

## Insolvenzordnung

Bearbeitet von

Herausgegeben von: Prof. Dr. Godehard Kayser, Vors. Richter am BGH, und Prof. Dr. Christoph Thole

9., neu bearbeitete Auflage 2018. Buch. XXXII, 2936 S. Gebunden

ISBN 978 3 8114 4716 5

Format (B x L): 14,8 x 21,0 cm

Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Insolvenzrecht, Unternehmenssanierung

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
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.

Sonderdruck aus:  
**Insolvenzordnung**

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Godehard Kayser**   **Prof. Dr. Christoph Thole**

Bearbeitet von

**Dr. Christian Brünkmans, LL.M.**  
Rechtsanwalt, Bonn

**Peter Depré**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Insolvenzrecht und für Bank- und  
Kapitalmarktrecht, Mannheim

**Dr. Susanne Dornblüth**  
Richterin am OLG Celle

**Prof. Dr. Ulrich Haas**  
Universität Zürich

**Prof. Dr. Godehard Kayser**  
Vors. Richter am BGH Karlsruhe

**Prof. Ulrich Keller**  
Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin

**Prof. Dr. Detlef Kleindiek**  
Universität Bielefeld

**Dr. Hans-Georg Landfermann**  
Präsident des BPatG a.D. München

**Dr. Peter Laroche**  
Richter am AG Köln

**Dr. Rüdiger Linck**  
Vors. Richter am BAG, Vizepräsident  
des BAG Erfurt

**Ilse Lohmann**  
Richterin am BGH Karlsruhe

**Prof. Dr. Wolfgang Marotzke**  
Universität Tübingen

**Dipl.-Kfm. Erion Metoja**  
Rechtsanwalt, Lauda-Königshofen

**Prof. Dr. Andreas Ransiek**  
Universität Bielefeld

**Alexander Riedel**  
Präsident des OLG Karlsruhe

**Stephan Ries**  
Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter,  
Wuppertal

**Dr. Jens Schmidt**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Insolvenzrecht, Fachanwalt  
für Handels- und Gesellschaftsrecht,  
Wuppertal

**Dr. Volker Schultz**  
Richter am Schleswig-Holsteinischen  
Oberlandesgericht Schleswig

**Detlef Specovius**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht  
Achern

**Werner Sternal**  
Vors. Richter am OLG Köln

**Dr. Artur M. Swierczok, LL.M.**  
Rechtsanwalt (Syndicusrechtsanwalt), Heidelberg

**Prof. Dr. Christoph Thole**  
Universität Köln

**Jochen Waltenberger**  
Richter am AG Kaiserslautern

9., neu bearbeitete Auflage



**C.F. Müller**

CFM

Sonderdruck:

ISBN 978-3-8114-4716-5

© 2018 C.F. Müller, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg

# Vorwort

Seit dem Erscheinen der achten Auflage vor zwei Jahren hat sich die dynamische Entwicklung des Insolvenzrechts in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur unvermindert fortgesetzt. Dies macht eine Neubearbeitung des Werkes erforderlich. Aus dem Bereich der Gesetzgebung sind vor allem zwei Gesetzesinitiativen hervorzuheben, die nach erheblichen Verzögerungen in der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages doch noch zum Abschluss gebracht worden sind: Zu nennen ist zum einen das am 21.4.2018 in Kraft tretende **Konzerninsolvenzrecht**, dessen Regelung im Ersten Teil der InsO mit der Einführung eines Gruppengerichtsstandes, im Ersten Abschnitt des Zweiten Teils mit den besonderen Anforderungen an den Antrag zur Begründung eines solchen Gerichtsstandes und nicht zuletzt mit einem völlig neuen Siebten Teil, der die Koordinierung der Verfahren von Schuldern regelt, die derselben Unternehmensgruppe angehören, ihren Niederschlag gefunden hat. Hervorzuheben ist zum anderen die **Reform der Insolvenzanfechtung**, durch die neben der Bekämpfung des Phänomens der Kettenanträge vor allem die Anfechtung kongruenter Deckungshandlungen in mehrfacher Hinsicht erschwert werden soll. Der Kern der Neuregelungen des Anfechtungsrechts gilt für Insolvenzverfahren, die ab dem 5.4.2017 eröffnet worden sind. Die Reform hat mithin die Insolvenzpraxis bereits erreicht. Gleichermaßen gilt für die schon im Jahre 2015 in wesentlichen Teilen neugefasste **EuInsVO**, die im Wesentlichen seit dem 26.6.2017 in Kraft ist. Auch weitere gesetzliche Neuregelungen, wie die des erheblich erweiterten § 104 InsO, der nunmehr das vertragliche **Liquidationsnetting** abweichend von insolvenzrechtlichen Grundsätzen behandelt wissen will, bedurften neuer Kommentierungen.

Für die neunte Auflage des Kommentars hat sich erneut ein Autorenwechsel als notwendig erwiesen. Rechtsanwalt Dr. Christian Brünkmans übernimmt Teile der Kommentierung von Dr. Hans-Georg Landfermann (§§ 270–285 InsO), Richter am Amtsgericht Dr. Peter Laroche tritt an die Stelle von Stefanie Rüntz (§§ 16–34 InsO) und Rechtsanwalt Dr. Artur M. Swierczok tritt als Nachfolger von Guido Stephan in den Kreis der Autoren ein (u.a. Internationales Insolvenzrecht). Verlag und Autoren bedanken sich bei den Ausgeschiedenen für das von ihnen – teilweise von der ersten Stunde an – entfaltete außerordentliche Engagement für das Werk und begrüßen die neu hinzutretenen Autoren auf das herzlichste.

Im März 2018

Herausgeber und Verlag

# Bearbeiterverzeichnis

<i>Brüinkmans</i>	§§ Vor 270–285 InsO
<i>Depré</i>	§§ 148–155, 174–206 InsO
<i>Dornblüth</i>	Art 1–18 EuInsVO
<i>Haas</i>	§§ Vor 217–269 InsO
<i>Kayser</i>	§§ 80–91 InsO
<i>Keller</i>	§§ 36, 41–44, 45–46, 63–65 InsO, InsVV
<i>Kleindiek</i>	§§ 15a Abs 1–3, Anhang § 35, §§ 39 Abs 1 Nr 5, Abs 4 und 5, 44a, 135, 143 Abs 3 InsO
<i>Landfermann</i>	§§ Vor 165–173, Vor 207–216 InsO
<i>Laroche</i>	§§ 16–34 InsO
<i>Linck</i>	§§ Vor 113–114, 120–128 InsO §§ 165–171, 314, 316, 320, 321, 324, 327, 358–361 SGB III
<i>Lohmann</i>	§§ 47–55, 60–62 InsO
<i>Marotzke</i>	§§ 103–112, 115–119, Vor 315–334 InsO
<i>Metoja</i>	§ 66 InsO
<i>Ransiek</i>	§ 15a Abs 4–6 InsO
<i>Riedel</i>	§§ 37, 40, 56–59, 67–79 InsO
<i>Ries</i>	§§ 35, 38, 39 Abs 1 Nr 1–4, Abs 2 und 3, 156–164 InsO
<i>Schmidt</i>	§§ 92–102 InsO
<i>Schultz</i>	Art 19–55, 78–92 EuInsVO
<i>Specovius</i>	§§ 269a–i InsO
<i>Sternal</i>	§§ 1–15 InsO
<i>Swierczok</i>	§§ Vor 335–359 InsO, Art 102, 102a, 102c, 103–104, 107–110 EGInsO
<i>Thole</i>	Einleitung, §§ 129–134, 136–143 Abs 1 und 2, 144–147 InsO, Art 106 EGInsO, Art 56–77 EuInsVO
<i>Waltenberger</i>	§§ Vor 286–314 InsO

## Zitievorschlag

# Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i> .....	V
<i>Bearbeiterverzeichnis</i> .....	VII
<i>Abkürzungsverzeichnis</i> .....	XV
<i>Literaturverzeichnis</i> .....	XXIX
<b>Einleitung</b> .....	1

## **Kapitel I** **Insolvenzordnung**

<b>Erster Teil</b>	<b>Allgemeine Vorschriften</b> .....	11
<b>Zweiter Teil</b>	<b>Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Erfasstes Vermögen und Verfahrensbeteiligte</b> .....	122
Erster Abschnitt	Eröffnungsvoraussetzungen und Eröffnungsverfahren .....	122
Zweiter Abschnitt	Insolvenzmasse. Einteilung der Gläubiger .....	372
Dritter Abschnitt	Insolvenzverwalter. Organe der Gläubiger .....	624
<b>Dritter Teil</b>	<b>Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens</b> .....	771
Erster Abschnitt	Allgemeine Wirkungen .....	771
Zweiter Abschnitt	Erfüllung der Rechtsgeschäfte. Mitwirkung des Betriebsrats	997
Dritter Abschnitt	Insolvenzanfechtung .....	1349
<b>Vierter Teil</b>	<b>Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse</b> .....	1661
Erster Abschnitt	Sicherung der Insolvenzmasse .....	1661
Zweiter Abschnitt	Entscheidung über die Verwertung .....	1678
Dritter Abschnitt	Gegenstände mit Absonderungsrechten .....	1702
<b>Fünfter Teil</b>	<b>Befriedigung der Insolvenzgläubiger. Einstellung des Verfahrens</b> .....	1758
Erster Abschnitt	Feststellung der Forderungen .....	1758
Zweiter Abschnitt	Verteilung .....	1785
Dritter Abschnitt	Einstellung des Verfahrens .....	1815
<b>Sechster Teil</b>	<b>Insolvenzplan</b> .....	1865
Erster Abschnitt	Aufstellung des Plans .....	1871
Zweiter Abschnitt	Annahme und Bestätigung des Plans .....	1949

## Inhaltsverzeichnis

---

Dritter Abschnitt	Wirkungen des bestätigten Plans. Überwachung der Planerfüllung .....	2004
<b>Siebter Teil</b>	<b>Koordinierung der Verfahren von Schuldern, die derselben Unternehmensgruppe angehören .....</b>	2040
Erster Abschnitt	Allgemeine Bestimmungen .....	2040
Zweiter Abschnitt	Koordinationsverfahren .....	2050
<b>Achter Teil</b>	<b>Eigenverwaltung .....</b>	2068
<b>Neunter Teil</b>	<b>Restschuldbefreiung .....</b>	2161
<b>Zehnter Teil</b>	<b>Verbraucherinsolvenzverfahren .....</b>	2273
<b>Elfter Teil</b>	<b>Besondere Arten des Insolvenzverfahrens .....</b>	2321
Erster Abschnitt	Nachlassinsolvenzverfahren .....	2328
Zweiter Abschnitt	Insolvenzverfahren über das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft .....	2381
Dritter Abschnitt	Insolvenzverfahren über das gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut einer Gütergemeinschaft .....	2383
<b>Zwölfter Teil</b>	<b>Internationales Insolvenzrecht .....</b>	2385
Erster Abschnitt	Allgemeine Vorschriften .....	2389
Zweiter Abschnitt	Ausländisches Insolvenzverfahren .....	2413
Dritter Abschnitt	Partikularverfahren über das Inlandsvermögen .....	2441
<b>Dreizehnter Teil</b>	<b>Inkrafttreten .....</b>	2455

## **Kapitel II** **Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung**

Art. 102	Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren .....	2459
Art. 102a	Insolvenzverwalter aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union .....	2480
Art. 102b	Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 .....	2482
Art. 102c	Durchführung der Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren	2483
Art. 103	Anwendung des bisherigen Rechts .....	2510
Art. 103a	Überleitungsvorschrift .....	2510
Art. 103b	Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekenbankgesetzes und anderer Gesetze .....	2510
Art. 103c	Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens .....	2510

Art. 103d	Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen .....	2511
Art. 103e	Überleitungsvorschrift zum Haushaltsbegleitgesetz 2011 .....	2512
Art. 103f	Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Änderung des § 522 der Zivilprozeßordnung .....	2513
Art. 103g	Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen .....	2513
Artikel 103h	Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte .....	2514
Artikel 103i	Überleitungsvorschrift zum Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz .....	2514
Artikel 103j	Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz .....	2515
Art. 104	Anwendung des neuen Rechts .....	2516
Art. 105	Finanztermingeschäfte .....	2516
Art. 106	Insolvenzanfechtung .....	2517
Art. 107	Evaluierungsvorschrift zum Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte .....	2517
Art. 108	Fortbestand der Vollstreckungsbeschränkung .....	2517
Art. 109	Schuldverschreibungen .....	2517
Art. 110	Inkrafttreten .....	2518

### **Kapitel III**

#### **Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens**

§ 1	Grundsatz .....	2521
§ 2	Anfechtungsberechtigte .....	2521
§ 3	Vorsätzliche Benachteiligung .....	2521
§ 4	Unentgeltliche Leistung .....	2521
§ 5	Rechtshandlungen des Erben .....	2521
§ 6	Gesellschafterdarlehen .....	2522
§ 7	Berechnung der Fristen .....	2522
§ 8	Zeitpunkt der Vornahme einer Rechtshandlung .....	2522
§ 9	Anfechtung durch Einrede .....	2523
§ 10	Vollstreckbarer Titel .....	2523
§ 11	Rechtsfolgen .....	2523
§ 12	Ansprüche des Anfechtungsgegners .....	2523
§ 13	Bestimmter Klageantrag .....	2523
§ 14	Vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel. Vorbehaltssurteil .....	2523
§ 15	Anfechtung gegen Rechtsnachfolger .....	2524

§ 16	Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....	2524
§ 17	Unterbrechung des Verfahrens .....	2524
§ 18	Beendigung des Insolvenzverfahrens .....	2524
§ 19	Internationales Anfechtungsrecht .....	2525
§ 20	Übergangsregeln .....	2525

## **Kapitel IV**

### **Sozialgesetzbuch (SGB) Drittes Buch (III) – Arbeitsförderung –**

§ 165	Anspruch .....	2529
§ 166	Anspruchsausschluss .....	2544
§ 167	Höhe .....	2546
§ 168	Vorschuss .....	2548
§ 169	Anspruchsübergang .....	2549
§ 170	Verfügungen über das Arbeitsentgelt .....	2551
§ 171	Verfügungen über das Insolvenzgeld .....	2554
§ 314	Insolvenzgeldbescheinigung .....	2554
§ 316	Auskunftspflicht bei Leistung von Insolvenzgeld .....	2555
§ 320	Berechnungs-, Auszahlungs-, Aufzeichnungs- und Anzeigepflichten .....	2556
§ 321	Schadensersatz .....	2557
§ 324	Antrag vor Leistung .....	2558
§ 327	Grundsatz .....	2559
§ 358	Aufbringung der Mittel .....	2560
§ 359	Einzug und Weiterleitung der Umlage .....	2561
§ 360	Umlagesatz .....	2561
§ 361	Verordnungsermächtigung .....	2561

## **Kapitel V**

### **Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung**

Erster Abschnitt	Vergütung des Insolvenzverwalters .....	2565
Zweiter Abschnitt	Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Sachwalters und des Insolvenzverwalters im Verbraucherinsolvenzverfahren .....	2608
Dritter Abschnitt	Vergütung des Treuhänders nach § 293 der Insolvenzordnung	2628
Vierter Abschnitt	Vergütung der Mitglieder des Gläubigerausschusses .....	2633
Fünfter Abschnitt	Übergangs- und Schlussvorschriften .....	2637

## Kapitel VI

## **Verordnung (EG) Nr. 2015/848 des Rates über Insolvenzverfahren**

<b>Vorbemerkung zu Art 1–47</b>	2643	
<b>Erwägungsgründe der VO (EG) Nr. 2015/848</b>	2648	
<b>Kapitel I</b>	<b>Allgemeine Bestimmungen</b>	2663
<b>Kapitel II</b>	<b>Anerkennung der Insolvenzverfahren</b>	2730
<b>Kapitel III</b>	<b>Sekundärinsolvenzverfahren</b>	2771
<b>Kapitel IV</b>	<b>Unterrichtung der Gläubiger und Anmeldung ihrer Forderungen</b>	2825
<b>Kapitel V</b>	<b>Insolvenzverfahren über das Vermögen von Mitgliedern einer Unternehmensgruppe</b>	2833
<b>Kapitel VI</b>	<b>Datenschutz</b>	2865
<b>Kapitel VII</b>	<b>Übergangs- und Schlussbestimmungen</b>	2870
<b>Stichwortverzeichnis</b>	2893	

### § 3a Gruppen-Gerichtsstand

(1) <sup>1</sup>Auf Antrag eines Schuldners, der einer Unternehmensgruppe im Sinne von § 3e angehört (gruppenangehöriger Schuldner), erklärt sich das angerufene Insolvenzgericht für die Insolvenzverfahren über die anderen gruppenangehörigen Schuldner (Gruppen-Folgeverfahren) für zuständig, wenn in Bezug auf den Schuldner ein zulässiger Eröffnungsantrag vorliegt und der Schuldner nicht offensichtlich von untergeordneter Bedeutung für die gesamte Unternehmensgruppe ist. <sup>2</sup>Eine untergeordnete Bedeutung ist in der Regel nicht anzunehmen, wenn im vorangegangenen abgeschlossenen Geschäftsjahr die Zahl der vom Schuldner im Jahresdurchschnitt beschäftigten Arbeitnehmer mehr als 15 Prozent der in der Unternehmensgruppe im Jahresdurchschnitt beschäftigten Arbeitnehmer ausmachte und

1. die Bilanzsumme des Schuldners mehr als 15 Prozent der zusammengefassten Bilanzsumme der Unternehmensgruppe betrug oder
2. die Umsatzerlöse des Schuldners mehr als 15 Prozent der zusammengefassten Umsatzerlöse der Unternehmensgruppe betragen.

<sup>3</sup>Haben mehrere gruppenangehörige Schuldner zeitgleich einen Antrag nach Satz 1 gestellt oder ist bei mehreren Anträgen unklar, welcher Antrag zuerst gestellt worden ist, ist der Antrag des Schuldners maßgeblich, der im vergangenen abgeschlossenen Geschäftsjahr die meisten Arbeitnehmer beschäftigt hat; die anderen Anträge sind unzulässig. <sup>4</sup>Erfüllt keiner der gruppenangehörigen Schuldner die Voraussetzungen des Satzes 2, kann der Gruppen-Gerichtsstand jedenfalls bei dem Gericht begründet werden, das für die Eröffnung des Verfahrens für den gruppenangehörigen Schuldner zuständig ist, der im vorangegangenen abgeschlossenen Geschäftsjahr im Jahresdurchschnitt die meisten Arbeitnehmer beschäftigt hat.

(2) Bestehen Zweifel daran, dass eine Verfahrenskonzentration am angerufenen Insolvenzgericht im gemeinsamen Interesse der Gläubiger liegt, kann das Gericht den Antrag nach Absatz 1 Satz 1 ablehnen.

**(3) Das Antragsrecht des Schuldners geht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Insolvenzverwalter und mit der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergeht, auf diesen über.**

	<b>Übersicht</b>	
	Rn	Rn
I. Gesetzgebungshinweise; Übersicht	1	3. Gemeinsame Interessen der Gläubiger (Abs 2)
II. Normzweck	3	IV. Antragsberechtigung (Abs 1, Abs 3)
III. Begründung eines Gruppen-Gerichtsstandes	4	V. Mehrfache Anträge (Abs 1 S 3)
1. Grundsatz (Abs 1 S 1)	4	VI. Entscheidung des Gerichts; Wirkungen der Entscheidung
2. Nicht von untergeordneter Bedeutung (Abs 1 S 2)	5	11

## I. Gesetzgebungshinweise; Übersicht

Die §§ 3a–3e sind durch das G zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen v. 13.4.2017<sup>1</sup> mWv 21.4.2018 eingefügt worden. Sie schaffen die verfahrensrechtlichen Grundlage für eine koordinierte Insolvenzabwicklung im Konzernverbund.<sup>2</sup> Hierdurch soll im Interesse der Sanierung des Gesamtunternehmens bzw einer bestmöglichen GlBefriedigung verhindert werden, dass eine wirtschaftliche Einheit von Unternehmen im Falle einer Ins auseinandergerissen wird und die InsVerf der Zuständigkeit verschiedener InsGer unterliegen. Der Gesetzgeber hat dabei nicht den Weg eines Haftungsverbundes durch Schaffung einer einheitlichen InsMasse hinsichtlich der konzernangehörigen Gesellschaften gewählt, sondern es bei der Haftungstrennung belassen und nur verfahrensrechtliche Vorschriften für den Konzernverbund geschaffen.<sup>3</sup> §§ 3a ff enthalten eine Regelung über einen Gruppengerichtsstand sowie eine Verweisungsmöglichkeit, damit alle InsVerf der Unternehmensgruppe bei einem einzigen InsGer gemeinsam bearbeitet werden können. Damit wird die bisher vereinzelt in der Praxis erfolgte Konzentration von InsVerf über das Vermögen einer Unternehmensgruppe bei einem InsGer<sup>4</sup> auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.<sup>5</sup> Ergänzend ist eine Konzentration der Zuständigkeit bei einem Richter des InsGer vorgesehen (§ 3e Abs 1).

Weitere Regelungen zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen enthalten die §§ 2 Abs 3, 13a, 56b, 269a ff, 270d. Für grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen enthalten Art 56 ff EuInsVO 2015/848 nähere weitgehend inhaltsgleiche Regelungen, s dazu Art 56 EuInsVO 1 ff.

## II. Normzweck

§ 3a eröffnet durch die Begründung eines einheitlichen Gerichtsstandes die Möglichkeit, alle InsVerf über das Vermögen von Mitgliedern einer Unternehmensgruppe iSv § 3e bei einem InsGer zu konzentrieren und dort einheitlich zu bearbeiten. Es handelt sich um einen

1 BGBI I, 872.

2 BT-Drucks 18/407, 1, 17.

3 Mock DB 2017, 951; vgl Eidenmüller ZMR 169 (2008), 528; Thole KTS 2014, 351, 352, jew zu den Grundmodellen für die Schaffung eines Konzerninsolvenzrechts; Beck DZWir 2014, 381, 384, der sich für einen einheitlichen Sanierungsplan ausspricht.

4 ZB AG Köln NZI 2008, 254 für die InsVerf über die Unternehmen der PIN-Gruppe; vgl auch Frind ZInsO 2008, 261; Knof/Mock ZInsO 2008, 253.

5 Mock DB 2017, 951.

zusätzlichen Gerichtsstand, der neben den ausschließlichen Gerichtsstand nach § 3 Abs. 1 tritt.<sup>6</sup> **Abs 1** enthält Bestimmungen für die Begründung des Gruppen-Gerichtsstandes. Abs 1 S 1 regelt insoweit die Voraussetzungen, unter denen bei einem InsGer ein Gruppen-Gerichtsstand begründet werden kann. Dazu stellt Abs 1 S 2 Kriterien auf, wann idR von einer nicht untergeordneten Bedeutung des Unternehmens für die Unternehmensgruppe auszugehen ist. Um die Begründung eines Gruppen-Gerichtsstandes am Sitz eines völlig untergeordneten Unternehmens auszuschließen, sieht die Regelung hinsichtlich der erforderlichen Kriterien einen Schwellenwert von 15 % vor. Den in § 3 Abs 2 geregelten Prioritätsgrundsatz übernimmt Abs 1 S 3 für die Begründung eines Gruppengerichtsstandes und bestimmt das Verhältnis mehrerer zeitgleicher Anträge. Abs 1 S 4 erweitert die Möglichkeit der Begründung eines Gruppengerichtsstandes über die in Abs 1 S 2 beschriebenen Regelbeispiele hinaus. Durch die gem **Abs 2** bestehende Möglichkeit der Zurückweisung des Antrags auf Begründung des Gruppen-Gerichtsstandes wird den gemeinsamen Interessen der Gläubiger Rechnung getragen. **Abs 3** ergänzt Abs 1, indem es den Kreis der Antragsberechtigten für den Fall der Bestellung eines „starken“ vorläufigen InsVerw sowie für die Eröffnung des InsVerf regelt.

### III. Begründung eines Gruppen-Gerichtsstandes

- 4 1. Grundsatz (Abs 1 S 1).** Der Gruppen-Gerichtsstand wird bei dem InsGer begründet, bei dem der erste hierauf ausdrücklich gerichtete **Antrag eines gruppendeckenden Schu** iSv § 3e gestellt wird. Dabei stellt der Gesetzgeber aus Praktikabilitätsgründen auf das Prioritätsprinzip und nicht auf den Gerichtsstand des jeweiligen Mutterunternehmens ab.<sup>7</sup> Zusätzlich bedarf es eines **zulässigen InsEröffnungsantrags** des betreffenden Schu (Abs 1 S 1). Beide Anträge muss das InsGer vor einer Erklärung über die Zuständigkeit für die Gruppen-Folgeverfahren prüfen.<sup>8</sup> Nicht erforderlich ist in diesem Stadium bereits eine Prüfung der Begründetheit des Eröffnungsantrages. Die Zuständigkeit nach Abs 1 S 1 ist nicht ausschließlich, sondern tritt, wie § 3c Abs 2 klarstellt, neben dem weiterhin bestehenden Gerichtsstand des Mittelpunktes der selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit der Gesellschaft nach § 3 Abs 1.<sup>9</sup>
- 5 2. Nicht von untergeordneter Bedeutung (Abs 1 S 2).** Weiterhin ist für die Begründung eines Gruppen-Gerichtsstandes erforderlich, dass das antragstellende SchuUnternehmen **nicht offensichtlich** von untergeordneter Bedeutung für die gesamte Unternehmensgruppe ist. Dies ist anhand einer einzelfallbezogenen Betrachtung aller Umstände zu beurteilen. Abs 1 S 2 stellt eine negative widerlegliche<sup>10</sup> Vermutung („ist in der Regel nicht anzunehmen“) auf und listet mit den Arbeitnehmerzahlen, der Bilanzsumme und den Umsatzerlösen **drei Kriterien** auf, anhand derer zu prüfen ist, ob eine untergeordnete Bedeutung des Schu für die gesamte Unternehmensgruppe vorliegt. Angaben hierzu sind gem § 13a von dem Schu in dem Antrag anzugeben.
- 6** Dem Anteil der beschäftigten Arbeitnehmer des schuldnerischen Unternehmens an den gruppenweit beschäftigten Arbeitnehmern kommt hierbei ausschlaggebende Bedeutung zu (Abs 1 S 2 HS 1); der gesetzlich angeordnete **Schwellenwert von 15 %** muss **stets** überschritten sein. Daneben ist auch auf den Anteil an der zusammengefassten Bilanzsumme (Abs 1 S 1 HS 2 Nr 1) oder auf den Anteil an dem Umsatz der gesamten Unternehmensgruppe

6 Vgl K/P/B/Prüting § 3a Rn 3, Thole KTS 2014, 351, 355.

7 Krit Verhoeven ZInsO 2014, 217, 218f.

8 Vgl Braun/Baumert § 3a Rn 9.

9 BT-Drucks 18/407, 20.

10 Harder NJW-Spezial 2017, 469; Laroche ZInsO 2017, 2585, 2590.

(Abs 1 S 2 HS 2 Nr 2) abzustellen.<sup>11</sup> Machen diese mehr als 15 % der zusammengefassten Werte aus, so spricht dies in der Regel für eine nicht untergeordnete Bedeutung. Insoweit genügt es, wenn zwei der drei Schwellenwerte überschritten werden.<sup>12</sup> Daneben kommt im Einzelfall eine abweichende Einschätzung in Betracht.<sup>13</sup> Bei den im Gesetz angegebenen Werten handelt es sich nicht um eine abschließende Definition, sondern um eine reine Zweifelsregel. So kann am Sitz der Holding ein Gruppen-Gerichtsstand begründet werden, selbst wenn sämtliche Arbeitnehmer in Tochtergesellschaften tätig sind.<sup>14</sup>

Sofern keiner der gruppenangehörigen Unternehmen die in Abs 1 S 2 aufgestellten Schwellenwerte überschreitet, kann ein Gruppengerichtsstand ebenfalls bei dem InsGer begründet werden, das für die Eröffnung des Verfahrens für den gruppenangehörigen Schu zuständig ist, der im vorangegangenen abgeschlossenen Geschäftsjahr im Jahresdurchschnitt die meisten Arbeitnehmer beschäftigt hat (Abs 1 S 4). 7

**3. Gemeinsame Interessen der Gläubiger (Abs 2).** Für die Begründung des Gruppen-Gerichtsstandes ist nicht ausschließlich auf die Interessen des antragstellenden Schu abzustellen. Maßgeblich sind auch die Interessen der Gl sämtlicher gruppenangehöriger Schu. Diesen darf die Begründung eines Gruppen-Gerichtsstandes nicht widersprechen (Abs 2). Die Maßstäbe hierfür sind gesetzlich nicht definiert.<sup>15</sup> Ein **entsprechendes Interesse** besteht nach der Gesetzesbegründung, wenn sich durch eine koordinierte Abwicklung der Verfahren für die Ins einiger Schu Synergieeffekte erzielen lassen ohne die Insolvenzmassen der übrigen Schu zu benachteiligen.<sup>16</sup> Dies hat das InsGer anhand der nach § 13a Abs 1 Nr 2 erforderlichen Angaben des Schu ermitteln. Positive Feststellungen zu den durch eine Verfahrenskonzentration zu erzielenden Vorteilen, zB durch Einholung eines Sachverständigengutachtens, sind nicht erforderlich.<sup>16</sup> Es genügt, dass keine Zweifel bestehen, dass eine Verfahrenskonzentration im gemeinsamen Interesse der Gl liegt. 8

#### IV. Antragsberechtigung (Abs 1, Abs 3)

Berechtigt zur Stellung eines Antrages für die Begründung eines Gruppen-Gerichtsstandes ist im Eröffnungsverfahren jedes gruppenangehörige **SchuUnternehmen** iSd § 3a iVm § 3e; nicht indes ein Gl,<sup>17</sup> auch nicht bei einem entspr Eröffnungsantrag eines Gl. Wer innerhalb eines Schu zur Stellung des Antrages befugt ist, bestimmt sich nach den gesellschaftsrechtlichen Vertretungsregelungen zur Stellung eines Eigenantrages (vgl § 13 Rn 28; § 15 Rn 3 ff); insoweit findet auch § 15 Anwendung.<sup>18</sup> Diese Antragbefugnis geht mit der Bestellung eines **vorläufigen InsVerw**, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das schuldnerische Vermögen übertragen worden ist, auf diesen über; dem Schu steht in diesem Fall kein eigenes Antragsrecht mehr zu. Ab Eröffnung des InsVerf ist ausschließlich der bestellte **Ins-Verw** berechtigt, den Antrag auf Begründung eines Gruppen-Gerichtsstandes zu stellen. Insoweit besteht für den (auf einen GlAntrag bestellten) InsVerw die Möglichkeit, noch im eröffneten InsVerf auf GlAntrag eine Konzernzuständigkeit zu begründen.<sup>19</sup> Zudem können

11 BT-Drucks 18/407, 26.

12 BT-Drucks 18/11436, 24.

13 K/P/B/Prütting § 3a Rn 7.

14 Harder NJW-Spezial 2017, 469; Laroche ZinsO 2017, 2585, 2590; aA Stahlschmidt/Bartelheimer ZinsO 2017, 1010, 1013.

15 Krit Thole KTS 2017, 351, 359.

16 BT-Drucks 18/407, 27.

17 Braun/Baumert § 3a Rn 10; aA Flöther/v Wilken § 4 Rn 6 auch Antragsrecht des Gl.

18 aA Braun/Baumert § 3a Rn 12 unter Hinweis darauf, dass die Vorschrift nicht auf § 15 verweist.

19 BT-Drucks 18/407, 20.

der „starke“ vorl InsVerw sowie der endgültige InsVerw gem § 3d Abs 1 iVm § 3a Abs 3 nachträglich noch eine Verweisung an das InsGer des Gruppen-Gerichtsstandes beantragen.

## V. Mehrfache Anträge (Abs 1 S 3)

- 10 Die Zuständigkeit des InsGer für die Begründung des besonderen Gruppen-Gerichtsstandes richtet sich bei mehreren Anträgen grds nach dem **Prioritätsprinzip**. Nicht maßgeblich ist der Gerichtsstand der Muttergesellschaft, sondern der zuerst gestellte Antrag eines gruppenangehörigen Schu;<sup>20</sup> dieser kann auch von einer Tochtergesellschaft stammen. Etwaige GlAnträge sind unbeachtlich.<sup>21</sup> Haben mehrere gruppenangehörige Schu **zeitgleich** einen Eröffnungsantrag gestellt, ist die wirtschaftliche Bedeutung der antragstellenden Schu maßgeblich. Es ist der Antrag desjenigen Schu maßgeblich, der im vergangenen abgeschlossenen Geschäftsjahr **die meisten Arbeitnehmer** beschäftigte (Abs 1 S 3 HS 1 Alt 1). In diesem Fall sind die Anträge der weiteren Schu unzulässig (Abs 1 S 3 HS 2). Hinsichtlich der Zeitgleichheit ist nicht auf den – in der Praxis kaum mögliche – Eingang in der gleiche Sekunde, sondern auf den Eingang in einem engen zeitlichen Zusammenhang, zB am gleichen Tag, abzustellen. Die wirtschaftliche Bedeutung ist auch maßgeblich, wenn nicht geklärt werden kann, welcher Antrag zuerst gestellt worden ist (Abs 1 S 3 HS 1 Alt 2).

## VI. Entscheidung des Gerichts; Wirkungen der Entscheidung

- 11 Liegen die Voraussetzungen für die Begründung eines Gruppen-Gerichtsstandes vor, **erklärt sich** das angerufene InsGer durch nicht anfechtbaren Beschl für die InsVerf über die anderen gruppenangehörigen Schu **für zuständig** (Abs 1 S 1). Die Zuständigkeit des zuerst angerufenen InsGer erstreckt sich auf **FolgeInsVerf der Gruppe** (vgl § 3b). Diese Wirkung hat keinen Einfluss auf das Insolvenzantragsrecht sowie die Insolvenzgründe. Vielmehr muss für jedes gruppenangehöriges Unternehmen ein gesonderter Insolvenzantrag gestellt und das Vorliegen eines Insolvenzgrundes geprüft werden.<sup>22</sup> Der Gruppen-Gerichtsstand bleibt auch dann bestehen, wenn später das InsVerf über das Vermögen des antragstellenden ersten Gruppenmitglieds wegen der fehlenden Begründetheit des Antrages bzw mangels Masse nicht eröffnet, eingestellt oder aufgehoben wird.<sup>23</sup>
- 12 Bestehen Zweifel, dass die Begründung eines Gruppen-Gerichtsstandes den gemeinsamen Interessen der Gl entspricht, **kann** das InsGer nach pflichtgemäßen Ermessen<sup>24</sup> den **Antrag** durch Beschl **ablehnen** (Abs 2). Das Gesetz enthält hierfür keine Regelbeispiele. Eine Ablehnung kommt in Betracht, wenn im konkreten Fall Zweifel daran bestehen, dass mit einer koordinierten Verfahrensabwicklung Vorteile verbunden sind.<sup>25</sup> Die Entscheidung unterliegt mangels Regelung eines Beschwerderechts **keiner Anfechtung**. Die Zurückweisung des Antrages als unzulässig entfaltet keine Sperrwirkung, so dass sowohl der zunächst antragstellende Schu als auch ein anderer gruppenangehöriger Schu einen neuen Antrag stellen können.<sup>26</sup> Bei Zurückweisung des Antrags gem Abs 2 ist ein neuer Antrag nur zulässig, wenn eine Veränderung der Interessenlage der Gl aufgezeigt wird.<sup>27</sup>

20 BT-Drucks 18/407, 20; *Thole KTS* 2014, 351, 358.

21 BT-Drucks 18/407, 20.

22 *Mock DB* 2017, 951, 952.

23 *Beck DZWir* 2014, 381, 382.

24 **Einschr K/P/B/Prütting** § 3a Rn 14 bei ernsthaftem Zweifel muss abgelehnt werden.

25 BT-Drucks 18/407, 27; **krit Braun/Baumert** § 3a Rn 16.

26 *Braun/Baumert* § 3a Rn 18; *K/P/B/Prütting* § 3a Rn 16.

27 *K/P/B/Prütting* § 3a Rn 16.

## Anhang zu § 35

Gesellschaftsrechtliche Ansprüche gegen Gesellschafter und Geschäftsführer  
zur Auffüllung der Insolvenzmasse

Übersicht	
Rn	Rn
<b>A. Kapitalgesellschaftsrecht</b>	
I. Haftung in der Vorgesellschaft	3
1. Vorgesellschaft und Vorgründungsgesellschaft	4
2. Gründerhaftung in der Vor-GmbH	4
a) Unterbilanzhaftung	7
b) Verlustdeckungshaftung	8
c) Anspruchsverfolgung; Verjährung	11
3. „Unechte“ Vorgesellschaft	13
4. Handelndenhaftung	16
5. Geschäftsführerhaftung	17
6. Wirtschaftliche Neugründung	19
7. Aktiengesellschaft	20
II. Kapitalaufbringung	26
1. Verfolgung offener Einlageansprüche; Verjährung	27
2. Leistung zur endgültig freien Verfügung	29
3. Verdeckte Sacheinlagen	33
a) Tatbestand der verdeckten Sacheinlage	34
b) Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage	36
aa) Früheres Recht	43
bb) § 19 Abs 4 GmbHG	44
cc) Anwendbarkeit auf die Unternehmergeellschaft	46
4. Hin- und Herzahlungen	52
a) Früheres Recht	53
b) § 19 Abs 5 GmbHG	54
5. Voreinzahlungen auf künftige Kapitalerhöhung	56
6. Geschäftsführerhaftung	62
7. Aktiengesellschaft	64
III. Kapitalerhaltung	65
1. Auszahlungsverbot nach § 30 Abs 1 GmbHG	67
a) Auszahlungen	69
b) Unterbilanz	70
c) Zahlungsempfänger	71
2. Rechtsfolgen verbotswidriger Auszahlungen	72
a) Erstattungspflicht	72
b) Solidarhaftung	74
3. Änderungen und Klarstellungen im Zuge des MoMiG	76
	a) § 30 Abs 1 S 2 Var 1 GmbHG: Vertragskonzern
	b) § 30 Abs 1 S 2 Var 2 GmbHG: Bilanzneutralität
	c) § 30 Abs 1 S 3 GmbHG: Nichtanwendung der Rechtsprechungsregeln des auslaufenden Eigenkapitalersatzrechts
	4. Anspruchsverfolgung; Verjährung
	5. Geschäftsführerhaftung
	6. Aktiengesellschaft
	IV. Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter
	1. Haftungsadressaten
	2. Tatbestand
	a) Eingriff
	b) InsVerursachung oder -vertiefung
	c) Sittenwidrigkeit
	d) Vorsatz
	3. Rechtsfolgen
	4. Anspruchsverfolgung; Verjährung
	V. Durchgriffshaftung der Gesellschafter
	VI. Geschäftsführerhaftung nach Eintreten der materiellen InsReife
	1. Haftung wegen Masseschmälerungen (§ 64 GmbHG)
	a) Haftung nach § 64 S 1 und 2 GmbHG
	b) Haftung nach § 64 S 3 GmbHG
	c) Haftungsadressaten; Verschulden
	d) Anspruchsverfolgung; Verjährung
	e) Aufsichtsratshaftung in der GmbH mit Aufsichtsrat
	2. InsVerschleppungshaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (§ 823 Abs 2 BGB iVm § 15a Abs 1 InsO)
	3. Aktiengesellschaft
	<b>B. Personengesellschaftsrecht</b>
	I. Einstandspflicht der Vollhafter
	II. Kommanditistenhaftung
	III. GmbH & Co KG

**Literatur:** *Bauer* Gesellschafterhaftung in Krise und Insolvenz der GmbH, Teil 1: ZInsO 2011, 1273; *Bayer/Illhardt* Darlegungs- und Beweislast im Recht der GmbH anhand praktischer Fallkonstellationen, Teil 1: Gründung und Kapitalaufbringung, GmbHR 2011, 505; Teil 2: Geschäftsanteil und Kapitalerhaltung, GmbHR 2011, 638; *Bitter* Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH, Teil 1: ZInsO 2010, 1505; Teil 2: ZInsO 2010, 1561; *Geißler* Die Anspruchserfolgung durch den Insolvenzverwalter bei rechtsverstößlicher Mantelverwendung der GmbH, ZInsO 2017, 1697; *Strohn/Simon* Haftungsfallen für Gesellschafter und Geschäftsführer im Recht der GmbH. Aktuelle Rechtsprechung, Beratungs- und Gestaltungspraxis, GmbHR 2010, 1181; *Wachter* Leitlinien der Kapitalaufbringung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 2010, 1240.

- 1 Zur Auffüllung der InsMasse kann und muss sich der InsVerw ggf gesellschaftsrechtlicher Ansprüche bedienen, die der insolventen Gesellschaft zustehen. Insbesondere das Kapitalgesellschaftsrecht bietet eine Reihe von Ansatzmöglichkeiten, aus denen der insolventen Gesellschaft offene Forderungen gegen Gesellschafter und Geschäftsführer zustehen können. Der Verwalter muss dazu unter Umständen die gesamte Gesellschaftshistorie bis zu den Gründungsabläufen zurückverfolgen sowie die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zur Finanzverfassung des insolventen Verbandes überprüfen.
- 2 Die folgende Zusammenfassung bemüht sich um einen einführenden Überblick über wichtige Haftungsinstitute des Gesellschaftsrechts, die für den InsVerw von besonderer Bedeutung sind. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und konzentriert sich iÜ auf eine Skizze der einschlägigen BGH-Rechtsprechung; die Hinweise auf weiterführende Literatur haben exemplarischen Charakter. Für in die Tiefe gehende Darstellungen ist auf das gesellschaftsrechtliche Spezialschrifttum zu verweisen.

### A. Kapitalgesellschaftsrecht

- 3 Ist die Schu in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft organisiert, stehen das Gründungsrecht mit dem Kapitalaufbringungsrecht, das Kapitalerhaltungsrecht sowie solche Ansprüche im Mittelpunkt des Interesses, die aus der Schädigung der InsGl resultieren und vom InsVerw zu verfolgen sind. Die nachfolgende Übersicht konzentriert sich auf die GmbH. Auf die konzeptionellen Parallelen und Abweichungen im Aktienrecht wird iRd jeweiligen Abschnitte nur kurz hingewiesen.

#### I. Haftung in der Vorgesellschaft

- 4 **1. Vorgesellschaft und Vorgründungsgesellschaft.** Die Entstehung einer Kapitalgesellschaft durchläuft typischerweise die Phasen der **Vorgründungsgesellschaft** und der **Vorgesellschaft**. Erstere wird gebildet mit dem Zusammenschluss mehrerer Personen zum Zwecke der Gründung einer Kapitalgesellschaft und endet mit der Entstehung der Vorgesellschaft durch Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages (vgl § 2 Abs 1 GmbHG). Die Vorgesellschaft wiederum (sie kann auch Einpersonengesellschaft sein) endet mit Entstehung der „fertigen“ Gesellschaft im Moment der Eintragung in das Handelsregister (vgl § 11 Abs 2 GmbHG; § 41 Abs 1 AktG). Die Regeln der sog Gründerhaftung (unten Rn 7 ff) betreffen die Vorgesellschaft und resultieren aus Verbindlichkeiten, die zu ihren Lasten entstanden sind.
- 5 Davon zu unterscheiden sind die Verbindlichkeiten der **Vorgründungsgesellschaft**, für die deren Gesellschafter nach den Regeln der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder der OHG haften (§ 128 HGB bzw – für die GbR – § 128 HGB analog), je nach dem, ob die Vorgründungsgesellschaft bereits ein Handelsgewerbe betreibt oder nicht.<sup>1</sup> Die Vorgründungsgesellschaft ist weder mit der Vorgesellschaft noch der eingetragenen („fertigen“) Gesell-

1 BGHZ 91, 148, 151 = ZIP 1984, 950; L/H/Bayer § 11 Rn 2.

schaft identisch, weshalb es insbesondere nicht zu einem automatischen Übergang der Aktiva und Passiva von der Vorgründungsgesellschaft auf die Vorgesellschaft kommt.<sup>2</sup> Für die Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft haften deren Gesellschafter vielmehr (bis zur Erfüllung) weiter.

Die ab dem Gründungsakt bestehende **Vorgesellschaft** ist als werdende juristische Person und notwendige Durchgangsstation zur späteren Gesellschaft eine **Rechtsform „sui generis“**, auf die die Regeln des Rechts der „fertigen“ Gesellschaft (bei der Vor-GmbH also die des GmbH-Rechts) anzuwenden sind, sofern jene Regeln nicht gerade die Eintragung voraussetzen.<sup>4</sup> Sie ist mit der durch Eintragung entstehenden Gesellschaft identisch,<sup>5</sup> so dass ihre Aktiva und Passiva ohne weiteres auf diese übergehen.<sup>6</sup> Ihre Rechtsfähigkeit ist anerkannt.<sup>7</sup>

**2. Gründerhaftung in der Vor-GmbH.** Der sog **Unversehrtheitsgrundsatz** gebietet, dass das von den Gesellschaftern zugesicherte Stammkapital wenigstens im Zeitpunkt des Entstehens der „fertigen“ GmbH (Eintragung in das Handelsregister) wertmäßig noch unangetastet ist und den Glv zur Befriedigung ihrer Forderungen zur Verfügung steht.<sup>8</sup> Eine vorzeitige Geschäftsaufnahme verursacht hingegen typischerweise Anlaufverluste, welche das Gesellschaftsvermögen verringern. Zur Sicherung des Unversehrtheitsgrundsatzes hatte der BGH ursprünglich ein **Vorbelastungsverbot** verfochten, wonach die Geschäftsführer die künftige GmbH nur mit Verbindlichkeiten aus rechtlich oder wirtschaftlich notwendigen Geschäften belasten konnten. Diese Lehre vom Vorbelastungsverbot ist im Jahre 1981 aufgegeben worden.<sup>9</sup> An ihre Stelle ist eine konzeptionell einheitliche **Gründerhaftung** für in der Vor-Eintragungsphase entstandene Belastungen des Gesellschaftsvermögens getreten, die sich aus der **Unterbilanzhaftung** (im Moment der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister) und der **Verlustdeckungshaftung** (in der Zeit vor Eintragung; praktisch bedeutsam bei Aufgabe bzw Scheitern der Eintragung) zusammensetzt.<sup>10</sup>

**a) Unterbilanzhaftung.** Die Unterbilanzhaftung (verbreitet auch als **Vorbelastungshaftung** bezeichnet) greift ab dem Zeitpunkt ein, in dem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird. Ist ihr bilanzielles Reinvermögen (Nettovermögen) zu diesem Zeitpunkt unter die Stammkapitalziffer abgesunken, hat die GmbH einen Ausgleichsanspruch gegen ihre Gesellschafter, gerichtet auf Auffüllung des Gesellschaftsvermögens auf die Höhe des Stammkapitalbetrages. In die auf den Eintragungstichtag aufzustellende **Vorbelastungsbilanz** ist ein Geschäfts- oder Firmenwert des Unternehmens nur (ausnahmsweise) dann zu berücksichtigen, wenn schon in der Zeit zwischen Aufnahme der Geschäftstätigkeit und Eintragung im Handelsregister eine Organisationseinheit geschaffen wurde, die als Unternehmen anzusehen ist und einen eigenen Vermögenswert über die einzelnen Vermögensgegenstände hinaus darstellt.<sup>11</sup> Auch bei sog start up-Unternehmen sind insoweit keine weniger strengen Maßstäbe anzulegen.<sup>12</sup>

2 BGHZ 91, 148, 151 = ZIP 1984, 950; BGH GmbHR 2001, 293.

3 BGHZ 21, 242, 246 = NJW 1956, 1435; BGHZ 80, 129, 132 = GmbHR 1981, 114; BGHZ 117, 323, 326 = ZIP 1992, 689.

4 BGHZ 120, 103, 105 = ZIP 1993, 144.

5 BGHZ 80, 129, 138 = GmbHR 1981, 114.

6 BGHZ 51, 30, 32 = NJW 1969, 509; BGHZ 80, 129, 137f = GmbHR 1981, 114.

7 BGHZ 80, 129, 132 = GmbHR 1981, 114; BGHZ 117, 323, 326 = ZIP 1992, 689.

8 BGHZ 80, 129, 136 = GmbHR 1981, 114; BGHZ 124, 282, 285 = ZIP 1994, 295.

9 BGHZ 80, 129, 134ff = GmbHR 1981, 114.

10 S BGHZ 80, 129, 140 = GmbHR 1981, 114 einerseits; BGHZ 134, 333, 338 = ZIP 1997, 679 andererseits.

11 BGHZ 140, 35, 36f = ZIP 1998, 2151; BGHZ 165, 391, Rn 11 = ZIP 2006, 668.

12 BGHZ 165, 391, Rn 14 = ZIP 2006, 668.

- 9 Die Unterbilanzhaftung der Gesellschafter ist zwar davon abhängig, dass die (zur späteren Unterbilanz im Eintragszeitpunkt führenden) Geschäfte mit Zustimmung der Gesellschafter aufgenommen worden sind;<sup>13</sup> die Haftung ist aber unbeschränkt und unabhängig davon, ob der oder die Gesellschafter ihre Einlageleistung bereits erbracht hatten.<sup>14</sup> Sie entfällt nach der Rechtsprechung des BGH auch dann nicht, wenn der Haftungsfonds der Gesellschaft später anderweitig wieder aufgefüllt wird.<sup>15</sup> Die Haftung besteht im Grundsatz allerdings nur **pro rata der Kapitalbeteiligung** des jeweiligen Gesellschafter; jedoch trifft die Mitgesellschafter analog § 24 GmbHG eine (ebenfalls proratarische) Ausfallhaftung.<sup>16</sup>
- 10 Die Haftung ist als **Innenhaftung** ausgestaltet, dh die Forderung steht allein der Gesellschaft zu. Die Ausgestaltung der Unterbilanzhaftung als Innenhaftung gilt ausnahmslos, auch wenn die Gesellschaft vermögenslos ist oder nur einen Gesellschafter hat,<sup>17</sup> denn nach Eintragung der Gesellschaft ist eine persönliche Außenhaftung der Gesellschafter ausgeschlossen (arg § 13 Abs 2 GmbHG). Gl der Gesellschaft müssen gegen die GmbH vorgehen und sodann deren Ansprüche gegen die Mitglieder – soweit noch kein InsVerf eröffnet ist – pfänden und sich überweisen lassen.
- 11 b) **Verlustdeckungshaftung.** Bleibt die Eintragung aus, weil die Gründer ihre Pläne ändern und ihre Eintragungsabsicht aufgegeben oder weil die Eintragung aus sonstigen Gründen (zB Ins der Vorgesellschaft) scheitert, kommt die auch schon vor Eintragung bestehende Gründerhaftung zum Tragen.<sup>18</sup> Da es nicht mehr zur Eintragung der Gesellschaft kommt, kann von den Gesellschaftern freilich auch nicht mehr die Auffüllung des Gesellschaftsvermögens bis zum Betrag der Stammkapitalziffer verlangt werden. Die Gesellschafter haben stattdessen nur diejenigen Mittel aufzubringen, die die Vorgesellschaft zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten noch benötigt; sie haben also (soweit sie mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit einverstanden waren<sup>19</sup>) die Differenz zwischen der Summe der Verbindlichkeiten und dem Wert der Vermögensgegenstände auszugleichen: Verlustdeckungshaftung.<sup>20</sup>
- 12 Auch die Verlustdeckungshaftung ist unbeschränkt, proratarisch (mit Ausfallhaftung analog § 24 GmbHG) und – nach der Rechtsprechung des BGH – im Regelfall eine **Innenhaftung**.<sup>21</sup> Die Ausgestaltung als proratarische Innenhaftung soll die Gesellschafter vor einer unmittelbaren Inanspruchnahme durch die Gl (mit Prozessführung im Streitfall) schützen und für Einheitlichkeit der Gesellschafterhaftung in der Gründungsphase sorgen. Ausnahmsweise kann es aber zu einer unbeschränkten Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kommen, nämlich wenn die Vorgesellschaft vermögenslos ist,<sup>22</sup> nur einen Gl oder nur einen Gesellschafter hat.<sup>23</sup>
- 13 c) **Anspruchsverfolgung; Verjährung.** Unterbilanzhaftung wie Verlustdeckungshaftung werden nach Eröffnung des InsVerf über das Vermögen der (Vor-)Gesellschaft allein vom InsVerf geltend gemacht (§ 80). Das gilt für die Verlustdeckungshaftung (nach VerfEröffnung) auch dort, wo ausnahmsweise eine Außenhaftung gegeben ist (soeben Rn 12); § 93.

13 BGHZ 80, 129, 139 ff = GmbHR 1981, 114; BGHZ 134, 333, 337 = ZIP 1997, 679; BGHZ 192, 341, Rn 36 = ZIP 2012, 817.

14 BGHZ 80, 129, 135 ff = GmbHR 1981, 114; BGHZ 105, 300, 303 f = ZIP 1989, 27.

15 BGHZ 165, 391, Rn 22 ff = ZIP 2006, 668.

16 BGHZ 80, 129, 141 = GmbHR 1981, 114.

17 BGHZ ZIP 2005, 2257.

18 BGHZ 134, 333 = ZIP 1997, 679; BAG ZIP 1997, 2199, 2200.

19 BGHZ 134, 333, 337 = ZIP 1997, 679.

20 BGHZ 134, 333, 342 = ZIP 1997, 679.

21 BGHZ 134, 333, 338 ff = ZIP 1997, 679.

22 BGHZ 134, 333, 341 f = ZIP 1997, 679; BAG ZIP 2006, 1044, Rn 27.

23 BGHZ 134, 333, 341 = ZIP 1997, 679.

Die **Darlegungs- und Beweislast** hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen liegt bei der Gesellschaft bzw dem klagenden InsVerw.<sup>24</sup> Doch hat der in Anspruch genommene Gesellschafter ggf eine **sekundäre Darlegungslast**. Diese erlangt hinsichtlich der Unterbilanzhaftung insbesondere dort Bedeutung, wo eine Vorbelastungsbilanz auf den Stichtag der Eintragung nicht erstellt worden ist oder nicht einmal geordnete Geschäftsaufzeichnungen vorhanden sind, auf deren Grundlage der Verwalter seiner Darlegungspflicht nachkommen kann. Ergeben sich unter diesen Voraussetzungen aus dem dem InsVerw vorliegenden Material hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass das Stammkapital der Gesellschaft schon im Gründungsstadium angegriffen oder verbraucht worden ist oder sogar darüber hinausgehende Verluste entstanden sind, ist es Sache der Gesellschafter darzulegen, dass eine Unterbilanz nicht bestanden hat.<sup>25</sup> Wird ein Mitgesellschafter aus Ausfallhaftung (entsprechend § 24 GmbHG) in Anspruch genommen, sind auch die hierzu erforderlichen Voraussetzungen nach §§ 21 ff GmbHG (Kaduzierungsverfahren) darzulegen.<sup>26</sup>

Der Anspruch auf Ausgleich einer Unterbilanz **verjährt** analog § 9 Abs 2 GmbHG (heute) in zehn Jahren ab Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.<sup>27</sup> Nach § 9 Abs 2 GmbHG in der bis 14.12.2004 geltenden Fassung war die Verjährung in fünf Jahren ab Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetreten; diese Frist gilt in Altfällen gem Art 229 §§ 12 Abs 1, 6 Abs 3 EGBGB auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.12.2004, durch das die Verjährungszeit in § 9 Abs 2 GmbHG auf zehn Jahre verlängert worden ist.<sup>28</sup>

**3. „Unechte“ Vorgesellschaft.** Die skizzierten Grundsätze der Verlustdeckungs(innen)haftung gelten nur, wenn bei Begründung der verlustursächlichen Verbindlichkeit die Eintragung der Gesellschaft noch betrieben wurde. Wird die Eintragungsabsicht nicht mehr verfolgt, die werbende Tätigkeit der Gesellschaft aber gleichwohl noch fortgeführt, liegt ab diesem Augenblick eine sog **unechte Vorgesellschaft** vor. Auf diese ist das Personengesellschaftsrecht mit dem **Haftungsregime der §§ 128, 130 HGB** (bezogen auf alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft) anzuwenden.<sup>29</sup> Die **Darlegungs- und Beweislast** hinsichtlich der Voraussetzungen einer „unechten“ Vorgesellschaft in diesem Sinne liegt bei dem, der die Gesellschafter nach §§ 128, 130 HGB in Anspruch nimmt.<sup>30</sup>

**4. Handelndenhaftung.** Neben die Haftung der Gründer (Unterbilanzhaftung; Verlustdeckungshaftung) tritt die **Handelndenhaftung nach § 11 Abs 2 GmbHG** für Verbindlichkeiten, die im Namen der (Vor-)Gesellschaft vor der Eintragung begründet wurden. Mit der Ablösung des Vorbelastungsverbots durch die Unterbilanzhaftung (oben Rn 7) hat die Vorschrift rasch und kontinuierlich an Bedeutung verloren.<sup>31</sup> Sie wird heute so eng wie möglich ausgelegt und gewährt einen Anspruch nur noch gegen diejenigen, die im Namen der künftigen GmbH oder der Vorgesellschaft als Geschäftsführer (oder wie solche) rechtsgeschäft-

24 *BGH ZIP* 1997, 2008 f; *BGH ZIP* 2003, 625, 627; *BGHZ* 192, 341, Rn 41 = *ZIP* 2012, 817; *Bayer/Illhardt GmbHHR* 2011, 505, 507 mwN.

25 *BGH ZIP* 2003, 625, 627; *OLG Brandenburg GmbHHR* 2010, 200.

26 *BGH ZIP* 2003, 625, 627.

27 *BGHZ* 105, 300, 304 = *ZIP* 1989, 27.

28 *OLG Brandenburg GmbHHR* 2010, 200, 201; *Schmid GmbHHR* 2008, 653.

29 *BGHZ* 22, 240, 243 = *GmbHHR* 1957, 57; *BGHZ* 152, 290, 294 = *ZIP* 2002, 2309; *BGH ZIP* 2008, 1025.

30 *Bayer/Illhardt GmbHHR* 2011, 505, 506.

31 *BGHZ* 80, 182, 183 f = *GmbHHR* 1981, 192.

lich handeln.<sup>32</sup> Im Stadium der Vorgründungsgesellschaft (oben Rn 4f) greift die Handelndenhaftung überhaupt nicht ein.<sup>33</sup>

- 18** Die Haftung entfällt rückwirkend mit der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister.<sup>34</sup> Sie besteht iÜ ausschließlich im Außenverhältnis gegenüber dem Gl, und zwar inhaltsgleich neben der entsprechenden Verbindlichkeit der Vorgesellschaft; das gilt auch hinsichtlich der **Verjährung**.<sup>35</sup> Ob der **InsVerw** die Haftung in der Ins der Vorgesellschaft analog § 93 InsO geltend machen kann, ist zweifelhaft und höchstrichterlich noch nicht entschieden.<sup>36</sup>
- 19** **5. Geschäftsführerhaftung.** Mit Bezug zur Gründungshaftung der Gesellschafter kann die **Geschäftsführer** ggf auch noch einige Jahre nach der Gründungsphase eine Haftung treffen, wenn sie die Ansprüche gegen die Gründer aus Gründerhaftung nicht geltend machen. § 43 Abs 2 GmbHG enthält insofern einen allgemeinen Haftungstatbestand für GmbH-Geschäftsführer, der mit § 43 Abs 1 GmbHG auf einen Sorgfaltsmäßigstab Bezug nimmt, welcher die Geltendmachung von Ansprüchen verlangt, die der Gesellschaft zustehen. Dieser Anspruch verjährt in fünf Jahren beginnend mit seiner Entstehung (§ 43 Abs 4 GmbHG).<sup>37</sup>
- 20** **6. Wirtschaftliche Neugründung.** Trotz immer kürzerer Dauer des Eintragungsverfahrens suchen Gesellschafter mitunter nach Wegen, den Gründungsvorgang noch weiter zu beschleunigen und zudem die Gründerhaftung vor Eintragung der Gesellschaft zu vermeiden. Dazu bedienen sie sich entweder sog (bislang inaktiver) **Vorratsgesellschaften**, die nunmehr erstmals aktiviert werden, oder bereits früher einmal gebrauchter (**Alt-|Mantelgesellschaften**, deren Tätigkeit zwischenzeitlich eingestellt wurde und die nun für ein neues Unternehmen reaktiviert werden.
- 21** Der BGH hat die (offene) Gründung einer Vorratsgesellschaft schon früh als zulässige Gestaltung betrachtet.<sup>38</sup> In seiner Grundsatzentscheidung vom Juli 2003<sup>39</sup> hat er aber zugleich festgestellt, dass die spätere Verwendung von bereits gebrauchten Altmänteln noch mehr als die von Vorratsgesellschaften mit dem Gläubigerschutzkonzept des Kapitalgesellschaftsrechts kollidiert, wenn zur Zeit des Beginns der (neuen) Verwendung das gezeichnete Kapital (Stammkapital bei der GmbH bzw Grundkapital bei der AG) der Gesellschaft nicht in gleicher Weise aufgebracht ist wie dies das Gesetz bei Gründung des Rechtsträgers verlangt.<sup>40</sup>
- 22** Der BGH wendet deshalb die Gründungsregeln auf den Vorgang der (Re-)Aktivierung einer Vorrats- oder Altmantelgesellschaft an, in dem er eine „wirtschaftliche Neugründung“ sieht.<sup>41</sup> Bei Altmantelgesellschaften nimmt er eine solche an, wenn die unternehmerische Tätigkeit zwischenzeitlich vollständig eingestellt wurde („leere Hülse“) und die neue Verwendung des Rechtsträgers deshalb nicht mehr in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise an eine frühere Tätigkeit anknüpfen kann.<sup>42</sup> Mit der Anmeldung der Satzung

32 BGHZ 66, 359, 360 = GmbHR 1976, 194; BGHZ 72, 45, 47 = GmbHR 1978, 232; BGHZ 91, 148, 150f = ZIP 1984, 950.

33 BGHZ 91, 148, 152f = ZIP 1984, 950.

34 BGHZ 80, 182, 183 = GmbHR 1981, 192.

35 BGHZ 69, 95, 104 = GmbHR 1977, 246.

36 Verneinend etwa s Gottwald/Haas/Kolmann/Pauw § 92 Rn 606.

37 Vgl dazu L/H/Kleindiek § 43 Rn 1, 38 ff, 67 ff.

38 BGHZ 117, 323, 330 ff = ZIP 1992, 689; BGHZ 153, 158, 160f = ZIP 2003, 251.

39 BGHZ 155, 318 = ZIP 2003, 1698.

40 BGHZ 155, 318, 322f = ZIP 2003, 1698.

41 BGHZ 117, 323, 333 = ZIP 1992, 689; BGHZ 153, 158, 160 = ZIP 2003, 251; BGHZ 155, 318, 321 = ZIP 2003, 1698; s dazu L/H/Bayer § 3 Rn 78 ff.

42 BGHZ 155, 318, 324f = ZIP 2003, 1698; BGH ZIP 2010, 621 (Sprachenschule).

änderungen (wo solche unterbleiben: unabhängig davon) muss gegenüber dem Registergericht deshalb die „wirtschaftliche Neugründung“ ausdrücklich offengelegt und die Aufbringung des gezeichneten Kapitals versichert werden.<sup>43</sup> Wird der Vorgang der rechtlichen Gründung einer GmbH lediglich zeitlich gestreckt und werden in diesem (ggf mehrmonatigen) Zeitraum konkrete Aktivitäten zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit tatsächlich fortlaufend entfaltet, ist der Tatbestand der „wirtschaftlichen Neugründung“ nicht gegeben.<sup>44</sup> In der Abwicklungsphase kommt es darauf an, ob noch nennenswerte Liquidationsaufgaben wahrgenommen werden.<sup>45</sup>

Mit diesem Modell der sog wirtschaftlichen Neugründung verbindet der BGH die entsprechende Anwendung des Instituts der **Unterbilanzhaftung** zu Lasten der Gesellschafter (oben Rn 8 ff), sofern sie der (Neu-)Aufnahme der Geschäfte zugestimmt haben.<sup>46</sup> Dabei war die Haftung ursprünglich gerichtet auf Ausgleich einer Unterbilanz gerade zu dem Zeitpunkt, in dem die Offenlegung gegenüber dem Registergericht tatsächlich erfolgt;<sup>47</sup> wurde die Offenlegung unterlassen, drohte bei Verwendung einer Vorrats- oder Altmantelgesellschaft mithin – entgegen der Intention der Gesellschafter – das Eingreifen der Gründerhaftung bis zur späteren Offenlegung der Gestaltung, möglicherweise also auch noch in der Ins. Inzwischen (seit seiner Grundsatzentscheidung vom März 2012<sup>48</sup>) stellt der II. ZS für die Fälle unterbliebener Offenlegung (Entsprechendes muss für die verspätete Offenlegung gelten) hingegen auf den **Zeitpunkt ab, in dem die „wirtschaftliche Neugründung“ erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist**: sei es durch Anmeldung von Satzungsänderungen oder durch Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit, wobei es auf den zeitlich früheren dieser Vorgänge ankommt.<sup>49</sup> Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass zu diesem Zeitpunkt keine Unterbilanz bestanden hat, trifft freilich die in Anspruch genommenen Gesellschafter.<sup>50</sup>

Neben der Unterbilanzhaftung zieht der BGH eine **Handelndenhaftung** analog § 11 Abs 2 GmbHG in Betracht, wenn vor Offenlegung der sog wirtschaftlichen Neugründung die Geschäfte aufgenommen werden, ohne dass dem alle Gesellschafter zugestimmt haben.<sup>51</sup> Bei Abgabe einer falschen Versicherung gegenüber dem Registergericht haftet der Geschäftsführer analog § 9a Abs 1 GmbHG.<sup>52</sup>

Der Anspruch aus Unterbilanzhaftung **verjährt** auch in Fällen der sog wirtschaftlichen Neugründung analog § 9 Abs 2 GmbHG heute in zehn (nach früherem Recht: fünf) Jahren (vgl oben Rn 15). Als für den Verjährungsbeginn maßgeblich wurde auf der Basis der BGH-Rspr bis März 2012 (oben Rn 23) grundsätzlich die Offenlegung des Vorgangs der „wirtschaftlichen Neugründung“ gegenüber dem Handelsregister angesehen;<sup>53</sup> für Fälle der Mantelverwertung vor Publizierung seiner Entscheidung vom Juli 2003 (oben Rn 21) ließ der BGH die Verjährungsfrist indes nicht erst mit der Offenlegung in diesem Sinne, sondern bereits mit dem Vorgang als solchem beginnen.<sup>54</sup> Auf Grundlage der Grundsatzentscheidung vom März 2012 dürfte für den Verjährungsbeginn nunmehr generell auf den Zeit-

43 BGHZ 155, 318, 323 f = ZIP 2003, 1698.

44 BGH ZIP 2010, 621 (Sprachenschule).

45 BGH ZIP 2014, 418 Rn 15.

46 BGHZ 192, 341, Rn 36 = ZIP 2012, 817.

47 BGHZ 155, 318, 326 f = ZIP 2003, 1698; BGH ZIP 2011, 1761, Rn 10.

48 BGHZ 192, 341 = ZIP 2012, 817.

49 BGHZ 192, 341, Rn 20 = ZIP 2012, 817.

50 BGHZ 192, 341, Rn 42 = ZIP 2012, 817.

51 BGHZ 155, 318, 327 = ZIP 2003, 1698; BGH ZIP 2011, 1761.

52 BGH ZIP 2011, 1761.

53 Für Nachweise auf die einschlägige OLG-Rspr s L/H/Bayer § 3 Rn 94.

54 BGH ZIP 2008, 217.

23

24

25

punkt abzustellen sein, zu dem die sog wirtschaftliche Neugründung erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist (vgl oben Rn 23).

- 26 **7. Aktiengesellschaft.** Die Gründungshaftung in der **Aktiengesellschaft** stimmt mit der in der GmbH konzeptionell überein. Auch dort sind Vorgründungs- und Vorgesellschaft sowie Unterbilanz- und Verlustdeckungshaftung zu unterscheiden. Die aktienrechtliche Handelndenhaftung ist in § 41 Abs 1 AktG geregelt. Zu weiteren Einzelheiten ist auf die aktienrechtliche Kommentarliteratur zu verweisen.<sup>55</sup>

## II. Kapitalaufbringung

- 27 Ist die GmbH durch Eintragung ins Handelsregister „als solche“ entstanden (§ 11 Abs 1 GmbHG), haftet den GesellschaftsGln nur noch die Gesellschaft mit ihrem Vermögen; Ansprüche gegen die Gesellschafter bestehen für die Gl hingegen im Regelfall nicht (§ 13 Abs 2 GmbHG; zu Ausnahmen s unten Rn 104 ff). Dieses Haftungsprivileg gewährt das Gesetz freilich nicht kostenlos. Der von den Gesellschaftern zu zahlende „Eintrittspreis“ für die Haftungsfreistellung ist die Aufbringung des Stammkapitals iSd §§ 5 Abs 1, 5a Abs 1 GmbHG. Vor diesem Hintergrund versucht der Gesetzgeber durch eine Reihe von Vorgaben zu gewährleisten, dass das bei der Gründung (oder auch im Zuge einer Kapitalerhöhung) versprochene und im Handelsregister verlautbare Stammkapital auch tatsächlich zur Verfügung gestellt wird (**Grundsatz der realen Kapitalaufbringung**). Dabei hat das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008<sup>56</sup> zu wichtigen Korrekturen im Recht der Kapitalaufbringung geführt, die auch auf Altfälle zurückwirken. Denn im Zuge dieses Reformprojekts sind die Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen (§ 19 Abs 4 GmbHG nF) sowie des sog Hin- und Herzahls außerhalb verdeckter Sacheinlagen (§ 19 Abs 5 GmbHG nF) erheblich verändert worden; Genaueres unten Rn 34 ff und 53 ff.
- 28 Werden im Zuge der Gründung der Gesellschaft oder bei Durchführung einer Kapitalerhöhung die gesetzlich vorgeschriebenen „Spielregeln“ verletzt, kann dies schnell dazu führen, dass die **Pflicht des Gesellschafters zur Einlageleistung** (§§ 19 Abs 1, 55 Abs 1 GmbHG) **nicht oder nicht vollständig erfüllt** ist. Im Folgenden werden einzelne (in der Praxis besonders wichtige) Vorgänge erörtert, die zu einer fehlerhaften Kapitalaufbringung führen (unten Rn 33 ff).
- 29 **1. Verfolgung offener Einlageansprüche; Verjährung.** Ein offener Anspruch der GmbH gegen einzelne Gesellschafter auf Erfüllung der Einlageschuld ist im eröffneten InsVerf über das Vermögen der Gesellschaft vom **InsVerw** geltend zu machen, § 80 InsO. Die **Darle-gungs- und Beweislast** hinsichtlich der ordnungsgemäßen Leistung der Einlage liegt grundsätzlich beim Gesellschafter, auch wenn der Vorgang längere Zeit zurückliegt.<sup>57</sup> Dieser Nachweis kann auch durch Indizientatsachen geführt werden,<sup>58</sup> abhängig von den Umständen des Einzelfalls können dem Gesellschafter auch die Grundsätze über die sekundäre Darlegungslast zu Gute kommen.<sup>59</sup> Die Beweislast für bestimmte Tatbestände, die trotz Zahlungseingangs bei der Gesellschaft eine Leistung mit Erfüllungswirkung ausschließen – insb: verdeckte Sacheinlage, Hin- und Herzahlen – liegt demgegenüber grds bei der Gesellschaft bzw dem klagenden InsVerw, wobei aber ggf wiederum die Grundsätze über die

55 S stellvertretend *Hüffer/Koch* § 41 Rn 2 ff.

56 BGBl I S 2026.

57 S etwa *BGH* ZIP 2007, 1755; *BGH* ZIP 2014, 261; weitere Nachweise bei *L/H/Bayer* § 19 Rn 15; auf *Bayer/Illhardt* GmbHR 2011, 505, 508 ff.

58 *BGH* ZIP 2007, 1755.

59 Vgl *BGH* DStR 2004, 2112 m Anm *Goette*; *BGH* DStR 2005, 297 mit Anm *Goette*.

sekundäre Darlegungslast zur Anwendung kommen. Nach Auffassung des BGH soll die Gesellschaft bzw. der InsVerw lediglich konkrete Anhaltspunkte dafür vortragen müssen, dass es nicht zur Leistung mit Erfüllungswirkung gekommen ist; die Beweislast hinsichtlich der erfüllungstauglichen Leistung soll dann den Gesellschafter treffen.<sup>60</sup>

Ein noch nicht erfüllter Anspruch auf die Einlagenleistung (§ 19 Abs 1 GmbHG) **verjährt** (heute) gem § 19 Abs 6 S 1 GmbHG in zehn Jahren von seiner Entstehung an. Im Falle der Eröffnung des InsVerf über das Vermögen der Gesellschaft tritt die Verjährung nicht vor Ablauf von sechs Monaten ab dem Eröffnungszeitpunkt ein (§ 19 Abs 6 S 2 GmbHG), dh die Verjährung ist ab Eröffnung für sechs Monate im Ablauf gehemmt (§ 211 BGB).<sup>61</sup> Im Rahmen einer Kapitalerhöhung gilt Entsprechendes gem § 55 Abs 4 GmbHG.

Die Verjährungsregelung in § 19 Abs 6 GmbHG ist erst durch das Verjährungsanpassungsgesetz vom 9.12.2004<sup>62</sup> mit Wirkung zum 15.12.2004 geschaffen worden. Für den früher der regelmäßigen 30-jährigen Verjährung (§ 195 BGB aF) unterliegenden Anspruch der GmbH auf Leistung der Einlagen galt seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes<sup>63</sup> am 1.1.2002 zunächst die auf drei Jahre verkürzte Regelverjährung gem § 195 BGB nF (mit Überleitungsbestimmung in Art 229 § 6 Abs 4 EGBGB), bis durch Art 13 des Verjährungsanpassungsgesetzes die spezielle, zehnjährige Verjährungsneuregelung des § 19 Abs 6 GmbHG nF in Kraft trat. Mit dem Verjährungsanpassungsgesetz hatte der Gesetzgeber die besondere Überleitungsvorschrift des Art 229 § 12 EGBGB geschaffen. Der BGH hat die für **Altfälle** noch nicht verjährter Einlageforderungen der GmbH maßgebliche Überleitungsbestimmung in Art 229 § 12 Abs 2 EGBGB verfassungskonform dahingehend ausgelegt, dass in die ab 15.12.2004 laufende neue zehnjährige Verjährungsfrist lediglich die seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, also ab 1.1.2002 verstrichenen Zeiträume der zuvor geltenden dreijährigen Regelfrist des § 195 BGB nF einzurechnen sind.<sup>64</sup>

Ist die offene Einlageschuld eines Gesellschafters bei diesem nicht durchsetzbar und kann sie auch nicht durch Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden (Kaduzierungsverfahren, §§ 21 ff GmbHG), trifft jeden Mitgesellschafter (nicht aber einen vor Fälligkeit der Einlageschuld schon ausgeschiedenen<sup>65</sup>) eine proratarische **Ausfallhaftung** nach § 24 GmbHG. Will der InsVerw einen Mitgesellschafter daraus in Anspruch nehmen, muss er die hierzu erforderlichen Voraussetzungen darlegen und ggf beweisen, neben den Voraussetzungen nach §§ 21 ff GmbHG auch die nicht gedeckte Einlageschuld des primär Zahlungspflichtigen.<sup>66</sup>

**2. Leistung zur endgültig freien Verfügung.** Allg Voraussetzung jeder Einlageleistung mit befreiender Wirkung ist zunächst, dass die Einlage in die **endgültig freie Verfügungsmacht der Geschäftsführer** der Gesellschaft gelangt, §§ 8 Abs 2, 57 Abs 2 GmbHG. Verlangt wird damit nach gefestigter Rechtsprechung des BGH, dass die Leistung „uneingeschränkt für Zwecke der Gesellschaft verwendet werden kann“<sup>67</sup>, dass dem beliebigen Einsatz durch das geschäftsführende Organ mithin weder rechtlich noch tatsächlich ein Hindernis entgegen steht.<sup>68</sup> Dem Erfordernis ist aber genügt, wenn die Mittel in diesem Sinne endgültig aufge-

60 BGH ZIP 2014, 261, Rn 3 ff (II. ZS).

61 L/H/Bayer § 19 Rn 16.

62 BGBl I S 3214.

63 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v 26.11.2001, BGBl I S 3138.

64 Für alles Weitere s BGH ZIP 2008, 643, Rn 17 ff.

65 BGH ZIP 2015, 1530.

66 BGHZ 132, 390, 394 = ZIP 1996, 2306; BGH ZIP 2003, 625, 627; OLG Hamm GmbHHR 2011, 588; OLG Köln GmbHHR 2009, 1209; s auch Bayer/Illhardt GmbHHR 2011, 505, 514.

67 BGHZ 180, 38, Rn 17 = ZIP 2009, 713 (Qivive).

68 BGHZ 96, 231, 241 f = ZIP 1986, 14.

bracht sind,<sup>69</sup> für die anschließende Mittelverwendung hat es keine Bedeutung. Deshalb sind schuldrechtliche Verwendungsabsprachen unschädlich, sofern sie nur Zwecken der Gesellschaft und nicht solchen des Inferenten dienen;<sup>70</sup> die unmittelbare Leistung der Einlage an Dritte hat aber keine befreidende Wirkung.<sup>71</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH darf eine Verwendungsabsprache nicht bezeichnen, die Einlagemittel „mittelbar oder gar unmittelbar wieder an den Einleger zurückfließen zu lassen“.<sup>72</sup> Die Mittel dürfen nicht zugunsten des Inferenten „reserviert“ werden.<sup>73</sup> Das soll der Leistung zur endgültig freien Verfügung entgegen stehen.

- 34 **3. Verdeckte Sacheinlagen.** Der Regelfall der Einlageleistung ist die Bareinlage. Eine **Sacheinlage** muss im Gesellschaftsvertrag bzw im Kapitalerhöhungsbeschluss ausdrücklich bezeichnet werden, vgl §§ 5 Abs 4; 56 Abs 1 GmbHG. Ist eine Sacheinlage vereinbart, stellt das Gesetz bestimmte Vorgaben auf, die insb einen Sachgründungsbericht der Gründer (§§ 5 Abs 4 S 2; 8 Abs 1 Nr 4 GmbHG), den Nachweis der Werthaltigkeit der Sacheinlagen gegenüber dem Registergericht (§ 8 Abs 1 Nr 5 GmbHG) sowie eine Prüfung durch das Registergericht (§ 9c Abs 1 GmbHG) vorsehen (für die Kapitalerhöhung vgl §§ 57, 57a GmbHG). Grund dafür ist die Gefahr der wertmäßigen Unterdeckung des für den Vermögensgegenstand veranschlagten Nennbetrages, womit eine Verletzung des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung verbunden wäre.
- 35 Das Verf der Sachgründung bzw Sachkapitalerhöhung wird in der Praxis verbreitet als kostenträchtig und zeitaufwendig wahrgenommen und deshalb immer wieder zu umgehen versucht. Umgehungsbestrebungen in Gestalt sog verdeckter Sacheinlagen haben gemeinsam, dass der Inferent eine Bareinlagepflicht übernimmt und formal eine Bareinlage an die Gesellschaft erbringt, diese Einlageleistung aber – wie heute § 19 Abs 4 GmbHG formuliert – „bei wirtschaftlicher Betrachtung und auf Grund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten“ ist. Die Rechtsprechung hatte solche Umgehungen der Vorgaben zu Sachgründungen bzw Kapitalerhöhungen mit Sacheinlagen früher dadurch sanktioniert, dass eine Erfüllung der Bareinlageverpflichtung verneint wurde.<sup>74</sup> Der Gesetzgeber des MoMiG (s Rn 27) hat diese Rechtsfolgen iSd sog Anrechnungslösung des heutigen § 19 Abs 4 GmbHG korrigiert (näher unten Rn 46 ff).
- 36 a) **Tatbestand der verdeckten Sacheinlage.** Die in Rn 35 zitierte Legaldefinition der verdeckten Sacheinlage in § 19 Abs 4 GmbHG spiegelt den Erkenntnisstand der Rechtsprechung wider.<sup>75</sup> Durch das MoMiG hat sich der Tatbestand dieses Rechtsinstituts nicht verändert.<sup>76</sup> Erforderlich ist heute wie früher, dass die Gesellschaft (trotz der vereinbarten Bareinlageschuld) bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Sacheinlage erhalten hat und dies auf Grund einer vorherigen Abrede mit dem Inferenten geschah. Die **Darlegungs- und Beweislast** hinsichtlich dieser Tatbestandsvoraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage trägt – wenn der Gesellschafter auf Erfüllung der eben deshalb noch offenen Einlageschuld in

69 *BGHZ* 113, 335, 348 = *ZIP* 1991, 511; *BGH* *ZIP* 2011, 1101, Rn 12.

70 *BGHZ* 180, 38, Rn 18f = *ZIP* 2009, 713 (Qivive).

71 *BGHZ* 150, 197, 200 = *ZIP* 2002, 799.

72 *BGHZ* 153, 107, 110 = *ZIP* 2003, 211; *BGH* *ZIP* 2011, 1101, Rn 12f; zu Möglichkeiten und Grenzen einer Weiterleitung „unter dem Konzerndach“ s *BGHZ* 171, 113, Rn 8ff = *ZIP* 2007, 528.

73 *BGHZ* 180, 38, Rn 15 = *ZIP* 2009, 713 (Qivive); *BGHZ* 184, 158, Rn 23 = *ZIP* 2010, 423 (Eurobike).

74 Vgl nur *BGHZ* 166, 8, Rn 10f = *ZIP* 2006, 665 (Cash Pool I).

75 Vgl *BGHZ* 185, 44, Rn 11 = *ZIP* 2010, 978 (AdCoCom).

76 *BGH* 19.1.2016 – II ZR 61/15, *ZIP* 2016, 615, Rn 28.

Anspruch genommen wird – grds die Gesellschaft bzw der InsVerw,<sup>77</sup> die erforderliche Abrede zwischen den Beteiligten wird nach Maßgabe des Rn 41 Ausgeführten freilich (widerlegbar) vermutet. Nach Auffassung des BGH soll freilich die Gesellschaft bzw der InsVerw lediglich konkrete Anhaltspunkte dafür vortragen müssen, dass es nicht zur Leistung mit Erfüllungswirkung gekommen ist; die Beweislast hinsichtlich der erfüllungstauglichen Leistung soll dann den Gesellschafter treffen.<sup>78</sup> Zur Beweislast des Gesellschafters hinsichtlich des (nach § 19 Abs 4 S 3 GmbHG anzurechnenden) Werts des eingelegten Sachgegenstandes s unten Rn 47.

Um eine „verdeckte Sacheinlage“ annehmen zu können, muss der erlangte **Gegenstand sacheinlagefähig** sein.<sup>79</sup> Insoweit legt § 27 Abs 2 AktG für das Kapitalgesellschaftsrecht verallgemeinerungsfähig fest, dass Sacheinlagefähigkeit einen Vermögensgegenstand mit feststellbarem Wert voraussetzt.<sup>80</sup> Dies trifft grundsätzlich auf alle Sachen, Sachgesamtheiten, Forderungen und sonstigen Rechte zu.<sup>81</sup> Die Sacheinlagefähigkeit ist aber bei bestimmten (praxisrelevanten) Gestaltungen nicht gegeben: Einerseits sind Ansprüche auf Dienstleistungen bereits gem § 27 Abs 2 HS 2 AktG nicht sacheinlagefähig; andererseits kann der gesellschaftsrechtliche Einlageanspruch nicht durch die Eingehung oder Abtretung eines schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Inferenten oder einen Mitgesellschafter erfüllt werden.<sup>82</sup> Denn die Gesellschaft würde damit eine in jeder Hinsicht schlechtere Position erhalten, als sie ihr aus der gesellschaftsrechtlichen Einlageforderung zusteht; vgl bspw § 19 Abs 2 GmbHG mit den §§ 387 ff, 397 BGB.

Der Gesellschafter erbringt **bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Sacheinlage**, wenn er in zeitlicher Nähe zur Übernahme der Bareinlageverpflichtung mit der Gesellschaft ein Entgeltgeschäft abschließt, bei dem eine Sachleistung des Gesellschafters vergütet wird. Entweder wird dann die Bareinlageschuld mit der Entgeltforderung verrechnet oder die Geldbeträge werden „hin- und hergezahlt“<sup>83</sup>, wobei die Reihenfolge der Zahlungen für die rechtliche Beurteilung als verdeckte Sacheinlage keine Bedeutung hat. Jedenfalls wird der Gesellschaft letztendlich der Sachwert statt der Barleistung zur Verfügung gestellt.

Bei wirtschaftlicher Betrachtung liegt auch dort eine Sacheinlage vor, wo das Entgeltgeschäft statt mit dem Gesellschafter persönlich mit einem **Dritten** abgeschlossen wird, der Dritte aber dem Gesellschafter zugerechnet werden muss. Davon ist auszugehen, wenn der Gesellschafter durch das Geschäft mit dem dritten Vertragspartner vergleichbar begünstigt wird wie durch eine unmittelbare Leistung, etwa weil er den Vertragspartner kontrolliert, an ihm maßgeblich beteiligt ist oder dieser auf seine Rechnung als Strohmann handelt.<sup>84</sup>

77 S etwa *Bayer/Illhardt* GmbHHR 2011, 505, 511 mwN.

78 *BGH* ZIP 2014, 261, Rn 3 ff (II. ZS).

79 Vgl nur *BGHZ* 165, 113, 116 f = ZIP 2005, 2203; *BGHZ* 165, 352, 356 = ZIP 2006, 331; *BGHZ* 180, 38, Rn 9 = ZIP 2009, 713 (Qivive).

80 *BGH* ZIP 2004, 1642.

81 Vgl zur vertiefenden Darstellung etwa *L/H/Bayer* § 5 Rn 14 ff.

82 *BGHZ* 180, 38, Rn 9 ff = ZIP 2009, 713 (Qivive); *BGHZ* 182, 103, Rn 10 ff = ZIP 2009, 1561 (Cash Pool II); *BGHZ* 184, 158, Rn 14 ff = ZIP 2010, 423 (Eurobike).

83 Beispiele für die Methode der Verrechnung: *BGHZ* 155, 329, 334 f = ZIP 2003, 1540; *BGHZ* 166, 8, Rn 11 = ZIP 2006, 665 (Cash Pool I); für das „Hin- und Herzahlen“: *BGHZ* 28, 314, 316 ff = GmbHHR 1959, 70.

84 *BGHZ* 110, 47, 67 = ZIP 1990, 156; *BGHZ* 153, 107, 111 = ZIP 2003, 211; *BGHZ* 166, 8, Rn 18 = ZIP 2006, 665 (Cash Pool I).

- 40 In einer anderen Fallgruppe der verdeckten Sacheinlage werden (im Zuge einer Kapitalerhöhung) bestehende<sup>85</sup> **Forderungen** des Gesellschafters (oder auch eines bislang Außenstehenden) **gegen die Gesellschaft** für die Erfüllung der Bareinlageschuld verwendet.<sup>86</sup> Auch dies kann im Wege der Verrechnung oder der „Hin- und Herzahlung“ geschehen, wobei es auf die Reihenfolge der Zahlungen wiederum nicht ankommt.<sup>87</sup> Die Gesellschaft erhält dann bei einer Gesamtbetrachtung nicht die versprochene zusätzliche Liquidität, sondern die Befreiung von der Forderung des Inferenten (und damit von einer eigenen Verbindlichkeit). Auf diese Weise erlangt die Gesellschaft aber nur einen Sachwert; bei mangelnder Solvenz der Gesellschaft weicht der tatsächliche Wert der Forderung des Inferenten aufgrund eingeschränkter Werthaltigkeit vom Nennwert ab.<sup>88</sup> Ebenfalls unter den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage fällt es, wenn die Gesellschaft dem Inferenten bei einer Kapitalerhöhung die Liquidität für die Leistung der Einlage durch Erfüllung einer „Altforderung“ des Gesellschafters gegen die Gesellschaft zur Verfügung stellt.<sup>89</sup>
- 41 Der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage setzt nach § 19 Abs 4 GmbHG weiterhin eine korrespondierende tatsächliche – wenn auch als Rechtsgeschäft unwirksame – **Abrede der Beteiligten** voraus;<sup>90</sup> bei Einpersonengründungen (bzw Kapitalerhöhungen in der Einpersonengesellschaft) reicht freilich schon ein bloßes „Vorhaben“ des alleinigen Gesellschafters aus.<sup>91</sup> Die Abrede muss in der Regel nicht positiv nachgewiesen werden. Sie wird beweiskräftig **indiziert** (widerlegbar vermutet), wenn ein **enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang** zwischen Einlageleistung und Auszahlung an den Gesellschafter besteht.<sup>92</sup> Der zeitliche Zusammenhang wird dabei bis zu einem Zeitraum von sechs Monaten abgegrenzt,<sup>93</sup> ist jedoch nur Voraussetzung für die tatsächliche Vermutung und nicht für die Abrede selbst.
- 42 Noch nicht abschließend geklärt ist, ob diese (in der Praxis oftmals vorentscheidende) Vermutungsregel möglicherweise dann nicht zur Anwendung kommt, wenn ein **Verkehrsgeschäft** vorliegt. Damit ist ein auf die konkrete Gesellschaft bezogenes „gewöhnliches Umsatzgeschäft iRd laufenden Geschäftsverkehrs“<sup>94</sup> gemeint. Eine positiv nachgewiesene Umgehungsabrede führt aber auch bei einem Verkehrsgeschäft zu den Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage, denn gewöhnliche Umsatzgeschäfte sind nicht etwa aus dem Anwendungsbereich dieses Rechtsinstituts auszuklammern.<sup>95</sup> Würde hier die Vermutungs-

85 Forderungen, deren Entstehung noch ungewiss ist, sind indes nicht sacheinlagefähig; s *BGH ZIP* 2011, 1101, Rn 14.

86 *BGHZ* 113, 335, 339 = *ZIP* 1991, 511; *BGHZ* 152, 37, 40 ff = *ZIP* 2002, 2045; *BGHZ* 166, 8, Rn 11 f = *ZIP* 2006, 665 (Cash Pool I); *BGH* 19.1.2016 – II ZR 61/15, *ZIP* 2016, 615.

87 *BGH* 19.1.2016 – II ZR 61/15, *ZIP* 2016, 615, Rn 30.

88 *BGHZ* 110, 47, 49 = *ZIP* 1990, 156; *BGHZ* 152, 37, 43 = *ZIP* 2002, 2045; *BGHZ* 153, 107, 112 = *ZIP* 2003, 211; *BGH ZIP* 2011, 1101, Rn 15; *BGH* 19.1.2016 – II ZR 61/15, *ZIP* 2016, 615, Rn 33.

89 *BGHZ* 135, 381, 383 = *ZIP* 1997, 1337; *BGHZ* 166, 8, Rn 12 = *ZIP* 2006, 665 (Cash Pool I); vgl dazu auch *L/H/Bayer* § 19 Rn 130.

90 *BGHZ* 152, 37, 43 = *ZIP* 2002, 2045.

91 *BGH ZIP* 2008, 643, Rn 12.

92 *BGHZ* 125, 141, 144 = *ZIP* 1994, 701; *BGHZ* 132, 133, 139 = *ZIP* 1996, 595; *BGHZ* 152, 37, 44 ff = *ZIP* 2002, 2045; *BGHZ* 153, 107, 109 = *ZIP* 2003, 211; *BGHZ* 166, 8, Rn 13 = *ZIP* 2006, 665 (Cash Pool I); *BGH* 19.1.2016 – II ZR 61/15, *ZIP* 2016, 615, Rn 31.

93 *BGH ZIP* 1999, 399, 400; *BGH ZIP* 2007, 580, 581; acht Monate sind nach *BGHZ* 152, 37, 45 = *ZIP* 2002, 2045 bereits zu lang.

94 *BGHZ* 170, 47, Rn 22 = *ZIP* 2007, 178 (Warenlager).

95 *BGH ZIP* 2008, 643, Rn 13.

wirkung eines sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs aber nicht eingreifen,<sup>96</sup> wäre das tatsächliche Vorliegen der erforderlichen Abrede im Prozess durch die Gesellschaft bzw den InsVerw zu beweisen.

**b) Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage.** Die Änderung der Rechtslage durch das MoMiG (s Rn 27) betrifft die Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen. Vor dessen Inkrafttreten hatte die Rechtsprechung entsprechende Gestaltungen scharf sanktioniert. Heute sind die Rechtsfolgen durch die sog Anrechnungslösung des § 19 Abs 4 GmbHG weniger einschneidend gestaltet. 43

**aa) Früheres Recht.** Vor Inkrafttreten des MoMiG hatte die Rechtsprechung verdeckte Sacheinlagen auf der Grundlage von § 19 Abs 5 GmbHG aF wie folgt behandelt: Die Bareinlage galt als nicht geleistet; die Einlagepflicht bestand dementsprechend unverändert fort. Die Entgeltverträge waren sowohl in schuldrechtlicher als auch in sachenrechtlicher Hinsicht nichtig (Letzteres nach § 27 Abs 3 S 1 AktG aF analog).<sup>97</sup> Befand sich die Sache nicht mehr im Besitz der Gesellschaft, blieb dem Gesellschafter nur die Kondition des Sachwertes. Wurde der Vorgang – wie regelmäßig – erst in der Ins der Gesellschaft aufgedeckt, war dieser Anspruch als InsForderung nahezu wertlos. Eine Aufrechnung des Gesellschafters scheiterte an § 19 Abs 2 GmbHG aF. Damit hatte das bestehende Sachgründungsrecht (bzw -kapitalerhöhungsrecht) die einschneidende Folge, dass der Gesellschafter die Bareinlage selbst dann noch einmal voll aufbringen musste, wenn die von ihm „bei wirtschaftlicher Betrachtung“ eingebrachte Sache wertmäßig der in der Satzung übernommenen Verpflichtung entsprach oder über diese sogar noch (ggf sogar wesentlich) hinausging. 44

Immerhin hatte der BGH den Beteiligten eine **Heilungsmöglichkeit** an die Hand gegeben.<sup>98</sup> Voraussetzung war, dass die Sachgründungs- bzw Sachkapitalerhöhungsvorgaben (Gesellschafterbeschluss mit satzungsändernder Mehrheit, Sachgründungsbericht, Werthaltigkeitsprüfung des Registergerichts) nachgeholt wurden.<sup>99</sup> Als Sacheinlage einzubringen war dabei der (bislang) unwirksam eingebrachte Sachwert, hilfsweise – nämlich wenn sich der Gegenstand nicht mehr im Gesellschaftsvermögen befand – der Anspruch auf Wertersatz.<sup>100</sup> Allerdings konnte es zur Heilung nur außerhalb der Ins, stets nur mit Wirkung ex nunc und dementsprechend auch nur im Umfang des Wertes zur Zeit der Eintragung des Heilungsbeschlusses kommen.<sup>101</sup> Die Heilungsmöglichkeit des alten Rechts wurde deshalb treffend als „Schönwetterlösung“ bezeichnet.<sup>102</sup> 45

**bb) § 19 Abs 4 GmbHG.** Nach heutigem Recht (§ 19 Abs 4, § 56 Abs 2 GmbHG) sind demgegenüber sowohl die schuld- als auch dinglichen Verträge über die verdeckte Sacheinlage wirksam. Gleichwohl befreit der Vorgang einer verdeckten Sacheinlage den Gesellschafter nicht von seiner Bareinlageschuld. Allerdings wird der Wert der bei wirtschaftlicher Betrachtung eingebrachten Sacheinlage auf die Bareinlagepflicht (automatisch) angerechnet, wenn die Gesellschaft den Sachgegenstand erhalten hat und die Gesellschaft (bzw die Kapitalerhöhung) in das Handelsregister eingetragen wurde (**Anrechnungsmodell**<sup>103</sup>). Zur 46

96 S zur Diskussion darüber *BGHZ* 170, 47, Rn 24 = ZIP 2007, 178 (Warenlager).

97 *BGHZ* 155, 329, 338 f = ZIP 2003, 1540; *BGHZ* 166, 8, Rn 11 = ZIP 2006, 665 (Cash Pool I); *BGHZ* 173, 145, Rn 14 = ZIP 2007, 1751 (Lurgi I); *BGHZ* 175, 265, Rn 10 = ZIP 2008, 788; *BGHZ* 182, 103, Rn 10 = ZIP 2009, 1561 (Cash Pool II).

98 *BGHZ* 132, 141 = ZIP 1996, 668; *BGHZ* 155, 329 = ZIP 2003, 1540.

99 *BGHZ* 132, 141, 154 f = ZIP 1996, 668.

100 *BGHZ* 155, 329, 339 f = ZIP 2003, 1540.

101 *BGHZ* 132, 141, 155 = ZIP 1996, 668.

102 K Schmidt GmbHIR 2007, 1072, 1073.

103 Im Gegensatz zu dem noch vom RegE MoMiG vorgesehenen „Erfüllungsmodell“.

Anrechnung kommt es aber frühestens im Augenblick der Eintragung, und zwar mit dem Wert des Sachgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung bzw im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt (§ 19 Abs 4 S 3 GmbHG).

- 47 Nur im Umfang der **Werthaltigkeit des Sachgegenstandes** kommt es zur Anrechnung und in der Folge zur Befreiung des Inferenten von seiner Einlagepflicht; iÜ bleibt die Bareinlage schuld bestehen.<sup>104</sup> Im Streitfall ist der Wert des Sachgegenstandes durch den Inferenten zu beweisen.<sup>104</sup> Diese Verteilung der **Beweislast** führt dazu, dass er eventuell noch Jahre später den Wert des eingebrachten Sachgegenstands zur Zeit der Gründung bzw Kapitalerhöhung belegen muss, um nicht in Anspruch genommen werden zu können. Das wird in der Regel nur gelingen, wenn er bereits bei der Gründung/Kapitalerhöhung ein aussagekräftiges Wertgutachten hat anfertigen lassen.
- 48 Die **dogmatische Einordnung der Anrechnung** nach § 19 Abs 4 S 3 GmbHG ist umstritten. Den Erfüllungsformen der §§ 362ff BGB kann sie nicht zugeordnet werden. Hilfreich ist ein Vergleich mit der Differenzhaftung bei der offenen Sachübernahme.<sup>105</sup>
- 49 Liegt der Wert der Sache über dem der verabredeten Bareinlage, wird in der Praxis oftmals eine sog **verdeckte gemischte Sacheinlage** vereinbart. Die gemischte Sacheinlage ist durch die Übertragung von Gegenständen an die Gesellschaft gekennzeichnet, für die der Inferent neben dem Geschäftsanteil ein sonstiges Entgelt von der Gesellschaft erhält (zB Barzahlung). Bei der verdeckten gemischten Sacheinlage wird der Vorgang der gemischten Sacheinlage in das äußere Gewand einer Bargründung bzw Barkapitalerhöhung gekleidet, die (bei wirtschaftlicher Betrachtung) geleistete Sacheinlage wird als solche erst gar nicht deklariert.
- 50 Bei Anwendung der „Anrechnungslösung“ auf derartige Konstellationen darf nicht etwa (dem Wortlaut des § 19 Abs 4 S 3 GmbHG folgend) der volle Sachwert angerechnet werden. Vielmehr kommt es zu einer „**Anrechnungssperre**“, wenn und soweit im Vergleich zwischen dem objektiven Wert des Sachgegenstandes und der von der Gesellschaft dafür insgesamt erbrachten Gegenleistung eine Differenz zulasten der Gesellschaft verbleibt. Anders formuliert: Vor der Anrechnung ist von dem tatsächlichen Wert des eingelegten Sachgegenstandes der Betrag abzuziehen, der von der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen „über den Nominalwert der (vom Gesellschafter erfolglos geleisteten) Bareinlage hinaus als Gegenleistung aufgewendet worden ist“.<sup>106</sup>

Neben der Kapitalaufbringungsregelung des § 19 Abs 4 GmbHG will der BGH bei der verdeckten gemischten Sacheinlage ergänzend ggf auch das **Kapitalerhaltungsrecht** der §§ 30, 31 GmbHG heranziehen, wenn und soweit die Gegenleistung der Gesellschaft den Nominalbetrag der vom Gesellschafter geschuldeten Bareinlage übersteigt und eine verbotene Vermögensauskehr im Sinne dieser Vorschriften vorliegt.<sup>107</sup> Die deutlich überwiegende Auffassung im Schrifttum gibt demgegenüber zu Recht einer Analogie zu § 9 Abs 1 GmbHG den Vorzug.<sup>108</sup>

104 BGH 19.1.2016 – II ZR 61/15, ZIP 2016, 615, Rn 33.

105 Genauer dazu, unter eingehender Erörterung des Meinungsstandes, Benz *Verdeckte Sacheinlage und Einlagenrückzahlung im reformierten GmbH-Recht (MoMiG)*, 2010, S 111 ff.

106 BGHZ 185, 44, LS 1 und Rn 57 = ZIP 2010, 978 (AdCoCom); zu Einzelheiten s die erläuternden Beispiele bei Kleindiek ZGR 2011, 334, 344 ff.

107 BGHZ 185, 44, Rn 58 ff = ZIP 2010, 978 (AdCoCom); auch dazu näher Kleindiek ZGR 2011, 334, 347 ff.

108 Stellvertretend L/H/Bayer § 19 Rn 92 mwN.

**§ 3 Abs 4 S 1 EGGmbHG** ordnet eine **Rückwirkung des § 19 Abs 4 GmbHG für Altfälle** an, was sich auch auf Kapitalerhöhungen bezieht.<sup>109</sup> Dagegen erhobene verfassungsrechtliche Bedenken hat der BGH unter ausführlicher Erörterung zurückgewiesen.<sup>110</sup> Auch in Fällen, in denen der Tatbestand der verdeckten Scheinlage vor Inkrafttreten des MoMiG (1.11.2008) verwirklicht worden ist, richten sich die Rechtsfolgen also nach der „Anrechnungslösung“ des neuen Rechts. Diese Rückwirkung steht jedoch unter dem Vorbehalt des § 3 Abs 4 S 2 EGGmbHG: Sie gilt danach nicht, soweit über die Ansprüche zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter bereits vor dem 1.11.2008 ein rechtskräftiges Urteil ergangen oder eine wirksame Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter getroffen worden ist; in diesem Fall beurteilt sich die Rechtslage weiterhin nach den bis zum 1.11.2008 geltenden Vorschriften.

**cc) Anwendbarkeit auf die Unternehmergesellschaft.** Im Schrifttum umstritten und von der Rechtsprechung noch nicht entschieden ist, ob § 19 Abs 4 GmbHG auch auf die durch das MoMiG (§ 5a GmbHG) eingeführte Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) anzuwenden ist<sup>111</sup> oder insofern die alte Rechtslage fortgilt, weil § 5a Abs 2 S 2 GmbHG für die Unternehmergesellschaft Scheinlagen explizit ausschließt.

**4. Hin- und Herzahlungen.** Der Tatbestand der verdeckten Scheinlage kann nur eingreifen, wenn die Gesellschaft einen scheinlagefähigen Gegenstand erhält (oben Rn 37). Ist dies nicht der Fall (Beispiel: der hingezahlte Bareinlagebetrag fließt als Darlehen deklariert an den Inferenten zurück), kann gleichwohl ein Verstoß gegen die Kapitalaufbringungsregeln vorliegen, wenn der **Hin- und Herzahlung** eine entsprechende Absprache der Beteiligten zugrunde liegt.<sup>112</sup> Die **Darlegungs- und Beweislast** hinsichtlich des (der freien Verfügung des Geschäftsführers entgegen stehenden) Vorgangs des Mittelrückflusses an den Gesellschafter („Hin- und Herzahlen“ bzw. „Her- und Hinzahlen“, s unten Rn 54) trifft grds die Gesellschaft bzw den InsVerw,<sup>113</sup> wobei die entsprechende Absprache der Beteiligten bei einem engen zeitlichen Zusammenhang in gleicher Weise (widerleglich) vermutet wird wie bei der verdeckten Scheinlage.<sup>114</sup> Nach Auffassung des BGH soll freilich die Gesellschaft bzw der InsVerw lediglich konkrete Anhaltspunkte dafür vortragen müssen, dass es nicht zur Leistung mit Erfüllungswirkung gekommen ist; die Beweislast hinsichtlich der erfüllungstauglichen Leistung soll dann den Gesellschaftern treffen.<sup>115</sup> Zur Beweislast des Gesellschafters hinsichtlich der Erfüllungsvoraussetzungen nach § 19 Abs 5 GmbHG su Rn 59.

**a) Früheres Recht.** Vor dem Inkrafttreten des MoMiG hatte der BGH ein entsprechendes Vorgehen unter dem Gesichtspunkt der (fehlenden) Leistung zur endgültig freien Verfügung (§ 7 Abs 3 GmbHG) betrachtet. Eine (die Einlageschuld erfüllende) Leistung zur freien Verfügung der Geschäftsführer wurde verneint, weil es schon an einer Leistung des Inferenten fehle: das Hin- und Herzahlen wurde als einheitlicher, sich selbst neutralisierender Vorgang gedeutet („Nullum“). Beim Hin- und Herzahlen – so der BGH<sup>116</sup> – leiste der Inferent nicht und erwerbe auch keinen Bereicherungsanspruch gegen die Gesellschaft. Die

109 BGH 19.1.2016 – II ZR 61/15, ZIP 2016, 615, Rn 21.

110 BGHZ 185, 44, Rn 20 ff = ZIP 2010, 978 (AdCoCom).

111 Bejahend etwa L/H/Bayer § 19 Rn 69; L/H/Lutter/Kleindiek § 5a Rn 27 ff; vern etwa B/S/ Schäfer § 5a Rn 23; Ulmer GmbHR 2010, 1298, 1300 ff.

112 Die Rückzahlung an den Inferenten kann sich dabei auch in Raten vollziehen: BGH ZIP 2007, 1281, Rn 4 f.

113 Bayer/Illhardt GmbHR 2011, 505, 512; Hk-GmbHG/Saenger § 19 Rn 129.

114 BGH ZIP 2008, 1281 f.

115 BGH ZIP 2014, 261, Rn 3 ff (II. ZS).

116 BGHZ 165, 113, Rn 8 = ZIP 2005, 2203; BGHZ 165, 352, Rn 8 ff = ZIP 2006, 331; BGHZ 174, 370 Rn 6 = ZIP 2008, 174; BGHZ 182, 103, Rn 42 = ZIP 2009, 1561 (Cash Pool II).

schuldrechtlichen Abreden (im Beispiel Rn 53: die Darlehensabrede) wurden wegen Verstoßes gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften als nichtig angesehen. Eine spätere Zahlung des Inferenten auf die vermeintliche Darlehensverbindlichkeit wertete der BGH als (schuldbefreende) Zahlung auf die (bis dahin) fortbestehende Einlageschuld,<sup>117</sup> sofern sich die Zahlung der noch offenen Einlage (und sei es im Wege der Auslegung) zuordnen ließ.<sup>118</sup> All das galt auch in den Fällen des „Her- und Hinzahlens“, dh bei Darlehensauszahlung vor Zahlung des Bareinlagebetrages.<sup>119</sup>

- 55 Diese Grundsätze des Hin- und Herzahlens hatte der BGH – ebenso wie die der verdeckten Sacheinlage (oben Rn 44) – auf das **Cash Pooling** angewandt; einem „Sonderrecht, für diese Art der Finanzierung“ wurde die Anerkennung ausdrücklich versagt.<sup>120</sup> Entsprechend hatte er für den Fall der Weitergabe der Bareinlage durch die Komplementär-GmbH an ihre **GmbH & Co. KG** entschieden.<sup>121</sup> Insb die Rechtsprechung zum Cash Pooling hat den Gesetzgeber zur Schaffung des heutigen § 19 Abs 5 GmbHG veranlasst.
- 56 **b) § 19 Abs 5 GmbHG.** Nach neuem Recht kann durch das verabredete „Hin- und Herzahlen“ (oder umgekehrt)<sup>122</sup> die Einlageschuld unter bestimmten Voraussetzungen erfüllt und durch eine schuldrechtliche Forderung abgelöst werden: § 19 Abs 5, § 56a GmbHG. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung – ebenso wie mit § 30 Abs 1 S 2 GmbHG (zu Rn 78 ff) – zurück zur sog bilanziellen Betrachtungsweise. Dabei ist § 19 Abs 5 GmbHG formell **subsidiär gegenüber dem Tatbestand der verdeckten Sacheinlage**.<sup>123</sup> Die Gesellschaft darf „bei wirtschaftlicher Betrachtung“ also keinen sacheinlagefähigen Gegenstand erhalten haben.<sup>124</sup> Die Konstellationen des „Hin- und Herzahlens“ iSv § 19 Abs 5 GmbHG sind im Übrigen **abzugrenzen von reinen Scheinzahlungen**, bei denen die abgesprochene Rückzahlung keinen Rechtsgrund hat.<sup>125</sup> Im Einzelnen knüpft § 19 Abs 5 GmbHG die befreidende Wirkung des Hin- und Herzahlens an folgende Voraussetzungen, die gem § 3 **Abs 4 EGGmbHG** – entsprechend den Darlegungen oben Rn 51 – auch in **Altfällen** gelten:

Im Zeitpunkt der Einlageleistung muss eine entsprechende **Absprache** der Beteiligten getroffen worden sein (§ 19 Abs 5 S 1 GmbHG), wofür bei einem engen zeitlichen Zusammenhang eine Vermutung streitet (so Rn 53). Ist die Absprache erwiesenermaßen erst nach der Einlageleistung getroffen worden, ist – statt der Regeln der Kapitalaufbringung – das Recht der Kapitalerhaltung (§ 30 Abs 1 GmbHG) maßgeblich.<sup>126</sup>

- 57 Der schuldrechtliche Anspruch der Gesellschaft muss **vollwertig** sein. Vorzunehmen ist eine Forderungsbewertung nach bilanzrechtlichen Grundsätzen, mithin unter vernünftiger kaufmännischer Beurteilung.<sup>127</sup> Für die Beurteilung der Vollwertigkeit ist der Augenblick des Entstehens des schuldrechtlichen Anspruchs maßgeblich. Verschlechtert sich die anzustellende Prognose später, schadet dies der Erfüllungswirkung des Vorgangs nicht. Die Prog-

117 BGHZ 165, 113, Rn 9 ff = ZIP 2005, 2203; BGHZ 165, 352, Rn 10 ff = ZIP 2006, 331 = DStR 2006, 382 mit Anm Goette; gegen OLG Schleswig GmbH R 2005, 357.

118 BGHZ 166, 8, Rn 24 f = ZIP 2006, 665 (Cash Pool I); BGH ZIP 2008, 1281, Rn 6.

119 BGH ZIP 2006, 1633; BGH DStR 2007, 731.

120 BGHZ 166, 8, Rn 20 ff = DStR 2006, 764 mit Anm Goette = ZIP 2006, 665 (Cash Pool I).

121 BGHZ 174, 370 = ZIP 2008, 174.

122 BGHZ 184, 158, Rn 24 = ZIP 2010, 423 (Eurobike).

123 Zur Abgrenzung etwa BGH ZIP 2012, 1857.

124 Vgl etwa BGHZ 182, 103, Rn 14 = ZIP 2009, 1561 (Cash Pool II).

125 BGH ZIP 2014, 261, Rn 6 mwN.

126 L/H/Bayer § 19 Rn 110.

127 L/H/Bayer § 19 Rn 114 f.

nose ist dabei aber auf den Zeitpunkt der späteren Fälligkeit zu beziehen.<sup>128</sup> Die Vollwertigkeit des Anspruchs ist Tatbestandsvoraussetzung. Kommt es bei Begründung des Anspruchs auch nur zu einer minimalen Abwertung der Forderung, tritt die Erfüllungswirkung insgesamt nicht ein („**Alles oder Nichts – Prinzip**“). Eine anteilige Erfüllung gibt es bei § 19 Abs 5 GmbHG – im Gegensatz zu § 19 Abs 4 GmbHG – nicht. Der Gesetzgeber hat dies durch die Verwendung der Konjunktion „wenn“ statt „soweit“ verdeutlicht.

Der schuldrechtliche Anspruch muss **liquide**, dh er muss fällig sein oder durch fristlose Kündigung der Gesellschaft jederzeit fällig werden können. Dieses Erfordernis soll den Umstand ausgleichen, dass die Vollwertigkeitsbeurteilung prognostizierend (zum Zeitpunkt der Anspruchsgrundung) vorgenommen werden muss.<sup>129</sup> Der BGH hat an dieses Merkmal einen strengen Maßstab angelegt: Beim **Cash Pooling** – auf das heute ebenfalls die Bestimmungen in § 19 Abs 4 und 5 GmbHG zur Anwendung kommen und bei dem ggf tw Abs 4 und tw Abs 5 der Vorschrift anzuwenden ist<sup>130</sup> – genügt für die jederzeitige Fälligkeit insb eine bloße Verfügungsmöglichkeit der Gesellschaft nicht.<sup>131</sup> Eine der jederzeitigen Fälligkeit gleichstehende Kündigungsmöglichkeit setzt voraus, dass der Anspruch „jederzeit ohne Einschränkung“ gekündigt werden kann.<sup>132</sup>

Die **Darlegungs- und Beweislast** hinsichtlich der Rn 57 und 58 genannten Tatbestandsvoraussetzungen (Vollwertigkeit und Fälligkeit bzw Kündbarkeit) trägt der Gesellschafter, der sich auf die Befreiung von seiner Einlagepflicht nach § 19 Abs 5 GmbHG beruft;<sup>133</sup> denn im Text der Vorschrift heißt es: „befreit ... nur dann, wenn ...“.

§ 19 Abs 5 S 2 GmbHG verlangt, dass die Vereinbarung des „Hin- und Herzahls“ **gegenüber dem Registergericht angezeigt** wird. Der BGH versteht diese Anzeige (freilich in keiner Weise überzeugend<sup>134</sup>) als konstitutive Voraussetzung der Erfüllungswirkung.<sup>135</sup> Jene Rechtsprechung führt dazu, dass die in § 3 Abs 4 EGGmbHG angeordnete Erstreckung des § 19 Abs 5 GmbHG auf Altfälle (oben Rn 56) praktisch leerläuft. Dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht, ist kaum anzunehmen; s dazu auch unten Rn 65 zur aktienrechtlichen Parallelvorschrift.

Liegen die Voraussetzungen einer Befreiung nach § 19 Abs 5 GmbHG nicht vor, richten sich die Rechtsfolgen des Hin- und Herzahls weiterhin nach jenen Grundsätzen, die der BGH zum **altem Recht** entwickelt hatte (oben Rn 54). Das bedeutet: Für die Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 19 Abs 5 GmbHG erfüllt sind, ist der Bestand des Rückgewähranspruchs (etwa des Darlehensrückzahlungsanspruchs) zunächst zu unterstellen. Ist der (als entstanden zu unterstellende) Anspruch aber nicht werthaltig, greifen die BGH-Grundsätze zum alten Recht, nach denen der entsprechende Anspruch gar nicht erst entstanden ist.

**5. Voreinzahlungen auf künftige Kapitalerhöhung. Voreinzahlungen der Gesellschafter auf eine künftige (geplante) Kapitalerhöhung**<sup>136</sup> sind offenbar nach wie vor verbreitet. Da nach gefestigter Rechtsprechung die Einlage erst nach Kapitalerhöhungsbeschluss und Übernah-

128 L/H/Bayer § 19 Rn 115.

129 S Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu § 19 Abs 5 GmbHG idF des MoMiG, BT-Drucks 16/9737, S 56.

130 Dazu BGHZ 182, 103 = ZIP 2009, 1561 (Cash Pool II).

131 BGHZ 182, 103, Rn 26 ff = ZIP 2009, 1561 (Cash Pool II).

132 BGHZ 182, 103, Rn 28 = ZIP 2009, 1561 (Cash Pool II).

133 L/H/Bayer § 19 Rn 117.

134 Zur Kritik s etwa L/H/Bayer § 19 Rn 122 f.

135 S dazu, jeweils ohne nähere Begründung, BGHZ 180, 38, Rn 16 = ZIP 2009, 713 (Qivive); BGHZ 182, 103, Rn 25 = ZIP 2009, 1561 (Cash Pool II).

136 Vertiefend dazu L/H/Bayer § 56 Rn 19 ff.

58

59

60

61

62

meerkündigung befreit werden kann, haben solche Voreinzahlungen grundsätzlich nur dann **Tilgungswirkung**, wenn der eingezahlte Betrag im Zeitpunkt der Beschlussfassung und der mit ihr üblicherweise verbundenen Übernahmemeerkündigung als solcher noch zweifelsfrei im Gesellschaftsvermögen vorhanden ist.<sup>137</sup>

- 63 Zum genannten Zeitpunkt schon **verbrauchten Voreinzahlungen** billigt der BGH nur **unter sehr engen Voraussetzungen Tilgungswirkung** zu: Sie können nur ausnahmsweise als wirksame Erfüllung der später übernommenen Einlageschuld anerkannt werden, wenn die Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung im Anschluss an die Voreinzahlung mit aller gebotenen Beschleunigung nachgeholt wird, ein akuter Sanierungsfall vorliegt, andere Maßnahmen nicht in Betracht kommen und die Rettung der sanierungsfähigen Gesellschaft scheitern würde, falls die übliche Reihenfolge der Durchführung der Kapitalerhöhungsmaßnahme beachtet werden müsste.<sup>138</sup> In der Summe dürften sich diese Voraussetzungen kaum je darlegen lassen; **darlegungs- und beweispflichtig** ist der Gesellschafter, der voreingezahlt hatte.
- 64 **6. Geschäftsführerhaftung.** Die **Geschäftsführer** können im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung zur Haftung nach § 9a Abs 1 GmbHG verpflichtet sein.<sup>139</sup> Daneben kommt auch iRd Kapitalaufbringung der allg Haftungstatbestand des § 43 Abs 2 GmbHG in Betracht; Verjährung in 5 Jahren beginnend mit der Entstehung des Anspruchs (§ 43 Abs 4 GmbHG).<sup>140</sup>
- 65 **7. Aktiengesellschaft.** Das Kapitalaufbringungsrecht des **Aktiengesetzes** verlangt gleichfalls eine Leistung zur endgültig freien Verfügung, vgl §§ 36 Abs 2; 37 Abs 1; 54 Abs 3 AktG mit Verweisungen im Recht der Kapitalerhöhung. Die im Zuge der MoMiG-Reform geschaffenen Neuregelungen des GmbH-Rechts zur verdeckten Scheinlage sowie zum „Hin- und Herzahlen“ sind durch das ARUG<sup>141</sup> – mit Wirkung zum 1.9.2009 – im Wesentlichen wortgleich in das Aktienrecht übertragen worden: § 27 Abs 3 und 4 AktG.<sup>142</sup> Sie gelten auch für Kapitalerhöhungen (§§ 183 Abs 2; 194 Abs 2; 205 Abs 3 AktG) und sind gem § 20 Abs 7 EGAktG (entspricht § 3 Abs 4 EGGmbHG; s oben Rn 51 und 56) auch auf Altfälle anwendbar. Bemerkenswerterweise wird in den Gesetzesmaterialien zu § 27 Abs 4 AktG klargestellt, dass sich die Voraussetzungen für eine Erfüllungswirkung allein aus S 1 der Vorschrift (nicht auch aus S 2) ergeben.<sup>143</sup> Es ist zu hoffen, dass der BGH dies bei Gelegenheit zum Anlass nehmen wird, seine abw Rechtsprechung zu § 19 Abs 4 S 2 GmbHG (dazu oben Rn 60) zu überprüfen.
- 66 Die Sachgründungsvorgaben des Aktienrechts werden außerdem durch § 52 AktG geschützt, welcher der sog **Nachgründung** Beschränkungen auferlegt.<sup>144</sup>

### III. Kapitalerhaltung

- 67 Die strengen Anforderungen an die Kapitalaufbringung wären fruchtlos, wenn das Gesetz nicht die aufgebrachten Mittel vor einer Auskehrung an die Gesellschafter schützen würde. Als Gegenstück zum Kapitalaufbringungsrecht sind in den §§ 30, 31 GmbHG die für die

137 BGHZ 158, 283, 284 f = ZIP 2004, 849; BGHZ 168, 201, Rn 13 = ZIP 2006, 2214; BGH 19.1.2016 – II ZR 61/15, ZIP 2016, 615, Rn 18.

138 In diesem Sinne BGHZ 168, 201, LS und Rn 15 ff = ZIP 2006, 2214.

139 Hierzu L/H/Bayer § 9a Rn 7 ff.

140 Vgl dazu L/H/Kleindiek § 43 Rn 38 ff, 67 ff.

141 Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechertichtlinie v 1.9.2009, BGBl I S 2479.

142 Dazu etwa Hüffer/Koch § 27 Rn 23 ff und 47 ff.

143 Vgl Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks 16/13098, 38.

144 Hüffer/Koch § 52 Rn 1.

GmbH maßgeblichen Vorschriften der Kapitalerhaltung geregelt. Beide Bereiche sind Eckpfeiler der Finanzverfassung der GmbH und wurden vom BGH angesichts der Haftungsbeschränkung nach § 13 Abs 2 GmbHG früh zum „Kernstück des GmbH-Rechts“ gerechnet.<sup>145</sup>

Für die Kapitalerhaltung enthält § 30 Abs 1 GmbHG das allg Auszahlungsverbot, bei dessen Verletzung der in § 31 Abs 1 GmbHG normierte Erstattungsanspruch der Gesellschaft entsteht. § 30 GmbHG ist trotz und wegen der mit dem MoMiG (oben Rn 27) eingeführten Änderungen (unten Rn 76 ff) in seinem neuen Regelungsgehalt eng auszulegen und gegen Umgebungen zu schützen.<sup>146</sup>

**1. Auszahlungsverbot nach § 30 Abs 1 GmbHG. – a) Auszahlungen.** § 30 Abs 1 GmbHG verbietet den Geschäftsführern die Auskehr des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter, soweit dadurch eine Unterbilanz verursacht oder vertieft wird (s aber auch unten Rn 80 aE). Dem Auszahlungsbegriff des § 30 Abs 1 S 1 GmbHG unterliegen nicht nur Geldleistungen, sondern Vermögensauskehrungen aller Art.<sup>147</sup> Der Begriff ist demnach weit zu verstehen und erfasst Übereignungen ebenso wie das Abtreten von Rechten, die Befreiung des Gesellschafters von einer Drittschuld oder das bloße Unterlassen der Durchsetzung einer Forderung gegen den Gesellschafter.<sup>148</sup> Eine Auszahlung in diesem Sinne liegt schon mit der **Bestellung einer dinglichen Sicherheit der Gesellschaft** für den Anspruch eines Dritten gegen einen Gesellschafter (und nicht erst bei drohender Inanspruchnahme der Sicherheit) vor,<sup>149</sup> wenn der Freistellungsanspruch gegen den Gesellschafter nicht werthaltig ist (unten Rn 79) und zudem eine Unterbilanz entsteht oder vertieft wird (sogleich Rn 70). Grund der Auszahlung muss die Gesellschafterstellung sein. Es genügt aber, wenn die Auszahlung nur **verdeckt** auf diesen Umstand gegründet ist, indem sie durch ein nicht zum Marktpreis abgeschlossenes Austauschgeschäft erfolgt.<sup>150</sup> Wegen aller Einzelheiten muss auf das gesellschaftsrechtliche Spezialschrifttum verwiesen werden,<sup>151</sup> s aber noch unten Rn 76 ff zu den Änderungen im Zuge des MoMiG.

**b) Unterbilanz.** Durch die verbotene Auszahlung muss eine Unterbilanz verursacht oder vertieft werden; § 30 Abs 1 GmbHG greift nur ein, soweit nach der Auszahlung das bei der Gesellschaft verbleibende Nettovermögen den Betrag des Stammkapitals (Stammkapitalziffer) nicht mehr erreicht.<sup>152</sup> Davon ist denknotwendig auch der (über die Unterbilanz hinaus gehende) Fall einer Überschuldung erfasst. Das Nettovermögen ist nach bilanzrechtlichen Regeln unter Ansetzung und Bewertung der Aktiva und Abzug der echten Passiva zu errechnen.<sup>153</sup> S aber auch unten Rn 80 aE.

**c) Zahlungsempfänger.** Empfänger der verbotenen Auszahlung muss nach dem Wortlaut des § 30 Abs 1 S 1 GmbHG ein **Gesellschafter** sein. Abzustellen ist dabei auf den Auszahlungszeitpunkt. Eine Leistung an einen Gesellschafter ist aber auch mittelbar durch Zuwen-

145 *BGHZ* 28, 77, 78 = *NJW* 1958, 1351.

146 *L/H/Hommelhoff* § 30 Rn 1.

147 Vertiefend *L/H/Hommelhoff* § 30 Rn 8.

148 Vgl zur Abtretung *BGH WM* 1984, 136, 137, zur Erfüllung einer Drittforderung *BGH ZIP* 2008, 2217, Rn 8, zur unterlassenen Durchsetzung einer Forderung gegen den Gesellschafter *BGHZ* 122, 333, 338 = *ZIP* 1993, 917.

149 *BGH* 21.3.2017 – II ZR 93/16, *ZIP* 2017, 971, Rn 13 ff; vgl auch *BGH* 10.1.2017 – II ZR 94/15, *ZIP* 2017, 472, Rn 14 ff (für das Aktienrecht).

150 *BGH* GmbHR 1987, 187.

151 Stellvertretend *L/H/Hommelhoff* § 30 Rn 23 ff.

152 *BGH ZIP* 2008, 2217, Rn 11.

153 *BGH ZIP* 2006, 703, Rn 29; *BGH ZIP* 2008, 2217, Rn 11; zu Einzelheiten s *L/H/Hommelhoff* § 30 Rn 10 ff.

dung an **Dritte** möglich. Dazu zählen die Fälle der Gewährung von Sicherheitsleistungen zugunsten eines Gesellschafters sowie Leistungen an solche Dritte, die in wirtschaftlicher oder persönlicher Nähe zu einem Gesellschafter stehen, so dass die Auszahlung dem Gesellschafter zuzurechnen ist.<sup>154</sup> Das kommt insb in Treuhandverhältnissen,<sup>155</sup> bei engen Familienbanden<sup>156</sup> und zwischen verbundenen Unternehmen (§ 15 AktG)<sup>157</sup> in Betracht.

- 72 **2. Rechtsfolgen verbotswidriger Auszahlungen. – a) Erstattungspflicht.** § 31 Abs 1 GmbHG verpflichtet zur Erstattung von Auszahlungen, die gegen das Verbot aus § 30 GmbHG verstößen. Ausgeglichen werden muss der volle Wert der Auszahlung; eine Beschränkung auf den Umfang des Stammkapitals besteht nicht.<sup>158</sup> Zwischenzeitlich (nach Weggabe an den Gesellschafter) eingetretene Wertverluste eines Gegenstandes hat der erstattungspflichtige Gesellschafter auszugleichen; anders nur dort, wo er darlegt und im Streitfall nachweist, dass der Wertverlust auch dann eingetreten wäre, wenn der Gegenstand bei der Gesellschaft verblieben wäre.<sup>159</sup> Der Erstattungsanspruch wird sogleich fällig<sup>160</sup> und geht auch im Falle anderweitiger Wiederauffüllung des Stammkapitals nicht unter.<sup>161</sup>

War der Zahlungsempfänger **gutgläubig**, ist der Erstattungsanspruch gegen ihn auf die zur Gläubigerbefriedigung erforderlichen Mittel beschränkt, § 31 Abs 2 GmbHG. Der gute Glaube bezieht sich auf die Unversehrtheit des Stammkapitals.<sup>162</sup>

- 73 **Schu des Erstattungsanspruchs** ist der Gesellschafter, der die Auszahlung empfangen hat bzw dem der Empfang eines Dritten auf Grund einer Nähebeziehung zugerechnet werden kann.<sup>163</sup> Besteht eine solche Nähe, haftet auch der dritte Zahlungsempfänger.<sup>164</sup> **Inhaber des Anspruchs** ist die Gesellschaft. Zur Anspruchsverfolgung und zur Verjährung s unten Rn 82 ff.
- 74 **b) Solidarhaftung.** § 31 Abs 3 S 1 GmbHG ordnet die subsidiäre Mithaftung der anderen Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile an; darüber hinaus besteht nach S 2 eine wechselseitige Ausfallhaftung. Im äußersten Fall haftet ein Mitgesellschafter also auf den gesamten Betrag.
- 75 Um das Risiko für die Mitgesellschafter überschaubar zu halten, ist deren Solidarhaftung zu beschränken, denn die GmbH-Gesellschafter unterliegen keiner Nachschusspflicht.<sup>165</sup> Über die zutreffende Höhe der Beschränkung bestehen unterschiedliche Ansichten,<sup>166</sup> der BGH bejaht eine Gesamtsolidarhaftung in Höhe der Stammkapitalziffer.<sup>167</sup>

154 Genaueres etwa bei *L/H/Hommelhoff* § 30 Rn 20 ff.

155 *BGH* ZIP 1990, 1593, 1595.

156 *BGHZ* 81, 365, 368 f = *GmbHR* 1982, 181.

157 *BGHZ* 81, 311, 315 f = *GmbHR* 1982, 133.

158 *BGHZ* 60, 324, 331 f = *NJW* 1973, 1036.

159 *BGHZ* 176, 62, Rn 10 ff = *ZIP* 2008, 922.

160 *BGH* ZIP 1987, 370, 371.

161 *BGHZ* 144, 336, 341 f = *ZIP* 2000, 1251 (Balsam/Procedo) unter Aufgabe von *BGH* ZIP 1987, 1113, 1114; dazu *L/H/Hommelhoff* § 31 Rn 12 f mwn.

162 Zu Einzelheiten s *L/H/Hommelhoff* § 31 Rn 17 ff.

163 Zu den Rechtsfolgen der Auszahlung an Dritte vgl näher *L/H/Hommelhoff* § 31 Rn 6 f und 18.

164 *BGHZ* 81, 365, 368 ff = *GmbHR* 1982, 181.

165 *BGHZ* 150, 61, 66 = *ZIP* 2002, 848.

166 Näher dazu *Bayer* FS Röhricht, 2005, S 25; *K Schmidt* FS Raiser, 2005, S 311; s zu weiteren Fragen der Solidarhaftung *L/H/Hommelhoff* § 31 Rn 20 ff.

167 *BGHZ* 150, 61, 64 = *ZIP* 2002, 848; *BGH* ZIP 2003, 2068, 2071.

## § 142 Bargeschäft

**(1) Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.**

**(2) Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Geprägtheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt. Der Gewährung des Arbeitsentgelts durch den Schuldner steht die Gewährung dieses Arbeitsentgelts durch einen Dritten nach § 267 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gleich, wenn für den Arbeitnehmer nicht erkennbar war, dass ein Dritter die Leistung bewirkt hat.**

Übersicht		
	Rn	Rn
<b>A. Allgemeines</b>		
I. Gesetzgebungsreferenz	1	III. Gleichwertigkeit der Gegenleistung
II. Normzweck und Systematik	2	IV. Unmittelbarkeit der Gegenleistung
<b>B. Erläuterungen</b>		
I. Leistung des Schuldners und Gegenleistung	3	1. Allgemeine Anforderungen (Abs 2 S 1)
II. Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung	3	2. Zahlung von Arbeitnehmerlöhnen (Abs 2 S 2, S 3)
1. Erfordernis einer Parteivereinbarung	4	V. Inkongruente Deckungen; Fälle des § 135 InsO
2. Abführung von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen	4	VI. Verrechnungen eines Kreditinstituts als Bargeschäft
	5	VII. Darlegungs- und Beweislast
		VIII. Anfechtung nach § 133

**Literatur:** *Ganter* Bargeschäfte (§ 142 InsO) von Dienstleistern, ZIP 2012, 2037; *Kayser* Der Rechtsgedanke des Bargeschäfts – Ein Beitrag zu den Grenzen des Anwendungsbereichs des § 142 InsO –, FS G Fischer, 2008, S 267; *Raschke* Funktion und Abgrenzung des Bargeschäftstatbestandes in § 142 InsO, Diss Hamburg 1999.

## A. Allgemeines

### I. Gesetzgebungshinweise

1 § 142 ist mit dem G v 29.3.2017 mWv 5.4.2017 novelliert worden. Die Anfechtung von Bargeschäften über den weiterhin möglichen § 133 wird gegenüber dem bisherigen Rechtszustand erschwert, weil über Abs 1 das Erfordernis einer unlauteren Handlung des Schu und die Anforderung an die Kenntnis des anderen Teils eingezogen wird. In Abs 2 S 2 wird die Rechtsprechung des BAG zum Drei-Monats-Zeitraum bei Arbeitnehmerlöhnen kodifiziert und der Fall der Zahlung von Arbeitnehmerlohn durch Dritte geregelt. Im Übrigen bedeutet die Reform aber keine Abweichung von den tatbestandlichen Voraussetzungen eines Bargeschäfts.

### II. Normzweck und Systematik

2 Nach der Begr des RegE zur InsO entspricht die Vorschrift dem Grundsatz des Konkurrenzrechts, dass Bargeschäfte nicht der Anf wegen **kongruenter und inkongruenter** Deckung (su Rn 12 f) unterfallen und dass auch eine **unmittelbar nachteilige** Rechtshandlung **nicht** vorliegt, wenn der Schu für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhält. Systematisch gehört die Norm daher nach Henckel<sup>1</sup> hinter § 132. Richtigerweise gehört sie allerdings hinter §§ 130, 131, weil sie nur die Deckungsanfechtung ausschließt (zu § 135 Rn 9), mit § 132 hat § 142 im Grunde nichts zu tun.<sup>2</sup> Die Benachteiligung der Gl, die in der Leistung des Schu liegt, bleibt außer Betracht, weil sie durch die Gegenleistung wieder ausgeglichen wird und deshalb keine Vermögensverschiebung zu Lasten des Schu, sondern eine bloße **Vermögensumschichtung** stattfindet.<sup>3</sup> Eine Anf ist in diesen Fällen nur möglich, wenn die Voraussetzungen der **VorsatzAnf** vorliegen, weil diese auch **mittelbare Benachteiligungen** der InsGl erfasst (so § 129 Rn 64 f). Der entscheidende Grund für die Ausnahmeregelung ist der wirtschaftliche Gesichtspunkt, dass ein Schu, der sich in der Krise befindet, praktisch **vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen** würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anf unterlägen.<sup>4</sup> Die Vorschrift kommt nur zur Anwendung, wenn Leistung und Gegenleistung miteinander verknüpft sind. Dies wird durch die Worte „für die“ zum Ausdruck gebracht. Das Wort „unmittelbar“ besagt, dass zwischen Leistung und Gegenleistung ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehen muss. Wie schon nach geltendem Recht steht der Annahme eines Bargeschäfts aber nicht entgegen, dass zwischen der Leistung des Vertragspartners und der Gegenleistung des Schu eine gewisse Zeitspanne liegt. Sie darf jedoch nicht so lang sein, dass das Rechtsgeschäft unter Berücksichtigung der üblichen Zahlungsgebräuche den **Charakter eines Kreditgeschäfts** annimmt.<sup>5</sup> Bei

1 InsR im Umbruch, S 251; *Jaeger/Henckel* § 142 Rn 2 („§ 142 ergänzt § 132 Abs 1“); vgl auch *Henckel* KS-InsO, S 834 Rn 47. Dazu krit *K/S/W/Wagner* Rn O12, O13.

2 Näher *Thole* Gläubigerschutz, S 371 ff.

3 Vgl BT-Drucks 12/2443, 167 zu § 161; *BGHZ* 123, 323 = ZIP 1993, 1654; *BGH* ZIP 2005, 1245 zu III, 1; 2010, 2009 Rn 24, 30; *BAGE* 147, 172 = ZIP 2014, 628 Rn 48; *L/S/Z/Zeuner* § 142 Rn 2. Su Rn 6.

4 BT-Drucks 12/2443, 167; *BGHZ* 167, 190 = ZIP 2006, 1261 Rn 30; *BGH* ZIP 2010, 682 Rn 30; 2010, 2009 Rn 24; *BAG* ZIP 2014, 91 Rn 38; *BAGE* 147, 172 = ZIP 2014, 628 Rn 47; *Jaeger/Henckel* § 142 Rn 12; *Uhlenbrück/Ede/Hirte* § 142 Rn 1; *K/S/W/Wagner* Rn O4.

5 BT-Drucks 12/2443, 167; *MK/Kirchhof* § 142 Rn 1, 15.

der Bestimmung des § 142 handelt es sich um eine **Ausnahmeverordnung**, die grds **nicht erweiternd auszulegen** ist.<sup>6</sup> Ungeklärt ist die Frage, inwieweit das Bargeschäftsprivileg auf **Gesellschafterdarlehen** und gleichgestellte Gesellschafterleistungen anwendbar ist.<sup>7</sup> Der *BGH* hat die Frage in einem NichtannahmeBeschl m der Begr offengelassen, die Frage der Anwendbarkeit des Bargeschäftseinwands auf die Rückzahlung des Darlehens eines Gesellschafters innerhalb des nach § 135 Abs 1 Nr 2 maßgeblichen Zeitraums stelle sich nicht, weil die Rückzahlung eines Darlehens nicht als Bargeschäft gewertet werden könne (zum Problem Rn 12).<sup>8</sup>

## B. Erläuterungen

### I. Leistung des Schuldners und Gegenleistung

Ein Bargeschäft iSd § 142 liegt vor, wenn der Schu in **engem zeitlichen** Zusammenhang mit seiner Leistung aufgrund einer **Vereinbarung** mit dem AnfGegner eine der Vereinbarung entspr **gleichwertige** Leistung **erhalten** hat.<sup>9</sup> Es ist demnach – jedenfalls in aller Regel<sup>10</sup> – eine **rechtsgeschäftliche Verknüpfung** von Leistung und Gegenleistung erforderlich, ein lediglich wirtschaftlicher Zusammenhang genügt nicht.<sup>11</sup> Die Abrede muss auf einen unmittelbaren Leistungsaustausch zwischen dem Schu und dem AnfGegner gerichtet sein.<sup>12</sup> **Ferner muss die Leistung des anderen Teils tatsächlich in das Aktivvermögen des Schu gelangt** sein; eine bloße Verringerung der Verbindlichkeiten durch Erlöschen der befriedigten Forderung reicht als Gegenleistung ebenso wenig aus wie die Aufrechnung oder Verrechnung mit einem schon bestehenden Anspruch gegen einen neuen Anspruch des Schu.<sup>13</sup> Das Erfordernis bedeutet allerdings nicht, dass die Leistung des anderen Teils gegenständlich vorhanden sein muss und bilanzrechtlich aktivierbar sein muss; auch Dienstleistungen und Beratungstätigkeiten können genügen; insofern ist eine verkörperte Zugriffsmöglichkeit der Gl nicht zu verlangen.<sup>14</sup> Das **Stehenlassen** einer Darlehensforderung enthält keine ausgleichende Gegenleistung, weil allein damit dem Schu kein neuer Vermögenswert zugeführt wird; er hat ihn vielmehr bereits durch die Darlehensgewährung erhalten, und das bloße

6 *BGH* ZIP 2010, 2009 Rn 35 unter Hinweis auf *BGHZ* 174, 297 = ZIP 2008, 183 Rn 43 (Globalzession); *BAGE* 147, 172 = *BAG* ZIP 2014, 628 Rn 47; zust *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 6; grds ebenfalls *K/S/W/Wagner* Rn O39–O42, O63–O65. Vgl aber *Ganter* NZI 2010, 553 f (zur Betriebsfortführung durch den vorl InsVerw trotz Globalzession).

7 So § 135 Rn 11, 16, 9f, 41 mN; ferner etwa *Rühle* ZIP 2009, 1360 f; *Marotzke* ZInsO 2013, 641 ff; *K/S/W/Wagner* Rn O15 und *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 11 je m Wiedergabe des Streitstands.

8 *BGH* NZI 2013, 816; ähnlich *OLG Celle* ZIP 2012, 2115 zu 2 b; su Rn 3.

9 Vgl *BGHZ* 157, 360 = ZIP 2004, 517; 174, 297 = ZIP 2008, 183 Rn 41 (Globalzession); 184, 101 = ZIP 2010, 739 Rn 13; *BGH* ZIP 2005, 1245; 2006, 290 Rn 16; 2010, 682 Rn 30; 2010, 2009 Rn 24; auch ZIP 2008, 232 Rn 19; *BAG* ZIP 2014, 91 Rn 38; *BAGE* 147, 172 = *BAG* ZIP 2014, 628 Rn 48; *Uhlenbrück/Ede/Hirte* § 142 Rn 10; ähnlich *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 13. Zum **Leistungsbegriff** im Einzelnen *K/S/W/Wagner* Rn O17–24.

10 Zu einer Ausnahme su Rn 4, 13.

11 *BGHZ* 174, 297 = ZIP 2008, 183 Rn 42; *BGH* ZIP 2010, 682 Rn 30; 2010, 2009 Rn 26; vgl auch *BGH* ZIP 2009, 1122 Rn 12.

12 *BGH* ZIP 2010, 2009 Rn 27.

13 *BGH* ZIP 2010, 682 Rn 36; *K/P/B/Ehricke* § 142 Rn 3; *MK/Kirchhof* § 142 Rn 4a; *K/S/W/Wagner* Rn O26–38; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 13, 49.

14 Strenger wohl *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 14.

Unterlassen der Rückforderung bedeutet keine Zuführung eines neuen Vermögenswertes.<sup>15</sup> Ferner ist die **Rückzahlung eines Darlehens keine Gegenleistung** für die **Darlehensgewährung**.<sup>16</sup> Auch eine von dem AnfGegner an einen Dritten erbrachte Zuwendung ist keine Gegenleistung iSd Bargeschäfts, weil sie dem Zugriff der (übrigen) GI nicht offensteht.<sup>17</sup> Bei einer **Globalzession** ist ein Bargeschäft auch nicht deshalb zu bejahen, weil die Bank dem Sicherungsgeber gestattet, die abgetretenen Forderungen einzuziehen und dafür die Auffüllung der Sicherheit durch Entstehen neuer Forderungen verlangen kann. Es fehlt an der für ein Bargeschäft notwendigen Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung; denn der Erwerb neuer Forderungen erfolgt unabhängig davon, was aus den dem Schu zur Einziehung überlassenen Forderungen geworden, insb welcher Wert ihm daraus zugeflossen ist, zumal da die neuen Forderungen auch in ihrem wirtschaftlichen Wert den untergegangenen Forderungen typischerweise nicht gleichkommen.<sup>18</sup> Die Leistung des Schu und die Gegenleistung können in der Erfüllung **beliebiger gegenseitiger Verträge** bestehen,<sup>19</sup> etwa von Kaufverträgen<sup>20</sup> oder von Dienst- und Geschäftsbesorgungsverträgen.<sup>21</sup> Auch weniger enge vertragliche Absprachen sollen möglich sein.<sup>22</sup> Auch **länger dauernde Vertragsbeziehungen** scheiden nicht von vornherein als Bargeschäfte aus.<sup>23</sup> Diese liegen vor, wenn die jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen zeitlich oder gegenständlich teilbar sind und zeitnah – entweder in Teilen oder abschnittsweise – ausgetauscht werden.<sup>24</sup> Auf beiden Seiten kommen Leistungen mit wirtschaftlichem Wert jeder Art in Betracht.<sup>25</sup> Auf die **Reihenfolge** der Leistungen kommt es grds nicht an, so dass auch eine Vorleistungspflicht des Schu ein Bargeschäft nicht ausschließt.<sup>26</sup> Der Schu kann mit seiner Leistung auch die **Gegenleistung absichern**,<sup>27</sup> zB ein Darlehen durch Bestellung einer Hypothek oder einer Grundschuld,<sup>28</sup> einen Kredit durch ein AGB-Pfandrecht<sup>29</sup> oder durch Forderungsabtretungen in Form von Lastschrifteinreichungen aufgrund Sammeleinzugsauftrags<sup>30</sup> oder den Anspruch auf Übertra-

15 *BGHZ* 174, 297 = *ZIP* 2008, 183 Rn 41; *BGH ZIP* 2010, 682 Rn 30; *Uhlenbrück/Ede/Hirte* § 142 Rn 27; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 47. So § 134 Rn 19. Das Gleiche gilt für eine **Kreditverlängerung**, *BGH* 6.10.2011 – IX ZR 24/11 Rn 3.

16 *BGH ZIP* 2013, 734 Rn 27; *OLG Celle ZIP* 2012, 2115 zu 2 b mwN; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 13; so Rn 2 aE.

17 *BGH ZIP* 2010, 2009 Rn 30; *Ganter ZIP* 2012, 2038.

18 *BGHZ* 174, 297 = *ZIP* 2008, 183 Rn 42.

19 *BGHZ* 167, 190 = *ZIP* 2006, 1261 Rn 32; *BAG ZIP* 2008, 1188 f Rn 48; vgl auch *BGH ZIP* 2008, 232 Rn 19; *B/G/H/Haas* § 142 Rn 15.

20 *BGHZ* 123, 320 = *ZIP* 1993, 1653; *BGH ZIP* 1980, 518 f; 2007, 1472 Rn 50, 51; 2008, 1241 Rn 12.

21 *BGHZ* 28, 344 = *WM* 1959, 28; *BGH ZIP* 1988, 324 f (Leistungen eines Wirtschaftsprüfers und Diplomkaufmanns im Hinblick auf ein gerichtliches VergleichsVerf); *BGHZ* 77, 250 = *WM* 1980, 1047 (Leistungen eines RA oder Steuerberaters im Verf über den Antrag auf Eröffnung eines VergleichsVerf); *BGH ZIP* 2002, 1541; *BGHZ* 167, 190 = *ZIP* 2006, 1261 (Leistungen eines RA); *BGH ZIP* 2008, 232 Rn 20 und 2013, 333 Rn 21 – jeweils Dienstleistungen von Rechtsanwälten und Steuerberatern.

22 *MK/Kirchhof* § 142 Rn 5; *K/P/B/Ehricke* § 142 Rn 10; *B/G/H/Haas* § 142 Rn 15.

23 *BGHZ* 167, 190 = *ZIP* 2006, 1261 Rn 32; su Rn 7.

24 *BGHZ* 167, 190 = *ZIP* 2006, 1261 Rn 34; 177, 69 = *ZIP* 2008, 1977 Rn 43. Su Rn 7.

25 *BAG ZIP* 2008, 1184 Rn 48.

26 *BGH ZIP* 2010, 682 Rn 31; *Ganter ZIP* 2012, 2038; su Rn 15.

27 *MK/Kirchhof* § 142 Rn 13c; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 16f.

28 *BGH WM* 1955, 404; *NJW* 1977, 718; *MK/Kirchhof* § 142 Rn 13c.

29 *BGH NJW* 1998, 2597; *Jaeger/Henckel* § 142 Rn 13.

30 *BGHZ* 70, 186 = *WM* 1978, 135f.

gung eines Grundstücks durch Bestellung einer Auflassungsvormerkung.<sup>31</sup> Insoweit kann die Gewährung einer Sicherheit durch den Schu gegen Erhalt des Darlehens ein Bargeschäft sein; das ist im Lichte des Normzwecks allerdings zu überdenken, weil die Verschaffung von Krediten nicht zu den Alltagsgeschäften gehört, die dem Schu in der Krise noch möglich bleiben sollen und auch besicherter Kredit ein Kredit ist. Umgekehrt kann nach Auff der Rspr die Freigabe einer Sicherheit gegen Rückzahlung des gesicherten Darlehens oder gegen Zahlung des gesicherten Guthabens ein Bargeschäft sein.<sup>32</sup> Die Vereinbarung eines **Frachtführers** mit dem Absender (späteren Schu) und dem Empfänger, den vorerst unter Berufung auf das Frachtführerpfandrecht angehaltenen Transport auszuführen, sofern die bei Ablieferung des Frachtguts zu realisierende Werklohnforderung gegen den Empfänger in entspr. Höhe an den Frachtführer abgetreten oder das Pfandrecht darauf erstreckt wird, ist ein unanfechtbares Bargeschäft, wenn der Wert des Frachtführerpfandrechts dem Wert der abgetretenen oder verpfändeten Forderung entspricht.<sup>33</sup> Demgegenüber scheidet ein **pauschales „Sicherheiten-Kontokorrent“** in Form des Vergleichs des Gesamtwerts von Sicherheiten zu Beginn und am Ende des von der Anf erfassten Zeitraums für einen Kredit als Bargeschäft aus.<sup>34</sup> Deshalb kann bei Vereinbarung einer **Globalzession** als Sicherheit für einen bestimmten Kredit ein Bargeschäft nicht mit der Erwähnung begründet werden, die Bank gestatte dem Sicherungsgeber, die abgetretenen Forderungen einzuziehen, und könne dafür die Auffüllung der Sicherheit durch Entstehen neuer Forderungen verlangen. Es fehlt schon im Ansatz an einer auf einen gleichwertigen Leistungsaustausch ausgerichteten vertraglichen Vereinbarung. IÜ kann nicht davon ausgegangen werden, dass die neuen Forderungen den untergegangenen nicht nur betragsmäßig, sondern auch in ihrem wirtschaftlichen Wert gleichstehen, und deshalb eine Schmälerung des SchuVermögens ausgeschlossen ist.<sup>35</sup> Ein Bargeschäft scheitert nicht daran, dass das Rechtsgeschäft und die **Leistung** des Vertragspartners **vor**, die **Gegenleistung** des Schu hingegen **während** der gesetzlichen **Krise** erfolgten.<sup>36</sup>

## II. Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung

**1. Erfordernis einer Parteivereinbarung.** Die Leistung muss – wie die Worte „für die“ zum Ausdruck bringen – mit der Gegenleistung durch **Parteivereinbarung** verknüpft sein.<sup>37</sup> Spätere **Änderungen der Vereinbarung** sind nur bis zu dem Zeitpunkt unschädlich, in dem die zeitlich erste Leistung eines Vertragsteils erbracht wird.<sup>38</sup> Eine Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung ist zu verneinen, wenn eine Bank in der Absicht, dem Schu bei der

31 BGH WM 1984, 1430.

32 BAG ZIP 2008, 1184 Rn 48 mwN.

33 BGH ZIP 2005, 994 f; HambKomm/Rogge/Leptien § 142 Rn 17. Zum Bargeschäft bei **Transportleistungen, Bewachungsleistungen und ärztlichen Behandlungen** Ganter ZIP 2012, 2041–2043 mwN.

34 MK/Kirchhof § 142 Rn 13e; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 15.

35 BGHZ 174, 297 = ZIP 2008, 183 Rn 40–43; BGH ZIP 2008, 1437 Rn 24; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 26.

36 BGH WM 1984, 1430; BAGE 147, 172 = BAG ZIP 2014, 628 Rn 47; LG Bad Kreuznach NZI 2006, 45 f; Jaeger/Henckel § 142 Rn 3–5; MK/Kirchhof § 142 Rn 15.

37 BGHZ 123, 328 = ZIP 1993, 1655; 174, 297 = ZIP 2008, 183 Rn 41; 184, 101 = ZIP 2010, 739 Rn 13; BGH ZIP 2004, 1510; 2006, 1009 Rn 29; 2010, 682 Rn 30, 33; 2010, 2009 Rn 26; K/P/B/Ehricke § 142 Rn 9; HambKomm/Rogge/Leptien § 142 Rn 3; B/G/H/Haas § 142 Rn 14; K/S/W/Wagner Rn O43 ff; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 22.

38 BGHZ 123, 328 f = ZIP 1993, 1656; BGH ZIP 2007, 1162 Rn 14; MK/Kirchhof § 142 Rn 8, 10; K/P/B/Ehricke § 142 Rn 9; B/G/H/Haas § 142 Rn 18; K/S/W/Wagner Rn O77; Ganter ZIP 2012, 2039.

Sanierung behilflich zu sein, ständig Kreditüberziehungen in nicht exakt festgelegter Höhe gegen Hereinnahme von Kundenschecks toleriert, sofern es an einer **festen Absprache** über einen Leistungsaustausch **fehlt**.<sup>39</sup> Eine Abrede ist auch dann nicht auf einen unmittelbaren Leistungsaustausch gerichtet, wenn ein Tankstellenbetreiber im Namen und für Rechnung eines Mineralölunternehmens in dessen Eigentum stehende Kraftstoffe an Endkunden veräußert und die zunächst für fremde Rechnung vereinnahmten Barerlöse nach Einzahlung auf sein allgemeines Geschäftskonto an das Mineralölunternehmen überweist.<sup>40</sup> Eine **Ausnahme** von der Voraussetzung einer Parteivereinbarung hat der BGH in einem Fall erwogen, in dem es um die InsAnf der von einem **vorl** InsVerw m Zustimmungsvorbehalt vereinbarten Vergütung ging<sup>41</sup> (dazu 8. Aufl. Rn 4).

**5 2. Abführung von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen.** Die Abführung der **Lohnsteuer** für den Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber (als Schu) an den Fiskus ist **kein Teil eines Bargeschäfts** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Daran hat § 142 Abs 2 nF nichts geändert, weil die Reform nur die Frage der zeitlichen Verknüpfung, dh die Unmittelbarkeit regelt (Rn 15). Ein weitergehender Vorschlag des Bundesrats im Gesetzgebungsprozess wurde nicht Gesetz.<sup>42</sup> Weder hat der Schu mit dem Fiskus als AnfGegner insoweit eine Vereinbarung getroffen noch hat er von ihm eine Gegenleistung erhalten.<sup>43</sup> Es lässt sich auch nicht – wie neuerdings von interessierter Seite im steuerrechtlichen Schrifttum<sup>44</sup> – argumentieren, bei Auszahlung des Nettolohns an den Arbeitnehmer scheide der **einbehaltene Steueranteil** bereits aus dem Vermögen des Arbeitgebers aus; es entsteht allenfalls ein Anspruch auf Abführung. Die steuerliche Unterscheidung zwischen Steuer- und Haftungsschuld ist für die allein insolvenzrechtlich zu bemessenden Voraussetzungen des Bargeschäfts unerheblich. Ähnliches gilt für die Abführung der **Arbeitnehmeranteile im Gesamtsozialversicherungsbeitrag** durch den Arbeitgeber als Schu an einen Sozialversicherungsträger (SVT) als AnfGegner. Auch hier fehlt es nach zur Auff des BGH an einer zwischen beiden getroffenen Vereinbarung und an einer in das Vermögen des Schu gelangten Gegenleistung des SVT.<sup>45</sup> Der BFH hat dies in Bezug auf die Lohnsteuer als Lohnanteil des Arbeitnehmers anders gesehen. Er hat in einer Entsch<sup>46</sup> im summarischen Verf zu § 10 Abs 1 Nr 1 GesO eine GlBenachteiligung verneint, weil die Abführung der Lohnsteuer Teil eines Bargeschäfts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sei; die Lohnsteuer gehöre zum Arbeitslohn, auf den der Arbeitnehmer einen arbeitsvertraglichen Anspruch habe, so dass die Lohnsteuer insoweit ein aufgrund der steuerrechtlichen Vorschriften nicht direkt an den Arbeitnehmer auszuzahlendes Entgelt für die von ihm erbrachte Arbeitsleistung darstelle; deshalb könne die Entrichtung an das Finanzamt ebenso wenig wie die Auszahlung des Nettolohns an den Arbeitnehmer als eine (unmittelbare) objektive Benachteiligung der übrigen Gl des Schu angesehen werden. Mit Beschl v 11.8.2005,<sup>47</sup> der in einem Verf auf Aussetzung der Vollziehung eines Haftungsbescheids erging, hat der BFH mit Rücksicht auf die Rspr des BGH erkannt, es bestünden ernstliche Zweifel, ob die Abführung von Lohnsteuer in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung

39 BGHZ 118, 173 = ZIP 1992, 778 f; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 24.

40 BGH ZIP 2010, 2009 Rn 27.

41 BGH ZIP 2012, 333 Rn 22–24.

42 § 142 InsO-E i.d.F. der Stellungnahme des Bundesrats, BR-Drucks. 495/15.

43 BGHZ 157, 360 = ZIP 2004, 517; BGH ZIP 2010, 2009 Rn 33 (zu einem Handelsvertreter); FG Köln ZIP 2006, 472; OLG Hamm ZIP 2010, 998 mit Anm G Berger EWiR 2010, 427; Jaeger/Henckel § 142 Rn 44; Uhlenbrück/Ede/Hirte § 142 Rn 19.

44 Erkis/Schneider DSZ 2015, 167ff, 172.

45 BGH ZIP 2005, 1245; 2006, 290 Rn 16; 2010, 2009 Rn 33 (zu einem Handelsvertreter); MK/Kirchhof § 142 Rn 5b; Uhlenbrück/Ede/Hirte § 142 Rn 6.

46 BFH/NV 1999, 745. Ebenso LG Dresden ZInsO 2014, 1061, 1064.

47 BFHE 210, 410 = ZIP 2005, 1797.

des InsVerf eine nach § 130 Abs 1 Nr 1 anfechtbare Rechtshandlung darstelle oder ob ein sog Bargeschäft nach § 142 vorliege, das nur unter den Voraussetzungen des § 133 Abs 1 angefochten werden könne, hat diese Frage aber ebenso wie in einer weiteren Entsch<sup>48</sup> dahingestellt sein lassen. Im Erg ist nur die Auffassung des BGH mit der bisherigen Dogmatik zu § 142 ver einbar. Einzuräumen ist allerdings, dass für die in Rede stehenden Fälle der Abführung von Arbeitnehmeranteilen an SVT und der Lohnsteuer an den Fiskus als Forderungsberechtigte weitere Überlegungen geboten sein könnten. Die Regelungen bezwecken aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung und der Sicherung des Beitrags- und Steueraufkommens eine Verkürzung des Zahlungsweges, der ohne die Regelungen vom leistenden Arbeitgeber über den Arbeitnehmer zu den SVT und dem Fiskus führte. Dies könnte es *prima facie* nahe legen, unter Heranziehung der Rechtsfigur der mittelbaren Zuwendung<sup>49</sup> mit dem BFH darauf abzustellen, ob der Arbeitnehmer, wenn die Lohnsteuer (zunächst) unmittelbar an ihn geflossen und dann weitergeleitet worden wäre, sich auf ein Bargeschäft berufen könnte. Dies trafe grds zu, aber nur für die laufenden Lohnzahlungen. Die Zahlung von Lohnrückständen fiele hingegen wegen des fehlenden unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs (su Rn 7, 8) nicht unter § 142.<sup>50</sup> Dann wären auch im Verhältnis zu SVT und Fiskus als Zahlungsempfängern nur solche – selbstbestimmten<sup>51</sup> und kongruenten – Zahlungen des Arbeitgebers als des späteren Schu nach § 142 anfechtungsfrei, die in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der abzugeltenden Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, allerdings unter Berücksichtigung der gesetzlichen Fristen (bei der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen lange Zeit der 15. des Folgemonats<sup>52</sup>) an SVT und Fiskus erbracht werden.<sup>53</sup> Dennoch können derartige Überlegungen nicht darüber hinweghelfen, dass der jeweilige Anfegger gerade **keine rechtsgeschäftlich verknüpfte Gegenleistung** an den Schu erbringt. Gerade für die Sozialversicherungsbeiträge hilft der Gedanke der Dreiecksbeziehung nicht weiter. Insbesondere ist bei den Sozialversicherungsbeiträgen § 28e Abs 1 S 1 SGB IV zu beachten. Gerade weil danach der Arbeitgeber alleiniger Schu der Arbeitnehmerbeiträge gegenüber den SVT ist, muss allein auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Einzugsstelle abgestellt werden, und danach erbringt der SVT keine Gegenleistung, die über den Verlust der erfüllten Forderung hinausgeht, was als solcher nicht für ein Bargeschäft ausreicht. Dazu bereits § 129 Rn 64.

### III. Gleichwertigkeit der Gegenleistung

Die Frage der Gleichwertigkeit ist nach objektiven Maßstäben zu beurteilen. Eine Gegenleistung ist der Leistung gleichwertig, wenn beide Leistungen einander in ihrem **objektiven** Wert entsprechen,<sup>54</sup> so dass nur eine **Vermögensumschichtung** vorliegt.<sup>55</sup> Dies ist ggf mit Hilfe eines SV zu klären. Allerdings kann nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes die **dem**

48 BFHE 217, 233 = ZIP 2007, 1856 Rn 22.

49 Vgl BGH ZIP 2004, 918f; so § 129 Rn 41.

50 Vgl BAG ZIP 2005, 87; auch Sauer ZInsO 2006, 1203 zu a.

51 BGHZ 162, 152 = ZIP 2005, 497; so § 129 Rn 12.

52 BGH ZIP 2005, 1243f.

53 So § 129 Rn 4 und 7. Aufl. (Kreft) § 142 Rn 4; ähnlich MK/Kirchhof § 142 Rn 5b; vgl auch Kreft FS Samwer, S 273; BGH 13.4.2006 – IX ZR 36/05 Rn 2; aA Kayser ZIP 2007, 54; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 25.

54 Dazu im Einzelnen FK/Dauernheim § 142 Rn 2–4; K/P/B/Ehrcke § 142 Rn 4–8; MK/Kirchhof § 142 Rn 9ff; Uhlenbrück/Ede/Hirte § 142 Rn 23 ff; HambKomm/Rogge/Leptien § 142 Rn 11; B/G/H/Haas § 142 Rn 27; K/S/W/Wagner Rn O101 ff; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 44–49. Zur Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung in einem Arbeitsverhältnis BAGE 147, 172 = BAG ZIP 2014, 628 Rn 52.

55 BGHZ 123, 323 = ZIP 1993, 1654; BGH ZIP 2005, 1245. So Rn 2.

**Schu** zu erbringende Leistung auch **höherwertig** sein.<sup>56</sup> An einer Gleichwertigkeit fehlt es nicht schon dann, wenn die Leistung an den Schu – etwa eine Barzahlung – dem Zugriff der Gl leichter entzogen werden kann als die von dem Schu erbrachte Leistung.<sup>57</sup> Von einer gleichwertigen Leistung des AnfGegners kann hingegen keine Rede sein, wenn eine Sicherheit des Schu neben dem neuen zugleich einen alten Kredit<sup>58</sup> oder einen Sanierungskredit sichern soll, falls der Sanierungsversuch von vornherein aussichtslos ist.<sup>59</sup> An der Gleichwertigkeit der Gegenleistung mangelt es auch bei Bezahlung rückständiger Stromlieferungen<sup>60</sup> oder wenn ein Rechtsberater von vornherein nicht sachgerechte Leistungen erbringt.<sup>61</sup> Im Konzern soll eine Besicherung des der Mutter gewährten Kredits durch die Töchter ein Bargeschäft sein, wenn der Kredit auch ihnen zugute kommt.<sup>62</sup> Bei der Vereinbarung eines **erweiterten Eigentumsvorbehalts** in der Form, dass der Schu Eigentum an den erstandenen Sachen erst erwerben soll, wenn er nicht nur den Kaufpreis bezahlt, sondern auch alle anderen oder zumindest bestimmte andere Ansprüche aus der Geschäftsverbindung tilgt, fehlt es zudem an der Gleichwertigkeit der erbrachten Gegenleistung.<sup>63</sup> Dasselbe gilt, wenn bei einem **verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt** in Form des Kontokorrentvorbehalts sämtliche Forderungen des Lieferanten gesichert sind.<sup>64</sup> Fehlt es an einer Gleichwertigkeit der Gegenleistung und damit an einer Voraussetzung der Privilegierung nach § 142, ist eine Anf nach § 132, ggf auch nach §§ 130, 131, 133 oder 134 möglich.<sup>65</sup> Soweit der BGH in einem jüngeren Urteil trotz einer bargeschäftsähnlichen Lage eine Anf nach § 133 ermöglicht hat, weil der Schu trotz der Belieferung zu Marktpreisen mit den erworbenen Waren weiter unrentabel arbeitete (§ 133 Rn 28),<sup>66</sup> ist dies auf den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 142 nicht ohne Weiteres übertragbar. Eine generelle und diffuse **Nützlichkeitskontrolle** findet bei der Prüfung der Gleichwertigkeit der wechselseitigen Leistungen nicht statt; insb darf das Gericht nicht ex post betriebswirtschaftliche Entscheidungen mit dem Arg in Frage stellen, die für sich genommen objektiv werthaltige Gegenleistung habe Schu nichts genutzt. Im genannten Fall fehlte die Gleichwertigkeit allerdings deshalb, weil der Eigentumsumbergang bei der Gegenleistung an einen erweiterten Eigentumsvorbehalt geknüpft war.

56 MK/Kirchhof § 142 Rn 9; K/P/B/Ehricke § 142 Rn 4; B/G/H/Haas § 142 Rn 30; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 46, 50.

57 Vgl BT-Drucks 12/2443, 167; MK/Kirchhof § 142 Rn 11; FK/Dauernheim § 142 Rn 2; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 44.

58 BGH ZIP 1993, 273f; vgl auch MK/Kirchhof § 142 Rn 13c; HambKomm/Rogge/Leptien § 142 Rn 11.

59 BGH ZIP 2002, 1541; 2008, 234 Rn 23 (RA wird in der Krise vom Schu mit der Ausarbeitung eines InsPlans beauftragt. AaO Rn 26 lässt der BGH ausdrücklich die Frage offen, ob an der Rspr festzuhalten sei, wonach eine objektiv angemessene Vergütung bei erbrachter teilbarer Leistung eines Sanierungsberaters der Anf entzogen ist; vgl dazu MK/Kirchhof § 142 Rn 12); OLG Bbg ZIP 2002, 1907; MK/Kirchhof § 142 Rn 14 mwN; Jaeger/Henckel § 142 Rn 42; HambKomm/Rogge/Leptien § 142 Rn 22. Vgl auch K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 51.

60 BGHZ 97, 94 = ZIP 1986, 451.

61 BGH ZIP 2001, 35. Vgl auch FK/Dauernheim § 142 Rn 3; HambKomm/Rogge/Leptien § 142 Rn 22.

62 BGH NJW 1998, 2599; krit MK/Kirchhof § 142 Rn 9a mwN.

63 BGH ZIP 2015, 585 Rn 24 mwN; MK/Kirchhof § 142 Rn 13d. Krit zu dieser Entsch Foerste ZInsO 2015, 832.

64 BGH ZIP 2015, 585 Rn 24.

65 Zu § 10 Abs 1 Nr 4 GesO vgl OLG Bbg ZIP 2002, 1904.

#### IV. Unmittelbarkeit der Gegenleistung

**1. Allgemeine Anforderungen (Abs 2 S 1).** Nach Abs 2 S 1 ist der Austausch von Leistung und Gegenleistung unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. Ein Bargeschäft stellt nämlich nach dem Parteiwillen, der Verkehrsanschauung und der tatsächlichen Abwicklung ein einheitliches Ganzes dar.<sup>66</sup> Deshalb muss zwischen Leistung und Gegenleistung auch ein **enger zeitlicher** – „unmittelbarer“ – **Zusammenhang** bestehen.<sup>67</sup> Dabei müssen nicht nur die den Leistungen zugrunde liegenden wechselseitigen Ansprüche in unmittelbarem Zusammenhang stehen; vielmehr muss der zeitliche Zusammenhang zwischen den Leistungen selbst gewahrt bleiben.<sup>68</sup> Grds ist daher ein sof Leistungsaustausch zu verlangen. Doch ist seit langem anerkannt, dass einer gerin- gen zeitlichen Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung keine rechtserhebliche Bedeutung zukommt.<sup>69</sup> Leistung und Gegenleistung müssen **nicht Zug um Zug** ausgetauscht werden.<sup>70</sup> Eine exakte allg Festlegung dieses für die Annahme eines Bargeschäfts unschädlichen Zeitraums ist kaum möglich. Er hängt wesentlich von der Art der ausgetauschten Leistungen und davon ab, in welcher Zeitspanne sich der Austausch nach den **Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs** vollzieht; die Aufnahme des Merkmals in ist daher nichts Neues.<sup>71</sup> Problematisch waren unter anderem Fragen der **Lastschrift im EinzugsermächtigungsVerf** und deren Genehmigung<sup>72</sup>, auch bei Leasingverträgen<sup>73</sup>. Das Problem hat sich mit dem SEPA-Verfahren entschärft (so § 140 Rn 5 aE). Bei **Kaufverträgen** über bewegliche Sachen zwischen Großbetrieben hat der *BGH* eine Frist zwischen Belieferung und Rechnungsstellung einerseits und Rechnungsstellung und Zahlung durch alsbald eingelöstem Scheck andererseits von jeweils rund einer Woche als nicht zu lang angesehen.<sup>74</sup> Ob dies in jedem Fall eines Kaufvertrages gelten kann, ist nicht ausgemacht.<sup>75</sup> Bei der **Vergütung** der vorbereitenden Tätigkeit für ein gerichtliches **VergleichsVerf** wurden etwa drei Wochen zwischen Auftragerteilung und Vergütung (in Form einer Forderungsabtretung) toleriert.<sup>76</sup> Eine Zeitspanne von fast zwei Monaten zwischen der Fälligkeit des Honorars für die **Sanierungs**

66 *BGH* WM 1984, 1430 f.

67 *BGHZ* 166, 125 = ZIP 2006, 578 Rn 48; *BGHZ* 167, 190 = ZIP 2006, 1261 Rn 31; *BGH* ZIP 2004, 1510; 2006, 290 Rn 16; 2007, 1469 Rn 51; 2010, 682 Rn 31; 2012, 333 Rn 24 f; 2012, 1301 Rn 13; 2013, 1127 Rn 32 mwN; *MK/Kirchhof* § 142 Rn 15; *K/P/B/Ehricke* § 142 Rn 13; *Uhlenbrück/Ede/Hirte* § 142 Rn 27; *HambKomm/Rogge/Lepien* § 142 Rn 5; *K/S/W/Wagner* Rn 066 ff; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 27.

68 *BGH* ZIP 2010, 682 Rn 34.

69 *RGZ* 136, 158 f; *BGHZ* 118, 173 = ZIP 1992, 778; *BGH* WM 1955, 406 f.

70 *BGH* ZIP 2010, 682 Rn 31; *B/G/H/Haas* § 142 Rn 20; *Ganter* ZIP 2012, 2039.

71 *BGHZ* 167, 190 = ZIP 2006, 1261 Rn 31; *BGH* NJW 1980, 1961 f; ZIP 2003, 493; 2007, 1469 Rn 51; 2008, 1241 Rn 12; 2010, 682 Rn 31; *Jaeger/Henckel* § 142 Rn 15 ff; *MK/Kirchhof* § 142 Rn 16 ff; *Bork/Ehricke* Hdb, Kap 4 Rn 51; *K/P/B/Ehricke* § 142 Rn 16 mit Bsp Rn 17; *Uhlenbrück/Ede/Hirte* § 142 Rn 29; *K/S/W/Wagner* Rn 068; *Ganter* ZIP 2012, 2039.

72 *BGH* ZIP 2008, 1241 Rn 12 – 16. **AA** *Wagner* NZI 2008, 404. Dieser enge zeitliche Zusammenhang bestand nicht in dem Fall *BGH* ZIP 2010, 2105, so dass es an einem Bargeschäft fehlte (vgl Rn 21); das Gleiche dürfte für den Fall *BGH* WM 2010, 2167 gelten (vgl Rn 11); es traf auch im Fall *BGH* ZIP 2013, 1127 Rn 32 zu.

73 *BGH* ZIP 2009, 1334 Rn 10, 11 mit Ann *Hölzle* EWiR 2009, 721; vgl auch *BGH* ZIP 2010, 2105 Rn 21; *WM* 2010, 2167 Rn 11.

74 *BGH* ZIP 1980, 519 (dazu *K/S/W/Wagner* Rn 085 ff); 2008, 1241 Rn 12.

75 Nach *BGH* ZIP 2007, 1472 Rn 51 dürfen bei einem Kaufvertrag über bewegliche Sachen zwischen Leistung und Gegenleistung jedenfalls nicht mehr als 30 Tage liegen; vgl *MK/Kirchhof* § 142 Rn 17; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 30.

76 *BGHZ* 28, 347 = *WM* 1959, 29.

**bemühungen eines RA** und der Zahlung hat der BGH für zu lang gehalten.<sup>77</sup> Für den Fall, dass die Leistung des Schu eine **Eintragung im Grundbuch** erfordert, wurden Fristen von mehr als einem Monat<sup>78</sup> und mehr als zwei Monaten<sup>79</sup> für mit einem Bargeschäft vereinbar gehalten. Ein Zeitraum von sechs Monaten wurde als zu lang angesehen.<sup>80</sup> Werden **künftige Forderungen** als Kreditsicherheit **abgetreten**, kommt es auf den Zeitpunkt ihres Entstehens an;<sup>81</sup> die zur Annahme eines Bargeschäfts unschädliche Frist soll bei 14 Tagen liegen.<sup>82</sup> Bei **Dauerschuldverhältnissen**, in denen – wie etwa im Fall von Bauverträgen oder von Verträgen über die Dienstleistung eines anwaltlichen oder steuerlichen Beraters – über längere Zeit vorgeleistet wird, ist für die Annahme eines Bargeschäfts zu verlangen, dass die jeweiligen objektiv zeitlich oder gegenständlich teilbaren Leistungen zeitnah in Teilen oder abschnittsweise ausgetauscht werden.<sup>83</sup> Wenn zwischen dem Beginn anwaltlicher Tätigkeit und der Erbringung einer Gegenleistung **mehr als 30 Tage liegen, scheidet** nach dem Maßstab des § 286 Abs 3 BGB ein **Bargeschäft aus**; denn RA können **Vorschüsse** verlangen.<sup>84</sup> Diese Vorschüsse sind in regelmäßigen Abständen einzufordern, die in etwa dem Wert der inzwischen entfalteten oder in den nächsten 30 Tagen noch zu erbringenden Tätigkeit des Anwalts entsprechen.<sup>85</sup> Es kann auch **vereinbart** werden, Teilleistungen gegen entspr. Vergütung zu erbringen.<sup>86</sup> Die 30-Tage-Frist gilt auch für die Vergütung eines vorl. **InsVerw.**<sup>87</sup>

- 8 Entscheidend für die Annahme eines Bargeschäfts ist, dass der **Schu** in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts leistet. Ihm darf **kein Kredit** gewährt werden.<sup>88</sup> Auch eine **Stundung** ist deshalb schädlich.<sup>89</sup> Das Gleiche gilt, wenn der **Schu seine Leistung verzögert**, sich also auf diese Weise selbst Kredit nimmt.<sup>90</sup> Setzt der Vertragspartner die umgehende Erbringung der Leistung des Schu nicht durch oder sichert

77 BGH NJW 2002, 3252; dazu *Lwowski/Wunderlich* FS Kirchhof, 2003, S 311 ff; *Meyer DZWIR* 2003, 6 ff; *Kirchhof* ZInsO 2005, 344.

78 BGH WM 1955, 407.

79 BGH NJW 1977, 718; *Gehrlein* WM 2011, 582; *K/S/W/Wagner* Rn 079 ff.

80 OLG Bbg ZIP 2002, 1906.

81 OLG Hamm ZIP 2006, 434 (die RevisionsEntsch BGH ZIP 2007, 35 ff äußert sich zu dieser Frage nicht); vgl *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 16, 27.

82 MK/Kirchhof § 142 Rn 18 mwN; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 30.

83 BGHZ 167, 190 = ZIP 2006, 1261 Rn 33, 34 (dazu *K/S/W/Wagner* Rn 091–98); MK/Kirchhof § 142 Rn 19a; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 33 ff; vgl auch BGHZ 151, 370 = WM 2002, 1893 zu b (Miet- und Pachtzinsen); *BAGE* 147, 172 = ZIP 2014, 628 Rn 53, zur „termingerechten“ Zahlung von Arbeitslohn. So Rn 3.

84 BGHZ 167, 190 = ZIP 2006, 1261 Rn 35; BGH ZIP 2008, 232 Rn 20; 2012, 333 Rn 25, 26; LG Würzburg ZInsO 2014, 564, 566; LG Berlin ZIP 2014, 1688, 1689; ähnlich *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 36; krit *Jaeger/Henckel* § 142 Rn 32, 34; vgl auch MK/Kirchhof § 142 Rn 19a.

85 BGHZ 167, 190 = ZIP 2006, 1261 Rn 36; BGH ZIP 2008, 232 Rn 20, 22, 23.

86 BGHZ 167, 190 = ZIP 2006, 1261 Rn 36 aE; BGH ZIP 2008, 232 Rn 20. Dazu rät *Ganter* ZIP 2012, 2041.

87 BGH ZIP 2012, 333 Rn 25, 26.

88 BGH ZIP 2007, 33 Rn 15; BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491 Rn 37; MK/Kirchhof § 142 Rn 15; B/G/H/Haas § 142 Rn 21; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 45. Vgl in diesem Zusammenhang auch OLG Schleswig NZI 2013, 936 mit krit. Anm. *Kokenge* zum Stehenlassen einer Forderung nach § 39 Abs 1 Nr 5. Umgekehrt liegt ein Bargeschäft jedoch nicht schon immer vor, wenn kein Kredit gewährt wird, BGHZ 167, 190 = ZIP 2006, 1261 Rn 33; *K/S/W/Wagner* Rn 099.

89 BGH ZIP 2003, 493; MK/Kirchhof § 142 Rn 15; *Uhlenbrück/Ede/Hirte* § 142 Rn 27; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 43.

90 MK/Kirchhof § 142 Rn 15; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 45.

er sich nicht hinreichend gegen Verzögerungen von SchuSeite ab, kommen ihm die Vorteile des Bargeschäfts nicht zugute.<sup>91</sup> Hat der **Schu vorgeleistet**, wird die Gegenleistung aber nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts erbracht, erscheint – da dem Schu kein Kredit eingeräumt wird – fraglich, ob dies der Annahme eines Bargeschäfts entgegensteht.<sup>92</sup> Hier könnte mit den allg Vorschriften über Leistungsstörungen geholfen werden, sofern der InsVerw den weiterbestehenden Anspruch gegen den Partner des Geschäfts nicht durchsetzen kann. Gleichwohl kann der InsVerw auch in solchen Fällen die Leistung des Schu nach § 130 anfechten.<sup>93</sup> Er wird auf diesem Wege nicht selten leichter zum Ziel kommen. Die notwendige GlBenachteiligung ist in diesen Fällen darin zu sehen, dass der Schu seinerseits dem Gl Kredit gewährt und deshalb mit der versprochenen Gegenleistung nicht (früher) arbeiten konnte.<sup>94</sup>

**2. Zahlung von Arbeitnehmerlöhnen (Abs 2 S 2, S 3).** Nach der Rspr des **BAG** soll bei **Lohnzahlungen des Arbeitgebers an Arbeitnehmer** eine Zeitdauer zwischen erbrachter Arbeitsleistung und Zahlung von **drei Monaten** ein Bargeschäft nicht ausschließen.<sup>95</sup> Diese Rspr war zwar nicht verfassungswidrig, aber schwach, nämlich ua unter verfehlter Anleihe an das InsGeld begründet und **mit einer normzweckgerechten und engen Auslegung des § 142 unvereinbar**. Sie wurde deshalb mit Recht allseits kritisiert.<sup>96</sup> Der Gesetzgeber hat sie gleichwohl aufgegriffen und in Abs 2 S 2 verankert. Die Frist ist nicht auf andere (vermeintlich) schutzwürdige Gläubiger übertragbar. Betroffen ist nur der Nettolohn; nur dies kann Bargeschäft sein (§ 129 Rn 4 und oben Rn 5).

Nach Abs 2 S 3 wird die Gewährung des Arbeitsentgeltes durch einen Dritten nach § 267 BGB wird der Gewährung des Arbeitsentgelts durch den Schu gleichgestellt, wenn für den Arbeitnehmer nicht erkennbar war, dass ein Dritter die Leistung bewirkt. Die Gewährung durch einen Dritten nach § 267 BGB meint Leistung auf fremde Schuld.

Damit soll die häufige Praxis in konzernverbundenen Unternehmen aufgegriffen werden, nach der eine (Zweck-)Gesellschaft die eigentlichen Zahlungen des Arbeitslohns an den Arbeitnehmer vornimmt. Die Regelung ist aus mehreren Gründen fragwürdig. Wie das BAG bestätigt hat, ist nämlich die Leistung durch einen Dritten unabhängig von der Erkennbarkeit für den Gl eine inkongruente Deckung, wenn es keinen Anspruch gegen den Dritten auf Auszahlung oder eine dreiseitige Abrede gab<sup>97</sup>. Gab es eine solche Abrede, war die Drittzahlung aber erkennbar für den Arbeitnehmer. Gab es sie nicht, handelt es sich um eine inkongruente Deckung, für die § 142 nicht gilt, denn Abs 2 regelt nur die Unmittelbar-

91 Krit insoweit *Lwowski/Wunderlich* FS Kirchhof, 2003, S 312 ff.

92 Vern wohl *Henckel* InsR im Umbruch, S 251.

93 *BGHZ* 167, 190 = *ZIP* 2006, 1261 Rn 39; *BGH ZIP* 2007, 1162 Rn 15; *L/S/Z/Zeuner* § 142 Rn 6; *B/G/H/Haas* § 142 Rn 21; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 45; **aA** *Jaeger/Henckel* § 142 Rn 18 (ua mit dem Argument, die Chance, dass die Gegenleistung noch in der Masse sei, werde umso größer, je später sie der Schu erhalte).

94 Vgl *MK/Kirchhof* § 142 Rn 16 aE, 19a; *Uhlenbrück/Ede/Hirte* § 142 Rn 32.

95 *BAGE* 139, 235 = *ZIP* 2011, 2366 Rn 16–18 und weitere Entsch (dazu *Plathner/Sajogo* ZInsO 2012, 581); *BAG ZIP* 2014, 91 Rn 38; ZInsO 2015, 344 Rn 16. Vgl auch *BAGE* 147, 172 = *BAG ZIP* 2014, 628 Rn 50, 53. Dagegen *BGHZ* 202, 59 = *ZIP* 2014, 1491 Rn 16ff.

96 *M Huber* EWiR 2011, 817 f; *ders* ZInsO 2013, 1053 f; *HambKomm/Rogge/Leptien* § 142 Rn 5; *Plathner/Sajogo* ZInsO 2012, 581 ff; *Jacobs/Doeberl* ZInsO 2012, 618 ff; *Ganter* ZIP 2012, 2043 f; *MK/Kirchhof* § 142 Rn 19; *A/G/R/Gehrlein* § 142 Rn 8 Fn 30 (eine höchst zweifelhafte Überdehnung des Arbeitnehmerschutzes); *Cranshaw/Hinkel/Zeeck* § 142 Rn 32; *Brinkmann* ZZP 125, 197 ff; *Lütcke* NZI 2014, 350, 351; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 39–41; *Kreft* ZIP 2013, 252.

97 *BAG ZIP* 2014, 233 Rn 15; *BAG* 22.10.2015 – 6 AZR 538/14.

keit, nicht die allgemeinen Voraussetzungen. Allenfalls könnte man Abs 2 S 3 insgesamt als Sonderregel dergestalt interpretieren, dass dann die Drittzahlung wie die Schuldnerzahlung behandelt wird, so dass die Kongruenz fingiert wird. Das ändert aber nichts daran, dass die Erkennbarkeit einfach darzulegen ist, wenn und weil auf dem Überweisungsbeleg eine andere Person als Überweisender genannt sein dürfte als der Arbeitgeber. Das gilt selbst bei Ähnlichkeit der Firma. Zu beachten ist auch der Zusammenhang mit § 129. Erfasst sein können wohl im Wesentlichen nur Anweisungen auf Schuld, weil (nur) dann eine Gläubigerbenachteiligung beim Schu eintritt. Organe sind nach der Rspr des BGH nie, nach der Rspr des BAG grundsätzlich nicht Arbeitnehmer<sup>98</sup>. Zu Überlegungen, das Existenzminimum anfechtungsfrei zu stellen, § 133 Rn 23.

#### V. Inkongruente Deckungen; Fälle des § 135 InsO

- 12 Der BGH erkennt Rechtsgeschäfte nur dann als Bargeschäfte an, wenn die Leistung des Schu dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft entspricht, also **kongruent** ist.<sup>99</sup> Geschützt sind allerdings auch Kongruenzvereinbarungen, die Bardeckungen iSd § 142 zum Ziel haben und ein Bargeschäft erst ermöglichen; sie sind der Deckungsanfechtung entzogen.<sup>100</sup> Eine **inkongruente** Leistung soll nicht nur der VorsatzAnf,<sup>101</sup> sondern auch der Anf nach § 30 Nr 2 KO,<sup>102</sup> bzw § 131 InsO unterliegen.<sup>103</sup> Dies scheint im Widerspruch zum Wortlaut des § 142 zu stehen, wonach es für ein Bargeschäft allein darauf ankommt, ob für eine Leistung des Schu unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt. In diesem Fall soll die Leistung des Schu nur unter den Voraussetzungen der VorsatzAnf nach § 133 Abs 1 anfechtbar sein.
- 13 Der **Wortlaut** des § 142 sollte iSd Rspr des BGH **berichtigend ausgelegt** werden. Die Norm beruht – wie die Entstehungsgeschichte zeigt – auf der unreflektierten herkömmlichen Auffassung, die auch inkongruente Deckungen des Schu als mit dem Bargeschäft vereinbar ansah und dieses deshalb nicht nur von einer Anf nach § 30 Nr 1 Fall 2 KO, sondern auch von einer Anf nach § 30 Nr 2 KO (§ 131 InsO) ausnahm. Das erst am 30.9.1993 unter Auswertung der Begr zu § 161 RegE ergangene Urt *BGHZ* 123, 320 hat der Gesetzgeber der InsO nicht mehr berücksichtigt.<sup>104</sup> Dies hindert gleichwohl nicht, das Bargeschäft auf inkongruente Deckungen zu beschränken und bei einer inkongruenten Leistung des Schu eine Anf nach § 131 zuzulassen. In der Begr zu § 161 RegE wird der entscheidende Grund für die bes Behandlung des Bargeschäfts zutr darin gesehen, den Schu auch in der Krise nicht gänzlich vom Geschäftsverkehr auszuschließen (vgl Rn 2). Zugleich wird darauf hingewiesen,

98 *BGH* NZA 2010, 889 Rn 7; NZA 2002, 1040, 1041, NJW 1981, 1270; *BAG* NZA 2015, 101 Rn 24. Vgl auch zu leitenden Angestellten *K Schmidt/Ganter/Weinland* 80. Aufl (iE), § 142 Rn 47.

99 *BGHZ* 123, 328f = *ZIP* 1993, 1655f; 150, 130 = *ZIP* 2002, 814 zu 3; 167, 190 = *ZIP* 2006, 1261 Rn 28; 177, 69 = *ZIP* 2008, 1977 Rn 45; *BGH* *ZIP* 1997, 1553; 1999, 78; 2007, 1162 Rn 10; 2008, 235 Rn 15; 2010, 682 Rn 29; 2010, 2009 Rn 26; 2011, 438 Rn 18; 2013, 2210 Rn 30; *BAG* NZI 2015, 325 Rn 19; vgl auch *BGH* *ZIP* 1998, 798, insoweit nicht abgedr in *BGHZ* 138, 291; *ZIP* 1999, 667f; 2004, 1464.

100 *BGH* *ZIP* 2014, 1595 Rn 21f.

101 *BGHZ* 123, 326 = *ZIP* 1993, 1655.

102 *BGHZ* 123, 329 = *ZIP* 1993, 1656.

103 Vgl *BGHZ* 150, 130 = *ZIP* 2002, 814; 167, 190 = *ZIP* 2006, 1261 Rn 28; *BGH* *ZIP* 2004, 1510; 2007, 924 Rn 22; 2007, 1162 Rn 10; 2008, 235 Rn 15; 2008, 237 Rn 6; 2009, 1124 Rn 13; 2011, 438 Rn 18; 2013, 2210 Rn 30; *BAGE* 146, 64 = *ZIP* 2014, 91 Rn 38, 39; *BAGE* 146, 323 = *ZIP* 2014, 233 Rn 34; *BAG* ZInsO 2015, 344 Rn 21; *OLG Köln* NZI 2005, 114; *OLG Karlsruhe* *ZIP* 2007, 2369.

104 Vgl *Gerhardt* FS Brandner, 1996, S 661.

dass der Anwendungsbereich des § 142 auf die Fälle beschränkt sei, in denen „Leistung und Gegenleistung miteinander verknüpft sind“. Dies werde durch die Worte „für die“ zum Ausdruck gebracht. Diesen für das Bargeschäft wesentlichen Gesichtspunkt hat der BGH nur präzisiert und konsequent zu Ende gedacht, wenn er betont,<sup>105</sup> dass die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung durch **Parteivereinbarung** geschieht und dass eine Leistung, die **dieser Vereinbarung nicht entspricht**, keine Bardeckung ist.<sup>106</sup> Dann ist es nur folgerichtig, inkongruente Deckungen wegen ihrer bes Verdächtigkeit und der gegenüber kongruenten Deckungen allg Verschärfung ihrer Anfechtbarkeit<sup>107</sup> von der anfrechtlichen Privilegierung des Bargeschäfts auszunehmen und dieses auf vereinbarungsgemäße, also kongruente Leistungen zu beschränken.<sup>108</sup> § 142 ist mithin entspr seinem Normzweck in teleologischer Reduktion<sup>109</sup> dahin zu verstehen, dass die dort genannten (gleichwertigen) Leistungen des Schu nicht nur nach § 133 Abs 1, sondern auch nach § 131 anfechtbar sind<sup>110</sup> (so § 129 Rn 64, 65).

Ob in Fällen des § 135 noch Raum für eine Anwendung des § 142 ist, ist umstritten.<sup>111</sup> Teils wird die Anwendung generell verneint. Das erscheint nicht richtig; es sei denn, man argumentierte mit der Parallele zu den inkongruenten Deckungen. Allerdings bedeutet die Anwendbarkeit von § 142 nicht, dass Darlehensrückzahlungen an den Gesellschafter für sich genommen ein Bargeschäft sind, weil es an einer Gegenleistung des Gesellschafters fehlt; sie liegt nicht in dem Verlust des Rückzahlungsanspruchs.<sup>112</sup> § 142 kann insoweit nur greifen, wenn für die Darlehensrückzahlung eine andere, vom Darlehen unabhängige gleichwertige Gegenleistung zurückfließt. Ebenso greift § 142 ggf bei laufenden Miet- und Zinszahlungen;<sup>113</sup> Stehenlassen reicht als Gegenleistung aber nicht. Problematisch sind

105 BGHZ 123, 328 = ZIP 1993, 1655.

106 Bei der v BGH ZIP 2012, 333 Rn 22 ff für einen vorl InsVerw erwogenen Ausnahme von dem Erfordernis einer Vereinbarung (so Rn 4) wäre ggf auf die gesetzeskonforme Vergütung abzustellen.

107 Vgl BT-Drucks 12/2443, 158.

108 Kreft in Henckel/Kreft (Hrsg), InsR 1998, S 325 ff; Henckel KS-InsO, S 835 Rn 47; MK/Kirchhof § 142 Rn 7; Uhlenbrück/Ede/Hirte § 142 Rn 6; Braun/Riggert § 142 Rn 12, 12a; Bork/Ehricke Hdb, Kap 4 Rn 48; K/P/B/Ehricke § 142 Rn 12; HambKomm/Roggel/Leptien § 142 Rn 4; Kayser FS Fischer, S 272; B/G/H/Haas § 142 Rn 17; A/G/R/Gehrlein § 142 Rn 7, 19; Cranshaw/Hinkel/Zeeck § 142 Rn 21; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 9; iE auch Gottwald/M Huber § 46 Rn 78; zweifelnd Bork FS Kirchhof, 2003, S 67; de Bra NZI 1999, 251f; Eckardt ZIP 1999, 1422 ff; aA Lwowski/Wunderlich FS Kirchhof, 2003, S 304 ff; Persch Die InsolvenzAnf von Kontokorrentverrechnungen, S 84 ff; K/S/W/Wagner Rn O10, O11, O51–O61; differenzierend Jaeger/Henckel § 142 Rn 8–11 (keine Privilegierung nur solcher inkongruenter Leistungen, die – wie etwa ein Kundenscheck – außerhalb des normalen Geschäftsverkehrs gewährt wurden, aaO Rn 10); vgl auch Gerhardt/Kreft Rn 444 ff.

109 K/S/W/Wagner Rn O11 Fn 28.

110 A/G/R/Gehrlein § 142 Rn 19. Zur Berücksichtigung der Gegenleistung bei einer erfolgreichen Anf vgl Eckardt ZInsO 2004, 892 ff.

111 Die Anwendbarkeit grds bejahend Uhlenbrück/Ede/Hirte § 142 Rn 12a f; MK/Kirchhof § 142 Rn 22; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 11; Bitter ZIP 2013, 1998, 1999; Thole ZInsO 2011, 1430 f; ders ZHR 176(2012), 542 f; aA Haas FS Ganter S 200 ff; ders ZInsO 2007, 624; ders ZIP 2017, 545, 549; Hözlle ZIP 2013, 1997: Spieldt ZIP 2009, 149, 151; MK/Gehrlein § 135 Rn 19.

112 BGH NZI 2013, 816 Rn 2.

113 MK/Kirchhof § 142 Rn 22.

allein anfängliche Besicherungen des Darlehens (Darlehen gegen Sicherheit), die nach allgemeinen Regeln des BGH<sup>114</sup> Bargeschäfte sein könnten.<sup>115</sup> Dass indes § 135 Abs 1 Nr 1 nur auf nachträgliche Sicherheiten beschränkt sein soll, ist dem Gesetz freilich nicht zu entnehmen,<sup>116</sup> selbst wenn nachträgliche Besicherungen in besonderem Maße und eher als anfängliche verdächtig erscheinen. Es ließe sich argumentieren, dass auch besicherter Kredit ein Kredit ist, der vom Normzweck des § 142 nicht gedeckt ist (dazu schon oben Rn 2).

## VI. Verrechnungen eines Kreditinstituts als Bargeschäft

- 15 Die Frage der **Anfechtbarkeit von Verrechnungen** der Bank von Ansprüchen des Kunden aus Eingängen seiner Schu in den Fällen, in denen der **Kunde Anspruch auf weitere Kreditgewährung** im Rahmen eines **ungekündigten Kontokorrents m Überziehungskredit** hatte,<sup>117</sup> ist jedenfalls in der Praxis weitgehend geklärt. In der zur GesO ergangenen Entscheidung **BGH NJW 1999, 3265 f = ZIP 1999, 666 f** hat das Gericht ein unanfechtbares Bargeschäft für den Fall bejaht, dass eine Bank nach einem Eröffnungsantrag noch Verfügungen des Kunden über sein debitorisch geführtes Girokonto zulässt und die daraus entstehenden Aufwendungersatzansprüche mit Ansprüchen des Kunden aus gutgeschriebenen Zahlungseingängen verrechnet, die ein Überschreiten der Kreditobergrenze verhindern. Nach der **GrundsatzEntsch BGHZ 150, 127 ff**<sup>118</sup> kann in dem Umfang ein nicht anfechtbares **Bargeschäft** vorliegen, in dem **eine Bank**, die Zahlungseingänge ins Kontokorrent einstellt, **ihren Kunden** – den Schu – aufgrund des Girovertrags/der Kontokorrentabrede vereinbarungsgemäß und damit **kongruent** wieder **über den Gegenwert verfügen** lässt. Darauf, ob der Schu den vereinbarten Kreditrahmen voll ausnutzt und ob ohne die Verrechnung die Kreditobergrenze überschritten worden wäre, kommt es nicht an. **Unerheblich** ist grds auch die **Reihenfolge** der Ein- und Auszahlungen,<sup>119</sup> doch darf die Verrechnung einer Gutschrift nicht der letzte Akt sein, bevor das Kreditinstitut das Konto des Schu schließt, sondern es müssen weitere Verfügungen zugelassen werden.<sup>120</sup> Die Kongruenzfrage ist innerhalb des **gesamten AnfZeitraums** einheitlich zu beantworten und nicht zwischen dem ersten, zweiten und dritten Monat vor Stellung des InsAntrags zu unterscheiden.<sup>121</sup> Jeden-

114 Rn 3.

115 § 142 bejahend insoweit *Uhlenbruck/Ede/Hirte* § 142 Rn 14.

116 HK/Kleindiek § 135 Rn 16.

117 Vgl MK/Kirchhof § 142 Rn 18a; Jaeger/Henckel § 142 Rn 26–28; Bork FS Fischer, S 41 ff; Kayser FS Fischer, S 275 ff. Zur **Tilgung eines Debets bei nicht eingeräumtem Kontokorrentkredit** als Bargeschäft *BGH ZIP 2013, 1826 Rn 20*.

118 = ZIP 2002, 813 f. Dazu Bork FS Kirchhof, 2003, S 67 ff; Bruckhoff NJW 2002, 330; Kirchhof ZInsO 2003, 152, 154 f; Klanten DStR 2002, 1231; Obermüller LM § 131 InsO Nr 1/2; Rigol/Homann ZIP 2003, 15; Ringstmeier/Rigol EWiR 2002, 685; Ristelhuber BGH Report 2002, S 524; Stiller ZInsO 2002, 561; vgl auch *BGH ZIP 2004, 623* (im Haben geführte Konten); 2004, 1465; 2004, 1510; 2005, 586; NZI 2005, 630; ZIP 2008, 235 Rn 15; 2008, 237 Rn 6, 9; 2011, 1576 Rn 6, 8; 2012, 1301 Rn 13; 2013, 371 Rn 15; OLG Köln NZI 2005, 114.

119 Dazu auch *BGHZ 167, 190 = ZIP 2006, 1261 Rn 39; BGH ZIP 1999, 668 li Sp zu bb; 2001, 526 zu 2; 2007, 1162 Rn 15; 2008, 237 Rn 5; DZWIR 2010, 290 Rn 2; ZIP 2012, 1301 Rn 13*; so Rn 3.

120 *BGH DZWIR 2010, 290 Rn 2; K/S/W/Wagner Rn 076; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 20.*

121 *BGH ZIP 2011, 1576 Rn 6, 8 mwN* (unter Bestätigung von OLG Koblenz ZIP 2010, 1616 f) mit Anm Würdinger EWiR 2011, 649 f. Ähnlich bereits *BGH ZIP 2008, 235 Rn 16 f; Uhlenbruck/Ede/Hirte* § 142 Rn 54. Vgl auch *BGH ZIP 2012, 1301 Rn 11*.

falls ein **Zeitraum von zwei Wochen** zwischen den Ein- und Auszahlungen<sup>122</sup> sollte den Rahmen des engen zeitlichen Zusammenhangs noch nicht übersteigen.<sup>123</sup> Nach BGHZ 167, 190 = ZIP 2006, 1261 Rn 34 ist bei der Saldierung von Soll- und Habenbuchungen der erforderliche unmittelbare Leistungsaustausch gegeben, wenn zwischen den Buchungen **weniger als zwei Wochen** liegen. Ein unanfechtbares Bargeschäft kann auch vorliegen, wenn die Bank zwar nicht alle, wohl aber einzelne Verfügungen des Schu über sein im Soll geführtes Konto im Ausgleich gegen verrechnete Zahlungseingänge ausführt. Wesentliche Voraussetzung ist, dass das eigene Bestimmungsrecht des Schu gewahrt bleibt, also nicht gegen seinen Willen Verrechnungen durchgeführt werden.<sup>124</sup> Die Verrechnung von Zahlungseingängen nach Stellung des Antrags auf VerfEröffnung zum Ausgleich von nur gedachten Überziehungen ist nicht als kongruente oder inkongruente Deckung anfechtbar, wenn der Sollsaldo laufend erweitert wird, weil die Bank fremdnützige, nach eigenem Ermessen des Kunden (Schu) vorgenommene Verfügungen zulässt.<sup>125</sup> Die Anf von Verrechnungen, welche eine Bank im Rahmen eines dem Schu eingeräumten Kontokorrentkredits vornimmt, ist jedoch nur solange und soweit durch § 142 eingeschränkt, wie die Entgegennahme der Leistungen durch die Duldung von Verfügungen ausgeglichen wird, die der Bankkunde zur Tilgung von Forderungen von **FremdGl** trifft. Belastungsbuchungen, welche **eigene Forderungen der Bank** betreffen, oder auch nur mittelbar – etwa infolge Ablösung einer durch eine Bürgschaft der Bank gesicherten Forderung – der Bank zugute kommen, erfüllen diese Voraussetzungen **nicht**.<sup>126</sup> Wird ein Kontokorrentkredit von zwei gesamtschuldnerisch haftenden Kreditnehmern in Anspruch genommen und führte der spätere InsSchu den Kredit vorzeitig zurück, während der MitSchu ihn weiter in Anspruch nimmt, setzt ein nicht anfechtbares Bargeschäft nach einer Entsch des *KG* voraus, dass der InsSchu für die weitere Inanspruchnahme durch den MitSchu vereinbarungsgemäß und in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang eine gleichwertige Gegenleistung erhielt.<sup>127</sup> Die **Rspr** zur Beschränkung der Anf auf die Verringerung des Schuldsaldos im AnfZeitraum iF eines Kontokorrentkredits hat der BGH auf den Fall **übertragen**, dass ein **Gesellschafter seiner Gesellschaft** fortlaufend zur Vorfinanzierung der von ihr abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge **Kredite gewährt**, die in der Art eines **Kontokorrentkredits** jeweils vor Erhalt des Nachfolgedarlehens mit Hilfe öffentlicher Beihilfen abgelöst werden.<sup>128</sup> Zu anfechtbaren Verrechnungen so § 129 Rn 22; § 131 Rn 16.

122 Großzügiger MK/Kirchhof § 142 Rn 18a: die Obergrenze sollte bei etwa **einem Monat** liegen.

123 Vgl insoweit auch BGH ZIP 2001, 526 zu 3; 2003, 676; 2004, 1464; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 44.

124 BGH NJW 2003, 362 = ZIP 2002, 2184; ZIP 2012, 1301 Rn 13; OLG Köln NZI 2005, 114. 125 BGH ZIP 2004, 1465 (zu § 10 Abs 1 Nr 4 GesO).

126 BGH ZIP 2004, 1510; 2008, 237 Rn 6 mwN, Rn 9 aE, 10 mit Anm Bitter/Rauch WuB VI A. § 142 InsO 1.08; ZIP 2008, 1437 Rn 25; 2009, 673 Rn 16; 2009, 1124 Rn 12, 13; 2012, 537 Rn 9; 2012, 1301 Rn 13; 2013, 371 Rn 15; Gehrlein WM 2011, 583; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 18; vgl auch BGH ZIP 2010, 2460 Rn 6.

127 KG ZIP 2011, 536; BGH 6.10.2011 – IX ZR 24/11, nv; K Schmidt/Ganter/Weinland § 142 Rn 20 aE.

128 BGHZ 198, 77 = ZIP 2013, 1629 Rn 35, 36; BGH ZIP 2013, 734 Rn 16–26. Zur Abgrenzung BGH WM 2014, 329 (nicht eine Vielzahl einander ablösender Staffelkredite, sondern nur zwei Darlehensverträge; kein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden Kreditverhältnissen uam).

## VII. Darlegungs- und Beweislast

16 Die Voraussetzungen eines Bargeschäfts hat der AnfGegner darzulegen und zu beweisen.<sup>129</sup>

## VIII. Anfechtung nach § 133

17 Eine Anf nach § 133 Abs 1 bleibt auch bei einem Bargeschäft möglich, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs 1 und 3 gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schu unlauter handelte.

Es müssen also die allgemeinen Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung vorliegen (§ 133). Der Verweis auf § 133 Abs 3 ist missverständlich. Liegt eine inkongruente Deckung vor, ist diese Deckung nach § 133 erst recht anfechtbar, unabhängig von § 142. Es wird darüber hinaus vorausgesetzt, dass der Schu unlauter handelte und der andere Teil dies positiv erkannt hat. Diese Unlauterkeit ist richtigerweise auf die vom Schu erbrachte Leistung und auf den Zeitpunkt dieser Leistung zu beziehen. Der Begriff wird dahingehend zu präzisieren sein, dass der Schu mit seiner Leistung eine Handlung vornimmt, die der Haftungsverteilung dient. Unlauterkeit verlangt mehr als das Bewusstsein, nicht mehr alle Gl befriedigen zu können<sup>130</sup>. Absicht wird man nicht im eigentlichen Sinne voraussetzen müssen, sondern es genügt, wenn das Verhalten bei objektiv-normativer Betrachtung aus dem haftungsrechtlichen Blickwinkel die Interessen der Gl in besonderer Weise zurücksetzt. Daher lassen sich mit der allerding gebotenen Zurückhaltung Fälle erfassen, wie sie etwa im Fall des *BGH* v 12.2.2015 (§ 133 Rn 28)<sup>131</sup> und im Fall v 4.5.2017<sup>132</sup> vorlagen, wenn der Schu Waren zu für sich genommen angemessenen Preisen erwirbt, aber evident ist, dass ihr Erwerb die Verluste nur weiter vergrößert und dies *cum grano salis* „alles nur noch schlimmer“ macht; im Mühlen-Fall v 12.2.2015 fehlte es wegen des erweiterten Eigentumsvorbehalts ohnedies schon an einem Bargeschäft. Darüber hinaus kann auf die Rechtsprechung unter der KO zurückgegriffen werden.<sup>133</sup> In der Literatur wurden Fallgruppen herausgearbeitet, namentlich Kollusion zwischen Schu und Gl, ein überwiegender Zweck der GlBenachteiligung oder die Befriedigung eines wichtigen Gl bei gleichzeitiger Vereitelung des Zugriffs anderer Gl, zB durch Verheimlichen von vollstreckbaren Verögenswerten oder Prozessverschleppung.<sup>134</sup> Unlauteres Handeln liegt auch vor, wenn ein wertmäßig ausgeglichener und von beiden Vertragspartnern alsbald erfüllter Kaufvertrag zu dem Zweck abgeschlossen wurde, dem Schu Bargeld zukommen zu lassen, um es ihm so zu erleichtern, seinen Gl den Wert der von ihm gelieferten Waren zu entziehen.<sup>135</sup> Gleiches gilt, wenn der Schu mit bestimmten eigenen

129 *BGHZ* 174, 297 = *ZIP* 2008, 183 Rn 42 (Globalzession); *BGHZ* 184, 101 = *ZIP* 2010, 739 Rn 15; *BGH* *ZIP* 2002, 2184; 2006, 1009 Rn 29; 2007, 1162 Rn 17; 2012, 1301 Rn 41; *MK/Kirchhof* § 142 Rn 25; *Jaeger/Henckel* § 142 Rn 46; *K/P/B/Ehricke* § 142 Rn 20; *Uhlenbruck/Ede/Hirte* § 142 Rn 33; *B/G/H/Haas* § 142 Rn 39; *K/S/W/Wagner* Rn O119; *K Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rn 52.

130 Begr RegE BT-Drucks. 18/7054, S 17.

131 *BGH* *ZIP* 2015, 585 Rn 25.

132 *BGH* 4.5.2017 – IX ZR 285/16.

133 *RGZ* 57, 161; *RGZ* 33, 120; *WarnRspr.* 1929 Nr. 164; *OLG Frankfurt LZ* 1909 Sp 89 Nr 7; *BGHZ* 12, 232.

134 *Plander* BB 1972, 1480.

135 *BAG* *ZIP* 2008, 1184 Rn 51; *MK/Kirchhof* § 142 Rn 24. Vgl auch *OLG Saarbrücken* *ZIP* 2011, 1481 f (Veräußerung eines Grundstücks bei beabsichtigter Erschwerung der Zwangsvollstreckung).

Schu vereinbart, Zahlungen auf das bei seinem Kreditinstitut geführte Konto zu leisten und diesem so im Wege der Verrechnung den Zugriff auf die erlösten Kaufpreise zu ermöglichen.<sup>136</sup> Nach zutr Meinung ist das Bargeschäft grds auch nach § 133 Abs 2 anfechtbar.<sup>137</sup>

---

136 *BGH ZIP* 2012, 1301 Rn 43 (abgrenzend Rn 44).

137 Vgl *Henckel* KS-InsO, S 834 f Rn 47; *Lwowski/Wunderlich* FS Kirchhof, 2003, S 317; *Braun/Riggert* § 142 Rn 18; *K/S/W/Wagner* Rn O112. Vgl auch *K/P/B/Ehricke* § 142 Rn 19, 21. Nach *MK/Kirchhof* § 142 Rn 22 soll die Anwendung von § 133 Abs 2 bedeutungslos sein, weil die Anf nach dieser Norm eine unmittelbare GlBenachteiligung voraussetze, bei der ein Bargeschäft nie vorliegen könne; ähnlich wohl *Uhlenbruck/Ede/Hirte* § 142 Rn 34; *B/G/H/Haas* § 142 Rn 37; **aA** *Gottwald/M Huber* § 46 Rn 80.

## Siebter Teil

### Koordinierung der Verfahren von Schuldern, die derselben Unternehmensgruppe angehören

#### Erster Abschnitt

##### Allgemeine Bestimmungen

###### § 269a Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter

**<sup>1</sup>Die Insolvenzverwalter gruppenangehöriger Schuldner sind untereinander zur Unterrichtung und Zusammenarbeit verpflichtet, soweit hierdurch nicht die Interessen der Beteiligten des Verfahrens beeinträchtigt werden, für das sie bestellt sind. <sup>2</sup>Insbesondere haben sie auf Anforderung unverzüglich alle Informationen mitzuteilen, die für das andere Verfahren von Bedeutung sein können.**

#### Übersicht

	Rn		Rn
I. Allgemeines	1	2. Inhalt und Umfang der Pflichten	4
II. Erläuterungen	3	3. Verbindlichkeit	6
1. Adressaten	3		

#### I. Allgemeines

- 1 Mit dem durch das Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen<sup>1</sup> eingeführten § 269a InsO wurde eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für eine Kooperation zwischen InsVerw in Konzerninsolvenzen geschaffen. § 269a stellt dabei keine bloße Kodifizierung der bisher anerkannten und aus den Zielbestimmungen abgeleiteten Kooperationspflichten dar, sondern eine Erweiterung. Die Pflicht besteht nun schon bei einem lediglich neutralen Effekt für die eigene Masse, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass eine Kooperation zwischen den Verw regelmäßig für sämtliche beteiligten Verf des Konzerns von Nutzen sein wird.<sup>1</sup> Durch die Pflicht zur Kooperation soll eine möglichst gute Zusammenarbeit zwischen den in eine Konzerninsolvenz involvierten Verw als zentralen Figuren der Verf herbeigeführt werden, um den wirtschaftlichen Mehrwert des Konzerns gegenüber den einzelnen den Konzern bildenden Rechtsträgern auch in der Insolvensituation zu bewahren.<sup>2</sup> Insbesondere eine Sanierung soll so erleichtert werden.
- 2 § 269a kommt zur Anwendung, wenn über die Vermögen von mindestens zwei Schu, die einer Unternehmensgruppe iSv § 3e angehören, InsVerf eröffnet wurden bzw zumindest anhängig sind und in diesen kein einheitlicher (vorläufiger) Verw bestellt wurde.<sup>3</sup> Eine weitere dem § 269a InsO ähnelnde Kooperationspflicht der (vorläufigen) InsVerw mit dem Verfahrenskoordinator findet sich zudem in § 269f Abs 2 für den Fall, dass ein Koordinationsverfahren nach §§ 269d ff eingeleitet und ein Verfahrenskoordinator bestellt worden ist. Im Übrigen sind in Verf mit Auslandsbezug ggf die Kooperationspflichten nach § 357, Art 41 EuInsVO (Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren) sowie Art 56 EuInsVO (parallele

<sup>1</sup> BT-Drucks 18/407 S 21.

<sup>2</sup> BT-Drucks 18/407 S 32.

<sup>3</sup> Zu einer einheitlichen Verwalterbestellung kann es infolge einer konzentrierten Gerichtsstandsgrundlegung insb. nach § 3 Abs 1 S 2 InsO oder nach § 3a Abs 1 kommen. Im Übrigen enthält § 56b eine zwischengerichtliche Pflicht zur Abstimmung über das Erfordernis der Bestellung eines einheitlichen Verw.

Hauptinsolvenzverfahren) zu beachten. In der Praxis wird eine Koordination auch durch Insolvenzverwaltungsverträge bzw. *international protocols* sichergestellt; deren Zulässigkeit wurde durch § 269h Abs 2 S 2 Ziff 3 vom deutschen Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt.<sup>4</sup>

## II. Erläuterungen

**1. Adressaten.** Die Kooperationsrechte und -pflichten nach § 269a richten sich an die Ins-Verw und über § 21 Abs 2 S 1 Nr 1 an die vorläufigen InsVerw. In Fällen der (vorläufigen) Eigenverwaltung sind die gruppenangehörigen Schu über die Verweisung des § 270d S 1 zur Zusammenarbeit verpflichtet. Die Kooperationspflichten dürfen sich aber aufgrund des Normzwecks auch auf die Sachwalter erstrecken, wenngleich dies weder in § 270d noch etwa durch Verweis in § 274 Abs 1 auf § 269a geregelt ist.<sup>5</sup>

**2. Inhalt und Umfang der Pflichten.** Der Begriff Kooperation wird durch § 269a als Pflicht zur Unterrichtung, zur Mitteilung von Informationen und zur Zusammenarbeit ausformuliert. Die Pflicht zur Zusammenarbeit erfasst alle denkbaren Unterstützungshandlungen. Die Unterrichtung und die Mitteilung von Informationen stellen beispielhaft genannte Unterfälle der Zusammenarbeit dar. Eingeschränkt wird dieser weit gezogene Pflichtenkreis für die Verw nach § 269a S 1 nur, soweit hierdurch die Interessen der Beteiligten des Verfahrens beeinträchtigt werden, für das sie bestellt sind. Diese Formulierung ist damit sehr allgemein und insbesondere aufgrund der Reichweite des Pflichtenkreises für die Praxis wenig hilfreich. Hinzu kommt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers eine Pflicht ausdrücklich nicht erst dann bestehen soll, wenn sich dies für die eigene Masse positiv auswirkt, sondern schon bei einem lediglich neutralen Effekt.<sup>6</sup> Hieraus ergibt sich eine deutliche Erweiterung gegenüber der aus § 1 S 1 InsO abgeleiteten Kooperationspflicht. Die Kooperation nach § 269a kann im Umkehrschluss danach nur verweigert werden, wenn sich dies für die eigene Masse nachteilig auswirkt; dies ergibt sich schon aus Haftungsgründen.

Bei der Bestimmung der konkreten Pflichten ist der Normzweck zu beachten. Die Pflicht zur Unterrichtung beinhaltet zunächst den ohnehin in der Praxis schon gepflegten Brauch der gegenseitigen Kontaktaufnahme der (vorläufigen) InsVerw nach ihrer Bestellung.<sup>7</sup> Auszutauschen ist sich dann darüber, ob die jeweilige gruppenangehörige Schu saniert oder liquidiert werden soll. Für den InsVerw, der eine Sanierung anstrebt, wird von besonderem Interesse sein, ob leistungswirtschaftliche Beziehungen zu anderen gruppenangehörigen Schu aufrechterhalten werden können oder ob diese wegbrechen, wenn sich dies auf die eigene Sanierungsstrategie auswirken kann. Auch dürfte von den InsVerw regelmäßig zu erörtern sein, ob eine gemeinsame Sanierungs- oder Verwertungsstrategie in Betracht kommt. Im Übrigen sind sonstige Informationen, die nicht schon von selbst mitzuteilen sind, nur auf Anforderung herauszugeben. Aus der zu vermeidenden Beeinträchtigung der Gl des eigenen Verf ergibt sich, dass anfechtungsbegründende Tatsachen nicht mitzuteilen sind.<sup>8</sup> Eine (sonstige) Beeinträchtigung ist gegeben, wenn Nachteile für die eigene Masse drohen oder solche Nachteile nicht kompensiert werden.<sup>8</sup> Mit der Einschränkung wird berücksichtigt, dass die InsVerw primär ihren eigenen Verf verpflichtet sind. Des weiteren sind vertragliche Vereinbarungen zwischen den involvierten InsVerw, die die Zusammenarbeit konkret regeln, weiterhin möglich.

4 BT-Drucks 18/407 S 18.

5 MK/Brükmans Konzerninsolvenzrecht Rn 83; Flöther HdB KonzerninsolvenzR/Pleister § 5 Rn38.

6 BT-Drucks 18/407 S 21.

7 MK/Brükmans Konzerninsolvenzrecht Rn 76.

8 Vgl BT-Drucks 18/407 S 32.

- 6 **3. Verbindlichkeit.** § 269a enthält keine Regelung zur Durchsetzung der Kooperationspflichten. Eine Durchsetzung kommt daher lediglich über die Rechtsaufsicht der InsGer gem § 58 und die Haftungsandrohung gem § 60 in Betracht.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> MK/*Brinkmans* Konzerninsolvenzrecht, Rn 80.



### § 270b Vorbereitung einer Sanierung

(1) <sup>1</sup>Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt und die Eigenverwaltung beantragt und ist die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos, so bestimmt das Insolvenzgericht auf Antrag des Schuldners eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans. <sup>2</sup>Die Frist darf höchstens drei Monate betragen. <sup>3</sup>Der Schuldner hat mit dem Antrag eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen, aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

(2) <sup>1</sup>In dem Beschluss nach Absatz 1 bestellt das Gericht einen vorläufigen Sachwalter nach § 270a Absatz 1, der personenverschieden von dem Aussteller der Bescheinigung nach Absatz 1 zu sein hat. <sup>2</sup>Das Gericht kann von dem Vorschlag des Schuldners nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person offensichtlich für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist; dies ist vom Gericht zu begründen. <sup>3</sup>Das Gericht kann vorläufige Maßnahmen nach § 21 Absatz 1 und 2 Nummer 1a, 3 bis 5 anordnen; es hat Maßnahmen nach § 21 Absatz 2 Nummer 3 anzuordnen, wenn der Schuldner dies beantragt.

(3) Auf Antrag des Schuldners hat das Gericht anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet. § 55 Absatz 2 gilt entsprechend.

(4) <sup>1</sup>Das Gericht hebt die Anordnung nach Absatz 1 vor Ablauf der Frist auf, wenn

1. die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist;
2. der vorläufige Gläubigerausschuss die Aufhebung beantragt oder
3. ein absonderungsberechtigter Gläubiger oder ein Insolvenzgläubiger die Aufhebung beantragt und Umstände bekannt werden, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird; der Antrag ist nur zulässig, wenn kein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt ist und die Umstände vom Antragsteller glaubhaft gemacht werden.

<sup>2</sup>Der Schuldner oder der vorläufige Sachwalter haben dem Gericht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen. <sup>3</sup>Nach Aufhebung der Anordnung oder nach Ablauf der Frist entscheidet das Gericht über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

#### Übersicht

	Rn		Rn
I. Normzweck, Gesetzgebungshinweise	1	2. Antrag des Schuldners	18
1. Wesentlicher Inhalt	1	3. Bescheinigung eines Insolvenzfachmanns (Abs 1 S 2)	21
2. Gesetzgebungshinweise	4		
II. Voraussetzungen (Abs 1)	13	III. Die Entscheidung des Gerichts	
1. Insolvenzgrund und Sanierungsaussichten	13	(Abs 1 S 1, 2, Abs 2 und 3)	32
		1. Überprüfung der Voraussetzungen	32

Rn		Rn	
2.	Entscheidung über die Gewährung der Frist	35	
3.	Bestellung des vorläufigen Sachwalters (Abs 2 S 1, 2)	37	
4.	Ergänzende Sicherungsmaßnahmen (Abs 2 S 3)	42	
5.	Begründung von Masseverbindlichkeiten (Abs 3)	43	
		6. Öffentliche Bekanntmachung	49
		IV. Die Geschäftsführung während des Schutzschirmverfahrens	50
		V. Die Beendigung des Schutzschirmverfahrens	51
		1. Die vorzeitige Beendigung (Abs 4 S 1, 2)	51
		2. Der Übergang ins reguläre Verfahren	55

## I. Normzweck, Gesetzgebungshinweise

**1. Wesentlicher Inhalt.** Die Vorschrift bietet dem Schu, der eine Sanierung durch InsPlan beabsichtigt und noch nicht zahlungsunfähig ist, die Möglichkeit, durch einen InsAntrag in ein bes schuldnerfreundlich ausgestaltetes EröffnungsVerf einzutreten. Ihm wird eine Frist von bis zu drei Monaten für die Vorbereitung des InsPlans eingeräumt. Bei der Geschäftsführung wird er unter die Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters gestellt, den er selbst vorschlagen kann. Er kann Verbindlichkeiten begründen, die im anschließenden InsVerf als Masseverbindlichkeiten eingeordnet werden, und erhält einen „**Schutzschirm**“ gegen Vollstreckungsversuche seiner Gl.

Im Verhältnis zu den allg Regeln über die vorläufige Eigenverwaltung im EröffnungsVerf, insb zu § 270a, ist § 270b die **speziellere Vorschrift**. Soweit § 270b Regelungen enthält – zB über die Auswahl des vorl Sachwalters in Abs 2 und über den Anspruch auf die Kompetenz zur Begr von Masseverbindlichkeiten in Abs 3 – geht er dem allg Recht der vorläufigen Eigenverwaltung vor. Für nicht bes geregelte Bereiche gelten § 270a und die diesen ergänzenden Rechtsvorschriften.<sup>1</sup>

Um die Vorteile des „SchutzschirmVerf“ zu erlangen, muss der Schu allerdings einige Formalitäten erfüllen. Insb muss er die **begründete Bescheinigung eines InsFachmanns** zu den InsGründen und den Sanierungsaussichten vorlegen. Die Erstellung der Bescheinigung, deren Überprüfung durch das Gericht und eine ggf erforderliche Nachbesserung können zu erheblichen Verzögerungen führen. In vielen Fällen wird es auch bei der Vorbereitung einer Sanierung mithilfe eines InsPlans sinnvoll sein, sich mit dem Verf nach § 270a zu begnügen.<sup>2</sup> Auch das RegellInsVerf kann im Einzelfall das geeignete Verf zur Durchführung einer Sanierung sein.<sup>3</sup> Ein Vorteil des Verf nach § 270b wird aber schon darin gesehen, dass es wegen der üblich gewordenen Bezeichnung als „SchutzschirmVerf“ die geringstmögliche Diskriminierung des Schu als InsFall bedeutet.<sup>4</sup>

**2. Gesetzgebungshinweise.** Das SchutzschirmVerf des § 270b ist durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (**ESUG**) in die InsO eingefügt worden.<sup>5</sup> Es steht im Zusammenhang mit den zahlreichen weiteren Maßnahmen dieses Gesetzes zur Stärkung der Eigenverwaltung und zur Schaffung von Anreizen für rechtzeitige InsAnträge.<sup>6</sup> § 270b hat aber insofern eine bes Bedeutung, als hier ein **EröffnungsVerf eigener Art** entstanden ist, das Züge eines vorinsolvenzlichen SanierungsVerf aufweist. Hintergrund waren rechtspolitische und rechtsvergleichende Diskussionen um SanierungsVerf

1 K Schmidt/Undritz § 270b Rn 8.

2 Vgl Schelo ZIP 2012, 712; Pape FS Haarmeyer, 2013, S 219.

3 Wallner ZIP 2015, 997.

4 Ehlers ZInsO 2013, 114.

5 Vgl zu diesem Gesetz oben Vor § 270 Rn 5.

6 Vgl die Begr zum RegE ESUG, BT-Drucks 17/5712, 40.

im Vorfeld einer Insolvenz, bei denen ausländische Rechtsinstitute wie das *Company Voluntary Arrangement* des englischen Rechts und die französische *procédure de sauvegarde* eine große Rolle spielten.<sup>7</sup> Der deutsche Gesetzgeber wollte jedoch die Vorteile des deutschen einheitlichen InsVerf nicht aufgeben. Er hat daher kein getrenntes SanierungsVerf geschaffen, sondern sich mit einer bes Ausgestaltung des EröffnungsVerf begnügt.<sup>8</sup>

- 5 Als Teil des einheitlichen InsVerf ist auch das SchutzschirmVerf auf die **bestmögliche Befriedigung** der Gl ausgerichtet. Widerspricht der InsPlan, den der Schu während dieses Verf vorbereitet, den Interessen der Gl, so wird er im eröffneten Verf schwerlich die erforderliche Zustimmung der Gl finden. Möglicherweise wird in einem solchen Fall das SchutzschirmVerf schon vorzeitig abgebrochen werden, nämlich auf Antrag des vorl GlAusschusses; diesem Antrag hat das Gericht zwingend zu entsprechen (§ 270b Abs 4 S 1 Nr 2). Mit diesem mehrfach verankerten Letztentscheidungsrecht der Gl wird zugleich der Gefahr vorbeugegt, dass „Sanierungen“ begünstigt werden, die nicht die Rentabilität des Unternehmens wiederherstellen und damit marktwirtschaftlich sinnwidrig sind. Die Forderung von Pape, die Sanierung des Unternehmens als eigenständiges Ziel des Verf nach § 270b anzuerkennen, vorrangig oder zumindest gleichrangig mit dem Ziel der bestmöglichen GlBefriedigung,<sup>9</sup> könnte daher zu wirtschaftlichen Fehlentwicklungen führen; ihr muss nachdrücklich widersprochen werden.<sup>10</sup>
- 6 Die Einpassung des SchutzschirmVerf in das einheitliche InsVerf hat weiter den Vorteil, dass es ohne Weiteres in den Kreis der Verf fällt, deren Wirkungen nach der **EUInsVO** europaweit anerkannt werden.<sup>11</sup>
- 7 Auch bereitet die **Vorfinanzierung von InsGeld** keine bes Probleme. Die Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit sind entspr angepasst worden.<sup>12</sup>
- 8 Ein Nachteil ist, dass das SchutzschirmVerf ebenso wie die anderen Arten des InsEröffnungsVerf im **Vergaberecht** dem öffentlichen Auftraggeber ein Ermessen eröffnet, das Unternehmen vom BieterVerf auszuschließen.<sup>13</sup>
- 9 § 270b hat im **GesetzgebungsVerf** – vom DiskE des ESUG<sup>14</sup> über den RegE<sup>15</sup> zur Beschlussempfehlung des RAussch<sup>16</sup> – erhebliche Änderungen erfahren. Insb war das SchutzschirmVerf ursprünglich auf die Zeit der drohenden Zahlungsunfähigkeit beschränkt. Wenn zusätzlich Überschuldung vorlag, durfte es nicht begonnen werden, und sobald Zahlungsun-

7 Vgl zu diesen und anderen europäischen SanierungsVerf zB *Piekenbrock* NZI 2012, 905; zu den französischen vorinsolvenzlichen Verf *Dammann* NZI 2009, 502 und *Degenhardt* NZI 2014, 433 (dieser auch zu der Reform durch die VO v 12.3.2014).

8 Die Begr zum RegE ESUG verwischt diesen Unterschied, wenn sie davon spricht, dass dem Schu „im Zeitraum zwischen Eröffnungsantrag und VerfEröffnung ein eigenständiges SanierungsVerf zur Verfügung gestellt“ werde (BT-Drucks 17/5712, 40).

9 *K/P/B/Pape* § 270b Rn 14–19; ähnlich *HambKomm/Schmidt* § 1 Rn 26; *Mönning* FS Kübler, 2015, S 431, insb 437 f. – Auch *Pape* (in *K/P/B* § 270b Rn 88) erkennt aber an, dass der Gesetzgeber in § 270b Abs 4 S 1 Nr 2 die Interessen der Gl eindeutig über die des Schu gestellt hat.

10 Für eine Unterordnung des SchutzschirmVerf unter das Ziel der bestmöglichen GlBefriedigung zB auch *FK/Foltis* § 270b Rn 41; *Bremen* NZI 2014, 137; *Buchalik* ZInsO 2015, 484; *Klein/Thiele* ZInsO 2013, 2235.

11 *Piekenbrock* NZI 2012, 908.

12 DA-Insolvenzgeld, Nr 3.2 Abs 2 zu § 170 SGB III; vgl *Cranshaw* ZInsO 2013, 1493, 1494; *Hunold* NZI 2015, 789 f.

13 § 16 Abs 2 Nr 1 a VOB/A. Dazu krit *Loszynski* ZIP 2014, 1614.

14 Veröffentlicht als Beil 1 zu Heft 28/2010 der ZIP.

15 BT-Drucks 17/5712.

16 BT-Drucks 17/7511.

fähigkeit eintrat, war es zu beenden. Systematisch war dies stimmig: Die Erleichterungen für den Schu waren auf den Zeitraum beschränkt, in dem noch kein allg InsGrund vorlag, sondern nur der Schu die rechtliche Möglichkeit hatte, ein InsVerf zu beantragen. Der Anwendungsbereich der Vorschrift war dadurch aber sehr stark eingeschränkt, insb deshalb, weil bei drohender Zahlungsunfähigkeit häufig auch schon Überschuldung eingetreten ist. Im RegE wurde die Vorschrift aus diesem Grund dahin erweitert, dass Überschuldung nicht länger ein Hindernis für den Antrag darstellt. Der RAussch hat es in einem weiteren Schritt für unschädlich erklärt, dass während des SchutzschirmVerf Zahlungsunfähigkeit eintritt. Er hat dies damit begründet, es dürfe nicht in der Hand einzelner GI liegen, nach dem Bekanntwerden des InsAntrags durch Fälligstellen ihrer Forderungen das SchutzschirmVerf zu torpedieren.<sup>17</sup> Mit dieser Änderung ist das SchutzschirmVerf nicht mehr auf Fälle beschränkt, in denen schon im Vorfeld weitgehende Einigkeit zwischen dem Schu und den wichtigsten GI über die beabsichtigten Maßnahmen erzielt worden ist,<sup>18</sup> sondern es kann durchaus auch in Fällen eingesetzt werden, in denen Absprachen mit den HauptGI gescheitert sind und der Schu die Zeit bis zur Vorlage eines InsPlans überbrücken will.<sup>19</sup>

Die Interessen der GI sah der RAussch ausreichend gewahrt, insb durch die Aufsicht des vorl Sachwalters und dadurch, dass der vorl GIaussch jederzeit mit einfacher Mehrheit die Beendigung des SchutzschirmVerf durchsetzen kann. Ob dies ausreicht, um die GI bei Eintritt der **Zahlungsunfähigkeit** des Schu vor weiteren Verlusten zu schützen, erscheint zweifelhaft.<sup>20</sup> Der vorl Sachwalters, den der Schu selbst vorgeschlagen hat, ist nur bedingt zur Überwachung des Schu geeignet.<sup>21</sup> Die Bestellung eines vorl GIausschusses ist nicht für jedes InsVerf vorgeschrieben. Die Gerichte haben aber verschiedene Möglichkeiten, Fehlentwicklungen vorzubeugen: Sie werden zunächst darauf achten, dass ein Schu, der den Antrag nach § 270b stellt, noch nicht zahlungsunfähig ist.<sup>22</sup> Sie können in dem eingeschränkten Umfang, den das Gesetz vorsieht, die Unabhängigkeit und die Sachkunde des vorl Sachwalters prüfen, und sie können einen vorl GIausschuss auch in Fällen bestellen, in denen er nicht zwingend vorgeschrieben ist. Die Einsetzung eines vorl GIausschusses ist in den Verf nach § 270b zum Schutz der Interessen der GI praktisch unverzichtbar.<sup>23</sup> Bes wichtig ist in diesen Verf auch, dass das Gericht nicht ungeprüft die vom Schu vorgeschlagenen Personen zu Ausschussmitgliedern bestellt, sondern ggf einzelne Vorschläge unberücksichtigt lässt und in eigener Initiative unabhängige Personen ergänzt.<sup>24</sup> Schließlich kann das Gericht das SchutzschirmVerf von Amts wegen beenden, wenn die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist (§ 270b Abs 4 S 1 Nr 1).

10

17 BT-Drucks 17/5711, 37.

18 In diese Richtung geht die vielzitierte Äußerung in der Begr des RegE zur Erforderlichkeit eines Konsenses mit den maßgeblichen GI im Vorfeld eines Antrags nach § 270b, BT-Drucks 17/5712, 40.

19 So zutr *K/P/B/Pape* § 270b Rn 20–22. Zurückhaltender FK/Foltis § 270b Rn 3.

20 Die Bedenken des Autors sind eingehender dargestellt in WM 2013, 874 f.

21 Vgl dazu die pointierten Hinweise von *Siemon ZInsO* 2013, 1851, 1871 auf die Loyalitätskonflikte des „mitgebrachten“ vorl Sachwalters.

22 Dazu *Ganter NZI* 2012, 985, 988.

23 Vgl *K/P/B/Pape* § 270b Rn 69 f.

24 Die *Kölner InsRichter* (ZIP 2014, 2165) sehen in Unabhängigkeitsprüfung und autonomer Besetzung des vorl GIausschusses das notwendige Korrektiv zur Freiheit des Schu bei der Auswahl des vorl Sachwalters.

- 11 Ob das SchutzzschirmVerf den Erwartungen gerecht wird und ob „trotz § 270b noch ein **Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches SanierungsVerf**“ besteht, ist in der Fachwelt umstritten. In der Lit gibt es viele Stimmen, die dieses Bedürfnis bejahen.<sup>25</sup>
- 12 Die **EU-Kommission** hat am 22.11.2016 einen Richtlinienentwurf<sup>26</sup> für die Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens veröffentlicht. Mit der Einführung eines **vorinsolvenzliches SanierungsVerf** ist daher auch in Deutschland in absehbarer Zeit zu rechnen.

## II. Voraussetzungen (Abs 1)

- 13 **1. Insolvenzgrund und Sanierungsaussichten.** Das „SchutzzschirmVerf“ nach § 270b steht Schu offen, bei denen drohende Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung vorliegt, aber noch keine Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Weitere Voraussetzung ist, dass eine Sanierung angestrebt wird und dass diese nicht offensichtlich aussichtslos ist. Beide Voraussetzungen sind Gegenstand einer Bescheinigung, die dem Antrag des Schu beizufügen ist.
- 14 Die **drohende Zahlungsunfähigkeit** ist in § 18 definiert.<sup>27</sup> Auch einem Schu, bei dem der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit kurzfristig zu erwarten ist, steht der Weg des § 270b offen;<sup>28</sup> allerdings darf die Zahlungsunfähigkeit in dem Zeitpunkt, in dem das Gericht über den Antrag des Schu entscheidet, noch nicht eingetreten sein. Ist eine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit durch eine Stundungsvereinbarung für eine bestimmte Zeit beseitigt worden, so besteht während dieser Zeit nur eine drohende Zahlungsunfähigkeit, so dass der Zugang zum SchutzzschirmVerf nicht versperrt ist.<sup>29</sup>
- 15 Für die **Überschuldung** ist § 19 in der Fassung maßgeblich, die er im Jahre 2008 durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz erhalten hat und die jetzt unbefristet gilt.<sup>30</sup> Eine positive Fortführungsprognose schließt danach die Überschuldung aus. Als Grundlage für einen Antrag nach § 270b kommt die Überschuldung daher nur in den Fällen in Betracht, in denen zwar die Fortführungsprognose negativ, eine Sanierung dennoch nicht offensichtlich aussichtslos ist.<sup>31</sup>

25 Bork ZIP 2011, 2035; Paulus WM 2011, 2205, 2208; K/P/B/Pape § 270b Rn 6; Siemon NZI 2016, 57; Goetker/Schulz ZIP 2016, 2095, 2099; Gravenbrucher Kreis ZIP 2016, 1208f mit Anm Jacoby ZIP 2016, 1210; Lürken NZI 2015, 3, 8 f; Florstedt ZIP 2014, 1513, 1520; Paulus BB 18/2014, I; ders EWiR 2014, 481, 482. Demgegenüber hält Madaus (KTS 2015, 115, 136) ein vorinsolvenzliches SanierungsVerf vorerst nicht für geboten, er befürwortet aber eine tiefgreifende Reform des Rechts der Eigenverwaltung in der InsO mit dem Hauptziel, die Anreize für den Schu zu stärken.

26 Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, COM(2016) 723 final.

27 Zur Auslegung dieses Begriffs s BGH ZIP 2014, 183 = ZInsO 2014, 259 mit Anm Frystatski und BGH ZInsO 2015, 841. Vgl weiter – auch zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit – den neuen IDW-Standard S 11, veröffentlicht im Supplement 2/2015 der Zeitschrift Die Wirtschaftsprüfung, besprochen von Zabel/Piitz ZIP 2015, 91 und von Steffan/Solmecke ZInsO 2015, 1365.

28 Ganter NZI 2012, 985; aA K/P/B/Pape § 270b Rn 33.

29 AG Ludwigshafen ZIP 2014, 1746; Ganter NZI 2012, 985 (mit der Einschränkung, dass ein solches Moratorium nicht missbräuchlich, zB durch unerfüllbare Versprechungen, erlangt werden sein darf); aA AG Erfurt ZInsO 2012, 944.

30 Zur Beseitigung der Befristung und zur schwierigen Abgrenzung dieses Begriffs von der drohenden Zahlungsunfähigkeit K Schmidt ZIP 2013, 485. Auch zur Auslegung des Begriffs der Überschuldung gibt der neue IDW-Standard S 11 wertvolle Hinweise.

31 Vgl Zipperer/Vallender NZI 2012, 731.

„**Offensichtlich aussichtslos**“ kann die beabsichtigte **Sanierung** beispielsweise dann sein, wenn bekannt ist, dass der vorl GlAusschuss oder die wichtigsten Gl das Sanierungskonzept des Schu ablehnen. Auch können trotz der noch bestehenden Zahlungsfähigkeit die liquiden Mittel zur Fortführung des Unternehmens während der Vorbereitung der Sanierung fehlen; hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Schu während des SchutzschirmVerf häufig in der Lage sein wird, durch Begründung von Masseverbundlichkeiten (§ 270b Abs 3) und durch Vorfinanzierung von InsGeld zusätzliche Liquidität zu schaffen. In bes Fällen kann eine rechtskräftige Gewerbeuntersagung oder der nicht mehr anfechtbare Entzug einer Konzession die angestrebte Sanierung offensichtlich aussichtslos machen.<sup>32</sup> Geringe Chancen für ein Gelingen der Sanierung reichen aus.<sup>33</sup>

Die angestrebte Sanierung kann eine Sanierung durch InsPlan sein, sie kann aber auch durch Übertragung des Unternehmens auf einen anderen Rechtsträger verwirklicht werden. Zwar erwähnt Abs 1 S 1 bei der richterlichen Frist nur die Vorlage eines InsPlans; es sind jedoch keine sachlichen Gründe ersichtlich, den in der Praxis genau so wichtigen Fall der **übertragenden Sanierung** auszuschließen.<sup>34</sup> Es würde dem offenen Ansatz der InsO widersprechen, hier eine Art der Sanierung gegenüber einer anderen Art zu bevorzugen.<sup>35</sup> Im Übrigen sind die Grenzen fließend, da auch eine übertragende Sanierung durch einen InsPlan verwirklicht werden kann. Jedenfalls wird es unschädlich sein, wenn der Schu während der richterlichen Frist von dem Vorhaben, den bestehenden Rechtsträger durch einen InsPlan zu sanieren, auf die Vorbereitung einer übertragenden Sanierung übergeht.<sup>36</sup>

**2. Antrag des Schuldners.** Zur Einleitung des SchutzschirmVerf ist ein **dreifacher Antrag** des Schu erforderlich: ein Antrag auf Eröffnung des InsVerf, ein Antrag auf Eigenverwaltung (§ 270 Abs 2 Nr 1) und ein Antrag auf Einräumung einer Frist von höchstens drei Monaten zur Vorbereitung eines InsPlans.<sup>37</sup>

Wie der Antrag auf Eigenverwaltung kann der Antrag auf Einräumung der Frist nach § 270b bei **juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit** von jeder vertretungsberechtigten Person und von jeder vertretungsberechtigten Mehrzahl von Personen gestellt werden.<sup>38</sup>

**Verbraucher** haben durch das Gesetz vom 15.7.2013<sup>39</sup> die Möglichkeit erhalten, ihre Vermögensverhältnisse durch einen InsPlan neu zu ordnen. Das SchutzschirmVerf kommt für sie aber nicht in Betracht, da eine Eigenverwaltung nach wie vor im VerbrInsVerf ausgeschlossen ist.<sup>40</sup> Den freien Berufen steht das Verf dagegen offen.<sup>41</sup>

32 Beispiele von *Gutmann/Laubereau* ZInsO 2012, 1861, 1870.

33 *K Schmidt/Udritz* § 270b Rn 4; *Zipperer/Vallender* NZI 2012, 732; s auch *Mönning/Schäfer/Schiller* BB 2017, Beil zu Heft 25, S 3.

34 Vgl *Schelo* ZIP 2012, 713.

35 *LAG Hamm* ZIP 2016, 2167, Rn 37; *Zipperer/Vallender* NZI 2012, 732; gegen eine Erstreckung auf die übertragende Sanierung zB *FK/Foltis* § 270b Rn 44; wohl auch *Mönning/Schäfer/Schiller* BB 2017, Beil zu Heft 25, 4f „die generelle Tauglichkeit für ein Insolvenzplanverfahren sei ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“.

36 *K/P/B/Pape* § 270b Rn 40.

37 Nach der hier vertretenen Ansicht kann die Frist auch zur Vorbereitung einer übertragenden Sanierung beantragt und bewilligt werden, vgl oben Rn 17.

38 Vgl oben § 270 Rn 11; *Gutmann/Laubereau* ZInsO 2012, 1862f.

39 *BGBI* I, 2379.

40 Jetzt durch § 270 Abs 1 S 3, früher durch § 312 Abs 2.

41 *Gutmann/Laubereau* ZInsO 2012, 1862.

- 21 **3. Bescheinigung eines Insolvenzfachmanns (Abs 1 S 2).** Dem Antrag ist die **Bescheinigung** einer in InsSachen erfahrenen, qualifizierten Person beizufügen, in der begründet wird, dass beim Schu drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegt, aber noch keine Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, und dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.
- 22 Welche **Anforderungen** an die bescheinigende Person sowie an Inhalt und Ausführlichkeit der Bescheinigung zu stellen sind, war nach dem Inkrafttreten des ESUG zunächst stark umstritten. Weitgehende Klarheit hat 2014 der **IDW-Standard S 9 (Bescheinigung gem § 270b InsO)** gebracht, der von einer Arbeitsgruppe des Instituts der Wirtschaftsprüfer zusammen mit dem Arbeitskreis InsGer erstellt worden ist.<sup>42</sup> Der schon einige Zeit vorher veröffentlichte Leitfaden des Bundesverbands Deutscher Unternehmensberater „Struktur eines Grobkonzeptes iRD Bescheinigung nach § 270b InsO“ bietet ebenfalls Hilfen für die Ausarbeitung der Bescheinigung.<sup>43</sup> Hier werden aber insofern zu hohe Anforderungen gestellt, als im Grobkonzept schon Details des beabsichtigten InsPlans wie zu erwartende InsQuoten, angedachte Gruppenstruktur und Berechnung der Besserstellung der Gl durch den Plan aufgeführt werden sollen.<sup>44</sup> Das Muster einer Bescheinigung haben Weber/Knapp veröffentlicht, allerdings noch ohne Berücksichtigung der Standards IDW S 9 und S 11 (InsReife).<sup>45</sup> Die vorgenannten Standards genügen in jedem Fall den gesetzlichen Anforderungen. Dennoch ist in der Praxis im Einzelfall empfehlenswert, Art, Umfang, Prüfungstiefe und inhaltliche Ausgestaltung der Bescheinigung vorab mit dem InsGer abzustimmen.<sup>46</sup>
- 23 Die Bescheinigung muss die Schriffform einhalten.<sup>47</sup> Sie muss **aktuell** sein, wenn sie dem Gericht eingereicht wird; denn eine drohende Zahlungsunfähigkeit kann sehr schnell in den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit umschlagen. Als Faustregel sollte gelten, dass sie nicht älter als eine Woche sein darf.<sup>48</sup> Erg sollte der Schu bei der Einreichung der Anträge versichern, dass in der Zwischenzeit keine wesentliche Verschlechterung der Liquidität eingetreten ist und dass er bis zur Entsch des Gerichts unaufgefordert und unverzüglich solche Verschlechterungen mitteilen werde.<sup>49</sup>
- 24 Zur **Qualifikation** des Bescheinigers verlangt das Gesetz, dass er aus den Berufsgruppen der Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwälte kommt oder „mit vergleichbarer Qualifikation“ ausgestattet ist. Dies erfasst nach den Gesetzesmaterialien zB die Steuerbevollmächtigten und die vereidigten Buchprüfer, aber auch Angehörige vergleichbarer Berufe aus der EU oder dem Europäischen Wirtschaftsraum.<sup>50</sup> Unternehmensberater sind dort nicht genannt, sie werden aber bei entspr Ausbildung und Vortätigkeit eine vergleichbare Kompetenz besitzen.<sup>51</sup> Juristische Personen kommen nach wohl überwiegender Auff in der

42 Der Standard ist abgedruckt in ZInsO 2014, 2266, vgl dazu *Frind* ZInsO 2014, 2264 und *v Loeffelholz/Sanne* NZI 2015, 583.

43 Abgedruckt ZInsO 2013, 2095, besprochen von *Hermanns* ZInsO 2014, 922.

44 Vgl von *Loeffelholz/Sanne* NZI 2015, 587.

45 *Weber/Knapp* ZInsO 2014, 2254.

46 *Mönning/Schäfer/Schiller* BB 2017, Beil zu Heft 25, 3.

47 *Beth* ZInsO 2015, 373.

48 Vgl IDW S 9 Rn 35; *Beth* ZInsO 2015, 373; *Zipperer/Vallender* NZI 2012, 735; *Hölzle* Praxisleitfaden ESUG, 2. Aufl 2014, § 270b Rn 53; abw *A Schmidt/Linker* ZIP 2012, 963; höchstens 3 Tage; *K/P/B/Pape* § 270b Rn 52: Finanzstatus jedenfalls nicht älter als 3 Wochen.

49 Vgl *Frind* ZInsO 2014, 2265.

50 Begr RegE ESUG, BT-Drucks 17/5712, 40.

51 *Schröder/Schulz* ZIP 2017, 1096, 1101; *Von Loeffelholz/Sanne* NZI 2015, 584; IE übereinstimmend *Kübler/Koch/Jung* HRI § 8 Rn 40; vgl auch *Buchalik* ZInsO 2012, 351: „grds ... ausgeschlossen, jedoch ...“; **abl** *Gutmann/Laubereau* ZInsO 2012, 1867; *Steffan/Solmecke* ZIP 2014, 2272.

Literatur nicht als Bescheiniger in Frage. Die erforderliche Qualifikation könne nur für eine bestimmte natürliche Person festgestellt werden.<sup>52</sup> Richtigweise dürfte allerdings ausreichen, wenn dafür Sorge getragen wird, dass Bescheinigungen juristischer Personen und Personengesellschaften genaue Angaben dazu enthalten, welche natürliche Personen im konkreten Fall verantwortlich mit der Erstellung der Bescheinigung betraut waren.<sup>53</sup>

Neben dieser Qualifikation ist stets auch **Erfahrung in InsSachen** erforderlich. Dabei muss diese Erfahrung einschlägig sein, sich also auf eine Tätigkeit als Verw oder Sachwalter in UnternehmensIns oder eine berufliche Befassung mit der Analyse von Unternehmenskrisen, Prüfung der InsEröffnungsgründe und der Ausarbeitung von Sanierungskonzepten beziehen.<sup>54</sup> Erfahrungen mit der Prüfung bzw Erstellen von Sanierungskonzepten gem oder in Anlehnung an den IDW S 6 sind hilfreich, denn nach IDW S 6 ist ähnlich wie bei der Schutzschildbescheinigung auf der ersten Stufe unter dem Stichwort „Fortführungsfähigkeit“ zunächst eine InsReifeprüfung durchzuführen, bevor auf der zweiten Stufe dann das Sanierungskonzept überprüft wird.<sup>55</sup> Die Erfahrung muss sich über einen längeren Zeitraum erstrecken.<sup>56</sup>

Qualifikation und Erfahrung sind **dem Gericht nachzuweisen**, soweit sie dort nicht ohnehin bekannt sind. Die entspr Nachweise können der Bescheinigung beigefügt werden.<sup>57</sup>

Das Gesetz verlangt **nicht**, dass der Bescheiniger vom Schu **unabhängig** ist. Auch der Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater, der das Unternehmen des Schu seit Jahren betreut, kann die Bescheinigung ausstellen.<sup>58</sup> Hierzu gibt es allerdings gegenteilige Entsch des AG München,<sup>59</sup> dessen Auff nach Berichten aus der Praxis von anderen InsGerichten geteilt wird.<sup>60</sup> Soweit hier die Gefahr einer Gefälligkeitsbescheinigung gesehen wird, ist dem entgegenzuhalten, dass diese Gefahr auch bei Beauftragung eines externen Dritten nicht ausgeschlossen werden kann. Eine unrichtige Bescheinigung ist mit erheblichen Haftungsrisiken für den Bescheiniger verbunden.<sup>61</sup> Außerdem hat die Stellungnahme einer Person, die das Unternehmen seit Jahren kennt, ein größeres Gewicht als die eines kurzfristig hinzugezogenen Außenstehenden. In der Praxis sollte versucht werden, durch eine Vorbesprechung mit dem Gericht Klarheit über dessen Anforderungen an die Unabhängigkeit des Bescheinigers zu erlangen.<sup>62</sup> Dabei sollte der Bescheiniger seine Verbindungen zum Schu umfassend offenlegen.<sup>63</sup>

52 Graf-Schlicker/Graf-Schlicker § 270b Rn 9; MK/Kern § 270b Rn 43; Kraus/Lenger/Radner ZInsO 2012, 587, 588; FK/Foltis § 270b Rn 23; Zipperer/Vallender NZI 2012, 729, 730; so auch Landermann (8 Aufl); aA Beth ZInsO 2015, 373; Schröder/Schulz ZIP 2017, 1096, 1097; Gutmann/Laubereau ZInsO 2012, 1868 f.

53 Schröder/Schulz ZIP 2017, 1096, 1100.

54 IDW S 9 Rn 5; vgl Graf-Schlicker § 270b Rn 9; Schröder/Schulz ZIP 2017, 1096, 1101 f.

55 Schröder/Schulz ZIP 2017, 1096, 1102.

56 Zipperer/Vallender NZI 2012, 730 verlangen bei komplexen Konzernstrukturen eine vierjährige Erfahrung.

57 Vallender GmbHR 2012, 451.

58 IDW S 9 Rn 7; Graf-Schlicker § 270b Rn 10; Ehlers ZInsO 2013, 115; A Schmidt/Linker ZIP 2012, 964; Schröder/Schulz ZIP 2017, 1096, 1102; Zipperer/Vallender NZI 2012, 730 f.

59 AG München ZIP 2012, 745 mit zust Anm Hölzle EWiR 2012, 465; AG München 14.6.2012 – 1506 IN 1851/12.

60 Kremers/Hoffmann ZInsO 2013, 289. – Eine Unabhängigkeit des Bescheinigers vom Schu verlangen auch K/P/B/Pape § 270b Rn 44; Bremen NZI 2014, 140; Schmittmann ZInsO 2012, 1921.

61 Dazu unten Rn 31.

62 Kolmann DB 2014, 1663; von Loeffelholz/Sanne NZI 2015, 585.

63 Beth ZInsO 2015, 374.

25

26

27

- 28 **Inhaltlich** muss die Bescheinigung zunächst zu den **InsGründen** Stellung nehmen: Anhand einer Gegenüberstellung von Forderungen und Verbindlichkeiten mit den jeweiligen Fälligkeiten ist darzustellen, dass Zahlungsunfähigkeit droht, aber noch nicht eingetreten ist. Wird der Antrag ausnahmsweise auf Überschuldung gestützt, ist das Vermögen auf der Grundlage der Liquidationswerte den Verbindlichkeiten gegenüberzustellen und zu begründen, dass die Fortführungsprognose negativ ist.
- 29 Für die Stellungnahme zu den **Sanierungsaussichten** wird in der Begr des RegE zum ESUG betont, dass kein „umfassendes Sanierungsgutachten entspr bestimmten formalisierten Standards“ verlangt werde; die erheblichen Kosten eines solchen Gutachtens sollten dem Schu erspart werden.<sup>64</sup> In der Tat soll die Bescheinigung zu der beabsichtigten Sanierung nur begründen, warum diese nicht „offensichtlich aussichtslos“ ist. Als Grundlage für die Stellungnahme reicht daher ein Grobkonzept für die Sanierung.<sup>65</sup> Die Hauptursachen der wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Schu und die Eckpunkte der geplanten Sanierung einschl ihrer Finanzierung sind konkret darzustellen.<sup>66</sup> Die Einstellung der wesentlichen Gl zu dem Sanierungskonzept ist durch deren Befragung oder in anderer geeigneter Weise festzustellen.<sup>67</sup> Schließlich sollte deutlich gemacht werden, dass die Liquidität zur Überbrückung des Zeitraums bis zur Annahme eines InsPlans oder anderweitigen Durchführung der Sanierung ausreicht; dabei sind die bes Erleichterungen des SchutzschirmVerf und des anschließenden InsVerf zu berücksichtigen.<sup>68</sup> Der Bescheiniger darf sich bei seinen Erklärungen nicht allein auf die Angaben des Schu verlassen, sondern muss diese zumindest anhand leicht zugänglicher Unterlagen auf ihre Richtigkeit und allg auf ihre Plausibilität prüfen. Die Schlüssigkeit des Sanierungskonzepts muss er selbst bewerten.<sup>69</sup>
- 30 Nach dem IDW-Standard S 9 soll nicht erforderlich sein, dass das Sanierungskonzept, zu dessen Erfolgsaussichten sich der Aussteller der Bescheinigung äußert, **von einer anderen Person erstellt** worden ist. Es soll auch zulässig sein, dass der Bescheiniger es selbst für den Schu ausgearbeitet hat.<sup>70</sup> Dagegen wird vorgebracht, dass dem Bescheiniger in diesem Fall die erforderliche Objektivität fehle.<sup>71</sup> Jedenfalls empfiehlt sich auch zu diesem Punkt eine vorherige Abstimmung mit dem Gericht.<sup>72</sup>

64 BT-Drucks 17/5712, 40.

65 Vgl *Hillebrand* ZInsO 2013, 2356.

66 Vgl *Bremen* NZI 2014, 139f.

67 IDW S 9 Rn 28; *Frind* ZInsO 2014, 2265.– Die Anforderungen an das Sanierungskonzept sind damit ähnlich denen, die der BGH im InsAnfRecht an einen ernstlichen Sanierungsversuch stellt: Verlangt wird ein schlüssiges Konzept, das von den erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht und nicht offensichtlich undurchführbar ist (BGH ZIP 1998, 248 Rn 28). Risiken und Erfolgsaussichten sind im Hinblick auf die vorhandenen und zu erwartenden finanziellen Hilfsquellen überschlägig zu bewerten; dazu ist die Bereitschaft der Gl einzuschätzen. (BGHZ 75, 96 = WM 1979, 878 Rn 41). Vgl zu dieser Parallele *Weber/Knapp* ZInsO 2014, 2247 und *Bremen* NZI 2014, 140.

68 Vgl zu den allg Anforderungen an den Inhalt der Bescheinigung weiter *Kübler/Koch/Jung* HRI § 8 Rn 53–69; *Graf-Schlicker* § 270b Rn 12f; *Buchalik* ZInsO 2012, 349, 351, der weitergehend eine Darstellung der Planung für das laufende und die beiden folgenden Geschäftsjahre verlangt; gegen eine derartige Anforderung *Hermanns* ZInsO 2012, 2269.

69 Vgl zur inhaltlichen Prüfung der Unterlagen und zur Abschätzung der Sanierungsaussichten *Hermanns* ZInsO 2012, 2269; *Steffan/Solmecke* ZIP 2014, 2274; *K/P/B/Pape* § 270b Rn 46 f.

70 IDW S 9 Rn 8; zust *Frind* ZInsO 2014, 2264; *Steffan/Solmecke* ZIP 2014, 2271.

71 Vgl *Hermanns* ZInsO 2014, 922, der auf das Selbstprüfungsverbot der Wirtschaftsprüfer verweist.

72 *Von Loeffelholz/Sanne* NZI 2015, 585.

Falsche Angaben in der Bescheinigung können die Folge haben, dass das Gericht die Voraussetzungen des SchutzschirmVerf zu Unrecht bejaht und den Gl dadurch ein Schaden entsteht. Bei Verschulden **haftet** der Aussteller der Bescheinigung den Gl auf Schadeneratz. Dies ist ein wichtiges Korrektiv, um Missbräuchen des SchutzschirmVerf entgegenzuwirken.<sup>73</sup> Es gelten die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte.<sup>74</sup> Allerdings erfordert die haftungsbegründende Kausalität den Nachweis, dass der Schaden durch die Einleitung des Schutzschirmverfahrens statt der Einleitung eines RegelInsVerf entstanden ist. Dies wird in der Praxis schwierig sein. Ein ersatzfähiger Schaden kommt etwa in Betracht, wenn der Schu auf vor Antragstellung begründete Altverbindlichkeiten zahlt.<sup>75</sup> Bei bewusst falschen Angaben in der Bescheinigung kommt im Übrigen auch eine Bestrafung wegen Betrugs in Betracht.<sup>76</sup>

### III. Die Entscheidung des Gerichts (Abs 1 S 1, 2, Abs 2 und 3)

**1. Überprüfung der Voraussetzungen.** Nach der Absicht des Gesetzgebers soll sich das Gericht bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Einleitung des SchutzschirmVerf vorliegen, weitgehend auf den Inhalt der Bescheinigung verlassen. Es ist der Sinn der Bescheinigung, den erforderlichen Nachweis zu den InsGründen und den Sanierungsaussichten zu erbringen. Dem Gericht ist aber zu empfehlen, den Inhalt der Bescheinigung **sorgfältig auf Lücken, Widersprüche, andere erkennbare Fehler und allg auf Plausibilität zu überprüfen**, um Gefälligkeitsbescheinigungen und Missbräuchen des Verf vorzubeugen. Sind die Aussagen in der Bescheinigung zu den InsGründen und den Sanierungsaussichten nicht überzeugend oder offensichtlich nicht mehr aktuell<sup>77</sup> oder werden Qualifikation und Erfahrung des Bescheinigers nicht ausreichend belegt, so sollte das Gericht grds eine kurze Frist zur Beseitigung der Mängel setzen, aber zu den offenen Fragen nicht selbst ermitteln und auch keinen Sachverständigen beauftragen.<sup>78</sup>

Nicht zwangsläufig Gegenstand der Bescheinigung ist allerdings die Frage, ob die **Voraussetzungen** für die Anordnung **einer vorl Eigenverwaltung nach § 270a** gegeben sind. Da § 270b für das SchutzschirmVerf auch den Antrag auf Eigenverwaltung verlangt und in Abs 2 S 1 die Bestellung eines vorl Sachwalters „nach § 270a Abs 1“ vorsieht, hat das Gericht auch zu prüfen, ob der Antrag auf Eigenverwaltung „offensichtlich aussichtslos“ ist (§ 270a Abs 1), ob also Tatsachen bekannt sind, die eindeutig erwarten lassen, dass die

73 Kübler/Koch/Jung HRI § 8 Rn 44–52.

74 Brinkmann DB 2012, 1313; Römermann/Preuß GmbHHR 2012, 430 f; K Schmidt/Undritz § 270b Rn 6; aA Gutmann/Laubereau ZInsO 2012, 1861.

75 Kübler/Koch/Jung HRI § 8 Rn 57.

76 Zur Strafbarkeit bei Vortäuschen der Voraussetzungen des § 270b Abs 1 InsO ausführlich Meier ZInsO 2016, 1499 ff.

77 Im Fall AG Ludwigshafen ZIP 2014, 1746 war durch Ablauf einer in der Bescheinigung genannten Stundungsfrist Zahlungsunfähigkeit eingetreten.

78 Vgl K/P/B/Pape § 270b Rn 59; K Schmidt/Undritz § 270b Rn 9; weitgehend übereinstimmend auch Kübler/Koch/Jung HRI § 8 Rn 79–85, die allerdings die Prüfungstiefe des Gerichts nach dem Renomme des Bescheinigers abstufen wollen. – Strikt gegen eine Überprüfung der Bescheinigung durch Gutachter Smid ZInsO 2013, 216; Graf-Schlicker § 270b Rn 15; A Schmidt/Linker ZIP 2012, 964; aA, aber im Einzelnen differenzierend Buchalik ZInsO 2012, 352 f; Frind ZInsO 2012, 1546. – Für eine Überprüfung nur der InsGründe Vallender DB 2015, 231 bei III 3 und Beth ZInsO 2015, 370 f. – Das AG Charlottenburg (ZInsO 2013, 2501 mit Anm Haarmeyer) hat iFd Suhrkamp-Verlages dem Antrag des Schu nach § 270b entsprochen, gleichzeitig aber den vorl Sachwalters beauftragt, als Sachverständiger zu prüfen, ob der bescheinigte InsGrund tatsächlich vorlag.

Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gl führen würde (§ 270 Abs 2 Nr 2).<sup>79</sup> Da nur offensichtliche Hindernisse zu berücksichtigen sind, ist ein Gutachtenauftrag auch hierzu nicht veranlasst.

- 34 Die Frage, ob die **Kosten des InsVerf gedeckt** werden können, stellt sich als solche noch nicht für die Einleitung des SchutzschirmVerf, sondern erst für die Eröffnung des InsVerf.<sup>80</sup> Wenn die Kostendeckung zweifelhaft erscheint, kann während des SchutzschirmVerf ein Gutachten dazu eingeholt werden, wobei als Gutachter auch der vorl Sachwalter eingesetzt werden kann.<sup>81</sup>
- 35 **2. Entscheidung über die Gewährung der Frist.** Sieht das Gericht die Voraussetzungen für das SchutzschirmVerf nicht als gegeben an – werden zB Mängel der Bescheinigung auch in einer Nachbesserungsfrist nicht behoben –, so weist es den Antrag zurück und teilt dem Schu mit, wie es das Verf fortzusetzen gedenkt: als EröffnungsVerf mit vorl Sachwalter nach § 270a<sup>82</sup> oder als allg EröffnungsVerf, in dem ggf ein vorl InsVerwalter bestellt wird. Unter den Voraussetzungen des § 270a Abs 2 gibt es dem Schu Gelegenheit, den Eröffnungsantrag zurückzunehmen.<sup>83</sup> Ein Rechtsmittel gegen die **Ablehnung des SchutzschirmVerf** ist nicht gegeben.<sup>84</sup>
- 36 Will das Gericht dagegen den Anträgen des Schu entsprechen, so bestimmt es durch Beschl eine **Frist zur Vorlage eines InsPlans**. Im Regelfall wird der Schu die Höchstfrist von drei Monaten beantragen, die ohnehin nur dann ausreichend ist, wenn wesentliche Grundlagen für den Sanierungsplan schon vor dem Antrag erarbeitet worden sind, und diese Frist wird dann auch vom Gericht zu gewähren sein.<sup>85</sup> Eine kürzere Frist kann ausnahmsweise geboten sein, wenn eine Gefährdung der GlInteressen eintreten könnte, zB in dem Fall, dass von dem dreimonatigen Zeitraum der InsGeld-Vorfinanzierung schon ein Monat verstrichen ist.<sup>86</sup> Wird eine kürzere Frist festgesetzt, so kann sie auf Antrag des Schu bis zur Höchstfrist verlängert werden; dies gilt auch dann, wenn der Schu selbst ursprünglich nur die kürzere Frist beantragt hatte.<sup>87</sup> Eine Verlängerung über die drei Monate hinaus ist in keinem Fall möglich.<sup>88</sup>
- 37 **3. Bestellung des vorläufigen Sachwalters (Abs 2 S 1, 2).** In demselben Beschl bestellt das Gericht einen vorl Sachwalter. Auf die Auswahl der Person hat der Schu maßgeblichen Einfluss: Zwar ist der Ausssteller der Bescheinigung durch Abs 2 S 1 ausdrücklich von diesem Amt ausgeschlossen, und man wird darüber hinaus verlangen müssen, dass der vorl Sachwalter auch nicht derselben Sozietät angehört wie der Bescheiniger.<sup>89</sup> Im Übrigen steht dem Schu aber ein Vorschlagsrecht zu; das Gericht kann von dem **Vorschlag des Schu** nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person „offensichtlich für die Übernahme des Amtes nicht geeignet“ ist. Der Grund für eine Ablehnung des Vorschlags kann fehlende Sachkunde sein.

79 *K Schmidt/Undritz* § 270b Rn 8; *K/P/B/Pape* § 270b Rn 37; *Beth* ZInsO 2015, 369; *Weber/Knapp* ZInsO 2014, 2248.

80 Mittelbar spielt sie allerdings eine Rolle für die Aussichten der geplanten Sanierung.

81 Vgl *Smid* ZInsO 2013, 215f; *Vallender* GmbHHR 2012, 453.

82 So geschehen im Fall *AG Ludwigshafen* ZIP 2014, 1746.

83 Vgl *A Schmidt/Linker* ZIP 2012, 964; *Frind* ZInsO 2012, 1552.

84 *Frind* ZInsO 2012, 1552 (der einen förmlichen AblehnungsBeschl aus diesem Grunde nicht für erforderlich und auch nicht für empfehlenswert hält); *K Schmidt/Undritz* § 270b Rn 9.

85 *Mönning/Schäfer/Schiller* BB 2017, Beil zu Heft 25, 2.

86 *Hölzle* Praxisleitfaden ESUG, 2. Aufl 2014, § 270b Rn 92–95.

87 *K/P/B/Pape* § 270b Rn 60; aA *Hölzle* aaO Rn 96.

88 *AG Hamburg* ZInsO 2013, 1533 bei III. der EntschGründe; *Graf-Schlicker* § 270b Rn 17.

89 *K Schmidt/Undritz* § 270b Rn 10; *Buchalik* ZInsO 2012, 351.

Vor allem aber wird das Gericht prüfen, ob die vorgeschlagene Person vom Schu und den Gl unabhängig ist.<sup>90</sup> Das Erfordernis der Unabhängigkeit wird in den Gesetzgebungsmaßnahmen zum ESUG von der BReg und vom BT-RAusschuss besonder hervorgehoben.<sup>91</sup> Wer den Schu vor dem InsAntrag eingehend insolvenzrechtlich beraten hat, ist nicht unabhängig; wer als vorl Sachwalter einen solchen Beratungsvertrag schließt, verliert die Unabhängigkeit.<sup>92</sup> Obwohl nur „offensichtliche“ Bedenken gegen die Sachkunde und die Unabhängigkeit zu berücksichtigen sind, wird man der Bedeutung des Amtes des vorl Sachwalters nicht gerecht, wenn man dem Gericht zumutet, eine ihm völlig unbekannte Person zu bestellen. Ist der oder die Vorgeschlagene nicht bei dem Gericht als InsVerw oder Sachwalter gelistet und auch nicht überregional bekannt, so wird der Schu dessen Eignung darzulegen haben.<sup>93</sup> Das Gericht kann die vorgeschlagene Person anhören, um sich eine Meinung zu der Eignung zu bilden.<sup>94</sup> Wer als generell ungeeignet aus der Vorauswahlliste des Gerichts gestrichen worden ist, kann nicht bestellt werden.<sup>95</sup> Die konkrete Eignung für das betreffende Verfahren fehlt, wenn nachvollziehbare und belegbare Gründe die Eignung des Kandidaten ausschließen, wie etwa bei arbeitsmäßiger Überlastung, längerfristiger Abwesenheit im Verf durch Urlaub bzw. Krankheit oder einer Interessenkollision aufgrund eines Näheverhältnisses zu einem wesentlichen Gl.<sup>96</sup>

Der **vorl GlAusschuss** hat bei der Auswahl des vorl Sachwalters nach § 270b kein Vorschlagsrecht. Die Sonderregelung in § 270b Abs 2 S 1 und 2 geht den Rechten des vorl GlAusschuss nach § 270a Abs 1 S 2, §§ 274, 56a vor. Das Vorschlagsrecht des vorl GlAusschusses greift nur dann, wenn der Schu von seinem Vorschlagsrecht aus § 270b Abs 2 S 1 keinen Gebrauch macht.<sup>97</sup> Auch das Recht zur Abwahl des vorl Sachwalters in der ersten Sitzung des vorl GlAusschusses gem § 56a Abs 3, das in engem Zusammenhang mit dem Vorschlagsrecht des Ausschusses steht, wird durch § 270b verdrängt.<sup>98</sup> Nicht ausgeschlossen ist jedoch, dass das Gericht den vorl GlAusschuss zur Person des vorgeschlagenen vorl Sachwalters anhört.<sup>99</sup> Im Übrigen hat der Ausschuss im SchutzschildVerf das Recht, die vorzeitige Beendigung dieses Verf durchzusetzen (§ 270b Abs 4 S 1 Nr 2).

Hält das Gericht die vorgeschlagene Person für **ungeeignet**, so ist dies nicht zwangsläufig ein Grund dafür, den Antrag des Schu auf das Verf nach § 270b insgesamt abzulehnen.<sup>100</sup> Das Gericht kann vielmehr eine andere Person zum vorl Sachwalter bestellen. Zuvor ist der Schu zu hören.<sup>101</sup> Wenn das Gericht vom Vorschlag des Schu abweicht, hat es die Gründe in dem Beschl darzustellen (Abs 2 S 2). Auf dieser Grundlage können dann die Gl entscheiden, ob sie nach der Beendigung des SchutzschildVerf von ihren Rechten Gebrauch machen wollen, auf die Person des Sachwalters oder InsVerw Einfluss zu nehmen.<sup>102</sup>

38

39

90 § 270a Abs 1 S 2, § 274 Abs 1, § 56 Abs 1 S 1.

91 Begr RegE, BT-Drucks 17/5712, 40; Bericht RAussch, BT-Drucks 17/7511, 37.

92 OLG Dresden ZIP 2015, 1937 mit Anm Vill ZInsO 2015, 2245 und Zimmer EWiR 2015, 707. Siehe dazu auch § 270a Rn 18.

93 Hölzle Praxisleitfaden ESUG, 2. Aufl 2014, § 270b Rn 96.

94 Smid ZInsO 2013, 217 f.

95 So ist wohl die Entsch AG Hamburg ZInsO 2013, 1533 zu verstehen, die auf K Schmidt/Ries § 56a Rn 21 verweist. Krit dazu Sämis ZInsO 2014, 1312.

96 Mönnig/Schäfer/Schiller BB 2017, Beil zu Heft 25, 7.

97 Zust Mohrbutter/Ringstmeier/Landry Kap 15 Rn 84; aA Graf-Schlicker § 270b Rn 19.

98 Vgl K Schmidt/Undritz § 270b Rn 11; Mönnig/Schäfer/Schiller BB 2017, Beil zu Heft 25, 7.

99 K/P/B/Pape § 270b Rn 66.

100 Sämis ZInsO 2014, 1312.

101 Vgl Begr RegE ESUG, BT-Drucks 17/5712, 40.

- 40 Um Schwierigkeiten und Verzögerungen zu vermeiden, empfiehlt es sich für den Schu, von vornherein eine Person zum vorl Sachwalter vorzuschlagen, die beim zuständigen InsGer gelistet ist und von der anzunehmen ist, dass sie das Vertrauen seiner wichtigsten Gl genießt.<sup>102</sup> Ein **Rechtsmittel** des Schu gegen die Ablehnung seines Vorschlags ist nicht gegeben.<sup>103</sup> Auch die Anfechtung der Bestellung des vorl Sachwalters durch den nicht zum Zuge gekommenen Prätendenten ist ausgeschlossen.<sup>104</sup>
- 41 Die **Rechte und Pflichten** des vorl Sachwalters iRd SchutzschirmVerf sind grds die gleichen wie bei der vorl Eigenverwaltung nach § 270a.<sup>105</sup> Hier wie dort besteht insb die Pflicht, unverzüglich das Gericht und den vorl GlAussch, hilfsweise die Gl, zu unterrichten, wenn Umstände festgestellt werden, die erwarten lassen, dass die Fortsetzung der vorl Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gl führen wird.<sup>106</sup> Anzeigepflichtig im Rahmen des SchutzschirmVerf können zB Umstände sein, durch die die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist.<sup>107</sup> § 270b Abs 4 S 2 überträgt dem vorl Sachwalter zusätzlich die Pflicht, einen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit unverzüglich dem Gericht anzuzeigen.<sup>108</sup>
- 42 **4. Ergänzende Sicherungsmaßnahmen (Abs 2 S 3).** Zum Wesen des SchutzschirmVerf gehört es, dass der Schu auf Antrag **Vollstreckungsschutz** erhält. Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen ihn werden einstweilen eingestellt und für die Zukunft untersagt. Voraussetzung ist nur der Antrag des Schu; ein Ermessen des Gerichts besteht insoweit nicht. Andere Sicherungsmaßnahmen wie das Verbot, Gegenstände mit Absonderungsrechten zur Verwertung herauszugeben, kann das Gericht nach den allg Vorschriften für EröffnungVerf anordnen.<sup>109</sup> Betreibt ein Gl die Zwangsversteigerung in ein Grundstück des Schu, so ist diese auf Antrag des Schu einzustellen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass dies zur Verhütung nachteiliger Veränderungen in der Vermögenslage des Schu erforderlich ist;<sup>110</sup> auch dies ist keine Besonderheit des SchutzschirmVerf, sondern gilt auch im Verf nach § 270a.<sup>111</sup> Die zusätzliche Beauftragung eines Sachverständigen, der die Eröffnungsvoraussetzungen prüft, scheidet im Schutzschirmverfahren aus, solange die Bescheinigung nach § 270b Abs 1 S 3 keine erkennbaren Mängel aufweist.<sup>112</sup>
- 43 **5. Begründung von Masseverbindlichkeiten (Abs 3).** Ein weiterer Vorteil des SchutzschirmVerf für den Schu liegt darin, dass ihm auf Antrag vom Gericht die Befugnis verliehen wird, **wie ein „starker“ vorl InsVerw** Verbindlichkeiten zu begründen, die im eröffneten Verf als Masseverbindlichkeiten behandelt werden. Die Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den Schu nach § 270b Abs 3 S 1 iVm S 2 kommt nur dann in Betracht, wenn das InsGer den Schu auf dessen Antrag zur Begründung von Masseverbindlichkeiten

102 Vgl *Kolmann* DB 2014, 1663; *Mönning/Schäfer/Schiller* BB 2017, Beil zu Heft 25, 6

103 *AG Hamburg* ZInsO 2013, 1533 in Auseinandersetzung mit einem Hinweis des *OLG Hamburg*; dazu *Sämisch* ZInsO 2014, 1312; zweifelnd *Pape* ZInsO 2013, 2133.

104 *OLG Düsseldorf* 31.8.2016, I – 3 VA 2/15.

105 Vgl oben § 270a Rn 13–19; *Graf-Schlicker* § 270b Rn 21.

106 § 270b Abs 2 S 1, § 270a Abs 1 S 2, § 274. Vgl *K/P/B/Pape* § 270b Rn 61–67.

107 Vgl *Frind* NZI 2014, 979 f; entgegen *Frind* wird man allerdings eine fortwährende Prüfung der Sanierungsaussichten nicht vom vorl Sachwalter verlangen können.

108 Dazu unten Rn 54.

109 § 270b Abs 2 S 3, § 21 Abs 2 S 1 Nr 5; *K/P/B/Pape* § 270b Rn 68.

110 § 30d Abs 4 ZVG idF des ESUG.

111 Vgl oben § 270a Rn 5 und *FK/Foltis* § 270b Rn 8.

112 *Braun/Riggert* § 270b Rn 7; *Mönning/Schäfer/Schiller* BB 2017, Beil zu Heft 25, S 10; *Uhlenbrück/Zipperer* § 270b Rn 53; **aA** *Schmidt/Undritz* § 270b Rn 11; *Vallendar* GmbHHR 2012, 450, 452.

ermächtigt hat.<sup>113</sup> Er kann den Antrag auf bestimmte Verbindlichkeiten oder einen bestimmten Kreis von Verbindlichkeiten beschränken, er kann sich die Befugnis aber auch generell (sog Globalermächtigung) verleihen lassen.<sup>114</sup> Ordnet das InsGeri eine Globalermächtigung an, so werden sämtliche vom Schu begründeten Verbindlichkeiten im eröffneten Verf als Masseverbindlichkeiten behandelt. Dies gilt grds auch für die Begründung einer Verbindlichkeit gegenüber einem Vertretungsorgan des Schu.<sup>115</sup> Das Gericht hat dem Antrag ohne Prüfung der Liquidität oder sonstiger Umstände zu entsprechen.<sup>116</sup>

Allerdings hat das Gericht auf eine **präzise Abgrenzung der erfassten Verbindlichkeiten** zu achten. Eine Ermächtigung, bei der es in das Ermessen des Schu gestellt wird, zu bestimmen, wozu er ermächtigt sein soll, ist unzulässig.<sup>117</sup> Auch eine Ermächtigung, Verbindlichkeiten in Höhe einer Höchstsumme zu begründen, dürfte gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstößen.<sup>118</sup> Unklare Anträge sind zurückzuweisen.<sup>119</sup> Ohne den Antrag und den Beschl des Gerichts steht dem Schu die Befugnis nicht zu.<sup>120</sup> Die Ermächtigung des Schu auf der Grundlage des § 270b Abs 3 ist vom Gericht auf den Zeitraum des SchutzschirmVerf zu beschränken; denn nur für diesen Zeitraum gelten die bes Erleichterungen für die Erteilung.<sup>121</sup>

Ist die Befugnis erteilt, so gilt § 55 Abs 2 entspr. Daraus ergibt sich, dass nicht nur neu abgeschlossene Verträge erfasst werden, sondern auch Verbindlichkeiten aus bereits bestehenden Dauerschuldenverhältnissen, soweit der Schu die Gegenleistung in Anspruch nimmt. Weiter ist, obwohl in § 270b nicht ausdrücklich genannt, § 55 Abs 3 anzuwenden: Die **Bundesagentur für Arbeit** kann übergegangene Ansprüche nur als InsForderungen geltend machen.<sup>122</sup> Der Schu soll nach dem Willen des BT-RAussch durch die Ermächtigung „quasi in die Rechtsstellung eines starken vorl InsVerw“ einrücken;<sup>123</sup> wenn § 55 Abs 3 nicht zur Anwendung käme, wäre diese Rechtsstellung erheblich eingeschränkt. Eine Umqualifizierung der nach § 55 Abs 2 iVm § 270b Abs 3 S 2 als Masseverbindlichkeit geltenden Forde-

113 BGH 24.3.2016 – IX ZR 157/14 Rn 4; OLG Köln 3.11.2014 – I-2 U 82/14.

114 BGH 16.6.2016 – IX ZR 114/15 Rn 18; OLG Dresden. 15.10.2014 – 13 U 1605/13; OLG Naumburg 29.1.2014 – 5 U 195/13 mit Anm Stahlschmidt ZIP 2014, 1452; LG Hamburg 19.11.2014 – 303 O 335/13; AG Köln 26.3.2012 – 73 IN 125/12 mit Anm Hofmann EWiR 2012, 359; Bericht des BT-RAussch, BT-Drucks 17/7511, 37; Graf-Schlicker/Graf-Schlicker § 270b Rn 25; Pape ZIP 2013, 2291.

115 OLG Karlsruhe 14.6.2016 – 8 U 44/15 Rn 24.

116 LG Dresden ZIP 2013, 2116 Rn 42; AG Ludwigshafen ZIP 2014, 1134; Bericht des BT-RAussch, BT-Drucks 17/7511, 37; Buchalik ZInsO 2012, 354; K Schmidt/Undritz § 270b Rn 12; Geißler ZInsO 2013, 536. Nicht zu folgen ist allerdings der Auff des LG Dresden ZIP 2013, 2116; aufgrund einer solchen Ermächtigung würden auch die Verbindlichkeiten aus einem Vertrag des Schu mit dem vorl Sachwalter über die umfassende insrechtl Beratung des Schu zu Masseverbindlichkeiten. Vielmehr ist ein solcher Vertrag wegen Verstoßes gegen das Gebot der Unabhängigkeit des vorl Sachwalters insolvenzzweckwidrig und damit nichtig. OLG Dresden ZIP 2015, 1937 mit Anm Zimmer EWiR 2015, 707.

117 BGH 16.6.2016 – IX ZR 114/15 Rn 21.

118 AA Mönnig/Schäfer/Schiller BB 2017, Beil zu Heft 25, 20.

119 AG Ludwigshafen ZIP 2014, 1134; vgl die Auslegungsschwierigkeiten im Fall OLG Naumburg ZIP 2014, 1452.

120 OLG Dresden ZIP 2014, 1294 Rn 7; OLG Köln Hinweis Beschl ZIP 2014, 2523; LG Köln ZInsO 2014, 1503; aA AG Hannover ZInsO 2015, 1112.

121 AG Ludwigshafen ZIP 2014, 1134.

122 BGH 16.6.2016 – IX ZR 114/15 Rn 22, Rn 31 ff mit Anm Undritz BB 2016, 1806, 1810f, Anm Hofmann EWiR 2016, 501; OLG Hamburg 21.10.15 – 1 U 196/14; LG Hamburg ZInsO 2015, 516 Rn 52; Graf-Schlicker § 270b Rn 26; K Schmidt/Undritz § 270b Rn 14; Buchalik ZInsO 2012, 356; Rattunde/Stark Rn 193; aA Brückl/Bellmann ZInsO 2015, 1173.

123 BGH 16.6.2016 – IX ZR 114/15 Rn 22; BT-Drucks 17/7511, 37.

rungen in InsFord nach § 55 Abs 3 setzt jedoch voraus, dass der Schu die Forderung noch nicht erfüllt hat. Die Zahlung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung, um eine Strafbarkeit und Haftung der Organe aus § 266a StGB zu vermeiden, kann bei einer Generalermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten nachträglich nicht mehr nach §§ 129 ff angefochten werden, weil eine Masseverbindlichkeit erfüllt wurde.<sup>124</sup> Die sog. „Anfechtungslösung“<sup>125</sup> zur Vermeidung der Strafbarkeit und Haftung des Geschäftsführers scheidet damit als Lösungsansatz aus.<sup>126</sup> Eine Globalermächtigung ist vor dem Hintergrund und auch sonst zur Schonung der künftigen InsMasse möglichst zu vermeiden.<sup>127</sup>

- 46 Handlungen, die der Schu im Rahmen einer erteilten Ermächtigung vornimmt, führen im eröffneten Verf **zwangsläufig zu Masseverbindlichkeiten**. Der Schu hat nicht die Möglichkeit, dies bei der Begr einer Verbindlichkeit im Einzelfall wieder auszuschließen.<sup>128</sup> Will der Schu nachteilige Wirkungen für die InsMasse vermeiden – zB die Hochstufung von Steuerschulden zu Masseschulden –, so kann er sich mit Einzelermächtigungen begnügen, die nicht die dafür relevanten Handlungen erfassen. Bei Verträgen, die nicht in den Bereich einer Ermächtigung fallen, sind auch die entstehenden steuerlichen Verbindlichkeiten nicht als Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren.<sup>129</sup>
- 47 Aus der Gleichstellung des Schu, der zur Begr von Masseverbindlichkeiten ermächtigt ist, mit einem starken vorl InsVerf folgt auch ein **Vertrauenschutz** der Vertragspartner: Verbindlichkeiten, die iRd Ermächtigung begründet werden und bei denen der Vertragspartner auf die Wirkung der Ermächtigung vertraut, können nach der Eröffnung des InsVerf grds nicht als nachteilig für die InsMasse angefochten werden.<sup>130</sup>
- 48 Offensichtlich besteht die Gefahr, dass der Schu seine Befugnis **missbraucht** und Verbindlichkeiten begründet, deren Erfüllung im späteren InsVerf höchst unsicher ist. In gewissem Umfang wird dieser Gefahr dadurch vorgebeugt, dass der Schu Verbindlichkeiten, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, nur mit Zustimmung des vorl Sachwalters eingehen und auch von anderen Geschäften Abstand nehmen soll, wenn der vorl Sachwaltung widerspricht (§ 270a Abs 1 S 2, § 275 Abs 1). Zwar hat diese Bestimmung keine Außenwirkung.<sup>131</sup> Der vorl Sachwaltung wird aber den vorl GlAussch über Verstöße des Schu informieren (§ 274 Abs 3), und dieser hat die Möglichkeit, die sofortige Beendigung des SchutzschildVerf durchzusetzen (§ 270b Abs 4 S 1 Nr 2).<sup>132</sup> Ferner können vom Schu begründete Masseverbindlichkeiten im Schutzschildverfahren nach den Grundsätzen über die InsZweckwidrigkeit unwirksam sein.<sup>133</sup> Darüber hinaus hält es *Pape* auch iRd § 270b für

124 *BGH* 16.6.2016 – IX ZR 114/15 Rn 42 ff; zu den Folgen der Entsch für die Praxis siehe *Undritz* BB 2016, 1806, 1810 f; *Pleister/Kunkel* ZIP 2017, 153, 155; s auch unter § 55 Rn 33.

125 Dazu ausführlich § 270a Rn 26.

126 So auch *Hofmann* EWiR 2016, 501, 502.

127 So auch *Undritz* BB 2016, 1806, 1810 f; *Buchalik/Kraus* ZInsO 2016, 1421, 1426 f; *Hofmann* EWiR 2016, 501, 502; krit *Pleister/Kunkel* ZIP 2017, 153, 155.

128 *Klinck* ZIP 2013, 856 f; krit dazu, iE aber übereinstimmend *Marotzke* DB 2013, 1287; **aA** *Frind* NZI 2014, 980.

129 § 55 Abs 4 ist nicht entspr anwendbar, vgl oben § 270a Rn 35. – *Marotzke* (DB 2013, 1287) erwägt darüber hinaus, sogar bei einer Globalermächtigung des Schu zur Begr von Masseverbindlichkeiten § 55 Abs 4 nicht anzuwenden.

130 *Schmittmann/Dannemann* ZIP 2013, 769, 763; vgl *BGHZ* 154, 190 = ZIP 2003, 810 Rn 21 f.

131 *OLG Karlsruhe* 14.6.2016 – 8 U 44/15 Rn 15.

132 Auch für die Befugnis des Schu zur Begr von Masseverbindlichkeiten ist festzustellen, dass bei Fehlen eines vorl GlAussch eine Kontrolle des Schu kaum zu gewährleisten ist, *Klinck* ZIP 2013, 856 f.

133 *OLG Karlsruhe* 14.6.2016 – 8 U 44/15 Rn 18.

zulässig, die Befugnis des Schu zur Begr von Masseverbindlichkeiten mit Außenwirkung an die Zustimmung des vorl Sachwalters zu binden; allerdings dürfe diese Einschränkung nicht generell angeordnet werden, sondern für bestimmte einzelne Maßnahmen.<sup>134</sup> Diese Auff dürfte sich aber zu weit vom Willen des Gesetzgebers entfernen, der dem Schu die Stellung eines starken vorl InsVerw einräumen wollte. Sie findet in dem klaren Wortlaut des § 270b Abs 3 keine Stütze.

**6. Öffentliche Bekanntmachung.** Eine öffentliche Bekanntmachung der Entsch des Gerichts ist nicht vorgeschrieben, ebenso wenig wie im Fall der Bestellung eines vorl Sachwalters nach § 270a.<sup>135</sup> Auch das SchutzschirmVerf ist nicht mit Einschränkungen der Verfügbungsbefugnis des Schu verbunden, die eine Bekanntmachung erforderlich machen würden. Eine Veröffentlichung der Entsch ist allerdings in aller Regel auch nicht geeignet, Schaden zu verursachen. Das Unternehmen wird selbst ein Interesse daran haben, Geschäftspartner und Beschäftigte über das Verf zu unterrichten, um Vertrauensverluste zu vermeiden, die bei nachträglichem Bekanntwerden entstehen müssten. Die öffentliche Bekanntmachung steht daher auch hier im Ermessen des Gerichts.<sup>136</sup> Trägt der Schu Gründe für eine Geheimhaltung des Verf vor, wird das Gericht diese gegen das Informationsinteresse der Gl und des Wirtschaftsverkehrs abzuwägen haben.<sup>137</sup>

#### IV. Die Geschäftsführung während des Schutzschirmverfahrens

Während der höchstens dreimonatigen Frist führt der Schu die Geschäfte unter der Aufsicht des vorl Sachwalters und ggf des vorl GlAusschusses. Er bereitet den InsPlan vor; es liegt in der Natur des Verf, dass zu diesem Zweck Aufwendungen getätigten werden und dadurch das noch vorhandene Vermögen des Schu geschmälert wird.<sup>138</sup> Mit der Ausarbeitung des Plans kann der Schu auch den Aussteller der Bescheinigung (§ 270b Abs 1 S 3) beauftragen.<sup>139</sup> Streitig ist, ob parallel zur Ausarbeitung eines InsPlans die Geschäftsführung dazu verpflichtet ist, einen M&A-Prozess einzuleiten (sog „Dual Track“).<sup>140</sup> Der vorl Sachwalters kann beratend mitwirken (vgl § 284 Abs 1 S 2); eine intensivere Beteiligung an der vom Schu geplanten Sanierung dürfte sich aber nicht mit seiner Rolle als unabhängige Aufsichtsperson im EröffnungsVerf vertragen. Auch ein Auftrag des vorl GlAusschusses an den vorl Sachwalters zur Ausarbeitung eines InsPlans würde der Rollenverteilung im SchutzschirmVerf widersprechen, in dem der Schu den bestimmenden Einfluss auf die Vorbereitung der Sanierung hat.<sup>141</sup>

134 *K/P/B/Pape* § 270b Rn 81.

135 Vgl oben § 270a Rn 12.

136 *AG Göttingen* ZInsO 2012, 2297; *Vallender* GmbHHR 2012, 452; *Buchalik* ZInsO 2012, 354; *Graf-Schlicker* § 270b Rn 28.

137 *Frind* ZIP 2012, 1591 und ZInsO 2013, 286 hält die Veröffentlichung als Grundlage für die Wahrung der Rechte der Gl im SchutzschirmVerf generell für erforderlich; iE ebenso *FK/Fol-tis* § 270b Rn 28. – Wegen des Eingriffs in die Rechtsstellung des Schu ohne gesetzliche Grundlage gegen eine öffentliche Bekanntmachung *Keller* ZIP 2012, 1895; *Horstkotte* ZInsO 2012, 1164; *Madaus* KTS 2015, 122.

138 *Hölzle* ZIP 2012, 856 f. Eine Haftung der Geschäftsführer nach § 64 GmbHG wegen Masseverkürzung nach Eintritt der InsReife dürfte für diese Aufwendungen schon deshalb ausscheiden. Im Übrigen dürfte § 64 GmbHG im SchutzschirmVerf wie bei der Haftung in der vorl Eigenverwaltung moderat Anwendung finden, vgl oben § 270a Rn 24.

139 *Hölzle* ZIP 2012, 856 f.

140 Dazu ausführlich unter § 270 Rn 30.

141 **AA** *Hölzle* ZIP 2012, 859 f, der es für zulässig hält, dass der vorl GlAusschuss den vorl Sachwalters mit der Ausarbeitung des InsPlans beauftragt.

## V. Die Beendigung des Schutzschirmverfahrens

- 51 **1. Die vorzeitige Beendigung (Abs 4 S 1, 2).** Wenn das Gericht die Überzeugung gewinnt, dass die angestrebte **Sanierung aussichtslos** geworden ist, hebt es von Amts wegen den Beschl auf, mit dem es eine Frist für die Vorlage des InsPlans bestimmt und damit das SchutzschirmVerf in Gang gesetzt hat (Abs 4 S 1 Nr 1). Beispielsweise kann sich herausstellen, dass die erforderlichen Kredite nicht zur Verfügung gestellt werden oder dass eine maßgebliche Zahl von Gl nicht bereit ist, das Sanierungskonzept des Schu zu unterstützen. Ersetzt der Schu sein Sanierungskonzept durch ein anderes und hat dieses Erfolgsaussichten, so ist ein Beendigungsgrund nicht gegeben.<sup>142</sup>
- 52 Der Beschl ist außerdem vor Ablauf der gesetzten Frist aufzuheben, wenn der **vorl GlAusschuss** dies beantragt (Nr 2). Eine Mehrheitsentscheidung des Ausschusses genügt. Das Gericht hat ohne eigene Würdigung der Beweggründe des Ausschusses dem Antrag zu entsprechen.<sup>143</sup> Das Antragsrecht steht jedoch nicht im Belieben des GlAusschuss, sondern ist pflichtgemäß im Interesse der Gl auszuüben.<sup>144</sup>
- 53 Ist kein vorl GlAusschuss bestellt, so ist auch ein **einzelner Gl** dazu berechtigt, den Antrag auf Aufhebung zu stellen.<sup>145</sup> Sein Antrag ist allerdings nur zulässig, wenn er Umstände glaubhaft macht, die erwarten lassen, dass eine Fortdauer des SchutzschirmVerf zu Nachteilen für die Gl führen würde (Nr 3). Nach Wortlaut („wenn ... Umstände bekannt werden“) und Sinn des Gesetzes geht es dabei um Umstände, die nachträglich, dh nach der Einleitung des SchutzschirmVerf durch die Entsch des Gerichts, bekannt geworden sind.<sup>146</sup> Ein Nachteil für die Gl kann insb darin liegen, dass der Schu bei seiner Geschäftsführung in Eigenverwaltung die Interessen der Gl missachtet; stellt der vorl Sachwalter dies fest, so hat er, wenn kein vorl GlAusschuss bestellt ist, das Gericht und die einzelnen bekannten Gl zu unterrichten (§ 270a Abs 1 S 2, § 274 Abs 3). Das Gericht wird in einem solchen Fall nicht berechtigt sein, das SchutzschirmVerf von Amts wegen aufzuheben;<sup>147</sup> denn auch im eröffneten Verf führt eine Mitteilung des Sachwalters nach § 274 Abs 3 nicht zu einem Eingreifen des Gerichts von Amts wegen, sondern die Aufhebung der Eigenverwaltung erfolgt nur auf Antrag von Seiten der Gl (§ 272 Abs 1, 2).
- 54 Der Eintritt der **Zahlungsunfähigkeit** während des SchutzschirmVerf ist als solcher kein Grund für die vorzeitige Beendigung dieses Verf.<sup>148</sup> Er reicht auch für sich allein nicht aus, um die Aussichtslosigkeit der Sanierung nach Abs 4 Nr 1 oder Nachteile für die Gl nach Abs 4 Nr 3 zu belegen.<sup>149</sup> Der Schu und der vorl Sachwalter sind aber nach Abs 4 S 2 verpflichtet, das Gericht vom Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu unterrichten. Das Gericht wird dann prüfen, ob dies zusammen mit anderen Umständen die angestrebte Sanierung aussichtslos macht.<sup>150</sup> Die gleiche Mitteilungspflicht dürfte bestehen, wenn der vorl Sachwalter feststellt, dass schon bei der Einleitung des SchutzschirmVerf Zahlungsunfähigkeit

142 *Beth ZInsO* 2015, 370; *Weber/Knapp ZInsO* 2014, 2253; vgl auch *MK/Kern* § 270b Rn 118 f.

143 *K/P/B/Pape* § 270b Rn 87.

144 *Pape/Schultz* ZIP 2016, 506, 512; zur Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses vgl *Brinkmann* DB 2012, 1369, 1370.

145 Ein GlAntrag der vor der Bestellung eines vorl GlAusschusses gestellt worden ist, wird mit der Bestellung des Ausschusses unzulässig, *AG Charlottenburg ZInsO* 2013, 2501.

146 *FK/Foltis* § 270b Rn 53 f.

147 *AA Hölzle* ZIP 2012, 856; *K Schmidt/Undritz* § 270b Rn 13.

148 Anders noch nach dem RegE ESUG, vgl oben Rn 9.

149 *Klinck* ZIP 2013, 856.

150 Vgl *Graf-Schlicker* § 270b Rn 34.

bestand.<sup>151</sup> Weiter wird man über den Gesetzeswortlaut hinaus verlangen müssen, dass der vorl Sachwalter auch dem vorl GlAusschuss, hilfsweise den einzelnen bekannten Gl, den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit mitteilt (entspr dem Fall des § 274 Abs 3, dass Umstände bekannt werden, die Nachteile für die Gl erwarten lassen).<sup>152</sup> Diese werden dadurch in die Lage versetzt zu prüfen, ob sie ihre Rechte zur vorzeitigen Beendigung des Schutzschild-Verf ausüben wollen.

**2. Der Übergang ins reguläre Verfahren.** Ist die vom Gericht gesetzte Frist für das Schutzschild-Verf abgelaufen oder ist dieses Verf vorzeitig aufgehoben worden, so wird das Verf als reguläres Eröffnung-Verf fortgesetzt. Die Aussage in Abs 4 S 3, dass das Gericht nach Aufhebung der Anordnung oder nach Ablauf der Frist über die Eröffnung des Ins-Verf entscheidet, ist also nicht so zu verstehen, dass diese Entsch sofort erfolgen muss. Vielmehr stehen dem Gericht jetzt wieder **alle Optionen des Eröffnungs-Verf** zur Verfügung.<sup>153</sup> Ist das Schutzschild-Verf erfolgreich abgeschlossen worden – die Ausarbeitung eines Ins-Plans ist vollendet oder weit gediehen –, so wird das Gericht unter Beteiligung des vorl GlAusschusses über die Anordnung der Eigenverwaltung bei der Verf-Eröffnung und über die Person des Sachwalters zu entscheiden haben.<sup>154</sup> Es ist keineswegs selbstverständlich, dass der vom Schu vorgeschlagene vorl Sachwalter auch im eröffneten Verf zum Sachwalter bestellt wird.<sup>155</sup> Ist das Schutzschild-Verf dagegen vorzeitig abgebrochen worden, so wird es oft naheliegen, zum Schutz der Interessen der Gl für die restliche Dauer des Eröffnungs-Verf einen vorl Ins-Verw zu bestellen.<sup>156</sup>

55

---

151 *K/P/B/Pape* § 270b Rn 92.

152 Vgl *Flöther* ZInsO 2014, 468, der die Unterrichtung des vorl GlAusschusses über den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit für „sinnvoll“ hält.

153 Begr RegE ESUG, BT-Drucks 17/5712, 41.

154 § 270 Abs 3, § 274 Abs 1, § 56a.

155 Begr RegE ESUG BT-Drucks 17/5712, 41.

156 Vgl *K/P/B/Pape* § 270b Rn 94.



#### **Artikel 4 Prüfung der Zuständigkeit**

**(1) Das mit einem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens befasste Gericht prüft von Amts wegen, ob es nach Artikel 3 zuständig ist. In der Entscheidung zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die Gründe anzugeben, auf denen die Zuständigkeit des Gerichts beruht sowie insbesondere, ob die Zuständigkeit auf Artikel 3 Absatz 1 oder Absatz 2 gestützt ist.**

**(2) Unbeschadet des Absatzes 1 können die Mitgliedstaaten in Insolvenzverfahren, die gemäß den nationalen Rechtsvorschriften ohne gerichtliche Entscheidung eröffnet werden,**

den in einem solchen Verfahren bestellten Verwalter damit betrauen, zu prüfen, ob der Mitgliedstaat, in dem der Antrag auf Eröffnung des Verfahrens anhängig ist, gemäß Artikel 3 zuständig ist. Ist dies der Fall, führt der Verwalter in der Entscheidung zur Verfahrenseröffnung die Gründe auf, auf welchen die Zuständigkeit beruht sowie insbesondere, ob die Zuständigkeit auf Artikel 3 Absatz 1 oder Absatz 2 gestützt ist.

### Übersicht

	Rn	Rn
I. Vorbemerkung und Normzweck	1	2. Entscheidung durch das Gericht
II. Einzelheiten	2	oder den Verwalter
1. Amtswegige Prüfung	2	

#### I. Vorbemerkung und Normzweck

- 1 Die mit der Reform 2015 neu eingeführte<sup>1</sup> Regelung des Art 4 Abs 1, wonach die mit der VerfEröffnung befassten Gerichte ihre int Zuständigkeit iSv Art 3 von Amts wegen zu prüfen haben, unterstreicht die Intention des Reformgesetzgebers, ein missbräuchliches *forum shopping* zu unterbinden.<sup>2</sup> Die darüber hinaus festgeschriebene Begründungspflicht nach Art 4 Abs 1 S 2 sichert zugleich ab, dass die Gerichte ihre int Zuständigkeit sorgfältig prüfen und soll zu unionsweit einheitlichen Standards führen. Für die deutschen InsGerichte bringt diese Neuregelung aufgrund der schon zuvor aus § 5 Abs 1 S 1 InsO folgenden amtsweigen Prüfungspflicht und der in Art 102 § 2 EGInsO festgelegten Begründungspflicht in der Praxis keine Änderungen mit sich. Da es mit dem erweiterten Anwendungsbereich der reformierten VO zunehmend auch erfasste InsVerf ohne gerichtlichen Eröffnungsbeschluss geben wird,<sup>3</sup> kann die Prüfung der int Zuständigkeit nach Art 4 Abs 2 auch den in solchen Verf bestellten Verw anvertraut werden, die ihre Entsch nach S 2 ebenfalls zu begründen haben. Eine gerichtliche Nachprüfung der Entsch des Gerichts oder des Verw ist nach Art 5 möglich.

#### II. Einzelheiten

- 2 **1. Amtswegige Prüfung.** Das angerufene InsGer hat seine int Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen. Dies bedeutet, dass die Anknüpfungstatsachen zur Feststellung des COMI iSv Art 3<sup>4</sup> von Amts wegen gerichtlich zu prüfen sind und das Gericht dabei nicht an einen unstreitigen Vortrag der Verfahrensbeteiligten gebunden ist.<sup>5</sup> Mit diesem Grundsatz ist indes noch keine Aussage darüber getroffen, ob bei der Nachprüfung der Amtsermittlungs- oder der Beibringungsgrundsatz gilt. Erwägungsgrund 32 spricht eher gegen eine Amtsermittlungspflicht, weil das angerufene Gericht den Schu erst bei Zweifeln an seiner Zuständigkeit zur Vorlage zusätzlicher Nachweise aufzufordern hat und dem betroffenen GI rechtlches Gehör gewähren kann. Die Frage einer Amtsermittlungspflicht ist aber letztlich weiterhin nach dem nationalen VerfRecht des Eröffnungsstaates zu beantworten.<sup>6</sup> Damit können in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Grundsätze bei der Prüfung der int Zuständigkeit anzuwenden sein, was sich auf die Beibringungslast des jeweiligen Antragstellers auswirkt.

1 S zur Reform Vorb Rn 6 ff vor Art 1, zum zeitlichen Anwendungsbereich s Art 1 Rn 12.

2 Vgl Erwägungsgründe 29f.

3 S zum Anwendungsbereich Art 1 Rn 3.

4 S Erl zu Art 3 Rn 5 ff.

5 Vgl zu § 5 Abs 1 InsO BGH ZIP 2012, 139 Rn 10.

6 A/G/R/Gruber/Schulz Art 4 EuInsVO nF Rn 1; MK/Thole Art 4 EuInsVO 2015 Rn 3; ders IPRax 2017, 213, 216.

**Nach deutschem VerfRecht** bestehet **keine Ermittlungspflicht von Amts wegen**. Vielmehr hat der jeweilige Antragsteller in seinem Antrag alle die int Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründenden Tatsachen anzugeben.<sup>7</sup> Bei Zweifeln an der int Zuständigkeit ist der Schu allerdings zunächst zur Vorlage weiterer Nachweise aufzufordern und einem betroffenen Gl kann rechtliches Gehör gewährt werden.<sup>8</sup> Sofern ein Gl den Antrag auf Eröffnung des InsVerf gestellt hat, ist dieser im Zweifelsfall zu hören und gegebenenfalls zur Beibringung weiterer Nachweise aufzufordern.<sup>9</sup> Die Frage, welche Anforderungen an die Feststellung des Interessemittelpunkts durch das InsGer zu stellen sind, ist für das dt Recht dahin zu beantworten, dass sich das InsGer vom Vorliegen dieser Voraussetzungen eine persönliche Überzeugung zu verschaffen hat, die dem Beweismaß des § 286 Abs 1 ZPO entspricht.<sup>10</sup>

Die **Darlegungsanforderungen** an den Eröffnungsantrag werden durch die Vermutungsregeln bei der Lokalisierung des COMI beeinflusst. So sind sie geringer, wenn ein Gericht am satzungsgemäßen Sitz der Gesellschaft angerufen wird, weil in einem solchen Fall die Vermutungsregel des Art 3 Abs 1 Unterabs 1 und 2 S 1 greift.<sup>11</sup> Wendet sich der Antragsteller aber an ein dt Gericht, obwohl hier nicht der satzungsgemäße Sitz der Schuldnergesellschaft liegt, hat er zu den maßgeblichen Umständen eines in Deutschland belegenen Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen substantiiert vorzutragen. Erst bei hinreichenden Anhaltspunkten entsteht die Ermittlungspflicht des Gerichts nach § 5 Abs 1 S 1 InsO.<sup>12</sup> Für die bei dt Gerichten eingehenden Anträge hat der Gesetzgeber für neue Verf<sup>13</sup> in **Art 102c § 5 S 1 EGInsO** konkretisiert, welche **Angaben** im Antrag enthalten sein müssen. Diese Anforderungen gelten allerdings ausdrücklich erst dann, wenn Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass der COMI des Schu in einem anderen Mitgliedstaat als in Deutschland liegen könnte. Aufgrund der Suspektsperiode nach Art 3 Abs 1 Unterabs 1 bis 2 S 2 ist in solchen Fällen etwa anzugeben, seit wann der Sitz, die Hauptniederlassung oder der gewöhnliche Aufenthalt des Schu an dem im Antrag genannten Ort liegt.

Für die **Sachverhaltermittlung** kann das mit der Eröffnungsentscheidung befasste Gericht bzw der Verw die nach der *lex fori* möglichen Instrumente ergreifen. So kann ein deutsches Gericht die Beteiligten oder Zeugen hören, § 5 Abs 1 S 2, § 10 InsO oder eine mündliche Verhandlung anberaumen, § 5 Abs 2 S 2 InsO. Ferner kann ein Sachverständigengutachten in Auftrag gegeben oder der Sachverständige vernommen werden, § 5 Abs 1 S 2 InsO.

**2. Entscheidung durch das Gericht oder den Verwalter.** Nach Abschluss der amtsweigigen Prüfung trifft das Gericht – bzw im Falle einer iSv Abs 2 S 1 durch den Mitgliedstaat vorgenommenen Befugnis der Verw – seine Entsch zur Eröffnung eines InsVerf. Dies erfasst nach Art 2 Nr 7 stattgebende oder abweisende Entsch zur Eröffnung oder zur Bestätigung der Eröffnung eines InsVerf sowie zur Bestellung eines Verw. Die erfassten InsVerf sind iSd erweiterten Anwendungsbereichs der VO zu verstehen.<sup>14</sup> So ist mit der reformierten Fassung der VO klargestellt, dass es sich um vorläufige oder einstweilige InsVerf handeln kann.<sup>15</sup> Eine Überprüfung der EröffnungsEntsch ist nach Art 5 möglich.

7 *BGH ZIP* 2012, 139 Rn 11 f.

8 Erwägungsgrund 32.

9 *Braun/Tashiro* Rn 13

10 *BGH ZInsO* 2010, 1013.

11 *Kolmann* S 284ff; *Smid DZWIR* 2004, 398, 401; *Wimmer ZinsO* 2005, 19, 122; strengere Maßstäbe setzt *Braun/Tashiro* Rn 7 ff an.

12 *BGH ZIP* 2012, 139 Rn 12; s vorstehend Rn 2 f.

13 Mit Ausnahme von VerbraucherInsVerf, vgl Art 102c § 5 S 2 EGInsO.

14 S Erl zu Art 1 Rn 4 und Art 2 Rn 4.

15 Vgl Erwägungsgrund 15 sowie Erl zu Art 1 Rn 4 und Art 2 Rn 4.

- 7 Die durch die angerufenen Gerichte bzw bestellten Verw spätestens seit Einführung dieser Regelung gebotene sorgfältige Prüfung ihrer int Zuständigkeit wird um eine Pflicht zur **Begründung** ihrer Entsch nach Abs 1 S 2 und Abs 2 S 2 ergänzt.<sup>16</sup> Die Gerichte bzw die Verw haben in den Gründen insbesondere anzugeben, ob sie über ihre Zuständigkeit für ein HauptInsVerf nach Art 3 Abs 1 oder ein PartikularVerf nach Art 3 Abs 2 entschieden haben. In dieser Weise ist sichergestellt, dass ein später angerufenes Gericht eines anderen Mitgliedstaates anhand der Entscheidungsgründe feststellen kann, ob dort die Eröffnung eines HauptInsVerf überhaupt möglich ist oder durch ein bereits laufendes HauptInsVerf in einem anderen Mitgliedstaat gesperrt ist.<sup>17</sup> Zur Erleichterung dieser Feststellung ist im dt VerfRecht vorgesehen, dass schon im Antrag auf Eröffnung eines InsVerf anzugeben ist, ob in einem anderen Mitgliedstaat bereits ein InsAntrag gestellt oder ein HauptInsVerf eröffnet wurde, Art 102c § 5 S 1 Nr 4 EGInsO.

---

16 Im dt Recht galt dies auch schon für vor der Reform der EuInsVO geltende Eröffnungentscheidungen, s Art 102 § 2 EGInsO.

17 Vgl zum Prioritätsgrundsatz Art 3 Rn 13.