BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZB 204/04

vom

27. Juli 2006

in dem Insolvenzeröffnungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO §§ 16, 17, 34, 212; ZPO § 571 Abs. 2, § 575 Abs. 5, § 570 Abs. 3

a) Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens setzt einen Insolvenzgrund im Zeitpunkt der Eröffnung voraus.

b) Lagen die Eröffnungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Eröffnung nicht vor, ist der Eröffnungsbeschluss aufzuheben und der Eröffnungsantrag abzuweisen.

c) Waren die Eröffnungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Eröffnung erfüllt, kann der nachträgliche Wegfall des Insolvenzgrundes nur im Verfahren des § 212 InsO geltend gemacht werden.

d) Das Rechtsbeschwerdegericht kann die Vollziehung der erstinstanzlichen Entscheidung bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts aussetzen.

BGH, Beschluss vom 27. Juli 2006 - IX ZB 204/04 - LG Halle
AG Halle

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer, die Richter Dr. Ganter, Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Detlev Fischer

am 27. Juli 2006
beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Schuldners wird der Beschluss der 2. Zivilkammer des Landgerichts Halle vom 18. August 2004 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung - auch über die Kosten des Verfahrens der Rechtsbeschwerde - an das Landgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Verfahrens der Rechtsbeschwerde wird auf 4.000 Euro festgesetzt.

Die Vollziehung des Eröffnungsbeschlusses des Amtsgerichts Halle-Saalkreis vom 4. Mai 2004 bleibt bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts ausgesetzt.

Gründe:

I.

1 Mit Schreiben vom 17. November 2003 beantragte der (weitere) Beteiligte zu 1 nach erfolglosen Vollstreckungsversuchen wegen offener Forderungen aus Steuern und steuerlichen Nebenleistungen in Höhe von 12.833,12 Euro die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners. Die (weitere) Beteiligte zu 2 wurde zunächst mit der Erstattung eines Gutachtens zur Frage der Zahlungsunfähigkeit beauftragt. Am 13. Februar 2004 wurde sie zur vorläufigen Insolvenzverwalterin bestellt. Dem Schuldner wurde ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt; die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen ging auf die Beteiligte zu 1 über. Am 3. Mai 2004 legte diese ein Gutachten vor, das den Schuldner mit folgender Begründung für zahlungsunfähig erklärte:

2 Die freie Masse betrage 26.464,20 Euro. Sie bestehe aus einem Konto des Schuldners von 212,17 Euro, dem Verwalterkonto von 24.617,44 Euro, einem Bausparvertrag von 311,39 Euro, Anfechtungsansprüchen von 1.309,20 Euro sowie Erinnerungswerten für das möglicherweise wertausschöpfend belastete Wohn- und Betriebsgrundstück, für die Geschäfts- und Betriebsausstattung, für zwei Fahrzeuge, deren Papiere der Schuldner nicht vorgelegt habe, für möglicherweise an Dritte abgetretene Lebensversicherungen sowie für verschiedene nicht nachprüfbare Forderungen aus einer Debitorenliste des Schuldners. Verbindlichkeiten bestünden in Höhe von 28.303,14 Euro. Eine Kreditorenliste des Schuldners vom 2. Dezember 2003 ende mit einem Betrag von 24.959,76 Euro. Zwischenzeitliche Zahlungen des Schuldners seien anfechtbar und daher nicht zu berücksichtigen. Hinzu kämen Rücklastschriften

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

aus dem Zeitraum 24. Februar bis 4. März 2004 in Höhe von 3.337,98 Euro. Berücksichtige man zusätzlich noch die Kosten des Insolvenzgerichts für das Antragsverfahren sowie für die vorläufige Verwaltung in Höhe von 5.997,32 Euro, betrage die Deckungsquote im Verhältnis zur Geldliquidität 65,78 %, im Verhältnis zur errechneten freien Masse 72,3 %.

3 Am 4. Mai 2004 ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet und die (weitere) Beteiligte zu 2 zur Verwalterin bestellt worden. Die sofortige Beschwerde des Schuldners gegen den Eröffnungsbeschluss ist zurückgewiesen worden. Mit seiner Rechtsbeschwerde verfolgt der Schuldner seinen Antrag auf Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses und Zurückweisung des Eröffnungsantrags weiter. Die Beteiligte zu 2 beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

II.

4 Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

5 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt: Im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 4. Mai 2004 sei der Schuldner zahlungsunfähig gewesen. Verbindlichkeiten von insgesamt 28.303,14 Euro hätten flüssige Mittel von nur 25.141 Euro gegenüber gestanden. Nicht zu berücksichtigen seien die von der Beteiligten zu 2 ermittelten Forderungen aus Insolvenzanfechtungen sowie die Erinnerungswerte für ein belastetes Grundstück, die Betriebs- und Geschäftsausstattung und den Fuhrpark, weil es sich insoweit nicht um Mittel handele, die innerhalb eines Zeitraumes von zwei bis drei Wochen verfügbar

seien. Gleiches gelte für die drei Lebensversicherungen, die nicht innerhalb dieses Zeitraums liquidiert werden könnten.

6 Für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde des Schuldners komme es jedoch darauf an, ob der Schuldner im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung zahlungsunfähig sei. Bestimmte Verbindlichkeiten, die in der ersten Kreditorenliste enthalten, mittlerweile aber getilgt worden seien, dürften nicht mehr berücksichtigt werden. Eine am Betriebsgrundstück des Schuldners grundpfandrechtlich gesicherte Darlehensforderung in Höhe von 56.660,45 Euro, die wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gestellt worden sei, sei demgegenüber beachtlich, zumal sie auch zur Tabelle angemeldet worden sei. Damit betrügen die Verbindlichkeiten insgesamt 81.510,66 Euro, denen liquide Mittel des Schuldners von nur 56.249,71 Euro gegenüberstünden. Die zur Sicherung des Darlehens bestellte Grundschuld ändere daran nichts. Wegen der gerichtsbekannt langen Dauer von Zwangsversteigerungsverfahren könne sie selbst dann nicht zu einer Befriedigung der Gläubigerin innerhalb von zwei bis drei Wochen führen, wenn ein die Forderung deckender Erlös erzielbar sei; davon könne überdies nicht sicher ausgegangen werden.

7 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

8 a) Der Eröffnungsgrund muss im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung vorgelegen haben.

9 aa) Nach bisher wohl einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur kommt es für das Vorliegen der materiellen Eröffnungsvoraussetzungen auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung an (z.B. MünchKomm-

InsO/Schmahl, § 34 Rn. 78; HK-InsO/Kirchhof, 4. Aufl. § 34 Rn. 18 und § 16 Rn. 16; Jaeger/Müller, InsO § 16 Rn. 16; Jaeger/Schilken, InsO § 34 Rn. 23; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 16 Rn. 10; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO § 16 Rn. 11; Braun/Kind, InsO 2. Aufl. § 16 Rn. 14; FK-InsO/Schmerbach, 4. Aufl. § 16 Rn. 6; OLG Celle KTS 1957, 31, 32 mit zust. Anmerkung Skrotzki; OLG Celle KTS 1972, 264; OLG Frankfurt/Main Rpfleger 1977, 412; OLG Koblenz ZIP 1991, 1604, 1605; LG Braunschweig NJW 1961, 2316; LG Hamburg MDR 1963, 144; LG Frankenthal Rpfleger 1986, 104; vgl. auch BGH, Beschl. v. 5. Februar 2004 - IX ZB 29/03, WM 2004, 1686, 1688 obiter). Ganz überwiegend wird allerdings nur der nachträgliche Wegfall eines zunächst möglicherweise gegebenen Insolvenzgrundes und dessen Entstehen "nach Antragstellung" behandelt, nicht jedoch der Fall, dass der Insolvenzgrund erst nach Erlass des Eröffnungsbeschlusses eingetreten ist. Zur Begründung wird - soweit überhaupt eine Begründung erfolgt - auf allgemeine verfahrensrechtliche Grundsätze sowie die Vorschrift des § 571 Abs. 2 ZPO (§ 570 ZPO a.F.) verwiesen, nach welcher die Beschwerde auf neue Angriffs- und Verteidigungsmittel gestützt werden kann (z.B. MünchKomm-InsO/Schmahl, § 34 Rn. 78).

10 bb) Die Vorschrift des § 571 Abs. 2 Satz 1 ZPO (§ 570 ZPO a.F.) trägt diese Schlussfolgerung jedoch nicht. § 571 Abs. 2 Satz 1 ZPO regelt eine Frage des Zivilverfahrensrechts, nämlich diejenige, welchen Sachverhalt das Gericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat. Mit der Auslegung der Vorschriften, auf welchen die Entscheidung inhaltlich beruht, hat das nichts zu tun. Die Frage der Zulässigkeit neuen oder verspäteten Vorbringens ist von derjenigen seiner Erheblichkeit zu unterscheiden. Nach § 571 Abs. 2 und 3 ZPO richtet sich, welches neue Vorbringen bei der Entscheidung über die Beschwerde zu berücksichtigen ist, das sich auf den nach der Insolvenzordnung maßgeblichen Zeitpunkt bezieht. In welchem Zeitpunkt der Eröffnungsgrund vorgelegen haben

muss, ist jedoch nicht § 571 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu entnehmen, sondern den Vorschriften der Insolvenzordnung. Dem entspricht die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu der Frage, ob die Rechtmäßigkeit eines angefochtenen Verwaltungsaktes nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung oder im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts zu beurteilen ist. Maßgebend ist nicht die verfahrensrechtliche Vorschrift des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, sondern das jeweils einschlägige materielle Recht (z.B. BVerwGE 64, 218, 221 f; BVerwG NVwZ 1991, 360; BVerwG, Beschl. v. 6. März 2003 - 9 B 17/03, zitiert nach juris).

11 cc) Die Insolvenzordnung hält den Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung für maßgeblich. Gemäß § 16 InsO setzt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus, dass ein Eröffnungsgrund gegeben ist (vgl. auch BGH, Urt. v. 17. Februar 2004 - IX ZR 135/03, WM 2004, 835, 836 f). Liegt ein Eröffnungsgrund erst dann vor, wenn über ein Rechtsmittel des Schuldners entschieden wird, vermag dies die Eröffnung zu einem früheren Zeitpunkt nicht zu rechtfertigen. Das zeigt auch die Vorschrift des § 27 Abs. 2 Nr. 3 InsO, nach welcher im Eröffnungsbeschluss die Stunde der Eröffnung anzugeben ist (dazu BGH, Urt. v. 17. Februar 2004, aaO). Der Gesetzgeber der Vorgängervorschrift des § 108 KO hat die genaue Feststellung des Eröffnungszeitpunkts wegen der mit der Konkurseröffnung verbundenen Rechtswirkungen für besonders wichtig gehalten (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Band 4, Nachdruck 1983 S. 301). Mit der Eröffnung verliert der Schuldner das Recht, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen (§ 80 Abs. 1 InsO). Zwangsvollstreckungen für einzelne Insolvenzgläubiger sind während der Dauer des Insolvenzverfahrens weder in die Insolvenzmasse noch in das sonstige Vermögen des Schuldners zulässig (§ 89 Abs. 1 InsO). Prozesse, welche die Insolvenzmasse betreffen, werden unterbrochen (§ 240 ZPO). Die

Angabe von Datum und Uhrzeit im Eröffnungsbeschluss soll jegliche Zweifel daran ausschließen, wann diese nachhaltig in Rechte des Insolvenzschuldners und in Rechte Dritter eingreifenden Wirkungen eintreten. Der Genauigkeit, mit welcher Datum und Uhrzeit der Eröffnung festgestellt und beurkundet werden müssen, würde es widersprechen, im Rechtsmittelverfahren das Vorliegen der Eröffnungsvoraussetzungen auch zu einem späteren als dem festgestellten Zeitpunkt ausreichen und die mit der Eröffnung verbundenen erheblichen Eingriffe in Rechte des Schuldners und in Rechte Dritter unverändert bestehen zu lassen.

12 dd) Nur das Abstellen auf den Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses führt auch zu sachgerechten Ergebnissen. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt in der Regel eine derartige Verschlechterung der rechtlichen und wirtschaftlichen Lage des Schuldners, dass die vom Insolvenzgericht zu Unrecht bejahte Zahlungsunfähigkeit nunmehr alsbald eintritt. Nach §§ 115, 116 InsO erlöschen die Giroverträge, damit auch eventuell noch bestehende Kreditlinien sowie Einzugsermächtigungen und Abbuchungsaufträge. Darlehen werden gekündigt und gelten unabhängig davon gemäß § 41 InsO als fällig. Der Insolvenzverwalter, der das schuldnerische Unternehmen aus eigener Veranlassung oder nach dem Beschluss der Gläubigerversammlung (§ 158 InsO) nicht fortführt, ist berechtigt und im Interesse der bestmöglichen Verwertung des schuldnerischen Vermögens (§ 159 InsO) gegebenenfalls auch verpflichtet, vom Schuldner als Mieter oder Pächter abgeschlossene Miet- oder Pachtverträge zu beenden (§ 109 InsO), Dienstverträge mit Arbeitnehmern zu kündigen (§ 113 InsO) sowie die Erfüllung beiderseits nicht vollständig erfüllter gegenseitiger Verträge über Lieferungen und Leistungen abzulehnen (§ 103 InsO). Innerhalb kürzester Zeit kann das schuldnerische Unternehmen durch den Verlust von Kunden, Lieferanten und Arbeitnehmern auseinander fallen. Die sofortige

Beschwerde wäre daher trotz der Rechtswidrigkeit des Eröffnungsbeschlusses vielfach aussichtslos, wenn es auf den Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung ankäme.

13 Die auf eine zügige Liquidation des Schuldnervermögens ausgerichteten Verfahrensvorschriften der Insolvenzordnung führen zu weiteren Benachteiligungen des Schuldners bei der Prüfung seiner Zahlungsfähigkeit zu einem nach der Insolvenzeröffnung liegenden Zeitpunkt. Da nicht fällige Forderungen mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als fällig gelten (§ 41 Abs. 1 InsO), müssen bei der Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen des Insolvenzgrundes der Zahlungsunfähigkeit auch die bis zur Eröffnung nicht fälligen Forderungen gegen den Schuldner in die Liquiditätsbilanz eingestellt werden. Ähnlich nachteilig würde sich die Vorschrift des § 52 InsO auswirken. Gläubiger, die abgesonderte Befriedigung beanspruchen können, sind Insolvenzgläubiger, soweit ihnen der Schuldner auch persönlich haftet. Sie sind zwar nur insoweit zur anteilsmäßigen Befriedigung aus der Insolvenzmasse berechtigt, als sie auf eine abgesonderte Befriedigung verzichten oder bei ihr ausgefallen sind. Zunächst dürfen sie jedoch ihre Forderung in voller Höhe zur Tabelle anmelden. Die Ausfallhaftung kommt erst bei der Verteilung der Masse an die Insolvenzgläubiger zum Tragen (MünchKomm-InsO/Ganter, § 52 Rn. 17, 20). Das Sicherungsgut könnte wegen des bestehenden Absonderungsrechts nicht auf der "Habenseite" der Bilanz berücksichtigt werden.

14 b) Die tatsächlichen Voraussetzungen des Insolvenzgrundes der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 1 InsO) im Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses haben die Vorinstanzen nicht fehlerfrei festgestellt.

15 aa) Zahlungsunfähig ist ein Schuldner, der nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 InsO). Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts standen dem Schuldner im Zeitpunkt der Eröffnung flüssige Mittel in Höhe von insgesamt 25.141 Euro zur Verfügung. Die fälligen Verbindlichkeiten sollen 28.303,14 Euro betragen haben. Insbesondere die Höhe der fälligen Verbindlichkeiten lässt sich jedoch nicht nachvollziehen. Die Gutachterin ist von einer Kreditorenliste des Schuldners vom 2. Dezember 2003 ausgegangen. Sie hat spätere Rücklastschriften in Höhe von insgesamt 3.337 Euro hinzugezählt. Insoweit sind möglicherweise Forderungen doppelt erfasst worden, dann nämlich, wenn - was nahe liegt - die Lastschriften von Gläubigern der Kreditorenliste stammten. Den Einwand des Schuldners, nach dem 2. Dezember 2003 noch Forderungen beglichen zu haben, hat die Gutachterin für unbeachtlich gehalten, weil die Zahlungen im Falle der Eröffnung anfechtbar seien. Dies war offensichtlich verfehlt, weil eine Anfechtung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraussetzt, die Gutachterin aber ausschließlich zu prüfen hatte, ob überhaupt ein Eröffnungsgrund bestand. Vom Schuldner beglichene Forderungen hätten nicht als Passiva berücksichtigt werden dürfen. Welche Forderungen im Zeitpunkt der Eröffnung tatsächlich noch bestanden, haben die Vorinstanzen nicht festgestellt.

16 bb) Zweifel an einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Zeitpunkt der Eröffnung bestehen auch unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt. Wie der Bundesgerichtshof nach dem Erlass der Beschwerdeentscheidung entschieden hat, ist ein Schuldner, der seine Verbindlichkeiten bis auf einen geringfügigen Rest bedienen kann, nicht zahlungsunfähig im Sinne von § 17 InsO. Je kleiner die Liquiditätslücke ist, desto begründeter ist die Erwartung, dass es dem Schuldner gelingen wird, das Defizit in absehbarer Zeit zu beseitigen. Liegt eine Unterdeckung von weniger als 10 % vor, genügt sie allein regelmäßig nicht

zum Beleg der Zahlungsunfähigkeit. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzukommen, welche diesen Standpunkt stützen. Beträgt die Unterdeckung 10 % oder mehr, kann die Zahlungsunfähigkeit umgekehrt nur durch die Feststellung konkreter Umstände ausgeschlossen werden, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, dass die Liquiditätslücke zwar nicht innerhalb von drei Wochen - dann läge nur eine Zahlungsstockung vor -, jedoch immerhin in überschaubarer Zeit beseitigt wird (BGHZ 163, 134, 145).

17 Das Beschwerdegericht hat angenommen, im Zeitpunkt der Eröffnung hätten fällige Verbindlichkeiten von 28.303,14 Euro flüssigen Mitteln von 25.141 Euro gegenüber gestanden. Danach hätte eine Liquiditätslücke von 3.162,14 Euro = 11,2 % bestanden. Zusätzlich gab es jedoch noch drei Lebensversicherungen, deren Rückkaufwerte im Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses insgesamt 3.009,04 Euro betrugen. Das Beschwerdegericht hat darin keinen liquiden Vermögenswert gesehen, weil derartige Forderungen nicht innerhalb von zwei bis drei Wochen eingezogen werden könnten. Ob und welche Kündigungsfristen bestanden, hat es jedoch nicht festgestellt. Selbst wenn Kündigungsfristen von mehr als drei Wochen vereinbart gewesen wären, hätten die Rückkaufswerte zudem in absehbarer Zeit realisiert werden können. Sie hätten dann die (vermeintliche) Liquiditätslücke im Zeitpunkt der Eröffnung nahezu vollständig beseitigt.

III.

18 Die angefochtene Entscheidung kann damit keinen Bestand haben. Sie ist aufzuheben. Da weitere Feststellungen erforderlich sind, wird die Sache zur erneuten Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen (§ 577 Abs. 4 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgende rechtliche Gesichtspunkte hin:

19 1. Das Beschwerdegericht wird umfassend zu prüfen haben, ob die Eröffnungsvoraussetzungen am 4. Mai 2004 erfüllt waren, und dabei im Rahmen des § 571 Abs. 2 und 3 ZPO auch neues Vorbringen der Beteiligten zu berücksichtigen haben. Sollte die erneute Prüfung der Sach- und Rechtslage ergeben, dass der Schuldner am 4. Mai 2004 zahlungsunfähig war, bleibt es bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners. Eine Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses kommt dann nur noch im Verfahren des § 212 InsO in Betracht (vgl. BGH, Beschl. v. 27. Juli 2006 - IX ZB 12/06, z.V.b.; FK-InsO/Schmerbach, 4. Aufl. § 34 Rn. 26; § 16 Rn. 6).

20 2. Lagen die Eröffnungsvoraussetzungen am 4. Mai 2004 nicht vor, ist der Eröffnungsbeschluss aufzuheben. Der Antrag des Beteiligten zu 1 auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners ist abzuweisen, ohne dass geprüft werden dürfte, ob die Eröffnungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Entscheidung über die sofortige Beschwerde des Schuldners vorlagen oder nunmehr eingetreten sind.

21 a) Nach allgemeinem Verfahrensrecht käme zwar auch eine Neubescheidung des Eröffnungsantrags in Betracht. Auf die sofortige Beschwerde gegen einen die Eröffnung ablehnenden Beschluss könnte das Beschwerdege-

richt danach den angefochtenen Beschluss aufheben und die Sache zur erneuten Bescheidung an das Insolvenzgericht zurückverweisen; lägen die Eröffnungsvoraussetzungen im Zeitpunkt seiner Entscheidung vor, dürfte es das Insolvenzverfahren auch selbst eröffnen (so HK-InsO/Kirchhof, 4. Aufl. § 34 Rn. 30; FK-InsO/Schmerbach, 4. Aufl. § 34 Rn. 32; MünchKomm-InsO/Schmahl, § 34 Rn. 55; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 34 Rn. 28; Jaeger/Schilken, InsO § 34 Rn. 12). Ebenso könnte dann nach Aufhebung des rechtswidrigen Eröffnungsbeschlusses verfahren werden.

22 b) Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach Aufhebung eines materiell rechtswidrigen Eröffnungsbeschlusses im Verfahren der sofortigen Beschwerde würde jedoch dann, wenn sie auf denselben Antrag hin erfolgte, gegen das Recht des Schuldners auf effektiven Rechtsschutz gegen die rechtswidrige Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen verstoßen.

23 aa) Art. 19 Abs. 4 GG gewährt nicht nur das formelle Recht auf Rechtsschutz gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt, sondern Anspruch auf eine tatsächlich wirksame Kontrolle. Aus dieser grundgesetzlichen Garantie folgt zugleich das Verfassungsgebot, soweit als möglich zu verhindern, dass als Folge einer hoheitlichen Maßnahme Tatsachen geschaffen werden, die auch dann nicht mehr rückgängig gemacht werden können, wenn sich die Maßnahme bei richterlicher Prüfung als rechtswidrig erweist (BVerfGE 37, 151, 153).

24 bb) Die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses setzt eine umfassende Prüfung der Eröffnungsvoraussetzungen in sachlicher und rechtlicher Hinsicht voraus. Weil die Eröffnung des Insolvenzverfahrens vielfach jedoch zu einer erheblichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners führt (s. o. unter II. 2 a dd), könnte der Schuldner mit seiner sofortigen Beschwerde nur

noch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu einem späteren Zeitpunkt - demjenigen der Beschwerdeentscheidung - erreichen, wenn der Gläubigerantrag auf diesen Zeitpunkt bezogen neu zu bescheiden wäre. Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde würde dadurch nahezu entwertet. Für den Schuldner würde es sich in vielen Fällen nicht mehr lohnen, überhaupt ein Rechtsmittel einzulegen, wenn die Aufhebung des materiell - also nicht nur wegen eines Verfahrensfehlers - rechtswidrigen Eröffnungsbeschlusses nicht zugleich die Abweisung des Gläubigerantrags bedeuten würde. Die tatsächlichen Folgen, welche der rechtswidrige Eröffnungsbeschluss nach sich zieht, können durch die Abweisung des Antrags im Beschwerdeverfahren zwar kaum noch rückgängig gemacht werden. Der Schuldner erhält jedoch das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über sein Vermögen zurück und kann versuchen, seine Angelegenheiten neu zu ordnen und damit die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass auch ein eventueller neuer Antrag erfolglos bleibt.

25 Verfahrensrechtlich folgt die Abweisung des im Zeitpunkt des rechtswidrigen Eröffnungsbeschlusses nicht begründeten Eröffnungsantrags daraus, dass das kontradiktorische Antragsverfahren (vgl. zuletzt BGH, Beschl. v. 13. Juni 2006 - IX ZB 214/05, WM 2006, 1629, 1630) mit dem Eröffnungsbeschluss beendet ist. Die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses erlaubt wegen der vielfachen, auch Rechte Dritter berührenden Folgen der Eröffnung, die kaum rückgängig zu machen sind (vgl. bereits BGHZ 137, 49, 56), keine Fortsetzung des Parteienstreits zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner über das Vorliegen der Eröffnungsvoraussetzungen über den Zeitpunkt der ersten Eröffnungsentscheidung hinaus.

26 cc) Andere Wege, dem Schuldner zu ausreichendem Rechtsschutz gegen die rechtswidrige Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen zu verhelfen, sind nicht ersichtlich. Wollte man der Entscheidung über die Beschwerde die wirtschaftliche Lage des Schuldners im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung, aber unter Ausklammerung der Folgen der Insolvenzeröffnung zugrunde legen, wäre dies mit kaum überwindbaren Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden. Auf Sekundäransprüche - Ansprüche auf Schadensersatz gegen den Gutachter, der zu Unrecht einen Eröffnungsgrund bescheinigt hat (§ 839a BGB), gegen den antragstellenden Gläubiger (§ 826 BGB) oder gegen die Anstellungskörperschaft des Insolvenzrichters (§ 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 Satz 1 GG) - kann der Schuldner nur insoweit verwiesen werden, als ein Primärrechtsschutz nicht möglich ist. Diese Ansprüche setzen überdies mindestens Fahrlässigkeit der jeweils handelnden Person voraus. Gemäß § 35 InsO wären sie dann, wenn es im Ergebnis bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bliebe, zudem Bestandteil der Masse, stünden dem Schuldner also zunächst nicht für einen Neuanfang zur Verfügung.

27 dd) Rechte Dritter stehen nicht entgegen. Ein Gläubiger, dessen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückgewiesen wird, weil im Zeitpunkt der rechtswidrigen Eröffnung die Eröffnungsvoraussetzungen nicht vorlagen, trägt die Kosten des Antragsverfahrens zu Recht. Über den Eröffnungsantrag wird entschieden, wenn die Ermittlungen des Insolvenzgerichts (§ 5 InsO) abgeschlossen sind. Anspruch darauf, dass die Entscheidung über diesen Zeitpunkt hinaus bis zum Eintritt der Eröffnungsvoraussetzungen hinausgeschoben wird, hat der Gläubiger nicht.

28 Gleiches gilt hinsichtlich der Anfechtungsfristen des § 139 InsO. Ein nicht mangels Masse rechtskräftig abgewiesener Insolvenzantrag ist bei der Berech-

nung der Anfechtungsfristen gerade nicht zu berücksichtigen. Unterbleibt die Abweisung zu Unrecht, wiegt das Recht der Gläubiger auf Fortbestand des durch die rechtswidrige Eröffnung erlangten Vorteils geringer als der Anspruch des Schuldners auf effektiven Rechtsschutz. Hier sind überdies die Interessen der potentiellen Anfechtungsgegner zu beachten. Die Anfechtungstatbestände der §§ 130, 131 InsO, die eine Gleichbehandlung der Gläubiger im "kritischen" Zeitraum beabsichtigen, würden unverhältnismäßig ausgedehnt, wenn ein Eröffnungsbeschluss im Verlaufe langwieriger Rechtsmittelverfahren als rechtswidrig aufgehoben, das Insolvenzverfahrens sodann aber wegen der nunmehr eingetretenen Eröffnungsvoraussetzungen auf denselben Antrag hin eröffnet werden würde. Dann wären überdies sämtliche Rechtsgeschäfte, die der im rechtswidrigen Eröffnungsbeschluss bestellte Insolvenzverwalter abgeschlossen hätte, nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar; denn sie wären nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden, und der Vertragspartner, der mit einem Insolvenzverwalter kontrahiert hätte, hätte den Eröffnungsantrag auch gekannt. Auch diese Folge ist untragbar.

IV.

29 Die Vollziehung des Eröffnungsbeschlusses vom 4. Mai 2004 bleibt bis zur erneuten Entscheidung des Beschwerdegerichts ausgesetzt (§ 575 Abs. 5, § 570 Abs. 3 ZPO.

30 1. Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, kann das Rechtsbeschwerdegericht im Wege der einstweiligen Anordnung die Vollziehung der Entscheidung erster Instanz aussetzen (BGH, Beschl. v. 21. März 2002 - IX ZB 48/02, WM 2002, 827, 828; Beschl. v. 6. August 2003 - VIII ZB 77/03, WuM

2003, 509; Beschl. v. 1. Dezember 2005 - IX ZB 208/05, WM 2006, 189 f). Liegen die - engen - Voraussetzungen einer derartigen Entscheidung vor, kann auch angeordnet werden, dass die Vollziehung bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts ausgesetzt bleibt. Hebt das Rechtsbeschwerdegericht nur die Beschwerdeentscheidung auf, würde anderenfalls die erstinstanzliche Entscheidung wieder wirksam werden; denn der sofortigen Beschwerde kommt in der Regel keine aufschiebende Wirkung zu (§ 570 Abs. 1 ZPO), und darauf, ob das Beschwerdegericht eine einstweilige Anordnung trifft, hat das Rechtsbeschwerdegericht keinen Einfluss.

31 2. Eine Entscheidung nach § 575 Abs. 5, § 570 Abs. 3 ZPO kann auch von Amts wegen erfolgen. Die Aussetzung der Vollziehung eines Insolvenzeröffnungsbeschlusses kommt dann in Betracht, wenn durch dessen (weitere) Vollziehung dem Beschwerdeführer größere Nachteile drohen als den anderen Beteiligten im Falle der Aufschiebung der vom Insolvenzgericht beschlossenen Maßnahmen und wenn das Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg hat (BGH, Beschl. v. 21. März 2002, aaO). Der Senat hat die Vollziehung des Eröffnungsbeschlusses bereits bis zur Entscheidung über die Rechtsbeschwerde ausgesetzt, weil die Verwertung des Schuldnervermögens unmittelbar bevorstand. Dabei

hat es bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde auch zu bleiben. Die sofortige Beschwerde des Schuldners hat Aussicht auf Erfolg. Nach derzeitigem Sach- und Streitstand ist der Eröffnungsbeschluss aufzuheben.

Dr. Gero Fischer Dr. Ganter Vill

Lohmann Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:
AG Halle-Saalkreis, Entscheidung vom 07.05.2004 - 59 IN 1475/03 -
LG Halle, Entscheidung vom 18.08.2004 - 2 T 201/04 -