

Gelbe Erläuterungsbücher

Insolvenzordnung (InsO)

Kommentar

Bearbeitet von

Von Dr. Dirk Andres, Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter, Dr. Rolf Leithaus, Rechtsanwalt, und Michael Dahl, Rechtsanwalt

4. Auflage 2018. Buch. XXXII, 1120 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71684 3

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Insolvenzrecht, Unternehmenssanierung](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

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

die Anordnung unverzüglich elektronisch dem zentralen Vollstreckungsgericht nach § 882h Abs. 1 der Zivilprozessordnung. ²§ 882c Abs. 3 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend.

(3) ¹Wer nach Absatz 1 Satz 2 einen Vorschuß geleistet hat, kann die Erstattung des vorgeschossenen Betrages von jeder Person verlangen, die entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens pflichtwidrig und schuldhaft nicht gestellt hat. ²Ist streitig, ob die Person pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat, so trifft sie die Beweislast.

(4) ¹Zur Leistung eines Vorschusses nach Absatz 1 Satz 2 ist jede Person verpflichtet, die entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts pflichtwidrig und schuldhaft keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat. ²Ist streitig, ob die Person pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat, so trifft sie die Beweislast. ³Die Zahlung des Vorschusses kann der vorläufige Insolvenzverwalter sowie jede Person verlangen, die einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat.

Literatur: Antoni, Gewerbeuntersagung und Insolvenzverfahren – Offene Fragen zu § 12 GewO, NZI 2003, 246–252.

I. Entstehungsgeschichte und Normzweck

1. Entstehungsgeschichte

Die Vorschrift geht zurück auf § 107 KO, § 17 Nr 6 VglO und § 4 Abs 2 GesO. ¹Abs 1 hat im Vergleich zu § 107 Abs 1 KO zwar nicht vom Wortlaut, wohl aber von den rechtlichen Wirkungen her eine bedeutsame Änderung erfahren. Die korrespondierende Vorschrift des § 54 bezeichnet als Kosten des Insolvenzverfahrens lediglich die Gerichtskosten, sowie Vergütung und Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses. Die entsprechende Vorschrift aus der KO, § 58, setzte die Schwelle für die mögliche Eröffnung des Verfahrens deutlich höher. Durch das **InsOÄndG 2001 wurde Abs 1 Satz 2 dahingehend geändert, dass jetzt auch eine Verfahrenskostenstundung nach § 4a eine Abweisung mangels Masse verhindert.** Abs 2 entspricht inhaltlich § 107 Abs 2 KO. Abs 3 hingegen enthält eine dem Konkursrecht unbekannt neue Anspruchsgrundlage. Die ursprünglich in Abs 3 Satz 3 enthaltene Verjährungsfrist von fünf Jahren wurde durch das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.12.2004 gestrichen. Durch das ESUG wurde Abs 4 neu eingefügt. Danach ist zur Zahlung eines Kostenvorschusses nach Abs 1 Satz 2 derjenige verpflichtet, der einen Insolvenzantrag schuldhaft nicht gestellt hatte.

2. Normzweck

Die Abweisung mangels Masse ist eine dem Insolvenzrecht immanente Selbstverständlichkeit. Sofern bereits vor Eröffnung des Verfahrens feststeht, dass die Kosten zur Durchführung des Verfahrens nicht gedeckt sind, ist der durch die Eröffnung verursachte Aufwand weder dem Gericht, noch den sonstigen beteiligten Personen zuzumuten. Abs 2 stellt sicher, dass auch bei einem mangels Masse

abgewiesenen Insolvenzverfahren die **Warnfunktion des Schuldnerverzeichnisses** erfüllt werden kann. Abs 3 gewährleistet schließlich, dass derjenige, der einen Massekostenvorschuss nach Abs 1 Satz 2 leistet, einen eigenständigen Schadensersatzanspruch gegen denjenigen geltend machen kann, der den Insolvenzantrag verspätet gestellt und dadurch die Masselosigkeit verursacht hat. Abs 4 gewährt einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch des vorläufigen Insolvenzverwalters und etwaiger betroffener Gläubiger gegen die Vertretungsorgane oder andere verpflichtete Personen (vgl § 15a), die einen Insolvenzantrag nicht gestellt haben. Die Norm ergänzt die bereits Ende 2004 eingefügte Haftungsnorm des Abs 3. Ziel dieser Bestimmungen ist, einen zusätzlichen Anreiz an die Geschäftsführung zu richten, rechtzeitig (vgl § 15a) einen Eröffnungsantrag zu stellen.

II. Regelungsinhalt

1. Entscheidung des Gerichts/Kosten des Verfahrens

- 3 Das Gericht hat zunächst – regelmäßig unter Heranziehung eines Sachverständigen (§ 22 Abs 1 Satz 2 Nr 3) – festzustellen, wie groß das Vermögen des Schuldners ist und ob es ausreicht, um die Kosten des Verfahrens gemäß § 54 zu decken. Kosten des Insolvenzverfahrens sind nach § 54 die Gerichtskosten sowie die Vergütungen und die Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses (→ § 54 Rn 1). Eine Abweisung mangels Masse gemäß § 26 setzt die Feststellung eines Eröffnungsgrundes durch das Gericht voraus. Von Zahlungsunfähigkeit iSd § 17 ist regelmäßig auszugehen bei Fehlen von Vermögenswerten eines Schuldners mit unbekanntem Aufenthalt. In diesem Fall ist auch von einer mangelnden Kostendeckung auszugehen (AG Göttingen NZI 2016, 636; aA LG Kassel NJW-Spezial 2016, 182). Nicht zu den Kosten des Insolvenzverfahrens gehören sonstige Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs 1 und – sofern vom Gericht ein „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde – § 55 Abs 2. Gleiches gilt für Steuerverbindlichkeiten nach § 55 Abs 4. Da – anders als nach der KO – die Verbindlichkeiten, die durch Handlungen des Insolvenzverwalters, durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse entstehen, bei der Frage der Abweisung mangels Masse nicht berücksichtigt werden, kann vielfach das Problem entstehen, dass zwar eine zur Eröffnung des Verfahrens ausreichende Masse vorhanden ist, jedoch im eröffneten Verfahren zahlreiche Masseverbindlichkeiten nicht erfüllt werden können. Die Rechtsfolgen ergeben sich in diesem Fall aus §§ 207 ff.

Aber das Insolvenzgericht verletzt seinen Beurteilungsspielraum iSv § 26 Abs 1 nicht, wenn es ein Verfahren auf Grundlage eines Gutachtens eröffnet, welches eine knappe derzeitige Massekostenunterdeckung verzeichnet, aber mögliche künftige, nicht unwahrscheinliche, Ansprüche der Insolvenzmasse (LG Hamburg NZI 2016, 772).

2. Massekostenvorschuss/Verfahrenskostenstundung

- 4 Bei unzureichender Masse kann die Abweisung des Insolvenzantrags verhindert werden, indem ein entsprechender Vorschuss bei Gericht eingezahlt wird. Die Höhe des Vorschusses wird anhand des dem Gericht vorliegenden Gutachtens ermittelt. Üblicherweise setzt das Gericht im verfahrensabweisenden Beschluss die Höhe eines möglichen Massekostenvorschusses fest, bei dessen Einzahlung das

Verfahren (doch) eröffnet werden kann. Das Gericht kann jedoch auch den antragstellenden Gläubiger vor der abweisenden Entscheidung formlos darauf hinweisen, dass ohne Einzahlung eines Vorschusses eine Abweisung mangels Masse erfolgen wird (Nerlich/Römermann/Mönning/Zimmermann, § 26 Rn 68 f; Jaeger/Schilken, § 26 Rn 35). Der einen **Massekostenvorschuss erbringende Gläubiger nimmt eine besonders privilegierte Stellung** ein. Soweit der Vorschuss für die in § 54 aufgeführten Kosten nicht verbraucht wird, ist dieser an den Vorschiebenden zurückzuzahlen. Des Weiteren erwirbt der Vorschiebende das Recht, aus der Masse erwirtschaftete Vermögenswerte vorrangig ausgekehrt zu erhalten. Schließlich steht ihm nach Abs 3 ein eigenständiger Schadensersatzanspruch zu (→ Rn 7). Bei einer natürlichen Person als Schuldner kann außerdem eine Verfahrenskostenstundung nach § 4a gewährt werden (s Kommentierung dort → § 4a Rn 2 ff).

3. Eintragung in das Schuldnerverzeichnis

Eine Verfahrensabweisung mangels Masse wird nach Abs 2 in das Schuldnerverzeichnis eingetragen. Hierdurch wird der Rechtsverkehr vor dem Schuldner trotz der nicht erfolgten und dementsprechend nicht öffentlich bekannt gemachten Verfahrenseröffnung gewarnt. Die Eintragung in das Schuldnerverzeichnis ist jedoch **nur ein unvollkommenes Warnsignal** (Nerlich/Römermann/Mönning/Zimmermann, § 26 Rn 145). Die Vorschrift wird ergänzt durch § 31, wonach bei im Handelsregister eingetragenen Schuldnern die Abweisung mangels Masse auch dort eingetragen wird. Auch letzterer Schutz ist jedoch nur unvollkommen, da insbesondere bei juristischen Personen des Handelsrechts (etwa GmbH) die Neugründung der Gesellschaft unter anderer Firma erfolgen kann. In Betracht kommt auch eine Gewerbeuntersagung nach § 12 GewO (Antoni NZI 2003, 246).

4. Kostenentscheidung bei Abweisung mangels Masse

Im Falle der Abweisung mangels Masse ist umstritten, ob die Verfahrenskosten – einschließlich der Auslagen – stets dem Schuldner aufzuerlegen sind (Nerlich/Römermann/Mönning/Zimmermann, § 26 Rn 154 mwN; MüKoInsO/Haarmeyer, § 26 Rn 33; HKInsO/Rüntz/Laroche, § 26 Rn 26) oder stets dem Gläubiger (Uhlenbruck/Vallender, § 26 Rn 38 ff; vgl zum Streitstand Jaeger/Schilken, § 26 Rn 72 ff). Aufgrund der häufig vorliegenden Vermögenslosigkeit des Schuldners wird jedoch oft die Zweitschuldnerhaftung des Antragstellers gemäß § 23 Abs 1 GKG eintreten.

5. Erstattungsanspruch gemäß Abs 3

Nach Abs 3, der durch das MoMiG teilweise angepasst wurde, erhält derjenige, der nach Abs 1 Satz 2 zur Vermeidung der Abweisung mangels Masse einen Massekostenvorschuss geleistet hat, einen eigenständigen Anspruch auf **Erstattung des Massekostenvorschusses**. Der Anspruch richtet sich gegen die Personen, die gesetzlich zur – rechtzeitigen – Stellung eines Insolvenzantrages verpflichtet sind (MüKoInsO/Haarmeyer, § 26 Rn 56 ff; Uhlenbruck/Hirte, § 26 Rn 58 ff; Jaeger/Schilken, § 26 Rn 91). Zu den Anspruchsvoraussetzungen gehört, dass die antragspflichtige Person „pflichtwidrig und schuldhaft“ gehandelt hat. Allerdings enthält Abs 3 Satz 2 eine Beweislastumkehr zu Lasten des Anspruchsgegners. Der Anspruch unterliegt jetzt der dreijährigen Verjährung nach §§ 195, 199 BGB, die

Frist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Vorschuss geleistet wurde (HKInsO/Rüntz/Laroche, § 26 Rn 43).

6. Schadenersatzanspruch gegen Geschäftsführer bei Masselosigkeit (Abs 4)

- 8 **a) Allgemeines.** Nach dem durch das ESUG neu eingefügten Abs 4 besteht ein direkter Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses nach Abs 1 Satz 2 gegen jede Person, die „entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts pflichtwidrig und schuldhaft keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat“. Den Anspruch kann sowohl der vorläufige Insolvenzverwalter als auch „jede Person verlangen, die einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat“.
- 9 **b) Anspruchsvoraussetzungen.** Der Anspruch setzt voraus, dass der Eröffnungsantrag „entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts“ schuldhaft nicht gestellt wurde. Seit der Einfügung von § 15a dürfte nur ein Verstoß gegen diese Norm in Betracht kommen. Eine ausschließlich gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung existiert nicht mehr. Insoweit dürfte es sich um ein Redaktionsversehen handeln (indem der Wortlaut des älteren Abs 3 übernommen wurde). Eine lediglich verspätete Antragstellung wird vom Wortlaut der Norm nicht erfasst. Das spräche dafür, dass eine Haftung nach Abs 4 (Entsprechendes gilt für Abs 3) nur dann eingreift, wenn ausschließlich ein Dritter den Eröffnungsantrag gestellt hat. Auch bei Stellung des Eröffnungsantrags durch einen Dritten könnte der nach § 15a Verpflichtete noch einen Eröffnungsantrag stellen, um nachträglich seiner Haftung zu entgehen. Die Kommentarliteratur geht aber – ohne dies zu problematisieren – davon aus, dass auch eine nicht rechtzeitige Antragstellung unter die Norm fällt (MüKoInsO/Haarmeyer, § 26 Rn 63; Nerlich/Römermann/Mönning/Zimmermann, § 26 Rn 88, vgl auch die Voraufgabe Rn 7 mwN). Begründen lässt sich dies damit, dass auch eine verspätete Antragstellung einen Verstoß gegen die Pflichten des § 15a darstellt und damit „kein Antrag“ entsprechend der insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften vorliegt. Gegen diese Auslegung spricht jedoch, dass der Gesetzgeber an anderer Stelle (§ 15a Abs 4) eine Differenzierung nach „nicht“ und „nicht rechtzeitiger“ Antragstellung vornimmt. Insgesamt kann konstatiert werden, dass die Formulierung der Norm nicht bis ins Letzte durchdacht ist (so auch Nerlich/Römermann/Mönning/Zimmermann, § 26 Rn 87).
- 10 **c) Durchsetzung des Anspruchs.** Anspruchsinhaber ist in erster Linie der vorläufige Insolvenzverwalter. Des Weiteren kann der Anspruch geltend gemacht werden von jeder Person, „die einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat“, insbesondere also Insolvenzgläubiger nach § 38. In der Praxis dürfte nur ein vorläufiger Insolvenzverwalter den Anspruch nach Abs 4 geltend machen. Bei der gerichtlichen Durchsetzung dürfte regelmäßig Prozesskostenhilfe gewährt werden: Die Bedürftigkeit des Anspruchstellers ist aufgrund der Masselosigkeit indiziert. Darüber hinaus sind die Aussichten auf ein Obsiegen aufgrund der Beweislastumkehr regelmäßig gegeben.
- 11 **d) Kritik an der Norm.** Es sind durchaus Zweifel angezeigt, ob Abs 4 (ebenso wie Abs 3) in der Praxis besondere Relevanz haben wird (vgl MüKoInsO/Haarmeyer, § 26 Rn 56b zu Abs 3). Den Anspruchsgegner trifft zwar die Beweislast dahingehend, ob die Voraussetzungen einer Haftungsinanspruchnahme vorliegen.

Dies bedeutet, dass bei Vorliegen einer Masselosigkeit, die sonst zur Abweisung mangels Masse führen würde, ein Anspruch des vorläufigen Insolvenzverwalters vergleichsweise einfach rechthängig gemacht und tituliert werden kann. Jedoch stellt sich vielfach die Frage, ob einem Geschäftsführer oder – im Falle der führunglosen Gesellschaft – einem Gesellschafter, der es zu einem masselosen Insolvenzverfahren hat kommen lassen, überhaupt noch hinreichende Mittel zur Verfügung stehen, um einen Kostenvorschuss leisten zu können.

7. Rechtsmittel

Gegen den Beschluss des Insolvenzgerichts, einen Insolvenzantrag mangels Masse abzuweisen, steht dem Antragsteller sowie dem Schuldner nach §§ 6, 34 das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu (vgl die Kommentierung zu §§ 6 und 34). Hat das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners eröffnet, steht diesem hiergegen grundsätzlich kein Beschwerderecht zu (BGH NJW-RR 2007, 765). 12

§ 26a Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters

(1) Wird das Insolvenzverfahren nicht eröffnet, setzt das Insolvenzgericht die Vergütung und die zu erstattenden Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters durch Beschluss fest.

(2) ¹Die Festsetzung erfolgt gegen den Schuldner, es sei denn, der Eröffnungsantrag ist unzulässig oder unbegründet und den antragstellenden Gläubiger trifft ein grobes Verschulden. ²In diesem Fall sind die Vergütung und die zu erstattenden Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters ganz oder teilweise dem Gläubiger aufzuerlegen und gegen ihn festzusetzen. ³Ein grobes Verschulden ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Antrag von vornherein keine Aussicht auf Erfolg hatte und der Gläubiger dies erkennen musste. ⁴Der Beschluss ist dem vorläufigen Verwalter und demjenigen, der die Kosten des vorläufigen Insolvenzverwalters zu tragen hat, zuzustellen. ⁵Die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Zwangsvollstreckung aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen gelten entsprechend.

(3) ¹Gegen den Beschluss steht dem vorläufigen Verwalter und demjenigen, der die Kosten des vorläufigen Insolvenzverwalters zu tragen hat, die sofortige Beschwerde zu. ²§ 567 Absatz 2 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend.

§ 26a Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters (1.3.2012 bis 30.6.2014)

(1) ¹Wird das Insolvenzverfahren nicht eröffnet, setzt das Insolvenzgericht die Vergütung und die zu erstattenden Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters gegen den Schuldner durch Beschluss fest. ²Der Beschluss ist dem vorläufigen Verwalter und dem Schuldner besonders zuzustellen.

(2) ¹Gegen den Beschluss steht dem vorläufigen Verwalter und dem Schuldner die sofortige Beschwerde zu. ²§ 567 Absatz 2 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend.

Literatur: *Scholz-Schulze/Graeber*, Checkliste der durch die Insolvenzgerichte zu beachtenden Änderungen ab dem 1.7.2014, ZInsO 2014, 587; *Smid*, Titulierung des Vergütungsanspruchs des Insolvenzverwalters und des vorläufigen Verwalters, ZIP 2014, 1714.

- 1 Durch das ESUG ist die Vorschrift des § 26a neu in die Insolvenzordnung aufgenommen worden. Der BGH hatte in der Vergangenheit am 9.12.2009 (ZInsO 2010, 100 ff) entschieden, dass in dem Fall einer Nichteröffnung des Verfahrens die Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters nicht durch das Insolvenzgericht, sondern durch das zuständige Zivilgericht zu erfolgen hat. Dies hatte in der Praxis zu erheblicher Verunsicherung geführt, auch wenn die Fälle oftmals wirtschaftlich nicht von großer Relevanz waren. Seit dem 1.3.2012 ist für die Festsetzung in den Fällen in denen es nicht zu Eröffnung kommt auch das Insolvenzgericht zuständig. Die Regelung entfaltet keine Rückwirkung. Altfälle sind damit nach der vorgenannten Rechtsprechung des BGH zu beurteilen. Die funktionale Zuständigkeit richtet sich nach § 18 Abs 1 Nr 1 RPfG. Danach liegt die Zuständigkeit im Regelfall bei dem Insolvenzrichter (aA AG Hamburg ZIP 2015, 47 f, dass in der Norm des § 18 Abs 1 Nr 1 nur eine zeitliche Abgrenzung sieht. Diese Ansicht ist jedoch bereits nicht mit dem Wortlaut der Norm vereinbar, die allgemein vom Verfahren spricht und keine funktionalen Einschränkungen vornimmt). Der Vergütungsfestsetzungsbeschluss ist ein vorläufig vollstreckbarer Titel iSd § 794 Abs 1 Nr 2 ZPO. Nach der Regelung bis zum 1.7.2014 richtete sich diese aber ausschließlich gegen das Schuldvermögen. Hieran ist in der Literatur berechtigt Kritik geäußert worden (vgl nur MüKoInsO/*Haarmeyer*, § 26a Rn 6 sowie *Frind* ZInsO 2011, 2250).
- 2 Gegen den Beschluss steht dem vorläufigen Insolvenzverwalter sowie dem Schuldner die sofortige Beschwerde gemäß Abs 3 zu. Sofern der antragstellende Gläubiger die Kosten zu tragen hat, ist auch er beschwerdeberechtigt. Insofern ist der Beschluss nach Abs 2 S 4 an den vorläufigen Verwalter und den Kostenschuldner gesondert zuzustellen.
- 3 Der Kritik an einer Festsetzung nur gegen das Schuldnervermögen ist der Gesetzgeber im Rahmen des **Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens** entgegengekommen und hat die Vorschrift neu gefasst. **Die neue Fassung gilt seit dem 1.7.2014.** Danach erfolgt grundsätzlich eine Festsetzung der Vergütung gegen den Schuldner. Etwas Anderes ergibt sich nur, wenn der Eröffnungsantrag unzulässig oder unbegründet ist und den Antragsteller ein grobes Verschulden trifft oder der Gläubiger den Insolvenzantrag zurücknimmt (BGH NZI 2008, 170; LG Frankfurt, NZI 2015, 530 ff). Dann sind die Vergütung und die zu erstattenden Auslagen dem antragstellenden Gläubiger aufzuerlegen. Das Gericht kann in diesen Fällen entscheiden, ob es die Kosten ganz oder nur teilweise dem Gläubiger auferlegt. Der vorläufige Insolvenzverwalter erhält dann auch einen vorläufig vollstreckbaren Titel gegen den Gläubiger. Für die Vollstreckung gelten die Regelungen der Zwangsvollstreckung aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen der Zivilprozessordnung entsprechend, Abs 2 Satz 4. Wann von einem groben Verschulden auszugehen ist, beschreibt der Gesetzgeber exemplarisch in Abs 2 Satz 3. Dies soll dann der Fall sein, wenn der Antrag von vorneherein keine Aussicht auf Erfolg hatte und der Gläubiger dies erkennen musste. Der Gesetzgeber setzt damit einen sehr engen Rahmen, in dem die Kosten von antragstellenden Gläubigern zu tragen sein werden. Erfolgt ein Antrag nicht mutwillig, nur um „Druck“ auf einen Schuldner zu machen, werden die Kosten regelmäßig dem Schuldner aufzuerlegen sein. Das Beschwerderecht wurde dahingehend angepasst,

dass auch der Gläubiger eine Beschwerdemöglichkeit besitzt, wenn der Beschluss gegen ihn festgesetzt wurde.

Für den vorläufigen Sachwalter ist die Vorschrift analog anwendbar (AG Hamburg ZIP 2014, 237).

§ 27 Eröffnungsbeschuß

(1) ¹Wird das Insolvenzverfahren eröffnet, so ernennt das Insolvenzgericht einen Insolvenzverwalter. ²§ 270 bleibt unberührt.

(2) Der Eröffnungsbeschuß enthält:

1. Firma oder Namen und Vornamen, Geburtsdatum, Registergericht und Registernummer, unter der der Schuldner in das Handelsregister eingetragen ist, Geschäftszweig oder Beschäftigung, gewerbliche Niederlassung oder Wohnung des Schuldners;
2. Namen und Anschrift des Insolvenzverwalters;
3. die Stunde der Eröffnung;
4. die Gründe, aus denen das Gericht von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters abgewichen ist; dabei ist der Name der vorgeschlagenen Person nicht zu nennen;
5. eine abstrakte Darstellung der für personenbezogene Daten geltenden Lösungsfristen nach § 3 der Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet vom 12. Februar 2002 (BGBl. I S. 677), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 13. April 2007 (BGBl. I S. 509) geändert worden ist.

(3) Ist die Stunde der Eröffnung nicht angegeben, so gilt als Zeitpunkt der Eröffnung die Mittagsstunde des Tages, an dem der Beschuß erlassen worden ist.

I. Entstehungsgeschichte und Normzweck

Die Norm entspricht im Wesentlichen §§ 108, 110 Abs 1 KO sowie §§ 20, 21 1 VglO. Durch den Eröffnungsbeschuß wird das Antragsverfahren in das Insolvenzverfahren übergeleitet. An die Eröffnung des Verfahrens knüpfen verschiedene Rechtsfolgen an (zB die Begründung von Masseverbindlichkeiten, das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach §§ 103 ff sowie das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters nach § 166). Auch markiert die Eröffnung des Verfahrens den Ausgangspunkt der Fristberechnung für die Gewährung von Insolvenzgeld gemäß §§ 183 ff SGB III.

II. Regelungsinhalt

1. Ernennung des Insolvenzverwalters

Während im Eröffnungsverfahren lediglich ein vorläufiger Insolvenzverwalter 2 eingesetzt war, wird dieser mit Eröffnung des Verfahrens – regelmäßig – zum endgültigen Insolvenzverwalter bestellt. Da in der Praxis von der Möglichkeit der Bestellung eines „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 22 Abs 1 Satz 1)

zumeist nicht Gebrauch gemacht wird, ist der Insolvenzverwalter erstmalig auch rechtlich in der Lage, die Verfügungsgewalt über das Unternehmen uneingeschränkt auszuüben. Für die **Ernennung des Insolvenzverwalters ist das Gericht** – und hier gemäß § 18 Abs 1 RPfG **der Richter zuständig**. Allerdings kann die Gläubigerversammlung im Berichtstermin (§ 57) einen anderen Insolvenzverwalter wählen (→ § 57 Rn 2). Da der vom Gericht benannte Insolvenzverwalter sich häufig bereits als vorläufiger Insolvenzverwalter mit dem Unternehmen vertraut machen konnte, ist eine Abwahl in der Praxis die Ausnahme (s zu den Einzelheiten der Bestellung des Insolvenzverwalters § 57 Rn 1).

2. Eröffnungsbeschluss

- 3 **a) Inhalt.** Abs 2 enthält – in Ergänzung zu §§ 28, 29 – formelle Vorgaben für den Inhalt des Eröffnungsbeschlusses. Neben der Bestellung des Insolvenzverwalters (Abs 1) muss der Eröffnungsbeschluss noch enthalten:
- genaue Angaben zum Schuldner (Name, Firma, Adresse, sowie seit 1.7.2007 auch Geburtsjahr, Registernummer und Registergericht);
 - genaue Angaben zum Insolvenzverwalter;
 - den genauen Zeitpunkt der Eröffnung (insbesondere die genaue Stunde);
 - Seit 1.3.2012: die Gründe, aus denen das Gericht von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters abgewichen ist.
 - seit 26.6.2017 Lösungsfristen zu personenbezogener Daten
- 4 **b) Begründungspflicht bei Abweichung vom Votum vorläufiger Gläubigerausschuss.** Die in Abs 2 durch das ESUG neu eingefügte ehemalige Nr 5 (unverändert nun Nr 4) wurde erforderlich aufgrund der Befugnis des vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 56a, eine bestimmte Person einstimmig zum vorläufigen Insolvenzverwalter vorzuschlagen. Im Falle eines einstimmigen Votums des Gläubigerausschusses ist das Gericht an dieses grundsätzlich gebunden. Es darf lediglich dann von dem Votum abweichen, wenn die vorgeschlagene Person „für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist“. Dabei darf der Name des ursprünglich vorgeschlagenen Verwalters nicht genannt werden. Bemerkenswert ist, dass das Insolvenzgericht die Versagung der Einsetzung des einstimmig nominierten vorläufigen Verwalters erst im Eröffnungsbeschluss, der zeitlich regelmäßig 2–3 Monate nach Einsetzung des vorläufigen Verwalters liegt, begründen muss. Weder den Mitgliedern des Gläubigerausschusses noch dem Schuldner oder einem Gläubiger steht gegen die Einsetzung einer nicht einstimmig nominierten Person als vorläufiger Insolvenzverwalter ein Rechtsmittel zu (→ § 56a, Rn 11). Daher ist die praktische Relevanz der Begründungspflicht nach Nr 4 zu bezweifeln.

3. Maßgeblicher Zeitpunkt

- 5 Abs 3 enthält eine Sonderregelung in Bezug auf den genauen Zeitpunkt der Eröffnung: Wird (**in der Praxis allerdings nur ausnahmsweise**) die **Stunde der Eröffnung nicht** angegeben, so gilt die **Mittagsstunde** des Eröffnungstages als Eröffnungszeitpunkt. Ein Vordatieren des Beschlusses ist rechtswidrig (BGH NJW 2004, 316). Wirksam wird der Eröffnungsbeschluss nach allgemeiner Meinung in dem Zeitpunkt, in dem er aufhört, ein Internum des Insolvenzgerichts zu sein, er also erstmals mit allgemeiner Zustimmung des Richters zum Zweck