

# Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht

# ZInsO

## Aus dem Inhalt:

Mit Beiheft:  
Insolvenzreport

### Aufsätze

Die Gläubigerautonomie in der Insolvenzordnung  
*Dr. Gerhard Pape, Richter am OLG Celle*

Der Insolvenzplan als Sanierungsmittel des Schuldners  
– Unter Berücksichtigung des EGInsOÄndG v. 19. 12. 1998 (Teil II)  
*Ass. jur. Christoph Kalmeyer, Berlin*

Die Verrechnung von Zahlungseingängen und Zahlungsausgängen  
im Vorfeld der Insolvenz des Kontoinhabers  
*Rechtsanwalt Dr. Manfred Obermüller, Frankfurt/Main*

Verspätete und unterlassene Bilanzierung bzw. nicht ordnungsgemäße  
Buchführung in der Unternehmenskrise am Beispiel der GmbH  
*Staatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert*

Der allgemeine Zustimmungsvorbehalt begründet keine Masseforderungen!  
*Rechtsanwalt Dr. Karsten Förster, Insolvenzverwalter, Bremen*

### ZInsO-Praxis

Insolvenzverfahren ohne Ende?  
Zum Problem fortlaufender Massemehrung im Insolvenzverfahren  
*Rechtsanwalt Christian Henning, Insolvenzverwalter, Kiel*

Die Aufgaben des Insolventreuhänders bei der vom Schuldner  
beantragten Restschuldbefreiung  
*Dr. jur. Wigo Müller, Braunfels-Lahn,  
Direktor des Arbeitsgerichts Wetzlar i.R.*

Sind durch Immobiliensicherheiten gesicherte Darlehen  
in der Verbraucherinsolvenz „restschuldbefreiungsfest“?  
*RiAG Hans-Heinrich Evers, Lübeck*

Zwangsmäßignahmen gegen einen Verwalter im Geltungsgebiet der GesO  
*Professor Dr. iur. Walter Gerhardt, Bonn*

Nachrichten und Notizen aus der Praxis der Insolvenzordnung  
*RiLG Hans Haarmeyer, Bonn*

ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport

ZInsO-Rechtsprechungsreport

6

15. Juni 1999  
2. Jahrgang

### Herausgeber:

Hans-Peter Kirchhof,  
Richter am BGH, Karlsruhe

Dr. Gerhart Kreft,  
Richter am BGH, Karlsruhe

Ernst-Dieter Berscheid,  
Vors. Richter am LAG, Hamm

Dr. Gerhard Pape,  
Richter am OLG, Celle

Dipl.-Rpfl. Udo Hintzen,  
St. Augustin

Professor Dr. Heribert Hirte,  
LL. M. (Berkeley), Jena

Rechtsanwalt  
Dr. Manfred Obermüller,  
Frankfurt/M.

Rechtsanwalt  
Wolfgang Wutzke,  
Insolvenzverwalter, Bremen

Rechtsanwalt  
Dr. Karsten Förster,  
Insolvenzverwalter, Bremen

Schwerpunktbeitrag:  
Gläubigerautonomie  
ZInsO-CD in diesem Heft



VERLAG FÜR  
DIE RECHTS- UND  
ANWALTSPRAXIS  
HERNE/BERLIN

Dabei beschränkt sich die Funktion des vorläufigen Verwalters (im Innenverhältnis) keineswegs darauf, Entscheidungen des Schuldners „abzusegnen“, wie Bork meint. Gerade in den Wirnissen des Insolvenzeröffnungsverfahrens findet fast schon zwangsläufig ein reger Gedankenaustausch zwischen Schuldner und vorläufigem Verwalter statt: Der Schuldner fragt den vorläufigen Verwalter ständig um Rat, trifft dann zusammen mit ihm eine Entscheidung, und beide Seiten vertreten diese Entscheidung in materieller wie formeller Hinsicht im Außenverhältnis gemeinsam.

Geht es somit keineswegs um „das gleiche wirtschaftliche Ergebnis“, so geht allein aus diesem Grunde der Vorwurf der Gesetzesumgehung fehl. Im übrigen führt nicht jede in den Auswirkungen wohlbedachte Entscheidung für eine von zwei möglichen Varianten in die analoge Anwendung der für die andere Variante geltenden Rechtsvorschriften. Voraussetzung dafür ist jedenfalls eine Regelungslücke, zu messen am Zweck des durch die Alternative vermiedenen Regelungsgehaltes. Diese könnte etwa vorliegen, wenn der Gesetzgeber ein gewissermaßen verbindliches Leitbild des starken Verwalters geschaffen hätte, allenfalls noch im Gegenspiel zu punktuellen Sicherungsmaßnahmen, jedenfalls unter Vernachlässigung des allgemeinen Zustimmungsvorbehaltes.

Dies ist erkennbar nicht der Fall. Bork konzediert die Zulässigkeit des allgemeinen Zustimmungsvorbehaltes (andernfalls sich die Frage nach der Analogie ja auch erübrigen würde). Wenn aber der allgemeine Zustimmungsvorbehalt auch in inhaltlicher Hinsicht als Aliud zum vollständigen Übergang der Verfügungsbefugnis

anzusehen ist (wie dargelegt ist dies sehr wohl der Fall), dann haben wir es mit dem Leitbild des Gesetzgebers zu tun, das von der reichen Palette richterlicher Sicherungsmöglichkeiten vom vollständigen Übergang der Verfügungsbefugnis über den allgemeinen Zustimmungsvorbehalt mit erweiterten Sicherungsfunktionen des vorläufigen Verwalters, den „einfachen“ allgemeinen Zustimmungsvorbehalt, den „allgemeinen“ Zustimmungsvorbehalt in Bezug auf nur bestimmte Regelungskomplexe bis hin zur bloßen Sicherung einzelner Vermögenswerte ausgeht. Wenn nun die Masseschuldsanktion gem. § 55 Abs. 2 InsO expressis verbis an eine einzige (die schärfste) Maßnahme aus diesem Handlungsspektrum gebunden ist, nämlich „den Übergang der Verfügungsbefugnis“, dann ist eine Regelungslücke im Bezug auf alle schwächeren Varianten schlechterdings nicht ersichtlich.

Bei alledem sei die Frage erlaubt, ob der Gesetzgeber die sanierungsverhindrenden Auswirkungen der Masseschuldsanktion gerade in bezug auf das Insolvenzgeld überhaupt erkannt hat. Ein unbedachter Effekt führt nämlich erst recht in eine Legitimationslücke, die im Zweifel mit dem unbestrittenen Anliegen des Gesetzgebers zu schließen ist, durch das Regelungswerk der InsO ein geordnetes und sanierungsfreundliches Verfahren zu konstituieren, das den wirtschafts- und sozialpolitischen Funktionen dieses besonderen Teils des Vollstreckungsrechts Rechnung trägt. Den besonnenen Praktikern, Gerichten wie Verwaltungen, die zur Verwirklichung dieser Zielsetzungen des Gesetzgebers von der in den Auswirkungen erträglichen Variante des allgemeinen Zustimmungsvorbehaltes Gebrauch machen, gebührt Beifall, keine dogmatische Kritik.

## ZInsO-Praxis

### Insolvenzverfahren ohne Ende?

### Zum Problem fortlaufender Massemehrung im Insolvenzverfahren

von Rechtsanwalt Christian Henning, Insolvenzverwalter, Kiel

#### 1. Problem des Einbezuges von Neuerwerb

Nach § 35 InsO gehört zur Insolvenzmasse des Schuldners auch das Vermögen, das er während des Verfahrens erlangt, d.h. Arbeitseinkommen und sonstige laufende Bezüge, soweit diese nicht nach dem § 850a ff. ZPO pfändungsfrei sind.<sup>1</sup> Im Gegensatz zur früheren KO fällt mithin neuerdings auch der sog. Neuerwerb mit in die Masse.<sup>2</sup> Was geschieht jedoch, wenn auch im fortgeschrittenen Stadium eines Verfahrens die Insolvenzmasse durch regelmäßige wiederkehrende Zahlungen fortlaufend gemehrt wird? Das Problem ist von erheblicher Praxisrelevanz, da die gegenwärtige Regelung des § 35 InsO i.V.m. § 196 InsO dazu führt, daß bei fortlaufender Massemehrung Insolvenzverfahren eigentlich nicht geschlossen werden können, da es an den gesetzlichen Voraussetzungen für die Anberaumung des Schlußtermins fehlt.<sup>3</sup>

Gem. § 196 InsO erfolgt die Schlußverteilung i.V.m. einem Schlußtermin gem. § 197 InsO, sobald die Verwertung der gesamten Insolvenzmasse, also auch des sog. Neuerwerbs, beendet ist.<sup>4</sup> Die Schlußverteilung würde jedoch ad infinitum hinausgeschoben, wenn aufgrund eines Dienstverhältnisses des Schuldners monatlich regelmäßig ein pfändbarer Betrag der Insolvenzmasse zufließt oder sich z.B. ein Dritter für den Schuldner zu fortlaufenden Zahlungen bis zur Beendigung des Insolvenzverfahrens verpflichtet hatte. Auch über einen Antrag des

1 Holzer, in: Kübler/Prüting, InsO, § 35 Rn. 77.

2 Vgl. hierzu Uhlenbruck, NJW 1975, 897, 898; Holzer, in: Kübler/Prüting (Fn. 1), § 35 Rn. 34; ausführlich zu diesem Problem, mit weiteren Nennungen vgl. Grub/Smid, DZWIR 1999, 2, 4 ff.

3 Grub/Smid, DZWIR 1999, 2 ff.

4 Holzer, in: Kübler/Prüting (Fn. 1) § 196 Rn. 4.

Schuldners auf Restschuldbefreiung gem. § 287 Abs. 1, Abs. 3 InsO würde nicht entschieden werden können bzw. würde dieser abzuweisen sein, da die Voraussetzungen für eine positive Entscheidung – Anhörung im Schlußtermin, § 289 InsO – mangels Schlußterms fehlen, da die Masse gerade nicht abschließend „verwertet“ wurde, sondern regelmäßig (jeden Monat) durch Eingänge gemehrt wird.

## 2. Konsequenzen und Lösungsmöglichkeiten

§ 196 InsO, wörtlich angewendet, führt demnach dazu, daß einem Schuldner, der z.B. ein regelmäßiges Einkommen bezieht, der Übergang ins Restschuldbefreiungsverfahren solange verwehrt bleibt, solange er diese laufenden Bezüge erhält. Dies würde im Ergebnis bedeuten, daß das Insolvenzverfahren z.B. das gesamte Arbeitsleben des Schuldners bzw. bis zur 100 %igen Befriedigung aller Verfahrensbeteigter laufen müßte, da fortlaufend die Masse gemehrt würde.<sup>5</sup> Folglich könnte die Verwertung der Insolvenzmasse gem. § 196 InsO nicht beendet werden, was in der Tat ein absurdes Ergebnis wäre. In der Kommentarliteratur wird das Problem nicht behandelt, vielmehr findet sich unisono der Hinweis, daß die Schlußverteilung erst dann zulässig ist, wenn das letzte vorhandene Massestück in Geld umgesetzt ist.<sup>6</sup>

Alternativ dazu werden daher in der Praxis folgende „Lösungswege“ diskutiert und „gehandelt“: Im Hinblick darauf, daß diese Konsequenzen nicht i.S.d. Gesetzes sein können, müsse man sich nach einer gewissen Zeit ein fiktives Datum setzen, etwa dann, wenn der wesentliche Teil der Insolvenzmasse (Anlagevermögen usw.) verwertet sei. Unter dieser Vorgabe könne die Masseverwertung als beendet angesehen bzw. erklärt werden.

Diskutiert wird auch der Gedanke, daß auf die Fälligkeit der Forderung abzustellen sei. In § 35 InsO heißt es, daß zum Vermögen des Schuldners auch das Vermögen gehört, das er während des Verfahrens erlangt. Mit der Schlußverteilung könne daher dann begonnen werden, sofern alle bei Verfahrenseröffnung fälligen Lohn- und Gehaltsforderungen eingezogen sind. Künftige Vergütungsansprüche seien nicht zur Masse zu ziehen, da ungewiß sei, ob diese überhaupt fällig würden. § 614 BGB setzt hier voraus, daß der Schuldner überhaupt seine Leistung erbringen würde. Im Ergebnis bedeutet dies, daß künftige fällige Forderungen nicht während des Verfahrens „erlangt“ seien und daher nicht zu berücksichtigen seien.

In anderen Verfahren wiederum werden fortlaufende Einnahmen der Masse entweder an Dritte oder Gläubiger verkauft bzw. als künftige Forderungen abgetreten, obwohl mit der Aufhebung des Verfahrens auch die Verfügungsmacht des Verwalters endet.<sup>7</sup>

Solchen Lösungsansätzen liegen vielleicht verständliche pragmatische Erwägungen zugrunde, sie widersprechen aber dem Gesetz.

Alle diese Ansätze verlangen, daß mehr oder minder willkürlich ein Datum gesetzt wird, zu dem z.B. das Arbeitseinkommen des Schuldners schlichtweg nicht mehr vom Verwalter zur Masse gezogen wird. Bei einem Geschäfts-

betrieb, bei dem Umsatzerlöse erwirtschaftet werden, dürfte sich dieses Problem nicht stellen, da mit der Verwertung der Masse letztendlich auch die Betriebseinstellung bzw. Übertragung auf einen anderen Rechtsträger verbunden ist. Sofern ein Gewerbetreibender aber kein Betriebsvermögen benötigt, um die Umsätze zu erwirtschaften (z.B. ein Berater, der in Privaträumen arbeitet), stellt sich auch hier das Problem, daß dann ab einem gewissen Datum Aufträge nicht mehr angenommen werden dürfen, um auf diese Art und Weise den Geschäftsbetrieb „künstlich“ herunterzufahren. Im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben würde sich auch ein solches Vorgehen nicht bewegen und für den Insolvenzverwalter mit erheblichen Haftungsrisiken verbunden sein.

Da die InsO erst seit wenigen Monaten in Kraft ist und dieses Problem im Rahmen der neu anlaufenden Verfahren Bedeutung gewinnt, bleibt daher wohl nur der Appell an den Gesetzgeber, schnell zu handeln und die vorliegende gesetzliche Regelung sachgerecht zu ergänzen, um die dargestellte Rechtsunsicherheit zu beseitigen.

Aufgrund des eindeutigen Wortlauts von § 196 InsO sind Verfahrensweisen, wie sie oben beschrieben wurden, contra legem. Gem. § 35 InsO ist das gesamte verwertbare Vermögen, also auch die neuerworbenen Forderungen zu verwerten. Darunter fällt auch, daß der Insolvenzverwalter die Masse bestmöglich zu verwerten hat, wozu nach der Neuordnung der InsO auch der Einzug des Neuerwerbs z.B. in Form fortlaufender pfändbarer Bezüge gehört.

Erwägungen, wonach es bei der Frage, ob eine Forderung zur Masse zu ziehen ist oder nicht, auf die Fälligkeit der Forderung ankäme, kann nicht gefolgt werden. Für die Frage, ob die Masse verwertet ist oder nicht, kann es nicht darauf ankommen, ob Forderungen fällig sind oder nicht. Bei der Bewertung von Forderungen hat der Insolvenzverwalter zu prüfen, ob die zukünftige fällige Forderung für die Masse „sicheres Geld“ sein wird oder nicht. Es geht also um die Frage der Werthaltigkeit der Forderung. Sofern er absehen kann, daß er durch Fortführen des Verfahrens die Masse auf diese Weise mehren kann, so hat er dies im Interesse der Insolvenzmasse zu veranlassen. Sofern der Insolvenzverwalter eine werthaltige, der Masse zustehende künftige Forderung durch den Abschluß des Verfahrens nicht berücksichtigen würde, könnte er sich möglicherweise schadensersatzpflichtig machen, da die Masse von ihm nicht vollständig verwertet bzw. nicht bestmöglich gemehrt worden wäre.<sup>8</sup>

## 3. Eigener Lösungsansatz

Die Lösung dieses Problems muß im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens ausgerichtet sein. Das neue Insolvenzrecht wird von dem Sanierungs-

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Grub/Smid, DZWiR 1999, 2 ff.

<sup>6</sup> Hess, InsO, § 107 Rn. 7; Burk, Einführung in das neue InsR, § 27 Rn. 294; Kilger/K. Schmidt, KO, § 161 Anm. 1.

<sup>7</sup> Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsO, Kap. 8, Rn. 96.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu Vallender, ZIP 1997, 345, 347; ebenfalls Lüke, in: Kübler/Pritting (Fn. 1) § 60 Rn. 31.

und Entschuldungsgedanken getragen.<sup>9</sup> Sofern im Insolvenzverfahren die Sanierung nicht möglich ist, hat im Anschluß an den ersten Berichtstermin unverzüglich die Verwertung der Masse zu erfolgen.

Durch den Vorsitzenden des Ausschusses für Insolvenzrecht der BNotK, Jann Bahrenfuss, wurde gegenüber dem BMJ angeregt, § 196 InsO andererseits dahingehend zu ändern, daß die Schlußverteilung (– und damit der Schlußtermin mit Anhörung über den Antrag auf Restschuldbefreiung –) erfolgt, sobald das vom Insolvenzverfahren erfaßte Vermögen, das dem Schuldner zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens gehört, verwertet ist. Gegen diesen Änderungsvorschlag könnte nun eingewandt werden, daß damit der Neuerwerb nicht mehr zur Masse gehören würde. Folglich würde das Ziel der Restschuldbefreiung nicht mehr erreichbar, da dann die laufenden Bezüge während des Insolvenzverfahrens dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt würden, so daß für die Abtretung an einen Treuhänder keine abtretbaren Bezüge mehr vorhanden wären.

Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Dies wird durch einen Verweis auf § 35 InsO deutlich. Dort heißt es wörtlich:

„Das Insolvenzverfahren erfaßt das gesamte Vermögen, das dem Schuldner z.Z. der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt.“ Damit normiert § 35 InsO, daß in jedem Falle auch Neuerwerb in die Masse fällt, losgelöst von einer möglichen Änderung von § 196 InsO.

Durch die vorgeschlagene Änderung von § 196 InsO wäre dann aber klargestellt, daß ein Schlußtermin anberaumt werden kann, sobald das Vermögen, das zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens vorhanden war, verwertet ist.

Für die Frage der Beendigung des Verfahrens käme es dann nur noch darauf an, wann das Vermögen, das zum Zeitpunkt der Eröffnung vorhanden war, abschließend verwertet ist.

Möglich erscheint demgegenüber aber auch eine redaktionelle Klarstellung in § 196 InsO dahingehend, daß Schlußtermin anzuberaumen ist, wenn das gesamte bewegliche und unbewegliche Vermögen des Schuldners, in Abgrenzung zu Forderungen und Rechten, verwertet worden ist, so daß auch vom Wortlaut deutlich wird, daß fortlaufende Bezüge einer Beendigung des Verwertungsprozesses nicht entgegenstehen. – Dies würde bedeuten, daß es keiner systematischen Auslegung von § 196 InsO i.V.m. § 35 InsO mehr bedürfen würde. Rechtlich führen beide Ansätze jedoch zum selben Ergebnis.

Ob der Gesetzgeber sich der Problematik annimmt oder die Klärung der Literatur und Rechtsprechung überläßt, bleibt abzuwarten. Zu bedenken ist hierbei folgendes: Das BVerfG hat die Aufgabe und Befugnis der Gerichte zur richterlicher Rechtsfortbildung stets anerkannt.<sup>10</sup> Durch das Grundgesetz sind der richterlichen Rechtsfortbildung indessen durch den Grundsatz der Rechts- und Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG Grenzen gezogen, die auch bei dieser Problemstellung überschritten sein dürften.

Die Regelungen in der neuen InsO sind nach dem Wortlaut, der Systematik und dem Sinn abschließend und eindeutig. Eine gesetzliche Regelungslücke, die es dem Richter erlaubt, für einen bestimmten Ausnahmefall eine Regelung zu entwickeln<sup>11</sup>, besteht hier nicht.

<sup>9</sup> Döbereiner, KTS 1998, 31 ff.

<sup>10</sup> BVerfGE 34, 269, 269; 49, 304, 318; BVerfG, ZIP 1984, 78, 80 f.

<sup>11</sup> BVerfG, ZIP 1984, 78, 81.

## Die Aufgaben des Insolvenztreuhänders bei der vom Schuldner beantragten Restschuldbefreiung

*Dr. jur. Wigo Müller, Braunfels-Lahn, Direktor des ArbG Wetzlar i.R.*

### 1. Allgemeine Rahmenbedingungen

Die am 1.1.1999 in Kraft getretene InsO v. 5.10.1994<sup>1</sup> ermöglicht es „natürlichen Personen“, für die im Insolvenzverfahren nicht bedienten Schulden die Restschuldbefreiung zu erreichen. Voraussetzung dafür ist, daß sich der Schuldner während der sog. Wohlverhaltenszeit von sieben Jahren redlich verhält; dies setzt voraus, daß der Schuldner eine angemessene Erwerbstätigkeit ausübt und die pfändbaren Einkünfte daraus sowie die Hälfte des Vermögens, das er von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, über einen Insolvenztreuhänder an die Gläubiger weitergegeben werden.

Für die nicht (mehr) Berufstätigen und die Arbeitnehmer sieht die InsO in den §§ 304 ff. InsO ein vereinfachtes Verbraucherinsolvenzverfahren vor; den Verbrauchern

sind diejenigen gleichgestellt, die nur eine geringfügige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben<sup>2</sup>.

Im Verbraucherinsolvenzverfahren werden die Aufgaben des Insolvenzverwalters vom Insolvenztreuhänder wahrgenommen (§ 313 Abs. 1 InsO); er hat die Insolvenzmasse zu verwalten und zu verwerten und den Erlös an die Gläubiger abzuführen.

Im Verfahren der Restschuldbefreiung wird ein weiterer Insolvenztreuhänder tätig, bei dem es sich um dieselbe Person wie im Insolvenzverfahren handeln kann.

<sup>1</sup> BGBl. 1994, 2866.

<sup>2</sup> Dazu: Fuchs, ZInsO 1999, 185 und W. Müller, Der „Verbraucher“ in der neuen InsO, NZI 1999, 172.