

In dieser Ausgabe:

• ZInsO-Aufsätze

Die gegen die Restschuldbefreiung resistenten Vermögensansprüche der Insolvenzgläubiger (S. 1701)

von Stadtrechtsdirektor a.D. Markus Geißler, Freiburg i. Br.

Die Inanspruchnahme des Sicherungszessionars nach § 13c Abs. 1 S. 1 UStG und ihre Folgen für die Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) (S. 1710)

von Rechtsanwalt Dr. Michael Pießkalla, LL.M. Eur., München

Die Vergütung des isolierten Sachverständigen – eine reformbedürftige Regelungslücke? (S. 1714)

von Richterin Verena Greiner, Straubing

Sollte der Insolvenzverwalter lieber unwirksame Verträge über Adressdaten schließen? (S. 1717)

*von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Insolvenzrecht/Insolvenzverwalter/
Nachlasspfleger Christian Weiß, Köln*

• ZInsO-Rechtsprechungsreport

Zur Qualifizierung einer Leistung des Schuldners im anfechtungsrechtlichen Sinne (S. 1721)
BGH, Urf. v. 5. 7. 2018 – IX ZR 126/17

Zur Verjährung von Schadensersatzansprüchen gegen einen Insolvenzverwalter (S. 1722)
BGH, Beschl. v. 21. 6. 2018 – IX ZR 171/16

Zur Bestimmung des kleinen Schadensersatzanspruchs nach § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B (S. 1723)
BGH, Urf. v. 21. 6. 2018 – VII ZR 173/16

Erlöschen der Vollmacht bei Insolvenzbefangenheit „nur“ des Gesellschaftsanteils an einer Grundbesitz haltenden GbR (S. 1724)
OLG München, Beschl. v. 9. 7. 2018 – 34 Wx 223/17

Rückerstattungen anfechtbarer Honorarzahungen an eine Sanierungsberaterin nach einem Erstin insolvenzverfahren (S. 1733)
LG Stuttgart, Urf. v. 18. 4. 2018 – 27 O 338/16

Grobes Verschulden eines Steuerberaters (S. 1736)
FG Düsseldorf, Urf. v. 23. 5. 2018 – 2 K 1274/17 E

Fehlende Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils eines Kommanditisten zur Insolvenzmasse (S. 1740)
FG Düsseldorf, Urf. v. 17. 5. 2018 – 15 K 1458/17 E, AO

Kennzeichnung eines Betriebsübergangs; keine analoge Anwendung von § 613a Abs. 6 BGB bei fehlerhafter Unterrichtung über einen irrtümlichen Betriebsübergang (S. 1752)
BAG, Urf. v. 25. 1. 2018 – 8 AZR 309/16



Herausgeber:

Prof. Dr. Christian Berger
RA Dr. Susanne Berner
Michael Bretz
RA Dr. Christian Brünkmans
RA Dr. Jan de Weerth
Prof. Dr. Ulrich Foerste
RA Dr. Michael C. Frege
RiAG Frank Frind
RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein
Prof. Dr. Hugo Grote
RA Dr. Andreas Henkel
WP/StB Michael Hermanns
Prof. Dr. Heribert Hirte
RiAG Martin Horstkotte
Präs. LG a.D. Prof. Dr. Michael Huber
RA Peter J. Hütten
RA Dr. Karen Kuder
RA Dr. Norbert Küpper
RiAG Dr. Peter Laroche
Prof. Dr. Wolfgang Marotzke
PD Dr. Sebastian Mock
RA Dr. Patrick Mückl
Prof. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser
RA Dr. Manfred Obermüller
Vors. RiOLG Dr. Dietmar Onusseit
RA Prof. Dr. Klaus Pannen
RiBGH Prof. Dr. Gerhard Pape
RA Dr. Christoph Poertzgen
RA Stephan Ries
Prof. Dr. Thomas Rönnau
Prof. Dr. Jessica Schmidt
RiBGH a.D. Prof. Dr. Lutz Strohn
RiBGH a.D. Gerhard Vill
OStA Raimund Weyand

Schriftleiter:

RA Prof. Dr. Hans Haarmeyer

fündig zu werden, sofern der Gutachtensauftrag vergleichbar § 9 Abs. 2 JVEG ist.

In der Konsequenz wäre daher die Vergütung nach billigem Ermessen i.S.d. § 9 Abs. 1 Satz 3 JVEG zu bestimmen.

Im Rahmen des billigen Ermessens wäre es, um eine Angleichung an die Vergütungsregelung in § 9 Abs. 2 JVEG zu erreichen, zumindest vertretbar schwerpunktmäßig auf die v.g. Beauftragung zur „Schadensfeststellung, -ermittlung und -bewertung“ abzustellen.

Allerdings verbleibt jetzt zu klären, ob bei Vorhandensein von zwei Honorargruppen (4 und 5) zu dieser Rubrik die Zuordnung eher der Honorargruppe 4 und mithin dem Garten- und Landschaftsbau oder eher der Honorargruppe 5 und mithin dem Bauwesen entspricht.

Hier hilft jedoch § 9 Abs. 1 Satz 4, letzter HS JVEG weiter, wonach jedoch Satz 3 entsprechend gilt, wenn dies mit Rücksicht auf den Schwerpunkt der Leistung zu einem unbilligen Ergebnis führen würde. Bei einem Schwerpunkt der Leistung Schadensfeststellung, -ermittlung und -bewertung würde es zu einem unbilligen Ergebnis führen, die Vergütung eines isolierten Sachverständigen im Gegensatz zur Vergütung eines Sachverständigen i.S.d. § 9 Abs. 2 JVEG mit 5 € mehr zu vergüten. Insofern führt nur eine Vergütung mit 80 € zu einem Ergebnis,

das der Billigkeit entspricht. Zumindest so lange der Gesetzgeber nicht aktiv wird, ist dieses v.g. Ergebnis nach Billigkeit i.S.d. § 9 Abs. 1 Satz 3, 4, letzter HS JVEG entsprechend der Honorargruppe 4 unter Anwendung von Nr. 13.3. durchaus vertretbar.

IV. Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass explizit im JVEG eine Vergütungsregelung für den isolierten Sachverständigen auf den ersten Blick nicht zu finden ist. Allerdings erscheint es vertretbar, die Honorargruppe 4 (Sachbereich Schadensfeststellung, Schadensursachenermittlung, Schadensbewertung) im Rahmen des billigen Ermessens i.S.d. § 9 Abs. 1 Satz 3 JVEG auf den isolierten Insolvenzsachverständigen anzuwenden, um im Ergebnis zu einer gleichen Vergütung des isolierten Sachverständigen mit einem Sachverständigen zu gelangen, der zugleich als vorläufiger Insolvenzverwalter i.S.d. § 9 Abs. 2 JVEG tätig geworden ist.

Nichtsdestotrotz wäre es zu empfehlen, dass der Gesetzgeber § 9 JVEG nachbessert und explizit den Insolvenzsachverständigen in die Honorargruppen aufnimmt, um zu einer einheitlichen Vergütung zu gelangen. Auch könnten dadurch Ressourcen des Gerichts eingespart werden, die darauf verwendet werden, aus Sicht des Gerichts zu hoch angesetzte Vergütungsabrechnungen beim Sachverständigen mit einem schriftlichen oder mündlichen Hinweis zu monieren.

Sollte der Insolvenzverwalter lieber unwirksame Verträge über Adressdaten schließen?

Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt/M. vom 24.1.2018 – 13 U 165/16

von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Insolvenzrecht/Insolvenzverwalter/Nachlasspfleger Christian Weiß, Köln

Diese bewusst provokant gefasste Überschrift drängt sich bei der ersten Befassung mit der Entscheidung des OLG Frankfurt/M. v. 24.1.2018 – 13 U 165/16¹ zunächst auf: Immerhin hatte die Unwirksamkeit des Vertrags über den Erwerb von Domains und Daten wegen fehlender Einwilligung der Adressinhaber in den Verkauf ihrer persönlichen Daten nach § 28 BDSG, § 7 UWG, § 134 BGB zur Folge, dass der Kaufpreis von 15.000 € gem. § 817 Satz 2 BGB in der Insolvenzmasse verbleiben konnte. Letztlich stellte das OLG Frankfurt/M. nämlich fest, dass eine, nein jegliche, Rückabwicklung nach § 817 Abs. 1 BGB aufgrund beidseitiger Verstöße gegen die zwingenden Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) ausgeschlossen sei. Man leiste in derartigen Fällen auf eigenes Risiko. Und die Daten ist der Insolvenzverwalter faktisch auch „quitt“: Einmal per Stick und ein andermal per Verwertung der Server. Also auf dem Wege bereits alles gut?

I. Kurz zum Urteil

Gegenstand des inzwischen rechtskräftigen Berufungs-Urteils² war kurz gefasst der Erwerb von Daten aus der Insolvenz, und zwar von dem Insolvenzverwalter und späteren Beklagten. Die Klägerin A handelt mit Adressdaten. Ebenso die spätere Schuldnerin, die B GmbH, über deren Vermögen der spätere Beklagte im Jahr 2010 zum Insolvenzverwalter ernannt worden war. Letztlich begehrte die Klägerin von ihm u.a. Schadensersatz. Sie machte zudem Gewährleistungsansprüche geltend. Zugespitzt wird der Sachverhalt noch dadurch, dass der Geschäftsführer der Klägerin zuvor Geschäftsführer der Schuldnerin war. Er hatte – wie üblicherweise auf den Tag der Insolvenzeröffnung – vom Beklagten unterschiedliche Inter-

net-Domains sowie offenbar über diese mittels Adresserfassungsmaske generierte personenbezogene Daten wie Namen, Adresse, Telefonnummer und E-Mail-Adresse gegen ein Entgelt von 15.000 € erworben. Diese Daten wurden auf einem USB-Stick übergeben. Die Server selbst, auf denen sich die Daten bei der Schuldnerin ursprünglich befanden und wo sie – bis dato sehr wahrscheinlich unter der „Herrschaftsmacht“³ des Insolvenzverwalters liegend – weiterhin rekonstruierbar waren,

¹ Im Volltext abgdr. ZInsO 2018, 886.

² Erinstanzlich hatte das LG Darmstadt dem Klagebegehren auf Schadensersatz und Unterlassung mit Ur. v. 21.7.2016 – 16 O 272/11 stattgegeben.

³ Zur „Verantwortlichkeit“ des (vorläufigen) Insolvenzverwalters in datenschutzrechtlicher Hinsicht jüngst Thole, ZIP 2018, 1001.

wurden vom Beklagten als Teil der Geschäftsausstattung der B GmbH an eine weitere, ebenfalls mit Adressen handelnde Firma zu einem Betrag von rd. 2.000 € verkauft. Letztere nutze die Adressen im Anschluss für ein Werbe-Mailing zugunsten einer Porno-Webseite. Die Rechnungslegung für die BGA erfolgte durch ein von dem Beklagten als Insolvenzverwalter beauftragtes Verwertungsunternehmen.⁴

II. Anmerkung

Im Ergebnis ist die Berufungsentscheidung begrüßenswert und konsequent: Zu dem – seit dem 25.5.2018 *entfallenen* – Listenprivileg nach § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG alt führt das OLG Frankfurt/M. zutreffenderweise aus, dass auch der einmalige Verkauf personenbezogener Daten einen Adresshandel i.S.v. § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG darstelle.⁵ Die Richter ließen jedoch das Listenprivileg nach § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG im vorliegenden Fall schon deshalb nicht greifen, weil ein solches voraussetze bzw. -setzte, dass zusammengefasste Daten von zu einer bestimmten Personengruppe gehörigen Betroffenen vorhanden sind. Das war jedoch nicht der Fall.⁶

Auch nach wie vor gilt jedoch die datenschutzrechtliche Gestaltung als „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“: Die Nutzung personenbezogener Daten ist verboten – es sei denn, sie ist ausdrücklich erlaubt. Und als solches kam⁷ und kommt⁸ auch in dem Sachverhalt der Berufungsentscheidung mangels Listenprivileg nur noch die Einwilligung der Betroffenen infrage.

Eine solche *wirksame Einwilligung* der Adressinhaber als betroffene Personen setze nach dem BDSG insbesondere voraus:

- Auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruhend, der
- auf den konkret vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie [...]
- auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hingewiesen wurde.
- Grds. schriftlich abgegeben; ggf.
- besondere Hervorhebung, wenn die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen wie vorliegend von der B GmbH verwendeten Teilnahmebedingungen zu einem Gewinnspiel⁹ erteilt wird.¹⁰

Das Berufungsgericht monierte insbesondere, dass die Adressinhaber ihre Einwilligung nicht zu dem Streitgegenständlichen Verkauf ihrer personenbezogenen Daten erteilt hätten. Zu Recht!

III. Hypothese zur Wirksamkeit des Vertrags nach den Parametern der Entscheidung?¹¹

Jedenfalls zivil- bzw. wettbewerbs- und datenschutzrechtlich scheint die Berufungsentscheidung auch an Postulate wie „billig und gerecht denkend“ zu appellieren: Es verwundert allein vom Sachverhalt her schon sehr, dass die Klägerin, die aus abgetretenem Recht ihres Geschäftsführers – man erinnere sich:

des vormaligen Geschäftsführers der Schuldnerin – klagt, nunmehr Wertverlust reklamiert, weil die per Gewinnspiel und Opt-in zu den Gewinnspiel-Teilnahmebedingungen ursprünglich generierten Daten von der weiteren Adresshandelsfirma als Mailing für eine Sex-Internet-Seite genutzt worden seien.

Wer sich öfters mit immateriellen Vermögenswerten oder jedenfalls solchen in der Schnittmenge zur Insolvenz befasst, wäre nach Vorstehendem bereits sensibel geworden. Denn der Adresshandel an sich, aber auch die Umstände, wie solche Unternehmen mitunter an personenbezogene Daten kommen, ist fast schon grds. „speziell“. Der Beklagte als Insolvenzverwalter hätte bereits bei diesen Beteiligten und den gegenständlichen Assets sensibel agieren sollen. Stattdessen hat er die Daten sozusagen zwei Mal verkauft: Einmal per Stick an die spätere Klägerin, einmal mit den in der Geschäftsausstattung enthaltenen Servern. Daneben verpflichtete der Vertrag wohl beide Parteien gar zu einem systematisch wettbewerbswidrigen Verhalten insbesondere in Form der Zusendung von Werbe-E-Mails ohne Einwilligung.¹²

Klar ist seit der Entscheidung des OLG Frankfurt/M., dass selbst von der Insolvenzschuldnerin (vermutlich)¹³ unter fachspezifischem Anwaltsrat abgefasst und vorinsolvenzlich verwendete Einwilligungserklärungen dem Insolvenzverwalter kaum bzw. in der Praxis nur ausnahmsweise bei besonderen Formulierungen helfen: Solche wären von den Betroffenen für den konkreten Fall bzw. Nutzungszweck und in Kenntnis der Sachlage, der verantwortlichen Stelle und Kategorie von Empfängern abzugeben gewesen.¹⁴ Die Betroffenen hatten der Insolvenzschuldnerin gegenüber jedoch lediglich deren Teilnahmebedingungen akzeptiert und sich einverstanden erklärt, von ihr und anderen Unternehmen auf diversen Kommunikationswegen interessante Informationen pp. zu erhalten. Kein Wort von Adresshandel, geschweige denn einer Veräußerung ihrer Daten an konkrete Dritte oder gar für den Insolvenzfall durch den Insolvenzverwalter. Letzteres hätte – so das OLG Frankfurt/M. zwischen den Zeilen – evtl. für eine wirksame Einwilligung und im Einzelnen vermutlich auch wirksamen Vertrag des Insolvenzverwalters gesprochen. Ob von ihm bereits im Rahmen der vorläufigen Insolvenzverwaltung bereits vertragsvorbereitend „nachzubessern“ gewesen wäre, lässt die Entscheidung nicht erkennen.

4 S. im Weiteren zum Sachverhalt OLG Frankfurt/M. v. 24.1.2018 – 13 U 165/16, S. 2 f.

5 OLG Frankfurt/M. v. 24.1.2018 – 13 U 165/16, LS 2 und S. 6.

6 OLG Frankfurt/M. v. 24.1.2018 – 13 U 165/16, LS 2 und S. 6.

7 § 4a BDSG alt.

8 § 54 BDSG 2018.

9 OLG Frankfurt/M. v. 24.1.2018 – 13 U 165/16, S. 4 f.

10 OLG Frankfurt/M. v. 24.1.2018 – 13 U 165/16, S. 6 m.w.N. und Ausführungen auch zum Koppelungsverbot.

11 Einzelheiten zu Daten insbesondere beim Asset-Deal z.B. bei *Berberich/Kanschik*, NZI 2017, 1; *Eckhardt/Mentz*, ZInsO 2016, 1917 bzw. in dem November 2018 erscheinenden ZIP-Praxisbuch *Weiß/Reisener*, Datenschutz in der Insolvenzkanzlei (ISBN 978-3-8145-8242-9).

12 Was einen Verstoß nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG darstellte.

13 Dazu im Einzelnen OLG Frankfurt/M. v. 24.1.2018 – 13 U 165/16, S. 8.

14 OLG Frankfurt/M. v. 24.1.2018 – 13 U 165/16, S. 6 m.w.N.

Letztlich hätte der Insolvenzverwalter versuchen können, von den Betroffenen deren Einwilligung zu dem nunmehrigen Zweck, nämlich der Datenübertragung vom Insolvenzverwalter auf das konkrete Unternehmen der Klägerin, einzuholen.¹⁵ Je nach „Kosten-Nutzen-Abwägung“ und auch für die Insolvenzgläubiger (zu erwartender) Insolvenzmasse-Zuflüsse hätte dies Entscheidungsgrundlage pro Asset-Deal oder Ultima Ratio Löschung der Daten sein können und sollen – statt im Rahmen der Berichterstattung an das Gericht nunmehr erklären zu müssen, dass nur aufgrund von § 817 Satz 2 BGB die 15.000 € aus dem Asset-Deal in der Masse verbleiben und der Rechtsstreit Kosten verursacht hat.

Vielmehr als das selbstverständliche, rechtskonforme Verhalten eines Insolvenzverwalters wird nämlich in Zukunft auch die professionelle Befassung mit Daten ein weiteres Qualitätsmerkmal einer modernen und professionellen Insolvenzverwaltung sein. Ganz abgesehen von möglichen Vergütungszuschläge zwischen 5 und 25 % je nach Zuschnitt der konkreten Befassung des Insolvenzverwalters mit Daten/datenschutzrechtlichen Belangen.¹⁶

¹⁵ Nach der Praxiserfahrung eher eine theoretische Möglichkeit.

¹⁶ Graeber/Graeber, *InsVV*, § 34a. Datenschutzrechtliche Belastungen Rn. 152a; Weiß, in: Nerlich/Römermann, *InsO*, § 63 Rn. 7. Zu datenschutzrechtlichen Bezügen grds. auch Haarmeyer/Mock, *InsVV*, § 4 Rn. 50 ff.

ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport

Fachpresse – Kurzmeldungen*

Englisch für Insolvenzsachbearbeiter und Insolvenzverwalter

Donna Elliott/Bernd Lorenz, *InsbÜO* 2018, 258–262

Die Autoren erläutern, dass die englische Sprache im Bereich der Insolvenzverwaltung dann eine wichtige Bedeutung habe, wenn ausländische Gläubiger, Drittschuldner oder sonstige ausländische Beteiligte existieren. Sie raten dazu, sich mit dem fachspezifischen Vokabular der englischen Sprache vertraut zu machen und stellen typische Formulierungen vor. So findet der Leser für das allgemeine Vokabular 30 Übersetzungen, wie bspw. für Beschluss (= order), Insolvenzeröffnung (opening of insolvency proceedings) und Insolvenzmasse (= estate u.a.). Es werden acht Übersetzungen für die Abwickler im Insolvenzverfahren (z.B. Gutachter = expert) und sieben für Beteiligte (z.B. Gläubiger = creditor) angeboten. Sodann folgen die Bereiche Forderungsanmeldungen mit zwölf Übersetzungen (z.B. Forderungsgrund = reason for the claim), Sicherungsrechte mit ebenfalls zwölf Übersetzungen (z.B. Eigentumsvorbehalt = retention of title) und Masseverbindlichkeiten mit neun Übersetzungen (z.B. Masseunzulänglichkeit = insufficiency of assets). Ein eigenes Kapitel widmen die Autoren der telefonischen Kommunikation, in dem 17 mögliche Fragen oder Auskünfte für die Insolvenzsachbearbeiter vorgestellt werden. Der Beitrag schließt mit Erläuterungen zur englischen Anrede im Schriftverkehr und jeweils einem Musterschreiben in englischer Sprache an die Gläubiger zur Verteilung der Quote sowie an die Drittschuldner zur Zahlungsaufforderung. I.Ü. wird der Unterschied zwischen den Begriffen insolvency und bankruptcy erklärt.

Nachzahlung einer privaten Berufsunfähigkeitsrente in der Wohlverhaltensperiode

Hugo Grote, *InsbÜO* 2018, 270–272

Der Autor erörtert im Rahmen eines praktischen Falls die Frage, ob ein Nachzahlungsbetrag aus einer privaten Berufsunfähigkeits-

versicherung der Insolvenzmasse ganz oder teilweise zustehe. Im eröffneten Verfahren würde ggf. der Insolvenzbeschluss greifen, in der Wohlverhaltensperiode sei die Nachtragsverteilung unter konkreter Berechnung der monatlich pfändbaren Beträge zu beantragen. In dem untersuchten Fall habe der Schuldner in dem von der Nachzahlung betroffenen Zeitraum unterschiedliche Einkünfte erhalten: teilweise Leistungen nach dem ALG I, teilweise eine Erwerbsminderungsrente und teilweise Leistungen nach dem ALG II. Diese Einkommen seien jeweils mit dem auf die jeweiligen Monate umzulegenden Nachzahlungsbetrag zusammenzurechnen, um auf diese Weise zu ermitteln, ob sich ein pfändbarer Anteil ergebe. Hierfür stellt der Autor die konkreten Berechnungen vor und kommt zu dem Ergebnis, dass ein Teil des Nachzahlungsbetrags rein rechnerisch der Pfändung unterliege. Problematisch hierbei sei aber, dass eine Berufsunfähigkeitsrente nach § 850b ZPO zunächst für pfändbar erklärt werden müsse. Damit ergäben sich drei Anträge: auf Nachtragsverteilung gem. § 203 InsO, auf Zusammenrechnung gem. § 850e ZPO und auf Pfändbarkeit gem. § 850b ZPO. Der Autor weist abschließend daraufhin, dass der unpfändbare Betrag bei Eingang auf dem P-Konto nicht als sog. „Ansparguthaben“ ebenfalls zur Insolvenzmasse gezogen werden könne. Der Schuldner könne insoweit im eröffneten Verfahren den Freibetrag erhöhen lassen. In der Wohlverhaltensperiode hätte der Insolvenzverwalter keinen Zugriff mehr auf etwaige Guthaben auf dem P-Konto.

* Die Kurzbeiträge sind der Fachpresseauswertung des Verlages entnommen, in der online 107 Fachzeitschriften aus 37 Rechtsgebieten inhaltlich umfangreicher ausgewertet werden.