

[27] Lediglich vereinzelt war – wie von der Rechtsbeschwerde – die Auffassung vertreten worden, dass die Entscheidung über die Entlassung des Verwalters im Falle einer unterbliebenen Anhörung ohne die Möglichkeit der Heilung des Verfahrensmanagements aufzuheben sei. Dem ist der Senat jedoch nicht gefolgt. Er hat entsprechend der allgemeinen Auffassung zwischenzeitlich entschieden, dass ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann (BGH ZVI 2011, 167 = ZIP 2011, 671 = WM 2011, 663, Rz. 10). Das LG war hier als Beschwerdeinstanz nicht nur zur Prüfung von Verfah-

rensmängeln der ersten Instanz, sondern auch zur Nachholung des rechtlichen Gehörs und zur Sachentscheidung berufen. Mithin beruht, weil dem Beschwerdeführer nachträglich rechtliches Gehör eröffnet wurde, die hier angegriffene Beschwerdeentscheidung nicht auf der Versagung rechtlichen Gehörs (BVerfGE 5, 9, 10; BVerfGE 5, 22, 24; BVerfGE 22, 282, 286 f.; BVerfGE 62, 392, 397; BVerfGE 76, 363, 394). Dieses Verständnis entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats (BGH ZVI 2009, 404 = WM 2009, 1662, Rz. 11; BGH ZVI 2011, 167 = ZIP 2011, 671 = WM 2011, 663, Rz. 10).

## ZVI-Report

Claudia R. Cymutta<sup>\*)</sup>

### Fortbildungsveranstaltung der Arbeitsgruppe „Junge Insolvenzrechtler“

Verwertung von Immobilien im Insolvenzverfahren und insolvenzrechtliche Besonderheiten im Arbeitsrecht

*Die 8. Fortbildungsveranstaltung der Arbeitsgruppe „Junge Insolvenzrechtler“ befasste sich am 4. 5. 2012 in Köln mit der Verwertung von Immobilien in der Insolvenz und dem Insolvenzarbeitsrecht. In der Arbeitsgruppe, die aus einer Kooperation der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung und des FORUM Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein hervorgegangen ist, haben sich vor allem jüngere Anwälte zusammengeschlossen, die in allen Bereichen des Insolvenzrechts arbeiten und sich untereinander vernetzen wollen.*

#### I. Verwertung von Immobilien

Eröffnet wurde der Tag von Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Popp, Mannheim, der verschiedene Möglichkeiten vorstellte, wie Immobilien im Insolvenzverfahren verwertet werden können und welchen Nutzen die Insolvenzmasse und etwaige gesicherte Gläubiger aus den Immobilien ziehen können. Zunächst erörterte Dr. Popp das Institut der „Kalten Zwangsverwaltung“, das zwar gesetzlich nicht geregelt ist, zwischen Insolvenzverwaltern und Grundpfandgläubigern jedoch vielfach bei vermieteten oder verpachteten Immobilien des Schuldners vereinbart wird. Grundlage der „Kalten Zwangsverwaltung“ ist dabei regelmäßig eine Vereinbarung zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Grundpfandgläubiger, wonach der Insolvenzverwalter die Immobilie wie ein Zwangsverwalter bewirtschaftet, ohne dass gerichtlich eine „richtige“ Zwangsverwaltung angeordnet wird. Grundpfandgläubiger erhoffen sich davon, dass bei einem Verkauf der Immobilie ein höherer Kaufpreis erzielt werden kann, weil der „Makel“ der Zwangsverwaltung fehlt, dass Informations- und Reibungsverluste zwischen Insolvenzverwalter und Zwangsverwalter entfallen, Kosten und Gebühren gespart werden und der Insolvenzverwalter im Einzelfall, etwa bei einem steckengebliebenen Bau, das Objekt weiterentwickeln kann. Wie bei der gerichtlich angeordneten Zwangsverwaltung wollen die Grundpfandgläubiger aber primär ihren Zugriff auf die Mieten sichern, da diese nach einem Urteil des BGH vom 17. 9. 2009<sup>1)</sup> ansonsten in die Insolvenzmasse fallen.

Da die Kalte Zwangsverwaltung gesetzlich nicht geregelt ist, empfiehlt Dr. Popp immer den Abschluss einer Verwertungsvereinbarung, die sich aber durchaus an der Zwangsverwalterverordnung (ZVwV) orien-

tieren oder gar in Einzelfragen auf diese verweisen könne. Zu denken sei insbesondere an Regelungen zu rückständigen und bereits eingezogenen Mieten, zur Höhe der Beteiligung der Insolvenzmasse am Nettomiettrug, zu Reparaturen und Freistellungen des Insolvenzverwalters von Kosten sowie zur Abrechnungspflicht des Insolvenzverwalters mit daran anschließender Genehmigungsfiktion. Für den Insolvenzverwalter bedeutsam aber umstritten ist nach Darstellung von Dr. Popp, ob der Insolvenzverwalter für die Kalte Zwangsverwaltung eine separate Vergütung vereinbaren kann. Sofern eine separate Vergütung für nichtig gehalten wird, soll ein Ausgleich für die Tätigkeit als Kalter Zwangsverwalter durch die Massemehrung und den Ansatz von Erhöhungstatbeständen in der Insolvenzverwalter-Vergütung gegeben werden. Andere Stimmen halten eine separate Vergütung für möglich, da die Kalte Zwangsverwaltung nicht zum regulären Pflichtenkreis des Insolvenzverwalters gehöre. Die Abgrenzung, was zum Pflichtenkreis des Verwalters gehört und was außerhalb dieses Pflichtenkreises liegt, hielt Dr. Popp jedoch für kaum möglich und daher für wenig überzeugend. Er riet daher, die Kalte Zwangsverwaltung immer gegenüber dem Insolvenzgericht und den Gläubigern transparent zu machen und ggf. eine Sondermasse zu bilden, aus der eine Vergütung entnommen werden kann.

Vor dem Hintergrund des mittlerweile gängigen Verkaufs von Forderungen und den daran folgenden Abtretungen von Grundpfandrechten wies Dr. Popp darauf hin, dass eine Verwertungsvereinbarung ein Vollstreckungshindernis sein kann, wenn der (neue) Grundpfandgläubiger durch eine Klauselumschreibung eine vollstreckbare Ausfertigung erlangen und die gerichtliche Zwangsverwaltung beantragen möchte. Ergibt sich aus der Verwertungsvereinbarung, dass der Grundpfandgläubiger während der Laufzeit der Vereinbarung von seinem Titel ganz oder teilweise keinen Gebrauch machen darf, kann der Verwalter diese Vereinbarung mit Hilfe einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO durchsetzen. Dringend wies Dr. Popp darauf hin, dass bei einer Klauselumschreibung darauf geachtet werden muss, dass keine Umschreibung auf den Insolvenzverwalter persönlich erfolgt – um eine Haftung mit dem privaten Vermögen zu vermeiden.

<sup>\*)</sup> Dr. iur., Rechtsanwältin, Mannheim

1) BGH v. 17. 9. 2009 – IX ZR 106/08, ZVI 2010, 58, dazu EWiR 2010, 191 (Eckardt).

Der Insolvenzverwalter sei nur in dinglicher Hinsicht „Rechtsnachfolger“ des Schuldners und könne sich gegen eine falsche Klauselumschreibung mit der Vollstreckungserinnerung (§ 766 ZPO) wehren.

Abschließend befasste sich *Dr. Popp* mit einigen steuerrechtlichen Fragen zur Kalten Zwangsverwaltung. Insbesondere verwies er auf ein Urteil des BFH vom 28. 7. 2011,<sup>2)</sup> in dem der BFH die freihändige Verwertung und Verwaltung von Grundstücken, die mit Grundpfandrechten belastet sind, für eine steuerpflichtige entgeltliche Geschäftsbesorgung der Masse zu Gunsten des Grundpfandgläubigers hält. Der zeitweilige Verzicht auf die Einleitung des gerichtlichen Zwangsverwaltungsverfahrens und die Vergütung stellen eine sonstige Leistung des Grundpfandgläubigers nach § 9 UStG dar. Wen als Leistenden die Steuerpflicht trifft (Insolvenzverwalter oder Insolvenzmasse), hängt nach Einschätzung von *Dr. Popp* maßgeblich von den vertraglichen Vereinbarungen ab. Spiegelbildlich zur streitigen Vergütungsfrage könnte etwa der Insolvenzverwalter selbst Leistender sein, wenn er eine separate Vergütung erhalte.

Den zweiten Schwerpunkt des Vortrags zur Verwertung von Immobilien bildete deren Veräußerung. Der Insolvenzverwalter habe grundsätzlich die Möglichkeit, die Immobilie freihändig zu veräußern, das Zwangsversteigerungsverfahren einzuleiten oder die Immobilie freizugeben.

*Dr. Popp* wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass – in der Praxis weithin unbeachtet – der Treuhänder im Verbraucherinsolvenzverfahren in seinen Verwertungsmöglichkeiten durch § 313 Abs. 3 InsO beschränkt wird, ohne dass er von der Gläubigerversammlung mit einer Verwertung beauftragt werden kann. Eine Verwertung im Zwangsversteigerungsverfahren sei daher für den Treuhänder ausgeschlossen, wenn das Grundstück mit Grundpfandrechten oder sonstigen Absonderungsrechten belastet ist.<sup>3)</sup> Unklar sei auch, ob der Treuhänder zur freihändigen Veräußerung befugt sei. Während zum Teil vertreten wird, dass ein Verkauf zulässig ist, wenn ein Übererlös für die Masse erzielt wird, soll eine Veräußerung nach anderer Ansicht möglich sein, wenn der Gläubiger dem Verkauf zustimmt. Teilweise wird jedoch auch vertreten, dass ein freihändiger Verkauf von mit Absonderungsrechten belasteten Grundstücken generell unzulässig ist, es sei denn, eine dem Gläubiger vom Insolvenzverwalter nach § 313 Abs. 3 Satz 3, § 173 Abs. 2 InsO gesetzte Frist ist fruchtlos verstrichen. Die Fristsetzungslösung wird jedoch dadurch erschwert, dass auch umstritten ist, ob der Gläubiger freihändig verwerten dürfte – was *Dr. Popp* bezweifelte – oder nur die Zwangsversteigerung betreiben könnte. Letztlich konzedierte *Dr. Popp* allerdings, dass in der Praxis meist eine freihändige Veräußerung mit Zustimmung des Grundpfandgläubigers erfolge, ohne dass die Veräußerungsbefugnis näher problematisiert werde.

Auch im Falle einer freihändigen Veräußerung von belasteten Grundstücken empfahl *Dr. Popp* den Abschluss einer Verwertungsvereinbarung, da gerade die Gewährleistungs-Risiken für den Insolvenzverwalter erheblich sein können und ein angemessener Ausgleich und ggf. ein Freistellungsanspruch für die Masse vereinbart werden sollten. In den Kaufvertrag sollte grundsätzlich ein Gewährleistungsausschluss aufgenommen werden, auch wenn dessen Wirksamkeit gegenüber Verbrauchern problematisch sein kann. Zusätzlich wies *Dr. Popp* darauf hin, dass die Ausgleichshaftung für Altlasten nach § 24 Abs. 2 BBodSchG ausdrücklich ausgeschlossen werden muss, da der Ausgleichsanspruch erst mit der Veräußerung durch den Insolvenzverwalter entsteht und daher zur (Neu-)Masseverbindlichkeit werden kann.

## II. Arbeitsrechtliche Probleme in der Insolvenz

Nach dem Mittagessen erörterte Rechtsanwältin *Dr. Ruth Rigol*, Köln, mit den Teilnehmern einen breiten Strauß an arbeitsrechtlichen Problemen in der Insolvenz von Altersteilzeit über Insolvenzgeld und Urlaub bis zum Verfrühungsschaden. Letzterer ist der Schaden, der bei einem Arbeitnehmer entsteht, weil sich der Insolvenzverwalter bei einer Kündigung nicht an gesetzliche, vertragliche oder tarifvertragliche Kündigungsfristen halten muss, sondern gem. § 113 Satz 2 InsO mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende kündigen kann, wenn nicht gar eine kürzere Kündigungsfrist gilt. *Dr. Rigol* riet Arbeitnehmern, diesen Schaden unbedingt zur Insolvenztabelle anzumelden,

da er sich auch leicht berechnen lasse: Vom bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist entgangenen Bruttoentgelt sei nur das stattdessen Erlangte (auch Arbeitslosengeld) abzuziehen. Wichtig sei jedoch, dass der Anspruch auf einen Verfrühungsschaden (§ 113 Satz 3 InsO) nur bei einer Kündigung durch den Insolvenzverwalter, nicht aber bei Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung entstehe.

Ein für die Lebensplanung von Arbeitnehmern bedeutsames Thema ist die Insolvenz bei Altersteilzeit-Vereinbarungen nach dem Blockmodell. Dabei ist ganz wesentlich danach zu unterscheiden, in welcher Phase der Altersteilzeit das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Altersteilzeitler, die sich noch in der Arbeitsphase befinden, können bei einer Betriebsstilllegung vom Insolvenzverwalter gekündigt werden; in der Freistellungsphase ist eine Kündigung nicht mehr möglich. Noch einschneidender können die finanziellen Auswirkungen der Insolvenz sein: Ansprüche, die vor der Insolvenzeröffnung erarbeitet wurden, sind nach § 108 Abs. 2 InsO nur Insolvenzforderungen. Sie sind – bis auf die Quote – verloren, wenn sie vom Schuldnerunternehmen nicht gesichert wurden. Ist die Sicherung unterblieben, so haftet ein Geschäftsführer den Altersteilzeitlern nur auf Schadensersatz, wenn er einen besonderen Vertrauenstatbestand gesetzt hat, also z. B., wenn er dem betroffenen Arbeitnehmer versichert hat, dass die Sicherung erfolge. In der Praxis wird der Beweis des besonderen Vertrauenstatbestands für Arbeitnehmer aber schwer zu führen sein. Nur Ansprüche, die für die im Insolvenzverfahren selbst liegende Arbeitsphase geschuldet werden, sind Masseverbindlichkeiten und müssen vom Insolvenzverwalter gespiegelt werden.

Ausführlich besprach *Dr. Rigol* den Sozialplan in der Insolvenz (§ 123 InsO), der nach ihrer Einschätzung praktisch nichts wert sei. Denn eingezahlt würde höchstens das 2,5-fache Bruttomonatsentgelt der von der Entlassung Betroffenen, und selbst diese Summe würde am Ende nicht zwingend in voller Höhe ausgekehrt, da an die Arbeitnehmer nicht mehr als ein Drittel der Masse ausgekehrt werden dürfe, die ohne den Sozialplan für Insolvenzgläubiger zur Verfügung stünde. Ist also in einem Insolvenzverfahren wenig Masse generiert worden, so kann die Begrenzung der Auszahlung auf höchstens ein Drittel dazu führen, dass die betroffenen Arbeitnehmer sogar weniger als den 2,5-fachen Bruttomonatslohn erhalten. Vor diesem Hintergrund geißelte *Dr. Rigol* immer wieder geäußerte Empfehlungen in Großinsolvenzverfahren (wie zu Beginn des Verfahrens bei Schlecker), nicht in eine Transfergesellschaft zu wechseln, sondern lieber auf den Sozialplan zu bauen, als unverantwortlich. Sie würde eine Anstellung in einer Transfergesellschaft grundsätzlich einem Sozialplan in der Insolvenz vorziehen. Forderungen aus einem vor Insolvenzeröffnung geschlossenen Sozialplan begründen im Übrigen nur Insolvenzforderungen, selbst wenn die Kündigungen erst nach der Eröffnung durch den Insolvenzverwalter ausgesprochen werden.

## III. Fazit

Beiden Referenten gelang es hervorragend, durch Beispiele aus ihrer Berater- und Verwalterpraxis die schwierigen Themen verständlich und anschaulich zu vermitteln. Insgesamt zeigte die Fortbildungsveranstaltung, dass das Insolvenzrecht zu Recht als Querschnittsmaterie bezeichnet werden kann, in dem Insolvenzverwalter und Berater von Schuldnern, Arbeitnehmern und anderen Gläubigern nicht nur das Insolvenzrecht selbst, sondern auch verschiedenste Rechtsgebiete beherrschen müssen, die im Einzelfall berührt sein können. Nachdem die Veranstaltung in Köln einen „Blick über den Tellerrand“ hin zur Immobilienverwertung und ins Arbeitsrecht gegeben hat, will sich die Arbeitsgruppe Junge Insolvenzrechtler bei ihrer nächsten Fortbildung am 7. 12. 2012 in Frankfurt/M. mit originär insolvenzrechtlichen Themen befassen, u. a. den Gläubigerrechten im Insolvenzverfahren.

2) BFH v. 28. 7. 2011 – V R 28/09, ZIP 2011, 1923 (m. Bespr. *d'Avoine*, ZIP 2012, S. 58), dazu EWiR 2011, 673 (*Mitlebner*); zu dieser Problematik auch *Dépre/Lambert*, ZfR 2012, 1.

3) *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., 2010, § 131 Rz. 106.