Lars-Henning Behrens

Insolvenzrecht in der notariellen Praxis

Notare haben in ihrem beruflichen Alltag regelmäßig Berührung mit dem Insolvenzrecht. Das gilt im Vorfeld von Insolvenzverfahren, wenn Beteiligte mit Blick auf ein möglicherweise in der Zukunft drohendes Insolvenzverfahren Vorsorge treffen wollen, nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit einem Insolvenzverwalter als Beteiligtem und schließlich nach Beendigung eines Insolvenzverfahrens. Dieser Aufsatz behandelt die nach den Erfahrungen des Verfassers nach elfjähriger Tätigkeit in einer bundesweit tätigen Insolvenzverwalterkanzlei häufigsten Themen. Diese Einschätzung beruht dabei jedoch nur auf der subjektiven Wahrnehmung des Verfassers. Wegen des Umfangs des Themas kann der Aufsatz zwangsläufig nur einige Themen herausgreifen. Dabei steht weniger die wissenschaftliche Durchdringung als vielmehr die praktische Umsetzung im Vordergrund: Jedes der im Folgenden behandelten Themen schließt daher mit umfassenden Formulierungsvorschlägen.

A. Vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens

Sofern es noch nicht zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gekommen ist, ist durch den Notar die möglicherweise drohende Insolvenz im Rahmen seiner Vertragsgestaltung zu berücksichtigen.

I. Asset Protection

Insbesondere Unternehmer sind zum Teil unüberschaubaren Haftungsrisiken ausgesetzt. Zwar bietet die Rechtsordnung verschiedenste Möglichkeiten, eine persönliche Haftung zu begrenzen oder sogar weitgehend auszuschließen. So kann der Unternehmer etwa Versicherungen abschließen, wozu Berufsträger bestimmter Berufsgruppen mit erhöhtem Haftungsrisiko wie etwa Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater sogar gesetzlich verpflichtet sind (sog. Berufshaftpflichtversicherung). Sollte ein Haftungsrisiko einmal die vertraglich vereinbarte Deckungssumme überschreiten, ist darüber hinaus der Abschluss einer Einzelhaftpflichtversicherung denkbar. Stattdessen oder zusätzlich zu einer Versicherung kann der Unternehmer mit seinem Kunden eine Haftungsbegrenzung vereinbaren (immer jedoch nur in den Grenzen des AGB-Rechts nach den §§ 305 ff. BGB). Schließlich kann sich der Unternehmer in einer der durch das Gesellschaftsrecht bereitgestellten Rechtsformen organisieren und damit durch die Wahl einer die Haftungsbegrenzung ermöglichenden Rechtsform seine Haftung für geschäftliche Aktivitäten auf das Gesellschaftsvermögen begrenzen.

Es bleibt jedoch immer ein Restrisiko, sei es bei der Versicherung die nicht ausreichende Deckungssumme, bei der vertraglichen Haftungsbegrenzung das Überschreiten der durch das AGB-Recht gezogenen Grenzen oder bei der Organisation in einer haftungsbeschränkten Gesellschaft die Haftung des regelmäßig mit dem Gesellschafter personenidentischen Geschäftsführers. Ein vorsichtiger Unternehmer wird daher auch darüber nachdenken, sein Vermögen auf sonstige Weise vor dem Zugriff seiner Gläubiger zu schützen. Zu diesem Zweck wird er häufig über eine Übertragung seines Vermögens auf ihm nahestehende Personen wie Ehe-/Lebenspartner oder Abkömmlinge nachdenken (sog. *Asset Protection*) und mit diesem Anliegen auf den Notar zukommen.

Ausgangspunkt all dieser Überlegungen muss das Bewusstsein sein, dass eine Vermögensübertragung bei bereits verwirklichtem Haftungsrisiko das Ziel verfehlt. Eine Vermögensübertragung ergibt vielmehr nur zur Vorsorge wegen einer erst in der Zukunft drohenden Haftung Sinn. Grund hierfür sind die vom Gesetz bereitgehaltenen Regelungen, solche Vermögensübertragungen bei bereits verwirklichtem Haftungsrisiko wieder rückgängig machen zu können: Dazu dient außerhalb eines Insolvenzverfahrens die Gläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz (AnfG), im eröffneten Insolvenzverfahren die Insolvenzanfechtung nach der Insolvenzordnung (InsO).

Die Gläubigeranfechtung setzt gemäß § 2 AnfG eine erfolglose Zwangsvollstreckung gegen den Unternehmer auf Grundlage eines vollstreckbaren Titels (Urteil, § 704 ZPO, oder z. B. vollstreckbare Urkunde eines Notars, § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO)

voraus. Bei Erfolg der Gläubigeranfechtung (ggf. erst nach klageweiser Durchsetzung), also Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs des Gläubigers gegen die nahestehende Person, muss der Empfänger die Zwangsvollstreckung in den übertragenen Gegenstand dulden, § 11 Abs. 1 S. 1 AnfG. Die Insolvenzanfechtung setzt dagegen gemäß § 129 Abs. 1 InsO die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers voraus. Bei Erfolg (auch hier ggf. erst nach klageweiser Durchsetzung) ist der übertragene Gegenstand dagegen gemäß § 143 Abs. 1 S. 1 InsO zur Insolvenzmasse zurückzugewähren. Diese abweichende Rechtsfolge der Gläubiger- gegenüber der Insolvenzanfechtung erklärt sich daraus, dass bei der Gläubigeranfechtung nur der mit seiner Zwangsvollstreckung erfolglose Gläubiger zu befriedigen ist (hier muss der Anfechtungsgegner daher nichts zurückgewähren, sondern nur die Zwangsvollstreckung dulden) und nicht wie bei der Insolvenzanfechtung alle Gläubiger gleichmäßig (hier ist daher der Gegenstand zur Insolvenzmasse zurückzugewähren, damit der Insolvenzverwalter ihn verwerten und den Erlös an alle Gläubiger gleichmäßig verteilen kann).

Abgesehen von den Vorschriften der besonderen Insolvenzanfechtung bei kongruenter Deckung nach § 130 InsO, inkongruenter Deckung nach § 131 InsO und wegen unmittelbar nachteiliger Rechtshandlungen nach § 132 InsO sind die Voraussetzungen der Anfechtungstatbestände nach Anfechtungsgesetz und Insolvenzordnung weitgehend identisch. Bei den hier angesprochenen Vermögensübertragungen des Unternehmers kommt insbesondere die Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung (§ 4 AnfG, § 134 InsO) und wegen vorsätzlicher Benachteiligung (§ 3 AnfG, § 133 InsO) in Betracht.

Regelmäßig wird der Unternehmer sein Vermögen unentgeltlich auf seinen Ehe-/Lebenspartner übertragen wollen. In diesen Fällen können Gläubiger bzw. in einem eröffneten Insolvenzverfahren ein Insolvenzverwalter Vermögensübertragungen innerhalb eines Zeitraums von vier Jahren (vor der Geltendmachung der Anfechtung gem. Anfechtungsgesetz, vgl. § 4 AnfG, bzw. vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, vgl. § 134 InsO) anfechten.

In anderen Fällen – also bei entgeltlicher Übertragung – ist eine Anfechtung nur unter zusätzlichen Voraussetzungen anfechtbar (§ 3 AnfG, § 133 InsO). Eine Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AnfG, § 133 Abs. 2 InsO ist erfolgreich, wenn der Unternehmer mit einer ihm nahestehenden Person (§ 138 InsO) einen entgeltlichen Vertrag geschlossen hat und dieser zu einer unmittelbaren Benachteiligung führt. Insbesondere reine Erfüllungsgeschäfte zählen zu den entgeltlichen Verträgen. Das Entgelt besteht bei solchen Verträgen in der Befreiung von einer Schuld.[1] Auch güterrechtliche Verträge (insbesondere die sog. Güterstandschaukel, bei der der Unternehmer mit seinem Ehepartner den gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft durch Vereinbarung von Gütertrennung beendet, sodann Teile seines Vermögens zur Erfüllung des Zugewinnanspruchs des Ehepartners auf diesen überträgt und anschließend – nach einer Schonfrist – wieder den Güterstand der Zugewinngemeinschaft vereinbart) fallen damit hierunter.[2] Anfechtbar sind solche Verträge nach § 3 Abs. 2 AnfG, § 133 Abs. 2 InsO nur dann, wenn sie zu einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung geführt haben.

Die Anfechtung nach § 3 Abs. 2 AnfG, § 133 Abs. 2 InsO ist nur ein Unterfall der Anfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG, 133 Abs. 1 InsO, sodass eine Anfechtung nach dem jeweiligen Absatz 2 eine Anfechtung nach dem jeweiligen Absatz 1 nicht ausschließt.[3] Eine Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AnfG, § 133 Abs. 1 InsO ist dabei erfolgreich, wenn der Unternehmer mit dem Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung Vermögensgegenstände auf Dritte überträgt und diese dabei Kenntnis von diesem Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung haben.

Für den Notar ist in all diesen Fällen die mögliche Anfechtbarkeit von ihm beurkundeter Rechtsgeschäfte für eine etwaige Hinweispflicht von Bedeutung. Dabei ist umstritten, ob und wenn ja, in welchem Umfang eine Belehrungspflicht des Notars über das Risiko einer Anfechtung bestehen kann. Nach *Huber/Armbruster*[4] trifft den Notar im Hinblick auf eine mögliche Anfechtbarkeit nach InsO oder AnfechtG eine (erweiterte) Belehrungspflicht gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG, § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO. Hierfür ist in jedem Fall Voraussetzung, dass der Notar die mögliche AnfechtG erkennen konnte. Es muss also ein Anlass bestehen (z. B. die Mitteilung der Urkundsbeteiligten über ein unmittelbar bevorstehendes Insolvenzverfahren oder der ausdrückliche Wunsch, Vermögenswerte einem Gläubigerzugriff zu entziehen). Grundlos hat der Notar nicht über wirtschaftliche Verhältnisse nachzuforschen. *Huber/Armbruster* schlagen hierzu folgende Formulierung vor:

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Gläubigeranfechtung:
Der Notar hat die Beteiligten auf die Vorschriften der Insolvenzordnung und des Anfechtungsgesetzes betreffend die Gläubigeranfechtung hingewiesen.

II. Mieterdienstbarkeiten

Gewerbliche Mieter investieren regelmäßig in erheblichem Umfang in das von ihnen angemietete Mietobjekt. Diese Investitionen zahlen sich nur bei langfristiger Nutzung des Mietobjekts aus. Unabhängig hiervon ist insbesondere für den Einzelhändler als gewerblichen Mieter auch ohne höhere Investitionen der Standort in einer 1a-Lage von überragender Bedeutung. Eine Kündigung des Mietverhältnisses ist für ihn daher meist mit massiven finanziellen Nachteilen verbunden. Soweit eine solche Kündigung dabei nicht auf eigenes vertragswidriges Verhalten des Mieters insbesondere wegen Zahlungsverzugs (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a), b) BGB) zurückzuführen ist, verlangt der Mieter daher Schutz vor nicht in seiner Sphäre liegenden Kündigungen. Vor ordentlichen Kündigungen ist der Mieter wegen der auf eine bestimmte Laufzeit vereinbarten Mietdauer und damit wegen des Ausschlusses einer ordentlichen Kündigung durch den Vermieter (§ 542 Abs. 2 BGB) noch nicht ausreichend geschützt: Der Mieter hat schließlich keinen Einfluss auf die Vermögenslage seines Vermieters und ist bei einer Zwangsvollstreckung in das Grundstück seines Vermieters oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen dem Risiko einer Kündigung ausgesetzt. Wird das Grundstück des Vermieters/Eigentümers zwangsversteigert, ist nach Zuschlag in dem Zwangsversteigerungsverfahren der Ersteher nämlich gemäß § 57a S. 1 ZVG berechtigt, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Die Kündigung ist nur ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten Termin erfolgt, für den sie zulässig

[1] BGH, Beschl. vom 15.2.1990 – IX ZR 149/88, ZIP 1990. 459 ff.
[2] Schmidt/*Ganter/Weinland*, InsO, 19. Aufl. 2016, § 133 Rn 93.
[3] Schmidt/*Ganter/Weinland*, InsO, 19. Aufl. 2016, § 133 Rn 92.
[4] NotBZ 2011, 309 ff.

ist. Entsprechendes wie in der Einzelvollstreckung gilt auch in der Gesamtvollstreckung: Wird über das Vermögen des Vermieters/Eigentümers das Insolvenzverfahren eröffnet und veräußert der sodann bestellte Insolvenzverwalter ein von dem Insolvenzschuldner vermietetes Grundstück, tritt der Erwerber anstelle des Insolvenzschuldners in das Mietverhältnis ein. Der Erwerber kann dann gemäß § 111 S. 1 InsO das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen. Auch hier ist die Kündigung nur für den ersten Termin möglich, für den sie zulässig ist.

Der Vorsorge gegen dieses Risiko dient die Mieterdienstbarkeit nach § 1090 Abs. 1 BGB. Die Mieterdienstbarkeit wie auch der Mietvertrag gewähren dem Mieter ein Nutzungsrecht. Das Nutzungsrecht aus dem Mietvertrag ist jedoch rein schuldrechtlich und damit in der Zwangsvollstreckung nach § 57a S. 1 ZVG oder im eröffneten Insolvenzverfahren nach § 111 S. 1 InsO kündbar. Demgegenüber ist das Nutzungsrecht aus der Mieterdienstbarkeit dinglich und damit auch nicht nach vorstehenden Vorschriften kündbar.

Aufgabe des Notars ist es, einen Interessenausgleich zwischen dem Interesse des Vermieters an einer Beendigung sowohl des schuldrechtlichen Nutzungsrechts Mietvertrag (§§ 535, 578 ff. BGB) als auch des dinglichen Nutzungsrechts Mieterdienstbarkeit (§ 1090 Abs. 1 BGB) im Fall von Vertragsverletzungen des Mieters (insbesondere Zahlungsverzug), dem Interesse des Mieters an einer Weiternutzung des Mietobjekts trotz nicht in seiner Sphäre liegender Kündigungsmöglichkeiten nach § 57a ZVG, § 111 InsO und schließlich den in Abteilung III des Grundbuchs meist eingetragenen Grundpfandrechtsgläubigern des Vermieters zu schaffen. Hier besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Eigentümer/Vermieter, Mieter und finanzierender Bank des Eigentümers/Vermieters. Die finanzierende Bank des Eigentümers/Vermieters verlangt entweder, dass die Mieterdienstbarkeit ihrem Grundpfandrecht gegenüber nachrangig ist und bietet dem Mieter dann eine Liegenbelassungserklärung an (also eine dreiseitige Vereinbarung zwischen Vermieter/Eigentümer, Mieter und Bank, wonach die Bank sich verpflichtet, gemäß § 59 Abs. 1 S. 1 ZVG einen Antrag auf Bestehenbleiben der Dienstbarkeit zu stellen). Im umgekehrten Fall, d. h., wenn die Mieterdienstbarkeit dem Grundpfandrecht vorgehen soll, verlangt die finanzierende Bank üblicherweise, dass die Mieterdienstbarkeit VDP-konform ist (also konform mit dem Vorschlag der Vereinigung der Deutschen Pfandbriefbanken e. V. hinsichtlich einer typisierten Bestellungsurkunde einer Mieterdienstbarkeit). *Nemzov/Aspar*[5] empfehlen zur Lösung dieses Spannungsverhältnisses folgende Gründe des Erlöschens, die in der Bestellungsurkunde in Form auflösender Bedingungen als Inhalt der Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen werden sollten (alternativ käme auch die Vereinbarung eines schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs in Betracht: Um gemäß § 106 Abs. 1 S. 1 InsO insolvenzfest zu sein, müsste dieser Anspruch jedoch durch eine Vormerkung gesichert werden):

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Auflösende Bedingungen:

a) Das zwischen dem jeweiligen Eigentümer und dem Berechtigten oder seinen Rechtsnachfolgern bestehende Mietverhältnis ist infolge rechtswirksamer Kündigung beendet; ausgenommen ist die Kündigung nach § 111 InsO und § 57a ZVG;

b) der Berechtigte oder sein Rechtsnachfolger erfüllt die laufenden Mietzahlungsverpflichtungen aus dem Mietverhältnis bzw. die dinglich gesicherte Entgeltzahlung entsprechend § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB nicht;

c) das Mietverhältnis ist infolge Zeitablaufs oder Aufhebung beendet;

d) über den Berechtigten oder seinen Rechtsnachfolger wurde das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt;

e) der jeweilige Eigentümer und der Berechtigte vereinbaren ohne vorherige schriftliche Zustimmung des in Abteilung III unter lfd. Nr. … des o. g. Grundbuchs eingetragenen Grundschuldgläubigers

- *den Höchstbetrag des Wertersatzes der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zu ändern oder aufzuheben oder*
- *den textlichen Inhalt dieser Bewilligungsurkunde der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zu ändern oder*
- *einem anderen Grundpfandrechtsgläubiger den Vorrang vor der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit einzuräumen.*

B. Nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens

Sofern ein Insolvenzverfahren bereits eröffnet ist, hat der Notar bei seiner Vertragsgestaltung insolvenzspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen.

I. Insolvenzverwalter als Beteiligter bei gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten

Grundlegend für das Verständnis der Beteiligung eines Insolvenzverwalters an Urkunden ist die Unterscheidung zwischen Verdrängungsbereich, Insolvenzschuldnerbereich und Überschneidungsbereich. Nach § 80 Abs. 1 InsO geht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den bestellten Insolvenzverwalter über. Damit ist die Vermögenssphäre angesprochen. Die Vermögenssphäre ist regelmäßig bei pfändbaren Gegenständen des Insolvenzschuldners betroffen, vgl. Umkehrschluss aus § 36 Abs. 1 S. 1 InsO. In diesem Bereich kann ausschließlich der Insolvenzverwalter verwalten und verfügen und verdrängt damit das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Schuldners (Verdrängungsbereich). Ist die Vermögenssphäre jedoch nicht betroffen, etwa nach Freigabe eines Gegenstands aus dem Insolvenzbeschlag durch den Schuldner, kann der Schuldner weiter verwalten und verfügen (Insolvenzschuldnerbereich). Zwischen diesen beiden Bereichen liegt der Überschneidungsbereich: Sofern Verwaltungsrechte des Schuldners die Masse beeinträchtigen können, müssen Insolvenzschuldner und Insolvenzverwalter gemeinsam verwalten (Überschneidungsbereich). Danach ist bei Rechtsgeschäften aus dem Verdrängungsbereich oder dem Überschneidungsbereich der Insolvenzverwalter an der Urkunde zu beteiligen. Nur bei Gegenständen aus dem Insolvenzschuldnerbereich handelt der Insolvenzschuldner allein.

Bei Beteiligung des Insolvenzverwalters an Rechtsgeschäften ist weiter zu klären, welcher Form diese bedürfen. Sofern der Insolvenzschuldner in seinem Insolvenzschuldnerbereich weiter handeln kann, gelten insoweit keine Besonderheiten. Dies ist der Fall, sofern Vermögensgegenstände nicht dem Insolvenzbeschlag nach § 80 Abs. 1 InsO unterfallen, insbesondere also nach Freigabe aus dem Insolvenzbeschlag durch den Insolvenzverwalter oder bei unpfändbaren Gegenständen (vgl. § 36 Abs. 1 InsO).

[5] *Nemzov/Aspar*, ZfIR 2016, 293, 296.

Folgende Geschäfte kehren ständig wieder:

1. Änderung der Firma eines insolventen Unternehmens

Insolvenzverwalter verfolgen regelmäßig das Ziel, insolvente Unternehmen – soweit möglich – zu sanieren und eben nicht zu zerschlagen So können sie meist den bestmöglichen Erlös für die Masse- und Insolvenzgläubiger erzielen und zudem Arbeitsplätze erhalten. Um dieses Ziel zu erreichen, kann der Insolvenzverwalter den Unternehmensträger selbst und damit dann gleichzeitig auch das Unternehmen sanieren (sogenannter Sanierungsplan). Hierzu nutzt er die von der InsO vorgesehene Möglichkeit, einen Insolvenzplan vorzulegen, § 218 Abs. 1 S. 1 InsO. So wird er vorgehen, wenn einzelne Vermögensgegenstände nicht übertragbar sind, z. B. Lizenzen oder Konzessionen. Regelmäßig wird der Insolvenzverwalter jedoch nicht den Rechtsträger sanieren, sondern vielmehr das Unternehmen von dem insolventen Rechtsträger lösen und sodann das Unternehmen des Rechtsträgers (= Insolvenzschuldners) verkaufen (sog. übertragende Sanierung). Bei dieser übertragenden Sanierung wird der Erwerber daran interessiert sein, auch die Firma (§ 17 HGB) zu erwerben: Diese ist schließlich am Markt bekannt. Dann muss jedoch wegen der Erforderlichkeit der Unterscheidbarkeit einer Firma von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen (§ 30 Abs. 1 HGB) der Rechtsträger des insolventen Unternehmens eine neue Firma erhalten.

Hierzu folgendes Beispiel:
In dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Meier Müller Petersen GmbH mit Sitz in Frankfurt am Main will der Insolvenzverwalter deren Unternehmen an eine extra zu diesem Zweck gegründete Käufer-GmbH mit Sitz ebenfalls in Frankfurt am Main verkaufen und übertragen. Soll die Firma dieser Käufer-GmbH auch Meier Müller Petersen GmbH lauten, muss der Insolvenzverwalter nach dem Verkauf aller Vermögensgegenstände (also des Unternehmens der insolventen Gesellschaft) deren Firma ändern, z. B. in Abwicklungsgesellschaft Meier Müller Petersen GmbH.

Außerhalb eines Insolvenzverfahrens müssten die Gesellschafter der Gesellschaft einen beurkundungsbedürftigen Beschluss zur Satzungsänderung durch Umfirmierung mit ¾-Mehrheit (§ 53 Abs. 1 S. 1 GmbHG) fassen, und anschließend müsste der Geschäftsführer der Gesellschaft diese Satzungsänderung nach § 54 Abs. 1 S. 1 GmbHG zum Handelsregister anmelden.

Im eröffneten Insolvenzverfahren kann der Insolvenzverwalter das Unternehmen und mit ihm die Firma (§ 23 HGB) verkaufen. Die Käufer-Gesellschaft darf also nach Erwerb von dem Insolvenzverwalter die Firma des insolventen Unternehmens führen. Bislang höchstrichterlich nicht geklärt ist jedoch, ob der Insolvenzverwalter auch die Firma des insolventen Unternehmens ändern darf. Nach umstrittener Auffassung[6] und nach den Erfahrungen des Verfassers zumindest in den Bezirken der Handelsregister Frankfurt am Main und Offenbach am Main ist er hierzu befugt. Danach handelt der Insolvenzverwalter insoweit im Rahmen der ihm übertragenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und damit im Verdrängungsbereich. Da es sich hierbei um eine Satzungsänderung handelt und das Handelsregister richtig bleiben muss (in der aus dem Handelsregister abrufbaren Satzung muss die zutreffende Firma der Gesellschaft genannt sein), ist hierfür eine Satzungsänderung erforderlich.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Umfirmierung:
Verhandelt in … am …

Vor mir, …, Notar mit Amtssitz in …,

erschien …, handelnd nicht im eigenen Namen, sondern als Insolvenzverwalter über das Vermögen der XYZ-GmbH.

Der Erschienene erklärte Folgendes zur Beurkundung:

Als Insolvenzverwalter über das Vermögen der XYZ-GmbH mit Sitz in … (Amtsgericht …, HR B …) bilde ich hiermit eine Ersatzfirma der Gesellschaft. Die Firma lautet künftig „Abwicklungsgesellschaft XYZ-mbH".

§ 1 Abs. 1 der Satzung wird geändert und lautet nun wie folgt: „§ 1 (1) Die Gesellschaft führt die Firma Abwicklungsgesellschaft XYZ-mbH".

Vorgelesen, genehmigt und unterschrieben

Auch zur Anmeldung zum Handelsregister ist der Insolvenzverwalter befugt.

2. Änderung des Geschäftsjahrs

Das Insolvenzverfahren ist nichts weiter als ein besonderes Auseinandersetzungs-/Liquidations-/Abwicklungsverfahren (für die GbR Auseinandersetzung, vgl. § 730 BGB: *„Nach der Auflösung der Gesellschaft findet in Ansehung des Gesellschaftsvermögens die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt, sofern nicht über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet ist"*; für die Personenhandelsgesellschaften OHG und KG Liquidation, vgl. § 145 Abs. 1 (i. V. m. § 161 Abs. 1) HGB: *„Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht (…) über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet ist"*; für die GmbH Liquidation, vgl. §§ 65 Abs. 1 S. 2, 66 Abs. 1 GmbHG: *„In den Fällen der Auflösung außer dem Fall des Insolvenzverfahrens erfolgt die Liquidation durch die Geschäftsführer, (…)"*; für die AG Abwicklung, vgl. § 264 Abs. 1 AktG: *„Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Abwicklung statt, wenn nicht über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet ist"*). Daher sind die gesetzlichen Regeln zur externen Rechnungslegung bei Auseinandersetzung/Liquidation/Abwicklung denen bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ähnlich (§ 155 Abs. 2 S. 1 InsO). Hier wie dort beginnt ein neues Geschäftsjahr. Daher sind für das Ende der werbenden Tätigkeit ein letzter Jahresabschluss, sodann eine Auseinandersetzungs-/Liquidations-/Abwicklungs-/Insolvenzeröffnungsbilanz, weiter für jedes volle Geschäftsjahr ein periodischer Jahresabschluss und schließlich für den Schluss ein letzter Jahresabschluss aufzustellen. Die Geschäftsjahre laufen dabei abweichend von der Satzung der Kapitalgesellschaften/dem Gesellschaftsvertrag bei den Personengesellschaften ab dem Beginn der Auseinandersetzung/Liquidation/Abwicklung/Insolvenz. Ist also z. B. laut Satzung der XYZ-GmbH Geschäftsjahr gleich dem Kalenderjahr (und läuft damit vom 1. Januar bis zum 31. Dezember eines jeden Jahres), führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über deren Vermögen am 9.2.2017 zu einem von dieser Satzung abweichenden Geschäftsjahr ab dem 9.2. bis zum 8.2. eines jeden Jahres. Zu beachten ist, dass § 27 Abs. 2 Nr. 3 InsO auf die Stunde der Eröffnung abstellt, daher ist auch der Lauf des neu beginnenden Geschäftsjahrs auf die Stunde genau zu bestimmen.[7] Falsch

[6] Dagegen etwa *Wachter*, GmbHR 2016, 930 ff.; dafür etwa *Ulmer*, NJW 1983, 1697 ff.; offengelassen: OLG München, Beschl. v. 30.5.2016 – 31 Wx 38/16, ZIP 2016, 1368 ff.

[7] Schmidt/*Schmittmann*, InsO, 19. Aufl. 2016, § 155 Rn 19.

wäre daher die Annahme, das neue Geschäftsjahr liefe in vorgenanntem Beispiel erst ab dem 10.2.2017.

Die durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bedingte Änderung des Geschäftsjahres bedarf weder der Anmeldung noch der Eintragung im Handels-/Genossenschafts-/Partnerschafts- und Vereinsregister. Denn aus diesem ist wegen § 31 InsO ersichtlich, dass das Insolvenzverfahren eröffnet ist und damit nach § 155 Abs. 2 S. 1 InsO ein neues Geschäftsjahr begonnen hat.

Dieser von der Satzung/dem Gesellschaftsvertrag abweichende Lauf eines Geschäftsjahres kann zu erheblichen EDV-technischen Umstellungsproblemen und daher zu einer erheblichen Kostenbelastung führen. Nicht zuletzt aus diesem Grund wünschen Insolvenzverwalter regelmäßig eine Rückkehr zum satzungsmäßigen/gesellschaftsvertraglichen Geschäftsjahr.

Zunächst ist zu klären, ob der Insolvenzverwalter hierfür zuständig ist. Diese Frage ist inzwischen höchstrichterlich geklärt.[8] Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

> *Der Insolvenzverwalter ist befugt, den mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens neu beginnenden Geschäftsjahresrhythmus zu ändern.*

Danach gehört diese Befugnis zum sog. Verdrängungsbereich.

Darüber hinaus ist zu klären, welcher Form diese Rückkehr zum satzungsmäßigen Geschäftsjahr bedarf.

a) Rückkehr zum satzungsmäßigen Geschäftsjahr bei den Kapitalgesellschaften

Bei den Kapitalgesellschaften ist deren Satzung im Handelsregister hinterlegt. Aus dieser Satzung ist – insoweit widersprüchlich zur Eintragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und dem damit verbundenen Neubeginn des Geschäftsjahrs – noch der ursprüngliche Lauf des Geschäftsjahrs ersichtlich. Die Rückkehr des Insolvenzverwalters zum satzungsmäßigen Geschäftsjahr setzt die Satzungsregelung zum ursprünglichen Geschäftsjahr nur wieder in Kraft, die Satzung soll im Ergebnis unverändert bleiben. Daher bedarf es keiner Satzungsänderung und entsprechend keiner Beurkundung Der Insolvenzverwalter kehrt zum ursprünglichen Geschäftsjahr entweder durch eine Anmeldung zum Handelsregister oder aber durch eine sonstige Mitteilung an das Registergericht zurück.[9]

Wählt der Insolvenzverwalter den Weg der Eintragung in das Handelsregister, muss er seine Unterschrift unter der Anmeldung beglaubigen lassen und die Anmeldung elektronisch beim Handelsregister einreichen (§ 12 Abs. 1 S. 1 HGB).

Hierzu folgendes Muster:

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Anmeldung zum Handelsregister:
In der Handelsregistersache

XYZ-GmbH

HR B 123

übermittele ich

den Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt am Main vom 1. April 2016 (Az.: …) über meine Bestellung als Insolvenzverwalter

und melde in meiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der XYZ-GmbH zur Eintragung in das Handelsregister an, dass ich die Änderung des Geschäftsjahrs wie folgt beschlossen habe:

1. Es wird ein Rumpfgeschäftsjahr beginnend mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der XYZ-GmbH am 1. April 2016 und endend am 31. Dezember 2016 festgesetzt.

2. Die nachfolgenden Geschäftsjahre werden ab dem 1. Januar 2017 auf das satzungsmäßige Geschäftsjahr, beginnend jeweils am 1. Januar eines jeden Jahres und endend jeweils am 31. Dezember eines jeden Jahres, festgesetzt.

(Unterschrift Insolvenzverwalter)

PRAXISTIPP

Sonstige Mitteilung:
Stattdessen kann der Insolvenzverwalter aber auch durch sonstige Mitteilung zum satzungsmäßigen Geschäftsjahr zurückkehren. Diese sonstige Mitteilung bedarf keiner Form. Insbesondere § 12 Abs. 1 S. 1 HGB ist mangels Anmeldung zum Handelsregister nicht anwendbar.[10] Diese formlose Mitteilung nimmt das Handelsregister in die Web-Auskunft des elektronischen Handelsregisters auf. Diese ist abrufbar über „DK" (Dokumentenansicht), dort über den Menüpunkt „Anzeige nach Eingang".

Hierzu folgendes Muster:

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Rückkehr zum satzungsmäßigen Geschäftsjahr:
In der Handelsregistersache

XYZ-GmbH

HR B 123

hat mit Beschluss vom … (Az. …) das Amtsgericht … das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt … zum Insolvenzverwalter bestellt (Anlage). Der Insolvenzverwalter teilt hiermit formlos und nicht zur Eintragung in das Handelsregister bestimmt Folgendes mit:

1. Es wird ein Rumpfgeschäftsjahr beginnend mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der XYZ-GmbH am 1. April 2016 und endend am 31. Dezember 2016 festgesetzt.

2. Die nachfolgenden Geschäftsjahre werden ab dem 1. Januar 2017 auf das satzungsmäßige Geschäftsjahr festgesetzt, beginnend jeweils am 1. Januar eines jeden Jahres und endend jeweils am 31. Dezember eines jeden Jahres.

b) Rückkehr zum satzungsmäßigen Geschäftsjahr bei den Personenhandelsgesellschaften

Bei den Personengesellschaften bedarf es ohnehin keiner Beurkundung. Darüber hinaus ist der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft auch nicht im Handelsregister hinterlegt. Der Rechtsverkehr konnte damit ohnehin durch Einsicht in das Handelsregister nie feststellen, über welchen Zeitraum das Geschäftsjahr läuft.

Eine Anmeldung der Rückkehr zum vertragsmäßigen Geschäftsjahr scheidet damit aus. Denkbar ist jedoch eine formlose Mittei-

[8] BGH, Beschl. v. 14.10.2014 – II ZB 20/13, ZIP 2015, 88 ff.
[9] BGH, Beschl. v. 14.10.2014 – II ZB 20/13, ZIP 2015, 88 ff.
[10] Nochmals klargestellt durch OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 27.10.2016 – 20 W 253/16.

lung zum Handelsregister wie vorstehend, abrufbar über die Web-Auskunft.

II. Insolvenzverwalter als Beteiligter an grundstücksrechtlichen Angelegenheiten

Gehören Grundstücke zur Insolvenzmasse i. S. v. § 35 Abs. 1 InsO, können sowohl dinglich gesicherte Gläubiger (also Gläubiger mit Absonderungsrechten, insbesondere grundschuldgesicherte Gläubiger) als auch der Insolvenzverwalter das Grundstück verwerten.

Grundpfandgesicherte Gläubiger sind gemäß § 49 InsO nach Maßgabe des ZVG zur abgesonderten Befriedigung hieran berechtigt: Hierzu können diese Gläubiger mit den in § 866 Abs. 1 ZPO aufgeführten Möglichkeiten vorgehen, also insbesondere Zwangsverwaltung und Zwangsvollstreckung beantragen. Diese Verwertung kann der Insolvenzverwalter nur unter den in § 30d Abs. 1 S. 1 ZVG aufgeführten Voraussetzungen durch einen Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung verhindern. Diesen Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung wird der Insolvenzverwalter insbesondere dann stellen, wenn er eine Fortführung des Unternehmens des Insolvenzschuldners anstrebt, sei es durch eine Sanierung des Rechtsträgers und damit dann auch des Unternehmens des Insolvenzschuldners selbst im Insolvenzplanverfahren (Sanierungsplan) oder durch eine Trennung des Unternehmens von dem Rechtsträger (= Insolvenzschuldners) mit Hilfe des Verkaufs aller Vermögensgegenstände des Insolvenzschuldners (übertragende Sanierung durch *Asset Deal*).

Daneben kann aber auch der Insolvenzverwalter das Grundstück verwerten. Die Regelung des § 165 InsO sieht hierfür zwar nur den Antrag auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vor. Hiermit wird aber selbstverständlich nicht das allgemeine Verfügungsrecht des Insolvenzverwalters nach § 80 Abs. 1 InsO zur Verfügung über das Grundstück (sog. freihändige Verwertung) eingeschränkt.[11]

Im Folgenden nun zu den Besonderheiten eines Kaufvertrags mit einem Insolvenzverwalter als Beteiligtem über ein Grundstück im Wege freihändiger Verwertung sowohl bei der Vorbereitung als auch bei der Abwicklung:

1. Besonderheiten bei dem Kaufvertrag

Grundstücke eines Insolvenzschuldners zählen zur Vermögenssphäre des Insolvenzschuldners und unterfallen damit gemäß § 80 Abs. 1 InsO dem Verwaltungsrecht und der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters. Vertragspartei eines Grundstückskaufvertrags ist damit nicht der im Grundbuch eingetragene Insolvenzschuldner, sondern der Insolvenzverwalter: Dieser handelt nicht als Vertreter, sondern in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter aufgrund der ihm durch § 80 Abs. 1 InsO zugewiesenen Verfügungsbefugnis über das Grundstück (z. B. *„Rechtsanwalt …, handelnd nicht im eigenen Namen, sondern als Insolvenzverwalter über das Vermögen der XYZ-GmbH"*). Er handelt also nicht wie ein Vertreter im fremden Namen. Stattdessen handelt er im eigenen Namen auf Grundlage der ihm zugewiesenen Verfügungsbefugnis nach § 80 Abs. 1 InsO *„in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter"* (weil dem Träger des Amtes des Insolvenzverwalters eine Doppelrolle zukommt, nämlich einmal als Privatperson und einmal als Insolvenzverwalter). Zum Nachweis der Bestellung als Insolvenzverwalter ist nicht der Beschluss eines Amtsgerichts – Insolvenzgerichts – vorzulegen, mit dem ein Insolvenzverfahren eröffnet und eine natürliche Person als Insolvenzverwalter bestellt wurde, sondern die Bestallungsurkunde. Denn § 12 S. 1 BeurkG verlangt, dass „(…) *Ausweise über die Berechtigung eines gesetzlichen Vertreters* (hiermit ist auch die Partei kraft Amtes gemeint, obwohl diese wie vorstehend ausgeführt kein gesetzlicher Vertreter ist[12]) *der Niederschrift in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beigefügt werden.*" Diese beurkundungsrechtliche Pflicht zur Beifügung der Bestallungsurkunde und nicht des Beschlusses zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist ohne weiteres nachvollziehbar: Der Insolvenzverwalter erhält nach Annahme seines Amtes die Bestallungsurkunde, bei Beendigung seines Amtes hat er sie zurückzugeben, § 56 Abs. 2 InsO. Der ursprüngliche Beschluss des Insolvenzgerichts dagegen bleibt in Ausfertigung im Umlauf, auch wenn später der Insolvenzverwalter seines Amtes enthoben und ein anderer Insolvenzverwalter bestellt werden sollte.

Insolvenzverwalter wünschen regelmäßig, bei Kaufverträgen über Grundstücke aus der Insolvenzmasse vollmachtlos vertreten zu werden. Dies ist ohne weiteres nachvollziehbar, denn bei der Vielzahl von beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften käme ein Insolvenzverwalter bei persönlichem Erscheinen vor dem Notar nicht mehr zu seiner eigentlichen Arbeit. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, bei Vorbereitung des Entwurfs den Insolvenzverwalter hierzu ausdrücklich zu befragen und bei entsprechendem Wunsch den Käufer dann sowohl im eigenen Namen als auch vollmachtlos, Genehmigung des Insolvenzverwalters vorbehaltend, im Namen des Insolvenzverwalters auftreten zu lassen.

Maßgeblich für die Vorbereitung ist die Klärung der Frage, ob es sich bei dem beabsichtigten Kaufvertrag um einen Verbrauchervertrag i. S. d. Legaldefinition des § 310 Abs. 3 BGB handelt: Käufer von Grundstücken aus der Insolvenzmasse sind häufig Verbraucher i. S. v. § 13 BGB, so dass bei Qualifizierung des Insolvenzverwalters als Unternehmer i. S. v. § 14 Abs. 1 BGB ein Verbrauchervertrag i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB vorläge. Soweit ersichtlich ist diese Qualifizierung des Insolvenzverwalters als Unternehmer oder als Verbraucher noch nicht höchstrichterlich geklärt. Bei Verkauf eines Grundstücks in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Unternehmens bewertet die einhellige Auffassung in der Literatur den Insolvenzverwalter als Unternehmer.[13] Strittig ist dies jedoch bei dem Verkauf in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Verbrauchers: Wegen der persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters nach § 61 S. 1 InsO bei Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten (diese begründet der Insolvenzverwalter durch den Verkauf des Grundstücks, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) spricht mehr für seine Einordnung als Unternehmer.[14] Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung sollte der Notar den Insolvenzverwalter daher schon aus Gründen der Vorsicht immer als Unternehmer behandeln und die sich hieran knüpfenden Rechtsfolgen beachten, insbesondere

[11] Uhlenbruck/*Brinkmann*, InsO, 14. Aufl. 2015, § 165 Rn 1; vgl. hierzu auch § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO, der bei der Regelung zur Zustimmungspflicht bei Veräußerung eines unbeweglichen Gegenstands „(…) *aus freier Hand* (…)" diese Möglichkeit zur freihändigen Verwertung voraussetzt.

[12] Vgl. Eylmann/Vaasen/*Limmer*, BNotO BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 12 Rn 7.

[13] Palandt/*Ellenberger*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 14 Rn 2.

[14] Vgl. DNotI-Report 2009, 25.

die Zwei-Wochen-Frist nach § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG sowie AGB-rechtliche Vorgaben.[15]

Zu berücksichtigen ist zudem, dass nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO die Zustimmung der Gläubigerversammlung (oder bei Bestellung eines Gläubigerausschusses, die Zustimmung des Gläubigerausschusses) bei Veräußerung von Grundstücken erforderlich ist. Zwar führt der Verstoß gegen diese Pflicht zur Einholung der Zustimmung gemäß § 164 InsO nicht zur Unwirksamkeit des Kaufvertrags, der Verstoß kann aber zur Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO führen.[16] Der Insolvenzverwalter muss überlegen, wie er sich schützen kann, wobei folgende Wege in Betracht kommen:

- Entweder der Insolvenzverwalter lässt sich vollmachtlos vertreten und genehmigt den Vertrag nach, wenn die Gesellschafterversammlung zugestimmt hat, oder
- ein Rücktrittsrecht des Insolvenzverwalters bei fehlender Zustimmung bis zu einem gewissen Datum wird vereinbart oder
- der Insolvenzverwalter holt die Zustimmung der Gesellschafterversammlung vor Beurkundung ein (auf Grundlage des Vertragsentwurfs).

Eine Fälligkeitsvoraussetzung ist regelmäßig die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Käufers. Sollte bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags und der Bewilligung der Vormerkung der als Insolvenzverwalter auftretende Verkäufer nicht mehr im Amt sein, ermöglicht das Gesetz – nicht wie bei den sonst ausdrücklich geregelten Möglichkeiten zum gutgläubigen Erwerb nach den §§ 892, 932 ff., 2366 BGB, § 16 Abs. 3 GmbHG – keinen gutgläubigen Erwerb von dem *„Scheininsolvenzverwalter"*. Sollte der Insolvenzverwalter zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags und damit der Bewilligung der Vormerkung dagegen noch im Amt gewesen sein und sein Amt erst später verloren haben, hilft dem Käufer – nach umstrittener Ansicht – § 878 BGB weiter.[17] Daher ist die von einem *„Scheininsolvenzverwalter"* bewilligte Vormerkung unwirksam und die entsprechende Eintragung einer solchen Vormerkung zu löschen. Der Notar hat daher regelmäßig zu prüfen, ob zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung der ihm gegenüber auftretende Insolvenzverwalter noch im Amt war. Als weitere Fälligkeitsvoraussetzung neben der Vormerkung ist daher zu regeln, dass auf Nachfrage das Insolvenzgericht bestätigt hat, dass der Insolvenzverwalter zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung noch im Amt war. Üblicherweise erklärt der Insolvenzverwalter zudem im Urkundseingang, dass sein Amt als Insolvenzverwalter fortbesteht.

Weiter ist bei den Fälligkeitsvoraussetzungen regelmäßig zu berücksichtigen, dass neben den privaten Lasten regelmäßig öffentliche Lasten (Grundsteuer, Erschließungsbeiträge) bestehen könnten. Für öffentliche Lasten haftet das Grundstück (für Grundsteuer § 12 GrStG; für Erschließungsbeiträge § 134 Abs. 2 BauGB; für Kommunalabgaben § 10 Abs. 6 Hess. KAG). Zwar reicht hierzu ein entsprechender Hinweis in der Urkunde, als Service gegenüber dem Käufer bietet sich jedoch an, als weitere Fälligkeitsvoraussetzung eine Auskunft dieser öffentlich-rechtlichen Gläubiger zu Bestand und Höhe etwaiger Forderungen aufzunehmen. Zur Einholung dieser Auskunft können die Beteiligten den Notar in der Urkunde bevollmächtigen. In der Urkunde ist bei der Zahlung an die abzulösenden Gläubiger auch die Zahlung an diese öffentlich-rechtlichen Gläubiger zu regeln.

Bei Verkauf eines Wohnungseigentums kann ähnlich vorsehend beschriebenem Vorgehen als zusätzliche Fälligkeitsvoraussetzung die Auskunft eines Verwalters oder einer sonst hierzu auskunftsfähigen Person über etwaig noch offenstehendes Hausgeld vorgesehen werden. Auch zur Einholung dieser Auskunft können die Beteiligten den Notar in der Urkunde bevollmächtigen. Und auch hier sollte in der Urkunde bei der Zahlung an abzulösende Gläubiger die Zahlung dieses noch offenen Hausgeldes geregelt werden.

Es versteht sich von selbst, dass bei jeder Unsicherheit über den Eintritt der Fälligkeitsvoraussetzungen ein Rücktrittsrecht zu vereinbaren ist. Sollte also z. B. bei Verkauf von Wohnungseigentum der Verwalter oder eine sonst hierzu auskunftsfähige Person keine Auskunft zur Höhe des noch offenen Hausgeldes erteilen, kann der Käufer entweder auf den Eintritt dieser Fälligkeitsvoraussetzung verzichten und dann einer ihm unbekannten Forderung auf Zahlung des Hausgeldes ausgesetzt sein oder aber von dem Kaufvertrag zurücktreten.

Bei den Löschungsunterlagen (auflagenfrei oder unter Auflagen, die aus dem Kaufpreis erfüllt werden können) ist nach den Erfahrungen des Verfassers zu berücksichtigen, dass der Insolvenzverwalter häufig nicht zur Übernahme der Kosten für die Löschung eingetragener Belastungen (Gerichtskosten für die Löschung nach 14140 KV GNotKG, Notarkosten bei dem Notar des abzulösenden Gläubigers nach 25100 KV GNotKG, Notarkosten bei dem den Kaufvertrag beurkundenden Notar (Treuhandgebühr für Überwachung der Treuhandauflage des abzulösenden Gläubigers nach 22210 KV GNotKG, anteilig Vollzugsgebühr nach 22210 KV GNotKG)) bereit sein wird. Es empfiehlt sich daher, diese Kosten zu überschlagen und den Kaufpreis entsprechend zu senken.

Insolvenzverwalter sind zu einem Verkauf regelmäßig nur unter Ausschluss jeder Haftung bereit. Dies ist ohne weiteres nachvollziehbar, denn der Insolvenzverwalter kennt das Grundstück ebenso wenig wie der Käufer und seine Möglichkeiten der Klärung sind trotz bestehender Auskunftsrechte gegenüber dem Insolvenzschuldner nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO (ggf. i. V. m. § 101 Abs. 1 S. 1 InsO) begrenzt. Soweit gesetzlich zulässig, sollte der Vertrag in diesen Grenzen einen Haftungsausschluss vorsehen. Nach hier vertretener Ansicht (s. o.) ist der Insolvenzverwalter immer als Unternehmer nach § 14 Abs. 1 BGB zu behandeln, so dass bei Verkauf an einen Verbraucher (§ 13 BGB) ein Verbrauchervertrag i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB vorliegt. Daher setzt das Gesetz der Regelungsfreiheit Schranken in Bezug auf das Grundstück bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und grobem Verschulden in § 309 Nr. 7 BGB, in Bezug auf das darauf befindliche Gebäude, sofern neu hergestellt bzw. nach der Rechtsprechung als neu hergestellt zu behandeln, in § 309 Nr. 8b BGB, und in Bezug auf mitverkauftes Inventar in den §§ 474 ff. BGB. Selbstverständlich ist unabhängig hiervon immer das allgemeine Verbot des Haftungsausschlusses bei Arglist oder Übernahme einer Garantie nach § 444 BGB zu beachten.

Bei Abwicklung des Kaufvertrags ist der Käufer regelmäßig daran interessiert, das Grundbuch zu bereinigen. Daher enthalten die Muster der Kaufverträge unter dem Abschnitt *„Grundbuchanträge"* regelmäßig bereits die Bewilligung sowie den Antrag des Käufers zur Löschung der Vormerkung *„(…) Zug um Zug mit der Eintragung der Auflassung, vorausgesetzt, dass dann*

[15] Anwendbar regelmäßig wegen § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB, Palandt/*Grüneberg*, 76. Aufl. 2017, § 310 Rn 12.

[16] Schmidt/*Jungmann*, InsO, 19. Aufl. 2016, § 164 Rn 1.

[17] Vgl. Palandt/*Bassenge*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 878 Rn 11.

keine Zwischeneintragungen bestehen bleiben oder Zwischenanträge vorliegen, denen er nicht zugestimmt hat." Wie vorstehend bereits ausgeführt, ermöglicht das Gesetz jedoch keinen gutgläubigen Erwerb von einem „*Scheininsolvenzverwalter*". Sollte daher zwar zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung der Insolvenzverwalter noch im Amt gewesen sein (nach vorstehendem Vorschlag hat auf Nachfrage das Insolvenzgericht bestätigt, dass der Insolvenzverwalter zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung noch im Amt war), nicht aber mehr zum Zeitpunkt der Eintragung der Auflassung, entfiele der Vormerkungsschutz. Daher sollte der Notar den Antrag auf Löschung der Vormerkung nicht schon zeitgleich mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung stellen. Vielmehr sollte er zunächst die Eigentumsumschreibung abwarten und sodann – wie vorstehend nach der Eintragung der Vormerkung – bei dem Insolvenzgericht die Bestätigung zur Fortdauer des Amtes des Insolvenzverwalters auch bei Eigentumsumschreibung einholen.

Nach den Erfahrungen des Verfassers wird in notariellen Kaufverträgen immer wieder übersehen, dass bereits der Kaufvertrag die Löschungsbewilligung und den Antrag auf Löschung des Insolvenzvermerks enthalten kann. Wird das übersehen, ist der Insolvenzvermerk auf Grundlage eines Antrags und einer Bewilligung außerhalb des Kaufvertrags zu löschen. Entweder kann der Insolvenzverwalter dann formlos – ohne Beglaubigung seiner Unterschrift – einen Antrag auf Löschung bei dem Insolvenzgericht stellen. In diesem Fall hat, gemäß § 32 Abs. 3 S. 1 InsO, das Insolvenzgericht auf Antrag des Insolvenzverwalters das Grundbuchamt um Löschung zu ersuchen. Stattdessen kann selbstverständlich gemäß § 32 Abs. 3 S. 2 InsO auch der Insolvenzverwalter den Antrag auf Löschung bei dem Grundbuchamt stellen, in diesem Fall jedoch nur formgemäß, also mit Beglaubigung seiner Unterschrift (§ 29 Abs. 1 S. 1 GBO). In beiden Fällen fallen für die Löschung zwar keine Gerichtskosten an (vgl. Vorbem. 1.4. Abs. 2 Nr. 2, 3 Anlage 1 KV GNotKG). Es entsteht jedoch für den Insolvenzverwalter unnötiger zeitlicher Aufwand und zudem entstehen bei Antrag und Bewilligung durch den Insolvenzverwalter selbst und nicht auf Ersuchen des Insolvenzgerichts unnötige Kosten für die Beglaubigung seiner Unterschrift (Ziffer 25100 KV GNotKG). Es ist daher dringend zu empfehlen, den Antrag sowie die Bewilligung zur Löschung bereits in den Kaufvertrag aufzunehmen.

2. Gestaltung eines Grundstückskaufvertrages

Für den Erwerb eines Grundstücks im eröffneten Insolvenzverfahren können folgende Formulierungsvorschläge verwendet werden.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Kaufpreisfälligkeit:
Verhandelt in … am …

Vor dem Notar … mit Amtssitz in …

erschien

1. …, handelnd

sowohl im eigenen Namen

2. als auch im Namen von Rechtsanwalt …, geschäftsansässig …, dieser wiederum handelnd ebenfalls nicht im eigenen Namen, sondern als Insolvenzverwalter über das Vermögen der … GmbH, vollmachtlos, vorbehaltlich der Genehmigung des Insolvenzverwalters. Der Insolvenzverwalter wird diese Genehmigung in beglaubigter Form erteilen; die Urschrift der Bestallungsurkunde wird er dabei dem beglaubigenden Notar vorlegen. Eine beglaubigte Abschrift hiervon wird er der Genehmigung beifügen.

Hinweis auf Zwei-Wochen-Frist (§ 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 HS 2 BeurkG):

Der Insolvenzverwalter erklärt, dass sein Amt als Insolvenzverwalter fortbesteht. Er verpflichtet sich zur Nachricht an den Notar, falls sein Amt als Insolvenzverwalter endet oder er das Kaufobjekt freigibt.

Kaufpreis:

1. (…)

2. Die Beteiligten beauftragen und bevollmächtigen den Notar,

- *die Gemeinde um Mitteilung zu bitten, ob zum Stichtag … Rückstände bei der Grundsteuer bestehen und die Erschließung nach BauGB und Kommunalabgabengesetz abgerechnet und bezahlt ist bzw. welche Beträge insofern noch offen sind,*
- *(bei Verkauf von Wohnungseigentum) den Hausverwalter um Mitteilung zu bitten, ob zum Stichtag … Rückstände an Hausgeld oder Umlagen gegenüber der Wohnungseigentümergemeinschaft bestehen und falls ja, in welcher Höhe.*

3. Der Kaufpreis ist innerhalb von drei Wochen zu entrichten, nachdem der Notar den Beteiligten schriftlich bestätigt hat (Datum des Fälligkeitsschreibens des Notars ist maßgebend), dass

(a) die im Folgenden bewilligte Eigentumsvormerkung zugunsten des Käufers – bei mehreren im angegebenen Erwerbsverhältnis – eingetragen ist,

(b) auf Nachfrage das Insolvenzgericht bestätigt hat, dass der Insolvenzverwalter zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung noch im Amt war,

(c) ihm die Löschungsunterlagen für die der Eigentumsvormerkung im Rang vorgehenden und nicht vom Käufer übernommenen oder unter seiner Mitwirkung bestellten Belastungen in grundbuchtauglicher Form vorliegen und Treuhandauflagen für deren Verwendung aus dem Kaufpreis erfüllt werden können,

(d) die Gemeinde dem Notar schriftlich bestätigt hat, dass keine Grundsteuern und keine Erschließungsbeiträge nach BauGB und Kommunalabgabengesetz für das Kaufobjekt rückständig sind, anderenfalls sind diese aus dem vereinbarten Kaufpreis abzulösen,

(e) (bei Verkauf von Wohnungseigentum) der Hausverwalter dem Notar schriftlich bestätigt hat, dass keine Rückstände an Hausgeld oder Umlagen gegenüber der Wohnungseigentümergemeinschaft bestehen, anderenfalls sind diese aus dem vereinbarten Kaufpreis abzulösen,

(f) (…),

(g) (…).

Der Käufer kann auf die Fälligkeitsvoraussetzungen 3.(d), (e) verzichten. Sollten die oben genannten Erklärungen nicht bis zum … vorliegen, sind Verkäufer und Käufer zum Rücktritt berechtigt. Der Verkäufer ist dann zur Tragung beziehungsweise Erstattung aller Kosten des Vertrags, seiner Finanzierung und Rückabwicklung bei Notar und Grundbuchamt verpflichtet, nicht jedoch zu sonstigem Schadenersatz, ausgenommen Vorsatz und Arglist. Der Notar ist über den Rücktritt zu informieren. Ein noch nicht ausgeübtes Rücktrittsrecht erlischt, so-

bald die Voraussetzungen der Kaufpreisfälligkeit erfüllt sind. Im Übrigen gelten die §§ 346 ff. BGB entsprechend.

4. Der Kaufpreis ist in folgender Reihenfolge zu überweisen, soweit durch den beurkundenden Notar nicht zur Lastenfreistellung anders angewiesen:

(a) der Massekostenbeitrag in Höhe von … % des Kaufpreises zzgl. ggf. der Umsatzsteuer, d. h. € …, auf das Hinterlegungskonto des Insolvenzverwalters IBAN …

(b) die Grundsteuer und die Erschließungsbeiträge nach BauGB und Kommunalabgabengesetz an die Gemeinde auf das Konto IBAN …

(c) rückständiges Hausgeld und Umlagen an die Wohnungseigentümergemeinschaft IBAN …

(d) die für die Beurkundung dieses Kaufvertrages anfallenden Notar- und Gerichtskosten für die Löschung der Belastung Abteilung III an den amtierenden Notar auf das Konto IBAN …

(e) der Restkaufpreis an die Bank … auf deren im Treuhandauftrag noch zu benennendes Konto.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Gewährleistung wegen Sachmängeln:

1. Der Käufer erwirbt vom Verkäufer das Grundstück im eröffneten Insolvenzverfahren. Er hat sich zuvor eingehend von Zustand und Wert des (mit aufstehendem Gebäude bebauten) Grundstücks überzeugt. Eine Gewährleistung für Sachmängel des (mit aufstehendem Gebäude bebauten) Grundstücks (sowie mitverkaufter beweglicher Sachen) ist daher – soweit gesetzlich zulässig und nicht explizit in diesem Vertrag zugesichert – rechtsgrundunabhängig ausgeschlossen. Das gilt nicht für Ansprüche auf Schadenersatz wegen der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, wenn der Verkäufer, sein gesetzlicher Vertreter oder Erfüllungsgehilfe die Pflichtverletzung zu vertreten hat, und auf Ersatz sonstiger Schäden, die auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers, gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen. (Bei neu errichtetem oder von der Rechtsprechung als neu errichtet geltendem Bauwerk: Wegen des neu errichteten Bauwerks stehen dem Käufer die gesetzlich geregelten Mängelrechte gemäß § 437 BGB zu; bei mitverkauften beweglichen Sachen: Etwaige Mängel wegen des Kaufs beweglicher Sachen lassen den Grundstückskaufvertrag unberührt).

2. Die Haftung ist zudem wegen Sachmängeln ausgeschlossen, die ab der letzten Besichtigung bis zum Gefahrübergang entstehen, nicht jedoch bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Verkäufers. Der Notar wies ausdrücklich darauf hin, dass der Verkäufer diesen weitgehenden Haftungsausschluss wegen Verkaufs aus einer Insolvenzmasse verlangt und dass damit die Haftung des Verkäufers auch bei einer nur zufälligen Verschlechterung etwa durch Brand ausgeschlossen ist und der Käufer in diesen Fällen trotzdem den Kaufpreis schuldet.

3. Die Haftung des Verkäufers aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag ist – soweit gesetzlich zulässig – auf den Kaufpreis, in jedem Fall insgesamt auf die zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Haftung vorhandene Insolvenzmasse in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners begrenzt. Der Verkäufer haftet nicht mit seinem persönlichen Vermögen.

4. Hiermit wird ausdrücklich ausgeschlossen, etwaiges Wissen des Insolvenzschuldners, auch soweit es aus den Geschäftsunterlagen ersichtlich ist, dem Insolvenzverwalter zuzurechnen. Maßgeblich ist allein der Kenntnisstand des Insolvenzverwalters und der von ihm mit dem Verkauf Beauftragten.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Auflassung, Eigentumsvormerkung, Grundbuchanträge:

1. (…)

2. Die Beteiligten bevollmächtigen den Notar, die Löschung der in diesem Vertrag bewilligten Vormerkung zu bewilligen und zu beantragen. Der Notar wird angewiesen, von dieser Vollmacht erst Gebrauch zu machen, sobald ihm eine Bestätigung des Insolvenzgerichts über die Fortdauer des Amtes des Insolvenzverwalters bis zum Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung vorliegt.

3. Der Insolvenzverwalter bewilligt und beantragt die Löschung des in Abteilung II unter lfd. … eingetragenen Insolvenzvermerks mit Eigentumsumschreibung gemäß § 16 Abs. 2 GBO.

C. Nach Abweisung eines Insolvenzantrags mangels Masse

Die Abweisung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 26 Abs. 1 S. 1 InsO) führt bei den Kapitalgesellschaften und den Kapitalgesellschaften und Co. KG zunächst nur zur Auflösung der Gesellschaft (§ 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG; § 262 Abs. 1 Nr. 4 AktG; § 131 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 S. 2 HGB). Damit ist die Gesellschaft jedoch noch nicht aus dem Handelsregister gelöscht. Voraussetzung hierfür wäre die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft. Wäre das Insolvenzverfahren eröffnet und anschließend durchgeführt worden, könnte nach § 394 Abs. 1 S. 2 FamFG die Gesellschaft von Amts wegen gelöscht werden. In diesen Fällen liegen regelmäßig keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Gesellschaft noch Vermögen besitzt. Dies erklärt sich vor dem Hintergrund, dass selbst in den Fällen einer Befriedigung sämtlicher (Masse- und Insolvenz-)gläubiger zu 100 % der Insolvenzverwalter einen dann noch verbleibenden Übererlös nach § 199 InsO an die Gesellschafter herausgeben müsste. In den Fällen der Abweisung mangels Masse wird jedoch nur in den seltensten Fällen zugleich Vermögenslosigkeit vorliegen. Abweisung mangels Masse nach § 26 Abs. 1 S. 1 InsO bedeutet nur, dass das vorhandene Vermögen voraussichtlich nicht ausreichte, um die Kosten des Insolvenzverfahrens gemäß § 54 InsO zu decken, also die Gerichtskosten des Insolvenzverfahrens und Vergütung sowie Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Insolvenzverwalters sowie der Mitglieder des Gläubigerausschusses. Es werden jedoch regelmäßig zumindest noch ein – wenn auch geringes – Kassen- und oder Bankguthaben und/oder Büromöbel etc. vorhanden sein. In diesen Fällen kann das Handelsregister die Gesellschaft nicht von Amts wegen löschen und es ist bei der GmbH und den Personenhandelsgesellschaften & Co. KG zu liquidieren bzw. abzuwickeln (§ 66 Abs. 1 S. 1 GmbHG, § 145 Abs. 1 HGB; bei der AG Abwicklung, § 264 Abs. 1 AktG).

Der Notar ist hiermit nur insoweit befasst, als die Liquidatoren und deren Vertretungsbefugnis (bei der GmbH sowie den Personenhandelsgesellschaften & Co. KG § 67 Abs. 1 GmbH; § 148 Abs. 1 S. 1 HGB) bzw. die Abwickler und deren Vertretungsbefugnis (bei der AG § 268 Abs. 1 AktG) und nach Beendigung der Liquidation/Abwicklung der Schluss der Liquidation (bei der GmbH § 74 Abs. 1 S. 1 GmbHG) bzw. das Erlöschen der Firma (bei den Personenhandelsgesellschaften & Co. KG § 157 Abs. 1 HGB) zum Handelsregister anzumelden sind. Regelmäßig sind sich die Beteiligten über diesen Rechtszustand jedoch gar nicht bewusst und bitten den Notar

um Aufklärung über das Vorgehen bei der Liquidation bzw. Abwicklung. Der Notar muss zwar keinen Rat erteilen, da es sich hierbei nicht um Urkundstätigkeit handelt (§ 15 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 10a Abs. 2 BNotO). Er kann jedoch beraten und würde hierfür auch die Beratungsgebühr erhalten (Ziffern 24 200 ff KV GNotKG). Die regelmäßig einzige die Liquidatoren/Abwickler interessierende Frage ist, wie sie mit dem Restvermögen zu verfahren haben. Der insolvenzrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger gilt nicht.[18] Damit gilt: *„Wer zuerst kommt, mahlt zuerst"*. Danach kann der Liquidator/Abwickler nach seinem Belieben den Restbetrag an nur einen der Gläubiger zahlen oder aber ihn nach seinem Belieben auf mehrere Gläubiger verteilen.

INFO

Fragen und Anmerkungen sind unter Lars-Henning.Behrens@hww.eu oder labehrens@web.de herzlich willkommen.

Lars-Henning Behrens, LL. M.
ist Rechtsanwalt und Notar in Frankfurt am Main.
E-Mail-Adresse: Lars-Henning.Behrens@hww.eu

[18] *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 60 Rn 67.

Impressum

notar
Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

Herausgeber
Prof. Dr. Walter Bayer, Jena
Notar Dr. Peter Schmitz, Köln
Prof. Dr. Rainer Schröder †, Berlin
Notar Dr. Oliver Vossius, München
Richter am BGH a.D. Roland Wendt, Karlsruhe

Schriftleiter
Notarassessor Dr. Stefan Schmitz, Berlin
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

Redaktion
Carola Vonhof-Stolz

Bildnachweis
Notar Dr. Jens Jeep (Rubrikköpfe, außer S. 159), Deutscher Notarverein (S. 157), CC0 Public Domain (S. 159), Staatskanzlei Mecklenburg-Vorpommern (S. 191)

Fachredakteure
Handelsregister
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Steuerrecht
Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

Bauträgerrecht
Notarassessor Christian Scheibengruber, München

Gesellschaftsrecht
Prof. Dr. Heribert Heckschen, Dresden

Wohnungseigentum
Notarin Dr. Ingrid Naumann, LL.M. (Harvard), Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht
Notar Dr. Tobias Genske, Erfurt

Erbrecht
Notar Dr. Christoph Röhl, Wegscheid

Grundbuch
Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

Notarkosten
Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

Immobilienkauf
Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, LL. M. (Michigan), München

Immobilienzuwendung
Notar Dr. Alexander Michael, Wiehl

Familienrecht
Notar Dr. Wolfgang Reetz, Köln

Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:
E-Mail: schriftleitungnotar@notarverlag.de

Manuskripte
Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

Urheber- und Verlagsrechte
Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

Erscheinungsweise
Monatlich

Anzeigenverwaltung
Deutscher Notarverlag GmbH
Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn
Tel. 0 228 - 9 19 11 41
Fax 0 228 - 9 19 11 23
E-Mail: anzeigen@notarverlag.de

Bezugspreis
Jahresabonnement: 134,00 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)
Einzelheft: 13,90 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Bestellungen
Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

Verlag
Deutscher Notarverlag
Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn
Tel. 0 800 - 66 82 78 31
Fax 0 800 - 66 82 78 39
E-Mail: riedel@notarverlag.de

Koordination im Verlag
Jana Riedel

Satz
Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck
Hans Soldan Druck GmbH, Essen

ISSN
1860-8760

Hinweis
Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.