

# **Antworten**

## **Zu § 1**

1.) Die Frage danach, welchen primären Zweck ein Insolvenzrecht verfolgen sollte, ist eine politische wie auch wirtschaftliche Frage. Politisch insofern, als es der Politik in ihren legislativen Verlautbarungen überlassen ist, die ihr herausragend erscheinenden Prioritäten zu setzen. Wirtschaftlich insofern, als die Weichen der Verfahrensgestaltung natürlich unterschiedlich sind, je nachdem, ob in erster Linie die Gläubiger befriedigt oder ob nach Möglichkeit Unternehmen und mit ihnen Arbeitsplätze gerettet werden sollen. Historische Weichenstellungen dürften darüber hinaus auch eine Rolle spielen: So hat die Orientierung des § 1 InsO an der Gläubigerbefriedigung mit der hiesigen Tradition zu tun, Insolvenzrecht als Gesamtbefriedigungsverfahren in einer Linie mit der Zwangsvollstreckung zu sehen, bei der es per definitionem um die Befriedigung des zwangsvollstreckenden Gläubigers geht. In Frankreich dagegen war das Insolvenzrecht seit je den Kaufleuten vorbehalten, so dass die Konzentration auf das Schicksal der Unternehmen und Arbeitnehmer schon immer nahe gelegen hatte. Und dass die USA ein so großes Schwergewicht auf die Ermöglichung eines Neustarts des Schuldners legen, hat gewiss mit ihrer Geschichte zu tun, deren Gründungsmythos der des Neustarts war (man verließ Europa, um in der Neuen Welt einen Neuanfang zu machen).

2.) Eine – vielleicht die wichtigste – Rechtfertigung für diesen Wandel dürfte in der Entwicklung der Gesamtwirtschaft von dem sog. sekundären hin zum tertiären Wirtschaftssektor liegen. Mit jenem ist das produzierende Gewerbe einer Volkswirtschaft gemeint, mit diesem das Dienstleistungsgewerbe. Während im sekundären Sektor die dominierenden Güter Mobilien, Immobilien und Forderungen sind – Vermögensgegenstände also, für die bereits in der römischen Antike die damaligen Juristen das juristische Werkzeug geschaffen haben, um diese Gegenstände zu versilbern bzw. zu vermarkten –, sind die dominierenden Vermögensgegenstände im Dienstleistungssektor wesentlich stärker auf die jeweilige Person bezogen: Knowhow, Goodwill, Charisma, Kundenbeziehungen, etc. Wegen dieser engen Verknüpfung mit der jeweiligen Person hilft das herkömmliche Instrumentarium einer auf Verkauf der Vermögensgegenstände ausgerichteten Liquidation nicht wirklich weiter. Stattdessen muss den Gläubigern, die diese Werte aktivieren wollen, damit ihr Schuldner ihnen wenigstens zukünftig das Geschuldete leistet, daran gelegen sein, dass diese personellen Vermögensgüter dadurch wieder werthaltig werden, dass ihr Schuldner weiter arbeitet – dies aber möglichst profitabel. Damit ist die Sanierung des Schuldners bereits beschrieben. Die InsO stellt dafür hauptsächlich das Planverfahren der §§ 217 ff. InsO, aber auch die Eigenverwaltung sowie das Schutzschirmverfahren (als Vorbereitung für ein Planverfahren) zur Verfügung.

3.) Indem das Insolvenzrecht heutzutage nicht mehr allein auf die Zerschlagung (Liquidation) des schuldnerischen Vermögens angelegt ist, sondern auch dessen Rettung ermöglicht, verlagert sich zwangsläufig zumindest im Bereich des Unternehmensinsolvenzrechts der Themenbereich dessen, was „das Insolvenzrecht“ abdeckt, in das, was bislang als „Krise“ bezeichnet worden war und was bislang dem Gesellschaftsrecht als Regelungsgegenstand vorbehalten gewesen ist. Dort findet man nach wie vor Vorschriften, die als Signallampen für den Eintritt oder die Vertiefung einer Krise verstanden werden können – etwa § 49 III GmbHG. Gerade diese Vorschrift warnt

vor einer möglicherweise heraufziehenden Krise, und andere Vorschriften nötigen nicht nur zur präventiven Abwehr – Paradebeispiel: § 91 II AktG – sondern auch zu sich zunehmend intensivierenden Schutzmaßnahmen. Man kann dies alles als „Restrukturierungsrecht“ bezeichnen; indem aber die Insolvenzordnung ihrerseits Restrukturierungen ermöglicht, liegen hier Überlappungen vor, die es angeraten sein lassen, das Insolvenzrecht im weiteren Sinne von demjenigen im engeren Sinne zu sprechen, welches letzteres von der Insolvenzordnung erfasst wird. Vgl. vertiefend Paulus, DB 2008, 2523 ff.; ders., Insolvenzvermeidung und Insolvenzverfahren, in: FS Hakan Pekcanitez, 2015, Special Issue Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, Bd. III, 2014, S. 2345 ff.

4.) Wie bei der Antwort auf die Frage 1 bereits angedeutet, macht die vorliegende Frage nur dann einen Sinn, wenn – wie in Deutschland – der oberste Zweck des Insolvenzverfahrens die Befriedigung der Gläubiger ist. Denn aus dieser Perspektive macht es keinen Unterschied, ob es sich bei dem Schuldner um eine Privatperson, einen Kaufmann oder eine Gesellschaft handelt.

Wenn es demgegenüber um den Schutz von Arbeitsplätzen ginge, wäre eine Regelung der Pleite von Privatpersonen nicht nur unpassend, sondern komplett deplatziert.

Gleichwohl kann man sich auch in Deutschland mit seiner Prioritätensetzung im Insolvenzrecht darüber streiten, ob nicht die Unterschiede in der jeweiligen Behandlung (zum Verbraucherverfahren s. Lehrbuch Rz. 284 ff.) zu groß sind, um die jeweiligen Verfahren in einem Gesetz zu regeln. Letzten Endes hängt die eigene Positionierung davon ab, ob man die Betonung mehr auf den Gemeinsamkeiten oder auf den Unterschieden sehen will.

## Zu § 2

### Zu § 2 I

1.) Vgl. § 304 InsO

2.) Die Insolvenzfähigkeit ist eine besondere Erscheinungsform der allgemeinen Rechtsfähigkeit (vgl. § 1 BGB) und bedeutet die Fähigkeit, Schuldner eines Insolvenzverfahrens sein zu können bzw. – andersherum ausgedrückt – dem allgemeinen Insolvenzrisiko ausgesetzt zu sein. Wer also insolvenzfähig ist, für den besteht in Gestalt der InsO ein Rettungs- oder Abwicklungsverfahren im Falle der eigenen Insolvenz; wer nicht insolvenzfähig ist, dem steht derartige nicht zur Verfügung. Im Kontext mit der Finanzkrise hat sich darüber hinaus die (de facto schon lange bestehende) Kategorie des „too big to fail“ ins allgemeine Bewusstsein geschoben. Dabei handelt es sich regelmäßig um grundsätzlich insolvenzfähige Gesellschaften bzw. Banken, deren Zusammenbruch aber untragbare politische, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Konsequenzen nach sich ziehen würde, die mittels eines Insolvenzverfahrens nicht mehr aufgefangen werden können.

Was die Insolvenzfähigkeit eines Staates anbelangt, vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO; einer Gemeinde, vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO (beachte, die Länder könnten die Insolvenzfähigkeit ihrer Gemeinden demnach per Gesetz anordnen); eines Staates, vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO (seit der Griechenlandkrise ist diese Aussage freilich – wieder einmal – in der Diskussion, vgl. nur Paulus, ZIP 2011, 2433; ders., A Resolvency Proceeding for Defaulting Sovereigns, in: Bauer/Cahn/Kenadjian (Hgg.), Collective Action Clauses and the Restructuring of Sovereign Debts (ILF Series 12), 2013, S. 181 ff.).

3.) Bislang gibt es noch kein wie auch immer geartetes Konzerninsolvenzrecht (s. nur Paulus, ZGR 2010, 270), auch wenn sich die Working Group V von UNCITRAL mit dieser Thematik bereits ausführlich auseinandergesetzt und die Ergebnisse in ihrem Legislative Guide als dessen Part 3 eingestellt hat, vgl.

[www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/2004Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html).

Es werden infolgedessen die einzelnen Gesellschaften, aus denen sich die Unternehmensgruppe zusammensetzt, im Falle ihrer Insolvenzen als je rechtliche Einheiten angesehen und behandelt. Demzufolge spielt die wirtschaftliche Einheit ‚Unternehmensgruppe‘ (oder ‚Konzern‘) insolvenzrechtlich keine Rolle und ist insbesondere nicht mit einer eigenständigen Insolvenzfähigkeit ausgestattet. S. allerdings Artt. 56 ff. der am 26.6.2017 Wirkungen entfaltenden Neufassung der EuInsVO.

### Zu § 2 II

1.) Ein Käufer hat gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Verschaffung, d.h. Übergabe und Übereignung, der gekauften Sache. Der Vermieter hat demgegenüber einen Anspruch gegen seinen Mieter auf Herausgabe der Sache (sollte der Vermieter zugleich Eigentümer der Mietsache sein, hat der zusätzlich den dinglichen Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB). Auf Grund dieser Unterscheidung zwischen Verschaffungs- und Herausgabeanspruch ist der Vermieter zur Aussonderung nach § 47 InsO berechtigt, während der Käufer eben nur allgemeiner Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO ist.

2.) Der absonderungsberechtigte Gläubiger hat seine Parallelfigur in dem Recht der Einzelzwangsvollstreckung in § 805 ZPO; dort ist die Klage auf vorzugsweise Befriedigung geregelt. Und genau darum geht es auch bei der Absonderung: Der berechtigte Gläubiger hat keinen Anspruch auf die Herausgabe der Sache als solche – das hat allein der zur Aussonderung berechtigte Gläubiger; der Absonderungsberechtigte hat nur einen Anspruch darauf, aus dem Versilberungserlös des mit dem Absonderungsrecht belasteten Gegenstands vorrangig befriedigt zu werden. Daran zeigt sich, dass der klassische Anwendungsfall eines Absonderungsrechts das Sicherungsrecht ist; der Sicherungseigentümer, vgl. § 51 Nr. 1 InsO, kann den betreffenden Gegenstand nicht etwa vom Insolvenzverwalter aus der Masse herausverlangen; er gehört ihm schließlich nicht, nachdem das Sicherungseigentum in der Insolvenz als ein bloßes Sicherungsrecht angesehen wird. Aber er hat ein Recht darauf, wegen seines Sicherungsrechts vor allen anderen Gläubigern aus dem Erlös gerade (und nur) dieses Gegenstands befriedigt zu werden. Dementsprechend ist das einzelvollstreckungsrechtliche Pendant zum aussonderungsberechtigten Gläubiger der § 771 ZPO.

3.) Nachdem sich die Schweinemästerei (genauer: deren Rechtsträger, also etwa eine OHG oder GmbH) bereits in einem Insolvenzverfahren befindet – schließlich gibt es bereits einen Insolvenzverwalter –, werden alle Neuverbindlichkeiten als Masseschulden behandelt. Diese Kategorie von Schulden wird vorab zu 100 % befriedigt, bevor ein Insolvenzgläubiger überhaupt irgendetwas erhält. Anders ist das erst und nur dann, wenn sich im Verlauf des Verfahrens herausstellt, dass so wenig Masse vorhanden ist, dass selbst die Massegläubiger nicht mehr zu 100 % befriedigt werden können. Dann muss der Insolvenzverwalter unverzüglich die sog. Masseunzulänglichkeit anzeigen, §§ 208 ff., die so etwas wie ein Insolvenzverfahren im Insolvenzverfahren auslöst.

4.) Die Entscheidung des OLG Karlsruhe widerspricht der der Vorinstanz, so dass bei Lektüre des veröffentlichten Urteils (s. außer ZInsO 2009, 1536 alternativ NZI 2009, 684 = ZIP 2009, 1774 = BeckRS 2009, 23477) schön die gegensätzlichen Ansichten nachvollzogen werden können. Das Problem liegt darin, ob solch ein Wertersatzanspruch im Wege des Verfalls eine eigenständige Forderung ist und somit unter § 38 InsO fällt, oder ob es sich dabei um eine Forderung handelt, die gemäß § 39 I Nr. 3 InsO folgendermaßen einzuordnen ist: „Geldstrafen, Geldbußen, Ordnungsgelder und Zwangsgelder sowie solche Nebenfolgen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit, die zu einer Geldzahlung verpflichten.“

5.) Hier habe ich selber keine Antwort. Ich baue hier auf den Ideenreichtum meiner Leser.

### Zu § 2 III

1.) Unter „vis attractiva concursus“ versteht man die Konzentrationswirkung des Insolvenzrechts in Bezug auf die richterliche Tätigkeit. So gibt es etwa Rechtsordnungen wie die (ganz prominent) der USA oder auch Österreichs, in denen sämtliche – oder doch zumindest erhebliche – Teile der aus einem Insolvenzverfahren resultierende Rechtsfragen und Rechtsstreitigkeiten gerade von dem Insolvenzrichter verbeschrieben werden. In den USA etwa ist es Aufgabe des Insolvenzrichters, beispielsweise die

Veräußerung der pleite gegangenen Lehman Bank an Barclays zu genehmigen, wie auch über Anfechtungsklagen des Insolvenzverwalters zu entscheiden. Den Gegenpol zu dieser allumfassenden Kompetenz bildet etwa das deutsche Recht, in dem das Insolvenzgericht auf eine eher kontrollierende Funktion, § 58 InsO, beschränkt ist. Natürlich gibt es zwischen diesen Polen eine beliebig variable Anzahl von Zwischenlösungen.

2.) Man wird sagen dürfen, dass, je intensiver die vis attractiva ausgeprägt ist, desto einheitlicher das Rechtsgebiet des Insolvenzrechts zumindest in der Praxis gehandhabt wird. Die Richter haben damit zwangsläufig eine größere Expertise, und die Rechtsmaterie unterliegt einer einheitlichen Entwicklung. Eine Aufspaltung der Zuständigkeit für Anfechtungsklagen, wie die sich hierzulande zunehmend zwischen der Zivilgerichts- und der Arbeitsgerichtsbarkeit etabliert (vgl. dazu GemS-OGB, BeckRS 2010, 29384 = NZI 2011, 15 = NJW 2011, 1211; dazu Paulus, Vom Nutzen und Nachteil einer vis attractiva concursus für das heutige Insolvenzrecht, in: FS für P. Gottwald, 2014, S. 485 ff.), kann dabei nicht vorkommen. Gerade an diesem Beispiel lässt sich aber andersherum auch erkennen, dass beispielsweise ein Arbeitsrechtler oder ein Steuerrechtler (die Finanzgerichtsbarkeit hat naturgemäß auch viel mit Insolvenzen zu tun, und sie entscheidet vielfach mit erheblichen Implikationen für die Arbeit der Insolvenzverwalter) diese getrennte Behandlung vermutlich gutheißen wird. Denn wenn das Insolvenzrecht als das einende Band angesehen wird, reißt man naturgemäß Lücken im Arbeits-, Steuer-, Sozial-, Gesellschaftsrecht, etc., auf. Freilich legt die in der jüngsten Entwicklung des Insolvenzrechts erfolgte starke Betonung des Sanierungsgedankens eigentlich schon nahe, dass der volkswirtschaftliche Nutzen dieses Trends dann maximiert würde, wenn das Insolvenzrecht stärker einer vis attractiva concursus unterworfen wird.

#### Zu § 2 IV

1.) Die Kriterien sind in § 56 umschrieben. Sie lassen sich in zwei Stufen darstellen, die ihrerseits so abstrakt sind, dass dieses 2-Stufenmodell Gültigkeit für praktisch jedes Insolvenzrecht dieser Welt beanspruchen kann. Die erste Stufe trifft Aussagen darüber, wer grundsätzlich als Kandidat für die Stellung als Insolvenzverwalter in Betracht kommt. Da könnte also als Voraussetzung genannt sein eine juristische Ausbildung, ein Hochschulabschluss, die einheimische Staatsbürgerschaft, Unbescholtenheit, oder welche Kriterien sonst auch immer; der Variantenreichtum ist hier groß. Auf der zweiten Stufe kommt es zu der Auswahl einer bestimmten Person aus dem mit der ersten Stufe geschaffenen Pool. Hier kann die Eignung für den konkreten Fall eine Rolle spielen, die Neutralität, die besondere Sachkunde o.Ä. Problematisch und demgemäß umstritten ist die Frage, wer die Auswahl wie vornimmt. Das kann in Alleinverantwortung der Richter sein oder aber der Richter im Einvernehmen mit den Gläubigern, der Richter auf Geheiß der Gläubiger oder auch die Gläubiger (oder nur eine bestimmte Gruppe von ihnen) selbst. Alternativ gibt es auch noch ein Rotationsverfahren, bei dem gewissermaßen der Zufall den Zuschlag erteilt.

2.) Die Beantwortung der Frage richtet sich danach, ob man den Bürgen bereits als „Beteiligten“ i.S.d. § 60 InsO ansehen kann, obgleich seine Rückgriffsforderung zwar bereits mit Abschluss des Bürgschaftsvertrages aufschiebend bedingt entstanden ist, die Bedingung sich aber gemäß § 774 BGB noch nicht materialisiert hat. Aus § 44 InsO

ergibt sich, dass dieser Bürge seine Forderung nicht im Insolvenzverfahren anmelden kann. Infolgedessen ist er auch (noch) nicht Beteiligter, so dass ihm der Verwalter auch nicht nach § 60 InsO haftbar sein kann.

3.) Die Antwort ergibt sich bereits unmittelbar aus § 155 Abs. 1 InsO. Zu den spezifisch insolvenzrechtlichen Inventarisierungs- und sonstigen Rechnungslegungspflichten s. die §§ 151 – 154 InsO.

4.) Erster Kandidat für Ersatzansprüche ist natürlich der Insolvenzverwalter selbst, der nach § 60 InsO haftet. Daneben kommt aber auch eine Haftung der Gläubigerausschussmitglieder nach § 71 InsO in Betracht (dazu etwa OLG Rostock ZIP 2007, 735), wenn es denn einen solchen Ausschuss im gegebenen Fall gibt. Wenn eine Hinterlegung der Gelder erfolgt ist bzw. wenn diese bei einer Bank angelegt worden sind, vgl. § 149 InsO, kann man gegebenenfalls auch an eine Haftung dieser Hinterlegungsstelle denken (vgl. dazu Paulus, WM 2008, 473 ff.). Und schließlich ist noch an die subsidiäre Haftung des Insolvenzgerichts, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, zu denken; denn der Insolvenzrichter ist nicht durch das sog. „Spruchrichterprivileg“ des § 839 Abs. 2 BGB geschützt (vgl. nur MüKo-Papier, § 839 Rz. 326).

5.) Die Frage, ob juristische Personen zu Insolvenzverwaltern sollen bestellt werden können, zielt auf eine (nicht nur, aber) gerade bei der Abfassung der Insolvenzordnung heftig geführte Diskussion ab. In ihr standen sich auf der einen Seite die traditionell als Einzelpersonen auftretenden (gleichwohl aber natürlich mit einer gegebenenfalls erheblichen „Mannschaft“ versehenen) Insolvenzverwalter, auf der anderen die als juristische Personen agierenden Wirtschaftsprüfer- und Rechtsanwaltsgesellschaften gegenüber.

Es gibt bei dieser Frage m.E. keine richtige oder falsche Antwort, sondern nur eine derzeit kodifizierte – nämlich die Aussage in § 56 InsO, dass der Verwalter eine „natürliche“ Person sein müsse. De lege ferenda lassen sich durchaus gute Gründe auch für die entgegengesetzte Ansicht anführen (vgl. zum Ganzen BVerfG WM 2016, 355 sowie UrtAnm. Paulus JZ 2014, 628).

### Zu § 2 V

1.) Ein Quotenschaden besteht für die Altgläubiger – das sind diejenigen Gläubiger, die schon Gläubiger der Gesellschaft waren, als die Pflicht zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens eingetreten ist, vgl. § 15a InsO – in folgender Differenz: Es wird die in dem eröffneten (bzw. mangels Masse abgewiesenen) Insolvenzverfahren erhaltene Quote von derjenigen Quote abgezogen, die im Falle einer rechtzeitigen, d.h. der gesetzlichen Pflichtlage entsprechenden Eröffnung erzielt worden wäre. Sofern diese größer als die tatsächlich erhaltene Quote sein sollte (was erfahrungsgemäß immer der Fall ist, weil die Verzögerung praktisch immer zu einer Verringerung der Teilungsmasse führt), kommt bei dieser Berechnung eine Differenz heraus, die eben den Quotenschaden darstellt.

2.) Für die österreichische Regelung (sie gibt es etwa auch in den USA und in vielen anderen Jurisdiktionen) spricht, dass praktisch kein Fall denkbar ist, in dem sich jemand freiwillig in ein Insolvenzverfahren begibt, wenn er nicht tatsächlich insolvent ist; da gibt es dann tatsächlich wenig bis gar nichts zu prüfen, so dass eine sofortige Eröffnung

an sich nahelegt. Andererseits entfielen mit der Einführung einer solchen, mit dem gesunden Menschenverstand korrespondierenden Regelung in Deutschland die Möglichkeit, den Dreimonatszeitraum für die Insolvenzzgeldfinanzierung zu nutzen. Sie aber stellt in vielen Fällen eine höchst effiziente Finanzierung von Verfahren dar, für die sich nicht ohne weiteres entsprechende Alternativen finden lassen.

### Zu § 2 VI

1.) Die Beantwortung dieser Frage richtet sich nach § 36 i.V.m. den Unpfändbarkeitsvorschriften vor allem des 8. Buchs der ZPO, in dem die Zwangsvollstreckung geregelt ist.

So findet sich in § 811 Abs. 1 Nr. 3 ZPO tatsächlich ein gewisser Viehbestand, der unpfändbar ist: Wenn also wenigstens zwei der erwähnten drei Schweine die in der Vorschrift genannten Voraussetzungen erfüllen, sind sie unpfändbar und fallen damit nicht in die Masse. In § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist – sehr abstrakt – auch der Student umschrieben; zu seiner „Erwerbstätigkeit“ (die wird hier weit verstanden) zählt wohl auch der Laptop (vgl. Paulus, Zivilprozessrecht, 6. Aufl., 2016, Rz. 816 f.). Die Angabe zu dem Gehalt i.H.v. 1000,- € bedarf an sich vieler Spezifizierungen – etwa ob es sich dabei um Brutto oder Netto handelt, ob der Schuldner Kinder hat oder nicht, etc.; jedoch ist das hier unerheblich, weil selbst bei einem Nettobetrag und bei keinerlei Unterhaltsverpflichtungen ergibt sich aus § 850c ZPO i.V.m. der Pfändungsfreigrenzenbekanntmachung, vgl. Abs. 2a, dass dieser Betrag unpfändbar ist und damit nicht in die Masse fällt, vgl. § 36 Abs. 1 S. 2. Die Frage nach der Website ist heikel: Denn wenn es sich dabei um einen werthaltigen Gegenstand handelt, sollte er pfändbar sein – die Frage ist nur: wie? Der dogmatisch an und für sich einschlägige § 857 ZPO hilft nicht wirklich weiter. Kurzum, für die Antwort auf diese Frage müssen Sie, verehrter Leser, sich selbst auf die Suche nach einer überzeugenden Antwort begeben.

2.) Anders als seine Vorgängervorschrift in der Konkursordnung enthält § 35 die Aussage, dass sich die Masse auch aus demjenigen Vermögen zusammensetzt, das der Schuldner während der Dauer des Verfahrens erwirbt. Früher war nicht der Schluss des Verfahrens, sondern dessen Beginn die Scheidelinie. Diese Änderung rechtfertigt man damit, dass es die Restschuldbefreiung gibt: Weil sie die Befriedigungschancen der Gläubiger durch ihre zeitliche Reduzierung (gegenüber der 30-jährigen Verjährungsfrist, vgl. § 197 Abs. 1 Nr. 5 BGB) eingeschränkt hat, hat man zur teilweisen Kompensation eben die Masse um den Neuerwerb vergrößert.

3.) Eine Freigabe kann immer nur durch den Insolvenzverwalter erfolgen. Denn mittels einer Freigabe begibt er sich solcher Gegenstände, die in die Insolvenzmasse fallen und über die er infolge des § 80 Abs. 1 die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hat. Die Freigabe bewirkt somit, dass der Schuldner, der ja unbeschadet der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen weiterhin dessen Eigentümer und Inhaber bleibt, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis wiedererlangt. Es ist schon seit langem anerkannt gewesen, dass der Verwalter insbesondere solche Gegenstände, die „bis über die Halskrause“ mit Sicherheiten belastet sind, freigeben kann. Daraus wird ersichtlich, dass es sich also um Gegenstände handelte, deren Freigabe die Masse nicht nur nicht verringert hat, sondern sogar noch entlastet hat (denn es konnten keine Verwaltungskosten mehr entstehen). Diese angestammte Befugnis hat der Gesetzgeber

2007 noch ein wenig ausgedehnt, indem er dem § 35 noch die Abs. 2 und 3 hinzugefügt hat. Danach kann der Verwalter jetzt also auch das aus einer selbständigen Tätigkeit entspringende Vermögen des Schuldners freigeben.

### Zu § 2 VII

1.) Der Begriff „automatic stay“ kommt eigentlich aus dem US-amerikanischen Bankruptcy Law: Er kennzeichnet den mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens unmittelbar einhergehenden Stillstand jeglicher Gläubiger- oder Schuldnerhandlung bezüglich der Insolvenzmasse. Bildlich gesprochen wird über das gesamte Vermögen des Schuldners mit der Eröffnung eine Käseglocke gestülpt, die niemanden außer den Insolvenzverwalter an den Käse heranlässt. Während das US-Recht den stay umfassend ausgestaltet hat, ist er im deutschen Recht deutlich reduzierter; so darf etwa der Aufrechnungsbefugte hierzulande aufrechnen, ohne sich um das Verfahren scheren zu müssen. Die einschlägigen Regeln des deutschen automatic stay finden sich in den §§ 80 ff.

2.) Die Postsperre ist in § 99 geregelt. Dort ist allein die Rede von „Postsendungen“ – mithin von einer etwas antiquierten Form der Kommunikation. Es besteht aber Einigkeit bei den Kommentatoren und Praktikern, dass dieser Begriff weit – und damit insbesondere modern – zu verstehen ist. Infolgedessen wird man womöglich auch SMS, Facebook und dergleichen mehr mit unter diesen Begriff zu subsumieren haben.

3.) Man versetze sich zur Beantwortung der dritten Frage mal in die Situation eines Schuldners, über dessen Vermögen möglicherweise bzw. vermutlich das Insolvenzverfahren eröffnet werden wird. Das bedeutet, dass nach Ablauf dieser Wartezeit jemand zu mir nach Hause kommt, sich als „mein“ Insolvenzverwalter vorstellt und -drängt und mir praktisch alle meine (pfändbaren) Sachen wegnimmt. Hand aufs Herz: Wer kommt unter solchen Umständen nicht auf den Gedanken, wenigstens ein paar wertvolle und lieb gewonnene Güter klammheimlich beiseite zu räumen? Genau davor schützen die Mechanismen, die in den §§ 20 bis 25 angesprochen sind: Sie dienen dem Schutz der Gläubiger davor, dass der Schuldner oder andere Personen die künftige Masse über Gebühr verringern.

### Zu § 2 VIII Abschnitt 1

1.) Das ist eine sehr schwer zu beantwortende Frage! Vgl. dazu Paulus, ZIP 1997, 569 ff.; ders., Die Praxis des Bundesgerichtshofs im deutschen Rechtsleben: Festgabe aus der Wissenschaft zum 50-jährigen Bestehen des Bundesgerichtshofs, 2000, Bd. III, S. 765 ff.; ders., Close-out Netting und weitere Privilegien der Finanzindustrie, in: FS für Heinz Vallender, 2015, S. 397 ff.

Aber so viel ist sicher: Die Vorzugsbehandlung, die sogar über die Befugnisse eines Absonderungsberechtigten hinausgeht und sich damit an die Stellung eines Aussonderungsberechtigten annähert, kommt traditionell Geldgläubigern zugute; denn der absolut dominierende Anwendungsfall der Aufrechnung ist nun einmal der zweier auf Geldleistung gerichteter Forderungen. Diese Sonderbehandlung wird besonders deutlich, wenn man sich die Situation eines in der Sache ganz vergleichbaren Gläubigers ansieht, nur dass dabei keine Geldforderung im Spiel ist: Wenn nämlich ein



gegenseitiger Vertrag von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt ist, stehen sich materiell-rechtlich auch zwei Forderungen gegenüber. In diesem Fall kann aber die solvente Partei nicht etwa einseitig die für sie günstigere Lösung wählen, sondern da ist diese Auswahlbefugnis dem Insolvenzverwalter überlassen, vgl. § 103! Es wirkt also so, dass die „Rechtfertigung“ für die Aufrechnungsbefugnis im Insolvenzrecht schlichtweg das Ergebnis von Lobbyarbeit ist, die schon so lange zurückreicht, dass die Aufrechnungsbefugnis heutzutage nahezu unhinterfragt als ein Fixum hingenommen wird.

2.) Anders als noch unter der Konkursordnung ist diese Frage mit einem klaren „nein“ zu beantworten – allerdings mit einer Einschränkung. Doch zunächst einmal ergibt sich das „nein“ aus den §§ 165, 166. Der dritte Abschnitt behandelt „Gegenstände mit Absonderungsrechten“ und überträgt das Verwertungsrecht grundsätzlich auf den Verwalter. Der kann dadurch, dass er wirtschaftlich Einheitliches und Zusammengehöriges – z.B. Fabrik mit Maschinen – als Ganzes anbietet, einen höheren Preis erzielen, als wenn beispielsweise die Maschinen zuvor schon durch die Sicherungseigentümer verwertet worden wären. Die Einschränkung ergibt sich aus § 166 Abs. 1: Das Verwertungsrecht des Verwalters bezieht sich nur auf Gegenstände, die er in seinem (unmittelbaren oder mittelbaren) Besitz hat.

#### Zu § 2 VIII Abschnitt 2

1.) Die Antwort ist „nein“, denn § 93 untersagt ein solches Vorgehen, um den Grundsatz der Gleichbehandlung (par condicio creditorum) auch bei einer OHG-Insolvenz aufrecht zu erhalten.

2.) Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus § 107 Abs. 1: Gerade entgegengesetzt zu § 103 – der an sich (d.h. ohne die Sonderregelung) in einer Situation wie der vorliegenden anzuwenden wäre – steht dem Vorbehaltskäufer das Recht zu, vom Verwalter die Erfüllung des Vertrages zu verlangen. Das impliziert aber natürlich dessen Verpflichtung, den noch offenen Kaufpreisrest zu entrichten.

3.) Machen Sie das mal selber! Da gebe ich keine Hilfestellung für!

4.) Die Antwort hierauf finden Sie unter Rz. 149 des Buches.

#### Zu § 2 IX

1.) Durch einen ohne Widerspruch, vgl. § 178 Abs. 1, erfolgenden Eintrag in die Tabelle des Insolvenzverwalters; s. § 201 Abs. 2.

2.) Sofern der Schuldner (allein) der Eintragung in die Tabelle widerspricht, hindert das nicht die Eintragung der betreffenden Forderung in die Tabelle. Gleichwohl kann – und wird wohl auch regelmäßig – der Gläubiger Klage gemäß § 184 InsO gegen den Schuldner erheben. Tut er das nicht, gilt die Tabelleneintragung nicht als ein vollstreckbarer Titel, vgl. § 201 Abs. 2 S. 1.

Widerspricht dagegen ein Gläubiger oder der Verwalter der Eintragung der angemeldeten Forderung in die Tabelle, ist § 179 zu beachten. Danach obliegt es also

grundsätzlich dem betroffenen Gläubiger, Klage gegen den (oder die) Widersprechenden zu erheben mit dem Ziel, dass das Gericht, s. dazu §§ 180, 181, die Berechtigung zur Eintragung in die Tabelle feststellen möge (Feststellungsklage i.S.d. § 256 ZPO). Ist die angemeldete und bestrittene Forderung freilich schon titulierte (i.S.d. §§ 704, 794 ZPO), liegt die Klage last genau andersherum, vgl. § 279 Abs. 2. Knifflig wäre die Frage, was passiert, wenn der eigenverwaltende (vgl. §§ 270 ff.) Schuldner widerspricht! Tut er das als Schuldner oder als Verwalter? Die richtige Antwort ist wohl letzteres.

### Zu § 2 XI

1.) Die plurale Fragestellung ist mit Absicht gewählt! Denn auch wenn die Sanierung des Unternehmensträgers, also des Schuldners selbst, der evidenteste Anwendungsbereich und Zweck des Planverfahrens ist, ist damit doch noch nicht die Zweckpalette des Planverfahrens erschöpft. Im Sinne einer möglichst marktkonformen – d.h. also den Gläubigern und dem Schuldner die Gestaltungsfreiheit überlassenden – Offenheit der gesetzlichen Regelung in den §§ 217 ff. kann das Planverfahren auch zu einer abgewandelten übertragenden Sanierung oder auch gar einer bloßen Liquidation genutzt werden.

2.) Das Obstruktionsverbot (im US-Kontext spricht man von „cram down rule“) ist in § 245 verankert. Wie sich aus dieser Regelung ergibt, dient sie dem Zweck, einen nicht von allen Gruppen akzeptierten Plan doch noch zu retten. Nach Maßgabe dieser Vorschrift geht das, wenn wenigstens die Mehrheit der Gruppen dem Plan zugestimmt haben. Ist das nicht der Fall, ist das Planverfahren gescheitert; regelmäßig wird es dann automatisch in ein Liquidationsverfahren übergeleitet. Hat aber die Mehrheit der Gruppen ein zustimmendes Votum abgegeben, kann das „Nein“ einer ablehnenden Gruppe in ein „Ja“ fingiert werden, wenn die in der Vorschrift genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Für ein „Nein“ der Anteilseigner beachte die neu eingeführte Vorschrift des Abs. 3.

3.) Schon seit Anbeginn der InsO, also seit dem 1.1.1999, gibt es das „Dreigespann“ des § 18 (alleiniges Antragsrecht des Schuldners bei erst drohender Zahlungsunfähigkeit), die Eigenverwaltung nach den §§ 270 ff. sowie das vorbereitete Planverfahren (pre-pack), in dem der Plan bereits mit Antragstellung vom Schuldner präsentiert wird, § 217 Abs. 1 S. 2 (vgl. dazu Paulus, Die Insolvenz als Sanierungschance – ein Plädoyer, ZGR 2005, 309 ff.). Diese Optionen haben sich aber aus verschiedenen Gründen als nicht ausreichend herausgestellt. Infolgedessen hat der Gesetzgeber mit dem ESUG als dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen zusätzliche Instrumente geschaffen. Dazu gehört neben den von der Praxis schon seit langem geforderten Erleichterungen wie den Debt-Equity-Swap ganz besonders das sog. Schutzschirmverfahren des § 270b. Es bietet dem Schuldner eine Art von dreimonatiger Verschnaufpause zur Abfassung eines Insolvenzplanes.

### § 2 XII

1.) Die Regelung in den §§ 165 ff. betrifft „Gegenstände mit Absonderungsrechte(n).“ Absonderungsberechtigte haben also, wie es § 805 ZPO plastisch formuliert, ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Sicherungsgegenstand. So weit, so gut – bzw. so

weit ist also nicht recht einzusehen, warum die gesicherten Gläubiger einen Verfahrensbeitrag leisten sollten. Da kommt jetzt die Lebenswirklichkeit ins Spiel. Während in einem Klausursachverhalt die Dinge so sind, wie sie im Text angegeben sind, ist in der Wirklichkeit natürlich dem Verwalter nicht – zumindest nicht immer und nicht ohne weiteres – ersichtlich, dass das von dem Gläubiger behauptete Absonderungsrecht auch tatsächlich besteht. So eine Angabe kann ja aus den verschiedensten Gründen unzutreffend sein. Der Verwalter muss also die Berechtigung dieses reklamierten Absonderungsrechts verifizieren oder falsifizieren. Machen dann gar mehrere Gläubiger – etwa Lieferanten unter verlängertem Eigentumsvorbehalt – Sicherungsrechte an ein und denselben Fertigprodukten geltend, muss der Verwalter darüber hinaus auch noch den Anteil dieser Sicherungsrechte an den Produkten überprüfen. All das kostet natürlich jede Menge Zeit. Die wird aus der Masse aufgewandt. Daran zeigt sich, dass letzten Endes also die ungesicherten Gläubiger diese Prüfungskosten zu tragen haben: Denn die ihnen zur Verfügung stehende Verteilungsmasse verringert sich mit jeder zusätzlichen Arbeitsstunde, die der Verwalter für eben jene Verifizierung bzw. Falsifizierung aufwenden muss. Angesichts dessen ist der Verfahrensbeitrag – vielleicht auch gar in seiner Pauschalierung – der Sache nach in jedem Fall gerechtfertigt.

2.) Versuchen Sie tatsächlich mal, diese Fragen für sich selbst zu überlegen und zu beantworten. Ich gebe allenfalls als ketzerischen Gedanken mit auf den Weg, dass Sie mal durchdeklinieren, welche gesamtwirtschaftlichen Kosten damit verbunden sind, wenn Sie weite Bevölkerungsteile (die Verbraucherinsolvenzstatistik bewegt sich an der 100.000er Grenze – pro Jahr!) in die Schattenwirtschaft abdrängen. Wegen der Zeit im „Knast“ vgl. BGH, Beschl. V. 1.7.2010 – IX ZB 148/09.

3.) Bei Masseunzulänglichkeit wird während des Verfahrens klar, dass zwar noch die Kosten des Verfahrens, § 54, gedeckt sind (andernfalls ist § 207 einschlägig), nicht aber mehr die volle Befriedigung der Massegläubiger. Gemäß § 208 hat der Verwalter davon dem Gericht Anzeige zu erstatten, und die weitere Entwicklung stellt sich wie ein „Insolvenzverfahren im Insolvenzverfahren“ dar. Das heißt, die Neugläubiger, die erst nach der Unzulänglichkeitsanzeige zu Gläubigern werden, werden als Massegläubiger vollständig befriedigt, bevor die Altmassegläubiger überhaupt etwas erhalten. Aber als allererstes, vgl. § 209, werden die Verfahrenskosten beglichen.

### Zu § 2 XIII

1.) Der Weg ist potentiell lang und beschwerlich (aus diesem Grund gibt es übrigens – wichtig im Kontext des internationalen Insolvenzrecht der EuInsVO – so etwas wie einen „Restschuldbefreiungstourismus“ in Jurisdiktionen, in denen das Ziel schneller erreicht wird; bevorzugt von Deutschland aus nach Elsass-Lothringen bzw. England oder auch von Irland nach Nordirland, zu letzterem etwa Paulus, High Court of Justice in Northern Ireland (Ch), Entschdg. v. 10.1.2012 – 2011 No. 133303, Insolvency Intelligence 2012, 25(5), 75 f.). Die erste Etappe ist das außergerichtliche Einigungsverfahren, das in § 305 Abs. 1 Nr. 1 sowie in § 305a angesprochen ist. Kommt es dabei zu einer Einigung, ist die Restschuldbefreiung erreicht. Kommt es zu keiner Einigung, wird in der zweiten Stufe der in § 305 ausgeführten Antrag gestellt, der nach § 306 zum Ruhen des Verfahrens führt. Wird in dieser Phase der unterbreitete Plan akzeptiert – s. dazu §§ 308 und 309 –, ist erneut die Restschuldbefreiung erreicht. Wird der Plan abgewiesen, beginnt die

dritte Stufe, das leicht vereinfachte Insolvenzverfahren, vgl. §§ 5 II, 29 II 2, 270 I 3. Die vierte Stufe setzt bereits mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein: Wenn nämlich der Schuldner einen entsprechenden Antrag auf Erteilung der Restschuldbefreiung gestellt hat, s. § 287, beginnt mit Verfahrenseröffnung die (sehr unglücklich sog.) Wohlverhaltensperiode von 6 Jahren, binnen derer der Schuldner seine Bezüge und sein Einkommen an den Treuhänder abtreten muss. Danach dann hat er die Chance, vgl. § 300, die Restschuldbefreiung zugesprochen zu bekommen. Diese 6-Jahresfrist (sie ist – international gesehen – prohibitiv lang) wird verkürzt: auf drei Jahre, wenn der Schuldner seine Gläubiger zu 25 % befriedigen kann, auf fünf Jahre, wenn er die Verfahrenskosten decken kann.

2.) S. dazu § 305 Abs. 1 Nr. 4.

3.) Die von der Restschuldbefreiung ausgenommenen Forderungen sind in § 302 aufgeführt. Die Frage ist, ob Unterhaltsschulden darunter subsumierbar sind. Die h.M. sieht in ihnen keine deliktischen Verbindlichkeiten i.S.v. Nr. 1, so dass Unterhaltsschulden der Restschuldbefreiung unterfallen.

## Zu § 3

### Zu § 3 I

1.) Territorialität bedeutet, an und für sich ganz banal, die Anwendung des lokalen Rechts auf das Hoheitsgebiet allein und ausschließlich der inländischen Jurisdiktion. Banal ist das deswegen, weil kein Deutscher auf die Idee käme, etwa auf einer italienischen oder englischen Autobahn mit „200 Sachen“ entlang zu brettern und dem stoppenden Polizisten dann zu sagen: „Ich bin Deutscher, und in Deutschland darf ich so schnell fahren“. Der deutsche Gesetzgeber kann nun einmal nur das Recht für sein eigenes Hoheitsgebiet festlegen, nicht auch für das anderer Jurisdiktionen. Das ist beim Insolvenzrecht nicht anders als bei der Geschwindigkeitsbegrenzung auf Autobahnen. Die Universalität erkennt diesen Fundamentalsatz natürlich auch an; aber sie bleibt nicht dabei stehen, sondern appelliert gewissermaßen an das jeweilig betroffene Ausland, doch möglichst den globalen Anwendungsanspruch des inländischen Insolvenzrechts anerkennen zu wollen. Beachten Sie den Unterschied: Da wird nichts angeordnet, sondern nur erbeten! S. auch Paulus, Josef Kohler und die Entwicklung des internationalen Insolvenzrechts, in: 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 1131 ff.

Während für das Territorialitätsprinzip die rechtliche Begrenzung spricht, sprechen zu Gunsten des Universalitätsprinzips Sinn und Zweck eines Insolvenzverfahrens. Wenn Gläubiger eines inländischen Schuldners nicht kollektiv auf dessen in der Schweiz gelagertes Konto zugreifen können, spricht das dem umfassenden Befriedigungszweck des Verfahrens Hohn. Und wenn nur einzelne (vornehmlich gut informierte) Gläubiger auf dieses ausländische Vermögen – etwa durch Zwangsvollstreckung oder Pfandrealisierung, etc. – zugreifen können, liegt darin eine eklatante Verletzung des Gleichbehandlungsgebots im Insolvenzrecht.

2.) Stichworte, die bei Ihrer Antwort fallen sollten, sind: Vorzüge der Universalität (s. vorige Antwort); die durch die Universalität bedingte zwangsläufige Reaktion auf ein im Ausland eröffnetes Insolvenzverfahren; im Rahmen der zunehmend globalisierten Wirtschaft ist die Belegenheit von Vermögensgütern eines Schuldners fast schon Zufall – und davon kann die Befriedigungsquote der Gläubiger nicht abhängen müssen.

3.) Zum einen die Absicherung von Insolvenzverwaltern, die im Tandem mit Richtern schlicht und ergreifend anders einem ausländischen Gegenüber auftreten können (beachte, dass etwa Österreich in Annex C der EuInsVO das „Konkursgericht“ ohnedies bei den Verwaltern aufgelistet hat). Des Weiteren gibt es zwischen Richtern nicht selten Gelegenheit, dass sie sich untereinander darüber verständigen, wo denn wohl das Haupt- und wo das Sekundärverfahren zu eröffnen sein möge. Und schließlich hat etwa der Abschluss eines sog. Protokolls (hierzulande oftmals – verkürzend – Insolvenzverwaltervereinbarung genannt) einen ganz anderen Stellenwert, wenn es auch von den Richtern unterzeichnet wird.

Und – nicht zu vergessen: der Gesetzgeber hat mit dem ESUG auch den § 348 neu gefasst, wonach jetzt auch die Gerichte angehalten sind, miteinander zu kommunizieren (Einzelheiten bei Paulus, § 348 Rz. 8 ff., in Kübler/Prütting/Bork, InsO-Kommentar).

## Zu § 3 II

1.) Den Anfang macht der (im Großen und Ganzen gesehen sehr erfolgreiche) Versuch, das Verfahren mittels des Art. 3 Abs. 1 – mittels des Tatbestandsmerkmals „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ (= Centre of Main Interests = COMI) – dort zu eröffnen, wo es seiner Zugehörigkeit und Bedeutung und Verbundenheit auch hingehört. Dieses Hauptverfahren hat über die Artt. 16 (künftig 19) und 17 (künftig 20) Wirkung in sämtlichen Mitgliedstaaten. Dass es bei diesem einen, universal ausgerichteten Verfahren auch bleibt, versucht zum einen Art. 3 Abs. 2 sicherzustellen, indem er für die Eröffnung eines territorialen Parallelverfahrens nicht etwa Vermögensbelegenheit, sondern das Vorhandensein einer Niederlassung i.S.d. Art. 2 lit h (künftig 2 Nr. 10) verlangt; zum anderen kann man (so hat es zumindest ein Gericht in Nanterre gemacht) den Art. 29 so lesen, dass er nicht in jedem Fall die Eröffnung eines Sekundärverfahrens durch etwa einen Gläubigerantrag ermöglicht. In diesem Sinne erschweren künftig die Artt. 36 und 38 die Möglichkeit zur Eröffnung eines Sekundärverfahrens deutlich.

2.) „Lex concursus“ ist das auf ein Insolvenzverfahren anzuwendende Insolvenzrecht. Auf ein Sekundärverfahren ist gemäß Art. 28 (künftig 35) das betreffende Recht anzuwenden, auf ein Hauptverfahren im gesamten Bereich der Mitgliedstaaten das des eröffnenden Staates. Was dabei unter diese lex concursus fällt, ist in Art. 4 (künftig 7) aufgelistet; in den Artt. 5 – 15 (künftig 8 – 18) finden sich Ausnahmen davon.

3.) Die Frage nach der Opel AG ist etwas tückisch. Denn die nahe liegende Antwort – in Rüsselsheim – ist die richtige. Denkbar wäre aber auch, den COMI in Detroit anzunehmen. Denn dort befindet sich die Konzernzentrale von General Motors, zu dessen Konglomerat Opel schließlich gehört. Die Berechtigung zu dieser Annahme erkennt man beispielsweise immer dann, wenn in Detroit gesagt wird, dass ein Werk in Deutschland geschlossen werden müsse. Was den Arbeitnehmer anbelangt, so hängt alles von den konkreten Umständen ab – wo nämlich seine hauptsächlichen Interessen sind; das ist nicht etwa automatisch an seinem Arbeitsplatz oder an seinem Wohnort.

4.) Die Antwort ist – nicht anders zu erwarten: „Es kommt darauf an.“ Wenn sich der COMI der GmbH im Inland befindet, muss hierzulande ein Hauptverfahren eröffnet werden. Eine eventuelle wirtschaftliche Einbindung in den Konzern spielt bei dieser juristischen Ausgangsfrage nach allgemeiner Ansicht keine Rolle. Befindet sich aber (und sei das auch nur fälschlich angenommen) der COMI der GmbH im Ausland, wird also dort das Hauptverfahren eröffnet, dann hat diese juristische Person mithin im Inland immer noch Vermögen und Personal – nämlich das GmbH-Vermögen und das GmbH-Personal. Damit sind also die Voraussetzungen für eine Niederlassung gegeben, sodass Art. 3 Abs. 2 (künftig 2 Nr. 10) die Möglichkeit zur Eröffnung eines Sekundärverfahrens eröffnet.