# Gewerbeordnung: GewO

Kommentar

Bearbeitet von
Prof. Dr. Johann-Christian Pielow, Prof. Dr. Christoph Brüning, Dr. Claudia Deutschland, Prof. Dr. Jörg Ennuschat, Dr. Uwe Hoffmann, PD Dr. Thomas Holzner, Dr. Fabian Jungk, Michael Karschau, Dr. Ralf Kirchesch, Dr. Hans-Martin Koopmann, PD Dr. Walter Georg Leisner, Prof. Dr. Mario Martini, Dr. Frank Merkle, Prof. Dr. Klaus Meßerschmidt, Martin Reeckmann, Axel Rickert, Konrad Roedenbeck, Prof. Dr. Matthias Rossi, Dr. Alexander Schulte, Prof. Dr. Stefan Storr, Prof. Dr. Dr. Martin Will, Maximilian Wormit

2. Auflage 2016. Buch. XXVI, 1155 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 66727 5
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 1554 g

Recht > Öffentliches Recht > Lebensmittelrecht, Agrarrecht > Europäisches Agrarrecht, Fischereirecht

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG



verfolgt, ein Verfahren zur Prüfung der Eröffnungsvoraussetzungen und zur anschließenden gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger auszulösen. Ein Gläubiger, der nach einer Teilzahlung des Schuldners den Eröffnungsantrag aufrechterhält, um auf den Schuldner bis zur vollständigen Erfüllung der Forderung **Druck** auszuüben, handelt **missbräuchlich** (AG Duisburg NZI 2002, 211). Auch ein bereits zweifelsfrei **vollständig dinglich gesicherter** Gläubiger besitzt kein rechtlich schützenswertes Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so dass sein Antrag **unzulässig** ist (BGH NZI 2008, 182 (183)). Gleiches gilt, wenn der Antrag ausschließlich den Zweck verfolgt, **Konkurrenten** aus dem Wettbewerb zu entfernen (BAG DB 2011, 1328). Der Antrag auf Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens ist jedoch nicht deshalb missbräuchlich und damit unzulässig, weil die vom Schuldner angegebenen Forderungen nur geringfügig sind (im konkreten Fall ca 1.500 Euro, LG Göttingen NZI 2006, 603) oder ein nachrangiger Gläubiger, der Insolvenzantrag stellt, im eröffneten Verfahren keine Befriedigung erwarten kann (BGH DB 2010, 2439). Eine Drohung mit einem Insolvenzantrag kann iÜ auch die Inkongruenz einer späteren Deckung nach § 131 InsO (dazu Rn 37.4) begründen (BGH NZI 2013, 492).

**Gläubiger** sind **nicht** solche Personen, die ausschließlich eine dingliche Berechtigung wie zB einen Herausgabeanspruch als Eigentümer einer Sache nach § 985 BGB geltend machen. Dieser Personenkreis kann auf Herausgabe gegen den Schuldner klagen oder – nach Insolvenzeröffnung – **Aussonderung** des Gegenstandes aus der Masse nach § 47 InsO vom Insolvenzverwalter verlangen (dazu Rn 31). Vielmehr muss es sich um **persönliche Gläubiger** des Schuldners handeln. **14**

**b) Insolvenzfähigkeit.** Gem § 11 InsO sind **insolvenzfähig** alle natürlichen Personen, juristische Personen, Personengesellschaften (ua OHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft, Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts), der nicht rechtsfähige Verein, ferner Nachlass und Gesamtgut bei Gütergemeinschaft. Auch die **Vor-GmbH** ist insolvenzfähig (BGH NZI 2004, 28; MünchKommInsO/Ott/Vuia InsO § 11 Rn 23 f; Uhlenbruck/Hirte InsO § 11 Rn 37; Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 11 Rn 66 und Rn 81). Eine **BGB-Innengesellschaft** ist hingegen nicht insolvenzfähig, weil es bei ihr an gesamthänderisch gebundenem Vermögen mangelt, das wiederum Gegenstand eines Insolvenzverfahrens sein könnte (Prütting ZIP 1997, 1725 (1731); Uhlenbruck/Hirte InsO § 11 Rn 374; AG Köln NZI 2003, 614; ebenso auch generell zu Innengesellschaften die Begründung zu § 11 InsO RegE, BR-Drs 1/92). **15**

Bei der Insolvenz einer Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts kann der Insolvenzverwalter auch Forderungen als gesetzlicher Prozessstandschafter nach § 93 InsO gegenüber neu eingetretenen Gesellschaftern im Hinblick auf Altverbindlichkeiten gelten machen, sofern er diese nach Entstehungszeitpunkt und Schuldgrund darlegen kann, weil für Altverbindlichkeiten nur bei Kenntnis oder zumindest Erkennbarkeit gehaftet wird (BGH DB 2007, 51). **15.1**

Zum notwendig in Deutschland und nicht in England durchzuführenden Insolvenzverfahren einer von einem deutschen Unternehmen betriebenen **private Limited** vgl Ballmann BB 2007, 1121. Dazu, dass einer aufgelösten britischen private Limited die Insolvenzfähigkeit fehlt, vgl LG Duisburg NZI 2007, 475. **15.2**

**Keine Insolvenzfähigkeit** besitzen nach § 12 Abs 1 InsO vor allem der **Bund** oder die **Länder** sowie regelmäßig ihre **juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Öffentlich-rechtliche Sendeanstalten** sind aufgrund von Art 5 Abs 1 S 2 GG nicht insolvenzfähig (BVerfGE 89, 144 (151); MünchKommInsO/Ott/Vuia InsO § 12 Rn 4, 11). Die Insolvenzfähigkeit von **Kirchen** und ihren öffentlich rechtlichen Körperschaften scheitert an Art 4 Abs 2 GG, Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 S 1 WRV (BVerfGE 66, 1; str, abw etwa Uhlenbruck/Uhlenbruck InsO § 12 Rn 14–15). Insolvenzunfähig sind weiterhin **stille Gesellschaften** iSv §§ 230 ff HGB als solche mangels gemeinschaftlichen Vermögens. Nach § 136 InsO kann der Stille im Insolvenzverfahren des Geschäftsinhabers Insolvenzgläubiger sein. Insolvenzfähig ist schließlich nach §§ 315 ff InsO der **Nachlass** als Sondervermögen, dagegen **nicht** eine **Erbengemeinschaft** (AG Duisburg NZI 2004, 97. Zu Erben- und Nachlassinsolvenz vgl Vallender NZI 2005, 318). **16**

**c) Insolvenzgrund. Allgemeiner Eröffnungsgrund** (§ 16 InsO) ist die **Zahlungsunfähigkeit,** § 17 Abs 1 InsO. Bei Eröffnungsantrag durch den Schuldner genügt nach § 18 InsO **drohende** Zahlungsunfähigkeit. Sie liegt vor, wenn der Eintritt der Zahlungs- **17**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG



unfähigkeit wahrscheinlicher als ihr Ausbleiben ist (zum Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit vgl Uhlenbruck/Uhlenbruck InsO § 18 Rn 3–10; BGH DB 2014, 172 (173). Zu Problemen bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit und des IDW Prüfungsstandards 800 Frystatzki NZI 2010, 389. Zu den Insolvenzgründen generell vgl Harz/Bornmann/Conrad/Ecker NZI 2015, 737). Auch für das **Nachlassinsolvenzverfahren** genügt gem § 320 S 2 InsO eine drohende Zahlungsunfähigkeit, wenn der Erbe, der Nachlassverwalter oder ein anderer Nachlasspfleger oder ein Testamentsvollstrecker die Verfahrenseröffnung beantragt.

**18** Der Schuldner ist gem § 17 Abs 2 S 1 InsO **zahlungsunfähig,** wenn er nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Eine Forderung ist in der Regel dann iSv § 17 Abs 2 InsO **fällig,** wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt. Das ist zB grds schon bei Übersendung einer Rechnung der Fall (BGH NZI 2007, 579 (580). Zum Begriff der fälligen Zahlungspflichten vgl auch Erdmann NZI 2007, 695). Zahlungsunfähigkeit ist idR anzunehmen bei **Zahlungseinstellung** durch den Schuldner, § 17 Abs 2 S 2 InsO. Dies ist regelmäßig in der ausdrücklich erklärten oder anderweitig äußerlich erkennbar gewordenen Nichterfüllbarkeit der fälligen Geldschulden wegen eines nicht nur vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln zu sehen (BGH NJW 1998, 607; NJW-RR 1999, 272 (273); NZI 2007, 579 (580); DB 2011, 1688). Dieses **Indiz** (BGH DB 2011, 1688; NZI 2012, 663; 2013, 932) ist **widerlegbar** (Andres/Leithaus InsO § 17 Rn 3; BGH DB 2012, 915). Auch sog **wirtschaftskriminalistische Warnzeichen** können die Zahlungsunfähigkeit belegen. Als solche kommen unter anderem die ausdrückliche Erklärung, nicht zahlen zu können, das Ignorieren von Rechnungen und Mahnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche, Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern, der Sozialversicherungsabgaben oder der sonstigen Betriebskosten, Scheck- und Wechselproteste oder Insolvenzanträge von Gläubigern in Betracht (BGH NZI 2013, 970, **wirtschaftskriminalistische Methode** im Unterschied zur sonst üblichen **betriebswirtschaftlichen Methode**).

**18.1** Befindet sich zB der Schuldner mit fälligen Gesamtsozialversicherungsbeiträgen von mehr als sechs Monaten im Rückstand, hat der Gläubiger den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit in der Regel glaubhaft gemacht (BGH NZI 2006, 591).

**18.2** Ist im Zahlungsverhalten des Schuldners eine Strategie zu erkennen, wonach er regelmäßig erst nach ein- oder mehrmaliger Aufforderung leistet oder grundsätzlich die Rechtmäßigkeit von Forderungen der Gläubiger in Zweifel zieht und sich auf diese Weise selbst laufend Zahlungsaufschübe zubilligt, lässt ein derartiges Verhalten ohne Zweifel auf einen Mangel an Zahlungsmitteln schließen, der den Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit erfüllen kann, nicht nur der Zahlungsunwilligkeit (LG Düsseldorf NZI 2010, 989).

**18.3** Auch eine sog **harte Patronatserklärung** einer Muttergesellschaft ist nicht geeignet, die Zahlungsunfähigkeit eines Tochterunternehmens zu beseitigen (BAG DB 2011, 1326).

**18.4** Über die Grundsätze der **Beweisvereitelung** kann die Zahlungseinstellung als bewiesen gelten, wenn der Geschäftsführer einer GmbH, der von einem Gesellschaftsgläubiger wegen Insolvenzverschleppung in Anspruch genommen wird, seine Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Büchern und Belegen verletzt hat und dem Gläubiger deshalb die Darlegung näherer Einzelheiten nicht möglich ist (BGH NZI 2012, 413 = DB 2012, 794).

**19** Von der Zahlungsunfähigkeit zu unterscheiden ist die bloße **Zahlungsstockung,** die nur auf einem **vorübergehenden Mangel** an Geldmitteln beruht und die der Schuldner zB durch anderweitige Mittelaufnahme beheben kann. Eine bloße Zahlungsstockung ist nach dem BGH (BGH NZI 2005, 547) anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die erforderlichen Mittel zu leihen. Dafür sollen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend sein. Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende **Liquiditätslücke** des Schuldners **weniger als 10 Prozent** seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst **mehr als 10 Prozent** erreichen wird. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners **10 Prozent oder mehr,** ist nach dem BGH regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditäts-

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG



lücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist (weitere Einzelheiten bei Baumert NZI 2013, 919).

Bei **juristischen Personen** ist zudem ihre **Überschuldung** nach § 19 InsO Eröffnungsgrund, ebenso für den Nachlass gem § 320 S 1 InsO. Anders als natürliche Personen und Personengesellschaften besitzen jene **keinen persönlichen Kredit,** welcher die Insolvenz abzuwenden geeignet wäre. Auch bei **Personengesellschaften ohne** eine **natürliche Person** als persönlich haftendem Gesellschafter (zB GmbH & Co KG oder GmbHG & Co KGaA) genügt gem § 19 Abs 3 InsO grds die Überschuldung. **20**

**Überschuldung** liegt nach dem durch das **Finanzmarktstabilisierungsgesetz** (FMStG) v 17.10.2008 (BGBl I S 1982) vorübergehend neu gefassten § 19 Abs 2 S 1 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt – also die Passiva die Aktiva übersteigen – **es sei denn,** die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich (sog **modifizierter zweistufiger Überschuldungsbegriff.** Hierzu, insbes zur **Fortführungsprognose** vgl Hecker/Glozbach BB 2009, 1544; Ehlers NZI 2011, 161; Aleth/Harlfinger NZI 2011, 166; Pott NZI 2012, 4; BGH NZI 2014, 259). Die Neuregelung war zum 31.12.2010 **befristet,** ist jedoch **verlängert** worden. Zu den damit verbundenen Problemen im Hinblick auf denkbare Insolvenzverschleppungen in Altfällen vgl Fromm/Gierthmühlen NZI 2009, 665. Die Bewertung erfolgt aufgrund einer eigens zu erstellenden **Bilanz,** in der als **Aktiva** die tatsächlichen Werte von Vermögensgegenständen anzusetzen sind und zB nicht Buchwerte und Abschreibungen übernommen werden. Bei dem Ansatz der **Passiva** sind alle Schulden zu berücksichtigen, also auch solche, welche ggf in einem Insolvenzverfahren allenfalls nachrangig wären. Im Hinblick auf die Bewertung geht § 19 Abs 2 InsO grds vom **Liquidationswert** aus. Nur dann, wenn die Fortführung des Betriebs überwiegend wahrscheinlich ist, war gem § 19 Abs 2 S 2 InsO der bisherigen Fassung der regelmäßig höhere **Betriebsfortführungswert** maßgeblich (zur bisherigen sog **zweistufigen Methode** nach § 19 Abs 2 InsO vgl MünchKommInsO/Drukarczyk InsO § 19 Rn 52 ff. Zum vorübergehend geltenden modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff vgl Thonfeld NZI 2009, 15; Möhlmann-Mahlau/Schmitt NZI 2009, 19; Wackerbarth NZI 2009, 145. Zur **Insolvenzeröffnungsbilanz** vgl Schmitt/Möhlmann-Mahlau NZI 2007, 703). **21**

Der Insolvenzverwalter genügt seiner **Darlegungslast** bzgl einer Überschuldung, wenn er eine Handelsbilanz mit dem Ausweis eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags vorlegt und erläutert, ob und ggf welche Abweichungen nach Insolvenzrecht bestehen und dass danach eine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinn gegeben ist. Dabei hat er auf den Gegenvortrag des beklagten Geschäftsführers einzugehen (BGH ZIP 2008, 72). Die Handelsbilanz indiziert damit eine insolvenzrechtliche Überschuldung (OLG Celle DB 2008, 2353). **21.1**

**Ziel** der Änderung des Überschuldungsbegriffs soll es sein zu verhindern, dass Unternehmen, die durch die gegenwärtige Finanzkrise erhebliche Wertverluste etwa bei Wertpapieren und Immobilien erlitten haben, einen Insolvenzantrag stellen müssten, obwohl für sie eine **positive Fortführungsprognose** gestellt werden kann (Möhlmann-Mahlau/Schmitt NZI 2009, 19 (20) mwN). Zur Überschuldung und Insolvenzantragspflicht nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz vgl auch K. Schmidt DB 2008, 2467 ff sowie Dahl NZI 2008, 719. **21.2**

**d) Masse.** Ist keine die **Kosten** des Verfahrens deckende **Masse** vorhanden, wird gem § 26 Abs 1 InsO die Eröffnung „mangels Masse" abgelehnt. Anschließend erfolgt ein Eintrag im **Schuldnerverzeichnis** nach § 26 Abs 2 InsO iVm §§ 882b ff ZPO. Eine Einstellung mangels Masse kann auch im weiteren Verlauf des Verfahrens erfolgen (vgl §§ 207 ff InsO). Die **Verfahrenskosten** bestehen gem **§ 54 InsO** aus den Gerichtskosten sowie den Vergütungen und Auslagen des (auch vorläufigen) Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses. **22**

Die **Ermittlungen** bezüglich der Masse führt das Insolvenzgericht **von Amts wegen** aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen und Auskünfte des Schuldners (§ 20 InsO) durch. Hierbei kann es sich durch Sachverständige unterstützen lassen bzw Zeugen vernehmen, § 5 Abs 1 InsO. Auch ein vorläufiger Insolvenzverwalter kann mit den Ermittlungen betraut werden, § 22 Abs 1 S 2 Nr 3 InsO. Die **Abweisung** mangels Masse **unterbleibt** gem § 26 Abs 1 S 2 InsO, wenn ein ausreichender Geldbetrag zur Deckung der **23**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG



Kosten vorgeschossen wird oder die Kosten nach § 4a InsO gestundet werden. Letzteres ist nur bei natürlichen Personen und einem Antrag auf Restschuldbefreiung möglich.

### 2. Beginn des Insolvenzverfahrens

24 Das Insolvenzverfahren wird durch den **Eröffnungsbeschluss** des zuständigen Amtsgerichts (**Insolvenzgericht,** § 2 InsO; zur örtlichen Zuständigkeit vgl § 3 Abs 1 S 2 InsO) eröffnet, § 27 Abs 1 InsO. Er enthält nach § 27 Abs 2 InsO (zu den Elementen des Eröffnungsbeschlusses im Einzelnen vgl Smid/Frenzel DZWir 1998, 442):

- Firma oder Namen und Vornamen, Geschäftszweig oder Beschäftigung, gewerbliche Niederlassung oder Wohnung des Schuldners (§ 27 Abs 2 Nr 1 InsO);
- Namen und Anschrift des (vorläufigen) Insolvenzverwalters (§ 27 Abs 2 Nr 2 InsO);
- die Stunde der Eröffnung; nach Abs 3 gilt bei Fehlen dieser Angabe die Mittagsstunde des Tages, an dem der Beschluss erlassen worden ist (§ 27 Abs 2 Nr 3 InsO).

25 Sind die Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Rahmen einer **Beschwerde** gegen die Abweisung mangels Masse erst im Beschwerdeverfahren erfüllt (so zB durch Leistung eines Kostenvorschusses), kann die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das Beschwerdegericht selbst erfolgen. Die weiteren Anordnungen gem §§ 27 ff InsO können dabei dem Insolvenzgericht übertragen werden (LG Potsdam NZI 2002, 554).

26 Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird sofort **öffentlich bekannt gemacht,** § 30 Abs 1 InsO. Der Beschluss wird zudem den Gläubigern sowie dem Schuldner und seinen Schuldnern besonders **zugestellt** (§ 30 Abs 2 ZPO).

27 Mit der **Eröffnung** geht die **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** hinsichtlich der Insolvenzmasse iSv § 80 Abs 1 InsO auf den **Insolvenzverwalter** über. Sie bestimmt sich nach § 35 InsO, § 36 InsO und umfasst das gesamte Vermögen des Schuldners zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens und dasjenige, was er während des Verfahrens erlangt (§ 35 Abs 1 InsO) unter Ausschluss der in § 36 InsO genannten unpfändbaren Gegenstände. Die **Insolvenzgläubiger** sind nach § 87 InsO grds auf die Teilnahme am Insolvenzverfahren beschränkt, eine Einzelzwangsvollstreckung findet nach § 89 InsO nicht statt. Die Vorschriften stehen allerdings der Befriedigung einzelner Insolvenzgläubiger aus dem **insolvenzfreien** Vermögen des Schuldners während des Insolvenzverfahrens grds nicht entgegen (BGH NZI 2010, 223).

27.1 Durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens ist zum 1.7.2007 im Hinblick auf **selbständig tätige** Schuldner bzw solche, welche eine selbständige Tätigkeit aufzunehmen beabsichtigen, in § 35 Abs 2 InsO geregelt, dass der Insolvenzverwalter ihnen gegenüber erklären muss, ob Vermögen aus der selbständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und ob Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Die Erklärung des Insolvenzverwalters ist nach § 35 Abs 3 InsO dem Insolvenzgericht **anzuzeigen.**

27.2 Zur Bestellung eines **Sonderinsolvenzverwalters** nur bei Amtsverhinderung des Verwalters vgl BGH NZI 2009, 517.

### 3. Ablauf des (Regel-) Insolvenzverfahrens

28 **a) Übernahme der Insolvenzmasse, §§ 148 ff InsO.** Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat der **Verwalter** das gesamte zur Masse gehörende Vermögen des Schuldners in Besitz zu nehmen und zu verwalten, § 148 Abs 1 InsO. Die **Herausgabe** von Gegenständen durch den **Schuldner** kann er dabei auf der Basis einer vollstreckbaren Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses als **Titel** im Wege der Zwangsvollstreckung, also durch einen Gerichtsvollzieher durchsetzen, § 148 Abs 2 InsO.

29 **Forderungen gegen Dritte** müssen ggf diesen gegenüber eingeklagt werden, da der Eröffnungsbeschluss insoweit **keinen Titel** darstellt (vgl BGHZ 112, 95 (98); 106, 169 (176)). In dieser Eigenschaft wird der Insolvenzverwalter als **Partei kraft Amtes** tätig.

30 **b) Aussonderung und Absonderung.** Zur Masse gehört das gesamte Vermögen des Schuldners zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens sowie dasjenige, was er während des Verfahrens erlangt, § 35 Abs 1 InsO (zum Umfang vgl Braun/Bäuerle InsO § 35 Rn 1–11). **Unpfändbare Gegenstände** sind gem § 36 InsO nicht Teil der Masse. IÜ hat der Insolvenzverwalter die Masse durch Absonderung und Aussonderung zu bereinigen. **Aussonde-**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG



**rung** bedeutet die haftungsrechtliche Trennung von der Insolvenzmasse (vgl zum Begriff Uhlenbruck/Uhlenbruck InsO § 18 Rn 2; Braun/Bäuerle InsO vor §§ 49–52 Rn 3; Einzelfälle bei Andres/Leithaus InsO § 47 Rn 4–13), **Absonderung** die Zuerkennung eines Vorzugsrechts trotz haftungsrechtlicher Zuordnung zur Masse (MünchKommInsO/Ganter InsO § 47 Rn 12). Das Aussonderungsrechts kann Gegenstand einer negativen Feststellungsklage sein (BAG NZI 2011, 155; zur Mitwirkungspflicht des absonderungsberechtigten Gläubigers BGH NZI 2012, 845).

Nicht zur Masse gehörende Gegenstände sind gem § 47 InsO und § 48 InsO **aus- 31**
**zusondern.** Wer danach ein dingliches oder persönliches Recht an dem Gegenstand besitzt, ist nicht Insolvenzgläubiger. Sein **Anspruch auf Aussonderung** richtet sich gem § 47 S 2 InsO nach den allgemeinen Gesetzen, also etwa nach dem Herausgabeanspruch des Eigentümers gem § 985 BGB. Aussonderungsrechte stellen beispielsweise **Eigentum, einfacher Eigentumsvorbehalt** iSv § 449 BGB sowie **Herausgabeansprüche** (vgl BGH NJW 2001, 2966; DB 2014, 1548) dar. Zu beachten ist, dass uU der Erwerb des Rechtes nach §§ 129 ff InsO vom Insolvenzverwalter **angefochten** werden kann (vgl Rn 36). Überträgt ein Vorbehaltsverkäufer das Eigentum an der Kaufsache auf eine Bank, die für den Käufer den Erwerb finanziert, kann die Bank das vorbehaltene Eigentum in der Insolvenz des Käufers nicht aussondern, sondern ist lediglich wie ein Sicherungseigentümer zur abgesonderten Befriedigung berechtigt (BGH NZI 2008, 357). Der auf **Räumung** und **Herausgabe** zielende Anspruch auf Rückgabe der Mietsache nach § 546 Abs 1 BGB begründet nur insoweit ein Aussonderungsrecht, als er sich seinem Inhalt nach mit dem Herausgabeanspruch aus § 985 BGB deckt. Ein weitergehender mietvertraglicher Räumungsanspruch, welcher auch die Rückgabe im vertragsmäßig geschuldeten Zustand beinhaltet, ist lediglich eine **Insolvenzforderung.** Die Aussonderung beschränkt sich also ihrem Umfang nach stets auf die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes (BGH NZI 2001, 531; 2010, 901).

**Sicherungseigentum** begründet nur bei **Insolvenz des Gläubigers** als **Sicherungs- 32**
**nehmer** ein **Absonderungsrecht** zugunsten des Sicherungsgebers infolge des Wegfalls des Sicherungszwecks. Bei **Insolvenz des Schuldners** als **Sicherungsgeber** wird es hingegen gem § 51 Nr 1 InsO nur als **Absonderungsrecht** behandelt und damit einem Pfandrecht an einem Gegenstand der Insolvenzmasse gleichgestellt (vgl hierzu § 49 InsO, § 50 InsO). Der Gläubiger erwirbt also lediglich ein Recht auf **vorzugsweise Befriedigung** aus der Verwertung des Gegenstandes. Gleiches gilt für die **Sicherungszession** (Smid NZI 2009, 669; BGH NZI 2010, 339).

Dies unterscheidet sich von der **Einzelzwangsvollstreckung,** bei der ein Gläubiger als Sicherungseigentümer gem § 771 ZPO **Drittwiderspruchsklage** und nicht nur nach § 804 ZPO Klage auf vorzugsweise Befriedigung erheben kann. Der Grund ist, dass anders als bei der Einzelzwangsvollstreckung der insolvente Schuldner nicht mehr selbst den Gegenstand verwenden und damit weiter wirtschaften kann. Ein diesbezügliches schützenswertes Interesse des Gläubigers besteht nicht mehr. **32.1**

Im Gegensatz zur früheren Rechtslage fällt die **Verwertung** in die Zuständigkeit des **Insol- 32.2**
**venzverwalters,** § 166 Abs 1 InsO (hierzu und zu damit verbundenen Problemen etwa der automatischen Anordnung von Kostenbeiträgen für die Insolvenzmasse nach § 171 InsO in der Praxis vgl Andres/Leithaus InsO § 51 Rn 2). So ist nach Insolvenzeröffnung zur Einziehung und Verwertung von Forderungen, welche an den Schuldner **sicherungsabgetreten** worden sind, gem § 166 Abs 2 InsO allein der Insolvenzverwalter befugt (BGH DB 2009, 1699).

Übereignet der Schuldner Bestandteile seines Geschäftsbetriebs zur Sicherheit an einen Darle- **32.3**
hensgeber und veräußert er danach den gesamten Geschäftsbetrieb unter Eigentumsvorbehalt an einen Erwerber mit der Weisung, den Kaufpreis direkt an den Darlehensgeber zu zahlen, liegt eine **Gläubigerbenachteiligung** iSv § 129 InsO vor, wenn die Höhe der Zahlung den Wert des dem Darlehensgeber insolvenzfest übereigneten Sicherungsguts übersteigt (BGH NZI 2009, 379).

**Erweiterter** und **verlängerter Eigentumsvorbehalt** führen ebenfalls **nicht** zu Aus- **33**
sonderungs-, sondern nur zu Absonderungsrechten (Nerlich/Römermann/Andres InsO § 51 Rn 3), ebenso reine **Verschaffungsansprüche** auf Leistung von Gegenständen (zB § 433 Abs 1 S 1 BGB).

Die **Absonderung** wird gem §§ 165 ff InsO durch den Insolvenzverwalter durchgeführt, **34**
welcher idR selbst den Gegenstand **verwertet** und den **Erlös** nach § 170 InsO **verteilt.**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG



Soweit ein Gläubiger hierdurch nicht vollständig Befriedung erlangt, ist er nach § 52 InsO Insolvenzgläubiger. Das Absonderungsrecht kann auch Gegenstand einer negativen Feststellungsklage sein (BAG NZI 2011, 155).

35 **c) Freigabe.** Der Insolvenzverwalter kann bei **wertlosen Gegenständen** aufgrund von § 80 InsO deren Freigabe erklären, so dass sie nicht zur Masse gehören (sog **echte Freigabe).** Die Herausgabe an einen Aussonderungsberechtigten wird als **unechte Freigabe** bezeichnet. Ob der Gegenstand verwertbar und von seiner Verwertung ein Gewinn für die Masse zu erwarten ist, entscheidet der Insolvenzverwalter nach pflichtgemäßem **Ermessen** (BAG DB 2008, 1866 (1867)). Gibt ein Insolvenzverwalter oder Treuhänder einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand aus der Insolvenzmasse frei, unterliegt dieser als sonstiges Vermögen des Schuldners dem **Vollstreckungsverbot** des § 89 Abs 1 InsO (BGH NZI 2009, 382).

36 **d) Insolvenzanfechtung.** Mit der Insolvenzanfechtung sollen Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Insolvenzgläubiger benachteiligen, **rückgängig** gemacht werden können (vgl § 129 Abs 1 InsO). Das Anfechtungsrecht steht dem **Insolvenzverwalter** zu und begründet – anders als die Anfechtung nach Bürgerlichem Recht gem § 142 Abs 1 BGB – einen bloß **schuldrechtlich** wirkenden Anspruch gegen Dritte auf **Rückgewähr** zur Masse (§ 43 Abs 1 InsO). Für die **Ausübung** des Anfechtungsrechts genügt jede erkennbare, auch konkludente Willensäußerung, dass der Insolvenzverwalter eine Gläubigerbenachteiligung in der Insolvenz nicht hinnehme, sondern zur Masseanreicherung wenigstens wertmäßig auf Kosten des Anfechtungsgegners wieder auszugleichen suche (BGH NZI 2008, 372). Der aus Insolvenzanfechtung folgende Rückgewähranspruch kann abgetreten werden (BGH NZI 2011, 486)

37 Voraussetzung sind **Rechtshandlung** (zum Begriff vgl BGH NZI 2010, 414), **Gläubigerbenachteiligung** und das Vorliegen eines **Anfechtungsgrundes.** Rechtshandlung ist jedes von einem Willen getragene Handeln, das rechtliche Wirkungen auslöst und das Vermögen des Schuldners zum Nachteil der Insolvenzgläubiger verändern kann (BGH NZI 2010, 17; MünchKommInsO/Kirchof InsO § 129 Rn 7), nach § 129 Abs 2 InsO auch ein Unterlassen. Gläubiger sind benachteiligt, wenn ihre Befriedigung beeinträchtigt wird. § 136 InsO enthält schließlich die einzelnen **Anfechtungsgründe** wie **Vorsatzanfechtung** (§ 133 InsO), **Schenkungsanfechtung** (§ 134 InsO), Anfechtung einer **kongruenten Deckung** (§ 130), Anfechtung einer **inkongruenten Deckung** (§ 131 InsO), oder Anfechtung **unmittelbar nachteiliger Rechtshandlungen** (§ 132 InsO).

37.1 Voraussetzungen der **Vorsatzanfechtung** (§ 133 InsO; vgl BGH NZI 2008, 167; 2008, 180):

- Eine Rechtshandlung des Schuldners bis zehn Jahren vor Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag.
- Vorsatz bezüglich der Gläubigerbenachteiligung. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nach § 133 Abs 1 S 1 InsO setzt allerdings entgegen früherer Rechtsprechung kein unlauteres Zusammenwirken von Schuldner und Gläubiger voraus (BGH NZI 2003, 597).
- Kenntnis des anderen Teils vom Benachteiligungsvorsatz. Von einem Gläubiger, der Umstände kennt, die zwingend auf eine mindestens drohende Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, ist jedenfalls zu vermuten, dass er auch die drohende Zahlungsunfähigkeit selbst kennt (BGH NZI 2003, 597).
- Auch anfechtbar ist die unmittelbare Gläubigerbenachteiligung bis 2 Jahre vor Eröffnungsantrag zugunsten nahe stehender Personen iSv § 138 InsO.

37.2 Voraussetzungen der **Schenkungsanfechtung** (§ 134 InsO; vgl BGH NZI 2006, 583. Zur Schenkungsanfechtung bei Tilgung oder Besicherung fremder Schulden durch den Schuldner vgl Wilk NZI 2008, 407; BGH DB 2010, 217):

- Unentgeltliche Leistung des Schuldners.
- Bis vier Jahre vor Eröffnungsantrag.
- Schutz des Empfängers gem § 143 Abs 2 InsO: nur Bereicherungshaftung (vgl zur Beweislast insoweit OLG Rostock NZI 2008, 438).
- IÜ nicht bei gebräuchlichem Gelegenheitsgeschenk geringen Wertes, § 134 Abs 2 InsO

37.3 Anfechtung bei **kongruenter Deckung** (§ 130 InsO; vgl BGH NZI 2006, 581; 2008, 366. Beispiele bei Gottwald/Huber § 47 Rn 20–21; zur Globalzession als kongruenter Deckung vgl BGH NZI 2008, 89 mAnm Bruckhoff NZI 2008, 85 sowie Kammel/Staps NZI 2008, 143):

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG



- Leistung bzw Sicherung an sich zu beanspruchen von Empfänger (also: von einem Gläubiger).
- Bis drei Monate vor Eröffnungsantrag: wenn der Schuldner zahlungsunfähig war und der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit kannte;
- nach dem Eröffnungsantrag: wenn der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte (BGH NZI 2009, 644).
- Kenntnis von Umständen genügt, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen, § 130 Abs 2 InsO (vgl BGH DB 2009, 559 = NZA 2009, 847).
- Diesbezügliche Vermutung in § 130 Abs 3 InsO bei dem Schuldner nahe stehenden Personen iSv § 138 InsO.

**37.4** Anfechtung bei **inkongruente Deckung** (§ 131 InsO; Beispiele bei Gottwald/Huber § 47 Rn 34–51):

- Leistung bzw Sicherung vom Gläubiger nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen.
- 1 Monat vor dem Eröffnungsantrag oder nach dem Eröffnungsantrag (keine weiteren subjektiven Voraussetzungen) oder:
- 2 oder 3 Monate vor Eröffnungsantrag: wenn Schuldner bereits zahlungsunfähig war (keine weiteren subjektiven Voraussetzungen) oder:
- 2 oder 3 Monate vor Eröffnungsantrag: wenn dem Gläubiger bekannt war, dass die Handlung die Insolvenzgläubiger benachteiligt.

**37.5** Anfechtung **unmittelbar nachteiliger Rechtshandlungen** (§ 132 InsO; Beispiele bei Gottwald/Huber § 47 Rn 62–67):

- Rechtsgeschäfte des Schuldners in den letzten drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag oder:
- nach dem Eröffnungsantrag, wenn der Geschäftsgegner eine bereits vorliegende Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte.
- Dem entsprechend auch bestimmte anderweitige anfechtungsbedürftige Rechtshandlungen des Schuldners (§ 132 Abs 2 InsO).

**37.6** Strittig ist die Frage, welcher **Rechtsweg** bei Anfechtung im Zusammenhang mit **Arbeitsverhältnissen** gegeben ist. Der Anspruch des Insolvenzverwalters etwa auf Rückgewähr von Arbeitslohn nach §§ 130, 143 InsO folgt unmittelbar aus dem Gesetz, nicht aber aus dem Arbeitsverhältnis, so dass ein der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesener Rechtsstreit nach § 13 GVG naheliegt (OLG Rostock NZI 2009, 247; für Zuständigkeit der Zivilgerichte auch BGH NZI 2009, 313; aA BAG NZI 2008, 455 = BAG NZA 2008, 549; BAG NZI 2009, 695. Zum Streit vgl Kind GWR 2009, 55 sowie Hess NZI 2009, 705 mwN). Nach einem Beschluss des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes soll hingegen bei Klage des Insolvenzverwalters gegen einen Arbeitnehmer des Schuldners auf Rückgewähr vom Schuldner geleisteter Vergütung § 143 Abs 1 InsO der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet sein, da eine Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern nach § 2 Abs 1 Nr 3 ArbGG vorliege (Gms-OGB NZI 2011, 15 (16)).

**38** **e) Erfüllung schwebender Verträge.** Ist ein gegenseitiger Vertrag vom **Schuldner** bereits **vollständig erfüllt** worden, zieht der Insolvenzverwalter die Forderung gegen den anderen Vertragsteil ein. Hat umgekehrt der **Dritte** bereits an den Schuldner **geleistet,** ist er im Hinblick auf die Gegenforderung **Insolvenzgläubiger.** Bei von **keiner Seite** bislang **vollständig erfüllten** Verträgen steht dem Insolvenzverwalter gem § 103 InsO ein **Wahlrecht** zu. Wählt er nach § 103 Abs 1 InsO die **Erfüllung** des Vertrages, muss er an den Dritten die Leistung erbringen und kann im Gegenzug die Gegenleistung zur Masse einziehen. Der Anspruch des Dritten ist **vollständig** zu erfüllen, die Verbindlichkeit ist **Masseschuld** nach § 55 Abs 1 Nr 2 InsO. **Lehnt** er hingegen nach § 103 Abs 2 InsO die Erfüllung **ab,** kann der Dritte Ersatzforderungen wegen der Nichterfüllung nur als **Insolvenzgläubiger** geltend machen. Die Ausübung des Wahlrechts hängt von der **Werthaltigkeit** der Leistung des Dritten für die Masse ab (generell zu gegenseitigen Verträgen und Teilbarkeit von Leistungen in der Insolvenz Huber NZI 2002, 467). Hierbei ist der Insolvenzverwalter nur dem Interesse der Masse verpflichtet (Andres/Leithaus InsO § 103 Rn 20).

**39** **f) Verwertung der Masse und Verteilung.** Verwaltung und Verwertung nach §§ 148 ff InsO obliegen grds dem Insolvenzverwalter, § 159 InsO. Dies kann durch öffentliche Versteigerung oder auch freihändigen Verkauf geschehen. Besondere Verfahrensweisen können in einem **Insolvenzplan** geregelt werden. Im **Prüfungstermin** nach § 176 InsO werden sie nach Betrag und Rang geprüft und ggf gem § 178 InsO **festgestellt.** Bei der Verteilung sind die schriftlich **angemeldeten Forderungen** nach § 174 InsO zu berücksichtigen, die

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG



gem § 175 InsO in eine **Tabelle** eingetragen werden. Vor der Verteilung der Masse gem §§ 187 ff InsO sind zunächst die **Massegläubiger** einschließlich der **Massekosten (Verfahrenskosten)** nach § 53 InsO zu befriedigen.

**39.1** Gem § 61 S 1 InsO ist der Insolvenzverwalter uU einem Massegläubiger zum Schadensersatz verpflichtet, wenn eine Masseverbindlichkeit, die durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden ist, aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden kann, wobei der Verwalter nach § 61 S 2 InsO nur dann haftet, wenn er bei der Begründung der Verbindlichkeit erkennen konnte, dass die Masse voraussichtlich zur Erfüllung nicht ausreichen wird (BGH NZI 2007, 124; 2006, 719).

**39.2** Generell zur Haftung des Insolvenzverwalters für Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten gem § 60 InsO vgl BGH NZI 2007, 286; BAG NZI 2007, 535; Antoni NZI 2013, 236. Zur (verneinten) Staatshaftung für Fehler des Insolvenzverwalters vgl EGMR NJOZ 2013, 1355.

### 4. Ende des Insolvenzverfahrens

**40** Das Insolvenzverfahren wird durch **Beschluss** des Insolvenzgerichts nach der Schlussverteilung (vgl § 196 InsO) aufgehoben und damit beendet (§ 200 Abs 1 InsO). **Aufgehoben** wird das Verfahren auch nach § 258 Abs 1 durch einen Beschluss, welcher einen Insolvenzplan rechtskräftig bestätigt.

**41** **Eingestellt** und damit **vorzeitig beendet** wird das Verfahren, wenn **keine kostendeckende Masse** vorhanden ist (§ 207 InsO) oder eine sonstige **Masseunzulänglichkeit** nach § 208 InsO, § 211 InsO vorliegt. Auch die **Zustimmung aller Gläubiger** zum Einstellungsantrag des Schuldners nach § 213 InsO führt zur Einstellung, ebenso der **Wegfall des Eröffnungsgrundes,** sofern der Schuldner die Einstellung beantragt, § 212 InsO. Das Fehlen des Eröffnungsgrundes ist glaubhaft zu machen (BGH NZI 2011, 20).

**42** In der Folgezeit können Gläubiger nach § 201 Abs 1 InsO ihre restlichen Forderungen gegen den Schuldner **unbeschränkt** geltend machen, unabhängig davon, ob sie ihre Forderung zur Insolvenztabelle angemeldet haben oder nicht (Andres/Leithaus InsO § 201 Rn 2). Auch die Anwendung von Vorschriften über die **Gewerbeuntersagung** ist jetzt wieder möglich (VG Gießen ZIP 2013, 1293).

## II. Während angeordneter Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO

**43** Bis zur Entscheidung über die Eröffnung kann das Insolvenzgericht bereits **sichernde Maßnahmen** treffen, um eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten, § 21 Abs 1 InsO. Insbes kann nach § 21 Abs 2 Nr 1 InsO ein **vorläufiger Insolvenzverwalter** bestellt werden, dessen Rechtsstellung sich aus § 22 InsO ergibt. § 21 Abs 2 InsO enthält keine abschließende Regelung, wie aus dem Wort „insbesondere" folgt (BGH NZI 2009, 766 (767)). Eingriffe in Rechte unbeteiligter Dritter wie etwa die Durchsuchung von Räumlichkeiten sind hiervon allerdings im Hinblick auf das Grundrecht aus Art 13 Abs 1 GG nicht abgedeckt (BGH NZI 2009, 766 (767)).

**43.1** **Beispiele** für weitere Sicherungsmaßnahmen sind:

- Das Auferlegen eines allgemeinen **Verfügungsverbots** oder die Anordnung, dass Verfügungen des Schuldners nur mit **Zustimmung** des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 21 Abs 2 Nr 2 InsO):
- **Untersagung** von Maßnahmen der **Einzelzwangsvollstreckung** gegen den Schuldner oder **einstweilige Einstellung** mit Ausnahme unbeweglicher Gegenstände (§ 21 Abs 2 Nr 3 InsO).
- Anordnung einer **vorläufigen Postsperre** (§ 22 Abs 2 Nr 4 InsO). Dadurch wird zum Zwecke der Verhinderung von Rechtshandlungen des Schuldners, durch welche Gläubiger benachteiligt werden bestimmt, dass alle oder bestimmte Postsendungen für den Schuldner dem Insolvenzverwalter zugeleitet werden (vgl § 99 Abs 1 InsO). Die Anordnung einer Postsperre im Insolvenzverfahren setzt voraus, dass **konkrete Anhaltspunkte** für die **Gefährdung** der Masse vorgetragen werden. Der Beschluss des Insolvenzgerichts und des Beschwerdegerichts über die Anordnung einer Postsperre nach § 99 InsO muss eine **Abwägung** der Interessen des Schuldners und der Gläubiger enthalten (OLG Celle NZI 2000, 583).
- Neu eingefügt durch das **Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens** (Ges v 13.4.2007, BGBl v 17.4.2007, 509) wurde in § 21 Abs 1 Nr 5 InsO ab dem 1.7.2007 die