

# Insolvenzordnung: InsO Band 1: Insolvenzordnung

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M., Mitglied des Bundestages, und Prof. Dr. Heinz Vallender, Richter am Amtsgericht a.D., Begründet von Franz Mentzel, Fortgeführt von Dr. Georg Kuhn, und Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Bearbeitet von Christine Borries, LL.M. (Sydney), Rechtsanwältin, Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M. (McGill), Béla Knof, Rechtsanwalt, Dr. Hans-Jochem Lüer, LL.M (Berkeley), Rechtsanwalt, PD Dr. Sebastian Mock, LL.M. (New York University), Irmtraut Pape, Vorsitzende Richterin am Landgericht, Dr. Jan-Philipp Praß, Rechtsanwalt, Stephan Ries, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Ralf Sinz, Dipl.-Kaufmann, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Werner Sternal, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Prof. Dr. Georg Streit, Rechtsanwalt, Dr. Dirk Wegener, MBL (Köln), Fachanwalt für Insolvenzrecht, Dr. Juliane Weidmüller, Rechtsanwältin, Dr. Helmut Zipperer, Aufsicht führender Richter am Amtsgericht, und Joachim Zobel, Fachanwalt für Arbeitsrecht

15. Auflage 2019. Buch. XLI, 3236 S. In Leinen

ISBN 978 3 8006 5961 6

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

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

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

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**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.

„Sondermasse“ auf diese Gläubiger zu verteilen sein; zum Kreis dieser Gläubiger kann auch die übernehmende Gesellschaft selbst gehören (BGH 10.5.1978 Z 71, 296, 298 = NJW 1978, 1525 = KTS 1979, 76 = LM § 29 KO Nr 8 [Merz]; dazu näher unten § 35 Rn 57 und § 145 Rn 13).

**2. Eröffnungsgründe. a) Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung.** Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren (§ 16) ist bei den juristischen Personen neben dem allgemeinen Eröffnungsgrund der **Zahlungsunfähigkeit** (§ 17) und der nur auf Antrag des Schuldners zu berücksichtigenden **drohenden Zahlungsunfähigkeit** (§ 18) auch die **Überschuldung** (§ 19); das gilt nach Art. 7 EuInsVO auch für ausländische juristische Personen, über deren Vermögen im Inland ein Insolvenzverfahren eröffnet wird (*Hirte* in: *Hirte/Bücker*, § 1 Rn 73). Überschuldung liegt nach § 19 Abs 2 Satz 1 vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Wegen der Einzelheiten der Erstellung des Überschuldungsstatus siehe die Erläuterungen zu § 19. Bei Genossenschaften ist die Überschuldung nach § 98 GenG nur unter bestimmten Voraussetzungen Grund für eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens (dazu unten Rn 206).

**b) Auswirkungen der Insolvenz eines Mitglieds. aa) Gesetzliche Regelung: keine Auflösung.** 53 Durch die Insolvenz eines Mitglieds (Gesellschafters bzw. Anteilsinhabers [vgl. § 225a]) wird die juristische Person anders als bis zum Inkrafttreten des HRefG die Personengesellschaften (§ 131 Abs 1 Nr 5 HGB a. F.) und jetzt nur noch die BGB-Gesellschaft (§ 728 Abs 2 Satz 1 BGB) **nicht aufgelöst**. Die Insolvenz eines Mitglieds berührt also den Fortbestand der juristischen Person nicht. Das gilt auch, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Mitglieds schon vor Eintragung der juristischen Person eröffnet wird (RG 22.5.1913 Z 82, 288, 292). Ist aber über das Vermögen eines Gesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet, sind Einladungen zur Gesellschafterversammlung an dessen Insolvenzverwalter zu richten (OLG Düsseldorf 24.8.1995 NJW-RR 1996, 607 [das es aber für ausreichend hält, wenn sie bei einer AG als Gesellschafterin an deren Vorstand gerichtet werden und der Insolvenzverwalter erst von diesem Kenntnis erhält] mit insoweit krit. Anm. *Dreher* EWiR § 16 GmbHG 1/96, 361, 362).

**bb) Satzungsmäßige Auflösungs- oder Ausschlussregelungen.** Die **Satzung** der juristischen Person darf aber die Insolvenz eines Mitglieds **als Auflösungsgrund vorsehen**. In diesem Fall ist nach § 61 Abs 1 GmbHG Auflösungsklage zu erheben. Alternativ kann sie auch als Grund für den **Ausschluss** des betroffenen Mitglieds vorgesehen werden, der dann ebenfalls durch Gestaltungs-klage analog § 140 Abs 1 HGB zu verwirklichen ist (Einzelheiten bei *Hirte* KapGesR Rn 4.88). Auch kommt in Betracht, für den Fall der Insolvenz eines Mitglieds oder der Pfändung seiner Mitgliedschaft durch einen Gläubiger die **Einziehung** seines Anteils durch Beschluss der Mitgesellschafter vorzusehen (§ 237 Abs 1 AktG, § 34 Abs 2 GmbHG; OLG Frankfurt/Main 27.3.1998 ZIP 1998, 1107 [keine Verwirkung des Einziehungsrechts, wenn es erst im Anschluss an die Bestätigung eines Vergleichs nach früherem Recht durchgeführt wird]; ausführlich *Heckschen* NZG 2010, 521 ff.; dazu auch unten Rn 249 ff.). Derartige Regelungen beugen solange keinen rechtlichen Bedenken, wie sie zugleich ein vollwertiges Entgelt für die eingezogene Mitgliedschaft vorsehen, das in die Insolvenzmasse des Mitglieds (Gesellschafters) fließt. Allerdings darf der Abfindungsumfang für vergleichbare Tatbestände dabei nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich ausgestaltet werden; für den Fall einer Einziehung wegen Insolvenz eines Mitglieds oder Pfändung seines Anteils kann daher ungeachtet der korrekten Beteiligung ausscheidender Gesellschafter am Unternehmenswert aus Gründen des Gläubigerschutzes nicht ein geringerer Betrag festgelegt werden als bei anderem Ausscheiden des Mitglieds aus wichtigem Grund (BGH 12.6.1975 Z 65, 22, 28 f. = NJW 1975, 1835; BGH 24.5.1993 = NJW 1993, 2101, 2102 = ZIP 1993, 1160 = EWiR § 738 BGB 1/93, 769 [Westermann] [OHG]; BGH 19.6.2000 Z 144, 365 = ZIP 2000, 1294, 1295 f. = NJW 2000, 2819 = DStR 2000, 1443 [Goette] = EWiR § 242 AktG 1/2000, 943 [Casper]; OLG Frankfurt/Main 9.9.1977 Z 1978, 86 = NJW 1978, 328; Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 34 GmbHG Rn 30; *Geißler* DZWIR 2012, 311 ff.; zum Teil kritisch hinsichtlich der Begründung *Armbrüster* FS Canaris [2007], S. 23, 36 ff., 38 f.). Das bedeutet, dass Abfindungsregelungen, soweit sie zu Lasten der Mitglieder wirksam sind, auch zu Lasten seiner Gläubiger wirksam sind; zu Lasten eines Mitglieds unwirksame Regelungen muss umgekehrt auch ein Gläubiger nicht hinnehmen. Ergibt sich ein grobes Missverhältnis zwischen satzungsmäßigem Abfindungswert und tatsächlichem innerem Wert, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der entsprechenden Satzungsklausel, sondern nur zu ihrer Anpassung (BGH 20.9.1993 Z 123, 281 = NJW 1993, 3193 = ZIP 1993, 1611; BGH 13.6.1994 Z 126, 226 = NJW 1994, 2536 = ZIP 1994, 1173; *Hirte* KapGesR Rn 4.95). An eine wirksame Satzungsregelung bezüglich Ausschluss und Abfindung ist auch der Insolvenzverwalter gebunden; doch kann sie wegen Benachteiligung der Insolvenzgläubiger (§ 129 Abs 1) der **Insolvenzanfechtung** nach § 134 unterliegen (dazu unten § 134 Rn 124). Das alles gilt entsprechend auch für sonstige Satzungs-gestaltungen, mit denen die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten eines insolventen Mitglieds eingeschränkt werden soll (entsprechend, teilweise problematische Vorschläge bei *Heckschen* ZIP 2010, 1319 ff.). Für Abfindungsansprüche, welche durch Maßnahmen im **Insolvenzplan** ausgelöst werden, sieht § 225a Abs 5 jetzt eine diese Überlegungen ergänzende und konkretisierende Sonderregelung vor (dazu § 225a Rn 51 ff.); sie wird künftig auch für die Zulässigkeit anderer Vertragsgestaltungen als Messlatte heranzuziehen sein.

**cc) Auswirkungen auf Beschränkungen der Übertragbarkeit.** Umstritten sind die Auswirkungen der Insolvenz eines Mitglieds, das eine **vinkulierte Beteiligung** hält, auf das Zustimmungserfordernis der Gesellschaft (§ 68 Abs 2 AktG, § 15 Abs 5 GmbHG). Hier kollidieren das insolvenzrechtliche Ziel bestmöglicher Vermögensverwertung mit dem Interesse der Gesellschaft, ihren Mitgliederstand zu kontrollieren. Um das gesellschaftsrechtliche Ziel nicht durch die Insolvenz eines Mitglieds unterlaufen zu können, ist daher auch im Insolvenzfall grundsätzlich eine Zustimmung der Gesellschaft zu verlangen; diese darf aber nur verweigert werden, wenn ein wichtiger Grund dafür besteht (*Bork* FS Henckel, 1995, S. 23, 37 ff.; *KP-Noack* GesellschaftsR Rn 421; *KK-Lutter/Drygala* § 68 AktG Rn 56; *Skauradzun* NZG 2012, 1244, 1248 f.; abw. RG 27.11.1908 Z 70, 64, 66 f. [für Nebenleistungsaktien]). Dafür spricht auch der Umstand, dass der Insolvenzverwalter nur die Rechte verwaltet, die auch der Schuldner innehatte: ist der Gesell-

- schaftsanteil mit der Vinkulierung belastet, kann sie nicht durch die Insolvenz wegfallen oder beschränkt werden. Eine satzungsmäßige Übertragungsbeschränkung dient andererseits nur den Interessen der Mitgesellschafter; deshalb kann sich der Insolvenzverwalter über das Vermögen eines Gesellschafters, der seinen Anteil auf einen gesellschaftsrechtsfremden Dritten übertragen hatte, nicht auf die Unwirksamkeit der Abtretung eines GmbH-Anteils infolge *fehlender* Zustimmung der Gesellschaft berufen (BGH 31.1.2000 DStR 2000, 437).
- 56 Bloß **schuldrechtliche** Beschränkungen der Übertragbarkeit in gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen, etwa in Form von Andienungspflichten, binden den Insolvenzverwalter über das Vermögen des Mitglieds nicht (KP-*Noack* GesellschaftsR Rn 423). Denn zum einen fehlt ihnen im Gegensatz zu Vinkulierungsklauseln die (satzungsmäßige) Transparenz, was zudem deren Manipulierbarkeit erhöht; und zum anderen würde bei Beachtung derartiger Pflichten der wirtschaftliche Wert der Beteiligung regelmäßig nur sehr begrenzt verwertet werden können. Jedenfalls verbleibt die Verpflichtung des Geschäftsführers, eine aktualisierte **Gesellschafterliste** zum Handelsregister einzureichen (§ 40 Abs 1 Satz 1 GmbHG) bzw. das Aktienregister zu führen (§ 67 Abs 1 Satz 1 AktG), auch in der Insolvenz bei ihm (zum GmbH-Recht *Fichtelmann GmbHR* 2008, 76, 77).
- 57 **dd) Auswirkungen auf Einlagepflichten.** Eine etwa noch **ausstehende Einlagepflicht** des insolventen Mitglieds bleibt auch in dessen Insolvenz bestehen. Da die Beteiligung an einer Gesellschaft keinen gegenseitigen Vertrag darstellt, steht dem Insolvenzverwalter auch kein Wahlrecht nach § 103 zu (RG 3.4.1912 Z 79, 174, 177; *Haas* FS Konzen 2006, S. 157, 169). Die Gesellschaft kann wählen, ob sie die Einlage voll als Insolvenzforderung geltend macht oder den Anteil kaduziert und nur den Ausfall (§ 64 Abs 4 Satz 2 AktG, § 21 Abs 3 GmbHG) zur Tabelle anmeldet (KP-*Noack* GesellschaftsR Rn 426 m. w. N.). Nur wenn der Insolvenzverwalter über das Vermögen des insolventen Mitglieds die ausstehende Einlage vollständig leistet, hat er Anspruch auf Zuweisung einer Aktie bzw. eines GmbH-Geschäftsanteils (RG 3.4.1912 Z 79, 174, 175 f.). Zur Einziehung noch nicht fälliger Forderungen ist die Gesellschaft nicht verpflichtet (KP-*Noack* GesellschaftsR Rn 425). Führt die Insolvenz wie typischerweise zum Ausscheiden des Gesellschafters und steht diesem infolge seines Ausscheidens ein Abfindungsanspruch zu – was aber schon im Hinblick auf die noch nicht geleistete Einlage die Ausnahme sein dürfte –, kann eine noch ausstehende Einlagepflicht aber auch mit dem Abfindungsanspruch verrechnet werden; § 66 Abs 1 AktG, § 19 Abs 2 GmbHG stehen dem nicht entgegen. Die Gesellschaft macht dann nur den sich ergebenden Differenzbetrag geltend.
- 58 Die Einbringung der von einem Mitglied geleisteten (Sach-)Einlage kann aber **anfechtbar** sein; das gilt auch dann, wenn die Befriedigung des Rückgewähranspruchs nur zu Lasten des Grund- oder Stammkapitals der Gesellschaft möglich ist (RG 24.5.1910 Z 74, 16, 18; BGH 15.12.1994 Z 128, 184, 193 = NJW 1995, 659, 662 = ZIP 1995, 134, 137 = KTS 1995, 304 = JZ 1995, 728 [*Henckel*] = EWiR § 3 AnfG 1/95, 109 [*Gerhardt*]; weit. Nachw. bei § 129 Rn 381). Ein Konflikt mit der Ersten (Publizitäts-) Richtlinie der EG (68/151/EWG vom 9.3.1968, ABl. EG 1968 L 65/8 v. 14.3.1968) dürfte darin schon deshalb nicht liegen, weil die gesellschaftsrechtlichen Richtlinien die Insolvenz der Gesellschaften (und wohl auch ihrer Gesellschafter) bislang ganz bewusst nicht europäisch harmonisiert haben (ebenso für die EWIV Art. 36 EWIV-VO; abw. KP-*Noack* GesellschaftsR Rn 347 a. E.). Bei anfechtbarer Einlageleistung kann es aber an der vom Geschäftsführer zu bestätigenden Voraussetzung der freien Verfügbarkeit über die Einlage (§ 37 Abs 1 Satz 2 AktG, § 8 Abs 2 Satz 1 i. V. m. § 7 Abs 3 GmbHG) fehlen (*Hüttemann GmbHR* 2000, 357, 362).
- 58a **ee) Auswirkungen auf Beschlussmängelstreitigkeiten.** Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines GmbH-Gesellschafters führt regelmäßig zur Unterbrechung eines Beschlussmängelrechtsstreits dieses Gesellschafters (BGH 24.10.2017 – II ZR 16/16 NZG 2018, 32 = ZInsO 2017, 2759 = ZIP 2017, 2379). Denn der Beschlussgegenstand betrifft in diesen Fällen regelmäßig die Vermögenssphäre des Gesellschafters, dessen Verwaltung nach § 80 Abs 1 dem Insolvenzverwalter obliegt.
- 59 **3. Insolvenzantrag. a) Insolvenzantragsrecht.** Antragsberechtigt sind die Gläubiger (§ 13 Abs 1 Satz 2) und als Vertreter des Schuldners sämtliche Mitglieder des Vertretungsorgans (§ 15 Abs 1). Befindet sich die juristische Person im Liquidationsstadium, so steht das Recht den Abwicklern zu (§ 15 Abs 1). Nach h. M. hat die juristische Person als Schuldner keinen Anspruch auf Insolvenzkostenhilfe (oben § 4 Rn 23; unten § 13 Rn 190). Das alles gilt nach Art. 7 EuInsVO auch für ausländische juristische Personen, über deren Vermögen im Inland ein Insolvenzverfahren eröffnet wird (*Hirte* in: *Hirte/Bücker*, § 1 Rn 73). Weitere Einzelheiten in den Erläuterungen zu § 15.
- 60 Bei einem **Gläubigerantrag gegen eine juristische Person** muss die juristische Person wie auch sonst im Prozessrecht (§ 4 InsO i. V. m. § 51 Abs 1 ZPO) korrekt vertreten sein. Allerdings hat das MoMiG nunmehr für den Fall, dass die normalen gesetzlichen Vertreter (Geschäftsführer) fehlen (als „**Führungslosigkeit**“ bezeichnet), eine passive Ersatzvertretung für die Abgabe von Willenserklärungen oder die Zustellung von Schriftstücken durch die Mitglieder des Aufsichtsrats oder – so bei der GmbH – durch die Gesellschafter eingeführt (§ 78 Abs 1 Satz 2 AktG, § 35 Abs 1 Satz 2 GmbHG). Die neuen Normen verhindern aber nicht, dass eine Gesellschaft durch die Amtsniederlegung ihres Geschäftsführers prozessunfähig wird; die **mangelnde Prozessfähigkeit** kann aber auch später noch durch die Bestellung eines Notgeschäftsführers oder Prozesspflegers geheilt werden (BGH 25.10.2010 II ZR 115/09 NJW-RR 2011, 115 Tz. 13 f., 22 = NZG 2011, 26 = ZIP 2010, 2444; dazu sogleich). Zudem erlaubt es in § 185 Nr 2 ZPO i. V. m. § 15a HGB jetzt auch die öffentliche Zustellung zu Lasten einer juristischen Person, wenn der Zugang der Willenserklärung (1) nicht unter der im Handelsregister eingetragenen inländischen Anschrift (die Pflicht zu dieser Eintragung wurde ebenfalls durch das MoMiG eingeführt), (2) einer im Handelsregister eingetragenen Anschrift eines besonderen Zustellvertreters (auch die Möglichkeit zu dessen Eintragung wurde durch das MoMiG eingeführt), oder (3) einer ohne Ermittlungen bekannten anderen inländischen Anschrift möglich ist. Die früher für diesen Fall diskutierten Instrumente der Bestellung eines Prozesspflegers nach § 57 ZPO oder eines Notgeschäftsführers nach § 29 BGB dürften ebenso wie die Annahme der Rechtsmissbräuchlichkeit der Amtsniederlegung des letzten Geschäftsführers daher heute

allein für die Herstellung der Empfangsvertretungsmacht keine Rolle mehr spielen, auch wenn sie unverändert gelten (dazu unten Rn 119; zu früheren Lösungsansätzen 12. Aufl. Rn 60; ausführlicher zum neuen Recht im Übrigen *Hirte* KapGesR Rn 3.19b). Ein Insolvenz(eröffnungs)verfahren gegen eine wegen Vertreterlosigkeit nicht prozessfähige GmbH kann im Übrigen auch noch nach Rechtskraft etwa ergangener Entscheidungen nach §§ 578, 579 Abs 1 Nr 4 ZPO wieder aufgenommen werden (BGH 7.12.2006 – IX ZB 257/05 ZIP 2007, 144 = DStR 2007, 450).

**b) Insolvenzantragspflicht.** Zum Schutz der Gläubiger von beschränkt haftenden Rechtssubjekten, aber auch allgemein zum Schutz des Rechtsverkehrs vor der Schädigung durch materiell insolvente, beschränkt haftende Gesellschaften sieht das Gesetz in zahlreichen Einzelbestimmungen eine **Insolvenzantragspflicht** vor. Die diese Pflicht früher statuierenden gesellschaftsrechtlichen Einzelregelungen sind durch das MoMiG aufgehoben wurden; zugleich wurde die Pflicht rechtsformübergreifend im neuen § 15a geregelt. Auf die dortige Kommentierung wird daher, auch bezüglich der Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Pflicht, verwiesen. Wegen des Sachzusammenhangs wird dort auch auf die Rechtsfolgen der Verletzung weiterer, mit der Insolvenzantragspflicht vergleichbarer Pflichten eingegangen (vor allem aus **§ 266a StGB und § 69 AO**).

[unbelegt]

62–100

**4. Maßnahmen im Eröffnungsverfahren.** Das Insolvenzgericht kann auch schon vor Eröffnung des Verfahrens nach §§ 21 ff. zahlreiche Maßnahmen treffen, „um bis zur Entscheidung über den Antrag eines den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten“ (§ 21 Abs 1). Für die Unternehmensinsolvenz von besonderer Bedeutung ist dabei die durch das ESUG neu eingeführte Möglichkeit (und in den Fällen des § 22a Abs 1 Pflicht), einen **vorläufigen Gläubigerauschluss** einzusetzen (§ 21 Abs 2 Nr 1a InsO); weiter zu nennen ist die Möglichkeit, die **Zwangsvollstreckung** schon vor Verfahrenseröffnung zu **untersagen** oder **einstweilen einzustellen** (§ 21 Abs 2 Nr 3 InsO, § 30d Abs 4 ZVG). Damit wird sichergestellt, dass das unternehmerische Vermögen nicht schon bis Eröffnung des Insolvenzverfahrens – ungeachtet der Rückschlagsperre des § 88 und der Möglichkeit einer Anfechtung nach §§ 129 ff. – durch Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung weiter ausgezehrt wird. Nach der Konzeption des Gesetzes soll in dieser Zeit ein vom Schuldner betriebenes Unternehmen auch zunächst weitergeführt werden, also nicht stillgelegt oder veräußert werden. Um dem Insolvenzgericht eine Entscheidung über den Insolvenzantrag zu ermöglichen, verpflichtet § 20 den Schuldner bzw. seine Organe und ausnahmsweise auch die Gesellschafter bereits zu Auskunft und auch (entgegen der missverständlichen Gesetzesüberschrift) zu Mitwirkung im Insolvenzeröffnungsverfahren, allerdings nur gegenüber dem Insolvenzgericht (*Uhlenbruck* NZI 2002, 401; *ders.* GmbHR 2002, 941, 942; zu Auskunfts- und Mitwirkungspflichten auch unten Rn 133).

Die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters ist bei allgemeinen Verfügungsbeschränkungen für den Schuldner von Amts wegen in das **Handels-, Genossenschafts- oder Vereinsregister einzutragen**; gleiches gilt für die Aufhebung dieser Sicherungsmaßnahme (§ 32 Satz 2 Nr 2 HGB, § 102 Abs 1 Satz 2 Nr 2 GenG, § 75 Abs 1 Satz 2 Nr 2 BGB).

**5. Wirkungen der Eröffnung. a) Auflösung ohne Abwicklung.** Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen wird eine deutsche juristische Person **aufgelöst** (§ 262 Abs 1 Nr 3 AktG, § 60 Abs 1 Nr 4 GmbHG, § 401 GenG, § 42 Abs 1 BGB), aber nicht beendet. Allerdings tritt keine Abwicklung i. S. d. §§ 264 ff. AktG, §§ 66 ff. GmbHG, §§ 83 ff. GenG, § 47 Hs. 1 BGB ein, die bei der gewöhnlichen Liquidation den Weg zur Vollbeendigung ebnet. Dies ordnen § 264 Abs 1 AktG, § 66 Abs 1 GmbHG, § 101 GenG (indirekt), § 47 Hs. 2 BGB ausdrücklich an. Denn das weitere Verfahren richtet sich trotz Auflösung in erster Linie nach dem Insolvenzrecht, im Übrigen nach den für werbende juristische Personen geltenden Vorschriften (*Hüffer* § 264 AktG Rn 5 ff.; *Baumbach/Hueck/Haas* § 66 GmbHG Rn 2). Die Wirkung der Auflösung tritt mit der Wirksamkeit des Eröffnungsbeschlusses ein. Wird der Eröffnungsbeschluss in der Beschwerdeinstanz aufgehoben, entfällt die Auflösungswirkung rückwirkend. Die vom Insolvenzverwalter zwischenzeitlich vorgenommenen Handlungen bleiben jedoch wirksam (§ 34 Abs 3 Satz 3).

Die gesellschaftsrechtlichen Folgen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer **ausländischen juristischen Person** im Inland richten sich nach deren Gründungsrecht (*Hirte* in: *Hirte/Bücker*, § 1 Rn 77).

Im Übrigen hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei einer deutschen juristischen Person ebenso wenig wie die anderen Auflösungsgründe der § 262 AktG, § 66 GmbHG, §§ 78, 80, 81 GenG einen Verlust der **Rechtspersönlichkeit** zur Folge (OLG Zweibrücken 5.12.2002 NZI 2003, 343 = ZIP 2003, 1954 f. [zur Partei- und Prozessfähigkeit]). § 42 Abs 1 BGB, der einen solchen Verlust für den eingetragenen Verein früher vorsah, wurde durch Art. 33 Nr 1 EGIInsO neu gefasst und war früher schon entgegen seinem Wortlaut verstanden worden (dazu BGH 22.3.2001 ZIP 2001, 889, 891 m. w. N. = NJW-RR 2001, 1552 = EWiR § 32 KO 1/01, 683 [*Eckardt*] [Basketball-Gemeinschaft Bramsche]). Vielmehr besteht die juristische Person zum Zwecke der Abwicklung oder anderweitigen Lösung der Krise im Insolvenzverfahren fort (RG 13.12.1911 Z 78, 91, 93; RG 14.2.1913 Z 81, 332, 336; RG 5.2.1930 Z 127, 197, 200; BGH 18.12.1980 NJW 1981, 1097 = ZIP 1981, 178 = KTS 1981, 234, 235; *Hüffer* § 264 AktG Rn 8). **Schuldner** des Insolvenzverfahrens ist daher die juristische Person als Rechtssubjekt. Auch auf die **Kaufmannseigenschaft** einer Gesellschaft oder ihre **Firma** hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens keinen Einfluss (§ 264 Abs 3 AktG, § 69 Abs 2 GmbHG, § 87 Abs 1 GenG).

Schließlich besteht auch die **Rechnungslegungspflicht** fort (§ 270 Abs 1 AktG, § 71 Abs 1 GmbHG; klarstellend § 155 Abs 1 Satz 1 InsO; ebenso für Österreich öOGH 7.11.2007 6 Ob 246/07 f GesRZ 2008, 108 [*Fraberger*]; zusammenfassend *Grashoff* NZI 2008, 65; *Hillebrand/Moll* ZInsO 2016, 136 ff. [zu den maßgeblichen IDW-Standards]; *Maus* ZInsO 2008, 5; kritisch *Ries* ZInsO 2008, 536 ff.); Adressat der insoweit bestehenden Offenlegungspflichten nach § 325 HGB sind im Außenverhältnis unverändert die gesetzlichen Vertreter der insolventen Kapitalgesellschaft (LG Bonn 22.4.2008 11 T 28/07 ZIP 2008, 1082 = EWiR § 155 InsO 1/2008, 443 [*Weitzmann*]; LG Bonn 16.5.2008 11 T 52/07 ZInsO 2008, 630; LG

Bonn 25.5.2009 36 T 68/08 ZIP 2009, 1242; LG Bonn 16.6.2009 38 T 42/08 ZIP 2009, 1387 f.; LG Bonn 16.9.2009 30 T 366/09 ZIP 2009, 2107 f. = NZG 2010, 193; dazu *Pink/Fluhme* ZInsO 2008, 817; zust. *Heni* ZInsO 2009, 510 ff.; *Weitzmann* ZInsO 2008, 662; abw. *Hirte* FS U. H. Schneider [2011], S. 533, 534 ff.; *ders.* ZInsO 2011, 449, 455; *de Weerth* NZI 2008, 711; zum Ganzen auch *Undritz/Zak/Vogel* DZWIR 2008, 353, 357 f.). Daher fehlt dem Insolvenzverwalter die Beschwerdebefugnis nach § 335 Abs 4 HGB (LG Bonn 13.11.2008 – 30 T 275/08 ZIP 2009, 332 f. = NZG 2009, 392 = NZI 2009, 194 = ZInsO 2009, 340 = DStR 2009, 498 = EWiR § 155 InsO 1/09, 319 [Holzer]), und durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin wird ein anhängiges Beschwerdeverfahren nach § 335 HGB auch nicht unterbrochen (LG Bonn 8.2.2011 31 T 791/10 ZIP 2011, 2031, 2032 = NZG 2011, 476 = NZI 2011, 296). Da die Rechnungslegungspflicht in Bezug auf die Insolvenzmasse aber ebenso wie die **steuerrechtlichen Pflichten** nach Verfahrenseröffnung durch den Insolvenzverwalter zu erfüllen sind (§ 155 Abs 1 Satz 2), trifft die gesetzlichen Vertreter kein Verschulden, wenn sie die handelsrechtlichen Offenlegungspflichten mangels Zugriffs auf die Masse nicht erfüllen (können); der Verwalter ist andererseits wie bei § 11 WpHG nur im Innenverhältnis verpflichtet. Verfahren wegen Verstößen gegen § 325 HGB gegen die gesetzlichen Vertreter insolventer Gesellschaften oder solcher, gegen die ein Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet werden konnte, werden vom Bundesamt für Justiz daher inzwischen eingestellt (dazu *Blank* ZInsO 2009, 2186 f.). Im Übrigen beginnt mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein neues Geschäftsjahr (§ 155 Abs 2), das vom Insolvenzverwalter geändert werden kann (OLG Frankfurt/Main 21.5.2012 20 W 65/12 ZIP 2012, 1617 = EWiR § 155 InsO 1/12, 675 [Schmittmann]), wobei die aus praktischen Gründen naheliegende Rückkehr zum bisherigen satzungsmäßig festgelegten Geschäftsjahr nicht nur durch (formelle) Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister, sondern auch durch eine sonstige (einfache) Mitteilung an das Registergericht erfolgen kann (BGH 14.10.2014 II ZB 20/13 ZIP 2015, 88, 89 Tz. 12 = NJW-RR 2015, 245 = NZG 2015, 157 = NZI 2015, 135 = ZInsO 2015, 96; BGH 21.2.2017 II ZB 16/15 NZI 2017, 630 = ZInsO 2017, 831 = ZIP 2017, 732 [während des ersten laufenden Geschäftsjahres nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens]). Zugleich geht mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Recht zur Bestellung (und zur Beantragung der Abberufung: *Kaiser/Berbuer* ZIP 2017, 161, 162 f.; *Kniebes* ZInsO 2015, 383 ff.) des Abschlussprüfers von den Gesellschaftern auf das Registergericht über, dem gegenüber nur der Insolvenzverwalter antragsberechtigt ist (§ 155 Abs 3; BGH 21.6.2011 II ZB 12/10 Z 190, 110 = ZIP 2011, 1673 = NZG 2011, 1069 = NZI 2011, 742 = ZInsO 2011, 1696 = EWiR § 53 GenG 1/11, 595 [Haas/Hobfeld] [Gen]; OLG Dresden 30.9.2009 13 W 281/09 ZIP 2009, 2458, 2459 = NZI 2009, 858 = ZInsO 2010, 46 [selbst für weiter zurückliegende Jahre; insoweit krit. *Hirte* ZInsO 2011, 449, 455]; *Kaiser/Berbuer* ZIP 2017, 161 f.; *Kniebes* ZInsO 2015, 383 ff. [wobei die Bestellungs Hindernisse des HGB dann auf das Verhältnis zum Insolvenzverwalter zu beziehen sind]). Der Verwalter hat danach grundsätzlich auch noch die Rechnungslegungspflichten für Zeiträume vor Verfahrenseröffnung zu erfüllen (BFH 6.11.2012 VII R 72/11 E 239, 15 = ZIP 2013, 83 [nicht ermessensfehlerhaft, gegen ihn wegen Verstoßes vorzugehen]; abw. als Vorinstanz FG Gotha 1.9.2011 I K 355/10 ZIP 2011, 2021, 2022; kritisch dazu – vor allem für den Fall vorheriger Geschäftseinstellung – *Undritz/Zak/Vogel* DZWIR 2008, 353, 354 ff.). Eine *allgemeine* Anwendung des Ausnahmetatbestandes der § 270 Abs 3 Satz 1 AktG, § 71 Abs 3 Satz 1 GmbHG, nach dem die **Prüfung** des Jahresabschlusses durch einen Abschlussprüfer entbehrlich ist, wenn die Verhältnisse der Gesellschaft aufgrund der vollständigen oder weitgehenden Geschäftseinstellung so überschaubar sind, dass eine Prüfung im Interesse der Gläubiger und Aktionäre nicht mehr geboten erscheint, auf das Insolvenzverfahren erscheint aber nicht zutreffend (OLG München 10.8.2005 NZG 2006, 69 = NZI 2006, 108 = ZIP 2006, 2068 = EWiR § 71 GmbHG 1/06, 115 [Luttermann] [zu § 71 Abs 3 GmbHG; bezogen auf Jahresabschlüsse vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens]; LG Frankfurt/Oder 4.9.2006 NZI 2007, 294, 295; LG Hagen 11.5.2007 24 T 2/07 ZIP 2007, 1766 = ZInsO 2007, 895 = EWiR § 335a HGB a. F. 1/07, 593 [Holzer] [allerdings ein Verschulden verneinend]; *Kniebes* ZInsO 2016, 1669 ff. [nur für Geschäftsjahre nach Insolvenzeröffnung]; abw. AG München 6.10.2004 ZIP 2004, 2110 [Hettlage] [zu § 270 Abs 3 AktG]; LG Frankfurt/Main 1.10.2007 3–16 T 30/07 ZIP 2007, 2325 [kein Ordnungsgeld, weil der Verwalter nicht verpflichtet sei]; *H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S. 109 f.; *Kind/Frank/Heinrich* NZI 2006, 205 ff.). Möglich ist aber wie auch bei der verbenden Gesellschaft eine *Einzelfallentscheidung* (OLG München 9.1.2008 31 Wx 66/07 ZIP 2008, 219, 220 = NZG 2008, 229, 230). Zu deren Herbeiführung soll der Insolvenzverwalter (mit Zustimmung von Gläubigerversammlung bzw. –ausschuss) verpflichtet sein (*Kniebes* ZInsO 2016, 1669 ff.). Zuständig zur Entscheidung der Frage ist das Registergericht (LG Paderborn 10.3.2006 ZInsO 2006, 840 = ZIP 2006, 2101, 2102; *Kniebes* ZInsO 2016, 1669 ff.). Ist die Gesellschaft prüfungspflichtig, läuft die Zwei-Wochen-Frist des § 318 Abs 3 Satz 2 HGB, innerhalb derer ein Antrag auf Bestellung eines anderen als des gewählten Abschlussprüfers beim Gericht gestellt werden und damit ein bestehender Prüfungsauftrag beendet werden kann, nicht mit Bestellung eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters neu; auf dessen Kenntnis von etwaigen Ausschluss- oder Befangenheitsgründen hinsichtlich des Abschlussprüfers kommt es daher nicht an (OLG Frankfurt/Main 4.12.2003 NZG 2004, 285, 286 = ZIP 2004, 1114, 1115; abw. *Kaiser/Berbuer* ZIP 2017, 161, 165; *Kniebes* ZInsO 2015, 383 ff.).

106 Zu **Rechtsmitteln** gegen den Eröffnungsbeschluss (§ 34 Abs 2) siehe § 15 Rn 9 f.

107 **b) Registereintragung und Bekanntmachung.** Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen einer juristischen Person ist nach § 30 bekanntzumachen und in Grundbuch und ähnliche Register einzutragen (§§ 32, 33). Darüber hinaus wird sie aufgrund einer Mitteilung des Insolvenzgerichts (§ 31 Nr 1) nach § 263 Satz 3 AktG, § 65 Abs 1 Satz 3 GmbHG, § 102 Abs 1 Satz 1 GenG, § 75 Abs 1 Satz 1 BGB von Amts wegen in das Handels-, Genossenschafts- oder Vereinsregister eingetragen (§ 32 Abs 1 Satz 1 HGB, § 263 Satz 2 AktG, § 65 Abs 1 Satz 2 GmbHG, § 102 Abs 1 Satz 1 GenG, § 75 Abs 1 Satz 1 BGB). Die insolvenzmäßige Bekanntmachung nach § 30 ersetzt dabei die Bekanntmachung durch das Registergericht; die Registereintragung ist daher nicht bekanntzumachen (§ 32 Abs 2 Satz 1 HGB, § 102 Abs 2 GenG, § 50 Abs 1 Satz BGB). Obwohl die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wie deren Ablehnung mangels Masse (§ 26) zur Auflösung der juristischen Person führt, bedarf es kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung keiner Anmeldung der Auflösung zum entsprechenden Register seitens der Ver-

tretungsorgane (§ 263 Satz 2 AktG, § 65 Abs 1 Satz 2 GmbHG, § 75 Abs 1 Satz 1 BGB, *arg.* § 102 Abs 1 GenG; auch beim e. V. entfällt seit der Streichung von § 74 Abs 1 Satz 2 BGB durch Art. 1 Nr 17 des „Gesetzes zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen“ v. 24.9.2009 [BGBl. I, S. 3145] die Eintragung nicht mehr).

Der **gute Glaube** an den Fortbestand der Verfügungsmacht des Vertretungsorgans oder der Liquidatoren wird nicht geschützt (§ 32 Abs 2 Satz 2 HGB). 108

Auch die **Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses** ist von Amts wegen in das Handels-, Genossenschafts- und Vereinsregister einzutragen (§ 32 Satz 2 Nr 1 HGB, § 102 Abs 1 Satz 2 Nr 1 GenG, § 75 Abs 1 Satz 2 Nr 1 BGB). 109

**6. Ablehnung der Eröffnung und Löschung wegen Vermögenslosigkeit. a) Abweisung des Eröffnungsantrags mangels Masse. aa) Voraussetzungen.** Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird abgelehnt, wenn er unzulässig ist, insbesondere wenn es an einem Eröffnungsgrund (§ 16) fehlt. Der praktisch wichtigste Fall ist aber die Ablehnung der Eröffnung **mangels Masse** (§ 26 Abs 1), weil die Verfahrenskosten (§ 54) nicht gedeckt sind. Dies führt mit Rechtskraft des Ablehnungsbeschlusses zur **Auflösung** von Aktiengesellschaft, GmbH und Genossenschaft (§§ 262 Abs 1 Nr 4, 289 Abs 2 Nr 1 AktG, § 60 Abs 1 Nr 5 GmbHG, § 81a Nr 1 GenG), seit der Neufassung von § 42 Abs 1 BGB durch Art. 1 Nr 7 des Gesetzes zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen vom 24.9.2009 (BGBl. I, S. 3145) auch des Vereins. 110

Der entsprechende Beschluss ist daher aufgrund einer Mitteilung nach § 31 Nr 2 InsO von Amts wegen in das Handels- und Genossenschaftsregister einzutragen (§§ 263 Sätze 2 und 3, 289 Abs 6 Satz 3 AktG, § 65 Abs 1 Sätze 2 und 3 GmbHG, §§ 82 Abs 1, 81a Nr 1 GenG; nicht vorgesehen für e. V.). Die bereits mit Verfahrenseröffnung eingetretene Auflösungswirkung bleibt auch erhalten, wenn ein zunächst eröffnetes Verfahren später mangels Masse eingestellt wird (§ 207 Abs 1 Satz 1). Die (weitere) Durchführung des Verfahrens kann jedoch dadurch erreicht werden, dass – typischerweise von Seiten der Gläubiger – ein ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird (§§ 26 Abs 1 Satz 2, 207 Abs 1 Satz 2 Hs. 1). 111

Zu **Rechtsmitteln** bei Ablehnung der Eröffnung siehe § 15 Rn 9 f. 112

**bb) Rechtsfolgen.** Bei Abweisung des Eröffnungsantrages **findet ein Insolvenzverfahren nicht statt**; mit der späteren Einstellung des Verfahrens ist der Insolvenzverwalter zu einer Verwertung von Massegegenständen nicht mehr verpflichtet (§ 207 Abs 3 Satz 2). Vielmehr schließt sich in beiden Fällen ein gesellschaftsrechtliches Abwicklungsverfahren an, in dem die Gleichbehandlung der Gläubiger nicht mehr gewährleistet ist und (bzw. weil) das (Rest-)Vermögen wieder dem Einzelzugriff der Gläubiger offensteht (dazu *Uhlenbruck* ZIP 1996, 1641, 1647 ff.). 113

Mit der Ablehnung der Eröffnung (§ 26) bzw. der Einstellung des Verfahrens mangels Masse (§ 207) werden die bisherigen Geschäftsleiter daher mangels anderweitiger Satzungsregelung oder anderweitigen Beschlusses der Haupt- oder Gesellschafterversammlung zu Liquidatoren (§§ 265, 290 AktG, § 66 Abs 1 GmbHG, § 83 Abs 1 GenG). Das fördert weder die Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Organe, und es führt sie im Gegenteil in Versuchung, unberechtigte Ansprüche aus dem noch vorhandenen Vermögen zu befriedigen (zur Kritik *Karsten Schmidt* ZGR 1996, 209, 220 ff.; *ders.* KS-InsO, 2. Aufl. 2000, S. 1199, 1210 f. [mit dem Vorschlag, den Gläubigern unmittelbar die Durchsetzung derartiger Innenhaftungsansprüche zuzuweisen]; *zust.* KP-*Noack* GesellschaftsR Rn 95 ff.). Da die Liquidatoren ihrerseits der Insolvenzantragspflicht unterliegen (unten § 15a Rn 7 aE), kann sich eine Pflicht zu **erneuter Insolvenzantragstellung** ergeben, wenn der Zustand der Masselosigkeit – etwa durch Auffinden weiterer Vermögenswerte – wieder entfallen ist. 114

**b) Löschung wegen Vermögenslosigkeit.** Aufgelöst werden *kann* eine Aktiengesellschaft (einschl. KGaA), GmbH und Genossenschaft auch ohne vorgängiges Insolvenzverfahren oder der Ablehnung seiner Eröffnung, wenn sie **vermögenslos** ist (§ 394 Abs 1 Satz 1 FamFG [früher §§ 141a Abs 1 Satz 1, 147 Abs 1 FGG], §§ 262 Abs 1 Nr 6, 289 Abs 2 Nr 3 AktG, § 60 Abs 1 Nr 7 GmbHG, § 81a Nr 2 GenG). Daneben *müssen* diese Gesellschaften nach § 394 Abs 1 Satz 2 FamFG (früher § 141a Abs 1 Satz 2, 147 Abs 1 FGG) aufgelöst werden, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen dieser Gesellschaft durchgeführt worden ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gesellschaft noch Vermögen besitzt (dazu unten Rn 148 ff.). Die Eintragung der Auflösung entfällt in beiden Fällen (§§ 263 Satz 4, 289 Abs 6 Satz 4 AktG, § 65 Abs 1 Satz 4 GmbHG, § 82 Abs 3 GenG). 115

Die „Auflösung“ wegen Vermögenslosigkeit ist der Sache nach nicht nur eine Auflösung, sondern eine Vollbeendigung (zur Kritik an der gesetzgeberischen Begriffswahl daher KP-*Noack* GesellschaftsR Rn 100, 274; *Karsten Schmidt* GmbHR 1994, 829, 832; *abw.* *Uhlenbruck* GmbHR 1995, 195, 203). 116

Eine Liquidation findet in diesen Fällen – in denen sich die Löschung tatsächlich im Nachhinein als Auflösung darstellt – nur ausnahmsweise statt (§§ 264 Abs 2, 290 Abs 3 AktG, § 66 Abs 5 GmbHG, § 83 Abs 5 GenG). In diesen Fällen ist auf Antrag eines Beteiligten ein Nachtragsliquidator zu bestellen. 117

**7. Insolvenzverwalter und Organe der juristischen Person.** Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht die Verwaltung und Verfügung über das Vermögen der juristischen Person nach § 80 auf den Insolvenzverwalter über (RG 25.4.1906 Z 63, 203, 212; RGZ 6.5.1911 76, 244, 246). Das gilt auch dann, wenn bereits im **Eröffnungsverfahren** ein vorläufiger Insolvenzverwalter nach Maßgabe von § 21 Abs 2 bestellt wird („starker Verwalter“); für ihn gelten die folgenden Überlegungen zur Zuständigkeitsabgrenzung von den Organen der juristischen Person ganz entsprechend (dazu *Gottwald/Haas/Hossfeld* InsR HdB § 92 Rn 206 ff.). Dies gilt jedoch nicht, wenn nach § 270 Abs 1 Satz 1 auf Antrag des Schuldners mit dem Eröffnungsbeschluss oder nachträglich nach § 271 auf Antrag der Gläubigerversammlung die Eigenverwaltung angeordnet wurde; im Falle eines Schuldnerantrags soll nach § 270 Abs 1 Satz 1 Nr 1 entsprechend von einem allgemeinen Verfügungsverbot im Eröffnungsverfahren abgesehen werden (näher im Übrigen unten Rn 271). Der (vorläufige) Insolvenzverwalter ist jedenfalls nach der bislang h. M. weder Gesellschaftsorgan noch Vertreter eines Gesellschaftsorgans, sondern Träger eines Amtes (dazu § 80 Rn 59). Seine Zuständigkeit bezieht sich auf sämtliche Handlungen, die das verteilungsfähige Vermögen 118

der juristischen Person betreffen. Dazu gehört auch die handelsrechtliche **Rechnungslegungspflicht** (§ 270 AktG, § 71 GmbHG; klarstellend § 155 Abs 1 Satz 1 InsO; dazu auch oben Rn 105A); das galt nach bislang h. M. auch hinsichtlich solcher Buchführungspflichten, die schon vor der Verfahrenseröffnung entstanden sind (öOGH 29.3.2001 NZG 2001, 987, 988; abw. LG München I 11.10.2001 ZIP 2001, 2291, 2292 = EWiR § 117 KO 1/02, 257 [Runkel]: überwiegende Gläubigerinteressen sprechen gegen Fortbestand der Buchführungspflicht). Daher konnte *der Geschäftsleiter* der Gesellschaft während des Verfahrens auch nicht mittels Zwangsgelds zur Erfüllung dieser – nicht bei ihm liegenden – Verpflichtungen angehalten werden (KG 3.6.1997 NJW-RR 1998, 472 = NZG 1998, 118 = ZIP 1997, 1511 = DZWIR 1997, 507 [Smid]; LG München I 11.10.2001 ZIP 2001, 2291, 2292 = EWiR § 117 KO 1/02, 257 [Runkel]; LG Oldenburg 11.11.1992 GmbHR 1994, 191; Schlitt NZG 1998, 755, 756 f.). Ob an dieser Kompetenzverteilung nach der neueren Judikatur des LG Bonn festzuhalten ist, erscheint zweifelhaft (dazu oben Rn 105A). Die gesellschaftsrechtliche Rechnungslegungspflicht tritt im Übrigen neben die insolvenzrechtliche (§ 66); der Insolvenzverwalter muss daher doppelt Rechnung legen (*Wellensiek* KS-InsO S. 208, 227 f. § 7 Rn 69 ff.). Die **Organe der juristischen Person bleiben aber bestehen** (grundlegend *Weber* KTS 1970, 73 ff.; vgl. auch *Grüneberg* Die Rechtsposition der Organe der GmbH und des Betriebsrates im Konkurs, 1988, S. 109; *Noack* Der Aufsichtsrat in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft [2003], S. 12; *Röder* Kompetenzbeschränkungen der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der GmbH, 2007; abw. *Wolf Schulz* KTS 1986, 389 ff.; grundlegend für die Eigenverwaltung vor Einführung des ESUG: *Finke* Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht: Die Organkompetenzen der Aktiengesellschaft in Eigenverwaltung, 2011 [dazu von *Wilcken* NZI 2011, 584]); auch das Insolvenzgericht kann den (vorläufigen) Verwalter nicht zu einer Abberufung ermächtigen (BGH 11.1.2007 IX ZB 271/04 ZIP 2007, 438, 440 = NJW-RR 2007, 624 = NZG 2007, 384 = EWiR § 22 InsO 1/07, 209 [Flitsch]). Ihr Wirkungsbereich wird durch den Insolvenzverwalter lediglich insoweit **verdrängt**, als dieser die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen hat („Verdrängungsbereich“; RG 6.5.1911 Z 76, 244, 246). Daraus leitet das BVerwG ab, dass sich ein Gewerbeuntersuchungsverfahren während eines laufenden Insolvenzverfahrens nach wie vor gegen die Gesellschaft bzw. ihren Geschäftsführer richtet (BVerwG 18.1.2006 NVwZ 2006, 599 = ZIP 2006, 530, 531; ebenso als Vorinstanz VG Gießen 4.10.2005 ZInsO 2005, 1226 = ZIP 2005, 2074); zudem soll in einem über das Vermögen einer Gesellschaft eröffneten Insolvenzverfahren trotz § 12 GewO ein Gewerbeuntersuchungsverfahren gegen deren persönlich haftenden Gesellschafter möglich bleiben (so – wenig überzeugend – VG Gießen 8.4.2003 8 G 508/03 ZIP 2003, 1763, 1764 f. = DB 2003, 1505, 1507). Folge dieser – letztlich auf die Amts- und die Ablehnung der Vertretertheorie zurückgehenden – Rechtsprechung ist, dass während des Insolvenzverfahrens ein einseitiger Verzicht des Schuldners auf die Gewerbeerlaubnis möglich ist, mag dieser auch möglicherweise anfechtbar sein (zum Verhältnis von Gewerbeamt und Insolvenzrecht im Übrigen unten § 35 Rn 270 ff.). Den Organen der juristischen Person verbleibt aber unstreitig die Zuständigkeit für die Regelung der **innerverbandlichen Angelegenheiten**, soweit sie nicht die Aktiv- und Passivmasse betreffen. So bleibt ihnen insbesondere die Verfügungsmacht über etwaiges insolvenzfrees Vermögen (dazu unten § 35 Rn 69 ff.). Daneben nehmen sie die **Aufgaben und Pflichten des Schuldners** wahr. Bei bestimmten Fragenkreisen überlagern sich schließlich die Zuständigkeiten von Insolvenzverwalter und Gesellschaftsorganen („Überlagerungsbereich“; *Weber* KTS 1970, 73, 77 ff.; zusammenfassend auch *Hauptmann/Müller-Dott* BB 2003, 2521 ff.). In den Fällen der **Eigenverwaltung** wird der Wirkungsbereich der Organe einer juristischen Person in deutlich geringerem Maße verdrängt. So sind grundsätzlich die „laufenden Geschäfte“ den Organen zugewiesen, während der Sachwalter nach § 280 insbesondere insolvenzspezifische Rechte wahrnimmt (*Finke* a. a. O., S. 121). Zu letzteren gehört dabei neben der Insolvenzanfechtung insbesondere die Möglichkeit, die Verfügungsbefugnis des Eigenverwalters nach §§ 275, 277, 270 zu beschränken (näher unten Rn 271).

- 119 Allen Organpersonen steht es allerdings grundsätzlich frei, ihr Amt jederzeit **niederzulegen**; dies gilt auch für den Gesellschafter-Geschäftsführer einer Einpersonen-GmbH. Die Amtsniederlegung durch den einzigen GmbH-Geschäftsführer, der zugleich Gesellschafter ist, ist aber (auch nach Inkrafttreten des MoMiG) rechtsmissbräuchlich, wenn er nicht zugleich einen neuen Geschäftsführer bestellt (so zuletzt [nach Inkrafttreten des MoMiG] OLG München 16.3.2011 31 Wx 64/11 ZIP 2011, 866 = NJW-RR 2011, 773 = NZG 2011, 432 = NZI 2011, 295 = DStR 2011, 636 = EWiR § 38 GmbHG 1/11, 499 [Kohl]; OLG München 29.5.2012 – 31 Wx 188/12 ZIP 2012, 1559 = NZG 2012, 739 = EWiR § 39 GmbHG 1/12, 625 [Hangebrauck] [gilt auch für die UG/im konkreten Fall war er zudem „mittelbarer“ Geschäftsführer einer GmbH]; OLG Frankfurt/M. 11.11.2014 20 W 317/11 ZIP 2015, 478 = ZInsO 2015, 704 = GmbHR 2015, 363; OLG Bamberg 17.7.2017 5 W 51/17 ZInsO 2017, 1952 = ZIP 2017, 1466; abw. *Berger* ZInsO 2009, 1977, 1981 f. [Rechtsprechung heute überholt]; früher bereits für Missbrauch BayObLG 15.6.1999 NJW-RR 2000, 179 = ZIP 1999, 1599, 1600 = DStR 2000, 290 [Schaub] [st. Rspr.]; ebenso OLG Hamm 21.6.1988 Z 88, 411 = ZIP 1988, 1048 = EWiR § 38 GmbHG 2/88, 795 [Flecke]; OLG Düsseldorf 6.12.2000 NJW-RR 2001, 609 = ZIP 2001, 25 = DStR 2001, 454 [Haas] = ZInsO 2001, 323 = NZI 2001, 97; offengelassen von BGH 8.2.1993 Z 121, 257, 262 = NJW 1993, 1198 = ZIP 1993, 430 = EWiR § 38 GmbHG 1/93, 461 [Miller] = LM H. 7/1993 § 38 GmbHG Nr 13 [Heidenhain]; anders beim Vorstand einer Aktiengesellschaft, wenn und soweit noch mindestens ein Aufsichtsratsmitglied vorhanden ist, weil dieses ebenso wie jeder Aktionär die gerichtliche Ergänzung des Aufsichtsrats nach § 104 Abs 1 Satz 1 AktG beantragen und der Aufsichtsrat sodann einen neuen Vorstand bestellen kann [OLG Hamburg 27.6.2016 11 W 30/16 NJW-RR 2016, 1182 = NZG 2016, 1070 = ZInsO 2016, 2264 = ZIP 2016, 1832]. Die Niederlegung kann fristlos erfolgen, doch muss die entsprechende Erklärung dem dafür in der Gesellschaft zuständigen Organ zugehen (*Hirte* KapGesR Rn 3.18; *KP-Noack* GesellschaftsR Rn 292). Die Anmeldung des Ausscheidens zum Handelsregister ist grundsätzlich von den verbliebenen Geschäftsführern vorzunehmen (OLG Köln 11.7.2001 BB 2001, 2180, 2182; OLG Hamm 9.3.2017 27 W 175/16 NZG 2017, 747 = NZI 2017, 403 = ZIP 2017, 820 [für UG/auch Änderung der Geschäftsanschrift]); eine Anmeldung durch den Insolvenzverwalter kommt aber dann in Betracht, wenn das Vertretungsorgan schon ausgeschieden ist und sein Ausscheiden nicht mehr anmelden kann (LG Baden-Baden 2.7.1996 ZIP 1996, 1352 = KTS 1996, 536 = EWiR § 6 KO 1/97, 121 [Neuhof/Diel]; AG Charlottenburg 3.11.1995 ZIP 1996, 683 = KTS 1996, 386 = EWiR § 6 KO 2/96, 565 [Pape]).

In der Praxis ist diese Konstellation deshalb recht häufig, weil sich Geschäftsführer damit zum einen ihren insolvenzrechtlichen Pflichten entziehen zu können glauben und/oder glauben, in den Genuss von Insolvenzausfallgeld kommen zu können; den verfahrensrechtlichen Mitwirkungspflichten – die seit Inkrafttreten des MoMiG im Falle der Führungslosigkeit zudem auch die Gesellschafter treffen – können sie sich im Rahmen des § 101 Abs 1 Satz 2 nach heutigem Recht aber nicht mehr entziehen (dazu *H.-F. Müller Der Verband in der Insolvenz*, S. 133 f. sowie unten Rn 133; zum Ganzen auch oben Rn 60). Auch eine bereits entstandene gesetzliche Pflicht zur Insolvenzantragstellung entfällt durch eine Amtsniederlegung nicht rückwirkend (unten § 15a Rn 12).

**a) Innerverbandlicher Bereich.** Im **innerverbandlichen Bereich** bleiben die Organe der juristischen Person bestehen: an die Stelle des Geschäftsleiters treten nicht etwa Liquidatoren; auch werden die Geschäftsleiter nicht etwa automatisch zu Liquidatoren (vgl. § 264 Abs 1 AktG, § 66 Abs 1 GmbHG; „außer dem Fall des Insolvenzverfahrens“; RG 6.5.1911 Z 76, 244, 246; RG 14.2.1913 Z 81, 332, 336; RG 5.2.1930 Z 127, 197, 200; BAG 4.2.2013 10 AZB 78/12 ZIP 2013, 539 = NZG 2013, 351 = NJW 2013, 2140 = EWiR § 5 ArbGG 2/13, 501 [Undritz/Röger]; KG 26.4.2012 25 W 103/11 ZIP 2012, 1352 f. [deshalb: Fortbestand der Pflicht, dem Handelsregister die aktuelle inländische Geschäftsanschrift mitzuteilen]; *H.-F. Müller Der Verband in der Insolvenz*, S. 64 ff.). Nur wenn sich die juristische Person bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits im Liquidationsstadium befand (dazu oben Rn 45), werden die Rechte und Pflichten des Schuldners von den Abwicklern wahrgenommen. 120

Außerhalb der Eigenverwaltung sind die Organe der juristischen Person aber nicht berechtigt, neben dem Verwalter nach außen aufzutreten (zum Vorstand RG 21.1.1885 Z 14, 412, 419). Bei seiner Tätigkeit wird der **Verwalter** weder von einem etwa vorhandenen Aufsichtsrat oder Beirat überwacht, noch ist er durch andere gesellschaftsrechtliche Genehmigungserfordernisse beschränkt. Alle Rechtshandlungen der Organe, die die Rechte des Insolvenzverwalters verletzen, sind den Insolvenzgläubigern gegenüber unwirksam. Auch in Fällen der Eigenverwaltung haben der Aufsichtsrat, die Gesellschafterversammlung oder entsprechende Organe nach § 276a keinen Einfluss auf die (laufende) Geschäftsführung des Schuldners. Die Zuständigkeit für Abberufung und Neubestellung von Mitgliedern der Geschäftsleitung verbleibt aber bei dem dafür außerhalb des Insolvenzverfahrens zuständigen Organ, ist jedoch an die Zustimmung des Sachwalters gebunden. Inwiefern diese Regelung über die Eigenverwaltung hinaus Ausstrahlungswirkung hat, ist noch ungeklärt (*gegen* eine Anwendbarkeit im Regelsolvenzverfahren OLG Düsseldorf 11.4.2013 I-3 Wx 36/13 ZIP 2013, 1022 = NZI 2013, 504 = EWiR § 276a InsO 1/13, 559 [Klöhm]). 121

Andererseits darf auch der Verwalter nicht in die **inneren Angelegenheiten der juristischen Person** eingreifen; sein Machtbereich ist vielmehr durch die ihm gestellte Aufgabe, die Insolvenzmasse zu sammeln, zu verwerten und zu verteilen, begrenzt. Handlungen, die darüber hinausgehen, sind ihrerseits unwirksam (RG 16.12.1902 Z 53, 190, 193; RG 16.3.1904 Z 57, 195, 199; RG 6.5.1911 Z 76, 244, 250). In gleicher Weise ist auch in der Eigenverwaltung diesbezüglich der Anwendungsbereich des § 276a nicht eröffnet (§ 276a Rn 6). Nach inzwischen wohl herrschender Auffassung sind den Geschäftsleitern aber **Neugeschäfte** infolge der Auflösung der juristischen Person selbst dann untersagt, wenn die juristische Person nach dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erhebliches neues insolvenzfreies Vermögen erworben haben sollte (*H.-F. Müller Der Verband in der Insolvenz*, S. 118 f. [Geschäfte nur mit Zustimmung des Insolvenzverwalters]; *Karsten Schmidt/Schulz* ZIP 1982, 1015, 1016 ff.; *Scholz/Karsten Schmidt* vor § 64 GmbHG Rn 66 a. E.; abw. früher RG 6.5.1911 Z 76, 244; *Weber* KTS 1970, 73, 79 f.). Dafür spricht vor allem, dass die InsO die Vollarwicklung der juristischen Personen anstrebt (dazu unten Rn 148 f.). Hinzu kommt, dass der insolvenzfremde Bereich durch § 35 gegenüber dem früheren Recht insoweit beträchtlich eingeschränkt worden ist, als nunmehr auch der Neuerwerb während des Verfahrens in die Masse fällt; insolvenzfreies Vermögen kann daher heute praktisch nur noch durch Freigabe zustande kommen (dazu § 35 Rn 71 ff.). 122

Die Geschäftsleiter sind schließlich im insolvenzfreien Bereich berechtigt, zur Beschlussfassung über einen diesen Bereich betreffenden Tagesordnungspunkt die **Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung einzuberufen** (§ 121 Abs 2 AktG, § 49 Abs 1 GmbHG). Insoweit sind sie daher auch in der Lage, Anmeldungen zum Handelsregister vorzunehmen. Auf Verlangen des Insolvenzverwalters sind sie zu einer Einberufung der Haupt- oder Gesellschafterversammlung auch verpflichtet (*H.-F. Müller Der Verband in der Insolvenz*, S. 117). 123

**b) Vertretungsmacht.** Die Vertretungsmacht der Organe kann in Form der **Gesamtvertretung** funktionsmäßig beschränkt sein (§ 78 Abs 2 Satz 1 AktG, § 35 Abs 2 Satz 2 GmbHG). Eine solche Beschränkung wird auch durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt (für die Liquidatoren § 269 Abs 2 Satz 1 AktG, § 68 Abs 1 GmbHG). Eine Ausnahme gilt aber nach § 15 für den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und folgerichtig auch für das Beschwerderecht gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (dazu § 15 Rn 1 ff, 9 f.). Auch bei Zustellungen an die Schuldnerin oder bei Erklärungen ihr gegenüber genügt auch bei Gesamtvertretung immer die Zustellung an eines der Mitglieder des Vertretungsorgans bzw. die Erklärung ihm gegenüber (§ 78 Abs 2 Satz 2 AktG, § 35 Abs 2 Satz 3 GmbHG, § 171 Abs 3 ZPO; für die Liquidatoren § 269 Abs 2 Satz 2 AktG, § 35 Abs 2 Satz 3 GmbHG analog). Im Übrigen können Gesamtvertreter auch einen von ihnen ermächtigen. Die satzungsmäßige Möglichkeit, die gesetzlichen Vertreter vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) zu befreien, gilt im Zweifel auch für die Liquidatoren (OLG Zweibrücken 19.6.1998 NJW-RR 1999, 38; abw. OLG Hamm 2.1.1997 NJW-RR 1998, 1044). Soweit dem Schuldner ein Anhörungsrecht zusteht, sind allerdings alle Mitglieder des Vertretungsorgans anzuhören (dazu unten Rn 134). 124

**c) Anstellungsverträge der Organmitglieder. aa) Anstellung.** Während die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die durch die Bestellung begründete Organstellung unberührt lässt, gilt dies für die Anstellung nicht (zur Unterscheidung ausführlich *Hirte KapGesR* Rn 3.10 ff.). Zwar bleiben die Anstellungsverträge mit den Organmitgliedern zunächst bestehen (ausdrücklich Begr RegE § 101). Der Insolvenzverwalter kann aber die Dienstverträge der Mitglieder des Vertretungsorgans (Vorstände, Geschäftsführer) nach § 113 Satz 1 ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Dauer oder einen etwaigen vertraglichen 125



- Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts mit einer Frist von höchstens drei Monaten zum Monatsende kündigen, sofern nicht eine kürzere vertragliche oder gesetzliche Frist greift (etwa aus § 626 BGB; dazu *Fichtelmann GmbH* 2008, 76, 81); dieses Kündigungsrecht steht auch dem Organmitglied selbst zu (BGH 25.6.1979 Z 75, 209, 210 = NJW 1980, 595 = ZIP 1980, 46 = KTS 1980, 126 = WM 1983, 120, 121; OLG Hamm 29.3.2000 NJW-RR 2000, 1651 = NZI 2000, 475 = ZInsO 2001, 43 = DStR 2001, 584 [mit teilw. krit. Anm. *Haas*]; *Beuthien/Titze* ZIP 2002, 1116, 1117 [Gen]; *Henssler* ZInsO 1999, 121; *H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S. 74; *Uhlenbruck* BB 2003, 1185, 1187 sowie ausführlich unten § 113 Rn 15 ff.). Denkbar erscheint auch, dass sich die Gesellschaft unabhängig von einer Kündigung darauf beruft, dass die Geschäftsleiter im Hinblick auf die Verdrängung ihrer Organkompetenzen während des Verfahrens eine ihrer Vergütung entsprechende Leistung nicht mehr erbringen (*Häsemeyer* Rn 30.30, 30.52 a. E.). Eine etwaige Kündigung des Anstellungsvertrages durch den Insolvenzverwalter hat auf die organschaftliche Stellung des Geschäftsführers keine unmittelbaren Auswirkungen (OLG Hamm 15.10.1979 ZIP 1980, 280, 281).
- 126 Dies gilt auch für den Anstellungsvertrag mit einem **Alleingesellschafter-Geschäftsführer**; insbesondere greift nicht § 116 ein, nach dem Geschäftsbesorgungsverträge mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlöschen (BGH 25.6.1979 Z 75, 209, 212 = NJW 1980, 595 = ZIP 1980, 46 = KTS 1980, 126; OLG Hamm 29.3.2000 NJW-RR 2000, 1651 = NZI 2000, 475 = ZInsO 2001, 43 = DStR 2001, 584 [mit teilw. krit. Anm. *Haas*] [für den mit 50% beteiligten Geschäftsführer]; *Henssler* ZInsO 1999, 121; *H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S. 75 ff.). Zwar ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens für sich genommen kein Grund, der eine fristlose Kündigung nach § 626 BGB rechtfertigen würde (BGH 25.6.1979 Z 75, 209 = NJW 1980, 595 = ZIP 1980, 46, 47 = KTS 1980, 126 [obiter]; OLG Hamm 2.6.1986 ZIP 1987, 121 = EWiR § 22 KO 1/87, 271 [Groß]; *Timm* ZIP 1987, 69, 77 ff.). Bei zusätzlichen Pflichtverletzungen oder Interessenkonflikten bzw. deren Verdacht ist aber eine fristlose Kündigung möglich (BGH 25.6.1979 Z 75, 209, 212 = NJW 1980, 595 = ZIP 1980, 46 = KTS 1980, 126 = WM 1983, 120, 121; BGH 2.7.1984 ZIP 1984, 1113; *Großkomm/Paeßen* § 38 GmbHG Rn 129; *H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S. 79 ff.). Das gilt insbesondere für eine schuldhafte Insolvenzverschleppung; diesen Grund für eine Kündigung kann der Insolvenzverwalter zudem noch nach Verfahrenseröffnung nachschieben (BGH 20.6.2005 NJW 2005, 3069 = NZG 2005, 714 = ZIP 2005, 1365, 1367).
- 127 **bb) Vergütungsansprüche.** Vergütungsansprüche, die dem Geschäftsleiter für die Zeit von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zum Wirksamwerden der Kündigung zustehen, sind nach § 55 Abs 1 Nr 2 sonstige Masseverbindlichkeiten (KP-*Noack* GesellschaftsR. Rn 364; *Baumbach/Hueck/Haas* § 60 GmbHG Rn 49). Das wird insbesondere beim Gesellschafter-Geschäftsführer bzw. dann als misslich empfunden, wenn der Geschäftsleiter den Zusammenbruch der Gesellschaft verschuldet hat (*Weber* KTS 1970, 73, 83). Dem Missstand kann außerhalb des Aktienrechts nicht generell durch eine entsprechende Anwendung des § 87 Abs 2 AktG Rechnung getragen werden (so auch *Baumbach/Hueck/Haas* § 60 GmbHG Rn 49, der aber eine Zustimmungspflicht zur Herabsetzung der Vergütung aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ableitet); denn seine Anwendbarkeit setzt zum einen das Vorhandensein eines Aufsichtsrats voraus, und zum anderen geht das Gehaltskürzungsrecht des Aufsichtsrats nicht auf den Insolvenzverwalter über (dazu unten Rn 185). Auch ein Rückgriff auf das Recht des Insolvenzverwalters zur Erfüllungsverweigerung nach § 103 scheidet aus, da § 113 diesen verdrängt (*Henssler* KS-InsO S. 990, 993 f, § 30 Rn 11 ff.; *ders.* ZInsO 1999, 121; *Baumbach/Hueck/Haas* § 60 GmbHG Rn 49; abw. noch *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, 18. Aufl., § 64 GmbHG Rn 59; KP-*Noack* GesellschaftsR. Rn 298 f.; *Timm* ZIP 1987, 69, 72 f.: für Mehrheitsgesellschafter bzw. Gesellschafter mit der Möglichkeit, sich selbst zum Geschäftsführer zu wählen. Folgt man dieser Lösung, muss auch der Sozialschutz der §§ 100, 101 Abs 1 Satz 3 auf den Geschäftsführer erstreckt werden; zutr. KP-*Noack* GesellschaftsR. Rn 301). Jenseits der Frist des § 113 wird aber auch der Insolvenzverwalter mit Blick auf die reduzierten Aufgaben des Geschäftsleiters und den Rechtsgedanken des § 87 Abs 2 AktG anstelle einer Kündigung auch eine Herabsetzung der Vergütung vornehmen können (*H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S. 83 ff.). Jedenfalls soll aber ein für den Fall der Kündigung des Anstellungsvertrages im Geschäftsführungsvertrag vorgesehener **Abfindungsanspruch** nur Insolvenzforderung i. S. v. § 38 und nicht Masseverbindlichkeit i. S. v. § 55 Abs 1 Nr 1 sein, selbst wenn die Kündigung erst nach Verfahrenseröffnung erfolgte (OLG Frankfurt/Main 16.9.2004 NZG 2004, 1116 = ZIP 2005, 409).
- 128 Zulässig ist aber die **Aufrechnung mit Schadenersatzansprüchen**, die der juristischen Person gegen den Geschäftsleiter wegen Verletzung seiner Pflichten zustehen (dazu unten § 35 Rn 323 ff.). Zudem kann die Geltendmachung des (vollen) Gehaltsanspruchs im Hinblick auf die durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens stark eingeschränkte Dienstleistungspflicht rechtsmissbräuchlich sein, gegen die Treuepflicht verstoßen oder dem Einwand der Verwirkung ausgesetzt sein (ausführlich *Stiller* ZInsO 2016, 2165 ff.). Dies wird vor allem bei der Einpersonen-Gesellschaft anzunehmen sein, wenn der **Allein-Gesellschafter** zugleich Geschäftsleiter ist und er einen Gehaltsanspruch für die Zeit des Insolvenzverfahrens erhebt: denn er hat während des Insolvenzverfahrens besonders wenig zu leisten und ist wirtschaftlich der Schuldner.
- 129 Mit ihrem **Schadenersatzanspruch** bei Kündigung des Anstellungsvertrages durch den Insolvenzverwalter sind die Organmitglieder Insolvenzgläubiger (§ 113 Satz 3, § 38); bei einem an sich unkündbaren Geschäftsleiter berechnet sich der Schaden aber nur nach der ohne die vereinbarte Unkündbarkeit maßgeblichen längsten ordentlichen Kündigungsfrist (BAG 16.5.2007 8 AZR 772/06 E 122, 337 = ZIP 2007, 1829 = ZInsO 2007, 1117). Auch der Vergütungsanspruch aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist einfache Insolvenzforderung nach § 38 (nach früher geltendem Recht war eine Privilegierung nach § 59 Abs 1 Nr 3a KO denkbar, wenn der Geschäftsführer nicht maßgeblich [mit mehr als 10%] an der Gesellschaft beteiligt war: BGH 24.7.2003 NJW-RR 2003, 1474 = NZG 2003, 1020 = NZI 2003, 600 = ZIP 2003, 1662, 1665 [verneinend]; BGH 23.1.2003 NZG 2003, 327 = NZI 2003, 199 = ZIP 2003, 485, 487 [bejahend]). Eine Privilegierung (als Masseverbindlichkeit) kann sich nach heutigem Recht nur im Rahmen von § 55 Abs 2 Satz 2 ergeben, wenn ein vorläufiger Insolvenzverwalter in dieser Zeit die Leistung des Geschäftsleiters für das von ihm verwaltete Vermögen in Anspruch genommen hat.