

# DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHT

# DZWIR

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

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

Schriftleitung: Michael Schmidt

## Aufsatz

Univ.-Prof. Dr. iur. Stefan Smid

## Struktur und System des deutschen Insolvenzrechts im Spiegel der Rechtsprechung (XXI)

<https://doi.org/10.1515/dwir-2023-0032>

Vom Herbst 2021 bis zum Herbst 2022 haben sich in der höchstrichterliche Judikatur zu Fragen des Insolvenzrechts Schwerpunkte im Insolvenzanfechtungsrecht im Gefolge der »Richtungentscheidung« des BGH vom 6. 5. 2021, aber auch interessante Fragestellungen im Zusammenhang des Rechts der gegenseitigen Verträge, der Absonderung und des Insolvenzplanrechts ergeben.

### I. Recht des Eröffnungsverfahrens

#### 1. Entgegennahme von Leistungen durch den Schuldner im Eröffnungsverfahren

**Fall 1:**<sup>1</sup> Der Insolvenzverwalter war in dem über das Vermögen der auf dem Gebiet der Arbeitnehmerüberlassung tätigen Insolvenzschuldnerin (»Personaldienstleister«) bestellt. Auf Antrag vom 13. 12. 2013 ist unter Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters ein allgemeines Verfügungsverbot am 17. 12. 2013 erlassen und das Insolvenzverfahren am 1. 2. 2014 eröffnet worden. Die Insolvenzschuldnerin stand in ständiger Geschäftsbeziehung zu der späteren Beklagten aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages. Dieser Vertrag sah u. a. vor, dass die Beklagte vom Net-

tobetrag der Vergütung 30 % an eine Krankenkasse wegen der an diese von der Insolvenzschuldnerin abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen habe.

Am 19. 2. 2013 hatte sich der vorläufige Insolvenzverwalter an den späteren Beklagten gewandt, diesem den Anordnungsbeschluss zur Kenntnis gebracht, ihm mitgeteilt, dass der Geschäftsbetrieb der Schuldnerin fortgeführt wurde und ihn gebeten, Zahlungen auf ein vom vorläufigen Insolvenzverwalter eingerichtetes Konto vorzunehmen.

Der vorläufige Insolvenzverwalter stellte dem Beklagten für Arbeitnehmerüberlassungen im Zeitraum vom 27. 11. 2013 bis 31. 1. 2014 Rechnungen über 209.094,17 €, auf die vom 17. 1. 2014 bis 21. 3. 2014 von der Beklagten in mehreren Einzelbeträgen 156.366,99 € auf das Konto des vorläufigen Insolvenzverwalters und 52.707,78 € an die Krankenkasse gezahlt wurden.

Der Insolvenzverwalter forderte von der Krankenkasse die Auszahlung an sie gezahlter Beiträge, worauf die Krankenkasse 2.606,77 € zahlte. Wegen des überschließenden Betrages klagte der Insolvenzverwalter gegen die Beklagte auf Zahlung.

Beide Parteien gingen davon aus, dass die im fraglichen Zeitraum entstandenen Sozialversicherungsbeiträge als Insolvenzforderungen zu qualifizieren seien.

§ 24 Abs. 1 InsO bestimmt, dass bei einem Verstoß gegen eine der in § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO vorgesehenen Verfügungsbeschränkungen die §§ 81, 82 InsO entsprechend gelten. Nach § 82 Satz 1 InsO wird der Leistende befreit, wenn er nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Erfüllung einer Verbindlichkeit an den Schuldner geleistet hat, obwohl die Verbindlichkeit zur Insolvenzmasse zu erfüllen war, wenn er zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens nicht kannte. Nach § 82 Satz 2 InsO wird vermutet, dass er die Eröffnung nicht kannte, wenn er

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 8. 7. 2021 – IX ZR 121/20, DZWIR 2022, 157.

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

vor der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung geleistet hat.

Grundsätzlich würde sich nach der sog. Vertragstheorie die Entgegennahme einer Leistung durch den Schuldner als Verfügung darstellen<sup>2</sup>, die gemäß § 81 InsO absolut unwirksam wäre. Die Theorie der realen und die der finalen Leistungsbewirkung sehen in der Erfüllung auf der Seite des Empfängers eine verfügbungsähnliche Lage.<sup>3</sup> Nach allen Theorien befreit eine Leistung des Drittenschuldners, die zur Erfüllung einer massezugehörigen Forderung erbracht wird, den Leistenden nicht. § 82 InsO trifft demgegenüber eine differenzierende Regelung<sup>4</sup>, die sich als *lex specialis*<sup>5</sup> des § 81 Abs. 1 InsO darstellt. Dogmatischer Grund des § 82 InsO ist der Beschlag der massezugehörigen Forderung, § 35 InsO. Diese Vorschrift unterwirft die Ist-Masse der Verwaltungskompetenz des Insolvenzverwalters. Insolvenzmasse i.S.d. § 82 InsO ist aber nicht die Soll-Masse, also die durch die Aussonderung massefremder Sachen und Rechte an die Aussonderungsberechtigten gemäß § 47 InsO und im Umfang des § 36 InsO an den Schuldner durch den Insolvenzverwalter hergestellte Masse. Denn die Feststellung der Zugehörigkeit der Forderung zur Insolvenzmasse obliegt dem Insolvenzverwalter, demgegenüber der »aussonderungsberechtigte« Schuldner sein Recht im Prozess geltend zu machen hat. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist eine befreiende Leistung durch einen Masseschuldner nurmehr dann möglich, wenn der Leistungsgegenstand in die Masse gelangt. Im Übrigen ist nach Satz 1 eine nach der öffentlichen Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses (§§ 27, 29, 9 InsO) an den Schuldner erfolgte Leistung unter der Bedingung unwirksam, dass sie nicht in das verwaltete Vermögen gelangte.<sup>6</sup> Das Verhältnis der Beschagnahme des Neuerwerbs gemäß § 35 Abs. 1 Hs. 2 InsO zu § 82 InsO hat der Gesetzgeber offen gelassen.<sup>7</sup>

Ist die Leistung durch den Masseschuldner trotz Eröffnung des Verfahrens an den Schuldner erbracht worden, ist der Schuldner zu Herausgabe an den Insolvenzverwalter verpflichtet. Ist es dadurch – etwa weil der Leistungsgegenstand bzw. die Bereicherung beim Schuldner noch vorhanden ist – vom Insolvenzverwalter unproblematisch zu verwirklichen, den Leistungsgegenstand oder ihren

Wert zur Masse zu ziehen, steht seinem Leistungsbegehrn gegenüber dem Verpflichteten dessen Einrede nach § 242 BGB entgegen.<sup>8</sup> Das Risiko dafür, dass die Leistung in die Masse gelangt, trägt der Masseschuldner.<sup>9</sup> Daher kommt er im Fall der Erbringung der Leistung an den Schuldner erst frei, wenn der Leistungsgegenstand in die Masse gelangt, nicht bereits aufgrund einer Genehmigung seitens des Verwalters aufgrund eines Herausgabebeverlangens gegenüber dem Schuldner. Handelt es sich bei der Leistung um Arbeitslohn, steht dem Schuldner in Höhe des pfändungsfreien Teils des Einkommens die Einrede des *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* gegen das Herausgabebegehrn des Insolvenzverwalters oder des Treuhänders zur Seite. Gleiches gilt im Fall seiner Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter auch für den masseschuldnerischen Arbeitgeber.

Der IX. Zivilsenat führt aus, dass die zwischen der Schuldnerin und der Beklagten getroffene Vereinbarung dem Interesse des Beklagten an Abführung der von der Schuldnerin geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge entspricht. Denn § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV bestimmt, dass bei einem wirksamen Vertrag der Entleiher wie ein selbstschuldnerischer Bürge für die Erfüllung der Zahlungspflicht des Arbeitgebers haftet; diese Haftung zu vermeiden, lag im Interesse des Beklagten, dem dazu durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag das Recht eingeräumt wurde, direkt an die Krankenkasse zu zahlen. Der erkennende Senat lässt es dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Abrede zwischen der Schuldnerin und der Beklagten um eine Erfüllungsübernahme i.S.v. § 329 BGB<sup>10</sup> oder eine Ermächtigung gemäß § 362 Abs. 1 i.V.m. § 185 BGB<sup>11</sup> gehandelt habe.

War die Abrede als Erfüllungsübernahme zu qualifizieren, hätte sich in der Masse ein Anspruch gegen die Beklagte auf Freistellung von der Verpflichtung zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen befunden. Aufgrund der Zweckbindung dieses Antrags ist er zwar an sich gemäß § 399 BGB unabtretbar und daher gemäß § 851 ZPO<sup>12</sup> unpfändbar. Damit soll aber nicht der Schutz des Schuldners in seiner Insolvenz bewirkt werden, so dass dieser Freistel-

2 Jaeger/Windel, InsO, § 82 Rn. 2; Staudinger/Olzen, BGB, Vorbem. zu §§ 362ff. Rn. 7ff.

3 Jaeger/Windel, InsO, § 82 Rn. 2; Larenz, Allg. SchuldR, § 18 I.

4 Gerhardt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 213.

5 Jaeger/Windel, InsO, § 81 Rn. 2; Uhlenbrück/Uhlenbrück, InsO, § 82 Rn. 1.

6 Amtl. Begr. zu § 93 RegEInsO, BT-Drs. 12/2443, 136.

7 Windel, KTS 1995, 367, 400f.; Kübler/Prütting/Bork/Lüke, InsO, § 82 Rn. 2.

8 Jaeger/Windel, InsO, § 82 Rn. 41; Uhlenbrück/Uhlenbrück, InsO, § 82 Rn. 5; Nerlich/Römermann/Wittkowski, InsO, § 82 Rn. 5.

9 Nerlich/Römermann/Wittkowski, InsO, § 82 Rn. 4; Jaeger/Windel, InsO, § 82 Rn. 41.

10 MK-BGB/Gottwald, § 329 Rn. 1ff.; Schulze/Fries/Schulze, BGB, § 329 Rn. 2; Jauernig/Stadler, BGB, § 329 Rn. 2ff.

11 MK-Fetzer, BGB, § 362 Rn. 28f.; Jauernig/Stürner, BGB, § 362 Rn. 5f.; BeckOK-BGB/Dennhardt, § 362 Rn. 19ff.

12 MK-Smid, ZPO, § 851 Rn. 5; Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO, § 851 Rn. 6ff.; Saenger/Kemper, ZPO, § 851 Rn. 7.

lungsanspruch zugunsten der Insolvenzgläubigers vom Insolvenzbeschlag erfasst wird.<sup>13</sup>

Geht man von einer Ermächtigung der Beklagten zur Leistung an die Krankenkasse durch die Schuldnerin aus, endet nicht deren Wirkung mit der Verhängung eines allgemeinen Verwaltungs- und Verfügungsverbotes, da die schuldrechtlichen Abreden der Schuldnerin dadurch unbeeinflusst bleiben.<sup>14</sup> Die hier vom vorläufigen Verwalter der Beklagten gegenüber erklärte Betriebsfortführung und Aufforderung, weiter Zahlungen zu leisten, stellte dabei eine eigene Ermächtigung der Beklagten zur Zahlung auch an die Krankenkasse nach Maßgabe der mit der Schuldnerin getroffenen Abrede dar.<sup>15</sup>

Danach kommt es darauf an, wann die Beklagte von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Kenntnis erlangt hat. Die Erklärung des vorläufigen Verwalters bindet aber nicht den Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren. Dies wäre nur dann anzunehmen, wenn durch die Zahlung die Masse von Verbindlichkeiten befreit würde. Denn bei den Sozialversicherungsforderungen, auf die vom Beklagten Zahlungen geleistet worden waren, handelte es sich um Insolvenzforderungen und nicht um Masseverbindlichkeiten. Auch soweit Sozialversicherungsverbindlichkeiten durch die Betriebsfortführung unter dem vorläufigen Verwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis begründet worden sind, handelte es sich nicht um Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 2 InsO, sondern nach § 55 Abs. 3 Satz 2 InsO<sup>16</sup> um Insolvenzforderungen. Von der Qualität dieser Forderungen als Insolvenzforderungen sind, wie der wiedergegebene revisionsgerichtlich zugrunde zu legende Sachverhalt mitteilt, beide Parteien – also der andere Teil und der Verwalter – ausgegangen.

Die vorliegende Entscheidung wirft die Frage danach auf, wie sie sich zu der Judikatur zum Schutz des Vertrauens des Vertragspartners in die Wirksamkeit der Zusagen des vorläufigen Verwalters verhält.<sup>17</sup> Denn der Beklagte hat an der Geschäftsbeziehung zur Schuldnerin im Eröffnungsverfahren im Vertrauen auf die Erklärung des vorläufigen Verwalters festgehalten.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 16. 9. 1993 – IX ZR 255/92, ZIP 1993, 1656; BGH, Urt. v. 7. 6. 2001 – IX ZR 195/00, DZWIR 2001, 460.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 8. 11. 2007 – IX ZR 53/04, DZWIR 2008, 87.

<sup>15</sup> Vgl. allgemein MK-InsO/Haarmeyer/Schildt, § 22 Rn. 64; Uhlenbrück/Vallender, InsO, § 22 Rn. 29.

<sup>16</sup> Uhlenbrück/Sinz, InsO, § 55 Rn. 102 f.; Braun/Bäuerle/Miglietti, InsO, § 55 Rn. 92 f.; MK-InsO/Hefermehl, § 55 Rn. 234 ff.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 10. 1. 2013 – IX ZR 161/11, DZWIR 2013, 238; vgl. dazu Smid, DZWIR 2014, 201, 202 f..

## 2. »Weiterlaufen« des Fremdantrags bei einseitiger Erledigungserklärung

Die vorliegende Entscheidung ist für die Praxis der Insolvenzverwalter durchaus interessant – denn es kommt in praxi vor, dass Insolvenzgerichte den Verwalter in Konstellationen wie derjenigen, die hier vom BGH<sup>18</sup> entschieden worden ist, zur Stellungnahme auffordern:

**Fall 2:** Der als Einzelunternehmer tätige Schuldner hatte Sozialversicherungsbeiträge für die von ihm beschäftigten Arbeitnehmer für die Monate November 2018 bis Juni 2019 nicht entrichtet. Auf den Eröffnungsantrag des Sozialversicherungsträgers (Gläubigerin) hin zahlte er. Der Sozialversicherungsträger erklärte seinen Antrag für erledigt. Der Schuldner, der vom Insolvenzgericht den Hinweis gemäß § 91a Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht erhalten hatte, gab keine Erklärung zur Erledigung ab. Das Insolvenzgericht erlegte der Gläubigerin die Kosten auf, wogegen sie sich mit der sofortigen Beschwerde wandte.

Da sich der Schuldner der Erledigungserklärung des Sozialversicherungsträgers nicht angeschlossen hat, liegt hier jedenfalls keine beiderseitige Erledigungserklärung vor. § 91a Abs. 1 Satz 2 ZPO bestimmt aber, dass § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO<sup>19</sup> gilt, wenn der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes widerspricht, wenn der Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist. Da der Schuldner hier nicht auf die Folgen eines unterbliebenen Widerspruchs gegen die Erledigungserklärung der antragsstellenden Gläubigerin hingewiesen worden ist, greift die Zustimmungsfiktion des § 14 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht; es liegt daher eine streitige Erledigungserklärung vor, wie der BGH überzeugend feststellt.

Ohne die Erledigungserklärung des Sozialversicherungsträgers hätte über den Eröffnungsantrag entschieden werden müssen. Die Gläubigerin hätte nämlich nach § 14 Abs. 1 Satz 2 InsO an ihrem Antrag trotz Zahlung durch den Schuldner festhalten können. Der IX. Zivilsenat des BGH lehnt es aber mit überzeugenden Argumenten ab, daraus darauf zu schließen, dass nach der gemäß § 4 InsO, § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO nach Lage der Akten aufgrund des Standes des Verfahrens zu treffenden Kostenentscheidung die Kosten dem Antragssteller aufzuerlegen seien – weil dieser schließlich eine Alternative zur Erledigungserklärung gehabt habe.

Das »Weiterlaufenlassen« des Eröffnungsantrages, das § 14 Abs. 1 Satz 2 InsO ermöglicht, hat keine Pflicht des Gläu-

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 23. 9. 2021 – IX ZB 66/20, DZWIR 2022, 209.

<sup>19</sup> MK-ZPO/Schulz, § 91a Rn. 1ff.; Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO, § 91a Rn. 1ff.; Saenger/Gierl, ZPO, § 91a Rn. 1ff.

bigers zur Folge, an seinem Antrag festzuhalten. § 14 Abs. 1 InsO darf dann aber nicht so ausgelegt werden, dass der antragsstellende Gläubiger die Kosten zu tragen hätte, so als wenn er seinen Antrag zurückgenommen hätte, § 4 InsO i.V.m. § 269 ZPO<sup>20</sup>. War der Eröffnungsantrag daher zulässig und bis zur Zahlung durch den Schuldner begründet, sind bei einem wie im vorliegenden Fall eintretenden Erledigungsstreit dem Schuldner die Kosten aufzuerlegen.

Die Entscheidung ist nachvollziehbar; freilich hätte das Insolvenzgericht, bevor es dem Gläubiger die Kosten auferlegt, ihn nach § 4 InsO, § 139 Abs. 1 ZPO fragen müssen, wie er seine Erledigungserklärung verstanden wissen wollte – der BGH hat mit seiner überzeugenden Auslegung auf die gegebene prozessuale Lage reagiert.

### 3. Rechtsmittel gegen Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung

**Fall 3:**<sup>21</sup> Der Schuldner hatte seinen Eigenantrag mit dem Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung verbunden, worauf am darauffolgenden Tag das Insolvenzgericht die vorläufige Eigenverwaltung anordnete, einen vorläufigen Sachwalter bestellte und einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzte. Später folgte das Insolvenzgericht dem vorläufigen Gläubigerausschuss, der aufgrund einstimmigen Beschlusses beantragt hatte, die vorläufige Eigenverwaltung aufzuheben. Der vorläufige Sachwalter wurde zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. Ein und einen halben Monat später wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet und der vorläufige Insolvenzverwalter zum Insolvenzverwalter bestellt. Dagegen wandte sich der Schuldner mit der sofortigen Beschwerde.

Nach § 270 e Abs. 2 Satz 2 InsO<sup>22</sup> steht dem Schuldner gegen den Beschluss, mit dem die vorläufige Eigenverwaltung aufgehoben wird, die sofortige Beschwerde für den Fall zu, dass gemäß § 270 e Abs. 2 Satz 1 InsO die Aufhebung aufgrund des Antrags eines absonderungsberechtigten Gläubigers oder eines Insolvenzgläubigers erfolgte. Dagegen sieht das Gesetz für den Fall der Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung im Fall des Antrags des vorläufigen Gläubigerausschusses gemäß § 270 Abs. 1 Nr. 4 InsO kein Rechtsmittel vor. Damit kommt § 6 InsO zum Zuge, wonach die sofortige Beschwerde nur dann statthaft ist, wenn sie ausdrücklich gesetzlich geregelt ist.

Der Senat<sup>23</sup> hält dabei auch an seiner früheren Rechtsprechung<sup>24</sup> fest, derzufolge dem Schuldner die sofortige Beschwerde gegen den unter Ablehnung der Anordnung der Eigenverwaltung erlassenen Eröffnungsbeschluss die sofortige Beschwerde nach § 34 Abs. 2 InsO nicht zusteht.

Die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters stellt sich nun aber als Maßnahme im Rahmen der vorläufigen Anordnungen des Insolvenzgerichts dar. Und § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO eröffnet dem Schuldner die sofortige Beschwerde gegen insolvenzgerichtliche vorläufige Anordnungen. Der erkennende Senat vollzieht an dieser Stelle folgenden Schluss: § 270 e InsO stehe § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht entgegen. Denn in dem insolvenzgerichtlichen Beschluss über die Aufhebung der Eigenverwaltung werde zugleich eine Maßnahme nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO angeordnet. Gegen diese Maßnahme kann sich das Rechtsmittel des Schuldners richten, nicht aber gegen die Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung. Das ist jedenfalls nachvollziehbar. Denn die Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung und die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters sind zwei unterschiedliche Gegenstände; der Schuldner ist durch die Zusammenfassung in einem insolvenzgerichtlichen Beschluss nicht daran gehindert, die Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters anzufechten – weil er der Auffassung ist, dass diese unverhältnismäßig und damit unrechtmäßig sei.

Der BGH hält die Ausgestaltung des Rechtsmittels in § 270 e InsO für mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar. Die daran etwa von *Blankenburg*<sup>25</sup> geäußerten Zweifel sollte man indes ernst nehmen. Denn die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung stellt den erheblich geringeren Eingriff in die Grundrechte des Schuldners (Art. 12, Art. 14 GG) dar als die der vorläufigen Insolvenzverwaltung. Bedenkt man aber, dass der Schuldner die vorläufige Eigenverwaltung und die Eigenverwaltung im eröffneten Insolvenzverfahren kaum gegen die Gläubiger durchhalten kann, und nimmt man weiter in den Blick, dass das Eröffnungsverfahren eilbedürftig ist, sprechen pragmatische Gründe für die positivrechtliche Ausgestaltung. Und ein weiterer Aspekt trägt dies und die Entscheidung des IX. Zivilsenats des BGH. In Fällen der Eigenantragsstellung, gestützt auf drohende Zahlungsunfähigkeit, hat der Schuldner die – freilich theoretische – Möglichkeit der Antragsrücknahme, wenn die von ihm ins Auge gefasste Eigenverwaltung scheitert. Ist ihm dies wegen des Eintritts der materiellen Insolvenz versperrt, be-

<sup>20</sup> Uhlenbrück/Pape, InsO, § 4 Rn. 16; MK-InsO/Ganter/Brunn, § 4 Rn. 27, 54; Braun/Baumert, InsO, § 4 Rn. 11, 38.

<sup>21</sup> BGH, Beschl. v. 27. 1. 2022 – IX ZB 41/21, DZWIR 2022, 324.

<sup>22</sup> Braun/Riggert, InsO, § 270 e Rn. 15; Graf-Schlicker/Graf-Schlicker, InsO, § 270 e Rn. 16ff.; Kübler/Prütting/Bork/Holzer, InsO, § 270 e Rn. 13.

<sup>23</sup> BGH, Beschl. v. 27. 1. 2022 – IX ZB 41/21, DZWIR 2022, 324.

<sup>24</sup> BGH, Beschl. v. 11. 1. 2007 – IX ZB 10/05, DZWIR 2007, 330; krit. dagegen Smid/Wehdeking, in: FS Rechberger, 2005, S. 603.

<sup>25</sup> Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 768.

steht kein Anlass, ihm Rechtsbehelfe an die Hand zu geben, mittels derer er das Verfahren hinauszögern könnte.

#### 4. Vorläufige Anordnungen und Zahlungsdienstrahmenvertrag vor und nach Verfahrenseröffnung

**Fall 4:**<sup>26</sup> Gegen den Schuldner, einen Zahnarzt, war Insolvenz- antrag gestellt und alsbald ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt worden. Neun Tage später eröffnete der Schuldner ein Konto bei der C-Bank. Später wurde das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet. Im eröffneten Insolvenzverfahren gab der Insolvenzverwalter die selbständige Tätigkeit des Schuldners frei, der das Konto nunmehr als Geschäftskonto nutzte – die C-Bank hatte von der Verfahrenseröffnung keine Kenntnis erlangt. Der Insolvenzverwalter schrieb die C-Bank später an und ließ auf das verfahrensbezogene Sonderkonto den Guthabensbetrag gutschreiben. Der Schuldner klagte daraufhin gegen den Insolvenzverwalter auf Rückzahlung.

Der Schuldner war durch die vorläufige Anordnung des Insolvenzgerichts nicht daran gehindert, einen Zahlungsdienstrahmenvertrag (Girovertrag) mit der C-Bank zu schließen. Die Kontokorrentabrede wirkt sich auf die Verfügungsbeschränkungen durch die antizipierte Verrechnungsabrede aus, die aber den Schuldner zum Abschluss schuldrechtlicher Vereinbarungen nicht hindern.

Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens traten die Wirkungen der §§ 115, 116 InsO<sup>27</sup> ein, aufgrund derer die Kontokorrentabrede erlosch. Der IX. Zivilsenat lehnt es überzeugend ab, in der Weiterführung des Kontos über die Verfahrenseröffnung hinaus den konkludenten Abschluss eines neuen Zahlungsdienstrahmenvertrags zu sehen, was schon deshalb überzeugend ist, weil die C-Bank von der Verfahrenseröffnung keine Kenntnis hatte, ihrer Kontoführung schon deshalb kein Erklärungswert zuzuordnen war. Daher kam es darauf an, ob die Zahlungseingänge auf dem Konto vom Insolvenzbeschlag erfasst waren. Das war so weit der Fall, wie sie Leistungen des Schuldners vor Freigabe seiner selbständigen Tätigkeit vergüteten.

#### 5. Perpetuatio fori der deutschen Zuständigkeit aufgrund Eröffnungsantrags

**Fall 5:** Die Schuldnerin hatte ihren handelsregisterrechtlich eingetragenen Sitz in einer Ortschaft bei Cottbus. Im März 2017 hatte

sie ihr Gewerbe in Berlin angemeldet; am 24. 10. 2018 war am AG Cottbus Fremdantrag gegen die Schuldnerin gestellt worden. Mit notariellem Vertrag vom 24. 4. 2019 übertrug der Alleingeschäftsführer der Schuldnerin seine Anteile auf eine in Polen ansässige Person und zugleich wurde der Sitz der Gesellschaft nach Berlin verlegt und zur Geschäftsführerin eine weitere, in Polen ansässige Person bestellt. Am 17. 6. 2019 verwies das AG Cottbus die Sache an das AG Charlottenburg in Berlin. Dem teilte die Geschäftsführerin am 25. 7. 2019 mit, die Geschäfte ausschließlich von Polen aus zu führen. Zuvor, am 7. 7. 2019 hatte das AG Charlottenburg den Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen, wogegen sich die Schuldnerin erfolglos wandte.

Damit lag grundsätzlich ein Fall<sup>28</sup> einer europäisch-grenzüberschreitenden Insolvenz vor, was die Prüfung der Anwendung der Regelungen der EuInsVO erforderlich machte.

Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 EuInsVO bestimmt<sup>29</sup>, dass für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig sind, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen (*center of a debtor's main interest*) hat.<sup>30</sup>

Die EuInsVO gestaltet die Annahmen, dass der Sitz, die Hauptniederlassung und der gewöhnliche Aufenthalt jeweils der Mittelpunkt des hauptsächlichen Interesses sind, widerlegbar aus.<sup>31</sup> Bei einer Gesellschaft kann die Vermutung, dass der Mittelpunkt des hauptsächlichen Interesses durch den Sitz bestimmt wird, widerlegt werden, indem der Nachweis dafür geführt wird, dass sich die Hauptverwaltung der Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat befindet als in dem Mitgliedstaat, in dem sich der Sitz der Gesellschaft befindet. Erwägungsgrund 30 lässt dies aber nicht genügen, sondern fordert, dass eine Gesamtbetrachtung<sup>32</sup> aller relevanten Faktoren die von Dritten überprüfbare Feststellung zulässt, dass sich der tatsächliche Mittelpunkt der Verwaltung und der Kontrolle der Gesellschaft sowie der Verwaltung ihrer Interessen in diesem anderen Mitgliedstaat befindet.

Die Neufassung des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 EuInsVO stellt den Verkehrsschutz stärker als in der Fassung 2000

<sup>28</sup> BGH, Beschl. v. 7. 7. 2022 – IX ZB 14/21, DZWIR 2023, 166; vgl. auch EuGH, Urt. v. 24. 3. 2022 – C-723/20 – Galapagos BidCo., DZWIR 2023, 149 (jeweils in diesem Heft).

<sup>29</sup> Gegenüber der früheren Fassung inhaltlich unverändert, Wimmer/Bornemann/Lienau/*Lienau*, Die Neufassung der EuInsVO, Rn. 214; MK-InsO/*Thole*, EuInsVO, Art. 3 Rn. 2.

<sup>30</sup> Fletcher, in: Moss/Fletcher/Isaacs on the EU Regulation on Insolvency Proceedings, N. 3.10; Morscher, EuInsVO 2002, 20; Lüke, ZZP 111 (1998), 275, 287f.; Leible/Staudinger, KTS 2000, 533, 543; Schumacher, ZIK 2002, 282, 283; Pannen/Panner, EuInsVO, Art. 3 Rn. 16.

<sup>31</sup> Erwägungsgrund Nr. 30.

<sup>32</sup> Wimmer/Bornemann/Lienau/*Lienau*, a. a. O. (Fn. 29), Rn. 246.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 16. 9. 2021 – IX ZR 213/20, DZWIR 2022, 162.

<sup>27</sup> MK-InsO/*Vuia*, § 115 Rn. 11ff., § 116 Rn. 39; Uhlenbrück/Sinz, InsO, § 116 Rn. 16f.; K. Schmidt/*Ringstmeier*, InsO, § 116 Rn. 26.

in den Mittelpunkt.<sup>33</sup> Für alle Rechtsformen von Insolvenzschuldnern bestimmt Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 EuInsVO, dass der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen derjenige Ort ist, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und der als Ort der gewöhnlichen Verwaltung für Dritte feststellbar sein muss. Die Feststellbarkeit für Dritte ist ein eigenständiges Kriterium für die Ermittlung des Mittelpunkts des hauptsächlichen Interesses und nicht etwa nur Folge der anderen objektiven Anknüpfungspunkte.<sup>34</sup> Bei Unklarheiten über die Feststellbarkeit des Mittelpunkts des hauptsächlichen Interesses für Dritte ist an der Vermutungswirkung des satzungsgemäßen Sitzes festzuhalten.

Schon deshalb hätte es im vorliegenden Fall nahegelegen, an der Zuständigkeit polnischer Gerichte zu zweifeln – und Zweifel an der Zuständigkeit deutscher Gerichte auszuräumen.

Mehr noch. Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 2 EuInsVO bestimmt, dass die Fiktion des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen des Schuldners nur unter der Voraussetzung gilt, dass der Sitz nicht in einem Zeitraum von drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einen anderen Mitgliedstaat verlegt wurde. Damit soll einem forum shopping auf der Ebene der Gesellschaften ein Riegel vorgeschoben werden, wie die Erwägungsgründe 29 und 31 ausdrücklich formulieren.

Dies gilt um so mehr dann, wenn der Mittelpunkt des hauptsächlichen Interesses nach Antragstellung verlegt worden sein sollte.

An der Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 2 EuInsVO könnte man aber zweifeln, da der Eröffnungsantrag vor dem – möglicherweise (!) örtlich unzuständigen – AG Cottbus gestellt worden ist.

Hierauf aber kommt es, wie der IX. Zivilsenat des BGH überzeugend ausführt, nicht an. Denn die EuInsVO trifft allein Regelungen der internationalen Zuständigkeit. Die Regelung der Zuständigkeit der nationalen Gerichte obliegt den Mitgliedstaaten.

Die sich auch international auf die Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaates wirkende *perpetuatio fori* wird durch die Anrufung »der Gerichte« eines Mitgliedstaates begründet. Den Begriff des »Gerichts« erfasst die Legaldefinition des Art. 2 Nr. 6 lit. ii EuInsVO in funktionaler Weise dergestalt, dass darunter alle Stellen zu verstehen sind,

die im Rahmen eines Insolvenzverfahrens Entscheidungen fällen können – wozu erkennbar das AG Cottbus gehörte, was an seiner Kompetenz deutlich wurde, einen Verweisungsbeschluss nach § 4 InsO i. V. m. § 281 ZPO zu erlassen.

## 6. Eröffnungsgründe: Haftung des Geschäftsführers eines start up-Unternehmens wegen Auszahlungen

Das OLG Düsseldorf hat nach seiner Entscheidung aus dem Jahr 2021<sup>35</sup> im Februar 2022 darüber zu entscheiden gehabt, ob der später klagweise in Anspruch genommene Geschäftsführer einer im November 2013 gegründeten start up-Gesellschaft nach § 64 a.F. GmbHG wegen Auszahlungen, die er trotz rechnerischer Überschuldung der Gesellschaft vorgenommen hat, haftet:<sup>36</sup>

**Fall 6:** In diesem Fall bestand das Geschäftsmodell der Gesellschaft darin, dass sie ein alkoholabbauendes Partygetränk zur Linderung der Folgen von Alkoholkonsum auf den Markt bringen wollte. Die medizinische Untersuchung der Wirksamkeit des Getränks stand noch aus. Im Jahr 2013 hatte die Gesellschaft einen Fehlbetrag von ca. 31.000 €, im Jahr 2014 einen in Höhe von ca. 69.500 € erwirtschaftet. 2017 hatte der Geschäftsführer für die Gesellschaft Antrag gestellt; bis dahin hatte er ca. 58.000 € Auszahlungen vorgenommen.

Nachdem das OLG davon auszugehen hatte, dass die Kreditgeber der Gesellschaft wegen ihrer Darlehensforderungen weder einen Rangrücktritt erklärt noch Patronatserklärungen abgegeben hatten und rechnerisch Überschuldung vorlag, hing die Haftung des Geschäftsführers davon ab, ob Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinn eingetreten war. Damit stellte sich die Frage nach der Fortführungsprognose für die Gesellschaft. Die positive Fortführungsprognose hätte vorausgesetzt, dass das Unternehmen durch Eigen- oder Fremdmittel mittelfristig hätte finanziert werden können. Das war aber nicht der Fall.

Denn anders als in dem Fall, der dem Beschluss aus dem Sommer 2021 zugrunde lag, hatte in dem Alkoholabbau-Fall keine verlässliche Finanzierungszusage vorgelegen, sondern nur fallweise Zusagen. Diese Zusagen wurden schließlich nicht mehr gegeben, weil bereits das Geschäftsmodell der schuldnerischen Gesellschaft sich als nicht tragfähig erwiesen hat und daher die Ertragsfähigkeit nicht hätte gewährleistet werden können.

<sup>33</sup> Wimmer/Bornemann/Lienau/*Lienau*, a. a. O. (Fn. 29), Rn. 219; Mankowski/Müller/J. Schmidt/*Mankowski*, EuInsVO, Art. 3 Rn. 6; Vallender/*Vallender*/*Zipperer*, EuInsVO, Art. 3 Rn. 8f.

<sup>34</sup> Wimmer/Bornemann/Lienau/*Lienau*, a. a. O. (Fn. 29), Rn. 218; Vallender/*Vallender*/*Zipperer*, EuInsVO, Art. 3 Rn. 14; Mankowski/Müller/J. Schmidt/*Mankowski*, EuInsVO, Art. 3 Rn. 18ff.

<sup>35</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20. 7. 2021 – I-12 W 7/21, ZIP 2021, 1665.

<sup>36</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9. 2. 2022 – 12 U 54/21, ZIP 2022, 1061.

## II. Allgemeine und prozessuale Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

### 1. Steuerfestsetzungsbescheide, die allein zu Erstattungen führen

Der BFH<sup>37</sup> hatte über einen, im Folgenden vereinfacht wiedergegebenen Sachverhalt zu entscheiden:

**Fall 7:** Das Finanzamt hatte nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des W im Jahr 2015 nach dessen Einkommenssteuererklärung für das Jahr 2014 Einkommenssteuer in Höhe von ca. 30.000 € erklärungsgemäß festgesetzt, wobei die Berücksichtigung einbehaltener Lohnsteuer einen Erstattungsbetrag von ca. 2.000 € ergab. Gegen den Festsetzungsbescheid wandte sich der Insolvenzverwalter mit seiner Klage.

Die Klage war nach § 40 Abs. 2 FGO, § 80 Abs. 1 InsO zulässig. Der Festsetzungsbescheid war aber nicht angreifbar. Denn er litt nicht an einem zu seiner Nichtigkeit führenden schwerwiegenden Fehler gemäß § 125 Abs. 1 AO. Das wäre indes der Fall gewesen, wenn der Erlass des Festsetzungsbescheides wegen des über das Vermögen des Steuerschuldners eröffneten Insolvenzverfahrens durch § 87 InsO mit der Folge gehindert worden wäre, dass das Finanzamt die Steuerforderung zur Tabelle nach § 174 InsO anmelden müsste. Der BFH lehnt Meinungen ab, die dies auch für »Erstattungsbescheide«, aus denen sich ein Erstattungsanspruch des Steuerschuldners ergibt, bejahren, und führt aus, »0-Steuerbescheide« und Umsatzsteuerbescheide, mit denen negative Steuern festgesetzt werden, seien von § 87 InsO nicht erfasst. Denn es ergäbe sich dann keine Insolvenzforderung, die allein zur Tabelle angemeldet werden könnte und müsste. Ergäbe sich aus dem Steuerbescheid unter Berücksichtigung von Anrechnungsbeträgen eine Erstattung, fehle es ebenfalls an einer anmeldbaren Forderung.

Das ist nicht unproblematisch. Denn ist der Erlass eines Steuerbescheides zulässig, besteht die Möglichkeit, dass eine Insolvenzforderung durch den Bescheid tituliert wird, wenn im Streit über Anrechnungsbeträge sich erweist, dass keine Erstattung in Betracht kommt, sondern sich eine Steuerschuld ergibt.<sup>38</sup> Der BFH geht auf diesen Einwand dadurch ein, dass er für den konkreten Fall ausführt, dass eine Zahllast und daher eine anmeldbare Insolvenzforderung nicht entstehen könne.

### 2. Unterbrechung des Verfahrens der Aussetzung der Vollziehung

<sup>39</sup>Wenn der Steuerschuldner die Aussetzung der Vollziehung beantragt, wird das Verfahren grundsätzlich nicht nach § 155 Satz 1 FGO i.V.m. § 240 ZPO unterbrochen. Denn die Vollziehung der angefochtenen Steuerbescheide ist in einem über das Vermögen des Steuerschuldners unterbrochenen Insolvenzverfahren ohnedies nach § 89 InsO nicht möglich. Daher fehlt es dem Antrag auf AdV bereits am Rechtsschutzbedürfnis.

Anders liegen die Dinge indes, wenn die festgesetzte Steuerschuld bereits getilgt war, bevor das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Dann hat der Antrag auf AdV das Ziel, das Steuerverfahren mit dem Ziel auszusetzen, Ersatzansprüche betreiben zu können. Diese Ersatzansprüche befinden sich aber mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Steuerschuldners in der Masse mit der Folge, dass für ihre Geltendmachung der Insolvenzverwalter nach § 80 Abs. 1 InsO rechtszuständig wird. Dies rechtfertigt die Unterbrechung des AdV-Verfahrens nach § 155 Satz 1 FGO i.V.m. § 240 InsO.

### 3. Unterbrechung, Aufnahme des Prozesses und der Zusammenhang zum Tabellenfeststellungsstreit

**Fall 8:** Der Kläger war seit 1986 Arbeitnehmer der M GmbH, zuletzt als Versandleiter. Die M GmbH produzierte mit 280 Arbeitnehmern sowie weiteren Bürokräften Betten und Matratzen. Wegen Betriebsstilllegung kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 18. 12. 2018 zum 31. 7. 2019. Der Kläger versäumte es, nach § 4 Satz 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung durch Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung geltend zu machen, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, und dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Die Kündigung war daher nach § 7 Hs. 1 KSchG wirksam geworden.

Zwischenzeitlich war der Betrieb der M GmbH aber auf die T GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) übergegangen, die nicht mehr als 30 Arbeitnehmer beschäftigte, von denen 24 zuvor bei der M GmbH beschäftigt worden waren. Mit am 31. 7. 2019 der Schuldnerin zugestellter Klage begehrte der Kläger die Verurteilung der Schuldnerin zur Wiedereinstellung. Vorsorglich sprach die Schuldnerin die Kündigung aus, wogegen der Kläger fristgerecht Kündigungsschutzklage erhob.

Das Arbeitsgericht verurteilte die Schuldnerin antragsgemäß mit Urteil vom 15. 1. 2020, das Angebot des Klägers zur Wiedereinstellung unter Abschluss eines Arbeitsvertrages zu den bis zum 31. 7. 2019 bestehenden Bedingungen anzunehmen, und hat festgestellt, dass dieses Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht

<sup>37</sup> BFH, Urt. v. 5. 4. 2022 – IX R 27/18, DZWIR 2023, 37.

<sup>38</sup> Roth, Insolvenzsteuerrecht, 3. Aufl., Rn. 3.187.

<sup>39</sup> BFH, Beschl. v. 30. 6. 2021 – I B 43/20, DZWIR 2021, 682.

aufgelöst sei. Dagegen legte die Schuldnerin durch ihren bisherigen Prozessbevollmächtigten am 3. 2. 2020 Berufung ein.

Bereits am 22. 2. 2020 war der Beklagte zum vorläufigen Zustimmungsverwalter in dem Insolvenzantragsverfahren gegen die Schuldnerin bestellt worden. Mit Beschluss vom 2. 3. 2020 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und das LAG hat den Parteien mitgeteilt, das Verfahren sei nach § 240 ZPO unterbrochen. Der Kläger hat die Aufnahme des Rechtsstreits erklärt.

Der beklagte Insolvenzverwalter kündigte am 27. 7. 2020 vorsichtig ein Arbeitsverhältnis mit dem Kläger, der mit seiner dagegen erhobenen Kündigungsschutzklage deshalb Erfolg hatte, weil der Kläger vortrug, es habe im Zeitpunkt der Kündigung kein Arbeitsverhältnis zur Schuldnerin mehr bestanden, weil dieses durch weiteren Betriebsübergang vom 1. 2. 2020 auf die M GmbH übergegangen sei.

Auf Antrag des Beklagten hat das LAG durch Zwischenurteil gemäß § 280 ZPO festgestellt, der Rechtsstreit sei weiterhin unterbrochen, wogegen sich die Revision des Klägers richtete.

Prozessual waren eine Reihe von Fragen aufgeworfen:

Wirksame Einlegung der Berufung und § 117 InsO: Der Prozessbevollmächtigte der Schuldnerin war noch zur Einlegung der Berufung wirksam mandatiert, weil die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters in Ermangelung einer Verweisung in §§ 22 Abs. 1, 24 Abs. 1 InsO auf § 117 InsO das Mandats- bzw. Geschäftsbesorgungsverhältnis nicht mit vorläufigen Anordnungen des Insolvenzgerichts erlischt.

Insolvenzverwalter als »richtige Partei« des Zwischenstreits: Der beklagte Insolvenzverwalter war »richtige Partei« des Zwischenstreits unabhängig davon, ob der Wiedereinstellungsanspruch und die Kündigungsschutzklage gegen die M GmbH hätte gerichtet werden sollen. Selbst wenn der beklagte Insolvenzverwalter für den oder die Streitgegenstände keine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gehabt haben und daher die – materiell-rechtlich betrachtet – »falsche« Partei gewesen sein sollte, war er für den Zwischenstreit die »richtige Partei«, weil er mit dem Klagebegehren auf Wiedereinstellung und Feststellung des Kündigungsschutzes in Anspruch genommen und damit »formell« Partei des Rechtsstreits war.

Unterbrechung des Rechtsstreits: Die Besonderheit lag im vorliegenden Fall darin, dass in objektiver Klagehäufung der Kläger zwei Gegenstände verfolgte, nämlich zum einen das mit der Kündigungsschutzklage verfolgte Begehrten der Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung und andererseits das mit der Klage auf Wiedereinstellung verfolgte Begehrten der Verurteilung des Klägers zum angestrebten Vertragsabschluss. Damit stellte sich wegen jedes Streitgegenstandes die Frage der Unterbrechung des Prozesses nach § 240 ZPO. Der Prozess wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Partei unterbrochen, wenn er einen wenigstens mittelbaren Massebezug aufweist. Denn durch die Unterbrechung wird dem Um-

stand Rechnung getragen, dass die schuldnerische Partei mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen gemäß § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und damit zwar nicht die Parteifähigkeit (das BVerfG spricht von Prozessfähigkeit), aber die Prozessführungsbeifugnis einbüßt, die auf den Insolvenzverwalter übergeht. Der Insolvenzverwalter bekommt durch die Prozessunterbrechung faktisch eine Einarbeitungsmöglichkeit eingeräumt. Der wenigstens mittelbare Massebezug liegt vor, wenn der Insolvenzverwalter in Bezug auf den Streitgegenstand rechtszuständig ist.

Unterbrechung und Aufnahme bei der Kündigungsschutzklage: Der durch Leistungsklage eingeleitete Passivprozess wird nach § 87 InsO unterbrochen und kann nur als Tabellenfeststellungsklage unter deren besonderen Voraussetzungen vom (anmeldenden) Gläubiger gegen das Bestreiten der Forderung aufgenommen werden. Die Kündigungsschutzklage wird aber als Feststellungsklage erhoben. Soweit sie aber zur Belastung der Masse mit Insolvenzforderungen oder mit Masseverbindlichkeiten führen kann – weil vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete Lohn- und Gehaltsforderungen die Passivmasse belasten oder auf ihrer Grundlage oktroyierte Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO bestehen, aus denen die Aktivmasse gemindert wird – besteht der Massebezug zu dem Vermögen, für das der Verwalter rechtszuständig ist. Dies ist der Fall, wenn auf die Kündigungsschutzklage hin festgestellt wird, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht.

Das wirft die Frage auf, ob der unterbrochene Kündigungsschutzprozess wieder aufgenommen werden kann. Das BAG führt dazu überzeugend aus, der Streit um das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses betreffe kein Forderungsrecht und könne auch nicht nach § 45 InsO in eine Geldforderung umgerechnet werden, denn es lasse sich kein Schätzwert ermitteln, da sich die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses und damit sein Wert nicht prognostizieren lasse. Das folgert das BAG daraus, dass das Arbeitsverhältnis nach § 108 Abs. 1 InsO im eröffneten Insolvenzverfahren fortbesteht und anders als Forderungen in Austauschverhältnissen nicht als Schadenersatzforderung zur Tabelle angemeldet werden kann, wenn der Verwalter nicht die Erfüllung wählt.<sup>40</sup> Im Kündigungsschutzprozess geht es daher wenigstens mittelbar um Masseverbindlichkeiten, so dass der Kläger die Klage gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO aufnehmen konnte.

<sup>40</sup> Die Entscheidung BAG, Urt. v. 18. 10. 2006 – 2 AZR 563/05, ZIP 2007, 745 betraf einen anderen Fall: Dort ging es um ein vorinsolvenzlich beendes Arbeitsverhältnis und die Parteien stritten darum, ob eine außerordentliche oder eine nach Ablauf der Kündigungsfrist erfolgte Kündigung vorgelegen hatte.

Der Prozess wurde auch wegen des Antrags auf Verurteilung des beklagten Insolvenzverwalters zur Annahme des Vertragsangebots zur Wiedereinstellung des Klägers nach § 240 ZPO unterbrochen. Der Grund für die Unterbrechung liegt in der objektiven Klagehäufung, die zu einer einheitlichen Behandlung der Prozessunterbrechung führt. Die Unterbrechung beruht damit allein auf der prozessualen Lage; sie dient nicht dazu, dem Insolvenzverwalter eine Einarbeitung zu ermöglichen. Denn das BAG führt aus, dass ein Wiedereinstellungsanspruch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers nicht greift: § 108 Abs. 1 InsO kommt nur bei bestehenden und daher die Eröffnung des Insolvenzverfahrens überdauernden Arbeitsverhältnissen zum Zuge. Anders als den Arbeitgeber vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens trifft den Insolvenzverwalter kein Kontrahierungszwang, der zur Wiedereinstellung des vorinsolvenzlich wirksam gekündigten Arbeitnehmers führen würde. Ein derartiger Kontrahierungszwang ist allein aus vertraglichen Nebenpflichten des Arbeitgebers herzuleiten, die aber den Insolvenzverwalter nicht treffen können, da sie sich aus § 108 Abs. 1 InsO nicht ableiten lassen. Der unterbrochene Rechtsstreit wegen des – gegenüber dem beklagten Insolvenzverwalter materiell nicht bestehenden – Wiedereinstellungsanspruchs konnte wegen dessen potentiellen Massebezugs vom Kläger wirksam aufgenommen werden; das BAG begründet dies überzeugend damit, dass ein prozessualer Gleichlauf zum Kündigungsschutzantrag vorläge.

#### 4. Klage des Insolvenzverwalters zur Abwehr der Herstellung der Vollstreckbarkeit der angemeldeten Forderung

**Fall 9:** Die Klägerin hatte gegen Dr. K – den Schuldner – ein rechtskräftiges Urteil erwirkt, mit dem der Schuldner zur Zahlung von 21,25 Mio. € Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übertragung des Eigentums an 2,5 Mio. Aktien der CAG verpflichtet wurde. Dem lag eine Optionsvereinbarung mit anschließendem Kaufvertrag zugrunde. Der Schuldner behauptete nunmehr, beim Abschluss von Optionsvereinbarung und Kaufvertrag geschäftsunfähig gewesen zu sein. Die Klägerin drohte dem Schuldner den freihändigen Verkauf der Aktien an; der Schuldner bestritt, dass dies wirksam erfolgt war. Der erfolgte freihändige Verkauf erbrachte einen Erlös von 6,25 Mio. €.

Die Klägerin erhob nun Klage gegen den Schuldner auf Feststellung, dass dieser durch den freihändigen Verkauf in Höhe der ihm aus dem Vorprozess Zug-um-Zug gebührenden Gegenleistung befriedigt sei. Das Landgericht gab der Klage statt, die Berufung des Schuldners blieb erfolglos, worauf auf Nichtzulassungsbeschwerde des Schuldners der BGH die Sache zur erneuten Verhandlung an das OLG zurückverwies.

Der Schuldner stellte widerklagend den Antrag, festzustellen, dass der titulierte Anspruch auf Zahlung der 21,25 Mio. € erloschen sei. Denn die Klägerin könne die Aktien nicht mehr liefern;

deren freihändiger Verkauf wegen seiner, des Schuldners, Geschäftsunfähigkeit sei nicht wirksam erfolgt.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners meldete die Klägerin ihre Forderung von 21,25 Mio. € unverkürzt zur Tabelle an, wogegen der Insolvenzverwalter Widerspruch erhob und die Aufnahme des Rechtsstreits wegen Klage und Widerklage erklärte. Mit Zwischenurteil erkannte das OLG darauf, der Rechtsstreit sei unterbrochen.

Dagegen hat der BGH<sup>41</sup> darauf erkannt, dass die Aufnahme des Rechtsstreits durch den beklagten Insolvenzverwalter nach § 180 Abs. 2 ZPO wirksam war.

Grund der Besserstellung titulierter Forderungen ist, dass der Gläubiger bereits die Forderung ausprozessiert oder in anderer Weise vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens darüber einen Titel erstritten oder erlangt hat, ihm deshalb ein weiterer Prozess als Forderungsfeststellungsprozess nicht zumutbar ist.<sup>42</sup> Ausschlaggebend ist, dass der Titel vollstreckbar ist. Da die Feststellung nichttitulierter Forderungen zur Tabelle deren Beteiligung an der im Insolvenzverfahren durchzuführenden Verteilung bewirkt und damit haftungsrechtlich wie ein Leistungsurteil wirkt, ist es Aufgabe des § 179 Abs. 2 InsO, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlangte, die Vollstreckbarkeit der Forderung gewährleistende Rechtsposition anzuerkennen. Anders als nichttitulierte Forderungen werden daher titulierte Forderungen ohne Weiteres zur Teilnahme an der Verteilung zugelassen; die Betreibungslast bei dagegen gerichtetem Widerspruch liegt daher beim Bestreitenden. Voraussetzung ist, dass eine öffentliche Urkunde, aus der die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann und die sich mit der angemeldeten Forderung deckt, vorliegt.<sup>43</sup> Dies ist der Fall, wenn das Urteil vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Titelschuldners erlassen worden ist. Verkündete Urteile müssen nicht zugestellt sein; im Übrigen muss eine Zustellung gemäß § 310 Abs. 3 ZPO vorliegen.<sup>44</sup> Ein vom erkennenden Gericht in Unkenntnis der Unterbrechung wegen Verfahrenseröffnung nach § 240 ZPO verkündetes Urteil ist jedenfalls nicht Titel i. S. v. § 179 Abs. 2 InsO.<sup>45</sup> Soweit es sich nicht um Endurteile handelt, macht § 179 Abs. 2 InsO die Bevorzugung des Titelgläubigers davon abhängig, dass eine Vollstreckungsklausel nach den §§ 724ff. ZPO erteilt ist.

Hier war die angemeldete Forderung angemeldet, geprüft und bestritten worden, so dass gemäß §§ 179 Abs. 2,

41 BGH, Urt. v. 11. 8. 2022 – IX ZR 78/21, DZWIR 2023, 170.

42 Jaeger/Gerhardt, InsO, § 179 Rn. 25–27.

43 RG, Urt. v. 23. 4. 1903 – Rep. VI. 449/02, RGZ 54, 311, 314; Jaeger/Gerhardt, InsO, § 179 Rn. 28.

44 Jaeger/Gerhardt, InsO, § 179 Rn. 47.

45 OLG Köln, Urt. v. 9. 3. 1988 – 13 U 230/87, NJW-RR 1988, 701; Jaeger/Gerhardt, InsO, § 179 Rn. 48f.

180 Abs. 2 InsO die Voraussetzungen der Aufnahme im Tabellenfeststellungsstreit vorlagen. Dabei ging es in dem auf zunehmenden Prozess auch um eine nach § 174 InsO zur Tabelle anmeldbaren Forderung. Die Klägerin begehrte mit dem von ihr beantragten Feststellungsurteil nämlich die Schaffung einer Urkunde, um den Nachweis der Befriedigung des Schuldners führen zu können und damit nach § 756 Abs. 1 InsO die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in sein Vermögen zu schaffen. Gegenstand der Anmeldung und damit des Tabellenfeststellungsbegehrens gegen den beklagten, widersprechenden Insolvenzverwalter war dabei die Forderung in ihrer vollen Höhe.

Da das erstinstanzliche Urteil dem Feststellungsbegehren stattgegeben hatte, lag ein – vollstreckbarer – Titel nach §§ 256, 756 ZPO vor. Die Forderung war mit dem Zug-um-Zug-Urteil tituliert. Gegen titulierte Forderungen weist das Gesetz dem Insolvenzverwalter die Betreibungslast zu.

Der beklagte Insolvenzverwalter hatte daher ein Rechtsschutzbedürfnis für die Aufnahme des Rechtsstreits über die Anmeldung. Dies galt, wie der IX. Zivilsenat überzeugend ausführt, auch für die Widerklage, mit der eine Insolvenzforderung gemäß § 87 InsO abgewehrt wird.

## 5. Verfahrensunterbrechung und -aufnahme bei Nachlassinsolvenzverfahren

Das BAG<sup>46</sup> hatte über die Frage der Aufnahme eines Prozesses nach dem Tod des Klägers zu entscheiden, nachdem über den Nachlass das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet worden war.

**Fall 10:** Der im Juni 2020 verstorbene frühere Geschäftsführer der beklagten Gesellschaft hatte aufgrund entsprechender gesellschaftsvertraglicher Befreiung von § 181 BGB, handelnd für die Gesellschaft, sich eine Versorgungszusage erteilt und zu deren Finanzierung für die Gesellschaft eine Rückversicherung abgeschlossen. Nach Eintritt in den Ruhestand kam es zwischen der beklagten Gesellschaft und dem später verstorbenen Kläger zum Streit über rückständige Versorgungszahlungen und der Kläger nahm 2017 zunächst vor dem Landgericht, das an das Arbeitsgericht verwies, die Beklagte klagweise in Anspruch; die aus der Versorgungsabrede herrührenden Ansprüche hatte der Verstorbene im Januar 2020 seiner Tochter abgetreten. Nach dem Tod des Klägers kam es zwischen der Alleinerbin und der Beklagten zum Streit über eine Prozessunterbrechung nach § 246 Abs. 1 ZPO, auf den hin der Senat das Verfahren ausgesetzt hat.<sup>47</sup> Der Vorsitzende lud zunächst die Tochter als alleinige Rechtsnachfolgerin des Verstorbenen als Klägerin im April 2021 zum Termin. Am 6. 5. 2021 wurde aufgrund eines bereits im Dezember 2020 gestellten Antrags das Nachlassinsolvenzverfahren über den Nachlass des Verstorbenen eröffnet. Bereits am Tag der Verfahrenseröffnung haben der Insolvenzverwalter und

die Tochter eine sog. »Abtretungsvereinbarung« abgeschlossen, in der beide erklärten, die Tochter habe die Rechte aus der Ruhegeldvereinbarung in anfechtbarer Weise erlangt und akzeptiere die vom Insolvenzverwalter erklärte Anfechtung; auch haben sie darin die Rückabtretung der Forderungen zur Masse an den Insolvenzverwalter vereinbart. Der Insolvenzverwalter hat dann nach § 85 InsO die Aufnahme des Prozesses erklärt.

Der vom klagenden späteren Erblasser angestrengte Rechtsstreit über nachlasszugehörige Rechte wird durch den Tod des Erblassers gemäß § 239 ZPO unterbrochen. Wenn die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens erfolgt, liegt, wie der erkennende Senat ausführt, aufgrund § 240 ZPO eine sog. Doppelunterbrechung vor. Denn § 243 ZPO<sup>48</sup> sieht ausdrücklich vor, dass die Vorschriften des § 240 ZPO bei der Aufnahme des Verfahrens anzuwenden sind, wenn im Fall der Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei über den Nachlass das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Diese Regelung entspricht im Fall der Testamentsvollstreckung dem § 2212 BGB<sup>49</sup>, der vorsieht, dass ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht nur von dem Testamentsvollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden kann. Das setzt voraus, dass die streitgegenständlichen Rechte Massebezug haben – also vom Insolvenzbeschlag erfasst sind.

Das BAG prüft, ob der klagende Nachlassinsolvenzverwalter zur Aufnahme des Prozesses aktiv legitimiert war, und fragt dazu danach, ob der Rechtserwerb der Tochter in anfechtbarer Weise erfolgt war. Dies bejaht der erkennende Senat mit Blick auf § 133 Abs. 1 InsO; die Rückabtretung der Rechte aus dem Versorgungsvertrag an den als Partei kraft Amtes für den Nachlass handelnden Insolvenzverwalter führte folgerichtig dazu, dass er im Rahmen seiner Masseverwaltungsaufgaben zur Aufnahme des Rechtsstreits befugt war.

Nach dem vom BAG im Tatbestand seines Urteils mitgeteilten Sachverhalt ist offen geblieben, ob die Erbin vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Rückabtretung der Ansprüche die Aufnahme des Rechtsstreits erklärt hatte – was aufgrund der Mitteilung über den Streit nach § 246 Abs. 1 ZPO<sup>50</sup> nicht fernliegt. Das Urteil bleibt in seinen prozessualen Ausführungen daher etwas dunkel. Hätte die Erbin vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Nachlass die Aufnahme in der Form des § 250 ZPO<sup>51</sup> aufgenommen

<sup>46</sup> Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 243 Rn. 4; MK-ZPO/Stackmann, § 243 Rn. 6; Musielak/Voit/Stadler, ZPO, § 243 Rn. 1.

<sup>47</sup> Erman/M. Schmidt, BGB, § 2212 Rn. 8; MK-BGB/Zimmermann, § 2212 Rn. 12; Schulze/Hoeren, BGB, § 2212 Rn. 7.

<sup>48</sup> Saenger/Wöstmann, ZPO, § 246 Rn. 2ff.; Zöller/Greger, ZPO, § 246 Rn. 3.

<sup>49</sup> Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 250 Rn. 1f.; Musielak/Voit/Stadler, ZPO, § 250 Rn. 1f.; Zöller/Greger, ZPO, § 250 Rn. 1, 3.

<sup>46</sup> BAG, Urt. v. 2. 12. 2021 – 3 AZR 119/19, ZIP 2022, 806.

<sup>47</sup> BAG, Beschl. v. 26. 1. 2021 – 3 AZR 119/19 (A).

men, wäre sie allerdings durch die Aufnahme Partei des Rechtsstreits geworden. Das ist auch vor dem Hintergrund des erst später entstehenden – ja schon wegen § 129 Abs. 1 InsO<sup>52</sup> erst im Nachlassinsolvenzverfahren zu verfolgenden – Anfechtungsanspruchs richtig. Denn das anfechtbare Rechtsgeschäft bleibt, wenn nicht andere Mängel vorliegen, solange wirksam, wie nicht die Insolvenzanfechtung vorgenommen wird. So lange bleibt aber auch die Aktivlegitimation der Rechtsinhaberin und folgerichtig ihre Aufnahmebefugnis bestehen. Die spätere Rückabtretung als Erfüllung des im (Nachlass)Insolvenzverfahren geltend gemachten Rückabtretungsanspruchs lässt die einmal durch Aufnahme des Rechtsstreits erlangte Parteistellung der Klägerin grundsätzlich unberührt. Der BGH<sup>53</sup> hat für den Fall der Insolvenz über das Vermögen des Zessionars darauf erkannt, dass der vom Zedenten geführte Prozess nicht unterbrochen wird. Das beruht darauf, dass nur die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der formellen Partei des Rechtsstreits dessen Unterbrechung bewirkt. Der BGH verweist in diesem Zusammenhang auf § 13 Abs. 2 Satz 1 AnfG a. F. Während die Rechtshängigkeit nach § 265 Abs. 1 ZPO<sup>54</sup> das Recht der Klägerin nicht ausschließt, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten, bestimmt § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO, dass die Abtretung auf den Prozess keinen Einfluss hat. Der Insolvenzverwalter, der aufgrund der Abtretung Rechtsnachfolger der Klägerin geworden ist, hat nach § 265 Abs. 2 Satz 2 ZPO<sup>55</sup> nicht das Recht, ohne Zustimmung des Gegners den Prozess als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben.

## 6. Eröffnungsbeschluss kein Titel für Pfändung und Überweisung schuldnerischer Forderungen

Der Beschluss des BGH aus dem Sommer 2022<sup>56</sup> berührt zum einen Kernfragen der Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Stellung des Insolvenzverwalters, zum anderen betrifft sie wesentliche Strukturfragen des Rechts der Pfändung und Überweisung von Forderungen. Vereinfacht ging es dabei um Folgendes:

**Fall 11:** Die Insolvenzschuldnerin machte Forderungen aus einem in den USA ergangenen Final Judgement of Dissolution of Marriage – einer Scheidungsfolgentscheidung – gegen M.N. sowie ge-

gen eine Impression Inc., die Gelder aus dem Final Judgement rechtswidrig vereinnahmt habe, geltend.

Der Insolvenzverwalter stellte beim Vollstreckungsgericht, gestützt auf den Eröffnungsbeschluss als Titel, Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gegen die Schuldnerin. Damit sollten deren Forderungen gegen die Drittschuldner für ihn, den Insolvenzverwalter, gepfändet und an ihn (wohl zur Einziehung) überwiesen werden. Der Insolvenzverwalter erhoffte sich daraus, von den Drittschuldner über den Bestand der Forderungen Auskunft erlangen zu können. Der Antrag des Insolvenzverwalters hatte auch in der Rechtsbeschwerde keinen Erfolg.

Das ergibt sich ohne Weiteres daraus, dass § 148 Abs. 2 InsO die Titelfunktion des Eröffnungsbeschlusses auf die Herausgabevollstreckung nach den §§ 883 ff. ZPO bezieht. Der Insolvenzverwalter ergreift mit Verfahrenseröffnung »Besitz« an den Sachen, die zur Insolvenzmasse gehören. Enthält der Insolvenzschuldner dem Insolvenzverwalter Sachen vor, hat dies die Rechtsqualität einer verbotenen Eigenmacht gemäß § 858 BGB. Um dieser verbotenen Eigenmacht des Insolvenzschuldners begegnen zu können, gibt das Gesetz dem Insolvenzverwalter mit dem Eröffnungsbeschluss einen Titel an die Hand, um zügig die Herausgabevollstreckung betreiben zu können. Das ist erforderlich, da die Besitzergreifung durch den Insolvenzverwalter selbst nicht im Wege der Selbsthilfe erfolgen darf – die hoheitliche Begründung seines privaten Amtes und seine Funktion, die Gesamtvollstreckung durchzuführen, lassen eine abweichende Bewertung nicht zu; und die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Besitzkehr gegen den Insolvenzschuldner liegen nicht vor. Auch der Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes ist dem staatlichen Gewaltmonopol unterworfen, so dass der Insolvenzverwalter die Besitzergreifung an ihn vom Insolvenzschuldner vorenthaltenen Sachen der Insolvenzmasse durch die Einschaltung des Vollstreckungsorgans Gerichtsvollzieher bewirken muss.

Die Titelfunktion des Eröffnungsbeschlusses gemäß § 148 Abs. 2 InsO erstreckt sich aber nicht auf solche Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, die ipso iure an den Eröffnungsbeschluss geknüpft sind. Gestattet und ermöglicht der Insolvenzschuldner dem Insolvenzverwalter den Zugriff auf die massezugehörigen Sachen, erwirbt der Insolvenzverwalter ohne Weiteres den rechtmäßigen Besitz an ihnen. Der Eröffnungsbeschluss legitimiert den Besitz des Insolvenzverwalters, ohne dass der Besitzerwerb bei Hinnahme der Besitzergreifung durch den Insolvenzschuldner eines staatlichen Vollstreckungsaktes bedürfte. Das alles ist selbstverständlich; diese Grundstruktur in Erinnerung zu rufen, hilft bei dem Verständnis der Auseinandersetzung mit dem vom BGH entschiedenen Fall.

Der Bezug der Titelfunktion des Eröffnungsbeschlusses zur Vollstreckung der Herausgabe massezugehöriger Sachen auf der einen Seite und die Änderung der Rechts-

52 Zusammenfassend Rattunde/Smid/Zeuner/Zeuner, InsO, § 129 Rn. 1.

53 BGH, Urt. v. 13. 3. 1997 – I ZR 215/94, NJW 1998, 156.

54 Saenger/Saenger, ZPO, § 265 Rn. 6; Musielak/Voit/Foerste, ZPO, § 265 Rn. 5.

55 MK-ZPO/Becker-Eberhard, § 265 Rn. 102; Musielak/Voit/Foerste, ZPO, § 265 Rn. 13.

56 BGH, Beschl. v. 21. 7. 2022 – IX ZB 63/21, DZWIR 2023, 54.

zuständigkeit durch den Eröffnungsbeschluss auf der anderen Seite macht deutlich, dass wegen massezugehöriger Forderung eine Pfändung für den und Überweisung an den Insolvenzverwalter keinesfalls in Betracht kommt. Denn mit dem Eröffnungsbeschluss wird die Rechtszuständigkeit des Insolvenzverwalters für die massezugehörigen Gegenstände begründet. Allein aufgrund des Eröffnungsbeschlusses erlangt der Insolvenzverwalter die Rechtsmacht dazu, im Vermögen des Schuldners befindliche Forderungen gegen Dritte durchzusetzen und Rechte des Schuldners zu verwerten. Seine Rechtsmacht geht über die eines Einziehungsgläubigers hinaus – da der Insolvenzverwalter Schuldnerforderungen fakturieren kann. Und eine Einziehung an Zahlung statt wäre paradox, da die Forderung dadurch nicht in ein anderes Vermögen gelangen würde als in das, in dem sie sich bereits befindet, nämlich die Insolvenzmasse. Kurz: Dem Antrag des Insolvenzverwalters auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses fehlte es bereits am Rechtsschutzbedürfnis.

Dies war auch nicht deshalb anders zu beurteilen, weil der Insolvenzverwalter durch das Vorgehen auf einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hoffte.

Allerdings bedarf es für die Begründung der materiellen öffentlich-rechtlichen Auskunftspflicht nach § 840 Abs. 1 ZPO der Zustellung eines wirksamen Pfändungsbeschlusses als die Verpflichtung des Drittschuldners begründenden Staatsakts.<sup>57</sup>

§ 840 ZPO soll aber neben der Anordnung von Auskunftspflichten des Schuldners im Forderungspfändungsverfahren gemäß § 836 Abs. 3 ZPO<sup>58</sup> die Risiken des Gläubigers bei der Vollstreckung in eine schuldnerische Forderung herabsetzen. Die Statuierung einer Auskunftspflicht des Drittschuldners nach § 840 Abs. 1 ZPO verfolgt den Zweck, dem Gläubiger Informationen darüber zu verschaffen, welchen Risiken bei der Rechtsverfolgung er anlässlich des Versuchs einer Geltendmachung der gepfändeten Forderung begegnen wird. Die Pfändung<sup>59</sup> bezieht sich nämlich nur auf ein angebliches Recht des Schuldners gegen den Drittschuldner.<sup>60</sup> Der Gläubiger kann daher nicht absehen, welche Risiken eine weitere Verfolgung der Forderung birgt<sup>61</sup> oder ob weitere Pfändungen erforderlich sind,<sup>62</sup> besonders um Rang-

57 OLG Schleswig, NJW-RR 1990, 448; Mümmler, JurBüro 1986, 333.

58 OLG Naumburg, InVo 2000, 369; LG Leipzig, InVo 2000, 369; LG Stuttgart, InVo 2002, 514.

59 BGH, BGHZ 68, 289, mit Anm. Schreiber, JR 1977, 462.

60 Rüdershausen, Die Klagemöglichkeiten nach § 840 ZPO, 1975, S. 1, 103f.; Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 292.

61 BGH, NJW 1984, 1901; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, § 240 Rn. 1.

62 BGH, WM 1978, 676 = JuS 1978, 710 (K. Schmidt); Gerhardt, ZZP 95 (1982), 467, 482ff.

nachteilen oder gar einem vollständigen Ausfall zu begegnen. Insbesondere muss der Gläubiger wissen, ob er die Forderung (nunmehr) geltend machen muss, um zu vermeiden, Schadensersatzansprüchen des Schuldners nach § 842 ZPO ausgesetzt zu sein.<sup>63</sup> Ferner bedarf der Gläubiger der Unterichtung darüber, ob er mit Klagen nach § 771 ZPO zu rechnen hat oder welche Art der Verwertung zweckmäßig ist.

§ 840 Abs. 1 ZPO gewährt dem Gläubiger aber keinen materiell-rechtlichen Auskunftsanspruch.<sup>64</sup> Bei der Verpflichtung des Drittschuldners handelt es sich um eine genuin vollstreckungsrechtliche, dem öffentlichen Recht zuzuordnende und aus den allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten des Drittschuldners abzuleitende Auskunftspflicht.<sup>65</sup> Ihre Qualifikation hat Bedeutung für die Beurteilung der Frage nach ihrer prozessualen Durchsetzbarkeit durch den Gläubiger. Schief ist eine Gegenüberstellung, nach der die Auskunftspflicht des Drittschuldners sich entweder als »prozessuale«<sup>66</sup> oder als »materiell-rechtliche« Pflicht darstellt. Die Pflicht nach § 840 ZPO stellt sich als eine eigenständige öffentlich-rechtliche<sup>67</sup> Verpflichtung des Drittschuldners dar, die hinsichtlich der Unterscheidung von materiellem öffentlichem Recht und Prozessrecht dem ersteren angehört, da sie sich als Pflicht gegenüber dem Staat darstellt, aus deren Befolgung durch den Drittschuldner der Gläubiger Hilfe bei seiner Rechtsdurchsetzung erlangt.

Der Gläubiger kann daher die Befolgung seiner Auskunftspflicht durch den Drittschuldner nicht klagweise erzwingen, da § 840 Abs. 1 ZPO keinen materiellen zivilistischen Auskunftsanspruch des Gläubigers gegen den Drittschuldner normiert.<sup>68</sup> Der BGH rekurriert zum Teil<sup>69</sup> auf ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis einer solchen Aus-

63 Läng, Die Erklärung des Drittschuldners nach § 840 Abs. 1 (Ziff. 1) ZPO, 1982, S. 20.

64 A. A. Rüdershausen, a.a.O. (Fn. 60), S. 69ff., 101; Boewer/Bommermann, Lohnpfändung in Recht und Praxis, 1987, Rn. 216; Feiber, DB 1978, 477; Läng, a.a.O. (Fn. 63), S. 61f.

65 Lippross, Grundlagen und System, 98; ähnlich Stein/Jonas/Brehm, ZPO, § 240 Rn. 1.

66 Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, § 55 Rn. 16.

67 Insoweit verdient Linke, ZZP 87 (1974), 287 Zustimmung.

68 H.M.: BGH, BGHZ 91, 126, 128–131 = NJW 1984, 1901, mit zust. Anm. Brehm, JZ 1984, 673, 675f. und Waldner, JR 1984, 466; LG Nürnberg, ZZP 96 (1983), 118 mit Anm. Waldner; Mohrbutter, Rpfleger 1954, 622, 623; Prost, NJW 1958, 485; Schmidt, JR 1951, 558; Sichtermann, MDR 1952, 146; Stöber, § 240 Rn. 652; Mümmler, JurBüro 1986, 333, 337; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, § 240 Rn. 19; Musielak/Voit/Becker, ZPO, § 240 Rn. 8. Zur verwaltungsrechtlichen Fragestellung der Erzwingbarkeit der Drittschuldnerauskunft nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen der Länder, die gegenüber derjenigen des Zivilprozessrechts selbständig ist, Henneccke, JZ 1987, 746.

69 BGHZ 68, 289, 292 = NJW 1977, 1199.

kunftsklage.<sup>70</sup> Dieses Argument lässt sich aber nicht verallgemeinern, denn wäre ein materieller Auskunftsanspruch des Gläubigers gegeben, so könnte einer darauf gestützten Auskunftsklage in allen übrigen Fällen der Forderungspfändung das Rechtsschutzinteresse nicht abgesprochen werden. Ein solcher klagbarer Anspruch liegt nicht vor. Der BGH hat sich ausdrücklich gegen die Zulassung von Auskunftsklagen nach § 840 ZPO ausgesprochen.<sup>71</sup> Der Drittshuldner kann m. a. W. auf die Auskunftsauflöschung schweigen, haftet dann aber. Dem Gläubiger steht die Möglichkeit einer Leistungsklage (im Rahmen der §§ 829, 835 ZPO) gegen den Drittshuldner offen. § 840 Abs. 1 ZPO gibt daher dem Gläubiger keinen eigenständigen, vom Anspruch gegen den Schuldner gemäß § 836 Abs. 3 ZPO (Auskunftsklage wie Urkundenherausgabe) unabhängigen Auskunftsanspruch gegen den Drittshuldner.<sup>72</sup>

Letztere kommt im Übrigen in dem über das Vermögen des Schuldners eröffneten Insolvenzverfahren ohnedies nicht in Betracht, da dem Insolvenzverwalter Zwangsmittel zur Durchsetzung der den Schuldner treffenden Auskunftsplächen zu Gebote stehen.

## 7. Prozesskostenhilfe bei Massearmut

Nach § 116 Nr. 1 ZPO erhält der Insolvenzverwalter als Parteikraft Amtes Prozesskostenhilfe für den Fall bewilligt, dass die Kosten aus der verwalteten Vermögensmasse nicht aufgebracht werden können und den am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten nicht zuzumuten ist, die Kosten aufzubringen.

Das OLG Frankfurt/M. hat in einem Fall<sup>73</sup> über den Antrag des Insolvenzverwalters über die Gewährung von Prozesskostenhilfe zu entscheiden gehabt, in dem aufgrund von Masseunzulänglichkeit die aufzubringenden Prozesskosten nicht gedeckt waren. Prozesskostenhilfe kommt dann nicht in Betracht, wenn Gläubigern die Vorschussleistung wirtschaftlich zumutbar und der zu erwartende Erfolg deutlich größer als die Vorschussleistung ist.

Das OLG Frankfurt/Main hat verschiedene Fragen zu beantworten gehabt. So ging es darum, ob jenseits einer bestimmten Quote Kleingläubigern die Vorschussleistung nicht zumutbar sei, an der sich zu orientieren das OLG ablehnt. Für die im Übrigen wegen einer Vorschusspflicht zu berücksichtigenden Gläubiger kommt die Vorschussleistung nur in Betracht, wenn der zu erwartende Ertrag mehr als das Doppelte des zu leistenden Vorschusses beträgt.

70 BGHZ 68, 289, 292 = NJW 1977, 1199.

71 BGHZ 68, 289, 292 = NJW 1977, 1199.

72 So aber LAG Baden-Württemberg, JurBüro 1994, 135.

73 OLG Frankfurt/Main, Beschl. v. 10. 11. 2021 – 17 W 19/21, ZIP 2022, 912.

Fehlende Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung dürfen zur Versagung der Prozesskostenhilfe nur dann herangezogen werden, wenn konkrete und nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Beweisaufnahme mit großer Wahrscheinlichkeit zum Nachteil des Antragsstellers ausgehen wird.

## 8. Spezialzuständigkeit der Insolvenzrechtskammer wegen Existenzvernichtungsanspruchs

**Fall 12:**<sup>74</sup> Der Insolvenzverwalter machte gegen den Alleingeschäftsführer und Alleingeschäftsführer der insolvenzschuldnerischen Gesellschaft Ansprüche aus existenzvernichtendem Eingriff wegen Vertiefung der materiellen Insolvenz der Schuldnerin geltend. Die Spezialkammer für Insolvenzsachen gemäß § 72a Abs. 1 Nr. 7 GVG hat die Sache an eine allgemeine Zivilkammer abgegeben, da die Voraussetzungen für ihre Sonderzuständigkeit wegen des deliktsrechtlichen Charakters der Streitigkeit nicht vorliegen. Die allgemeine Zivilkammer geht von der Zuständigkeit der Kammer für Insolvenzsachen aus.

Das zur Bestimmung der zuständigen Kammer in entsprechender Anwendung des § 36 Nr. 6 GVG zuständige Kammergericht hat die Sache an die Kammer für Insolvenzsachen verwiesen.

Irreführend ist allerdings, dass das KG davon ausgeht, der Insolvenzverwalter mache den Schadenersatzanspruch wegen existenzvernichtenden Eingriffs als Gesamtschaden nach § 92 InsO<sup>75</sup> geltend; richtig ist, dass er einen massezugehörigen Schadenersatzanspruch gemäß § 80 Abs. 1 InsO geltend macht.

Dieser Anspruch ist, wie der BGH zutreffend ausführt, nicht als allgemeiner deliktischer Anspruch ohne Bezug auf das Insolvenzrecht zu qualifizieren. Dies wird zwar im europäisch-internationalen Insolvenzrecht im Rahmen der Auslegung des Art. 6 EuInsVO n.F.<sup>76</sup> vertreten, Ansprüche aus Existenzvernichtungshaftung seien nicht als Annexverfahren zu qualifizieren; die internationale Zuständigkeit hierfür richtete sich nach der EuGVVO. Ob dies zutrifft oder ob mit der hL davon auszugehen<sup>77</sup> ist, dass wegen der insolvenzrechtlichen Natur des Anspruchs die Klage aus Existenzvernichtungshaftung ein Annexverfahren sei, lässt das KG offen. Mit guten Gründen ordnet das KG die Klage als »insolvenzrechtliche Streitigkeit« i. S. v. § 72a Abs. 1 Nr. 7 GVG ein. Zur

74 KG, Beschl. v. 23. 3. 2022 – 2 AR 11/22, ZIP 2022, 756.

75 Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 92 Rn. 4ff.; Braun/Kroth, InsO, § 92 Rn. 6; MK-InsO/Gehrlein, § 92 Rn. 11ff.

76 Mankowski/Müller/J. Schmidt/Mankowski, EuInsVO, Art. 6 Rn. 22; Braun/Tashiro, EuInsVO, Art. 6 Rn. 37; MK-InsO/Kindler, EuInsVO Art. 6 Rn. 22.

77 Vgl. allein m. w. N. Vallender/Hänel, EuInsVO, 2. Aufl., Art. 6 Rn. 59.

Begründung führt der erkennende Senat aus, für die Entscheidung über Existenzvernichtungsklagen komme es entscheidend darauf an, das Vorliegen von Eröffnungstatbeständen – das Vorliegen der materiellen Insolvenz des geschädigten Unternehmensträgers – und damit spezifisch insolvenzrechtliche Probleme zu beurteilen, was den Anspruch in die Nähe der Insolvenzanfechtung rückt.

Dies ist schon deshalb überzeugend, weil ebenso wie der Insolvenzanfechtungsanspruch, der nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden kann (§ 129 Abs. 1 InsO<sup>78</sup>), die Geltendmachung des Anspruchs aus Existenzvernichtung in die Domäne des Insolvenzverwalters fällt. Denn tatbeständliche erzwingt die Existenzvernichtung durch den Schädiger die Einleitung eines Insolvenzverfahrens und führt damit zwingend zur Rechtszuständigkeit des Insolvenzverwalters, der in Fällen der Vertiefung der materiellen Insolvenz ebenfalls rechtszuständig ist.

### III. Recht der Forderungsanmeldung

#### 1. Gestaltwechsel der Forderung durch ihre Anmeldung zur Insolvenztabelle

In einem seinerzeit vom *Reichsgericht* entschiedenen Fall hatte die spätere Beklagte in dem im Dezember 1921 über das Vermögen des späteren Klägers eröffneten Konkursverfahren ihre auf 1,4 Mio. dänische Kronen lautende titulierte Forderung zur Tabelle angemeldet, die nach Maßgabe des (§ 45 InsO entsprechenden) § 69 KO zum Tageskurs in 55,8 Mio. Mark umgerechnet wurden. Die Forderung wurde nach Rücknahme des Widerspruchs des Konkursverwalters festgestellt, nachdem der Kläger 70 Mio. Mark in die Masse zur vollen Befriedigung der Gläubiger der angemeldeten Forderungen in die Konkursmasse eingeschossen hatte. Der Beklagte zahlte den daraufhin an ihn ausgezahlten Betrag zurück und erklärte, sich den Ersatz der Geldentwertung vorzubehalten; der Kläger erhob gegen die Vollstreckung des Beklagten Vollstreckungsgegenklage.

Das *Reichsgericht* betrachtete zunächst, welche Wirkungen die Anmeldung auf die Forderung hat.

Die im Insolvenzverfahren sich verwirklichende Haftungsordnung beruht auf einer quotalen Beteiligung der Insolvenzgläubiger an dem aus der Masseverwertung erzielten Erlös. Das setzt voraus, dass eine Quote rechnerisch aus der Höhe der jeweils angemeldeten Forderung ermittelt werden kann. Ihrer geldmäßigen Höhe nach zunächst unbestimmte Forderungen müssen daher – bezogen auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – in ei-

nem konkreten Geldbetrag ausgedrückt werden, um diesen sich aus der Struktur des Insolvenzverfahrens ergebenden Anforderungen Genüge tun zu können.<sup>79</sup> Eine Forderung, die auf eine fremde Währung lautet, muss weiterhin vom Gläubiger unter Zugrundelegung des amtlichen Wechselkurses vom Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens umgerechnet werden.<sup>80</sup>

Das *Reichsgericht*<sup>81</sup> vertrat die Ansicht, dass ein Konkursgläubiger, der am Verfahren teilgenommen hat, seine angemeldete Forderung im Fall ihrer Feststellung später nur in der Gestalt geltend machen kann, die sie durch die Beteiligung am Verfahren gewonnen hat. Die Rechtskraftwirkung der Tabelleneintragung gemäß § 164 Abs. 2 KO (heute: § 178 Abs. 3 InsO) habe daher bei einer Fremdwährungsforderung zur Folge, dass diese zu einer Inlandswährungsforderung geworden sei. Das vorkonkurslich erstrittene rechtskräftige Urteil des Gläubigers werde »durch die konkursmäßige Feststellung ... aufgezehrt« und könne daher nicht mehr als Vollstreckungstitel dienen.<sup>82</sup> Letzteres war unter Geltung der Konkursordnung schon deshalb klar, weil der Titel mit der Anmeldung im Original dem Konkursgericht vorzulegen war. An dieser Stelle kann die reichsgerichtliche Entscheidung auf sich beruhen gelassen werden.

Der BGH<sup>83</sup> hat beinahe 100 Jahre nach der reichsgerichtlichen Entscheidung zum »Gestaltwechsel« der angemeldeten Forderung eine Entscheidung zu fällen gehabt, in der – auch in einer volkswirtschaftlichen, gesamtgesellschaftlichen Krisenlage – die Frage der rechtlichen Gestalt der Forderung eines Insolvenzgläubigers im Zusammenspiel von Forderungsanmeldungsverfahren und (der heutigen Norm des) § 45 InsO zur Debatte stand.

**Fall 13:** Die späteren Kläger hatten Flüge von Frankfurt/Main nach Kapstadt und zurück gebucht und diese Flugleistungen auch vollständig bezahlt. Bevor noch die Flüge im März 2020 hätten durchgeführt werden können, wurde über das Vermögen der schuldnerischen Fluggesellschaft das Insolvenzverfahren im Herbst 2019 eröffnet und Eigenverwaltung angeordnet, unter der die Fluggesellschaft den Flugbetrieb zunächst fortsetzte, aber die Flüge der Kläger wegen Ausbruchs der Corona-Pandemie gestrichen wurden.

In dem über das Vermögen der Fluggesellschaft eröffneten Insolvenzverfahren war die Schuldnerin berechtigt, im Rahmen der Betriebsfortführung Flüge durchzuführen.

78 Braun/Bra, InsO, § 129 Rn. 58; Uhlenbrück/Borries/Hirte, InsO, § 129 Rn. 1ff.; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 22ff.

79 Smid/Leonhardt/Zeuner/Smid, InsO, 3. Aufl., § 45 Rn. 1.  
80 Amtl. Begr. zu § 52 RegEInsO, BT-Drs. 12/2443, 124; dazu auch Smid, Wirtschaftsrecht 1992, 133ff.

81 RG, Urt. v. 21. 6. 1918 – Rep VII 140/18, RGZ 93, 209.

82 Vgl. auch RG, Urt. v. 21. 6. 1918 – Rep VII 140/18, RGZ 93, 209, 213.

83 BGH, Urt. v. 5. 5. 2022 – IX ZR 140/21, DZWIR 2022, 549.

Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob die eigenverwaltende Schuldnerin dabei die Forderungen der Kläger auf Beförderung hätte erfüllen dürfen.

Eine Erfüllungswahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO kam nicht in Betracht, da die Kläger vollständig erfüllt hatten.

Masseforderungen auf Erfüllung der Flugleistung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO kamen nicht in Betracht. Zwar hatte die Schuldnerin die Flüge im eröffneten Verfahren gestrichen, damit aber keine Masseverbindlichkeit begründet, da die Nichterfüllung vorinsolvenzlich geschlossener Verträge Masseverbindlichkeiten nicht begründet.

Erstattungsansprüche der Kläger aus Art. 5 Abs. 1 lit. a, Art. 8 Abs. 1 lit. a Fluggastrechte-VO<sup>84</sup> treten an die Stelle der nicht erfüllten Forderung und nehmen folglich ebenfalls den Rang von Insolvenzforderungen ein, wie der BGH hier überzeugend ausführt.

Damit stellte sich die Frage nach dem Schicksal der Forderung der Kläger auf Beförderung im Insolvenzverfahren. Der Beförderungsanspruch war als solcher nicht anmeldbar. Die Anmeldung von Rechten aus dem Beförderungsanspruch setzte dessen Umrechnung und die Anmeldung der daraus ermittelten Geldforderung voraus. Soweit wegen der Annulierung des Fluges der Beförderungsanspruch nicht mehr durchsetzbar war und die Kläger Rechte aus Art. 5 Abs. 1 lit. a, Art. 8 Abs. 1 lit. a Fluggastrechte-VO hatten, wären diese als Geldforderungen anzumelden gewesen.

Der BGH schließt sich damit in der Kernaussage seiner Entscheidung in der Sache der Judikatur des Reichsgerichts an.

## 2. Kein Nachrang von Deliktsforderungen des Inhabers von nachrangigen Rückzahlungsforderungen

**Fall 14:**<sup>85</sup> Der Gläubiger hatte von der Schuldnerin ausgegebene Genussrechte gezeichnet, deren Bedingungen den Nachrang der Rückforderungsansprüche vorsahen. In der Insolvenz der Schuldnerin meldete die Gläubigerin auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 826 BGB gestützte Schadenersatzansprüche zur Tabelle an, die im Rang nicht nachrangiger Insolvenzforderungen vom Insolvenzverwalter festgestellt wurden, wogegen sich die Schuldnerin erfolglos wandte.

Es kommt darauf an, welche Forderung angemeldet wird. Hätte der Gläubiger seine Rückzahlungsforderung aus der schuldrechtlichen Vereinbarung mit der Schuldnerin angemeldet, wären die Bedingungen der Genussrechte zum Tra-

gen gekommen: Denn der Rückforderungsanspruch wäre gerade auch in der Insolvenz der Schuldnerin nachrangig gewesen. Dies erstreckt sich aber nicht auf deliktische Ansprüche, die nicht von vorherein zurückgestuft werden können.

Das erscheint zunächst geradezu selbstverständlich. Die vorliegende Entscheidung ist aber deshalb bemerkenswert, als sie sich in die »SKL-M«-Judikatur des IX. Zivilsenats<sup>86</sup> einreihrt. Dort hatte der IX. Zivilsenat aus den §§ 174, 181, 183 InsO geschlossen, dass Grund und Rang der angemeldeten Forderung für die am Prüfungsverfahren beteiligten potentiellen Opponenten<sup>87</sup> sich aus der Forderungsanmeldung ergeben müssen, damit die Forderung, die später im Tabellenfeststellungsstreit zur Tabelle festzustellen begeht wird, mit allen sich aus ihr möglicherweise ergebenden Einwendungen identifiziert werden kann.<sup>88</sup>

Hier hat sich aus der Anmeldung der Deliktsforderung als Deliktsforderung zur Tabelle eindeutig deren Rang aus § 38 InsO ergeben.

## IV. Recht der gegenseitigen Verträge

### 1. Schicksal des Beförderungsvertrages in der Insolvenz des Fuhrunternehmers

**Fall 15:** Der Schuldner hatte als Einzelunternehmer eines Personbeförderungsunternehmens mit der später vom Insolvenzverwalter klageweise in Anspruch genommenen Gemeinde Schulbusfahrten zu und von fünf Schulen für das Schuljahr 2019/2020 übernommen. Im Vertrag war eine Klausel vorgesehen, die der Gemeinde das Recht einräumte, für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers den Vertrag fristlos zu kündigen. Der in dem über das Vermögen des Schuldners eröffneten Insolvenzverfahren bestellte Insolvenzverwalter nahm die beklagte Gemeinde auf Vergütung der nach deren Kündigung nicht mehr erbrachter Beförderungsleistungen in Anspruch.

Das OLG Celle<sup>89</sup> ging davon aus, der Masse stehe ein Vergütungsanspruch zu. Denn wegen Verstoßes gegen § 103 InsO sei die fristlose Kündigung gemäß § 119 InsO unwirksam. Allerdings bestimmt § 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB, dass beide Vertragsparteien – also hier auch die Gemeinde – den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen können. Satz 2 der Vorschrift definiert,

<sup>84</sup> BeckOK/Degott, Fluggastrechte-VO, Art. 8 Rn. 11a sowie Art. 5 Rn. 22ff.; ferner Gundlach/Schmidt, DStR 2022, 2008.

<sup>85</sup> BGH, Beschl. v. 19. 5. 2022 – IX ZR 67/21, ZIP 2022, 1932.

<sup>86</sup> BGH, Urt. v. 5. 7. 2007 – IX ZR 221/05, DZWIR 2008, 103ff. mit Bespr. Cranshaw, DZWIR 2008, 89; zur »SKL-M«-Judikatur Smid, Forderungen in der Insolvenz, Rn. 3.200ff.

<sup>87</sup> Smid, Forderungen in der Insolvenz, Rn. 3.210.

<sup>88</sup> Kiesbye, Die Hemmung der Verjährung im Insolvenzverfahren, S. 123f.; Smid, ebda.

<sup>89</sup> OLG Celle, Urt. v. 25. 11. 2021 – 11 U 43/21, ZIP 2022, 541.

dass ein wichtiger Grund vorliegt, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann. Und nach § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB kann jeder Vertragsteil Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Das OLG erkennt zutreffend, dass § 119 InsO im Fall insolvenzbedingter Sonderkündigungen den zitierten bürgerlich-rechtlichen Regelungen vorgeht.

Nun ist auf der anderen Seite nicht zu erkennen, dass die Personenbeförderung in besonderem Maße Vertrauen in die Person des Unternehmers voraussetzt, dem sie anvertraut wird. Aber erst wenn – aufgrund der infolge Illiquidität mangelnder Wartung von Fahrzeugen usf. – sich aus der Ausführung der werkunternehmerischen Tätigkeit im Rahmen einer Betriebsfortführung Zweifel an der zuverlässigen Erbringung der Werkleistung auftreten, kommen die §§ 648 a, 314 Abs. 1 BGB zum Zuge.

## 2. Freigabe des Mietverhältnisses und Vereinnahmung von Untermietzins

**Fall 16:** Der BGH hatte über eine Zahlungsklage gegen einen Insolvenzschuldner zu entscheiden, die von der Insolvenzverwalterin erhoben worden war, der in dem über das Vermögen des Beklagten eröffneten Insolvenzverfahren bestellt worden war. Die Insolvenzverwalterin hatte das Mietverhältnis des Schuldners nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO freigegeben; der Schuldner hatte einen Raum in der Wohnung untervermietet und die gezahlte Untermiete über die Mutter des Schuldners an den Hauptvermieter weitergeleitet. Wegen dieser Zahlungen, soweit nach Freigabe erfolgt, begehrte die Verwalterin vom Insolvenzschuldner Erstattung.

Der Fall<sup>90</sup> weist zwei Fragenkomplexe auf. Zum einen stellt sich die Frage nach der prozessualen Lage: Ist die Klage zulässig, insbesondere: ist der Insolvenzverwalter in dieser Konstellation prozessführungsbefugt? Zum anderen fragt es sich, ob dem Insolvenzverwalter ein materiell-rechtlicher Erstattungsanspruch zusteht.

Wenn der Schuldner die vom Untermieter gezahlte Miete vereinnahmt und in seinem Vermögen gehabt hätte, hätte der vereinnahmte Mietzins als nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner erlangter Neuerwerb vom Insolvenzbeschlag nach § 35 Abs. 1 Hs. 2 InsO erfasst und Teil der Insolvenzmasse sein können. Die Gegenstände der Insolvenzmasse ist der Insolvenzverwalter mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens »in Besitz zu nehmen« ver-

pflichtet, § 148 Abs. 1 InsO – und nach § 148 Abs. 2 Satz 1 InsO kann der Verwalter auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses die Herausgabe der Sachen, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden, im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen.

Gegenstand des Rechtsstreits war nun nicht, ob die Mietzinszahlungen Teil der Insolvenzmasse waren. Vielmehr begehrte die Insolvenzverwalterin die Rückgängigmachung einer (vermeintlichen) Masseverkürzung. Das würde durch den Rückgriff auf – ohnedies massezugehörigen – Neuerwerb nicht gehen, sondern nur durch Erlangung eines Titels, mit dem in das beschlagfreie Vermögen des Schuldners die Zwangsvollstreckung betrieben werden könnte. Das war das Ziel, das die Insolvenzverwalterin mit ihrer Klage verfolgte. Da sie als Partei kraft Amtes klagte, der die »Anreicherung der Masse«, wie es der IX. Zivilsenat ausdrückt, obliegt, war ihre Klage auch von Rechtsschutzbedürfnis getragen.

Dagegen stand der Masse ein von der klagenden Insolvenzverwalterin geltend zu machender Erstattungsanspruch nicht zu. Hätte die Insolvenzschuldnerin das Mietverhältnis nicht freigegeben, wären aus der Insolvenzmasse die an den Hauptvermieter erbrachten Mietzinsen aus der Insolvenzmasse zu zahlen gewesen. Ein Rückforderungsanspruch hätte gegen den Hauptvermieter nicht bestanden, aber auch kein Anspruch gegen den Untermieter. Denn es lag kein Fall des § 82 InsO vor, da die Zahlung des Untermieters die Masse von einer Verbindlichkeit befreit hätte.

Aufgrund der Enthaltungserklärung gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO war der Schuldner für die Mietzinszahlung rechtszuständig und zur Nutzung der Wohnung berechtigt, die durch Unter Vermietung hat erfolgen können. Der IX. Zivilsenat erkennt nun darauf, dass von der durch die Enthaltungserklärung wieder begründeten Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners auch Rechte aus einem Untermietverhältnis und damit die vereinnahmten Mieten erfasst. Daher hat der Untermieter mit befreiender Wirkung an den Schuldner als Berechtigten leisten können. Im Verhältnis zur Insolvenzverwalterin war der Schuldner also nicht Nichtberechtigter i.S.v. § 816 Abs. 2 BGB, so dass ein Anspruch der Insolvenzverwalterin nicht bestand.

## 3. Wiederaufleben der erloschenen Forderung bei Erstattungsverlangen im Lastschriftverfahren

**Fall 17:**<sup>91</sup> Die Schuldnerin hatte aus Warenlieferungen an die spätere Beklagte eine Forderung von ca. 142.000 € und zog den Kaufpreis mit ihr erteilter Einziehungsermächtigung vom Konto der Beklagten zwischen dem 5. 5. 2014 und 20. 6. 2014 ein. Am 1. 7. 2014

90 BGH, Urt. v. 2. 12. 2021 – IX ZR 206/20, DZWIR 2022, 358.

91 BGH, Urt. v. 12. 5. 2022 – IX ZR 71/21, DZWIR 2023, 162.

stellte die Schuldnerin Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen; das Insolvenzgericht bestellte am 2. 7. 2014 einen vorläufigen Insolvenzverwalter. Als die Beklagte hiervon erfuhr, verlangte sie von der Bank Erstattung der ab 13. 5. 2014 erfolgten Lastschrifteneinzüge, worauf die Bank dem Konto der Beklagten 135.000 € gutschrieb und das Konto der Schuldnerin mit diesem Betrag belastete. Nachdem am 21. 7. 2014 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet worden war, nahm der Insolvenzverwalter die Beklagte auf Zahlung von 142.000 € in Anspruch.

In der Masse befand sich der Kaufpreisanspruch der Schuldnerin, der folglich vom Insolvenzverwalter gegen die Beklagte als Käuferin geltend gemacht werden konnte. Dieser Kaufpreisanspruch war zunächst durch die Einziehung durch die Schuldnerin gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Das beruht darauf, dass die Einziehungsermächtigung – das Lastschriftmandat – als Zustimmung des Zahlers gegenüber dem von ihm eingeschalteten Zahlungsdienstleister zur Zahlung gilt, Art. 7 Abs. 1 VO (EU) Nr. 260/2012 (SEPA-VO). Nach den Feststellungen der Tatsacheninstanzen hatten Schuldnerin und Beklagte hiervon abweichende Vereinbarungen nicht getroffen. Aufgrund des Erstattungsverlangens der Beklagten und der daraufhin erfolgten Gutschrift auf dem Konto der Beklagten und der Belastung des Kontos der Schuldnerin ist aber der Kaufpreisanspruch der Schuldnerin wieder aufgelebt.<sup>92</sup> Die Erfüllung ist mithin durch die Rückbelastung auflösend bedingt.

## V. Insolvenzanfechtung

### 1. Lohnzahlung unterhalb der Mindestlohnsgrenze

**Fall 18:** Die Anfechtungsgegnerin stand, ohne dass ein schriftlicher Vertrag existierte, in einem Arbeitsverhältnis zum Schuldner, der im Drei-Monatszeitraum vor Insolvenzantragstellung an die Anfechtungsgegnerin Lohn und Gehalt über das Konto seiner Mutter zahlen ließ. In der kritischen Zeit erfolgten Bareinzahlungen durch den Schuldner auf das Konto seiner Mutter. Der in dem im Dezember 2016 über das Vermögen des Schuldners eröffneten Insolvenzverfahren bestellte Insolvenzverwalter nahm den Beklagten auf Rückzahlung in Anspruch; die Beklagte verteidigte sich dagegen u.a. mit dem Vorbringen, unterhalb der Mindestlohnsgrenze gezahlter Lohn unterliege nicht der Insolvenzanfechtung.

Dem ist das BAG<sup>93</sup> nicht gefolgt: Freilich stellte sich zunächst die Frage, ob die Lohnzahlung »über das« Konto der Mutter

des Schuldners die Gläubiger i.S.v. § 129 Abs. 1 InsO benachteiligte. Das BAG hat dies mit Blick darauf bejaht, dass die Mutter des Schuldners keine eigene Verpflichtung zur Lohnzahlung für den Schuldner aus eigenem Vermögen erfüllte. Vielmehr wurde ihr Konto unter Verschiebung von Vermögenswerten des Schuldners durch dessen Bareinzahlungen zu mittelbaren Zuwendungen genutzt, aufgrund derer die Gläubigerin so zu behandeln war, als habe sie die Zuwendung unmittelbar aus dem Schuldnervermögen erhalten.

Damit stellte sich die Frage, ob die Lohnzahlung als kongruente oder inkongruente Leistung zu qualifizieren war, was davon abhängt, ob sie in der vom Schuldner vorgenommenen Weise – auf dem Weg über das Konto seiner Mutter – zu erbringen war. In Ermangelung ausdrücklicher Abreden der Parteien (es fehlte an Regelungen in dem nicht vorliegenden schriftlichen Arbeitsvertrag) war aus dem von den Parteien »gelebten« Vertragsverhältnis zu ermitteln. Geringfügige Abweichungen von dem ausdrücklich oder konkordant vereinbarten Leistungsprogramm begründen nicht die Inkongruenz der Leistung. Ob Abweichungen namentlich im Erfüllungsweg unmaßgeblich sind, lässt sich, wie das BAG ausführt, aus Verkehrssitten und Handelsbräuchen gemäß § 346 HGB ermitteln. Eine »Umlenkung« von Zahlungen durch Verschiebung von Vermögenswerten entspricht natürlich weder Verkehrssitten noch Handelsbräuchen. Die über den Weg des Kontos der Mutter des Schuldners erbrachten Lohnzahlungen waren daher als inkongruent zu beurteilen – denn die Anfechtungsgegnerin konnte die Leistung nicht in der Weise verlangen, in der sie erbracht wurde.

Wäre die Lohnzahlung vom Konto des Schuldners erfolgt und damit kongruent gewesen, hätte das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO geprägt und die Anfechtbarkeit wäre ausgeschlossen gewesen; darauf kommt es aber nicht an, da ein damit zugrundeliegender hypothetischer Verlauf unbeachtlich ist.

Die Insolvenzanfechtung nach § 131 InsO verletzt, wie das BAG unter Rückgriff auf frühere Judikatur<sup>94</sup> ausführt, das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG nicht. Zur Kongruenzanfechtung hatte das BAG<sup>95</sup> aber bereits in einer früheren Entscheidung problematisiert, ob das Existenzminimum eine Anfechtungsschranke in den durch die Pfändungsgrenzen nach § 850c ZPO gezogenen Grenzen bilde. Dies lehnt das BAG jedenfalls für Inkongruenzanfechtungen ab, weil der Arbeitnehmer »nachgelagert« durch Pfändungsschutzvorschriften und schließlich durch Sozialhilfegewährleistungen hinreichend geschützt sei.

<sup>92</sup> BGH, Urt. v. 20. 7. 2010 – XI ZR 236/07, DZWIR 2010, 430 mit Bespr. Schleich/ Götz/ Nübel, DZWIR 2010, 409.

<sup>93</sup> BAG, Urt. v. 25. 5. 2022 – 6 AZR 497/21, DZWIR 2022, 624 mit Bespr. Kozia, DZWIR 2022, 612.

<sup>94</sup> BAG, Urt. v. 8. 5. 2014 – 6 AZR 722/12, DZWIR 2014, 585.

<sup>95</sup> BAG, Urt. v. 29. 1. 2014 – 6 AZR 345/12, DZWIR 2014, 308.

Schließlich führt das BAG aus, das MiLoG habe nicht die Funktion der dauerhaften sozialen Absicherung des Arbeitnehmers, sondern allein die der Gewährleistung eines Mindestlohns als Arbeitsentgelt.

## 2. Gläubigerbenachteiligungsabsicht

### a) Gescheiterter Sanierungsversuch

Der BGH<sup>96</sup> hatte über folgenden – hier vereinfacht wieder gegebenen – Sachverhalt zu entscheiden:

**Fall 19:** Die Schuldnerin geriet im Jahr 2011 – auch aufgrund von Veränderungen im Photovoltaikmarkt – in eine finanzielle Krise. Sie entschloss sich, eine Sanierung zu versuchen, und beauftragte hierzu verschiedene Berater, darunter die Beklagte. Die Schuldnerin erteilte der Beklagten am 31. 8. 2011 ein Mandat, sie umfassend wirtschaftsrechtlich zu beraten. Die Beklagte sollte vor allem das Sanierungs- und Restrukturierungskonzept und die Sanierung zur Vermeidung einer Insolvenz betreuen. Spätestens im September 2011 zeichnete sich ab, dass die Schuldnerin nicht in der Lage sein würde, die Verbindlichkeiten aus der WSV 2012 in der noch offenstehenden Höhe von 201,7 Mio. € bei Fälligkeit am 28. 2. 2012 zu begleichen.

Die Beklagte stellte der Schuldnerin für ihre Beratungstätigkeiten laufend Rechnungen im Abstand von ein bis zwei Wochen, welche die Schuldnerin jeweils zeitnah ausglich. Vom 15. 11. 2011 bis 2. 4. 2012 erhielt die Beklagte von der Schuldnerin insgesamt 4.530.807,16 €. Am 3. 4. stellte die Schuldnerin Eigenantrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen.

Der BGH hat in seinem Urteil zur Gläubigerbenachteiligung bei fehlgeschlagenem Sanierungsversuch daran festgehalten, dass der Tatrichter bei seiner Würdigung der für und gegen einen Benachteiligungsvorsatz sprechenden Umstände bei der Anfechtung kongruenter Deckungen zu berücksichtigen hat, dass die Zahlungsunfähigkeit nur ein Beweisanzeichen darstellt, aus dem nicht schematisch auf einen Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden kann.<sup>97</sup>

Wie in seinem Urteil vom 6. 5. 2021 hat der IX. Zivilsenat auch im Urteil zum fehlgeschlagenen Sanierungsversuch die Funktion des § 133 InsO zugrunde gelegt. Der BGH geht dabei davon aus, dass die Vorsatzanfechtung nicht auf dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung beruhe, sondern das Interesse der Gläubiger schütze, dass der Schuldner ihre prinzipiell gleichen Befriedigungschancen nicht beeinträchtigt.<sup>98</sup> Dieser Satz ist nicht ohne Weiteres nachzuvoll-

ziehen. Denn die *par condicio creditorum* als Fundamentalsatz des Insolvenzrechts liegt allen Tatbeständen des Insolvenzanfechtungsrechts zugrunde. Gemeint ist, dass es für die Vorsatzanfechtung eines Handelns des Schuldners bedarf, der dabei die Benachteiligung seiner Gläubiger wenigstens billigend in Kauf nehmen muss.

Von dieser besonderen Funktion der Vorsatzanfechtung des § 133 InsO als Schutz vor bewusst-gläubigerbenachteiligendem Handeln des Schuldners her grenzt der IX. Zivilsenat seit seinem Urteil vom 6. 5. 2021 diesen Anfechtungstatbestand von dem der kongruenten Deckung gemäß § 130 InsO ab. Dies geschieht dadurch, dass in Fällen kongruenter Deckung »der Bezugspunkt des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes erweitert« wird, wie der IX. Zivilsenat es ausdrückt. Im Fall kongruenter Deckung genügt es für den Nachweis des Benachteiligungsvorsatzes danach nicht mehr allein, dass der Schuldner im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung erkanntermaßen zahlungsunfähig ist.<sup>99</sup> Auch wenn der Schuldner weiß, dass er im Zeitpunkt der Rechtshandlung nicht alle seine Gläubiger befriedigen kann, kann aus seinem Handeln (noch) nicht auf seinen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz geschlossen werden. Der BGH lehnt es nunmehr ab, die Liquiditätslage des Schuldners im Moment der Rechtshandlung als hinreichend sichere Beurteilungsgrundlage für den Benachteiligungsvorsatz anzusehen, da er davon ausgeht, dass aus ihr nicht in jedem Fall mit hinreichender Gewissheit abgeleitet werden könne, dass der Schuldner weiß oder jedenfalls billigend in Kauf nimmt, dass er seine (übrigen) Gläubiger auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht vollständig befriedigen können wird. Nach dem Urteil vom 6. 5. 2021 kann daher aus der Zahlungsunfähigkeit nur dann auf das Vorliegen eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes geschlossen werden, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Rechtshandlung weiß oder jedenfalls billigend in Kauf nimmt, seine anderen Gläubiger auch künftig nicht vollständig befriedigen zu können.<sup>100</sup>

Der klagende Insolvenzverwalter genügt daher nicht seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn er als Beweisanzeichen für das Vorliegen des (inneren) Tatbestandsmerkmals der Gläubigerbenachteiligungsabsicht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit retrograd ermittelt. Vielmehr muss er darlegen und beweisen, dass zum Zeitpunkt der Rechtshandlung

- Zahlungsunfähigkeit eingetreten war, dass
- der Schuldner dies wusste, und dass

96 BGH, Urt. v. 3. 3. 2022 – IX ZR 78/20, DZWIR 2022, 475.

97 BGH, Urt. v. 3. 3. 2022 – IX ZR 78/20, DZWIR 2022, 475; dazu *Hageböke/Springer/Schade*, DZWIR 2023, 62.

98 BGH, Urt. v. 10. 2. 2005 – IX ZR 211/02, DZWIR 2005, 213; v. 16. 1. 2014 – IX ZR 31/12, DZWIR 2014, 403 Rn. 17; v. 22. 6. 2017 – IX ZR 111/14 Rn. 20, DZWIR 2017, 486 mit Anm. *Koza*; v. 6. 7. 2017 – IX ZR 178/16 Rn. 17, DZWIR

2018, 79 mit Bespr. *Utsch*, DZWIR 2018, 56; v. 17. 9. 2020 – IX ZR 174/19 Rn. 16, DZWIR 2021, 281 mit Anm. *Hölk*.

99 BGH, Urt. v. 6. 5. 2021 – IX ZR 72/20, DZWIR 2021, 567 Rn. 30 f.

100 BGH, Urt. v. 6. 5. 2021 – IX ZR 72/20, DZWIR 2021, 567 Rn. 31, 36, 46.

- er zu dem Zeitpunkt der Rechtshandlung damit rechnete, nicht allein zu diesem Zeitpunkt, sondern künftig seine Gläubiger nicht befriedigen zu können.

Allein der Umstand, dass Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, genügt dem BGH daher als Beweiszeichen für das Vorliegen der Gläubigerbenachteiligungsabsicht nicht. Denn bereits im Urteil vom 6. 5. 2021 hat der IX. Zivilsenat ausgeführt, wenn die Zahlungsunfähigkeit sich nur auf geringe Beträge erstrecke und berechtigte Hoffnung zur Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit bestehe, läge eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht nicht vor. Man kann hier von einem Ansatz einer »Gradualisierung« im Herangehen an die Frage der Zahlungsunfähigkeit sprechen: Denn der IX. Zivilsenat folgert auf das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht nicht mehr »automatisch aus der erkannten Zahlungsunfähigkeit«, die für sich genommen nur unter der Voraussetzung Beweiszeichen für das Vorliegen des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners ist, wenn die Zahlungsunfähigkeit »ein Ausmaß angenommen hat, das eine vollständige Befriedigung der übrigen Gläubiger auch in Zukunft nicht erwarten lässt«, wie es der BGH formuliert. Dies soll dann der Fall sein, wenn ein Insolvenzverfahren unausweichlich erscheint – was nicht mit dem Eintritt der Antragspflicht der Vertreter der Gesellschaft gleichzusetzen ist.

Der Insolvenzverwalter muss daher darlegen und belegen, dass zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung die Krise des Schuldners so weit fortgeschritten war, dass ein Insolvenzverfahren nicht abwendbar war. Die »momentane Liquiditätslage«, also die zum Zeitpunkt der Rechtshandlung, stellt danach keine Grundlage eines Beweiszeichens dar, auf das die Würdigung durch den Tatsachrichter die »sichere Überzeugung« vom Vorliegen des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes bilden kann.

Für die Bedeutung des Beweisanzeichens der Zahlungsunfähigkeit ist nach der Konstruktion des IX. Zivilsenats des BGH nicht allein die konkrete Deckungslücke maßgeblich. Vielmehr müssen die Erwartungen des Schuldners an die weitere Entwicklung dieser Deckungslücke in den Blick genommen werden.

Denn es genügt nicht, dass die Krise des Schuldners ein dramatisches Stadium erreicht und die Zahlungsunfähigkeit nicht nur »leicht«, sondern gravierend geworden ist. Dies für sich genommen bedeutet nicht, dass der Insolvenzverwalter dies vortragen und damit seiner Darlegungs- und Beweislast genügt hätte. Denn der BGH meint, wenn »aus anderen Gründen« (so der BGH wörtlich in dem Urteil vom 6. 5. 2021 und dem Urteil zur fehlgeschlagenen Sanierung vom 3. 3. 2022) der Schuldner die »berechtigte Hoffnung auf Besserung« hat, auch die gravierende Zah-

lungsunfähigkeit noch nicht hinreichend als Beweiszeichen für das Vorliegen der Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners ist: Wenn er – zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung – (noch) davon ausgehen konnte, dass insbesondere Sanierungsbestrebungen zur Beendigung der Zahlungsunfähigkeit würden führen können, spricht dies gegen das Vorliegen eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes.

Geht man, was nicht vermeidbar ist, von der Konstruktion aus, die der IX. Zivilsenat des BGH zu § 133 InsO entwickelt hat, ergibt sich daraus Folgendes: Die Hoffnung auf Besserung, die der Schuldner hegt, ist nicht erst dann berechtigt, wenn Sanierungsmaßnahmen bereits eingeleitet worden sind – dies unterscheidet die Anfechtung nach § 133 InsO von der Lage der dem Schuldner in dessen Krise kreditgewährenden Bank.

Der IX. Zivilsenat formuliert in seinem Leitsatz 2 zu seinem Urteil die Anforderungen, die in einem solchen Fall an die Darlegungs- und Beweislast des Schuldners zu richten sind: »Unter nimmt der Schuldner einen Sanierungsversuch, hat der Insolvenzverwalter für den Benachteiligungsvorsatz darzulegen und zu beweisen, dass dieser Sanierungsversuch untauglich war und der Schuldner dies erkannt oder billigend in Kauf genommen hat.« Das zwingt dem anfechtenden Insolvenzverwalter die Prüfung eines Sanierungskonzepts auf. Wenn zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung ein tragfähiges Sanierungskonzept des Schuldners vorgelegen hat, handelt er nicht mit Benachteiligungsvorsatz – so dass namentlich die Honorarzahlungen an Sanierungsberater jedenfalls nach § 133 InsO nicht angefochten werden können, solange der Sanierungsversuch nicht gescheitert ist.

Ein Sanierungsversuch ist nach der Entscheidung des BGH aber gescheitert, »wenn eine weitere Fortsetzung der Sanierungsbestrebungen aus der Perspektive ex ante innerhalb der noch zur Verfügung stehenden Zeit keinen Erfolg mehr verspricht.« Hängt der Erfolg der Sanierung davon ab, dass eine Rechtsfrage in einer bestimmten Weise zu beantworten ist, ist der Sanierungsversuch gescheitert, wenn sich die rechtlichen Risiken verwirklichen.

Der BGH konkretisiert die Kriterien für die Feststellung, dass eine Sanierung gescheitert ist, mit folgenden Überlegungen. Diese setzen dabei daran an, dass, wenn ein Gericht die rechtlichen Fragen zu Lasten des Schuldners entschieden hat und keine ernsthafte Möglichkeit besteht, eine dem Schuldner günstige Beurteilung der Rechtsfragen herbeizuführen, sich die angestrebte Sanierung als aussichtslos erweist. Und bei der Einlegung von Rechtsmitteln des Schuldners gegen die ihm ungünstige Entscheidung kommt es sowohl auf die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels als auch darauf an, ob dem Schuldner die für die Durch-

führung eines Rechtsmittels erforderliche Zeit noch zur Verfügung steht.

Der Insolvenzverwalter muss vortragen, ob der Sanierungsversuch zum Zeitpunkt der einzelnen Rechtshandlungen nicht (weiter) erfolgversprechend war und ob die Schuldnerin dies erkannt hatte.

Im vorliegenden Fall lag (jedenfalls zunächst) bei der Schuldnerin keine Zahlungsunfähigkeit, sondern drohende Zahlungsunfähigkeit vor. Bereits in seinem Urteil vom 6. 5. 2021 hatte der IX. Zivilsenat darauf erkannt, dass allein aus der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht auf den Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden kann. Um davon ausgehen zu können, dass der Schuldner mit Benachteiligungsvorsatz i. S. d. § 133 InsO handelt, wenn sich seine Liquidität im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit befindet, müssen zu der drohenden Zahlungsunfähigkeit weitere Umstände hinzutreten. Das ist zunächst nicht implausibel. Denn der Schuldner ist in diesem Stadium nicht materiell insolvent; noch nicht einmal die Kongruenzanfechtung im Zeitraum des § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO wäre möglich.

Der Insolvenzverwalter wird die Kenntnis des Beraters als Anfechtungsgegner dadurch unter Beweis stellen können, dass er auf dessen Informationsstand verweist: Die von einem Schuldner eingeschalteten Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Rechtsanwälte sind allerdings nicht ohne Weiteres nahestehenden Personen i. S. v. § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Dies setzt, wie der BGH in seinem amtlichen Leitsatz zu § 138 InsO ausführt, voraus, dass der Sanierungsberater aufgrund des ihm erteilten Mandats die Stellung einer nahestehenden Person einnehmen kann. Voraussetzung dafür ist, dass sein ihm vom Schuldner erteiltes Mandat nach seiner rechtlichen und tatsächlichen Prägung dem Sanierungsberater den typischen Wissensvorsprung über die wirtschaftliche Lage des Schuldners als Mandanten vermittelt, den sonst nur damit befasste leitende Angestellte des Unternehmens haben. Der Berater muss dann den Beweis zur Entkräftung der Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO etwa dadurch führen, dass er vorträgt, der Schuldner als sein Mandant habe ihm Information vorenthalten.

Der Maßstab, der an die Sanierungskonzepte anzulegen ist, richtet sich, wie der BGH überzeugend ausführt, im Rechtsstreit über die Anfechtung von Beraterhonoraren nach dem state of the art, der zum Zeitpunkt der anzufechtenden Rechtshandlung anzulegen war.

## b) Vertrauen in Sanierungskonzept (und Validität)

**Fall 20:**<sup>101</sup> Der Abschlussprüfer (später der Beklagte) war im Sommer 2013 zu dem Ergebnis gekommen, dass der Schuldnerin zum Dezember 2013 der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit drohte; er verweigerte wegen Verlusten die Testate für die Abschlüsse 2011 und 2012. Die Schuldnerin beauftragte nun die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft E. mit der Ausarbeitung eines Sanierungskonzepts, das u. a. die Veräußerung eines Verwaltungsgebäudes und zur Sicherstellung der Liquidität bis Ende 2014 vorsah, dass die Sparkasse S. ein Darlehen über 4,8 Mio. €, das zum 4. 8. 2014 zur Rückzahlung fällig war, prolongiere.

Das Verwaltungsgebäude wurde dann in der Tat veräußert, wovon die Beklagte Kenntnis erlangte – was sie im späteren Prozess auch vortrug. Ob sie dagegen erfuhr, dass die Sparkasse die Prolongation des Darlehens abgelehnt hatte, der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit damit nicht abgewendet werden konnte und das Sanierungskonzept gescheitert war, ist unklar.

Bis zum 27. 5. 2014 leistete die Schuldnerin Zahlungen (17. 2. 2014, 27. 3. 2014 und 27. 5. 2014) auf Rechnungen der Beklagten; zu diesem Zeitpunkt war sie objektiv drohend zahlungsunfähig. Tatsächlich ist nicht festgestellt, dass die Schuldnerin zum Zeitpunkt der Zahlungen wusste, dass aufgrund des Fälligwerdens des Darlehens der S Zahlungsunfähigkeit drohte. Am 27. 6. 2014 stellte sie Eigenantrag.

In den Zahlungen könnte eine Gläubigerbenachteiligung i. S. v. § 129 Abs. 1 InsO zu sehen sein. Der IX. Zivilsenat lehnt es aber ab, aus dem Sachverhalt auf einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der schuldnerischen Gesellschaft zu schließen, geschweige denn die Kenntnis des Anfechtungsgegners von einem solchen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz anzunehmen.

Den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin lehnt der IX. Zivilsenat bei drohender Zahlungsunfähigkeit aufgrund von drei Erwägungen ab:

- (1) Der Schuldnerin sei jedenfalls bei den ersten Zahlungen wegen deren zeitlichen Abstands zur Eigenantragsstellung die drohende Zahlungsunfähigkeit nicht bekannt gewesen.
- (2) Ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz könne darauf gestützt werden, dass die ins Vermögen der Schuldnerin gelangte Leistung nicht werthaltig gewesen sei. Die mit den Zahlungen vergüteten und von dem Anfechtungsgegner geleisteten Dienste seien aber werthaltig gewesen.
- (3) Die Entgegennahme und Vergütung von Beratungsleistungen zu einem offensichtlich aussichtslosen Sanierungsvorhaben könne Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners begründen, liege aber hier nicht vor.

Gleichwohl begegnet die Entscheidung der Kritik, wenn der veröffentlichte Sachverhalt den revisionsgerichtlich zugrunde zulegenden Sachverhalt im Hinblick auf das Sanie-

<sup>101</sup> BGH, Urt. v. 23. 6. 2022 – IX ZR 75/21, DZWIR 2022, 497.

rungskonzept erschöpfend wiedergibt. Denn – jedenfalls so weit dies in der Veröffentlichung der Entscheidung mitgeteilt wird – hat sich das Sanierungskonzept allein darauf gestützt, dass die Bank den Kredit in Höhe von 4.8 Mio. € prolongieren werde. Auch bei der Prolongation von Darlehen treten potenzielle Haftungs- und Anfechtungsrisiken bei Kreditverlängerungen für Banken auf, da sich die Prolongation wie die Neukreditgewährung als »Neue Finanzierung« i. S. d. Terminologie des § 12 StaRUG darstellt; und die Haftungs- und Anfechtungsrisiken lassen sich nur bei Vorlage eines externen Sanierungskonzeptes vermeiden.<sup>102</sup> Hier beruhte aber das Sanierungskonzept gerade auf der Prolongation durch die Bank – und stellte sich damit als ein Konzept dar, den Schuldner am eigenen Zopf seiner nicht begründbaren Hoffnungen aus dem Sumpf zu ziehen. Da dieses Konzept erkennbar nicht valide hat sein können, da die Bank die Prolongation nicht hat gewähren dürfen, weil ihre Gewährung Voraussetzung des Konzepts im Übrigen war, kam es auf das Vertrauen des Anfechtungsgegners nicht an.

### c) Kein Beweisanzeichen bei dauerhaft schleppender Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen

**Fall 21:** Die schuldnerische Bauunternehmungs-GmbH war fast ausschließlich für die öffentliche Hand tätig und hat seit Januar 2013 bis November 2016 Gesamtsozialversicherungsbeiträge, deren Höhe sich zwischen 8.760 € und 22.100 € beliefen, jeweils zwischen 22 Tagen und 54 Tagen verspätet gezahlt. Auf Eigenantrag der Schuldnerin vom Februar 2017 wurde über ihr Vermögen am 1. 5. 2017 das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter begehrte vom Sozialversicherungsträger im Wege der Insolvenzanfechtung Rückzahlung sämtlicher Zahlungen seit Januar 2013 in Höhe von zusammen 898.000 €.

Der klagende Insolvenzverwalter hatte in Form einer Tabelle die fälligen Verbindlichkeiten seit Anfang 2013 sowie die liquiden Mittel schlagwortartig dargestellt und Einnahmen und Ausgaben aufgeführt. Die Beklagte bestreit den Vortrag, hieraus sei auf Zahlungsunfähigkeit zu schließen.

Der IX. Zivilsenat<sup>103</sup> fragte auf der Grundlage seiner »Richtungsentscheidung« vom 6. 5. 2021<sup>104</sup> danach, ob die Leistungen durch die Schuldnerin mit Benachteiligungsvorsatz erfolgt seien, was der Fall gewesen wäre, wenn die Schuldnerin zum Zeitpunkt aller angefochtenen Leistungen zahlungsunfähig gewesen wäre. Um die Zahlungsunfähigkeit durch einen Liquiditätsstatus darzulegen und zu beweisen, bedarf

es einer mehr als schlagwortartigen Aufstellung. Vielmehr muss für jeden in Betracht kommenden Zeitpunkt unter Beweisangebot konkret dargestellt werden, dass der schuldnerische Unternehmensträger mit Verbindlichkeiten belastet war, die zum konkreten Zeitpunkt nicht zu <90 % haben befriedigt werden können. Wird dies nicht substantiiert für den konkreten Zeitpunkt dargetan, steht, wie der IX. Zivilsenat ausführt, dem Anfechtungsgegner das unsubstantiierte Bestreiten zu Gebote. Das ergibt sich aus § 138 Abs. 2 und Abs. 4 ZPO – und ist nichts Neues.

Wenn nun wie im vorliegenden Fall der Schuldner mit monatlich zu erbringenden Zahlungen fortlaufend im Rückstand war, muss der Insolvenzverwalter unter Beweisangebot darlegen, dass

- die überfälligen Verbindlichkeiten des Schuldners zu diesem Zeitpunkt mehr als 10 % seiner fälligen Verbindlichkeiten ausmachten und dass
- der Schuldner nicht in der Lage war, innerhalb des Zeitraums der Rückständigkeit seiner Zahlung Liquidität zur Befriedigung des Anfechtungsgegners und zur Deckung seiner übrigen Verbindlichkeiten zu erlangen.

Es genügt nicht, darauf zu verweisen, es seien schließlich (Gesamt-)Sozialversicherungsbeiträge, deren Nichtzahlung strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehe, um daraus auf eine Zahlungseinstellung zu schließen. Die bisherige Judikatur<sup>105</sup>, wonach eine mehrmonatige Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen auf die Zahlungseinstellung schließen lassen kann, lässt der BGH dabei nicht etwa fallen. Schon für diesen Fall hat die Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen einen Indizcharakter – es ergibt sich aus dem Vorliegen von Indizien nicht zwingend das Ergebnis der auf ihren Grundlagen vorzunehmenden tatrichterlichen Würdigung nach § 286 Abs. 1 ZPO. Dabei spielt eine Rolle, dass im vorliegenden Fall die Schuldnerin zu keinem Zeitpunkt ausdrücklich oder schlüssig erklärt hat, die Zahlung einzustellen.

Der IX. Zivilsenat folgert daraus für den von ihm zu entscheidenden Fall, dass allein aus der schleppenden Zahlungsweise der Schuldnerin nicht auf deren Zahlungseinstellung i. S. v. § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO geschlossen werden könne. Das überzeugt aus einem einfachen Grund – nach weniger als zwei Monaten hat die Schuldnerin dann doch stets gezahlt, so dass der Schluss auf eine Zahlungsstockung naheliegt.

Hätte der Insolvenzverwalter unter Beweisangebot dargelegt, dass aus weiteren Umständen aufgrund der schleppenden Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge auf Zah-

<sup>102</sup> Pannen/Riedemann/Smid/Smid, StaRUG, § 12 Rn. 15; vgl. auch Braun/Tashiro, StaRUG, § 12 Rn. 14.

<sup>103</sup> BGH, Urt. v. 28. 4. 2022 – IX ZR 48/21, DZWIR 2022, 487.

<sup>104</sup> BGH, Urt. v. 6. 5. 2021 – IX ZR 72/20, DZWIR 2021, 567.

<sup>105</sup> BGH, Urt. v. 31. 10. 2019 – IX ZR 170/18, DZWIR 2020, 419.

lungseinstellung des Schuldners geschlossen werden könnte, wäre dies anders zu beurteilen. Solche weiteren Umstände könnten in dauerndem Vollstreckungsdruck liegen – was hier nicht behauptet worden ist.

Von einer Benachteiligungsabsicht des Schuldners i. S. v. § 133 Abs. 1 InsO kann daher in dem vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden.

#### d) Honorarzahlungen bei mangelhaftem Sanierungskonzept

**Fall 22:**<sup>106</sup> Seit dem Januar des Jahres 2013 geriet die schuldnerische Gesellschaft in Verzug mit der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen. Das Finanzamt pfändete im März 2013 die Konten der Schuldnerin. Mangels Deckung wurden seit Mitte April 2013 Lastschriften zurückgewiesen.

Zu Beginn des Jahres 2013 wurde die Beklagte mit der Erstellung eines Sanierungs- und Finanzierungskonzepts für die Schuldnerin beauftragt. In einem Gespräch vom 4. 4. 2013 sprach der Geschäftsführer der Schuldnerin von kurzfristigen Zahlungsstockungen; am 8. 4. 2013 legte die Beklagte ein Sanierungskonzept vor, in dem die aktuelle Lage der Schuldnerin vorgestellt und davon ausgegangen wurde, sie habe eine positive Fortführungsprognose, die Liquiditätslage für das laufende Jahr stelle sich aber als angespannt dar. Dies wiederholte sie in einem am 26. 4. vorgelegten Bankenkonzept.

Im Dezember 2013 empfahl die Beklagte der Schuldnerin, durch einen Rechtsanwalt die Insolvenzantragspflicht zu prüfen. Daraufhin wurde Anfang 2014 Eigenantrag gestellt.

Der in dem über das Vermögen der Schuldnerin eröffneten Insolvenzverfahren bestellte Insolvenzverwalter machte Ansprüche gegen die beklagte Beraterin aus Insolvenzanfechtung und aus vom Geschäftsführer der Schuldnerin abgetrenntem Recht aus Pflichtverletzung und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geltend. Die gegen ihre Verurteilung eingelegte Berufung wies das OLG wegen fehlender Erfolgsaussicht nach § 522 ZPO zurück.

Soweit die Schuldnerin an die Beklagte (Honorar-)Zahlungen geleistet hatte, waren diese nach § 133 Abs. 1 InsO a. F. anfechtbar. Denn die Schuldnerin hatte ihre Zahlungen i. S. v. § 17 Abs. 2 InsO eingestellt, da sie jedenfalls wesentliche Gläubiger nicht mehr bediente. Nach der seit dem Urteil des BGH vom 6. 5. 2021 vorgenommenen Neujustierung der Judikatur zur Bestimmung des Benachteiligungsvorsatzes mag man daran zweifeln, ob die Schuldnerin damit gerechnet hatte, ihre Gläubiger zu benachteiligen, als sie die Honorarzahlungen vornahm. Denn sie erwartete von der Beklagten die Erstellung eines Sanierungskonzepts. Die tatrichterlichen Feststellungen liefern aber darauf hinaus, dass das Sanierungskonzept, das von der Beklagten erstellt wurde, schlechthin ungeeignet war – und die Hoffnung der Schuld-

nerin auf Besserung der Lage damit unberechtigt. Und die Beklagte hatte als Beraterin Insiderwissen i. S. v. § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO.

Die Beklagte hat abgesehen von der Mängelhaftigkeit des Sanierungskonzepts auch ihre Beraterpflichten insoweit schlecht erfüllt, als sie die Schuldnerin nicht auf die eingetretene Insolvenzantragspflicht hingewiesen hat.

#### e) Nachbesicherung in der Krise

Das OLG Frankfurt/Main<sup>107</sup> hat für die Frage der Anfechtbarkeit in der Krise des Schuldners im Wege einer »Nachbesicherung« erlangter Sicherheiten an das Urteil des BGH vom 6. 5. 2021 angeknüpft. Wenn die Sicherheiten erlangt werden, wenn ein ernsthafter Sanierungsversuch auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzepts vorliegt, steht dies der sicheren Erwartung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit nach Ansicht des OLG Frankfurt entgegen. Auch mehrere aufeinander folgende Prolongationen sollen daran nichts ändern.

#### f) »Gradualisierung« von Beweisanzeichen bei Überschuldung

Der IX. Zivilsenat hat die Neuausrichtung seiner Judikatur zu § 133 Abs. 1 InsO mit einem Urteil<sup>108</sup> weiter abgerundet, in dem sich der klagende Insolvenzverwalter darauf gestützt hat, dass die schuldnerische Gesellschaft zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen überschuldet gewesen sei.

**Fall 23:** Die schuldnerische Gesellschaft war Anfang 2010 mit einem Stammkapital von 25.000 € gegründet worden. Ende 2010 wies der Jahresabschluss einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 205.000 €, Ende 2011 einen Fehlbetrag in Höhe von 431.000 € auf. Maßgeblich hierfür waren Verbindlichkeiten gegenüber den Gesellschaftern in Höhe von 420.000 €. Die Jahresabschlüsse waren bei der Veranlagungsstelle des beklagten Finanzamts eingereicht worden. Am 15.1., 14.2. und 15. 2. 2013 zog die Einzugsstelle des Finanzamtes Steuerverbindlichkeiten in Höhe von 20.000 € ein. Im August 2013 stellte die Schuldnerin Eigenantrag.

Der erkennende Senat geht zunächst davon aus, dass die Überschuldung ein konkretes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners sein kann. Denn die Überschuldung kann nicht allein drohende Zahlungsunfähigkeit anzeigen, sondern ist Beweisanzeichen in eigenem Recht, da sie das Fehlen ausreichender Mittel der Schuldne-

rin anzeigt. Dies ist davon unabhängig, dass die Überschuldung die Insolvenzantragspflicht der schuldnerischen Geschäftsführung auslöst. Das beruht auf der vom BGH in seiner neuen Judikatur zu § 133 InsO zugrunde gelegten Prämissen, dass der für den Benachteiligungsvorsatz nach § 133 InsO erhebliche Zeitraum für die Vorstellung des Schuldners, seine anderen Gläubiger zu einem späteren Zeitpunkt befriedigen zu können, auf einer ex ante Betrachtung zum Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung beruht. Auf den Zeitpunkt, zu dem die Insolvenzantragspflicht eingetreten ist, kommt es danach nicht an.<sup>109</sup>

Die Technik einer »Gradualisierung« der Wirkung konkreter Beweisanzeichen, die ihren Ausgang in dem Urteil vom 6. 5. 2021 genommen hat, begegnet Zweifeln. Die »geringe« Zahlungsunfähigkeit ist problematisch. Und die Technik der Gradualisierung im Kontext der Überschuldung begegnet systematischen Bedenken. Im Ansatz ist dem BGH zunächst zu folgen. Ist eine bilanzielle (handelsrechtliche) Überschuldung eingetreten, kann damit die Zahlungsunfähigkeit drohen. Diese indizielle Wirkung der handelsrechtlichen Bilanz kann im Anfechtungsprozess nicht greifen – darin ist dem IX. Zivilsenat zu folgen.

Die vorliegende Entscheidung ist nur daraus zu verstehen, dass revisionsrechtlich vom Vorliegen des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners auszugehen war – was die Fragen nach der Kenntnis des Anfechtungsgegners nahelegte. Neben der rechnerischen Überschuldung muss aber eine negative Fortführungsprognose vorliegen.

Der Zusammenhang zwischen drohender Überschuldung und drohender Zahlungsunfähigkeit liegt in der Fortführungsprognose. Die Gradualisierung in der Entscheidung des BGH hat damit zu tun, dass auf den vom BGH zu entscheidenden Fall noch das Recht vor dem SanInsFoG anzuwenden war. Geht man von dem heute geltenden Recht aus, wird deutlich, dass die innerhalb des Prognosezeitraums des § 19 InsO drohende Zahlungsunfähigkeit dazu führt, dass eine positive Fortführungsprognose nicht mehr anzustellen ist.

### 3. Bargeschäft bei Zahlung des Lohns durch Dritten

**Fall 24:**<sup>110</sup> Der beklagte Arbeitnehmer war bei der E-H.G. GmbH beschäftigt. Diese gehörte zusammen mit der E. GmbH der E-Gruppe an; die Gesellschaftsanteile der Gesellschaften hielt der J. K. Über das Vermögen der E. GmbH wurde das Insolvenzverfah-

ren eröffnet. Lohn war dem Arbeitnehmer von seiner Arbeitgeberin E-H.G. GmbH, aber auch von einer E.-F.-B. GmbH und von der schuldnerischen E. GmbH gezahlt worden, wobei die Kontoauszüge, die der Arbeitnehmer erhielt, jeweils auswiesen, wer an ihn gezahlt hatte. Der Insolvenzverwalter nahm den Arbeitnehmer im Wege der Insolvenzanfechtung auf Rückzahlung der von der E. GmbH vorgenommenen Zahlungen in Anspruch; der Arbeitnehmer verteidigte sich dagegen mit dem Einwand, es habe sich bei den angefochtenen Zahlungen um Bargeschäfte gehandelt. Vor dem AG und dem LG blieb er erfolglos.

Die Rechtswegzuständigkeit des Amtsgerichts ergab sich daraus, dass es um die Zahlung durch einen Dritten und nicht um das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ging.

In der Sache ging es um die Reichweite der Regelung des § 142 Abs. 2 Satz 3 InsO. Während § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO die im Zeitraum von drei Monaten vor Antragstellung erfolgte Lohnzahlung durch den Insolvenzschuldner als Arbeitgeber als Bargeschäft definiert, erstreckt § 142 Abs. 2 Satz 3 InsO dies auch auf Zahlungen seitens Dritter. Die Vorschrift trifft nach ihrem Wortlaut indes keine (ausdrückliche) Regelung für den Fall, dass der zahlende Dritte der Insolvenzschuldner ist. Unter Rückgriff auf die Gesetzgebungsgeschichte, die zur Fassung des § 142 InsO geführt hat, lehnt es der IX. Zivilsenat ab, die Regelung des § 142 Abs. 2 Satz 3 InsO<sup>111</sup> über seinen Wortlaut hinaus auch auf Fälle wie den vorliegenden zu erstrecken. Der erkennende Senat begründet dies damit, dass es im Verhältnis zwischen dem die Leistung empfangenden Anfechtungsgegner (Arbeitnehmer) und dem die Leistung erbringenden Dritten an dem Verhältnis der Gegenseitigkeit von Leistung und Gegenleistung fehle, die den Grund für die anfechtungsrechtliche Privilegierung des Bargeschäfts ausmacht. Denn ohne diese Privilegierung könnte der Insolvenzschuldner nicht am Wirtschaftsverkehr teilnehmen.

Selbst wenn man den § 142 Abs. 2 Satz 3 InsO auf Konstellationen erstrecken wollte, in denen der Insolvenzschuldner als Dritter eine Leistung an den Anfechtungsgegner erbracht hat, wäre in der hier zu entscheidenden Lage die Vorschrift aber deshalb dennoch nicht einschlägig, weil der Arbeitnehmer aufgrund seiner Kontoauszüge hat erkennen können, dass nicht der Arbeitgeber, sondern die sich aus den Auszügen ergebenden Dritten die Überweisungen veranlasst hatten.

Schließlich bemerkt der IX. Zivilsenat, dass im Falle der Zahlung von Lohn und Gehalt durch den Insolvenzschuldner der Arbeitnehmer sich regelmäßig auf Entreicherung

<sup>109</sup> BGH, Urt. v. 3. 3. 2022 – IX ZR 78/20, DZWIR 2022, 475.

<sup>110</sup> BGH, Urt. v. 10. 3. 2022 – IX ZR 4/21, DZWIR 2022, 648.

<sup>111</sup> Uhlenbrück/Borries/Hirte, InsO, § 142 Rn. 51; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 142 Rn. 10; Braun/Riggert, InsO, § 142 Rn. 14ff.

wird berufen können, da er üblicher Weise die eingehenden Gehaltzahlungen zur Bestreitung seines Lebensunterhalts verwendet haben wird.

#### 4. Schenkungsanfechtung im Verhältnis zu verjährten Bereicherungsansprüchen

Der BGH<sup>112</sup> hatte über folgenden Fall zu entscheiden.

**Fall 25:** Die Schuldnerin hatte in einem Schneeballsystem auf dem unregulierten Kapitalmarkt Genussrechte ausgegeben und auf diese neben der Basisdividende Jahresgewinnüberschüsse ausgeschüttet, die sich aus deren Jahresabschlüssen der Jahre 2011 bis 2013 ergeben hatten. Der in dem später am 1. 4. 2014 über das Vermögen der Schuldnerin eröffneten Insolvenzverfahren bestellte Insolvenzverwalter focht die Jahresabschlüsse an und verlangte von dem Beklagten, an den Ausschüttungen erfolgt waren, diese im Wege der Schenkungsanfechtung bzw. bereicherungsrechtlich zurück.

Eine Schenkungsanfechtung kam in Betracht, wenn den Anfechtungsgegnern kein Anspruch auf die Ausschüttungen zugestanden hat. Ein solcher Anspruch ergibt sich nicht aus den ursprünglichen oder den später endgültig festgestellten Jahresabschlüssen. Auf deren Wirksamkeit kommt es insofern nicht an. Denn ausschlaggebend dafür, ob ein Anspruch auf Gewinnausschüttung bestanden hat oder nicht, sind, wie der IX. Zivilsenat überzeugend feststellt, der Genussrechtsvertrag und die dem Vertrag zugrundeliegenden Genussrechtsbedingungen. Ein Anspruch auf Gewinnausschüttung ergab sich folglich aus dem Genussrechtsvertrag nicht, so dass sich die an den Anfechtungsgegner ausgeflogte Leistung als anfechtbar erweisen konnte.

Damit stellte sich die Frage, ob der Masse ein Bereicherungsanspruch gegen die Zahlungsempfänger zustand. Der Genussrechtsvertrag war »an sich« nicht nützlich, da er weder gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB) noch gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) verstieß; die Konditionssperre des § 817 BGB kam daher nicht zum Zuge.

Das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann aber nach § 814 BGB nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach. Ob den organschaftlichen Vertretern der schuldnerischen Gesellschaft bewusst war, dass sie wegen des Fehlens von Gewinnen Gewinnausschüttungen nicht vornehmen durften, ließ sich aufgrund des von ihnen

betriebenen Schneeballsystems nicht ausschließen, war aber von den Tatsacheninstanzen nicht festgestellt.

Damit stellte sich weiter die Frage einer möglichen Verjährung von Bereicherungsansprüchen: Der IX. Zivilsenat hat darauf hingewiesen, dass die Verjährung von Bereicherungsansprüchen des Insolvenzschuldners gegen Masseschuldner nicht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder durch den Wechsel der Person des Insolvenzverwalters unterbrochen werden. Denn diese Fallkonstellationen sind Fällen des Gläubigerwechsels durch Abtretung gemäß § 398 BGB, Legalzessionen gemäß § 412 BGB oder solchen von Gesamtrechtsnachfolgen gleichgelagert. Der neue Gläubiger muss sich nach ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>113</sup> unter Anwendung des § 404 BGB die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des alten Gläubigers zurechnen lassen. Der IX. Zivilsenat hat diese Rechtsprechung auch auf den Fall eines Wechsels des Verwalters erstreckt<sup>114</sup> und stellt mit dem vorliegenden Urteil fest, dass nichts anderes bei der Bestellung eines Insolvenzverwalters und dem damit bewirkten Übergang der Verfügungsbefugnis über die zur Insolvenzmasse gehörenden Forderungen auf ihn gelten könne.

Das ist nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Denn der Wechsel der Person des Verwalters ist dem durch Abtretung oder Gesamtrechtsnachfolge vollzogenen Gläubigerwechsel deshalb verjährungsrechtlich gleichzustellen, weil derjenige, der die neue Rechtszuständigkeit erlangt, grundsätzlich im Hinblick auf vom Vorgänger erlangte Kenntnisse gleichgestellt ist. Der mit Verfahrenseröffnung bestellte Insolvenzverwalter rückt dagegen durch einen in aller Regel die Gesamtvollstreckung einleitenden Hoheitsakt in die Verfügungsbefugnis des Schuldners ein, was es nahelegen könnte, eine von der des IX. Zivilsenats abweichende Wertung vorzunehmen. Dennoch ist der vorliegenden Entscheidung die Gefolgschaft nicht zu versagen. Denn der IX. Zivilsenat führt überzeugend aus, dass der Insolvenzverwalter sich die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlangte Kenntnis des Insolvenzschuldners von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Drittenschuldners zurechnen zu lassen hat, weil die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ansonsten zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Neubeginn der Verjährung führen würde.<sup>115</sup>

<sup>112</sup> BGH, Urt. v. 7. 4. 2022 – IX ZR 107/20, DZWIR 2022, 592.

<sup>113</sup> BGH, Urt. v. 17. 10. 1995 – VI ZR 246/94, NJW 1996, 117, 118; Urt. v. 24. 4. 2014 – III ZR 156/13, NJW 2014, 2345; Urt. v. 30. 4. 2014 – IV ZR 30/13, NJW 2014, 2492.

<sup>114</sup> BGH, Urt. v. 30. 4. 2015 – IX ZR 1/13, WM 2015, 1246.

<sup>115</sup> So bereits die vom BGH zitierte Entscheidung des OLG Hamm, Beschl. v. 12. 12. 2016 – 20 U 168/16, VersR 2017, 610, 611.

## 5. Rechtsqualität der nach § 144 Abs. 1 InsO »wiederauflebenden« Forderung

**Fall 26:**<sup>116</sup> Der in dem über das Vermögen der GmbH (Organgesellschaft) bestellte Insolvenzverwalter hatte gegenüber dem Finanzamt Umsatzsteuerzahlungen angefochten, die von der Organgesellschaft unter Angabe der Steuernummer der Organträgerin geleistet worden waren. Aufgrund eines Vergleichsvorschlages des Insolvenzverwalters zahlte das Finanzamt zur Masse und nahm die Organträgerin im Wege der Verrechnung mit dem Einkommensteuererstattungsanspruch der Organträgerin in Anspruch und erließ antragsgemäß einen Abrechnungsbescheid, gegen den sich die Organträgerin mit dem Einspruch und später einer Klage wandte.

Das Finanzgericht<sup>117</sup> hatte der Klage mit der Begründung stattgegeben, dass für das aus dem Insolvenzverwalter und dem Finanzamt bestehende Zwei-Personen-Verhältnis gelte, dass es sich bei dem Anspruch des Insolvenzverwalters auf Rückgewähr (vermeintlich) in anfechtbarer Weise geleisteter Steuern nach § 143 Abs. 1 InsO sowie bei dem Anspruch des Finanzamts auf Rückzahlung (vermeintlich) zu Unrecht an den Insolvenzverwalter ausgekehrter Geldbeträge um bürgerlich-rechtliche Ansprüche handele, die vor den Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu verfolgen seien. Für ein sog. Drei-Personen-Verhältnis könne nichts Anderes gelten.

Der BFH hat seinem, der von dem Finanzamt eingelegten Revision stattgebenden Urteil die Auslegung von § 144 Abs. 1 InsO zugrunde gelegt. Ausgangspunkt der Argumentation des vorliegenden Urteils ist, dass eine Streitigkeit über die Frage, ob eine erloschene Abgabenschuld nach § 144 Abs. 1 InsO rückwirkend wiederaufgelebt ist, als eine Streitigkeit über die Verwirklichung eines Steueranspruchs i. S. v. § 218 Abs. 2 AO zu qualifizieren ist. Der Senat folgt damit dem BAG<sup>118</sup>, das entschieden hat, dass nach § 144 Abs. 1 InsO mit der Erfüllung des Rückgewähranspruchs der Anspruch auf Arbeitsentgelt wieder auflebt, und dem BGH<sup>119</sup>, der vom Wiederaufleben von Steuerforderungen ausgegangen ist.

Der BFH bleibt dabei nicht bei einer grammatischen, am Wortlaut des § 144 Abs. 1 InsO orientierten Auslegung stehen, die es ihm freilich nahelegt, dass es sich bei der Forderung, die von der Rechtsfolge der Vorschrift erfasst wird, »um die nämliche Forderung handelt, die aufgrund der zunächst erfolgten Leistung erloschen ist«. Der BFH<sup>120</sup> führt dazu wörtlich aus, für diese wortlautorientierte Auslegung

»sprechen zunächst das Verb ‚aufleben‘, das ausdrücklich an einen früheren Zustand anknüpft, und der Verbzusatz ‚wieder‘, der ebenfalls eine Rückbeziehung impliziert. In die gleiche Richtung weist das Possessivpronomen ‚seine‘; denn wenn es in Bezug auf den Empfänger der anfechtbaren Leistung heißt, ‚seine‘ Forderung lebe wieder auf, dann verweist diese Formulierung ausdrücklich auf die ursprüngliche, zunächst erloschene Forderung, die aufgrund der Anfechtung wieder entsteht.«

Das Ergebnis der wortlautorientierten Auslegung bestätigt das systematische Verständnis von Sinn und Zweck des § 144 Abs. 1 InsO, der nach dem überzeugenden Ansatz des BFH darin besteht, möglichst den Zustand wiederherzustellen, der ohne die anfechtbare Rechtshandlung bestand.

## 6. Keine Beschränkung der Revision auf einzelne Anfechtungstatbestände und Anfechtung nach § 135 InsO

**Fall 27:** Der Beklagte war Hauptgesellschafter der insolvenschuldnerischen Gesellschaft, mit der er im Juli 2015 einen Lizenzvertrag geschlossen hatte. Danach sollten für die Lizenzerteilung jährlich 180.000 € Lizenzgebühren gezahlt werden. Am gleichen Tag trafen Beklagter und Gesellschaft eine weitere Vereinbarung, nach der zum Jahresende auf die Lizenzgebühren 15.000 € gezahlt, aber 165.000 € unter Rangrücktritt stehen gelassen werden sollten. Die Lizenzgebühr in Höhe von 15.000 € für das Jahr 2015 entrichtete die Gesellschaft nicht wie vereinbart am 31. 12. 2015, sondern am 22. 2. 2016.

Prozessual ist interessant an der Entscheidung des BGH<sup>121</sup>, dass der IX. Zivilsenat sich dem Urteil des II. Zivilsenats aus dem Jahr 2021<sup>122</sup> anschließt, wonach eine Beschränkung der Revision auf einzelne Anfechtungstatbestände nicht zulässig ist. Der IX. Zivilsenat hatte daher alle in Betracht kommenden Anfechtungstatbestände zu prüfen.

Dabei hatte sich der klagende Insolvenzverwalter zunächst auf § 134 InsO berufen. Die Zahlung der Lizenzgebühr hätte einen unentgeltlichen Charakter gehabt, wenn sie auf die von dem Rangrücktritt erfassten Beträge der Lizenzgebühr gezahlt worden wäre. Dies zu beweisen war dem Kläger indes nicht gelungen. Die Voraussetzungen des § 133 InsO lagen ebenfalls nicht vor.

Der Insolvenzverwalter konnte aber die Zahlung aus dem Gesichtspunkt des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechten. Dies wäre allerdings dann ausgeschlossen, wenn die Zahlung des von der Rangrücktrittserklärung nicht erfassten

<sup>116</sup> BFH, Urt. v. 14. 12. 2021 – VII R 15/19, ZIP 2022, 960.

<sup>117</sup> FG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13. 12. 2018 – 9 K 9117/16.

<sup>118</sup> BAG, Urt. v. 26. 10. 2017 – 6 AZR 511/16, DZWIR 2018, 221.

<sup>119</sup> BGH, Beschl. v. 15. 3. 2012 – IX ZR 95/09.

<sup>120</sup> BFH, Urt. v. 14. 12. 2021 – VII R 15/19, ZIP 2022, 960.

<sup>121</sup> BGH, Urt. v. 24. 2. 2022 – IX ZR 250/20, DZWIR 2022, 427.

<sup>122</sup> BGH, Urt. v. 27. 7. 2021 – II ZR 164/20, DZWIR 2022, 112 mit Bespr. Beck, DZWIR 2022, 85.

Teilbetrages der Lizenzgebühr sich als ein Leistungsaustausch – Lizenzgewährung gegen Zahlung – dargestellt hätte, weil dann ein darlehensgleicher Charakter nicht vorgelegen hätte, da in diesem Fall die der Darlehensgewährung eigene Finanzierungsfunktion nicht gegeben wäre. Eine Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters liegt bei Leistungsbeziehungen zur Gesellschaft aber dann vor, wenn der zeitliche Abstand des Austauschs zwischen Leistung und Gegenleistung den Rahmen überschreitet, der markt- oder verkehrsüblich ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung des IX. Zivilsenats ist von einer solchen Überschreitung und damit vom Vorliegen einer darlehensgleichen Finanzierung der Gesellschaft typischerweise dann auszugehen, wenn eine Forderung aus einem Austauschgeschäft über einen Zeitraum von drei Monaten hinaus »stehengelassen« wird.<sup>123</sup> Wird dieser Zeitraum unterschritten wie in dem vorliegenden Fall, in dem die Zahlung sieben Wochen nach dem vereinbarten Termin erfolgte (der BGH geht von acht Wochen aus), ist damit ihre Qualifikation als Rückzahlung auf eine darlehensgleiche Forderung nicht ausgeschlossen; vielmehr bedarf es einer »Gesamtschau« der Umstände, aus denen sich ergeben kann, dass das Stehenlassen auf einer Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters beruhte.

## VI. Absonderungsrecht

### 1. Vermieterpfandrecht

**Fall 28:**<sup>124</sup> Die spätere Insolvenzschuldnerin hatte vom späteren Beklagten Gewerberäume zu einem monatlichen Mietzins von 3.509,46 € für den Zeitraum vom 1. 3. 2016 bis zum 31. 1. 2021 gemietet. Mietvertraglich war vereinbart, dass die Mieterin eine Sicherheit in Geld für die Einhaltung der mietvertraglichen Verpflichtungen in Höhe von 8.225,88 € stellen sollte. In der Tat verpfändete sie ein Sparguthaben in dieser Höhe zzgl. der darauf auflaufenden Zinsen mit der Maßgabe an die Vermieterin, dass dieser ohne Nachweis über die Fälligkeit der gesicherten Ansprüche das Recht eingeräumt wurde, unter Vorlage der über die Spareinlage ausgestellten Urkunde Auszahlung an sich von der Bank verlangen zu können; der Bank zeigte die Mieterin die Verpfändung an. Am 1. 2. 2019 wurde über das Vermögen der Mieterin das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter kündigte das Mietverhältnis nach § 109 Abs. 1 InsO und gab zum 20. 5. 2019 die Mietsache an die Beklagte zurück. Diese ließ sich am 5. 7. 2019 den Sparbetrag in Höhe von 8.227,90 € auszahlen. Der Insolvenzverwalter verklagte die Vermieterin – erfolglos – auf Rückzahlung.

Der Vermieter kann im Fall der insolvenzbedingten Kündigung des Mietvertrages durch den Insolvenzverwalter gemäß § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO Schadenersatz verlangen. Die dem Vermieter gestellte Mietkaution sichert unabhängig davon, ob nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters fälliger Mietzins als Masseverbindlichkeit zu behandeln wäre, auch die nach Verfahrenseröffnung anfallenden Ansprüche des Vermieters. Diese Sicherungsfunktion der Mietkaution ist, wie der BGH überzeugend ausführt, unabhängig davon, ob man den Schadenersatzanspruch insolvenzrechtlich aus § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO unmittelbar ableitet oder ihn auf §§ 280, 281, 314 Abs. 4, 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB gründet.

Wird, wie hier zunächst zwischen den Parteien des Mietvertrages vereinbart, vom Mieter eine Barkaution gegeben, kann der Vermieter aufgrund ihrer auch die nach Verfahrenseröffnung entstandenen Forderungen die Aufrechnung gegenüber dem Rückzahlungsanspruch des Mieters bzw. seines Insolvenzverwalters erklären. Denn durch die Kautionsvereinbarung ist die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung des Vermieters schon insolvenzfest angelegt; § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO kommt nicht zum Zuge.

In dem vom BGH entschiedenen Fall hatten die Mietvertragsparteien ihre Abrede aber abgeändert und an die Stelle der Barkaution die Verpfändung des Sparguthabens treten lassen, was zwei Fragen aufwirft, nämlich (1.), ob das dem Vermieter damit eingeräumte Pfandrecht durch § 50 Abs. 2 Satz 1 InsO begrenzt wird, und (2.), ob § 91 InsO der Wirksamkeit der Bestellung eines Pfandrechts zur Sicherung einer Forderung entgegensteht, die erst im eröffneten Insolvenzverfahren entsteht.

Die erste Frage beantwortet der BGH unter Hinweis darauf, dass § 50 Abs. 2 Satz 1 InsO eine Regelung zur Begrenzung des gesetzlichen Vermieterpfandrechts trifft. Das vertraglich dem Vermieter zur Sicherung seiner Forderungen – anstelle einer Barkaution – eingeräumte Pfandrecht erfasst die Vorschrift nicht. Und der BGH führt überzeugend aus, dass für eine entsprechende Anwendung auf das vertraglich eingeräumte Pfandrecht in Ermangelung einer Analogie rechtfertigenden Regelungslücke kein Raum bestehe.

Auch die zweite Frage verneint der BGH, weil die Pfandrechtsbestellung gemäß § 1204 Abs. 2 BGB ausdrücklich zur Sicherung auch erst künftig entstehender Forderungen erfolgen kann – wenn die Verpfändung selbst nur wirksam ist, woran aufgrund der Anzeige der Verpfändung gegenüber der Bank als Forderungsschuldnerin gemäß § 1280 BGB kein Zweifel besteht.

Damit stellte sich aber die weitere Frage, ob und in welchem Umfang der Vermieter berechtigt war, die Auszahlung des Guthabens an sich selbst vornehmen zu lassen. § 166 Abs. 2 InsO steht dem nicht entgegen, da im Falle der Ver-

<sup>123</sup> BGH, Urt. v. 11. 7. 2019 – IX ZR 210/18, ZIP 2019, 1675; BGH, Urt. v. 22. 10. 2020 – IX ZR 231/19, DZWIR 2021, 113 mit Bespr. *Schultze*, DZWIR 2021, 74.

<sup>124</sup> BGH, Urt. v. 27. 1. 2022 – IX ZR 44/21, DZWIR 2022, 378.

pfändung der Forderung dem Gläubiger ein Absonderungsrecht mit Publizität zusteht, der Verwalter daher nicht einziehungsbefugt ist und die Einziehungsbefugnis dem Absonderungsberechtigten zusteht, § 173 Abs. 1 InsO. Die Einziehungsbefugnis hätte aber insoweit begrenzt sein können, als die gesicherten Forderungen noch nicht fällig waren; insofern kommt es auf die Art der rechtsdogmatischen Begründung der Qualität dieser Forderungen an. Pfandreife wäre zum Ablauf der Kündigungsfrist eingetreten, wenn man den gesicherten Anspruch insolvenzrechtlich begründet; er wäre dann nach § 41 InsO fällig und nach § 45 InsO abzuzinsen. Begründet man ihn dagegen bürgerlich rechtlich als zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch, wäre dieser erst mit Entstehen des konkreten monatlichen Mietausfalls entstanden und fällig geworden. Folge wäre, dass der Absonderungsberechtigte Vermieter zum Anfang Juli noch nicht Auszahlung des vollen Betrages an sich hätte verlangen können, vgl. § 1281 BGB. Hier hatten die Parteien aber vereinbart, dass der Vermieter Auszahlung ohne Fälligkeitsnachweis sollte verlangen dürfen; diese abweichende Vereinbarung ist für die Verwertungsbefugnis des Mieters gemäß § 1284 BGB ausschlaggebend; und sie ist auch nicht benachteiligend i. S. v. § 307 BGB, wie der BGH zutreffend ausführt.

## 2. Pfändung und Einziehung von Ansprüchen auf Rückgewähr bzw. Löschung einer Grundschuld

**Fall 29:** Der Schuldner war Eigentümer einer Eigentumswohnung, die mit zwei Grundschulden zugunsten der Sparkasse mit zusammen 145.000 € belastet war. Bei der Sparkasse wurde ein Konto des Schuldners als Pfändungsschutzkonto ohne Überziehungsrahmen geführt, das einen Sollsaldo von 3,50 € aufwies. Weitere Forderungen standen der Sparkasse gegen den Schuldner nicht zu. Im Rang nach den Grundschulden der Sparkasse waren zugunsten des Finanzamts Zwangssicherungshypotheken über zusammen ca. 46.000 € eingetragen.

Die Sicherungszweckerklärung sah u. a. vor, dass die Sparkasse zur Freigabe der Grundpfandrechte verpflichtet war, wenn ihre gegen den Sicherungsgeber bestehenden Ansprüche befriedigt waren. Die Sicherungserklärung sah nicht vor, dass die Grundschulden allein zur Sicherung bestimmter Forderungen bestellt wurden (sog. enge Sicherungserklärung).

Im Wege einer Pfändungs- und Einziehungsverfügung nahm das Finanzamt Zugriff auf Ansprüche des sicherungsgebenden Schuldners gegen die Sparkasse wegen Rückgewähr oder Teilrückgewähr der Grundschulden und Löschungsbewilligungs- bzw. Zustimmungsansprüchen nach § 1183 BGB, aufgrund derer das klagende Land von der beklagten Sparkasse Bewilligung der Löschung der Grundpfandrechte verlangte.

Der V. Zivilsenat des BGH<sup>125</sup> stellt zunächst fest, dass der Rückgewähranspruch des Schuldners ebenso wie der Zustim-

mungsanspruch gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden kann. Der vollstreckende Gläubiger kann diesen Anspruch dann im eigenen Namen geltend machen.

Der Pfändungsgläubiger erlangt aber mit der Einziehung keine weiteren Befugnisse, als sie dem Schuldner zugestanden haben. Dabei kommt es darauf an, dass der Rückgewähranspruch unter der aufschiebenden Bedingung der Befriedigung der Ansprüche der Sicherungsnehmerin stand. Der IX. Zivilsenat hatte in diesem Zusammenhang früher judiziert<sup>126</sup>, mit der vollständigen Tilgung der gesicherten Schuld trete die aufschiebende Bedingung des Rückforderungsanspruchs ein. Dies hat der IX. Zivilsenat aber aufgegeben. Daher tritt die aufschiebende Bedingung des Rückforderungsanspruchs nur im Fall der Befriedigung der gesicherten Forderung bei engen Sicherungszweckabreden ein; liegt wie in dem vom V. Zivilsenat entschiedenen Fall eine weite Sicherungsabrede vor, tritt auch bei vollständiger Schuldtilgung die aufschiebende Bedingung erst dann ein, wenn eine Revalutierung der Grundschuld wegen Beendigung der Geschäftsbeziehung zwischen Schuldner und Bank ausgeschlossen<sup>127</sup> ist oder die Sicherungsabrede geändert oder gekündigt wurde.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung<sup>128</sup>, dass der Pfändungsgläubiger aufgrund der Einziehungsbefugnis keinen Anspruch gegen den Schuldner erwirkt, die Fälligkeit des Rückanspruchs herbeizuführen. Damit behält der Schuldner des gepfändeten, nicht fälligen Rückanspruchs die Befugnis zur Revalutierung der Grundschuld.

## 3. Aussonderung durch Eigentumsvorbehaltsverkäufer

**Fall 30:** Die Insolvenzschuldnerin hatte an die spätere Klägerin ihren Pkw veräußert und mit der Klägerin einen »Kauf- und Mietkaufvertrag« geschlossen, der vorsah, dass die Insolvenzschuldnerin das Fahrzeug unter Zahlung von 72 Monatsraten zurückkaufen sollte, wobei sich die Klägerin das Eigentum vorbehält. Der in dem über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin eröffneten Insolvenzverfahren bestellte Insolvenzverwalter erklärte, den Vertrag nicht zu erfüllen. Die Klägerin begehrte Herausgabe des Pkw.

Das OLG Frankfurt<sup>129</sup> führt aus, es handele sich nicht um einen Mietvertrag mit Kaufoption, was es daraus folgert, die Gefahr habe beim Käufer gelegen, nicht bei dem Eigentü-

<sup>125</sup> BGH, Urt. v. 10. 11. 2011 – IX ZR 142/10, DZWIR 2012, 203.

<sup>126</sup> BGH, Urt. v. 19. 4. 2013 – V ZR 47/12, ZIP 2013, 1113; Urt. v. 19. 4. 2018 – IX ZR 230/15, ZIP 2018, 2082.

<sup>127</sup> BGH, Urt. v. 18. 7. 2014 – V ZR 178/13, ZIP 2014, 1725.

<sup>128</sup> OLG Frankfurt/Main, Hinweisbeschl. v. 19. 7. 2022 – 17 U 110/22, ZIP 2022, 1936.

mer. Das ist überzeugend. Hier war keine Konstellation anzunehmen, auf die § 51 Nr. 1 InsO anwendbar gewesen wäre, da keine der Sicherungsbereignung vergleichbare fiduziарische Übereignung der Sache vorlag, mit der funktional ein publizitätsloses Pfandrecht begründet wird. Der Eigentumsvorbehaltsverkäufer ist aussonderungsberechtigt.

## VII. Masseverbindlichkeiten

### 1. Verjährung und Haftung des Insolvenzverwalters

**Fall 31:** Der Kläger war Insolvenzverwalter einer GmbH, deren Gesellschafter und Geschäftsführer der M war, dem die GmbH eine Pensionszusage erteilt und zu deren finanzieller Deckung die GmbH drei Rückdeckungsversicherungen abgeschlossen hatte. Über das Vermögen des M wurde 2010 das Insolvenzverfahren eröffnet und zunächst Rechtsanwalt D zum Insolvenzverwalter bestellt. Zwischen dem Kläger und D kam es 2011 zu einer Einigung darüber, dass der Kläger die Versicherungen verwerten, den Erlös (240.000 €) einzahlen und den hälftigen Betrag (120.000 €) an die Masse im Verfahren M an D auskehren sollte, was auch geschah. Das Finanzamt sah den Erlös als steuerpflichtiges Einkommen an und erließ einen Änderungsbescheid wegen des Einkommenssteuerbescheides von 2012, worauf D Masseunzulänglichkeit anzeigte. Das Finanzamt nahm im November 2013 nun den Kläger als Haftungsschuldner in Höhe von 85.000 € in Anspruch, der darauf im Dezember 2013 die geforderte Zahlung aus der Masse erbrachte. Das Insolvenzgericht entpflichtete den D und bestellte den Beklagten zum Insolvenzverwalter des M. Der Beklagte legte gegen den geänderten Einkommenssteuerbescheid Einspruch ein, woraufhin das Finanzamt die Steuerschuld auf 763,00 € reduzierte. Der Beklagte erkannte, dass es sich bei der Ausgleichspflicht gegenüber dem Kläger um eine Masseverbindlichkeit handelte, die er aber für verjährt hielt, weshalb er im Dezember 2017 seinen Schlussbericht erstellte und die Masse verteilte, ohne diese Verbindlichkeit zuvor zu berichtigen. Der Kläger verklagte dann den Beklagten im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs auf Zahlung wegen des von ihm aus der Masse im Verfahren der GmbH gezahlten Betrages. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners M kam es zum Parteiwechsel. Mit rechtskräftig gewordenem landgerichtlichen Urteil wurde die Zahlungsklage des Klägers abgewiesen.

Der Kläger nahm daraufhin den Beklagten aus § 60 InsO auf Schadenersatz aus dem Gesichtspunkt in Anspruch, dass er als Insolvenzverwalter des M pflichtwidrig Insolvenzforderungen vor Masseverbindlichkeiten befriedigt habe.

Wäre Verjährung der Masseverbindlichkeit eingetreten, hätte der Beklagte durch die Befriedigung der Insolvenzgläubiger nicht pflichtwidrig gehandelt. Denn es ist nicht Aufgabe des Insolvenzverwalters, sondern die der Massegläubiger, Maßnahmen zu ergreifen, durch die die Hemmung der Verjährung eingeleitet wird.<sup>130</sup>

Die Masseverbindlichkeit wäre zum Zeitpunkt verjährt gewesen, wenn auf sie die Regelverjährung des § 195 BGB von drei Jahren<sup>131</sup> anzuwenden gewesen wäre. Dafür spricht vordergründig, dass der Übergang der Erstattungsansprüche auf den Kläger (als Partei kraft Amtes) gemäß § 426 Abs. 2 BGB zur Verwandlung der Steuerforderung in eine privatrechtliche Forderung führt.<sup>132</sup> Der Übergang der Forderung berührt aber nicht die rechtlichen Regelungen, die für die übergegangene Forderung gelten (»Rechte, die der Forderung selbst anhaften«, wie es der BGH ausdrückt). Die Dauer der Verjährungsfrist richtet sich daher nach der Verjährungsfrist einer Steuerverbindlichkeit, die in § 228 AO im Regelfall mit fünf Jahren bemessen wird. Der IX. Zivilsenat betont insofern überzeugend, dass der Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2 BGB<sup>133</sup> die Position des aufgrund der *cessio legis* erwerbenden Zessionars nicht schwächen, sondern den Anspruch des Zessionars beim Gesamtschuldnerausgleich stärken soll.<sup>134</sup>

Daher war zum Zeitpunkt der Schlussverteilung die Masseforderung nicht verjährt – und der Beklagte hat mit der Folge pflichtwidrig gehandelt, dass er nach § 60 InsO auf Schadenersatz haftete.

### 2. Qualifikation der Vergütungsansprüche des Abschlussprüfers (I)

Die Entscheidung des OLG Frankfurt/Main<sup>135</sup> aus dem Frühjahr 2021 ist zum Verständnis der Funktionsweise des Insolvenzverfahrens aufschlussreich.

**Fall 32:** Der Abschlussprüfer hatte für die insolvenzschuldnerische Gesellschaft vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Mandantin die Prüfung des Jahresabschlusses vorgenommen, diese aber erst nach der Verfahrenseröffnung abgeschlossen. Für den Jahresabschluss 2012 versagte der Abschlussprüfer den Bestätigungsvermerk am 21.11.2013, weil die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin nicht hinreichend gesichert gewesen sei. Vor dem Aufsichtsrat der Schuldnerin präsentierte der Abschlussprüfer im Januar 2014 die Ergebnisse der Prüfung, wies darauf hin, dass der Fortbestand der Gesellschaft gefährdet sei und Sanierungsbemühungen noch nicht umgesetzt wären. Im Februar 2014 leistete die Schuldnerin an den Prüfer Honorarzahlungen. Über drei Monate nach der letzten Zahlung wurde das Insolvenzverfahren eröffnet.

<sup>130</sup> MK-BGB/Grothe, § 195 Rn. 2; Dörner/Staudinger, BGB, § 195 Rn. 6; Jauernig/Mansel, BGB, § 195 Rn. 2.

<sup>131</sup> BGH, Urt. v. 2. 4. 1973 – VIII ZR 108/72, NJW 1973, 1077; BGH, Urt. v. 18. 6. 1979 – VII ZR 84/78, BGHZ 75, 23.

<sup>132</sup> MK-BGB/Heinemeyer, § 426 Rn. 42; Schulze/Fries/Schulze, BGB, § 426 Rn. 12; Jauernig/Stürner, BGB, § 426 Rn. 21.

<sup>133</sup> BGH, Urt. v. 15. 1. 1988 – V ZR 183/86, BGHZ 103, 72.

<sup>134</sup> OLG Frankfurt/M, Urt. v. 28. 4. 2021 – 4 U 72/20, ZIP 2021, 1978.

Es kann hier unterstellt werden, dass für die Insolvenzanzfechtung nach § 133 a.F. InsO der bedingte Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin wegen fehlender Sanierungsansätze vorlag und der Abschlussprüfer hiervon Kenntnis hatte.

Das OLG Frankfurt/Main hatte sich aber mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Zahlungen gläubigerbenachteiligend waren. Denn es wird in der Literatur die Meinung<sup>136</sup> in Anlehnung an eine zur Konkursordnung ergangene Entscheidung<sup>137</sup> vertreten, solche Zahlungen des Schuldners seien nicht gläubigerbenachteiligend, wenn der Insolvenzverwalter Leistungen des Anfechtungsgegners im eröffneten Verfahren in Anspruch nimmt und deshalb Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 1 InsO begründen würde. Das OLG stellt dazu zunächst fest, es gehe in diesem Zusammenhang nicht darum, ob vor Verfahrenseröffnung sog. unechte Masseverbindlichkeiten begründet werden können. Vielmehr knüpft die zitierte Meinung an die Hypothese an, was geschehen wäre, hätte der Insolvenzverwalter in dieser oder jener Weise gehandelt. Überzeugend schließt sich das OLG an die Judikatur des BGH<sup>138</sup> an, der zufolge für den Kausalzusammenhang zwischen der angefochtenen Rechts-handlung und der Gläubigerbenachteiligung auf den wirklichen Ablauf abzustellen ist und hypothetische Abläufe außer Betracht zu lassen sind. Allerdings sieht § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO als Spezialnorm gegenüber §§ 115, 116 InsO vor, dass die Verfahrenseröffnung die Bestellung des Abschlussprüfers nicht aufhebt. Setzt er aufgrund dieser Regelung dann seine Tätigkeit nach Verfahrenseröffnung fort, sind die darauf entfallenden Vergütungen in der Tat Masseverbindlichkeiten. Das OLG führt dazu überzeugend aus, dass die Leistungen des Abschlussprüfers insofern in vor und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Leistungen teilbar sind. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber, dass die vor Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen nicht geeignet sind, Masseverbindlichkeiten zu begründen. Die zur Befriedigung der auf sie entfallenden Vergütungsansprüche ist daher gläubigerbenachteiligend.

### 3. Qualifikation der Vergütungsansprüche des Abschlussprüfers (II)

**Fall 33:** Eine von der schuldnerischen Gesellschaft vorinsolvenzlich mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nahm den in dem über das Vermögen der Schuldnerin eröffneten Insolvenzverfahren bestellten Insol-

venzverwalter auf Honorarzahlung in Anspruch, nachdem sie ihre vor Verfahrenseröffnung aufgenommene Tätigkeiten nach Eröffnung abgeschlossen hatte.

Der IX. Zivilsenat<sup>139</sup> wendet auf den Prüfungsvertrag §§ 115, 116 InsO nicht an. Der BGH schließt sich damit der vorherrschenden Meinung<sup>140</sup> an, die davon ausgeht, dass das Prüfungsmandat durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der den Prüfer bestellenden Gesellschaft nicht beendet wird. BGH und h. M. wenden dabei § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO als lex specialis gegenüber den §§ 115, 116 InsO an, der besagt, dass die Wirksamkeit der Bestellung des Abschlussprüfers durch die Eröffnung nicht berührt wird, wenn sie für das Geschäftsjahr vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt ist – was hier der Fall war. § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO betrifft danach nicht allein den fortwirkenden Bestellungsakt, sondern lässt auch das Vertragsverhältnis fortdauern, auf dem die Prüfungsaufgabe beruht. »Bestellung« i.S.v. § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO betrifft dann nicht allein den Akt der Auswahl des Prüfers.

Damit stellte sich die Frage, ob durch die Inanspruchnahme der Prüfung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der bestellenden Gesellschaft die Honorarforderung der bestellten Prüfungsgesellschaft als Masseforderung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1, 1. Var. InsO zu behandeln war. Das lehnt der IX. Zivilsenat ab, da die Forderung der Prüfungsgesellschaft nicht durch eine Handlung des Insolvenzverwalters ausgelöst worden ist, da der Prüfungsauftrag von der Schuldnerin vorinsolvenzlich ausgesprochen wurde.

Damit stellte sich die Frage, ob die Honorarforderung der Prüfungsgesellschaft gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1, 2. Var. InsO als Masseforderung zu qualifizieren war, weil sie durch die Insolvenzverwaltung ausgelöst worden ist – was hier nicht der Fall war –, oder einen Bezug zur Insolvenzmasse aufwies. Dies war nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Fall, nicht aber in Bezug auf die Tätigkeiten, die vor Verfahrenseröffnung erbracht worden waren. Dies wäre dann unerheblich, wenn die Prüferleistung nur einheitlich mit dem Abschlussbericht hätte erbracht werden können. Dafür könnte zum einen die Höchstpersönlichkeit der Prüferleistung, zum anderen § 322 HGB sprechen, wonach sich der wirtschaftliche Wert der Prüftätigkeit mit seinem Testat im Vermögen der geprüften Gesellschaft niederschlägt. Der

136 MK-InsO/Kayser/Freudenberg, § 129 Rn. 110.

137 BGH, Urt. v. 7. 5. 1991 – IX ZR 30/90, ZIP 1991, 737.

138 BGH, Urt. v. 15. 9. 2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329.

139 BGH, Urt. v. 28. 4. 2022 – IX ZR 68/21, ZIP 2022, 1163.

140 OLG Frankfurt/Main, Urt. v. 28. 4. 2021 – 4 U 72/20, ZIP 2021, 1978ff.; vgl. aus der Kommentarliteratur nur Uhlenbrück/Sinz, InsO, § 155 Rn. 24.

BGH hält aber an seinem zu Bauverträgen<sup>141</sup> in Abgrenzung zu § 266 BGB entwickelten weiten (insolvenzrechtlichen) Begriff der Teilbarkeit von Leistungen fest. Daraus ergibt sich, dass zwischen den (im Übrigen: wie im vorliegenden Fall auch geschehen teilabrechnungsfähigen) Teilleistungen vor und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterschieden werden kann. Ob durch die Teilleistung bereits ein Wert in das Vermögen des Schuldners gelangt ist, hält der IX. Zivilsenat des BGH dabei entgegen anderer Meinung im Schrifttum für unerheblich. Und den weiten insolvenzrechtlichen Teilbarkeitsbegriff wendet der erkennende Senat auch für Verträge über höchstpersönlich zu erbringende Leistungen an, soweit dies nicht aus der Natur des Vertrages ausgeschlossen ist.

#### 4. Qualifikation der Vergütungsansprüche des Abschlussprüfers (III)

In seinem Urteil vom gleichen Tage hat der BGH<sup>142</sup> darauf erkannt, dass diese Grundsätze auch gelten, wenn der Abschlussprüfer seine Tätigkeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgenommen, sie aber erst danach abgeschlossen hat.

#### 5. Honorarforderungen des aufgrund Beschlusses des Gläubigerausschusses bestellten Prüfers

**Fall 34:**<sup>143</sup> Auf der konstituierenden Sitzung des Gläubigerausschusses beschloss dieser auf Vorschlag des Insolvenzverwalters, mit der Rechnungsprüfung den externen Prüfer X zu beauftragen, der in der Folgezeit dem Insolvenzverwalter seine Tätigkeiten im Rahmen der vom Gläubigerausschuss »in Auftrag gegebenen Kasenprüfung« in Rechnung stellte.

Der Insolvenzverwalter ist zum Vorsteuerabzug berechtigt. Die Beauftragung »durch den Gläubigerausschuss« erfolgt unter Einschluss des Insolvenzverwalters; die Mitglieder des Gläubigerausschusses verpflichten die Masse nicht aus eigenem Recht, sondern der Insolvenzverwalter begründet Masseverbindlichkeiten.

## VIII. Gesamtschaden

Der Gesamtschaden stellt ein eigentümliches Phänomen dar, das, aus dem Richterrecht<sup>144</sup> des Konkursrechts<sup>145</sup> in das Insolvenzrecht übernommen, mit der Verlagerung der Rechtszuständigkeit zu seiner Geltendmachung von den geschädigten Gläubigern auf den Insolvenzverwalter<sup>146</sup> eine Reihe von weiteren Problemen ausgelöst hat. *Altmeppen*<sup>147</sup> hat unter der Überschrift »Abschied vom Quotenschaden« den Finger auf die Wunden der Anwendung des § 92 InsO gelegt, die auf die fehlende Berechenbarkeit und damit im Prozess auf die Substantiierbarkeit des Quotenschadens hinauslaufen.<sup>148</sup>

Der BGH<sup>149</sup> hält freilich in seiner jüngsten Entscheidung aus dem April 2022 an der Konstruktion des Gesamtschadens und seiner Geltendmachung in Abgrenzung zum Individualschaden einzelner Gläubiger fest. Der Entscheidung lag – vereinfacht wiedergegeben – folgender Sachverhalt zugrunde:

**Fall 35:** Der spätere Beklagte hatte den Alleinvorstand der G AG, über deren Vermögen später das Insolvenzverfahren eröffnet und ein Insolvenzverwalter bestellt wurde, darin unterstützt, den Vertrieb von »Baumeigentum« in Costa Rica an Anleger in Deutschland zu betreiben. Das mit Nachhaltigkeitsgesichtspunkten getragene Vertriebskonzept stellte sich als betrügerisch heraus, was zu strafrechtlichen Verurteilungen des Alleinvorstandes und des Beklagten führte. Der geschädigte Kläger machte, während das Insolvenzverfahren noch lief, gegen den Beklagten einen auf §§ 823 Abs. 2, 830 BGB i. V. m. §§ 263 Abs. 1, 27 bzw. 257 Abs. 1 StGB gestützten Anspruch geltend, was zur antragsgemäßen Verurteilung des Beklagten durch LG und OLG führte, wogegen er sich erfolgreich mit der Revision wandte.

Nach § 92 Abs. 1 Satz 1 InsO war der Schaden, den der betrogene Kläger erlitten hat, vom Insolvenzverwalter und nicht vom geschädigten Gläubiger geltend zu machen.

Der BGH hält am Begriff des Gesamtschadens als einen Schaden fest, den jeder der Insolvenzgläubiger wegen Verkürzung der Insolvenzmasse trifft. Verkürzung der Insolvenzmasse kann in der Verringerung der Aktiva oder Vermehrung der Passiva liegen.<sup>150</sup> Der einzelne Gläubiger erleidet diesen Schaden aufgrund seiner Gläubigerstellung – der

<sup>141</sup> BGH, Urt. v. 4. 5. 1995 – IX ZR 256/93, ZIP 1995, 926; BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 – IX ZR 313/99, DZWIR 2003, 20 mit Anm. *H. Mohrbutter/P. Mohrbutter*.

<sup>142</sup> BGH, Urt. v. 28. 4. 2022 – IX ZR 69/21, DZWIR 2022, 493.

<sup>143</sup> BFH, Urt. v. 21. 4. 2022 – V R 18/19, DZWIR 2022, 586.

<sup>144</sup> BGH, Urt. v. 6. 6. 1994 – II ZR 292/91, DZWIR 1994, 463 mit Bespr. *Müsgen*, DZWIR 1994, 455.

<sup>145</sup> Rattunde/Smid/Zeuner/Gramsch, InsO, § 92 Rn. 1.

<sup>146</sup> Zur Ermächtigungswirkung des § 92 InsO vgl. Rattunde/Smid/Zeuner/Gramsch, InsO, § 92 Rn. 11.

<sup>147</sup> *Altmeppen*, ZIP 2022, 1413ff.

<sup>148</sup> *Altmeppen*, ZIP 2022, 1413ff.

<sup>149</sup> BGH, Urt. v. 28. 4. 2022 – IX ZR 69/21, DZWIR 2022, 493.

<sup>150</sup> BGH, Beschl. v. 14. 7. 2011 – IX ZR 210/10, DZWIR 2012, 32.

Gesamtschaden trifft damit aber die Masse.<sup>151</sup> Und der Gesamtschaden führt zu einer Verringerung der Quote, den die Altgläubiger erwarten können.<sup>152</sup>

Das Missliche an diesem Quoten- oder Quotenverringungsschaden liegt darin, dass er sich in praxi nicht berechnen lässt<sup>153</sup> und die Abgrenzung zu Masseverkürzungsansprüchen der Neugläubiger wegen des Vertragsschlusses mit einem antragspflichtigen Schuldner problematisch ist.<sup>154</sup> Weshalb hier ein Gesamtschaden- als Quotenschadenersatzanspruch überhaupt noch eine Rolle spielt, bleibt schon deshalb dunkel, weil neben den Gesamtschadenanspruch der deliktsch geschädigten Gläubiger aufgrund §§ 80 Abs. 1, 35 Abs. 1 InsO in aller Regel der massezugehörige Schadenersatzanspruch des insolventen Unternehmensträgers tritt<sup>155</sup>:

Der einzelne geschädigte Gläubiger hat eine Insolvenzforderung, die zur Tabelle anzumelden ist und die sich nicht nach der Verkürzung der Masse und der daraus resultierenden Quotenreduzierung, sondern dem vom einzelnen Insolvenzgläubiger erlittenen Vermögensschaden richtet: Der Insolvenzgläubiger erwirbt »Baumeigentum« für 10.000 € – und erleidet deshalb den nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Strafnormen zu ersetzenden Schaden. Sind alle Insolvenzgläubiger gleichermaßen geschädigt, greift § 92 Satz 1 InsO.

im steuerlichen Festsetzungsverfahren gewährleistet sein müsse. Der Zugang zur Akteneinsicht des Insolvenzverwalters, den die IFG der Länder eröffnen, hat das BVerwG<sup>158</sup> nunmehr verstellt:

In dem über das Vermögen des Steuerpflichtigen eröffneten Insolvenzverfahren steht dem Insolvenzverwalter kraft seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gemäß § 80 Abs. 1 InsO der Zugriff auf all diejenigen Steuergeheimnisse des Schuldners offen, deren Kenntnis er zur Insolvenzanfechtung bedarf; § 30 AO steht dem nicht entgegen.<sup>159</sup>

Das BVerwG hat aber aufgrund der nunmehr durch den Gesetzgeber zur Beschränkung der Informationsbeschaffung durch Insolvenzverwalter zum Zweck der Durchsetzung – zivilrechtlicher! – Anfechtungsansprüche gegen die Finanzverwaltung mit den §§ 32c Abs. 1 Nr. 2 und 32e AO dem auf Regelungen der Informations-Freiheits-Gesetze der Länder gestützten Auskunftsbegehren des Insolvenzverwalters einen Riegel vorgeschoben, wenn er mit den Informationen Masseansprüche durchsetzen will: Das Finanzamt soll nicht schlechter als andere Anfechtungsgegner stehen.

Das BVerwG bejaht die Unionskonformität dieser Regelungen, gestützt auf Art. 23 DSGVO.

Aus § 91 AO, der den Anspruch auf rechtliches Gehör normiert, wird ein Anspruch des Bürgers auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung dahingehend abgeleitet, ob ihm Akteneinsicht gewährt wird oder nicht.

## IX. Organe des Insolvenzverfahrens – Insolvenzverwalter und Gläubigerausschuss

### 1. Steuergeheimnisse im Insolvenzverfahren des Steuerschuldners

Ein allgemeines Recht auf Einsicht in die Akten der Steuerverwaltung gibt es im Recht des Festsetzungsverfahrens nach wie vor nicht.<sup>156</sup> Diese auf den ersten Blick etwas erstaunliche Tatsache wurde bei der Schaffung der AO 1977 ausdrücklich damit begründet, dass es im Besteuerungsverfahren nicht angebracht sei, ein solches zu gewähren.<sup>157</sup> Zudem sei es auch nicht praktikabel, da der Schutz Dritter

### 2. Informationsbeschaffung durch Erzwingung von Aufsichtsmaßnahmen

**Fall 36:** Die vom Gläubiger angemeldeten Forderungen waren vom Insolvenzverwalter bestritten worden. Ein mit den erforderlichen Mehrheiten angenommener Insolvenzplan wurde von der Gläubigerin erfolglos angegriffen. Wegen diverser Unterlagen wurde dem Gläubiger antragsgemäß vom Insolvenzgericht Akteneinsicht gewährt. Dann begehrte die Gläubigerin, Einsicht in die Buchhaltung der vorläufigen Insolvenzverwaltung zu erhalten; das Insolvenzgericht sollte vom Verwalter die Vorlage der Unterlagen im Wege von Aufsichtsmaßnahmen erwirken und dadurch erreichen, dass Schlussrechnungen mit Unterlagen in der Geschäftsstelle des Gerichts zur Einsichtnahme ausgelegt würden. Gegen die Ablehnung des Insolvenzgerichts versuchte die Gläubigerin, auf dem Wege des § 23 EGGVG zum Ziel zu kommen.

<sup>151</sup> BGH, Urt. v. 13. 12. 2018 – IX ZR 66/18, DZWIR 2019, 241.

<sup>152</sup> BGH, Urt. v. 22. 4. 2004 – IX ZR 128/03, DZWIR 2004, 336.

<sup>153</sup> Altmeppen, ZIP 2022, 1413 ff. mit Verweis auf K. Schmidt, NZG 2015, 129, 130; G. Müller, GmbHR 1994, 2009, 212 u. v. a. m.

<sup>154</sup> Altmeppen, ZIP 2022, 1413 ff.; aus der Kommentarliteratur allein Rattunde/Smid/Zeuner/Gramsch, InsO, § 92 Rn. 9.

<sup>155</sup> Rattunde/Smid/Zeuner/Gramsch, InsO, § 92 Rn. 19.

<sup>156</sup> BFH, Beschl. v. 4. 6. 2003 – VII B 138/01, DStRE 2003, 1180; FG Saarland, Urt. v. 17. 12. 2009 – I K 1598/08, ZInsO 2010, 484.

<sup>157</sup> BT-Drs. 7/4292, S. 24f.

<sup>158</sup> BVerwG, Urt. v. 25. 2. 2022 – 10 C 4.20, DZWIR 2022, 534 mit Bespr. Hölken, DZWIR 2022, 515; siehe dazu aufgrund der Vorlage des BVerwG auch EuGH, Urt. v. 10. 12. 2020 – C-620/19 – J & S Service, DZWIR 2021, 393 mit Bespr. Cranshaw, DZWIR 2021, 361

<sup>159</sup> BVerwG, Urt. v. 26. 4. 2018 – 7 C 3.16, 7 C 4.16, 7 C 5.16, DZWIR 2018, 470.

Das BayObLG<sup>160</sup> hat den Antrag als unstatthaft und daher als unzulässig verworfen. Lehnt das Insolvenzgericht eine vom Gläubiger angeregte Maßnahme der Aufsicht nach § 58 Abs. 1 Satz 2 InsO ab, sei hiergegen der Rechtsbehelf der §§ 23 ff. EGGVG nicht eröffnet. Die in § 6 InsO zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Wertung, den Verfahrensbeteiligten im Insolvenzverfahren aufgrund der besonderen Interessenlage nur in beschränktem Umfang Beschwerdemöglichkeiten gegen Entscheidungen des Insolvenzgerichts einzuräumen, sei auch im Rahmen eines Antrags nach § 23 EGGVG zu berücksichtigen. Gläubiger haben danach keinen Anspruch auf bestimmte aufsichtliche Maßnahmen des Insolvenzgerichts.

### 3. Wichtiger Grund der Entlassung des Gläubigerausschussmitglieds

**Fall 37:** Die O GmbH war in einem über das Vermögen einer Schuldnerin eröffneten Insolvenzverfahren Gläubigerin. Der Mitarbeiter der O GmbH wurde 2012 in den vorläufigen Gläubigerausschuss berufen. Im Jahr 2022 beantragte er die Entlassung aus dem Gläubigerausschuss aus wichtigem Grund, da er bei der Gläubigerin O GmbH ausgeschieden und die von seiner neuen Tätigkeit ihm abverlangte Arbeitsintensität hoch zeitaufwendig sei, was ihm die Fortsetzung seiner Tätigkeit als Gläubigerausschussmitglied stark erschwere.

Das Insolvenzgericht<sup>161</sup> hat die Entpflichtung abgelehnt, die es als ultima ratio für unvermeidbare Fälle ansehe. Hier habe das Insolvenzverfahren eine lange Dauer und rufe daher keinen hohen Aufwand mehr hervor, so dass die Fortdauer seines Amtes dem Antragsteller zuzumuten sei.

## X. Vergütungsrecht

### 1. Keine Vergleichsrechnung nach Stundenaufwand

Sachgerechte Maßstäbe der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu finden, ist Gegenstand jahrzehntelanger Auseinandersetzungen. Der IX. Zivilsenat des BGH<sup>162</sup> hat nach fünfzehn Jahren erneut darauf erkannt, dass ein Rückgriff auf eine Vergleichsrechnung unter Zugrundelegung der vom vorläufigen Verwalter aufgewendeten Stunden rechtlich nicht tragfähig ist.

Das Insolvenzgericht hatte die Vergütung des vorläufigen Verwalters nach einer Vergleichsrechnung festgesetzt,

bei der es die angefallenen Stunden, die der vorläufige Verwalter aufzuwenden hatte, zugrunde legte. Eine solche Bemessung der Vergütung nach Stunden ist für den Sachverständigen nach dem JVEG oder den Restrukturierungsbeauftragten nach § 81 Abs. 1 StaRUG<sup>163</sup> angemessen. Denn dort wird die Tätigkeit nicht in Bezug auf eine festzustellende Bemessungsgrundlage vergütet; ihre Entlohnung erfolgt nach zeitlichem Aufwand. Dagegen ist das System der InsVV an Bemessungsgrundlagen als verobjektiviertem Kriterium eines durchschnittlich anfallenden Aufwandes bemessen – was den unterschiedlichen Konstellationen Rechnung trägt, in denen unzureichende neben reichhaltige Massen treten können.

Die Entscheidung des BGH macht deutlich, dass die bisweilen zu hörende Forderung, die Entlohnung des Insolvenzverwalters auf Stundensätze umzustellen, nicht nur einen Bruch mit dem System der InsVV voraussetzen würde – sondern wahrscheinlich zu dysfunktionalen Erscheinungen von Unterbietungen führen kann.

### 2. Mindestvergütung und Anzahl der Gläubiger

Der BGH<sup>164</sup> hat darauf erkannt, dass die Bestimmungen über die Erhöhung der Mindestvergütung entsprechend der Anzahl der Gläubiger, die ihre Forderungen angemeldet haben, auf die Vergütung des Insolvenzverwalters in Insolvenzverfahren über das Vermögen einer juristischen Person nicht anwendbar seien. Dem lag folgende Fallkonstellation zugrunde:

**Fall 38:** Der Insolvenzverwalter hatte beantragt, seine Vergütung als vorläufiger Insolvenzverwalter festzusetzen und hat dabei geltend gemacht, dass die Vergütung im Hinblick auf bislang eingegangene Forderungsanmeldungen von 55.919 Gläubigern aufgrund von § 2 Abs. 2 InsVV<sup>165</sup> mindestens 1.119.400 € betrage. Zuzüglich einer Auslagenpauschale und Umsatzsteuer hat er beantragt, die Vergütung für seine Tätigkeit als vorläufiger Insolvenzverwalter auf 1.338.036 € festzusetzen. Das Amtsgericht hat diesen Vergütungsantrag zurückgewiesen, wogegen der Verwalter die sofortige Beschwerde eingelegt und unter einem Gesamtabschlag von 50 % seinen Vergütungsantrag in Höhe von 559.700 € zuzüglich Auslagenpauschale und Umsatzsteuer, insgesamt 671.993 € weiterverfolgt hat. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde unter Zulassung der Rechtsbeschwerde zurückgewiesen.

<sup>160</sup> BayObLG, Beschl. v. 7. 9. 2022 – 102 VA 192/91, ZIP 2022, 1933.

<sup>161</sup> AG Aurich, Beschl. v. 15. 7. 2022 – 9 IN 91/11, ZIP 2022, 1823.

<sup>162</sup> BGH, Beschl. v. 7. 10. 2021 – IX ZB 4/20, DZWIR 2023, 160.

<sup>163</sup> Skauradzun/Fridgen/Hänel, StaRUG, § 81 Rn. 1ff.; Pannen/Riedemann/Smid/Pannen, StaRUG, § 81 Rn. 4ff.; Braun/Wolf, StaRUG, § 81 Rn. 2ff.

<sup>164</sup> BGH, Beschl. v. 22. 7. 2021 – IX ZB 4/21, DZWIR 2023, 157.

<sup>165</sup> Haarmeyer/Mock, InsVV, § 2 Rn. 1ff.; Nerlich/Römermann/Stephan, InsO, InsVV § 2 Rn. 5f.; MK-InsO/Riedel, InsVV § 2 Rn. 1ff.

Im vorliegenden Fall hatte sich der Antragssteller auf die Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 InsVV berufen. Danach erhöht sich die Mindestvergütung gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 InsVV – zu dem für die vorliegende Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt: 1.000 € (heute 1.400 €) – um bestimmte Beträge für anmeldende Gläubiger. Der IX. Zivilsenat leitet aus der Geschichte dieser Vorschrift her, dass dabei an die Vergütung des (früher: Treuhänders, heute:) Insolvenzverwalters in massearmen Verfahren über das Vermögen natürlicher Personen gedacht gewesen sei, nicht aber dem Verwalter in Unternehmensinsolvenzverfahren, die über das Vermögen juristischer Personen eröffnet werden, ein Wahlrecht zwischen aufgestockter Mindestvergütung und an Berechnungsgrundlagen nach § 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 InsVV orientierter Regelvergütung.

Denn in dem über das Vermögen einer juristischen Person eröffneten Insolvenzverfahren trifft den Insolvenzverwalter das Risiko, die Kosten – seine Vergütung – einbringen zu können.<sup>166</sup> Das ist hinnehmbar, da er bereits als vorläufiger Verwalter sich ein Bild vom Verfahren machen und frühzeitig »die Reifleine ziehen« kann. Tritt eine große Zahl Gläubiger auf, wird der Mehraufwand mit Zuschlägen gemäß § 3 Abs. 1 InsVV bei der Festsetzung der Vergütung berücksichtigt.<sup>167</sup>

Nun ist die Überlegung des IX. Zivilsenats unmittelbar überzeugend, dass die Regelung über die Erhöhung der Mindestvergütung entsprechend der Anzahl der Gläubiger nach § 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 InsVV auf das eröffnete Insolvenzverfahren zugeschnitten ist. Denn nur im eröffneten Verfahren muss der Insolvenzverwalter sich mit Forderungsanmeldungen auseinandersetzen – und ggf. für die Organisation des Berichtstermins Sorge tragen. Daher ist es zutreffend, wenn der BGH ausführt, dass »mangels eines typisierten Aufwands aufgrund der Zahl der Gläubiger im Eröffnungsverfahren« die Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 InsVV die Besonderheiten des im Eröffnungsverfahren entstehenden Aufwands zu erfassen nicht geeignet ist. Der Verordnungsgeber hat die Frage, welche Bedeutung die Zahl der Gläubiger für die Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters hat, nicht in seine Erwägungen einbezogen.

Daher war es in dem zu entscheidenden Fall richtig und angemessen, das Ansinnen des Antragsstellers zurückzuweisen. Es wird aber deutlich, dass Vergütungsfestsetzungsanträge, wie im vorliegenden Fall, das Recht der Insolvenzverwaltervergütung überhaupt in Schräglagen bringen:

<sup>166</sup> BGH, Beschl. v. 7.2.2013 – IX ZB 75/12, DZWIR 2013, 334 mit Anm. *T. Graeber*.

<sup>167</sup> BGH, Beschl. v. 22.6.2017 – IX ZB 65/15; Beschl. v. 29.4.2021 – IX ZB 58/19, DZWIR 2022, 50.

Die vorliegende Entscheidung ist nämlich aus einem obiter dictum heraus von Interesse. Der BGH führt, ohne dass dies den Fall beträfe, unter Berufung auf *Vill*<sup>168</sup> aus:

»Ebenso wenig stellt sich in Insolvenzverfahren über das Vermögen einer juristischen Person die verfassungsrechtliche Frage einer ausreichenden Mindestvergütung. Bei Fällen, in denen eine extrem hohe Gläubigerzahl zu einer über einen Zuschlag entsprechend erhöhten Vergütung führt, spielen verfassungsrechtliche Aspekte keine Rolle.«

Und weiter:

»Wegen des Grundsatzes der Querfinanzierung muss die Vergütung nicht in jedem Einzelfall kostendeckend sein.«

Das entspricht zwar der bisherigen Judikatur des Senats.<sup>169</sup> Demgemäß ist es in Insolvenzverfahren über das Vermögen einer juristischen Person bei einer Anzahl der Gläubiger, die unterhalb der Schwelle bleibt, ab der ein Zuschlag zu gewähren ist, nicht zwingend erforderlich, dass der hierdurch verursachte Mehraufwand in jedem Einzelfall kostendeckend bei der Vergütung abgebildet wird. Dies nun ist fraglich.

### 3. Vergütung und Nachtragsverteilung

**Fall 39:** Das über das Vermögen des Schuldners unter Bestellung des späteren Klägers zum Insolvenzverwalter eröffnete Insolvenzverfahren wurde im Jahr 2007 eröffnet. 2012 erstattete er Schlussbericht, in dem er ausführte, nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens werde sich die Insolvenzmasse aufgrund von Einkommenssteuererstattungsansprüchen um einen bestimmten Betrag erhöhen. Dem Schuldner wurde die Erteilung der Restschuldbefreiung angekündigt, durch das Insolvenzgericht von Amts wegen die Nachtragsverteilung wegen der zu erwartenden Steuererstattungsansprüche angeordnet, das Insolvenzverfahren aufgehoben und der Kläger zum Treuhänder in der Wohlverhaltensperiode bestellt. 2013 reichte der Treuhänder dann für den Schuldner die Einkommenssteuererklärung für 2012 ein. Der Kläger machte seine Vergütung aufgrund der Nachtragsverteilung in der Einkommenssteuererklärung für den Schuldner als außergewöhnliche Belastung geltend. Das beklagte Finanzamt folgte dem nicht. 2014 wurde dem Schuldner die Restschuldbefreiung erteilt.

<sup>168</sup> *Vill*, FS Kayser, 2019, S. 1043, 1069 im Hinblick auf die Mindestvergütung.

<sup>169</sup> BGH, Beschl. v. 15.1.2004 – IX ZB 96/03, DZWIR 2004, 165 mit Bespr. *Smid*, DZWIR 2004, 265; v. 14.12.2017 – IX ZB 101/15, DZWIR 2018, 193 Rn. 14; v. 12.3.2020 – IX ZB 33/18, WM 2020, 980 Rn. 10; v. 7.10.2021 – IX ZB 43/20, DZWIR 2022, 456 Rn. 17; krit. zu dem Gedanken der Querfinanzierung *Martini*, DZWIR 2022, 452.

Der BFH<sup>170</sup> hat zu Recht auf die Prozessführungsbefugnis des Insolvenzverwalters im Verfahren der Nachtragsverteilung erkannt.

Mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach Ablauf des Schlusstermins gemäß § 200 InsO entfällt im Allgemeinen der Insolvenzbeschlag; der vormalige Gemeinschuldner erlangt die Verwaltungs- und Verfügungsrechte über die Gegenstände seines Vermögens zurück.<sup>171</sup>

Etwas anderes gilt, wenn die Nachtragsverteilung angeordnet wird. Streitig ist allerdings, welche Wirkungen die Anordnung der Nachtragsverteilung nach § 203 InsO zeitigt. So wird die Auffassung vertreten, die Anordnung der Nachtragsverteilung nach § 203 InsO bewirke gegenüber der allgemeinen Aufhebung des Insolvenzbeschlages bei Aufhebung des Konkursverfahrens, dass der Insolvenzbeschlag aufrechterhalten bleibt<sup>172</sup> und die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters begründet bleibt. Der Insolvenzbeschlag besteht nach dieser Ansicht insoweit über den Schlusstermin und die Aufhebung des Insolvenzverfahrens fort, soweit er sich auf der Nachtragsverteilung unterworfene, vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens bekannte Gegenstände bezieht<sup>173</sup>, da es sich beim Nachtragsverteilungsverfahren nicht um ein neues Insolvenzverfahren, sondern um die Fortsetzung des früheren Insolvenzverfahrens handelt.<sup>174</sup>

Demgegenüber hat *Weber* in seiner Kommentierung des § 166 KO<sup>175</sup> kritisch angemerkt, dass dies dem Verkehrsschutz widerstreiten würde, da die Auffassung einer zeitlich unbegrenzten Dauer des Konkursbeschlages die betroffenen Verkehrskreise (die Vertragspartner des Schuldners nach Aufhebung des Konkursverfahrens gemäß § 163 KO) nie Gewissheit erlangen könnten, ob dem Schuldner hinsichtlich eines Vermögensgegenstandes die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (wieder) zusteht. *Weber*<sup>176</sup> konstruiert daher die allgemeine Beschlagswirkung des konkursgerichtlichen Nachtragsverteilungsbeschlusses dergestalt, dass der Beschlag mit der konkursgerichtlichen Anordnung ohne rückwirkende Kraft einsetze.<sup>177</sup> Während *Weber* ausführt, in den Fällen des § 166 Abs. 1 Satz 1, 1. Var. KO dauere der ursprüngliche Konkursbeschlag fort, soll im Fall des

§ 166 Abs. 2 KO der Konkursbeschlag ex nunc wiederhergestellt werden.<sup>178</sup>

Nach der richtigen Ansicht *Webers*<sup>179</sup> ist davon auszugehen, dass der Insolvenzbeschlag erst mit der Anordnung der Nachtragsverteilung sich erneut auf die im Anordnungsbeschluss bezeichneten Vermögensgegenstände des Schuldners erstrecken würde.

Hierfür spricht weiter, dass der Insolvenzbeschlag bei Anordnung der Nachtragsverteilung nicht in dem von § 35 Abs. 1 InsO beschriebenen dinglichen Umfang, sondern nur soweit greift, wie Vermögensgegenstände (»Beträge«) der Nachtragsverteilung durch die insolvenzgerichtliche Anordnung vorbehalten (d.h. konkret bezeichnet) werden.<sup>180</sup>

In der Sache blieb dem klagenden Verwalter aber der Erfolg versagt. Der BFH begründet dies damit, dass aufgrund der Anordnung der Nachtragsverteilung die Verwaltungsbefugnis des Verwalters über den Erstattungsanspruch zur Folge hat, dass dessen Geltendmachung eine eigene Aufgabe des Insolvenzverwalters ist. Als außergewöhnliche Belastung wäre die Vergütung des Verwalters nach § 6 InsVV für die Nachtragsverwaltung und -verteilung in Betracht zu ziehen. Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 InsVV erhält der Insolvenzverwalter für eine Nachtragsverteilung eine gesonderte Vergütung, die unter Berücksichtigung des Werts der nachträglich verteilten Insolvenzmasse nach billigem Ermessen festzusetzen ist. Allerdings sieht § 6 Abs. 1 Satz 2 InsO InsVV vor, dass eine besondere Vergütung nicht gewährt wird, wenn die Nachtragsverteilung voraussehbar war und schon bei der Festsetzung der Vergütung für das Insolvenzverfahren berücksichtigt worden ist. § 6 Abs. 1 Satz 2 InsVV scheint im vorliegenden Fall nicht angewendet worden zu sein. Der BFH hält aber die Nachtragsvergütung nicht für eine das Vermögen des Schuldners treffende außergewöhnliche Belastung. Denn die dem Schuldner zur Last fallenden Kosten eines Insolvenzverfahrens – zu denen die einer Nachtragsverteilung zählen – wären nur unter der Voraussetzung eine einkommensteuerrechtliche berücksichtigungsfähige außergewöhnliche Belastung, wenn der Steuerpflichtige die Ursache seiner Verschuldung (der BFH spricht von »Überschuldung«) nicht selbst gesetzt hätte.<sup>181</sup>

170 BFH, Urt. v. 16. 12. 2021 – VI R 41/18, DZWIR 2022, 531.

171 Kilger/K. Schmidt, KO, 17. Aufl., § 163 KO Anm. 4.

172 Kuhn/Uhlenbrück, KO, 10. Aufl.

173 Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., § 163 Rn. 7 im Widerspruch zu seiner Kommentierung des § 166 KO.

174 Zum Ganzen Eickmann, RWS-Skript Nr. 88, S. 82.

175 Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., § 166 Rn. 7; Kuhn/Uhlenbrück, KO, 11. Aufl. 1994, § 166 Rn. 7a.

176 Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., § 166 Rn. 7.

177 Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., § 166 Rn. 7.

178 Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., § 166 Rn. 10.

179 Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., § 166 Rn. 7, 10.

180 Kilger/K. Schmidt, KO, 17. Aufl., § 166 Anm. 2.

181 So bereits BFH, Urt. v. 4. 8. 2016 – VI R 47/33, BFHE 254, 435; das hat Ankläge an die im 18. Jahrhundert getroffene Unterscheidung zwischen dem arglistigen und dem unglücklichen Falliten.

#### 4. Rückforderung des Vergütungsvorschusses gegen abberufenen Insolvenzverwalter

**Fall 40:** Der spätere Beklagte war in dem über das Vermögen der Schuldnerin im Jahr 2000 eröffneten Insolvenzverfahren als Insolvenzverwalter bestellt worden. Das Insolvenzgericht hatte auf seinen Antrag 2006 einen Vorschuss auf seine Vergütung in Höhe von etwa 43.000 € festgesetzt und dessen Entnahme aus der Masse gestattet. Später war der Beklagte rechtskräftig wegen Untreue zu Lasten verschiedener Insolvenzmassen in 33 Fällen zu einer neunmonatigen Bewährungsstrafe verurteilt worden. 2010 entließ das Insolvenzgericht den Beklagten aus dem Amt des Insolvenzverwalters wegen der bekannt gewordenen Untreuefälle aus wichtigem Grund und bestellte den späteren Kläger zum neuen Insolvenzverwalter. Der Beklagte stellte daraufhin am 7. 2. 2013 Antrag auf Festsetzung seiner Vergütung, was das Insolvenzgericht am 27. 3. 2013 mit der Begründung zurückwies, der Beklagte habe den Vergütungsanspruch verwirkt. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des Beklagten wies das LG Stendal am 1. 6. 2017 zurück. Der Kläger forderte vom Beklagten die Erstattung des Vergütungsvorschusses, was der Beklagte mit Schreiben vom 12. 11. 2019 ablehnte; die hierauf gerichtete Klage wurde dem Beklagten im Januar 2020 zugestellt.

Der dem OLG Schleswig vorgelegene Fall wirft verschiedene Fragen auf:

- (1) Wie verhält sich der Vergütungsvorschuss zur endgültigen Verwaltervergütung?
- (2) Ist der aufgrund Festsetzungsbeschlusses des Insolvenzgerichts entnommene Vorschuss auf die Verwaltervergütung rechtsgrundlos geworden, als das Insolvenzgericht die endgültige Vergütungsfestsetzung zurückgewiesen hat?
- (3) Auf Fragen (1) und (2) aufbauend: Hat der neue Insolvenzverwalter – Kläger – gegen den alten Insolvenzverwalter – Beklagten – einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung des entnommenen Vorschusses? Und:
- (4) Ist dieser Anspruch gegebenenfalls verjährt?

Die Frage (1) verweist auf die tragende Struktur, auf der die Lösung des Falles aufzubauen hat. Die InsVV trägt in ihrem § 9 Satz 1 dem Umstand Rechnung, dass das Insolvenzverfahren nicht selten über Jahre andauern kann, während der der Insolvenzverwalter mit seiner Arbeitsleistung und der Finanzierung seiner technischen und personellen Infrastruktur in Vorlage treten muss, deren Kosten nach § 4 Abs. 1 Satz 1 mit seiner Vergütung abgegolten werden. Und der Insolvenzverwalter trägt das Risiko, dass das Insolvenzverfahren massebedürftig wird und er mit seiner Vergütung später ausfällt. Daher erlaubt § 9 Satz 1 InsO es dem Insolvenzverwalter, der Masse einen Vorschuss zu entnehmen. Voraussetzung dafür ist, dass das Insolvenzgericht dem zustimmt. Das war hier der Fall und die in § 9 Satz 2 InsVV geregelte Voraussetzung der Zustimmung des Insolvenzgerichts – nämlich eine Verfahrensdauer von bereits sechs Monaten – lag hier nach sechs Jahren vor. Es ist aber

zu bemerken, dass die Zustimmung zur Vorschussentnahme noch keine Vergütungsfestsetzung i. S. v. § 64 InsO darstellt. Erst der Beschluss des Insolvenzgerichts nach § 64 InsO setzt die Vergütung fest; die Zustimmung des Insolvenzgerichts zur Vorschussentnahme, auch wenn sie regelmäßig in Beschlussform erklärt werden wird, kann demgegenüber rechtstechnisch die Vergütung schon deshalb nicht festsetzen, weil hierfür die Parameter der Bestimmung von Berechnungsgrundlage nach § 1 InsVV und Zu- und Abschlagsfaktoren gemäß § 3 InsVV überhaupt noch nicht vorliegen können.

Daraus ergibt sich die Beantwortung der Frage (2). Denn weist das Insolvenzgericht überhaupt die Festsetzung einer Vergütung bei Beendigung des Amtes des Insolvenzverwalters ab, ist die Vorschussentnahme wegen der seinerzeit erteilten Zustimmung des Insolvenzgerichts zwar regelmäßig erfolgt, stellt sich aber wegen der verweigerten Vergütungsfestsetzung als rechtsgrundlos dar. Dies erweist sich schon aus einer vergleichenden Betrachtung:

Wird eine dem entnommenen Vorschuss betragsmäßig unterschreitende Vergütung festgesetzt, muss der Insolvenzverwalter den Differenzbetrag in die Masse erstatten.<sup>182</sup> Der BGH hält in dieser früheren Judikatur<sup>183</sup> daran fest, dass dieser Erstattungsanspruch der Masse »auf materiellem Recht« beruht – d. h. sich nicht aus insolvenzrechtlichen Normen, sondern dem bürgerlich-rechtlichen Bereicherungsrecht ergibt.

Damit sind die Weichen für die Lösung der Frage (3) gestellt. Der neue Insolvenzverwalter, hier der Kläger, hat einen Anspruch gegen den aus wichtigem Grund aus dem Amt entlassenen Insolvenzverwalter auf Rückzahlung des entnommenen Vorschusses aus § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Damit fangen die Probleme aber erst an. Denn der entlassene Insolvenzverwalter wird sich nicht selten, wie im vorliegenden Fall geschehen, auf Entreicherung berufen – denn er hat ja schließlich aus dem entnommenen Vorschuss, wie angesprochen, seine Infrastruktur finanziert. Hierauf soll er sich nach dem OLG Schleswig aber nicht berufen können, wozu das OLG auf einen »Strafcharakter« verweist, den die Verwirkung des Anspruchs auf Vergütung haben soll.

Das ist nicht frei von Problemen.

Mit seinem Beschluss aus dem September 2017 hat der IX. Zivilsenat des BGH<sup>184</sup> über die Frage der Verwirkung der

<sup>182</sup> BGH, Beschl. v. 1. 10. 2002 – IX ZB 53/02, DZWIR 2003, 116 mit Bespr. Keller, DZWIR 2003, 101.

<sup>183</sup> BGH, Beschl. v. 1. 10. 2002 – IX ZB 53/02, DZWIR 2003, 116 (m. w. N.) mit Bespr. Keller, DZWIR 2003, 101.

<sup>184</sup> BGH, Beschl. v. 21. 9. 2017 – IX ZB 28/14, DZWIR 2018, 129 mit Anm. Keller.

Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu entscheiden gehabt. Dabei ging es um Pflichtverletzungen, die der Antragsteller als Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren begangen hat.

In Folge XVII der Struktur und Systematik des Insolvenzrechts<sup>185</sup> ist darauf hingewiesen worden, dass der IX. Zivilsenat des BGH mit einem Beschluss aus dem September 2017<sup>186</sup> über die Frage der Verwirkung der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu entscheiden gehabt hatte. Dieser Entscheidung hatte ein Sachverhalt zugrunde gelegen, aus dem sich ergab, dass der die Festsetzung von Vergütung Beantragende als Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren Pflichtverletzungen begangen hatte. In seiner früheren Judikatur hat der erkennende Senat auf einen Rechtsgedanken zurückgegriffen, den er § 654 BGB entnimmt, auf den auch das OLG Schleswig zurückgreift. Danach wird ein Vergütungsanspruch verwirkt, wenn sich der Anspruchsinhaber seines Lohnes als unwürdig erwiesen hat.<sup>187</sup> Der BGH unterscheidet nun zwischen dem Amt des vorläufigen Verwalters und demjenigen als Insolvenzverwalter. Beide sind hoheitlich begründete private Ämter, die sich in ihrer Struktur voneinander unterschieden. Die Verwirkung von Vergütungsansprüchen könne sich daher nur auf solche Pflichtverletzungen beziehen, die bei der Ausübung des konkreten Amtes verwirklicht worden sind.

Das OLG Schleswig zitiert nun eine jüngere Entscheidung des BGH<sup>188</sup> für seine Auffassung vom Strafcharakter der Verwirkung des Vergütungsanspruchs. In der Tat hat der IX. Zivilsenat in der Entscheidung aus dem November 2019 eine Parallele zum Fall der Verwirkung des Maklerlohnes gezogen. Der Senat hat ausgeführt, Maßstab für die Frage, ob der Vergütungsanspruch entfällt, sei der aus § 654 BGB folgende allgemeine Grundgedanke, dass ein Makler unter vorsätzlicher oder grob leichtfertiger Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seiner Auftraggeber in wesentlicher Weise zuwidergehandelt hat. Entscheidendes Gewicht liegt bei der Frage der subjektiven Vorwerfbarkeit der Treuepflichtverletzung, nicht aufgrund

derer der Makler den Lohn nach allgemeinem Rechts- und Billigkeitsempfinden nicht verdient hat, sondern sich seines Lohnes »unwürdig« erweist. Die Verwirkung des Anspruchs auf Maklerlohn habe Strafcharakter und soll den Makler bei Vermeidung des Verlustes seiner Vergütung dazu anhalten, die ihm gegenüber seinem Auftraggeber obliegende Treuepflicht zu wahren.

Der IX. Zivilsenat hat in dieser Entscheidung aus dem Jahr 2019 ausgeführt, dass die Verwirkung des Anspruchs eines Insolvenzverwalters auf Vergütung ihren »inneren Grund« in dem schweren Treuebruch gegenüber dem Insolvenzgericht finde, das ihn bestellt hat. Dies war schon in der zitierten Entscheidung aus dem Jahr 2017 so gesehen worden. Wie im Jahr 2017 hat der BGH auch in der weiteren Entscheidung betont, dass die Verwirkung des Vergütungsanspruchs regelmäßig nur auf Pflichtverletzungen des Verwalters bei der Ausübung des konkreten Amtes gestützt werden kann, für das er eine Vergütung beansprucht. Zu würdigen sind daher stets die Umstände im Hinblick auf die dem Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzgericht obliegende Treuepflicht, nicht dagegen die Verletzung seiner Pflichten in anderen Verfahren.

Der mitgeteilte Sachverhalt lässt hier nicht erkennen, ob auch die Masse in dem konkreten Verfahren von den, verschiedene Massen betreffenden und zu der Verurteilung des Insolvenzverwalters erfassten Untreuehandlungen geschädigt worden ist. Unterstellt man, dass dies der Fall war und zur Entlassung des Insolvenzverwalters geführt hat, sind die Voraussetzungen einer Verwirkung des Vergütungsanspruchs erfüllt, weil der Insolvenzverwalter zu Lasten der verwalteten Masse eine strafbare Untreue begangen hat, um sich oder seine Angehörigen zu bereichern.

Ist daher die Verwirkung des Vergütungsanspruchs begründet, schließt dies nach der nachvollziehbaren Argumentation des OLG Schleswig den Rückgriff des Entlassenden auf § 818 BGB aus, da ansonsten der Verwirkungszweck unterlaufen werden könnte.

Damit stellt sich aber die Frage (4) nach der möglichen Verjährung des Bereicherungsanspruchs des klagenden neuen Verwalters.

Für den Bereicherungsanspruch gilt die dreijährige Regelverjährung gemäß § 195 BGB. Der Fristlauf setzte mit der endgültigen Zurückweisung der Vergütungsfestsetzung durch den landgerichtlichen Beschluss vom 27. 3. 2017 ein – denn erst zu diesem Zeitpunkt wurde der Vorschussentnahme der Rechtsgrund genommen, der bis zu diesem Zeitpunkt in der Offenheit des – verfassungsrechtlich grundsätzlich gesicherten, Art. 12 Abs. 1 GG, Vergütungsanspruchs lag. Die verjährungshemmende Klage wurde dem Beklagten noch fristgerecht zugestellt.

185 Smid, DZWIR 2019, 352, 371.

186 BGH, Beschl. v. 21. 9. 2017 – IX ZB 28/14, DZWIR 2018, 129 mit Anm. Keller.

187 BGH, Beschl. v. 6. 5. 2004 – IX ZB 349/02, BGHZ 159, 122, 131f.; v. 9. 6. 2011 – IX ZB 248/09, DZWIR 2011, 475 Rn. 6; Urt. v. 16. 10. 2014 – IX ZR 190/13, ZIP 2014, 2299 Rn. 27; Beschl. v. 6. 11. 2014 – IX ZB 90/12, DZWIR 2015, 197 Rn. 13; v. 14. 7. 2016 – IX ZB 52/15, DZWIR 2017, 138 Rn. 6; Urt. v. 20. 7. 2017 – IX ZR 310/14, DZWIR 2018, 493 Rn. 33; für die Vergütung des Zwangsverwalters: BGH, Beschl. v. 23. 9. 2009 – V ZB 90/09, NZI 2009, 820 Rn. 8ff.; Uhlenbrück/Vallender/Zipperer, InsO, § 59 Rn. 28; vgl. ferner K. Schmidt/Ries, InsO, § 59 Rn. 20; HambK-InsR/Frind, § 59 Rn. 12b.

188 BGH, Beschl. v. 22. 11. 2018 – IX ZB 14/18, DZWIR 2019, 140.

## XI. Recht des Insolvenzplans

### 1. Plandispositivität von Blockarbeitsansprüchen

Im Urteil des LAG Mainz<sup>189</sup> ging es um Vergütungsansprüche eines Arbeitnehmers in Blockarbeitszeit für die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers geleistete Arbeit. Das LAG Mainz hat diese Ansprüche als Insolvenzforderungen qualifiziert, die daher gemäß § 217 i. V. m. § 224 InsO plandispositiv sind.

Das LAG hatte über folgenden – hier vereinfacht wiedergegebenen – Sachverhalt zu entscheiden:

**Fall 41:** Zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber war unter Abänderung des ursprünglich geschlossenen Arbeitsertrages vereinbart worden, dass die Arbeitszeit in der Arbeitsphase vom 1. 3. 2015 bis zum 31. 8. 2017 voll geleistet werden sollte. Vom 1. 9. 2017 bis zum 29. 2. 2020 sollte der Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung freigestellt werden. Auf Eigenantrag des Arbeitgebers vom 1. 10. 2018 wurde die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet und am 1. 1. 2019 das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung eröffnet. In der Folgezeit kam es zu Überzahlungen des Lohns des Arbeitnehmers. In einem Insolvenzplan, der von den betroffenen Gläubigern angenommen und vom Insolvenzgericht bestätigt worden war, war vorgesehen, dass die Arbeitnehmer als Gruppe 2 eine Quote von 5 % auf ihre Insolvenzforderungen erhalten sollten.

Da nach der Judikatur des BAG<sup>190</sup> das in der Freistellungsphase ausgezahlte Gehalt sich als Entgelt für die zuvor in der Arbeitsphase geleistete Arbeit darstellt, ist die darauf gerichtete Forderung als Insolvenzforderung zu qualifizieren, wenn die Arbeitsphase in die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällt. Der Arbeitnehmer kann daher allein die Forderungsanmeldung vornehmen undquotale Befriedigung erwarten, die im Fall eines Insolvenzplans sich aus dessen Regelungen ergeben wird.

Eine gegenüber den Regelungen des Insolvenzplans erbrachte »Zuviel-Leistung« wird von § 254 Abs. 3 InsO<sup>191</sup> erfasst, wonach sie nicht zurückgefordert werden kann.

### 2. Keine Insolvenzplanunwürdigkeit

Vor Inkrafttreten der InsO haben *Rolf Rattunde* und *Stefan Smid* die Ansicht vertreten, der von einem Schuldner vorgelegte Insolvenzplan sei nicht zuzulassen, wenn der

Schuldner nicht »planwürdig« sei, was auf die Regelung des § 231 Abs. 1 Nr. 1 InsO verweist. Für den Fall, dass der Schuldner mit einem Insolvenzplan die Restschuldbefreiung zu erlangen versucht, hat der BGH<sup>192</sup> den Rückgriff auf Gesichtspunkte einer Vergleichsunwürdigkeit abgelehnt.

**Fall 42:** Der Schuldner hatte in dem auf Gläubigerantrag über sein Vermögen eröffneten Insolvenzverfahren einen Insolvenzplan vorgelegt. Der Schuldner hatte trotz entsprechender insolvenzgerichtlicher Belehrung keinen Eigenantrag gestellt; seinen Antrag auf Erteilung der Restschuldbefreiung wies das Insolvenzgericht im Verfahren daher zurück. Die Befriedigungsaussichten der Gläubiger lagen bei 0 %. Mit dem Insolvenzplan war vorgesehen, dass die Gläubiger eine Quote von 0,3 % aufgrund einer Zahlung der Ehefrau des Schuldners in Höhe von 50.000 € erhalten sollten. Der Plan enthielt keine Angaben zur Möglichkeit der Gläubiger, nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens eine Befriedigung aus der Vollstreckung in das Schuldnervermögen zu erlangen. Angaben zu einem Restschuldbefreiungsantrag enthielt der Plan.

Mit Kopf- und Summenmehrheit haben die Gläubiger den Insolvenzplan angenommen. Das Finanzamt hat sich gegen die Planbestätigung wegen eines Verstoßes aus § 250 InsO gewandt.

Der Insolvenzplan muss nach überzeugender Ansicht des BGH keine Angaben zur Stellung eines Restschuldbefreiungsantrages durch den Schuldner enthalten. Denn die Restschuldbefreiung wird nach den §§ 286ff. InsO auf Antrag dann erteilt, wenn der Schuldner »redlich« i. S. v. § 1 Satz 2 InsO ist – da nur unter der Voraussetzung den Gläubigern zuzumuten ist, dass ihre Forderungen in die Qualität von Naturalobligationen versetzt werden. Im Fall eines Insolvenzplans, der die gesetzliche Folge des § 227 InsO vorsieht, ist dies nicht vorausgesetzt. Denn er kommt durch qualifizierte Mehrheitsentscheidung der Gläubiger zustande, die auch dann zur Annahme des Insolvenzplans und damit zur Restschuldbefreiung nach § 227 InsO führen kann, wenn die »Redlichkeit« des Schuldners durch die Gläubiger dahingestellt bleibt. Das Insolvenzplanverfahren vermittelt den Gläubigern Transparenz der Lage des schuldnerischen Unternehmens (§ 220 Abs. 1 InsO<sup>193</sup>) und der beabsichtigten Maßnahmen (§§ 220 Abs. 2<sup>194</sup>, 221 InsO<sup>195</sup>). Der Insolvenzplan muss daher in seinem darstellenden, bewertenden Teil deutlich machen, welche wirtschaftlichen und rechtlichen Auswirkungen er zeitigt. Hierzu gehört die Beschränkung nachinsolvenzlicher Befriedigungsaussichten, wie der IX. Zivilsenat ausführt. Fehlt es daran, leidet der Plan nach Ansicht des BGH an einem Mangel, der seine Bestätigung ausschließt.

<sup>189</sup> LAG Mainz, Urt. v. 20. 5. 2021 – 2 Sa 170/20, ZIP 2021, 2033.

<sup>190</sup> BAG, Urt. v. 19. 10. 2004 – 9 AZR 647/03, DZWIR 2005, 243 mit Anm. *Flitsch/ Hinkel*.

<sup>191</sup> MK-InsO/*Huber/Madaus*, § 254 Rn. 21; *Uhlenbrück/Lüer/Streit*, InsO, § 254 Rn. 22; *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 254 Rn. 8.

<sup>192</sup> BGH, Beschl. v. 19. 5. 2022 – IX ZB 6/21, DZWIR 2023, 46 mit Bespr. *Kaufmann*, DZWIR 2023, 14.

<sup>193</sup> Rattunde/Smid/Zeuner/*Rattunde*, InsO, § 220 Rn. 2ff.

<sup>194</sup> Rattunde/Smid/Zeuner/*Rattunde*, InsO, § 220 Rn. 2ff.

<sup>195</sup> Rattunde/Smid/Zeuner/*Rattunde*, InsO, § 220 Rn. 2.

In der Vergangenheit hat der BGH freilich darauf erkannt, dass der vom Schuldner vorgelegte Plan keine Angaben zu vom Schuldner begangene Straftaten enthalten muss, um den an den Darstellenden Teil des Plans zu stellenden Anforderungen zu genügen, es sei denn, der Plan ziele auf eine Unternehmensfortführung.<sup>196</sup> War jene Entscheidung deshalb fragwürdig, weil vom Schuldner begangene Straftaten zu Forderungen aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung führen könnten, deren Schuldnerhaftung mit der Restschuldbefreiung wegen § 301 InsO nicht, wohl aber durch Plan gemäß § 227 Abs. 1 InsO beseitigt werden könnten, wäre der Plan in dem 2022 entschiedenen Fall nur dann mangelhaft, wenn Vorsatzdeliktsforderungen vorlagen. Denn im Übrigen könnte der Schuldner auf das Regelinsolvenzverfahren mit einem Eigenantrag und Antrag auf Restschuldbefreiung reagieren und die nachkonkursliche Haftung beseitigen. In dem vorliegenden Fall hatte freilich das Finanzamt gehandelt, so dass von einer Vorsatzdeliktsforderung ausgegangen werden kann.

### 3. Nachforderungsbescheid des Finanzamts nach Restschuldbefreiung im bestätigten Insolvenzplan

**Fall 43:**<sup>197</sup> Nach einem Ortswechsel war für die X GmbH (die spätere Klägerin) nicht mehr das Finanzamt A, sondern seit dem 30. 4. 2015 das Finanzamt B zuständig. Zuvor hatte das Finanzamt B, bei dem die Zentrale Außenprüfung Lohnsteuer angesiedelt war, für den Zeitraum 1. 1. 2011 bis 31. 12. 2013 eine Lohnsteuer-Außenprüfung angeordnet und dies mit Schreiben vom 5. 2. 2014 dem damals noch für die X GmbH zuständigen Finanzamt A mitgeteilt. Diese Lohnsteuer-Außenprüfung dauerte vom 10. 3. 2014 bis zum 27. 8. 2014; der Prüfbericht datierte vom 1. 10. 2014, an dem er beim Finanzamt A einging, das einen Haftungs- und Nachforderungsbescheid über Lohnsteuer, Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer für den Prüfungszeitraum in Höhe von ca. 74.000 € erließ.

Auf Eigenantrag der X GmbH im November 2013 war das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet worden. Die X GmbH legte einen Insolvenzplan vor, der mit den erforderlichen Mehrheiten im Erörterungs- und Abstimmungstermin vom 20. 3. 2014 angenommen und mit am 15. 7. 2014 rechtskräftig gewordenen insolvenzgerichtlichen Beschluss bestätigt worden ist. Das Insolvenzverfahren wurde am 15. 9. 2014 aufgehoben.

Der Insolvenzplan sah u. a. in seinem Gestaltenden Teil folgende Regelung vor:

»Gläubiger, die ihre Forderungen nicht innerhalb einer Frist von einem (1) Monat nach rechtskräftiger Bestätigung des Insolvenzplans (die »Ausschlussfrist«) zur Insolvenztabelle angemeldet haben, erhalten keine Planquote. Die Forderungen dieser Gläubiger erlöschen mit Abschluss der Ausschlussfrist.«

Weiter sah der Plan vor, dass der Ausschluss nicht greife, wenn der Gläubiger seine Forderung ohne eigenes Verschulden nicht geltend gemacht habe und dies in zwei Wochen nachgeholt werde, sobald der Hinderungsgrund weggefallen sei.

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt hat der Insolvenzplan keine von § 227 Abs. 1 InsO abweichende Regelung getroffen.

Den Einspruch der X GmbH wies das zwischenzeitlich zuständig gewordene Finanzamt B als unbegründet zurück und pfändete in das Bankkonto der Klägerin. Im Insolvenzplanverfahren vom Finanzamt A angemeldete Forderungen waren mit einer Quote von 60 % berücksichtigt worden.

Grundsätzlich steht einem Haftungs- und (Nach)Forderungsbescheid nichts entgegen, wenn die Steuerforderung nicht vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Bescheid festgesetzt worden und auch keine Anmeldung zur Tabelle erfolgt ist. Eine nachträgliche Festsetzung der Steuerforderung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens ist zulässig, wenn nicht dem Schuldner die Restschuldbefreiung erteilt oder die Wirkungen des § 227 Abs. 1 InsO durch Insolvenzplan der Steuerfestsetzung entgegenstehen. Dies lag hier nach den Feststellungen des erkennenden Senats nicht vor:

Die am Insolvenzplanverfahren nicht beteiligten Gläubiger, die ihre Forderungen nicht zur Tabelle angemeldet haben, werden gemäß § 254b Abs. 1 InsO von den Wirkungen des Insolvenzplans ergriffen, der, wie der BFH feststellt, die Grundlage für die gesamte Vermögens- und Haftungsabwicklung auch in Bezug auf Abgabenforderungen bildet. Damit greift § 227 Abs. 1 InsO, der freilich nicht zum Erlöschen der Restforderungen führt, sondern sie in – im Wege der Vollstreckung – nicht durchsetzbare Naturalobligationen umwandelt.

Der Insolvenzplan darf aber weder Präklusionsregelungen treffen<sup>198</sup>, noch gar das Erlöschen solcher Forderungen<sup>199</sup> bestimmen, die nicht (fristgerecht) zur Tabelle angemeldet worden sind.

Der BGH hatte in seinem Beschluss vom 7. 5. 2015 allerdings ausgeführt:

»Gewillkürte Präklusionsvorschriften im Insolvenzplan, durch die Insolvenzgläubiger, die sich am Insolvenzverfahren nicht beteiligt haben, mit ihren Forderungen auch in Höhe der im Plan auf Forderungen ihrer Art festgeschriebenen Quote ausgeschlossen sind, sind nicht zulässig. Sie verstößen gegen den Grundsatz, dass innerhalb jeder Gruppe allen Beteiligten gleiche Rechte anzubieten sind (§ 226 Abs. 1 InsO). Denn sie bewirken eine Ungleichbehandlung von Insolvenzgläubigern derselben Rechtsstellung allein aus dem Umstand der rechtzeitigen Forderungsanmeldung.

196 BGH, Beschl. v. 13. 10. 2011 – IX ZB 37/08, DZWIR 2012, 197.

197 BFH, Urt. v. 8. 3. 2022 – VI R 33/19, ZIP 2022, 1663.

198 BGH, Beschl. v. 7. 5. 2015 – IX ZB 75/14, DZWIR 2015, 560 mit Bespr. Skauradszu/Spahlinger/Tresselt, DZWIR 2015, 539.

199 BGH, Beschl. v. 7. 5. 2015 – IX ZB 75/14, ebda.

Die Rechtsstellung der nicht (rechtzeitig) anmeldenden Insolvenzgläubiger unterscheidet sich aber nicht von der der im Insolvenzplan berücksichtigten; ihnen entgehen lediglich Verfahrensrechte. Ebenso wenig lassen sich unterschiedliche wirtschaftliche Interessen nach § 222 Abs. 2 Satz 1 InsO allein anhand des Kriteriums der (rechtzeitigen) Forderungsanmeldung rechtfertigen. Das Versäumen einer im Plan gesetzten Anmeldefrist ist zwar ein objektives, aber kein dem § 222 InsO zugängliches Abgrenzungskriterium.«

Ein Insolvenzplan kann den vom BGH entwickelten Voraussetzungen dadurch Rechnung tragen, dass er keine Präklusion der nicht rechtzeitig anmeldenden Gläubiger vorsieht, sondern eine Regelung zur Sicherstellung ihrer Befriedigung dadurch trifft, dass von der Möglichkeit des § 217 InsO insoweit kein Gebrauch gemacht wird, als mit dem Insolvenzplan keine Regelung getroffen wird, die eine Abweichung von den Regelungen der §§ 189 ff. InsO über die Nichtberücksichtigung von nach der Schlussverteilung angemeldeten Forderungen vorsieht. Die Anwendung der Regelungen der InsO würden, da sie keine Abweichung vom geltenden Recht darstellen, keine »gewillkürten Präklusionsvorschriften« in dem vom BGH angesprochenen Sinn darstellen.

Im vorliegenden Fall argumentierte der BFH mit der Einschränkung der Präklusionsregelung durch die Vereschuldensklausel des Plans – wonach die Präklusion deshalb nicht greife. Dahingestellt geblieben ist daher, ob durch die Rechtskraft der Bestätigung des Plans dessen Fehler »geheilt« werden.

## XII. Restrukturierungrecht

### 1. Hinweisbeschluss in Restrukturierungssache

In einer Restrukturierungssache hat das AG – Restrukturierungsgericht – Hamburg einen Hinweisbeschluss<sup>200</sup> erlassen. § 38 StaRUG<sup>201</sup> verweist auf die ZPO und damit auf eine (entsprechende) Anwendung des § 139 ZPO<sup>202</sup>, so dass das Gericht zutreffend davon ausgegangen ist, auch außerhalb der restrukturierungsgerichtlichen Vorprüfung des Restrukturierungsplans gemäß § 47 StaRUG zum Erlass eines Hinweisbeschlusses zuständig zu sein. Das ist überzeugend.

In der Sache begegnet der Hinweisbeschluss indes Bedenken: Im Restrukturierungsplan war vorgesehen, dass

sich Schuldner, Gläubigerin 1 und Gläubigerin 4 einig seien, dass die von der Gläubigerin 4 zur Besicherung der Forderungen der Gläubigerin 1 gestellten Bürgschaften verwertungsreif und die Forderungen der Gläubigerin 1 gegen die Gläubigerin 4 mit der rechtskräftigen Bestätigung des Restrukturierungsplans fällig seien. Soweit die Forderungen der darlehensgewährenden Gläubigerin 1 durch Zahlung auf die sie besichernden Bürgschaften der Gläubigerin 4 nicht vollständig befriedigt würden, wäre eine Quote auf die Restforderung auszukehren.

Diese Plangestaltung hält das Restrukturierungsgericht für rechtswidrig. Denn es geht davon aus, dass § 44 InsO auf den Restrukturierungsplan entsprechend zur Anwendung zu bringen sei.

§ 44 InsO bestimmt, dass der Gesamtschuldner und der Bürge die Forderung, die sie durch eine Befriedigung des Gläubigers künftig gegen den Schuldner erwerben könnten, im Insolvenzverfahren nur dann geltend machen kann, wenn der Gläubiger seine Forderung nicht geltend macht.<sup>203</sup> Für das Insolvenzverfahren ist diese Regelung richtig. Die Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner und die Rückgriffsforderung des Bürgen oder des Gesamtschuldners, die diese durch eine Befriedigung des Gläubigers erwerben können<sup>204</sup>, sind jedenfalls bei wirtschaftlicher Betrachtung identisch.<sup>205</sup> Der regressberechtigte Bürge ist auch dann Insolvenzgläubiger, wenn er vor Eröffnung des Verfahrens noch keine Leistung erbracht hat<sup>206</sup>, da seine Regressforderung bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens angelegt war; der Bürge erwirbt daher bei Leistung im eröffneten Insolvenzverfahren nicht etwa eine Masseforderung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO.<sup>207</sup> Forderung und Rückgriffsforderung dürfen daher im Verfahren nicht nebeneinander geltend gemacht werden. Man spricht in diesem Zusammenhang vom sog. Verbot der Doppelanmeldung<sup>208</sup>, um zu verhindern, dass zwar nicht auf den jeweiligen Gläubiger, aber auf die Forderung im Ergebnis eine höhere Dividende entfällt, als sie sich aufgrund der Quote ergäbe.<sup>209</sup>

200 AG Hamburg, Hinweisbeschl. v. 17.1.2022 – 61c RES 1/21, ZIP 2022, 758.

201 Pannen/Riedemann/Smid/Pannen, StaRUG, § 38 Rn. 3; Braun/Bauermert, StaRUG, § 38 Rn. 1; Skauradszun/Fridgen/Kramer, StaRUG, § 38 Rn. 1ff.

202 Musielak/Voit/Stadler, ZPO, § 139 Rn. 1; MK-ZPO/Fritzsche, § 139 Rn. 9 ff.; Saenger/Wöstmann, ZPO, § 139 Rn. 1.

203 Zur Vertiefung siehe Hamb-InsR/Lüdtke, § 44 Rn. 1ff.; Uhlenbrück/Knof, InsO, § 44 Rn. 1f.; MK-InsO/Bitter, § 44 Rn. 1f.

204 Zum bisherigen Recht: BGH, Urt. v. 20.3.1958 – II ZR 2/57, BGHZ 27, 51, 54; Urt. v. 21.12.1970 – VIII ZR 50/69, BGHZ 55, 117, 120; vgl. auch BGH, Urt. v. 19.12.1996 – IX ZR 18/96, ZIP 1997, 372 mit zust. Anm. Gerhardt, EWiR § 68 KO 1/97, 269; Kuhn/Uhlenbrück, KO, § 68 Rn. 13, 5b; Kilger/K. Schmidt, KO, § 67 Anm. 1.

205 Amtl. Begr. zu § 51 RegEInsO, BT-Drs. 12/2443, 124.

206 Jaeger/Henckel, InsO, § 44 Rn. 4.

207 Jaeger/Henckel, InsO, § 44 Rn. 5.

208 Jaeger/Henckel, InsO, § 44 Rn. 2; Kübler/Prütting/Bork/Holzer, § 44 Rn. 2; HambK-InsR/Lüdtke, § 44 Rn. 2.

209 Vgl. Kübler/Prütting/Bork/Holzer, InsO, § 44 Rn. 2; Nerlich/Römermann/Andres, InsO, § 44 Rn. 2.

Das Verbot der Doppelanmeldung entspricht der insolvenzrechtlichen Grundstruktur der Gläubigergleichbehandlung. Der Grundsatz des Verbots der Doppelanmeldung entspricht damit zwar den aus dem Grundsatz *par condicio creditorum* entspringenden Folgen; er führt aber zu Problemen im Hinblick auf die Folgen des Insolvenzplanverfahrens und des Restschuldbefreiungsverfahrens. Denn der Bürge kann zwar nach § 44 InsO nicht am Insolvenz- und damit nicht am Insolvenzplanverfahren bzw. am Restschuldbefreiungsverfahren teilnehmen, wird aber in seinen Rechten von den Wirkungen des Insolvenzplans bzw. der Restschuldbefreiung nachhaltig betroffen, da er nach Abschluss des Insolvenzplanverfahrens bzw. des Restschuldbefreiungsverfahrens mit einer Rückgriffsforderung wegen der Inanspruchnahme durch den Gläubiger nicht mehr gegen den Schuldner der Hauptforderung vorzugehen berechtigt ist. Das ist mit Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG bedenklich. Eine Korrektur sollte nicht bei § 301 InsO<sup>210</sup> ansetzen, da damit die Effizienz des Insolvenzplans bzw. der Restschuldbefreiung und § 1 Satz 2 InsO in Frage gestellt würden. Vielmehr ist für das über das Vermögen natürlicher Personen eröffnete Insolvenzverfahren wegen der Möglichkeit des § 301 InsO die Vorschrift des § 44 InsO verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass sie zwar die Teilnahme des Bürgen nicht verhindert, aber die Berücksichtigung seiner Forderung bei der Quotenbildung: An den Bürgen ist eine Dividende nicht auszuschütten, ihm ist aber durch die Verfahrensbeteiligung rechtliches Gehör zu gewähren.<sup>211</sup>

Der Restrukturierungsplan ist ein privatautonom verhandelter Vergleich (§ 779 BGB).<sup>212</sup> Eine Gläubigergleichbe-

handlung ist von vornherein nur unter der Voraussetzung der vom Schuldner vorgenommenen Auswahl der Planbetroffenen (§ 8 InsO) innerhalb der jeweiligen Gruppe (§ 10 StaRUG) vorzunehmen. Wie die Finanzierungsentscheidungen, auf denen die Restrukturierung des Schuldners beruhen soll, umgesetzt werden, liegt anders als beim Insolvenzplanverfahren in der Hand der Beteiligten.<sup>213</sup>

## 2. Voraussetzungen der Stabilisierungsanordnung

Das AG Hamburg<sup>214</sup> hat über die Voraussetzungen des Erlasses einer Stabilisierungsanordnung in einem Fall zu entscheiden gehabt, in dem der eine Salatbar betreibende Schuldner eine Restrukturierungssache angezeigt und dabei einen (nach Ansicht des Restrukturierungsgerichts) mit Mängeln wegen der Auswahlentscheidung gemäß § 8 StaRUG behafteten Restrukturierungsplan vorgelegt hat. Dem Stabilisierungsantrag war dieser – mangelhafte – Restrukturierungsplan nach § 50 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG, eine Finanzplanung für die folgenden sechs Monate sowie die Benennung der Gläubiger unter Angabe von ladungsfähigen Anschriften, gegen die die Stabilisierungsanordnung angestrebt wird, beigefügt.

Das Restrukturierungsgericht hat die Stabilisierungsanordnung erlassen, da das Restrukturierungskonzept schlüssig war und keine Umstände bekannt waren, aus denen auf eine materielle Insolvenz des Schuldners hätte geschlossen werden können oder aus denen sich ergeben hätte, dass die Anordnung nicht erforderlich sei, das Restrukturierungsziel zu erreichen.

<sup>210</sup> Rattunde/Smid/Zeuner/Smid, InsO, § 44 Rn. 3; richtigerweise ist die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des § 44 InsO hinzuzuziehen, die die verfahrensrechtliche Beziehung zwischen Bürge und Gläubiger regelt, vgl. Uhlenbrück/Knof, InsO, § 44 Rn. 2.

<sup>211</sup> Nach OLG Köln, Beschl. v. 21. 12. 1999 – 19 W 58/99, NZI 2000, 272 muss die Bank den Bürgen auf die Gefahren aus einem Insolvenzverfahren nicht aufklären. Das erscheint fragwürdig.

<sup>212</sup> Pannen/Riedemann/Smid/Smid, StaRUG, § 17 Rn. 12.

<sup>213</sup> Braun/Fendel, StaRUG, § 60 Rn. 1f.; ferner Bork, NZI-Beil. 2021, 38, 38f.

<sup>214</sup> AG Hamburg, Beschl. v. 18. 1. 2022 – 61c RES 1/21, ZIP 2022, 915.