

NZI

B 47842

Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht

In Zusammenarbeit mit der
Neuen Juristischen Wochenschrift

Herausgeber:

Prof. Dr. Martin Ahrens
Dr. Eberhard Braun
Prof. Dr. Georg Crezelius
Michael Dahl
Michael Drasdo
Dr. Gero Fischer
Dr. Hans Gerhard Ganter
Prof. Dr. Markus Gehrlein
Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Gottwald
Prof. Dr. Ulrich Haas
Prof. Ulrich Keller
Dr. Rolf Leithaus
Prof. Dr. Stephan Madaus
Dr. Jörg Nerlich
Irmtraut Pape
Christopher Seagon
Werner Sternal
Prof. Dr. Rolf Stürner
Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck
Prof. Dr. Heinz Vallender

www.nzi.beck.de



C.H. BECK

1-2/2015

21. Januar 2015

18. Jahrgang S. 1-48

Aus dem Inhalt

- M. Drasdo*
Die Bestellung des Wohnungseigentumsverwalters im
Rahmen der Zwangsverwaltung 1
- S. Lürken*
Totgesagte leben länger – Neuer Anstoß aus Brüssel für die
Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens 3
- N. Lenger/A. Bauchowitz*
Untreuestrafbarkeit der Geschäftsleitung einer gesetzlichen
Krankenkasse durch Abstimmungsverhalten im
Insolvenzplanverfahren? 9
- BGH*
Nicht bewilligte Vorschussentnahme aus der Insolvenz-
masse – Amtspflichtverletzung des Insolvenzgerichts und
Verzögerungsschaden des Verwalters 24
- LG Hamburg*
Verfahrensrechtliche Behandlung und Grenzen von
Stimmverböten (Anm. O. Rube-Schweigel) 28
- BGH*
Keine Deckungsanfechtung gegenüber einer Bank
nach Einsatz einer Kreditkarte in der Funktion des
Bargeldersatzes (Anm. H. Huber) 32
- OLG Hamburg*
Ganzheitliche wirtschaftliche Betrachtung statt Darlegung
und Feststellung der genauen Höhe der Außenstände für
Vermutung der Zahlungsunfähigkeit (Anm. J. Weitzmann) 36
- BFH*
Kraftfahrzeugsteuer als Masseschuld (Anm. J. de Weerth) 41
- EuGH*
Anwendbarkeit der EU-Verordnung über Insolvenz-
verfahren (Anm. R. Stangl) 44
- BGH*
Kein Zurückbehaltungsrecht der Masse gegenüber
Vergütungsanspruch des vorläufigen Verwalters
(Anm. U. Keller) 46

Mit Beilage: Verbraucherinsolvenz aktuell (Januar 2015)



3350201501

schuss hat das Insolvenzgericht verweigert, weil der Kl. seit Jahren nicht ordnungsgemäß Rechnung gelegt und die Beanstandungen, welche das Insolvenzgericht ausgesprochen habe, nicht behoben habe; zudem liege ein Bericht des Sonderinsolvenzverwalters vom 12.2.2007 vor, nach welchem Schadensersatzansprüche gegen den Kl. bestünden.

[37] aa) Entgegen der Ansicht des BerGer. war es nicht objektiv unvertretbar, die Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses auf die Auslagen im Hinblick auf die im Beschluss bezeichneten Mängel der Verwaltungstätigkeit zu verweigern. Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen. Dass er ordnungsgemäß Rechnung gelegt und die Nachfragen des Insolvenzgerichts beantwortet habe, hat der Kl. selbst nicht behauptet.

[38] bb) Gleiches gilt hinsichtlich der Frage eines aus dem Rechtsgedanken des § 273 BGB hergeleiteten Zurückbehaltungsrechts. Auch hier hat der Kl. den in Bezug genommenen Bericht des Sonderinsolvenzverwalters nicht vorgelegt. Vorgelegt hat er Urteile des *LG Göttingen* vom 26.8.2009 und des *OLG Braunschweig* vom 7.7.2011, die eine Klage des Sonderinsolvenzverwalters gegen den Kl. auf Rückzahlung von 38.000 Euro nebst Zinsen betreffen. Dabei ging es um Entnahmen, welche der Kl. am 6.12.2005, 17.10.2006, 28.12.2006, 28.6.2007 und 28.4.2008 getätigt und damit gerechtfertigt hat, dass ihm mit Beschluss vom 20.6.2002 die Entnahme eines Vorschusses von 58.000 Euro gestattet worden sei. Der Sonderinsolvenzverwalter verlor in beiden Instanzen, weil er nicht nachweisen konnte, dass es sich nicht um den im Jahre 2002 genehmigten Vorschuss handelte; mit dem Einwand, den Kl. treffe eine sekundäre Darlegungslast, weil er keinerlei Rechnung gelegt und alle Unterlagen einbehalten habe, drang er nicht durch. Der Kl. hat weiterhin einen Beschluss des *LG Göttingen* vom 31.8.2011 vorgelegt, mit dem ein Antrag des Sonderinsolvenzverwalters auf Prozesskostenhilfe für eine Klage gegen den Kl. und andere auf Zahlung von 1.827.788,51 Euro abgelehnt worden ist. Der Kl. soll danach den Erlös aus der Verwertung des Warenbestandes an bestimmte Gläubiger ausgekehrt haben, obwohl die von diesen geltend gemachte Absonderungsrechte nicht bestanden. Diese Unterlagen zeigen zwar, dass der Sonderinsolvenzverwalter die behaupteten Ansprüche der Masse gegen den Kl. nicht durchsetzen konnte, lassen jedoch nicht den Schluss darauf zu, dass das Insolvenzgericht seinerzeit nicht vom Bestand entsprechender Ansprüche hätte ausgehen dürfen.

[39] III. Das angefochtene Urteil kann damit keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 I ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Rechts auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, hat der *Senat* in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 III ZPO). Das die Klage abweisende Urteil des *LG* wird wieder hergestellt, soweit die Sache nicht durch das Teilurteil des BerGer. vom 27.2.2013 entschieden worden ist. Die Kostenentscheidung ergeht nach §§ 97 I, 92 II Nr. 1 ZPO.

Anm. d. Redaktion: Zur verfrühten Eintragung formwechselnder Umwandlung – Amtshaftung (*BGH*, NJW 2005, 224) s. die Anm. von *Theimer*, NJW 2005, 227. Zu dem Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vgl. auch *Althammer/Schäuble*, NJW 2012, 1 (speziell zu den aus anwaltlicher Sicht wesentlichen Regelungen für zivilgerichtliche Verfahren). Eine Zwischenbilanz sowie einen Überblick über die Rechtsprechung aller obersten Bundesgerichte bieten *Steinbeiß-Winkelmann/Sporrer*, NJW 2014, 177. Vgl. in diesem Zusammenhang weiterhin *Vielmeier*, NJW 2013, 346 (zur Rechtswegerschöpfung bei verzögerter Anhörungsrüge). Grundsätzlich zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess *Zuck*, NJW 2013, 1132. ■

3 Verfahrensrechtliche Behandlung und Grenzen von Stimmverboten

InsO § 78, 77, 76, 57, 6; RPfG § 18; BRAO § 34;

1. Bei Interessenkollisionen ist ein Ausschluss von der Stimmabgabe anzunehmen, wenn es nicht hinnehmbar wäre, den betreffenden Gläubiger an der Abstimmung teilnehmen zu lassen.

2. Die Grenzen eines Stimmrechtsausschlusses sind weit zu ziehen. So darf auch ein Vertreter nicht mitstimmen, wenn der Vertretene einem Stimmrechtsausschluss unterliegt oder zu dem Vertreter in einer „qualifizierten Nähebeziehung“ steht. Eine solche liegt vor, wenn sich der Verfahrensbevollmächtigte der Schuldnerin eine Gläubigerstellung verschafft, um auf der Gläubigerversammlung über die Abwahl des Insolvenzverwalters mit abzustimmen. (Leitsatz der NZI-Redaktion)

LG Hamburg, Beschluss vom 25.8.2014 – 326 T 81/14

Zum Sachverhalt: Auf Grund eines Eigenantrags auf Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 28.2.2014 Rechtsanwalt *Dr. J* zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. Das Verfahren wurde am 1.4.2014 eröffnet, der vorläufige Insolvenzverwalter zum Insolvenzverwalter ernannt. In seinem ersten Bericht legte der Insolvenzverwalter dar, dass er keine Fortführungsaussicht für das Unternehmen sehe. Dieses habe keine Geschäftsräume mehr, keine Arbeitnehmer, Warenvorräte oder Kundenbestellungen seien ebenfalls nicht vorhanden. Am 2.6.2014 reichte der Insolvenzverwalter ferner Klage gegen den Gesellschaftergeschäftsführer *C* auf Zahlung der Stammeinlage ein. Wiederholt, erstmals mit Schreiben vom 20.6.2014, wendete sich der Gesellschaftergeschäftsführer der Schuldnerin *C*, vertreten durch Rechtsanwalt *Dr. W*, an das Gericht und bekundete sein Interesse, den Geschäftsbetrieb fortzuführen. Er fühle sich hierbei von dem Insolvenzverwalter nicht ausreichend unterstützt. Am 30.6.2014 fand der Berichts- und Prüfungstermin statt. In diesem Termin zeigte Rechtsanwalt *J* an, Rechtsanwalt *Dr. W* in seiner Eigenschaft als Gläubiger zu vertreten, da Rechtsanwalt *Dr. W* sich Ansprüche zweier Gläubiger hatte abtreten lassen. Rechtsanwalt *J* beantragte sodann die Wahl eines anderen Insolvenzverwalters und schlug Rechtsanwältin *F* als neue Insolvenzverwalterin vor. Ferner wurde diskutiert, ob Forderungen des Gläubigers *B* (laufende Nr. 8), dessen Gesellschafterstellung streitig war, als nachrangiger Insolvenzgläubiger nach § 39 InsO einzuordnen seien oder nicht. Der Termin wurde vertagt auf den 8.7.2014. Im Fortsetzungstermin nahm Rechtsanwalt *Dr. W* als Bevollmächtigter sowohl des Geschäftsführers als nach dem Protokoll auch „für die Gläubiger zur laufenden Nrn. 2 und 4“ teil. In der Präsenzfeststellung zu Beginn des Termins werden sechs Gläubiger als vertreten festgestellt. Rechtsanwalt *J* wiederholte für die Gläubigerin *Nr. 6* seinen Antrag auf Auswechslung des Insolvenzverwalters. Es konnte eine Einigung der Gläubiger über die Stimmrechte iSd § 77 InsO nicht erzielt werden. Der Rechtspfleger stellte neun abstimmende Gläubiger fest. Die Stimmrechte wurden erörtert und festgesetzt. Der Insolvenzverwalter stellte den Antrag auf Abänderung der Stimmrechtsfestsetzung nach § 77 II 3 InsO (Gläubiger *Nr. 8* auf Null Euro, Gläubiger *Nr. 5* auf 57.632,61 Euro). Der Rechtspfleger setzte die Stimmrechte des Gläubigers zur laufenden Nr. 5 sodann auf 275.936,28 Euro und des Gläubigers zur laufenden Nr. 8 auf 28.816,31 Euro fest. Eine Begründung der Entscheidung wurde im Protokoll nicht festgehalten. Sodann erfolgte die Abstimmung über den Antrag gem. § 57 InsO. Der Rechtspfleger stellte fest, dass dem Antrag mit der erforderlichen Kopf- und Summenmehrheit zugestimmt worden sei. Das Abstimmungsergebnis wurde im Einzelnen (welche Kopfmehrheit, welche Summenmehrheit) im Protokoll nicht festgehalten. Der Insolvenzverwalter beantragte, die richterliche Überprüfung der Stimmrechte gem. § 18 III RPfG. Der Termin wurde vertagt auf den 8.9.2014.

Mit Beschluss vom 9.7.2014 entschied der Insolvenzrichter gem. § 78 InsO, dass wegen schwerwiegender Verfahrensmängel die gefassten Beschlüsse aufzuheben und eine Wiederholung der Gläubigerversammlung durchzuführen sei. Der Rechtspfleger habe neun anwesende Gläubiger festgestellt, obwohl nach dem Protokoll lediglich sechs Gläubiger anwesend gewesen seien, zwei davon darüber hinaus wegen Interessenkonflikts ihres Bevollmächtigten, der gleichzeitig Bevollmächtigter des Gesellschaftergeschäftsführers sei, unwirksam vertreten. Die Stimmrechtsfestsetzung sei ferner nicht begründet worden, die widerstreitenden Parteien hätten mehr Zeit zur Prüfung der jeweiligen Argumente

eingerräumt bekommen müssen, der Feststellungsbeschluss des Rechtspflegers „der Antrag sei angenommen“ sei schließlich inhaltlich zu unbestimmt. Weder sei der neue Insolvenzverwalter ausreichend individualisiert im Beschluss genannt worden, noch sei festgestellt worden, mit welchen Stimmrechtsgewichten der neue Insolvenzverwalter gewählt worden sei. Eine Neufestsetzung der Stimmrechte lehnte der Insolvenzrichter ab. Er erklärte, die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung sei analog § 78 InsO möglich.

Mit Schriftsatz vom 16.7.2014 legte Dr. W. „als Insolvenzgläubiger“ sofortige Beschwerde ein. Die Entscheidung des Insolvenzrichters, den Beschluss der Gläubigerversammlung nach § 57 InsO aufzuheben, entbehre jeder Rechtsgrundlage. Ein Antrag nach § 78 InsO läge nicht vor, sei aber für eine Entscheidung nach § 78 InsO zwingend erforderlich. Der Antrag nach § 18 III RPfLG könne nicht entsprechend umgedeutet werden. Eine Beschlussaufhebung von Amts wegen sei ausgeschlossen. Eine Wiederholung der Gläubigerversammlung und der Abstimmung könne nach dem Gesetz nicht durch das Gericht angeordnet werden. § 18 RPfLG setze dafür voraus, dass die Stimmrechte abändernd festgesetzt wurden und sich dies auf das erzielte Mehrheitsverhältnis ausgewirkt habe. Die Stimmfestsetzung sei im Prüfungstermin mündlich begründet worden. Mangels Neufestsetzung der Stimmrechte seien diese Voraussetzungen aber nicht erfüllt. Der Gesellschafterbeschluss sei auch nicht formell fehlerhaft zu Stande gekommen. Der Bf. könne auch als Verfahrensbevollmächtigter des Schuldners Gläubigerrechte durch Abtretung erwerben. Ein Interessenkonflikt sei nicht notwendig gegeben. Die Interessen der Schuldnerin müssten dazu nicht in Widerspruch stehen, sofern der Forderungserwerber der Schuldnerin wohlgesonnen sei. Er habe an dem Fortsetzungstermin nicht als Vertreter etwaiger Gläubiger teilgenommen, sondern aus eigenen Rechten als Gläubiger. Selbst wenn insoweit ein Verstoß gegen § 34 BRAO vorliegen sollte, würde dies seine Verfahrenserklärungen nicht unwirksam machen. Eine Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses nehme das Insolvenzgericht im Übrigen selbst nicht an, denn für diesen Fall wäre eine Aufhebung des Beschlusses, der wegen Nichtigkeit bereits sowieso unwirksam sei, nicht erforderlich gewesen.

Das Insolvenzgericht half der sofortigen Beschwerde nicht ab und legte die Sache dem LG zur Entscheidung vor. Die sofortige Beschwerde sei unzulässig. Der Bf. habe nicht dargetan, ob er als Bevollmächtigter des Schuldners oder als Insolvenzgläubiger die sofortige Beschwerde eingelegt habe. Die sofortige Beschwerde sei daneben aber auch unbegründet. Gläubigerversammlungsbeschlüsse, die gegen zwingende Abstimmungsregeln verstießen, seien als nichtig aufzuheben. Gleiches gelte, wenn die Abstimmung unter wesentlichen Mängeln leide. Eines Antrags nach § 78 InsO bedürfe es nicht. Nach wie vor fehle es an einer Rechtspflegerbegründung der Stimmrechtsfestsetzung. Mit Schreiben vom 22.7.2014 hat der Bf. seine Ausführungen weiter vertieft, jedoch ohne Erfolg.

Aus den Gründen: II. Die sofortige Beschwerde dürfte unbegründet sein. Im Ergebnis wohl zu Recht hat das Insolvenzgericht den Gesellschafterbeschluss aus dem Termin vom 8.7.2014 als unwirksam angesehen. Letztlich kann dies hier jedoch dahinstehen, denn die sofortige Beschwerde ist mangels Statthaftigkeit bereits unzulässig. Im Einzelnen:

1. Wohl zu Recht hat das Insolvenzgericht angenommen, dass der Gesellschafterbeschluss vom 8.7.2014 formal fehlerhaft zu Stande gekommen ist. Bei nicht ordnungsgemäßer Versammlungsführung sind die in der Versammlung getroffenen Beschlüsse nichtig (MüKoInsO/Ehrliche, 3. Aufl. 2013, § 77 Rn. 34). Zu beanstanden ist im vorliegenden Fall insoweit die Abstimmung über den Antrag nach § 57 InsO unter Beteiligung des Bf. als Gläubiger.

Grundsätzlich ist dem Bf. einzuräumen, dass er wie jeder andere Forderungen gegen eine Schuldnerin erwerben und seine so erworbenen Stimmrechte in der Gläubigerversammlung – in eigennützig oder fremdnützig Art und Weise – frei ausüben darf. Zu unterscheiden ist dabei aber die Frage des generellen Stimmrechtes eines Gläubiger von der Frage, ob diesem auch das Recht zur Stimmabgabe bei bestimmten Beschluss-themen zusteht.

Auch ein Gläubiger, der grundsätzlich ein Stimmrecht hat, kann im Einzelfall von der Abstimmung zu einem einzelnen Thema ausgeschlossen sein. Nimmt er dennoch an der Abstimmung teil, ist seine Stimmabgabe nichtig und damit grundsätzlich auch der auf dieser Stimmabgabe beruhende Beschluss (vgl. AG Duisburg, NZI 2007, 728 [729] mwN).

In Literatur und Rechtsprechung ist anerkannt, dass bei einer Reihe von Interessenkollisionen ein solcher Ausschluss von der Stimmabgabe anzunehmen ist, weil es nicht hinnehmbare wäre, den betreffenden Gläubiger an der Abstimmung teilnehmen zu lassen. Ein solcher Ausschluss von der Abstimmung im Einzelfall ist im Protokoll durch das Insolvenzgericht durch Beschluss festzustellen (MüKoInsO/Ehrliche, § 77 Rn. 35). Die Grenzen eines solchen Stimmrechtsausschlusses sind dabei weit zu ziehen. So darf auch ein Vertreter nicht mitstimmen, wenn der Vertretene einem Stimmrechtsausschluss unterliegt oder zu dem Vertreter in einer „qualifizierten Nähebeziehung“ steht. Nur so werde gewährleistet, dass Umgehungstatbestände vermieden würden (MüKoInsO/Ehrliche, § 77 Rn. 38).

Eine solche Interessenkollision wegen widerstreitender Interessen wird allgemein angenommen, wenn ein Stimmrechtsbevollmächtigter zugleich als Anwalt des Schuldners und eines Insolvenzgläubigers im gleichen Insolvenzverfahren an einer Gläubigerversammlung teilnimmt (vgl. MüKoInsO/Ehrliche, § 76 Rn. 23).

Der hier zu beurteilende Fall ist damit vergleichbar, auch wenn der Bf. hier nicht neben der Schuldnervertretung auch als Vertreter eines Gläubigers sondern selbst als Gläubiger an der Gläubigerversammlung teilgenommen hat. Der Bf. steht als Verfahrensbevollmächtigter zu der Schuldnerin, deren Interessen er im Verfahren zu wahren hat, wegen seiner anwaltlichen Treuepflichten in einem „qualifizierten Näheverhältnis“. Die von ihm vertretene Schuldnerin ist bei einer Gläubigerabstimmung über die Abwahl des Insolvenzverwalters nach dem Gesetz aber nicht abstimmungsberechtigt. Der Bf. hat die Gläubigerrechte erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und nach Übernahme des schuldnerischen Mandats erworben. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass er dies allein im Hinblick darauf getan hat, das gesetzliche Abstimmungsverbot der Schuldnerin bezüglich der Person des Insolvenzverwalters auf diese Weise zu umgehen und für seine Mandantin entgegen der gesetzlichen Regelung direkten Einfluss auf die Insolvenzverwalterwahl zu nehmen. Für diese Vermutung spricht der Umstand, dass der Bf. die abgetretenen Forderungen unter Angabe seiner Kanzleiadresse und somit im Rahmen seiner Berufstätigkeit und nicht als Privatperson erworben zu haben scheint. Eine andere Motivation für den Erwerb von Forderungen gegen eine juristische Person, die bereits einem Insolvenzverfahren ausgesetzt ist, ist aus wirtschaftlicher Sicht auch alles andere als naheliegend, selbst wenn man für diese Forderungen lediglich einen geringen Preis entrichtet. Denn die spätere Insolvenzquote ist sowohl bezüglich der Höhe als auch bezüglich des Auskehrungstermins alles andere als sicher vorhersehbar und damit kaum ein wirtschaftlich vernünftiges Geschäft.

Auf den Ausschluss des Bf. von der Abstimmung über den Antrag nach § 57 InsO dürfte der Antrag des Insolvenzverwalters auf Abänderung der Stimmrechtsfestsetzung nach § 77 II 3 InsO im Termin gezielt haben. Der Rechtspfleger hätte über einen etwaigen Ausschluss des Bf. wegen der Interessenkollision in seiner Person im Beschlusswege entscheiden und dies ins Protokoll entsprechend aufnehmen müssen. Dies ist offenbar pflichtwidrig unterblieben.

Ebenso dürfte der Antrag des Insolvenzverwalters nach § 18 III RPfG dahingehend zu verstehen gewesen sein, die Zulassung des Bf. zu der Beschlussfassung durch den Insolvenzrichter überprüfen zu lassen.

Denn einen anderen Antrag, insbesondere nach § 78 InsO, konnte der „abgewählte“ Insolvenzverwalter – zumindest nach ganz herrschender Meinung – insoweit nicht stellen, da seine erste Bestellung grundsätzlich nicht auf Dauer angelegt ist und das, sich nach § 57 InsO richtende, gesetzliche Abwahlverfahren nicht durch ein eigenes Antragsrecht des Insolvenzverwalters über § 78 InsO unterlaufen werden soll (vgl. MüKoInsO/Ehricke, § 78 Rn. 8).

2. Dass der Insolvenzrichter eine Entscheidung nach § 18 III RPfG nicht getroffen, sondern letztlich abgelehnt hat, ist vorliegend im Ergebnis wohl ebenso wenig zu beanstanden. Eine Bescheidung des Antrags war dem Insolvenzverwalter insoweit unmöglich.

Der Rechtspfleger hat es unterlassen, die wesentliche Erörterung der anwesenden Gläubiger über die Stimmrechtsfestsetzung im Protokoll aufzunehmen und seine eigene diesbezügliche Entscheidung entsprechend so zu begründen, dass seine Ermessensentscheidung erkennbar und nachvollziehbar geworden wäre. Er hat es ferner unterlassen, das Abstimmungsergebnis über den Beschluss nach § 57 InsO nachvollziehbar im Protokoll festzuhalten. So ist dem Protokoll nicht zu entnehmen, welche tatsächliche Gläubigerzahl (sechs oder neun?) in welchem konkreten Kopf- (wie viele zustimmende, ablehnende enthaltende Stimmen) und Summenverhältnis (welche Summenmehrheit hatte die zustimmende Gläubigerzahl? Wie setzte sich diese Summe zusammen) letztlich wie abgestimmt hat. Ohne diese Angaben konnte der Insolvenzrichter die Voraussetzungen nach § 18 III RPfG, dh die Richtigkeit der Stimmrechtsfestsetzung und die Auswirkung der fehlerhaften Beteiligung des Bf. auf das Abstimmungsergebnis, gar nicht überprüfen. Im Rahmen des § 18 RPfG kann der Insolvenzrichter die Wiederholung der Abstimmung anordnen.

Eine Aufhebung des getroffenen Beschlusses wegen dieser Mängel bei der Sitzungsleitung, hätte es zwar nicht bedurft, da unwirksame/nichtige Beschlüsse von sich aus keine Rechtswirkung entfalten und daher eine Aufhebung (zB nach § 78 InsO) nicht erforderlich ist. So vertritt auch der BGH die Auffassung, dass Beschlüsse, die unter Verletzung formellen Rechts zu Stande gekommen sind, nicht unter § 78 InsO fallen (BGH, NZI 2010, 648). Eine Aufhebung oder Feststellung der Nichtigkeit dieser Beschlüsse zur Klarstellung wird jedoch durchaus als wünschenswert und sinnvoll für das weitere Insolvenzverfahren angesehen (vgl. MüKoInsO/Ehricke, § 78 Rn. 10) und ist daher schon wegen der bloß deklaratorischen Wirkung grundsätzlich nicht zu beanstanden. Spätestens in der Abhilfeentscheidung hat der Insolvenzrichter insoweit ausreichend deutlich gemacht, dass er die Beschlussfassung nicht nur für fehlerhaft sondern für nichtig hält und dies hat klarstellen wollen.

Spätestens bei einem Antrag der Rechtsanwältin F, als neue Insolvenzverwalterin bestellt und öffentlich bekannt gemacht zu werden, hätte eine Entscheidung über die (Un-)Wirksamkeit der Beschlussfassung durch den Insolvenzrichter ohnehin getroffen werden müssen. Die vorangegangenen Ausführungen sind daher auch in Hinblick auf diesen zu erwartenden, weiteren Verfahrensablauf vorsorglich und klarstellend erfolgt.

3. Letztlich kommt es für die Entscheidung der hier vorliegenden Beschwerde jedoch auf die obigen Ausführungen im

Ergebnis nicht an. Denn der sofortigen Beschwerde fehlt es in jedem denkbaren Fall an der Statthaftigkeit. Sie war daher zu verwerfen.

a) Der Bf. vertritt selbst die Auffassung, dass das Verfahren nach § 78 InsO nach der BGH-Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist (BGH, NZI 2010, 648). Dies ist zutreffend. Insoweit muss dann aber auch eine analoge Anwendung der Beschwerdebefugnis nach § 78 InsO ausscheiden. § 6 InsO erlaubt die sofortige Beschwerde nur in Fällen, in denen das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht. Für die Feststellung der Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung ist dies nach zutreffender Auffassung des BGH nicht der Fall (vgl. BGH, NZI 2011, 323 = ZInsO 2011, 713).

Gegen einen richterlichen Beschluss, der die Nichtigkeit des Gläubigerbeschlusses feststellt, sieht die InsO kein Beschwerderecht vor, weil es dieses Verfahren überhaupt nicht regelt. Ein Beschwerdebedürfnis liegt auch nicht vor, da diese Beschlüsse keine konstitutive sondern lediglich deklaratorische Wirkung entfalten, insoweit also in die Rechtslage nicht selbst regelnd eingreifen.

Dass hier der Insolvenzrichter insoweit fehlerhaft von einer analogen Beschwerdebefugnis nach § 78 InsO ausgegangen ist, kann eine Beschwerdebefugnis gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers nicht herbeiführen und ist daher allenfalls bei der Frage der Kostentragung (Kausalitätsvermutung) zu berücksichtigen.

b) Vertritt man die Auffassung, bei der hier angegriffenen Entscheidung des Insolvenzrichters handelt es sich um eine solche nach § 18 III RPfG, ist eine Beschwerde ebenfalls nicht statthaft. Denn ein richterlicher Beschluss nach § 18 RPfG ist unanfechtbar (MüKoInsO/Ehricke, § 77 Rn. 25).

Anmerkung von Oliver Ruhe-Schweigel*

1. Anwaltlich vertreten durch W stellte die Schuldnerin Eigenantrag auf Insolvenzverfahrenseröffnung, der Erfolg hatte. Der Verwalter berichtete über mangelnde Fortführungsaussichten bei der Schuldnerin und reichte Klage gegen den Gesellschafter-Geschäftsführer auf Zahlung ausstehender Stammeinlage ein. W hatte sich zwischenzeitlich nach Verfahrenseröffnung Forderungen zweier Gläubiger abtreten lassen. In der ersten Gläubigerversammlung ließ sich W durch Rechtsanwalt J vertreten, der die Abwahl des Insolvenzverwalters unter gleichzeitiger Nennung eines anderen Kandidaten beantragte. Eine Entscheidung dazu wurde nicht getroffen, der Termin vertagt. Dort wurde festgestellt, dass W als Bevollmächtigter des Geschäftsführers als auch als Vertreter von zwei Gläubigern auftrat. J wiederholte seinen Abwahlantrag. Der Rechtspfleger setzte nach erfolglosem Einigungsversuch und Erörterung die Stimmrechte fest. Der Abänderungsantrag des Verwalters (§ 77 II 3 InsO) blieb ohne Erfolg, die Stimmrechtsfestsetzungsentscheidung ohne Begründung im Protokoll. Der Abwahlantrag hatte mit der erforderlichen Kopf- und Summenmehrheit Erfolg. Im Protokoll wurde im Einzelnen das Abstimmungsergebnis nicht festgehalten. Die vom Verwalter beantragte richterliche Stimmrechtsüberprüfung (§ 18 III RPfG) führte zur Aufhebung der Beschlüsse und Anordnung der Wiederholung der Gläubigerversammlung durch das Insolvenzgericht. Die hiergegen erhobene sofortige Beschwerde des W in seiner

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht sowie Fachanwalt für Bank- u. Kapitalmarktrecht in der Kanzlei *ks rechtsanwälte + notare* in Essen.

Eigenschaft als Gläubiger, der das Insolvenzgericht nicht abgeholfen hat, blieb auch beim LG erfolglos.

2. Das LG verneint bereits die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde, geht jedoch auch auf deren fehlende Begründetheit ein. Dies ist bemerkenswert und ausdrücklich zu begrüßen. Der Schuldnerin stehe zum Abwahantrag nach § 57 InsO per Gesetz kein Stimmrecht zu. Die Schuldnerin werde aber im Verfahren von W vertreten, so dass dieser wegen des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen weder für Dritte, noch selbst als Gläubiger im Verfahren über die Abwahl des Insolvenzverwalters abstimmen könne.

Diese Annahme ist nachvollziehbar, bedarf aber einer genaueren Betrachtung. W hat seine Mandatierung zur Schuldnerin mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verloren, §§ 115, 116 InsO. Nach dem Sachverhalt trat er in der Versammlung auch nicht als Vertreter der Schuldnerin, sondern als Vertreter des Geschäftsführers und für zwei Gläubiger auf, so dass jedenfalls ein „qualifiziertes Näheverhältnis“ zur Schuldnerin auf Grund fehlender Mandatierung nicht mehr bestand. Betrachtet man indes die Regelung des § 43a IV BRAO unter den Hinweisen des *BVerfG* (NJW 2003, 2520 [2522]) nach denen „eine im Einzelfall gerecht werdende Abwägung aller Belange unter besonderer Berücksichtigung der konkreten Mandanteninteressen“ geboten ist, wobei „im Interesse der Rechtspflege nur Anlass zum Eingreifen besteht, wenn hierfür sonstige Indizien sprechen, die den Mandanten verborgen geblieben oder von ihnen unzutreffend eingeschätzt worden sind“ dürften die vom Insolvenzgericht bzw. LG gewürdigten Indizien die Entscheidung tragen. Deren freie Würdigung oblag dem Gericht, § 286 ZPO. W vertrat zum einen den Gesellschafter-Geschäftsführer, der vom Insolvenzverwalter bereits klageweise auf Zahlung ausstehender Stammeinlage in Anspruch genommen worden war und zum anderen zwei Gläubiger. Das „qualifizierte Näheverhältnis“ bestand zu Beiden, die Interessenlage der Vertretenen dürfte aber offensichtlich divergieren. Dem Geschäftsführer war daran gelegen, einen anderen, ihm „genehmeren“ Insolvenzverwalter zu erhalten; die Gläubiger verfolgen eine Massenerhöhung und damit Quotensteigerung, zB durch die genannte Klage. Dass der Geschäftsführer der Schuldnerin weder für die Schuldnerin, noch selbst bei der Abwahl des Insolvenzverwalters stimmberechtigt war, ist unzweifelhaft. Hinzu kommt der Erwerb der Gläubigerstellung durch W nach der Verfahrenseröffnung unter Angabe seiner Kanzleiadresse, so dass die Abwägung aller Belange den Schluss des LG zu ließ, der Geschäftsführer bzw. die Schuldnerin wolle das zu ihren Lasten bestehende Stimmrechtsverbot bei der Abwahlentscheidung nach § 57 InsO unter Einschaltung des W umgehen.

Ebenso bemerkenswert ist die Deutlichkeit, mit der das LG die Versammlungsführung des Rechtspflegers kritisiert. Die vom LG angesprochenen Punkte zur Aufnahme der wesentlichen Erörterungen der anwesenden Gläubiger über die Stimmrechtsfestsetzung, die Begründung der diesbezüglich vom Rechtspfleger getroffenen Entscheidung und eine nachvollziehbare Aufnahme des Abstimmungsergebnisses für den Beschluss nach § 57 InsO gehören in jedes Protokoll.

Verfahrensrechtlich stellt das LG heraus, dass der Insolvenzverwalter mit seinen Anträgen nach § 77 II InsO und § 18 III RpfG wohl den Stimmrechtsausschluss der von W vertretenen Gläubiger erreichen wollte. Das Insolvenzgericht zog dazu § 78 InsO heran, der aber auf unwirksame/nichtige Beschlüsse, die unter Verletzung formellen Rechts zustande gekommen sind, nicht anwendbar ist (vgl. *BGH*, NZI 2010, 648). Denn diese Beschlüsse entfalten per se keine Rechtswirkung.

Die sofortige Beschwerde des W war damit unstatthaft. § 78 InsO war weder direkt noch analog heranzuziehen und wurde von W selbst auch nicht ins Feld geführt. § 6 InsO erlaubt die sofortige Beschwerde nur in den ausdrücklich im Gesetz geregelten Fällen. Der Beschluss des Insolvenzgerichts zur Nichtigkeit des Versammlungsbeschlusses ist, da in der InsO nicht geregelt, nicht mit der sofortigen Beschwerde angreifbar. Er hat lediglich klarstellend Bedeutung (vgl. *MüKoInsO/Ehricke*, § 78 Rn. 10).

Der Beschluss verdeutlicht einmal mehr die verfahrensrechtliche Behandlung von Stimmverboten und ist zu begrüßen. ■

4 Auslegung eines Gläubigerantrags zur Kostentragung als Rücknahme des Insolvenzantrags

InsO § 269 III, 4; BGB §§ 133, 157, 140

1. Nimmt ein rechtskundiger Gläubiger (hier: Sozialversicherungsträger) den von ihm gestellten Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zurück und beantragt gleichzeitig, die Kosten des Verfahrens dem Schuldner aufzuerlegen, so ist der Antrag als Antrag gem. § 4 InsO, § 269 III 3 ZPO zu behandeln. Für eine Auslegung (§§ 133, 157 BGB) bzw. Umdeutung (§ 140 BGB) ist regelmäßig kein Raum.

2. Eine Anwendung der § 4 InsO, § 269 III 3 ZPO mit der Folge, dass eine Entscheidung nach billigem Ermessen ergeht, kommt nicht in Betracht, wenn auf Grund eines Gutachtens eines vom Insolvenzgericht beauftragten Sachverständigen feststeht, dass keine Zahlungsunfähigkeit, sondern bloße Zahlungsunwilligkeit vorliegt. Denn in einer solchen Konstellation liegt kein Wegfall des Antragserlasses vor Rechtshängigkeit iSd § 4 InsO, § 269 III 3 ZPO, sondern vielmehr ein Wegfall nach Rechtshängigkeit vor.

AG Hamburg, Beschluss vom 3.6.2014 – 67 g IN 26/14

Zum Sachverhalt: Am 20.1.2014 stellte die Eröffnungsgläubigerin einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners. Die Eröffnungsgläubigerin machte dabei den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit iSd § 17 InsO geltend. Der Antrag wurde dem Schuldner am 24.1.2014 zugestellt. Mit Beschluss vom 20.2.2014 wurde der vorläufige Insolvenzverwalter bestellt und mit der Erstellung eines Massegutachtens beauftragt. Das Gutachten des Insolvenzverwalters wurde am 3.4.2014 erstellt und ergab, dass der Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit nicht gegeben sei. Mit Schriftsatz vom 23.4.2014 nahm die Eröffnungsantragstellerin ihren Eröffnungsantrag zurück und beantragte gleichzeitig, die Kosten des Verfahrens dem Schuldner aufzuerlegen.

Aus den Gründen: II. Die Entscheidung beruht auf § 4 InsO, § 269 III 2 InsO.

Bei der Erklärung der Eröffnungsantragstellerin, den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurücknehmen zu wollen, handelt es sich um eine Antragsrücknahme iSd § 269 ZPO iVm § 4 InsO. An dieser Einordnung ändert auch der Antrag, die Kosten des Verfahrens dem Schuldner aufzuerlegen nichts.

Zwar ist anerkannt, dass auch bei der Verwendung des Begriffes „Rücknahme“ eines Insolvenzantrags das Insolvenzgericht die Erklärung dahingehend auszulegen hat, ob nicht eine Erledigungserklärung gemeint ist (*LG Bielefeld*, ZIP 1986, 1593; *AG Göttingen*, Beschl. v. 30.1.2008 – 74 IN 222/07, BeckRS 2008, 06901). Insoweit findet die Vorschrift des § 133 BGB ebenso wie der Rechtsgedanke des § 140 BGB auf Prozesshandlungen wie die Antragsrücknahme entsprechende Anwendung (*Palandt/Ellenberger*, BGB, 73. Aufl.