

Timm Wüstenberg

Non liquet im Insolvenzverfahren

Zur Beweisführung und Beweislast im Spannungsfeld
von Inquisitions- und Verhandlungsmaxime



Nomos

Schriften zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln und
Prof. Dr. Florian Jacoby, Universität Bielefeld

Band 81

Timm Wüstenberg

Non liquet im Insolvenzverfahren

Zur Beweisführung und Beweislast im Spannungsfeld
von Inquisitions- und Verhandlungsmaxime



Nomos

Gedruckt mit Unterstützung der Studienstiftung ius vivum.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-6928-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-1017-6 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis einschließlich Mai 2020 berücksichtigt.

Sehr herzlich bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. *Stefan Smid* für die Betreuung dieser Arbeit während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl. Hervorzuheben ist insbesondere auch die mir gewährte Möglichkeit, meine wissenschaftlichen Ansätze bereits frühzeitig auf dem Kieler Symposium des *Centrums für Deutsches und Europäisches Insolvenzrecht (CDEI)* einem interessierten Fachpublikum zu präsentieren. Herrn Prof. Dr. *Werner Schubert* danke ich für die ausgesprochen zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mit der Erarbeitung dieser Dissertation habe ich zunächst neben einer Tätigkeit am Lehrstuhl von Frau Prof. Dr. *Saskia Lettmaier*, B.A. (Oxford), LL.M, S.J.D. (Harvard) begonnen, der ich für die freundliche Aufnahme an ihrem Lehrstuhl in dieser Zeit danke. Zudem möchte ich für die vergangenen Jahre auch allen Kolleginnen und Kollegen an den beiden Lehrstühlen danken, an denen ich tätig gewesen bin.

Mein Dank gilt weiterhin der *Studienstiftung ius vivum* für die großzügige Förderung der Dissertation durch einen Druckkostenzuschuss.

Herrn *Sven Christian Handels* sowie Herrn *Martin von der Ohe* schulde ich großen Dank für die tolle Unterstützung und die wertvollen Hinweise, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

Ganz persönlich möchte ich meiner Freundin *Anna Berger* für die gemeinsame Bewältigung der Höhen und Tiefen danken, die mit dem Entstehungsprozess einer Dissertation einhergehen.

Mein größter Dank gebührt schließlich meinen Geschwistern und meinen Eltern, deren steter Rückhalt meinen bisherigen Werdegang überhaupt erst ermöglicht hat. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Kiel, im Juli 2020

Timm Wüstenberg

Inhaltsübersicht

§ 1 Beweisführung und Beweislast: ein Querschnittsproblem	19
A. Das Beweisrecht als Bewährungsprobe für die Insolvenzordnung	19
B. Untersuchungsgegenstand	25
§ 2 Verfahrensrechtliche Grundlage und Bedeutung der Beweislast	31
A. Beweis- und Verfahrensgrundsätze im Insolvenzrecht	31
B. Ziel der Vermeidung eines non liquet	60
C. Verknüpfung prozessualer und insolvenzrechtlicher Anforderungen	72
§ 3 Beweisfragen bei Entscheidungen der Insolvenzgerichte	74
A. Eröffnungsverfahren	74
B. Insolvenzplanverfahren	99
C. Restschuldbefreiungsverfahren	137
D. Gerichtliches Schuldenbereinungsverfahren	176
E. Zwischenfazit: Hybride Verfahrensstruktur in der InsO	186
§ 4 Beweisfragen bei Entscheidungen der Prozessgerichte	195
A. Bedeutung prozessgerichtlicher Entscheidungen im Insolvenzverfahren	195
B. Insolvenzzrechtliche Haftungsprozesse	198
C. Durchsetzung der Gläubigerrechte im streitigen Verfahren	263
§ 5 Orientierungsmaßstäbe für das insolvenzrechtliche Beweisverfahren	325
A. Plädoyer für ein einheitliches Insolvenzverfahrensrecht	325
B. Auflösung beweisrechtlicher Widersprüche im Insolvenzrecht	329
C. Beweisrecht im Dienste des § 1 InsO?	336
Literaturverzeichnis	339

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Beweisführung und Beweislast: ein Querschnittsproblem	19
A. Das Beweisrecht als Bewährungsprobe für die Insolvenzordnung	19
I. Problemüberblick	19
II. Gradmessung der InsO	22
1. Struktur des insolvenzgerichtlichen Verfahrens	23
2. Konsistenz der beweisrechtlichen Regeln	24
3. Effektive Umsetzung der Verfahrensziele aus § 1 InsO	24
B. Untersuchungsgegenstand	25
I. Begrenzung der Fragestellung	25
II. Stand der Forschung	28
III. Gang der Untersuchung	29
§ 2 Verfahrensrechtliche Grundlage und Bedeutung der Beweislast	31
A. Beweis- und Verfahrensgrundsätze im Insolvenzrecht	31
I. Beweisfragen trotz Geltung der Inquisitionsmaxime	31
1. Beweislast und Beweisführung	35
a) Objektive Beweislast bzw. Feststellungslast	36
b) Subjektive Beweislast bzw. Beweisführungslast	39
c) Behauptungs- bzw. Darlegungslast	41
2. Hauptbeweis, Gegenbeweis und Beweis des Gegenteils	43
3. Erforderliches Beweismaß	45
4. Freibeweis im insolvenzgerichtlichen Verfahren	47
II. Verteilung des Risikos der Nichterweislichkeit durch Beweislastnormen	52
1. Sachgründe der Beweislastverteilung im Insolvenzrecht	56
2. Beweislastumkehr	57
B. Ziel der Vermeidung eines non liquet	60
I. Wesen der Beweislastentscheidung	60
II. Relevante Formen der Beweiserleichterung im Insolvenzrecht	63
1. Absenkung des Beweismaßes im Einzelfall	64
2. Anscheinsbeweis	67
3. Sekundäre Darlegungslast	71

Inhaltsverzeichnis

C. Verknüpfung prozessualer und insolvenzrechtlicher Anforderungen	72
§ 3 Beweisfragen bei Entscheidungen der Insolvenzgerichte	74
A. Eröffnungsverfahren	74
I. Verfahrenseröffnung durch Fremdantrag	74
1. Glaubhaftmachung und Vollbeweis der Forderung	76
a) Nicht titulierte Forderung: Schweigen des Schuldners	77
b) Glaubhaftmachungslast bei Gegenglaubhaftmachung	79
c) Titulierte Forderungen: Vorläufig vollstreckbare Titel	80
d) Bestreiten der insolvenzauslösenden Forderung	82
e) Vollbeweis der Forderung im Hauptprüfungsverfahren	84
2. Glaubhaftmachung und Vollbeweis des Insolvenzgrunds	86
a) Beweis gem. § 17 Abs. 2 S. 1 InsO	86
b) Vermutung bei Zahlungseinstellung nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO	88
II. Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens	89
1. Beweis der Erbenstellung gem. § 317 Abs. 1 InsO	90
a) Voller Beweis durch Erbschein	91
b) Ausreichende Glaubhaftmachung	93
c) Differenzierende Auffassung	94
d) Methodische Lösung: Analoge Anwendung von § 14 Abs. 1 S. 1 InsO?	95
aa) Planwidrige Regelungslücke	95
bb) Vergleichbare Interessenlage	96
2. Anforderungen an den Vollbeweis	98
III. Stellenwert des Beweisrechts im Eröffnungsverfahren	98
B. Insolvenzplanverfahren	99
I. Beweisfragen als Folge reduzierter Richtermacht	99
II. Beweis(führungs-)last hinsichtlich der Schlechterstellung	102
1. Non liquet beim Obstruktionsverbot	102

2. Darlegungslast des Planinitiators bei § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO?	104
a) Keine amtswegigen Ermittlungen nach § 250 Nr. 1 InsO	105
b) Abweichung von § 5 Abs. 1 S. 1 InsO	106
3. Beweislast beim Minderheitenschutz	107
III. Glaubhaftmachung der Schlechterstellung bei § 251 Abs. 2 InsO	109
1. Anforderungen der Glaubhaftmachung	109
2. Künftige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners	111
3. Sekundäre Darlegungslast des Planinitiators?	113
a) Fehlende Vergleichsrechnung	114
b) Möglichkeiten der Einkommensentwicklung	116
4. Vermeidung eines ausgehöhlten Minderheitenschutzes	117
IV. Darlegungs- und Beweislast bei sofortiger Beschwerde gem. § 253 InsO	117
1. Glaubhaftmachung der Schlechterstellung gem. § 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO	118
a) Teleologische Reduktion	120
aa) Reduktion des personellen Anwendungsbereichs	120
bb) Keine Reduktion des sachlichen Anwendungsbereichs	123
b) „Ausstrahlungswirkungen“ der Glaubhaftmachung	124
aa) Materiell-rechtliche Auswirkungen?	125
bb) Bloße Beweismaßdiskussion	128
c) Zwischenergebnis	130
2. Freigabeverfahren gem. § 253 Abs. 4 InsO	130
a) Nachteilsabwägung	131
b) Besonders schwerer Rechtsverstoß i.S.v. § 253 Abs. 4 S. 2 InsO	133
3. Ergebnis	134
V. Verfahren beim Antrag auf Vollstreckungsschutz gem. § 259a InsO	134
C. Restschuldbefreiungsverfahren	137
I. Kontradiktorische Ausgangslage	137
1. Maßstab der Glaubhaftmachung in §§ 286 ff. InsO	138

Inhaltsverzeichnis

2. Schweigen des Schuldners	139
a) Anwendbarkeit von § 138 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 4 InsO	140
b) Systematischer Vergleich mit § 14 InsO	141
c) Zwischenergebnis	143
3. Gegenglaubhaftmachung	144
4. Nachweis der Antragsberechtigung	144
a) Differenzierung je nach Verfahrensstadium in § 190 InsO	145
b) Erheblichkeit der formalen Gläubigerstellung	146
II. Darlegungs- und Beweislast bei §§ 290, 296 InsO	148
1. Vermutete Redlichkeit des Schuldners	149
2. Glaubhaftmachung des Verschuldens bei § 296 Abs. 1 InsO?	150
a) Normgenetische Direktive	151
b) Wertung des § 296 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 InsO	152
c) Kongruenz von Glaubhaftmachungs- und Beweislast	152
3. Versagung gem. § 296 Abs. 2 S. 3 InsO	154
a) „Zulässiger“ oder „statthafter“ Versagungsantrag?	155
aa) § 296 Abs. 2 InsO als Verfahrensregel für zulässige Anträge	156
bb) Abweichende Interpretation der „Statthaftigkeit“	157
cc) Zulässigkeit zum Zeitpunkt der Antragsstellung	159
b) Feststellungslast für hinreichende Entschuldigung	159
aa) Rechtfertigung der Belastung des Schuldners	161
bb) Vergleich mit § 381 ZPO und § 329 StPO	162
4. Ergebnis	163
III. Bewertung und Kritik der Feststellungslast bei Versagungsanträgen	164
1. Komplikationen aus der Gläubigerperspektive	164
a) Beweislastumkehr bei subjektiven Merkmalen des § 290 Abs. 1 InsO?	165
aa) Abgestuftes System der Versagungs- und Widerrufsgründe	166
bb) Sachgründe für abweichende Feststellungslast in Nr. 7?	168
cc) Umkehr der Feststellungslast bei § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO	170
b) Sekundäre Darlegungslast bei § 296 Abs. 1 S. 3 InsO?	171

c) Beweislast für die Erfüllung der Obliegenheiten aus § 295 InsO	172
2. Komplikationen aus der Schuldnerperspektive	173
IV. Zusammenfassung	174
D. Gerichtliches Schuldenbereinungsverfahren	176
I. Verfahrensrechtliche Konsequenzen privatautonomer Schuldenregulierung	176
II. Glaubhaftmachung gem. § 309 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 InsO	177
1. Entbehrlichkeit der Glaubhaftmachung	178
2. Keine Geltung der Notfrist aus § 307 Abs. 1 S. 1 InsO	180
3. Sonderfall des § 309 Abs. 3 InsO	182
III. Beschränkung der Prüfungskompetenz des Insolvenzgerichts	183
E. Zwischenfazit: Hybride Verfahrensstruktur in der InsO	186
I. Synthese von Tatsachenbeibringung und gerichtlichen Amtsermittlungen	186
II. Vergleichbare Strukturen in anderen Verfahrensordnungen	187
III. Kontradiktorisches Amtsermittlungsverfahren	189
1. Inhaltliche Anforderungen des Glaubhaftmachungserfordernisses	189
2. Keine generelle Anwendbarkeit von § 138 Abs. 3 ZPO	190
3. Reichweite der Glaubhaftmachung	191
4. Auswirkungen einer Gegenglaubhaftmachung	192
5. Nachweis der Antragsberechtigung	194
§ 4 Beweisfragen bei Entscheidungen der Prozessgerichte	195
A. Bedeutung prozessgerichtlicher Entscheidungen im Insolvenzverfahren	195
I. Keine vis attractiva concursus	195
II. Geltung allgemeiner zivilprozessualer Grundsätze	197
B. Insolvenzzrechtliche Haftungsprozesse	198
I. Nachweisprobleme bei der insolvenzzrechtlichen Haftung von Dritten	198

Inhaltsverzeichnis

II. Konsequenzen des Verlusts der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis	199
1. Verfügungen des Schuldners (§ 81 InsO)	200
a) Beweislast für Zeitpunkt der Verfügung, § 81 Abs. 1, 3 InsO	200
b) Abweichende Rechtsprechung des BGH	201
c) Verfügungsbefugnis: rechtsbegründend oder rechtshindernd?	202
aa) Verfügungsbefugnis über fremdes Sondervermögen?	203
bb) Verfügungsbefugnis über eigenes Vermögen	204
cc) Zwischenergebnis	205
d) Anwendung des § 81 Abs. 3 InsO für andere Rechtshandlungen	205
e) Sonstiger Rechtserwerb gem. § 91 InsO	207
f) Ergebnis	207
2. Leistungen an den Schuldner (§ 82 InsO)	207
a) Ordnungsgemäße Leistung	208
aa) Regelung des § 8 Abs. 1 KO	209
bb) Keine strukturell überlegene Beweisposition	210
b) Leistung vor oder nach Verfahrenseröffnung	211
aa) Abgrenzung zu § 82 S. 2 InsO	212
bb) Rechtsbegründende oder rechtshindernde Empfangszuständigkeit?	212
(1) Fehlende Rechtfertigung für widerlegbare Vermutung	213
(2) Reichweite von Verfügungsbefugnis und Empfangszuständigkeit	214
cc) Zwischenergebnis	214
c) Unkenntnis der Verfahrenseröffnung, § 82 S. 2 InsO	215
aa) Beweis der Vermutungsgrundlage	215
bb) Leistung nach öffentlicher Bekanntmachung	216
cc) Leistung vor Eintragung des Insolvenzvermerks	216
d) Leistung an den Sicherungszessionar	217
aa) Analoge Anwendung der §§ 407, 408, 412 BGB, § 82 InsO?	218
(1) Unbeabsichtigtes Regelungsdefizit	219
(2) Entsprechende Kontextualität	220
(3) Keine analoge Anwendung von § 82 InsO?	222
bb) Überzeugende Gesamtanalogie	223

e) Ergebnis	223
III. Haftung des Insolvenzverwalters gem. §§ 60, 61 InsO	224
1. Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten (§ 60 Abs. 1 InsO)	225
a) Beweis des Verschuldens bei Ermessensentscheidungen	226
aa) Analoge Anwendung von § 93 Abs. 2 S. 2 AktG?	227
(1) Keine planwidrige Regelungslücke	227
(2) Beweisnähe als Sachgrund der Beweislastverteilung	228
(3) Beweisnot des Anspruchstellers?	229
(4) Stellungnahme	230
bb) Sekundäre Darlegungslast des Insolvenzverwalters	230
b) Haftungsausfüllende Kausalität: Hypothetischer Verfahrensausgang	231
c) Ergebnis	232
2. Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten (§ 61 S. 1 InsO)	233
a) Beweislastverteilung nach § 61 S. 2 InsO	234
b) Reichweite des Entlastungserfordernisses	235
aa) Wortlaut	237
bb) Vergleich mit der Insolvenzverschleppungshaftung	237
cc) Missachtung von § 61 S. 2 InsO	239
c) Beweis des Gegenteils	240
d) Privatautonome Abweichung durch Beweislastvertrag	241
e) Ausgleich von Haftungs- und Ausfallrisiko	244
IV. Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses gem. §§ 69, 71 InsO	244
1. Beweis der kausalen Überwachungspflichtverletzung	245
a) Beweiserleichterungen	245
aa) Beweis des ersten Anscheins	246
(1) Erfahrungsgrundsatz	247
(2) Satz der Lebenserfahrung	248
(3) Zwischenergebnis	249
bb) Senkung des Beweismaßes wegen Beweisnot	249
(1) Mehrfache Untreuehandlungen	250
(2) Kein rechtmäßiges Alternativverhalten	250

Inhaltsverzeichnis

(3) Vermeidung ausufernder Restriktion des § 71 InsO	251
(4) Reduzierung des Beweismaßes	252
b) Grenzen der Beweiserleichterung	252
aa) Keine Beweislastumkehr	252
bb) Widerlegung des Erfahrungssatzes durch Gegenbeweis	253
cc) Kriminalität als atypisches Verhalten?	254
c) Ergebnis	257
2. Beweis der Kausalität bei masseschädigendem Beschluss	257
a) Kollegialbeschluss als überbedingter Erfolg	258
b) Nachweis der Stimmabgabe	259
aa) Gesamtschuldnerische Haftung	259
bb) Beweisvereitelung	260
cc) Sekundäre Darlegungslast	261
dd) Dokumentation als Obliegenheit des Gläubigerausschusses	262
3. Ergebnis	262
C. Durchsetzung der Gläubigerrechte im streitigen Verfahren	263
I. Darlegungs- und Beweislast bei der Forderungsexekution nach der InsO	263
II. Nachweis der insolvenzrechtlichen Qualifikation einer Forderung	264
1. Streitige Forderungsfeststellung gem. § 179 InsO	264
2. Korrelation zwischen der Betreibungs- und Beweislast	266
3. Insolvenzspezifische Einwendungen	268
a) Praktische Relevanz	269
b) Parallelfall bei § 184 Abs. 2 InsO	270
aa) Streitige Forderungsfeststellung zur Titulierung des Anspruchs	270
bb) Isolierter Widerspruch gegen den Anspruchsgrund	271
c) Teleologische Reduktion von § 179 Abs. 2 InsO?	272
aa) Entstehungshistorie	272
bb) Gesetzssystematik	273
cc) Prozessuale Unzweckmäßigkeit	274
d) Beweis des „Attributs der Insolvenzforderung“	274
aa) Gesetzliche Vermutung der Insolvenzgläubigerstellung	275
bb) Hinreichende Beweisnähe des Anmelders	275

cc) Beweislastverteilung	276
e) Gesetzlicher Regelfall der Insolvenzforderung	277
4. Ergebnis	278
III. Beweis der unverschuldeten Unkenntnis der Verfahrenseröffnung	278
1. Ausnahmeregelung der §§ 115 Abs. 3, 117 Abs. 3 InsO	279
2. Grammatikalische Auslegung	280
3. Historische Auslegung	280
a) Verweis auf § 674 BGB in § 23 Abs. 1 S. 2 KO	280
b) Beweislast für Massebezug?	282
4. Systematische Auslegung	283
5. Teleologisch-systematischer Vergleich mit § 82 InsO	285
6. Ergebnis	286
IV. Beweislast bei Aufrechnung durch den Gläubiger	287
1. Nachweispflichten des aufrechnenden Zessionars	288
a) Beweis der wirksamen Zession	289
b) Bestehen einer Aufrechnungslage vor Insolvenzeröffnung	290
2. Ausschluss der Aufrechnung	291
a) Vermutung des Insolvenzcharakters der Gegenforderung	293
b) Beweislastmodifikation bei analoger Anwendung des § 406 BGB	294
3. Ergebnis	296
V. Aussonderung und abgesonderte Befriedigung eines Gläubigers	297
1. Schwierigkeiten beim Nachweis des Aussonderungsrechts	297
a) Beweislast bei Aussonderung nach Vermischung oder Vermengung	299
aa) Beweis der konkreten Miteigentümer	300
(1) Bestreiten der Prozessführungsbefugnis?	301
(2) Wirkung des § 1006 BGB	302
bb) Unbestimmbare Miteigentumsanteile	304
(1) Schätzung der Anteile gem. § 287 ZPO?	305
(2) Anwendung der allgemeinen Beweislastgrundsätze	307
(3) Entsprechende Anwendung des § 742 BGB	308
(4) Bewertung	310
cc) Zwischenergebnis	311

Inhaltsverzeichnis

b) Beweislast bei Aussonderung durch Ehegatten	311
2. Prozessuale Durchsetzung des Absonderungsrechts	315
3. Streit um den Kostenansatz gem. §§ 170, 171 InsO	319
a) Darlegungs- und Beweislast für die Verwertungskosten	319
b) Schätzung der Verwertungskosten gem. § 287 ZPO	322
4. Ergebnis	323
§ 5 Orientierungsmaßstäbe für das insolvenzrechtliche Beweisverfahren	325
A. Plädoyer für ein einheitliches Insolvenzverfahrensrecht	325
I. Einheit des Verfahrens als Ziel der InsO	325
II. Erforderliche Neujustierungen im Verfahrensrecht	327
B. Auflösung beweisrechtlicher Widersprüche im Insolvenzrecht	329
I. Wesentliche Erkenntnisse zur Verteilung der Beweis(führungs-)last	329
1. § 61 InsO	329
2. §§ 81, 82 InsO	330
3. §§ 115 ff. InsO	331
4. §§ 290, 296 InsO	332
5. Vermutung der Qualifikation als „Insolvenzforderung“	333
6. Anscheinsbeweis und sekundäre Darlegungslast im Insolvenzrecht	334
II. Offene Fragen	335
C. Beweisrecht im Dienste des § 1 InsO?	336
Literaturverzeichnis	339