

nicht selbstständig angegriffen werden.⁹⁶ Zulässig sind hingegen Verpflichtungswiderspruch und -klage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO, gerichtet auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis. Die Erforderlichkeit eines Vorverfahrens bestimmt sich dabei abermals nach dem jeweiligen Landesrecht. Einstweiliger Rechtsschutz ist bei entsprechender Eilbedürftigkeit über den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO möglich.⁹⁷

5. Untätigkeitsklage

Trifft die Ausländerbehörde innerhalb von drei Monaten nach Antragstellung respektive Einlegung eines Anfechtungswiderspruchs gegen einen ablehnenden oder belastenden Verwaltungsakt im obigen Sinne keine Entscheidung, ohne dass die Fristüberschreitung im Einzelfall gerechtfertigt ist, so kommt schließlich die Erhebung einer Untätigkeitsklage nach § 75 Abs. 1 VwGO in Betracht. Dabei handelt es sich nicht um eine eigene Klageart, sondern um eine Unterart der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage.⁹⁸

Obschon hier eigentlich das Rechtsschutzbedürfnis für eine echte Untätigkeitsklage (gerichtet auf die Verpflichtung der Ausländerbehörde zur Entscheidung) gegeben sein müsste, ist gemäß ständiger Rechtsprechung im Bereich der VwGO – im Gegensatz zum Verfahren vor den Sozialgerichten – lediglich die unechte Untätigkeitsklage, dh eine auf die Verpflichtung zur positiven Verbescheidung eines Antrags gerichtete Klage zulässig. Mitunter wird als Alternative vorgeschlagen, die Verpflichtung der Ausländerbehörde auf Feststellung der Fortgeltungswirkung mit der Verpflichtung auf Erteilung des Aufenthaltstitels in einer Art Stufenklage miteinander zu verbinden. Sofern sich die Behörde gänzlich und hinlänglich klar weigert zu entscheiden, ist die Erhebung einer Untätigkeitsklage auch bereits vor Ablauf der Dreimonatsfrist denkbar.⁹⁹

X. Fazit

Ehegatten von deutschen Staatsbürgern, die einem Nicht-EU-Staat angehören, wird die Beantragung einer Aufenthaltser-

laubnis beim Nachzug nach Deutschland durch die Vorschrift des § 28 Abs. 1 AufenthG erleichtert. Sie erfahren diese Privilegierung aufgrund der besonderen Schutzwirkung des Art. 6 GG iVm Art. 11 GG, welche dem deutschen Ehegatten ermöglichen soll, die familiäre Lebensgemeinschaft im Inland zu führen. Dies findet seine einfachgesetzliche Ausprägung in § 28 Abs. 1 AufenthG, wonach die allgemein für den Ehegattennachzug geltenden Voraussetzungen des Nachweises gesicherten Lebensunterhalts und genügenden Wohnraums auf den Ehegattennachzug zu deutschen Staatsbürgern in der Regel keine Anwendung finden.

Leider steht die geübte Verwaltungspraxis der Ausländerbehörden nicht immer im Einklang mit dieser Privilegierung. So fordern diverse Ausländerbehörden ohne Begründung eines besonderen Ausnahmefalls auch beim Ehegattennachzug zu Deutschen einen Nachweis über gesicherten Lebensunterhalt, bestehenden Krankenversicherungsschutz oder ausreichenden Wohnraum. Sie handeln insofern *contra legem*.

Darüber hinaus widersprechen die zahlreichen Ausnahmeregelungen hinsichtlich des Nachweises ausreichender Sprachkenntnisse dem integrationspolitischen Ziel dieser Voraussetzung. Hier böte sich eine Reform dieser Voraussetzung dahingehend an, dass sie unabhängig von bi- oder multilateralen Vereinbarungen unterschiedslos für alle eine Aufenthaltserlaubnis begehrenden Ehegatten gilt. Hiermit würde nicht zuletzt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit Rechnung getragen.

96 Hailbronner, Ausländerrecht Kommentar, 95. Aktualisierung Februar 2016, § 7 AufenthG, Rn. 41.

97 Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 7 AufenthG, Rn. 63.

98 Sennekamp in Kluth/Hund/Maaßen, Zuwanderungsrecht, 1. Aufl. 2008, § 9, Rn. 148 f. sowie Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, AufenthG § 28, Rn. 56.

99 Dazu ausführlich Hofmann in Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, AufenthG § 81, Rn. 60 mwN

Insolvenzrecht: Die wichtigsten Entscheidungen des Jahres 2015 Teil 1

Rechtsanwälte Dr. Christoph Alexander Jacobi und Benjamin Böhme, Leipzig*

Die Insolvenz eines Marktteilnehmers ist nicht nur eine Zäsur für den Schuldner, sondern auch für seine Lieferanten, Dienstleister und Arbeitnehmer. Finanzierende Banken, Sozialversicherungsträger und Finanzamt können ebenfalls betroffen sein. Als Gläubiger, Anfechtungsgegner oder Drittschuldner müssen diese und ihre Berater sich mit dem Insolvenzrecht

auseinandersetzen. Um Probleme frühzeitig zu erkennen und Konflikte souverän zu lösen, ist es notwendig, aktuelle Ent-

* Der Autor Jacobi ist als Insolvenzverwalter der STAPPER Insolvenz- und Zwangsverwaltung in Sachsen/Sachsen-Anhalt tätig, Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht/Lehrbeauftragter der Universität Leipzig/Prüfer im Juristischen Staatsexamen; der Autor Böhme ist als Rechtsanwalt bei STAPPER Insolvenz- und Zwangsverwaltung tätig.

wicklungen im Insolvenzrecht zu verfolgen. Der Beitrag richtet sich an Praktiker, die rasch einen Überblick gewinnen wollen. Zur Orientierung ist jedem Abschnitt eine Auflistung der wichtigsten, aktuellen Entscheidungen vorangestellt.

I. Teil

Der erste Teil des Rechtsprechungsrückblicks beschäftigt sich mit den aktuellen Entscheidungen, die das Insolvenzeröffnungsverfahren betreffen (A.) und fokussiert sodann auf die Frage, wie das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen durch einen Insolvenzverwalter bestmöglich verwertet werden kann (B.).

1. Insolvenzeröffnungsverfahren

Rechtsprechung	Thema
BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 258/12, ZIP 2015, 434	Qualität des Bereicherungsanspruchs nach Lastschriftwiderruf
BGH v. 26.3.2015 – IX ZR 302/13, ZIP 2015, 1179	Bereicherungsschuldner bei Zahlungen auf Treuhandkonto
BGH v. 11.6.2015 – IX ZB 76/13, ZIP 2015, 1445	Fremdantragstellung mit „Softcopys“
BGH v. 5.3.2015 – IX ZB 62/14, ZIP 2015, 791	Auskunftspflicht des Geschäftsführers der Schuldnerin

Häufig werden Forderungen im Insolvenzeröffnungsverfahren auf ein **Vollrechtstreuhandkonto** des vorläufigen Verwalters eingezogen, bei dem allein der Treuhänder berechtigt und verpflichtet ist. Diese Praxis ist riskant, da Einzahlungen auf dieses Konto das Vermögen des vorläufigen Verwalters als Treuhänder mehren. Folglich ist jener auch etwaigen Kondiktionsansprüchen ausgesetzt.¹ Solche Risiken können sich beispielsweise bei unzulässigem Lastschriftwiderruf realisieren: Der vorläufige Verwalter haftet persönlich, wenn er die Gutschrift auf das von ihm angelegte Vollrechtstreuhandkonto einzieht und bei Verfahrenseröffnung an die Masse auskehrt.² Unproblematisch ist indes, wenn dem Schuldnerkonto eine Gutschrift erteilt (Buchposition der Bank), nach Verfahrenseröffnung an den Insolvenzverwalter geleistet (Kondiktionsforderung ist Masseverbindlichkeit) oder die Gutschrift vor Verfahrenseröffnung an den Schuldner ausgekehrt wird (Kondiktionsforderung ist Insolvenzforderung).³ Diese Lage setzt den vorläufigen Verwalter insbesondere bei der Unternehmensfortführung im Insolvenzeröffnungsverfahren Haftungsrisiken aus. Ein vorläufiger Verwalter kann jedoch Maßnahmen treffen, um Risiken zu minimieren. Hierzu gehört, das Treuhandkonto im eröffneten Verfahren nicht einfach fortzuführen. Dies eröffnet die Möglichkeit einer Kondiktion des vorläufigen Verwalters gegen die Insolvenzmasse, wenn ungerechtfertigt empfangene Beträge bereits an die Insolvenzmasse ausgekehrt wurden. Im Fall der Massearmut kann er sich auf Entreichung berufen.⁴

Für Sozialversicherungsträger wurde die Insolvenzantragstellung vereinfacht. Sie müssen bei der Antragstellung nur noch sog. **„Softcopys“** von vom Schuldner selbst erstellten Datensätzen vorlegen. Eine Aufschlüsselung nach Arbeitnehmer ist nicht mehr erforderlich. In Folge der Neufassung von § 28 f Abs. 3 S. 3 SGB IV kam es zu einer entsprechenden Rechtsprechungsänderung.⁵

Der **Geschäftsführer** hat im Insolvenzeröffnungsverfahren eine nicht zu unterschätzende Rolle. Er muss gegebenenfalls gemeinsam mit dem vorläufigen Verwalter die Unternehmensfortführung koordinieren. Auch ist er unerlässliche Informationsquelle für Verwalter und Gericht. Die Mitwirkungs- und Auskunftspflichten der Vertretungsorgane beschränken sich auf die Verhältnisse der Schuldnerin. Der BGH betonte, dass sie auch ohne besondere Nachfrage alle betroffenen Umstände aufklären müssen, auch wenn sie zum Nachteil der Organmitglieder sind. Angaben zu ihren persönlichen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnissen müssen sie nicht machen, da die Auskunftspflicht an die Vertreterstellung anknüpft. Im vorliegenden Fall verlangte der Verwalter solche Auskünfte, um Bestand und Realisierbarkeit von Ansprüchen nach § 64 S. 1 GmbHG prüfen zu können.⁶

2. Vermögensverwertung

Im eröffneten Insolvenzverfahren wird spätestens ab Berichtstermin das vorhandene Vermögen verwertet. Bewegliche und unbewegliche Sachen bzw. Vermögensgesamtheiten hat der Insolvenzverwalter zu „versilbern“ und Ansprüche zu realisieren. Die Unternehmensfortführung ist eine Form der Vermögensverwertung, bei der Gewinne generiert werden und der Unternehmensverkauf zu Fortführungs-, anstatt zu Zerschlagungswerten, möglich wird.

a) Anfechtungsansprüche

In der Zeit zwischen Eintritt der materiellen Insolvenz und Insolvenzeröffnung wird die bestehende Unterdeckung meist noch verschärft. Durch das Instrument der Insolvenzanfechtung hat der Insolvenzverwalter die Möglichkeit, die Uhr etwas zurückzudrehen und gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen rückgängig machen. Seine Grenzen findet das Anfechtungsrecht insbesondere in einer Reihe von Regelungen zum Vertrauensschutz, die im Rahmen der geplanten Reform des Anfechtungsrechts weiter zugunsten der Gläubiger gestärkt werden sollen.⁷ Besser geschützt werden sollen insbesondere Vollstreckungsgläubiger, Arbeitnehmer und Gläubiger, die vor langer Zeit oder im Rahmen üblicher Zahlungsvereinbarungen Leistungen erhalten haben. Kehrseite der Medaille ist gewiss, dass diese Gläubiger bei der Finanzierung ei-

1 Vgl. BGH v. 27.4.1961 – VII ZR 4/60, NJW 1961, 1461.
 2 BGH, v. 26.3.2015 – IX ZR 302/13, ZIP 2015, 1179.
 3 BGH, v. 29.1.2015 – IX ZR 258/12, ZIP 2015, 434.
 4 Leithaus, NZI 2015, 706.
 5 BGH v. 11.6.2015 – IX ZB 76/13, ZIP 2015, 1445.
 6 BGH, v. 5.3.2015 – IX ZB 62/14, ZIP 2015, 791.
 7 Hierzu Jacobi/Böhme, ZInsO 2015, 721 ff.

nes Insolvenzverfahrens nicht mehr herangezogen werden. Aktuell tragen Rückgewähransprüche wegen anfechtbarer Rechtshandlung maßgeblich zur Massemehrung bei. Sie sind oftmals wesentlicher Aktivposten, der die Verfahrenseröffnung erst ermöglicht. Auch wegen ihrer hohen praktischen Relevanz und den vergleichsweise hohen Streitwerten wurde um sie im vergangenen Jahr oft vor den Prozessgerichten gestritten. Dabei standen insbesondere Fragen der Gläubigerbenachteiligung (b), die maßgeblichen Indizien bei der Feststellung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes (c) und unentgeltliche Leistungen (a) im Mittelpunkt.

b) Gläubigerbenachteiligung

Rechtsprechung	Problem
BGH v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, ZIP 2015, 585	Vorteilhafte Unternehmensfortführung in der Krise
BGH v. 28.1.2016 – IX ZR 185/13, juris	Vorteilsausgleich bei dauerhaftem, unmittelbarem Vorteil
BGH v. 22.10.2015 – IX ZR 248/14, ZIP 2015, 2328	Kein Vorteilsausgleich bei Bezugsrechtsänderung
BGH v. 11.6.2015 – IX ZR 110/13, ZIP 2015, 1398	Darlegungs- und Beweislast bei Werthaltigmachen
BGH v. 3.12.2015 – IX ZR 131/15, WM 2016, 135	Mehrung Passivmasse durch Abruf eines Kontokorrentkredits
BGH v. 10.9.2015 – IX ZR 215/13, ZIP 2015, 2083	Rückzahlung gläubigerbenachteiligender Zahlungen
BGH v. 8.1.2015 – IX ZR 198/13, ZIP 2015, 279	Schneeballsystem ist regelmäßig gläubigerbenachteiligend
BAG v. 22.10.2015 – 6 AZR 538/14, NJW 2016, 183	Wirtschaftliche Nutzung des Bankkontos eines Dritten

Grundlegender Gedanke der Insolvenzanfechtung ist, dass gläubigerbenachteiligende Wirkungen der vor Verfahrenseröffnung vorgenommenen Rechts- oder Realakte im Insolvenzverfahren keinen Bestand haben sollen.⁸ Zentrale Voraussetzung ist damit die Gläubigerbenachteiligung. Der BGH geht nicht von der Benachteiligung der Gläubiger aus, wenn der Nachteil durch einen unmittelbaren und dauerhaften Vorteil kompensiert wird. Ein solcher Vorteil kann in der Minderung der Passivmasse⁹ oder der Wertsteigerung vorhandenen Vermögens bestehen.¹⁰ Kein kompensierender Vorteil liege in der Änderung des Bezugsrechts an einer Versicherungsleistung, da die Aufhebung des ursprünglichen Bezugsrechts nicht unmittelbar mit der Einräumung des Bezugsrechts verbunden sei.¹¹ Ein solcher Vorteil kann indes in einer Gegenleistung bestehen, die zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens beiträgt. Grundlage hierfür ist die Erwägung, dass die Unternehmensfortführung grundsätzlich für die Gläubiger vorteilhaft ist. Erwirtschaftet das Unternehmen indes Verluste oder kommen die Gewinne maßgeblich gesicherten Einzelgläubigern zu Gute, geht der BGH folgerichtig von der Gläubigerbenachteiligung aus.¹² Durch diese Rechtsprechung stärkt der BGH die Unternehmensfortführung und -sanierung im Vorfeld der Insolvenz.

Gläubigerbenachteiligend sind in der Regel undurchsichtige oder sittenwidrige Gestaltungen. So sieht der BGH ein „Schneeballsystem“ als grundsätzlich gläubigerbenachteiligend an. Weiß der Gläubiger um den Betrieb eines Schneeballsystems, indiziert dies folglich seine Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.¹³ Ähnlich liegt der Fall, wenn der Schuldner Gelder dem Gläubigerzugriff entziehen will, indem er sie an eingeweihte Dritte überweist, die sie bar an ihn zurückzahlen. In dieser Konstellation ließ der BGH die Gläubigerbenachteiligung trotz der Rückzahlung in das schuldnerische Vermögen nicht entfallen.¹⁴

Gläubigerbenachteiligung setzt voraus, dass es zu einer Vermögensminderung oder der Mehrung von Verbindlichkeiten gekommen ist. Hat ein Dritter im Auftrag des Schuldners geleistet, unterscheidet der BGH zwischen einer Anweisung des Schuldners „auf Kredit“ und „auf Schuld“.¹⁵ Während bei Ersterer ein Ersatzanspruch des Dritten mit Zahlung entsteht, der lediglich einen Gläubigertausch darstellt, erfüllt der Dritte bei einer Anweisung auf Schuld einen bestehenden Anspruch im Deckungsverhältnis. Einen solchen Anweisungsfall sieht das BAG nicht, wenn der Schuldner ein auf den Namen eines Dritten eröffnetes Konto mit dessen Einverständnis nutzt. Das Konto gehöre in diesem Fall selbst zum Schuldnervermögen. Eine Zahlung von diesem Konto sei mithin zwar gläubigerbenachteiligend, aber nicht inkongruent.

Nicht nur das Einräumen, sondern auch die Wertsteigerung („Werthaltigmachen“) eines Absonderungsrechts ist gläubigerbenachteiligend. Ruft der Schuldner einen ihm eröffneten Kontokorrentkredit ab und wird dadurch das Pfändungspfandrecht eines Gläubigers werthaltig, wirkt das Schuldnerhandeln gläubigerbenachteiligend.¹⁶ Die nachträgliche Wertschöpfung muss der Insolvenzverwalter darlegen und beweisen.¹⁷

c) Indizienrechtsprechung

Rechtsprechung	Problem
BGH v. 30.4.2015 – IX ZR 149/14, ZIP 2015, 1548	Ratenzahlung auf geringfügige Forderung
BGH v. 16.4.2015 – IX ZR 6/14, ZIP 2015, 937	Bloßes Ersuchen um Ratenzahlung
BGH v. 24.9.2015 – IX ZR 308/14, ZIP 2015, 2180	Bitte um Ratenzahlung gegenüber Inkassounternehmen
BGH v. 5.12.2015 – IX ZR 79/13, juris	Mehrmonatiger Beitragsrückstand

8 Wobei die Forderung erst wieder auflebt, wenn sie erfüllt ist: BGH v. 8.1.2015 – IX ZR 300/13, ZIP 2015, 485.
 9 Die Minderung muss so erheblich sein, dass die Quotenerwartung jedes Gläubigers gleich bleibt oder steigt.
 10 BGH v. 28.1.2016 – IX ZR 185/13, juris.
 11 BGH v. 22.10.2015 – IX ZR 248/14, ZIP 2015, 2328.
 12 BGH v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, ZIP 2015, 585.
 13 BGH v. 8.1.2015 – IX ZR 198/13, ZIP 2015, 279.
 14 BGH v. 10.9.2015 – IX ZR 215/13, ZIP 2015, 2083.
 15 Zu Thematik Anweisung „auf Schuld“ bzw. „auf Kredit“: Jacobi/Böhme, NZI 2012, 865 ff.
 16 BGH v. 3.12.2015 – IX ZR 131/15, WM 2016, 135.
 17 BGH v. 11.6.2015 – IX ZR 110/13, ZIP 2015, 1398.

Rechtsprechung	Problem
BGH v. 16.4.2015 – IX ZR 68/14, ZIP 2015, 1447	Übertragung eines Grundstücks an nahen Angehörigen
BGH v. 8.1.2015 – IX ZR 203/12, ZInsO 2015, 396	Würdigung von Indizien im maßgeblichen Zusammenhang
BGH v. 7.5.2015 – IX ZR 95/14, ZIP 2015, 1234	Zurechnung von Wissen des Hauptzollamts
BGH v. 5.2.2015 – IX ZR 211/13, ZInsO 2015, 841	Handelsbilanz gibt keinen Aufschluss über Zahlungsunfähigkeit
BGH v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14, NZI 2016, 134	Grundlage für Glaube an Behebung der Zahlungsunfähigkeit
BGH v. 26.3.2015 – IX ZR 134/13, ZIP 2015, 1077	Nachweis der Zahlungsfähigkeit durch Sachverständigengutachten

Der BGH differenzierte seine „Indizienrechtsprechung“ aus. Dazu entwickelte er ein System aus diversen Tatsachen, die regelmäßig auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners bzw. die Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon schließen lassen. Ein solches Indiz ist etwa das mehrmonatige Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen. Dabei sind die Indizien im Sachzusammenhang gesamtheitlich zu würdigen,¹⁸ wobei der Anfechtungsgegner mittels Sachverständigengutachten den Gegenbeweis der Zahlungsfähigkeit erbringen kann.¹⁹ Eigenständige Indizwirkung kommt insbesondere Umständen zu, die auf ein kollusives Zusammenwirken der Beteiligten hindeuten. So entschied der BGH, dass eine Grundstücksübertragung zwischen Eheleuten oder die Rückdatierung eines Darlehensvertrags zu beachten sind.²⁰ Die bloße Bitte um Ratenzahlung ist indes nicht maßgeblich. Wird die Bitte an ein bereits tätig gewordenes Inkassounternehmen herangetragen oder ist sie mit der Erklärung des Schuldners verbunden, die fälligen Verbindlichkeiten nicht begleichen zu können, kann die Bewertung anders ausfallen.²¹ Werden relativ geringfügige Forderungen getilgt, muss trotz Vorliegens gewichtiger Indizien nicht zwingend auf die Zahlungseinstellung des Schuldners geschlossen werden.²² Hierdurch steigen insbesondere die Erfolgsaussichten von befriedigten Kleingläubigern in einem Anfechtungsstreit.

Kenntnis von den Indizien muss in erster Linie der Anfechtungsgegner haben. Handelt es sich um eine Behörde, werden ihr insbesondere die Kenntnisse der Vollstreckungsbehörde – etwa des Hauptzollamts – zugerechnet.²³ Einmal nach außen in Erscheinung getretene Zahlungsunfähigkeit kann nur dadurch beseitigt werden, dass der Schuldner sämtliche Zahlungen wieder aufnimmt.²⁴ Erst die auf Tatsachenkenntnis gründende Einschätzung, der Schuldner sei wieder zahlungsfähig, lässt die Kenntnis entfallen. Ein bloßer „Gesinnungswandel“ des Schuldners genügt nicht.²⁵

d) Unentgeltliche Leistungen

Rechtsprechung	Problem
BGH v. 9.7.2015 – IX ZR 207/13, ZIP 2015, 1545	Drittschuldnerzahlung auf schuldnereisches Debetkonto
BGH v. 16.4.2015 – IX ZR 180/13, ZIP 2015, 1306	Unterlassungserklärung ist keine unentgeltliche Leistung
BGH v. 10.9.2015 – IX ZR 220/14, ZIP 2015, 2135	Vermögensopfer bei Vorbehaltsurteil
BGH v. 29.10.2015 – IX ZR 123/13, NZI 2016, 80	Erlöschen der akzessorischen Verbindlichkeit als Vermögensopfer
BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638	Zahlungsverbot infolge Rangrücktrittsvereinbarung

Unentgeltliche Leistungen sind nach § 134 InsO anfechtbar. Von Bedeutung waren insbesondere Sachverhalte im Dreipersonenverhältnis. Eine Leistung des Schuldners ist in seinem Fall unentgeltlich, wenn der Leistungsempfänger kein Vermögensopfer hierfür erbrachte. Solch ein Vermögensopfer liegt auch im Erlöschen eines akzessorischen Anspruchs gegen den zahlenden Gesellschafter, auch wenn der Primäranspruch gegen die Gesellschaft in diesem Zeitpunkt bereits wertlos war.²⁶ Die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung erfolgt nicht unentgeltlich, weil nicht mehr vermutet werden kann, dass Wiederholungsgefahr besteht. Das Vermögensopfer liegt hier im Entfallen der materiell-rechtlichen Voraussetzung eines Unterlassungsanspruchs.²⁷ Durch die Zahlung auf ein Debetkonto eines Gläubigers erlangt die Bank regelmäßig keine unentgeltlichen Leistungen, da sie lediglich Zahlstelle ist. Erst wenn der Wille des Schuldners erkennbar darauf gerichtet ist, die Zahlung im Endergebnis der Bank zuzuwenden, kommt eine Anfechtbarkeit in Betracht.²⁸ Eine unentgeltliche Leistung liegt nach Auffassung des BGH auch vor, wenn rechtsgrundlos geleistet wird. Eine Zahlung ist rechtsgrundlos, wenn sie gegen ein vertraglich vereinbartes Zahlungsverbot verstößt, wie es etwa vorliegt, wenn ein Rangrücktritt vereinbart wird.²⁹ Neben einem Kondiktionsanspruch hat der Insolvenzverwalter in einem solchen Fall auch einen Anfechtungsanspruch zu prüfen.

18 BGH v. 8.1.2015 – IX ZR 203/12, ZInsO 2015, 396.
 19 BGH v. 26.3.2015 – IX ZR 134/13, ZIP 2015, 1077.
 20 BGH v. 16.4.2015 – IX ZR 68/14, ZIP 2015, 1447.
 21 BGH v. 16.4.2015 – IX ZR 6/14, ZIP 2015, 937; BGH v. 24.9.2015 – IX ZR 308/14, ZIP 2015, 2180.
 22 BGH v. 30.4.2015 – IX ZR 149/14, ZIP 2015, 1548.
 23 BGH v. 7.5.2015 – IX ZR 95/14, ZIP 2015, 1234.
 24 BGH v. 11.4.2013 – IX ZB 256/11, NZI 2013, 594.
 25 BGH v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14, NZI 2016, 134.
 26 BGH v. 29.10.2015 – IX ZR 123/13, NZI 2016, 80.
 27 BGH v. 16.4.2015 – IX ZR 180/13, ZIP 2015, 1306.
 28 BGH v. 9.7.2015 – IX ZR 207/13, ZIP 2015, 1545.
 29 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638.

3. Neuerwerb

Rechtsprechung	Problem
BGH v. 16.4.2015 – IX ZB 41/14, ZIP 2015, 1409	Pfändungsfreibeträge bei Unterhaltspflichten
BGH v. 26. 2. 2015 – IX ZR 174/13, ZIP 2015, 694	Vertragsangebot als Neuerwerb

Der Neuerwerb als Aktivposten der Insolvenzmasse wurde gestärkt. Unterhaltsberechtigten Personen können nicht bei der Berechnung des pfändbaren Betrages berücksichtigt werden, wenn sie nicht vom Schuldner versorgt werden. Im entschiedenen Fall war auf Antrag des Insolvenzverwalters die Pfändungsfreigrenze zu senken. Die besser verdienende Ehefrau war gar nicht und die von beiden Eltern mit Naturalunterhalt versorgten Kinder jeweils nur zu 50 Prozent zu berücksichtigen.³⁰

Massezugehöriger Neuerwerb kann auch das Angebot auf einen Vertragsschluss sein. Der Schuldner ist auch nach Verfahrenseröffnung verpflichtungsbefugt, kann jedoch keine Masseverbindlichkeiten begründen. Grundsätzlich fallen Rechte aus einem Vertrag jedoch als Neuerwerb in die Masse, § 35 Abs. 1 InsO. Das Vertragsangebot ist auch Massebestandteil, wenn es eine abtretbare und pfändbare Rechtsposition darstellt. Dies ist der Fall, wenn es dem Antragenden egal ist, wer das Angebot annimmt.³¹

4. Geschäftsleiterhaftung

Rechtsprechung	Problem
OLG Hamburg v. 6.3.2015 – 11 U 222/13, ZIP 2015, 867 (BGH – II ZR 77/15 – anhängig)	Geschäftsführerhaftung bei Forderungseinzug aufs Debetkonto
BGH v. 23.6.2015 – II ZR 366/13, NZG 2015, 998; BGH v. 8.12.2015 – II ZR 68/14, WM 2016, 275	Geschäftsführerhaftung bei Forderungseinzug aufs Debetkonto
BGH v. 6.7.2015 – AnwZ (Brfg) 24/14, ZIP 2015, 1546	Standesrechtliches Umgehungsverbot gilt für Insolvenzverwalter
BGH v. 24. 6. 2015 – IV ZR 411/13, NJW-RR 2015, 1445	Bezugsrecht an Rentenversicherung – § 17 Abs. 1 BetrAVG

Ab Eintritt der materiellen Insolvenz haftet der Geschäftsführer für Zahlungen, die nicht der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns entsprechen. Zu den missbilligten Handlungen gehört auch der Forderungseinzug auf ein Debetkonto des Schuldners. Der Fall sei im Ergebnis nicht anders als wenn die GmbH mit Barmitteln, die von einem ihrer Schuldner in ihre Kasse gelangt sind, einen Gläubiger durch Barzahlung befriedigt. Anders liegt es, wenn die Einzahlung (etwa aufgrund vorheriger Sicherungsabtretung an die Bank) ohnehin nie den Gläubigern zugutegekommen wäre³² oder die als Gegenleistung an den Forderungsschuldner gelieferte Ware im Sicherungseigentum der Bank stand.³³ Zu beachten ist jedoch, wann die Forderung der Gesellschaft entstanden und wert-

haltig geworden ist. Das Werthaltigmachen ist bei materieller Insolvenz missbilligt, wenn der Erlös nicht der Gläubigersamtheit zugutekommt.³⁴

Bei der Geltendmachung von Forderungen gegen den Geschäftsführer ist der als Insolvenzverwalter tätige Rechtsanwalt an das standesrechtliche Umgehungsverbot des § 43 BRAO, § 12 BORA gebunden. Diese Pflicht endet jedoch, wenn er nicht typisch anwaltlich, wie etwa bei der außergerichtlichen oder gerichtlichen Durchsetzung einer Forderung, sondern als Partei kraft Amtes, etwa wenn er den Geschäftsführer um Mitwirkung bittet, tätig wird.³⁵

Geschäftsführer sollten sich bereits frühzeitig darüber im Klaren sein, dass sie unter Umständen nicht in den Schutzbereich von § 17 Abs. 1 BetrAVG fallen. Sind sie nicht nur unbedeutend an dem Unternehmen beteiligt, sondern verfügen allein oder gemeinsam mit anderen Geschäftsleitern über eine Mehrheit, können sie sich nicht auf den Schutz des BetrAVG berufen.³⁶

5. Gesellschafterhaftung

Rechtsprechung	Problem
BGH v. 30.4.2015 – IX ZR 196/13, ZIP 2015, 1130	Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens außerhalb der Krise
BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, NZI 2015, 331	Nutzung Gesellschaftervermögen im Eröffnungsverfahren
BGH v. 17.12.2015 – IX ZR 143/13, ZIP 2016, 274	Befugnis zum Vergleich über Gesellschafterhaftung

Obwohl die Haftung der Kapitalgesellschaft begrenzt ist, sind Gesellschafter nicht normale Gläubiger, denen die Gesellschaft eine Gewinnausschüttung schuldig ist. Da sie unter Umständen überproportional an den Chancen der Gesellschaft partizipieren, tragen sie im letzten Jahr vor Insolvenzantrag auch eine überproportionale Verantwortung für die Risiken der Gesellschaft. Daher sind Rückzahlungen eines Gesellschafterdarlehens im letzten Jahr vor Antragstellung und die Rückgewähr eines durch den Gesellschafter abgesicherten Kredits in diesem Zeitraum nach § 135 InsO auch dann anfechtbar, wenn die Gesellschaft sich zu dieser Zeit nicht in der Krise befand.³⁷ Gemessen an den früher geltenden Grundsätzen des Eigenkapitalersatzrechts, ist dies freilich eine Haftungsverschärfung, da nicht zwischen „normalen“ und „eigenkapitalersetzenden“ Darlehen unterschieden wird. Zugleich führte der Wegfall des Eigenkapitalersatzrechts auch zu Erleichterungen für die Gesellschafter. Unter anderem entfällt ein Anspruch des Insolvenzverwalters auf unentgeltliche Nutzung von Betriebsanlagen, die der Gesellschafter seiner Ge-

30 BGH v. 16.4.2015, IX ZB 41/14, ZIP 2015, 1409.

31 BGH v. 26. 2. 2015 – IX ZR 174/13, ZIP 2015, 694.

32 Zur Globalabtretung: OLG Hamburg v. 6.3.2015, 11 U 222/13, ZIP 2015, 867 (BGH, II ZR 77/15, anhängig).

33 BGH v. 8.12.2015 – II ZR 68/14, WM 2016, 275.

34 BGH v. 23.6.2015 – II ZR 366/13, NZG 2015, 998.

35 BGH v. 6.7.2015 – AnwZ (Brfg) 24/14, ZIP 2015, 1546.

36 BGH v. 24. 6. 2015 – IV ZR 411/13, NJW-RR 2015, 1445.

37 BGH v. 30.4.2015 – IX ZR 196/13, ZIP 2015, 1130.

sellschaft vermietet hat. Vielmehr bemisst sich die Höhe des Nutzungersatzes nach dem Durchschnitt des im letzten Jahr vor Stellung des Insolvenzantrages anfechtungsfrei tatsächlich Geleisteten.³⁸

Der Rechtsstreit eines Gesellschaftsgläubigers gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter wird unterbrochen. Schließt der Insolvenzverwalter im Rahmen seiner Befugnisse nach § 93 InsO einen Vergleich über die Haftung eines Gesellschafters, sind diejenigen Gläubiger gebunden, die ihre Forderungen angemeldet haben, da der Insolvenzverwalter insoweit einziehungsermächtigt ist. Ist der Vergleich ungünstig, setzt sich der Verwalter einem Haftungsrisiko aus.³⁹

6. Ermittlung und Durchsetzung

a) Informationsrechte

Rechtsprechung	Problem
OLG Rostock v. 28.1.2015 – 6 U 6/14, ZInsO 2015, 847	Akteneinsichtsrecht gegen die Finanzverwaltung
BVerwG v. 25.6.2015 – 7 C 1/14, NJW 2015, 3258	Kein genereller Vorrang Urheberrecht
VG Gelsenkirchen v. 8.1.2015 – 17 K 5214/13, NZI 2015, 525	Gebührenfreie Auskunft des Finanzamts
AG Göttingen v. 15.4.2015 – 74 IN 31/15, ZIP 2015, 1137	Akteneinsicht bei entlassenen Insolvenzverwalter

Ein Insolvenzverwalter darf sich nicht mit den Informationen des Schuldners begnügen, er muss auch Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte nutzen, um seine Informationsbasis zu verbreitern. So muss er etwa in Schuldnerakten Einsicht nehmen, auch wenn sie sich nicht beim Schuldner, sondern etwa bei der Staatsanwaltschaft oder dem Steuerberater befinden. Auskunftsansprüche gegen Behörden oder bestimmte Körperschaften kann er unter Umständen auf ein Informationsfreiheitsgesetz eines Bundeslandes⁴⁰ oder auf das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes stützen.

Das letzte Jahr ist von dem Bemühen der Rechtsprechung geprägt, den gesetzlich garantierten Informationsrechten auch praktische Geltung zu verschaffen. Der Informationssuchende soll weder durch zu hohe Gebühren noch durch das unreflektierte Berufen auf Geheimhaltungsinteressen Dritter von der Informationsgewährung fern gehalten werden. So urteilte das OLG Rostock, dass das Steuergeheimnis einem Akteneinsichtsrecht nicht entgegenstehe, da dem Insolvenzverwalter gegenüber keine Geheimhaltungspflicht bestehe.⁴¹ Eine Behörde kann sich insbesondere bei „Gebrauchstexten“, die keine wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit eröffnen, auch nicht auf einen generellen Vorrang von Urheberrechten berufen.⁴² Eine Gebührenerhebung bei einfachen Auskünften, zu denen etwa ein Computerausdruck gehört, ist regelmäßig auf die Kopierkosten beschränkt.⁴³

Allerdings sind die Unterschiede zwischen den einzelnen Bundesländern beachtlich. Während in Sachsen, Bayern, Hessen und Niedersachsen kein Informationsfreiheitsgesetz existiert, sind Details in den übrigen Bundesländern unterschiedlich geregelt. So hat das Informationsfreiheitsgesetz in Mecklenburg-

Vorpommern keine Subsidiaritätsklausel. Ein Anspruch nach § 1 Abs. 2 S. 1 IFG M-V wird mithin nicht dadurch gesperrt, dass ein Auskunftsanspruch nach den Regeln der AO oder dem BGB versagt werden müsste. Praktische Konsequenz ist, dass selbst ein Insolvenzverwalter ein Akteneinsichtsrecht hat, wenn er lediglich Anfechtungsansprüche ermitteln will.⁴⁴

b) Prozesskostenhilfe

Rechtsprechung	Problem
BGH v. 25.3.2015 – IX ZR 244/14, ZInsO 2015, 898	Prozesskostenhilfe für den Insolvenzverwalter
OLG Celle v. 23.2.2015 – 16 W 6/15, ZInsO 2015, 636	Prozesskosten durch die Insolvenzgläubiger
BGH v. 10.9.2015 – IX ZR 255/14, NJW 2016, 151	Verjährungshemmung durch PKH-Antrag
BGH v. 30.4.2015 – IX ZR 1/13, NZI 2015, 734	Kein Zugeständnis bei Irrtum über Verjährung

Fehlen in der Insolvenzmasse die Mittel zur Prozessführung, muss der Insolvenzverwalter andere Wege der Prozessfinanzierung prüfen. Neben der Einschaltung eines Prozessfinanziers, kann er Prozesskostenhilfe beantragen. Dabei muss er darlegen, warum den Gläubigern die Mittelaufbringung nicht möglich ist. Den Beteiligten ist die Aufbringung der Kosten zumutbar, wenn die erforderlichen Mittel unschwer aufgebracht werden können und für sie der zu erwartende Nutzen bei Obsiegen bei vernünftiger, auch das Eigeninteresse sowie das Verfahrenskostenrisiko angemessen berücksichtigender Betrachtungsweise deutlich größer sein wird als die von ihnen als Vorschuss aufzubringenden Kosten.⁴⁵ Das ist der Fall, wenn eine Quote von 51,44 Prozent bei Obsiegen zu erwarten und die Möglichkeit einer Mittelaufbringung durch die Gläubiger nicht zweifelhaft ist.⁴⁶ Nach Ansicht des OLG Celle sind auch Kleingläubiger einzubeziehen, die einen Betrag von weniger als fünf Prozent der anerkannten Insolvenzforderungen beanspruchen, aber deren Quote sich erheblich verbessern würde. Beachtlich sei zudem das Verhältnis von aufzubringenden Kosten und Höhe der vom Gläubiger zu verauslagenden Vorschüsse.⁴⁷

Ein Antrag auf Prozesskostenhilfe hemmt die Verjährung, wenn er richtig gestellt ist. Hierzu muss die richtige Anschrift des Schuldners, gegen den prozessiert werden soll, mitgeteilt werden. Andernfalls sei ein auf die Durchsetzung eines Anspruchs gerichteter Wille für den Schuldner nicht erkennbar. § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB schütze den Gläubiger nur vor Verzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebs,

38 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, NZI 2015, 331.

39 BGH v. 17.12.2015 – IX ZR 143/13, ZIP 2016, 274.

40 Informationsfreiheitsgesetze werden auch als Transparenz- oder Informationszugangsgesetz bezeichnet.

41 OLG Rostock v. 28.1.2015 – 6 U 6/14, ZInsO 2015, 847.

42 BVerwG v. 25.6.2015 – 7 C 1/14, NJW 2015, 3258.

43 VG Gelsenkirchen v. 8.1.2015 – 17 K 5214/13, NZI 2015, 525.

44 OLG Rostock v. 28.1.2015 – 6 U 6/14, ZInsO 2015, 847.

45 BGH v. 13.10.2012, IX ZA 1/12, ZInsO 2012, 2198.

46 BGH v. 25.3.2015 – IX ZR 244/14, ZInsO 2015, 898.

47 OLG Celle v. 23.2.2015 – 16 W 6/15, ZInsO 2015, 636.

nicht jedoch vor eigenen Fehlern, die er bei gewissenhafter Vorbereitung hätte vermeiden können.⁴⁸

c) Internationale Durchsetzung

Rechtsprechung	Problem
EuGH v. 16.4.2015 – C-557/13, NZI 2015, 478	lex fori concursus und lex causae in Anfechtungsfällen
BGH v. 15.10.2015 – IX ZR 265/12, NZI 2015, 1038	Umsetzung EuGH-Rechtsprechung zu lex causae
BGH v. 16.9.2015 – VIII ZR 17/15, ZIP 2015, 2192	Zuständigkeit bei nicht insolvenzspezifischen Ansprüchen

Die europäische Gesetzgebung beschleunigt die Angleichung und Verzahnung des Insolvenzrechts der Mitgliedsstaaten. So wurde die Zuständigkeit deutscher Gerichte für insolvenzspe-

zifische Ansprüche (Geschäftsführerhaftung, Insolvenzanfechtung) auch bei Auslandsbezug bestätigt.⁴⁹ Nationale, materiellrechtliche Regelungen werden den Mechanismen der EuInsVO zugeordnet. Dingliche Rechte im Sinn von Art. 5 EuInsVO sind Pfändungspfandrechte an Guthabenforderungen. Die Rückschlagsperre wird als Instrument der Insolvenzanfechtung angesehen. Kollidierende Rechtstraditionen werden durch die Bestimmung des kleinsten gemeinsamen Nenners aufgelöst. Bei der Erhebung einer Insolvenzanfechtungsklage sind etwa Form- und Fristvorschriften der ausländischen lex causae einzubeziehen.⁵⁰ Folglich kann nationales Insolvenzrecht seine Kraft nur insoweit entfalten, soweit das Recht eines Mitgliedsstaats nicht entgegensteht.

⁴⁸ BGH v. 10.9.2015 – IX ZR 255/14, NJW 2016, 151.

⁴⁹ BGH v. 16.9.2015 – VIII ZR 17/15, ZIP 2015, 2192.

⁵⁰ BGH v. 15.10.2015 – IX ZR 265/12, NZI 2015, 1038.

Das Verwenden von Smartphones zur Anzeige von „Blitzern“ in Kraftfahrzeugen

Alke Kattau*

I. Einleitung

Über das klassische Verfassen von Kurzmitteilungen und das Führen von Telefonaten hinaus ist das Mobiltelefon zum Allrounder avanciert und navigiert, fotografiert, informiert und unterhält jetzt als Smartphone.

Im November letzten Jahres entschied der 2. Strafsenat des Oberlandesgerichts Celle,¹ dass der Verbotstatbestand des § 23 Abs. 1 b StVO verwirklicht sei, wenn ein Fahrzeugführer ein betriebsbereites Mobiltelefon, auf dem eine „Blitzer-App“ installiert und aufgerufen ist, während der Fahrt mitführt. Der Entscheidung des 2. Strafsenats des OLG Celle² liegt im Wesentlichen folgender festgestellter Sachverhalt zugrunde. Der Betroffene führte während der Fahrt ein internetfähiges Smartphone mit sich. Es war in einer Halterung am Armaturenbrett seines Fahrzeugs befestigt und eingeschaltet. Auf dem Smartphone war die „Blitzer-App“ der Firma C installiert und die GPS-Verbindung eingeschaltet. Diese App war auf dem Bildschirm des Betroffenen sichtbar. Für eine Verwendung der App sind ein internetfähiges Smartphone sowie eine GPS-Verbindung erforderlich. Die App kann ihre Nutzer vor mobilen und festen Geschwindigkeitsmessgeräten warnen, indem sie bei einer Annäherung an einen beim Betreiber hinterlegten „Blitzer“ ein optisches und akustisches Signal abgibt. Bei einer polizeilichen Kontrolle wurde die auf dem Smartphone aufgerufene App durch einen Beamten wahrgenommen.³

Die „Blitzer-App“ wurde zum ersten Mal Grundlage einer obergerichtlichen Entscheidung und zeigt auf, wie sehr die Tatbestände der Straf- und Ordnungswidrigkeitennormen mit

der dynamischen Entwicklung der Technik mithalten müssen. Dadurch wird der Konflikt zwischen der Unabdingbarkeit der Bestimmtheit einerseits und der erforderlichen Flexibilität sowie Abstraktion eines Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestands andererseits aufgezeigt.

Die Entscheidung des OLG Celle soll zum Anlass genommen werden, die Funktionen des Smartphones zur Anzeige von „Blitzern“⁴ im Lichte des Ordnungswidrigkeitenrechts näher zu untersuchen. Dabei soll der Schwerpunkt der Ausführungen auf einer methodischen Einordnung der „Blitzer-App“ unter den Tatbestand des § 23 Abs. 1 b StVO liegen. Darüber

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl Staats- und Verwaltungsrecht sowie Verwaltungswissenschaften der TU Braunschweig und Forschungsreferentin der Forschungsstelle Mobilitätsrecht.

¹ OLG Celle, Beschl. v. 3.11.2015 – 2 Ss(Owi) 313/15, BeckRS 2015, 18815.

² OLG Celle, Beschl. v. 3.11.2015 – 2 Ss(Owi) 313/15, BeckRS 2015, 18815.

³ Das Gericht der ersten Instanz verurteilte den Betroffenen wegen fahrlässigen Führens eines Kraftfahrzeugs bei gleichzeitigem Mitführen eines für die Anzeige von Verkehrsüberwachungsmaßnahmen bestimmten technischen Geräts. Der 2. Strafsenat hat die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde in der Besetzung mit drei Richtern nach § 80 a Abs. 3 S. 2 iVm S. 1 OWiG als unbegründet verworfen und nahm im Beschlusstenor eine Schuldspruchberichtigung dahingehend vor, dass eine vorsätzliche Verwirklichung angenommen wurde. Die erste Instanz nahm eine fahrlässige Verwirklichung des § 23 Abs. 1 b StVO an.

⁴ Unter dem Begriff „Blitzer“ soll im Folgenden eine von der Polizei oder einer anderen Behörde vorgenommene Verkehrsüberwachungsmaßnahme zu verstehen sein. Die Maßnahmen können sowohl einen Geschwindigkeits- als auch einen Rotlichtverstoß aufzeigen. Vgl. zu den Messverfahren: Weber, Burmann/Heß, in: Berz/Burmann, Handbuch des Straßenverkehrsrechts, 34. EL 2015, 11. Polizeiliche Messverfahren, Rn. 1-118.