gesellschaft deutlich gemacht.

Fall 35: Der Geschäftsführer der schuldnerischen GmbH hat, nachdem die Zahlungsunfähigkeit am 29. 11. 2009 eingetreten ist, vom 1. 1. 2010 bis zum 25. 3. 2010 Zahlungen in Höhe von insgesamt 195.000 € geleistet.

Der Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Verurteilung des Geschäftsführers die auf § 64 Satz 1 GmbHG gestützt war, hat der BGH abgeholfen. Denn das Berufungsgericht hatte die Voraussetzungen der Zahlungsunfähigkeit deshalb nicht richtig bewertet, weil es nicht auf den Vortrag des Beklagten eingegangen war, die bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit zugrunde gelegten Verbindlichkeiten seien noch nicht fällig gewesen.

Der Senat hat weiter ausgeführt, § 64 Satz 1 GmbHG sei kein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 3 BGB zu Gunsten der Gesellschaft. Es handele sich vielmehr um einen Ersatzanspruch eigener Art, wie es der Senat bereits früher¹⁰¹ entschieden hat.

Zahlungen sind nur dann i. S. v. § 64 Satz 2 GmbHG privilegiert, wenn ohne die Zahlung eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung im Insolvenzverfahren zu nichte gemacht werden würde. Zahlungen dürfen nur zur Vermeidung noch größerer Nachteile, als sie in dem Abfluss der Liquidität bereits liegt, vorgenommen werden. Nur unter dieser Voraussetzung sind sie mit der Sorgfalt eines amtlichen Geschäftsmanns vereinbar, was das Verschulden des Geschäftsführers entfallen lässt.

Hierfür genügt es nicht, dass sich etwa aus den Bilanzen der schuldnerischen GmbH eine positive wirtschaftliche Entwicklung herleiten lässt. Vielmehr muss gerade die einzelne Zahlung dazu dienen, eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung des schuldnerischen Unternehmens im Insolvenzverfahren zu ermöglichen.

100 BGH, Beschl. v. 21. 5. 2019 – II ZR 337/17, ZIP 2019, 1719.

101 BGH, Urt. v. 15. 3. 2011 – II ZR 204/09, DZWIR 2011, 338.