

Insolvenzrechts-Handbuch

Gottwald / Haas

6., neu bearbeitete Auflage 2020
ISBN 978-3-406-72392-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

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

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

Antrag fehlen.³⁶ Das rechtliche Interesse entfällt allerdings nicht durch den bloßen Umstand, dass der antragstellende Gläubiger nur eine nachrangige Forderung (§ 39 I Nr. 3 bis 5, II, §§ 265, 266, 327) hat und deshalb voraussichtlich nicht mit einer Quote rechnen kann.³⁷ Dies gilt auch dann, wenn ein qualifizierter Rangrücktritt vereinbart worden ist.³⁸ An einem Rechtsschutzinteresse fehlt es, wenn die dem Antrag zugrunde liegende Forderung verjährt, bedingt oder gestundet ist.³⁹ An einem Rechtsschutzinteresse fehlt es auch, wenn es dem Antragsteller nur darum geht, Informationen darüber zu erlangen, ob der Schuldner noch pfändbare Vermögenswerte besitzt, um diese nach Rücknahme des Antrags zu pfänden und für sich zu verwerten.⁴⁰ Teilzahlungen des Schuldners beseitigen grundsätzlich nicht das rechtliche Interesse an einer Verfahrenseröffnung.⁴¹ Zwar zeigt die Zahlung der Hauptsomme im Regelfall, dass der Schuldner nicht zahlungsunfähig ist. Hat er jedoch weitere Verbindlichkeiten, reicht die Zahlung der dem Insolvenzantrag zugrunde liegenden Forderung nicht aus, um das rechtliche Interesse entfallen zu lassen. Leistet der Schuldner allerdings Teilzahlungen und einigt er sich mit dem Gläubiger auf die spätere ratenmäßige Zahlung des Restbetrages, entfällt das Rechtsschutzinteresse.⁴² Da das Rechtsschutzinteresse nicht von der Höhe der dem Antrag zugrunde liegenden Forderung abhängt, ist der Gläubiger nicht gehindert, seinen Insolvenzantrag wegen der ausstehenden Kosten und Anwaltsgebühren weiter zu verfolgen.⁴³ Der Gläubiger kann durch eine Insolvenzantragstellung wegen eines Teilbetrags keine Kosten sparen. Er haftet für den Fall der Abweisung mangels Masse nach § 26 gemäß § 23 I 2 GKG als Zweitschuldner für die vollen Gerichtskosten einschließlich der Auslagen, sofern nicht der Schuldner gemäß § 14 III die Kosten des Verfahrens zu tragen hat (§ 23 I 4 GKG).

Zu bejahen ist das Rechtsschutzinteresse bei Insolvenzanträgen von Arbeitnehmern des Schuldnerunternehmens, die wegen rückständiger Lohn- und Gehaltsansprüche Insolvenzantrag stellen. Die Tatsache, dass die Lohn- und Gehaltsansprüche über § 183 SGB III für die vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses gesichert sind, lässt das Rechtsschutzinteresse nicht entfallen.⁴⁴ Der antragstellende Gläubiger ist ferner berechtigt, im Insolvenzeröffnungsverfahren die dem Antrag zugrunde liegende Forderung auszuwechseln oder andere Forderungen nachzuschieben.⁴⁵

Ein weiterer Vorteil des Insolvenzverfahrens liegt darin, dass der Gläubiger seine Forderung im Rahmen der Gesamtvollstreckung ohne Prozess und ohne Vollstreckungstitel durchzusetzen vermag. Besonders in der wirtschaftlichen Krise versuchen Schuldner oftmals, Prozesse zu verschleppen, um eine Titulierung und die Einzelzwangsvollstreckung in ihr Vermögen zu verhindern. Ist der Schuldner später vermögenslos, haftet der Gläubiger als Kläger trotz Obsiegens für die Gerichtskosten gegenüber der Staatskasse als Zweitschuldner gemäß § 22 I 1 GKG. Im Insolvenzeröffnungsverfahren dagegen bedarf es für den antragstellenden

³⁶ Pape/Uhlenbruck, Insolvenzrecht, Rn. 345.

³⁷ BGH NZI 2011, 58; Gundlach/Müller EWiR 2010, 819f.; Gundlach/Müller ZInsO 2011, 84ff.; Guski WM 2011, 103 (107f.); aA (zumindest eine teilweise Befriedigung muss zu erwarten sein) HKInsO/Kirchhoff § 14 Rn. 26; Jaeger/Gerhardt § 14 Rn. 13; HambKommInsO/Linker § 14 Rn. 48; FKInsO/Schmerbach § 14 Rn. 49a; Uhlenbruck/Uhlenbruck¹³ § 14 Rn. 2, 11; KP/B/Pape § 14 Rn. 99; Vallender MDR 1999, 280 (282).

³⁸ Gundlach/Müller ZInsO 2011, 84ff.; aA Uhlenbruck/Uhlenbruck¹³ § 14 Rn. 9, 51.

³⁹ OLG Köln KTS 1970, 226; LG Braunschweig NJW 1961, 2316; AG Göttingen ZInsO 2001, 915; Uhlenbruck DStZ 1986, 40; Uhlenbruck/Uhlenbruck¹³ § 14 Rn. 5; Frege/Keller/Riedel Rn. 402; MüKoInsO/Viua § 14 Rn. 25; zur Antragstellung wegen verjährter Forderungen s. a. Nerlich/Römermann/Mönning § 14 Rn. 21, 22.

⁴⁰ AG Gummersbach KTS 1964, 61; Nerlich/Römermann/Mönning § 14 Rn. 20; Haarmeyer/Wutzke/Förster HdB Kap. 3 Rn. 66; Uhlenbruck NJW 1968, 685 (686); MüKoInsO/Viua § 14 Rn. 34.

⁴¹ HKInsO/Kirchhoff § 14 Rn. 18; Haarmeyer/Wutzke/Förster HdB Kap. 3 Rn. 69.

⁴² OLG Oldenburg OLGR 1997, 178 (179).

⁴³ Uhlenbruck/Uhlenbruck¹³ § 14 Rn. 6.

⁴⁴ LG Bonn ZIP 1985, 1342; Schmahl NZI 2002, 182; MüKoInsO/Viua § 14 Rn. 27; HKInsO/Kirchhoff § 14 Rn. 26; Pape/Uhlenbruck, Insolvenzrecht, Rn. 353.

⁴⁵ BGH ZInsO 2012, 593; NZI 2004, 587; LG Göttingen ZIP 1993, 446; AG Köln NZI 2000, 95; HKInsO/Kirchhoff § 14 Rn. 8; MüKoInsO/Viua § 14 Rn. 33.

Gläubiger lediglich der Glaubhaftmachung seiner Forderung, die in der Regel durch Vorlage von Belegen, wie zB Buchauszügen, Wechseln, Schuldscheinen oder Vollstreckungstiteln erfolgt. Dabei genügt es, dass der Gläubiger einen Teil der Forderung glaubhaft macht.⁴⁶ Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners oder Schuldnerunternehmens eröffnet und werden im Prüfungstermin die Forderungen festgestellt und nicht vom Schuldner bestritten, findet gegen den Schuldner aus der Eintragung in der Tabelle nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens die Zwangsvollstreckung in entsprechender Anwendung der §§ 724–793 ZPO statt (§§ 201, 202). Eine vollstreckbare Ausfertigung aus der Insolvenztabelle darf nicht vor Aufhebung des Verfahrens erteilt, wohl aber beantragt werden.

- 12 Erhebt der Schuldner im Insolvenzverfahren Einwendungen gegen den Bestand der Forderung, wird der Antrag allerdings unzulässig, sofern der Schuldner seine Einwendungen glaubhaft macht.⁴⁷ Das Gleiche gilt, wenn die Einwendungen des Schuldners gegen die Forderung zwar nicht vollständig glaubhaft gemacht werden, das Vorbringen der Parteien aber erkennen lässt, dass nur durch eine eingehende Aufklärung des Sachverhalts oder durch die Beantwortung von Rechtsfragen festgestellt werden kann, ob die Forderung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit berechtigt ist. Es gehört nicht zu den gesetzlichen Aufgaben des Insolvenzgerichts, den Bestand ernsthaft bestrittener, rechtlich zweifelhafter Forderungen zu überprüfen (vgl. §§ 179, 180, 184).⁴⁸ Liegt der Forderung des antragstellenden Gläubigers ein vollstreckbarer Titel zugrunde, stellt sich die Frage, ob und in wie weit das Insolvenzgericht Einwendungen des Schuldners gegen die titulierte Forderung berücksichtigen muss bzw. darf. Der Bundesgerichtshof vertritt die Auffassung, dass Einwendungen des Schuldners gegen die Vollstreckbarkeit der titulierten Forderung in dem dafür vorgesehenen Verfahren verfolgt werden müssten; solange die Vollstreckbarkeit nicht auf diese Weise beseitigt sei, brauche das Insolvenzgericht die Einwendungen des Schuldners nicht zu berücksichtigen.⁴⁹ Der Schuldner soll in diesen Fällen regelmäßig zusätzlich glaubhaft zu machen haben, dass er mit hinreichender Aussicht auf Erfolg⁵⁰ gegen den vollstreckbaren Titel des Gläubigers mit dem jeweils verfahrensrechtlich vorgesehenen Antrag vorgegangen ist, um seine Aufhebung zu erlangen oder die rechtliche Durchsetzbarkeit zu beseitigen.⁵¹ Bei einem rechtskräftigen Titel oder einer vollstreckbaren Urkunde⁵² aus dem Bereich des Zivilrechts sei die Vollstreckungsabwehrklage zu erheben (§§ 767, 769, 795 ZPO), bei einem vorläufig vollstreckbaren Titel sei der erforderliche Rechtsbehelf (das erforderliche Rechtsmittel) einzulegen, im Fall eines Vorbehaltsurteils das Nachverfahren⁵³ zu betreiben. Entbehrlich sei ein solcher Antrag, wenn der Schuldner ihn infolge einer Verfügungsbeschränkung (§ 240 ZPO, § 21 II 1 Nr. 2 InsO) nicht stellen könne;⁵⁴ in diesem Fall reiche die Glaubhaftmachung der Einwendung aus.
- 13 Überzeugender erscheint eine differenzierte Betrachtungsweise. Entscheidungen des Prozessgerichts über die vorläufige Vollstreckbarkeit oder über die Einstellung der Zwangsvollstreckung sind, sofern sie vorliegen, für das Insolvenzgericht bindend, soweit sie der Vollstreckbarkeit der Forderung entgegenstehen. In diesem Fall gelten dieselben Grundsätze wie für Einwendungen des Schuldners gegen nicht titulierte Forderungen. Fehlt es an einer

⁴⁶ OLG Naumburg NZI 2000, 263; OLG Köln ZIP 2000, 507; HKInsO/*Kirchhof* § 14 Rn. 8; Nerlich/Römermann/*Mönnig* § 14 Rn. 34; Kraemer/*Vogelsang*, HdB zur Insolvenz, Bd. 1 Fach 2 Kap. 4 Rn. 11; str.

⁴⁷ LG Berlin ZInsO 2005, 499; MüKoInsO/*Vuia* § 14 Rn. 82 f.; *Uhlenbruck* KTS 1986, 541 ff. (547); *Henckel* ZIP 2000, 2045 (2047); HKInsO/*Kirchhof* § 14 Rn. 17, 48; *Jaeger/Gerhardt* § 14 Rn. 27.

⁴⁸ BGH NJW-RR 2006, 1061 = NZI 2006, 174; NJW-RR 2006, 1482 = NZI 2006, 588; NZI 2007, 408; MüKoInsO/*Vuia* § 14 Rn. 83.

⁴⁹ BGH ZInsO 2010, 1091; 2009, 2072; ebenso im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung gemäß § 14 I 1 MüKoInsO/*Schmahlf* § 14 Rn. 24.

⁵⁰ LG Göttingen ZInsO 2005, 1114 = ZVI 2005, 540.

⁵¹ BGH NZI 2006, 588 (589 f.) = NJW-RR 2006, 1482; NZI 2006, 642; OLG Celle NZI 2001, 426; HKInsO/*Kirchhof* § 14 Rn. 17.

⁵² Vgl. OLG Köln ZIP 1989, 789.

⁵³ Vgl. OLG Frankfurt KTS 1983, 148 f.

⁵⁴ LG Duisburg ZVI 2004, 396 (398).

solchen Entscheidung des Prozessgerichts, ist danach zu differenzieren, ob dem Titel eine gerichtliche Sachprüfung unter Berücksichtigung der Einwendungen des Schuldners zugrunde liegt. Hat ein Gericht in erster Instanz eine Forderung für begründet erachtet, ist das Insolvenzgericht zu einer eigenen Sachprüfung weder verpflichtet noch berechtigt. Solange die Entscheidung weder aufgehoben noch ihre Vollstreckung eingestellt worden ist, hat das Insolvenzgericht vom Bestand der Forderung auszugehen. Handelt es sich bei dem Titel demgegenüber um ein Versäumnisurteil, einen Vollstreckungsbescheid,⁵⁵ eine vollstreckbare Urkunde oder einen Leistungsbescheid eines öffentlich-rechtlichen Gläubigers, hat das Insolvenzgericht die Einwendungen des Schuldners sachlich zu prüfen. Ist die Rechtsverteidigung des Schuldners nicht offensichtlich aussichtslos, ist die Begründetheit der Forderung von den jeweiligen Fachgerichten zu klären und der Eröffnungsantrag zurückzuweisen.⁵⁶ Dasselbe gilt, wenn die Forderung, die dem Insolvenzantrag des Gläubigers zugrunde liegt, die Einzige ist, die für den Fall ihres Bestehens den Insolvenzgrund ausmachen würde. Entgegen der Auffassung von *Stürmer*⁵⁷ hat der Insolvenzrichter in diesen Fällen nicht über den Bestand der Forderung des Antragstellers selbst zu entscheiden. Bestreitet der Schuldner allerdings eine rechtskräftig titulierte Forderung, so nützt ihm dieses Bestreiten nichts. Er hat gegen die titulierte Forderung nur die Rechtsmittel, die gegen ein rechtskräftiges Urteil nach allgemeinem Prozessrecht zulässig sind. Deshalb ist sein Bestreiten nur erheblich, wenn er zugleich nachweist, dass er Restitutions- oder Nichtigkeitsklage erhoben hat und dass das Prozessgericht im Rahmen dieser Klage die Vollstreckung aus dem rechtskräftigen Urteil einstweilen eingestellt hat.

Der Gläubiger hat seine Forderung im Übrigen dann im Zivilprozess geltend zu machen, **14** wenn der Insolvenzverwalter oder ein Gläubiger im Prüfungstermin die Forderung bestreiten (§ 179 I). In diesem Fall hat der antragstellende Gläubiger, wenn der Widerspruch im Termin nicht beseitigt werden kann, gemäß § 179 I die Feststellung der Forderung gegen den Bestreitenden zu betreiben. Bei titulierten Ansprüchen kehrt sich allerdings die Verpflichtung, den Widerspruch im Klagewege zu verfolgen, gemäß § 179 II um.

Ein Gläubiger, der fahrlässig einen unbegründeten Insolvenzantrag gegen seinen Schuldner stellt, ist grundsätzlich nicht schadensersatzpflichtig, insbesondere verletzt er damit nicht das Recht des Schuldners am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 I BGB).⁵⁸ Derjenige, der ein staatlich geregeltes Verfahren in Anspruch nimmt, hat zugleich auch „ein Recht auf Irrtum“. Dieses Recht endet erst dort, wo es zumutbar ist, die prozessuale Handlungs- und Entschließungsfreiheit des Antragstellers haftungsrechtlich zu begrenzen. Rechtfertigen Umstände und das Verhalten des Schuldners die Annahme, dass eine tatsächlich nicht gegebene Zahlungsunfähigkeit vorliegt, macht sich der Gläubiger mit der Stellung eines Insolvenzantrags daher grundsätzlich nicht schadensersatzpflichtig. Eine Ersatzpflicht des Antragstellers wird man aber dann bejahen müssen, wenn er einen rechtsmissbräuchlichen Insolvenzantrag gegen den Schuldner oder das Schuldnerunternehmen stellt, entweder um diesen zu schädigen oder um eigene Vorteile zu erlangen.⁵⁹ In diesem Fall haftet der antragstellende Gläubiger sowohl dem Schuldner als auch anderen Gläubigern gegenüber gemäß § 280 I BGB bzw. § 826 BGB. **15**

b) Nachteile eines Insolvenzantrags. Auch wenn für gesicherte Gläubiger die Durchführung eines Insolvenzverfahrens zum Erhalt der Sicherungsmasse häufig von Vorteil sein **16**

⁵⁵ Vgl. LG Potsdam NZI 2000, 233; AG Hamburg ZInsO 2007, 504; Jaeger/*Gerhardt* § 14 Rn. 18.

⁵⁶ Zu den Einzelheiten s. MüKoInsO/*Vuia* § 14 Rn. 84 f., § 16 Rn. 39.

⁵⁷ Vgl. *Baur/Stürmer*, Zwangsvollstreckung und Konkurs, 12. Aufl. Bd. II Rn. 7.21.

⁵⁸ BGHZ 36, 18 = NJW 1961, 2254; BGHZ 74, 9 = NJW 1979, 1361; ZIP 1990, 805; OLG Düsseldorf ZIP 1994, 479; KPB/*Pape* § 13 Rn. 216 ff.; *Pape* ZIP 1995, 623 ff.; *Kilger/K. Schmidt* § 103 KO Anm. 8; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 7.10; MüKoInsO/*Vuia* § 14 Rn. 12–16; HKInsO/*Kirchhoff* § 14 Rn. 34; eing. auch *Uhlenbruck/Uhlenbruck*¹³ § 14 Rn. 117, 118.

⁵⁹ OLG Celle ZIP 1998, 1444; vgl. auch LG Sachsen-Anhalt EWiR § 2 GesO 1/94, 459 (*Pape*); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 7.10; HKInsO/*Kirchhoff* § 14 Rn. 45; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*¹³ § 14 Rn. 117, 118; MüKoInsO/*Vuia* § 14 Rn. 13 f.

dürfte (→ Rn. 5), können mit der Verfahrenseröffnung auch für diese Gläubiger nicht unerhebliche Nachteile verbunden sein, insbesondere dann, wenn nicht abgesicherte Risiken bestehen.⁶⁰ So kann auch ein gesicherter Gläubiger ein Interesse an der Fortführung eines Schuldnerunternehmens haben, etwa wenn er Kapital investiert hat, das nur bei dem Schuldner einen wirtschaftlichen Wert hat und im Übrigen verloren ist (sog. spezifisches Kapital). Ein Interesse an der Fortführung des Unternehmens kann sich aber auch aus sonstigen wirtschaftlichen Einbußen ergeben, die bei einer Zerschlagung des Unternehmens drohen, weil beispielsweise das Unternehmen der Hauptkunde des Gläubigers ist oder ein Verlust der gesicherten Gläubigerstellung droht. Für ungesicherte Gläubiger bedeutet die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als Gesamtvollstreckungsverfahren, dass diese lediglich einen Anspruch auf quotale Befriedigung haben, denn im Regelfall wird das Schuldnervermögen nicht ausreichen, um alle Gläubigerforderungen zu befriedigen. Von der Deckungsquote müssen die Kosten eines solchen Vorgehens abgezogen werden, so dass der Gläubiger letztlich oft nichts erhält. Von der Möglichkeit frühzeitiger Verfahrenseröffnung (§ 18), der Einbeziehung des Gesamtschadens (§ 92) und der persönlichen Haftung eines Gesellschafters (§ 93) in das Verfahren sowie von der Zuweisung von Schadenersatzansprüchen gegen den organischen Vertreter wegen Insolvenzverschleppung an den Vorschusszahlungen in § 26 III hat sich der Gesetzgeber der InsO nicht nur eine größere Anzahl eröffneter Verfahren erhofft, sondern zugleich auch eine wesentliche Erhöhung der Befriedigungsquoten. Zur Erhöhung der Quote sollten auch die Verfahrensbeiträge der dinglich gesicherten Gläubiger (§ 10 ZVG, § 171 InsO) beitragen. Die Erwartungen des Gesetzgebers haben sich bislang nur teilweise erfüllt. Nach wie vor muss der antragstellende Gläubiger damit rechnen, dass er letztlich nur einen geringen Bruchteil seiner Forderung im Insolvenzverfahren erstattet erhält.

- 17 Ein Nachteil der Verfahrenseröffnung besteht bei einer beabsichtigten Sanierung des Unternehmens darin, dass keine Anreize für eine Gewährung erforderlicher Sanierungshilfen durch Dritte, insbesondere Banken, bestehen. Eine hinreichende Besicherung von Sanierungsdarlehen wird in dieser Phase häufig kaum möglich sein. Hinzu kommt, dass Darlehensforderungen zwar als Massforderungen vorweg zu befriedigen sind (§ 55), der Darlehensgeber aber leer ausgeht, wenn das Verfahren mangels Masse nicht eröffnet wird. Darüber hinaus ist die Durchführung eines Insolvenzverfahrens nach wie vor mit einem „Makel“ behaftet.⁶¹ Gläubiger, die von der Eröffnung des Verfahrens Kenntnis erlangen, werden nach wie vor die Geschäftsbeziehungen zu dem Schuldner sogleich abbrechen. Darüber hinaus werden die Erfolgsaussichten einer Reorganisation im Insolvenzverfahren noch dadurch erschwert, dass die Anfechtungstatbestände der §§ 129 ff. auch im Insolvenzplanverfahren Anwendung finden.⁶²
- 18 Jeder Insolvenzantrag birgt zudem nicht unerhebliche Kostenrisiken für den Antragsteller in sich.⁶³ Erklärt der antragstellende Gläubiger den Antrag für erledigt, da der Schuldner die zugrunde liegende Forderung erfüllt hat, läuft er im Anwendungsbereich des § 14 I 2 Gefahr, dass das Insolvenzgericht seinen Antrag als unzulässigen Druckertrag auslegt und ihm die Kosten des Verfahrens auferlegt (→ § 9 Rn. 32). Bestreitet der Antragsgegner (Schuldner) oder bestreiten die organischen Vertreter eines Schuldnerunternehmens das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, wird sich der Insolvenzrichter regelmäßig die Überzeugung vom Vorliegen eines Insolvenzgrunds nur dadurch verschaffen können, dass er einen Sachverständigen mit der Feststellung des Insolvenzgrunds beauftragt.⁶⁴ Das Gericht kann dabei den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gemäß § 22 I 2 Nr. 3 zusätzlich beauftragen, als Sachverständiger zu prüfen, welche Aussichten für die Fortführung des Schuldnerunternehmens bestehen (s. hierzu die Ausführungen bei → § 14 Rn. 74 ff.). Für den gemäß § 22 I 2 Nr. 3

⁶⁰ S. hierzu *Vitua* S. 46 f.

⁶¹ *Wellensiek* BB 2000, 1 (2).

⁶² *Eidenmüller* JZ 2001, 1041 (1050 f.); *Paulus* BB 2001, 425 (426 f.); *Uhlenbruck* BB 2001, 1641.

⁶³ FKInsO/*Schmerbach* § 13 Rn. 27.

⁶⁴ Vgl. BGH KTS 1957, 12.

als Sachverständigen eingesetzten vorläufigen Insolvenzverwalter ist nach der bis zum 31.7.2013 geltenden Rechtslage gemäß § 9 II JVEG ein Stundensatz von 65 EUR festgelegt worden.⁶⁵ Nach herrschender Meinung gilt diese Bestimmung sowohl für den „starken“ als auch den „schwachen“ bzw. „halbstarken“ Insolvenzverwalter.⁶⁶ Demgegenüber war nach der bis zum 31.7.2013 geltenden Rechtslage für einen isoliert als Gutachter in einem Insolvenzverfahren tätigen Sachverständigen keine Honorargruppe in § 9 I 1 JVEG bestimmt worden. Die Zuordnung und die Bestimmung des angemessenen Stundenhonorars waren deshalb nach gerichtlichem Ermessen festzulegen. Eine analoge Anwendung von § 9 II JVEG scheidet aus.⁶⁷ Die Vergütung des „isolierten“ Sachverständigen bestimmt sich vielmehr nach § 9 I 3 JVEG und kann bei laufendem Geschäftsbetrieb im Einzelfall auf 95 EUR erhöht werden.⁶⁸ Überwiegend wird die Auffassung vertreten, dass regelmäßig ein Stundensatz von 80 EUR festzusetzen sei.⁶⁹ Für die Kosten eines als gerichtlich beauftragten Sachverständigen tätigen vorläufigen Insolvenzverwalters soll der Gläubiger als Zweitschuldner haften.⁷⁰ Mit dem Zweiten Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts (2. KostRMoG) vom 23.7.2013 (BGBl. I 2586) ist § 9 II JVEG mit Wirkung zum 1.8.2013 neu gefasst worden.⁷¹ Dieser regelt das Honorar des vom Gericht beauftragten vorläufigen Insolvenzverwalters. Wie sich der Regelung entnehmen lässt, ist das Honorar außerhalb ihres Anwendungsbereichs nach § 9 I JVEG zu bemessen („... abweichend von Absatz 1 ...“). Die Vergütung eines isoliert als Gutachter beauftragten Sachverständigen richtet sich daher ab dem 1.8.2013 nach § 9 I JVEG, wobei der Gesetzgeber (BT-Drs. 17/11471, 260) davon ausgegangen ist, dass die Tätigkeit des Gutachters regelmäßig ein Sachgebiet betrifft, das in der neuen Sachgebetsliste unter Nr. 6 aufgeführt ist.⁷² Zur Verteilung der Kosten der vorläufigen Insolvenzverwaltung → § 10 Rn. 27, → § 14 Rn. 133.

Der Gläubiger als Antragsteller sollte sich auch nach neuem Insolvenzrecht nicht darauf verlassen, dass das Insolvenzgericht den Schuldner bzw. Schuldnervertreter erst einmal gemäß § 14 II mündlich zur Vermögenssituation anhört und ihm das Anhörungsprotokoll übermittelt. Nach wie vor hören viele Insolvenzgerichte den Antragsgegner im schriftlichen Verfahren an.⁷³ Es besteht kein Rechtsanspruch des Gläubigers als Antragsteller darauf, dass das Insolvenzgericht den Schuldner oder Schuldnervertreter zunächst einmal zur Ver-

⁶⁵ Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung sowie deren Anwendung auch auf den „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter s. BVerfG ZInsO 2006, 83 ff.

⁶⁶ OLG Frankfurt NJW-RR 2006, 49 mwN; OLG München NZI 2005, 501 f.; AG Hamburg NZI 2004, 677 (analoge Anwendung); AG Kleve ZIP 2005, 228 f.; Hartmann, Kostengesetze, JVEG § 9 Rn. 28; aA OLG Bamberg NZI 2005, 503 (jedoch im Rahmen des § 9 I 3 JVEG eine Vergütung in Höhe von 65 EUR ansetzend); LG Aschaffenburg ZIP 2005, 226 (Stundensatz von 80 EUR); AG Hamburg ZInsO 2005, 704.

⁶⁷ S. OLG München ZIP 2005, 1329 (1330); OLG Bamberg NJW-RR 2005, 563 = ZIP 2005, 819; OLG Frankfurt ZIP 2006, 676; OLG Koblenz ZInsO 2006, 31; LG Aschaffenburg ZIP 2005, 226; LG Mönchengladbach ZIP 2005, 410; AG Göttingen NJW-RR 2005, 58; AG Wolfsburg ZInsO 2006, 764; Schmerbach ZInsO 2003, 882; Ley ZIP 2004, 1391; Hartmann³⁸, Kostengesetze, JVEG § 9 Rn. 28; KPB/Prasser InsVV § 11 Rn. 106.

⁶⁸ AG Göttingen NJW-RR 2005, 58; s. a. OLG München ZIP 2005, 1329.

⁶⁹ So mit überzeugenden Argumenten OLG München ZIP 2005, 1329; OLG Frankfurt ZIP 2006, 676; OLG Koblenz ZInsO 2006, 31; LG Aschaffenburg ZVI 2004, 760; 2004, 762; LG Nürnberg-Fürth Beschl. v. 11.2.2005 – 11 T 10660/04; AG Wolfsburg ZInsO 2006, 764; demgegenüber im Rahmen des § 9 I 3 JVEG von einer regelmäßigen Vergütung in Höhe von 65 EUR ausgehend OLG Bamberg NJW-RR 2005, 563; OLG Hamburg ZInsO 2010, 634 f.; OLG Nürnberg ZInsO 2006, 761; LG Mönchengladbach Rpfleger 2005, 328; AG Mönchengladbach Beschl. v. 19.11.2004 – 20 IN 168/04, BeckRS 2007, 00838.

⁷⁰ So OLG Düsseldorf ZIP 2009, 1172 f.

⁷¹ S. hierzu Wehner DZWIR 2013, 558 ff.; Meyer JurBüro 2013, 533 ff.

⁷² Für Honorargruppe 7: AG Saarbrücken Beschl. v. 7.5.2014 – 110/N 61/13; AG Darmstadt ZInsO 2013, 2400.

⁷³ Zur Zulässigkeit der schriftlichen Anhörung vgl. OLG Köln KTS 1958, 13 (15); AG Duisburg Rpfleger 1994, 268; Kuhn/Uhlenbruck KO § 105 Rn. 10a; Uhlenbruck/Uhlenbruck¹³ § 14 Rn. 63; Frege/Keller/Riedel Rn. 509, 511, 513; Jaeger/Weber KO § 105 Rn. 2; Uhlenbruck, Insolvenzrecht, Rn. 491; Maintzer KTS 1985, 617 (622); KPB/Pape § 14 Rn. 155.

mögenssituation mündlich anhört. Ein Antrag, mit dem der Gläubiger ausschließlich Informationen darüber zu erlangen sucht, ob der Schuldner noch über pfändbares Vermögen verfügt, wäre in Ermangelung eines rechtlichen Interesses auch unzulässig (→ Rn. 9). Unter den Voraussetzungen des § 10 kann die Anhörung des Schuldners unterbleiben. Wird ein Eigenantrag nicht von sämtlichen Mitgliedern des Vertretungsorgans, allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Abwicklern gestellt, sind die übrigen Mitglieder des Vertretungsorgans, persönlich haftenden Gesellschafter oder Abwickler zu hören (§ 15 II 3). Diese Regelung bezieht sich jedoch nur auf den Eigenantrag. Wird Termin anberaumt zur Anhörung des Schuldners, sollte dem antragstellenden Gläubiger die Anwesenheit gestattet werden. Erfolgt die Anhörung des Schuldners im Wege der Rechtshilfe, kann das Rechtshilfegericht nicht von sich aus statt mündlicher Anhörung eine schriftliche Anhörung anordnen.⁷⁴ Die Anhörung des Schuldners durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen genügt den Anforderungen an das rechtliche Gehör nicht.⁷⁵ Im Übrigen reicht es aus, dass dem Schuldner Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird. Auf die tatsächliche Stellungnahme kommt es nicht an.⁷⁶ Ist der Insolvenzantrag zulässig, ist das Insolvenzgericht nicht nur berechtigt, sondern uU sogar verpflichtet, Sicherungsmaßnahmen nach § 21 und Amtsermittlungen nach § 5 I anzuordnen (→ § 14 Rn. 2). Auf die Art und den Umfang dieser Amtsermittlungen hat der Antragsteller keinen Einfluss.

- 20 Schließlich läuft der Gläubiger als Antragsteller Gefahr, dass von ihm gemäß § 26 I 2 ein hoher Massekostenvorschuss eingefordert wird, der in keinem vernünftigen Verhältnis zu seiner Forderung steht. Zwar hat der Gesetzgeber der InsO in § 54 die Kosten des Verfahrens definiert und auf die Gerichtskosten und Vergütungen von Verwalter und Gläubigerausschuss beschränkt; jedoch muss der Antragsteller damit rechnen, dass wegen der Unkalkulierbarkeit dieser Kosten, deren endgültige Höhe erst am Schluss des Verfahrens feststeht, ein hoher Massekostenvorschuss eingefordert wird, der zugleich auch die einstweilige Weiterführung eines Betriebs ermöglicht.⁷⁷ Der Erstattungsanspruch des Vorschussleistenden nach § 26 III nützt dem Antragsteller bei einer Vermögenslosigkeit des organ-schaftlichen Vertreters nichts. Erstattungsfähig nach § 26 III sind im Übrigen nur solche Geldbeträge, die zu dem Zweck vorgeschossen werden, die Abweisung mangels Masse zu verhindern.⁷⁸

- 21 **2. Vor- und Nachteile des Eigenantrags eines Schuldners.** Der Insolvenzantrag eines Schuldners (Eigenantrag) hat vor allem den Vorteil, dass er das Recht verschafft, sich frühzeitig, nämlich schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18), unter den Schutz eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens zu stellen. Oftmals haben außergerichtliche Sanierungsbemühungen nicht zum Erfolg geführt, weil einige Gläubiger (Akkordstörer) ihre Zustimmung zu einer vergleichswisen Lösung verweigert haben (zur Akkordstörer-Problematik → Rn. 7). Das Insolvenzverfahren ermöglicht es dem notleidenden Schuldnerunternehmen, nicht nur im Wege der Gläubigerabstimmung (§ 76 II) Mehrheitsentscheidungen herbeizuführen, sondern auch im Insolvenzplanverfahren zu erreichen, dass über das Obstruktionsverbot (§ 245) die Zustimmung einer Abstimmungsgruppe unter bestimmten Voraussetzungen als erteilt gilt. Die Rückschlagssperre (§ 88) verschafft mit Verfahrenseröffnung dem Unternehmen wieder Liquidität, wenn Gläubiger im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens oder nach diesem Antrag durch Zwangsvoll-

⁷⁴ Uhlenbruck/Uhlenbruck¹³ § 14 Rn. 63.

⁷⁵ KG KTS 1960, 189; HKInsO/Kirchhof § 14 Rn. 35; KPB/Pape § 14 Rn. 158.

⁷⁶ BGH KTS 1978, 26 f.; OLG Köln KTS 1958, 15; OLG Frankfurt KTS 1971, 286; HKInsO/Kirchhof § 14 Rn. 35.

⁷⁷ Vgl. OLG Köln NZI 2000, 217; LG Traunstein NZI 2000, 439; LG Berlin ZInsO 2001, 718; AG Charlottenburg ZIP 1999, 1687 ff.; AG Neuruppin ZIP 1999, 1687; Rattunde/Röder DZWIR 1999, 309 ff.; Völlender InVo 1997, 4 (6); Uhlenbruck/Uhlenbruck¹³ § 26 Rn. 17; Wienberg/Voigt ZIP 1999, 1662 ff.; zur Massekostendeckung s. a. Haarmeyer ZInsO 2001, 103 (105); Uhlenbruck DZWIR 2000, 15 (17).

⁷⁸ BGH ZInsO 2003, 28.

streckung Sicherungen an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen erlangt haben. Im Wege der Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. können Vollstreckungen und gläubigernachteilige Rechtshandlungen rückgängig gemacht werden. Schließlich hat vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein vorläufiger Insolvenzverwalter die Möglichkeit, gemäß § 30d IV ZVG den Antrag zu stellen, die Zwangsversteigerung des Betriebsgrundstücks einstweilen einzustellen. Er muss allerdings glaubhaft machen, dass die einstweilige Einstellung zur Verhütung nachteiliger Veränderungen in der Vermögenslage des Schuldners erforderlich ist, was in der Regel keine Schwierigkeiten macht. Im eröffneten Insolvenzverfahren greift die Vorschrift des § 30d I ZVG. Danach ist auf Antrag des Insolvenzverwalters die Zwangsversteigerung zB eines Betriebsgrundstücks einstweilen einzustellen, wenn der Berichtstermin noch bevorsteht, das Grundstück nach dem Ergebnis des Berichtstermins für die Unternehmensfortführung oder für die Vorbereitung der Veräußerung des Betriebes oder einer Gesamtheit von Gegenständen benötigt wird, durch die Versteigerung die Durchführung eines vorgelegten Insolvenzplans gefährdet würde oder wenn in sonstiger Weise durch die Versteigerung die angemessene Verwertung der Insolvenzmasse wesentlich erschwert würde. Der Antrag ist nur abzulehnen, wenn die einstweilige Einstellung dem Gläubiger unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse nicht zuzumuten ist. Hat der Schuldner einen Insolvenzplan vorgelegt und ist dieser nicht nach § 231 zurückgewiesen worden, ist die Zwangsversteigerung des Betriebsgrundstücks auf Antrag des Schuldners einstweilen einzustellen, wenn durch die Versteigerung die Durchführung eines vorgelegten Insolvenzplans gefährdet würde (§ 30d II ZVG).

Beim Eigenantrag drohen aber auch Nachteile, die teilweise nicht kalkulierbar und nicht beeinflussbar sind. Sämtliche Verfügungsbeschränkungen im Eröffnungsverfahren müssen veröffentlicht werden (§ 23 I; zur Publizität → Rn. 8). Der Schuldner bzw. das Schuldnerunternehmen muss damit rechnen, dass das Gericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bestellt.⁷⁹ In diesem Fall geht die Unternehmensleitung gemäß § 22 I 2 Nr. 2 auf den vorläufigen Verwalter über, der das Unternehmen fortzuführen hat, soweit nicht das Insolvenzgericht einer Stilllegung zustimmt, um eine erhebliche Verminderung des Vermögens zu vermeiden. Hat das Schuldnerunternehmen bestimmte Vorstellungen hinsichtlich der Art der Insolvenzabwicklung oder einer Sanierung entwickelt, wie zB in einem „prepackaged plan“, muss die Unternehmensleitung damit rechnen, dass die erste Gläubigerversammlung im Berichtstermin gemäß § 157 S. 1 das Verfahrensziel anders bestimmt. Dies ist besonders in den Fällen misslich, in denen ein Schuldnerunternehmen wegen drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18) Insolvenzantrag gestellt hat, um sich rechtzeitig unter den Schutz eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens zu stellen. In diesen Fällen, in denen ein zur Antragspflicht führender Insolvenzgrund noch nicht vorliegt, erweist sich die uneingeschränkte Gläubigerautonomie als nachteilig und für den Schuldner sogar gefährlich. Stellt ein Schuldner oder Schuldnerunternehmen wegen drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18) Insolvenzantrag, wird dieser Antrag nicht selten mit einem Antrag auf Eigenverwaltung (§§ 270 ff.) verbunden. Der Eigenantrag gewährleistet, dass die organschaftlichen Vertreter in die Lage versetzt werden, das Verfahren in eigener Regie durchzuführen, wenn nach den Umständen zu erwarten ist, dass die Anordnung nicht zu einer Verfahrensverzögerung oder zu sonstigen Nachteilen für die Gläubiger führen wird (§ 270 II Nr. 3).⁸⁰ Nach hM ist die Ablehnung der Eigenverwaltung nicht selbstständig anfechtbar.⁸¹ Lehnt das Gericht die Eigenverwaltung ab oder hebt es sie nach § 272 auf, geht mit der Verfahrenseröffnung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das gesamte Unternehmen nach § 80 I auf den Insolvenzverwalter über. Der organschaftli-

⁷⁹ Vgl. LG Bonn ZIP 2003, 1412; Bork EWiR 2003, 871 f.

⁸⁰ Vgl. Huhm, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, 2003; Uhlenbruck FS Metzeler 2003, 85 ff.; Görg FS Uhlenbruck 2000, 117 ff.; Görg/Stockhausen FS Metzeler 2003, 105 ff.; Buchalik NZI 2000, 294; Westrick NZI 2003, 65 ff.; Uhlenbruck FS Kirchhof 2003, 479 ff.; Vüta S. 67.

⁸¹ LG Mönchengladbach NZI 2003, 152; str. aA Uhlenbruck ZInsO 2003, 821; Smid WM 1998, 2489 (2510); Bärenz EWiR 2003, 483.

che Vertreter eines Schuldnerunternehmens muss damit rechnen, seine Position zu verlieren, weil der Insolvenzverwalter nach § 113 berechtigt ist, den Anstellungsvertrag zu kündigen. Gleichzeitig verliert der organschaftliche Vertreter oder der Schuldner jegliches Recht, hinsichtlich des Verfahrensziels Einfluss zu nehmen. Er kann allenfalls versuchen, mit der Vorlage eines Insolvenzplans an das Insolvenzgericht (§ 218 I 1) dem Verfahrensablauf eine bestimmte Richtung zu geben. Aber auch hier muss das Schuldnerunternehmen damit rechnen, dass die nach § 244 I erforderlichen Mehrheiten nicht zustande kommen. Die Folge ist die Liquidation des Unternehmens. Durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) v. 13.12.2010⁸² hat der Gesetzgeber zur Vermeidung dieser nachteiligen Folgen zum 1.3.2012 für Schuldner die Möglichkeit eröffnet, das sog. Schutzschirmverfahren zu beantragen (§§ 270a, 270b); zu den Einzelheiten → § 88. In welchem Umfang und mit welchem Erfolg von diesem Verfahren in der Praxis Gebrauch gemacht wird, bleibt abzuwarten.⁸³

IV. Der Entscheidungsprozess „Gerichtliches Verfahren oder Außergerichtlicher Vergleich?“

- 23 1. Analyse der Unternehmenssituation.** Der Entscheidungsprozess, ob eine Insolvenz mittels eines gerichtlichen Verfahrens oder außergerichtlich bewältigt wird, hängt von zahlreichen Faktoren ab.⁸⁴ Die Entscheidung über eine außergerichtliche Sanierung setzt eine gründliche Analyse der Unternehmenssituation voraus. Einmal muss das Unternehmen reorganisationsfähig sein, wobei nicht nur die interne Reorganisationsfähigkeit zu bejahen sein muss, sondern auch die Überlebensfähigkeit am Markt. Weiterhin muss die Rolle und die Einstellung der am Verfahren Beteiligten analysiert werden, wie zB die Verhandlungs- und Opferbereitschaft der Banken, Lieferanten, Kreditversicherungen, Arbeitnehmer, des Betriebsrats und der Gewerkschaften, der Gesellschafter und Geschäftsführer sowie der sonstigen Beteiligten, wie zB Finanzämter, Öffentliche Hand, Sozialversicherungsträger, Pensionsversicherungsverein und Arbeitsverwaltung.⁸⁵ Der Entscheidungsprozess „außergerichtliche Sanierung oder gerichtliches Insolvenzplanverfahren“ wird auch beeinflusst von den Gefahren jeglicher gerichtlichen Sanierung für Kreditinstitute. *H. P. Westermann*⁸⁶ hat bereits 1983 darauf hingewiesen, dass die Kreditinstitute bei Großinsolvenzen einem starken politischen Druck ausgesetzt sind. Die Gewährung von Krediten in der wirtschaftlichen Krise eines Unternehmens begründet für die Bank nicht nur die Gefahr des Verlustes der ausgeliehenen Mittel, sondern zugleich auch eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung. Selbst staatsverbürgte Sanierungskredite können den Tatbestand der Insolvenzverschleppung erfüllen und damit zum Schadensersatz gegenüber sämtlichen Gläubigern verpflichtet. Auch darf nicht außer Betracht bleiben, dass staatliche Hilfen zur Abwendung einer Unternehmensinsolvenz unter dem Aspekt des Beihilfeverbots uU zurückgefordert werden können.
- 24** Die außergerichtliche Krisenbewältigung als freie Sanierung bietet für das Unternehmen und seine organschaftlichen Vertreter erhebliche Vorteile, weshalb sie der erfolgversprechendere Weg gegenüber dem gerichtlichen Reorganisationsverfahrens ist.⁸⁷ Die freie

⁸² BGBl. 2011 I 2582.

⁸³ Zu ersten Erfahrungsberichten aus der Praxis s. den Bericht der Bundesregierung vom 11.10.2018, BT-Drs. 19/4880.

⁸⁴ S. *Uhlenbruck* BB 2001, 1641 ff.; *Pannen/Deuchler/Kahlert/Undritz*, Sanierungsberatung, 2005, S. 235 ff. Rn. 889 ff.; *Maus*, Sanierungsberatung, in: Römermann (Hrsg.), Steuerberater Handbuch Neue Beratungsfelder, 2005, S. 707 ff. Rn. 85 ff.; *Vuia* S. 65 ff.

⁸⁵ Vgl. *Leoprechting/Ziechmann*, Entscheidungsprozesse im Insolvenzverfahren, 1999; zu rechtlichen Konstruktionen außergerichtlicher Unternehmenssanierungen s. a. *Obermüller* ZInsO 2002, 597 ff.; *Uhlenbruck* BB 2001, 1641 ff.

⁸⁶ Kreditwirtschaft und Öffentliche Hand als Partner der Unternehmenssanierungen, 1983; instruktiv auch *Wittig* NZI 1998, 49 ff.; *Hax*, Insolvenzen und Staatseingriffe, in: *M. Heintzen u. L. Kruschwitz* (Hrsg.), Unternehmen in der Krise, Betriebswirtschaftliche Schriften Heft 158, 2004, 209 (222 ff.).

⁸⁷ S. hierzu *Vuia* S. 70 f. mwN.