

Pape · Gundlach · Vortmann

Handbuch der Gläubigerrechte

von

Prof. Dr. Gerhard Pape

Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Honorarprofessor an der Georg-August-Universität, Göttingen

Prof. Dr. Ulf Gundlach

Staatssekretär a.D., Rechtsanwalt

Honorarprofessor an der Otto-von-Guericke-Universität, Magdeburg

Dr. Jürgen Vortmann

Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuer- und Insolvenzrecht, Cloppenburg

3. Auflage

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2018

Vorwort

Im April 2011 haben die Verfasser die Voraufgabe dieses Buches, das insbesondere den Gläubigern einen Wegweiser im System der Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren geben soll, vorgelegt. Nach gut einem Jahrzehnt der Geltung der Insolvenzordnung ging es ihnen darum, die Praxis der Gläubigerbenachteiligung darzustellen und die Neuerungen der Insolvenzordnung, die sich bis dahin herausgebildet hatten, zu erläutern. Die Parallelen und Unterschiede zur Konkurs- und Gesamtvollstreckungsordnung waren deutlich hervorgetreten, so dass eine Aktualisierung des erstmals 2001 erschienenen Werkes sinnvoll erschien. Anliegen der Verfasser war es, Wege zur Wahrnehmung der Rechte der Gläubiger im Insolvenzverfahren aufzuzeigen. Daneben sollte verstärkt auf die besondere Stellung der aus- und absonderungsberechtigten Gläubiger, die nicht nur über die Organe der Gläubigerselbstverwaltung, sondern auch individuell ihre Rechte im Verfahren wahrnehmen können, eingegangen werden. Es war – wie schon in der ersten Auflage – nicht Ziel der Darstellung, Ausführungen für eine vertiefte wissenschaftliche Auseinandersetzung, die sich primär mit den theoretischen Streitfragen der Gläubigerautonomie beschäftigte, zu machen. Vielmehr sollte ein Leitfaden für die Wahrnehmung der Rechte der Gläubiger geschaffen werden.

Bei diesen Zielen ist es auch in der Neuauflage geblieben. Den Gläubigern soll mit dem Handbuch, in dem die neueren Entwicklungen der Insolvenzordnung, die etwa im Bereich der Eigenverwaltung und des Konzerninsolvenzverfahrens auch erhebliche Auswirkungen auf die Stellung der Gläubiger haben, einbezogen sind, Hinweise geben, wie sie ihre Rechte erkennen und diese mit Hilfe dieser Erkenntnisse im Insolvenzverfahren umsetzen können. Die Autoren, die auch weiterhin in der Praxis ständig mit insolvenzrechtlichen Fragen beschäftigt sind, und auch zu diesen Themen schon vielfach publiziert haben, wollen Praxisnähe und wissenschaftliche Genauigkeit bieten. Durch eine Aufbereitung der Rechtsprechung der vergangenen Jahre und die Zuordnung der Entscheidungen zu bestimmten Stichworten soll das Auffinden von einschlägigen Urteilen und Beschlüssen zu Fragen der Gläubigerautonomie, die es inzwischen reichlich gibt, erleichtert werden. Der Praxisbezug findet sich insbesondere auch in den Formularen, die in einem eigenen Kapitel zur Verfügung gestellt werden, wieder. Mit Hilfe dieser Formulare können die Gläubiger ihre Rechte wahrnehmen.

Die Autoren sind auch weiterhin immer für Anregungen und Ergänzungen offen.

Karlsruhe/Magdeburg/Cloppenburg, im Oktober 2017

Dr. Gerhard Pape

Dr. Ulf Gundlach

Dr. Jürgen Vortmann

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---------------------------------|------|
| Vorwort | V |
| Abkürzungsverzeichnis | XIII |
| Literaturverzeichnis | XVII |

| | |
|--|------------|
| Kapitel 1: Die Grundlagen des Verfahrens | 1 |
| A. Gesetzliche Regelungen für die Stellung und Beteiligung der Gläubiger im Insolvenzverfahren – Verfahrensüberblick | 2 |
| I. Gläubigerrechte im Eröffnungsverfahren | 2 |
| II. Einteilung der Gläubiger | 13 |
| III. Organe der Gläubigerselbstverwaltung. | 19 |
| IV. Nicht kollektiv geltend zu machende Rechte der Gläubiger | 29 |
| B. Allgemeine Einführung in die Problematik der Gläubigerbeteiligung. | 31 |
| I. Bedeutung der Gläubigerautonomie in der InsO. | 32 |
| II. Auswirkungen der stärkeren Einbeziehung dinglich gesicherter Gläubiger in das Verfahren | 36 |
| III. Zur Auseinandersetzung mit Fragen der Gläubigerbeteiligung. | 38 |
| C. Rechtsprechung zur Stellung der Gläubiger im Insolvenz-, Konkurs- und Gesamtvollstreckungsverfahren (A–Z) | 42 |
| Kapitel 2: Die Stellung der Gläubiger im Eröffnungsverfahren | 121 |
| A. Vorbemerkung | 121 |
| B. Gläubigerüberlegungen vor Insolvenzantragstellung. | 122 |
| I. Gläubigeranträge in Bezug auf private Schuldner und Kleingewerbetreibende | 123 |
| II. Gläubigeranträge im Regelinsolvenzverfahren | 124 |
| C. Besondere Voraussetzungen für Gläubigeranträge. | 126 |
| I. Antragsrücknahme und Erledigungserklärung | 129 |
| II. Wiederaufnahme des Verfahrens | 132 |
| III. Haftungsrisiken im Zusammenhang mit Insolvenzanträgen. | 132 |
| D. Weitere Gesichtspunkte der Gläubigerbeteiligung im Insolvenzeröffnungsverfahren. | 133 |
| I. Rechtsbehelfe im Rahmen der Vorprüfung | 133 |
| II. Zulässigkeit der Beantragung von Sicherungsmaßnahmen. | 134 |
| III. Auswirkungen einzelner Sicherungsmaßnahmen auf die Rechtsstellung der Gläubiger | 136 |
| IV. Beteiligung an den Verfahrenskosten durch Gläubigervorschüsse. | 138 |
| E. Auswirkungen der Eröffnungsentscheidung auf die Gläubiger | 139 |
| I. Aufforderung der Gläubiger zur Geltendmachung von Sicherungsrechten | 140 |
| II. Terminbestimmungen im Eröffnungsbeschluss. | 141 |
| III. Beschwerderechte der Gläubiger im Eröffnungsverfahren | 142 |

| | |
|---|-----|
| Kapitel 3: Die Gläubigerversammlung | 143 |
| A. Verhältnis der Verfahrensorgane zueinander | 146 |
| I. Das Verhältnis zwischen Gläubigerausschuss und -versammlung . . | 147 |
| II. Das Verhältnis zwischen Gläubigerausschuss und Insolvenzgericht | 149 |
| III. Das Verhältnis zwischen Insolvenzgericht und Gläubigerversammlung | 150 |
| B. Die Stellung der Gläubigerversammlung im Regel- und im Verbraucherinsolvenzverfahren | 151 |
| I. Besonderheiten im Verfahren mit Eigenverwaltung des Schuldners | 152 |
| II. Eingeschränkte Bedeutung der Gläubigerautonomie im Verbraucherinsolvenzverfahren der §§ 304 ff. InsO | 152 |
| III. Beteiligung der Gläubiger im Restschuldbefreiungsverfahren der §§ 286 ff. InsO | 153 |
| C. Die Zusammensetzung und das Zusammentreten der Gläubigerversammlung | 154 |
| I. Berechtigung zur Teilnahme an der Gläubigerversammlung | 154 |
| II. Einberufung und Verfahren der Gläubigerversammlung | 159 |
| D. Festsetzung des Stimmrechts der Gläubiger | 167 |
| I. Stimmrechtsfestsetzung im Überblick | 168 |
| II. Stimmrechtsfestsetzung im Einzelnen | 169 |
| III. Stimmrechtsausschlüsse in besonderen Fällen | 174 |
| IV. Anfechtbarkeit von Stimmrechtsentscheidungen | 175 |
| E. Einzelne Beschlussgegenstände der Gläubigerversammlung und mögliches Gläubigerverhalten | 178 |
| I. Verhältnis der Gläubiger zum Insolvenzverwalter | 179 |
| II. Verhältnis der Gläubigerversammlung zum Gläubigerausschuss . . | 186 |
| III. Rechte und Befugnisse der Gläubigerversammlung im Verhältnis zum Schuldner | 188 |
| IV. Stellung und Befugnisse der Gläubigerversammlung im Insolvenzplanverfahren | 190 |
| V. Stellung der Versammlung im Verfahren allgemein | 192 |
| F. Aufhebung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung | 194 |
| I. Das Recht zur Anfechtung nachteiliger Entscheidungen | 194 |
| II. Probleme der Einbeziehung der absonderungsberechtigten Gläubiger | 198 |
| Kapitel 4: Der Gläubigerausschuss | 199 |
| A. Einführung | 201 |
| B. Die Einsetzung eines Gläubigerausschusses | 202 |
| I. Einsetzung eines vorläufigen Ausschusses im Eröffnungsverfahren | 204 |
| II. Ersetzung des Gläubigerausschusses durch einen Gläubigerbeirat | 206 |

| | | |
|---|--|------------|
| III. | Einsetzung des endgültigen Gläubigerausschusses | 207 |
| IV. | Zusammensetzung des Gläubigerausschusses | 208 |
| C. | Rechtsstellung der Mitglieder des Gläubigerausschusses | 212 |
| I. | Stimmverbote bei Selbstbetroffenheit und Verschwiegenheitspflichten | 213 |
| II. | Entlassung von Ausschussmitgliedern | 215 |
| III. | Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses | 219 |
| IV. | Vergütung der Tätigkeit der Ausschussmitglieder | 225 |
| D. | Selbstorganisation und Verfahren des Gläubigerausschusses | 227 |
| E. | Beschlussersetzung durch Gericht bzw. Gläubigerversammlung | 229 |
| F. | Gegenstände der Mitwirkung des Gläubigerausschusses | 230 |
| I. | Die allgemeine Unterstützungs- und Überwachungspflicht der Ausschussmitglieder | 231 |
| II. | Antragsrechte des Gläubigerausschusses | 233 |
| III. | Erteilung von Genehmigungen und Zustimmungen durch den Gläubigerausschuss | 233 |
| IV. | Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des Gläubigerausschusses | 237 |
| V. | Stellungnahme- und Anhörungsrechte des Gläubigerausschusses | 238 |
| VI. | Unterrichtungs- und Informationsrechte | 238 |
| G. | Abschließender Hinweis | 240 |
| Kapitel 5: Aussonderungsrechte | | 241 |
| A. | Ausgangssituation | 242 |
| B. | Aussonderung gem. § 47 InsO | 244 |
| I. | Einleitung | 244 |
| II. | Besonderheit der obligatorische Rechte | 247 |
| III. | Aussonderung im eröffneten Insolvenzverfahren/die Inbesitznahme durch den Verwalter | 250 |
| IV. | Rechte, die ein Aussonderungsrecht begründen | 254 |
| V. | Aussonderung im Eröffnungsverfahren | 269 |
| C. | Ersatzaussonderung | 275 |
| I. | Einleitung | 275 |
| II. | Verhältnis zu anderen Normen | 276 |
| III. | Aussonderungsfähiger Gegenstand | 277 |
| IV. | Der maßgebliche Zeitpunkt für die Aussonderungsfähigkeit | 281 |
| V. | Die Veräußerung | 282 |
| VI. | Die unberechtigte Veräußerung | 288 |
| VII. | Gegenleistung | 300 |
| D. | Geltendmachung der Aussonderung/Freigabe | 313 |
| I. | Allgemeines | 313 |
| II. | Die Pflichtenaufteilung zwischen dem Aussonderungsberechtigten und dem Insolvenzverwalter | 315 |
| III. | Die Auskunftspflicht des Insolvenzverwalters | 319 |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|---|--|------------|
| IV. | § 107 Abs. 2 InsO | 320 |
| V. | Unechte Freigabe | 320 |
| Kapitel 6: Absonderungsrechte | | 323 |
| A. | Einleitung | 324 |
| B. | Das Absonderungsrecht | 325 |
| C. | Unbewegliche Gegenstände | 327 |
| I. | Absonderungsrechte an unbeweglichen Gegenständen | 327 |
| II. | Die freihändige Verwertung durch den Insolvenzverwalter | 329 |
| III. | Zugriff auf Mietforderungen | 331 |
| IV. | Sonderrecht der Wohnungseigentümergeinschaft und der öffentlichen Hand | 332 |
| V. | Sonderfall Mietkaution | 332 |
| D. | Bewegliche Gegenstände | 332 |
| I. | Einleitung | 332 |
| II. | § 173 InsO | 333 |
| III. | §§ 166 ff. InsO | 334 |
| IV. | Umgehung der §§ 166 ff. InsO | 341 |
| V. | Auskunftsanspruch, § 167 InsO | 342 |
| VI. | Anzeigepflicht des § 168 | 350 |
| VII. | Zinsanspruch gem. § 169 InsO | 358 |
| VIII. | Kostenpauschalen zugunsten der Masse §§ 170, 171 InsO | 366 |
| IX. | Verwendung; § 172 InsO | 373 |
| E. | § 173 Abs. 2 InsO | 375 |
| F. | Absonderungsrechte im Insolvenzeröffnungsverfahren | 376 |
| I. | Besitz des vorläufigen Insolvenzverwalters | 377 |
| II. | Zwangswise Durchsetzung des Absonderungsrechts | 378 |
| III. | § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO | 379 |
| IV. | Störung des Absonderungsrechts durch den vorläufigen Verwalter | 380 |
| G. | Ersatzabsonderung | 381 |
| H. | Eingriffe in Absonderungsrechte durch einen Insolvenzplan | 381 |
| I. | Poolverträge | 382 |
| I. | Allgemeines | 382 |
| II. | Poolbildung nach Insolvenzeröffnung | 384 |
| III. | Der Insolvenzverwalter als Poolverwalter | 386 |
| Kapitel 7: Haftung des Geschäftsführers bzw. des Gesellschafters | | 387 |
| A. | Einleitung | 388 |
| B. | Insolvenzverschleppungshaftung | 389 |
| I. | Grundsätzliches | 389 |
| II. | Der Antragspflichtige | 390 |
| III. | Die Pflicht, einen Insolvenzantrag zu stellen | 396 |
| IV. | Der Schaden im Fall der Insolvenzverschleppung | 400 |
| V. | Verschulden | 402 |

| | |
|--|------------|
| VI. Teilnahme nach § 830 BGB | 402 |
| VII. Gesetzliche Gläubiger/Deliktsgläubiger | 403 |
| VIII. Geltendmachung des Schadens | 403 |
| C. Die Haftung gem. § 26 Abs. 3 InsO | 404 |
| D. Ansprüche wegen der Vornahme verbotener Zahlungen | 407 |
| I. Einleitung und Rechtsgrundlage | 407 |
| II. Anspruchsvoraussetzungen | 408 |
| III. Darlegungs- und Beweislast | 417 |
| IV. Mögliche Haftungsausschlüsse | 418 |
| V. Schaden | 419 |
| VI. Zusätzliche Hinweise | 420 |
| VII. Besonderheiten § 64 Sätze 1 und 2 GmbHG, § 130a HGB | 421 |
| E. Insolvenzverursachungshaftung, § 64 Satz 3 GmbHG | 421 |
| F. § 311 Abs. 2 BGB (culpa in contrahendo) | 425 |
| G. § 826 BGB: Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter | 427 |
| Kapitel 8: Lexikon der Gläubigerbeteiligung | 433 |
| Kapitel 9: Verfahrensmuster und Fallbeispiele | 458 |
| Stichwortverzeichnis | 493 |

Kapitel 5: Aussonderungsrechte

| Übersicht | Rdn. |
|--|------|
| A. Ausgangssituation | 407 |
| B. Aussonderung gem. § 47 InsO | 413 |
| I. Einleitung | 413 |
| II. Besonderheit der obligatorische Rechte | 419 |
| III. Aussonderung im eröffneten Insolvenzverfahren/die Inbesitznahme durch den Verwalter | 428 |
| IV. Rechte, die ein Aussonderungsrecht begründen | 440 |
| 1. Eigentum/Miteigentum | 440 |
| 2. Eigentumsvorbehalt | 445 |
| 3. Sicherungseigentum | 452 |
| 4. Besitz | 454 |
| 5. Leasing, Factoring, Mietkauf | 455 |
| 6. Mietkaution | 458 |
| 7. Treuhand | 466 |
| 8. Mittelbare Stellvertretung | 471 |
| a) Kommission/Speditionsgeschäft | 471 |
| b) Die Versicherung für fremde Rechnung | 474 |
| 9. Anspruch aus betrieblicher Altersversorgung | 477 |
| 10. Andere dingliche Rechte | 482 |
| 11. Forderungen/gewerbliche Schutzrechte | 483 |
| 12. Sonstige Rechte | 484 |
| V. Aussonderung im Eröffnungsverfahren | 485 |
| 1. Der Besitz des vorläufigen Insolvenzverwalters | 487 |
| 2. Herausgabepflicht des vorläufigen Insolvenzverwalters | 492 |
| 3. Regelung des § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO | 498 |
| C. Ersatzaussonderung | 504 |
| I. Einleitung | 504 |
| II. Verhältnis zu anderen Normen | 506 |
| 1. Dingliche Surrogation | 506 |
| 2. Verstärkung von Schadensersatzansprüchen | 507 |
| III. Aussonderungsfähiger Gegenstand | 508 |
| 1. Allgemein | 508 |
| 2. »2. Ersatzaussonderung« | 509 |
| 3. Ersatzabsonderung | 511 |
| IV. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Aussonderungsfähigkeit | 512 |
| V. Die Veräußerung | 514 |
| 1. Tatsächliche Vorgänge | 516 |
| 2. Zwangsvollstreckung und Enteignung | 518 |
| 3. Darlehngewährung und Pfandrechtsbestellung | 519 |
| 4. Einziehung einer fremden Forderung | 520 |
| 5. Wirksamkeit der Veräußerung | 522 |
| 6. Die Person des Veräußernden | 525 |
| VI. Die unberechtigte Veräußerung | 529 |
| 1. Die Weiterveräußerungsermächtigung | 530 |
| a) Das Vorliegen der Weiterveräußerungsermächtigung | 531 |

| | | |
|------|--|-----|
| b) | Die Weiterveräußerungsermächtigung beim einfachen Eigentumsvorbehalt/Veräußerung im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr | 532 |
| c) | Die Weiterveräußerungsermächtigung beim verlängerten Eigentumsvorbehalt | 538 |
| aa) | Die Veräußerung nach Zahlungseinstellung bzw. Insolvenzeröffnung im Fall des verlängerten Eigentumsvorbehalts. | 541 |
| bb) | Die Einstellung in ein Kontokorrent | 542 |
| cc) | Die Einziehungsermächtigung | 544 |
| 2. | Die Genehmigung der Veräußerung. | 553 |
| 3. | Die Einwilligung zur Veräußerung | 555 |
| 4. | Auskunftsanspruch | 556 |
| VII. | Gegenleistung | 557 |
| 1. | Der Begriff der Gegenleistung | 557 |
| a) | Definition des Begriffs »Gegenleistung« | 557 |
| b) | Darlehensgewährung/Verpfändung des fremden Gegenstands | 559 |
| 2. | Die Höhe der Gegenleistung | 561 |
| 3. | Ausstehen der Gegenleistung | 563 |
| 4. | Unentgeltliche Veräußerung | 564 |
| 5. | Gesamtbeträge | 565 |
| a) | Unterscheidbarkeit | 566 |
| aa) | Grundsätzliche Überlegungen | 566 |
| bb) | BGH-Rechtsprechung | 576 |
| cc) | Die Unterscheidbarkeit im Zahlungsverkehr | 580 |
| b) | Mehrere ersatzaussonderungsfähige Forderungen | 582 |
| c) | Anrechnung ersparter Aufwendungen. | 583 |
| D. | Geltendmachung der Aussonderung/Freigabe | 589 |
| I. | Allgemeines | 589 |
| II. | Die Pflichtenaufteilung zwischen dem Aussonderungsberechtigten und dem Insolvenzverwalter | 595 |
| III. | Die Auskunftspflicht des Insolvenzverwalters. | 607 |
| IV. | § 107 Abs. 2 InsO | 611 |
| V. | Unechte Freigabe. | 612 |

A. Ausgangssituation

- 407 In einer arbeitsteiligen Wirtschaft ist die strikte Durchsetzung des Grundsatzes »Ware/ Dienstleistung gegen Geld« nicht immer möglich. Häufig ist ein Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr gehalten, **Waren- oder Geldkredite** einzuräumen, um in den Waren- und Lieferketten eingebunden zu werden bzw. um notwendige Absatzgeschäfte zu realisieren. Er läuft dabei Gefahr, einen wirtschaftlichen Verlust hinnehmen zu müssen. Er wird daher versuchen, Rechtspositionen zu erlangen, die sich auch in der wirtschaftlichen Krise des Geschäftspartners bewähren. Die Insolvenz des Geschäftspartners gilt daher als der Prüfstein für die **Werthaltigkeit der eigenen Rechtsstellung**. Häufig werden auf diese Situation bezogen besondere Vertragsgestaltungen gewählt. Für diejenigen, die einer anderen Person Geld- oder Warenkredit geben, gilt es, in ihrer Rechtsstellung möglichst nicht auf die eines Insolvenzgläubigers reduziert

zu werden. Die günstigste Stellung in dem Insolvenzverfahren, das über das für den Schuldner haftende Vermögen¹ eröffnet wird, kommt den Aussonderungsberechtigten zu. **Sie nehmen am Insolvenzverfahren nicht teil**, sondern dürfen den Gegenstand, an dem ihnen ein Aussonderungsrecht zusteht, grds. aus der Insolvenzmasse unabhängig vom Insolvenzverfahren **heraus verlangen**. Der Insolvenzverwalter hat diesem Herausverlangen regelmäßig zu entsprechen. Aussonderungsberechtigte haben daher in der Insolvenz des Geschäftspartners grds. **keine wirtschaftlichen Nachteile** zu tragen.

Das Privileg der Aussonderung erklärt sich daraus, dass der aussonderungsfähige **408** Gegenstand von vornherein nicht zur Haftungsmasse des Insolvenzschuldners gezählt wird. Da das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Person grds. das **gesamte für den Schuldner haftende Vermögen** erfasst – aber eben auch nur das – ergibt sich, dass Gegenstände, die dritten Personen haftungsmäßig zugeordnete sind, auch nicht von diesem Insolvenzverfahren erfasst werden dürfen. Der Insolvenzverwalter darf sie nicht für die Insolvenzgläubiger verwerten.

Das Aussonderungsrecht ist somit Folge einer grundlegenden Ausrichtung der InsO. **409** Die vermögensbezogene Sicht des InsO-Gesetzgebers hat zur Folge, dass nur die für eine Person haftenden Vermögensmasse dessen Insolvenzverfahren unterfällt. Soweit eine Vermögensmasse eine eigene eingegrenzte Haftungszuweisung zugunsten bestimmter Gläubiger erhält, sind diese gesonderten Vermögensmassen jeweils einem eigenen Insolvenzverfahren zu unterwerfen (z.B. Insolvenzverfahren über das Vermögen einer GbR oder eine oHG). Hier wird deutlich, dass nur Vermögensgegenstände, die einer gemeinsamen Haftungszuweisung unterliegen, in einem Insolvenzverfahren verwertet werden sollen. Gegenstände, die einer anderen Haftungszuweisung unterliegen, sollen vom Insolvenzverfahren zunächst einmal nicht betroffen sein.

Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch, dass **Gegenstände des Insolvenzschuldners** **410** (obwohl sie dem Insolvenzschuldner gehören) **nicht unbedingt zur Insolvenzmasse zählen müssen** – dieser Fall tritt ein, wenn bestimmte Gegenstände nicht den Gläubigern des Schuldners haftungsrechtlich zugewiesen sind. Dementsprechend kann der Schuldner in einem Insolvenzverfahren über sein Vermögen sogar die Aussonderung eigener Gegenstände verlangen.² Das ist z.B. der Fall, wenn es sich um **pfändungsfreies** (und damit insolvenzfreies) **Vermögen** oder durch den Insolvenzverwalter **freigegebene Gegenstände** handelt.

Aussonderung ist mithin die Geltendmachung, dass ein bestimmter Gegenstand im laufenden Insolvenzverfahren nicht den Gläubigern des Schuldners haftungsrechtlich

1 Das Insolvenzverfahren ist nicht nur auf natürliche oder juristische Personen bezogen. Auch Insolvenzverfahren über besondere Vermögensmassen sind möglich, s. dazu § 11 Abs. 2 InsO. Im Folgenden soll jedoch vom Regelfall, in dem das Insolvenzverfahren das gesamte Vermögen einer Person erfasst, ausgegangen werden.

2 Strittig, dafür z.B. Jaeger/Henckel, InsO, 1. Aufl., § 47 Rn. 8; Kayser/Thole/Lehmann, InsO, § 47 Rn. 3; a.A. z.B. FK-InsOImberger, § 47 Rn. 3; Gottwald/Adophsen, Insolvenzrechts-Handbuch, § 40 Rn. 4.

zugewiesen ist und daher nicht durch den Insolvenzverwalter zugunsten der Gläubigergemeinschaft verwertet werden darf. Das Aussonderungsrecht kann sich dabei aus dinglichen oder schuldrechtlichen Positionen ergeben (dazu im Einzelnen Rdn. 415 ff., 419 ff., 440 ff.).

- 411 An dieser Stelle sei auch darauf verwiesen, dass die Gleichstellung von dinglicher Rechtstellung und Insolvenzfestigkeit (i.S.e. Aussonderungsfähigkeit) nicht immer zutreffend ist. Zwar werden mit der Insolvenzfestigkeit zunächst dingliche Rechtstellungen in Zusammenhang gebracht: Während dingliche Rechtstellungen grds. insolvenzfest sein sollen, sei die schuldrechtliche Rechtstellung nicht insolvenzfest. Dieser Grundsatz ist aber vielfach durchbrochen. Dies zeigt z.B. schon das Beispiel des Eigentums an einem **sicherungshalber übereigneten Gegenstand**. Obgleich dem Sicherungsnehmer eine dingliche Rechtsposition – nämlich das Eigentum – am Gegenstand zusteht, ist er nicht in der Lage, seinen Gegenstand im Insolvenzverfahren des Sicherungsgebers auszusondern. § 51 Nr. 1 InsO stuft seine Rechtsposition vielmehr als **Absonderungsrecht** ein und unterwirft den Gegenstand damit einem Verwertungsrecht des Verwalters, §§ 165 ff. InsO. Andererseits folgt aus § 48 InsO, dass bestimmte schuldrechtliche Ansprüche mit Aussonderungskraft versehen werden – also insolvenzfest sind.

Im Einzelfall ist daher zu prüfen, ob die eigene (dingliche oder schuldrechtliche) Rechtsposition als Aus- oder Absonderungsrecht zu qualifizieren ist. Je danach sind verschiedene Verfahrenswege einzuhalten.

- 412 Im Ergebnis kann zwar festgestellt werden, dass **dingliche Rechtspositionen** in der Insolvenz eines Dritten grds. eine **geschützte Rechtsposition** garantieren, die konkrete Rechtsposition muss jedoch im Einzelfall geprüft werden. Zudem können sogar schuldrechtliche Ansprüche in der Insolvenz den Schutzbereich des Aussonderungsrechts einbezogen sein.

B. Aussonderung gem. § 47 InsO

I. Einleitung

- 413 § 47 InsO stellt die **Grundnorm** des Aussonderungsrechts dar. Er bestimmt, dass derjenige, der aufgrund eines dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen kann, dass ein Gegenstand (also körperliche Gegenstände wie z.B. eine Sache oder nicht körperliche Gegenstände wie z.B. ein Recht) nicht zur Insolvenzmasse gehört, kein Insolvenzgläubiger ist und seinen Anspruch außerhalb des Insolvenzverfahrens geltend machen kann.

Die Norm lässt dabei zunächst einmal offen, welche »dinglichen und persönlichen Rechte« überhaupt unter das Aussonderungsrecht fallen. Entscheidend ist dafür die Zugehörigkeit des Gegenstands, an dem das Recht besteht, zur Masse – also die Frage, ob ein Gegenstand den Gläubigern des Schuldners haftungsrechtlich zugewiesen ist.

- 414 Diese Frage ist nicht nur für die Gläubiger von maßgeblicher Bedeutung, sondern beschäftigt auch den Insolvenzverwalter, denn dieser hat die vorgefundene »**Istmasse**«

im Laufe des Insolvenzverfahrens in die »Sollmasse« zu verändern. Dabei ist zu beachten, dass der Insolvenzverwalter mit Insolvenzeröffnung grds. gehalten ist, alle Gegenstände, die sich im Besitz des Schuldners befinden, zunächst selbst in Besitz zu nehmen, § 148 InsO. Erst diese Vorgabe des Gesetzes hat zur Folge, dass etwas vom Insolvenzverwalter heraus verlangt werden kann/muss. Die Aussonderung ist insoweit die Zurückführung der Istmasse, also der Masse, die der Verwalter vorgefunden und in Besitz genommen hat, auf die Sollmasse.³

Hat der Insolvenzverwalter einen Gegenstand, der sich im Besitz des Insolvenzschuldners befand, (trotz § 148 InsO) nicht in Besitz genommen, so ergibt sich auch kein Aussonderungsrecht. Derjenige, der den Gegenstand beanspruchen kann, kann ihn unabhängig vom Insolvenzverfahren von dem Besitzer (also z.B. dem Insolvenzschuldner) herausverlangen.

Ob eine Rechtsposition mit Aussonderungskraft versehen wird, regelt der Gesetzgeber an anderer Stelle durch **haftungsrechtliche Zuordnungen**. Klassisch ist dabei sicherlich die Rechtsposition des **Eigentums**, denn das Eigentumsrecht enthält auch die Funktion, dass der Gegenstand für die Schulden des Eigentümers haftet. Diese Haftungszuordnung als Funktion des Eigentums mag selbstverständlich erscheinen, aber selbst sie wird vom Gesetzgeber nicht generell eingehalten, wie schon ein Blick auf § 392 Abs. 2 HGB ergibt.⁴ Die haftungsrechtliche Zuordnung von Gegenständen unterliegt daher durchaus dem gesetzgeberischen Ermessen, teilweise auch der Ausformung der Gesetze durch die Rechtsprechung.

Letzteres mag beispielhaft an einer Entscheidung des OLG Celle (OLG Celle, 416 08.06.2009⁵) dargestellt werden:

Ein Gläubiger hatte dem späteren Insolvenzschuldner Stoffe geliefert, die dieser aufgrund des zwischen ihnen geschlossenen Vertrages zu Bekleidungsgegenständen verarbeitete. Der Gläubiger verlangte nach Insolvenzeröffnung Herausgabe der Bekleidungsgegenstände und machte ein Aussonderungsrecht gem. § 47 InsO geltend.

Der Gläubiger berief sich dabei auf ein ihm zustehendes Eigentumsrecht. Diese Eigentumsposition hätte sich aus § 950 BGB ergeben können, wenn der Gläubiger durch die Verarbeitung der Stoffe eine neue Sache hergestellt hätte. Das OLG Celle verwies in der Entscheidung darauf, dass nur derjenige »Hersteller« i.S.v. § 950 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist, der Geschäftsherr des Verarbeitungs- (oder Umbildungs-) Prozesses ist. Das kann zwar auch derjenige sein, der einen Stoff verarbeiten lässt; dies jedoch nur dann, wenn er das wirtschaftliche Risiko des Verarbeitungsvorgangs trägt, was für den Gläubiger nicht zutrif. Der Kläger konnte dementsprechend kein Eigentum erwerben und auch keine Aussonderung der Bekleidung erwirken.

³ Die Umformung der Istmasse auf die Sollmasse beschränkt sich aber nicht auf die Aussonderung. So ist insb. zu beachten, dass auch die Insolvenzanfechtung ein Instrument ist, um die Sollmasse zu generieren.

⁴ S. dazu unten. Rdn. 471 f.

⁵ OLG Celle, NZI 2009, 726.

Die Haftungszuordnung der gefertigten Bekleidung und damit deren Aussonderungsfähigkeit richten sich hier also nach dem Eigentum an der Bekleidung.

Es geht aber nicht nur darum, dass die Eigentumsposition nach den Vorgaben des BGB bestimmt werden muss. Teilweise greift der Gesetzgeber darüber hinaus in die haftungsrechtliche Zuweisung ein. Dies wird schon deutlich, wenn die **insolvenzrechtliche Behandlung des Eigentumsvorbehalts** betrachtet wird. Nicht ohne Grund wurde und wird der Streit, wie der Eigentumsvorbehalt und seine Erweiterungs-/Verlängerungsformen gesamtvollstreckungsrechtlich einzuordnen sind, sehr umfangreich geführt.⁶

Eigentumsvorbehalte können sowohl als Aus- als auch als Absonderungsrecht eingeordnet werden. **Der einfache Eigentumsvorbehalt** wird grds. als Recht, das zur **Aussonderung** berechtigt, angesehen, der **verlängerte Eigentumsvorbehalt** aufgrund der Sonderregelung in der InsO (dazu §§ 51, 166 InsO) hingegen als **Absonderungsrecht**. Die Grenzziehung zwischen Aus- und Absonderungsrecht nimmt die InsO aber nicht für alle denkbaren Fallgestaltungen selbst vor.

417 Dazu die Entscheidung des BGH (Urteil des BGH v. 27.03.2008⁷):

In diesem Fall hatte sich ein Gläubiger den einfachen Eigentumsvorbehalt vom Vorbehaltsverkäufer zur Absicherung einer eigenen Kreditierung übertragen lassen.

Zweifellos war der Gläubiger in diesem Fall in die Eigentümerposition gelangt. Fraglich war aber, ob diese Eigentumsposition als Aus- oder Absonderungsrecht einzuordnen ist.

Entscheidend dafür muss sein, ob der Gläubiger diese Eigentumsposition unter dem Gesichtspunkt erworben hat, sich gegen einen **Kreditausfall zu sichern**. Denn das Gesamtvollstreckungsrecht ist darauf ausgerichtet, die Gläubiger an der Übernahme ihres Kreditrisikos festzuhalten. Dient der Gegenstand nur zur Absicherung des eingegangenen Kreditrisikos, so kann der Gläubiger auch nur ein **begrenztetes Sicherungsinteresse** geltend machen – ihm ist nur ein Absonderungsrecht zuzubilligen. Soweit der Vorbehaltsverkäufer, der seinen Gegenstand unter (einfachen) Eigentumsvorbehalt veräußert, selbst betrachtet wird, muss zugestanden werden, dass dessen Eigentumsstellung regelmäßig nicht unter dem Gesichtspunkt erworben wurde, ihm eine Sicherung im kreditierenden Geschäftsverkehr zu gewährleisten.

Gleiches kann von einem Dritten, der sich den einfachen Eigentumsvorbehalt vom Vorbehaltsverkäufer zur Absicherung einer Kreditierung übertragen lässt, nicht gesagt werden. Sein Interesse an der Eigentümerstellung basiert allein auf der Sicherung, die er durch diese Eigentümerstellung erlangt. Seine **Schutzwürdigkeit** ist dementsprechend **geringer** einzuordnen. Es war daher angemessen und zutreffend, dass der BGH

6 S. dazu Jaeger/Henckel, InsO, 1. Aufl., § 47 Rn. 42 ff.; MünchKomm-InsO/Ganter, § 47 Rn. 54 ff.

7 BGH, ZInsO 2008, 445 f.

diese »Eigentümerstellung« nicht als Aussonderungsrecht, sondern als Absonderungsrecht ansah.⁸

Die Aussonderung ist gegenständlich begrenzt. D.h., dass ein Aussonderungsrecht immer auf einen bestimmten bzw. bestimmbaren Gegenstand bezogen ist. Nur gattungsmäßig bestimmbare Gegenstände unterfallen nicht der Aussonderung. Dieses Merkmal kann sich im Einzelfall als problematisch erweisen, besondere Schwierigkeiten haben sich im Bereich der Ersatzaussonderung insoweit ergeben. S. dazu Rdn. 566 f. **418**

Die Durchsetzung des Aussonderungsanspruchs erfolgt außerhalb des Insolvenzverfahrens. Der Aussonderungsberechtigte macht sein Aussonderungsrecht mithin direkt gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend, meldet den Anspruch dabei aber nicht zur Insolvenztabelle an und muss auch nicht auf die Schlussverteilung warten. Er ist aber keinesfalls berechtigt, sich im Wege der Selbsthilfe zu »bedienen« und den aussonderungsfähigen Gegenstand eigenmächtig gegen bzw. ohne den Willen des Verwalters an sich zu bringen. Häufig wird er auch gar nicht in der Lage sein, den aussonderungsfähigen Gegenstand ohne Hilfe des Verwalters ausfindig zu machen. Insoweit ist dem Aussonderungsberechtigten ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Verwalter zuzubilligen.⁹ Allerdings muss der Aussonderungsberechtigte dazu sein Aussonderungsrecht konkret darlegen. Der Insolvenzverwalter ist dann im Rahmen des zumutbaren zur Auskunft verpflichtet, kann den Auskunftssuchenden aber auch auf die eigene Einsichtnahme in die Unterlagen verweisen.¹⁰ **418a**

Kosten, die in diesem Zusammenhang der Masse entstehen, können grundsätzlich nicht auf den Aussonderungsberechtigten abgewälzt werden. Auch aus den §§ 170, 171 InsO kann kein anderes Ergebnis abgeleitet werden. Allerdings muss der Verwalter die Abholung der aussonderungsfähigen Sache nur gestatten. Die Masse hat keine Abholungskosten für das Aussonderungsgut zu tragen.¹¹ Fallen im konkreten Fall besondere Sicherungs- und Erhaltungskosten an sollte der Verwalter eine Sondervereinbarung mit dem Aussonderungsberechtigten treffen. Dies dürfte auch durchaus im Sinn des Aussonderungsberechtigten sein, denn der Verwalter könnte die aussonderungsfähige Sache auch schlicht freigeben. **418b**

II. Besonderheit der obligatorische Rechte

Der obligatorisch Aussonderungsberechtigte wird im Gesetzestext der InsO in § 47 Satz 1 InsO erwähnt. Dort heißt es: »Wer aufgrund eines dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen kann, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört, ist kein Insolvenzgläubiger.« **419**

⁸ Dazu auch MünchKomm-InsO/Ganter, § 47 Rn. 96a, b.

⁹ K. Schmidt/Thole, InsO, § 47 Rn. 95.

¹⁰ LG Baden, ZIP 1989, 1003.

¹¹ BGH, NZI 2012, 841 f.

Hier wird deutlich, dass das Aussonderungsrecht **nicht auf dingliche Rechtspositionen begrenzt** werden soll, sondern auch persönliche, also schuldrechtliche Ansprüche zur Aussonderung berechtigen können. Angesichts der Tatsache, dass schuldrechtliche Ansprüche grds. als Insolvenzforderungen einzustufen sind, bleibt zunächst fraglich, auf welche Weise sich die schuldrechtlichen Ansprüche des § 47 InsO von den anderen schuldrechtlichen Ansprüchen unterscheiden. Das Gesetz gibt hierzu den Hinweis, dass »aufgrund« dieses (schuldrechtlichen) Rechts geltend gemacht werden kann, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört. Hier ergibt sich eine Verbindungslinie zu dem oben ausgeführten: Entscheidend soll die haftungsrechtliche Zuordnung des betreffenden Gegenstands sein.

- 420 Aber auch hier ist der Gesetzeswortlaut nicht sehr glücklich. Unstreitig ist § 47 InsO anwendbar, wenn ein Vermieter die Mietsache vom Insolvenzverwalter des Mieters herausverlangt. Aufgrund des Rechts des Vermieters auf Rückgabe des vermieteten Gegenstands, § 556 Abs. 1 BGB, kann der Vermieter aber nicht geltend machen, dass der Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört. Denn die Bestimmung, was zur Insolvenzmasse gehört, ergibt sich vielmehr aus § 35 InsO und erfordert eine haftungsrechtliche Zuordnung der einzelnen Gegenstände. Dies wird deutlich, wenn der Vermieter den Gegenstand seinerseits von einem Dritten, dem Eigentümer, gemietet hat. In dieser Fallgestaltung kann der Dritte als Eigentümer geltend machen, dass ihm und nicht der Insolvenzmasse der betreffende Gegenstand haftungsrechtlich zugeordnet ist und der Gegenstand damit nicht zur Soll-Insolvenzmasse gehört. Der Vermieter des Gemeinschuldners hat zwar einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch, kann aber nicht selbst geltend machen, dass ihm und nicht der Insolvenzmasse der Gegenstand haftungsrechtlich zugeordnet ist.
- 421 Der Wortlaut des § 47 InsO wird daher der Intension des Gesetzgebers nicht gerecht. Denn es ist gerade Sinn des § 47 InsO, auch dem Vermieter ein Aussonderungsrecht hinsichtlich des vermieteten Gegenstands einzuräumen. In den Motiven zur InsO wird dementsprechend ausgeführt, dass die Regelung zur Aussonderung im Grundsatz dem zuvor geltenden Recht entspricht. Dabei wird ein Hinweis auf § 43 KO gegeben.¹² Zu § 43 KO wurde aber allgemein die Auffassung vertreten, dass der Vermieter als obligatorisch Aussonderungsberechtigter anzuerkennen ist.¹³ Es kommt mithin **nicht** darauf an, dass der Vermieter mit seinem Recht geltend machen kann, der Gegenstand gehöre ihm. **Entscheidend und auch ausreichend ist insoweit vielmehr, dass der Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört.**¹⁴ Ob einer Dritter (im obigen Fall der Eigentümer) oder der Vermieter die haftungsrechtliche Zuordnung für sich in Anspruch nehmen kann, ist nicht von Bedeutung. Es reicht somit für den obligatorischen Aussonderungsberechtigten aus, dass der vermietete Gegenstand nicht

12 BT-Drucks. 12/2443, S. 1214.

13 Dazu Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 43 Rn. 61; Kilger/Schmidt, Insolvenzgesetze, § 43 KO Rn. 6; so auch schon RGZ 63, 308.

14 RGZ 63, 308; Andersen/Freihalter, Aus- und Absonderungsrechte in der Insolvenz, Rn. 342. Zur Aussonderung einer Bürgschaftsurkunde BGH, ZInsO 2011, 633 f.

zur Insolvenzmasse gehört und er einen schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des Gegenstands hat. § 47 Satz 1 InsO ist also so zu lesen, dass jeder, der einen (schuldrechtlichen) Herausgabeanspruch auf einen nicht zur Soll-Insolvenzmasse¹⁵ gehörenden Gegenstand hat, diesen unabhängig vom Insolvenzverfahren herausverlangen kann.

Diese Aussage ist haftungsrechtlich sinnvoll und sachgerecht. Denn für das Insolvenzverfahren ist die **Zuordnung des Gegenstands zur Soll-Insolvenzmasse** das entscheidende Abgrenzungskriterium. Für das Insolvenzverfahren ist es hingegen ohne Belang, ob der Gegenstand an den Vermieter oder einen Dritten herausgegeben wird. Soweit im Einzelfall kein Gegenrecht (z.B. ein Zurückbehaltungsrecht) besteht, muss jeder Herausgabeanspruch vom Insolvenzverwalter bedient werden, der auf einen nicht zur Masse gehörenden Gegenstand gerichtet ist. 422

Aus diesem Grund sind Vermieter,¹⁶ Verpächter, Verleiher,¹⁷ Verpfänder, Auftraggeber,¹⁸ und Hinterleger¹⁹ mit ihrem Anspruch auf Herausgabe der Sache gem. § 47 Satz 1 InsO aussonderungsberechtigt. 423

► **Hinweis:**

Die häufig anzutreffende Gleichstellung von »dinglich« und »aussonderungsfähig« verdeckt den Blick darauf, dass auch schuldrechtliche Herausgabeansprüche zur Aussonderung berechtigten können. Teilweise ist der **schuldrechtliche Herausgabeanspruch** aber durch den Gläubiger **einfacher darzulegen**. Die Geltendmachung schuldrechtlicher Herausgabeansprüche sollte daher seitens eines Berechtigten in Betracht bezogen werden. 424

Eine ganz andere Situation ist gegeben, wenn der schuldrechtliche Berechtigte nur geltend machen kann, dass er einen **Verschaffungsanspruch**, also Ansprüche auf Erfüllung eines schuldrechtlichen Vertrags, schuldrechtliche Rückgewähransprüche (z.B. aufgrund eines Rücktritts) oder Ansprüche auf Herausgabe der Bereicherung (z.B. nach Anfechtung eines Kaufvertrags gem. § 119 BGB²⁰) hinsichtlich des Gegenstands hat. In diesen Fallgestaltungen gehört der Gegenstand zur Soll-Insolvenzmasse – es kann eben nicht geltend gemacht werden, dass der Gegenstand haftungsmäßig nicht 425

15 Zur Unterscheidung zwischen Ist- und Sollmasse vgl.: Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 1 Anm. 5.

16 Andersen/Freihalter, Aus- und Absonderungsrechte in der Insolvenz, Rn. 343; FK-InsO/Imberger, § 47 Rn. 72.

17 Andersen/Freihalter, Aus- und Absonderungsrechte in der Insolvenz, Rn. 343; FK-InsO/Imberger, § 47 Rn. 72.

18 FK-InsO/Imberger, § 47 Rn. 72.

19 FK-InsO/Imberger, § 47 Rn. 72.

20 Etwas anderes ergibt sich, wenn auch das dingliche Rechtsgeschäft wirksam angefochten wird, da in diesem Fall sich der Berechtigte auf seine dingliche Rechtsposition stützen kann.

zur Soll-Insolvenzmasse gehört. Der Verschaffungsanspruch genügt damit den Anforderungen des § 47 InsO nicht. Ein **Aussonderungsrecht ist nicht gegeben**.²¹

► **Hinweis:**

- 425a In Einzelfall ist eine genauere Prüfung angezeigt. Wurde z.B. im Rahmen eines Auftrags ein Gegenstand zur Auftragsdurchführung dem Auftragnehmer übergeben und wird dieser danach in der Insolvenz des Auftragnehmers wieder herausgefordert, so kann diese Forderung auf ein Aussonderungsrecht gestützt werden. Eine Aussonderung scheidet hingegen aus, wenn das aus der Durchführung des Auftrags erlangte vom insolventen Auftragnehmer herausverlangt wird.²²
- 425b Einen lange umstrittenen Sonderfall hat der BGH²³ zwischenzeitlich entschieden. Es ging um die Frage, ob in einer Fallgestaltung, in der nicht nur der Insolvenzschuldner, sondern auch der Dritte, gegenüber den der Insolvenzverwalter die insolvenzrechtliche Anfechtung erklärt hat, insolvent ist, dem Anfechtungsanspruch gem. § 143 InsO Aussonderungskraft zuzumessen ist. Diese Frage ist nach Maßgabe der haftungsrechtlichen Zuordnung zu entscheiden, sodass dem BGH zuzustimmen ist, wenn er dem Anfechtungsanspruch Aussonderungskraft zubilligt. Allerdings trifft die Aussonderungskraft nur den Primäranspruch, nicht jedoch die Sekundäransprüche.
- 426 Vermieter, Verpächter usw., die als obligatorisch Aussonderungsberechtigte einzustufen sind, können daneben auch noch Eigentümer des vermieteten, verpachteten... Gegenstands sein. In diesen Fällen können sie ihr Aussonderungsrecht nicht nur auf ihren schuldrechtlichen Herausgabeanspruch, sondern auch auf ihr dingliches Recht stützen.

► **Hinweis:**

- 427 Regelmäßig werden dem Aussonderungsberechtigten auch noch andere (schuldrechtliche) Ansprüche gegen den Insolvenzschuldner zustehen. Der Aussonderungsberechtigte kann insb. auch Inhaber von Insolvenzforderungen sein. Diese Rechtstellungen sind aber im Insolvenzverfahren getrennt zu betrachten (auch wenn sie aus einem tatsächlichen Vorgang resultieren).

III. Aussonderung im eröffneten Insolvenzverfahren/die Inbesitznahme durch den Verwalter

- 428 Gem. § 148 InsO hat der Insolvenzverwalter das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen. Die Verpflichtung, die den Insolvenzverwalter aufgrund dieser Norm trifft, ist umfassender als der Wortlaut vorgibt. Zwar betrifft § 148 InsO nur »Massegegenstände«, maßgebend für die

21 FK-InsO/Imberger, § 47 Rn. 74.

22 K. Schmidt/Thole, InsO, § 47 Rn. 62.

23 BGHZ 155 S. 203; zustimmend Kayser/Thole/Lehmann, InsO, § 47 Rn. 18.

Kapitel 8: Lexikon der Gläubigerbeteiligung

In Stichworten (A–Z)

■ Absonderungsberechtigte Gläubiger

949

→ *s. Rdn. 9f.*

■ Abstimmungstermin

950

Nach §§ 241, 242 InsO kann im Insolvenzplanverfahren ein besonderer Abstimmungstermin anberaumt werden, bei dem dann auch das Stimmrecht der Gläubiger schriftlich ausgeübt werden kann, während i.Ü. in den Gläubigerversammlungen eine Stimmabgabe grundsätzlich die Anwesenheit des Gläubigers in der jeweiligen Versammlung voraussetzt. Eine schriftliche Abstimmung erfolgt auch dann, wenn es sich um ein Kleinverfahren i.S.d. § 5 Abs. 2 InsO handelt, das obligatorisch schriftlich geführt wird, oder das Gericht das schriftliche Verfahren ausdrücklich angeordnet hat.

→ *s.a. Rdn. 215*

■ Abwahlrecht der Gläubigerversammlung

951

Die Gläubigerversammlung hat das Recht, gem. § 57 Abs. 1 InsO in der ersten auf die Bestellung des Insolvenzverwalters folgenden Gläubigerversammlung ohne besondere Begründung einen anderen Insolvenzverwalter zu wählen, dessen Bestellung das Insolvenzgericht nur bei Ungeeignetheit für die Übernahme des Amtes des Insolvenzverwalters versagen darf. Besonderheit dieser Wahl ist es, dass – anders als im Normalfall, in dem nur eine Summenmehrheit notwendig ist – eine Kopf- und Summenmehrheit erforderlich ist (§ 57 Satz 2 InsO). Diese Regelung einer doppelten Mehrheit wurde 2001 eingeführt, um zu verhindern, dass absonderungsberechtigte Gläubiger mit ihrer normalerweise unüberwindbaren Summenmehrheit stets den bestimmenden Einfluss auf die Person des Verwalters haben.

Die Gläubigerversammlung hat ferner das Recht, nach § 68 Abs. 2 InsO in den endgültigen Gläubigerausschuss andere Mitglieder zu wählen, als die vom Insolvenzgericht vor der ersten Gläubigerversammlung nach § 67 Abs. 1 InsO eingesetzt.

→ *s.a. Rdn. 228*

■ Abweisung mangels Masse

952

Entscheidung des Insolvenzgerichts nach § 26 Abs. 1 InsO, das Insolvenzverfahren nicht zu eröffnen, weil die Verfahrenskosten (§ 54 InsO) nicht gedeckt sind und keine Bereitschaft der Gläubiger besteht, die Kosten vorschussweise vorzufinanzieren (§ 26 Abs. 1 Satz 2 InsO). Relativiert wird die Abweisung seit 2001 durch die Möglichkeit der Stundung der Kosten, die im Fall der Eigenantragstellung mit Antrag auf RSB von natürlichen Personen beantragt werden kann. Liegen die Voraussetzungen

einer Kostenstundung vor, entfällt das Erfordernis der Kostendeckung ebenfalls (§ 26 Abs. 1 Satz 2 InsO) und das Verfahren kann eröffnet werden.

→ *s.a. Rdn. 164 f.*

953 ■ Altfälle

Verfahren, die vor dem 01.12.2001 eröffnet worden sind und in denen deshalb die Vorschriften des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2001 – etwa die Verkürzung der Wohlverhaltensphase auf sechs Jahre beginnend ab Eröffnung des Verfahrens oder die Stundungsvorschriften – noch nicht anzuwenden sind, wobei nach ständiger Rechtsprechung eine entsprechende Anwendung von Vorschriften des Änderungsgesetzes 2001 auf vor dem 01.12.2001 eröffnete Verfahren i.d.R. nicht infrage kommt

954 ■ Ankündigungsbeschluss

Von dem Ankündigungsbeschluss zur RSB war nach der bis zum 01.07.2014 geltenden Rechtslage die Rede, wenn das Insolvenzgericht im Schlusstermin feststellte, dass der Schuldner RSB erlangen wird, wenn er während der 6-jährigen Wohlverhaltensphase seinen Obliegenheiten nach § 295 InsO nachkommt und die Voraussetzungen für eine Versagung nach § 297 oder § 298 InsO nicht vorliegen.

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte am 01.07.2014 gilt für die ab diesem Datum beantragten Verfahren gem. § 287a Abs. 1 Satz 1 InsO, dass die Ankündigung der Restschuldbefreiung schon mit der Verfahrenseröffnung erfolgt. Ist der Antrag auf Restschuldbefreiung zulässig, so stellt das Insolvenzgericht durch Beschluss fest, dass der Schuldner Restschuldbefreiung erlangt, wenn er den Obliegenheiten nach § 295 nachkommt und die Voraussetzungen für eine Versagung nach den §§ 290, 297 bis 298 InsO nicht vorliegen. Unzulässig im Sinne dieser Vorschrift ist der Antrag des Schuldners auf RSB dann, wenn einer der Gründe des § 287a Abs. 2 InsO vorliegt.

955 ■ Aufhebungskompetenz des Insolvenzgerichts

Zwar obliegt dem Insolvenzgericht nicht die Aufsicht über die Gläubigerversammlung, diese hat vielmehr ihre Beschlüsse unabhängig zu fassen; gem. § 78 InsO kann aber das Gericht auf Antrag eines absonderungsberechtigten Gläubigers, eines nicht nachrangigen Insolvenzgläubigers oder des Insolvenzverwalters, der in der Gläubigerversammlung gestellt werden muss, einen Beschluss der Versammlung aufheben, sofern dieser dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger widerspricht. Nicht befugt, einen Aufhebungsantrag nach § 78 InsO zu stellen, ist der Schuldner. Dies gilt auch dann, wenn Eigenverwaltung des Schuldners angeordnet ist.

Aufzuheben ist ein Beschluss der Gläubigerversammlung nach § 78 Abs. 1 InsO durch das Insolvenzgericht auf Antrag eines Berechtigten, wenn der Beschluss dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger widerspricht, wobei dieses Interesse auf die bestmögliche und gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger gerichtet ist. Ein entsprechendes gemeinsames Interesse ist gegeben, wenn es um eine zumindest mittelfristig erreichbare Vergrößerung der Haftungsmasse geht. Dabei ist Maßstab

für die gerichtliche Entscheidung nicht der Informations- und Kenntnisstand der Gläubiger im Zeitpunkt ihrer Entscheidung, sondern allein die objektive Lage zum Zeitpunkt der Entscheidung der Gläubigerversammlung. Zur Feststellung des Widerspruchs ist die zur Verteilung stehende Insolvenzmasse, wie sie sich unter Berücksichtigung des angefochtenen Beschlusses der Gläubigerversammlung entwickeln wird, der Insolvenzmasse gegenüberzustellen, wie sie sich ohne den angefochtenen Beschluss darstellen wird. Geht es um die Frage einer Betriebsfortführung oder -einstellung, darf das Insolvenzgericht nur dann auf Antrag den Beschluss der Gläubigerversammlung, den Betrieb des Schuldners einzustellen, aufheben, wenn eine ordnungsgemäße Fortführungsplanung eindeutig bessere Quotenaussichten durch die Betriebsfortführung ergibt. Das Aufhebungsrecht des § 78 Abs. 1 InsO ist eng auszulegen, es geht um einen Eingriff in die Gläubigerautonomie, an den strenge Voraussetzungen zu stellen sind. Gefordert wird deshalb, dass es sich um eindeutige und erhebliche Verstöße gegen die gemeinsamen Interessen der Insolvenzgläubiger handeln muss.

→ *s.a. Rdn. 304 f.*

■ Asymmetrisches Insolvenzverfahren

955a

Von einem »asymmetrischen Insolvenzverfahren«, dessen Voraussetzungen neu in § 300a InsO geregelt sind, spricht man dann, wenn das eröffnete Insolvenzverfahren über die 6-jährige Abtretungsfrist des § 287 Abs. 2 InsO hinaus andauert. In diesem Fall muss noch vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens über den Antrag des Schuldners auf Restschuldbefreiung entschieden werden. Wird dem Schuldner die Restschuldbefreiung erteilt, gebührt der weitere Neuerwerb, den der Schuldner nach Ablauf der 6-jährigen Abtretungszeit erzielt, dem Schuldner und nicht der Insolvenzmasse. Die vorhandene Insolvenzmasse muss allerdings weiter an die Gläubiger verteilt werden.

■ Aufsichtsrecht des Insolvenzgerichts

956

In § 58 InsO geregelte Verpflichtung des Insolvenzgerichts, den Insolvenzverwalter bei seiner Tätigkeit zu überwachen, jederzeit Auskünfte oder einen Bericht über den Stand des Verfahrens von ihm zu verlangen und bei Pflichtverstößen nach vorheriger Androhung Zwangsgelder festzusetzen, wobei den Gläubigern ein – allerdings nicht mit einer Beschwerde durchsetzbares – Recht auf Anregung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen durch das Insolvenzgericht zusteht.

→ *s.a. Rdn. 179, 184*

■ Außergerichtliches Sanierungsverfahren

957

Seit etwa 2008 erneut in den Fokus gerücktes, zunächst nicht klar definiertes Verfahren zur Sanierung von Unternehmen, das im Vorfeld des Insolvenzverfahrens stattfinden soll, in dem aber mithilfe und Billigung des Gerichts Eingriffe in die Rechte der Gläubiger zulässig sein sollen. Nach Inkrafttreten der InsO zunächst nicht verfolgte Form der Sanierung von Unternehmen, die jedoch nach Ablehnung des Insolvenzplanverfahrens durch die Praxis bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur weiteren

Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) am 01.03.2012 wieder favorisiert wurde.

Inzwischen aufgrund eines **Richtlinienentwurfs der EU-Kommission** für Unternehmenssanierungen erneut aktuell, so dass möglicherweise in absehbarer Zeit mit einer gesetzlichen Regelung von außergerichtlichen Sanierungen zu rechnen ist.

958 ■ Auskunftspflicht des Schuldners

Der Schuldner ist gem. §§ 97 ff. im Insolvenzverfahren umfassend auskunftspflichtig; die Pflicht zur Erteilung von Einzelauskünften besteht auch ggü. dem Gläubigerausschuss und – bei entsprechender Anordnung durch das Gericht – ggü. der Gläubigerversammlung; auskunftspflichtig sind nach § 101 InsO auch die organschaftlichen Vertreter, Angestellten, früheren Vertreter und früheren Angestellten des Schuldners. Die Auskunftspflicht erstreckt sich auch auf solche Rechtshandlungen, die zu einer Strafverfolgung des Schuldners führen könnten, das Verbot der Erzwingung einer Selbstbelastung gilt im Insolvenzverfahren nicht. Bei Verstößen gegen die Auskunftspflicht, die gem. § 20 InsO schon im Eröffnungsverfahren und gem. § 22 Abs. 3 InsO auch ggü. dem vorläufigen Insolvenzverwalter besteht, kann dem Schuldner auf Antrag eines Gläubigers nach § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO die RSB versagt werden.

→ *s.a. Rdn. 404*

959 ■ Aussonderungsberechtigte Gläubiger

→ *s. Rdn. 11*

960 ■ Berichtstermin

In § 156 InsO geregelter zentraler Termin im Insolvenzverfahren, in dem der Insolvenzverwalter seinen Bericht über die wirtschaftliche Situation des Schuldners, die Ursachen der Insolvenz und die Perspektiven der Verfahrensabwicklung erstattet; Sache der Gläubiger ist es, aufgrund dieses Berichts im Termin die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens zu treffen (§ 157 InsO) und dabei insb. festzulegen, ob eine Betriebsfortführung oder -stilllegung erfolgen soll, ein Liquidationsverfahren oder ein Insolvenzplanverfahren durchzuführen ist.

→ *s.a. Rdn. 167 f.*

961 ■ Besonders bedeutsame Rechtshandlungen

Besonders bedeutsame Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters – im Eigenverwaltungsverfahren die des Schuldners – dürfen gem. § 160 Abs. 1 InsO nur mit Zustimmung des Gläubigerausschusses oder – sofern kein Ausschuss bestellt ist – der Gläubigerversammlung vorgenommen werden. Nach dem nicht abschließenden Katalog der besonders bedeutsamen Rechtshandlungen in § 160 Abs. 2 InsO fallen unter diese Vorschrift etwa der Verkauf des Unternehmens, eines Betriebes oder eines Warenlagers im Ganzen, die freihändige Veräußerung unbeweglicher Gegenstände, die Beteiligung des Schuldners an anderen Unternehmen, die Aufnahme eines Darlehens,

Kapitel 9: Verfahrensmuster und Fallbeispiele¹

1035 ► Muster 1: Gläubigerantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens

An das Amtsgericht

Insolvenzgericht

Pandektengasse 9

45305 Musterstadt

25. Januar 2010

Antrag

In dem Verfahren

der Aluminium AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorsitzenden Hans Bley, Industriestraße 15, 45609 Musterstadt, Antragstellerin,

gegen

die Leichtmetall-Großhandels GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Rainer Habenicht, Industriestr. 13, 45888 Musterstadt-Audorf, Antragsgegnerin,

wird beantragt,

das Insolvenzverfahren zu eröffnen.

Begründung:

Die Antragsgegnerin schuldet der Antragstellerin aus Lieferungen insgesamt einen Betrag von 50.000 €, der durch rechtskräftiges Versäumnisurteil vom 15. 11. 2009 des Landgerichts Musterstadt – Az.: 2 U 455/09 – titulierte ist. Versuche, aus dem Versäumnisurteil zu vollstrecken, sind erfolglos geblieben.² Der Geschäftsführer Habenicht hat ge-

1 Die einschlägige Rechtsprechung zu den Verfahrensmustern und Fallbeispielen ist in Kapitel 1 C, in dem die wichtigsten Entscheidungen zur Mitwirkung der Gläubiger im Insolvenzverfahren dargestellt sind, zu finden. Auf umfangreiche Zitate zur Rechtsprechung wird deshalb in der Erläuterung der Verfahrensmuster weitgehend verzichtet. Weitere Musterformulare – auch zur Beteiligung der Gläubiger im Insolvenzverfahren – sind bei Haarmeyer/Pape/Stephan/Nickert, Formular-Kommentar Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2016 zu finden.

2 Der Antrag setzt zwar nicht unbedingt eine titulierte Forderung voraus; in der Regel werden Gläubigeranträge aber erst aufgrund vollstreckbarer Schuldtitel gestellt. Falls eine nicht titulierte Forderung Grundlage des Antrags sein soll, muss hier die Forderung genau bezeichnet werden, z. B. Warenlieferungen vom 11.10.2009 aufgrund einer Bestellung vom 4.10.2009; Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung usw. Aus dem dargestellten Sachverhalt sollte auch zu entnehmen sein, wann und wie der Gläubiger den Schuldner zum Ausgleich der Forderung aufgefordert hat, um das Merkmal des »ernsthaften Einforderns«, das nach der Rechtsprechung erfüllt sein muss, zu belegen.

genüber dem Gerichtsvollzieher erklärt, nicht zahlen zu können.³ Pfändbares Vermögen hat der Gerichtsvollzieher nicht vorgefunden.⁴

Die Antragsgegnerin ist zahlungsunfähig.⁵

Zur Glaubhaftmachung der Forderung und des Insolvenzgrundes wird auf die beigefügte Ausfertigung des Versäumnisurteils vom 15. 11. 2009 und das Vollstreckungsprotokoll des Gerichtsvollziehers Findig vom 20. 12. 2009 verwiesen.⁶

Eine Sicherung der Forderung besteht nicht; die Schuldnerin hat das unter einfachen Eigentumsvorbehalt gelieferte Material bereits weiterverkauft.⁷

.....

Unterschrift

► **Muster 2: Gläubigerantrag bzw. Anregung auf Erlass von Sicherungsmaßnahmen im Insolvenzeröffnungsverfahren** 1036

An das

Amtsgericht

Insolvenzgericht

Pandektengasse 9

45305 Musterstadt

3 Bei nicht titulierte Forderungen müsste hier auf den erfolglos gebliebenen Ablauf von Fälligkeitsterminen und Mahnungen hingewiesen werden; nach der Legaldefinition des Insolvenzgrundes der Zahlungsunfähigkeit reichen erfolglos gebliebene Zahlungsaufforderungen aus, um von der Zahlungsunfähigkeit auszugehen – s. Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, Kap. 17 Rn. 5 ff.

4 Hier müssten im Alternativfall des Antrags aufgrund einer nicht titulierten Forderung Umstände vorgetragen werden, aus denen sich die Zahlungsunfähigkeit ergibt, etwa unerfüllte Zahlungszusagen, geplatzte Wechsel und Schecks usw. Ein besonders starkes Indiz sind dabei eigene Erklärungen des Schuldners, nicht zahlen zu können.

5 Der Insolvenzgrund der Überschuldung, der nur für juristische Personen gilt, dürfte bei einem Gläubigerantrag kaum in Betracht kommen; der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit kann von Gläubigern nicht geltend gemacht werden, sondern gilt nur für Eigenanträge des Schuldners – s. HambKomm-InsO/Schröder, § 18 Rn. 4; Kübler/Prütting/Bork/Pape, InsO, § 18 Rn. 2.

6 Im Alternativfall könnten hier zur Glaubhaftmachung die Bestellung und die Lieferpapiere, Rechnungen, Mahnungen pp. beigefügt werden. Außerdem könnte eine Glaubhaftmachung durch Befügung eidesstattlicher Versicherungen erfolgen.

7 Dieser Hinweis erfolgt im Hinblick auf das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, das etwa dann fehlen kann, wenn die Forderung 100%ig abgesichert ist.

1. Februar 2010

Antrag

In dem Verfahren

der Aluminium AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorsitzenden Hans Bley, Industriestraße 15, 45609 Musterstadt, Antragstellerin,

gegen

die Leichtmetall-Großhandels GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Rainer Habenicht, Industriestr. 13, 45888 Musterstadt-Audorf, Antragsgegnerin,

wird angeregt,⁸

die vorläufige Insolvenzverwaltung anzuordnen und gegen die Antragsgegnerin ein Verfügungsverbot zu erlassen.

Begründung:

Der Antragstellerin hat erfahren, dass die Antragsgegnerin sofort nach Zustellung des Insolvenzantrags damit begonnen hat, durch ihren Geschäftsführer ihren Fuhrpark zum Verkauf anzubieten und noch vorhandenes Material zu verschleudern. Der Geschäftsbetrieb wird zwar noch aufrechterhalten, in der Branche heißt es jedoch, dass man bei der Antragsgegnerin derzeit billig einkaufen könne, da es dort bald zu Ende gehe. Es besteht die Gefahr, dass die so noch erzielten Einnahmen beiseite geschafft werden und später für die Befriedigung der Gläubiger nicht mehr zur Verfügung stehen.

Außerdem haben einzelne Gläubiger der Antragsgegnerin damit begonnen, Forderungszessionen offenzulegen und sofortige Zahlung an sich zu verlangen. Auch insoweit besteht die Gefahr, dass schon vor der Entscheidung über den Insolvenzantrag vom 15. Januar 2010 vollendete Tatsachen geschaffen werden. Die Sicherung der Masse durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter erscheint auch aus diesem Grund dringend erforderlich.⁹

In Anbetracht der sich abzeichnenden Verdunkelungshandlungen des Geschäftsführers dürfte auch eine vorläufige Postsperrung nach § 22 Abs. 1 Nr. 4 InsO in Erwägung zu ziehen sein, um das gerade im Vorfeld der Verfahrenseröffnung erforderliche Aufspüren von Vermögensgegenständen zu vereinfachen.¹⁰

.....

Unterschrift

⁸ Ein förmlicher Antrag kommt hier nicht in Betracht, weil es sich nur um eine Anregung an das Insolvenzgericht handelt, das über die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen von Amts wegen beschließt. Eine solche Anregung kann gleichwohl sinnvoll sein, denn das Gericht muss nach haftungsbewehrtem Ermessen über die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen entscheiden.

⁹ Zu den Aufgaben des vorläufigen Insolvenzverwalters vgl. Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, Kap. 18 Rn. 24 ff.; HambKomm-InsO/Schröder, § 80 Rn. 115 ff.

¹⁰ Zu den Voraussetzungen einer solchen Anordnung s. LG Göttingen, DZWiR 1999, 471; Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, Kap. 18 Rn. 14.

- **Muster 3: Gläubigerbeschwerde nach Abweisung des Insolvenzeröffnungsantrags mangels Masse** 1037

An das

Landgericht

– Beschwerdekammer –

Postfach 3400

45311 Musterstadt

3. April 2010

Beschwerde

In dem Insolvenzeröffnungsverfahren

der Aluminium AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorsitzenden Hans Bley, Industriestraße 15, 45609 Musterstadt, Beschwerdeführerin und Antragstellerin,

gegen

die Leichtmetall-Großhandels GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Rainer Habenicht, Industriestr. 13, 45888 Musterstadt-Audorf, Beschwerdegegnerin und Antragsgegnerin,

Az.: AG Musterstadt 12 IN 7/09

wird beantragt,

den Beschluss des Amtsgerichts Musterstadt – Insolvenzgericht – vom 20. März 2010 aufzuheben und das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Antragsgegnerin zu eröffnen.¹¹

Begründung:

Das Insolvenzgericht hat den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse abgewiesen, obwohl der vorläufige Insolvenzverwalter in seinem Gutachten eine freie Masse von mindestens 25.000 € festgestellt hat, die zur Deckung der Verfahrenskosten zur Verfügung steht. Das Gericht hat ausgeführt, dass damit die unter § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO fallenden sonstigen Masseverbindlichkeiten nicht bezahlt werden könnten und deshalb die Abweisung mangels Masse nach § 26 Abs. 1 InsO erfolgen müsse, nachdem die Antragstellerin einen ihr aufgegebenen Kostenvorschuss von 20.000 € nicht geleistet habe.

11 Die Beschwerdebefugnis und -fähigkeit ist hier unproblematisch und folgt aus § 34 Abs. 1 InsO (zur Gläubigerbeschwerde bei Abweisung mangels Masse s. Kübler/Prütting/Bork/Pape, InsO, § 34 Rn. 28 ff.), so dass dem Erfordernis der ausdrücklichen Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde (§ 6 InsO) genügt ist.

Diese Entscheidung ist verfehlt.¹² Nach § 26 Abs. 1 InsO müssen für die Verfahrenseröffnung nur noch die Verfahrenskosten des § 54 InsO gedeckt sein (vgl. *HambKomm-InsO/Schröder*, 3. Aufl., § 26 Rn. 23 ff.; *Kübler/Prütting/Bork/Pape*, Kommentar zur Insolvenzordnung, § 26 Rn. 9c.). Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Kostendeckung großzügig bemessen sein muss und notwendige Sicherungskosten des Verwalters in die Berechnung mit einzubeziehen sind,¹³ reicht die Masse immer noch aus, um das Verfahren zu eröffnen. Dass die Gerichtskosten und die voraussichtlich Verwaltervergütung auch ohne Vorschuss gedeckt sind, wird in dem Beschluss nicht in Zweifel gezogen. Die Antragstellerin brauchte deshalb keinen Vorschuss zu leisten.¹⁴ Das Gericht hätte das Verfahren auch so eröffnen müssen.

.....

Unterschrift

1037a ► **Muster 3a: Gläubigerantrag auf Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Insolvenzeröffnungsverfahren**

Kunststofftechnik Mayer GmbH

Färberstraße 8

XY-Stadt

An das

Amtsgericht

Insolvenzgericht

Pandektengasse 9

45305 Musterstadt

10. März 2016

12 IN 7/16

In dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der Solartechnik Sonnenschein AG, Industriestr. 10, 45888 Musterstadt, beantragen wir als Gläubigerin mit einer offenen Forderung von ca. 30.000 € aus der Lieferung von Kunststoffformteilen an die Schuldnerin die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1a, § 22 InsO.

¹² Die Vorschussfestsetzung nach § 26 Abs. 1 Satz 2 InsO ist nicht isoliert anfechtbar, die Beschwerde gegen den Nichteröffnungsbeschluss kann deshalb auch auf eine überhöhte Vorschussanforderung gestützt werden.

¹³ Zu der Streitfrage, inwieweit entgegen dem Gesetzeswortlaut Massekosten gedeckt sein müssen *HambKomm-InsO/Schröder*, § 26 Rn. 24 ff.; *Kübler/Prütting/Bork/Pape*, *InsO*, § 26 Rn. 9b ff.

¹⁴ Zur Unanfechtbarkeit der Vorschussfestsetzung s. *Kübler/Prütting/Bork/Pape*, *InsO*, § 26 Rn. 18 f.

Begründung:

Bei der Schuldnerin handelt es sich um ein mittelständisches Unternehmen aus der Solarbranche mit 45 Mitarbeitern und einem Umsatz von ca. 10 Mio. € im vergangenen Jahr, das die Merkmale des § 22a Abs. 1 InsO nur knapp verfehlt. Die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses erscheint gleichwohl angebracht, weil der Geschäftsbetrieb der Schuldnerin fortgeführt werden soll, um eine Reorganisation auf der Grundlage eines Insolvenzplans zu erreichen. Die Einsetzung eines vorläufigen Ausschusses erscheint angebracht, um den vorläufigen Insolvenzverwalter bei der Suche nach Kapitalgebern zu unterstützen.

Neben dem Geschäftsführer Hartmut Mayer der Antragstellerin sind der Leiter der Kreditabteilung Klein der ABC-Bank und der Regierungsrat Müller als Leiter der Vollstreckungsabteilung des Finanzamts X-Stadt¹⁵ bereit, in dem vorläufigen Ausschuss mitzuwirken. Als Vertreter der Arbeitnehmer ist der Betriebsratsvorsitzende Streit bereit, in dem Ausschuss mitzuwirken.¹⁶ Sowohl die ABC-Bank, als auch das Finanzamt und die Arbeitnehmer haben erhebliche Ansprüche gegen die Schuldnerin. Einverständniserklärungen der benannten Personen sind beigefügt.

.....

Unterschrift

- **Muster 3b: Erklärung des Gläubigers, in einem vorläufigen Gläubigerausschusses im Insolvenzeröffnungsverfahren mitzuwirken** 1037b

Kunststofftechnik Mayer GmbH

Geschäftsführer Hartmut Mayer

Färberstraße 8

XY-Stadt

An das

Amtsgericht

Insolvenzgericht

Pandektengasse 9

45305 Musterstadt

¹⁵ Insoweit wäre zu beachten, dass eine Bestellung der Behörde als Ausschussmitglied nicht in Betracht kommt, sondern der benannte Beamte persönlich bestellt werden muss, wobei sich im Blick auf den vorläufigen Ausschuss das Problem stellen kann, dass er nicht persönlich Gläubiger ist.

¹⁶ Hier würde sich ein Problem stellen, wenn etwa ein Gewerkschaftssekretär als Ausschussmitglied benannt wird, weil insoweit streitig ist, ob auch Nichtarbeitnehmer gewählt werden können. Grundsätzlich sollte aber auch ein Arbeitnehmersvertreter im vorläufigen Gläubigerausschuss beteiligt werden.

10. März 2016

12 IN 7/16

In dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der Solartechnik Sonnenschein AG, Industriestr. 10, 45888 Musterstadt, erkläre ich hiermit meine Bereitschaft, als gesetzlicher Vertreter der Gläubigerin Kunststofftechnik Mayer GmbH¹⁷ in einem noch zu bestellenden vorläufigen Gläubigerausschuss mitzuwirken.

.....

Unterschrift

1037c ► **Muster 3c: Antrag des vorläufigen Gläubigerausschusses auf Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters**

Der Vorsitzende des vorläufigen Gläubigerausschusses in dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der Solartechnik Sonnenschein

Färberstraße 8

XY-Stadt

An das

Amtsgericht

Insolvenzgericht

Pandektengasse 9

45305 Musterstadt

20. März 2016

12 IN 7/16

In dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der Solartechnik Sonnenschein AG, Industriestr. 10, 45888 Musterstadt, beantragt der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig gem. § 22 Abs. 2 InsO den Rechtsanwalt Dr. Wüstefeld, Sartoriusstraße 8, B-Stadt als vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen.

Begründung:

Dr. Wüstefeld ist aus der Sicht des Ausschusses als Verwalter in dem Verfahren besonders geeignet, weil er über umfassende Erfahrungen mit der Abwicklung von Unternehmen aus der Solarbranche verfügt. Er hat die Verfahren über das Vermögen der Sonnenenergie XY und der Windkraft- und Solarkraft B-GmbH erfolgreich abgewickelt. In beiden Verfahren ist es zu einer Veräußerung der Unternehmen im Ganzen gekommen. Ferner ist es ihm als Verwalter im Verfahren über die Solarelemente A GmbH gelungen,

¹⁷ Anders als die Bestellung von Behörden als Gläubigerausschussmitgliedern ist die Bestellung von juristischen Personen nach herrschender Meinung unproblematisch.

das Unternehmen über einen Insolvenzplan wieder lebensfähig zu machen.¹⁸ Die Kanzlei des vorgeschlagenen Verwalters ist darauf ausgerichtet, mittelständische Unternehmen in der Größenordnung der Schuldnerin abzuwickeln. Er hat auf Anfrage erklärt, zur Übernahme des Amtes bereit zu sein und über die erforderlichen freien Kapazitäten zu verfügen.

.....

Unterschrift

- **Muster 3d: Einstimmige Unterstützung des Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung durch den vorläufigen Gläubigerausschuss gem. § 270 Abs. 3 Satz 2 InsO** 1037d

Der Vorsitzende des vorläufigen Gläubigerausschusses in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Solartechnik Sonnenschein AG

Winkelstraße 15

XY-Stadt

An das

Amtsgericht

Insolvenzgericht

Pandektengasse 9

45305 Musterstadt

30. März 2016

12 IN 7/16

In dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der Solartechnik Sonnenschein AG, Industriestr. 10, 45888 Musterstadt, unterstützt der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig gem. § 270 Abs. 3 Satz 2 InsO den Antrag der Schuldnerin in dem Verfahren Eigenverwaltung unter der Aufsicht eines Sachwalters zu beschließen.

Begründung:

Der vorläufige Gläubigerausschuss hat in der Sitzung vom 29. März 2016 einstimmig beschlossen, den Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung zu unterstützen. Nachteile für die Gläubiger sieht der Ausschuss bei einer entsprechenden Anordnung nicht. Die Schuldnerin ist unverschuldet aufgrund der schwierigen Konkurrenzsituation in die Insolvenz geraten. Durch den Eintritt des in Insolvenzsachen erfahrenen Rechtsanwalts Dr. Klug in die Geschäftsführung der Schuldnerin ist sichergestellt, dass auf Seiten der

¹⁸ Nach § 56a Abs. 1 InsO soll sich der vorläufige Ausschuss in dem Antrag sich zu den Anforderungen, die an den Verwalter zu stellen sind äußern. Diese sind in dem Antrag möglichst genau zu beschreiben. Sie sind der Auswahl nach § 56a Abs. 2 Satz 2 InsO auch dann zugrunde zu legen, wenn der Antrag nicht einstimmig gestellt wird.