

Rainer M. Bähr/Stefan Smid
Die Rechtsprechung des BGH
zur neuen Insolvenzordnung
1999–2006

Schriften zum deutschen,
europäischen und internationalen
Insolvenzrecht

S-INSO Band 6

Schriften zum deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Stefan Smid, Kiel
Rechtsanwalt Dr. Mark Zeuner, Hamburg
Rechtsanwalt Michael Schmidt, Berlin

S-INSO Band 6



De Gruyter Recht · Berlin

Rainer M. Bähr/Stefan Smid

Die Rechtsprechung des BGH zur neuen Insolvenzordnung 1999–2006

Systematische Darstellung



De Gruyter Recht · Berlin

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN-13: 978-3-89949-367-2

ISBN-10: 3-89949-367-2

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2006 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Umschlaggestaltung: Christopher Schneider, Berlin

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen

Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen

Vorwort

Die nachfolgenden Auseinandersetzungen mit der höchstrichterlichen Judikatur des BGH beruhen auf einer Folge von Beiträgen *Stefan Smids*, die in der „Deutschen Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht“ unter der Überschrift „Struktur und systematischer Gehalt des deutschen Insolvenzrechts in der Judikatur des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs“ erschienen sind.¹ Diese Beiträge selbst beruhen auf Diskussionsvorlagen, auf deren Grundlage die mediterranen Insolvenzrechtlichen Studienseminare (die manchen als „insolé“ bekannt sind) in den vergangenen Jahren geführt worden sind. *Rainer M. Bähr* hat sowohl die Erstellung des durchgängigen Textes als auch seine Aktualisierung mit Blick nicht zuletzt auf Bedürfnisse der Praxis vorgenommen. Das „Endprodukt“ verantworten wir gemeinsam.

Gemeinsam mit Herrn Dr. *Michael Schremmer*, De Gruyter Rechtswissenschaften, haben die Verfasser beschlossen, diese Beiträge nachhaltig zu revidieren und sie zu einer systematischen Gesamtsicht der höchstrichterlichen Judikatur (nicht allein, aber überwiegend) des BGH zusammenzustellen. Die Gestalt und Praktikabilität der Insolvenzordnung selbst beruht auf dieser Judikatur, der wir – bei aller Kritik – die Wahrung der systematischen Einheit der InsO nicht minder als deren rechtsdogmatisch abgesicherte Einbindung in die Vorentscheidungen unserer Rechtsordnung als Ganzes zu einem erheblichen Teil verdanken.

Diese Darstellung soll daher den Zugang sowohl zur Judikatur als auch zur InsO erleichtern helfen. Ihr kritischer Ansatz stellt zugleich ein Angebot zur Diskussion dar.

Leipzig/Hannover und Kiel,
im August 2006

Rainer M. Bähr
Stefan Smid

1 DZWIR 2004, 1; DZWIR 2004, 265; DZWIR 2005, 89; DZWIR 2006, 1.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
I. Die Bedeutung der BGH-Judikatur	1
1. Reparaturen der Reform und Unübersichtlichkeit des Insolvenzrechts	1
a) Brüche im Aufbau und der Auslegung der InsO	1
b) Stellung des BGH	3
2. Normenkontrolle	4
a) Probleme im Verhältnis von Rechtsprechung und Legislative und der Beachtung höchstrichterlicher Judikatur durch die Instanzgerichte	4
b) Normenkontrolle durch den IX. Zivilsenat des BGH?	4
c) „Richtlinien“ von Insolvenzgerichten und die Beachtung der Entscheidungen des BGH	7
II. Struktur des Insolvenzrechts	9
1. Insolvenzszweck als Topos	9
2. Verhältnismäßigkeit	15
a) Mittel – Verhältnismäßigkeit der Eingriffe des Insolvenzgerichts in die Rechtsstellung des Schuldners	15
b) Verhältnismäßigkeit des Eröffnungsbeschlusses und Eigenverwaltung	25
c) Rechtsmittelrecht	29
aa) Reichweite des § 6 Abs. 1 InsO	29
bb) Rechtsschutz gegen insolvenzrichterliche Fehlentscheidungen	33
cc) Vorläufiger Rechtsschutz und insolvenzgerichtliche vorläufige Anordnungen im Insolvenzverfahren	34
dd) Einstweiliger Rechtsschutz gegen unberechtigte Insolvenzanträge?	35
III. Insolvenzantrag	37
1. Eigenantrag	37
2. Fremdantrag	38
a) Fremdantrag gegen die durch Abweisung der Eröffnung des Verfahrens mangels Masse liquidierte GmbH	38
b) Glaubhaftmachung des Fremdantrags	39
c) Einseitige Erledigung des Fremdantrages in der Rechtsbeschwerdeinstanz	41

Inhaltsverzeichnis

d) Zulässigkeit des Fremdantrages und „Neuforderungen“ in der Insolvenz Selbständiger	42
IV. Eröffnungsverfahren	43
1. Eröffnungsverfahren und vorläufige Verwaltung	45
2. Arbeitsrechtliche Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters	47
3. Forderungseinziehung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter	48
4. Anfechtung wegen Zustimmung des vorläufigen Verwalters zu Befriedigungshandlungen des Schuldners im Eröffnungsverfahren	48
5. Vertrauensschutz des Empfängers bei durch Leistungen im Eröffnungsverfahren befriedigten („Alt-“)Insolvenzforderungen	53
V. Eröffnung	55
1. Eröffnungsgründe – Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit	55
2. Eröffnungsbeschluss – Aussetzung der Vollziehung durch das Rechtsbeschwerdegericht	60
3. Anforderungen an die Forderungsanmeldung	60
4. Wirkung auf Prozesse	62
a) Abgrenzung von Aktiv- und Passivprozessen	62
b) Aktivprozesse zur Masse	64
c) Prozesskosten als Masseforderungen oder Insolvenzforderungen	65
d) Zulässigkeit der Insolvenzfeststellungsklage	67
e) Unzulässigkeit der Insolvenzfeststellungsklage bei fehlender Anmeldung und Prüfung der Forderung	68
5. Abweisung mangels Masse	69
a) Masseunzulängliche Verfahren und Deckung der Vergütung durch die Staatskasse	69
b) § 26 I InsO	71
aa) Anforderungen an die Abweisung mangels Masse	71
bb) Auskunftsrechte der Gläubiger	72
VI. Umfang der Masse	73
1. Kenntnis des dritten Schuldners, der zur Masse schuldet, von insolvenzrechtlichen Verfügungsbeschränkungen	73
2. Nachtragsverteilung trotz Abtretungserklärung gem. § 287 InsO	75
3. Zugehörigkeit von Forderungen und Rechten zum Vermögen von Arbeitgeber oder Arbeitnehmer	77
4. Massezugehörigkeit von Bezugsrechten aus für Arbeitnehmer geschlossenen Direkt-Lebensversicherungsverträgen	78
5. Verpfändung von Lebensversicherungsverträgen	79
6. Massefremdheit der zedierten Forderung nach unrechtmäßiger Zession an einen Dritten	81
7. Mitwirkungspflichten des Schuldners zur Erleichterung der Verwertung von im Ausland belegenen Massegegenständen	82
8. Der Masse gegen Dritte zustehende Schadenersatzansprüche	83

VII. Aussonderung	84
1. Unterschied zum früheren Konkursrecht	84
2. Aussonderung und Insolvenzanfechtung	85
3. Aussonderung und Treuhand	86
4. Aussonderung von irrtümlich auf Treuhandkonten gezahlten Beträgen	89
VIII. Absonderung	90
1. Reichweite von Absonderungsrechten	90
a) Eintrittsrecht des Absonderungsberechtigten bei öffentlicher Versteigerung des Absonderungsgutes	90
b) Auskunftspflichten des vorläufigen Insolvenzverwalter und Insolvenzverwalter gegenüber dem Absonderungsberechtigten	91
c) Verwertung von Sicherungsgut und die Rechtsstellung der Absonderungsberechtigten	92
aa) Verwertungserlös bei Freigabe nach § 168 Abs. 3 InsO	92
bb) Reichweite des § 166 Abs. 2 InsO	94
cc) Grund und Grenzen der Zinszahlungspflicht gem. § 169 S. 1 InsO und ihr Ausschluss nach § 169 S. 3 InsO	96
dd) Die Kosten des vom Insolvenzverwalter beauftragten Auktionators sind Teil der tatsächlich angefallenen Verwertungskosten i. S. v. § 171 Abs. 2 S. 2 InsO	99
ee) Schutzpflichten des Insolvenzverwalters gegenüber dem Absonderungsberechtigten	99
ff) Sonderproblem: Insolvenzsicherung von Arbeitnehmern	100
d) Verfahrenskostenbeiträge	101
e) Verfahrenskostenbeiträge bei stillen Sicherungszessionen	103
2. Freigabe	104
a) Freigabe von Massegegenständen	104
b) Freigabe kontaminierter Massegegenstände	107
IX. Insolvenz selbständig tätiger natürlicher Personen	109
1. Mitwirkungspflichten des Schuldners	109
2. Umsatzsteuer auf Einkünfte aus freiberuflicher selbständiger Tätigkeit des Insolvenzschuldners	110
X. Insolvenzverwalter	112
1. Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes	112
2. Befugnisse und Pflichten des Insolvenzverwalters	112
3. Befugnisse des Sachverständigen	116
a) BVerfG zur Vergütung des Sachverständigen	117
b) Widerruf von Lastschriften	117
c) Bestreiten angemeldeter Forderungen durch den Insolvenz- verwalter als Ausübung seiner Befugnis zur Masseverwaltung	119
d) Öffentlich-rechtliche Pflichten des Insolvenzverwalters	120

Inhaltsverzeichnis

4. Gewerbeuntersagung im Falle der Insolvenz selbständig tätiger Schuldner	122
5. Kein Rechtsmittel des bisherigen Insolvenzverwalters gegen seine Abwahl	123
6. Keine Konkurrentenklagen wegen Bestellung einer anderen Person unter Übergehung des Prätendenten zum Insolvenzverwalter	127
7. Insolvenzgerichtliche Aufsicht, Entlassung und Haftung des Insolvenzverwalters	130
a) Voraussetzungen der Entlassung gem. § 59 InsO	130
b) Geltendmachung der Rückgewähr überzahlter Vergütung durch einen Sonderverwalter entspr. § 717 Abs. 2 ZPO	132
c) Haftung auf die Umsatzsteuer auf Zahlungen des Insolvenzverwalters wegen eigener Schadenersatzpflicht	133
d) Haftung für Masseverbindlichkeiten	134
XI. Anfechtungsrecht	137
1. Anfechtung gemäß § 130 InsO – Kongruente Deckung	137
a) Schutz der Befugnis des Insolvenzverwalters zur Verwertung von Absonderungsgut gem. § 166 Abs. 1 InsO	137
b) Anfechtung der Verrechnung im Kontokorrent	140
2. Anfechtung gemäß § 131 InsO – Inkongruenz	144
a) Auslegung des § 133 InsO verstößt nicht gegen Europarecht	145
b) Verrechnung durch die kontenführende Bank – subjektiver Tatbestand	146
c) Inkongruenz der Sicherheitengewähr bei Stundung von Steuerschulden gem. § 222 AO (Fall I)	147
d) Inkongruenz der Sicherheitengewähr bei Stundung von Steuerschulden gem. § 222 AO (Fall II)	148
e) Anfechtungsrechtliche Bedeutung von vertragsgemäßen Kontensperren	149
f) Gläubigerbenachteiligung und Inkongruenz von Befriedigung und Sicherung durch Vollstreckungsmaßnahmen	151
g) Indizwirkung der Inkongruenz von Sicherheitenbestellung oder Leistung	152
h) Anfechtbarkeit als Aufrechnungssperre	156
i) Keine gläubigerbenachteiligenden Rechtsgeschäfte wegen wertauschöpfend belasteter Sicherungsgegenstände?	157
3. Anfechtung unmittelbar nachteiliger Rechtshandlungen gemäß § 132 InsO	158
4. Absichtsanfechtung gemäß § 133 InsO	161
a) Grenzen der Absichtsanfechtung: Phänomenologische Unterscheidung von absichtsvollem Handeln und leidendem Dulden	161
b) Zurechnung der Benachteiligungsabsicht des gesellschafts-	

rechtlichen Organträgers und der Gesellschafter gegenüber der insolvenzschuldnerischen Gesellschaft	166
5. Schenkungsanfechtung gemäß § 134 InsO	168
a) Reichweite des § 134 InsO	168
b) Entgeltliche Gegenleistung	169
6. Anfechtung im Drei-Personen-Verhältnis	170
7. Rückgewähranspruch nach § 37 KO auf Zinsen	173
8. Gläubigerbenachteiligung	173
a) Reichweite der Gläubigerbenachteiligung	173
b) Gläubigerbenachteiligung durch Abführung der Lohnsteueranteile an das Finanzamt durch den insolventen Arbeitgeber	175
9. Person des Anfechtungsgegners	177
10. Berechnung der Anfechtungsfristen	179
11. Wirkung der Insolvenzanfechtung auf nichttakzessorische Sicherheiten	184
12. Rückschlagsperre	185
13. Prozesskostenhilfe für Führung von Anfechtungsprozessen bei Masseunzulänglichkeit	187
XII. Aufrechnung im Insolvenzverfahren – Schutz der Aufrechnungslage und ihre insolvenzrechtlichen Schranken	188
1. Reichweite des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO	188
2. Grenzen der Aufrechnung im Insolvenzverfahren	189
a) Inkongruenz der Erlangung der Aufrechnungslage (Fall I)	190
b) Inkongruenz der Erlangung der Aufrechnungslage (Fall II)	191
3. Konzernverrechnungsklauseln	192
4. Aufrechnung in gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungenlagen	195
XIII. Wirkungen der Verfahrenseröffnung auf gegenseitige nicht vollständig erfüllte Verträge	197
1. Fragestellungen	197
2. Fehlende Durchsetzbarkeit der Erfüllungsansprüche aus gegenseitigen Verträgen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	197
3. Insolvenzzrechtliche Behandlung von Teilleistungen	199
4. Absonderungsrechte, besonders Aufrechnungen mit Gegenleistungen	199
5. Ausschluss der Wahl der „Erfüllungsverweigerung“ durch den Insolvenzverwalter als Verstoß gegen Treu und Glauben?	202
6. Auswirkungen der Insolvenz des gewerblichen Zwischenvermieters auf den Mietvertrag	203
7. Insolvenz, Arbeits- und Betriebsverfassungsrecht	205
a) § 113 InsO und § 323 Abs. 1 UmwG	205
b) Kosten der Vertretung des Betriebsrats in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren nach § 40 Abs. 1 BetrVG	206
8. Reichweite des § 119 InsO	207

Inhaltsverzeichnis

XIV. Insolvenzplan und Eigenverwaltung	209
1. Insolvenzplan	209
a) Zustimmung eines zuvor dissentierenden Gläubigers zum Plan	209
b) Fortführung des Notariats während eines Insolvenzplanverfahrens oder Amtsenthebung?	210
2. Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung	214
XV. Verbraucherinsolvenzverfahren	215
1. Absonderungsrecht im Verbraucherinsolvenzverfahren	215
2. Darlegungslasten des Schuldners	217
XVI. Internationales Insolvenzrecht	218
1. Zuständigkeit für die Eröffnung von Hauptinsolvenzverfahren	218
a) Mittelpunkt des hauptsächlichen Interesses, Priorität, automatische europäische Anerkennung, ordre public(Eurofood)	218
b) Zuständigkeit im Rahmen internationaler Insolvenzverfahren bei Sitzverlegung des Schuldners nach Antragstellung, aber vor Verfahrenseröffnung	226
2. Wirkungen der Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens	228
a) Verfahrensrechtliche Wirkungen vorläufiger Anordnungen des deutschen Insolvenzgerichts in anderen EU-Mitgliedstaaten	228
b) Funktion von Sicherungsmaßnahmen: Vorläufige Insolvenz- verwaltung nach § 22 Abs. 1 InsO	228
Sachregister	231

I. Die Bedeutung der BGH-Judikatur

Im Folgenden wird kritisch nachgezeichnet, wie der BGH in seiner Rechtsprechung zum Insolvenzrecht diesem, im Verlauf der vergangenen sieben Jahre durch die Einführung neuer Rechtsinstitute und sogar die Übernahme von Regelungen aus anderen Rechtsordnungen durch vielfältige neue Gesetze und deren Änderungen in Unruhe versetztem Rechtsgebiet Konturen, ja systematische Strukturen verliehen hat.

Die nachfolgenden Auseinandersetzungen mit der Judikatur des BGH verfolgen nicht allein das Ziel, die Judikatur überhaupt noch einmal Revue passieren zu lassen, sondern sie als Ausdruck eines die Auslegung und damit die Praxis bestimmenden Systems des Insolvenzrechts zu rekonstruieren. Für die insolvenzrechtliche Praxis ist das deshalb wichtig, weil allein schon aus haftungsrechtlichen Gründen der Abschied von verbreiteten Kategorien wie der einer „verwalterfreundlichen Auslegung“ empfehlenswert erscheint. Denn das Insolvenzverfahren zielt auf wirtschaftliche Optimierung im Rahmen der Krise eines Rechtsträgers, ist dabei aber eine Erscheinung des Rechts.

1. Reparaturen der Reform und Unübersichtlichkeit des Insolvenzrechts

a) Brüche im Aufbau und der Auslegung der InsO

Die Insolvenzordnung ist eine Großkodifikation, deren gesetzgeberischer Anspruch an den der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts heranreicht. Der Gesetzgeber hat mit der InsO ausdrücklich eine nachhaltige Umgestaltung des bis dahin geltenden Konkurs- bzw. Gesamtvollstreckungsrechts beabsichtigt. Ziel der Reform war bekanntlich die Schaffung eines modernen Insolvenzrechts, dessen Funktionstauglichkeit namentlich durch die Erleichterung der Verfahrenseröffnung, durch die Einbindung der absonderungsberechtigten Gläubiger in das Verfahren und ihre Beteiligung an dessen Kosten, sowie nicht zuletzt durch die Einführung eines Reorganisationsverfahrens erreicht werden sollte.

Das Inkrafttreten der InsO zum Jahresanfang 1999 hat bei vielen Insolvenzpraktikern nicht anders als in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem neuen Recht Verunsicherung hervorgerufen. Auch wenn vielerorts zu hören war, es werde hinfort an bewährten Praktiken festgehalten, die erfolgreich unter der Geltung von Konkurs-, Vergleichs- und seit 1990 der Gesamtvollstreckungsordnung angewandt worden waren, stellte sich doch bald heraus, dass dies nur mit erheblichen Einschränkungen möglich war. Dass die rechtlichen Regelungen der InsO erhebliche Veränderungen gegenüber dem überkommenen Konkursrecht nach sich ziehen

I. Die Bedeutung der BGH-Judikatur

würden, hatte sich bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes abgezeichnet, als der BGH in einer Reihe von Entscheidungen sich bereits auf bestimmte noch nicht in Kraft gesetzte Regelungen des neuen Rechts stützte.

Die Flut von Veröffentlichungen zum neuen Recht in Gestalt nicht allein von bald zahllosen Doktorarbeiten, Handbüchern und Kommentaren, sondern in der beispiellosen Schwemme von Aufsätzen in mittlerweile acht deutschsprachigen insolvenzrechtlichen Zeitschriften² ist ein Spiegel der Unsicherheit, wenn auch selten ein Mittel zu ihrer Abhilfe. Das inflatorische Auftreten nicht immer wirklich tragfähiger rechtsdogmatischer Meinungen zu Streitfragen des Insolvenzrechts hat zu einer nicht unerheblichen Verunsicherung beigetragen, zumal in den vergangenen Jahren rechtsdogmatische Klärung und berufständische Interessen nicht selten in einer wenig hilfreichen Weise ineinandergeflossen sind. Noch vor der bislang wenig förderlichen Debatte um eine staatliche Zugangskontrolle zum Beruf des Insolvenzverwalters und seiner konkreten Ausübung hat der topos einer „verwalterfreundlichen Auslegung“ des Gesetzes an manchen Stellen Eingang in den Argumentationshaushalt gefunden, nicht ohne den Blick für die systematische Absicherung richtiger Entscheidungen zu verstellen.

Die Fülle von Einzelfragen, die mit dem neuen Recht aufgeworfen worden sind, hat sich dadurch noch erheblich vermehrt, dass der deutsche Gesetzgeber einem internationalen Trend folgend die materielle rechtliche Frage der Schuldbefreiung verschuldeter natürlicher Personen mit dem Instrument eines Verbraucherinsolvenzverfahrens behandelt hat. Das Schuldenbereinigungsverfahren und das Verbraucherinsolvenzverfahren mit den aus ihnen resultierenden nachhaltigen Belastungen von Insolvenzrichtern und als Treuhänder firmierenden Insolvenzverwaltern hat viel Aufmerksamkeit absorbiert.

Die Gesetzgebung hat die Versuche, der auftretenden Friktionen Herr zu werden, im Allgemeinen allenfalls nachvollziehen können. Offenkundige gesetzgebungstechnische Mängel des neuen Gesetzes hat der Gesetzgeber zu beseitigen unternommen; Unklarheiten oder Bruchstellen wie die Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO auf die Ansprüche der Bundesanstalt für Arbeit (vgl. § 55 Abs. 3 InsO) oder die der Eröffnung der sofortigen Beschwerde gegen vorläufige Anordnungen des Insolvenzgerichts (vgl. § 21 Abs. 1 S. 2 InsO) sind durch Gesetzesänderungen korrigiert bzw. durch eine Änderung der Rechtslage im übrigen entschärft worden. Die InsO hat allein durch die zahlreichen Änderungen, die sie während der kurzen Zeit ihrer Geltung erfahren hat, ihre Gestalt nicht unerheblich verändert. Die Europäisierung des Insolvenzrechts mit Inkrafttreten der EuInsVO am 31.5.2002 und die Anpassung des deutschen europäischen und internationalen Insolvenzrechts an die dadurch geschaffene neue Lage hat die legislativen Eingriffe in das deutsche Insolvenzrecht noch vertieft. Und ein Stillstand des Getriebes der insolvenzrechtlichen Gesetzgebung zeichnet sich nicht ab.

² Eine weitere Zeitschrift hat sich sogar die nichtwissenschaftliche, journalistisch-erbauliche Berichterstattung über das Geschehen rund um das Insolvenzrecht zur Aufgabe gemacht.

1. Reparaturen der Reform und Unübersichtlichkeit des Insolvenzrechts

Unzählige Erkenntnisse der erstinstanzlich zur Entscheidung berufenen Insolvenzgerichte und der Instanzgerichte besonders zum Komplex des Verbraucherinsolvenzverfahrens, aber über dieses hinaus auch zu anderen Fragen des Insolvenzrechts füllen die Seiten der Fachzeitschriften und drohen unter ihrer Fülle die Sicht auf Struktur und System des Insolvenzrechts eher dadurch zu verdunkeln, dass die Praxis in den ratlosen Zustand versetzt wird, ob sie sich an den ständig publizierten Einzelfallentscheidungen zu orientieren hat oder diese zu vernachlässigen seien. Es geht dabei nicht nur um besonders aus dem Rahmen fallende Entscheidungen wie der Eröffnungsbeschluss des AG Duisburg in Sachen der Babcock-Borsig AG³ – der freilich weniger süffisante Stellungnahmen erheischt als die *Überforderung* der Insolvenzgerichte deutlich macht – als um die Masse wenig ins Auge fallender, aber gleichwohl im Wald insolvenzrechtlicher Journale veröffentlichter Gerichtserkenntnisse.

Die Unübersichtlichkeit des in Bewegung gesetzten Insolvenzrechts wird noch dadurch erhöht, dass gleichsam „von außen“ die Insolvenzpraxis in Unruhe versetzt wird. Entscheidungen fachfremder Gerichte wie die des BFH vom 12.12.2001⁴ zwingen freilich dazu, an die systematischen Grundlagen des Insolvenzrechts zu erinnern und auf sie zurückzugehen.

b) *Stellung des BGH*

Der Rechtsprechung des BGH kam und kommt in dieser Lage des anhaltenden „Umbruchs“ des deutschen Insolvenzrechts eine besondere Bedeutung zu.

Jahrzehntelang hatte das Konkurs- und Vergleichsrecht unspektakulär funktioniert; höchstrichterliche Entscheidungen ergingen im Wesentlichen zu Fragen des materiellen Konkursrechts. Mit dem fragmentarisch geregelten Gesamtvollstreckungsrecht der neuen Bundesländer wurde der BGH zusehends vor die Aufgabe gestellt, aus der Systematik des Insolvenzrechts Konsequenzen für die Auslegung einer in sich nicht geschlossenen gesetzlichen Regelung abzuleiten.

Der Gesetzgeber hat mit der Änderung gerichtsverfassungsrechtlicher Zuständigkeiten durch die Neufassung des § 133 GVG im Rahmen der Umgestaltung des Zivilprozessrechts über den Bereich des materiellen Insolvenzrechts hinaus eine umfassende Kompetenz des BGH für alle Fragen des Insolvenzrechts erzwungen.

Der zuständige IX. Fachzivilsenat des BGH hat sich bereits in jener wie in der nach Inkrafttreten der InsO entstandenen Lage davor gehütet, mit auf jeweils nicht durch rechtsdogmatisch verallgemeinerungsfähige „Abwägungen“ gestützte Einzelfallentscheidungen auf diese Lage zu reagieren.

³ AG Duisburg, B. v. 1.9.2002, 62 IN 167/02, DZWIR 2003, 522.

⁴ BFH, Urt. v. 12.12.2001, XI R 56/00, DZWIR 2002, 112 = ZIP 2002, 259; hierzu Smid DZWIR 2002, 265.

I. Die Bedeutung der BGH-Judikatur

2. Normenkontrolle

a) *Probleme im Verhältnis von Rechtsprechung und Legislative und der Beachtung höchstrichterlicher Judikatur durch die Instanzgerichte*

In dem Bericht⁵ über die Entwicklung der höchstrichterlichen Judikatur auf dem Gebiet des Insolvenzrechts ist auf die nachgerade entscheidende Bedeutung hingewiesen worden, die der Rechtsprechung des BGH für die Ausbildung eines in sich stimmigen Systems von Vorentscheidungen des Insolvenzrechts⁶ zukommt. Die InsO als Gesetz ist wegen ihrer inneren Brüche und des daraus resultierenden Änderungsbedarfs ein Instrument, dessen Anwendung derzeit keineswegs weniger Probleme hervorruft als die der Gesetze auf anderen Gebieten des Zivilrechts; die vielfältigen Interdependenzen des Insolvenzrechts als zivilrechtliche Haftungsordnung sowohl mit anderen Bereichen des Zivilrechts als auch mit anderen Rechtsgebieten rufen Unsicherheiten hervor, derer die Eingangsgerichte nicht Herr werden können.

b) *Normenkontrolle durch den IX. Zivilsenat des BGH?*

So hat sich der IX. Zivilsenat mit der gesetzlichen Anordnung von Untergrenzen der Verwaltervergütung auseinanderzusetzen gehabt. An deren Eindeutigkeit ist nicht interpretatorisch zu rütteln.

Fall 1: Mit zwei Beschlüssen vom 15.1.2004⁷ hat der BGH darauf erkannt, vom 1.1.2004 an, sei § 2 Abs. 2 InsVV nicht mehr anwendbar, der für massearme Verfahren eine Mindestpauschalgebühr von € 500 vorsieht. Da die InsVV eine Verordnung ist, deren Verfassungskonformität vom BGH geprüft werden kann, hat der IX. Zivilsenat dem Verordnungsgesetzgeber eine Frist zur Abwendung der Vorschrift gesetzt. Vom 1.1.2004 an gilt nach der Erkenntnis des BGH die Begrenzung auf die Mindestvergütung nicht mehr, vielmehr ist nach Maßgabe des tatsächlichen Aufwandes des Insolvenzverwalters zu rechnen. Bei dem Beschluss IX ZB 46/03 hat der Senat diese Grundsätze auch auf die Vergütung des Treuhänders gem. § 13 Abs. 1 S. 3 Halbs. 1 InsVV erstreckt.

Die beiden Entscheidungen begegnen Bedenken, wie sie z.B. *Graeber*⁸ geäußert hat. Vordergründig scheint es, dass der IX. Zivilsenat des BGH dem Gesetzgeber seine zweifelsohne bestehende Befugnis streitig macht, im Verordnungswege Pauschalvergütungen festzusetzen, die sich – vergleichbar der Gebührensätze von Rechtsanwälten – in eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung einstellen.

Gegen eine solche Betrachtungsweise sprechen aber zwei Argumente: Geht man allein von der Mindestvergütung des Insolvenzverwalters in massearmen Regel-

⁵ DZWIR 2004, 1.

⁶ Vgl. zu den methodischen Prämissen *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage 1999, Rdnr. 421 ff.

⁷ BGH, B. v. 15.1.2004, IX ZB 96/03, DZWIR 2004, 165 = ZIP 2004, 417 = BGHZ 157, 282 und BGH, B. 15.4.2004, IX ZB 46/03, DZWIR 2004, 164 = ZIP 2004, 424.

⁸ *Graeber*, NZI 2004, 169.

insolvenzverfahren aus, bedarf die Prüfung der Verfassungswidrigkeit bzw. – Konformität des § 2 Abs. 2 InsVV vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG einer Betrachtungsweise, die die Wirklichkeit der Tätigkeit des Insolvenzverwalters in ihre wertende Betrachtung mit einbezieht. Denn, wie der IX. Zivilsenat zutreffend feststellt, folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht etwa, dass für jedes Verfahren im Einzelfall eine kostendeckende und angemessene Vergütung bzw. ein Auslagenersatz dem Insolvenzverwalter gewährt wird; vielmehr ist die Möglichkeit einer Querfinanzierung zu berücksichtigen, da eine exakt nach dem konkreten Tätigkeitsaufwand berechnete Vergütung nicht sachgerecht und verfahrenswirtschaftlich errechnet werden könnte. Der IX. Zivilsenat stützt sich daher zutreffend auf zwei Säulen seiner Argumentation. Zum einen führt er aus, dass mit der Gesetzesänderung des Jahres 2001 und dem dort vorgesehen Stundungsmodell die Zahl massearmer Verfahren zugenommen und sich damit das Verhältnis von „massereichen zu massearmen“ Verfahren zu Ungunsten ersterer verschoben hat. Das aber macht eine Querfinanzierung fraglich. Ferner stützt sich der BGH auf veröffentlichte Stellungnahmen von Gerichten ebenso wie Literaturstellen und schließlich die Angaben des statistischen Jahrbuchs für die Bundesrepublik Deutschland, um diese rechtstatsächliche Grundlage seiner Entscheidung zu unterlegen.

Die Entscheidungen rufen trotz der überzeugenden wirtschaftlichen Gesichtspunkte, die von den Gerichten angeführt werden, erhebliche rechtliche Bedenken hervor. Zunächst fragt sich nämlich, in welchem Umfang die (höchstrichterliche) Rechtsprechung an das positive staatliche Recht gebunden ist. Diese Bindung findet ihre Grenze in der Tat in einer Verfassungswidrigkeit der anzuwendenden Vorschrift. Im Falle formeller Gesetze führt dies dazu, dass ein Vorlagebeschluss zu erlassen ist, Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG. Bei § 2 InsVV ist dies aufgrund des Verordnungscharakters der InsVV (vgl. § 65 InsO) ausgeschlossen. In derartigen Fällen ist das Gericht der jeweiligen Fachgerichtsbarkeit dazu gehalten, über die Verfassungswidrigkeit inzident im Rahmen seiner Entscheidungsbefugnis zu befinden. Für die Anwendung der fraglichen Vorschrift des § 2 InsVV ergeben sich daraus – gesetzt, man geht von ihrer Verfassungswidrigkeit aus – Schwierigkeiten. Die zu fällende Entscheidung kann nämlich allein darauf lauten, dass auf die Beschwerde des Insolvenzverwalters anstelle der vorgesehenen Mindestvergütung eine Vergütung nach Maßgabe der §§ 3 ff. InsVV zu bemessen sei. Für eine Fristsetzung des Gerichts der ordentlichen Gerichtsbarkeit, und sei es des IX. Zivilsenats des BGH, ist indessen durch die Gesetzesbindung der rechtsprechenden Gewalt (Art. 20 III GG) auf der einen Seite und der schlichten Unterscheidung von Legislative und Judikative auf der anderen Seite kein Raum gelassen. Während das BVerfG aufgrund seiner besonderen Stellung als Verfassungsorgan und durch die gesetzliche Ermächtigung des BVerfGG die ausdrückliche Möglichkeit hat, der Gesetz gebenden Gewalt zur Umsetzung der verfassungsrechtlich gebotenen Lage Fristen zu setzen, hat die ordentliche Gerichtsbarkeit auch im Falle der Bundesgerichtsbarkeit keine derartige Entscheidungsmöglichkeit.

Aber auch in der Sache begegnet die Judikatur sowohl des BGH als auch des AG Potsdam in dieser Angelegenheit nicht unerheblichen Bedenken. Dies zeigt ein Blick auf

I. Die Bedeutung der BGH-Judikatur

die übrige Judikatur des BGH dessen IX. Zivilsenat⁹ ebenfalls im vergütungsrechtlichen Zusammenhang entschieden hat, dass die Staatskasse für die Vergütung des vorläufigen Verwalters in massearmen Verfahren nicht einzustehen hat, weil der Sachverständige mit seinem Gutachten erheblichen Einfluss auf die Dauer der vorläufigen Verwaltung und damit die Arbeitsbelastung des vorläufigen Verwalters zu nehmen in der Lage und hierzu auch rechtlich verpflichtet sei. Dieser Gesichtspunkt kommt indes auch im Rahmen der Diskussion um die Mindestvergütung des Insolvenzverwalters zur Geltung. Denn im Regelinsolvenzverfahren gilt jedenfalls, dass sich im Zusammenhang des Gesetzes (§ 2 InsVV auf der einen und § 5 Abs. 1 InsO auf der anderen Seite) verfahrensrechtliche Mechanismen ergeben, die es dem Betroffenen Insolvenzpraktiker ermöglichen, nicht für eine Mindestvergütung arbeiten zu müssen. § 2 InsVV stellt eher einen Anreiz dar, als Sachverständiger ordentlich zu arbeiten, als dass damit ein Grundrechtseingriff verbunden wäre. Soweit es daher das Regelinsolvenzverfahren angeht, ist die Entscheidung des BGH¹⁰ deshalb abzulehnen, weil durch § 2 InsVV ein Eingriff in das Grundrecht des Insolvenzverwalters aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht verwirklicht werden kann.¹¹ Von einer Verfassungswidrigkeit des § 2 InsVV ist insofern nicht auszugehen, so dass ein Einschreiten des Gesetzgebers allenfalls deshalb geboten ist, um die in diesem Zusammenhang ergangene rechtsfehlerhafte Judikatur für die Zukunft auszuschließen. Denn mit § 2 InsVV wird ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG deshalb nicht verwirklicht, weil der Insolvenzverwalter nicht zu einer im Ergebnis unentgeltlichen Zwangsarbeit verpflichtet wird.¹² Für Verbraucherinsolvenzverfahren scheint nur vordergründig etwas anderes zu gelten. Durch das Stundungsmodell sind von Gesetzes wegen auch für die typischerweise massearmen Verfahren Regelungen getroffen, die zur Eröffnung des Verfahrens führen, so dass der Treuhänder für seine Arbeit auf die Mindestvergütung verwiesen wird. Aber auch in diesem Fall liegt keine Verpflichtung zur unentgeltlichen Zwangsarbeit und damit ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG vor. Denn der Treuhänder kann – theoretisch – die Übernahme des Mandats verweigern.

Dieses Argument wird erhebliche Bedenken hervorrufen, zumal der IX. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung¹³ zumindest andeutet, das Recht tatsächlich die Übernahme von Treuhänderbestellungen im Rahmen von Verbraucherinsolvenzverfahren nicht zu verweigern von sehr vielen Gerichten als Voraussetzung dafür angesehen wird, dass ein Verwalter auch mit Insolvenzverwaltungen im Regelverfahren berücksichtigt wird. An dieser Stelle muss die heftige Diskussion um die Voraussetzung der Auswahl des Insolvenzverwalters nicht wieder aufgegriffen werden. Nach den vorliegenden Entscheidungen des BGH lässt sich nämlich jedenfalls

⁹ BGH, B. v. 22.1.2004, IX ZB 123/03, DZWIR 2004, 418 = ZIP 2004, 571 = BGHZ 157, 370.

¹⁰ BGH, B. v. 15.1.2004, IX ZB 96/03, DZWIR 2004, 165 = ZIP 2004, 417 = BGHZ 157, 370.

¹¹ Zum Ganzen vgl. *Pawłowski* JZ 2004, 719 ff.

¹² Diese Ansicht ist alles andere als „verwalterfreundlich“. Richtig verstanden und in ihren gesetzlichen Kontext gestellt, wird jedenfalls der Verwalter im Regelinsolvenzverfahren aber nicht belastet.

¹³ BGH, B. v. 15.1.2004, IX ZB 46/03, DZWIR 2004, 164 = ZIP 2004, 424.

sagen, dass die Insolvenzgerichte bei der Auswahl des Insolvenzverwalters die Bereitschaft des Prätendenten, Verbraucherinsolvenzverfahren zu betreuen, nicht als Maßstab heranziehen dürfen; es ist also ermessensfehlerhaft, wenn ein Insolvenzgericht ein Junktim zwischen Verbraucher- und Regelinsolvenzverfahren im Rahmen seiner Auswahlentscheidung statuiert.

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die zweite Entscheidung des BGH, die vielfältigen inneren Widersprüche des Stundungsmodells des § 4a InsO deutlich macht. Allerdings ist insofern der Gesetzgeber zum Tätigwerden aufgefordert; durch eine Überdehnung grundrechtlicher Kategorien in der Auslegung des einfachen gesetzlichen Insolvenzrechts mag vordergründig zunächst den Beteiligten Abhilfe von ihren Nöten gewährt werden. Sachprobleme lassen sich auf diese Art und Weise indes nicht stimmig beseitigen.

c) „Richtlinien“ von Insolvenzgerichten und die Beachtung der Entscheidungen des BGH

Mitten in Minenfelder sind die Richter eines Insolvenzgerichts¹⁴ geraten, die Richtlinien¹⁵ für die vorläufige Verwaltung herausgegeben haben, die allein den Sinn haben können, dass die Verfasser als Insolvenzrichter von „ihren“ (?) Insolvenzverwaltern deren Beachtung verlangen.¹⁶ Das Verhältnis dieser Richtlinien zur höchstgerichtlichen Judikatur¹⁷ ist problematisch. Das Verhältnis von Insolvenzgericht und Verwaltern wird damit in eine Schräglage gebracht.

An dieser Stelle braucht die fragliche „Richtlinie“ des AG Hamburg nur in Grundzügen wiedergegeben zu werden. Die „Richtlinie“ besagt, dass in der Regel ein „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter zu bestellen sei, was bereits mit dem Urteil des BGH vom 18.7.2002¹⁸ nicht vereinbar ist. Vor dem Hintergrund der Forderung der „Richtlinie“, vor einer Entscheidung nach § 21 InsO solle ein Sachverständigengutachten einzuholen sein, ist dies überdies selbst widersprüchlich. Die Richtlinie sieht weiter detailliert vor, dass im Falle einer Betriebsfortführung die Deckung des Finanzbedarfs sicherzustellen sei. Hierzu wird der Einsetzung eines „starken“ vorläufigen Verwalters der Vorzug vor dem auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gegründeten Ansatz des BGH gegeben.¹⁹ Die „Richtlinie“ des AG Hamburg soll die Wirkungen des zitierten Urteils des BGH „abmildern“. Nun ist die Inobedienz der Unter- gegenüber den der Oberinstanz immer schwierig, auch wenn es unabhängigen Richtern unbenommen bleiben muss, abweichende Rechtsmeinungen zu verfolgen. Was an der Hamburger Praxis nachgerade verstört, ist

¹⁴ Frind/Rüther/Schmidt/Wendler (AG Hamburg); vgl. ZInsO 2004, 24 mit krit. Besprechung durch Marotzke ZInsO 2004, 113 und einer darauf erwidern den Kommentierung der eigenen Richtlinie durch Frind ZInsO 2004, 470.

¹⁵ „Hamburger Leitlinien“ vgl. ZInsO 2004, 24 ff.

¹⁶ Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 2006, § 56 Rdnr. 19

¹⁷ BGH, Urt. v. 18.7.2002, IX ZR 195/01, DZWIR 2002, 470 = ZIP 2002, 1625 = BGHZ 151, 353.

¹⁸ BGH, Urt. v. 18.7.2002, IX ZR 195/01, DZWIR 2002, 470 = ZIP 2002, 1625 = BGHZ 151, 353.

¹⁹ Vgl. bereits die Entscheidung AG Hamburg, B. v. 16.12.2002, ZIP 2003, 43, die in bewusstem Widerstand gegen den BGH ergangen ist; krit. dazu Marotzke, ZInsO 2004, 113.

I. Die Bedeutung der BGH-Judikatur

deren Auswirkung auf die betroffenen Insolvenzverwalter. Es ist – im negativen Sinne – eindrucksvoll, dass dem vorläufigen Verwalter als „faktischer Verwalter“ detailliert vorgeschrieben wird, wie er das Verfahren abzuwickeln hat, der Insolvenzrichter sich also gleichsam als „faktischer Verwalter“ geriert.

Das Insolvenzgericht hat im Allgemeinen nicht allein die Ordnungsgemäßheit (Rechtmäßigkeit) der Maßnahmen des Verwalters zu überprüfen²⁰. Vielmehr obliegt ihm im Rahmen seiner Amtsermittlungstätigkeit die Aufgabe, gerade auch die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Maßnahmen des Verwalters zu überwachen²¹. Zwar ist dem Verwalter hinsichtlich der von ihm (in Abstimmung mit dem Gläubigerausschuss) zu treffenden Maßnahmen ein eigenes Ermessen eingeräumt²². *Jaeger* hat denn auch kategorisch das Verhältnis zwischen Insolvenzgericht und Verwalter in das Schlagwort „Aufsicht, nicht Leitung“ gefasst²³. Zweifel daran äußert *Hess*²⁴, der meint, das Insolvenzgericht habe nicht die Befugnis, die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit des Verwalterhandelns zum Maßstab seiner Aufsicht zu machen; *Eickmann*²⁵ teilt diese Ansicht, meint aber, die Grenzen seien fließend und grobe Unzweckmäßigkeit des Verwalterhandelns könne zu dessen Rechtswidrigkeit und damit zu einem Aufsichtsfall führen. Man kann in der Tat erhebliche Zweifel daran äußern, ob das Insolvenzgericht befugt ist, dem Verwalter im Hinblick auf einzelne Maßnahmen Weisungen zu erteilen. Das suspendiert aber keinesfalls die gerichtliche Aufsichtspflicht, die sich gerade darauf richtet, masseschmälernde Maßnahmen des Verwalters zu verhindern.²⁶ Ob eine Maßnahme des Verwalters möglicherweise zu Schäden führt oder nicht, ist Frage einer ermessensfehlerfrei vom Insolvenzgericht anzustellenden Prognose, die aber immer Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte einschließen muss.²⁷

Die „Richtlinien“ des AG Hamburg mögen auf dem Konsens der Betroffenen in dem Gerichtsbezirk des Insolvenzgerichts beruhen. Sie können und dürfen die Insolvenzverwalter aber weder rechtlich binden, noch können sie die betroffenen Verwalter haftungsrechtlich entlasten sofern diese in Gehorsam ihrem Insolvenzgericht gegenüber die höchstrichterliche Judikatur ignorieren.

²⁰ *Heni*, Konkursabwicklungsprüfung, 1988, 82 ff.; einschränkend *KS-Naumann*, 443. (Rdnr. 26 ff.); *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 83 Rdnr. 6; *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 83 Anm. 1.

²¹ Anders ohne nähere Begründung *Hess/Binz/Wienberg*, GesO, § 8 Rdnr. 29.

²² *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 83 Rdnr. 5, 6; *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 83 Anm. 1.

²³ *Jaeger/Weber*, KO, § 83 Rdnr. 1; vgl. auch *Heinze*, in: *Leipold* (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 31, 37; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO, § 8 Rdnr. 96.

²⁴ *Hess*, § 58 Rdnr. 25.

²⁵ *HK-Eickmann*- § 58 Rdnr. 3. So im Ergebnis wohl auch *K/P – Lüke*, § 58 Rdnr. 11.

²⁶ *Smid*, *InsO-Kommentar*, 2. Aufl. 2002 § 58 Rdnr. 8.

²⁷ Zu dieser Konsequenz aus der verfahrensrechtlichen Einordnung vgl. näher *Smid*, *Rechtsprechung*, § 7 II 3, 4 (411 ff.), ferner § 2 II (164 ff.).

II. Struktur des Insolvenzrechts

Das neue Recht hat nicht nur Legionen von instanzgerichtlichen Entscheidungen hervorgerufen. Auch der BGH hat eine große Zahl von Entscheidungen getroffen. Allein deren Zahl trägt vordergründig nicht dazu bei, Klarheit zu steigern. Im Unterschied zur Kakophonie instanzgerichtlicher Erkenntnisse folgt die Judikatur des IX. Zivilsenats einer sich zusehends deutlicher abzeichnenden Linie. Deren Nachvollzug macht nicht nur klar, wohin sich die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats entwickelt. Sie lässt vielmehr die Strukturen des deutschen Insolvenzrechts deutlich hervortreten.

1. Insolvenzzweck als Topos

Der IX. Zivilsenat des BGH geht aufgrund der Aufgabe des Insolvenzverfahrens²⁸, das Vermögen des Schuldners den (Insolvenz-)Gläubigern haftungsrechtlich zum Zwecke ihrer bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung (§ 1 S. 1, 1. Var. InsO) zu unterwerfen²⁹ davon aus, dass der Bestand der Masse durch das Insolvenzrecht in zweierlei Hinsicht geschützt wird. Von einer Systematisierung des Insolvenzrechts durch die Judikatur des IX. Zivilsenats des BGH zu schreiben ist durchaus kein Euphemismus.

Die Achse, auf der die Erkenntnisse des IX. Zivilsenats ihre systematische Grundlegung erfahren, ruht damit auf zwei Eckpunkten. Solche Rechtshandlungen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geeignet sind, die Masse unrechtmäßig zu schmälern, unterliegen der Insolvenzanfechtung, die zugleich die Grenze der Befugnis des anderen Teils zur Befriedigung im Wege der Aufrechnung auch dann bildet, wenn er diese im Rahmen der Abwicklung noch nicht vollständig erfüllter gegenseitiger Verträge mit dem insolvenzschuldnerischen Unternehmen erklärt. Ist durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine den Gläubigern zugewiesene Masse konstituiert, die durch einen Insolvenzverwalter (§ 80 InsO) oder den Insolvenzschuldner (§ 270 InsO), jedenfalls aber aufgrund der Beschlüsse der Gläubigerversammlung gem. §§ 156, 157 InsO verwaltet wird, sind die Rechtshandlungen von Insolvenzverwalter oder debtor in possession nur insoweit wirksam, als sie sich auf der Grundlage einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise³⁰ als rechtmäßig erweisen. Der gemeinsame Kern dieser beiden Eckpunkte ist die Organisation der Gleichbehandlung der Gläubiger (par conditio creditorum), die den „Hauptzweck“

²⁸ Vgl. Uhlenbruck, InsO, § 1 Rdnr. 5; Smid, InsO, 2. Aufl. 2002, § 1 Rdnr. 32; dies verkennend, machen zunehmend verschiedene Insolvenzgerichte jedoch das sachfremde Kriterium der „Sozialkompetenz“ eines Verwalters, in dem er nachweisen soll, wie bislang seine Statistik des Erhaltes von Arbeitsplätzen aussieht zu einem Kriterium der Verwalterbestellung.

²⁹ Vgl. Jaeger, InsO, § 1 Rdnr. 3 ff.

³⁰ Vgl. den Segelbootfall: Uhlenbruck, InsO, § 1 Rdnr. 1.

II. Struktur des Insolvenzrechts

des Insolvenzrechts bildet.³¹ Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung verweist somit auf den „Insolvenzzweck“ – die Aufgaben von Insolvenzrecht und Insolvenzverfahren. Umgekehrt wird grundsätzlich damit die Wirksamkeit einer jeden auf die Masse bezogenen Rechtshandlung daraufhin in Frage gestellt, ob sie in insolvenzzweckwidriger Weise die Gläubigergleichbehandlung angreift. Es liegt auf der Hand, dass mit dem Insolvenzzweck auf einen zutreffenden, aber doch sehr *allgemeinen* Gesichtspunkt verwiesen wird.

Fall 2: Der IX. Zivilsenat hat auf die *Insolvenzzweckwidrigkeit* des Handelns des Insolvenzverwalters in einem Fall³² zurückgegriffen, in dem einem Insolvenzgläubiger im Wege eines *Vergleichs* die Befriedigung seiner Forderung vom Insolvenzverwalter zugesagt worden war. Der Insolvenzverwalter hatte dem anderen Teil ein finanzielles Zugeständnis gemacht, ohne dass der Masse durch die damit verbundene Belastung ein Vorteil erwuchs. Das „Zugeständnis“ bezieht sich darauf, dass die Forderung, deren Befriedigung aus der Masse „vorab“ vergleichsweise vereinbart worden war, als Insolvenzforderung nur mit der auf sie entfallenden Dividende aufgrund der Quote zu berücksichtigen gewesen wäre.

Die Art der Argumentation des IX. Zivilsenats in seinem Urteil vom 25.4.2002 scheint nun nahezulegen, dass nicht allein die Ungleichbehandlung des Vergleichspartners gegenüber den übrigen Insolvenzgläubigern Grund für die Unwirksamkeit des Vergleichsschlusses ist, sondern in Ermangelung einer „Gegenleistung“ die „Größenordnung“ des Zugeständnisses dessen Unwirksamkeit zur Folge habe.

Folglich scheint diese Entscheidung Ausnahmen von der Unwirksamkeit von Rechtshandlungen wegen Insolvenzzweckwidrigkeit nahezulegen: Fließt der Masse durch das dem Gläubiger eine Vorrangstellung einräumende Geschäft ein ansonsten nicht realisierbarer Vorteil zu, der die Verwertung der Masse überhaupt oder in dieser Weise erst möglich macht, ließe sich aus alledem der Schluss ziehen, dass die Rechtshandlung des Insolvenzverwalters nicht unwirksam ist.³³ Insolvenzzweckwidrigkeit scheint damit *vordergründig* auf eine wirtschaftliche Abwägung zu verweisen, die eine Konturlosigkeit der Zwecke des Insolvenzrechts und -verfahrens nach sich ziehen würde.

Zieht man die vom BGH zitierte ältere Judikatur zu Rate, wird deutlicher, wie sich die Reichweite der Insolvenzzweckwidrigkeit unter Rückgriff auf die Aufgaben des Insolvenzrechts bestimmen lässt:

Die Rechtsfolge aus der Insolvenzzweckwidrigkeit einer Handlung des Insolvenzverwalters sah die zitierte ältere Judikatur in der ipso iure-Unwirksamkeit der

31 BGH, Urt. v. 13.3.2003, IX ZR 64/02, DZWIR 2003, 291 = ZIP 2003, 810 = BGHZ 154, 190; Uhlenbruck, InsO, § 1 Rdnr. 2–4.

32 BGH, Urt. v. 25. 4. 2002, IX ZR 313/99, DZWIR 2003, 20, 22 f. = ZIP 2002, 1093 = BGHZ 150, 153; Vgl. bereits RGZ 57, 195, 199 f.; 63, 203, 213; 76, 244, 249 f.; BGH, Urt. v. 8.12.1954, VI ZR 189/53, LM § 6 KO Nr. 3; BGH Urt. v. 3.2.1971, VIII ZR 94/69, WM 1971, 346, 347; BGH Urt. v. 28.10.1993, IX ZR 21/93, NJW 1994, 323, 326.

33 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 17.1.2002, 27 U 150/01, DZWIR 2002, 345 = ZIP 2002, 676.

Handlung.³⁴ Der BGH lässt in der vorliegenden Entscheidung offen, ob *Spickhoff*³⁵ zu folgen sei, der die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht mit der Folge anzuwenden vorschlägt, dass objektive Evidenz und grobe Fahrlässigkeit der Unkenntnis des Vertragspartners die Unwirksamkeit des Handelns des Insolvenzverwalters zur Folge habe.

Die Fallgestaltung des BGH taucht freilich an verschiedenen Stellen wieder auf, so bei der Frage, ob eine vom vorläufigen Zustimmungsverwalter gedeckte Abrede des Schuldners mit einem Dritten über die Begleichung von Insolvenzforderungen Bestand haben kann und ist für alle Fragen wichtig, die im Rahmen vergleichsweiser Einigungen auftreten:

Fall 3: Die D Bank AG hat als Gläubigerin und Beklagte in dem über das Vermögen der Baugenossenschaft Sch. eG eröffneten Gesamtvollstreckungsverfahren u.a. eine Forderung in Höhe von DM 1.772.223,89 Kapital und Zinsen angemeldet. Unstreitig stand diese Forderung der Gläubigerin zunächst gegen die ZBO „Aufbau“ T.dorf zu. Die ZBO war laut Beschluss ihrer Mitgliederversammlung vom 16.6.1990 liquidiert und aus dem Register gelöscht worden; die Gemeinschuldnerin ist nach § 1 ihrer Satzung aus der Umwandlung der ZBO hervorgegangen. Am 15.1.1993 haben die heutige Gemeinschuldnerin und die heutige Beklagte eine Rangrücktrittsvereinbarung wegen der im gegenwärtigen Rechtsstreit gegenständlichen Forderung geschlossen. Das Registergericht – Genossenschaftsregister – hat mit Schreiben vom 10.3.1995 mitgeteilt, dass eine Rechtsnachfolge im Wege der rechtsformwechselnden Umwandlung nach dem LandwAnpG nicht stattgefunden habe; infolge dessen hat das Registergericht die entsprechende Eintragung in das LPG-Register von Amts wegen am 19.12.1995 vorgenommen. Am 18.5.1993 wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der Baugenossenschaft Schl. eG eröffnet. Im Prüfungstermin am 5.8.1993 bestritt der Gesamtvollstreckungsverwalter die von der heutigen Beklagten angemeldete Forderung, worüber er sie mit Schreiben vom 20.8.1993 unterrichtete. Zwischen dem zunächst bestellten, später verstorbenen Gesamtvollstreckungsverwalter (im Folgenden: Gesamtvollstreckungsverwalter A) bestand im Jahr 1994 Streit darüber, ob die Forderung der Gläubigerin auf einem sog. Altdarlehen beruhe, das u.U. keine im Gesamtvollstreckungsverfahren berücksichtigungsfähige Forderung begründe. Wie in anderen über das Vermögen von eG im Bereich ehemaliger LPG eröffneten Gesamtvollstreckungsverfahren hat der Gesamtvollstreckungsverwalter seinen Widerspruch gegen die Forderungsanmeldung formularmäßig auch darauf gestützt, dass eine Rechtsnachfolge aufgrund von Gründungsfehlern nicht vorliege. Am 9./14.12.1994 haben Gläubigerbank und der Gesamtvollstreckungsverwalter A einen Vergleich geschlossen, in der der Gesamtvollstreckungsverwalter A erklärte, die Forderung geprüft zu haben und sich verpflichtete, sie zur Tabelle festzustellen. Dem war nach dem eigenen unstreitigen Vortrag der heutigen Beklagten vorangegangen, dass die heutige Beklagte beim Gesamtvollstreckungsgericht durch Beschwerden über den Gesamtvollstreckungsverwalter A diesen zur Aufgabe seines Widerspruchs zu veranlassen unternahm. Der Gesamtvollstreckungsverwalter A verstarb im Jahr 1998; das Gesamtvollstreckungsgericht bestellte Rechtsanwalt B. zum neuen Gesamtvollstreckungsverwalter (im Folgenden: Gesamtvollstreckungsverwalter B). Dieser forderte im Jahr 2001 die Gläubigerbank zur Rücknahme der Forderungsanmeldung auf; als dies nicht erfolgte, hat der Gesamtvollstreckungsverwalter B gegen den Vergleich entsprechend § 767 ZPO Vollstreckungsabwehrklage mit dem Antrag erhoben, dass festgestellt werde, dass der Beklagten keine Forderung gegen den Kläger zustehe.

³⁴ Uhlenbruck, InsO, § 1 Rdnr. 101.

³⁵ Spickhoff KTS 2000, 15 ff.; vgl. auch MünchKomm-Ott, InsO, § 80 Rdnr. 61 m.w.N.

II. Struktur des Insolvenzrechts

Die Klage ist zulässig. Gegen die Feststellung zur Tabelle kann im Wege der Vollstreckungsgegenklage vorgegangen werden.³⁶ Die Klage wäre freilich unzulässig, wenn die streitbefangene Forderung nicht zuvor zur Tabelle angemeldet worden wäre. Die angemeldete Forderung wird zur Tabelle aufgenommen und gilt dann mit der Wirkung als festgestellt, dass der Tabelleneintrag für das Insolvenzverfahren einem Titel gleichsteht. Widerspricht der Verwalter oder ein Insolvenzgläubiger, kann der dann auftretende Streit nicht im Insolvenzverfahren ausgetragen werden. Der Inhaber der bestrittenen Forderung muss sie im allgemeinen Zivilprozess durchsetzen. Die Forderung wird nicht festgestellt, wenn der Verwalter oder ein Gesamtvollstreckungsgläubiger (§ 1 GesO) einer angemeldeten Forderung widerspricht; dies kann nur mündlich im Prüfungstermin erfolgen³⁷. Der Widerspruch kann zurückgenommen werden³⁸. Die Rücknahme muss als Verfahrenshandlung vorbehaltlos erklärt werden, da andernfalls der Widerspruch weiter beachtlich bleibt³⁹. Dies ist im vorliegenden Fall ausweislich der Tabelle erfolgt, da der Rechtspfleger die Forderung vorbehaltlos eingetragen und dabei einen Vermerk darüber aufgenommen hat, dass der Gesamtvollstreckungsverwalter seinen Widerspruch nicht aufrechterhalte. Eine durch den Verwalter oder einen anderen Gläubiger gegen den Gläubiger, der die bestrittene Forderung angemeldet hat, erhobene negative Feststellungsklage ist allerdings im Allgemeinen unzulässig.⁴⁰ Denn es fehlt ihr an dem von § 256 Abs. 1 ZPO geforderten Feststellungsbedürfnis. Anders verhält es sich aber, wenn der Gesamtvollstreckungsverwalter die angemeldete Forderung anerkennt und zur Tabelle aufgenommen und der Rechtspfleger dies beurkundet hat. Aus dem Tabellenauszug kann der Gläubiger nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens die Zwangsvollstreckung betreiben. Wegen der Feststellungsfunktion des Tabelleneintrags kann die Vollstreckung „wie aus einem vollstreckbaren Urteil“ vorgenommen werden. Dabei fungiert nicht erst der Tabellenauszug als Titel, sondern der Eintrag in die Tabelle.⁴¹ Ergeben sich nach Beurkundung der Anerkennung der Forderung neue Tatsachen, aufgrund derer sich ergibt, dass die durch Feststellung zur Tabelle erfolgte Titulierung der Forderung nicht rechtens ist, kann dagegen im Wege der Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO vorgegangen werden.⁴² Die in diesem Zusammenhang von *Haarmeyer, Wutzke* und *Förster*⁴³ ver-

³⁶ Vgl. statt aller allein MünchKomm-K. *Schmidt*, ZPO, 2. Aufl. 2002, § 767, Rdnr. 35.

³⁷ RG, Urt. v. 3.3.1904, I 466/03, RGZ 57, 270, 274; Kölner Schrift zur Insolvenzordnung-*Eckardt*, 2. Aufl. 2000, 743, 756 Rdnr. 25; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 144 Rdnr. 2 e; *Kübler/Prütting-Pape*, Insolvenzordnung, § 176 Rdnr. 6; aA *Nerlich-Römermann-Becker*, § 176 Rdnr. 21; *Smid*, InsO, 2. Aufl. 2002 § 178 Rdnr. 2.

³⁸ BGH, Urt. v. 25.6.1957, VIII ZR 251/56, WM 1957, 1225, 1226; *Kübler/Prütting-Pape*, § 176 Rdnr. 12; MünchKomm-*Nowak*, InsO § 176 Rdnr. 20.

³⁹ RG, Urt. v. 26.11.1935, VIII 427/34, RGZ 149, 257, 264; *Smid*, InsO, 2. Aufl. 2002, § 178 Rdnr. 7.

⁴⁰ *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 146 Rdnr. 4, 9; einschränkend für den Fall eines anderen rechtlichen Interesses als an der Feststellung nach § 146; ähnlich *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 146 Anm. 2 a.

⁴¹ Statt aller MünchKomm-*Schumacher*, InsO, § 178 Rdnr. 67 ff.

⁴² Herrschende Lehre: MünchKomm-*Schumacher*, InsO, § 178 Rdnr. 77/78.

⁴³ *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Gesamtvollstreckungsordnung, 4. Aufl. § 11 Rdnr. 85 b; differenzierend *Smid*, Gesamtvollstreckungsordnung, 3. Aufl. § 11 Rdnr. 91.

tretenen Meinung, eine Tabellenkorrektur sei nur unter den strengen Voraussetzungen der Wiederaufnahmeklage gem. § 580 ZPO zulässig, ist hier nicht einschlägig. Denn die zitierten Autoren gehen davon aus, dass dies erst nach dem „letzten“ Prüfungstermin der Fall sei.

Im vorliegenden Fall hat der Rechtspfleger die Eintragung in die Tabelle vorgenommen, der Verwalter habe seinen Widerspruch gegen die Forderungsanmeldung aufgegeben. Das Gesetz sieht freilich in § 11 Abs. 1 S. 1 GesO vor, dass der *Verwalter* die Tabelleneintragung vornimmt.⁴⁴ Gegen die Titulierungswirkung des Tabelleneintrags kann insofern die Vollstreckungsgegenklage erhoben werden, wenn die Einwendungen nach Rücknahme des Widerspruchs entstanden sind.⁴⁵ Dies ist hier jedenfalls deshalb der Fall, weil der klagende Gesamtvollstreckungsverwalter sich auf die nach Tabelleneintrag bzw. dem am 20.12.1994 erfolgten Eintrag der Rücknahme des Widerspruchs vorgenommene Löschung vom 19.12.1995 der Liquidation der ZBO „Aufbau“ beruft.

Die Parteien sind in der Rangrücktrittsvereinbarung fraglos davon ausgegangen, dass die Forderung der heutigen Beklagten bestehe. Erkennbar lag es weder im Willen der damaligen Vertragsparteien, einen neuen Rechtsgrund für die Forderung noch Beweiserleichterungen für die Forderung zu schaffen. Es kommt daher entscheidend darauf an, ob im Wege der Vereinbarung vom 9./14.12.1994 die Parteien die Frage einer Rechtsnachfolge der Gemeinschuldnerin nach der ZBO „Aufbau“ haben regeln wollen. Im vorliegenden Fall bestehen daran Zweifel, dass zum Zeitpunkt der Feststellung eine Vereinbarung über eine Rechtsnachfolge bestand. Denn der frühere Gesamtvollstreckungsverwalter A hat einen Vergleich geschlossen, in dem er erklärt hat, er habe die Forderung nach Grund und Höhe geprüft. Wäre davon auszugehen, dass der Gesamtvollstreckungsverwalter A im Jahr 1994 mit der heute beklagten Gläubigerin durch Vergleich vom Dezember 1994 auch die im vorliegenden Rechtsstreit gegenständliche Frage geklärt habe, die heutige Gemeinschuldnerin sei aus der Umwandlung aus der ZBO „Aufbau“ hervorgegangen, wären Einwendungen aus Fehlern der Umwandlung der ZBO in die heutige Gemeinschuldnerin ausgeschlossen. Die auf der Grundlage dieser Erklärung erfolgte Feststellung der Forderung der heutigen Beklagten zur Tabelle könnte in dem Sinne „rechtskräftig“ geworden sein, dass hiergegen allein eine Wiederaufnahmeklage nach § 580 ZPO gegeben wäre. Voraussetzung der Deutung der Vereinbarung vom 9./14. Dezember 1994 als Vergleich über die bezeichnete im heutigen Rechtsstreit gegenständliche Rechtsfrage wäre, dass der Gesamtvollstreckungsverwalter A einen mit der heutigen Beklagten geführten Streit über die Rechtszuständigkeit der heutigen Gemeinschuldnerin und die Frage von Umwandlung oder Neugründung bereinigen wollte.⁴⁶ Hierfür spricht, dass der Gesamtvollstreckungsverwalter A zum Gegenstand seines Widerspruchs vom 8.6.1994 den Pas-

⁴⁴ Unstreitig; vgl. statt aller *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, § 11 Rdnr. 81; *Smid*, § 11 Rdnr. 9; *Kilger/K. Schmidt*, Insolvenzzesetze, § 11 GesO Anm. 2.

⁴⁵ *MünchKomm-Schumacher*, InsO, § 178 Rdnr. 79.

⁴⁶ *MünchKomm-Pecher*, BGB, § 779 Rdnr. 63.