

Grundlagen des neuen Insolvenzrechts – Insolvenzeröffnungsgründe, Antragstellung und Vermögensbeschlagnahme

Von Prof. Dr. Christoph G. Paulus, Berlin*

In Heft 43/2002:

1. Bedeutung des Insolvenzrechts
2. Die Ausgangssituation
 - 2.1 Reaktionsmuster
 - 2.2 Zwangsgemeinschaft
 - 2.3 Zwecke des Verfahrens
 - 2.4 Ein typischer Verfahrensablauf

In Heft 1-2/2003:

3. Insolvenzverfahren innerhalb der Grenzen Deutschlands
 - 3.1 Wer kann Schuldner eines Insolvenzverfahrens sein?
 - 3.2 Die Gläubiger
 - 3.3 Zuständiges Gericht
 - 3.4 Insolvenzverwalter

In diesem Heft:

- 3.5 Der sachliche Auslöser für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens
- 3.6 Der persönliche Auslöser
- 3.7 Vermögensbeschlagnahme

In diesem dritten Teil des Beitrages (nach DStR 2002, 1865 und DStR 2003, 31) werden die Insolvenzeröffnungsgründe der §§ 17 ff. InsO dargestellt, wer sich ihrer bedienen darf oder muss, und was unter dem Vermögen zu verstehen ist, das von einer Verfahrenseröffnung an zu Gunsten der Gläubiger in Beschlagnahme genommen wird.

3.5 Der sachliche Auslöser für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens¹

Das, was hier als sachlicher Auslöser bezeichnet wird, ist die Beschreibung einer für das gesamte Wirtschaftsrecht an Bedeutsamkeit kaum überbietbaren Trennlinie. Dieser Auslöser – gemeinhin Insolvenzeröffnungsgrund genannt – legt nämlich den Übergang fest vom allgemeinen Geschäftsverkehr mit der Geltung des allgemeinen (jedermann mehr oder minder bekannten) Vermögens- und Wirtschaftsrechts hin zur Haftungsrealisierung im Anwendungsregime des (nur wenigen bekannten) Insolvenzrechts. Nicht ohne Hintergedanken wurde dieser Übergang weiter oben¹ bereits als Rubikon bezeichnet: Ist nämlich diese Grenzlinie einmal überschritten, ist es vorbei mit der Privatautonomie und dem eigensüchtigen Handeln aller involvierten Akteure. An deren Stelle tritt die eingangs schon vorgestellte Verlustgemeinschaft, die allen Beteiligten Opfer abverlangt und ihren Aktionsradius erheblich beschränkt.

Von diesem „Abverlangen“ ist der Schuldner naturgemäß am heftigsten betroffen. Zwar verbleibt ihm die Rechtszuständigkeit, doch darf er über die ihm gehörenden (und der Pfän-

dung unterliegenden) Vermögensgegenstände weder verfügen noch darf er sie verwalten, § 80 InsO. Diese Gegenstände werden nunmehr sozusagen in den ausschließlichen Dienst der Gläubigerbefriedigung gestellt. Zu diesem Verlust hinzu treffen den Schuldner eine Reihe von Mitwirkungspflichten, die im Einzelnen in den §§ 97 ff. InsO aufgelistet sind.

Aber auch die Gläubiger müssen jetzt Einschränkungen hinnehmen: Es ist ihnen verwehrt, unter Zuhilfenahme der viel zitierten Ellenbogen nach Maßgabe des Prioritätsprinzips vorzugehen. Statt dessen müssen sie jetzt mit allen anderen Gläubigern abwarten, bis ihnen der Insolvenzverwalter „grünes Licht“ gibt – und das auch nur zu eingeschränkten Handlungsvarianten. Die Sicherungsgläubiger kann es treffen, dass sie unter Umständen mit der Verwertung des ihnen reservierten Sicherungsgutes zuwarten müssen, §§ 166 ff. InsO; und die ungesicherten Gläubiger sind im Wesentlichen auf die Hoffnung verwiesen, dass es für sie eine vom Verwalter auszusüttende Befriedigungsquote gibt.

Diese karge Beschreibung dürfte bereits hinlänglich klar gemacht haben, dass der sachliche Auslöser gewissermaßen zwei völlig unterschiedliche, juristische Welten trennt. In der einen herrscht – wenn auch stark kanalisierte – individuelle Freiheit², und in der anderen dominiert ein Recht, das seinen weitgehenden Zwangsmechanismus durch seine Ausrichtung an dem übergeordneten, gemeinsamen Interesse vornehmlich der Gläubiger legitimiert. Angesichts dessen ist es also evident, dass die Antwort auf die Frage, wo denn dieser Rubikon genau belegen ist, von maßgebender Bedeutung für das gesamte Wirtschaftsleben ist.

3.5.1 Bestehende oder zukünftige Zahlungsunfähigkeit

Der deutsche Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, besagte Festlegung des Rubikon in einer relativ abstrakten Art und Weise vorzunehmen. In § 17 benennt er denjenigen Insolvenzgrund, der in der Praxis am häufigsten bei einer Antragstellung benannt wird – die Zahlungsunfähigkeit. Sie ist ausweislich des § 17 Abs. 2 InsO immer dann anzunehmen, wenn der Schuldner „nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.“ Dieser Tatbestand soll regelmäßig dann vorliegen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Die Legaldefinition ist in dreierlei Hinsicht enger gefasst, als man den Tatbestand noch unter dem alten Recht angenommen hatte. Dort kam nämlich noch hinzu, dass der Schuldner „dauerhaft“ nicht in der Lage war, seine „wesentlichen“ Zahlungspflichten zu erfüllen, obgleich sie die Gläubiger „ernsthaft einforderten“. Diese Straffung im neuen Recht soll der früheren Einleitung von Verfahren dienen. Demgemäß heißt es heute: Wer schon nicht „die Semmeln beim Bäcker bezahlt, hat anscheinend erst recht kein Geld, um seine großen Gläubiger zu befriedigen.“ Wenn allerdings einmal der Schuldner nur kurzfristig kein Geld zur Begleichung einer Schuld zur Hand hat – wenn also eine bloße Zahlungsstockung vorliegt –, soll eine solche vorübergehende Illiquidität die Definition „selbstverständlich“ noch nicht erfüllen – denn nach

* Prof. Dr. Christoph G. Paulus ist Inhaber des Lehrstuhls für bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Zivilprozessrecht und Römisches Recht an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.

1 DStR 2002, 1867 (bei 2.2).

2 Zu den (allzu oft missachteten bzw. allzu isoliert betrachteten) Grenzen der Privatautonomie s. Paulus/Zenkler, JuS 2001, 2 ff.

AUFSATZ

allgemeinem Verständnis umschreibt § 17 Abs. 2 InsO nach wie vor eine Zeitraumilliquidität (statt einer Zeitpunktiliquidität). Nur ist eben jetzt der Zeitraum, was unter „vorübergehend“ zu verstehen ist, kürzer geworden – im Regelfall wird man sagen müssen, dass nach zwei bis drei Wochen „nichts mehr stockt“.

Gegenüber dem Vorgängergesetz der Konkursordnung stellt es eine Neuerung dar, dass nunmehr in Gestalt des § 18 InsO ein weiterer Insolvenzveröffnungsgrund enthalten ist – nämlich der der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Die Einführung dieses Tatbestandes ist im Zusammenhang damit zu sehen, was bereits oben³ bei der Einordnung des Fiskus in die allgemeine Klasse der ungesicherten Insolvenzgläubiger angesprochen worden ist: Dass nämlich eine frühestmögliche Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erreicht werden soll. Deswegen sei noch einmal hervorgehoben, dass der Erfahrungssatz gilt, dass um so mehr Masse vorhanden ist, je früher ein Verfahren eröffnet wird. Und als Folge daraus gilt, dass die Chancen für eine Sanierung umso größer sind, je mehr Masse vorhanden ist.

Ausweislich des § 18 Abs. 2 InsO kann ein Verfahren bereits dann eröffnet werden, wenn der Schuldner „voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.“ Hierbei muss also eine Prognose angestellt werden, die freilich einen Zeitraum von nicht mehr als maximal fünf Jahre umfassen darf. Dabei sind alle zum Zeitpunkt der Prognoseerstellung existierenden Forderungen in Rechnung zu stellen sowie diejenigen, die zwar noch nicht entstanden sind, die aber – wie etwa Lohn- oder Mietzahlungen – aus der derzeitigen Perspektive mit Sicherheit entstehen werden.

Die Berufung auf diesen Insolvenzauslösungsgrund ist einzig und allein dem Schuldner vorbehalten⁴ – und zwar als Option, nicht dagegen als Pflicht; nur er darf unter Berufung auf die ihm drohende Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag stellen. Das sollten Schuldner (bzw. ihre Berater) als Chance zu erkennen lernen: Denn nicht nur, dass damit lästige bzw. existenzbedrohende Vollstreckungsmaßnahmen ausgehebelt werden können – wird nämlich ein Insolvenzverfahren eröffnet, werden Pfändungen auf Grund der Rückschlagsperre in § 88 InsO automatisch unwirksam. Diese vorzeitige Eröffnungsmöglichkeit bietet auch noch zusätzlich eine große Chance zur Sanierung eines schlingernenden Unternehmens; sie in Verbindung mit dem weiter unten noch zu präsentierenden sog. „pre-packaged“ Plan erleichtern erheblich anstehende Restrukturierungsmaßnahmen⁵.

Dass nicht auch die Gläubiger dieses Recht haben, hängt insbesondere mit dem ebenso bedauernden wie menschlichen Verhalten zusammen, dass Gläubiger unter Umständen all zu sehr versucht sein würden, mit Hilfe dieses Insolvenzauslösungsgrundes ihrem Schuldner Schaden zuzufügen und ihn dann – gleichsam wie bei einer self-fulfilling prophecy – gerade mit Hilfe dieses Antrags tatsächlich in die Insolvenz treiben.

3.5.2 Überschuldung

Der Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung ist in § 19 InsO geregelt und ist allein den juristischen Personen vorbehalten. Ausweislich des § 19 Abs. 2 InsO liegt eine Überschuldung immer dann vor, wenn „das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt“ – wenn also die Passiva die Aktiva übersteigen. So schlicht und einleuchtend dieser Insolvenzeröffnungsgrund auf den ersten Blick erscheinen mag, so schwierig ist er in der Praxis tatsächlich festzustellen und so gering ist dort auch seine Bedeutung. Das hängt insbesondere damit zusammen, dass die Bewertung von Vermögensgegenständen ein – bislang noch kein (und schon gar nicht allseits) geklärtes Problem darstellt.

Gleichwohl ist für seine Anwendung zu beachten, dass § 19 Abs. 2 InsO ein dreistufiges Vorgehen verlangt, das nicht wirklich unkompliziert ist und infolgedessen dem Vernehmen nach allein schon deswegen selten richtig beachtet (bzw. gar ignoriert) wird. Allerdings ist eine derartige „Vogel-Strauß-Taktik“ im Hinblick auf die weiter unten noch anzusprechenden Antragspflichten etwa des Vorstands einer Aktiengesellschaft oder des Geschäftsführers einer GmbH ein (zwar nachvollziehbares, gleichwohl aber) nicht ganz ungefährliches Verhalten⁶.

Anders noch als unter der Ägide des früheren Rechts ist folgende Vorgehensweise geboten⁷: Als Erstes muss geprüft werden, ob unter Zugrundelegung von Liquidationswerten eine Überschuldung besteht. Ist das nicht der Fall, kann die (mehrfach im Jahr vorzunehmende) Kontrolle bereits an dieser Stelle abgebrochen werden^{7a}. Wenn sich aber ergibt, dass die Passiva die Aktiva übersteigen, ist als Zweites eine Fortbestehensprognose für das Unternehmen zu erstellen. Fällt diese negativ aus, liegt unabänderlich eine Überschuldung vor. Ist die Fortbestehensprognose jedoch positiv, so ist auf der Dritten Stufe schließlich erneut eine Überschuldensbilanz zu erstellen – diesmal jedoch auf der Grundlage von Fortführungswerten. Führt auch diese zum Ergebnis, dass eine Überschuldung vorliegt, muss das Insolvenzverfahren beantragt werden – d. h. die positive Fortführungsprognose bewahrt in einem solchen Fall nicht vor dem Insolvenzverfahren! Gerechtfertigt wird das mit dem erforderlichen Schutz der Gläubiger. Freilich sollten in einem derartigen Fall die Möglichkeiten zu einer Sanierung des Unternehmens mit Hilfe eines Insolvenzplans intensiv ausgelotet werden.

3.5.3 Exkurs: Fixierte Tatbestände

Während sich also der deutsche Gesetzgeber für weitgehend abstrakt formulierte Eröffnungstatbestände entschieden hat, haben andere Länder teilweise wesentlich konkretere Tatbestände für die Kennzeichnung ihres „Rubikon“; man nennt solche konkreteren Tatbestände vielfach „Acts of Bankruptcy“. Ein solcher, vor allen Dingen in der Geschichte weit verbreiteter Tatbestand war – und ist es auch heute noch in vielen Ländern (etwa Italien, die Schweiz oder die Türkei) – die Flucht des Schuldners⁸. Dahinter steckt die ebenso

6 Vgl. unten bei 3.6.2.

7 Vgl. nur Bork, ZIP 2000, 1709.

7a Es ist zu beachten, dass nach Ansicht des BGH, DStR 2001, 175 mit Anm. Goette, in die Bilanz grundsätzlich auch eigenkapitalersetzende Darlehen einzustellen sind – es sei denn, es bestünde für sie eine Rangrücktrittserklärung.

8 Hieraus ergeben sich gemeinsame Wurzeln des heutigen Arrestverfahrens der §§ 916 ff. ZPO mit dem Insolvenzverfahren.

3 DStR 2003, 34 (unter 3.2.4).

4 Bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit ist allerdings das Einstimmigkeitserfordernis in § 18 Abs. 3 InsO zu beachten.

5 Vgl. nur Paulus, CR 2003, 239 ff.

Grad

AUFSATZ

schlichte wie fundamentale Erkenntnis, dass, wer sich seinen Gläubigern heimlich entzieht, diese offenbar nicht befriedigen kann. In England übrigens war der Flucht gleich gestellt, wenn der Schuldner sein Haus nicht mehr verließ; die allseits bekannte Aussage ‚my home is my castle‘ war nämlich in erster Linie ein juristischer Grundsatz des Schuldnerschutzes.

Einen anderen Insolvenzeröffnungstatbestand findet man in der Schweiz und in Finnland: die Nichterfüllung einer titulierten Forderung bzw. einen vergeblichen Vollstreckungsversuch. Das ist aus deutscher Perspektive deswegen hervorhebenswert, weil es hierzulande ein rein faktisches Problem der Rechtsdurchsetzung gibt, das in seiner Sprengkraft von verantwortlicher Seite offenbar noch gar nicht richtig erkannt (zumindest aber nicht zutreffend eingeschätzt) worden ist; und das, obgleich nichts Geringeres als die Zerrüttung des Rechtsstaates auf dem Spiele steht und damit also das Fundament unseres Gemeinwesens⁹.

Ein solcher Staat reklamiert bekanntlich für sich das Gewaltmonopol, untersagt also seinen Bürgern, sich gewaltsam das ihnen (vermeintlich) Gebührende unter Umgehung des staatlichen Zwangsapparates zu verschaffen. Wenn der Staat dann allerdings die ihm allein reservierte Gewaltanwendung nicht zur Verfügung stellt – in manchen Regionen Deutschlands muss der Gläubiger noch zwei Jahre warten, bevor ein Gerichtsvollzieher überhaupt für ihn erstmals tätig wird¹⁰ –, ist es nur zu verständlich, wenn Gläubiger auf anderweitige Abhilfe sinnen und sich des Angebots krimineller, mafioser Dienste bedienen; entsprechende Angebote lassen sich im Internet und in Kleinanzeigen von herkömmlichen Tageszeitungen finden¹¹.

Angesichts einer derartigen „Privatisierung“ der Zwangsvollstreckung, die von niemandem wirklich gewollt sein kann, liegt zwar der Ruf an den Staat nahe, das Vollstreckungspersonal drastisch aufzustocken. Doch die leeren Kassen allerorten machen jegliche Hoffnung auf ein Erhöhen dieses Rufes wohl von vornherein zunichte. Als ein eventuell gangbarer Lösungsweg böte sich unter den gegebenen Umständen an, diese unerwünschte Selbsthilfe zurückzudrängen und durch einen rechtsstaatlichen Verfahrensmodus zu ersetzen, indem die Befriedigung dergestalt privatisiert und damit den öffentlichen Gerichtsvollziehern entzogen würde, dass ein Insolvenzverfahren eingeleitet werden könnte. Der Staat könnte sich auf diese Weise die – ohnedies nicht vorhandenen – Mittel für die Neueinstellung von Gerichtsvollziehern ersparen, hätte gleichwohl aber dafür Sorge getragen, dass die Schuldeneintreibung in Gestalt eines rechtsstaatlich geordneten Verfahrens erfolgte.

3.6 Der persönliche Auslöser

Die Notwendigkeit, dass nach deutschem Recht¹² zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in jedem Fall ein Eröffnungsgrund vorliegen muss, § 16 InsO, beantwortet noch nicht die Frage, durch wen das Verfahren in Gang gesetzt wird.

Eine Einleitung von Amts wegen gibt es nicht; das verträgt sich nicht mit der hiesigen Privatrechtsordnung. Folglich muss immer ein Antrag auf Eröffnung vorliegen. Als Antragsteller kommen außer dem Schuldner und den Gläubigern etwa noch eine Behörde in Frage. Beispiele für alle drei Varianten finden sich auch im deutschen Recht, wobei sinnvoller Weise zwischen einer Antragsberechtigung und einer Antragspflicht unterschieden wird.

3.6.1 Antragsberechtigung

Nach der Grundregel in § 13 InsO sind der Schuldner und seine Gläubiger zur Stellung eines Insolvenzantrages berechtigt¹³. Die Terminologie dieser Vorschrift ist so weit, dass auch ein Gläubiger als Antragsberechtigter erfasst ist, der für seine Forderung völlig abgesichert ist. Ob er tatsächlich einen Antrag stellen darf, oder ob das als unzulässige Rechtsausübung zurückgewiesen werden muss, bemisst sich nach § 14 InsO. Danach muss der Gläubiger ein „rechtliches Interesse“ an der Einleitung des Verfahrens haben; das hat er nicht, wenn er vollkommen abgesichert ist. Im Übrigen ergibt sich aus dieser Vorschrift, dass für einen solchen Fremdantrag auch noch die Glaubhaftmachung der eigenen Forderung erforderlich ist; dieses Vorgehen bemisst sich bekanntlich nach § 294 ZPO. Beim Eigenantrag des Schuldners dagegen sind die Nachweisanforderungen naturgemäß geringer¹⁴, denn wer begibt sich schon freiwillig in dieses Verfahren? Das ist solange gerechtfertigt, als es hierzulande noch nicht die „Flucht in das Insolvenzverfahren“ gibt, die insbesondere in den USA mit ihrem Chapter-11-Verfahren ein beliebtes Sanierungs- und „Gläubigern-ein-Schnippchen-schlagen“-Spiel darstellt. Freilich ist eine durchaus effiziente Prävention gegen derlei Strategien das in diesem Beitrag schon vielfach angesprochene, traditionelle Bewusstsein vom „Makel des Konkurses“.

Während in anderen Ländern die Antragsberechtigung im Falle der Insolvenz eines Unternehmens bisweilen auch auf eine staatliche Behörde erstreckt wird¹⁵, hat es eine derartig weit reichende Regelung hierzulande noch nie gegeben. In einem engeren Bereich dagegen, nämlich bei den Kreditinstituten, gibt es eine solche behördliche Befugnis sehr wohl – und zwar dann auch in ausschließlicher Form. So schreibt § 46b Kreditwesengesetz vor, dass im Falle der Krise eines Kreditinstituts einzig und allein die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zur Stellung eines Insolvenzantrages befugt ist. Bis vor kurzem musste daraufhin auch gleich das Konkursverfahren eröffnet werden; jetzt dagegen kann und muss das Insolvenzgericht, wie bei jedem anderen Schuldner auch, das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes prüfen.

3.6.2 Antragspflicht

Wenn man die praktische Umsetzung und Effizienz eines Gesetzes sicher stellen will, gibt es zur Erreichung dieses Zieles grundsätzlich zwei Herangehensweisen: Entweder man bietet Anreize, oder man statuiert eine Pflicht und sanktioniert sie. Das gilt, wie für jedes Gesetz, naturgemäß auch für die Insol-

⁹ Siehe zum Folgenden bereits *Paulus*, ZRP 2000, 296.

¹⁰ Dass er dann bei dem Schuldner höchst selten etwas vorfinden wird, dürfte unmittelbar einleuchtend sein.

¹¹ Siehe etwa www.russisch-inkasso.de.

¹² Das berühmte US-amerikanische Chapter 11-proceeding, das dortige Reorganisationsverfahren, ist deswegen auch berüchtigt, weil seine Einleitung auf einen Schuldnerantrag hin nicht den Nachweis eines solchen Grundes erfordert. Dadurch kommt es bisweilen vor, dass man sich in dieses Verfahren flüchtet, um Ruhe vor seinen Gläubigern zu bekommen.

¹³ Zur Erinnerung: Unter dem alten Recht war die Antragsberechtigung unterschiedlich je nach der Verfahrensart – für den Konkurs war sie anders als für ein Vergleichsverfahren.

¹⁴ Beim Eigenantrag einer juristischen Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit sind die Anforderungen des § 15 InsO zu beachten.

¹⁵ In Belgien gab es bis vor wenigen Jahren diese Einrichtung, während sie etwa in Indien im Jahr 1995 eingerichtet wurde.

AUFSATZ

venzordnung. Anreize für die Stellung eines Insolvenzantrags könnte die unmittelbare Erlangung einer Restschuldbefreiung sein oder zumindest der Nicht-Verlust des eigenen Jobs. Beides ist nach deutschem Recht jedoch nicht gewährleistet; darauf wird noch weiter unten zurückzukommen sein¹⁶.

Infolgedessen muss es eine Pflicht zur Antragstellung geben, und ihre Einhaltung muss durch die Androhung von Üblem sicher gestellt sein. Das gibt es im deutschen Recht – und zwar bei juristischen Personen; und hier gleichsam paradigmatisch in dem berühmten § 64 Abs. 1 GmbHG und § 92 AktG. Danach müssen die dort benannten Verantwortlichen bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens binnen einer Frist von drei Wochen stellen. Tun sie das nicht, vertraut der Gesetzgeber nicht etwa nur auf den zivilrechtlichen Kontrollmechanismus einer (Schadens-) Ersatzpflicht aus dem § 64 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 823 Abs. 2 BGB^{16a}; er erklärt die Verletzung dieser Pflicht (etwa in § 84 GmbHG, § 401 AktG) sogar noch zu einem strafwürdigen, also die Allgemeinheit tangierenden Fehlverhalten¹⁷.

Was die angesprochene Ersatzpflicht anbelangt, so ist in zweierlei Hinsicht zu differenzieren: Erstens zwischen Altgläubigern und Neugläubigern. Die „Alten“ sind Gläubiger des schuldnerischen Unternehmens zu einer Zeit geworden, in der dieses sich noch nicht in der Krise befand; die „Neuen“ sind demgemäß Gläubiger zu einer Zeit geworden, in der die Drei-Wochenfrist bereits abgelaufen war – als also von Rechts wegen das Verfahren bereits hätte eingeleitet sein müssen. Die „Alten“ erhalten als Schadensersatz gegen die Verantwortlichen nur den sog. Quotenschaden – also denjenigen Differenzbetrag, um den die Quote höher gewesen wäre, wäre das Verfahren rechtzeitig eingeleitet worden. Die „Neuen“ dagegen erhalten das negative Interesse; denn sie hätten bei rechtzeitiger Antragstellung mit dem schuldnerischen Unternehmen gar nicht erst Kontakt aufgenommen.

Die zweite Differenzierung betrifft das Außen- und Innenverhältnis. Jenes wurde soeben dargestellt; das Innenverhältnis bezieht sich auf das Verhältnis der Verantwortlichen zur juristischen Person. Diese hat einen Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Sanierungsmaßnahmen aus dem § 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, der vom Insolvenzverwalter geltend zu machen ist, und der die Masse zu Gunsten der allgemeinen Gläubiger anreichert.

3.7 Vermögensbeschlagnahme

Wie im Bereich der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung gilt auch – und besonders – im Insolvenzrecht der Grundsatz, dass den Gläubigern das gesamte Vermögen ihres Schuldners haftet. Dies ist in § 35 mit wünschenswerter

Klarheit zum Ausdruck gebracht und als „Insolvenzmasse“¹⁸ definiert; sie ist es, die dem haftungsrechtlichen Beschlag unterfällt und damit gleichsam eine „Versiegelung“ zu Gunsten der Gläubiger zum Ausdruck bringt. Dass dort – im Gegensatz zum früheren Recht – nunmehr auch noch das während des Verfahrens erlangte Vermögen hinzugezählt wird, wird unten (bei 3.7.3) dargestellt. An dieser Stelle ist nurmehr hervorzuheben, dass es in der Einzel- wie in der Gesamtvollstreckung die zum Zwecke des Schuldnerschutzes bestehenden Ausnahmen gibt, die diesen Status unbeschadet ihres weit reichenden Umfangs nach wie vor beanspruchen. Im Insolvenzrecht sind sie allerdings ein klein wenig enger gefasst, indem § 36 Abs. 2 und 3 InsO Ausnahmen von der Ausnahme statuiert und somit in der Zwangsvollstreckung unpfändbare Gegenstände in die Masse zieht. Generell gesehen nimmt § 36 Abs. 1 InsO aber eine Gleichschaltung vor, indem es die unpfändbaren Gegenstände auch als „insolvenzresistent“ apostrophiert.

3.7.1 Vermögen

Nachdem die rechtsgeschichtliche Entwicklung seit Jahrtausenden über den Zustand hinausgekommen ist, dass die physische Person des Schuldners zur Rechenschaft gezogen wird, und nachdem seither statt dessen das Vermögen des Schuldners liquidiert bzw. zu Geld gemacht wird, ist es unmittelbar einleuchtend, dass der Vermögensbegriff auch und insbesondere im Insolvenzrecht eine ganz zentrale Rolle spielt. Allerdings ist eine zufriedenstellende Definition dessen, was das Vermögen ausmacht, bislang noch nicht gelungen. Jedoch gehören zu dessen festen Bestand gewisslich die seit altrömischer Zeit bekannten Mobilien, Immobilien und Forderungen. Schwieriger wird es aber schon mit den noch nicht so lange etablierten Vermögensgegenständen wie beispielsweise treuhänderisch gehaltenes Vermögen. Hier gilt nach zwischenzeitlich einigermaßen gefestigter Ansicht, dass im Falle der Insolvenz des Treugebers sämtliches Treugut zur Masse gehört, während im umgekehrten Fall – der Insolvenz des Treuhänders – zwischen der fremd- und der eigennützigen Treuhand unterschieden werden muss: Das fremdnützig gehaltene Treugut fällt nicht in die Masse, das eigennützig gehaltene dagegen sehr wohl. Dass in diesem Zusammenhang naturgemäß Beweisprobleme auftreten, belegt nahezu jeder Einzelfall.

Während sich die vorgenannten Beispiele noch einigermaßen mit den aus dem Sachenrecht vertrauten Rechtsfiguren erfassen lassen, wird das bei den modernen Vermögensgütern wie z.B. Goodwill, Know-how, Kundenstamm oder auch Lizenzen deutlich problematischer. Hier ergeben sich Schwierigkeiten bereits dadurch, dass wir gewissermaßen in einer terminologisch-historischen Falle stecken. Denn der dem Juristen von Anbeginn seiner Laufbahn „eingepflichtete“ und vertraute Begriff „Sachenrecht“ nimmt Bezug auf § 90 BGB. Dort wird bekanntlich der Begriff „Sache“ definiert – und zwar als ein körperlicher Gegenstand¹⁹. Das kommt aus dem römischen Recht und gilt somit seit alters her. Unter diesen

16 Als kurzer Vorgriff: Eine Restschuldbefreiung gibt es entweder nach Maßgabe der §§ 286 ff. InsO erst nach einigen Jahren oder nach der Bestätigung eines Insolvenzplans; und die Eigenverwaltung der §§ 270 ff. InsO kämpft mit (als unverrückbar hingenommenen) gesellschaftsrechtlichen Vorgaben.

16a § 823 Abs. 2 BGB verlangt übrigens auch noch i. V. m. § 266a StGB einem Geschäftsführer beschleunigtes Handeln ab – zumindest nach Ansicht des BGH vom 16. 5. 2000, VI ZR 90/99, ZIP 2000, 1339. Dabei geht es um die Abführung von Sozialabgaben.

17 Zurecht kritisch dazu Höffner, Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung, 2003.

18 Siehe hierzu bereits DStR 2003, 32 (bei 3.2.1) zur Unterscheidung zwischen Ist- und Sollmasse.

19 Es entspricht diesem Verständnis, dass die „Übereignung“ einer Forderung, d. h. also die Abtretung, nicht im Sachenrecht, sondern im Schuldrecht – in den §§ 398 ff. BGB – geregelt ist, obgleich es sich dabei völlig unbezweifelbar um ein Verfügungsgeschäft handelt, dem eine ins Schuldrecht gehörende Causa zu Grunde liegen muss.

RECHTSPRECHUNG

Begriff lassen sich aber die besagten modernen Vermögensgegenstände schwerlich fassen.

In sprachlicher Hinsicht öffnet sich daher der Horizont, wenn man Vermögen vorsichtig mit der aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis übernommenen Bezeichnung „property rights“ gleich setzt. Dadurch wird klar, dass diese Gegenstände Vermögenswerte darstellen und deswegen auch – zumindest grundsätzlich – in die Masse fallen müssen. Aber auch dann ergeben sich im Einzelfall immer wieder Probleme, was denn tatsächlich zum haftenden Vermögen gehört: Fallen etwa der „millionenschwere“ Stürmerstar eines Profibundesligaklubs in die Masse dieses Vereins²⁰ oder eine Website, mit der man bisweilen erhebliche (Werbe-)Einnahmen erzielen kann²¹ oder die einzelnen Lizenzrechte, die aus einem Rahmen-Bezugsvertrag resultieren²²?

3.7.2 Gegenwärtiges Vermögen

Zunächst einmal ist ausweislich des § 35 InsO das zur Zeit der Verfahrenseröffnung dem Schuldner gehörende Vermögen vom Insolvenzbeschlagn erfasst. Wie schon erwähnt, legt die deutsche Parallelisierung der Gesamtvollstreckung mit der Einzelzwangsvollstreckung nahe, dass zum Vermögen im insolvenzrechtlichen Sinne nur all das gehört, was ebenfalls im Falle der Einzelvollstreckung dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt ist. § 36 InsO begrenzt demgemäß die Sollmasse auf diejenigen gegenwärtigen Vermögensgegenstände des Schuldners, die pfändbar sind. Damit sind also die zuvor schon angesprochenen vielfältigen, weit über die Dreiteilung von Immobilien, Mobilien und Forderungen hinaus reichenden property rights erfasst, während die unpfändbaren Gegenstände insbesondere der §§ 811 ff. ZPO und der §§ 850 ff. ZPO ausgeschlossen sind. Allerdings ist von nicht ganz unerheblicher Bedeutung, dass § 36 Abs. 2 InsO insbesondere die Geschäftsbücher aus dieser Parallelisierung ausnimmt. Sie gehören also sehr wohl in die Sollmasse und erleichtern damit die Veräußerung des schuldnerischen Unternehmens.

20 Zu dieser Frage etwa Paulus, ZIP 1985, 1449 ff.

21 Die Frage nach der Pfändbarkeit erfasst nur einen Teilbereich der Problematik. Für das allgemeine Vermögensrecht ist die weitere Frage viel erheblicher, ob etwa die Website auch als Sicherungsgegenstand verwendet werden kann.

22 Dazu Paulus, CR 2003, 241.

3.7.3 Zukünftiges Vermögen

Während unter der Konkursordnung noch dasjenige Vermögen des Schuldners, das dieser nach dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung erwarb, ausschließlich ihm (bzw. seinen neuen Gläubigern) zugute kam, zieht es die Insolvenzordnung in § 35 InsO nunmehr in die Insolvenzmasse. Das wird damit erklärt oder gerechtfertigt, dass die Insolvenzordnung erstmalig in der deutschen Rechtsgeschichte in den §§ 286 ff. InsO eine Restschuldbefreiungsmöglichkeit vorsieht. Wenn nämlich, so die Argumentation, eine solche Schuldbefreiung möglich ist, soll den Gläubigern als Ausgleich für den damit hinzunehmenden Verlust wenigstens der Zugriff auf alle Vermögenswerte des Schuldners bis hin zum Eintritt der Restschuldbefreiung gewährleistet sein. Damit ist der Zeitpunkt, ab dem der Schuldner einen „fresh start“ soll durchführen können, von dem unter der KO noch maßgeblichen Eröffnungszeitpunkt auf den des Eintritts der Restschuldbefreiung verlagert worden. Was das für Konsequenzen für die sog. Neugläubiger hat – also diejenigen, die diese Position erst nach Verfahrenseröffnung erlangen –, ist noch ungeklärt. Für sie gibt es praktisch keine haftende Masse, denn die ist durch § 35 InsO den Altgläubigern reserviert.

3.7.4 Früheres Vermögen

Es soll an dieser Stelle auch die Frage angesprochen werden, ob neben dem existierenden und künftigen Vermögen etwa auch früheres Vermögen des Schuldners vom Insolvenzbeschlagn erfasst sein kann. Die Antwort hierauf ist ein ebenso schlichtes wie bedeutsames: Ja. Vermögen also, das der Schuldner zu früheren Zeiten – unter Umständen auch lange vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – einmal sein Eigen genannt hat, unterliegt möglicherweise dem Insolvenzbeschlagn. Einzelheiten werden weiter unten im Zusammenhang mit der Insolvenzanfechtung darzustellen sein. An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass es sich aus Gründen der Anreicherung der Masse und damit zum Vorteil der allgemeinen Gläubiger so verhalten kann, dass der Schuldner unbeschadet einer nach dem allgemeinen Vermögensrecht wirksamen Vermögensübertragung gleichwohl noch als Eigentümer – genauer: als Inhaber des haftenden Vermögensobjektes – gesehen wird!

(Der Beitrag wird fortgesetzt)

RECHTSPRECHUNG

GmbH: Amtsniederlegung und Haftung des Geschäftsführers für Nichtabführung von Sozialversicherungsbeträgen

GmbHG § 38; BGB § 823 Abs. 2 i. V. m. § 266a StGB

Hat der Geschäftsführer einer GmbH mit der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft abgesprochen, dass er seinen Wunsch, aus dem Amt auszusteigen, zurückstelle, bis die Nachfolgefrage geklärt ist, ist seine Mitteilung an die Gesellschafterversammlung, er lege seine Funktion zum Monatsende

nieder, „nachdem Sie die personellen Voraussetzungen für einen Wechsel in der Geschäftsführung geschaffen haben“, auch dann eine wirksame Amtsniederlegung, wenn die Gesellschafterversammlung zugleich gebeten wird, die „gesellschaftsrechtlich erforderlichen Schritte zu veranlassen.“

BGH, Unt. v. 17. 2. 2003, II ZR 340/01

Zum Sachverhalt:

Die Beklagten (Bekl.) waren seit April 1994 Geschäftsführer der R GmbH, über deren Vermögen im Juni 1997 das Gesamtvollstre-