

Insolvenzrecht

Keller

3. Auflage 2025
ISBN 978-3-8006-7413-8
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

anstalt für Arbeit übergegangen, nach § 55 Abs. 3 S. 1 InsO sind sie damit nicht mehr Masseverbindlichkeit, sondern gewöhnliche Insolvenzforderung. Die Regelung verschafft letztlich dem vorläufigen Insolvenzverwalter den Vorteil, während des Eröffnungsverfahrens die Arbeitnehmer beschäftigen zu können, ohne die Lohnforderungen als Masseverbindlichkeiten begleichen zu müssen.

§ 55 Abs. 4 InsO enthält weitergehend eine **Bevorzugung des Fiskus** gegenüber den übrigen Gläubigern des Eröffnungsverfahrens.³⁹⁸ Danach sind **Umsatzsteuerverbindlichkeiten** sowie die weiteren genannten Steuern und Abgaben stets **Masseverbindlichkeiten** des späteren Insolvenzverfahrens, wenn ein vorläufiger Insolvenzverwalter oder der Schuldner mit dessen Zustimmung gehandelt hat. Es kommt hier ausdrücklich nicht darauf an, ob ein so genannter starker vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde, oder ein so genannter schwacher, bei welchem gegenüber dem Schuldner nur ein so genannter Zustimmungsvorbehalt nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO erlassen wird.³⁹⁹ Lediglich wenn gegen den Schuldner überhaupt keine Verfügungsbeeinträchtigung angeordnet wird und ein möglicher vorläufiger Insolvenzverwalter nur beratende Funktion hat, kann man der Rechtsfolge des § 55 Abs. 4 InsO entgehen.⁴⁰⁰ Die Vorschrift findet auch Anwendung bei der vorläufigen Eigenverwaltung (§ 270b InsO), bei der lediglich ein vorläufiger Sachwalter bestellt wird, die Verfügungsbefugnis aber dem Schuldner erhalten bleibt.⁴⁰¹ Im Kern enthält die Regelung eine sachlich nicht gerechtfertigte Bevorzugung des Fiskus, zumal es ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers der Insolvenzordnung war, alle Insolvenzgläubiger gleich zu behandeln.⁴⁰²

bb) Die übrigen Masseverbindlichkeiten

Die Insolvenzordnung nennt an verschiedenen Stellen weitere Forderungen und Ansprüche, die als Masseverbindlichkeiten zu befriedigen sind, es sind dies

- der **Anspruch des Schuldners auf angemessenen Unterhalt** für sich und seine Familie nach § 100 InsO; mittelbar ergibt sich dies aus dem Wortlaut des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO, wonach der Unterhaltsanspruch als Masseverbindlichkeit zu befriedigen ist.
- die **Ansprüche der Arbeitnehmer** aus einem mit dem Insolvenzverwalter vereinbarten **Sozialplan** nach § 123 Abs. 2 S. 1 InsO; betrachtet man den Abschluss des Sozialplans als Handlung des Insolvenzverwalters, wäre hier bereits § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO einschlägig.
- die **Kosten eines Antragstellers** bei dem Antrag auf Zustimmung der Gläubigerversammlung zur Veräußerung des schuldnerischen Unternehmens nach § 163 Abs. 2 InsO.

398 § 55 Abs. 4 InsO eingefügt durch Gesetz vom 9.12.2010 (BGBl. I 1885); dem vorgreifend BFHE 232, 301 = NJW 2011, 1998 = NZI 2011, 336 = ZIP 2011, 782; zur Entstehungsgeschichte *Kablert*, ZIP 2010, 1274; *Onusseit*, ZInsO 2011, 641; *Hölzle*, BB 2012, 1571; zur Kongruenz mit unionsrechtlichen Vorgaben zur effektiven Steuererhebung *Frintrup*, ZIP 2019, 1101.

399 FG Düsseldorf NZI 2014, 43 = ZIP 2013, 2224.

400 MüKoInsO/*Hefermehl* § 55 Rn. 244.

401 § 55 Abs. 4 InsO geändert durch SanInsFoG vom 20.12.2020 (BGBl. 3256); BT-Drs. 19/25353, 13; zur früheren Rechtslage BGH NZI 2019, 236 = ZIP 2018, 2488, dazu EWiR 2019, 49 (*Thole*); BFHE 247, 460 = NZI 2015, 240 = ZIP 2014, 2451; FG Baden-Württemberg, NZI 2015, 867 = ZIP 2015, 1452; Zum Ganzen BMF-Anwendungserlass vom 20.5.2015, IV A 3-S0550/10/10020-05, FMNR228000015; dazu *Onusseit*, ZIP 2016, 452; allgemein *Kablert*, ZIP 2011, 401; *Beck*, ZIP 2011, 551.

402 K. Schmidt/*Thole* InsO § 55 Rn. 45 ff.

- die **Ansprüche des absonderungsberechtigten Gläubigers** auf Zahlung der laufend geschuldeten Zinsen bis zur Verwertung des verhafteten Gegenstandes durch den Insolvenzverwalter nach § 169 InsO.
- im **Nachlassinsolvenzverfahren** die besonderen Masseverbindlichkeiten nach § 324 Abs. 1 Nrn. 1 bis 6 InsO.

e) Die Beteiligung der Massegläubiger am Insolvenzverfahren

- 368 Der Massegläubiger ist nicht Beteiligter des Insolvenzverfahrens. Der Massegläubiger ist daher zur Teilnahme an einer Gläubigerversammlung nicht berechtigt. Der Massegläubiger kann und braucht seine Forderung nicht zur Insolvenztabelle anzumelden, sie wird nicht zur Insolvenztabelle festgestellt.
- 369 Die Masseverbindlichkeiten sind nach § 53 InsO vor der Verteilung der Insolvenzmasse an die Insolvenzgläubiger zu befriedigen. Die **Feststellung einer Masseverbindlichkeit** erfolgt nach **allgemeinen zivilrechtlichen Regeln** zwischen dem Massegläubiger und dem Insolvenzverwalter. Gegebenenfalls ist der Insolvenzverwalter auf Zahlung oder sonst geschuldete Leistung zu verklagen, gegen ihn kann auch in die Insolvenzmasse die Zwangsvollstreckung betrieben werden. **Der Massegläubiger unterliegt nicht dem Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO**, es besteht lediglich ein zeitlich befristetes Vollstreckungsverbot für die so genannten oktroyierten Masse-schulden nach § 90 Abs. 1 InsO.⁴⁰³
- 370 **Reicht die Insolvenzmasse zur vollständigen Befriedigung der Massegläubiger nicht aus**, liegt so genannte **Masseunzulänglichkeit** nach §§ 208 ff. InsO vor (→ Rn. 838 ff.). Die Massegläubiger sind dann in der Rangfolge des § 209 Abs. 1 InsO zu befriedigen, wobei für den einzelnen Massegläubiger eine lediglich anteilige Befriedigung droht. Gegen den Insolvenzverwalter kann gegebenenfalls ein Haftungsanspruch aus § 61 InsO in Betracht kommen. Nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit ist eine Zwangsvollstreckung gegen den Insolvenzverwalter nicht mehr zulässig (§ 210 InsO), auch kann der Massegläubiger keine Leistungsklage gegen den Insolvenzverwalter mehr erheben.⁴⁰⁴
- 371 **Nach Beendigung des Insolvenzverfahrens** haftet der Schuldner den nicht vollständig befriedigten Massegläubigern gegenüber nur mit dem aus der Insolvenzmasse verbliebenen Restvermögen. Mit seinem neu erworbenen Vermögen haftet der Schuldner zwar den Insolvenzgläubigern gegenüber (§ 201 InsO), nicht aber gegenüber den Massegläubigern, da deren Verbindlichkeiten gerade nicht durch den Schuldner selbst sondern durch den Insolvenzverwalter für die Insolvenzmasse begründet worden sind.⁴⁰⁵ Diese Unterscheidung verschwimmt oft, wenn der Schuldner, der eine natürliche Person ist, nach dem Insolvenzverfahren in das Restschuldbefreiungsverfahren übergeht. Hier sollen bei Einstellung des Insolvenzverfahrens wegen Masseunzulänglichkeit nach § 208

403 K. Schmidt/Keller InsO § 90 Rn. 4 ff.

404 BGHZ 154, 358 = NZI 2003, 369 mAnm Uhlenbruck; Uhlenbruck/Ries InsO § 210 Rn. 7, 13; Runkel/Schnurbusch, NZI 2000, 49; zur Geltendmachung der Masseunzulänglichkeit, wenn aus einem Leistungsurteil die Zwangsvollstreckung betrieben wird LG Heilbronn ZIP 2002, 1214, dazu EWiR 2002, 923 (Keller).

405 Uhlenbruck/Wegener InsO § 201 Rn. 17; kritisch Häsemeyer Rn. 25.30, der eine unbeschränkte Nachhaftung des Schuldners mit einer Art Verursachungsprinzip begründet.

und 289 InsO aus dem an den Treuhänder des Restschuldbefreiungsverfahrens abgetretenen Einkommen zunächst die nicht befriedigten Massegläubiger bedient werden.⁴⁰⁶ Sehr fragwürdig ist auch die Rechtsprechung des BFH, die von einer vollumfänglichen Haftung des Schuldners auch nach Erteilung der Restschuldbefreiung ausgeht.⁴⁰⁷ In einem besonders instruktiven Sachverhalt gab die Insolvenzverwalterin während des Verfahrens keine Steuererklärung für Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung ab. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens und nach Erteilung der Restschuldbefreiung wurde die Einkommensteuer hierauf festgesetzt. Weil sie im Insolvenzverfahren als Masseverbindlichkeit hätte befriedigt werden müssen, erklärte der BFH den Schuldner für haftbar.⁴⁰⁸

3. Die Insolvenzgläubiger

a) Die nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO

aa) Die Definition des Insolvenzgläubigers

Insolvenzgläubiger ist, wer im **Zeitpunkt der Eröffnung** des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner einen **begründeten Vermögensanspruch** geltend machen kann (§ 38 InsO). Diese Definition grenzt den Insolvenzgläubiger sowohl vom Massegläubiger, dessen Anspruch nach Insolvenzeröffnung durch den Insolvenzverwalter begründet wird, als auch vom Neugläubiger ab. Gleichzeitig wird die einschneidende Wirkung des Zeitpunkts der Insolvenzeröffnung deutlich: Nur die bei Insolvenzeröffnung vorhandenen Gläubiger sollen als Insolvenzgläubiger aus der Insolvenzmasse befriedigt werden. 372

Als **Vermögensanspruch** im Sinne des § 38 InsO ist **jeder Anspruch auf Leistung** von Geld oder einer Sache oder Sachgesamtheit anzusehen.⁴⁰⁹ In gedankliche Hilfestellung kann als Vermögensanspruch angesehen werden, was gegen den Schuldner durch Erhebung von Leistungsklage eingeklagt und durch Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners verwirklicht werden kann. Demnach sind Ansprüche auf Vornahme bestimmter Handlungen, Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigungsansprüche oder auch Gestaltungsrechte keine Insolvenzforderungen. Hier könnte gegen den Schuldner zwar Leistungsklage erhoben werden, Zwangsvollstreckung erfolgt je nach Art des Anspruchs aber nach §§ 887 ff. ZPO und nicht als Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners. Vermögensanspruch im Sinne des § 38 InsO ist letztlich jeder Anspruch der in Leistung von Geld besteht oder in einen Geldwert umgerechnet werden kann. Als Insolvenzforderung sind neben der Hauptforderung auch die **Kosten der Rechtsverfolgung** und insbesondere die noch nicht verjährten **Zinsen** der Hauptforderung **bis zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung** anzusehen. 373

406 BGH NJW-RR 2005, 1363 = NZI 2005, 399; K. Schmidt/*Henning* InsO § 289 Rn. 3; auch wird gefordert, der Insolvenzverwalter müsse Rückstellungen für die Kosten des Restschuldbefreiungsverfahrens bilden, BGH NZI 2015, 128 = ZIP 2015, 85; eingehend *Frege/Keller/Riedel* InsR-HdB Rn. 5.122.

407 BFH NZI 2018, 461, Begr. Rn. 30 ff.

408 BFH NZI 2019, 674; kritisch dazu *Keller*, NZI 2024, 21, Abschn. III. 2.

409 Jaeger/*Eichel* InsO § 38 Rn. 67 ff.; MüKoInsO/*Ebricke/Behme* § 38 Rn. 14 ff.

- 374 Der Vermögensanspruch des Gläubigers muss **gegen den Schuldner persönlich** gerichtet sein, der Schuldner muss unmittelbar Verpflichteter des Anspruchs sein. Un-erheblich ist, worin der Anspruch seine Grundlage hat, er kann im allgemeinen Schuldrecht, im Deliktsrecht, im Familienrecht oder Nachlassrecht seinen Grund haben, er kann vertraglich oder auch gesetzlich begründet sein. Auch **sämtliche öffentlich-rechtlichen Ansprüche**, insbesondere Steuer- und Abgabenforderungen sind Insolvenzforderungen, soweit der Schuldner unmittelbar Zahlungspflichtiger ist. Die Leistungspflicht muss aber nicht gegen den Schuldner allein gerichtet sein, der Gläubiger ist auch dann Insolvenzgläubiger, wenn der Schuldner zusammen mit anderen Personen in Schuldnermehrheit (Gesamtschuldnerschaft oder Teilschuldnerschaft) haftet. Ein Vermögensanspruch mit persönlicher Haftung des Schuldners im Sinne des § 38 InsO liegt nicht vor, wenn der Schuldner zur Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes verpflichtet ist oder wenn er mit einem Gegenstand oder einem Recht der Insolvenzmasse nur dinglich haftet. In diesen Fällen ist der Gläubiger des Herausgabe- oder des Duldungsanspruchs Aussonderungsberechtigter (§ 47 InsO) oder Absonderungsberechtigter (§§ 49 ff. InsO).
- 375 Der Anspruch muss schließlich im **Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung begründet** sein.⁴¹⁰ Dies liegt vor, wenn die den Anspruch begründenden Tatbestände vor Insolvenzeröffnung vollständig erfüllt sind. Bei vertraglich zu begründenden Ansprüchen muss damit der Vertrag wirksam vor Insolvenzeröffnung geschlossen sein, bei gesetzlichen Ansprüchen müssen alle Tatbestandsvoraussetzungen der entsprechenden Haftungsnorm (beispielsweise § 823 Abs.1 BGB) vor Insolvenzeröffnung erfüllt sein.⁴¹¹ § 38 InsO verlangt nicht, dass die Insolvenzforderung bei Insolvenzeröffnung bereits fällig ist; sie kann als aufschiebend bedingte Forderung auch noch von einer Bedingung abhängen, die erst nach Insolvenzeröffnung eintritt. Insgesamt genügt für die Begründetheit der Forderung im Sinne des § 38 InsO das Entstehen einer gewissen Forderungsanswartschaft für den Gläubiger, eine lediglich künftige Forderung ohne ausreichende Rechtsposition ist keine Insolvenzforderung.
- 376 Die **Qualifikation als Insolvenzforderung** mit dem Tatbestandsmerkmal der Begründetheit bei Insolvenzeröffnung ist insbesondere **bei Steuerforderungen schwierig** und umstritten.⁴¹² Allgemein ist eine Steuerforderung dann Insolvenzforderung, wenn der zur Steuerpflicht führende Tatbestand vor Insolvenzeröffnung verwirklicht ist, auf die Feststellung der Steuerpflicht seitens der zuständigen Behörde kommt es nicht an. Je nach der Steuerart ist demnach zu unterscheiden, wann und in welchem Umfang eine Steuerforderung Insolvenzforderung ist:⁴¹³ Beispielsweise entsteht der Anspruch auf Umsatzsteuer gegen den Unternehmer mit Erbringung des Umsatzgeschäftes. Liegt dieses vor Insolvenzeröffnung, ist der Anspruch auf Umsatzsteuer Insolvenzforderung. Der Anspruch auf Grundsteuer entsteht dagegen kraft Gesetzes am 1. Januar eines Jahres für das gesamte Kalenderjahr (§ 28

410 Jaeger/Eichel InsO § 38 Rn. 89 ff.; MüKoInsO/Ebricke/Behme § 38 Rn. 17 ff.

411 Jaeger/Eichel InsO § 38 Rn. 94, 102; Uhlenbruck/Sinz InsO § 38 Rn. 26 ff.

412 BFH NZI 2005, 276 mAnm App = ZIP 2005, 266, dazu EWiR 2005, 475 (Onusseit); BFH NZI 2013, 992; BFH ZIP 2019, 133, dazu EWiR 2019, 113 (Schmittmann); Jaeger/Eichel, InsO, § 38 Rn. 138 ff.; MüKoInsO/Ebricke/Behme § 38 Rn. 79 ff.; ausführlich kritisch zur Rechtsprechung des BFH in Einzelfragen Uhlenbruck/Sinz InsO § 38 Rn. 67 ff.

413 Eingehend Gottwald/Haas InsR-HdB/Frotscher/Schulze § 120 Rn. 17 (Einkommensteuer), § 122 Rn. 1 ff. (Umsatzsteuer), § 123 (sonstige Steuerarten).

GrStG), die Grundsteuer des bei Eröffnung laufenden Kalenderjahres ist damit Insolvenzforderung. Ist der Schuldner zur **Einkommensteuer** veranlagt, ist die für das Kalenderjahr einheitliche Einkommensteuerschuld entsprechend der Einkünfte für die Zeit vor und nach Insolvenzeröffnung in Insolvenzforderung und Neuverbindlichkeit gegen den Schuldner aufzuteilen.⁴¹⁴

Als **besonders schwerwiegend** wird die zeitliche Zäsur des § 38 InsO bei **Unterhaltsforderungen** angesehen, die gegen den Schuldner gerichtet sind. Unterhaltsforderungen **aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung** sind **Insolvenzforderungen** im Sinne des § 38 InsO. Die Unterhaltsforderungen, die gegen den Schuldner **nach Insolvenzeröffnung** entstehen, sind aber weder Insolvenzforderung noch Masseverbindlichkeit (soweit nicht Unterhalt aus der Insolvenzmasse nach § 100 InsO gewährt wird), sondern so genannte **Neuforderung**. Der Unterhaltsgläubiger als Neugläubiger nimmt am Insolvenzverfahren überhaupt nicht teil, auf das Vermögen des Schuldners kann er nur soweit Zugriff nehmen, als dieses insolvenzfrei ist. Das in der Praxis einzige lohnenswerte Zugriffsobjekt ist für den Unterhaltsgläubiger das laufende Arbeitseinkommen des Schuldners, das ihm im bevorrechtigten Umfang des § 850d ZPO zur Verfügung steht (§ 89 Abs. 2 S. 2 InsO; → Rn. 1134 ff.).⁴¹⁵

Sämtliche Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO sind untereinander gleichrangig,³⁷⁸ der Gesetzgeber beseitigte mit der Insolvenzordnung sämtliche früher bestehenden Konkursvorrechte nach § 61 KO oder § 17 GesO.⁴¹⁶ Es stehen damit die Forderungen der Lieferanten gleichrangig gegenüber denen des Fiskus, die Forderungen der Arbeitnehmer gleichrangig gegenüber denen der Banken. Eine vollständige Gläubigergleichbehandlung wird aber auch in der Insolvenzordnung nicht durchgehalten, der Insolvenzgläubiger, der an einem Gegenstand oder Recht der Insolvenzmasse abgesonderte Befriedigung verlangen kann, hat mindestens wirtschaftlich gesehen ein Vorrecht gegenüber den anderen ungesicherten Gläubigern.

bb) Besondere Arten von Insolvenzforderungen

Die Behandlung von Insolvenzforderungen, die hinsichtlich ihres Inhalts oder der Leistungspflicht Besonderheiten aufweisen, regeln die §§ 41 ff. InsO:³⁷⁹

- **Noch nicht fällige Insolvenzforderungen** (betagte Forderungen) gelten kraft Gesetzes im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung als fällig (**§ 41 Abs. 1 InsO**),⁴¹⁷ Ist die Forderung verzinslich, kann der Gläubiger Zinsen nur bis zur Insolvenzeröffnung geltend machen, die weiteren Zinsen nach Insolvenzeröffnung sind nachrangige Insolvenzforderung nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Ist die betagte Forderung unverzinslich, ist sie für die Zeit von Insolvenzeröffnung bis zur späteren Fälligkeit mit dem gesetzlichen Zinssatz (§ 246 BGB, § 352 HGB) abzuzinsen (§ 41 Abs. 2 InsO). Dem Gläubiger wird gleichsam der imaginäre Vorteil genommen, den er durch frühere Fälligkeit und Leistung seiner unverzinslichen Forderung erhält. Die Abzinsung wird allgemein nach der so genannten „Hoffmannschen Formel“ berechnet.⁴¹⁸

414 BFHE 279, 433 = NZI 2023, 640 = ZIP 2023, 1251; Jaeger/Eichel InsO § 38 Rn. 141 ff.; MüKo-InsO/Ehrlicke/Behme § 38 Rn. 81 ff.

415 Ausführlich Keller, NZI 2007, 143; ders., NZI 2017, 316.

416 Begründung des RegE BT-Drs. 12/2443, 81.

417 Einzelfälle HK-InsO/Keller § 41 Rn. 6 ff.

418 Jaeger/Eichel InsO § 41 Rn. 28; HK-InsO/Keller § 41 Rn. 15 ff.

$$x \text{ (Wert der Forderung bei Eröffnung)} = \frac{36.500 \times \text{Nennbetrag}}{36.500 + (4 [\text{Zinssatz}] \times \text{Tage bis Fälligkeit})}$$

- 381 Beispiel 16:** Der Gläubiger hat gegen den Schuldner eine am 1. August fällige unverzinsliche Forderung von 12.000 EUR; Insolvenzeröffnung erfolgt am 1. Juni. Der Betrag der Forderung ist für den 1. Juni zu bestimmen, dem Gläubiger sind die für die Zeit von 1. Juni bis 1. August entfallenden Zinsen auf die Forderung abzuziehen. Sie beträgt abgezinst noch 11.920,31 EUR.
- 382 – Auflösend bedingte Forderungen** werden wie unbedingte Forderungen geltend gemacht und erhalten aus der Insolvenzmasse volle Zuteilung (§ 42 InsO). Tritt die auflösende Bedingung vor der Verteilung ein, fällt die Forderung weg und kann selbstverständlich keine Zuteilung mehr erhalten.
- 383 – Eine aufschiebend bedingte Forderung** ist zunächst wie eine unbedingte Forderung zu behandeln.⁴¹⁹ Der bei der Verteilung auf sie entfallende Anteil ist aber bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung zurückzubehalten (§ 191 Abs. 1 S. 2 InsO).
- 384 – Eine Forderung, deren Inhalt nicht auf Zahlung von Geld gerichtet ist, ist nach § 45 InsO** in ihrem umgerechneten Geldwert geltend zu machen.⁴²⁰ Der Gläubiger hat den umgerechneten Geldwert zur Insolvenztabelle anzumelden, mit Feststellung der Forderung wird sie in eine Geldforderung umgewandelt. Soweit Streit über die Höhe der angemeldeten Forderung besteht, ist dieser im Feststellungsprozess nach § 179 InsO zu klären.⁴²¹
- 385 – Forderungen auf wiederkehrende Leistungen** sind mit dem Zwischenzinsabzug nach § 41 Abs. 2 InsO auf den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung zu kapitalisieren (§ 46 InsO).⁴²²
- 386** Kann der Gläubiger **neben seiner Insolvenzforderung abgesonderte Befriedigung** an einem Gegenstand oder Recht der Insolvenzmasse geltend machen, ist er **sowohl Absonderungsberechtigter als auch Insolvenzgläubiger** (§ 52 S. 1 InsO). Als Insolvenzgläubiger wird er nur mit dem Betrag berücksichtigt, mit welchem er keine abgesonderte Befriedigung erhalten hat (§ 52 S. 2 InsO). Im Insolvenzverfahren meldet der Gläubiger seine Insolvenzforderung zur Insolvenztabelle mit dem Hinweis auf das Absonderungsrecht an, bei der Verteilung hat er nach § 190 InsO anzugeben, mit welchem Betrag er bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist. Wirtschaftlich ist es für den Gläubiger natürlich sinnvoll, eine möglichst hohe abgesonderte Befriedigung zur erhalten und den Ausfall möglichst gering zu halten.
- 387 Beispiel 17:** Der Gläubiger hat eine Forderung in Höhe von 90.000 EUR, zur Sicherung dieser Forderung lastet am Grundstück der Insolvenzmasse eine Grundschuld in gleicher Höhe. Bei der Versteigerung des Grundstückes erhält der Gläubiger Zuteilung aus dem Versteigerungserlös in Höhe von 70.000 EUR. Sein Ausfall bei abgesonderter Befriedigung beträgt damit 20.000 EUR; mit diesem Betrag ist er Insolvenzgläubiger. Beträgt die Quote bei der Verteilung aus der Insolvenzmasse zehn Prozent, erhält er weitere 2.000 EUR. Die gesamte Befriedigung des Gläubigers beträgt damit 72.000 EUR.
- 388 Haftet der Schuldner** dagegen **nur dinglich** mit dem verhafteten Gegenstand für eine fremde Forderung, kann der absonderungsberechtigte Gläubiger wegen der Forde-

419 HK-InsO/Keller § 42 Rn. 7.

420 BGH NZI 2018, 886 = ZIP 2018, 2174 (Anspruch auf Abschluss eines Vertrages).

421 Allgemein zur Fremdwährungsschuld in der Insolvenz BGHZ 108, 123; *Fülbier*, NJW 1990, 2797; *K. Schmidt* FS Merz, 1992, 533.

422 HK-InsO/Keller § 46 Rn. 6 ff.

rung abgesonderte Befriedigung soweit verlangen, als das Rechtsverhältnis zum persönlichen Schuldner dies rechtfertigt; der Gläubiger ist nicht Insolvenzgläubiger im Sinne des § 38 InsO, der Schuldner ist nur zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verpflichtet.

cc) Gesamtschuldnerische Haftung des Schuldners

Forderungen, für die der Schuldner neben anderen Schuldnern als Gesamtschuldner haftet, werden nach § 43 InsO behandelt.⁴²³ **Der Gläubiger kann gegen jeden der gesamtschuldnerisch Haftenden den vollen Betrag seiner Forderung geltend machen, den er zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung geltend machen konnte.** Wurde gegen mehrere oder alle Schuldner das Insolvenzverfahren eröffnet, kann er in jedem Verfahren seine volle Forderung anmelden. Seine Quote erhält der Gläubiger aus dem vollen Betrag seiner Forderung berechnet, solange er insgesamt nicht voll befriedigt ist. § 43 InsO beinhaltet damit eine kompromisslose Durchführung des Prinzips der gesamtschuldnerischen Haftung aus § 421 BGB. 389

Beispiel 18: Die Freunde A, B und C schulden gesamtschuldnerisch dem Gläubiger 1.200 EUR. Vor Insolvenzeröffnung zahlt A dem Gläubiger 300 EUR. Über das Vermögen der drei Freunde wird gleichzeitig jeweils das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Gläubiger kann in jedem Insolvenzverfahren den vollen Betrag seiner Forderung von noch 900 EUR geltend machen. Seine Insolvenzquote erhält er in jedem Verfahren auf diesen Betrag, solange er insgesamt nicht vollständig befriedigt ist. Hinsichtlich der Ausgleichsforderung von zusammen 200 EUR nach § 426 Abs. 1 BGB haften B und C dem A gegenüber nicht gesamtschuldnerisch, sondern zu gleichen Teilen, er kann als Insolvenzgläubiger in den Insolvenzverfahren bei B und C je 100 EUR geltend machen. 390

Besondere Bedeutung erfährt die Regelung des § 43 InsO im Rahmen der **Haftung eines Bürgen nach §§ 765 ff. BGB.** Spätestens mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners entfällt für den Bürgen die Einrede der Vorausklage nach § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB, Schuldner und Bürge haften dem Gläubiger gegenüber faktisch gesamtschuldnerisch, wenngleich nicht aus demselben Rechtsgrund. Für die Haftung des Bürgen und die Geltendmachung der Forderung im Insolvenzverfahren ergeben sich folgende Fallkonstellationen:⁴²⁴ 391

– **Befriedigt der Bürge die Forderung vor Insolvenzeröffnung** ganz oder teilweise, geht sie insoweit auf ihn über (§ 774 Abs. 1 S. 1 BGB); der Gläubiger kann und braucht sie nicht mehr zur Insolvenztabelle anmelden. Stattdessen kann der Bürge die übergegangene Forderung im Insolvenzverfahren geltend machen. Befriedigt der Bürge den Gläubiger nur teilweise, könnte durch seine Teilnahme am Insolvenzverfahren die Befriedigung des Gläubigers hinsichtlich seiner restlichen Forderung negativ beeinträchtigt sein, weil die Insolvenzquote gemindert wird. § 774 Abs. 1 S. 2 BGB verbietet aber dem Bürgen, die auf ihn übergegangene Forderung zum Nachteil des Gläubigers geltend zu machen. Dieser durch die Teilnahme des Bürgen am Insolvenzverfahren entstehende Quotennachteil ist nach allgemeiner Ansicht jedoch erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens – erst dann steht er letztlich fest – vom Gläubiger gegenüber dem Bürgen geltend zu machen, im Insolvenzverfahren ist er nicht zu berücksichtigen.⁴²⁵ 392

423 Eingehend zum Anwendungsbereich der Norm HK-InsO/Keller § 43 Rn. ff.

424 HK-InsO/Keller § 44 Rn. 5 ff.

425 HK-InsO/Keller § 44 Rn. 10, 11.

- 393 – **Befriedigt der Bürge den Gläubiger nach Insolvenzeröffnung**, tritt zwar auch der Forderungsübergang nach § 774 Abs. 1 S. 1 BGB ein, der Gläubiger kann aber mit seinem vollen Betrag noch am Verfahren teilnehmen und quotale Befriedigung aus der Gesamtforderung verlangen. Der Bürge kann mit der auf ihn übergegangenen Forderung nicht am Insolvenzverfahren teilnehmen, er ist insoweit nicht Insolvenzgläubiger im Sinne des § 38 InsO.⁴²⁶ Erst wenn die Zahlungen durch den Bürgen an den Gläubiger sowie die Zuteilungen aus der Masse seine Gesamtforderung übersteigen, erfolgt eine Kürzung der Zuteilung.
- 394 **Beispiel 19:** In der Insolvenz des Schuldners zahlt der Bürge auf die Hauptforderung des Gläubigers von 100.000 EUR einen Teilbetrag von 60.000 EUR; die Insolvenzquote beträgt zehn Prozent. Der Bürge kann mit seinem übergegangenen Anspruch nun nicht am Verfahren teilnehmen, der Gläubiger erhält Zuteilung aus 100.000 EUR (§ 43 InsO). Erst wenn Zuteilung und Zahlungen des Bürgen diese Gesamtforderung übersteigen, wird die Quote für den Gläubiger gekürzt.
- 395 **Mit dem nach Insolvenzeröffnung auf den zahlenden Gesamtschuldner (Bürgen) übergegangenen Anspruch** kann dieser nur unter der Voraussetzung des § 44 InsO am Insolvenzverfahren teilnehmen. Voraussetzung ist, dass der Gläubiger seine Forderung in Höhe des vom Gesamtschuldner (Bürgen) gezahlten Betrages nicht mehr geltend macht. Der Gläubiger wird dies regelmäßig nicht tun, da er damit seine eigene Quote schmälert. Befriedigt der Gesamtschuldner (Bürgen) den Gläubiger vollständig, kann er ohne die Beschränkung des § 44 InsO am Insolvenzverfahren teilnehmen, da der Gläubiger als solcher vollständig weggefallen ist.

b) Die nachrangigen Insolvenzforderungen nach § 39 InsO

- 396 Im Range nach den Insolvenzforderungen des § 38 InsO sind die so genannten nachrangigen Insolvenzforderungen des § 39 Abs. 1 InsO zu befriedigen. Es handelt sich hierbei um Forderungen, die früher von der Teilnahme am Konkursverfahren ausgeschlossen waren (§ 63 KO).⁴²⁷ Aussicht auf Befriedigung haben die nachrangigen Insolvenzforderungen in der Praxis nur selten, da in den wenigsten Fällen alle gewöhnlichen Insolvenzforderungen vollständig befriedigt werden können. Die **Beteiligungsmöglichkeiten der nachrangigen Insolvenzgläubiger** im Insolvenzverfahren sind deshalb auch **sehr eingeschränkt**: Sie dürfen ihre Forderung nur nach besonderer Aufforderung des Gerichts zur Tabelle anmelden (§ 174 Abs. 3 InsO) und sind in der Gläubigerversammlung nicht stimmberechtigt (§ 77 Abs. 1 S. 2 InsO). In einem Insolvenzplan gelten die nachrangigen Insolvenzforderungen im Zweifel als erlassen (§ 225 InsO).
- 397 Nachrangige Insolvenzgläubiger nach § 39 Abs. 1 InsO sind:
- 398 – **Nr. 1:** Die **seit Insolvenzeröffnung laufenden Zinsen** oder Säumniszuschläge⁴²⁸ der Insolvenzforderungen; unter Berücksichtigung des § 41 Abs. 1 InsO sind die

426 BGHZ 27, 51; HK-InsO/Keller § 44 Rn. 6.

427 Begründung des RegE BT-Drs. 12/2443, 123.

428 Die Geltung des § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO für Säumniszuschläge auf Steuern und Abgaben war streitig; die Norm wurde durch Gesetz vom 13. 4. 2007 (BGBl. I 509) klarstellend geändert; zum früheren Streitstand BFH WM 1983, 1218; BSG ZIP 1983, 965; BSG ZIP 1999, 887; BFH ZIP 2005, 1035; MüKoInsO/Ehrliche/Behme § 39 Rn. 19.