Norddeutsches
Insolvenzforum
Hamburg e.V.

26. Norddeutscher Insolvenzrechtstag 2024 –
„Besondere Vermögenswerte in der Insolvenz"
15. und 16. Februar 2024 – im Grand Elysée Hotel Hamburg

Konferenztag 1

DONNERSTAG, 15. Februar 2024

ab 17.30 Uhr	Begrüßung der Teilnehmer/Ausgabe der Unterlagen
18.00 Uhr	**Eröffnung des Norddeutschen Insolvenzrechtstags** durch den Vorsitzenden des NIF e. V. RA Dr. Gideon Böhm
18.15 Uhr	**Thema 1: Besondere Assets im insolventen Unternehmen im Fokus von Cyberkriminellen** Einführungsvortrag: Cem Karakaya, München Moderation: RA Dr. Thorsten Bieg
ab ca. 19.45 Uhr	Snacks und Drinks im Grand Elysée Hotel Hamburg (gesondert zu buchen)

FREITAG, 16. Februar 2024

ab 8.30 Uhr	Begrüßung der Teilnehmer/Ausgabe der Unterlagen
9.15 Uhr	**Thema 2: Der richtige Umgang mit Lizenzen in der Insolvenz** RiOLG Prof. Dr. Dominik Skauradszun, Fulda/Frankfurt a.M. Moderation: Prof Dr. Reinhard Bork
10.45 Uhr	Kaffeepause
11.00 Uhr	**Thema 3: Immobilien und Insolvenz** Prof. Ulrich Keller, Berlin Moderation: RiAG Frank Frind
12.30 Uhr	Mittagspause
13.30 Uhr	**Thema 4: Mietverträge in der Insolvenz** RAin Dr. Claudia R. Cymutta, Mannheim Moderation: RA Frank Grell
15.00 Uhr	Kaffeepause
15.15 Uhr	**Thema 5: Kryptowerte und Co. - Einordnung und Ausblick** RA Dr. Marc d`Avoine, Wuppertal Moderation: RiAG Dr. Axel Herchen
ca.16.45 Uhr	Ende der Veranstaltung

Konferenztag 2

Vorstand
Dr. Gideon Böhm
Frank Grell
Dr. Axel Herchen

Beirat
Prof. Dr. Reinhard Bork
Frank Frind
Dr. Thorsten Bieg

Grand Elysée
Hotel Hamburg
Rothenbaumchaussee 10
20148 Hamburg

Tel +49 40 41412-0

Besondere Assets im insolventen Unternehmen im Fokus von Cyberkriminellen

„Der Computer rechnet mit allem, aber nicht mit seinem Benutzer!“

Referent:

Cem Karakaya

www.blackstone432.de

Die Beziehung zwischen Digitalisierung und Klimawandel

Quelle: Organisation Carbon Literacy Project

ChatGPT

WormGPT

FraudGPT

Die Täter benutzen auch KI

Habe ich eine Chance gegen KI, wenn ich Arbeit suche?

Sind wir für KI bereit? Haben wir schon alle Probleme von natürlichen Intelligenz gelöst?

Es gibt auch Vorteile!

- Die Qualität der Prozesse
- Betrugserkennung
- Gesichtserkennung
- Daten unterstützte Entscheidungen
- Automobilindustrie
- Logistik und Lieferung
- IDP (Intelligent Document Processing)

E-Mail-Adresse Aufbau

Registrierung der Adresse

KI hatte aber vorerst was anderes versucht!

Wir haben KI für einen Cyberangriff benutzt!

Vorname.Nachname@managementcircle.com

Jennifer.Gross@managmentcircle.com

Jennifer.Gross@management-circle.com

Sozialen Netzwerke / Doxing

Firma hatte ein Sommerfest

KI schreibt die E-Mail

Jeder hat geklickt…

Ihr Lieben,
das Sommerfest vor zwei Wochen war richtig toll. Hier paar Fotos von meiner Cloud…

https://www.i-cloud.com/Jennifer_Gross

Ich freue mich schon auf das nächste…☺

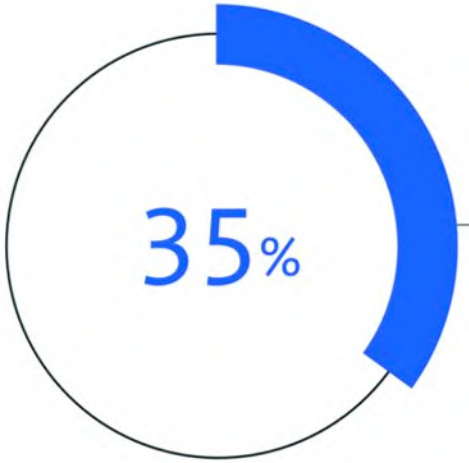
Jenny

Synthetische Identitätsbetrug

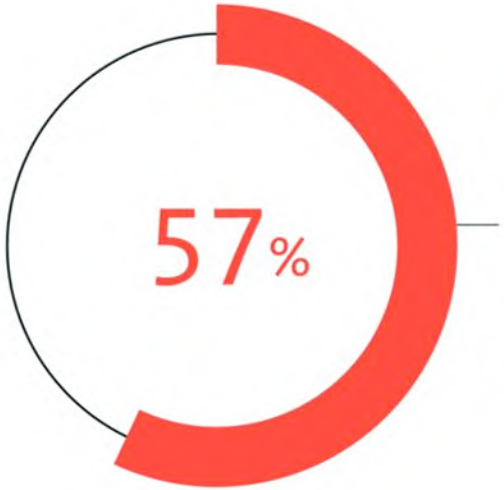
- Beschränkung
- Limitierung
- Sicherung
- Vermeidung

KI gilt als neue Herausforderung für die IT-Sicherheit

Welcher der folgenden Aussagen stimmen Sie am ehesten zu?



Die Verbreitung von generativer KI wird die **IT-Sicherheit verbessern**, weil sie bei der Abwehr von Cyberangriffen genutzt werden kann.



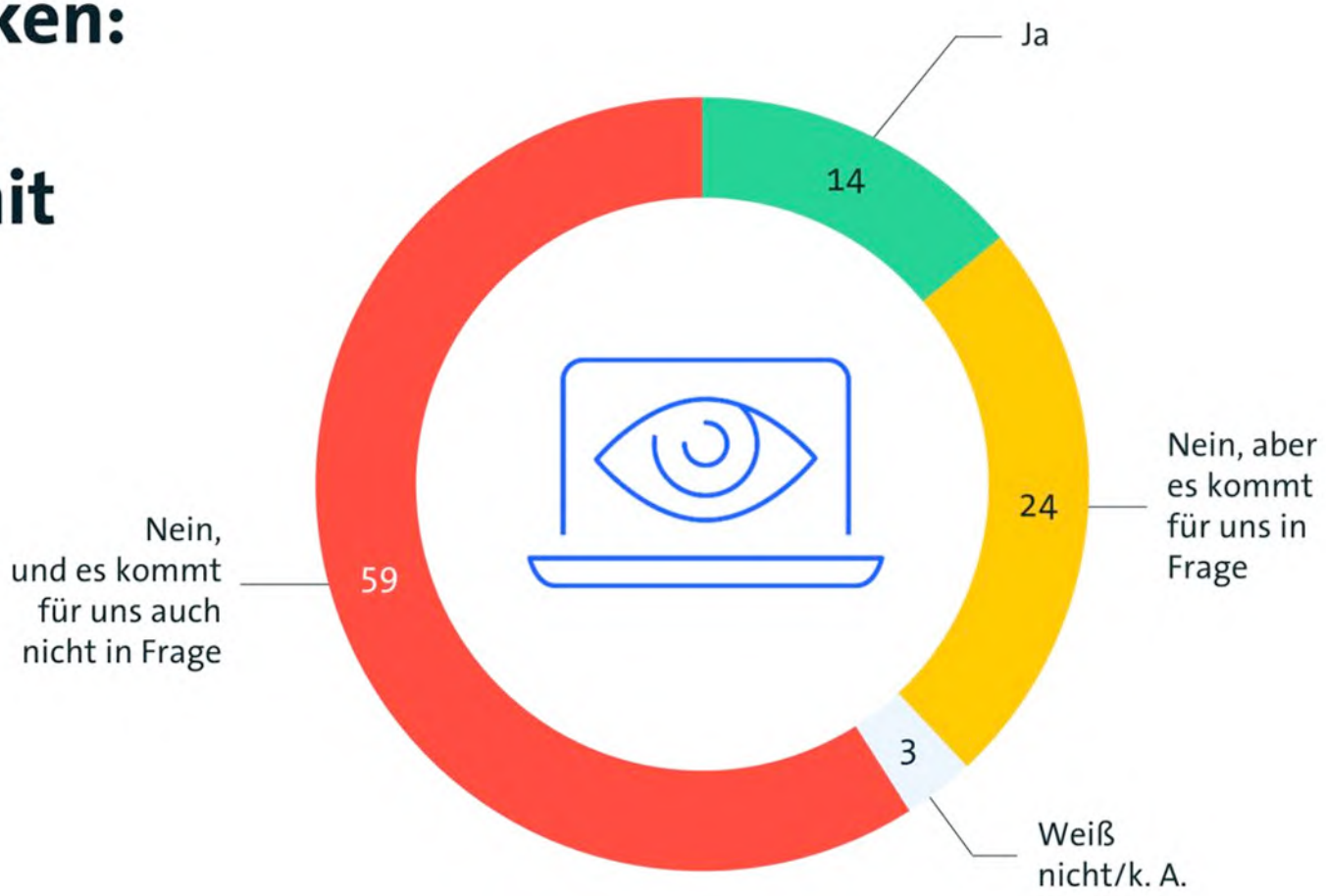
Die Verbreitung von generativer KI wird die **IT-Sicherheit gefährden**, weil sie von Cyberangreifern genutzt werden kann.

Basis: Alle Unternehmen (n=1.002) | nicht dargestellt: »Weiß nicht/k. A.« | Quelle: Bitkom Research 2023

bitkom

KI gegen Cyberattacken: Nur eine Minderheit beschäftigt sich damit

Haben Sie sich in Ihrem Unternehmen bereits mit dem Einsatz von KI zur Verbesserung der IT-Sicherheit beschäftigt?



in Prozent

Basis: Alle Unternehmen (n=1.002) | Quelle: Bitkom Research 2023

bitkom

CYBERCRIME UND DIE MENSCHLICHE FAULHEIT

Ich habe nichts zu verbergen!

Ich habe ein Antivirusprogramm!

Ich bin kein berühmter und habe auch kein Geld!

Die Endbenutzer machen das Leben für die Täter einfach!

Neue und bestehende Lücken und Löcher

- Fehlende technische Absicherung (VPN)
- Flurfunk fehlt! (Homeoffice)
- Neue Angriffskanäle (Teams, MobilT)
- Unsicherheit
- Unzureichende Security Awareness

UNGLEICHER KAMPF

Verteidigung überall erforderlich!	Angreifer kann sich schwächste Stelle aussuchen
Verteidigung nur gegen bekannte Angriffe und Schwachstellen möglich	Angreifer kann nach unbekannten Schwachstellen suchen
Verteidigung erfordert ununterbrochene Wachsamkeit	Angreifer kann sich Zeitpunkt aussuchen
Verteidigung muss sich an die Regeln halten	Angreifer kann schmutzige Tricks einsetzen

203 Milliarden

Euro Schaden entstanden Unternehmen in Zusammenhang m Industriespionage oder S

116 Millionen

in zwölf Monaten in 2022 bedeuten, dass durchschnittlich 317.000 neue amm-Varianten pro Tag tgestellt wurden

91 %

der erfolgreichen Cyberattacken sind auf nicht ausreichend geschultes Personal zurückzuführen

9 von 10 Unte

werden Opfer von Datendiebstahl, Spionage oder Sabotage

69 %

aller Spam-Mails im Berichtszeitraum des BSI-Lageberichts waren Cyber-Angriffe wie z.B. Phishing-Mails und Mail-Erpressungen

Quelle: Bitkom und BSI / Forbes 2023

Die Arbeitswelt der Hacker

Die Hackergruppen CONTI und LOCKBIT

Cybercrime und die Maschen

- Phishing E-Mails / Verschlüsselungstrojaner
- Schock- / Supportanrufe
- Fake Seiten / Fake Nachrichten / Deep Fake
- Geldwäsche / Jobangebote / Video-Ident / Krypto
- Biometrische Merkmale
- Digitale Erpressung / Love Scamming

service@paypal.de
An: Cem Karakaya
[Neue Erklärung] : Ihr Konto wurde eingeschränkt [#CaseID : 87999LPUSHP4AN988]

Heute um 13:27

Hallo [redacted]

Ihr PayPal Konto ist derzeit begrenzt

Hallo [redacted]@[redacted].de !,
Wir haben ungewöhnliche Aktivitäten auf Ihrem Konto und potenziellen unbefugten Zugriff in letzter Zeit bemerkt. Wir verlangen von Ihnen, dass Sie dieses Problem unverzüglich lösen. Daher haben wir Ihr Konto aus Sicherheitsgründen eingeschränkt, bis Sie Ihre Daten verifizieren.

Was muss ich tun?

Klicken Sie auf den untenstehenden Link, um sich bei Ihrem Konto anzumelden und Ihre Informationen zu überprüfen, um Ihr Konto zu sichern.

www.paypal.com/signin

Hilfe & Kontakt | Sicherheit | Apps

Bitte antworten Sie nicht auf diese E-Mail. Wenn Sie mit uns Kontakt aufnehmen möchten, klicken Sie auf **Hilfe & Kontakt**.

Sie sind sich nicht sicher, warum Sie diese E-Mail erhalten haben? Mehr erfahren

Copyright © 1999-2021 PayPal. Alle Rechte vorbehalten.

Backup ist nicht mehr die ultimative Lösung und die Täter sind viel geduldiger!

Fakten müssen von Meinungen getrennt werden!

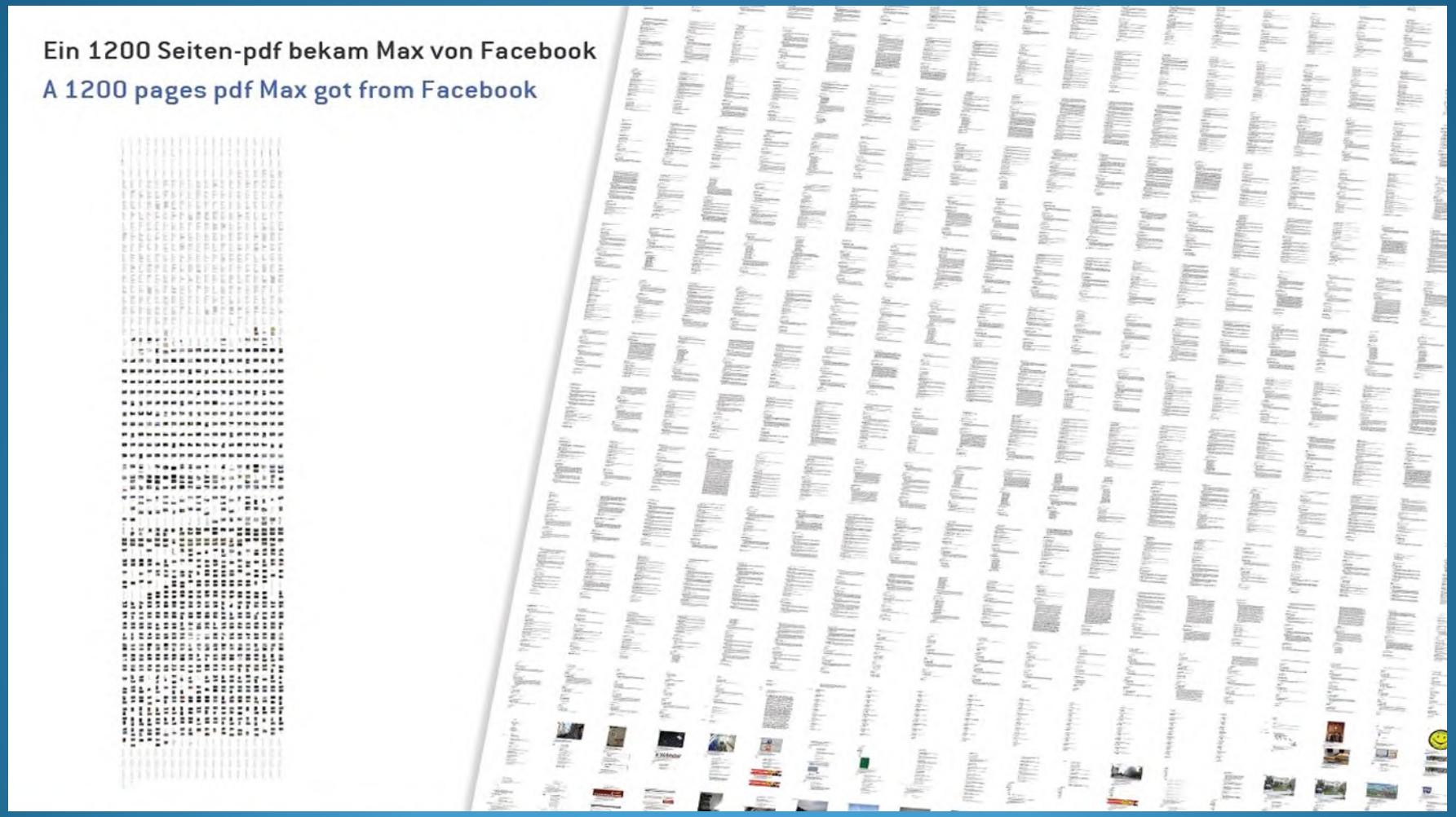
WWW.G00GLE.COM

www.telekom.de

FBI.org

Typosquatting

Was speichert Facebook & Co über uns?



Ist mein Passwort sicher?

Number of Characters	Numbers Only	Lowercase Letters	Upper and Lowercase Letters	Numbers, Upper and Lowercase Letters	Numbers, Upper and Lowercase Letters, Symbols
4	Instantly	Instantly	Instantly	Instantly	Instantly
5	Instantly	Instantly	Instantly	Instantly	Instantly
6	Instantly	Instantly	Instantly	Instantly	Instantly
7	Instantly	Instantly	Instantly	Instantly	Instantly
8	Instantly	Instantly	Instantly	Instantly	1 secs
9	Instantly	Instantly	4 secs	21 secs	1 mins
10	Instantly	Instantly	4 mins	22 mins	1 hours
11	Instantly	6 secs	3 hours	22 hours	4 days
12	Instantly	2 mins	7 days	2 months	8 months
13	Instantly	1 hours	12 months	10 years	47 years
14	Instantly	1 days	52 years	608 years	3k years
15	2 secs	4 weeks	2k years	37k years	232k years
16	15 secs	2 years	140k years	2m years	16m years
17	3 mins	56 years	7m years	144m years	1bn years
18	26 mins	1k years	378m years	8bn years	79bn years

https://www.hivesystems.io

Ist meine E-Mail-Adresse betroffen? **https://sec.hpi.de/ilc/** **https://haveibeenpwned.com**

Aktualisierungen so schnell wie möglich durchführen!

Sichere und unterschiedliche Passwörter!

Antivirus / Firewall auch für Smartphone und Tablet

Verschlüsselung für Kommunikation und Cloud

Multi Faktor Authentifizierung (MFA)

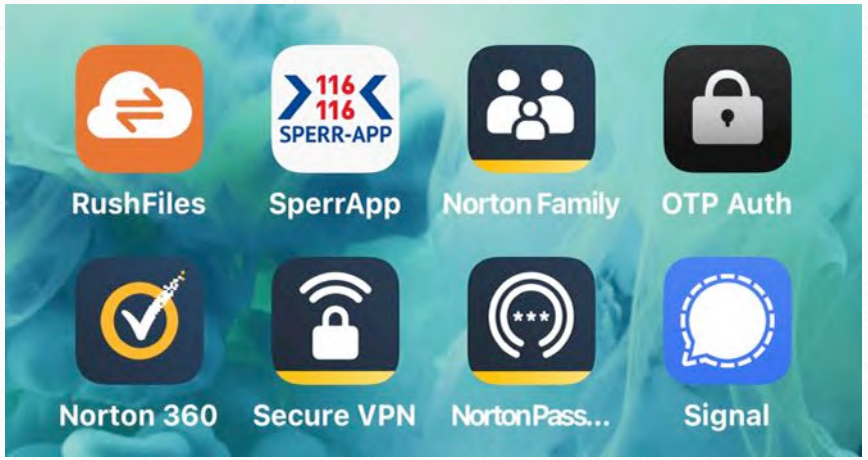
Datensparsamkeit / Datenschutzeinstellungen

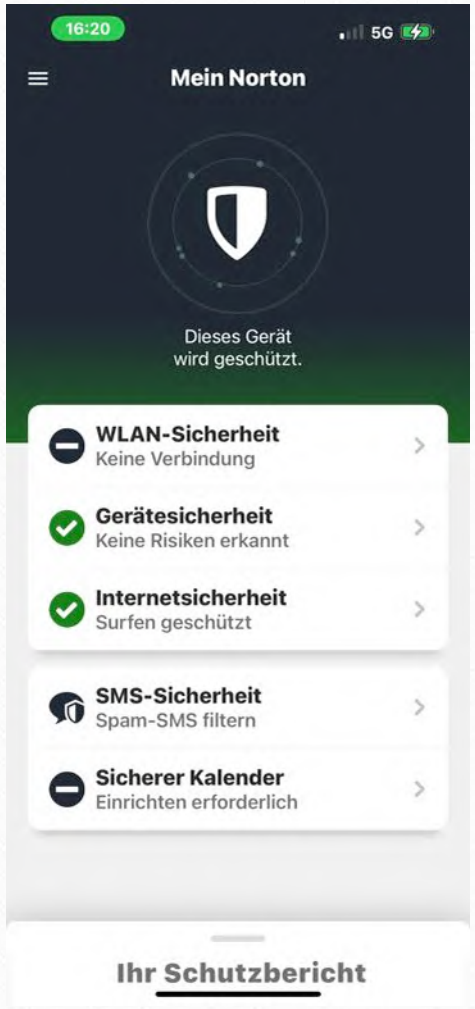
Zeit für Sicherheit und Datensicherung investieren!

Die Gebote für IT-Sicherheit

Checkliste für mein Verfahren

- ZugangsRECHTE und Zugangspasswörter
- Netzwerksicherheit / Schnittstelle CLOUD
- Nicht die DRUCKER vergessen!
- BACKUP-Volume / Zugangskarten
- Wenn nötig, IT-FORENSIK
- Wenn Insolvenz wegen Cyberangriff, ANALYSE
- Wichtiger Ansatzpunkt ist die VERSICHERUNG!


RushFiles
116 116 SPERR-APP
SperrApp
Norton Family
OTP Auth
Norton 360
Secure VPN
NortonPass...
Signal


16:20
5G
Mein Norton
Dieses Gerät
wird geschützt.
WLAN-Sicherheit
Keine Verbindung
Gerätesicherheit
Keine Risiken erkannt
Internetsicherheit
Surfen geschützt
SMS-Sicherheit
Spam-SMS filtern
Sicherer Kalender
Einrichten erforderlich
Ihr Schutzbericht

Maschen

Shitstorms

Profilerstellung

Social Engineering

Hacker

Cyber-Terrorismus

Identitätsdiebstahl

Big Data

Social Bots
(Fake-Nachrichten)

Sicherheit

Cybercrime

Geldwäsche

WE
WANT
YOU!
DEUTSCHLANDS
BESTER HACKER
DEINE HACKING CHALLENGE
JETZT
ANMELDEN
deutschlands-bester-hacker.de
© MR Datentechnik

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT!

Der richtige Umgang mit Lizenzen in der Insolvenz

↘ Richter am Oberlandesgericht Professor Dr. Dominik Skauradszun, LL.M.

↘ 26. Norddeutscher Insolvenzrechtstag

↘ 16. Februar 2024 in Hamburg

Gliederung

I. Terminologie und Taxonomie

II. Anwendbares Recht

III. Insolvenz des Lizenzgebers

IV. Insolvenz des Lizenznehmers

V. Lizenzen im Insolvenzplanverfahren

VI. Ausblick: Insolvency III

Gliederung

I. **Terminologie und Taxonomie**

II. Anwendbares Recht

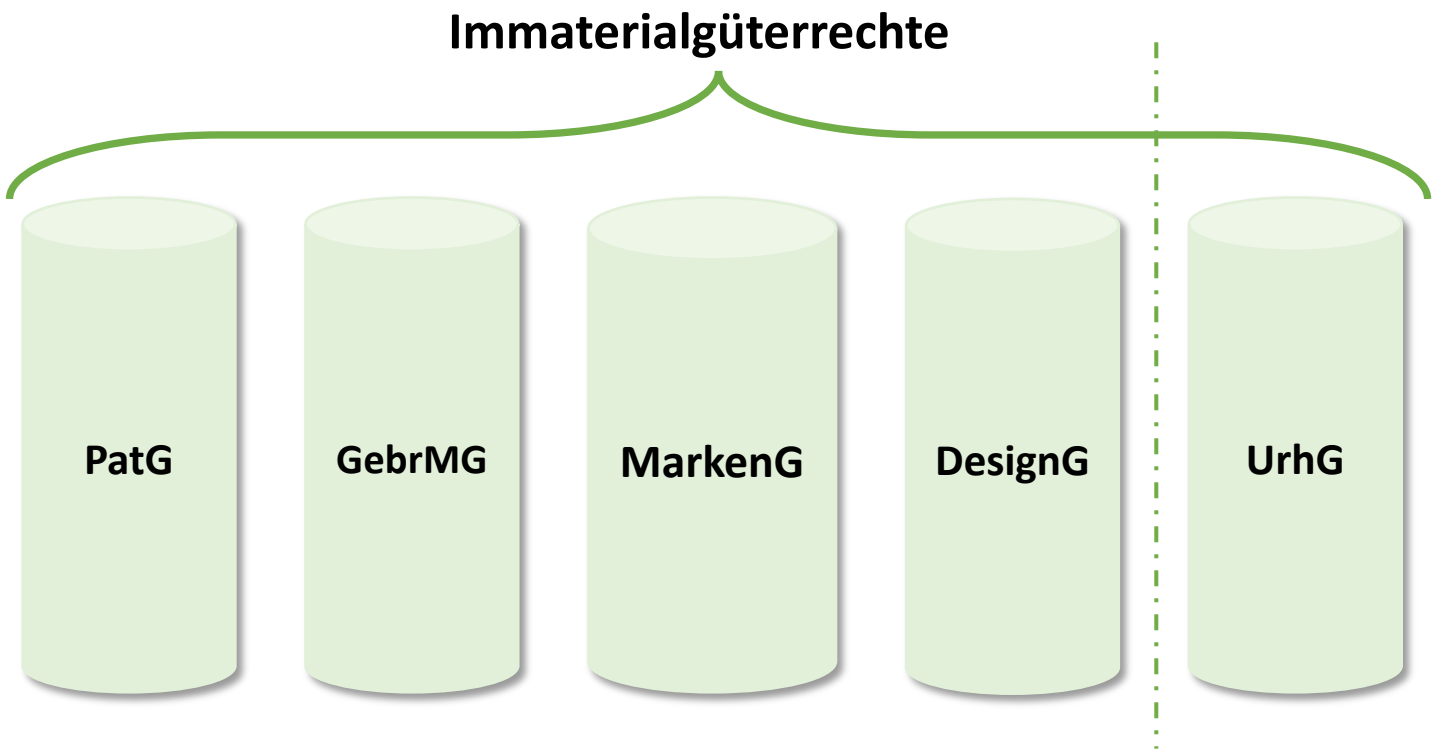
III. Insolvenz des Lizenzgebers

IV. Insolvenz des Lizenznehmers

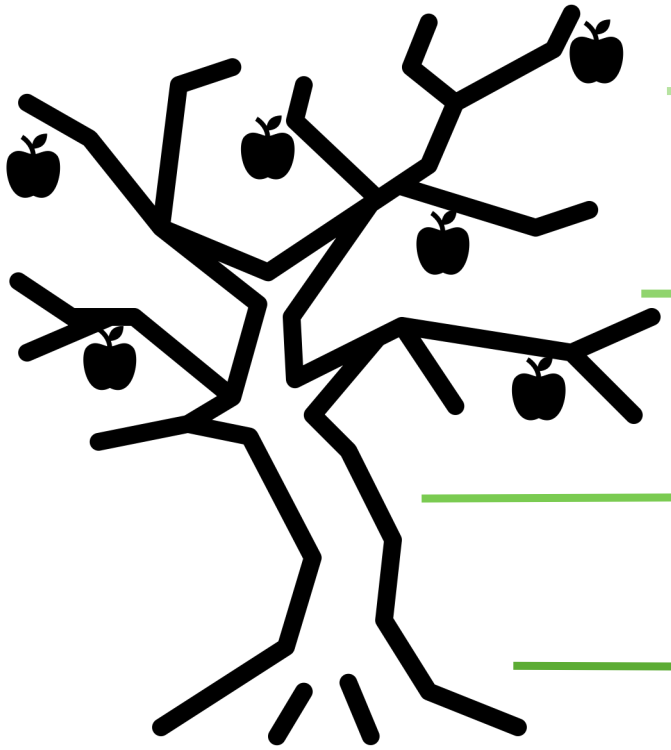
V. Lizenzen im Insolvenzplanverfahren

VI. Ausblick: Insolvency III

I. Terminologie und Taxonomie

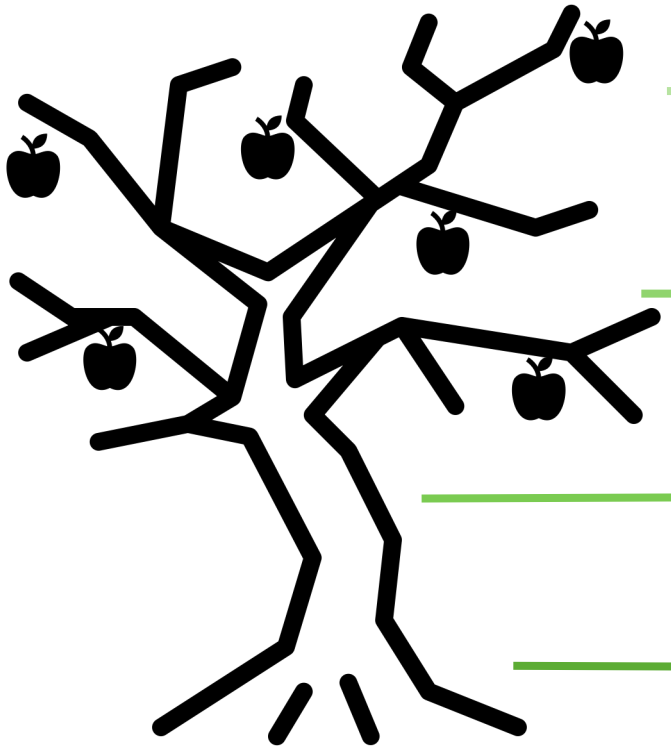


I. Terminologie und Taxonomie am Beispiel des Urheberrechts



- Nutzungsrechte
- urheberrechtliche Befugnisse
- Urheberrecht
- Vermögens- und Persönlichkeitsinteressen

I. Terminologie und Taxonomie am Beispiel des Urheberrechts



Nutzungsrechte ≈ Lizenzen

urheberrechtliche Befugnisse

Urheberrecht

Vermögens- und Persönlichkeitsinteressen

I. Terminologie und Taxonomie

Trennungsprinzip
Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsebene

Abstraktionsprinzip
Rechtliche Isolierung von Verpflichtungs- und Verfügungsebene

Kausalitätsprinzip
Rechtliche Verbindung von Verpflichtungs- und Verfügungsebene

Gliederung

I. Terminologie und Taxonomie

II. Anwendbares Recht

III. Insolvenz des Lizenzgebers

IV. Insolvenz des Lizenznehmers

V. Lizenzen im Insolvenzplanverfahren

VI. Ausblick: Insolvency III

II. Anwendbares Recht

Anwendungsbereich der EuInsVO
lex fori concursus, Art. 7 Abs. 2 Satz 2 Buchst. b, e EuInsVO: Lizenzen/ Lizenzverträge

Deutsches Internationales Insolvenzrecht
lex fori concursus, § 335 InsO

Deutsche inländische Sachverhalte
Anwendung der §§ 103 ff. InsO ist unabhängig vom **Vertragsstatut**

Gliederung

I. Terminologie und Taxonomie

II. Anwendbares Recht

III. Insolvenz des Lizenzgebers

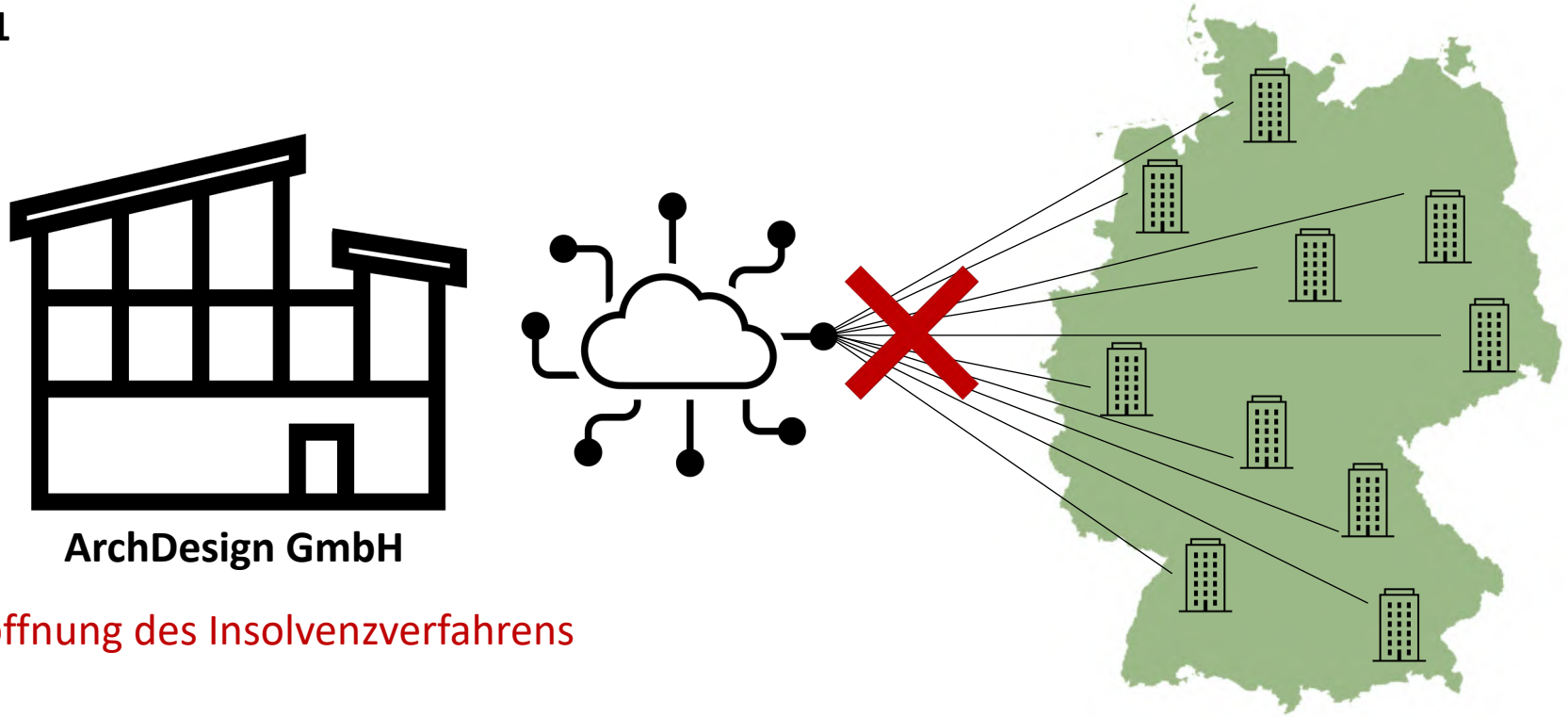
IV. Insolvenz des Lizenznehmers

V. Lizenzen im Insolvenzplanverfahren

VI. Ausblick: Insolvency III

III. Insolvenz des Lizenzgebers

Beispielsfall 1



Eröffnung des Insolvenzverfahrens

III. Insolvenz des Lizenzgebers

Analoge Anwendung des § 108 InsO?

Gesetzesbegründung zu § 122 InsO-E (1992; heute § 108 InsO)

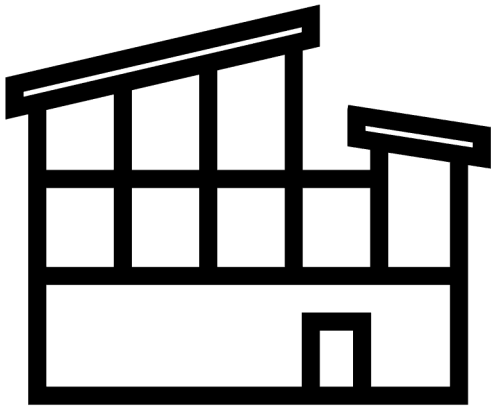
„Abweichend vom geltenden Recht werden allerdings Miet- und Pachtverhältnisse über bewegliche Sachen und Rechte aus der Regelung über das Fortbestehen von Dauerschuldverhältnissen ausgenommen“

Referentenentwurf des BMJ 2012

§ 108a Schuldner als Lizenzgeber
(1) Lehnt der Insolvenzverwalter nach § 103 die Erfüllung eines Lizenzvertrages ab, den der Schuldner als Lizenzgeber geschlossen hat, so kann der Lizenznehmer binnen eines Monats, nachdem die Ablehnung zugegangen ist, vom Verwalter oder einem Rechtsnachfolger den Abschluss eines neuen Lizenzvertrages verlangen, […]

III. Insolvenz des Lizenzgebers

Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO?

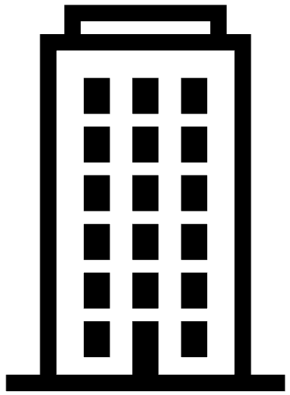


ArchDesign GmbH
= Lizenzgeber

Insolvenzverwalter

vollständig erfüllt?

Lizenzvertrag

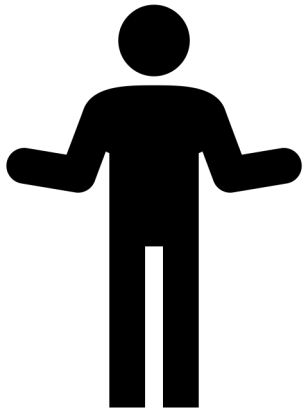


Lizenznehmer

III. Insolvenz des Lizenzgebers

Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO

Insolvenzverwalter
lehnt Erfüllung **ab**



Insolvenzverwalter
wählt **Erfüllung**

III. Insolvenz des Lizenzgebers

Aussonderungsrechte der Lizenznehmer nach § 47 InsO?

§ 103 Abs. 1 InsO

?

§ 47 InsO

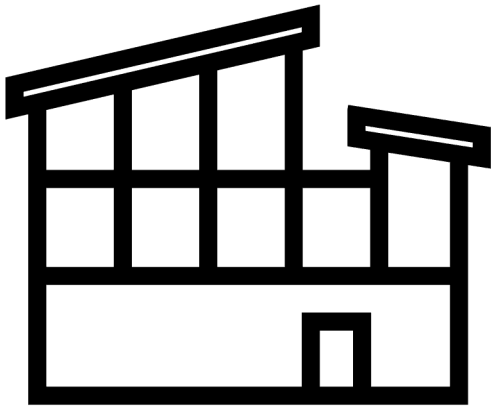
Dingliche Rechtsposition?

einfache Lizenz

ausschließliche Lizenz

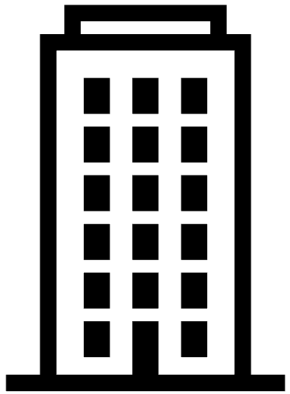
III. Insolvenz des Lizenzgebers

Gesetzliche Nutzungsrechte



insolvenzfest

etwa § § 44a ff. UrhG, § § 60a ff. UrhG



III. Insolvenz des Lizenzgebers

Handlungsoptionen des Lizenznehmers betreffend die Lösung vom Lizenzvertrag

insolvenzunabhängige Lösungsklauseln

insolvenzabhängige Lösungsklauseln

III. Insolvenz des Lizenzgebers

insolvenzabhängige Lösungsklauseln

BGH, Urteil vom 27.10.2022 – IX ZR 213/21

1a. Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel ist unwirksam, wenn der insolvenzabhängige Umstand für sich allein die Lösung vom Vertrag ermöglicht und die Lösungsklausel in Voraussetzungen oder Rechtsfolgen von gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten abweicht, ohne dass für diese Abweichungen bei objektiver Betrachtung ex ante zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf der Grundlage der wechselseitigen Interessen der Parteien berechtigte Gründe bestehen. (Rn. 31)

1b. Solche berechtigten Gründe können sich bei insolvenzabhängigen Lösungsklauseln allgemein aus einer insolvenzrechtlich gerechtfertigten Zielsetzung oder zugunsten eines Sach- oder Dienstleistungsgläubigers ergeben. Hingegen ist eine insolvenzabhängige Lösungsklausel zugunsten eines Geldleistungsgläubigers regelmäßig unwirksam. (Rn. 53)

III. Insolvenz des Lizenzgebers

Handlungsoptionen des Lizenznehmers betreffend das <u>Bestehenbleiben</u> der Lizenz

aufschiebend bedingte Vollrechtsübertragung

Lizenzkauf

Lizenzsicherungsnießbrauch

Gliederung

I. Terminologie und Taxonomie

II. Anwendbares Recht

III. Insolvenz des Lizenzgebers

IV. Insolvenz des Lizenznehmers

V. Lizenzen im Insolvenzplanverfahren

VI. Ausblick: Insolvency III

IV. Insolvenz des Lizenznehmers

Beispielsfall 2

HighTech AG

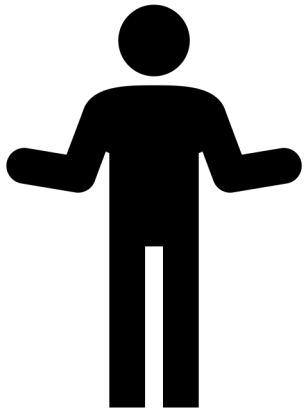
E-Motive GmbH

Eröffnung des Insolvenzverfahrens

IV. Insolvenz des Lizenznehmers

Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO

Insolvenzverwalter
lehnt Erfüllung **ab**



Insolvenzverwalter
wählt **Erfüllung**

IV. Insolvenz des Lizenznehmers

Handlungsoptionen des Lizenzgebers betreffend die Lösung vom Lizenzvertrag

gesetzliches Kündigungsrecht nach § 314 BGB?

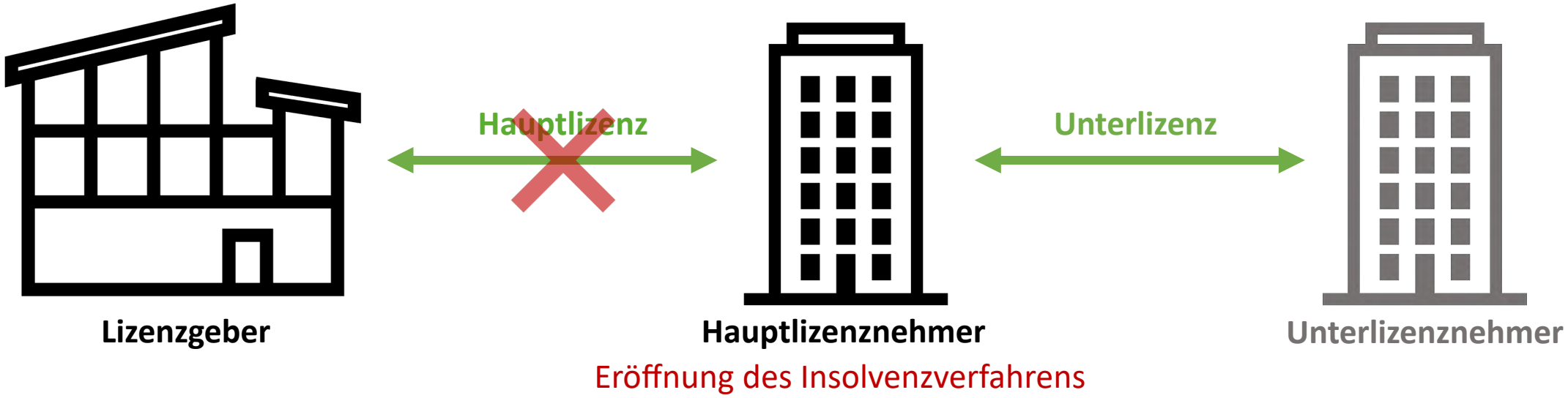
Rückfallklausel

insolvenzunabhängige Lösungsklauseln

insolvenzabhängige Lösungsklauseln

IV. Insolvenz des Lizenznehmers

Insolvenz des Hauptlizenznehmers bei Lizenzketten



Gliederung

I. Terminologie und Taxonomie

II. Anwendbares Recht

III. Insolvenz des Lizenzgebers

IV. Insolvenz des Lizenznehmers

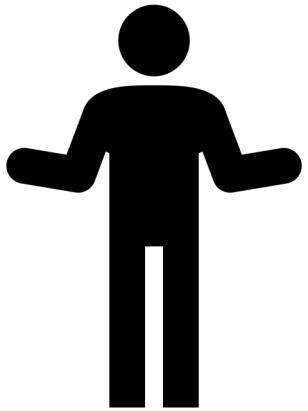
V. Lizenzen im Insolvenzplanverfahren

VI. Ausblick: Insolvency III

V. Lizenzen im Insolvenzplanverfahren

Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO nicht plandispositiv

Insolvenzverwalter
lehnt Erfüllung **ab**



Insolvenzverwalter
wählt **Erfüllung**

Gliederung

I. Terminologie und Taxonomie

II. Anwendbares Recht

III. Insolvenz des Lizenzgebers

IV. Insolvenz des Lizenznehmers

V. Lizenzen im Insolvenzplanverfahren

VI. Ausblick: Insolvency III

VI. Ausblick: Insolvency III

Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen nach dem Vorschlag der Insolvency III Richtlinie?

RiOLG Prof. Dr. Dominik Skauradszun, LL.M.

Professur für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens- und Unternehmensrecht | Hochschule Fulda

Visiting Professor of Insolvency Law | Nottingham Law School, England

Richter am Oberlandesgericht | OLG Frankfurt am Main | 4. Zivilsenat (Insolvenzsachen)

Immobilien und Insolvenz

Gesetzliche Fehlkonstruktionen
Gerichtliche Fehlentscheidungen
Praktische Fehlentwicklungen

Prof. Ulrich Keller

Hochschule für Wirtschaft
und Recht Berlin
Fachbereich Rechtspflege

Hochschule für
Wirtschaft und Recht Berlin
Berlin School of Economics and Law

Norddeutsches Insolvenzrechtsforum e.V., Hamburg

26. Norddeutscher Insolvenzrechtstag 2024;
15. und 16. Januar 2024

Vortragsübersicht

I. Die Immobilie als Teil der Insolvenzmasse – gesetzliche Fehlkonstruktion?

1. Warum ist die selbstgenutzte Immobilie nicht vollstreckungs- und insolvenzfrei?
2. Die Verwertung der Immobilie und Berücksichtigung von Absonderungsrechten

II. Steuern und öffentliche Abgaben – gerichtliche Fehlentscheidungen?

1. Die Verwertung der Immobilie unter Berücksichtigung öffentlicher Lasten
2. Die Vollstreckung öffentlicher Lasten gegen die Insolvenzmasse
3. Grundstücksbezogene Steuern als Masseverbindlichkeit

III. Die Immobilie in der insolvenzrechtlichen Vergütung – praktische Fehlentwicklungen?

1. Grundsatz und Ausnahme in § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 InsVV
2. Die besondere Vergütung bei der Verwertung nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV
3. Das Erfordernis der erheblichen Befassung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 InsVV

I. Die Immobilie als Teil der Insolvenzmasse – gesetzliche Fehlkonstruktion?

1. Warum ist die selbstgenutzte Immobilie nicht vollstreckungs- und insolvenzfrei?

Der Bestand der Insolvenzmasse

§ 35 Abs. 1 InsO

Das Insolvenzverfahren erfaßt das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt (Insolvenzmasse).

§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO

Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, gehören nicht zur Insolvenzmasse.

§ 864 Abs. 1 ZPO

Der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen außer den Grundstücken die Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe und die Schiffsbauwerke, die im Schiffsbauregister eingetragen sind oder in dieses Register eingetragen werden können.

Unbewegliches Vermögen ist vollumfänglich Teil der Insolvenzmasse

Vergleich zur gemieteten Immobilie

„Freigabe“ des Mietverhältnisses	Sonderfall bei Wohnungsgenossenschaft
§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO	**§ 67c GenG**
Der Insolvenzverwalter erklärt mit der Frist des § 109 Abs. 1 Satz 1 zweiter Halbsatz InsO, daß Ansprüche aus dem Mietverhältnis nicht geltend gemacht werden können.	Ausschluß des Kündigungsrechts des Insolvenzverwalters bezüglich des Genossenschaftsanteils, wenn der Geschäftsanteil die vierfache Monatsmiete oder höchstens 2.000,00 EUR nicht übersteigt.
Mit grundsätzlicher Erfüllung wären die Mietzinsansprüche Masseverbindlichkeiten. Sie bleiben es nur für die Dauer der Erklärungsfrist.	Keine Teilkündigung bei höherem Geschäftsanteil (§ 67c Abs. 2 GenG).
Mit Wirksamkeit der Erklärung wird das Mietverhältnis nur noch zwischen Vermieter und Schuldner persönlich fortgeführt.	

Freigabe des Wohnungsmietverhältnisses und Mietkaution

BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – IX ZB 45/15, NZI 2017, 444

Gibt der Insolvenzverwalter für das Wohnraummietverhältnis des Schuldners eine Enthaftungserklärung ab, wird der Anspruch des Schuldners auf Rückzahlung einer die gesetzlich zulässige Höhe nicht übersteigenden Mietkaution vom Insolvenzbeschlag frei.

Zwecke der Regelung:

- Schutz der Insolvenzmasse vor Masseverbindlichkeiten aus § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.
- Schuldner soll Miete aus dem unpfändbaren Teil seiner Einkünfte zahlen.
- Schutz des Mieters vor Verlust der Wohnung.

Warum gilt dieser Schutzzweck nicht für die selbstgenutzte Immobilie?

Alternativvorschlag:

- Zins- und Tilgungsleistungen werden als Insolvenzforderungen (§§ 38, 41 InsO) an den Schuldner „freigegeben“; er hat sie aus dem unpfändbaren Teil seiner Einkünfte zu zahlen.
- Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, wenn keine Leistungen mehr erfolgen; im Ergebnis wie bei § 49 InsO; im Ergebnis auch nicht anders als bei Wohnungsmiete, wenn der Schuldner nach Freigabe nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO die Miete nicht mehr zahlt und fristlos gekündigt wird.
- Abschöpfung des Wertes der Immobilie, wenn der Schuldner diese nach Insolvenzeröffnung oder Beendigung des Insolvenzverfahrens veräußert, im letzteren Fall über § 203 InsO, ggf. mit Vermerk im Grundbuch; ebenso, wenn bei einer Zwangsversteigerung ein Übererlös bleibt.

Vergleich zur Immobilie beim Bezug von Sozialleistungen

§ 90 SGB XII

(1) Einzusetzen ist das gesamte verwertbare Vermögen.

(2) Die Sozialhilfe darf nicht abhängig gemacht werden vom Einsatz oder von der Verwertung

8. eines angemessenen Hausgrundstücks, das von der nachfragenden Person oder einer anderen in den § 19 Abs. 1 bis 3 genannten Person allein oder zusammen mit Angehörigen ganz oder teilweise bewohnt wird und nach ihrem Tod von ihren Angehörigen bewohnt werden soll. Die Angemessenheit bestimmt sich nach der Zahl der Bewohner, dem Wohnbedarf (zum Beispiel behinderter, blinder oder pflegebedürftiger Menschen), der Grundstücksgröße, der Hausgröße, dem Zuschnitt und der Ausstattung des Wohngebäudes sowie dem Wert des Grundstücks einschließlich des Wohngebäudes,

§ 91 SGB XII

Soweit nach § 90 für den Bedarf der nachfragenden Person Vermögen einzusetzen ist, jedoch der sofortige Verbrauch oder die sofortige Verwertung des Vermögens nicht möglich ist oder für die, die es einzusetzen hat, eine Härte bedeuten würde, soll die Sozialhilfe als Darlehen geleistet werden. Die Leistungserbringung kann davon abhängig gemacht werden, daß der Anspruch auf Rückzahlung dinglich oder in anderer Weise gesichert wird.

§ 12 SGB II

(1) Alle verwertbaren Vermögensgegenstände sind vorbehaltlich des Satzes 2 als Vermögen zu berücksichtigen. Nicht zu berücksichtigen sind

5. ein selbst genutztes Hausgrundstück mit einer Wohnfläche von bis zu 140 Quadratmetern oder eine selbst genutzte Eigentumswohnung von bis zu 130 Quadratmetern; bewohnen mehr als vier Personen

das Hausgrundstück beziehungsweise die Eigentumswohnung, erhöht sich die maßgebende Wohnfläche um jeweils 20 Quadratmeter für jede weitere Person; höhere Wohnflächen sind anzuerkennen, sofern die Berücksichtigung als Vermögen eine besondere Härte bedeuten würde,

6. Vermögen, solange es nachweislich zur baldigen Beschaffung oder Erhaltung eines Hausgrundstücks oder einer Eigentumswohnung von angemessener Größe bestimmt ist, und das Hausgrundstück oder die Eigentumswohnung Menschen mit Behinderungen oder pflegebedürftigen Menschen zu Wohnzwecken dient oder dienen soll und dieser Zweck durch den Einsatz oder die Verwertung des Vermögens gefährdet würde

Zwecke der Regelungen:

- Schutz der Allgemeinheit vor unnötigem Leistungsbezug.
- Schutz des Leistungsberechtigten vor Wohnungsverlust.

Ist im Ergebnis der Bürgergeld- oder Sozialhilfeempfänger besser gestellt als der Insolvenzschuldner?

Fragestellungen:

- Was wiegt mehr, der Schutz der Allgemeinheit bei Sozialleistungsbezug oder das Befriedigungsinteresse der Gläubiger? Was ist, wenn der Schuldner nach der Insolvenz leistungsberechtigt ist und ihm Wohnkosten erstattet werden müssen?
- Liegt eine Ungleichbehandlung von Eigentum und Mieterschutz vor? Verstößt die ausnahmslose Einbeziehung der Immobilie in die Insolvenzmasse gegen Art. 14 Abs. 1 Satz 2 oder gegen Art. 3 Abs. 1 GG?

Das Sonderproblem der Schrottimmobilie
Freigabe von Wohnungs- und Teileigentum

- Freigabe zur Entbindung von Hausgeldansprüchen als Masseverbindlichkeiten.
- Schuldner hat Hausgeld als Neuforderung zu begleichen, ebenso mögliche Aufwendungen, soweit die Eigentümerversammlung sie beschließt.
- Schuldner kann sich nicht durch Eigentumsaufgabe den Zahlungspflichten entziehen.
- Im übrigen hat Schuldner keine Einkünfte aus der Schrottimmobilie.

BGH, Urt. v. 7.6.1991 – V ZR 175/90, BGHZ 115, 1:

Ein Miteigentumsanteil am Grundstück kann nicht entsprechend BGB § 928 Abs. 1 durch Verzicht aufgegeben werden.

BGH, Urt. v. 10.5.2007 – V ZB 6/07, BGHZ 172, 209:

Die Eintragung des Verzichts auf den Miteigentumsanteil an einem Grundstück in das Grundbuch ist unzulässig.

2. Die Verwertung der Immobilie und Berücksichtigung von Absonderungsrechten

Bewegliches Vermögen	Unbewegliches Vermögen
Zur Vermeidung von Streit über das Bestehen eines Absonderungsrechts nach §§ 50 ff. InsO (BGH, Urt. v. 11.12.1996 – IX ZR 278/96, WM 1998, 304, 305). Zur abweichenden Regelung der §§ 166 ff. InsO.	Zur Vermeidung von Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung durch den Absonderungsberechtigten.
Selbsteintritt des Gläubigers nach § 168 InsO kann Bestandteil der Vereinbarung sein. Gläubiger schuldet die Kostenpauschalen nach §§ 170, 171 InsO. Gläubiger muß Mehrerlös bei Weiterverwertung nicht abführen (BGH, Urt. v. 3.11.2005 - IX ZR 181/04, NZI 2006, 32).	Dem Gläubiger kann das Grundstück grundsätzlich nicht zum Zwecke der Befriedigung übereignet werden (kein Verfallpfandrecht), allgemein § 1149 BGB (BGH, Urt. v. 23.6.1995 - V ZR 265/93, BGHZ 130, 101, 104 ff.). Verkaufsvollmachten des Schuldners vor Insolvenz erlöschen mit Insolvenzeröffnung (§ 117 InsO), nach § 1149 BGB zulässige Abreden sind nur bei Vormerkung insolvenzfest (§ 883 Abs. 1 BGB, § 106 InsO).
Verwertungsvereinbarungen im Eröffnungsverfahren führen nicht zur Anwendung der §§ 170, 171 InsO (BGH, Urt. v. 20.2.2003 - IX ZR 81/02, BGHZ 154, 72); anderes gilt nur bei Anordnung des § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO.	Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung vor Insolvenzeröffnung kann nur mit § 30d Abs. 4 ZVG begegnet werden.

Inhalt einer Verwertungsvereinbarung

- Grundpfandrechtsgläubiger erteilt eine Löschungsbewilligung gegen Beteiligung an dem Verkaufserlös.
- Vereinbarung der Anrechnung des Ablösebetrages auf die Insolvenzforderung.
- Vereinbarung eines mindestens zu erzielenden Erlöses.
- Befristung der Vereinbarung; so lange Stillhalten des Gläubigers mit Zwangsversteigerung.
- Beteiligung des Grundpfandrechtsgläubigers an den Verwertungskosten.

Vereinbarung einer **Lästigkeitsprämie** mit den Gläubigern nachrangiger Grundpfandrechte wurde anfangs als insolvenzzweckwidrig angesehen (BGH, Beschl. v. 20.3.2008 - IX ZR 68/06, NZI 2008, 365 m. Anm. *Rein*; kritisch *Frege/Keller*, NZI 2009, 11), später aber anerkannt, soweit die Leistung nicht seitens der Insolvenzmasse erfolgt (BGH, Urt. v. 20.3.2014 - IX ZR 80/13, NZI 2014, 450).

Risiken der freihändigen Veräußerung durch den Insolvenzverwalter

- Sachmängelhaftung nach §§ 434 BGB; bei mitveräußerten beweglichen Gegenständen nicht abdingbar, da Insolvenzverwalter als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB angesehen wird (§§ 474 ff. BGB); im übrigen kein Haftungsausschluß bei § 444 BGB; bei Zwangsversteigerung gilt dagegen § 56 Satz 3 ZVG.
- Haftung für Mietkautionen nach § 566a Satz 2 BGB.
- Gefahr der Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG.

  Typischer Fall: Steuerfreie Veräußerung eines bisher steuerpflichtig vermieteten Objektes.

  Berichtigungszeitraum nach § 15a Abs. 1 Satz 2 UStG zehn Jahre.

  Zurückzuzahlende Vorsteuer ist Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO (BFH, Urt. v. 6.6.1991 - V R 115/87, ZIP 1991, 1080).

Besonderheiten der Zwangsversteigerung auf Antrag des Insolvenzverwalters

Insolvenzversteigerung - §§ 172, 174a ZVG

Zwangsversteigerung auf **Antrag des Insolvenzverwalters** nach **§ 172 ZVG** zwecks Verwertung der Insolvenzmasse; keine Beschlagnahme im Sinne des § 20 ZVG (§ 173 Satz 1 ZVG). Im geringsten Gebot sind alle Ansprüche aus § 10 Abs. 1 ZVG zu berücksichtigen.

Antrag eines dinglichen und im Insolvenzverfahren absonderungsberechtigten **Gläubigers** nach **§ 174 ZVG** bewirkt, daß er als betreibender Gläubiger im Sinne des geringsten Gebots anzusehen ist.

Antrag des Insolvenzverwalters nach **§ 174a ZVG** bewirkt, daß nur die den Feststellungskosten nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG vorgehenden Ansprüche im geringsten Gebot berücksichtigt werden. Ansprüche nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG aus Feststellung der beweglichen Gegenstände, die eigentlich der Hypothekenhaftung unterliegen; Kostenbeitrag des Gläubigers entsprechend § 171 InsO.

Beispiel: Das Grundstück des Schuldners ist mit folgenden Grundpfandrechten belastet:

Nr. 1	Hypothek für A	120.000 EUR mit 10 % Zinsen
Nr. 2	Grundschuld für B	240.000 EUR mit 5 % Zinsen
Nr. 3	Hypothek für C	40.000 EUR mit 12,5 % Zinsen
Nr. 4	Grundschuld für D	20.000 EUR mit 10 % Zinsen

Das Zwangsversteigerungsverfahren wird betrieben durch den Insolvenzverwalter nach § 172 ZVG. Das Gericht setzt den Verkehrswert des Grundstücks gemäß § 74a Abs. 5 ZVG mit 580.000 EUR fest; für die beweglichen mithaftenden Gegenstände wird ein Wert von 20.000 EUR festgesetzt. Der Kostenbeitrag nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG beträgt danach 800 EUR.

Wenn alle Anträge gestellt werden, ist das Grundstück mit drei Ausgebotsarten auszubieten:

Geringstes Gebot nach § 172 ZVG unter Berücksichtigung aller Ansprüche in § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 8 ZVG; Ansprüche nach § 10 Abs. 1 Nr. 6 ZVG können nicht bestehen (da keine Beschlagnahme nach § 23 ZVG vorliegt), Ansprüche nach § 10 Abs. 1 Nr. 7, 8 ZVG sind in den bar zu zahlenden Teil aufzunehmen.

Geringstes Gebot nach § 174 ZVG unter Berücksichtigung aller Ansprüche, die dem antragstellenden dinglichen Gläubiger als „betreibenden Gläubiger" im Range des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG vorgehen.

Geringstes Gebot nach § 174a ZVG unter Berücksichtigung lediglich der Kosten des Verfahrens.

Eingehend: *Böttcher/Keller*, ZVG, 7. Aufl. 2022, § 174a Rn. 4 ff.

Beispiel: Alle Gläubiger melden zum Versteigerungstermin laufende und rückständige Zinsen der letzten vier Jahre an. Grundschuldgläubiger B stellt zudem Antrag nach § 174 ZVG, der Insolvenzverwalter stellt darauf Antrag nach § 174a ZVG und meldet die Kosten nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG von 800 EUR an. Es sind drei Ausgebote auszubringen: In den bar zu zahlenden Teil der geringsten Gebote sind jeweils aufzunehmen die Kosten des Verfahrens, die hier pauschal 5.000 EUR beziffert werden. Stark vereinfacht ergeben sich folgende geringste Gebote:

1. geringstes Gebot nach § 172 ZVG:

bar zu zahlen:	Kosten	5.000 EUR
	Kostenbeitrag nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG	800 EUR
	rückständige und laufende Zinsen aller Rechte (§ 10 Abs. 1 Nr. 4, 8, § 47 ZVG nicht berücksichtigt)	124.000 EUR
bestehenbl.:	alle eingetragenen Rechte	420.000 EUR

2. geringstes Gebot nach § 174 ZVG:

bar zu zahlen:	Kosten	5.000 EUR
	Kostenbeitrag nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG	800 EUR
	laufende und rückständige Zinsen der Hypothek A (§ 10 Abs. 1 Nr. 4, § 47 ZVG nicht berücksichtigt)	24.000 EUR
bestehenbl.:	Hypothek A	120.000 EUR

3. geringstes Gebot nach § 174a ZVG:

bar zu zahlen:	Kosten	5.000 EUR
bestehenbl.:	keine Rechte	

Zuschlagserteilung bei Meistgeboten auf verschiedene Ausgebotsarten:

Wird nur auf eines der drei Ausgebote geboten, erhält dieses den Zuschlag;

Wird auf das Ausgebot nach § 172 ZVG und auf eines der Ausgebote nach § 174 ZVG oder § 174 ZVG geboten, ist dem Meistgebot auf das abweichende Ausgebot der Zuschlag zu erteilen.

Wird auf das Ausgebot nach § 174 ZVG und daneben auf das Ausgebot nach § 174a ZVG ein Meistgebot abgegeben, ist zunächst auf ersteres der Zuschlag zu erteilen, weil damit kein Rechtsverlust für die Ansprüche des Insolvenzverwalters gegeben ist und der Ausfall der absonderungsberechtigten Gläubiger festgestellt werden kann. Wäre dieser Ausfall aber bei dem Meistgebot nach § 174a ZVG geringer, weil dieses nominell höher liegt, besteht kein Grund, den Zuschlag auf das Meistgebot nach § 174a ZVG nicht erteilen zu wollen. Im Ergebnis wird das höhere Gebot entscheiden.

§ 174a ZVG sollte de lege ferenda aufgehoben werden:

Böttcher/Keller/Schneider/Beeneken
Rechtstatsächliche Forschung zur Ermittlung eines Reformbedarfs des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz), 2017, S.353, 354:

„Entscheidend ist, daß der Insolvenzverwalter eine Immobilie regelmäßig nur in Abstimmung mit den Absonderungsberechtigten zeitnah und erfolgreich verwerten kann. Gelingt keine Einigung, wird auch beispielsweise seitens eines Berechtigten die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung beantragt, wird der Insolvenzverwalter die Immobilie aus der Insolvenzmasse freigeben, schon um sich der laufenden Kosten als Masseverbindlichkeiten zu entledigen. Ein Erlös für die Insolvenzmasse ist regelmäßig nicht zu erwarten. Sollte dagegen im seltenen Fall trotz Belastung mit Grundpfandrechten ein Erlös aus einer Verwertung zu erwarten sein, werden sich erstens die Grundpfandrechtsgläubiger vernünftigerweise einer Verwertung nicht verschließen, zweitens genügt bei obstruktivem Verhalten die Versteigerung nach §§ 172 ff. ZVG, wenn die bestehenbleibenden Belastungen den Wert eben nicht übersteigen. Für § 174a ZVG besteht auch dann kein Bedürfnis.“

Angaben zum Insolvenzverwalter bei Grundbucheintragung

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 2.8.2022 – 19 W 111/21 (Wx)

Vom Insolvenzverwalter kann auch in Ansehung des § 15 Absatz 1 Nr. 1 GBV nicht verlangt werden, daß er seinen privaten Wohnort oder sein Geburtsdatum zur Eintragung in das Grundbuch angibt; es genügt die Angabe des Ortes des Kanzleisitzes.

Noch etwas zum Ärgern, aber auch zum Schmunzeln!

Sachverhalt: Der Insolvenzverwalter erstritt im Rahmen seiner Tätigkeit ein Urteil gegen einen Schuldner. In diesem war er zutreffend als Partei kraft Amtes für den Insolvenzschuldner bezeichnet. Er beantragte die Eintragung einer Sicherungshypothek nach §§ 866, 867 ZPO an einem Grundstücksmiteigentumsanteil des Vollstreckungsschuldners. Das Amtsgericht – Grundbuchamt forderte von ihm die Angabe des Geburtsdatums, um ihn dem § 15 Abs. 1 Nr. 1 GBV entsprechend als Gläubiger in das Grundbuch eintragen zu können.

Hinweise:

Falsch ist es, den Insolvenzverwalter selbst überhaupt als Gläubiger der Sicherungshypothek in das Grundbuch eintragen zu wollen, so aber OLG München (NZI 2012, 688; NZI 2016, 506 m. Anm. *Keller*), OLG Jena (NZI 2020, 1015 m. Anm. *Schneider* = ZfIR 2020, 616 m. Anm. *Keller*; siehe auch bereits Keller, IVR 2016, 81).

Gläubiger im materiellrechtlichen Sinne und damit als Berechtigter im Grundbuch zu bezeichnen ist der Insolvenzschuldner, für welchen der Insolvenzverwalter das Amt ausübt. Die Eintragung des Insolvenzverwalters als Gläubiger macht so-gar das Grundbuch unrichtig im Sinne des § 892 BGB, weil das Grundstücksrecht damit ihm persönlich zugeschrieben wird.

Richtigerweise wird der im Rubrum des Titels namentlich bezeichnete Insolvenzschuldner als Gläubiger der Sicherungshypothek eingetragen, verbunden mit dem nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 InsO einzutragenden Insolvenzvermerk, der die Person des Insolvenzverwalters auch nicht ausweist.

II. Steuern und öffentliche Abgaben – gerichtliche Fehlentscheidungen?

1. Die Verwertung der Immobilie unter Berücksichtigung öffentlicher Lasten

Freihändige Veräußerung eines Grundstücks durch den Insolvenzverwalter:
Abgesonderte Befriedigung der Gemeinde als Inhaberin einer öffentlichen Last
wegen ihrer Grundsteuerforderung

BGH, Urt. v. 18.2.2010 - IX ZR 101/09, NZI 2010, 482 = ZIP 2010, 994

Der Inhaber einer öffentlichen Last gemäß § 12 GrStG kann dann, wenn der Insolvenzverwalter das belastete Grundstück freihändig veräußert hat, keine abgesonderte Befriedigung aus dem Veräußerungserlös verlangen.

Hinweise:

- Freihändige Veräußerung allgemein zulässig (§ 80 Abs. 1, § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO); Berücksichtigung von Absonderungsrechten nach § 49 InsO in der Regel schon wegen der seitens des Erwerbers geforderten Lastenfreistellung.
- Der Träger einer öffentlichen Last ist im Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG vollwertig absonderungsberechtigt.
- Die Klage war mit § 49 InsO, § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG und § 48 Satz 2 InsO analog „nicht ganz doof".
- Der Veräußerer haftet aber gesetzlich nicht für die Freiheit von öffentlichen Lasten (§ 438 Abs. 2 BGB); der Erwerber hat das Risiko der Duldungshaftung (§§ 77, 190 AO).

2. Die Vollstreckung öffentlicher Lasten gegen die Insolvenzmasse

Abgesonderte Befriedigung am Grundstück kann verlangen:

- Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, soweit die Ansprüche noch in **§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG** fallen; Berechnung nach § 13 ZVG ab Beschlagnahme zu Gunsten des Gläubigers.
- Träger öffentlicher Last, soweit seine Ansprüche noch in **§ 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG** fallen; Berechnung nach § 13 ZVG ab Beschlagnahme zu Gunsten des Gläubigers.
- Grundpfandrechtsgläubiger **(§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG**).
- Die Zwangsversteigerung persönlich betreibender Gläubiger (**§ 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG**), soweit seine Beschlagnahme außerhalb der Zeiträume des § 88 InsO liegt und nicht nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar ist.

Realisierung des Absonderungsrechts:

- **Grundstück mit wesentlichen Bestandteilen:** Anordnung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung.
- **Zubehör und Erzeugnisse (§ 1120 BGB):** Anordnung der Zwangsversteigerung; Enthaftung nach §§ 1121, 1122 BGB durch Veräußerung und Entfernung seitens des Insolvenzverwalters, dann auch kein Kostenbeitrag nach § 171 InsO oder § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG.
- **Miete- und Pachtforderungen (§§ 1120, 1123 BGB):** Anordnung der Zwangsverwaltung (§ 148, § 21 Abs. 2 ZVG); keine sogenannte dingliche Pfändung (BGH, Beschl. v. 13.7.2006 – IX ZB 301/04, BGHZ 168, 339); Einziehung der nicht beschlagnahmten Miete durch den Insolvenzverwalter, sie unterliegen der abgesonderten Befriedigung nur und erst mit Beschlagnahme nach § 148, § 21 Abs. 2 ZVG (BGH, Beschl. v. 10.10.2013 – IX ZB 197/11, NJW 2013, 3520).

Anordnung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung:

Vorliegen der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen, Duldungstitel bei Grundpfandrechten (i. d. R. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO); Vollstreckungsklausel gegen Insolvenzverwalter (§ 727 ZPO); bei öffentlichen Lasten (Anordnung nach § 321 AO) nicht geklärt, ob Duldungsbescheid nach §§ 77, 190 AO erforderlich ist.

Wie hätte die Kommune im Fall des BGH, Urt. v. 18.2.2010 - IX ZR 101/09 handeln müssen?

- Unmittelbar nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung (sicherheitshalber mit vorheriger Zustellung Duldungsbescheid an Insolvenzverwalter).
- Bei freihändiger Verwertung Fälligkeit des Kaufpreises erst mit Nachweis der Aufhebung des Zwangsversteigerungsverfahrens.
- Es hätten dann die öffentlichen Lasten berücksichtigt werden müssen (am besten zahlt der Insolvenzverwalter gleich).

Erlaß eines Duldungsbescheides vierzehn Jahre nach Insolvenzeröffnung

VG Schleswig, Urt. v. 15.11.2023 – 4 A 1/22, NZI 2024, demnächst m. Anm. *Keller*

1. Abwasser- und Abfallgebühren ruhen nicht als öffentliche Last auf dem Grundbesitz, wenn der Eigentümer das Grundstück vor Inkrafttreten der Regelung des § 6 Abs. 7 Kommunalabgabengesetzes Schleswig-Holstein erworben hat.

2. Der Vollstreckbarkeit einer Grundsteuerforderung steht nicht eine dem Voreigentümer erteilte Restschuldbefreiung entgegen, da die Grundsteuerforderung zur abgesonderten Befriedigung berechtigt und nicht durch die Restschuldbefreiung berührt wird.

Sachverhalt:

Insolvenzeröffnung 2005; Veräußerung des Grundstücks durch den Insolvenzverwalter; Aufhebung des Insolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung; 2019 Erlaß eines Duldungsbescheides gegen den Erwerber.

Aussagen des Gerichts:

- Restschuldbefreiung stört wegen § 301 Abs. 2 InsO nicht das Absonderungsrecht.
- Öffentliche Last ist nicht verjährt oder verwirkt, weil die Kommune bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens an der Verwertung gehindert war.

KOMPLETT FALSCH!

Wie lautet das richtige Ergebnis?

- Die Kommune hätte als Absonderungsberechtigte seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Zwangsversteigerung betreiben können, insbesondere gilt § 89 Abs. 1 InsO nicht für Absonderungsberechtigte.
- Nach 14 Jahren hätte dann durchaus eine Verwirkung des Duldungsanspruchs gegen den Erwerber in Betracht gezogen werden müssen.
- Die öffentliche Last außerhalb der zeitlichen Grenzen des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG – bei wiederkehrenden Leistungen zwei Jahre – hat die Rangklasse Nr. 7 des § 10 ZVG; wird aus ihr vollstreckt, rückt sie zwar in die Rangklasse Nr. 5 des § 10 ZVG auf und steht insoweit einem persönlich betreibenden Gläubiger gleich.
- Kann sich die Kommune dann noch auf § 301 Abs. 2 InsO berufen, wenn dem Schuldner Restschuldbefreiung erteilt ist?
- Kann sich ein Erwerber bezüglich der Duldungshaftung auf die Restschuldbefreiung seines Voreigentümers berufen (bejahend, wenn für die Steuerforderung eine Zwangssicherungshypothek eingetragen ist, Nds. FG, Urt. v. 23.8.2022 – 13 K 18/21, ZVI 2022, 426, Revision anhängig unter Az. VII R 32/22)?

3. Grundstücksbezogene Steuern als Masseverbindlichkeit

BFH, Urt. v. 2.4.2019 – IX R 21/17, BFHE 264, 109 = BStBl II 2019, 481 = NZI 2019, 674

1. Der Insolvenzschuldner erzielt die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, wenn der Insolvenzverwalter die vom Schuldner als Vermieter begründeten Mietverträge erfüllt.

2. Wird die Einkommensteuer erstmals nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens festgesetzt, ist der Steuerbescheid dem vormaligen Insolvenzschuldner als Inhaltsadressat bekannt zu geben; eine Bekanntgabe an den vormaligen Insolvenzverwalter kommt nicht mehr in Betracht.

Sachverhalt: Die Insolvenzverwalterin erzielte Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung, sie gab keine Steuererklärungen dazu ab. Ein Jahr nach Erteilung der Restschuldbefreiung setzte das Finanzamt die Einkommensteuer für die Zeit des Insolvenzverfahrens unter Einbeziehung der Vermietungseinnahmen fest.

Ungeachtet der Frage, weshalb die Insolvenzverwalterin trotz § 155 InsO keine Steuererklärungen abgegeben hatte, war fraglich, ob der Schuldner mit seinem Neuvermögen für die Steuern haftet, die als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren gewesen wären. Der BFH setzt dies ohne weiteres voraus und führt in seiner Begründung aus, daß die Steuerschuld nicht durch die Restschuldbefreiung entfallen sei und eine teleologische Erstreckung des § 301 InsO auf Masseverbindlichkeiten nicht in Betracht komme.

im Grundsatz bereits zur Aufrechnung BFH, Urt. v. 28.11.2017 – VII R 1/16, BFHE 260, 26 = BStBl II 2018, 457 = NZI 2018, 461.

Für eine unbeschränkte Haftung FG Düsseldorf, Urt. v. 13.7.2022 – 4 K 1280/21 AO, NZI 2022, 795 (dazu Revision zum BFH anhängig unter Az. XI R 23/22).

Sonstige Steuerliche Gefahren

Veräußerung der Immobilie kann zu Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG führen:

- Gefahr bei unklarer steuerlicher Buchhaltung und früheren umsatzsteuerbaren Einkünften.
- Veräußerung mit der Option auf Umsatzsteuer nach § 9 Abs. 2 UStG (§ 13 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5 UStG), auch in der Zwangsversteigerung.

Veräußerung der Immobilie kann zu Einkommensteuer-/Körperschaftssteuerpflicht führen:

- Die Hebung stiller Reserven (§ 253 HGB) durch erfolgreiche Veräußerung kann in der Insolvenz regelmäßig nicht nach § 6b Abs. 1 EStG kompensiert werden.
- Einkommensteuer ist Masseverbindlichkeit (grundlegend bekräftigt durch BFH, Urt. v. 16.5.2013 – IV R 23/11, BFHE 241, 233 = NZI 2103, 709, insbes. Begr. Rn. 22 ff.).

Eine Freigabe an den Schuldner verschiebt das steuerliche Risiko auf ihn, wenn er die Immobilie veräußert.

Aus der Sicht des Schuldners wäre sinnvoll: Insolvenzverwalter verwertet die Immobilie und löst den steuerlichen Tatbestand aus. Das Verfahren wird dann mit Masseunzulänglichkeit eingestellt. Nach der Rechtsprechung des BFH haftet der Schuldner aber weiter für die Masseverbindlichkeiten.

In welchem Umfang haftet der Schuldner für nicht befriedigte Masseverbindlichkeiten?

Die klare Rechtslage im klassischen Konkursrecht:

- Haftung nur mit den Vermögenswerten der Konkursmasse, die nach Aufhebung des Verfahrens noch vorhanden waren (Jaeger/*Lent*, KO, 8. Aufl. 1958, § 59 Anm. 2 dritter Absatz; Jaeger/*Meller-Hannich*, InsO, 2. Aufl. 2022, § 201 Rn. 8).
- Keine Haftung mit dem Neuerwerb seit Konkurseröffnung.

Die umstrittene Rechtslage im Insolvenzrecht:

- Grundsätzliche Haftung gerade auch trotz Erteilung der Restschuldbefreiung (differenzierend hinsichtlich der Anlage des Rechtsgrundes MüKo-InsO/*Hefermehl*, 4. Aufl. 2019, § 53 Rn. 33, § 207 Rn. 76, 77; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 1998, Rn. 25.30).

Stellungnahme:

- Mit der Einbindung des Neuerwerbs in die Insolvenzmasse kann die Haftung vordergründig begründet werden. Ein Vermögenserwerb des Schuldners nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens ist aber auch insolvenzfrei. Warum soll dann der Schuldner – anders als im früheren Konkursrecht – mit dem insolvenzfreien Vermögen haften?
- Stellen die §§ 207, 208 InsO nicht abschließende Regelungen zur Befriedigung von Masseverbindlichkeiten dar?

III. Die Immobilie in der insolvenzrechtlichen Vergütung – praktische Fehlentwicklungen?

1. Grundsatz und Ausnahme in § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 InsVV

Insolvenzmasse bei Beendigung des Regelinsolvenzverfahrens, § 1 Abs. 1 Satz 1 InsVV	Insolvenzmasse bei vorzeitiger Verfahrensbeendigung, § 1 Abs. 1 Satz 2 InsVV
Insolvenzmasse bei Schlußrechnung des Insolvenzverwalters nach §§ 66, 196 InsO; entspricht der Insolvenzmasse i. S. d. § 35 InsO (keine Berücksichtigung von Aussonderungsrechten), nicht jedoch der Teilungsmasse, die den Gläubigern abschließend zur Verfügung steht.	Insolvenzmasse bei Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit nach §§ 208 ff InsO entsprechend der Schlußrechnung des Verwalters nach § 66 InsO; Vergütung muß voll gedeckt sein, § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO.
	Bei Einstellung mangels Masse gemäß § 207 InsO kann das Vermögensverzeichnis nach § 153 InsO Grundlage der Vergütung sein.
	Ebenso bei Einstellung nach §§ 212, 213 InsO.
	Insolvenzmasse bei Einstellung nach Bestätigung eines Insolvenzplans nach § 258 InsO hat sich aus der Vermögensübersicht nach § 229 InsO zu ergeben; Vergütung muß voll gedeckt sein, keine Vergütungsvereinbarung im Insolvenzplan zulässig.

Abzug von Massegegenständen mit Absonderungsrecht, § 1 Abs. 2 Nr. 1, 2 InsVV

Verwertung durch den Verwalter, § 166 ff InsO	Verwertung durch den Gläubiger, § 173 InsO
Zur Insolvenzmasse fließt der Kostenbeitrag nach § 171 InsO, § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG.	Zur Insolvenzmasse fließt ein möglicher Überschuß aus der Verwertung.
Regelvergütung des Verwalters nach § 2 InsVV erhöht sich um den Unterschiedsbetrag zwischen der Insolvenzmasse ohne und mit Berücksichtigung der betreffenden Massegegenstände; erforderlich daher Vergleichsrechnung.	§ 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV gibt vergütungsrechtlich keinen Anreiz, sich mit belastetem Grundbesitz zu befassen; ist er überhaupt von § 63 Abs. 1 und § 65 InsO gedeckt?
Begrenzung des Erhöhungsbetrages auf die Hälfte der Summe der Kostenbeträge nach § 171 InsO, § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG.	Ablösung durch den Verwalter, § 1 Abs. 2 Nr. 2 InsVV
	Fiktive Berücksichtigung der Gegenstände mit dem Unterschiedsbetrag zwischen Ablösesumme an Gläubiger und objektivem Wert des Gegenstandes; tatsächlich erzielter Erlös des Verwalters ist nicht maßgebend.

2. Die besondere Vergütung bei der Verwertung nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV

BGH, Beschl. v. 22.7.2021 – IX ZB 85/19, dazu EWiR 2021, 592 (*Keller*)

1. Im Fall der freihändigen Veräußerung eines mit einem Absonderungsrecht belasteten Grundstücks durch den Insolvenzverwalter kann dieser Anspruch auf eine Mehrvergütung haben, die sich auf höchstens 2% des Verwertungserlöses beläuft.

2. Ist zwischen Verwalter und Absonderungsberechtigten allgemein ein Kostenbeitrag für die Verwertung einer Immobilie zu Gunsten der Masse vereinbart worden, beträgt der für die Vergütung maßgebliche Anteil der Feststellungskosten 4/9 dieses Beitrags.

3. Bei der zur Ermittlung der Höhe der Mehrvergütung gebotenen Vergleichsberechnung ist jeweils darauf abzustellen, wie hoch die Vergütung unter Berücksichtigung von Zu- und Abschlägen konkret wäre. Der auf höchstens 50% der Feststellungskosten begrenzte Differenzbetrag bildet abschließend die dem Insolvenzverwalter zu gewährende Mehrvergütung.

Sachverhalt: Der Insolvenzverwalter veräußerte eine mit Absonderungsrechten belastete Betriebsimmobilie freihändig. Hieraus flossen 323.708,91 EUR an die Masse. Der Insolvenzverwalter beantragte eine Mehrvergütung nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV in Höhe der Hälfte der genannten Kostenbeiträge sowie einen Zuschlag in Höhe der 1,1-fachen Regelvergütung. Das Insolvenzgericht erkannte Zuschläge von 40 % auf die Regelvergütung einschließlich Mehrvergütung.

Entscheidungsaussagen:

- Fehlte eine Ausweisung des Feststellungskostenbeitrages, kann dieser aus dem Massebeitrag der Verwertung im Verhältnis 4/9 ermittelt werden.
- Der so ermittelte Feststellungskostenbeitrag ist begrenzt auf 2 % des Verwertungserlöses.
- Die Mehrvergütung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV ist durch eine Vergleichsrechnung der Gesamtvergütung zu ermitteln.

Beispiel: Verwertungserlös Grundstück 500.000 EUR; zur Insolvenzmasse geflossen 15.000 EUR.

Vergütungsberechnung ohne Grundstück

Berechnungsgrundlage:

sonstige Insolvenzmasse:	2.500.000 EUR
Massebeitrag Grundstück:	15.000 EUR*

* Streitig ist auch, ob der Massebeitrag oder die Beträge des § 171 InsO einzubeziehen sind.

Vergütungsberechnung:

Regelvergütung:	95.580 EUR
150 % Zuschläge:	143.370 EUR
Gesamt:	238.950 EUR

Vergütungsberechnung mit Grundstück

Berechnungsgrundlage:

sonstige Insolvenzmasse:	2.500.000 EUR
Grundstück:	500.000 EUR

Vergütungsberechnung:

Regelvergütung:	106.250 EUR
150 % Zuschläge:	159.375 EUR
Gesamt:	265.625 EUR

Differenzbetrag von 26.675 EUR ist als Mehrvergütung auf 2 % des Verwertungserlöses begrenzt; mithin auf 10.000 EUR.

Der Insolvenzverwalter erhält für die Verwertung weniger Vergütung als ein Immobilienmakler!

Läßt sich das Ergebnis durch Zuschlagsgewährung korrigieren?

Das Verhältnis zur Zuschlagsgewährung nach § 3 Abs. 1 lit. b) InsVV:

- Zuschlagsgewährung in Abgrenzung zur Mehrvergütung, wenn die Feststellung von Absonderungsrechten schwierig und arbeitsintensiv war; die Verwertungstätigkeit wird durch die Mehrvergütung abgegolten.
- Zuschlagsgewährung nur, wenn durch die Verwertung kein erheblicher Mehrbetrag zur Masse geflossen ist, durch welchen sich bereits die Regelvergütung erhöht.
- Der Umfang des Immobiliarvermögens kann Indikator einer quantitativen Arbeitsbelastung sein.

3. Das Erfordernis der erheblichen Befassung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 InsVV

§ 63 InsO

(3) Die Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters wird gesondert vergütet. Er erhält in der Regel 25 Prozent der Vergütung des Insolvenzverwalters bezogen auf das Vermögen, auf das sich seine Tätigkeit während des Eröffnungsverfahrens erstreckt. […]

§ 11 InsVV

(1) Für die Berechnung der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters ist das Vermögen zugrunde zu legen, auf das sich seine Tätigkeit während des Eröffnungsverfahrens erstreckt. Vermögensgegenstände, an denen bei Verfahrenseröffnung Aus- oder Absonderungsrechte bestehen, werden dem Vermögen nach Satz 1 hinzugerechnet, sofern sich der vorläufige Insolvenzverwalter in erheblichem Umfang mit ihnen befaßt. […]

BGH, Beschl. v. 12.9.2019 – IX ZB 28/18, NZI 2019, 867 = ZIP 2019, 1969,
dazu EWiR 2019, 662 (*Keller*)

Die Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 2 InsVV in der Fassung des Gesetzes vom 15. Juli 2013 (BGBl. I S. 2379) ist von der gesetzlichen Ermächtigung in § 63 Abs. 3, § 65 InsO gedeckt.

Hinweis:

- Der BGH kehrt praktisch zur Rechtsprechung vom 14.12.2000 zurück (BGH, Beschl. v. 14.12.2000 – IX ZB 105/00, BGHZ 146, 165), ohne diese zu erwähnen.
- BGHZ 146, 165, Begr. Rn. 29: „Danach kann Grundlage für die Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters entsprechend § 1 Abs. 1 InsVV nur der Wert der "Insolvenzmasse" bei Beendigung seiner vorläufigen Insolvenzverwaltung sein (LG Düsseldorf NZI 2000, 182; LG Frankfurt/Main ZIP 1999, 1686 f; LG Kleve ZIP 2000, 1946 f; Haarmeyer/Wutzke/Förster aaO § 10 Rn. 5; Eickmann aaO § 11 Rn. 7 bis 9; Keller, in: Erster Leipziger Insolvenzrechtstag, herausgegeben von Chr. Berger u.a., Berlin 2000, S. 67, 73; Hess aaO § 10 Rn. 2).“

BGH, Beschl. v. 10.6.2021 – IX ZB 51/19, NZI 2021, 838 = ZIP 2021, 1555

1a. Der vorläufige Insolvenzverwalter befaßt sich in erheblichem Umfang mit Vermögensgegenständen, an denen bei Verfahrenseröffnung Aus- oder Absonderungsrechte bestehen, wenn er nach dem zeitlichen und sachlichen Maß der Befassung einen erheblichen Teil seiner Arbeitskraft auf die Bearbeitung des Vermögensgegenstandes verwendet und dabei das gewöhnliche Maß an Tätigkeit eines vorläufigen Insolvenzverwalters derart überschreitet, daß eine erhebliche Mehrbelastung des vorläufigen Verwalters durch die Befassung mit dem Vermögensgegenstand feststeht. Der erhebliche Umfang der Befassung muß sich dabei gerade auf den Vermögensgegenstand richten, welcher der Berechnungsgrundlage hinzuzurechnen ist. Erforderlich ist ein konkreter Vortrag des vorläufigen Insolvenzverwalters, welche Tätigkeiten er für den Vermögensgegenstand im Einzelfall entfaltet hat.

1b. Vereinbart der vorläufige Insolvenzverwalter mit den Grundpfandrechtsgläubigern, die Mieten aus laufenden Mietverhältnissen einzuziehen und an die Grundpfandrechtsgläubiger zu verteilen, liegt darin allein keine Befassung im erheblichen Umfang mit dem Grundstück oder dem Grundpfandrecht.

2. Für die Festsetzung des Gesamtzu- oder Gesamtabschlags ist stets eine Gesamtbetrachtung erforderlich, um eine doppelte Berücksichtigung von Umständen zu vermeiden und sich aus Einzelzuschlägen ergebenden Überschneidungen Rechnung tragen zu können. Der Tatrichter hat die Höhe des Gesamtzu- oder Gesamtabschlags danach zu bemessen, daß der festgestellte Mehr- oder Minderaufwand angesichts der im Einzelfall bestehenden Besonderheiten insgesamt angemessen vergütet wird.

3. Soweit der vorläufige Insolvenzverwalter eine Vergütung für den aus der erheblichen Befassung mit einem Vermögensgegenstand entstandenen Aufwand erhält, weil die Berechnungsgrundlage um den Wert des Aus- oder Absonderungsrechts erhöht worden ist, können solche über die Erhöhung der Berechnungsgrundlage vergütete Tätigkeiten nicht herangezogen werden, um einen Zuschlag zu rechtfertigen.

4. Führt der Insolvenzverwalter das Unternehmen fort, richtet sich die Höhe des Zuschlags nach dem durch die Betriebsfortführung veranlaßten zusätzlichen Aufwand; ein Mindestzuschlag (etwa in Höhe von 25 %) besteht nicht.

5. War die Masse groß, kann die Geschäftsführung geringe Anforderungen an den Verwalter gestellt haben, wenn das Vermögen des Schuldners seine Verbindlichkeiten erheblich übersteigt und die Höhe dieses Vermögens in keinem Verhältnis zu dem entfalteten Aufwand steht, etwa weil sich die Insolvenzmasse ohne jegliches Zutun des Insolvenzverwalters ergeben hat. Tätigkeiten, die über einen Zuschlag vergütet werden, dürfen hierbei nicht berücksichtigt werden.

Eingehend dazu:

Keller, NZI 2021, 816

Feststellungen zu Einzelfragen der erheblichen Befassung im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 InsVV:

- Die Befassung kann den Vermögensgegenstand selbst betreffen, sie kann auch in einer Auseinandersetzung mit dem Aus- oder Absonderungsberechtigten bestehen.
- Wesentlich ist, welche Tätigkeiten der vorläufige Insolvenzverwalter entfaltet, um einen Gegenstand für die Masse zu beanspruchen, ihn für das Vermögen des Schuldners zu sichern und zu erhalten.
- Der vorläufige Insolvenzverwalter muß einen erheblichen Teil seiner Arbeitskraft, zeitlich oder sachlich, auf die Bearbeitung des von Aus- oder Absonderungsrechten betroffenen Vermögensgegenstandes verwendet haben.
- Die erhebliche Befassung darf nicht an formale Kriterien (Zahl der Sicherungsgläubiger, Anteil der Fremdrechte an der Insolvenzmasse) geknüpft werden. Es darf nicht schematisch aus abstrakten Tatbeständen auf eine erhebliche Befassung geschlossen werden; maßgebend ist die konkrete Arbeitsleistung.
- Liegt eine erhebliche Befassung bei einem wertmäßig nur teilweise belasteten Gegen-stand vor, zählt dieser mit seinem ganzen Wert zur Berechnungsgrundlage. Liegt keine erhebliche Befassung vor, kann nur der Wert des unbelasteten Teils einbezogen werden.

Für Immobiliarvermögen nach Ansicht des BGH nicht ausreichend:

- Kontaktaufnahme mit einem Grundpfandrechtsgläubiger, um ihn von der Verwertung des Grundstücks abzuhalten.
- Verhandlungen mit einem Grundpfandrechtsgläubiger zur möglichen einstweiligen Ein-stellung einer bereits angeordneten Zwangsversteigerung (§ 30 oder § 30d Abs. 4 ZVG) sollen eine erhebliche Befassung darstellen.
- Vereinbarung mit dem Grundpfandrechtsgläubiger über eine sogenannte kalte oder stille Zwangsverwaltung.
- Prüfung der Szenarien eines Veräußerungsprozesses.

Was soll man eigentlich noch alles machen?

Fragestellungen:

- Abgrenzung zwischen „Kontaktaufnahme“ und „Verhandlung“?
- Abgrenzung zwischen kalter Zwangsverwaltung und „echter“ Zwangsverwaltung im Arbeitsaufwand?
- Was ist, wenn die Immobilie der wesentliche oder einzige Vermögenswert ist?

Ulrich Keller*

Die Immobilie in der Insolvenz der natürlichen Person – gesetzliche Fehlkonstruktionen und richterliche Fehlentscheidungen?

In Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen sind auch Grundstücke, Wohnungseigentum oder grundstücksgleiche Rechte Teil der Insolvenzmasse. Der Insolvenzverwalter hat die Pflicht, diese Vermögenswerte zu verwerten. Da sie oft mit Grundpfandrechten belastet sind, erfolgt die Verwertung oftmals durch Zwangsversteigerung seitens der Grundpfandrechtsgläubiger, nicht selten auch mit Freigabe aus der Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter. Sowohl in den gesetzlichen Grundregelungen als auch in gerichtlichen Entscheidungen die Verwaltung und Verwertung betreffend werden dabei legitime Interessen des Schuldners nicht genügend berücksichtigt. Das gilt insbesondere bei der selbstgenutzten Immobilie. Es stellt sich sogar die Frage, ob der Insolvenzschuldner nicht sogar unverhältnismäßig weniger geschützt wird als der Empfänger von Bürgergeld oder Grundsicherung, der Grundstückseigentum besitzt.

I. Warum ist die selbstgenutzte Immobilie nicht vollstreckungs- und insolvenzfrei?

1. Massezugehörigkeit und Insolvenzfreiheit

Zur Insolvenzmasse gehört das gesamte Vermögen des Schuldners, das ihm mi Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung gehört und das er während des Insolvenzverfahrens erwirbt (§ 35 Abs. 1 InsO). Ausgenommen sind nach § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen. Mit dieser Generalverweisung wird wesentlich auf unpfändbare Gegenstände nach § 811 ZPO und unpfändbare Forderungen und sonstige Vermögensrechte nach § 851 ZPO verwiesen.[1] Grundstücke, Wohnungs- und Teileigentum oder grundstücksgleiche Rechte unterliegen nach § 864 ZPO ohne Beschränkung der Zwangsvollstreckung.[2] Sie sind damit auch in vollem Umfang Bestandteil der Insolvenzmasse.[3]

In der Einzelzwangsvollstreckung ist dies gerechtfertigt, weil die Zwangsversteigerung regelmäßig aus Grundpfandrechten erfolgt und damit die legitime Form der Pfandverwertung darstellt. Ferner kann der Schuldner unter den Voraussetzungen des § 30a ZVG eine Einstellung der Zwangsversteigerung erwirken, wenn Aussicht darauf besteht, daß sie dauerhaft vermieden werden kann.[4] Auch wenn Anträge nach § 30a ZVG in der Vollstreckungspraxis eher selten begründet sind,[5] besteht doch in gewissem Maße ein Schuldnerschutz.

Diesen beinhaltet das Insolvenzrecht nicht. Das zur Insolvenzmasse gehörende Grundstück unterliegt vollständig der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters (§ 80 Abs. 1 InsO). Er kann es veräußern oder selbst versteigern lassen (§§ 172 ff. ZVG). Betreibt ein Absonderungsberechtigter nach § 49 ZVG die Zwangsversteigerung, kann der Insolvenzverwalter keinen Schutzantrag nach § 30a ZVG stellen, für ihn gilt § 30d ZVG.[6] Für

---

* Professor für Zwangsvollstreckungsrecht (Mobiliar- und Immobiliarvollstreckung) sowie Insolvenzrecht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin, Dekan des Fachbereichs Rechtspflege.

1 HambK-InsO/*Lüdtke*, 10. Aufl. 2024, § 36 Rz. 7 ff.; HK-InsO/*Keller*, 11. Aufl. 2023, § 36 Rz. 6 ff.

2 Eingehend Stöber/*Keller*, ZVG, 23. Aufl. 2022, Einl. Rz. 26 ff.

3 HambK-InsO/*Lüdtke*, (Fußn. 1), § 5 Rz. 122 ff.

4 Stöber/*Nicht*, ZVG, (Fußn. 2), § 30a Rz. 6, 7; Schneider/*Keller*, ZVG, 2020, § 30a Rz. 36 ff.

5 *Böttcher/Keller/Schneider/Beenecken*, Das ZVG auf dem Prüfstand - Teil I Rechtstatsachen, 2017, S. 45 ff., S. 227 ff.

6 Stöber/*Nicht*, ZVG, (Fußn. 2), § 30d Rz. 3 ff.; Schneider/*Keller*, ZVG, (Fußn. 4), § 30d Rz. 36 ff.

den Schuldner selbst wäre allenfalls der besondere Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO denkbar.[7] Im Ergebnis verliert der Schuldner im Insolvenzverfahren das Eigentum an der Immobilie. Im Hinblick auf das Gebot zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung sowie der Realisierung von Absonderungsrechten erscheint dies zunächst gerechtfertigt. Nutzt der Schuldner alleine oder mit seiner Familie die Immobilie selbst, ist er dann faktisch auf die Miete einer Wohnung oder einer Immobilie angewiesen. Ist der Schuldner zugleich Empfänger von Bürgergeld (§§ 20 ff. SGB II), Sozialhilfe (§§ 8 ff. SGB XII) oder von Grundsicherung (§§ 41 ff. SGB XII), werden ihm die Wohnkosten im Rahmen der Leistungsgewährung erstattet (§ 22 SGB II, §§ 35, 42a SGB XII).

2. Vergleich zum Wohnraummietverhältnis des Schuldners

Betrachtet man dagegen allein den Aspekt, unter welchen Voraussetzungen ein Schuldner selbstgenutzten Wohnraum trotz Insolvenz weiter behalten darf, erscheint der Schuldner als Mieter weitaus bessergestellt. Nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO gibt der Insolvenzverwalter regelmäßig das Mietverhältnis frei. Wegen § 61 InsO muß er dies letztlich sogar tun,[8] um die Insolvenzmasse von Mietansprüchen als laufende Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu befreien. Der Begriff der „Freigabe des Mietverhältnisses“ ist daher irreführend. Mit § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO wird die Erfüllung des Mietvertrages in die Hand des Schuldners selbst gelegt, er soll die Miete aus dem pfand- und insolvenzfreien Arbeitseinkommen (§ 850c ZPO) zahlen. Zugleich hat die Regelung den Zweck, dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, den gemieteten Wohnraum behalten zu können, weil ein Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters mit dem Ziel, eine Mietkaution zu erlangen, ausgeschlossen ist. Der BGH geht sogar so weit, daß er auch die Mietkaution als von der Freigabe erfaßt sieht, damit der Schuldner bei der Anmietung neuen Wohnraums sie wieder nutzen kann.[9] Allerdings gewährt der BGH keine Insolvenzfreiheit für einen Kautionsrückzahlungsanspruch, wenn der Mieter Leistungsberechtigter nach §§ 20 ff. SGB II ist. Ferner begründet der Umstand, daß der Mieter ein Mietkautionsguthaben zur Rückzahlung eines Darlehens benötigt, das ihm zur Finanzierung der Mietsicherheit für ein neues Mietverhältnis gewährt worden ist, keine sittenwidrige Härte des Insolvenzbeschlags.[10]

Ebenso weitgehend ist der gesetzliche Schutz, wenn der Schuldner Mitglied und Mieter einer Wohnungsgenossenschaft ist. Nach § 67c GenG kann der Insolvenz dann auch die Mitgliedschaft nicht kündigen, wenn der Geschäftsanteil die vierfache Monatsmiete nicht übersteigt oder höchstens 2.000 EUR beträgt. Hier soll der Schuldner als Mieter davor geschützt werden, daß ihm wegen der Kündigung der Mitgliedschaft die Kündigung des Mietvertrages droht.[11] Der Genossenschaftsanteil soll auch den Zweck einer Mietkaution erfüllen, bezogen auf deren Höhe nach § 551 Abs. 1 BGB ist er mit höchstens 2.000 EUR aber großzügig bemessen.

Verglichen mit diesen Regelungen für die Wohnraummiete des Schuldners ist der Schuldner, der sein Eigenheim oder seine Eigentumswohnung selbst nutzt, schlechter gestellt. Er genießt keinerlei Schutz, auch und gerade wenn er die laufenden Kosten

---

7 Allgemein HK-InsO/*Sternal*, (Fußn. 1), § 4 Rz. 19.

8 BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 = ZIP 2012, 533 = ZVI 2012, 261, dazu EWiR 2012, 287 (*Henkel*); allgemein zu Dauerschuldverhältnissen MüKo-InsO/*Schoppmeyer*, 4. Aufl. 2019, § 61 Rz. 16.

9 BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – IX ZB 45/15, ZIP 2017, 884 = ZVI 2017, 275, dazu EWiR 2017, 405 (*Pohlmann-Weide*).

10 BGH, Beschl. v. 21.2.2019 – IX ZB 7/17, ZVI 2019, 199.

11 BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 56/17, ZIP 2018, 1256 = ZVI 2018, 327, dazu EWiR 2018, 593 (*Holzer*), Begr. Rz. 20, 21.

oder auch Zins- und Tilgungsleistungen einer Finanzierung aus dem unpfändbaren Teil seines Arbeitseinkommens zahlen könnte.

Natürlich liegt ein wesentlicher Unterschied zum Eigentum darin, daß dieses Teil der Insolvenzmasse ist, die gemietete Wohnung dem Schuldner aber gerade nicht gehört. Ein Unterschied liegt auch in der Einordnung der Gläubigerforderungen. Die Darlehensansprüche aus der Immobilienfinanzierung sind vollumfänglich Insolvenzforderungen (§§ 38, 41 Abs. 1 InsO), die Mietforderungen sind als wiederkehrende Ansprüche Masseverbindlichkeiten für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

3. Die selbstgenutzte Immobilie im Sozialleistungsrecht

Beinahe als eklatant ist der Unterschied zu bezeichnen, wenn man die Behandlung der selbstgenutzten Immobilie im Sozialleistungsrecht betrachtet. Beim Bezug von Sozialhilfe darf nach § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII diese nicht abhängig gemacht werden vom Einsatz oder von der Verwertung eines angemessenen Hausgrundstücks, das vom Leistungsberechtigten allein oder zusammen mit Angehörigen ganz oder teilweise bewohnt wird. Ist die Immobile im Einzelfall „zu groß“, kann Sozialhilfe als Darlehen gewährt werden, die Leistungserbringung kann davon abhängig gemacht werden, daß der Anspruch auf Rückzahlung dinglich oder in anderer Weise gesichert wird (§ 91 SGB XII). Das erfolgt regelmäßig durch Eintragung eines Grundpfandrechts in das Grundbuch.[12]

Noch erstaunlicher ist der Schutz bei der Gewährung von Bürgergeld. § 12 Abs. 1 Nr. 5 SGB II in der seit 1.7.2023 geltenden Fassung[13] läßt ein selbst genutztes Hausgrundstück mit einer Wohnfläche von bis zu 140 m² oder eine selbst genutzte Eigentumswohnung von bis zu 130 m² unangetastet; bewohnen mehr als vier Personen das Hausgrundstück beziehungsweise die Eigentumswohnung, erhöht sich die maßgebende Wohnfläche um jeweils 20 m² für jede weitere Person; höhere Wohnflächen sind anzuerkennen, sofern die Berücksichtigung als Vermögen eine besondere Härte bedeuten würde.[14] In der bis dato geltenden Fassung des § 12 SGB II wurde nur unbestimmt vom Hausgrundstück oder der Eigentumswohnung in angemessener Größe gesprochen.[15]

Zweck des § 12 Abs. 1 Nr. 5 SGB II soll nicht der Schutz der Immobilie als Vermögensgegenstand sein, sondern der Schutz der Wohnung im Sinne der Erfüllung des Grundbedürfnisses.[16] Faktisch wird aber der Vermögensgegenstand geschützt. Der auch gegenüber § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII hinsichtlich der Quadratmeterangaben großzügige Schutz kann damit begründet werden, daß das Bürgergeld nur vorübergehend gezahlt werden soll, bis der Leistungsberechtigte wieder eine Arbeitstätigkeit aufnehmen kann. § 12 Abs. 1 Nr. 5 SGB II schützt die vorhandene selbstgenutzte Immobilie, nicht das etwa vorhandene Vermögen zur Beschaffung einer solchen. Wird die Immobilie veräußert, ist auch der Erlös nicht geschützt.

---

12 Zwölftes Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze – Einführung eines Bürgergeldes (Bürgergeld-Gesetz) vom 15.12.2022 (BGBl. I S. 2328).

13 Fundstelle

14 Eingehend Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen zu § 12 SGB II, BA Zentrale FGL 21, Abschnitt 1.2.5.

15 Bekanntmachung der Neufassung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch vom 13.5.2011 (BGBl. I S. 850); zur Verfassungsmäßigkeit der früheren Regelung BVerfG, Beschl. v. 28.4.2022 – 1 BvL 12/20 (BGBl. I S. 1023).

16 BSG, Urt. v. 7.11.2006 - B 7b AS 2/05 R, FamRZ 2007, 729 (Leitsatz); BSG, Urt. v. 30.08.2017 - B 14 AS 30/16 R, NJW 2018, 1776 (Leitsatz); BT-Drucks 20/3873, S. 77.

4. Wertungswidersprüche zwischen Insolvenzrecht und Sozialleistungsrecht

Auch wenn der Zweck der sozialrechtlichen Regelungen im Schutz der Wohnung im Sinne der Erfüllung des Grundbedürfnisses liegen soll, wird faktisch doch das Eigentum des Leistungsberechtigten geschützt. Dazu gehört, daß auch Aufwendungen für Instandhaltung und Reparatur bei selbst bewohntem Wohneigentum Teil des Leistungsbezuges sein können (§ 22 Abs. 2 SGB II). Selbst Zins- und Tilgungsleistungen zur Finanzierung der Immobilie können übernommen werden, mindestens als Darlehen (§ 22 Abs. 8 SGB II).

In der Insolvenz ist dagegen die Immobilie massezugehörig und durch den Insolvenzverwalter zu verwerten. Das gilt natürlich auch dann, wenn der Schuldner zugleich Leistungsberechtigter für Bürgergeld, Sozialhilfe oder Grundsicherung ist. Insoweit steht das Insolvenzrecht über dem sozialrechtlichen Schutz. Bedenkt man aber den Zweck der sozialrechtlichen Regelungen, muß doch ein Widerspruch der Regelungen festgestellt werden. Der Zweck der sozialrechtlichen Regelungen besteht auch darin, die Allgemeinheit vor Kosten zu schützen, wenn der Leistungsberechtigte im Eigentum wohnt und bestenfalls dafür keine Zins- und Tilgungsleistungen mehr zu erbringen hat. Genau dieser Zweck wird aber verfehlt, wenn im Insolvenzverfahren das Eigentum verwertet und der Schuldner auf das Anmieten neuen Wohnraums verwiesen wird. Die Verwertung durch den Insolvenzverwalter kann dann zu einem höheren sozialrechtlichen Bedarf führen, was das Sozialrecht auch vermeiden will. Zudem haben auch die klassischen Schuldnerschutzvorschriften der §§ 811 oder 850c ZPO den Zweck, den Schuldner vor Sozialhilfebedürftigkeit zu bewahren.[17] Es wäre daher zu einfach zu argumentieren, der insolvenzrechtliche Zugriff gelte auch bei sozialrechtlicher Verschonung, was im Interesse der Gläubigerbefriedigung zwar gerechtfertigt ist, letztlich aber zu einer Belastung der Allgemeinheit führen kann, was der allgemeine Schuldnerschutz in der Zwangsvollstreckung verhindern will. Damit kann die Verwertung im Insolvenzverfahren gerade das herbeiführen, was das Sozialrecht auch im Interesse der Allgemeinheit vermeiden will.

5. Lösungsvorschlag

Eine Lösung de lege ferenda könnte in Anlehnung an de Grundgedanken des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO wie folgt aussehen:

a) Bedingte Freigabe

Der Insolvenzverwalter gibt die Immobilie aus der Insolvenzmasse frei. Insoweit handelt es sich anders als bei § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO tatsächlich um die Freigabe eines zur Insolvenzmasse gehörenden Gegenstandes. Die Freigabe darf aber auch nur dem Zweck der Sicherung des Wohnraums des Schuldners dienen. Fällt dieser Zweck weg, muß die Immobilie zu Gunsten der Gläubiger verwertet werden. Ebenso würde im Sozialleistungsbezug die Immobilie oder ein Veräußerungserlös als einzusetzendes Vermögen gelten, wenn die Immobilie nicht mehr bewohnt wird oder veräußert wird.[18]

---

[17] BGH v. 20. 11. 1997 – IX ZR 136/97, BGHZ 137, 193, 197; *Walker/Loyal*, in: Schuschke/Walker/Kessen/Thole, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2020, § 811 Rz. 1; Zöller/*Seibel*, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 811 Rz. 10 mit weiteren Nachweisen; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 52 Rz. 17; Brox/*Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, § 12 Rz. 130, 184 ff.; Keller, in: *Keller*, Handbuch Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. 2024, Rz. 2.331.

[18] LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.2.2020 - L 31 AS 818/18, juris.

b) Kostentragung aus insolvenzfreiem Vermögen

Mit der bedingten Freigabe würde der Schuldner die Kosten der Instandhaltung aus seinem insolvenzfreien Vermögen zu tragen haben, sie sind nicht als Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren. Damit verbunden dürfen die bereits fälligen und künftig fällig werden Ansprüche aus Kreditverhältnissen zur Finanzierung der Immobilie nicht als Insolvenzforderungen nach §§ 38, 41 Abs. 1 InsO zu qualifizieren sein. Der Schuldner hat sie aus seinem unpfändbaren Arbeitseinkommen oder sonst insolvenzfreien Vermögen zu bedienen. Ist er bereits Leistungsempfänger, kann das mit § 22 Abs. 8 SGB II korrespondieren, wonach auch Schulden übernommen werden, soweit dies zur Sicherung der Unterkunft oder zur Behebung einer vergleichbaren Notlage gerechtfertigt ist. Dies gelingt natürlich nur, wenn ein Kredit noch nicht gekündigt ist und die fälligen und weiter fällig werdenden Ansprüche aus dem unpfändbaren Teil des Arbeitseinkommens oder sonstiger unpfändbarer Einkünfte erbracht werden können. Ist der Kredit seitens des Kreditinstituts bereits gekündigt, wovon in zahlreichen Fällen der Insolvenz natürlicher Personen auszugehen ist, hängt es davon ab, ob das Kreditinstitut zu einer neuerlichen Kreditierung oder Prolongation bereit ist. Zugleich müßte in Anlehnung an § 112 InsO geregelt werden, daß ab dem Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung eine Kreditkündigung nicht mehr möglich ist.[19] Sie wäre erst dann wieder denkbar, wenn der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren die Immobilie freigegeben hat und der Schuldner die fälligen Leistungen aus seinem insolvenzfreien Vermögen nicht erbringt.

Die Verpflichtung des Schuldners, rückständige oder laufende Leistungen aus dem insolvenzfreien Vermögen zu erbringen, muß dabei alle Ansprüche betreffen, die durch Grundpfandrechte am Grundstück gesichert sind. Hat beispielsweise ein Gläubiger die Eintragung einer Sicherungshypothek nach §§ 866, 867 ZPO erwirkt, ist die gesamte Forderung zu bedienen.

c) Primäre abgesonderte Befriedigung

Kann der Schuldner fällige Ansprüche nicht bedienen, müßte der Gläubiger auf Grund des Grundpfandrechts, das zur abgesonderten Befriedigung berechtigt (§ 49 InsO), zunächst die Befriedigung aus dem Grundstück durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung suchen. In dem Zwangsversteigerungsverfahren über die zunächst freigegebene Immobilie könnte der Schuldner wiederum versuchen, mit einem Antrag nach § 30a ZVG die Versteigerung zu vermeiden. Ob das gelingen kann, ist eine Frage des Einzelfalles. Ein typischer Tatbestand des § 30a ZVG ist eine zeitnahe und realistische Umschuldung.[20] Diese muß nicht zwingend seitens eines Kreditinstituts erfolgen. Kann der Schuldner eine Umschuldung mit finanzieller Hilfe Familienangehöriger erlangen, kann das ebenso zur einstweiligen Einstellung und späteren Aufhebung des Zwangsversteigerungsverfahrens führen.

Die Verweisung des Gläubigers auf die abgesonderte Befriedigung schränkt dessen Rechte als Insolvenzgläubiger nicht ein. Nach § 52 Satz 2 InsO gilt mit dem Ausfallprinzip zwar ein Wahlrecht des Gläubigers, gerade der Grundpfandrechtsgläubiger wählt aber stets zuerst die abgesonderte Befriedigung, weil sie bessere Befriedigung erwarten läßt als die Teilnahme am Insolvenzverfahren. Bei der Aufstellung des Schlußverzeichnisses nach §§ 187 ff., 190 InsO verzichten daher regelmäßig

---

[19] Zur Mißbrauchskontrolle von Kündigungsklauseln in Verbraucherdarlehensverträgen und der daraus resultierenden Immobiliarvollstreckung EuGH, Urt. v. 9.11.2023 - C-598/21, BB 2023, 2689 = ZInsO 2024, 45; siehe auch Institut für Finanzdienstleistungen e.V., Abschlußbericht „Evaluierung der Entwicklungen im Bereich der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobiliar- Verbraucherdarlehensverträgen“, 2021, S. 45, 133 ff.

[20] Stöber/*Nicht*, ZVG, (Fußn. 2), § 30a Rz. 7; Schneider/*Keller*, ZVG, (Fußn. 4), § 30a Rz. 36 ff.

Grundpfandrechtsgläubiger auf die Quote als Insolvenzgläubiger und behalten das Grundpfandrecht, soweit das Grundstück noch nicht verwertet ist.[21] Lediglich mit dem Ausfall bei abgesonderter Befriedigung wäre der Kreditgeber dann wieder als Insolvenzgläubiger zu berücksichtigen.

Zugleich ist der Schuldner hinsichtlich des Schutzes des Wohnraums nicht benachteiligt. Vergleichbar zur Regelung bei Wohnungsmiete ist er ebenso gestellt, wenn er die laufende Miete aus dem unpfändbaren Teil des Einkommens nicht leisten kann und seitens des Vermieters wegen Zahlungsverzugs gekündigt wird. Daß bei der Verwertung der Immobilie durch den Grundpfandrechtsgläubiger der Schuldner auf die Anmietung einer Wohnung und letztlich auch auf Sozialleistungsbezug angewiesen sein kann, läßt sich nicht vollständig vermeiden.

d) Abschöpfung eines Verwertungserlöses

Als letzten Baustein bedarf es der Sicherstellung eines Veräußerungserlöses, sollte der Schuldner die Immobilie nicht mehr nutzen oder gar veräußern. Tritt dies während des Insolvenzverfahrens ein, kann der Insolvenzverwalter die Immobilie verwerten oder den Veräußerungserlös einziehen. Erfolgt dies erst nach Beendigung des Insolvenzverfahren, kann das über den Weg der Nachtragsverteilung nach § 203 InsO erfolgen. Es kann dabei überlegt werden, zur Sicherung der Abschöpfung des Erlöses einen Vermerk in das Grundbuch, ähnlich dem klassischen Insolvenzvermerk, einzutragen. Bei einer Veräußerung würde der sorgfältige Notar die Kaufpreisfällig von de Löschung des Vermerks abhängig machen, was zur Sicherung der Abschöpfung des Erlöses führt.

In diesem Zusammenhang kann nicht verhindert werden, daß der Schuldner die Immobilie „schwarz“ veräußert, mit dem Erwerber bei der notariellen Beurkundung einen zu niedrigen Kaufpreis vereinbart, und ein weiterer Geldbetrag „bar“ gezahlt werden soll. Die rechtliche Bewertung einer solchen Vereinbarung - Unwirksamkeit des beurkundeten Vertrages als Scheingeschäft (§ 117 BGB) und Formnichtigkeit des gewollten Geschäfts (§§ 311b, 125 BGB) sowie Verstoß gegen das Barzahlungsverbot des § 16a GwG - hindert die Beteiligten nicht daran, es dennoch zu tun.[22] Es ist dann eine Frage des Einzelfalles, ob dies entdeckt wird. Dies ist aber keine spezifische Problemstellung, die nur im Zusammenhang mit der hier erörterten Fragestellung steht, sie besteht allgemein, beispielsweise wenn die Beteiligten glauben, damit Gebühren und Grunderwerbsteuer sparen zu können.

Erfolgt die Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung, muß in gleicher Weise ein möglicher Übererlös für die Insolvenzmasse gesichert werden.

e) Praktische Bewertung

Praktiker mögen einwenden, die dargestellte Verfahrensweise sei nur in wenigen Fällen denkbar, denn regelmäßig seien Immobilienkredite bereits gekündigt, Umschuldungen kämen nicht in Betracht und der Schuldner könne ohnehin keine Leistungen aus seinem insolvenzfreien Vermögen erbringen. In diesen Fällen erscheint eine Freigabe der Immobilie mit den beschriebenen Wirkungen tatsächlich a priori sinnlos, der

---

21 Mit Berechnungsbeispiel *Keller*, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 790 ff.

22 BGH, Urt. v. 23.3.1979 - V ZR 24/77, BGHZ 74, 116 = NJW 1979, 1350 = Rpfleger 1979, 252; BGH, Urt. v. 25.3.1983 - V ZR 268/83, BGHZ 87, 150 = NJW 1983, 1610 = Rpfleger 1983, 306 (jeweils zur Falschbezeichnung eines Grundstücksteils); allgemein MüKo-BGB/*Armbrüster*, 9. Aufl. 2021, § 117 Rz. 28; zur Nichtigkeit wegen Steuerhinterziehung nach § 134 BGB mit § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO MüKo-BGB/*Armbrüster*, § 134 Rz. 57 mwN; differenzierend Staudinger/*Fischinger/Hengstberger*, BGB, Neubearb. 2021, § 134 Rz. 437 ff.

Insolvenzverwalter würde besser die Immobilie unter Berücksichtigung von Absonderungsrechten verwerten oder den Absonderungsberechtigten die zwangsweise Verwertung überlassen.

Entscheidende Voraussetzung der bedingten Freigabe ist die Aussicht, daß der Schuldner Zins- und Tilgungsleistungen sowie mögliche Instandhaltungsleistungen aus seinem insolvenzfreien Vermögen wird zahlen können. Ist die Immobilie ohne Belastung, ist „das Haus also abbezahlt", kann das durchaus der Fall sein, wenn der Schuldner nur laufende Kosten zu entrichten hat. Zwar wird man gerade hier einwenden wollen, die unbelastete Immobilie müsse doch für die Insolvenzgläubiger verwertet werden. Wenn das aber zu Sozialhilfebedürftigkeit des Schuldners führt, würde die Allgemeinheit wieder für die Schuldentilgung zahlen. Die Verwertung der unbelasteten Immobilie käme daher nur dann in Betracht, wenn der Schuldner über genügend eigene Einkünfte verfügt, um eine Wohnung zu mieten.

II. Grundstücksbezogene Steuern und Abgaben als immerwährende Verbindlichkeit

In die Überlegungen zur hier als bedingt bezeichneten Freigabe der selbstgenutzten Immobile des Schuldners müssen auch Steuern und Abgaben einbezogen werden, die laufend fällig werden oder die bei der Verwaltung und Verwertung entstehen können. Dabei besteht auch ein Zusammenhang mit der Erteilung der Restschuldbefreiung, die für den Schuldner als natürliche Person entscheidend ist.

1. Die Lebensdauer öffentlicher Lasten

Der dargestellt Lösungsvorschlag zur Behandlung der selbstgenutzten Immobilie in der Insolvenz gilt auch bezüglich öffentlicher Lasten, insbesondere bezüglich der Grundsteuer (§ 12 GrStG), soweit sie in der Rangklasse Nr. 3 des § 10 Abs. 1 ZVG einzuordnen und damit absonderungsberechtigt sind.[23] Auch sie hätte nach dem dargestellten Lösungsvorschlag der Schuldner nach der Freigabe der Immobilie aus seinem insolvenzfreien Vermögen zu zahlen.

Problematisch kann hier sein, wie die öffentlichen Lasten zu behandeln sind, wenn dem Schuldner Restschuldbefreiung erteilt wird und die öffentlichen Lasten aus dem Vorrecht der Nr. 3 des § 10 Abs. 1 ZVG lassen. Sie sind dann in Rangklasse Nr. 7 einzuordnen, wenn aus ihnen die Zwangsversteigerung betrieben wird, rücken sie in Rangklasse Nr. 5 auf.[24] Sie stehen dann aber den persönlichen (Insolvenz-)Gläubigern gleich. Fraglich ist, ob sie dann von der Restschuldbefreiung erfaßt sind, oder ob noch § 301 Abs. 2 InsO gilt.

Mit einem besonderen Sachverhalt hatte des VG Schleswig darüber entscheiden:[25] Das Insolvenzverfahren wurde 2005 eröffnet. Der Insolvenzverwalter veräußerte das Grundstück. Dem Schuldner wurde 2017 Restschuldbefreiung erteilt. Die Kommune erließ gegen den Erwerber im Jahre 2021 einen Duldungsbescheid betreffend öffentliche Lasten (§§ 190, 77 AO). Dieser wehrte sich mit dem Einwand der Verwirkung des Duldungsanspruchs. Das VG Schleswig wies dies mit dem Hinweis zurück, die Kommune sei wegen des Insolvenzverfahrens an der Vollstreckung der öffentlichen Lasten gehindert gewesen. Diese Annahme ist grundlegend unzutreffend. Natürlich hätte die Kommune während des Insolvenzverfahrens auf Grund ihres Absonderungsrechts aus § 49 InsO mit

---

23 Eingehend *Keller*, Insolvenzrecht, (Fußn. 21), Rz. 428.
24 Stöber/*Achenbach*, ZVG, (Fußn. 2), § 10 Rz. 89, 90; *Schneider*, ZVG, (Fußn. 4), § 10 Rz. 167.
25 Verwaltungsgericht Schleswig, Urt. v. 15.11.2023 – 4 A 1/22, NZI 2024, demnächst m. Anm. *Keller*.

§ 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG die Zwangsversteigerung betreiben können. Eine Verwirkung des Duldungsanspruchs insbesondere gegenüber dem Erwerber, der seit 2005 Eigentümer ist, kommt durchaus in Betracht.

Im übrigen sind sogenannte ältere öffentliche Lasten in Rangklasse Nr. 7 einzuordnen, weswegen sich die Frage stellt, ob sie von der Restschuldbefreiung erfaßt sind oder nicht. Nach dem Zweck des § 301 InsO sollte dies der Fall sein. Mit der Regelung des § 301 Abs. 2 InsO sollten bei Grundstücken insbesondere Grundpfandrechte ihre Gültigkeit behalten, wenn das belastete Grundstück nicht verwertet wird.[26] Diese sind hinsichtlich der Hauptsache stets in Rangklasse Nr. 4 des § 10 Abs. 1 ZVG einzuordnen und können auch bei Verjährung der gesicherten Forderung geltend gemacht werden (§ 216 Abs. 1 BGB). Wenn aber Rechte am Grundstück in einer Rangklasse stehen, die denen der persönlichen (Insolvenz-)gläubiger entspricht, müssen sie auch ebenso behandelt werden. Das gilt insbesondere für ältere Rückstände öffentlicher Lasten nach § 10 Abs. 1 Nr. 7 ZVG. Sie sind dann von der Restschuldbefreiung erfaßt. Der Schuldner, dem Restschuldbefreiung erteilt wurde, muß daher hinsichtlich der von ihm bewohnten Immobilie längstens innerhalb der zeitlichen Grenzen des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG die öffentlichen Lasten bedienen, die als Insolvenzforderungen vor Insolvenzeröffnung entstanden sind.

2. Einkommensteuerpflicht des Schuldners

a) Einkommensteuerpflicht bei Veräußerung

Wird die Immobilie mit Gewinn veräußert, unterliegt dieser der Einkommensteuer nach § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Nur wenn die selbstgenutzte Immobilie während des gesamten steuerlich relevanten Zeitraums von zehn Jahren auch selbst genutzt wird, bleibt der Gewinn steuerfrei (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG). Insoweit kann der vorstehend beschriebene Fall des Wegfalls der Nutzung oder der Veräußerung einen steuerlichen Tatbestand auslösen.

Bei der Veräußerung durch den Insolvenzverwalter betrachtet der BFH die Einkommensteuer zutreffend als Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.[27] Bei der Veräußerung der freigegebenen Immobilie durch den Schuldner trifft diesen selbst die Steuerpflicht, mit der Freigabe ist der Insolvenzverwalter nicht mehr Vermögensverwalter im Sinne des § 34 Abs. 3 AO.

Fraglich ist nun, wie die Steuerpflicht zu beurteilen ist, wenn die Immobilie im Sinne der vorstehend beschriebenen Weise bedingt freigegeben wird. Da bei einer Veräußerung der Erlös zur Masse gezogen werden soll, ist der Fall vergleichbar mit der Veräußerung durch den Insolvenzverwalter. Die Abschöpfung des Veräußerungserlöses zu Gunsten der Insolvenzmasse dürfte daher erst nach Befriedigung einer möglicherweise entstandenen Einkommensteuer auf den Veräußerungsgewinn erfolgen. Es müßte ferner klargestellt werden, daß der hierauf entfallende Anteil der Einkommensteuer nicht das sonstige Vermögen des Schuldners betrifft.

b) Steuerpflichtige Einnahmen während des Insolvenzverfahrens

Schwerwiegender ist die Rechtsprechung des BFH, die dem Schuldner hinsichtlich nicht befriedigter Masseverbindlichkeiten eine unbegrenzte Nachhaftung auferlegt, gerade

---

[26] Exemplarisch für die wirksam eingetragene und insolvenzrechtliche nicht unwirksam gewordene Sicherungshypothek nach §§ 866, 867 ZPO BGH, Urt. v. 10.12.2020 - IX ZR 24/20, ZVI 2021, 142.

[27] Zur Hebung stiller Reserven durch Veräußerung BFH, Urt. v. 16.5.2013 – IV R 23/11, BFHE 241, 233 = NZI 2013, 709, insbes. Begr. Rz. 22 ff.

auch wenn er Restschuldbefreiung erhalten hat. Bei der Besteuerung des Veräußerungsgewinns kann man etwas flapsig noch annehmen, es sei ja ein Geldbetrag zum Versteuern da, eben der Gewinn. Die Nachhaftung des Schuldners für Steuerverbindlichkeiten des Insolvenzverwalters führt aber praktisch zu einer Steuerpflicht ohne Einnahme. Deutlich wird das im Sachverhalt zum Urteil des BFH vom 2.4.2019:[28] Die Insolvenzverwalterin erzielte Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung, gab aber keine Steuererklärungen dazu ab. Ein Jahr nach Erteilung der Restschuldbefreiung setzte das Finanzamt die Einkommensteuer für die Zeit des Insolvenzverfahrens unter Einbeziehung der Vermietungseinnahmen fest.

Natürlich läßt sich der Fall mit dem Hinweis auf die Schadensersatzpflicht nach § 60 InsO wegen Verletzung steuerlicher Pflichten nach § 155 InsO zu einem versöhnlichen Ende führen. Besorgniserregend ist aber die Feststellung des BFH, daß steuerliche Masseverbindlichkeiten von der Restschuldbefreiung des § 301 InsO gar nicht erfaßt seien.[29] Entscheidend ist hier nicht die Frage der Reichweite der Restschuldbefreiung, sondern die grundlegende Frage, in welchem Umfang der Schuldner nach Beendigung des Insolvenzverfahren für nicht befriedigte Masseverbindlichkeiten überhaupt haftet.

Im früheren Konkursrecht war unstreitig, daß der Schuldner nach Beendigung des Verfahrens für nicht befriedigte Masseverbindlichkeiten nur mit den Vermögenswerten der Konkursmasse, die noch vorhanden waren, haftet.[30] Im Insolvenzrecht wird vereinzelt dagegen die weitere Haftung des Schuldners für Masseverbindlichkeiten angenommen, auch bei Erteilung der Restschuldbefreiung.[31] Das ist fraglich, denn zum einen können die §§ 207, 208 ff. InsO als abschließende Regelungen zur Haftung für Masseverbindlichkeiten betrachtet werden, zum anderen ist dogmatisch fraglich, ob der Schuldner auch mit Neuvermögen und damit insolvenzfreiem Vermögen für Verbindlichkeiten haften soll, die er nicht begründet hat und die einzig auf das Insolvenzverfahren bezogen waren.

Für steuerliche Ansprüche, die aus der Verwaltung der Immobilie des Schuldners resultieren ist bei dem dargestellten Lösungsvorschlag zu unterscheiden: Gibt der Insolvenzverwalter die Immobilie nicht frei, beispielsweise weil die Bedienung der Kosten durch das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners offensichtlich nicht möglich ist, bleiben die steuerlichen Ansprüche Masseverbindlichkeiten. Die Annahme einer Haftung des Schuldners nach Beendigung des Insolvenzverfahrens ist fragwürdig. Gibt der Insolvenzverwalter die Immobilie mit den vorstehend beschriebenen Modalitäten frei, sind auch die steuerlichen Ansprüche, beispielsweise neben Instandhaltungskosten, als Neuverbindlichkeiten des Schuldners zu betrachten. Von einer Restschuldbefreiung sind sie dann nicht betroffen.

III. Ergebnis

Grundstückseigentum und grundstücksgleiche Rechte sind Bestandteil der Insolvenzmasse und als solches vom Insolvenzverwalter zu verwerten. Diese aus dem Zwangsvollstreckungsrecht abgeleitete ausnahmslose Massezugehörigkeit kann nachteilige

---

28 BFH, Urt. v. 2.4.2019 – IX R 21/17, BFHE 264, 109 = BStBl II 2019, 481 = NZI 2019, 674.

29 So bereits BFH, Urt. v. 28.11.2017 – VII R 1/16, BFHE 260, 26 = BStBl II 2018, 457 = NZI 2018, 461, Begr. Rz. 30 ff.; für eine unbeschränkte Haftung FG Düsseldorf NZI 2022, 795; dazu Revision zum BFH anhängig unter Az. XI R 23/22.

30 Jaeger/*Lent*, KO, 8. Aufl. 1958, § 59 Anm. 2 dritter Absatz; Jaeger/*Meller-Hannich*, InsO, 2. Aufl. 2022, § 201 Rz. 8; Uhlenbruck/*Wegener,* InsO, 15. Aufl. 2019, § 201 Rz. 17 mwN.

31 Differenzierend hinsichtlich der Anlage des Rechtsgrundes MüKo-InsO/*Hefermehl*, (Fußn. 8), § 53 Rz. 33, § 207 Rz. 76, 77; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 1998, Rz. 25.30, begründet die unbeschränkte Nachhaftung mit dem Verursachungsprinzip.

Folgen haben, wenn der Schuldner die Immobilie selbst nutzt, die Kosten der Bewirtschaftung und mögliche Finanzierungskosten aus dem unpfändbaren Teil seiner Einkünfte erbringen könnte und bei Verwertung der Immobilie anspruchsberechtigt auf Bürgergeld, Sozialhilfe oder Grundsicherung werden könnte. Die beiden letztgenannten Voraussetzungen müssen sich nicht ausschließen.

Die Verwertung der selbstgenutzten Immobilie kann dann auch zu einer Belastung der Allgemeinheit führen, weil im Rahmen des Sozialleistungsbezugs die Kosten für angemessenen Wohnraum erstattet werden müssen. Um dies zu verhindern, regeln die Vorschriften zum einzusetzenden Vermögen bei Bürgergeld und Sozialhilfe die Verschonung der selbstgenutzten Immobilie, für das Bürgergeld ist die seit 1.7.2023 geltende Regelung sogar sehr großzügig. Einen vergleichbaren Schutz gewährt das Insolvenzrecht nicht. Demgegenüber schützt aber § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO in gewisser Weise die Wohnungsmiete des Schuldners, bei Miete einer Genossenschaftswohnung mit § 67c GenG sogar großzügig hinsichtlich der Höhe des Genossenschaftsanteils.

Eine Lösung für die selbstgenutzte Immobilie des Schuldners könnte darin bestehen, sie ähnlich wie bei der Wohnungsmiete freizugeben, damit die Kosten der Bewirtschaftung und auch die Ansprüche aus einer Finanzierung des Erwerbs sowie sonst dinglich gesicherte Forderungen aus dem unpfändbaren Teil der Einkünfte des Schuldners getragen werden können und sollen. Ein Erlös bei der Veräußerung der Immobilie während oder nach Beendigung des Insolvenzverfahrens würde zu Gunsten der Insolvenzgläubiger abgeschöpft. Diese ist natürlich nicht ohne gesetzliche Regelung möglich, denn zum einen kann die hier als bedingt bezeichnete Freigabe nicht nach denn allgemeinen Grundsätzen zur Freigabe von Massegegenständen erfolgen, zum anderen müßte gesetzlich geregelt werden, daß und in welchem Umfang Ansprüche aus der Bewirtschaftung, der Finanzierung oder sonst dinglich gesicherte Forderungen zunächst nicht als Insolvenzforderungen am Insolvenzverfahren teilnehmen sollen sondern auf den unpfändbaren Teil des schuldnerischen Vermögens verwiesen werden.

Die Beteiligten wären nicht benachteiligt. Lediglich die Absonderungsberechtigten der Immobilie wären darauf verwiesen, primär Befriedigung aus ihrem Absonderungsrecht zu suchen. Das Wahlrecht des § 52 Satz 2 InsO wäre insoweit eingeschränkt. Es besteht aber ohnehin nur theoretisch, weil gerade bei Immobiliarvermögen kaum ein Absonderungsberechtigter statt der abgesonderten Befriedigung die Befriedigung als Insolvenzgläubiger wählt; es sei denn, sein Grundpfandrecht hätte eine völlig aussichtslose Rangstelle. Die dinglich nicht gesicherten Insolvenzgläubiger hätten den Nachteil, daß der Wert der Immobilie nicht sofort, sondern erst bei einer Veräußerung realisiert würde. Das sollte hinzunehmen sein, denn andernfalls würde bei der beschriebenen Ausgangssituation die Allgemeinheit mit den Wohnkosten belastet und damit mittelbar die Schuldentilgung bezahlen.

Mietverträge in der Insolvenz

Massegenerierung aus Mietverträgen

Dr. Claudia R. Cymutta
Rechtsanwältin

Mieterinsolvenz

Ausgangslage

- § 108 InsO: Fortbestehen des Mietvertrags
- § 55 I Nr. 2 InsO: Miete ist Masseverbindlichkeit
  BGH, 11.3.2021, IX ZR 152/20 Rn. 3; BGH, 29.1.2015, IX ZR 279/13 Rn. 33, 58
- § 109 I 1 InsO: Sonderkündigungsrecht
- § 109 I 2 InsO: Enthaftung Wohnraummiete
- § 109 I 3 InsO: Schadensersatz ist Insolvenzforderung
- § 35 II InsO: Freigabe Geschäftsbetrieb mit Übergang Mietvertrag auf Schuldner

Massezuflüsse und -entlastung

1. Mietkaution (Gewerbe und Wohnraum)
2. Betriebskostenguthaben
3. Untermiete
4. Vermieterpfandrecht
5. Anfechtung von Mietzahlungen

Mietkaution

- Kaution = pfändbarer Anspruch des Schuldners

➢ ***grds. Teil der Insolvenzmasse***

- Rückzahlungsanspruch entsteht mit Abschluss des Mietvertrags und Leistung der Kaution
- aufschiebende Bedingung: Ende des Mietvertrags und Rückgabe der Mietsache
- Fälligkeit: Abrechnungsreife und Wegfall des Sicherungsbedürfnisses BGH 20.7.2016, VIII ZR 263/14 Rn. 12
- Verjährungsbeginn mit Fälligkeit (§ 195 BGB)

Mietkaution

- möglich als Barkaution, Sicherungsabtretung oder Verpfändung eines Kontoguthabens oder Sparbuchs, Bürgschaft, Patronatserklärung…
- Sicherung des Vermieters abhängig von der vertraglichen Regelung BGH, 27.1.2022, IX ZR 44/21

➢ „für alle Ansprüche aus dem Mietverhältnis“ umfasst auch Schadensersatz nach § 109 I 3 InsO

- Heranziehung für vertragsfremde Forderungen ist unzulässig

Mietkaution

Verwertungsbefugnis:

- Barkaution: Aufrechnung durch Vermieter
- Verpfändung Sparbuch: Vermieter, bei Sperrvermerk mit Zustimmung Mieter
- Mietkautionsbürgschaft, Patronatserklärung: Vermieter
- Sicherungsabtretung Sparkonto: Insolvenzverwalter (§ 166 II InsO) BGH 23.4.2009, IX ZR 65/08 Rn. 12; OLG Frankfurt a.M. 14.12.2012, 10 U 223/11

Mietkaution

Aufrechnung mit der Mietkaution:

- Aufrechnung mit Insolvenzforderungen möglich, wenn die Aufrechnungslage des § 387 BGB bei Insolvenzeröffnung bestand, § 94 InsO

Gegenforderung = Miete (fällig + wirksam) →

Gläubiger
= Vermieter
= Aufrechnender

Schuldner
= Mieter

← Hauptforderung = Kautionsrückzahlung (erfüllbar)

Mietkaution

- nach Ende Mietvertrag auch mit streitigen Forderungen zulässig BGH 24.7.2019, VIII ZR 141/17
- Kautionsrückzahlungsanspruch fällig mit Abrechnungsreife + Wegfall Sicherungsbedürfnis
- solange der Vermieter eine Forderung hat, ist das Sicherungsbedürfnis nicht weggefallen

➢ § 95 I 3 InsO greift nicht, da Hauptforderung nur nach der Gegenforderung fällig werden kann

- ABER: keine Aufrechnung mit vertragsfremden Forderungen BGH 11.7.2023, VIII ZR 36/12

Mietkaution

- Rückzahlungsanspruch ist grds. Insolvenzmasse
- ➢ Massezufluss, wenn Vermieter keine/geringe Forderung aus dem Mietvertrag hat
- ➢ bei Gewerberaummiete die Besicherung des Vermieters prüfen → je nach Inanspruchnahme kann Kaution der Masse zufließen
- ➢ ABER: Tilgungsbestimmung bei Ablösung Vermieterpfandrecht durch Vermieter!
  BGH 9.10.2014, IX ZR 69/14

Mietkaution

Beispiel:

Schuldner ist Onlinehändler. Vor Insolvenzantrag ist eine Miete offen, eine weitere bleibt nach dem Antrag unbezahlt. Die Ware ist an die Bank sicherungsübereignet. Der Vermieter ist durch das Vermieterpfandrecht und eine Barkaution gesichert.

- werden die offenen Mieten durch die Ablösung des Vermieterpfandrechts getilgt, ist die Kaution frei und fließt der Masse zu.

Mietkaution

Abwandlung des Beispiels:

Schuldner ist Onlinehändler, offene Mieten wie zuvor. Die Ware ist <u>nicht</u> sicherungsübereignet. Der Vermieter ist durch das Vermieterpfandrecht und eine Bürgschaft gesichert.

- werden die offenen Mieten durch die Bürgschaft getilgt, dann besteht kein Vermieterpfandrecht, d.h. der Verwertungserlös fließt in die Masse
- ABER: Tilgungsbestimmung durch den Vermieter

Mietkaution – Wohnraummiete

Enthaftung der Schuldnerwohnung, § 109 I 2 InsO:

- Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geht auf Schuldner über
- Mietvertrag scheidet aus Insolvenzbeschlag aus
- BGH gleicht die Wirkung an § 35 II InsO an
  BGH 9.4.2014, VIII ZR 107/13; 22.5.2014, IX ZR 136/13 Rn. 20; 16.3.2017, IX ZB 45/15
- Schuldner muss die Miete ab Enthaftung aus dem insolvenzfreien Vermögen/Einkommen zahlen
- Willenserklärungen können nur von Schuldner abgegeben und empfangen werden

Mietkaution – Wohnraummiete

- Kaution nach Enthaftung: dient der Fortführung des Mietverhältnisses
- bis zur gesetzlich zulässigen Höhe an Schuldner auszuzahlen BGH, 16.3.2017, IX ZB 45/15; BGH, 13.7.2017, IX ZB 33/16
- ACHTUNG: bei Verstoß gegen § 551 I BGB ist Kautionsvereinbarung insoweit unwirksam

➢ Bereicherungsanspruch bleibt in der Masse

- Streit über Massegehörigkeit entscheidet Prozessgericht BGH, 07.04.2016, IX ZB 89/15

Mietkaution – Wohnraummiete

Beispiel:

Insolvenzverwalterin erklärt nach Eröffnung die Enthaftung zum 31.10.2023. Schuldnerin kündigt parallel zum gleichen Termin und zieht aus.

<u>1. Problem</u>: Kündigungsbefugnis bis zur Enthaftung?

- grds. ist Verwalterin verwaltungs- und verfügungsbefugt, muss Erklärungen abgeben
- ABER: § 109 I 2 InsO schließt alle Kündigungen der Verwalterin aus

➢ Aktivlegitimation zur Kündigung bleibt bei Schuldner
Hmbg. Kommentar § 109 Rn. 26; MüKo § 109 Rn. 51; Uhlenbruck § 109 Rn. 18

Mietkaution – Wohnraummiete

<u>2. Problem</u>: Wem steht die Kaution zu?

- Kaution scheidet mit Wirksamwerden der Enthaftung aus Insolvenzmasse aus
- Enthaftung + Ende Mietvertrag am 31.10.2023

➢ Kaution konnte nicht aus der Masse ausscheiden, da Enthaftung nicht wirksam wurde

➢ Kaution ist massezugehörig

Mietkaution – Wohnraummiete

Beispiel:

Insolvenzverwalter erklärt Enthaftung. Vermieter hat Insolvenzforderungen, die zur Tabelle festgestellt werden. Vermieter rechnet nach Enthaftung mit der Kaution auf.

- Forderung ist rechtskräftig tituliert, daher ist Aufrechnung im laufenden Mietverhältnis zulässig.
- § 95 I 3 InsO greift nicht, da die Gegenforderung des Vermieters rechtskräftig festgestellt wurde, bevor Kaution fällig war

Mietkaution – Wohnraummiete

<u>Problem</u>: Enthaftung des Mietverhältnisses

- Mietvertrag ist auf Schuldner übergegangen, d.h. Schuldner hat Kautionsrückzahlungsanspruch
- ABER: die Insolvenzforderung richtet sich gegen die Masse

➢ keine Gegenseitigkeit der Forderungen (§ 387 BGB)

➢ Aufrechnung unzulässig

Heicke VIA 2017, 49, 51 wegen § 96 I Nr. 4 InsO analog; Cymutta, InsbürO 2019, 32, 36 wegen §§ 412, 406 HS 2 Alt 2 BGB analog

- außerdem BGH: dem Vermieter soll die Aufrechnung mit neuen Forderungen offen bleiben

Mietkaution – Wohnraummiete

Beispiel:

Schuldner zahlt 900 € Grundmiete, hat gemäß Mietvertrag 3.000 € Kaution gezahlt. Nach Insolvenzeröffnung erklärt Verwalterin die Enthaftung.

- mit Enthaftung geht Kaution auf Schuldner über
- ABER: Übergang nur, soweit die Kaution dem Mietvertrag dient BGH 16.3.2017, IX ZB 45/15 Rn. 10

<u>Problem</u>: Die Kaution übersteigt die zulässige Höhe des § 551 I BGB!

➢ Kautionsvereinbarung insoweit unwirksam

Mietkaution – Wohnraummiete

1) Bereicherungsanspruch (§ 812 I 1 Alt 1 BGB) i.H.v. 300 € dient nicht dem Mietvertrag
   = selbstständiger, pfändbarer Anspruch zzgl. anteiliger Zinsen
   = Insolvenzmasse (§ 35 I InsO)
2) Kaution in gesetzlicher Höhe i.H.v. 2.700 € zzgl. anteiliger Zinsen
   = an Schuldner auszuzahlen, da enthaftet

Mietkaution – Wohnraummiete

Abwandlung des Beispiels:

Seit Abschluss des Mietvertrags und Leistung der Kaution sind schon 15 Jahre vergangen.

- Problem: Bereicherungsanspruch ist verjährt
- ABER: Vermieter muss die Kaution laut Mietvertrag trotzdem anlegen und nach Vertragsende zurückzahlen (§ 551 III BGB)

➢ wenn Insolvenzverfahren noch läuft, ist schuldbefreiende Leistung an Insolvenzverwalter nach § 82 InsO möglich, sonst Nachtragsverteilung
Cymutta, InsbürO 2019, 76, 78

Mietkaution – Wohnraummiete

Kaution bei Neumietverträgen

- bei Mietverträgen nach Insolvenzeröffnung keine Enthaftungserklärung des Insolvenzverwalters → Rückzahlungsanspruch auf Mietkaution scheidet nicht aus der Masse aus

➢ Kaution ist Masse (§ 35 InsO)
Cymutta, InsbürO 2019, 32 + 76

- nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens kann die Nachtragsverteilung angeordnet werden, § 203 InsO

Mietkaution

Herausgabeanspruch des Schuldners gegen Masse bei vereinnahmten Kautionen?

- nach Enthaftung oder Freigabe ist Kaution an Schuldner auszukehren
- gemäß § 36 InsO sind unpfändbare Ansprüche nicht Teil der Insolvenzmasse

➢ Schuldner kann unpfändbare Gegenstände vom Insolvenzverwalter herausverlangen (str.)

- Streit über Massezugehörigkeit ist vor Prozessgericht (nicht Insolvenzgericht) zu klären
  BGH, 07.04.2016, IX ZB 89/15 Rn. 7 zu LG Kempten, 14.10.15, 43 T 713/15

Mietkaution

Beispiel *BGH, 21.2.2019, IX ZB 7/17* :

S hat eine Wohnung gemietet und eine Kaution von € 900 gezahlt. Nach Insolvenzeröffnung muss die Wohnung wegen Einsturzgefahr geräumt werden. Der Mietvertrag wird beendet. Der Vermieter zahlt die Kaution an den Insolvenzverwalter aus. Zuvor hat S einen neuen Mietvertrag geschlossen und mithilfe eines Darlehens ihrer Tochter € 500 als Kaution hinterlegt.

Das Insolvenzgericht ordnet die Nachtragsverteilung der Kaution aus dem ersten Mietverhältnis an. S beantragt, die Kaution freizugeben, damit sie das Kautionsdarlehen ihrer Tochter zurückzahlen kann.

Mietkaution

- Nachtragsverteilung nach § 203 I Nr. 3 InsO möglich
- Kaution grds. Masse i.S.d. § 35 InsO
- § 850i I 1 Fall 2 ZPO (-), da kein selbst erwirtschaftetes Einkommen
- § 4 InsO i.V.m. § 765a ZPO eng auszulegen, Bedarf einer Wohnung reicht nicht für insolvenzuntypische Härte
- unpfändbar bei Anrechnung auf Leistungen nach SGB II
- nach Enthaftung nicht mehr Massebestandteil, aber dazu nichts vorgetragen

Betriebskostenguthaben

- maßgeblich für die Zuordnung ist der Zeitraum, für den die Vorauszahlung geleistet wurde, nicht die Abrechnung oder die Fälligkeit
- Zeitraum bis Insolvenzeröffnung = Masse
- Zeitraum von Insolvenzeröffnung bis Freigabe / Enthaftung / Aufhebung Insolvenzverfahren = Masse
- Zeitraum ab Freigabe / Enthaftung / Aufhebung = Schuldnerforderung

Betriebskostenguthaben

Besonderheiten bei Wohnraummiete:

- Guthaben steht nach Enthaftung dem Schuldner zu, vorher der Masse BGH 22.5.2014, IX ZR 136/13 Rn. 14, 29, 32
- keine Massezugehörigkeit bei ALG II-Empfängern BGH 22.5.2014, IX ZR 136/13 Rn. 31
- Nachzahlung ist je nach Entstehungszeitraum Insolvenzforderung, Masseverbindlichkeit oder Neuforderung

Betriebskosten

Aufrechnung:

- Aufrechnung mit BK-Guthaben gegen Mieten nur im jeweiligen Verfahrensabschnitt
- ➢ Guthaben vor Insolvenzeröffnung nur mit Insolvenzforderungen, auch bei späterer Abrechnung BGH 11.11.2004, IX ZR 237/03
- ➢ Guthaben aus dem Insolvenzverfahren nur mit Masseverbindlichkeiten (§ 96 I Nr. 1 InsO)
- ➢ Guthaben nach Enthaftung / Freigabe / Aufhebung nur mit Neuforderungen

Betriebskosten

Betriebskostenguthaben und -nachforderungen:

- jeweils Zwischenabrechnungen vornehmen:
  Flatow, NZM 2022, 26, 32

1. für den Zeitraum vor Insolvenzeröffnung
2. von Insolvenzeröffnung bis Enthaftung, Freigabe oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens
3. für den Zeitraum ab Enthaftung, Freigabe oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens

➢ Ablesekosten = Verwaltungskosten, ggf. Übernahme durch Mieter im Mietvertrag (AGB!)

Untermiete

- Untermietvertrag besteht mit Wirkung für die Masse fort, § 108 I InsO
- ➢ Doppelstellung des Insolvenzverwalters als Mieter und Vermieter
- Insolvenzverwalter muss Untermieter den Mietgebrauch erhalten (§ 535 BGB)
- Untermiete fällt in die Insolvenzmasse (§ 35 I InsO) → Zahlung an Insolvenzverwalter
- Kosten sind Masseverbindlichkeiten (§ 55 I Nr. 2 Alt. 2 InsO) → Nebenkosten, Hauptmiete

Untermiete – Wohnraum

Beispiel *BGH 2.12.2021, IX ZR 206/20:*

S vermietet einen Teil seiner Wohnung an einen Untermieter. Untermieter leistet die Untermiete vor Insolvenzeröffnung an S. Die Insolvenzverwalterin fordert Herausgabe der Untermiete an die Masse.

- Schuldbefreiende Wirkung grds. nur bei Zahlung an Insolvenzverwalter (§ 82 InsO)
- ABER: schuldbefreiend, wenn Leistung in die Masse fließt oder Masse von Masseverbindlichkeit entlastet wird

➢ Wenn mit Untermiete Hauptmiete getilgt wurde, dann schuldbefreiende Wirkung (+)

Untermiete – Wohnraum

Nach Insolvenzeröffnung gibt die Insolvenzverwalterin die Enthaftungserklärung ab. Der Untermieter leistet weiter an S, die Verwalterin fordert die Herausgabe der Untermiete.

- Mit Enthaftung scheidet Wohnungsmietvertrag aus Insolvenzbeschlag aus.
- Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geht auf Schuldner über.
- Surrogate und nachgeordnete Vertragsverhältnisse scheiden aus Insolvenzbeschlag aus.

➢ Auch Untermietvertrag wird vom Insolvenzbeschlag frei.

Untermiete – Wohnraum

- Untermietvertrag bleibt nach § 108 InsO bestehen, kein Sonderkündigungsrecht wegen Insolvenz
- Schuldner muss Gebrauch gewähren
- Insolvenzverwalterin hat keinen Besitz an Wohnung, Gebrauchsüberlassung ist subjektiv unmöglich.
- Untermiete steht nach Enthaftung Schuldner zu

➢ Kein Zahlungsanspruch der Insolvenzmasse

➢ Vor Abgabe der Enthaftungserklärung muss Insolvenzverwalterin prüfen, was für die Masse günstiger ist.

Untermiete – Wohnraum

Beispiel *LG Heidelberg 4.8.2022, 5 S 72/21:*

GmbH pachtet Gebäude mit verschiedenen Räumen, u.a. Gasträume, Hotelzimmer, Appartments und eine Wohnung. Die Wohnung wird an den Bekl. zu 1 vermietet, der sie gewerblich zu Wohnzwecken an den Bekl. zu 2 untervermietet. Nach Insolvenzantrag kündigt der Insolvenzverwalter der GmbH den Pachtvertrag. Der Vermieter fordert die Beklagten zur Herausgabe der Wohnung auf.

- Schuldnerin ist Pächterin und Vermieterin der Wohnung.
- Pachtvertrag wurde nach § 109 I 1 InsO wirksam gekündigt, da der Schwerpunkt der Nutzung gewerblich war.

Untermiete – Wohnraum

<u>Problem</u>:

- Insolvenzverwalter muss Räume herausgeben wegen Aussonderungsrechts des Vermieters (§ 546 BGB)
- ABER: Untermietvertrag besteht nach § 108 I InsO fort
- Insolvenzverwalter hat kein Sonderkündigungsrecht!
- solange Untermieter nicht räumt, ist Herausgabepflicht nicht erfüllt, also das Aussonderungsrecht verletzt

➢ Folge: Nutzungsersatz als Masseverbindlichkeit!

- Sondersituation: bei Wohnraum tritt der Vermieter in Mietverhältnis ein (§ 565 BGB)

Vermieterpfandrecht

- §§ 562 Abs. 1, 578, 581 Abs. 1 BGB
- entsteht an Eigentum des Mieters
- Einbringen = willentliches Hineinschaffen einer Sache durch den Mieter aufgrund eines wirksamen Mietvertrags
- auch, wenn die Sache bestimmungsgemäß nur vorübergehend verbleiben soll (z.B. Ware, Arbeitsgeräte, Pkw)
- Barthen/Staab, ZInsO 2018, 2225; Maier, ZInsO 2018, 1496; BGH, 6.12.2017, XIII ZR 95/16

Vermieterpfandrecht

Im Eröffnungsverfahren:

- Möglichkeit der Enthaftung, §§ 562a, 562b BGB
- Erhalt des Vermieterpfandrechts, wenn Klage innerhalb eines Monats (Ausschlussfrist)
- prozessführungsbefugt = Schuldner, nicht vorläufiger schwacher Insolvenzverwalter
- kein Widerspruch bei Entfernung im gewöhnlichen Geschäftsverkehr, z.B. bei Unternehmensfortführung, aber bei insolvenzbedingtem Totelverkauf oder fehlender Sicherung von Absonderungsrechten
  BGH, 24.1.2019, IX ZR 110/17

Vermieterpfandrecht

***Beispiel*:**

Die G-GmbH stellt Insolvenzantrag. Sie legt zwei Mietverträge vor. Kurz vor dem Antrag wurden ein neuer Mietvertrag mit V2 abgeschlossen und sämtliche Anlagegegenstände in die neuen Mieträume verbracht. Die Miete für die neuen Räume ist vollständig bezahlt.

Gegenüber dem alten Vermieter V1 bestehen Rückstände. Der vorläufige Insolvenzverwalter informiert V1 darüber, dass die Räume leer sind.

Nach Insolvenzeröffnung kündigt der Insolvenzverwalter das Mietverhältnis mit V1. V1 verlangt abgesonderte Befriedigung an den herausgeschafften Gegenständen.

Vermieterpfandrecht

- V1 wurde vom vorläufigen Insolvenzverwalter über die Entfernung informiert
- spätestens ab Kenntnis lief Frist des § 562b II BGB
- V1 hätte die Rückschaffung verlangen und notfalls einklagen müssen
- Klage wurde nicht erhoben; Beklagter wäre die GmbH gewesen, nicht der vorläufige Insolvenzverwalter

➢ Vermieterpfandrecht ist erloschen, keine abgesonderte Befriedigung

Vermieterpfandrecht

Beispiel:

Die J-GmbH betreibt einen Online-Handel. Im vorläufigen Verfahren macht der Vermieter sein Vermieterpfandrecht geltend und fordert den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter zur Sicherung der Verkaufserlöse auf einem Treuhandkonto auf. Der vorläufige schwache Insolvenzverwalter bestätigt, dass die Entgelte sicher auf einem Sonderkonto verwahrt werden.

Nach Insolvenzeröffnung teilt der Insolvenzverwalter mit, dass die Erlöse teilweise nicht mehr vorhanden sind. Welche Rechte hat der Vermieter?

Vermieterpfandrecht

- Vermieter hat der Entfernung nicht widersprochen, daher ist Enthaftung eingetreten
- ABER: die Ware durfte nur im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr entfernt werden
- Voraussetzung: Einzug auf ein offenes Treuhandkonto
  BGH, 24.1.2019, IX ZR 110/17 Rn. 40; Ganter, NZI 2019, 873, 876

➢ kein Widerspruch zur Pflicht des Führens eines Sonderkontos nach Insolvenzeröffnung, da Sicherung des Absonderungsrechts BGH, 7.2.2019, IX ZR 47/18 Rn. 31

➢ Anspruch auf Ersatzabsonderung oder Haftung des Insolvenzverwalters

Vermieterpfandrecht

Eröffnetes Insolvenzverfahren:

- Absonderungsrecht an Gegenständen, die bis Eröffnung eingebracht wurden
- kein Widerspruch mehr gegen Entfernung
- Verwertung durch Insolvenzverwalter (§ 166 I InsO)
- Umfang, § 50 II InsO: letzte 12 Monate vor Insolvenzeröffnung (Ausnahme Landpacht); nicht Schadensersatz nach § 109 I 3 InsO

Vermieterpfandrecht

- Auskunftsrecht gegen Insolvenzverwalter
- Tilgungsbestimmung durch Vermieter
  → Insolvenzverwalter darf nicht die Tilgung von Masseverbindlichkeiten bestimmen
  BGH, 9.10.2014, IX ZR 69/14
- Tilgungsreihenfolge § 367 BGB
  BGH, 17.2.2011, IX ZR 83/10
- Erwerberpfandrecht steht gleichrangig neben Veräußererpfandrecht BGH, 15.10.2014, XII ZR 163/12

Vermieterpfandrecht

- Pfandrecht setzt sich am Verwertungserlös fort
- nach Einziehung des Verwertungserlöses durch Insolvenzverwalter Bereicherungsanspruch als Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 3 InsO
- an neu eingebrachten Gegenständen entsteht kein Absonderungsrecht (§ 91 InsO)
- Absonderungsrecht verhindert Anfechtung
  OLG Frankfurt/Main, 25.10.2018, 4 U 30/18

Vermieterpfandrecht

Beispiel *BGH, 6.12.2017, XII ZR 95/16*:

Die Vermieterin nimmt den Insolvenzverwalter einer GmbH in Anspruch. Sie hatte wegen Mietrückständen vor Insolvenzeröffnung ihr Vermieterpfandrecht ausgeübt. Im Eigentum der GmbH stand ein Lieferwagen, der tagsüber für Fahrten zu den Kunden genutzt und abends auf dem gemieteten Betriebsgelände abgestellt wurde.

Die Vermieterin verlangt vom Insolvenzverwalter den Veräußerungserlös des Lieferwagens abzüglich der Kostenpauschalen und der Umsatzsteuer. Zu Recht?

Vermieterpfandrecht

- BGH: für den Geschäftsbetrieb genutztes Kfz
- Einbringung (+), da regelmäßig auf dem Betriebsgrundstück abgestellt
- Pfandrecht erlischt mit jedem Entfernen, auch wenn nur kurzzeitig, entsteht neu mit jedem Abstellen
- im Eröffnungsverfahren kein Widerspruch, wenn Geschäftsbetrieb fortgeführt wird
- Absonderungsrecht entsteht, wenn im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung auf Betriebsgelände war (§ 130 InsO!)
- wenn später abgestellt wird, nur neue Forderungen erfasst

Vermieterpfandrecht

Kollision mit Warensicherungsübereignung:

- Prioritätsprinzip gilt:

➢ Wenn Sicherungsübereignung vor Einbringung: Sicherungsübereignung geht vor

➢ Wenn Sicherungsübereignung nach Einbringung: Vermieterpfandrecht geht vor

➢ Wenn gleichzeitig durch Einbringung entsteht: Vermieterpfandrecht geht vor

BGH 12.2.1992, XII ZR 7/91; Uhlenbruck/Brinkmann, § 51 Rn. 17

Anfechtung von Mietzahlungen

- kongruente Deckung, § 130 InsO
- inkongruente Deckung, § 131 InsO
- Vorsatzanfechtung, § 133 InsO
- Schenkungsanfechtung, § 134 InsO
- Bargeschäft oder bargeschäftsähnliche Zahlung: innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit BGH, 29.01.2015, IX ZR 279/13 Rn. 71; BGH, 17.7.2014, IX ZR 240/13; OLG Hamburg, 15.10.2021, 11 U 207/20

Anfechtung von Mietzahlungen

- Mietrückstände bei betriebsnotwendigen Räumen
  OLG Hamburg, 15.10.2021, 11 U 207/20 Rn. 15
- Rückstände, die lange offen sind oder sich aufbauen (Bugwelle)
- Rücklastschriften wegen fehlender Deckung
- Schließung des Geschäftsbetriebs ohne Abwicklung
- Aussagen des Mieters über Zahlungsprobleme, schlechte Liquiditätslage
- Bitten des Mieters um Reduzierung der Miete, Stundung oder Begleichung in Raten, reduzierte Ratenzahlungsvereinbarungen
- sich wiederholende saisonale Zahlungsschwierigkeiten
- Kündigungssperre des Art. 240 § 2 EGBGB BGH, 6.5.2021, IX ZR 72/20
- Anpassung Mietvertrag nach Art. 240 § 7 EGBGB

Vermieterinsolvenz

Ausgangslage

- Mietvertrag besteht fort, § 108 I InsO
  - Mieter schuldet Mietzahlung (§ 82 InsO)
  - Insolvenzverwalter schuldet Gebrauchsüberlassung, Nebenkostenabrechnung und Versorgungsleistungen
    BGH, 25.2.2016, IX ZR 146/15
- Ausnahme: Mieter bei Insolvenzeröffnung nicht Besitzer, dann § 103 InsO
  BGH, 11.12.2014, IX ZR 87/14; BGH, 5.7.2007, IX ZR 185/06
- Ausnahme: Anfechtung Mietvertrag durch Insolvenzverwalter
  BGH, 16.10.2014, IX ZR 282/13; BGH, 1.3.2018, IX ZR 207/15

Massezuflüsse und -entlastung

1. Mieteinnahmen
2. Vorausverfügungen
3. Anfechtung

Mieteinnahmen

Mieteinnahmen des Insolvenzschuldners:

- Mieteinnahmen sind grds. Insolvenzmasse
- Ausnahme: Freigabe einer selbstständigen Vermietertätigkeit, § 35 I InsO
- Ausnahme: Pfändungsschutz nach § 850i ZPO i.V.m. § 36 InsO bei Einzug der Miete durch Insolvenzverwalter (z.B. kalte Zwangsverwaltung)
  BGH, 1.3.2018, IX ZB 95/15; zu Erbbauzinsen BGH, 27.9.2018, IX ZB 19/18
- § 850i ZPO gilt in der Zwangsverwaltung nicht
  BGH, 10.10.2019, V ZB 154/18

Mieteinnahmen

Beispiel *BGH, 1.3.2018, IX ZB 95/15* **:**

S ist Eigentümer eines vermieteten Mehrfamilienhauses, das mit einem Darlehen der B finanziert wurde. Zugunsten der B ist eine Grundschuld eingetragen. Außerdem sind die Mieten an B abgetreten. Nach Insolvenzeröffnung über das Vermögen des S vereinbart die Insolvenzverwalterin I eine kalte Zwangsverwaltung mit B. I zieht monatlich EUR 6.000 an Mieten ein und überweist sie nach Abzug einer Kostenpauschale an B.

S beantragt, EUR 500 monatlich pfandfrei zu stellen.

Mieteinnahmen

- Einnahmen aus Miete und Pacht können nach § 850i ZPO unpfändbar gestellt werden.
- Die Abtretung der Mieten an B ist gem. § 110 I InsO unwirksam nach erstem Monat.
- Der Haftungsverband der Grundschuld (§§ 1192, 1123 BGB) greift nicht zugunsten von B, da gerade keine Beschlagnahme im Zwangsverwaltungsverfahren erfolgte. Die kalte Zwangsverwaltung schützt nicht entsprechend.
- Eine Pfändung aufgrund des Haftungsverband ist wegen § 110 II 2 InsO unzulässig.

➢ S ist Pfändungsschutz nach § 850i ZPO zu gewähren.

Vorausverfügungen, § 110 InsO

- Vorausverfügungen = alle Rechtsgeschäfte, durch die der Anspruch auf Mietzahlung aufgehoben, übertragen, belastet oder verändert wird
- umfasst ist insbesondere die Einziehung
- unwirksam außer für Zeitraum in Abs. 1

➢ Pauschalmiete ist unwirksam, wenn sie periodisch aufteilbar ist (Quartal, Jahr, Dekade)

➢ ABER: Pauschalmiete für unbestimmten Zeitraum ist wirksam (z.B. auf Lebenszeit)
BGH, 30.4.2014, VIII ZR 103/13 zu § 1124 II BGB

Vorausverfügungen

Beispiel *OLG Brandenburg, 21.11.2007, 7 U 67/07*:

Der Vermieter hat künftige Mieten aus einem Objekt sicherungshalber an eine Bank abgetreten. Die Sicherungsabtretung ist gegenüber dem Mieter offengelegt, der die Mieten an die Bank bezahlt. Im September stellt der Vermieter einen Insolvenzantrag. Der vorläufige Insolvenzverwalter informiert die Bank.

Das Insolvenzverfahren wird am 23.11. eröffnet. Der Insolvenzverwalter erklärt gegenüber der Bank die Insolvenzanfechtung der Mietzahlungen für November und Dezember.

Vorausverfügungen

- Mieten sind befristete Ansprüche, die mit Beginn des Überlassungszeitraums entstehen
- Anfechtbarkeit richtet sich nach Entstehung der Mietforderungen, nicht nach der Sicherungsvereinbarung § 140 I 1 InsO
- Zahlung der Mieten an Vermieter wäre nach § 110 I InsO wirksam gewesen
- ABER: Anfechtung der Abtretung ist durch § 110 I InsO nicht ausgeschlossen

➢ Anfechtbar, wenn Voraussetzungen vorliegen

Vorausverfügungen

Zulässigkeit der Aufrechnung, § 110 III InsO :

- vor Insolvenzeröffnung: §§ 94 – 96 InsO
- Aufrechnung grds. durch § 96 I Nr. 1 InsO ausgeschlossen, wenn Mieter erst nach Eröffnung etwas zur Masse schuldig wurde (z.B. Miete, Nebenkostenguthaben)
- ABER: im Zeitraum des § 110 I InsO zulässig
  → § 110 III InsO ist lex specialis zu § 96 I Nr. 1 InsO
  AG Hamburg-Harburg, 11.10.2017, 647 C 544/16; AG Dortmund, 29.8.2017, 425 C 7634/16

Vorausverfügungen

Beispiel:

Im Mietvertrag über ein Haus wurde vereinbart, dass der Mieter wertsteigernde Renovierungsarbeiten am Haus vornimmt. Mit dem Vertrag vom 25.6.2020 vereinbaren die Parteien, dass die Grundmiete vom 1.8.2020 bis 1.4.2023 mit den Renovierungskosten verrechnet werden soll. Am 1.2.2021 wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters eröffnet. Der Insolvenzverwalter fordert den Mieter zur Mietzahlung auf und kündigt den Mietvertrag fristlos, als die Mietzahlung ausbleibt.

Der Insolvenzverwalter verlangt die Herausgabe des Hauses, Zahlung der offenen Miete und Nutzungsentschädigung bis zur Herausgabe.

Vorausverfügungen

- § 110 III InsO: Aufrechnung nur mit Miete für Februar 2018 zulässig
- gilt auch für abwohnbaren Baukostenzuschuss
  OLG Schleswig 25.10.2000, 4 U 40/00; AG Dortmund, 425 C 7634/16, NZI 2017, 897 und ZInsO 2018, 2416; a.A. Berberich NZI 2017, 898; vgl. BGH 15.2.2012, VIII ZR 166/10 zu § 1124 II BGB
- Ab März 2018 muss Mieter die Miete zahlen.
- Wegen des Rückstands von zwei Monaten kann Insolvenzverwalter nach § 543 II BGB fristlos kündigen.

➢ Mieter muss Haus herausgeben, Mietvertrag ist gekündigt

➢ Ab dem Kündigungszeitpunkt: Nutzungsentschädigung in Höhe von mindestens der Vertragsmiete

Vorausverfügungen

***Beispiel* (Mieterinsolvenz)** *LG Berlin, 26.5.2016, 20 O 292/15, bestätigend BGH, 19.7.2018, IX ZR 212/17:*

Im Mietvertrag ist vereinbart, dass der Mieter Renovierungsarbeiten durchführt. Der Vermieter beteiligt sich in Form eines abwohnbaren Baukostenzuschusses, d.h. für zwei Jahre soll der Mieter keine Miete zahlen.

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen des **Mieters** wird eröffnet. Der Insolvenzverwalter des Mieters erklärt die Anfechtung der Verrechnungen mit der Miete von und fordert den Vermieter zur Zahlung der verrechneten Beträge auf.

Vorausverfügungen

- Insolvenzverwalter hat keinen Anspruch auf Zahlung.
- Vereinbart war keine Zahlung des Vermieters, die verrechnet war, sondern ein „abwohnbarer“ Baukostenzuschuss, so dass durch die Anfechtung kein Zahlungsanspruch des Mieters aufleben konnte.
- Nach einer vorzeitigen Kündigung hätte Mieter auch nur ein Bereicherungsanspruch zugestanden; für eine Bereicherung gab es keine Anhaltspunkte.

➢ § 108 I InsO gilt, die Miete ist Masseverbindlichkeit

➢ § 110 InsO gilt nur in der Vermieterinsolvenz, nicht wie hier in der Mieterinsolvenz

Anfechtung

Beispiel BGH, 1.3.2018, IX ZR 207/15:

Die A-GmbH mietet eine Lagerhalle und vermietet sie weiter. Die Untervermietung erzielt einen monatlichen Überschuss. Vor Ablauf der Mietdauer legt die A-GmbH der Untermieterin einen neuen Mietvertrag mit der B-GmbH als Vermieterin. Unter- und Hauptmietvertrag werden daraufhin mit der B-GmbH abgeschlossen.

Über die A-GmbH wird das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter nimmt die B-GmbH wegen des ausgefallenen Mietüberschusses in Anspruch.

Anfechtung

- BGH: Ausscheiden geschah aufgrund einer Vereinbarung zwischen A- und B-GmbH, der Untermieter und Hauptvermieter zustimmten.
- Die B-GmbH übernahm die Rechte und Pflichten der A-GmbH aus den Verträgen.
- Übernahmevertrag war unentgeltlich, weil keine gesonderte Gegenleistung gezahlt wurde UND keine sonstigen Pflichten übernommen wurden

➢ Anfechtung § 134 InsO (+)

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Claudia R. Cymutta
Edenkobener Str. 16
68309 Mannheim
info@kanzlei-cymutta.de

ATN D'AVOINE TEUBLER NEU
RECHTSANWÄLTE

„Krypto-Assets in Krise und Insolvenz

Einordnung und Ausblick

ATN – Rechtsanwälte / Norddeutscher Insolvenzrechtstag 16.02.2024

Digitale Assets / Kryptowerte

Inhaltsverzeichnis

A. „Ungewöhnliche Assets“
B. Grundlegende Technik Blockchain
C. Behandlung in Insolvenz
D. Verwertung in der Insolvenz
E. Besteuerung von Kryptowerten
F. Insolvenz des Kryptoverwahrers
G. Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG) und Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG)
H. Ausblick

A. „Ungewöhnliche“ Assets (1)

Arten und Kategorien

- **EXOTISCHE WERTE** (Auswahl)
- GEISTIGE WERTE: Immaterielle Rechte –Verwertungsrechte §§ 15 bis 24 UrhG
- MUSIK: Frage der „Schöpfungshöhe“ - differenzierte Betrachtungen und Wertungen
- KULTUR: Theater und Event – Einzelfälle unterschiedlich (Komödie D, Theater W, Eventagentur FH/SG)
- SPORT /SPIEL– Lizenzierungsverfahren DFL/HBL/usw -Spielerwerte und Vermarktungsrechte
- MARKEN/PATENTE: Werte deutlich unter BW oder Gutachten - Rechte oft nach IN beschädigt (Z, R, IF)
- IT: Software - Quellcodes - theoretisch verkäuflich – Formelfehler – Sabotage – developper-obstacle (K-Tec)
- IP: Know-how, Rezepte etc.: reproduzierbar ? Alleinstellungsmerkmal? (Lack)
- FERTIGUNGSTECHNIK: „Erfinderland D.“ –trad. Industrietechnik – Märkte – Kulturkreise – Sprachbarrieren (HB)
- MEDIZIN: Zulassungsverfahren in USA entscheidend (Reg-Ph.)

A. „Ungewöhnliche“ Assets (2)

Verwertungsoptionen

- Grds. § 80 InsO
- § 148 InsO …. das Vermögen „*sofort in seinen unmittelbaren Besitz und Verwaltung zu nehmen*“
- Absonderungsrechte zu beachten § 51 Nr. 1 InsO – aber VerwertungsR bei beweg. Gegenständen und Forderungen (+)
- Verwertung **unbeweglicher Gegenstände** gemäß §§ 165, 173 Abs. 1 InsO
- Kein VerwR IV: Beim zuständigen Gericht kann IV die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung eines unbeweglichen Gegenstands der Insolvenzmasse beantragen, auch wenn an dem Gegenstand ein Absonderungsrecht besteht.
- Folge: Insolvenzverwalter ist bei belasteten Grundstücken i. d. R. an einem freihändigen Verkauf gehindert
- IV kann und sollte sich mit dem/den Berechtigten abstimmen – Ziel: (schriftliche) Verwertungsvereinbarung
- Art und Weise sowie Erlösverteilung relevant für Masse/Quote

A. „Ungewöhnliche“ Assets (3)

Verwertungsoptionen

- Grds. § 80 InsO – § 148 InsO …. das Vermögen sofort unmittelbaren Besitz und Verwaltung zu nehmen
- SÜ: **§ 166 Abs. 2 InsO** erstreckt das Verwertungsrecht des Verwalters auch auf **Forderungen**
- VerwertungsR für FO, die der Schuldner zur Sicherheit abgetreten hatte
- …. unabhängig davon, ob die Sicherungsabtretung dem Drittschuldner angezeigt worden ist oder nicht
- 166 InsO: Verfahrenseröffnung führt zu einem **Verwertungsstopp für die absonderungsberechtigten Gläubiger**
- Nur der Insolvenzverwalter ist zur Verwertung der Insolvenzmasse berechtigt
- ABER nicht § 166: Immaterielle Vermögensgegenstände oder auch sonstige Rechte.
- Keine Geschäfts- und Erbanteile, Firmenwerte, Mitgliedschaften, Marken-, Patent- oder gewerbliche Schutz,
- Kryptowerte

A. „Ungewöhnliche“ Assets (4)

Verwertungsoptionen

- Grds. § 80 InsO – § 148 InsO …. das Vermögen sofort unmittelbaren Besitz und Verwaltung zu nehmen
- **Immaterielle Werte und sonstige Rechte**: Verwertung sonstiger Rechte gemäß **§ 166 Abs. 1 InsO analog ?**
- Argumente + :
  - ✓ § 166 Abs. 1 InsO gibt einen Rückschuss auf die gewollte Einbindung des Sicherungsgegenstands in das Vermögen des Schuldners zum Schutz der Insolvenzmasse.
  - ✓ Telos der Norm: Kein „Auseinanderreißen“ des schuldnerischen Vermögens
  - ✓ gemeinsame wirtschaftliche Verwertung zusammengehöriger Gegenstände
  - ✓ IN/Gesamtvollstreckungsverfahren muss vor Störungen geschützt werden – keine ungeordnete Zerschlagung
  - ✓ IV muss immer den Fortgang der Verwertung verfolgen– in allen Fällen IV verpflichtet, Verwertung zu überwachen
- Argumente – :

A. „Ungewöhnliche“ Assets (5)

Verwertungsoptionen

- Grds. § 80 InsO – § 148 InsO …. das Vermögen sofort unmittelbaren Besitz und Verwaltung zu nehmen
- Immaterielle Werte und Sonstige Rechte: Verwertung sonstiger Rechte gemäß § 166 Abs. 1 InsO analog ?
- Argumente + : ….
- Argumente – : BGH Urteil vom 27.10.2022 – IX ZR 145/21
  - Verwertungsrecht greift nur für Sicherungsgläubigers – s. Wortlaut § 166 – keine Analogie möglich
  - Systematik Insolvenzordnung gegen eine Planwidrigkeit der Regelungslücke – § 165 abschließend
  - InsO unterscheide zw. Körperl. Gegenständen, Ford., sonst. Rechten (vgl. §§ 90, 413 BGB, §§ 829, 857 ZPO)
  - für eine Analogie erforderliche hinreichend vergleichbare Interessenlage fehle
- <u>FAZIT: IV KEIN Verwertungsrecht</u> bei imm. Werte und Sonstige Rechte

A. „Ungewöhnliche“ Assets (6)

Verwertungsoptionen

- BGH, Urt. v. 27.10.2022 – IX ZR 145/21, ZIP 2022, 2553; mit Anm. *Ganter*, NZI 2023, 74.
- FAZIT: IV KEIN Verwertungsrecht bei immateriellen Werten und Sonstigen Rechten - Lösung: **Verwertungsvereinbarung**
- VerwertungsR durch Nutzungs- und Verwertungsvereinbarungen zwischen IV und Sicherungsnehmer zu regeln
- IV/Sicherungsnehmer : konzertiertes Vorgehen
  - Identifizierung der Wertgegenstände / wertlose Gegenstände ausnehmen / exakte Rechte klären
  - Listung der Gegenstände in Präambel der Verwertungsvereinbarung
  - Weg der Sicherung und Verwertung: ZV / Verwaltung (kalte ZV) – Verbleib Gegenstand - Obhut
  - Kosten Verwaltung / Versicherungen / Steuern und Abgaben / usw.
  - Aufteilung der Erlöse / Quotienten / degressive oder progressive Staffelung / usw.
  - Dauer der Vereinbarung / Kündigung / Befristungen / Wegfall der Geschäftsgrundlage usw.

A. Einleitung (8)

Kryptowährungen

≠ Fiatgeld; nicht **staatlich emittiert**, anders der digitale €

Kryptowährungen
Kryptographische Instrumente

„neumodische unsichere Erscheinung“

„Krypto“ = altgriechisch: verbergen, verstecken

Strafrechtliche Relevanz ? Geldwäsche, Betrug?
Beschluss der türk. Zentralbank:
Verbot Transfer in Kryptowährungen

„zukunftsträchtiges Handels- und Spekulationsmodell“

Als Zahlungsmittel anerkannt +/-:

- El Salvador: Offiz. Währung
- Div. Unternehmen, z.B TESLA
- Div. Staaten arbeiten an Digitalisierung ihrer Währung
- ETF-Krypto / Krypto-Fonds +
- Coin-Base S.E. börsennotiert

A. Einleitung (9)

Bitcoin

- Erfinder:
  Satoshi Nakamoto (Pseudonym; Identität n.b.)
- Am **03.09.2009** wurden die ersten Bitcoin geschürft; **Zitat** im sog. „Genesis Block“:
- hM: Zitat ist **Kritik am Finanzsystem**

- Hintergrund: globale Finanzkrise 2007-2008
- Rettung einiger Bank-Institute
- Aber keine Rettung für „Lehman Brothers“

max. Volumen:	21	Mio. BTC
aktuell im Umlauf:	19.61	Mio. BTC

THE TIMES

Saturday January 3 2009 timesonline.co.uk No 69523 £1.50

Chancellor on brink of second bailout for banks

Billions may be needed as lending squeeze tightens

Quelle:
https://blockchair.com/bitcoin/block/0

ATN

A. Einleitung (10)

Altcoins

- Alternativen zum Bitcoin, sog. „*Altcoins*“
- Bsp. für bekannte Altcoins:

Ether (ETH) | Tether (USDT) | Chain Link (LINK) | Binance Coin (BNB) | Ripple (XRP) | Solana (SOL)

A. Einleitung (11)

=$ 39,499.73

Entwicklung anhand **Bitcoin** – Stand 05.02.2024

Quellen:
https://coinmarketcap.com/currencies/bitcoin/markets/

A. Einleitung (12)

=$ 2,123.96

Entwicklung anhand **Ethereum** – Stand 05.02.2024

Quellen:
https://coinmarketcap.com/currencies/ethereum/

A. „Ungewöhnliche“ Assets (13)

Marktbeobachtungen

- FTX gegründet 2017 / Alameda Research
- CEO Sam Bankman-Fried (*05.03.1992)
- Haft 12. Dezember 2022 Bahamas –
- 21.12.2022 Auslieferung - Kaution von 250 Millionen US-Dollar (ca. 236 Millionen Euro) mit elektr. Fußfessel nach Palo Alto
- Verstoß gegen Auflagen durch Medienkampagne
- LA Court 2. November : Jury sieben Anklagepunkte schuldig.
- Strafmaß am 26. März 2024 (Berufung läuft)

A. „Ungewöhnliche“ Assets (14)

Marktbeobachtungen

- **Binance :** Klage von SEC und CTFC
- Vorwürfe: Kundengeldveruntreuung, Marktmanipulation und Terrorismusfinanzierung
- Beweise: Mails, Doku und Insiderquellen
- Ergebnis: Von einem Großteil davon wird Binance nun freigesprochen. Die CFTC-Klage wird fallengelassen.
- Kollaps der Branche bleibt aus
- Vergleich 4,3 Milliarden US-Dollar Geldstrafe für Binance
- Haftstrafe von bis zu zehn Jahren für Gründer Changpeng Zhao
- Kaution von 175 Millionen US-Dollar.
- Nachfolger Teng = ehemaliger Regulator

A. „Ungewöhnliche“ Assets (13)

Marktbeobachtungen

- 11.01.2024: US-Börsenaufsicht genehmigt Bitcoin-ETFs (börsengehandelt)
- Anleger können nun in die Kryptowährung investieren, ohne den virtuellen Token halten zu müssen.
- Bitcoin-Preis reagierte auf die SEC-Bekanntgabe jedoch kaum, weil die Nachricht bereits eingepreist war.
- **SEC-Vorsitzende Gary Gensler: Bitcoin in erster Linie ein „spekulativer, volatiler Vermögenswert“ ….**
- …. „illegale Aktivitäten wie Ransomware, Geldwäsche, Umgehung von Sanktionen, Terrorismusfinanzierung“
- Schätzung: 0,01 Prozent der Inhaber verfügen über fast 60 Prozent aller Bitcoins– Potential für Manipulationen

B. Grundlegende Technik

Kryptowährungen

I. Blockchain

II. Token und Coins

III. Wallet

Techniken ähnlich

Einheiten nur digital

No download

Keine Emittierung einer Bank

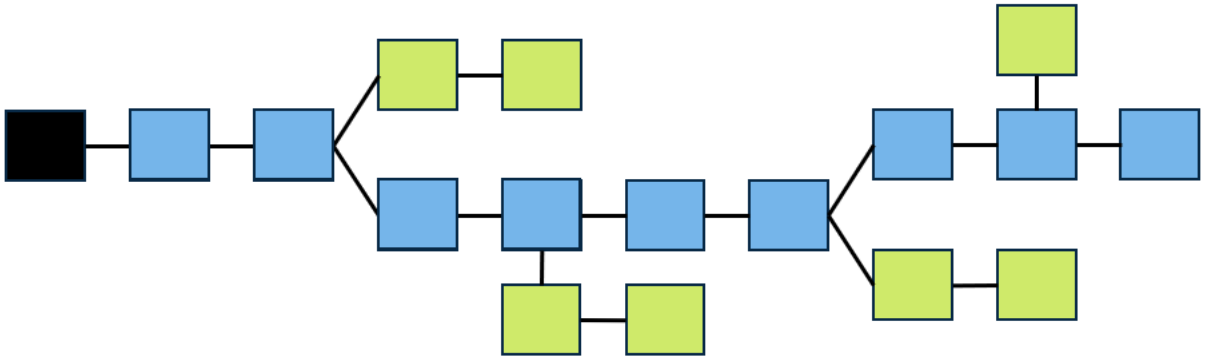
Mining = „schürfen“ via Algorithmus im Web

Energieverbrauch unterschiedlich – Streitpunkt BitCoin vs. Ether u.a

ATN – d’Avoine Teubler Neu | Copyright 2023

B. Technik (1)

Blockchain



Informationen wird **in Blöcken gespeichert** und **verkettet**

Datenregister

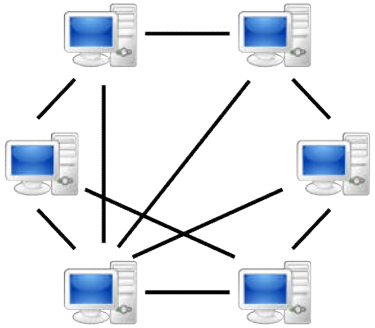
- digital
- chronologisch
- dezentral
- (nahezu) fälschungssicher

I. Die Blockchain (2)

Peer-to-peer vs. Cloud

- Dieses Datenregister wird auf einer „*peer-to-peer*“-Basis geführt

Peer-to-peer



vs.

Cloud

- **peer-to-peer-network**: Data saving at PC participants
- **<u>Keine</u> zentrale Speicherung!**

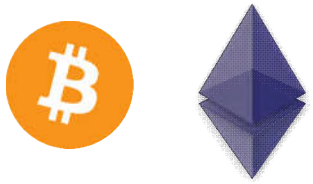
zentrale Speicherung

B. Technik (3)

Token und Coins

Currency Token

Currency = Währung



Besonderheit:
kein inhärenter Wert.

Security Token

ST sind wertpapierähnlich. (Investment-Token)

Besonderheit:
Können auch Zahlungsansprüche oder zu Mitverwaltungsrechten führen.

ST können tatsächlich an die Anteile eines Unternehmens anknüpfen.

Utility Token

UT ähneln Gutscheinen, Eintrittskarten.

Die Gegenleistung kann z.B. in Promotionsservices oder Teilnahme an Lotterie dienen.

Bsp.: „Filecoin“ stellt Speicherplatz zur Verfügung

B. Technik (4)

Wallet

- „public-/private-key-concept“
- Zwei-Faktor-Authentifizierung

III. Technik (5)

Public Key

ATN

Grundlegendes zum **public key**

- Jeder Blockchain-Teilnehmer verfügt über zwei Schlüssel: **public key** und **private key**, sog. „Public-/Private-Key-Konzept“
- Der **public key** besteht aus einer komplexen Buchstaben- und Zahlenfolge, z.B.:

  1A1zP1eP5QGefi2DMPTfTL5SLmv7DivfNa

  72.71400375 BTC

  https://www.blockchain.com/btc/address/1A1zP1eP5QGefi2DMPTfTL5SLmv7DivfNa

- **Adresse** innerhalb der Blockchain, welcher Token zugeordnet werden können (etwa Bank-**Kontonummer**).
  - Unterschied zum Bankkonto: öffentlich einsehbar!
  - Jeder Netzwerknutzer kann nachvollziehen, welche Transaktionen von hier aus- und eingingen.
- Der public Key = Identifizierungsmerkmal des Teilnehmers
  - kein anonymes, sondern ein **pseudonymes System**

III. Technik (6)

private key

Private Key

Mediaparts 360266827– stock.adobe.com

- **Private Key** = Schlüssel, um Token zu **transferieren**
- …und damit **Berechtigung,** über die dem Public Key zugeordneten Token zu verfügen.
- Beispiel für einen **„private key“**:

E9 87 3D 79 C6 D8 7D C0 FB 6A 57 78 63 33 89 F4 45 32 13 30 3D A6 1F 20 BD 67 FC 23 3A A3 32 62

- Mittels Umrechnungsschlüssel kann über den private key auch auf den **public key** rückgeschlossen werden, in dem Fall:

1CC3X2gu58d6wXUWMffpuzN9JAfTUWu4Kj

- Sicherheitsmerkmal: Umgekehrt funktioniert das nicht
  - (**Kein** Rückschluss Schluss von Public auf private key)

B. Technik (7)

Unterscheidung Anbieterun- und Anbieterabhängigkeit

1. Anbieterunabhängigkeit

- public key kann direkt im Netz erschaffen werden

  z.B: www.bitadress.org oder https://bitcoincore.org/.

- Der Gründer erhält gleichzeitig auch den private key

  ACHTUNG: eigenständige Speicherung; VERLUSTRISKO!

- Kryptowerte können empfangen und weitergeleitet werden.

2. Anbieterabhängigkeit

- Für Einrichtung, Verwahrung u. Handel hat sich breiter Markt gebildet.
- z.B.:

coinbase, TANGANY, BISON, kraken, BINANCE, etoro, FINOA, Celsius, FTX

ATN

B. Technik (8)

Anbieterabhängigkeit

- private key bleibt allein beim Kryptoverwahrer.
- Kryptoverwahrer operiert mit eigener **Software** oder **App** u.a. auch für Handel
- Nutzer legitimiert den Verwahrer durch die **Eingabe der Zugangsdaten** zu dessen App.
- Zugangsdaten sind theoretisch wiederherstellbar, aber erst nach Identitätsnachweis
- Totalverlust damit nahezu ausgeräumt
    - Risiko: Hacking / Insolvenz des Anbieters
- Das **Kryptoverwahrgeschäft** ist eine **erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung** iSd **KWG**
- **kyc-Prozess („know-your-customer“)** erforderlich, u.a. wg. **Geldwäschegesetz (GWG)**

B. Technik (9)

Kryptoverwahrer mit Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 S. 1 KWG; Stand: 09.11.2023

- BitGo Europe GmbH
- Bitpanda Asset Management GmbH
- blocknox GmbH (Bison)
- Coinbase Germany GmbH
- Commerzbank AG
- Finoa GmbH
- Hauck Aufhäuser Digital Custody GmBH
- Tangany GmbH
- Upvest GmbH

BaFin Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

- **BaFin** benötigt im Schnitt **482 Tage** für Bearbeitung Verwahrlizenz
- Aktuell sei „*niedrige zweistellige Anzahl*“ an Erlaubnisanträgen für das Kryptoverwahrgeschäft anhängig

Quelle:
https://portal.mvp.bafin.de/database/InstInfo/sucheForm.do
https://www.faz.net/aktuell/finanzen/kryptowaehrung-bafin-braucht-482-tage-fuer-eine-lizenz-18745191.html

C.

ATN

Behandlung von Krypto-Assets

in der

Insolvenz

ATN – d'Avoine Teubler Neu | Copyright 2023

ATN

C. Behandlung (1)

Rechtliche Einordnung

- Mit Inso-Eröffnung: Übergang Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf Insolvenzverwalter, **§ 80 Abs. 1 InsO**
- Krypto-Assets des Schuldners = Teil der Insolvenzmasse , § 35 InsO ? → Überprüfung im Einzelfall
- Rechtsqualität ergibt sich seit dem 1.1.2020 unmittelbar aus **§ 1 Abs. 11 Satz 4 KWG**:

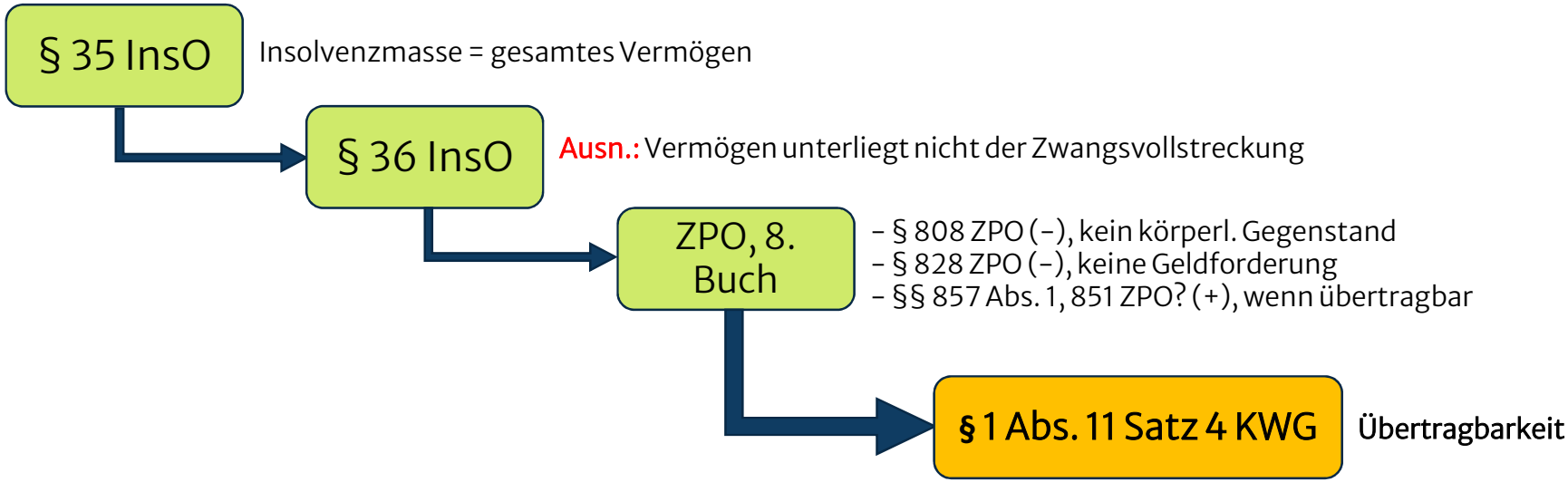
> „**Kryptowerte** im Sinne dieses Gesetzes **sind digitale Darstellungen eines Wertes, der** von keiner Zentralbank oder öffentlichen Stelle emittiert wurde oder garantiert wird und nicht den gesetzlichen Status einer Währung oder von Geld besitzt, aber von natürlichen oder juristischen Personen **aufgrund einer Vereinbarung oder tatsächlichen Übung als Tausch- oder Zahlungsmittel akzeptiert wird** oder Anlagezwecken dient **und** der **auf elektronischem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann.**“

Anm.1: Übertragbarkeit nach BGB umstr.; BMJ entwickelt aktuell Neuregelung

Anm.2 : Digitaler Euro kommt – EZB-Rat hat Vorbereitungsphase am 091.11.2023 begonnen – Ausgabe von den Zentralbanken des Euroraums - € in virtueller Form künftig als Zahlungsmittel

C. Behandlung (2)

Kryptowerte als Teil der Insolvenzmasse, § 35 InsO



II. Behandlung (3)

Wie erfährt man von schuldnerischem Kryptowerten

- Praxis-Problem: Kenntniserlangung
  - Grds.: Schuldner ist zur Auskunft verpflichtet, §§ 20, 97 InsO
  - Praxis: „Schweigen“ – „Vergessen“ – „TTT“ – Insolvenzverwalter wird „Detektiv“:

Kontoauszüge

Informationen

Forderungs-anmeldung, etc.

Informationen Dritter

BVerwG 10 C 7.21 - Urteil vom 25. Februar 2022: Kein Informationszugang des IV zu steuerlichen Daten der Finanzbehörden über den Insolvenzschuldner, ZIP 2022, 1551 ff.

BMF-Schreiben vom 23.1.2023 (Gz. IV A 3 - S 0062/22/10006 :001): diverse Erlasse geändert, darunter auch den Anwendungserlass § 251 AO

Nmann77 80273991 – stock.adobe.com

ATN

II. Behandlung (4)

Wie erfährt man von schuldnerischem Kryptowerten

- **Kontenabrufersuchen nach §§ 93, 93 b Abgabenordnung (AO)**
- Bundeszentralamt für Steuern, Steuerabteilung National, Kontenabrufverfahren, Berlin, kontenabruf@bzst.bund.de
- § 93 (1) AO: Die Beteiligten und andere Personen haben der Finanzbehörde die zur Feststellung eines für die Besteuerung erheblichen Sachverhalts erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Dies gilt auch für nicht rechtsfähige Vereinigungen, Vermögensmassen, Behörden und Betriebe gewerblicher Art der Körperschaften des öffentlichen Rechts. Andere Personen als die Beteiligten sollen erst dann zur Auskunft angehalten werden, wenn die Sachverhaltsaufklärung durch die Beteiligten nicht zum Ziel führt oder keinen Erfolg verspricht.
- (1a) Die Finanzbehörde darf an andere Personen als die Beteiligten Auskunftsersuchen über eine ihr noch unbekannte Anzahl von Sachverhalten mit dem Grunde nach bestimmbaren, ihr noch nicht bekannten Personen stellen (Sammelauskunftsersuchen). Voraussetzung für ein Sammelauskunftsersuchen ist, dass ein hinreichender Anlass für die Ermittlungen besteht und andere zumutbare Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung keinen Erfolg versprechen. Absatz 1 Satz 3 ist nicht anzuwenden.
- Nach § 93 Abs. 8 Satz 2 AO wird das Recht zu Abrufersuchen erweitert:
- Die für die **Vollstreckung** nach dem Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz und nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen der Länder **zuständigen Behörden** dürfen zur Durchführung der Vollstreckung das Bundeszentralamt für Steuern ersuchen, bei den Kreditinstituten die in § 93b Absatz 1 und 1a bezeichneten Daten, ausgenommen die Identifikationsnummer nach § 139b, abzurufen, wenn ….
- **ABER: Kryptowerte sind nicht beim BZA registriert**

Nmann77 80273991 – stock.adobe.com

D.

Verwertung in der Insolvenz

ATN – d'Avoine Teubler Neu | Copyright 2023

D. Verwertung (1)

Zeitpunkt

§ 148 Abs. 1 InsO → Vermögensmasse ist sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen.

§ 159 InsO → Vermögensmasse ist nach Berichtstermin unverzüglich zu verwerten

EILIG!

Wertverschaffungsinteresse

- Anbieterunabhängigkeit
- Anbieterabhängigkeit

ATN

D. Verwertung (2)

Maßnahmen der InsO bei Anbieterunabhängigkeit

- Insolvenzverwalter muss zunächst Verfügungsgewalt übernehmen → Übergabe private key durch Schuldner
- Schuldner ist verpflichtet; **Auskunfts- und Mitwirkungspflichten gem. § 97 Abs. 1 und 2 InsO**.
  - Durchsetzung möglich, **§ 98 InsO**
    - § 21 Abs. 1 InsO : **Durchsuchungsanordnung**
    - § 98 Abs. 2 Nr. 1 InsO: **zwangsweise Vorführung** oder **Haft** (bis zu 6 Mon., § 802j Abs. 1 Satz 1 ZPO)
- **Versagung der Restschuldbefreiung, gem. § 300 Abs. 3 InsO**
  - tauglicher Grund: Verletzung Auskunfts- und Mitwirkungspflichten gem. § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO

Weitere Maßnahmen kennt die InsO nicht

ATN

D. Verwertung (3)

Verwertung bei Anbieterunabhängigkeit

Veräußerung an einen Dritten

1. private key <-> EUR

- Gegenwert der Kryptowerte ist vom Erwerber unmittelbar **in EUR** zur Masse zu zahlen.
- Private key wird von IV an den neuen Erwerber herausgegeben.
- An dem private key besteht i.Ü. kein **wirtschaftliches Interesse**.

pragmatisch +

2. Kryptowerte <-> EUR

a) **Transaktion innerhalb der Blockchain**

(1) Dritter zahlt Wert in EUR zur Masse

(2) nennt seinen public key

(3) IV transferiert Krypto dorthin

- **Aufwand** und **Fehlerrisiko** für den IV erhöht.
- Bedenken:
  offenes THK zulässig, bei dem IV **alleiniger Vollrechtsinhaber** und Treuhänder ist und welches **nicht** unmittelbar Teil der Masse ist.
  (BGH-Urteil v. 24.01.2019; Az. IX ZR 110/17)

b) **Verwertung über Krypto-Exchange**

(1) Schaffung treuhänderischer Zugang des IV

(2) IV transferiert dorthin

(3) Umwandlung Krypto → EUR

(4) Auszahlung zur Masse

- Keine Einbindung externer Dritter
- Keine „harten" Vertragsverpflichtung für IV, kaum Risiko
- ggf. auch Einbindung von ext. Dienstleistern

ATN

D. Verwertung (4)

Verwertung bei Anbieterabhängigkeit

- Kryptoverwahrer behalten bekanntlich den private key (keine Herausgabe an Kunden)
  - Legitimation erfolgt meist über die **Eingabe von Zugangsdaten** zu einer App (Username, PW)
  - IV ist verfügungsbefugt, § 80 InsO
    - **Kryptoverwahrer** wird aufgefordert **Kryptowerte in EUR umzuwandeln**
  - Verfügungsgewalt kann über vorhandene Kryptowerte dann durch den **„normalen“ Login** ausgeübt werden (beachte aber kyc)
  - Werte sind so relativ unproblematisch transferier- und realisierbar.

E.

Besteuerung von Kryptowerten

ATN – d'Avoine Teubler Neu | Copyright 2023

E. Besteuerung (1)

Kryptowährungen und Steuern

Bundesministerium der Finanzen

BMF-Schreiben, 10.05.2022, V C 1 – S 2256/19/10003:001

„Einzelfragen zur ertragsteuerrechtlichen Behandlung von virtuellen Währungen und von sonstigen Token“

- **Ertragsbesteuerung:** Currency Token = „*andere Wirtschaftsgüter*“ iSv § 22 Nr. 2 i.V.m. 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG
- Veräußerungsgewinne innerhalb eines Jahres = **steuerbar**!
  - Beachte **Wertgrenze** des § 23 Abs. 3 S. 5 EStG: wenn Gesamtgewinn innerhalb eines Jahres < **600,– EUR,** dann **steuerfrei**

Quelle:
https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Einkommensteuer/2022-05-09-einzelfragen-zur-ertragsteuerrechtlichen-behandlung-von-virtuellen-waehrungen-und-von-sonstigen-token.pdf?__blob=publicationFile&v=2

E. Besteuerung (2)

BMF-Schreiben, 10.05.2022, V C 1 – S 2256/19/10003 :001

RZ 30:

"Tätigkeiten im Zusammenhang mit Einheiten einer virtuellen Währung und mit sonstigen Token können [...] zu Einkünften aus allen Einkunftsarten (§ 2 Abs. 1 S. 1 EStG) führen. In Betracht kommen insbesondere

- *Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 15 EStG),*
- *Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19 EStG),*
- *Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 EStG),*
- *Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften (§ 22 Nr. 2 iVm § 23 EStG) oder*
- *sonstige Einkünfte (§ 22 Nr. 3 EStG)."*

E. Besteuerung (3)

Rechtsprechung

- 11.06.2021; Urteil FG Baden-Württemberg (Az. 5 K 1996/19);
  - Gewinne aus Kryptoverkäufen = steuerbar nach § 22 Nr. 2 iVm 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG, wenn innerhalb **Spekulationsfrist**;
  - **REVISION ZUM BFH WURDE ZUGELASSEN + WAR ANHÄNGIG (IX R 27/21) -> Revision wurde zurückgezogen**

Quellen:
https://finanzgericht-bw.justiz-bw.de/pb/,Lde/Startseite/Presse/PM+6_2021/?LISTPAGE=2502777
https://blog.handelsblatt.com/steuerboard/2021/12/09/veraeusserungsgewinne-aus-bitcoins-und-anderen-krypto-assets-einkommensteuerpflichtig/
https://www.bundesfinanzhof.de/de/anhaengige-verfahren/aktuelle-verfahren/detail/STAH210900027/

E. Besteuerung (4)

Rechtsprechung

- 14.02.2023; Urteil BFH (Az. IX R 3/22)
    - Gewinne aus Kryptoverkäufen = steuerbar nach § 22 Nr. 2 iVm 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG, wenn innerhalb Spekulationsfrist;
    - Kein strukturelles Vollzugsdefizit.
    - Vorinstanz FG Köln (Az. 14 K 1178/20)

Quellen:
https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE202310057/
https://www.bundesfinanzhof.de/de/anhaengige-verfahren/verhandlungstermine/detail/muendl-verhandlung-ix-r-3-22/

ATN

E. Besteuerung – CARF (5)

„Crypto-Asset Reporting Framework“ – internationale Besteuerung

OECD

BESSERE POLITIK FÜR EIN BESSERES LEBEN

- Die OECD verhandelt im Auftrag der G20 Finanzminister einen rechtlichen Rahmen für den **internationalen Austausch steuerlich relevanter Daten** zu Kryptovermögen (**Crypto-Asset Reporting Framework**).
  - Ziel:
  - Vereinbarung eines Standards, der die zwischen den teilnehmenden Staaten und Gebieten **auszutauschenden Informationen** und die dazu zu beachtenden **Sorgfaltspflichten** festlegt.

Quellen:
https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/oecd-seeks-input-on-newtax-transparency-framework-for-crypto-assets-and-amendments-to-the-common-reportingstandard.htm
https://www.bundesfinanzministerium.de/Monatsberichte/2022/09/Inhalte/Kapitel-3-Analysen/3-1-krypto-vermoegenswerte.html#

F. Insolvenzen von Kryptoverwahrern

Hintergründe und Auswirkungen auf Kryptobörsen / Exchanges

ATN – d'Avoine Teubler Neu | Copyright 2023

F. Insolvenzen (1)

Bereits eingetretene Fälle

- *Mt. Gox* -> **Shibuya**, Japan
- *My Crypto Wallet* -> **Melbourne**, Australien
- *Celsius* -> **Hoboken**, USA
- *FTX* -> **Bahamas**, USA
- *Prime Trust* -> **Delaware**, USA
- *BlockFi* -> **Jersey City**, USA
- *Three Arrows Capital* -> **Virgin Islands**, USA
- *Voyager Capital* -> **Seattle**, USA
- *CoinFLEX* -> **Seychellen**

„Not your Keys, not your Coins“

ATN

F. Insolvenzen (2)

„Celsius“ – Hoboken-New Jersey, USA

- **Insolvenzantrag, 13.07.2022**
- rd. **1,7 Millionen Kunden;** Verbindlichkeiten rd. **5,5 Milliarden US-Dollar**
- **06.01.2022:** Insolvenzgericht Süd-Newyork spricht Token im Wert von **4,2 Millionen US-Dollar** der Insolvenzmasse zu
- CEO = **Alex Mashinsky**
  - Anklage: Betrug
  - Beginn Strafprozess: noch unbekannt

Quelle:
https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/banken/insolvenz-glaeubigern-der-kryptobank-celsius-droht-jahrelange-zitterpartie/28518384.html

F. Insolvenzen (3)

„FTX“ – Bahamas, USA

- **Insolvenzantrag, 11.11.2022**
- rd. **9 Millionen Kunden**; Verbindlichkeiten allein ggü. 50 größten Gl. rd. **3,1 Milliarden US-Dollar;** insgesamt wohl **> 10 Milliarden US-Dollar**
- CEO = **Sam Bankman-Fried**
  - Anklage: Betrug, Geldwäsche, Untreue, Verschwörung
  - **03.10.2023: „schuldig“ in allen Anklagepunkten**
  - **28.03.2024: Verhandlung über Strafmaß**

Quellen:
https://www.handelsblatt.com/technik/cybersecurity/kryptoboerse-insolvent-was-vom-ftx-imperium-uebrigbleibt/28825764.html
https://de.cointelegraph.com/news/bankrupt-crypto-exchange-ftx-begins-strategic-review-of-global-assets

F. Insolvenzen (4)

„BlockFi“ – Jersey City, USA

- **Insolvenzantrag, 28.11.2022**
- **> 100.000 Kunden**; Verbindlichkeiten allein ggü 50 größten Gl. rd. **1,3 Milliarden US-Dollar**
- CEO = **Zac Prince**

Quelle:
https://www.handelsblatt.com/finanzen/maerkte/devisen-rohstoffe/nach-ftx-pleite-kryptounternehmen-blockfi-meldet-insolvenz-an/28836378.html

F. Insolvenzen (5)

In der BRD: NURI & coindex – sog. „vertraglich gebundene Vermittler“, § 2 Abs. 10 KWG

Nuri (vormals Bitwala)

- **09.08.2022:** Insolvenzantrag
- **02.11.2022:** Insolvenzeröffnung (AG Berlin-Charlottenburg; 36n IN 4212/22)
- **04.11.2022:** Anzeige MUZ

coindex

- **07.09.2023:** Insolvenzantrag
- **bis heute:** vorläufige Insolvenzverwaltung (AG Bielefeld; 43 IN 598/23)

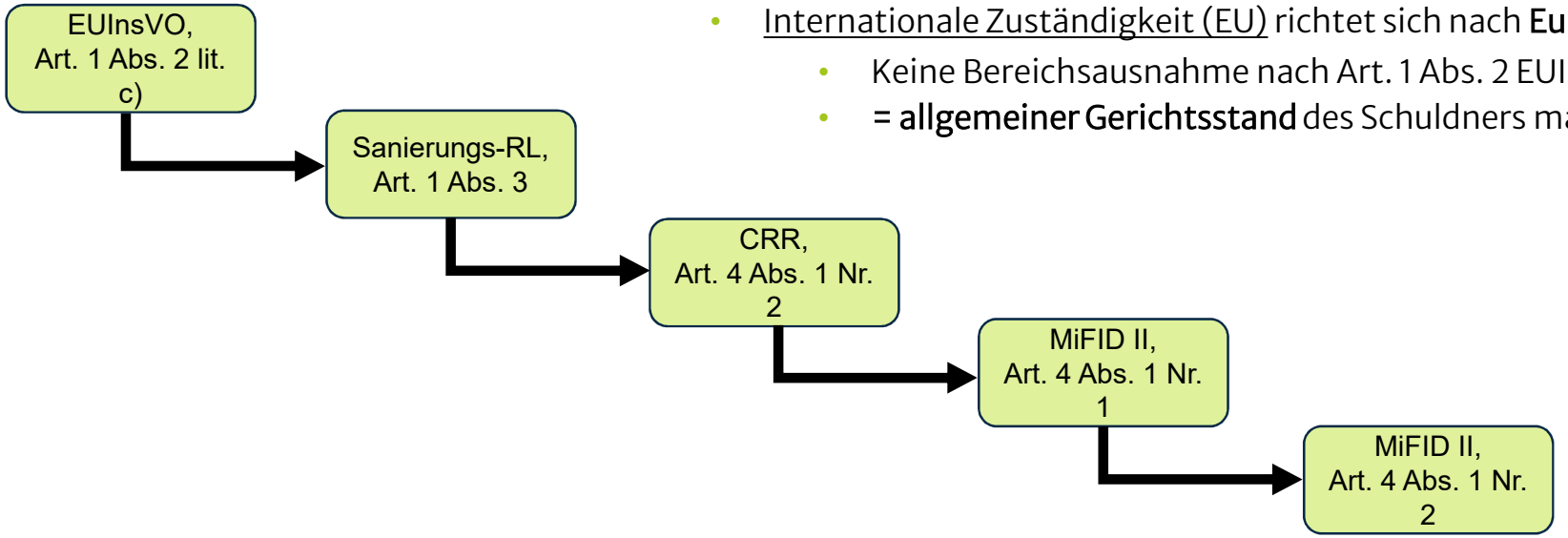
Quellen:
https://www.tagesschau.de/wirtschaft/finanzen/nuri-bank-fintech-insolvenz-101.html
https://help.coindex.de/de/articles/8340602-insolvenzantrag-coindex-gmbh

F. Insolvenzen von Kryptoverwahrern (6)

Zuständigkeit Insolvenzgerichtsbarkeit

- GrdS: **lex fori concursus**
- nationale Zuständigkeit richtet sich nach **InsO**
- Internationale Zuständigkeit (EU) richtet sich nach **EuInsVO**
  - Keine Bereichsausnahme nach Art. 1 Abs. 2 EUInsVO
  - **= allgemeiner Gerichtsstand** des Schuldners maßgeblich

Keine Bereichsausnahme für Kryptoverwahrer:



F. Insolvenzen von Kryptoverwahrern (7)

Welche Rechte haben Krypto-Anleger?

- **Absonderungsrechte**, §§ 49 ff. InsO? (–), da Kryptowährungen nicht massezugehörig sind, § 35 InsO
- **Masseverbindlichkeit**, § 55 InsO? (–), da der Kryptoverwahrvertrag nach §§ 115, 116 InsO mit IE erlischt
  - Vertragstypus ist unklar.
  - In jedem Fall: Geschäftsbesorgungsvertrag in Form eines Dienstleistungsvertrages, § 675 BGB
  - (P): auch **fremdnütziger Treuhandvertrag**?
    - Selbst dann wird zum Teil vertreten, dass auch dieser Vertrag nach §§ 115 Abs. 1, 116 S. 1 InsO **sofort erlischt**
      - Nerlich/Römermann/*Andres*, 44. EL November 2021, InsO § 47 Rn. 37; *Lohmann* in HeidelbKomm/InsO, 10 Aufl. 2020, § 47 InsO Rz. 22
  - **Sollte dennoch ein Wahlrecht nach § 103 InsO bestehen, ist in der Praxis nicht anzunehmen, dass der IV dieses ausübt**

F. Insolvenzen von Kryptoverwahrern (8)

Aussonderung von Krypto-Token

- Aussonderung, § 47 InsO?
  - Aussonderungsfähigkeit? (+), immaterielle Rechte; Wertdarstellungen nach § 1 Abs. 11 S. 4 KWG
  - Bestimmbarkeit? (P)
    - Bei Einrichtung einer separaten Wallet? (+), public key ist dem jew. Kunden zugeordnet
    - Bei Einrichtung einer Sammelverwahrung / „*omnibus wallets*“? **–> Regelfall**

      (+), *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 ff.

      (–), *d'Avoine/Hamacher*, ZIP 2022, 2214 ff.

ATN

F. Insolvenzen von Kryptoverwahrern (9)

Aussonderung von Krypto-Token

- *z. B. für viele: Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 ff.:
  - omnibus wallets ähneln einem **Hauptkonto** mit **zwei Unterkonten**.
  - Kryptoverwahrer **poolt** das Vermögen der Kunden und trennt es über **interne Buchungssysteme**.
  - wenn Vermögenstrennung (+) können auch Aussonderungsrechte der Kunden bestehen.
- *z.B. für viele: d'Avoine/Hamacher*, ZIP 2022, 2214 ff.
  - Zuordnung von Werten erfolgt ausschließlich über **interne Buchungen**. Diese Buchungen sind für den Kunden **idR nicht abrufbar**.
  - Kunde ist mit Geltendmachung des Aussonderungsrechts **beweisbelastet**.
  - Hohe Missbrauchsrisiko und Verlustgefahr (z.B. durch Hacking)

F. Insolvenzen von Kryptoverwahrern (10)

Internationale Lösungsansätze?

Schweiz

Artikel 242a SchKG:

Die Konkursverwaltung trifft eine Verfügung über die Herausgabe kryptobasierter Vermögenswerte, über die der Gemeinschuldner zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung die Verfügungsmacht innehat und die von einem Dritten beansprucht werden. Der Anspruch ist begründet, wenn der Gemeinschuldner sich verpflichtet hat, die ***kryptobasierten Vermögenswerte*** *für den Dritten* ***jederzeit bereitzuhalten*** *und diese:*

a.) dem Dritten individuell zugeordnet sind; oder

b.) einer ***Gemeinschaft zugeordnet*** *sind und* ***ersichtlich*** *ist,* ***welcher Anteil*** *am Gemeinschaftsvermögen* ***dem Dritten*** *zusteht.*

[…]

Die Kosten für die Herausgabe sind von demjenigen zu übernehmen, der diese verlangt. […]

Liechtenstein

Token- und VT-Dienstleister-Gesetz (TVTG)

[**TVTG** seit 1.1.2020 in Kraft; **VT** = „**V**ertrauenswürdige **T**echnologien"]

Art. 25 Abs. 1 S. 1 TVTG:

Token, die treuhänderisch oder im Namen des Kunden gehalten werden, sind […] im ***Insolvenzverfahren*** *des VT-Dienstleisters als* ***Fremdvermögen*** *zu betrachten und werden […] gegenüber dem Kunden zu dessen Gunsten* ***ausgesondert****.*

Art. 25 Abs. 2 S. 1 TVTG:

VT-schlüssel, die ein VT-Dienstleister für einen Kunden im eigenen oder fremden Namen hält oder verwahrt, sind […] im ***Insolvenzverfahren*** *des VT-Dienstleisters als* ***Fremdvermögen*** *zu betrachten und werden […] gegenüber dem Kunden zu dessen Gunsten* ***ausgesondert***

F. Insolvenzen von Kryptoverwahrern (11)

MiCAR – „markets in crypto-assets-regulation“

- Erster europaweiter Regelungsrahmen
- **Verbraucherschutz, Haftung von Dienstleistern, Meldepflichten, Auskunftspflichten, ökologische Fußabdrücke, Bekämpfung Geldwäsche, Einführung öffentlicher Register, Rechtssicherheit für Unternehmer, etc.**
- **20.04.2023**: Verabschiedet im EU-Parlament
- **09.06.2023:** Veröffentlichung im Amtsblatt der EU
- **29.06.2023:** in Kraft getreten („am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung“, Art. 149 Abs. 1 MiCAR)
- **30.12.2024:** Geltungswirkung (Art. 149 Abs. 2 MiCAR), mit Ausn. der Bestimmungen über E-Geld-Token u. wertreferenzierte Token (29.06.2023)

Quellen:
https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/06/30/digital-finance-agreement-reached-on-european-crypto-assets-regulation-mica/
https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11053-2020-INIT/de/pdf

F. Insolvenzen von Kryptoverwahrern (12)

MiCAR – „markets in crypto-assets-regulation“

Art. 75 Abs. 7 MiCAR:

Anbieter *von Kryptowerte-Dienstleistungen,* ***die Kryptowerte*** *für Kunden* ***verwahren*** *oder verwalten,* ***sorgen für eine Trennung*** *der für Kunden gehaltenen Beteiligungen an Kryptowerten von ihren eigenen Beteiligungen und stellen sicher, dass die Mittel für den Zugang zu den Kryptowerten ihrer Kunden eindeutig als solche gekennzeichnet sind. Sie stellen sicher, dass* ***Kryptowerte ihrer Kunden*** *auf dem Distributed Ledger* ***getrennt*** *von ihren eigenen Kryptowerten geführt werden.*

Die verwahrten Kryptowerte werden im Einklang mit dem geltenden Recht im Interesse der Kunden des Anbieters von Kryptowerte-Dienstleistungen rechtlich vom Vermögen des Anbieters von Kryptowerte-Dienstleistungen ***getrennt****, sodass Gläubiger des Anbieters von Kryptowerte-Dienstleistungen —* ***insbesondere im Falle einer Insolvenz*** *— nicht auf Kryptowerte zurückgreifen können, die vom Anbieter von Kryptowerte-Dienstleistungen verwahrt werden.*

Die Anbieter von Kryptowerte-Dienstleistungen stellen sicher, dass die verwahrten Kryptowerte operativ vom Vermögen des Anbieters von Kryptowerte-Dienstleistungen ***getrennt*** *sind.*

- **Pflicht** für den Verwahrer sein Vermögen, von dem der Kunden **zu trennen**
  - *omnibus wallets* dürften hierfür zulässig sein, soweit ausschließlich Vermögen der Kunden dort **gepoolt** wird.
  - (P): Kein Aussonderungsrecht explizit geregelt!

Quelle:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593

F. Insolvenzen von Kryptoverwahrern (13)

Gesetz über elektronische Wertpapiere (eWpG)

- § 2 Abs. 3 eWPG:
  - *Ein elektronisches Wertpapier gilt als Sache im Sinne des § 90 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.*
- § 9 Abs. 3 eWPG:
  - *Elektronische Wertpapiere in **Sammeleintragung** gelten als **Wertpapiersammelbestand**. Die Berechtigten der eingetragenen inhaltsgleichen Rechte gelten als **Miteigentümer nach Bruchteilen** an dem eingetragenen elektronischen Wertpapier.*
- Keine analoge Anwendbarkeit auf Kryptowährungen
  - **vergleichbare Interessenlage (–)**, da Registerführung bei Kryptowährungen nicht vorgesehen, **untersch. Anlagestruktur**
  - **Planwidrigkeit (–)**, da die sachenrechtliche Fiktion schon gezielt in **§ 1 Abs. 11 Satz 4 KWG** nicht enthalten ist

Quellen:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593

F. Insolvenzen von Kryptoverwahrern (14)

FAZIT

- **Zwischenfazit**
  - Grds. Problem bleibt: Unmittelbarkeit der Übertragung von Werten des Treuhänders auf Treugeber
  - Und wenn keine Aussonderungsrechte bestehen sollten:
  - Der Kunde wird seine Kryptowerte in der Insolvenz des Kryptoverwahrers nicht erfolgreich herausverlangen können.
  - Ihm bliebe einzig die Anmeldung einer Forderung zur Insolvenztabelle (§ 174 InsO) und das hoffen auf eine Quotenausschüttung.
  - Wäre dieses Ergebnis gerecht?

Quellen:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593

G.

ATN

ZuFinG und FinmadiG

Aussonderungsrechte an Kryptowerten?

ATN – d'Avoine Teubler Neu | Copyright 2023

G. ZuFinG (1)

ReG-E Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG) vom 16.08.2023

- **G zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen.**
- Anreize für Investitionen in die deutsche Wirtschaft, um langfristig die Leistungsfähigkeit des Kapital- und Finanzmarkts zu stärken.[2]
- Artikelgesetz hat 32 Artikel und ändert **31 verschiedene Gesetze bzw. Verordnungen**. (Art. 32 = Inkrafttreten)
- Art. 20 ZuFinG betrifft das KWG. Der RegE sieht dort die Einführung von besonderen Pflichten bei der Verwahrung von Kryptowerten vor.
- Dass z.B. Aussonderungsrechte an Kryptowerten, jedenfalls auf der bis einschließlich 2022 bestehenden Gesetzesgrundlage, schwerlich begründbar sind, hat offenbar zu der vorgeschlagenen Gesetzesänderung bzw. Erweiterung des KWG geführt.

[2] **Art. 20 Nr. 6, S. 42 des Regierungsentwurfs zum ZuFinG vom 16.08.2023.**

Quelle: s. PP

ATN

G. ZuFinG (2)

Reg-E Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG) – Artikel 20

- **§ 26b KWG-E:**
- Pflicht des Kryptoverwahrers zur **Vermögenstrennung** von Kryptowerten seiner Kunden und seinen eigenen
- sowie deren **Bestimmbarkeit**
- ***§ 26b Vermögenstrennung***

  (1) Ein Institut, das das Kryptoverwahrgeschäft betreibt, hat sicherzustellen, dass die Kryptowerte und privaten kryptographischen Schlüssel der Kunden getrennt von den Kryptowerten und privaten kryptographischen Schlüsseln des Instituts verwahrt werden. Werden Kryptowerte mehrerer Kunden gebündelt verwahrt (gemeinschaftliche Verwahrung), so ist sicherzustellen, dass sich die den einzelnen Kunden zustehenden Anteile am gemeinschaftlich verwahrten Gesamtbestand jederzeit bestimmen lassen.

  (2) Das Institut hat sicherzustellen, dass über die verwahrten Kryptowerte und privaten kryptographischen Schlüssel der Kunden ohne dessen ausdrückliche Einwilligung nicht für eigene Rechnung des Instituts oder für Rechnung einer anderen Person verfügt werden kann.

Quelle: s. PP

ATN

G. ZuFinG (3)

Reg-E Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG)

- **§ 46i Abs. 1 u. Abs. 2 KWG-E**
- „**Vermögenstrennungsgebot**“ für Kryptoverwahrinstitute
- **Gesetzliche Vermutung:** Verwahrte Werte und Schlüssel sind dem Vermögen des Kunden auch haftungsrechtlich zuzuordnen. Hiernach **gelten** im Rahmen eines Kryptoverwahrgeschäfts für einen Kunden verwahrte Kryptowerte als dem Kunden „*gehörig*“.
- ***§ 46i – Zuordnung verwahrter Kryptowerte; Kosten d. Aussonderung (Änderungen durch FinmadiG)***

  (1) Das im Rahmen eines qualifizierten Kryptoverwahrgeschäfts für einen Kunden verwahrte kryptographische Werk gilt als dem Kunden gehörig. Das gilt nicht, wenn der Kunde die Einwilligung zu Verfügungen über den verwahrten Wert für Rechnung des Instituts oder Dritter erteilt hat.

  (2) Absatz 1 gilt entsprechend für den dem Kunden zustehenden Anteil an kryptographischen Instrumenten in gemeinschaftlicher Verwahrung sowie für isoliert verwahrte private kryptographische Schlüssel.

Quelle: s. PP

ATN

G. ZuFinG (4)

Reg-E Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG)

- **§ 46i Abs. 3 KWG-E – Kosten der Aussonderung**
- Diese soll der Kunde tragen, sofern die Aussonderung nicht im Wege der Übertragung des Werts oder des Schlüssels auf ein anderes Institut erfolgen soll, das das Kryptoverwahrgeschäft betreibt.

  (3) Stimmt der Kunde im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Instituts einer Aussonderung im Wege der Übertragung des vom Institut verwahrten Gesamtbestands auf ein vom Insolvenzverwalter bestimmtes Institut, welches das qualifizierte Kryptoverwahrgeschäft betreibt, nicht zu, trägt er die Kosten der Aussonderung. Dies gilt nicht, wenn die Bedingungen, zu denen das andere Institut eine Fortführung des Verwahrverhältnisses anbietet, für den Kunden unzumutbar sind. Sätze 1 und 2 sind auf die Übertragung wesentlicher Teile des verwahrten Gesamtbestands entsprechend anzuwenden."

- Schweizer Regelung entsprechend Abs. 3 im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) in Art. 242a S. 4 SchKG:

  „Die Kosten für die Herausgabe sind von demjenigen zu übernehmen, der diese verlangt. Die Konkursverwaltung kann einen entsprechenden Vorschuss verlangen."

Quelle: s. PP

ATN

G. ZuFinG (5)

Reg-E Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG)

- ZUSAMMENFASSUNG: **31 Gesetze und Verordnungen** – hohes Diskussions- u. Konfliktpotential
- **46i KWG-E** = **unwiderlegliche gesetzliche Vermutung (bzw. Fiktion)** für eine Zugehörigkeit zum Kundenvermögen („*gilt*").
- Das ZuFinG vom 16.08.2023 noch Ende 2023 im Bundestag – In Kraft Treten 01.01.2024
- Aussonderung bei Verstoß des Treuhänders gegen § 26b? Wenn nicht getrennt oder nicht bestimmbar: (-) a.A. zum Teil Lit.
- Wenn getrennt und bestimmbar und Einhaltung Trennung gemäß § 26b: (+)
- Ergo (IV): § 26b ist Voraussetzung für Aussonderung nach § 46i (faktische Unmöglichkeit der Erkennung und Bestimmung)
- Wenn § 26 (+): Problem Masse geringer als Aussonderungsansprüche („Besteckkasten 3 x 10"): Aussonderung quotal möglich (+/-)
- UNIDROIT Principles Principle 13 Abs. 6 und 7 (S. 59 ff.)
- International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) /Villa Aldobrandini, Rome, Purpose: study needs and methods for modernising, harmonising and co-ordinating commercial law , formulate uniform law instruments, principles and rules to achieve those objectives.

G. FinmadiG (1)

Ref-E Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG) – Stand 23.10.2023

- Referentenentwurf zum FinmadiG: verschiedene Gesetze zur Durchführung der Europäischen Verordnungen **MiCA** (Markets in Crypto Assets), der Neufassung der **EU-Geldtransferverordnung** (Transfer of Funds Regulation) sowie der Durchführung bzw. Umsetzung des europäischen **DORA-Pakets** (Digital Operational Resilience Act (Verordnung und Richtlinie) nebst Begründung (Stand: 23. Oktober 2023).
- Änderung einiger– noch nicht in Kraft getretener – Regelungen des **ZuFInG**
- Klarstellung Umgang mit **Krytowerten in deren Insolvenz** / Konkretisierung Schutz des verwahrten Kundenvermögens
- FinmadiG: „Stärkung des Vertrauens in neue digitale Finanzinfrastrukturen“ und „digitale Resilienz erhöhen“.
- Durchführung VO (EU) 2023/1113: Anpassungen im Geldwäschegesetz (GwG) betr. Kryptowertetransfers
- **KMAG:** Anbieter von Kryptowerte-Dienstleistungen = GwG als geldwäscherechtlich Verpflichtete
- Änderungen und Ergänzungen des Kapitalanlagegesetzbuches (**KAGB**), des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes (SAG), des Wertpapierhandelsgesetzes (**WpHG**) und des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes (**ZAG**)

G. FinmadiG (2)

- Ref-E Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG) – Stand 23.10.2023

- **Artikel 1 Gesetz zur Aufsicht über Märkte für Kryptowerte Kryptomärkteaufsichtsgesetz – KMAG**
- Abschnitt 3 : Sonderbestimmungen für Anbieter von Kryptowerten- Dienstleistungen
- § 28 : **Aussetzung und Untersagung** der Erbringung von **Kryptowerte-Dienstleistungen**; Einschreiten bei Erbringung von Kryptowerte-Dienstleistungen entgegen Artikel 60 der Verordnung (EU) 2023/1114
- (1) Die Bundesanstalt kann auch gegenüber Anbietern von Kryptowerte-Dienstleistungen anordnen, ihre Tätigkeit auszusetzen, wenn .....
- (2) Die Bundesanstalt kann die Erbringung von Kryptowerte-Dienstleistungen untersagen, wenn sie feststellt, dass gegen die Verordnung (EU) 2023/1114 oder dieses Gesetz verstoßen worden ist.

G. FinmadiG (3)

Ref-E Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG) – Stand 23.10.2023

- Abschnitt 4: Handel auf Handelsplattformen für Kryptowerte und Verhinderung von Marktmissbrauch auf Handelsplattformen für Kryptowerte.
- § 30 : **Verfolgung von Marktmissbrauch**
- § 32 : **Anzeige straftatbegründender Tatsachen**
- § 33 : Aussetzung des Handels und Ausschluss von Kryptowerten vom Handel; Maßnahmen in Bezug auf mit dem Kryptowert verbundene Derivate
- § 34 : Bekanntmachung marktrelevanter Informationen zum Handel zugelassener Kryptowerte

G. FinmadiG (4)

Ref-E Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG) – Stand 23.10.2023

Artikel 1 des FinmadiG – **§ 43 Sonderregelungen** für die – auch nur drohende – **Insolvenz eines Instituts** (S. 43)

(1) Wird ein Institut **zahlungsunfähig** oder tritt **Überschuldung** ein, so haben die Mitglieder des Leitungsorgans dies der Bundesanstalt unter Beifügung aussagekräftiger Unterlagen unverzüglich anzuzeigen; die Mitglieder des Leitungsorgans haben eine solche **Anzeige** auch dann vorzunehmen, wenn das Institut voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen (**drohende Zahlungsunfähigkeit**). Soweit diese Personen nach anderen Rechtsvorschriften verpflichtet sind, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, tritt an die Stelle der Antragspflicht die Anzeigepflicht nach Satz 1.

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Instituts findet im Falle der Zahlungsunfähigkeit, der Überschuldung oder unter den Voraussetzungen des Satzes 5 auch im Falle der drohenden Zahlungsunfähigkeit statt.

Den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Instituts kann nur die **Bundesanstalt** stellen. Im Fall der drohenden Zahlungsunfähigkeit darf die Bundesanstalt den Antrag jedoch nur mit Zustimmung des Instituts stellen.

G. FinmadiG (5)

Ref-E Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG) – Stand 23.10.2023

- Artikel 1 des FinmadiG - § 43 Sonderregelungen für die – auch nur drohende - Insolvenz eines Instituts

  Die Regelung ist zu begrüßen.

  Besser: Konkretisierung „unter Beifügung aussagekräftiger Unterlagen“ zur Verifizierung der Daten :

  - Letzter Jahresabschluss
  - Aktuelle Betriebswirtschaftliche Auswertung mit Summen- und Saldenliste und Konten
  - Bankenspiegel
  - Übersicht der Sicherheiten Dritter

G. FinmadiG (6)

Ref-E Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG) – Stand 23.10.2023

(2) Vor der Bestellung des Insolvenzverwalters hat das Insolvenzgericht die Bundesanstalt anzuhören. Der Eröffnungsbeschluss ist der Bundesanstalt gesondert zuzustellen. Das Insolvenzgericht übersendet der Bundesanstalt alle weiteren, das Verfahren betreffende Beschlüsse und erteilt auf Anfrage Auskunft zum Stand und Fortgang des Verfahrens. Die Bundesanstalt kann Einsicht in die Insolvenzakten nehmen.

- Regelung ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings ist sie zu erweitern.
- Denn „das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Instituts findet im Falle der Zahlungsunfähigkeit, der Überschuldung oder unter den Voraussetzungen des Satzes 5 auch im Falle der drohenden Zahlungsunfähigkeit statt.“ Also ist auch eine Eigenverwaltung nach § 270 ff. InsO betroffen.
- Damit ist das Insolvenzgericht nicht nur vor der Bestellung eines Insolvenzverwalters sondern auch „vor Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § § 270 ff. InsO“ anzuhören.

G. FinmadiG (7)

Ref-E Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG) – Stand 23.10.2023

(3) Der Insolvenzverwalter informiert die Bundesanstalt laufend über Stand und Fortgang des Insolvenzverfahrens, insbesondere durch Überlassung der Berichte für das Insolvenzgericht, die Gläubigerversammlung oder einen Gläubigerausschuss. Die Bundesanstalt kann darüber hinaus weitere Auskünfte und Unterlagen zum Insolvenzverfahren verlangen.

- Konsequenterweise müsste hier ergänzt werden, weil „das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Instituts findet im Falle der Zahlungsunfähigkeit, der Überschuldung oder unter den Voraussetzungen des Satzes 5 auch im Falle der drohenden Zahlungsunfähigkeit“ stattfindet.
- „Der Insolvenzverwalter und der eigenverwaltende Schuldner sowie der Sachwalter informieren….“

G. FinmadiG (8)

Ref-E Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG) – Stand 23.10.2023

§ 44 – Ergänzung zu § 26i und 46 b KWG: Aussonderung bei Kryptoverwahrung

(1) Der im Rahmen der Kryptoverwahrung für einen Kunden verwahrte Kryptowert gilt als dem Kunden gehörig.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend für den dem Kunden zustehenden Anteil an Kryptowerten in gemeinschaftlicher Verwahrung sowie für isoliert verwahrte private kryptographische Schlüssel.

(3) Stimmt der Kunde im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Instituts einer Aussonderung im Rahmen einer Übertragung des vom Institut verwahrten Gesamtbestands auf ein anderes Institut, das Kryptoverwahrung erbringt, nicht zu, trägt er die Kosten der Aussonderung. Dies gilt nicht, wenn die Bedingungen, zu denen das andere Institut eine Fortführung des Verwahrverhältnisses anbietet, für den Kunden unzumutbar sind. Die Sätze 1 und 2 sind auf die Übertragung wesentlicher Teile des verwahrten Gesamtbestands entsprechend anzuwenden.

- Kritik: Wie zu § 46 Abs. 3 ZuFinG

H.

ATN

Ausblick

Bestrebungen etablierter Finanzdienstleister

ATN – d'Avoine Teubler Neu | Copyright 2023

ATN

H. Ausblick: CERIL Statement 2023-3 on

Crypto-assets in Restructuring and Insolvency

- publication of CERIL **Statement and Report 2023-3** on:

- **About the Statement and Report**
  In Report 2023-3 on Crypto-assets in Restructuring and Insolvency, CERIL highlights that, as a result of the complexity of the crypto-market and its rapid evolution, there is a **lack of clarity** as to whether insolvent crypto-asset service providers, in particular crypto custodians, should be governed by the European Insolvency Regulation Recast (**EIR**) or the **EU banking recovery** and resolution mechanism.

- CERIL's view is that the **EIR**'s exclusion in Article 1(2) should be interpreted narrowly, so that crypto-asset service providers such as pure crypto custodians fall within its scope, but recommends that, in light of the introduction of the Markets in Crypto-assets Regulation (MiCAR), the **European regulator** should undertake a **proper assessment** of the most appropriate approach.

ATN

H. Ausblick: CERIL Statement 2023-3 on

Crypto-assets in Restructuring and Insolvency

- publication of CERIL **Statement and Report 2023-3** on:

CERIL further recommends that the EIR should be amended for crypto-assets in three ways:

1. first, to include an autonomous definition of ‘crypto-asset’;
2. second, to make it explicit that the lex libri siti applies only to those blockchains subject to the supervision of a public authority; and
3. third, to provide a waterfall mechanism for determining where crypto-assets are situated.

H. Ausblick: Bestrebungen etablierter Finanzdienstleister (1)

BlackRock möchte Bitcoin-ETF lancieren

BlackRock®

- BlackRock-CEO Larry Fink 2017: „Bitcoin ist reiner Geldwäscheindikator“
- Kehrwende 2022: BlackRock legt Bitcoin-Trust auf gemeinsam mit Coinbase
- 2023 BlackRock Metaverse-ETF
- 06/2023 Antrag bei SEC: BlackRock - öffentlich handelbaren Spot-Bitcoin-ETF
- Securities and Exchange Commission (SEC) – CEO Gary Gensler nicht “kryptofreundlich”
- Geplant: Start des Krypto-Handelsplatzes EDX
- EDX = Joint Venture von Citadel, Charles Schwab und Fidelity

Quelle:
https://www.nzz.ch/finanzen/ist-die-zeit-des-bitcoin-wieder-gekommen-trotz-steigender-zinsen-erlebt-die-digitale-leitwaehrung-gerade-einen-hoehenflug-das-sind-die-gruende-ld.1744147

H. Ausblick: Bestrebungen etablierter Finanzdienstleister (2)

HSBC Holdings plc erlaubt Handel mit Krypto-ETFs an der Börse in Hongkong

- Hongkong & Shanghai Banking Corporation Holdings PLC (HSBC) /London
- Montag, den 26. Juni: Der Eintritt von HSBC in den Markt für Bitcoin– und Ethereum-ETFs
- ETF-Handle an der **Börse in Hongkong**
- Hongkong: Förderung des Krypto- und Fintech-Wachstums
- 1. Juni : **Lizenzregelung für Handelsplattformen für virtuelle Vermögenswerte**
- Virtual Asset Trading Platforms, VATPs

Quelle:
https://www.btc-echo.de/schlagzeilen/bitcoin-und-co-hsbc-ermoeglicht-handel-mit-krypto-etfs-166633/
https://www.ft.com/content/b7d54c86-333b-4bbb-b4b6-c040062b1a6d

H. Ausblick

„Die Hochfinanz will ins Kryptowährungs-Geschäft“

COMMERZBANK

- <u>April 2022:</u>
  CB beantragt **Verwahrlizenz**
- CB bewegt sich in Richtung eines Digital Asset Ökosystems.
- <u>15.11.2023:</u>
- CB erhält Verwahrlizenz

Deutsche Bank

- <u>Juni 2023:</u>
  DB beantragt **Verwahrlizenz**
- David Lynne: Ausbau Geschäft mit digitalen Vermögenswerten und der Verwahrung
- Anm.: IWF-Policy-Paper vom 23. Februar 2023, „Elements of Effective Policies for Crypto Assets”

Quelle:
https://www.heise.de/news/Bitcoin-Co-Deutsche-Bank-will-Kryptoverwahrer-werden-9194222.html
https://www.faz.net/aktuell/finanzen/commerzbank-erhaelt-als-erste-grossbank-in-deutschland-kryptoverwahrlizenz-19315666.html

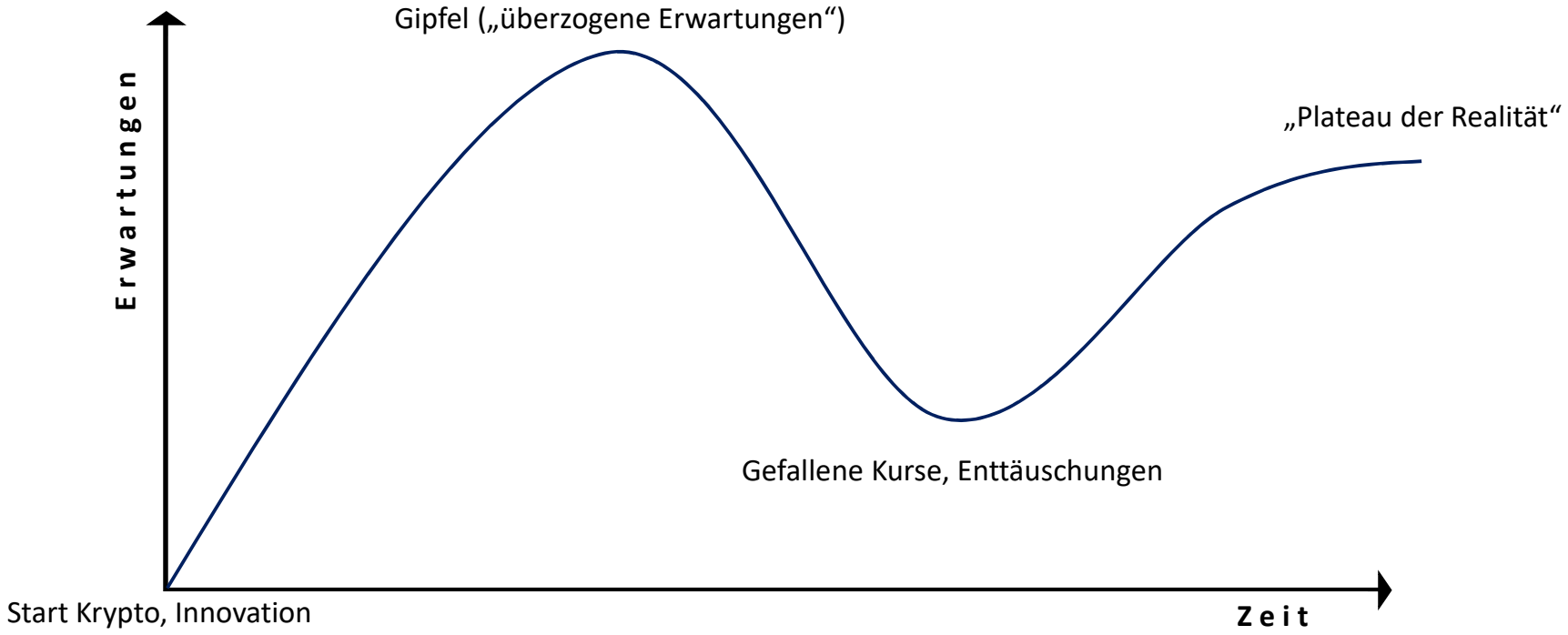
Quellen und Literaturnachweise

Kryptowährungen

- Schmittmann/Schmidt: Elektronische Wertpapiere und Kryptowährungen in Zwangsvollstreckung und I., DZWiR 2021, 648 ff.
- Skauradszun, Dominik: Kryptowährungen im Insolvenzverfahren des Anlegers oder Emittenten, ZIP 2021, 2610 ff.
- d'Avoine/Hamacher: Kryptowährungen im Insolvenzverfahren – Sicherung, Behandlung, Verwertung, ZIP 2022, 6 ff.
- Hageböke/Springer: Zeitpunkt der Verwertung von unbelasteten börsengehandelten Vermögenswerten, ZIP 2022, 1311 ff.
- Skauradszun/Schweizer/Kümpel: Das Kryptoverwahrgeschäft und der insolvenzrechtliche Rang der Kunden, ZIP 2022, 2101 ff.
- d'Avoine/Hamacher: Der Kryptoverwahrer in der Insolvenz, ZIP 2022, 2214 ff.
- Meier/Schneider/Schinerl: Staking-fähige Kryptowerte in der Insolvenz des Intermediärs, RDI 2023, 257 ff.
- Skauradszun, Zur Aussonderung v. (gemeinschaftlich) verwahrten Kryptowerten nach d. ZuFinG, RDi 2023, 269
- d'Avoine/ Hamacher, Kryptoassets in Krise und Insolvenz, RWS Skript Nr. 398, Juli 2023
- Skauradszun/Kümpel/ Schweizer/ Gramlich: Zur Auswirkung eines Stakings auf die Rechtsposition der Kunden im Falle der Insolvenz des Kryptoverwahrers, ZBB 2023, 355
- „Kryptoassets und Kosten der Aussonderung, 46i Abs. 3 KWG und § 44 Abs. 3 KMAG, ZRI 2024, 49 ff.

Status und Ausblick

Krypto



Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit

Ihre Ansprechpartner für Fragen

Dr. Marc d'Avoine
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für HaGesR
T +49 (0) 02102 53 29 768
mda@atn-ra.de

Phil Hamacher
Rechtsanwalt
T +49 (0) 0202 2450762
hamacher@atn-ra.de