

Grundlagen des neuen Insolvenzrechts – Eröffnungsverfahren, Eröffnung und Beteiligung der Gläubiger

Von Prof. Dr. Christoph G. Paulus, Berlin*

Im Anschluss an zuvor bereits Dargestelltes (DStR 2002, 1865, 2003, 31 und 598) wird im nachfolgenden Beitrag die für die Weichenstellungen im eröffneten Verfahren nachhaltig bedeutende Eröffnungsphase bzw. deren wesentliche Eckpunkte dargestellt. Darüber hinaus werden die Aufgaben des Verwalters im eröffneten Verfahren aufgezeigt, soweit sie sich auf die Umwandlung der Ist- in die Sollmasse beziehen. Das betrifft insbesondere die Masseverringerung durch vornehmlich die gesicherten Gläubiger, aber auch die Massemehrung durch die insolvenzspezifische Behandlung beidseitig nicht vollständig erfüllter, gegenseitiger Verträge. Der Beitrag wird fortgesetzt.

3.8 Eröffnungsverfahren

Das Insolvenzverfahren wird auf die Stellung eines Antrags hin keineswegs automatisch eröffnet; das gab es zwar noch unter der Ägide der Konkursordnung im Falle einer Bankinsolvenz, doch ist nunmehr auch dieser Sonderfall mit Einführung der Insolvenzordnung den allgemeinen Regeln unterworfen¹. Vielmehr prüft das mit dem betreffenden Antrag befasste Insolvenzgericht in jedem Fall, ob die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens tatsächlich vorliegen. Bis darüber eine Entscheidung, der Eröffnungsbeschluss, ergangen ist, kann der Antrag nach § 13 Abs. 2 InsO wieder zurückgenommen werden.

Im Falle eines Gläubigerantrages prüft das Gericht zunächst einmal die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen² wie etwa Insolvenzfähigkeit und Zuständigkeit des Gerichts; außerdem geht es gemäß § 14 InsO insbesondere der Frage nach, ob der Gläubiger überhaupt ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Verfahrens hat, ob er also sein Ziel nicht etwa auf einfachere und schnellere Art erreichen kann. Mit dieser Prüfung soll eine zusätzliche Barriere gegen missbräuchliche Anträge³ aufgebaut werden: Natürlich hat möglicherweise bereits die Antragstellung, wenn sie denn bekannt wird, nachteilige Folgen; doch sind diese noch größer, wenn einmal ein Verfahren eröffnet worden ist. Ist der Gläubigerantrag nach dem Vorstehenden zulässig, muss der Gläubiger dem Gericht im Rahmen der Begründetheit noch glaubhaft machen, § 4 InsO, § 294 ZPO, dass zum einen ein Insolvenzeröffnungsgrund beim Schuldner vorhanden ist und zum anderen, dass er tatsächlich eine Forderung gegen den Schuldner hat.

Stellt dagegen der Schuldner einen Antrag, den sog. Eigenantrag, entfällt zwangsläufig die Nachweispflicht hinsichtlich einer Forderung⁴. Es muss aber ebenfalls geprüft werden, ob die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, ob insbesondere eine Antragsbefugnis nach § 15 InsO gegeben ist,

sowie ob ein Insolvenzeröffnungsgrund vorliegt. Um hierbei einem Eröffnungsautomatismus wie etwa dem des US-amerikanischen Chapter 11-Verfahrens⁵ entgegenzusteuern, sollten die Nachweisanforderungen in praxi in einem solchen Fall zumindest nicht deutlich niedriger als im Falle eines Fremdantrags sein – auch wenn die durchaus einleuchtende Vermutung weit verbreitet zu sein scheint, dass im Falle eines Eigenantrages die Wahrscheinlichkeit außerordentlich groß ist, dass der Schuldner tatsächlich „insolvenzreif“ ist.

3.8.1 Finanzierung, Schutz

Die Prüfung des Gerichtes kann sich ggf. über Monate hinziehen. Das geschieht nicht immer aus faktischer Notwendigkeit, etwa weil die Nachforschungen so sonderlich schwierig wären. Vielmehr steckt hinter der vielfach gerade und ausgerechnet drei-monatigen Eröffnungsphase strategisches Kalkül, das aus einem international derzeit ganz besonders heiß diskutierten Problem resultiert – nämlich wie man das allgemein propagierte Ziel der Unternehmensreorganisation erreichen kann, wo doch die zu Tage getretene Insolvenz gerade das Versiegen des Geldhahns indiziert. Um reorganisieren zu können, braucht man aber üblicherweise neues Geld. Also scheint es so, dass wenigstens hier die Quadratur des Kreises gelingen muss.

3.8.1.1 Insolvenzgeld

In Deutschland kommt man diesem Unterfangen recht nahe, und zwar mit Hilfe des Insolvenzgeldes, dessen Konformität mit dem europäischen Beihilferecht freilich einige Zeit nicht über jeden Zweifel erhaben war. Für die drei – unentlohnten – Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens des Arbeitgebers übernimmt die Bundesanstalt für Arbeit die Auszahlung des Nettolohnes nach näherer Maßgabe der §§ 183 ff. SGB III. Dieser Wechsel der Zahlungsstelle war ursprünglich ausschließlich als ein Schutzmechanismus der von jeder Insolvenzeröffnung besonders hart betroffenen Arbeitnehmer geplant. Er hatte sich aber bereits unter der Ägide der Konkursordnung zu einem Finanzierungsinstrument gemausert. Und das ist im Bereich der Insolvenzordnung gar noch verfeinert worden.

Auch wenn die Bundesanstalt das Geld erst nach Verfahrenseröffnung zur Verfügung stellt, so handelt es sich bei der auszubehaltenden Summe doch schon auch vorher um einen derart konkretisierten Vermögenswert, dass er mit Hilfe eines Kreditgebers in der Eröffnungsphase vorfinanziert werden kann. Findet sich ein solcher – er erhält als Gegenleistung die Forderungen der Arbeitnehmer auf Auszahlung abgetreten⁶ –, gelangt auf diese Weise besagtes, ganz allgemein so dringend benötigte neue Geld in das Vermögen des Schuldners, so dass sich hier Chancen eröffnen, die ohne den angetretenen Gang

* Prof. Dr. Christoph G. Paulus ist Inhaber des Lehrstuhls für bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Zivilprozessrecht und Römisches Recht an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.

1 Siehe bereits Paulus, DStR 2003, 600 (unter 3.6.1, letzter Absatz).

2 Dazu etwa Bok, Einführung in das Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2002, Rz. 82.

3 Sie lösen u. U. eine Haftung gemäß § 826 BGB aus.

4 Das ist rechtsvergleichend keineswegs so eindeutig, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag: In einigen Ländern (z. B. Österreich bis 1997, oder Serbien in dem derzeitigen Entwurf seines Konkursgesetzes) darf ein Verfahren nur dann eröffnet werden, wenn wenigstens zwei Gläubiger Forderungen gegen den Schuldner haben. Also setzt der Eigenantrag auch den Nachweis der Existenz dieser Forderungen voraus.

5 Siehe bereits Paulus, DStR 2003, 600 in Fn. 12.

AUFSATZ

durch das Insolvenzverfahren nicht bestünden. Schließlich wird entweder zuvor noch gebundenes, weil für die Gehaltszahlungen reserviertes Vermögen frei, oder aber es stimmen die Arbeitnehmer gar noch einem (partiellen oder vollständigen) Zahlungsaufschub zu, so dass dann noch mehr Geld verfügbar wird.

Die im Jahre 1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung hatte diese „Kreisquadratur“ beinahe verschüttet. Denn sie hatte aus gleich noch darzustellenden Gründen als Hauptakteur der Eröffnungsphase den vorläufigen Insolvenzverwalter vorgesehen, der auf Grund seiner umfangreichen Befugnisse heute üblicherweise als „starker vorläufiger Verwalter“ bezeichnet wird. Gemäß § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO werden Verbindlichkeiten aus u. a. Arbeitsverhältnissen zu Masseschulden (also privilegiert behandelten Insolvenzforderungen⁶), wenn ein solcher starker Verwalter die Gegenleistung während der Eröffnungsphase in Anspruch nimmt. Die Brisanz dieser Anordnung ergibt sich aus dem Zusammenspiel mit § 61 Satz 1 InsO: Danach haftet der Verwalter des schließlich eröffneten Verfahrens persönlich für die Begleichung von Masseforderungen, wenn die Insolvenzmasse dazu nicht ausreichen sollte. Und aus § 108 InsO ergibt sich, dass die Arbeitsverhältnisse unbeschadet einer Verfahrenseröffnung bis zu einer etwaigen Kündigung weiterbestehen; Entgeltansprüche entstehen also in derartigen Fällen praktisch immer.

Um dieses Risiko zu bannen – immerhin hat der vorläufige Verwalter bestenfalls rudimentäre Kenntnisse über den wahren Zustand des Schuldners –, hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, dem § 55 InsO einen dritten Absatz anzufügen. Dieser ordnet an, dass die in der Person eines Arbeitnehmers während des Eröffnungsverfahrens „heranreifende“ Masseforderung dann zu einer schlichten Insolvenzforderung mutiert, wenn Arbeitnehmeransprüche gemäß § 187 SGB III auf die Bundesanstalt für Arbeit übergehen. Das ist immer dann der Fall, wenn Insolvenzgeld beantragt wird. Somit droht also von dieser Seite her keine Gefahr mehr für einen vorläufigen starken Verwalter.

3.8.1.2 Schutzvorkehrungen

Gefahren anderer Art – nämlich solche für die Gläubiger – drohen in der Eröffnungsphase nach wie vor. Insbesondere wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens von einem Gläubiger beantragt wird (aber natürlich keineswegs nur dann), legt die schlichte Kenntnis allzu menschlichen Verhaltens die Vermutung nahe, dass spätestens jetzt der Schuldner versuchen wird, möglichst viel Vermögen zum Vorteil seiner selbst oder ihm nahestehender Personen zu retten bzw. beiseite zu schaffen. Infolgedessen ist es unabdingbar, dass das Gesetz für den Zeitraum zwischen Antragstellung und Insolvenzeröffnung Vorkehrungen bereithält, die es erlauben, dem Schuldner solche Handlungsweisen wenn nicht unmöglich zu machen, so doch zumindest außerordentlich zu erschweren. In der Tat sehen die §§ 21 ff. InsO derartige Mechanismen vor. Sie reichen von einzelnen Bewahrungsmaßnahmen bis hin zu der Einsetzung des bereits erwähnten vorläufigen „starken“ Verwalters.

Die Einzelheiten sind in den §§ 20 ff. InsO geregelt. Danach ist der Schuldner zunächst einmal dem Gericht gegenüber auskunftspflichtig nach näherer Maßgabe des § 20 InsO. Angesichts des vielfach beklagten Fehlens eines allgemeinen Auskunftsanspruchs im deutschen Zivilrecht bedeutet das immerhin schon eine Erweiterung der Informationsmöglichkeiten. Darüber hinaus kann auch eine vorläufige Postsperre angeordnet werden, § 21 Abs. 2 Nr. 4 InsO – das ist getragen von der Erfahrung, dass durch diese Form der Korrespondenz (und seien es auch nur Rechnungen oder Mahnungen) nicht selten die erstaunlichsten Informationen über das schuldenrische Vermögen zu Tage treten.

Praktisch bedeutsamer ist freilich die in § 21 InsO festgehaltene Auflistung von Schutzmaßnahmen. Danach soll der Schutz nach den Erfordernissen des jeweiligen Einzelfalls ausgerichtet werden, Abs. 1; das wird sodann in Abs. 2 durch Regelbeispiele konkretisiert. Es können also beispielsweise Zwangsvollstreckungen (und künftig wohl auch die Realisierung bestimmter Sicherungsrechte) untersagt werden, es kann ein vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt bzw. gar dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot, § 24 InsO, auferlegt werden. Ausweislich des § 23 InsO geht dann, wenn die beiden letztgenannten Sicherungsmaßnahmen kombiniert werden, die Verwaltungs- und Verfügungsverfügung über das schuldenrische Vermögen auf den Verwalter über: Dieser ist dann tatsächlich so etwas wie ein Vor-Insolvenzverwalter oder eben ein vorläufiger „starker“ Verwalter.

Wegen des zuvor schon (oben 3.8.1.1) angedeuteten Risikos, als endgültiger Verwalter in persönliche Haftung genommen zu werden wegen Verhaltensweisen, die sich einlässlich der vorläufigen Verwaltung als unausweislich gezeigt hatten, haben die Gerichte den Regelbeispielen noch eine weitere Variante hinzugefügt, die sich zwischenzeitlich unter dem Schlagwort „halbstarker“ vorläufiger Verwalter etabliert hat: Danach darf der Schuldner zwar weiter schalten und walten, bedarf aber zur Wirksamkeit bestimmter Geschäfte der Zustimmung des vorläufigen Verwalters. Dabei ging man gar so weit, dass dieses Zustimmungserfordernis für sämtliche Geschäfte des Schuldners gelten sollte bzw. dass der Verwalter ermächtigt sein sollte, umfassend „für den Schuldner zu handeln“. Einer solch evidenten Umgehung des gesetzlich nach wie vor nun einmal festgeschriebenen Risikos hat der BGH jedoch jetzt⁸ insoweit einen Riegel vorgeschoben, als er die Wirksamkeit des Zustimmungsvorbehalts davon abhängig macht, dass dieser die fraglichen Geschäfte und Handlungen so konkret wie möglich umschreibt.

3.8.1.3 Aufgaben des vorläufigen Verwalters

Je nach individueller Ausrichtung der Befugnisse hat der vorläufige Verwalter unterschiedliche Aufgaben. Verallgemeinernd kann man aber sagen, dass er auf jeden Fall prüfen muss, ob ein Eröffnungsgrund vorliegt und ob der Wert des vorhandenen Vermögens voraussichtlich dazu ausreicht, die Kosten eines eröffneten Verfahrens zu decken. Ist das nicht der Fall, weist das Gericht den Antrag auf Eröffnung „mangels Masse“ ab, § 26 InsO. In einem solchen Fall, in dem also das auf die gemeinsame Befriedigung ausgerichtete Insolvenzverfahren nicht durchgeführt werden kann, eröffnet sich wieder der Anwendungsbereich des allgemeinen Vermögensrechts, und da-

⁶ Beachte § 188 SGB III, der im Falle einer Abtretung der Auszahlungsforderung vor Stellung des Antrags auf Insolvenzgeld deren Wirksamkeit von einer Zustimmung des Arbeitsamtes abhängig macht. In diesem Fall muss der Nachweis erbracht werden, dass ein erheblicher Teil der Arbeitsplätze gerettet wird. Anders bei nachheriger Abtretung, vgl. § 189 SGB III.

⁷ Vgl. DStR 2003, 31, 34, 3.2.3.

⁸ BGHZ 151, 353, ZIP 2002, 1625.

AUFSATZ

mit tritt das Prioritätsprinzip erneut seine Herrschaft an. Es wurde zuvor⁹ bereits angedeutet, dass dieser Mechanismus zu Anreizverzerrungen führen kann. In dem Maße, in dem sich nämlich für einzelne Gläubiger ein Vorteil daraus ergibt, dass ein Insolvenzverfahren über das Vermögen ihres Schuldners nicht durchgeführt wird, ist die Möglichkeit der Wiedereröffnung des „Ellenbogenprinzips“ eine Einladung, das Insolvenzverfahren tunlichst zu umgehen bzw. zu vermeiden.

Eine weitere, wichtige Aufgabe des vorläufigen Verwalters besteht darin, dass er den Zusammenhalt des im nachfolgenden eröffneten Verfahrens als Masse fungierenden schuldnerischen Vermögens zu sichern hat. Gehört zu dieser Masse ein Unternehmen, eröffnen sich folgende Alternativen: Wenn er das Unternehmen schließen will, bedarf er dazu der Zustimmung des Gerichts, § 22 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Wenn er das Unternehmen dagegen bereits jetzt im Wege einer übertragenden Sanierung veräußern will, so weiß man derzeit nicht so recht, ob das zulässig ist und – bejahendenfalls – unter welchen Voraussetzungen; hier will der Gesetzgeber offenbar für Klarheit sorgen, indem er diese Möglichkeit ausdrücklich im Gesetz zu normieren beabsichtigt.

Die größte Herausforderung an den vorläufigen Verwalter stellt es aber dar, wenn er das Unternehmen fortführen will, um den Gläubigern die Option der Sanierung im anschließend zu eröffnenden Verfahren zu wahren und somit einem herausragenden Anliegen der Insolvenzordnung Rechnung zu tragen. Hier übt der vorläufige Verwalter tatsächlich Unternehmerfunktionen aus und ist daher auch ganz vergleichbaren Risiken ausgesetzt: Nicht nur, dass ihn sämtliche Arbeitgeber- oder Steuerschuldner- oder Umwelthaftungspflichten etc. treffen – das ist weitgehend bekannt –, er ist zusätzlich mit einer Vielzahl von strafrechtlich bewehrten Pflichten belastet¹⁰, von denen allenfalls die Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge einigermaßen bekannt ist. Bei diesen gibt es einen Widerspruch innerhalb des BGH: Der 5. Strafsenat hält einen Arbeitgeber für strafbar nach § 266a StGB, wenn er in der kritischen – d. h. also der Anfechtbarkeit ausgesetzten – Zeit keine Arbeitnehmerbeiträge entrichtet. Der IX. Zivilsenat als der Insolvenzsenat, ist dagegen der Ansicht, dass dann, wenn in diesem Zeitraum solche Zahlungen entrichtet werden, diese anfechtbar sind¹¹. Da das altehrwürdige, aus § 242 BGB hergeleitete Prinzip „dolo facit qui petit quod statim redditurus est“ (arglistig ist, wer fordert, was sofort wieder zurückzugewähren ist) schwerlich durch das Strafrecht ausgehebelt werden kann, bedürfte die Rechtsprechung des Strafsenats schleunigst einer Überprüfung. Das Beispiel verdeutlicht noch eine weitere Gefährdung, der ein vorläufiger Verwalter ausgesetzt ist – zumindest wenn es sich dabei nicht um einen „starken Verwalter“ handelt: nämlich der potenziellen Anfechtbarkeit aller seiner Handlungen (oder genereller: aller Handlungen im Rahmen eines Sanierungsversuchs). Hiergegen ist nicht allzu viel Kraut gewachsen, da nicht sämtliche Geschäftstätigkeiten im Wege eines Bargeschäfts i. S. des § 142 InsO ausgeübt werden können¹².

3.8.2 Eröffnung

Ergibt sich bei der Prüfung durch den vorläufigen Verwalter (oder dem eigens dafür bestellten Gutachter), dass hinreichend Masse zur Durchführung eines Insolvenzverfahrens vorhanden ist, wird der Richter einen Eröffnungsbeschluss aussprechen, § 27 InsO, in dem er zugleich mehreres anordnet: Neben der Bestellung des Insolvenzverwalters die Aufforderung an die Gläubiger, ihre Forderungen binnen einer bestimmten Frist anzumelden, sowie die Festlegung eines Berichts- und eines Prüfungstermins, § 29 InsO. In der Zeit bis hin zu diesen Terminen (sie können auch zusammen gelegt werden) muss der nunmehr endgültige Verwalter die unterschiedlichsten Aufgaben gleichzeitig in Angriff nehmen. Eine – zwangsläufig lineare – Darstellung wird allein schon deswegen den tatsächlichen Anforderungen in keiner Weise gerecht. Im Bewusstsein der Vereinfachung kann aber der Aufgabenbereich in zwei Komplexe unterteilt werden: zum einen in die Zusammenstellung der haftenden Masse (dazu 3.9) und zum anderen in die Feststellung der Gläubiger.

3.9 Zusammenstellung der Masse

Was zunächst einmal den Masse-bezogenen Aufgabenkomplex des Verwalters anbelangt, so muss er nach eingebürgertem Sprachgebrauch die „Ist-Masse“ in die „Soll-Masse“ transformieren. Unter Ist-Masse¹³ versteht man dasjenige Vermögen, das sich zur Zeit der Verfahrenseröffnung gerade im Gewahrsam des Schuldners befindet – also auch all diejenigen Dinge, die ihm vielleicht gar nicht gehören und sich nur zufällig in seinem Bereich befinden. Die Soll-Masse ist demgegenüber dasjenige Vermögen des Schuldners, das von derartigen Zufälligkeiten bereinigt ist und seinen Gläubigern als Haftungsmasse gebührt. Dieser „Bereinigungsvorgang“ erfolgt auf verschiedene Arten und ist keineswegs gleich bedeutend mit einer Abschichtung der Ist-Masse; vielmehr kann diese Masse auch mit Hilfe bestimmter Mechanismen angereichert werden (dazu sogleich unter 3.9.2).

3.9.1 Minderung der Ist-Masse

Was den besagten Vorgang der Masseminderung anbelangt, kann auf bereits Dargestelltes verwiesen werden: Da sind zunächst einmal die aussonderungsberechtigten Gläubiger der §§ 47 f. InsO¹⁴. Sie können die ihnen gehörenden bzw. gebührenden Gegenstände aus der Ist-Masse entfernen. Anders ist das dagegen nunmehr bei denjenigen Gläubigern, die gemäß den §§ 49 ff. InsO lediglich ein Recht auf abgesonderte Befriedigung haben¹⁵: Sofern sie nicht die Sicherungsgegenstände – wie beim normalen Pfandrecht der §§ 1204 ff. BGB – ohnedies in Händen halten, müssen sie sie in der Masse belassen. Ihre Verwertung nimmt unter dem neuen Insolvenzrecht regelmäßig der Insolvenzverwalter vor, §§ 165 ff. InsO.

Was schließlich die ebenfalls schon erwähnten Massegläubiger¹⁶ anbelangt, so gehören sie nicht in den vorliegenden Kontext. Denn auch wenn sie die Masse mindern, so betrifft das doch nicht die Ist-Masse, sondern nur die Soll-Masse. Denn all die in den §§ 54 f. InsO genannten Forderungen sind gerade aus dem Vermögen des Schuldners zu erfüllen und da-

⁹ Siehe DStR 2002, 1865, 1868, bei 2.2.2 Fn. 23.

¹⁰ Hierzu etwa Tiedemann, Insolvenz-Strafrecht, 2. Aufl. 1996, passim; Weyand, ZInsO 2000, 413; Schramm, NSiZ 2000, 298.

¹¹ DStR 2002, 366. Siehe zu dem Spannungsverhältnis auch Goette, DStR 2003, 604 (Anm. zu der Entscheidung des 2. Zivilsenats zu dem Themenkomplex, DStR 2003, 602).

¹² Zu diesem Problemkomplex vgl. Paulus, BB 2001, 425.

¹³ Siehe dazu DStR 2003, 601, bei 3.7.1.

¹⁴ Siehe DStR 2003, 32, bei 3.2.1.

¹⁵ Siehe DStR 2003, 33, bei 3.2.2.

¹⁶ Siehe DStR 2003, 34, bei 3.2.3.

mit aus der all seinen Gläubigern haftenden Masse. Gleiches gilt für die sog. (echte) Freigabe: Mit ihrer Hilfe kann der Verwalter die auf ihn mit Verfahrenseröffnung übergegangene Verfügungsbefugnis (§ 80 InsO) über einen bestimmten Gegenstand auf den Schuldner zurück übertragen, wenn dieser nicht verwertbar ist – Prototyp dafür ist das „bis über die Halskrause“ mit Sicherheiten belastete Grundstück.

3.9.2 Mehrung der Ist-Masse

Das Arsenal zur Mehrung der Masse ist ungleich umfangreicher als das der Minderung. Das gilt zumindest nach Maßgabe des gesetzlichen Angebots; ob es in praxi denn auch tatsächlich zur Anwendung kommen kann, ist naturgemäß eine von dieser Einsicht zu trennende Frage.

3.9.2.1 Neuerwerb

Auch hier kann zunächst auf schon Gesagtes verwiesen werden: Als Haftungsmasse behandelt die Insolvenzordnung nicht nur dasjenige Vermögen des Schuldners, das ihm gerade im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gehört, sondern gemäß § 35 InsO auch den nachträglichen Erwerb¹⁷. Während das unter dem früheren Recht noch als ein vom konkursrechtlichen Beschlag ausgenommenes Vermögen behandelt wurde, wird es nunmehr den Insolvenzgläubigern zugewiesen (und damit natürlich – hierin liegt eine mögliche, gravierende Beeinträchtigung des Schuldners – den Neu-Gläubigern entzogen) und dient damit der Vergrößerung der Soll-Masse.

3.9.2.2 Nicht vollständig erfüllte Verträge

Während die Einbeziehung des Neuerwerbs eine Neuerung der Insolvenzordnung darstellt, handelt es sich bei dem dem Verwalter eingeräumten Wahlrecht hinsichtlich der Erfüllung oder Ablehnung eines bei Verfahrenseröffnung beidseitig noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrages um ein altbekanntes Phänomen. Das gilt zumindest dem Grundsatz nach; einige Änderungen hat es auch hier gegeben.

Da die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in den allerseltensten Fällen der harmonische Abschluss einer längeren Entwicklung ist, sondern vielmehr eine gewissermaßen „aus dem Leben gerissene Momentaufnahme“ darstellt, ist es nahezu zwangsläufig, dass in diesem Moment Vertragsbeziehungen des Schuldners bestehen, die noch nicht abgewickelt sind. Solche Vertragsbeziehungen können unterschiedlichster Provenienz sein: Kaufverträge, Mietverträge, Arbeitsverträge, Lizenzverträge oder was es sonst noch an Verträgen geben mag. Das Insolvenzrecht trifft für diese Fälle eine in der Praxis hoch bedeutsame Regelung:

Es fragt zunächst einmal nämlich danach, ob eine der beiden Parteien bereits vollständig erfüllt hat. Ist das der Fall, trifft es folgende Unterscheidung: Hat der Schuldner bereits vor Verfahrenseröffnung das Seine vollständig erfüllt, § 362 BGB, so kann der Insolvenzverwalter das von der anderen Seite noch Geschuldete naturgemäß für die Masse einfordern¹⁸. Hat dagegen die andere Seite das Ihre bereits vollständig geleistet, der Schuldner das Seine dagegen noch nicht, so ist jene andere Seite dem Insolvenzrisiko erlegen. Denn ihre noch offene Forderung kann sie – auch wenn sie auf eine Sachleistung gerich-

tet ist – nurmehr in Gestalt einer Geldforderung, § 45 InsO, geltend machen. Das Insolvenzrecht hält diesem Vertragspartner den Hinweis entgegen, dass er in Gestalt seiner Vorleistung Kredit gewährt habe und deswegen die Konsequenzen daraus zu tragen habe. Angesichts solch harscher Reaktion wird verständlich, dass der beste Insolvenzschutz nach wie vor der des Zug um Zug-Austausches ist, § 273 BGB. Bei ihm allein nämlich ist das Insolvenzrisiko durch die zeitliche Koinzidenz von Leistung und Gegenleistung gewissermaßen auf Null reduziert.

Eine ganz eigene Regelung enthält die Insolvenzordnung jedoch für den – in der Praxis außerordentlich häufig vorkommenden – Fall bereit, dass beide Vertragsparteien zur Zeit der Verfahrenseröffnung das ihnen Obliegende noch nicht vollständig geleistet haben. Als Grundregel sieht § 103 InsO dafür vor, dass anstelle der beiden vorgenannten Alternativen dem Insolvenzverwalter nunmehr das Wahlrecht übertragen ist, darüber zu entscheiden, ob er den Vertrag fortführen oder aber ihn als gescheitert und aufgelöst betrachtet sehen will. Grundlage dieser Entscheidung ist naturgemäß eine Abwägung der wirtschaftlichen Vor- und Nachteile. Kommt bei einer Ablehnung unter dem Strich mehr für die Soll-Masse heraus, wird sich der Verwalter dafür entscheiden – sein Haftungsrisiko, § 60 InsO, legt ihm diese Schlussfolgerung nahe. Andernfalls wird er sich für eine Erfüllung entscheiden.

Die Frage, wie dieses Wahlrecht dogmatisch zu verstehen ist, ist zwar keineswegs allein von akademischem Interesse; der hierum geführte und vom IX. Senat des BGH selbst durch eine durchaus mäandrierende Rechtsprechung aktiv angestoßene und gestaltete Streit belegt das eindringlich. Gleichwohl braucht er hier, wo es allein um Grundzüge des Insolvenzrechts geht, nicht nachgezeichnet zu werden¹⁹. Statt dessen genügt der praktische Hinweis, dass in diese berechnende Abwägung des Verwalters der § 105 InsO mit einzubeziehen ist, demzufolge dann, wenn teilbare (und damit natürlich primär auf Geldzahlung gerichtete) Leistungen in Frage stehen, eine Kürzung der von der Masse zu erbringenden Leistungen in Betracht kommt, die eine Entscheidung zu Gunsten einer Erfüllung des gesamten Vertrages naturgemäß erleichtert. Mit dieser Norm ist eine vor In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung bereits eingeschliffene Rechtsprechung des BGH Gesetz geworden.

Aus unterschiedlichen Gründen enthält das Gesetz in den dem § 103 InsO folgenden Vorschriften eine Reihe von Durchbrechungen dieser Grundregel. So ist nach § 106 InsO ein mit Hilfe einer Vormerkung gesicherter Anspruch „insolvenzfest“, auch wenn im Übrigen die Voraussetzungen des § 103 InsO vorliegen würden. Gerade darin liegt die wohl bedeutsamste Sicherungsfunktion der Vormerkung²⁰. § 107 InsO betrifft einen fast schon klassischen Anwendungsfall des beidseitig nicht vollständig erfüllten, gegenseitigen Vertrages – nämlich den Vorbehaltsverkauf; die Vorschrift unterscheidet zwischen der Insolvenz von Verkäufer (Abs. 1) und Käufer (Abs. 2) und bemüht sich dabei um die bestmögliche Wahrung des Anwartschaftsrechts des Käufers.

In den §§ 108 ff. InsO sind sodann Dienst- und Miet- (bzw. Pacht-)verhältnisse adressiert – und zwar zunächst über

¹⁷ Siehe DStR 2003, 602, unter 3.7.3.

¹⁸ Wenn es hierbei zu Streitereien kommt, muss der Verwalter zwangsläufig anstelle des Schuldners prozessieren, vgl. §§ 85 f. InsO mit § 240 ZPO.

¹⁹ Siehe dazu nur BGHZ 150, 353; zu dem Urteil etwa Huber, NZI 2002, 467; Manotzke, ZJP 111, 2002, 507.

²⁰ Vgl. Paulus, JZ 1993, 555.

AUFSATZ

unbewegliche Gegenstände oder Räume. Das ist gegenüber dem früheren Recht der §§ 19 f. KO eine törichte Einschränkung, weil nunmehr auch etwa Lizenzen dem Schicksal des § 103 InsO unterworfen sind; im Falle von Insolvenzen von Filmlizenzgebern²¹ oder gar Softwareherstellern²² kann das sogar zu volkswirtschaftlich katastrophalen Konsequenzen führen.

Die in § 108 InsO adressierten Verträge bestehen jedoch unbeschadet der Verfahrenseröffnung fort. Bei ihnen hat der Verwalter also kein Wahlrecht nach § 103 InsO; es werden vielmehr insbesondere Arbeit und Heimstätte geschützt. Freilich geht dieser Schutz nicht so weit, dass die Masse unabänderlich mit den Verträgen belastet wäre. Insbesondere die (zu vielen) Arbeitsverträge, die ein Schuldner abgeschlossen hat, sind in der Praxis wohl vielfach ein maßgeblicher Grund für den Eintritt der Insolvenz eines einmal ins Straucheln geratenen Schuldners. Nicht ohne Grund hatte der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des § 613a BGB innerhalb der Gesamtvollstreckungsverfahren in den neuen Bundesländern bis zum Inkraft-Treten der Insolvenzordnung suspendiert²³.

Arbeitsverträge können unbeschadet entgegenstehender Vereinbarungen mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden, § 113 InsO. Im Übrigen sind für das insolvenzrechtliche Arbeitsrecht die §§ 120 bis 128 InsO zu beachten, die sich u. a. zu Betriebsvereinbarungen, Sozialplänen und Kündigungsschutz äußern. Bei den angesprochenen Mietverträgen unterscheidet das Gesetz in den §§ 109 f. InsO erneut zwischen der Insolvenz des Mieters und der des Vermieters, wobei es sich ebenfalls um einen Bestandsschutz bemüht. Für die Insolvenz des Mieters ist § 112 InsO²⁴ von nachhaltiger Wichtigkeit, denn er untersagt dem Vermieter, nach Stellung eines Insolvenzantrags den Mietvertrag zu kündigen, weil der Mieter in Zahlungsrückstand ist oder weil sich dessen Vermögensverhältnisse verschlechtert haben. Entsteht aber ein erneuter Zahlungsrückstand nach eröffnetem Verfahren, gilt diese Kündigungssperre freilich nicht mehr.

§ 119 InsO verdient es noch, aus der Reihe der Sondervorschriften hervorgehoben zu werden. Indem er nämlich die Unabdingbarkeit der §§ 103 bis 118 InsO statuiert, reagiert er auf eine vielfach und vielerorts versuchte Umgehungsstrategie der in diesen Normen angeordneten Rechtsfolgen. Die entsprechenden Vertragsklauseln heißen hierzulande „Lösungsklauseln“, andernorts etwa „ipso-facto-Klauseln“. Sie versuchen, insbesondere das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO dadurch auszuhebeln, dass sie für einen bestimmten Fall – etwa Vermögensverschlechterung, Insolvenzantragstellung oder gar Eröffnung eines Insolvenzverfahrens – den Vertrag als aufgelöst behandeln und einen Ausgleich ermöglichen wollen. Nach wohl überwiegender Ansicht sind alle diese Versuche auf Grund des besagten § 119 InsO zum Scheitern verurteilt²⁵.

3.9.2.3 Aufrechnung

Bekanntlich hat das BGB eine eigentümliche Regelung hinsichtlich des Erlöschensgrundes der Aufrechnung in den §§ 387 ff. BGB getroffen. Danach ist (aus historisch leicht verqueren Gründen) zu unterscheiden zwischen einerseits dem Entstehen der Aufrechnungslage und andererseits der Erklärung der Aufrechnung durch eine der beteiligten Parteien²⁶. Auf Grund dieser zeitlichen Differenz, zu der es in früheren Zeiten des Gemeinen Rechts auf Grund der automatischen Aufrechnung (*ipso iure compensatur*) gar nicht kommen konnte, entstehen nunmehr Situationen, in denen die Aufrechnungslage vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entstanden ist, die Erklärung dagegen erst danach vorgetragen wird. Andere Rechtsordnungen, wie etwa die französische, schließen eine Aufrechnung in einem laufenden Verfahren aus: Denn immerhin kann sich auf diese Art und Weise ein aufrechnungsberechtigter Gläubiger eine Sonderbefriedigung verschaffen, wenn er nur dazu bereit und in der Lage ist, in Gestalt der Hingabe seiner eigenen Forderung ein „Bauernopfer“ darzubringen. Der hiesige Gesetzgeber hat sich aber – wie viele andere auch – dazu entschlossen, eine solche Aufrechnungsmöglichkeit zu gestatten, §§ 94 bis 96 InsO. Damit ist ein Privileg²⁷ begründet, das in seiner Durchsetzungsfähigkeit noch über die Wirkungskraft von Absonderungsrechten hinaus reicht. Während diese nämlich nach näherer Maßgabe der §§ 165 ff. nur eingeschränkt von dem Sicherungsnehmer realisiert werden können, darf sich der Aufrechnungsberechtigte unbeeindruckt von irgendwelchen Erwägungen des Insolvenzverwalters jederzeit „bedienen“. Eine derartige Freiheit haben nach hiesigem Recht sonst nur die Aussonderungsberechtigten; in den USA unterfallen dagegen die Aufrechnungsberechtigten dem „automatic stay“, d. h. sie müssen grundsätzlich zuwarten, bis ihnen die Ausübung ihres Rechts vom Verwalter gestattet wird.

Bereits die Grundnorm des § 94 InsO verdient genaue Beachtung: Sie gestattet die Aufrechnung in der beschriebenen Weise auch noch während des eröffneten Verfahrens. Das gilt nicht etwa nur für kraft Gesetzes entstandene Aufrechnungslagen, sondern auch für solche „auf Grund einer Vereinbarung zur Aufrechnung“²⁸. Das bedeutet im Klartext, dass das jetzige Recht auch noch innerhalb eines Insolvenzverfahrens die Aufrechnung von „Äpfeln mit Birnen“ gestattet. Netting-Vereinbarungen sind damit also insolvenzfest! Damit ist – von der Praxis allerdings offenbar noch gar nicht realisiert – der zuvor (3.9.2.2 a. E.) dargestellten Unwirksamkeit von Lösungsklauseln viel von ihrer Schärfe genommen. Unklar ist allerdings, warum der Gesetzgeber diese Neuerung recht verschämt als etwas dargestellt hat, was es schon lange gegeben habe (hat es gerade nicht!), während etwa der australische Gesetzgeber, als er vor wenigen Jahren eine entsprechende Insolvenzfestigkeit von Netting-Vereinbarungen eingeführt hat, dies mit großem Pomp als eine Maßnahme angekündigt hat, die den wirtschaftlichen Standortvorteil des Landes im Süd-Ost-Pazifik stärken solle.

21 Dazu etwa *Adolphsen*, DZWIR 2003, 228.

22 Dazu etwa *Brandt*, NZI 2001, 337; *Paulus*, CR 2003, 237.

23 Siehe jetzt immerhin § 128 Abs. 2 InsO.

24 Beachte, dass diese Kündigungssperre für sämtliche Miet- und Pachtverhältnisse gilt; sie ist also nicht, wie § 108 InsO, auf bestimmte Verträge beschränkt!

25 Zu den Lösungsklauseln umfassend *Schwörer*, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, 2000.

26 Zur privatrechtlichen Aufrechnung rechtsvergleichend aufschlussreich *Zimmermann*, FS Medicus, 1999, S. 707.

27 Dazu, dass dies ein Privileg speziell (zumindest aber besonders) für Banken darstellt, vgl. *Paulus*, ZBB 2002, 492.

28 Hierzu *Paulus*, FS BGH (Festgabe der Wissenschaft) Bd. III, 2000, S. 735 ff.

REPORT

Die §§ 95 f. InsO schränken die Möglichkeit einer Aufrechnung ein. Leitender Gedanke dieser Vorschriften ist, dass dieses Privileg nur gerechtfertigt ist, wenn und soweit die Aufrechnungslage tatsächlich bereits vor Verfahrenseröffnung entstanden ist. Gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist das auch dann nicht der Fall, wenn die Möglichkeit der Aufrechnung nur auf

Grund einer gemäß den §§ 129 ff. InsO anfechtbaren Handlung²⁹ entstanden sein sollte.

²⁹ Dazu im nächsten Beitragsteil bei 3.9.2.4.

REPORT

Blick ins Insolvenzrecht

Von Dr. Ulf Gundlach, Magdeburg, Dr. Volkhard Frenzel und Dr. Nikolaus Schmidt, beide Halle/Saale*

In der Rubrik „Report“ gibt es in jedem ersten Heft eines Monats einen Überblick über die wichtigsten Neuerungen aus dem Insolvenzrecht, Sozialversicherungsrecht und Arbeitsrecht. Dabei wechseln diese Bereiche monatlich, so dass Sie je Ressort vierteljährlich über die neue Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Laufenden gehalten werden.

Im Laufe des Jahres 2003 sind eine Vielzahl von interessanten insolvenzrechtlichen Entscheidungen ergangen. Die Konturen des neuen Insolvenzrechts wurden dabei immer deutlicher herausgearbeitet. Auch Themen, die nicht den Kernbereich des Insolvenzrechts betreffen, wirtschaftlich und praktisch aber von Bedeutung sind, wurden dabei weiterentwickelt. Der Rechtsprechung kann dabei attestiert werden, dass sie dabei zumeist durchaus überzeugende Entscheidungen fällte. Dies trifft nicht nur auf die Haftung wegen Insolvenzverschleppung und die Frage, welche Positionen insolvenzfest sind, zu, sondern auch auf den Problembereich unter welchen Bedingungen eine Restschuldbefreiung möglich ist.

1. Beweislast im Prozess gegen einen GmbH-Geschäftsführer wegen Insolvenzverschleppung

OLG Koblenz, Urt. v. 27. 2. 2003, 5 U 917/02

Die Gesellschaftsform der GmbH erfreut sich in Deutschland einer weit verbreiteten Beliebtheit. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass die Haftung der am Markt tätigen GmbH auf deren Vermögen begrenzt ist und der hinter der GmbH stehende Gesellschafter nicht persönlich zur Haftung gezogen wird – auch wenn er die Geschicke der GmbH maßgeblich beeinflusst. Dies gilt zumindest als Grundsatz. Denn es ergeben sich insbesondere für den geschäftsführenden Gesellschafter Besonderheiten, die er zu beachten hat, wenn er eine persönliche Haftung generell ausschließen will. Eine solche Besonderheit stellt die Insolvenzverschleppungshaftung des

Geschäftsführers dar, § 823 Abs. 2 BGB, § 64 Abs. 1 GmbHG. Diese greift, wenn der Geschäftsführer nicht ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 3 Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der GmbH, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH beantragt. Im zu entscheidenden Fall hatte ein GmbH-Geschäftsführer für die GmbH eine Immobilie gekauft. Eine Bezahlung erfolgte nicht. Zwei Jahre später wurde ein Insolvenzantrag mangels einer kostendeckenden Masse abgelehnt. Streitig war, ob die GmbH bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages überschuldet/zahlungsunfähig war. Das OLG Koblenz stellt zunächst fest, dass derjenige, der den Schadensersatz wegen Insolvenzverschleppung begehrt, beweisen muss, dass die GmbH zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv überschuldet/zahlungsunfähig war. Gelingt dieser Nachweis, ist es Sache des in Anspruch genommenen (also des GmbH-Geschäftsführers), den Nachweis zu führen, dass gleichwohl eine positive Fortbestehensprognose gerechtfertigt war. Kann der beklagte Geschäftsführer belegen (z. B. durch Zeugen oder Sachverständige), dass er vertretbar davon ausgehen konnte, dass die Kaufpreisfinanzierung gelingen wird, so kann er der persönlichen Haftung entgehen. Ihm kommt dabei zugute, dass ihm ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Fortbestehensprognose zukommt und es nicht auf nachträgliche Erkenntnisse, sondern auf die damalige Sicht eines ordentlichen Geschäftsführers ankommt.

2. Insolvenzfestigkeit einer vor Verfahrenseröffnung vorgenommenen bedingten Forderungsabtretung

BGH, Urt. v. 27. 5. 2003, IX ZR 51/02

B verkaufte an M ein Grundstück für ca. 1,7 Mio. DM. Die diesen Kauf finanzierende Bank, die Klägerin, ließ sich dabei bei Vertragsabschluss für den Fall der Vertragsrückabwicklung den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen B abtreten und zugleich ermächtigen, das vertraglich vereinbarte (unter bestimmten Bedingungen stehende) Rücktrittsrecht auszuüben. Nachfolgend wurde M insolvent, über sein Vermögen wurde ein Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet. Die Klägerin erklärte den Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag und meinte, dass der Rückzahlungsanspruch ihr zustehe. Der Verwalter lehnte daraufhin „die Erfüllung des Kaufvertrages“ ab und beehrte Rückzahlung des Kaufpreises an sich.

* Dr. Ulf Gundlach ist Ministerialrat im Ministerium der Finanzen des Landes Sachsen-Anhalt in Magdeburg; Dr. Volkhard Frenzel ist Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter in Halle/Saale und Dr. Nikolaus Schmidt ist Insolvenzverwalter, Fachanwalt für Insolvenzrecht in Halle/Saale.