



## Insolvenzrecht. 1 | Auswirkung der Insolvenzantragstellung auf den Bauvertrag

Ihr Ansprechpartner: Rechtsanwalt Thorsten Snyders | Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Insolvenzrecht

Auch das vergangene Jahr stand wiederum im Zeichen zahlreicher Insolvenzen im Bauhaupt- und Baunebengewerbe. Eines der größten Insolvenzverfahren ist dabei das am 01.11.2015 eröffnete Insolvenzverfahren über das Vermögen der Imtech Deutschland GmbH & Co. KG, die mit über 4000 Mitarbeitern im Bereich der Technischen Gebäudeausrüstung tätig ist. Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend der Stand der Diskussion und Rechtsprechung zu einer insolvenzbedingten Vertragskündigung gem. § 8 Abs. 2 VOB/B und die Folgen einer Fortsetzung des Vertragsverhältnisses beleuchtet werden.

### A. Kündigung des Vertragsverhältnisses

Der Auftraggeber hat bei der Stellung eines Insolvenzeröffnungsantrages über das Vermögen des Auftragnehmers ein dringendes Bedürfnis für eine schnelle Klärung der weiteren Vertragsabwicklung. Ein eventuell monatelanger Stillstand der Baustelle bis zu einer Insolvenzeröffnung und Entscheidung des Insolvenzverwalters über die Erfüllungswahl des bestehenden Vertrages führt in vielen Fällen zu erheblichen finanziellen Belastungen des Auftraggebers. Daher werden viele Auftraggeber versuchen, bei einer Einbeziehung der Regelungen des § 8 Abs. 2 VOB/B den Vertrag mit dem insolventen Auftragnehmer unmittelbar zu kündigen. Hierzu müsste jedoch die Regelung des § 8 Abs. 2 VOB/B wirksam sein.

### I. Kündigung des Vertrages gem. § 8 Abs. 2 VOB/B aufgrund der Insolvenzantragstellung bzw. Insolvenzeröffnung

Soweit in einen Vertrag die Regelungen der VOB/B einbezogen worden sein sollten, könnte sich für den Auftraggeber ein Kündigungsrecht bezüglich des Auftrages aus der Regelung des § 8 Abs. 2 VOB/B ergeben.

Nach der Regelung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren bzw. ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.

### 1. Isolierte Inhaltskontrolle von § 8 Abs. 2 VOB/B gemäß § 307 BGB

Die in den Vertrag einbezogenen Regelungen der VOB/B stellen Allgemeine Geschäftsbedingungen dar und unterfallen nur dann nicht der isolierten Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB, wenn die VOB/B als Ganzes ohne Abweichungen in den Vertrag ein-

bezogen worden ist, § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB.

In der Praxis vereinbaren die Parteien eines Bauvertrages fast immer, dass die Gewährleistungsfrist für Mängel nach der Abnahme für Bauarbeiten 5 Jahre betragen soll. Hierin liegt eine Abweichung von der Grundregelung des § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B. In dieser Vorschrift wird eine Verjährungsfrist für Mängelansprüche von 4 Jahren normiert, wobei eine Öffnungsklausel für andere Vereinbarungen der Verjährungsfrist in der Regelung enthalten ist. In der Rechtsprechung ist umstritten, ob eine von dieser Verjährungsfrist von 4 Jahren abweichende Regelung dazu führt, dass die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart ist und sämtliche Vorschriften der VOB/B einer Inhaltskontrolle unterfallen.

Ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung ist der Auffassung, dass unter Berücksichtigung der vorliegenden Öffnungsklausel eine Vereinbarung, die sich innerhalb der Regelungen des BGB bewegt, nicht zu einer Inhaltskontrolle der VOB/B Regelungen führt. (vgl. OLG Brandenburg, IBR 2008, 320)

Demgegenüber wird von einem anderen Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung vertreten, dass in einer Abweichung von der in § 13 Abs. 4 VOB/B vorgesehenen Verjährungsfrist von 4 Jahren ein Eingriff und damit eine Abweichung von der VOB/B vorliegt. (vgl. OLG Dresden, IBR 2008, 94)

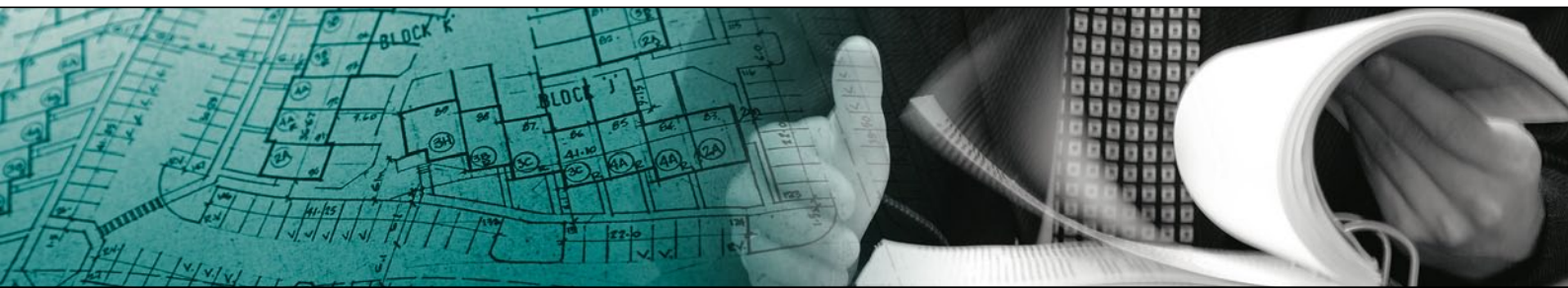
Für die letztgenannte Auffassung wird insbesondere vorgebracht, dass die Öffnungsklausel von den Vertragsparteien in unterschiedlicher Weise/Stärke genutzt werden kann. Da die Stärke des Eingriffs aber nicht vorhersehbar ist, muss man gerade bei jeder Nutzung der Öffnungsklausel – sei sie auch noch so gering /stark – von einem Eingriff sprechen, der zur AGB-rechtlichen Überprüfbarkeit führt.

(vgl. Ingenstau/Korbion, VOB, 19. Auflage, § 13 Abs. 4 VOB/B, Rd.-Nr. 26)

Dementsprechend kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine isolierte Inhaltskontrolle der Regelung des § 8 Abs. 2 VOB/B gem. § 307 BGB erforderlich ist.

### 2. Keine Unwirksamkeit nach obergerichtlicher Rechtsprechung

Die Überprüfung gem. § 307 BGB führt aber nicht zwingend zur Unwirksamkeit von § 8 Abs. 2 VOB/B. Obergerichte haben bisher keine auf § 307 BGB gestützte Unwirksamkeit von § 8 Abs. 2 VOB/B angenommen. Ein grundlegender Vermögensverfall sei ein gravierender, vom Auftragnehmer zu vertretender Negativumstand, der die vertraglichen Ansprüche des Auftraggebers erheblich gefährdet und diesen zur fristlosen Kündigung mit den für solche Kündigungen typischen Rechtsfolgen berechtigt. (vgl. OLG Brandenburg, 4 U 44/09; OLG Celle, ZIP 1985, 1013, 1014)



Gegen diese obergerichtliche Rechtsprechung wird jedoch in der Literatur geltend gemacht, dass die wirtschaftliche Krise eines Auftragnehmers als solche keine Pflichtverletzung gegenüber dem Auftraggeber darstellt und eine außerordentliche Kündigung nicht gerechtfertigt ist, wenn bis zu ihrem Ausspruch der Auftragnehmer ungeachtet seiner wirtschaftlichen Probleme korrekt geleistet hat. Da § 8 Abs. 2 VOB/B auch diesen Fall erfasst, soll die Klausel im Lichte des § 307 BGB unwirksam sein. (vgl. Peters, BauR 2014, 1218; Ingenstau/Korbion, VOB/B, 19. Auflage, § 8 Abs. 2 VOB/B, Rd-Nr. 16)

Eine Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage einer AGB-rechtlichen Unwirksamkeit des § 8 Abs. 2 VOB/B liegt noch nicht vor. Dementsprechend kann keine endgültige Aussage zu einer AGB-rechtlichen Wirksamkeit der Regelung des § 8 Abs. 2 VOB/B getroffen werden. Es verbleiben in jedem Fall Unsicherheiten, ob ein Gericht die Kündigung gem. § 8 Abs. 2 VOB/B als wirksam erachten wird.

### 3. Verstoß gegen die Regelungen der §§ 103, 119 InsO

Aber nicht nur unter Berücksichtigung der vorgenannten Argumente ist eine Kündigung des Vertrages für den Auftraggeber problematisch und mit Risiken verbunden. Aus einer nicht zum Baurecht, sondern zu Energielieferungsverträgen ergangenen Entscheidung des IX. Senats des BGH (Insolvenzsenat) vom 15.11.2012 entnehmen zahlreiche Kommentatoren und nunmehr auch Obergerichte die Auffassung, dass die Regelungen des § 8 Abs. 2 VOB/B in der 1.-3. Alternative aufgrund eines Verstoßes gegenüber den Regelungen der § 103, 119 InsO unwirksam sind.

(vgl. BGH, IX ZR 169/11, BauR 2013, 769; OLG Frankfurt, IBR 2015, 254)

Insoweit spricht Schmitz bereits von einem „Abgesang auf § 8 Abs. 2 VOB/B“. (vgl. Schmitz, IBR 2013, 278)

Dem wird von anderen Obergerichten und einem Teil der Literatur entgegengehalten, dass diese Entscheidung des BGH vom 15.11.2012 einen Sonderfall betrifft und gerade nicht auf einen Bauvertrag anwendbar sei. (vgl. OLG Celle, IBR 2014, 662, OLG Koblenz, IBR 2014, 537; Scharfenberg, IBR 2014, 661)

Derzeit ist ein Rechtsstreit – Revision gegen das oben genannte Urteil des OLG Frankfurt – vor dem VII. Senat des BGH (Bausenat) anhängig. (vgl. BGH, VII ZR 56/15)

Erst nach der Entscheidung dieser Revision – soweit überhaupt ein Urteil ergehen sollte – wird Klarheit über die Wirksamkeit der Regelungen des § 8 Abs. 2 VOB/B unter Berücksichtigung der insolvenzrechtlichen Regelungen der §§ 103, 119 InsO bestehen. Zusammenfassend ist damit eine Kündigung des mit dem einen Insolvenzeröffnungsantrag stellenden Auftragnehmer geschlossenen Vertrages auf der Grundlage der Regelungen des § 8

Abs. 2 VOB/B – unabhängig ob vor oder nach Insolvenzeröffnung – für den Auftraggeber mit großen Risiken behaftet.

## II. Wirksame Einbeziehung der Regelung des § 8 Abs. 2 VOB/B – Wirksamkeit einer Kündigung

Soweit sich ergeben sollte, dass die Regelung des § 8 Abs. 2 VOB/B weder AGB-rechtlich noch insolvenzrechtlich angreifbar ist, könnte der Vertrag mit dem den Insolvenzeröffnungsantrag stellenden Auftragnehmer wirksam gekündigt werden.

### 1. Ansprüche des Insolvenzverwalters auf anteilige Vergütung

In diesem Fall könnte der Auftragnehmer bzw. nach einer Insolvenzeröffnung der Insolvenzverwalter lediglich die Werklohnforderung für die bis zur Kündigung erbrachten Teilleistungen geltend machen. Hierfür müsste dann eine Abnahme dieser Leistungen erfolgen und ein Aufmaß erstellt werden.

### 2. Aufrechenbare Gegenforderung des Auftraggebers

Demgegenüber könnte der Auftraggeber Gegenrechte gegenüber diesem Vergütungsanspruch geltend machen. Hierunter fallen insbesondere auch Ansprüche aufgrund von Mängeln der Werkleistung des insolventen Auftragnehmers.

Auf diese etwaigen Gegenforderungen, die von dem Auftraggeber zur Aufrechnung gestellt werden können, ist die Regelung des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO aufgrund einer teleologischen Reduktion nicht anwendbar. (vgl. BGH, ZIP 2005, 1972)

Das bedeutet, dass in diesem Fall eine Aufrechnung gegen Forderungen des Insolvenzverwalters mit Forderungen des Auftraggebers auch nach Insolvenzeröffnung unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten wirksam wäre.

Weiterhin können Restfertigstellungsmehrkosten, Vertragsstrafe bzw. Verzugsschäden und eventuell auch Ingenieurkosten im Hinblick auf die Restfertigstellung der Werklohnforderung des Insolvenzverwalters entgegengehalten – also auch zur Aufrechnung gestellt – werden.

### 3. Keine Aufrechnung mit Rückzahlungsanspruch

Problematisch ist allerdings die Aufrechnung des Auftraggebers mit dem Rückzahlungsanspruch der Vorauszahlung nach wirksamer Kündigung. Dabei ist dahingehend zu differenzieren, ob die entsprechende Werklohnforderung des Auftragnehmers bzw. des Insolvenzverwalters vor oder nach der Erlangung der Kenntnis des Auftraggebers von der Insolvenzantragstellung entstanden ist.

Sobald das Insolvenzverfahren eröffnet ist, stellt der Anspruch auf Rückzahlung der Vorauszahlung lediglich eine einfache Insolvenzforderung dar. Mit dieser einfachen Insolvenzforderung



könnte der Auftraggeber gegenüber Ansprüchen des Insolvenzverwalters gemäß § 94 InsO nur dann aufrechnen, wenn eine solche Aufrechnungsmöglichkeit zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestand.

Unzulässig ist die Aufrechnung jedoch gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO, wenn der Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat. Ob eine insolvenzrechtliche Anfechtung zulässig ist, bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 129 ff. InsO. Hier wäre § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO anzuwenden, wenn der Auftraggeber durch die Kündigung des Vertrages nach Kenntnis vom Insolvenzantrag im Verhältnis zu anderen Insolvenzgläubigern bevorteilt wäre und dabei die Insolvenzmasse geschmälert würde. Sinn und Zweck der Vorschrift ist, dass die vor der Kündigung des Werkvertrages entgegengenommene Wertschöpfung des Auftragnehmers bei der Insolvenzmasse verbleiben soll, sofern der Auftraggeber wusste oder hätte wissen müssen, dass der Insolvenzschnldner einen Insolvenzantrag gestellt hat bzw. zahlungsunfähig ist, § 130 Abs. 1 InsO.

Eine Aufrechnung des Auftraggebers mit seinem Anspruch auf Rückzahlung der Vorauszahlung ist gegenüber Ansprüchen des späteren Insolvenzverwalters aus dem im Zeitraum zwischen der Kenntnis des Auftraggebers vom Insolvenzantrag und der Kündigung gem. §§ 96 Abs. 1 Nr. 3, 129, ff. InsO unzulässig.

### **III. Keine wirksame Einbeziehung § 8 Abs. 2 VOB/B – Unwirksamkeit einer Kündigung gem. § 8 Abs. 2 VOB/B**

Soweit eine Kündigung gem. § 8 Abs. 2 VOB/B – aufgrund einer AGB-rechtlichen oder insolvenzrechtlichen Regelung – unwirksam sein sollte, würde es sich bei der Kündigung um eine freie Kündigung im Sinne des § 8 Abs. 1 VOB/B bzw. § 649 BGB handeln. In diesem Fall würde dem zukünftigen Insolvenzverwalter gem. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B die gesamte Vergütung zustehen. Er müsste sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

### **1. Vergütungspauschalierung nach § 649 Satz 3 BGB**

Auch auf einen Vertrag, in den die Regelungen der VOB/B einbezogen worden sind, ist die Vergütungspauschalierung nach § 649 Satz 2 BGB anwendbar. (vgl. [Ingenstau/Korbion, VOB, 19. Auflage, § 8 Abs. 1 VOB/B, Rd.-Nr. 82](#))

Nach § 649 Satz 3 BGB wird vermutet, dass dem Unternehmer 5 % der auf den nicht erbrachten Leistungsteil entfallenden vereinbarten Vergütung zusteht.

### **2. Anrechnung ersparter Kosten**

Der Auftragnehmer hat – soweit er die Pauschalierung nicht wählt – sowohl seinen Vergütungsanspruch darzulegen als auch darzulegen, welche Kosten er erspart hat und ggf. welchen anderweitigen Erwerb er sich anrechnen lässt. Ob und in welcher Höhe solche ersparten Aufwendungen vorliegen, ist eine tatsächliche und keine juristische Frage, deren Ergebnis von der Kalkulation des Auftragnehmers und dem jeweiligen Baufortschritt abhängt.

Im Ergebnis wird der Unternehmer bzw. vorliegend der Insolvenzverwalter eine solche exakte Abrechnung jedoch nur dann wählen, wenn der auf ihn entfallende Anspruch größer als die Pauschalierungssumme von 5 % der auf den nicht erbrachten Leistungsteil entfallenden vereinbarten Vergütung ist.

### **3. Aufrechnung mit dem Rückzahlungsanspruch bezüglich der Vorauszahlung gegen diesen Vergütungsanspruch des Insolvenzverwalters**

Der Anspruch aus § 8 Abs. 1 VOB/B ist bei einem VOB-Vertrag von einer prüfbaren Abrechnung der tatsächlich erbrachten Leistungen abhängig, wie dies für jeden Vergütungsanspruch gemäß §§ 2, 14, 16 VOB/B gilt. Bezüglich der nicht erbrachten Leistungen handelt es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern weiterhin um einen Vergütungsanspruch.

(vgl. [Ingenstau/Korbion, VOB, 19. Auflage, § 8 Abs. 1 VOB/B, Rd.-Nr. 50](#))

Dieser Vergütungsanspruch wird erst nach der Abrechnung und damit sinnlogisch – eine insolvenzbedingte Kündigung durch den Auftraggeber ist vorausgegangen – nach der Kenntniserlangung des Auftraggebers von der Insolvenzantragstellung bzw. nach Insolvenzeröffnung fällig. Daher soll dieser Vergütungsanspruch wiederum bei der Insolvenzmasse verbleiben. Die Aufrechnung mit dem Rückzahlungsanspruch einer Vorauszahlung ist daher wiederum gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig, da der Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat. Der Auftraggeber wusste, dass der Auftragnehmer einen Insolvenzantrag gestellt hat bzw. zahlungsunfähig ist, § 130 Abs. 1 InsO. Insoweit verweisen wir auch bei einer Kündigung gem. § 8 Abs. 1 VOB/B bzw. § 649 BGB auf die obigen Ausführungen unter II.3.

### **B. Fortsetzung des Vertragsverhältnisses**

Sofern sich der Auftraggeber gegen eine Kündigung des Vertrages entscheidet, stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage das Vertragsverhältnis nach Insolvenzeröffnung fortgesetzt wird.

#### **I. Anwendung der §§ 103, 105 InsO**

Bei einem Werkvertrag, der von beiden Vertragspartnern noch nicht vollständig erfüllt worden ist, handelt es sich um einen



beidseitig noch nicht vollständig erfüllten Vertrag im Sinne der §§ 103, 105 InsO. Typischerweise hat der Auftraggeber die Vergütung noch nicht vollständig gezahlt, während die Insolvenzschuldnerin ihre Werkleistung noch nicht vollständig erbracht hat. In diesem Fall steht dem Insolvenzverwalter im Falle der Insolvenzeröffnung das Wahlrecht gem. §§ 103, 105 InsO bezüglich einer Erfüllung des Vertrages zu.

## II. Auswirkungen des Erfüllungswahlrechts

Die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters führt in der vorliegenden Form des Werkvertrages zu einer Aufspaltung des Werkvertrages in die vor und die nach Insolvenzeröffnung erbrachten Leistungen der Insolvenzschuldnerin, da diese Leistungen gem. § 105 InsO teilbar sind. (vgl. Schmitz, Die Bauinsolvenz, 6. Aufl. Rd.-Nr. 232) Dementsprechend ist der Auftraggeber bei einer erbrachten Vorauszahlung mit der vor Insolvenzeröffnung erbrachten Vorauszahlung einfacher Insolvenzgläubiger.

### 1. Anspruch des Insolvenzverwalters nach Insolvenzeröffnung

Der Insolvenzverwalter kann für die ab Insolvenzeröffnung erbrachten Leistungen die volle Vergütung verlangen, ohne dass der Auftraggeber mit einer Vorauszahlung eine Aufrechnung erklären kann, § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

(vgl. Schmitz, Die Bauinsolvenz, 6. Aufl. Rd.-Nr. 280)

Die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters hat die gleichen Wirkungen wie ein zwischen Insolvenzverwalter und Vertragspartner neu abgeschlossener Vertrag mit identischem Inhalt, so dass die Rechtsfolgen der Aufrechnung mit einer Insolvenzforderung die gleichen sind. Mit der Erfüllungswahl erlangen die Ansprüche der Insolvenzmasse eine andere Rechtsqualität, nämlich diejenige einer originären Masseforderung (vgl. BGH, ZIP 2002, 1093)

weshalb eine Aufrechnung mit Insolvenzforderungen an § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO scheitert. (vgl. BGH, NZI 2006, 97)

Für Leistungen, die mit Mitteln der Insolvenzmasse erbracht werden, soll auch die Gegenleistung stets der Masse gebühren.

(vgl. Uhlenbruck/Sinz, InsO, 14. Auflage, § 95, Rd.-Nr. 42)

### 2. Teilweise erstelltes Werk im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung

Hat die Insolvenzschuldnerin das Werk zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nur teilweise fertig gestellt, so ist der Werkvertrag aufzuteilen in einen erfüllten und einen nicht erfüllten Teil.

(vgl. BGH, NZI 2002, 375)

Auch in diesem Fall kann der Auftraggeber nach Kenntniserlangung vom Insolvenzantrag über das Vermögen des Auftragnehmers aufgrund der Aufrechnungssperre des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO – wie oben bereits dargelegt – im Ergebnis keine Aufrechnung mit dem Anspruch bezüglich der Vorauszahlung geltend machen.

Gegen den vor Verfahrenseröffnung begründeten Teilvergütungsanspruch kann der Auftraggeber zwar theoretisch aufrechnen, auch wenn die Fälligkeit erst mit Abnahme durch den Besteller nach Verfahrenseröffnung eintritt.

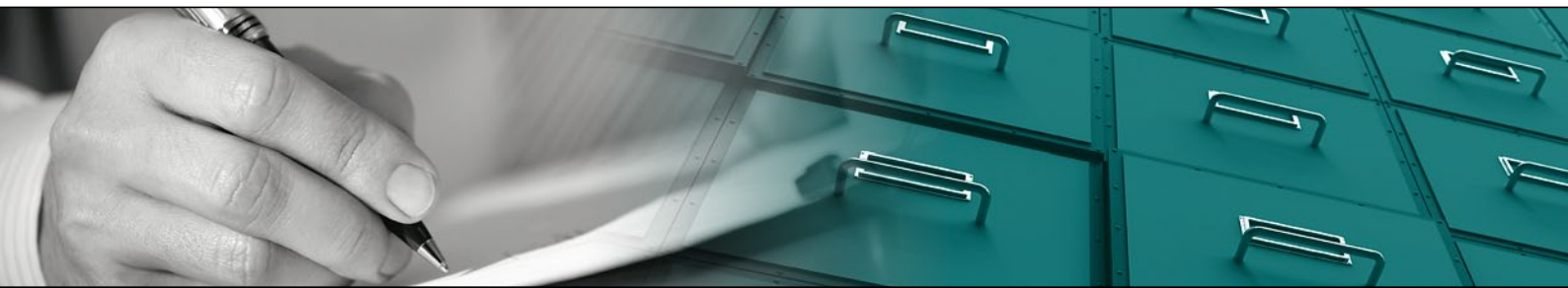
Dabei ist jedoch – wie dargelegt – die Regelung des § 96 InsO zu berücksichtigen. Die dort normierten insolvenzrechtlichen Aufrechnungsverbote dienen dem Zweck, ein Gleichgewicht zwischen dem Vertrauensschutzgedanken und dem Schutz der Insolvenzmasse zu Gunsten einer gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger herzustellen. Soweit gem. § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO eine Aufrechnungslage bereits bei Verfahrenseröffnung bestand, die durch eine anfechtbare Rechtshandlung geschaffen worden ist und damit im Widerspruch zur Gläubigergleichbehandlung steht, tritt die Unwirksamkeit der Aufrechnung als Rechtsfolge automatisch ein. Der Insolvenzverwalter kann sich unmittelbar auf die Unwirksamkeit der Aufrechnung berufen. Dies hat zur Folge, dass er die ursprünglich durch die Aufrechnung erloschenen Ansprüche des Auftragnehmers für die Insolvenzmasse einklagen und den Aufrechnungseinwand mit dem Gegeneinwand der Anfechtbarkeit abwehren kann.

(vgl. BGH, ZIP 2013, 588; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 14. Auflage, § 96, Rd.-Nr. 46)

## C. Fazit

Nach wie vor liegt kein Urteil des BGH zu der Frage der insolvenzrechtlichen Wirksamkeit der Regelung des § 8 Abs. 2 VOB/B vor. Eine von dem Auftraggeber auf der Grundlage des § 8 Abs. 2 VOB/B ausgesprochene Kündigung des Bauvertrages enthält das Risiko, dass die Kündigung in eine freie Kündigung gem. § 8 Abs. 1 VOB/B umgedeutet werden könnte, so dass zumindest 5 % der verbleibenden Restvergütung aufgrund der Regelung des § 649 BGB an den (späteren) Insolvenzverwalter gezahlt werden müssen.

Da auf der anderen Seite ein dringendes Bedürfnis für eine schnelle Entscheidung über die Fortsetzung des Bauvertrages zur Vermeidung finanzieller Schäden erforderlich ist, bietet sich weiterhin der Abschluss einer Restfertigstellungsvereinbarung an, in der zwischen den Vertragspartnern und dem vorl. Insolvenzverwalter Regelungen über die Vertragsfortsetzung getroffen werden.



## Insolvenzrecht. 2 | Der Herausgabe- und Rechenschaftsanspruch des Insolvenzverwalters gegenüber dem vormals tätigen Anwalt des Schuldners/Schuldnerunternehmens

Ihr Ansprechpartner: Rechtsanwalt Robert Baude | Fachanwalt für Insolvenzrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht

### A. Die Handakte des „Haus“-Anwalts des Schuldnerunternehmens

Der Insolvenzverwalter macht häufig gegenüber dem vormals tätigen Anwalt des Schuldnerunternehmens Informations- und Herausgabeansprüche geltend – nicht nur um Aktivprozesse zur Beitreibung von Forderungen des Schuldnerunternehmens aufzunehmen – sondern um Anfechtungsansprüche gegenüber dem solventen Anwalt durchzusetzen. Aus den Handakten des Anwaltes ist oftmals zu ersehen, ob und seit wann dem Anwalt die Zahlungseinstellung und damit die Zahlungsunfähigkeit des Schuldnerunternehmens bekannt war, § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO. Bei entsprechender Kenntnis wird dann vermutet, dass dem Anwalt der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners bekannt gewesen ist, § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO.

Diese Kenntnis wird häufig dann zu vermuten sein, wenn der Schuldner den Anwalt mit der Einlegung von Rechtsmitteln in Passivprozessen beauftragt hatte, um Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu verzögern und somit Zeit zu gewinnen. In diesen Fällen verrechnen Anwälte häufig ihre Gebührenforderungen mit Auszahlungsansprüchen des Schuldners, die aus Zahlungen von Drittschuldnern an den Anwalt resultieren. Sofern der Anwalt solche Verrechnungen vorgenommen hat, so werden diese Aufrechnungen zumeist nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig sein, da der Anwalt die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat. Er hatte bei Eintritt der Aufrechnungslage Kenntnis von den tatsächlichen Umständen, die auf eine Zahlungseinstellung seines Mandanten hindeuteten.

Der Anwalt hat also ein Interesse daran, dass der Insolvenzverwalter nicht in Besitz der Handakten gelangt, damit er den verrechneten Betrag nicht zurückzahlen muss, während der Insolvenzverwalter mit der Handakte einen Anfechtungsanspruch gegenüber dem Anwalt durchsetzen und so die Masse mehren kann.

### I. Anspruchsgrundlage und Auswirkungen der Insolvenzeröffnung

Der Anspruch des Insolvenzverwalters auf Herausgabe der die anwaltliche Tätigkeit des Schuldners betreffenden Akten richtet sich nach § 667 BGB i. V. m. § 50 BRAGO, der Anspruch auf Einsichtnahme und Abrechnung nach § 666 BGB.

Grundlage der Tätigkeit des Anwaltes war ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag des Schuldners. Dieser Vertrag ist mit Insolvenzeröffnung erloschen, § 116 InsO. Nur in Ausnahmefällen wird davon auszugehen sein, dass der Anwalt im Rahmen einer Notgeschäftsführung das Mandat fortführen konnte.

### II. Einwendungen des Anwalts

Der Anwalt hat nach ständiger Rechtsprechung kein insolvenzfestes Zurückbehaltungsrecht wegen Gebührenansprüchen aus dem Zeitraum vor Insolvenzeröffnung. Durch die Insolvenzeröffnung ist der Gebührenanspruch des Anwaltes eine Insolvenzforderung, § 38 InsO. Der Anwalt wird daher zunächst die Erfüllung des Herausgabeanspruchs nach § 362 BGB einwenden, nämlich dann, wenn er sämtliche Unterlagen dem Schuldner bereits zur Verfügung gestellt hat.

### III. Einwendungen des Insolvenzverwalter

Häufig wird allerdings der Insolvenzverwalter ausführen, sofern ihm vom Schuldner tatsächlich Unterlagen zur Verfügung gestellt worden sind, lediglich einen ungeordneten Papierhaufen erhalten zu haben. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob tatsächlich der Herausgabeanspruch nach § 362 BGB erloschen ist.

### IV. Lösung des BGH – Interessenabwägung

Nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 30.11.1989 – III ZR 112/88, ZIP 1990, 48 bis 53, besteht ein weitergehender Anspruch des Insolvenzverwalters gegenüber dem Anwalt – trotz Erfüllung – aus § 242 BGB auch hinsichtlich solcher Unterlagen, die der Schuldner vom Anwalt bereits erhalten hat, wenn diese dem Verwalter nicht vorliegen. In diesen Fällen muss der Insolvenzverwalter substantiiert vortragen, dass er über diese Unterlagen nicht mehr verfügt und er diese Unterlagen auch nicht auf anderem Wege beschaffen kann.

An dieser Stelle sind die Interessen des Insolvenzverwalters an der Herausgabe der Handakten und die des Anwalts an der Vermeidung weiterer Kosten und seiner Mühewaltung miteinander abzuwägen. Kann der Anwalt aufzeigen, dass der Insolvenzverwalter nicht alles getan hat, um an die begehrten Informationen zu gelangen, weil der Verwalter die vom Schuldner übergebenen Unterlagen nicht insgesamt eingesehen, ausgewertet und geordnet hat, so wird ein Herausgabeanspruch regelmäßig scheitern.

### V. Amtsgericht Leipzig zur Interessenabwägung

In einem Rechtsstreit vor dem Amtsgericht Leipzig hat der Verfasser den Anwalt eines Insolvenzschuldners vertreten. Dabei hatte der Insolvenzverwalter vom Anwalt (lediglich) die Herausgabe der Handakten verlangt. Der Anwalt hatte vorgetragen, dass die Herausgabe der Handakten aufwendig ist, weil es sich um



umfangreiche Bauakten handelte, aus denen Unterlagen Dritte gemäß § 50 Abs. 4 BRAO herauszusuchen bzw. zu schwärzen gewesen wären. Das Amtsgericht Leipzig (Urteil vom 12.02.2015, Az.: 110 C 6905/13) hat dazu aus Seite 8 des Urteils ausgeführt: „Zudem befinden sich auch insbesondere nach dem Eindruck der Beweisaufnahme vom 15.01.2015 auch Anhaltspunkte, dass es dem Kläger gemäß § 242 BGB selbst möglich ist, sich die notwendigen Informationen zu besorgen. Die Mitarbeiter des Klägers haben jedenfalls mindestens ca. 20 Ordner nicht eingesehen. Darüber hinaus hätten bei der Schwierigkeit der Beurteilung von Bauwerklohnforderungen auch die Anwälte, die auf Insolvenzrecht spezialisiert sind, Einsicht in die Ordner nehmen müssen, um zu sehen, welche Forderungen noch offen sind und inwiefern sich ein Forderungseinzug lohnt. Der Kläger hat zwar pauschal behauptet, dass spezialisierte Bauanwälte beauftragt worden sind. Konkret hat jedoch der Kläger hierzu nicht vorgetragen. Der Kläger hat sich offensichtlich auch auf die Inventarliste der Fa. ... verlassen. Insofern hätte der Kläger vor Ort auch wenn dies aufwendig gewesen wäre, mit geeignetem Personal (auf Insolvenzrecht spezialisierte Anwälte) die einzelnen Ordner durchsehen müssen und nach diesen Ordnern ein Inventarverzeichnis erstellen müssen. Auch aus diesem Grund hat der Kläger gemäß § 242 BGB keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Herausgabe der Handakten.“ Der Verwalter ist deshalb mit seiner Herausgabeklage gescheitert.

## B. Zusammenfassung

Der Verwalter sollte die Akten vollständig sichten, die ihm vom Schuldner übergeben werden. Beauftragt er hierzu Dritte, so muss sichergestellt sein, dass diese dafür geeignet und ausreichend befähigt sind. Sind die Unterlagen erkennbar unvollständig und bestehen gleichzeitig Anhaltspunkte für einen in-

solvenzrechtlichen Anfechtungsanspruch gemäß § 133 Abs. 1 InsO gegenüber dem „Hausanwalt“, sollte der Verwalter den Aktenherausgabeanspruch geltend machen.

Neben dem Herausgabeanspruch sollte der Verwalter gegenüber dem Anwalt gleichzeitig ergänzend einen Auskunfts- und Rechenschaftsanspruch zu den Abrechnungen des Anwalts geltend machen, weil dieser unschwer vom Anwalt befriedigt werden kann. Dem Anwalt wird grundsätzlich zuzumuten sein, Kopien seiner Abrechnungen und der hierauf vom Schuldner getätigten Zahlungen zu er- und übermitteln. Fehlt es an einer Dokumentation beim Schuldner, ist dieser untergetaucht oder sind die Unterlagen nachweisbar abhandengekommen, so dürfte der Herausgabeanspruch durchsetzbar sein.

In dem vom Amtsgericht Leipzig entschiedenen Fall hätte der Insolvenzverwalter gut daran getan, neben dem Herausgabeanspruch auch den Anspruch auf Erteilung von Auskünften zu den Abrechnungen des Anwalts geltend zu machen. Der Anwalt hatte nämlich im entschiedenen Fall die Baufirma über einen Zeitraum von mehreren Jahren vertreten und Bauwerklohnforderungen eingezogen. Aus den Abrechnungen wäre ersichtlich gewesen, ob der Anwalt ggfls. anfechtbare Verrechnungen seiner Honoraransprüche gegenüber den Bauwerklohnforderungen vorgenommen hat. Mit dem Rechenschaftsanspruch wäre der Verwalter vermutlich durchgedrungen, weil die Abrechnungen mit einem sehr geringen Aufwand vom Anwalt hätten erstellt werden können. Da der Verwalter diesen Anspruch aus Rechnungslegung nicht geltend gemacht hat, war es ihm nicht möglich, sein eigentliches Ziel durchzusetzen, nämlich einen weitergehenden Anfechtungsanspruch gegenüber dem Anwalt geltend zu machen. Der entschiedene Fall zeigt jedenfalls, dass der Aktenherausgabeanspruch des Verwalters kein Selbstläufer ist.

## Insolvenzrecht. 3 | Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO – heute und zukünftig

Ihr Ansprechpartner: Rechtsanwältin Dania Zessin

In der Vergangenheit haben mehrere Entscheidungen der Obergerichte und des Bundesgerichtshofs für Aufsehen gesorgt, bei denen Insolvenzverwalter erhebliche Beträge aus insolvenzrechtlicher Anfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO gefordert haben. Die dort festgeschriebenen Anfechtungsmöglichkeiten sind in der Vergangenheit häufig zu Gunsten der Insolvenzverwalter und damit zu Gunsten der Gläubigergemeinschaft ausgelegt worden. Das Ergebnis der Rechtsprechung ist, dass die Tatbestandsmerkmale für die Anfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO – der

immerhin die Anfechtung in einem Zeitraum von 10 Jahre vor dem Insolvenzantrag erfasst – so aufgeweicht sind, dass die Kenntnis des Anfechtungsgläubigers von den objektiven Indizien der Zahlungseinstellung genügt, damit ein Anfechtungsanspruch begründet wird. Die weiteren Voraussetzungen werden bei enger Anwendung der Rechtsprechung indiziert bzw. gesetzlich vermutet.

### A. Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung

Es muss eine gläubigerbenachteiligende Handlung im Sinne



von § 133 Abs. 1 InsO vorliegen, die bei allen von dem Insolvenzschuldner veranlassten Zahlungen gegeben ist, auch bei sog. Druckzahlung, bei denen der Anfechtungsgegner zuvor mit dem Insolvenzantrag oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gedroht hatte. **BGH, ZIP 2013, 2113-2116.**

Die Zahlung muss auch die Aktivmasse des Insolvenzschuldners verringert haben. Hierbei genügt jeder Abfluss von Mitteln aus dem Schuldnervermögen. **BGH, ZIP 2010, 531-533.**

Hat der Anfechtungsgegner Zahlungen von Dritten (Geschäftsführer vom Privatkonto, sonstige Dritte) erhalten, die nicht zur Erfüllung einer Schuld gegenüber der Insolvenzschuldnerin erfolgt sind, fehlt es an einer Gläubigerbenachteiligung. Die Insolvenzmasse ist nicht um diese Zahlung vermindert, weil der Betrag nicht zur Masse gehört hätte.

## B. Objektive Zahlungsunfähigkeit

Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 InsO liegt vor, wenn der Insolvenzschuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Die Zahlungsunfähigkeit wird gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 InsO vermutet, wenn der Insolvenzschuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit ist die Aufstellung einer Liquiditätsbilanz entbehrlich, wenn eine Zahlungseinstellung die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit begründet **BGH, Rn. 12, ZIP 2015, 1234-1237.**

Hat der Schuldner seine Zahlungen eingestellt, begründet auch dies gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 InsO die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit. **BGH, ZIP 2002, 87-91; BGH, ZIP 2012, 2355-2358.**

Zahlungseinstellung ist dasjenige nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. **BGH, ZIP 2002, 87-91; BGH, ZIP 2012, 2355-2358.**

Es muss sich mindestens für die beteiligten Verkehrskreise der berechnete Eindruck aufdrängen, dass der Schuldner außer Stande ist, seinen fälligen Zahlungspflichten zu genügen.

**BGH, ZIP 2013, 2015-2018.**

## I. Nachweis durch Indizien

Eine Zahlungseinstellung kann aus einem einzelnen, aber auch aus einer Gesamtschau mehrerer darauf hindeutender, in den Rechtsprechungen entwickelter Beweiszeichen (Indizien) gefolgert werden. Sind derartige Indizien vorhanden, bedarf es einer darüber hinausgehenden Darlegung und Feststellung der genauen Höhe der gegen den Schuldner bestehenden Verbindlichkeiten oder einer Unterdeckung von mindestens 10 % nicht. **BGH, ZIP 2013, 2015-2018.**

Hier hat sich in der Rechtsprechung eine Vielzahl von Indizien herausgebildet, die sowohl allein, als auch in der Gesamtschau

die Zahlungseinstellung indizieren.

## II. Judizierte Indizien

Eine nicht abschließende Übersicht der Indizien findet sich im IDW-Standard S 11 vom 24.03.2015. Dort werden aufgeführt: Stundungsbitte, Nichtbegleichung von Sozialversicherungsbeiträgen, dauerhaft schleppende Zahlungsweise, zurückgegebene Lastschriften, nicht eingehaltene Zahlungszusagen, Mahnungen, Nichtzahlung von Stromrechnungen, Pfändungen oder Vollstreckungen. Diese Aufzählung, die im Wesentlichen auf das **BGH Urteil (ZIP 2013, 2015-2018)** Bezug nimmt, lässt sich beliebig erweitern. Hier ein nicht abschließender Auszug der in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung anerkannten Indizien:

- Älteste, bis zur Verfahrenseröffnung nicht gezahlte Forderung/ Zahlungsrückstände bis Eröffnung **BGH, ZIP 2006, 2222-2225; BGH, ZIP 2013, 2015-2018; BGH, ZIP 2015, 437-440.**
- Nichtabführung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen **BGH, ZIP 2006, 1457-1459; BGH, ZIP 2006, 2222-2225; BGH, ZIP 2008, 1019-1020; BGH, ZIP 2011, 1416-1418; BGH, ZIP 2013, 2015-2018; BGH, ZIP 2015, 1234-1237 (2 Monate Rückstand).**
- Schleppende Zahlung von Löhnen und Gehältern **BGH, ZIP 2006, 2222-2225; BGH, ZIP 2008, 706-709.**
- Allgemein schleppende Zahlungen **BGH, ZIP 2013, 2015-2018; BGH, ZIP 2015, 437-440.**
- „Erzwungene“ Stundung **BGH, ZIP 2008, 706-709.**
- Monatelanger Zahlungsverzug gegenüber Hauptlieferanten **BGH, ZIP 2015, 585-589.**
- Bitte um Stundung **BGH, ZIP 2006, 2222-2225; BGH, ZIP 2008, 420-423.**
- Eigene Erklärung **BGH, ZIP 2015, 437-440.**
- Häufung von Pfändungen, Resten, fruchtlosen Pfändungen **BGH, ZIP 2013, 2015-2018.**
- Häufung von Rücklastschriften **BGH, ZIP 2013, 2015-2018; IDW ES 11 Rn. 19**
- Keine Zahlung von Telefon- und Stromkosten **BGH, Urteil vom 18.07.2013, Az. IX ZR 143/12, Rn. 15, 18, ZIP 2013, 2015-2018; IDW ES 11 Rn. 19**
- Keine Zahlung von Steuern **BGH, ZIP 2015, 1077-1079.**
- Vollstreckungsversuche, andere inkongruente Zahlungen **BGH, ZIP 2012, 2355-2358; BGH, ZIP 2013, 228-234, BGH, ZIP 2013, 2113-2116; BGH, ZIP 2015, 437-440.**
- Bereits vorheriger, erledigter Insolvenzantrag **BGH, ZIP 2012, 2355-2358.**
- Abgabe eidesstattlicher Versicherung **Uhlenbruch-Mock, InsO, § 17 Rn. 160 – wird von der StA Essen entsprechend gehandhabt.**
- Untergetauchter Schuldner **BGH, ZIP 2006, 1056-1058.**
- Mahnungen **BGH, ZIP 2013, 2015-2018.**
- Geplatzte Ratenzahlungen **BGH, ZIP 2013, 228-234; BGH, ZIP 2013,**



2015-2018; BGH, ZIP 2015, 2180-2181; IDW ES 11 Rn. 19.

Ergibt sich aus der Gesamtschau der Indizien das Bild einer am Rand des finanzwirtschaftlichen Abgrundes operierenden Insolvenzschuldners, so ist von einer Zahlungseinstellung auszugehen.

**BGH, ZIP 2012, 2355-2358.**

Gemäß der gesetzlichen Vermutung des § 17 Abs. 2 S. 2 InsO ist bei Zahlungseinstellung von Zahlungsunfähigkeit auszugehen.

## C. Auswirkungen der Kenntnis der Tatsachen (Indizien)

### I. Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

Liegt also objektiv eine Zahlungseinstellung vor, wird die Zahlungsunfähigkeit vermutet. Aufgrund der vermuteten Zahlungsunfähigkeit, schließt die Rechtsprechung davon auf die Kenntnis des Insolvenzschuldners von dieser – nämlich seiner eigenen – Zahlungsunfähigkeit.

So kann bei Vorliegen von objektiven Indizien für die Zahlungseinstellung auf den subjektiven Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden. Der Bundesgerichtshof hat dazu festgestellt, dass ein Insolvenzschuldner, der zahlungsunfähig ist, seine Zahlungsunfähigkeit kennt und damit auch Benachteiligungsvorsatz hat, weil er in diesem Zeitpunkt weiß, dass sein Vermögen nicht ausreichen wird, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen.

**BGH, ZIP 2015, 585-589.**

### II. Kenntnis des Zahlungsempfängers vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

Liegt also entsprechend der Vermutung ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Insolvenzschuldners vor, muss auch der Zahlungsempfänger, also der Gläubiger, Kenntnis von diesem Benachteiligungsvorsatz haben.

Auch hier sind die Anforderungen der Rechtsprechung gering. Es genügt im Ergebnis, wenn der Gläubiger Kenntnis von der objektiven Zahlungsunfähigkeit, also der Zahlungseinstellung, des Insolvenzschuldners hat. Es stellt sich die Frage, ob dem Gläubiger Indizien bekannt waren, aus denen er auf die Zahlungsunfähigkeit schließen musste. Der BGH begründet dies damit, dass die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung nur eingeschränkt dem Beweis zugänglich sind. Es genügt daher, dass dem Anfechtungsgegner die Tatsachen bekannt sind, aus denen bei zutreffender rechtlicher Bewertung die (drohende) Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt.

**BGH, ZIP 2009, 526-529; BGH, ZIP 2009, 1966-1968; BGH, ZIP 2015, 437-440.**

Im Ergebnis genügen bereits geringe Unregelmäßigkeiten, wie die Bitte um Stundung oder eine geplatzte Ratenzahlungsvereinbarung aus, um eine Zahlungseinstellung und damit eine insolvenzrechtliche Anfechtung zu begründen, sofern die betroffene Verbindlichkeit von „nicht unbedeutender Höhe“ ist.

**BGH, ZIP 2002, 87-91; BGH, ZIP 2011, 1416-1418.**

Dies begründet der BGH damit, dass ein gewerblich tätiger Schuldner in der Regel weitere Gläubiger hat, bei denen ebenfalls Verbindlichkeiten bestehen **BGH, Az. IX ZR 203/12 Rn. 30.**

## D. Widerlegung der vermuteten Zahlungsunfähigkeit

Der Zahlungseinstellung steht nicht entgegen, dass der Insolvenzschuldner vereinzelt noch Zahlungen leistet, auch wenn sie in beträchtlicher Höhe erfolgen. **BGH, ZIP 2008, 706-709.**

Es genügt, dass der Schuldner außer Stande ist, den erheblichen Teil seiner Verbindlichkeiten zu erfüllen.

**BGH, ZIP 2006, 2222-2225; BGH, ZIP 2013, 2015-2018.**

Die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit bei Zahlungseinstellung kann durch eine Liquiditätsbilanz entkräftet werden.

**BGH, ZIP 2015, 1077-1079.**

Hier ist derjenige beweislaster, der sich auf den Wegfall der Zahlungsunfähigkeit beruft. **BGH, ZIP 2015, 1077-1079.**

Die Zahlungsunfähigkeit würde z. B. auch entfallen, wenn der Insolvenzschuldner die Zahlungen allgemein wieder aufgenommen hätte. **BGH, ZIP 2012, 2355-2358.**

Da der Anfechtungsgegner dazu beweislaster und in der Regel nicht über Buchhaltungsunterlagen des Insolvenzschuldners verfügt, ist ihm regelmäßig der Gegenbeweis unmöglich.

## E. Beispiel: Anfechtungen gegenüber Sozialversicherungsträgern

Besonders häufig findet die insolvenzrechtliche Anfechtung gegenüber Sozialversicherungsträgern statt. Hier besteht der Vorteil, dass ein Auskunftsanspruch gemäß § 4 Abs. 1 IFG NRW des Insolvenzverwalters gegenüber den Sozialversicherungsträgern besteht. Die Sozialversicherungsträger sind verpflichtet, einen Abdruck des sog. Beitragskonto vorzulegen. Dort sind die jeweiligen Beiträge nebst Fälligkeit aufgelistet sowie die fälligen Säumniszuschläge und Mahn- bzw. Vollstreckungskosten. Auch Zahlungen auf Vollstreckungsmaßnahmen, wie Zahlungen an das Hauptzollamt oder Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse, werden aufgeführt. Aus den Aufstellungen der Sozialversicherungsträger ergeben sich so viele Anknüpfungstatsachen, die der Insolvenzverwalter benötigt, um einen Anfechtungsanspruch gemäß § 133 Abs. 1 InsO durchzusetzen. Der Vorteil des Verwalters liegt darin, dass er nicht mehr auf die häufig desaströse Buchhaltung des Insolvenzschuldners angewiesen ist. Er erhält alle Auskünfte detailliert und komprimiert von der Sozialversicherung. Sind z. B. bei einem Sozialversicherungsträger länger Beitragsrückstände von mehr als 2 Monaten aufgelaufen (**BGH, ZIP 2015, 1234-1237**) und hat der Insolvenzschuldner einen Forderungsrückstand vor sich hergeschoben, der sich sogar erhöht hat (sog. „Bugwelle“) (**BGH, ZIP 2015, 1234-1237**), sind Säumniszuschläge





angefallen, weil die Zahlungen – wenn überhaupt schleppend erfolgten (BGH, ZIP 2015, 437-440), hat die Sozialversicherung Vollstreckungsmaßnahmen ergriffen (BGH, ZIP 2011, 1416-1418) und erfolgte die Zahlung dann noch in unregelmäßigen Raten (BGH, ZIP 2013, 228-234; BGH, ZIP 2013, 2015-2018; BGH, ZIP 2015, 2180-2181; IDW ES 11 Rn. 19), sind alle folgenden Zahlungen gemäß § 133 InsO anfechtbar, außer der Sozialversicherungsträger kann darlegen, dass der Insolvenzschuldner die Zahlungen allgemein wieder aufgenommen hat. Dies ist wegen der oben dargestellten schwierigen Beweislage für den Anfechtungsgegner regelmäßig schwierig.

#### F. Zusammenfassung

Die Anforderungen an die insolvenzrechtliche Anfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO sind von der Rechtsprechung aufgeweicht worden. In manchen Verfahren kann, bei strenger Anwendung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, jeder Beitrag an die Sozialversicherung zurückgefordert werden, wodurch die Sozialversicherungsträger und damit die Gemeinschaft der Ver-

sicherten erheblich belastet werden. Das langjährig bewährte Sozialversicherungssystem „einer trage des anderen Last“, das durch die steigenden Ausgaben für die Gesundheitsfürsorge ohnehin schon ins Wanken gekommen ist, wird so weiter geschwächt. Die Anfechtung gemäß § 133 InsO lässt sich mit jedem beliebigen Gläubiger – häufig Lieferanten – wiederholen, der in mehr oder minder regelmäßigem Leistungsaustausch mit dem Insolvenzschuldner stand, Teilzahlungen erhalten hat und Kenntnis von Rückständen und Zahlungsschwierigkeiten des Schuldnerunternehmens erlangt. Anfechtungsansprüche stellen für Lieferanten häufig ein existenzielles Problem dar, da sie wegen der Forderungsausfälle des Insolvenzschuldners ohnehin schon Einbußen verkraften mussten und sich zusätzlich einem erheblichen Anfechtungsanspruch ausgesetzt sehen. Daraus folgt unter Umständen die Insolvenz des Lieferanten.

Vor diesem Hintergrund wird derzeit der Referentenentwurf zur insolvenzrechtlichen Anfechtung diskutiert, der diese Folgen abmildern soll.

## Insolvenzrecht. 4 | Die Insolvenz von gemeinnützigen Stiftungen und Vereinen

Ihr Ansprechpartner: Rechtsanwalt Dr. Günter Trutnau

In den letzten Jahren ist eine Vielzahl von neuen, insbesondere kleineren Stiftungen gegründet worden. Seitens des Staates wurde dies durch gesetzgeberische Maßnahmen gefördert, um die Zivilgesellschaft zu stärken und insbesondere zivilgesellschaftliche Aktivitäten in den Bereichen zu stimulieren, die durch den Staat aufgrund der Sparpolitik zunehmend vernachlässigt werden. Die Entwicklung auf den Kapitalmärkten, insbesondere die Zinsentwicklung, führt jedoch dazu, dass viele Stiftungen nicht mehr in der Lage sind, ihr Kapital zu erhalten. Es ist deshalb damit zu rechnen, dass in den nächsten Jahren zunehmend Stiftungen und auch gemeinnützige Vereine insolvent werden.

#### A. Insolvenzfähigkeit von Stiftungen

Gemeinnützige Stiftungen und Vereine sind insolvenzfähig (vgl. §§ 42, 86 S. 1 BGB, 15a Abs. 6 InsO). Im Falle der Stellung eines Eigenantrages sind antragsberechtigt bei einem Verein der Vorstand (§ 26 Abs. 1 BGB) und bei einer Stiftung ebenfalls der Vorstand (§§ 86 S. 1, 26 Abs. 1 BGB). Die Vorschrift des § 15 Abs. 1 S. 2 InsO (erweitertes Antragsrecht im Fall der Führungslosigkeit) gilt nur für Gesellschaften, weil als Antragsberechtigte nur Gesellschafter genannt sind. Sie ist auch nicht entsprechend anzuwenden, da die Führungslosigkeit beim Verein durch die Bestellung eines Notvorstandes gemäß § 29 BGB und bei der Stiftung durch die Bestellung eines Sachwalters

durch die Bezirksregierung als Stiftungsaufsicht zu beseitigen ist. (vgl. OLG Hamm, ZStV 2010, S. 183; OVG Münster, NVwZ-RR 1996 S. 426/427) Bemerkenswert ist noch, dass die Vorstände von Vereinen und Stiftungen gemäß § 15a Abs. 6 InsO im Gegensatz zu anderen Körperschaften unter strafrechtlichen Gesichtspunkten nicht insolvenzantragspflichtig sind. Allerdings ist eine zivilrechtliche Haftung bei einer verspäteten Insolvenzanmeldung gemäß § 42 Abs. 2 BGB nicht ausgeschlossen. Damit bleiben haftungsrechtlicher Ansprüche in einem eröffneten Insolvenzverfahren als zu realisierende Vermögenswerte bestehen.

#### B. Folgen der Insolvenz

Für das Insolvenzverfahren über das Vermögen von Stiftungen und Vereinen lassen sich keine typischen Besonderheiten feststellen. Dagegen sind aber eine Reihe von materiellen Besonderheiten für den Verfahrensablauf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu bedenken.

##### 1. Verlust der Gemeinnützigkeit – steuerrechtliche Konsequenzen

Dazu gehört zunächst, dass mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Verein gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 BGB aufgelöst ist und die Stiftung über § 86 S. 1 BGB die Rechtsfähigkeit verliert. Damit endete zugleich die Gemeinnützigkeit des Vereins oder der Stiftung, weil die Körperschaft ihre gemeinnützigen Zwecke



nicht mehr verfolgen kann. (BFH Urteil vom 16.05.2007, BFHE 217, 381) Das kann zur Folge haben, dass die Erträge der insolventen Körperschaft ab Insolvenzeröffnung zu versteuern sind. Ab diesem Zeitpunkt dürfen demzufolge auch keine steuerlichen Zuwendungsbescheinigungen mehr ausgegeben werden. Die Gemeinnützigkeit der Körperschaft könnte indes dann wieder neu beantragt werden (mit ex nunc Wirkung), wenn im Verlauf des Insolvenzverfahrens ein Insolvenzplan bestätigt und in dem Insolvenzplan die Fortsetzung der Tätigkeit vorgesehen würde (vgl. § 42 Abs. 1 S. 2 BGB). Das gleiche gilt für einer Einstellung des Insolvenzverfahrens gemäß den §§ 212 und 213 InsO.

## 2. Zulässige Verwendung des Stiftungsvermögens?

Für einen Insolvenzverwalter ergeben sich eine Reihe von spezifischen Möglichkeiten zur Realisierung von Massezuflüssen. Gemeinnützige Körperschaften sind verpflichtet, Maßnahmen zur Realisierung des gemeinnützigen Zweckes durchzuführen. Zur Verwirklichung des gemeinnützigen Zweckes werden regelmäßig finanzielle Mittel der Körperschaft eingesetzt. Es empfiehlt sich deshalb eine Prüfung, ob finanzielle Mittel zu Recht an Dritte geflossen sind. Danach wäre zu untersuchen, ob einzelnen Förderzusagen ordnungsgemäße Beschlussfassungen der Organe der Körperschaft zugrunde liegen und ob ordnungsgemäße Zuwendungsbescheide an die bedachten Dritten ergangen sind. Ferner ist zu prüfen, ob Förderauflagen eingehalten wurden und die Verwendung der zugewendeten Mittel ordnungsgemäß nachgewiesen wurden. Stellt sich heraus, dass bei der Mittelvergabe formelle Voraussetzungen nicht erfüllt wurden oder die Zuwendungszwecke nicht realisiert wurden, könnten die zugewendeten Mittel grundsätzlich zurückgefordert werden. Möglicherweise wird in vielen Fällen ein Rückforderungsanspruch wirtschaftlich nicht mehr durchsetzbar sein, da die Zuwendungsempfänger nicht über ausreichend Liquidität verfügen.

In gleicher Weise wird zu prüfen sein, ob Aufwendungen der gemeinnützigen Körperschaft für Dienstleistungen an Dritte auf adäquaten Gegenleistungen beruhen und durch formell ordnungsgemäße Gremienbeschlüsse und wirksame Verträge begründet wurden.

## 3. Organhaftung

Die Insolvenz einer gemeinnützigen Körperschaft wird selten durch unglückliche Zufälle oder schicksalhafte Ereignisse herbeigeführt werden. Zunächst spricht deshalb eine hohe Vermutung dafür, dass die Insolvenz durch Fehlverhalten der Organe der Körperschaft herbeigeführt wurde. Insofern bewegen sich gemeinnützige Körperschaften grundsätzlich in einer

risikoärmeren wirtschaftlichen Umgebung als auf Gewinnerzielung ausgerichtete Unternehmen. Es spricht daher vieles dafür, Schadensersatzansprüche gegen die Mitglieder der Gremien der gemeinnützigen Körperschaft zu prüfen.

## 4. Anspruchsgrundlagen, typische Pflichtverletzungen und Prävention

Als Anspruchsgrundlage gegen Mitglieder von Gremien gemeinnützige Körperschaften wird gemeinhin § 280 Abs. 1 BGB zugrunde gelegt. (vgl. BGH Urteil vom 20.11.2014, ZIP 2015, S. 166)

Hinzu kommen können deliktische Ansprüche gemäß § 823 Abs. 1 oder Abs. 2 (Verletzung von Schutzgesetzen) sowie § 826 BGB. Als typische Pflichtverletzungen bei gemeinnützigen Körperschaften lassen sich folgende Bereiche identifizieren:

- Verletzung von gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorschriften der Abgabenordnung mit der Folge, dass die Gemeinnützigkeit der Körperschaft von der Steuerverwaltung aberkannt wird. Eine dadurch verursachte Steuerbelastung führt zu einem Schaden bei der Körperschaft.
- risikoreiche oder unsachgemäße Vermögensanlagen, die zu finanziellen Verlusten bei der Körperschaft führen.
- Übermäßige Verwaltungsaufwendungen und zu hohe Vergütungen für Gremienmitglieder, die zu einer Minderung des Vermögens führen.
- Nicht ausreichende Überwachung der zweckentsprechenden Verwendung von Fördermitteln, so dass die Rückforderung derartiger Mittel vereitelt wird.

Daneben kommen eine Reihe von weiteren Pflichtverletzungen in Betracht, die auf einer formell nicht ordnungsgemäßen Willensbildung und Dokumentation innerhalb der Körperschaft zurückzuführen sind.

Als Schadenersatz verpflichtete kommen nicht nur die Mitglieder des Vertretungsorgans sondern in gleicher Weise die Mitglieder von Aufsichtsorganen wegen Verletzung der Aufsichtspflicht in Betracht. Als zusätzliche Pflichtverletzung lässt sich außerdem der unterlassene Abschluss einer D&O-Versicherung ausmachen, wodurch die gemeinnützige Körperschaft gehindert ist, einen verursachten Schaden versicherungstechnisch auszugleichen.

## C. Fazit

Die möglichen Pflichtverletzungen sind zum Teil sehr komplex und erfordern eine hohe Ausdifferenzierung. Es ist zu erwarten, dass sich ähnlich wie im Schadenersatzrecht bei Pflichtverletzungen von Organen der Kapitalgesellschaften in den nächsten Jahren die Rechtsprechung verdichten wird. Daraus werden sich vielfältige Möglichkeiten der Masseanreicherung im Falle der Insolvenz ergeben.



## Die Ansprechpartner.



Dr. Günter Trutnau, Rechtsanwalt  
Telefon: 02 01-10 95-401  
Mobil: 0171-4 02 62 80  
E-Mail: [trutnau@raehp.de](mailto:trutnau@raehp.de)



Dr. Johannes Graute, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenzrecht  
Telefon: 02 01-10 95-415  
Mobil: 0160-733 32 92  
E-Mail: [graute@raehp.de](mailto:graute@raehp.de)



Thorsten Snyders, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenzrecht,  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Telefon: 02 01-10 95-413  
Mobil: 0171-211 59 09  
E-Mail: [snyders@raehp.de](mailto:snyders@raehp.de)



Robert Baude, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenzrecht,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Telefon: 03 41-86 83 70  
Mobil: 0172-930 63 92  
E-Mail: [baude@raehp.de](mailto:baude@raehp.de)



Dr. Andreas Schröder, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Telefon: 02 01-10 95-405  
E-Mail: [schroeder@raehp.de](mailto:schroeder@raehp.de)

## Die Standorte.

### Essen.

III. Hagen 30  
45127 Essen  
Telefon: 02 01 - 10 95 - 6  
Telefax: 02 01 - 10 95 - 500  
E-Mail: [essen@raehp.de](mailto:essen@raehp.de)

### Leipzig.

Paulinerweg 27  
04299 Leipzig  
Telefon: 03 41- 8 68 37 - 0  
Telefax: 03 41- 8 68 37 37  
E-Mail: [baude@raehp.de](mailto:baude@raehp.de)

### Bochum.

Emil-Weitz-Straße 2  
44866 Bochum-Wattenscheid  
Telefon: 0 23 27 - 60 66 70  
E-Mail: [snyders@raehp.de](mailto:snyders@raehp.de)

### Nordhorn.

Heideweg 72  
48529 Nordhorn  
Telefon: 0 59 21 - 7 13 91 45  
Telefax: 0 59 21 - 7 13 91 46  
E-Mail: [snyders@raehp.de](mailto:snyders@raehp.de)

### Internet.

[www.raehp.de](http://www.raehp.de)

### Impressum.

Herausgeber: Heinemann & Partner,  
Rechtsanwälte – Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Thorsten Snyders  
Gestaltung: F22 Agentur, Essen  
Druck: Druckhaus Garcia, Leverkusen



HEINEMANN & PARTNER

Rechtsanwälte | Partnerschaftsgesellschaft mbB

## Inhalt.

<b>Insolvenzrecht. 1</b>	2
Auswirkung der Insolvenzantragstellung auf den Bauvertrag	
A. Kündigung des Vertragsverhältnisses	
B. Fortsetzung des Vertragsverhältnisses	
C. Fazit	
<b>Insolvenzrecht. 2</b>	6
Der Herausgabe- und Rechenschaftsanspruch des Insolvenzverwalters gegenüber dem vormals tätigen Anwalt des Schuldners/ Schuldnerunternehmens	
A. Die Handakte des „Haus“-Anwalts des Schuldnerunternehmens	
B. Zusammenfassung	
<b>Insolvenzrecht. 3</b>	7
Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO – heute und zukünftig	
A. Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung	
B. Objektive Zahlungsunfähigkeit	
C. Auswirkungen der Kenntnis der Tatsachen (Indizien)	
D. Widerlegung der vermuteten Zahlungsunfähigkeit	
E. Beispiel: Anfechtungen gegenüber Sozialversicherungsträgern	
F. Zusammenfassung	
<b>Insolvenzrecht. 4</b>	10
Die Insolvenz von gemeinnützigen Stiftungen und Vereinen	
A. Insolvenzfähigkeit von Stiftungen	
B. Folgen der Insolvenz	
C. Fazit	
<b>Die Ansprechpartner. / Impressum.</b>	12
<b>Veranstaltungshinweise.</b>	
<b>Rechtsanwalt Snyders</b> , Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und für Insolvenzrecht, ist auch dieses Jahr wieder als Referent für das Thema „ <b>Bauinsolvenz – Sicherung und Durchsetzung der Mandantenrechte in der Insolvenz am Bau</b> “ bei folgenden Anwaltskammern tätig:	
<b>RAK Oldenburg, 02.03.2016, 13.30 Uhr</b> und <b>RAK Hamm, 19.09.2016, 9.00 Uhr</b>	

