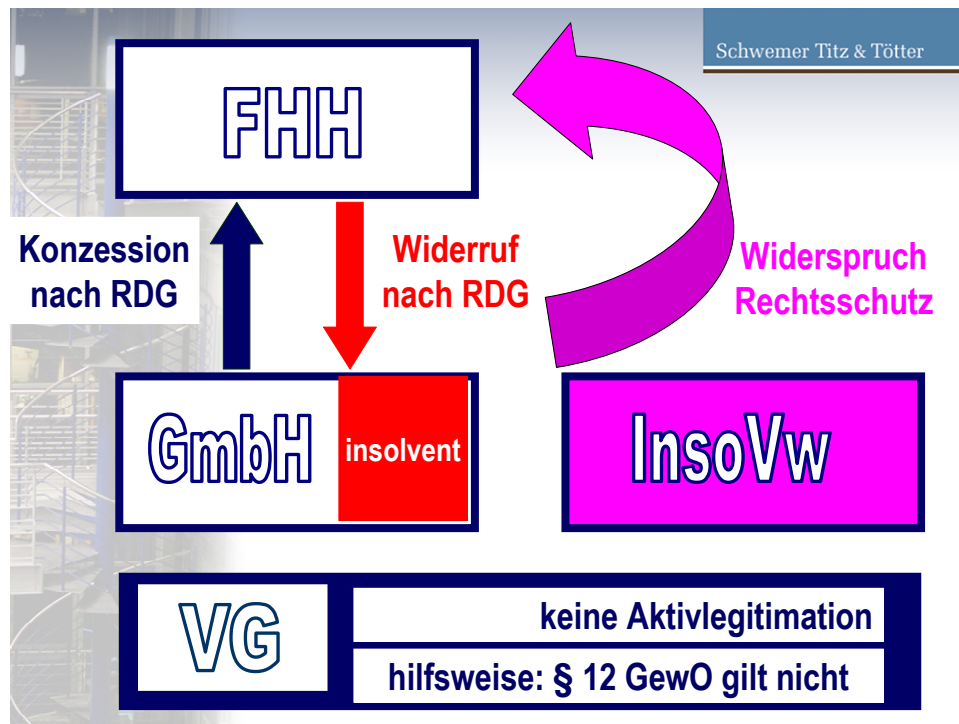


## **Öffentlich-rechtliche Genehmigungen im Insolvenzverfahren**

**Prof. Dr. Holger Schwemer  
Rechtsanwälte Schwemer Titz & Tötter  
Hamburg / Berlin / Lübeck**

20.06.2011

## Der Fall



- Sachverhalt:** GmbH betreibt Krankentransporte aufgrund einer Genehmigung nach Rettungsdienstgesetz. Insolvenz der GmbH. Behörde für Inneres entzieht
- der GmbH die Personalkonzession nach RDG; Zustellung an die GmbH „zu Händen des Insolvenzverwalters“
  - entgegen § 12 GewO, wonach während des Insolvenzverfahrens die Behörde die Unzuverlässigkeit aus Insolvenz nicht geltend machen darf – mit der Begründung, dass – was zutrifft – das RDG § 12 GewO von seinem Anwendungsbereich ausnimmt. Anordnung der sofortigen Vollziehung.

Widerspruch und Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO durch Insolvenzverwalter. Fortführung des Unternehmens erwünscht, da Insolvenzplanverfahren mit übertragender Sanierung beabsichtigt.

- VG**
1. Insolvenzverwalter fehlt die Aktivlegitimation. Personalkonzession ist höchstpersönlich und kann deshalb nur der GmbH entzogen werden, sie muss Widerspruch und Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO stellen.
  2. hilfsweise: Im übrigen findet der Schutz des § 12 GewO ausweislich des § 6 Abs. 1 Satz 3 GewO keine Anwendung; vielmehr werde im RDG Insolvenz als Widerrufsgrund zwingend genannt.

- OVG**
- Auch wenn die Personalkonzession an die Person (GmbH) gebunden ist, bedarf es hinsichtlich ihrer Zuordnung zum Betrieb einer „ganzheitlichen Betrachtung“.
- Konsequenzen:
1. Adressat des Widerrufs war nicht die GmbH, sondern der Insolvenzverwalter. Er ist somit aktivlegitimiert.
  2. § 12 GewO findet Anwendung, weil die schonende und in der InsO abschließend geordnete Abwicklung eines Insolvenzverfahrens Vorrang vor den öffentlichen Interessen zum Schutz vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden genießt.

## § 12 GewO – Persönlicher Schutzbereich

### § 12 GewO

Vorschriften, welche die Untersagung eines Gewerbes oder die Rücknahme oder den Widerruf einer Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, die auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist, ermöglichen, finden während eines Insolvenzverfahrens, während der Zeit, in der Sicherungsmaßnahmen nach § 21 der Insolvenzordnung angeordnet sind, und während der Überwachung der Erfüllung eines Insolvenzplans (§ 260 der Insolvenzordnung) keine Anwendung in Bezug auf das Gewerbe, das zur Zeit des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeübt wurde.

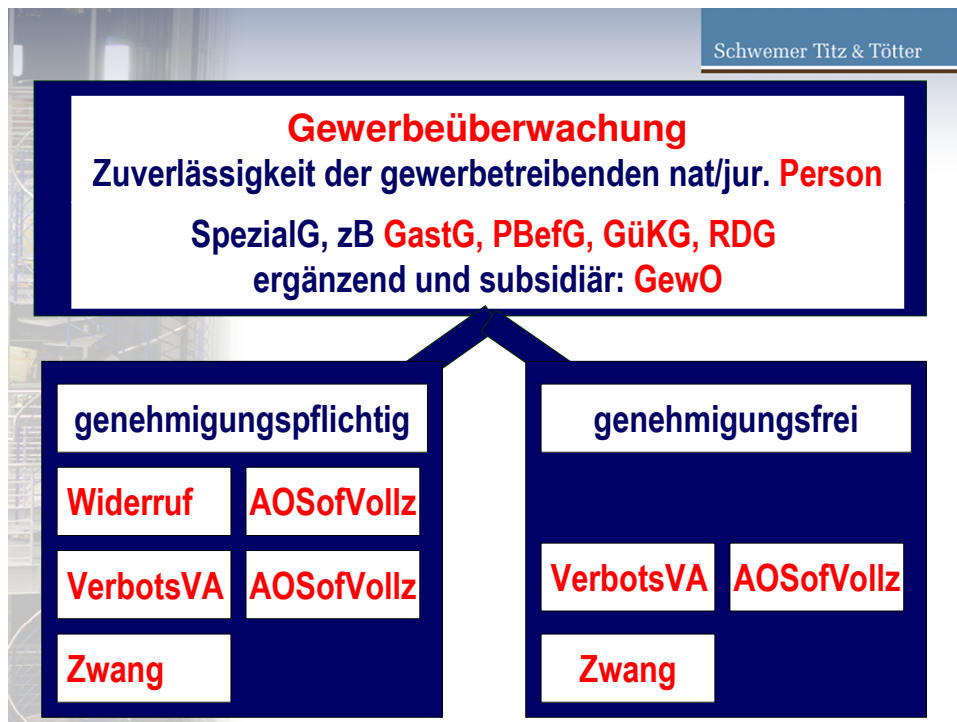
§ 12 GewO begründet einen Vorrang des Insolvenzverfahrens, das im Verhältnis zum Gewerberecht eigenständige Schutzvorkehrungen trifft. Die InsO sieht dazu die geordnete Abwicklung, aber auch die Betriebserhaltung als Konfliktlösung vor. Allerdings knüpft die InsO an die **Vermögensmasse** an, während die GewO die **Person** des Gewerbetreibenden im Blick hat.

Anders als im Recht der gewerblichen Anlagen (z.B. BImSchG, KrW-/AbfG), bei dem die Vermögensmasse und die Anlage in einer Hand verbleiben (Schuldner, nach Insolvenzeröffnung: Insolvenzverwalter), kommt es im Gewerberecht zu einer Überwachung des ursprünglichen Gewerbetreibenden (Widerruf der Gewerbeerlaubnis, Verbot der nichtgenehmigungsbedürftigen gewerblichen Tätigkeit) bei Insolvenz. Der Schutz vor dem insolventen Schuldner ist aber gleichzeitig ein Anliegen der InsO und liegt in der Hand des Insolvenzverwalters. § 12 GewO will deshalb zu Gunsten der Überwachung des geordneten Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter die gewerberechtliche Überwachung zurückdrängen. Anders lässt sich der angestrebte Zweck der Sanierung auch gar nicht erreichen.

Es kommt jedoch deshalb zu Divergenzen, weil das Gewerberecht an die Person verknüpft ist und daher an sich höchstpersönlich beim Gewerbetreibenden verbleibt, so dass der Schutz des § 12 nicht zum Tragen kommt: Der Insolvenzverwalter ist nicht Adressat der gewerberechtliche Maßnahmen.

Das OVG Hamburg hat in den Vordergrund seiner Betrachtung die Bindung der Vermögensmasse an den Insolvenzverwalter gestellt und mit dem Argument der ganzheitlichen Betrachtung auf die höchstpersönliche Wirkung des Gewerberechts verzichtet (Beschluss vom 26.01.2011 – 5 Bs 239/10).

## § 12 GewO – Sachlicher Schutzbereich



Instrumentarien sind unterschiedlich danach, ob das Gewerbe genehmigungsbedürftig oder genehmigungsfrei ist.

**genehmigungsbedürftig:** nach **GewO**: z.B. Privatklinik, Spielhallen, Bewachungsgewerbe, Versteigerungsgewerbe und Makler, Anlageberater, Bauträger, Baubetreuer, Versicherungsmakler;  
nach **Spezialgesetzen**: GaststG: Gaststättenerlaubnis, PBefG: Linien- und Gelegenheitsverkehr, GüKG: Spediteure

### Instrumentarien:

**Widerruf** der Personalkonzession des Gewerbetreibenden mit Anordnung der sofortigen Vollziehung, Verbotsverfügung wegen Illegalität, Anordnung der sofortigen Vollziehung, Androhung von Zwangsmitteln.

**genehmigungsfrei:**

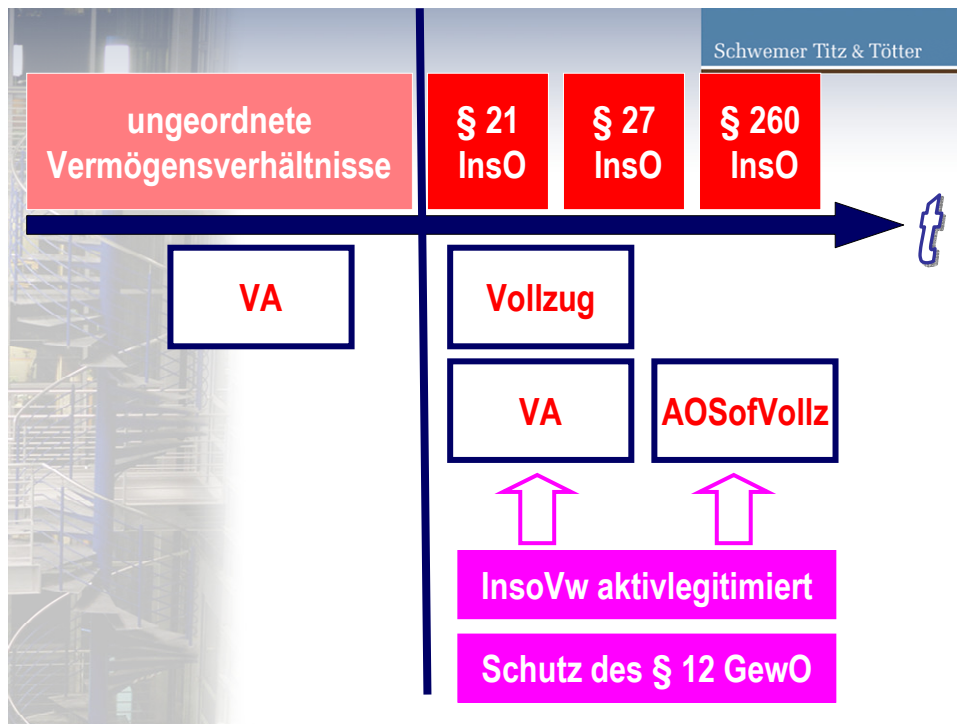
### Instrumentarien:

**Untersagungsverfügung** an den Gewerbetreibenden nach Spezialgesetzen, subsidiär nach **§ 35 GewO**, der auch ergänzend in Spezialgesetzen gilt, idR mit Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO) und Androhung von Zwangsmitteln (Zwangsgeld, Betriebsschließung).

§ 12 GewO schützt somit das **genehmigungsbedürftige Gewerbe** vor einem Widerruf (z.B. § 15 GaststG), einer Verbotsverfügung wegen Illegalität (§ 15 GewO), aber auch vor deren Vollstreckung im Wege des Verwaltungszwangs (Zwangsgeld, Betriebsschließung als unmittelbarer Zwang).

§ 12 GewO erfasst beim **genehmigungsfreien Gewerbe** die einzig mögliche Reglementierung durch Untersagung nach § 35 GewO sowie deren zwangsweise Durchsetzung.

## § 12 GewO – Zeitlicher Schutzbereich



### Wortlaut:

Gewerberechtliche Grundverfügungen (Widerruf/Untersagung) sind rechtswidrig, wenn sie ergehen:

- (1) ab Anordnung von Sicherungsmaßnahmen, § 21 InsO, nicht hingegen schon Zeitpunkt des Eröffnungsantrags
- (2) während des Insolvenzverfahrens,
- (3) während des Insolvenzplanverfahrens (§ 260 InsO).

### Auslegung:

(1) Untersagungsverfügung/Widerruf der Gewerbeerlaubnis vor Anordnung von Sicherungsmaßnahmen wegen ungeordneter wirtschaftlicher Verhältnisse; Unanfechtbarkeit vor Insolvenzeröffnung:

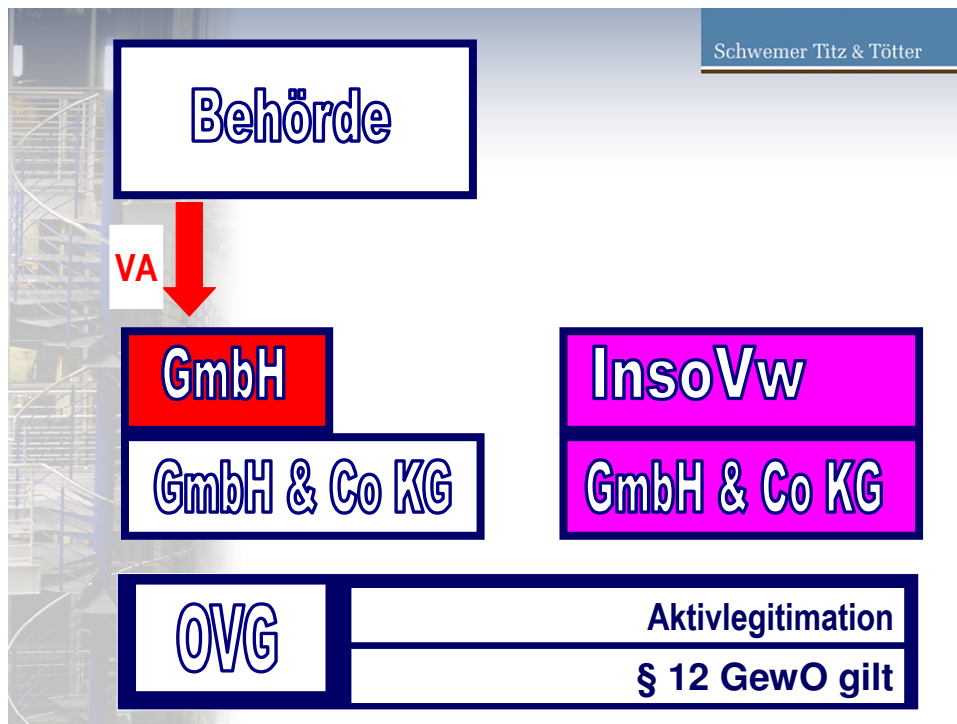
§ 12 GewO sperrt die **Verwaltungsvollstreckung**, wenn sie nach Insolvenzeröffnung erfolgt.

(2) Untersagungsverfügung/Widerruf vor Insolvenzeröffnung, aber noch anfechtbar. Widerspruchsbescheid nach Insolvenzeröffnung. Entscheidend ist der Zeitpunkt des **Widerspruchsbescheides**. Deshalb kann Insolvenzverwalter aus § 12 GewO Abwehrrecht geltend machen.

(3) Untersagungsverfügung bzw. Widerruf und Widerspruchsbescheid vor Insolvenzeröffnung: Da maßgeblich der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung für die Rechtmäßigkeitsbeurteilung eines VA ist, begründet § 12 GewO seiner Rechtswidrigkeit nicht. Deshalb reduziert sich der Schutz auf die Abwehr von **Vollstreckungsmaßnahmen**.

Praktische Konsequenz ist die Duldung der Fortführung des Betriebs durch den Insolvenzverwalter.

## Auswirkung der Rechtsprechung auf nicht rechtsfähige Vereinigungen, dargestellt anhand der GmbH und Co. KG



VG Gießen, Hess VGH,  
OVG Berlin-Brandenburg

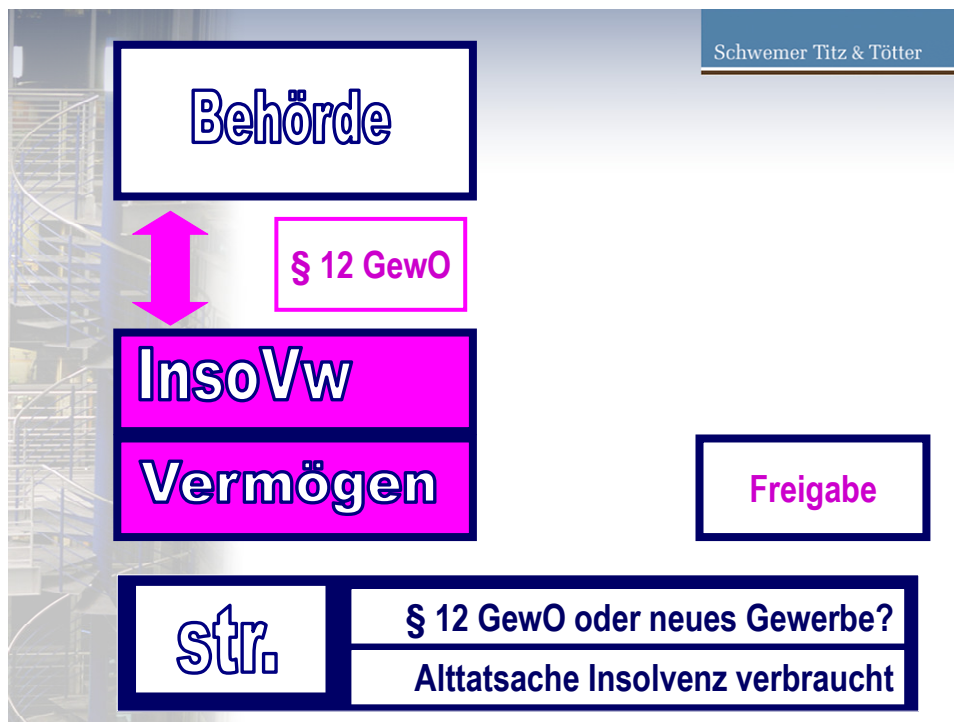
Insolvenz der GmbH und Co. KG: Untersagungsverfügung an die GmbH als „Gewerbetreibender“ iSd § 35 Abs. 1 GewO bzw Widerruf der Gewerbeerlaubnis gegenüber der GmbH; GmbH muss klagen; § 240 ZPO nicht anwendbar; der Insolvenzverwalter ist nicht aktivlegitimiert.

Die gewerberechtliche Maßnahme ist zudem gegenüber der GmbH **rechtmäßig**, da § 12 GewO zu Gunsten der GmbH und Co. KG gilt, nicht aber zu Gunsten des geschäftsführenden Gesellschafters, der GmbH.

OVG Hamburg

**Ganzheitliche Betrachtung** mit der Folge, dass die Untersagungsverfügung gegenüber der GmbH und Co. KG gilt, vom Insolvenzverwalter angegriffen werden kann, und dies – wegen der Sperrwirkung des § 12 GewO – mit Erfolg. Dabei ist zu beachten, dass § 12 GewO selbst dann gilt, wenn auf ihn in einem Spezialgesetz nicht verwiesen wird.

## Rechtsfolgen einer Freigabe im Gewerberecht



### Beispiel:

Der Antragsteller übt das Friseurhandwerk aus. Er hat erhebliche Beitrags- und Steuerrückstände. Das Insolvenzverfahren wird eröffnet. Der Insolvenzverwalter erklärt die Freigabe des Vermögens aus selbstständiger Tätigkeit. Das Amtsgericht gibt dies öffentlich bekannt.

**Typische Fragen** (deren Beantwortung zZ streitig ist):

- Sperrt § 12 GewO den Erlass einer Untersagungsverfügung bezogen auf das freigegebene Gewerbe?
- Kann die Gewerbeuntersagung auf die Gründe gestützt werden, die zur Insolvenz geführt haben?
- Gelten zeitlich möglicherweise unterschiedliche Regeln zwischen der Entscheidung vor und nach Entscheidung der Gläubigerversammlung über die Unwirksamkeit der Freigabe?

### Argumente für Ausdehnung der Sperrwirkung:

- Da der Schuldner nach § 35 Abs. 2 Satz 2 iVm § 295 Abs. 2 InsO die Einnahmen trotz Freigabe an die Masse abzuführen hat, bleibt der Zusammenhang zum eigentlichen Insolvenzverfahren bestehen.
- Im übrigen können die Gläubiger die Freigabe annullieren.

**Konsequenz:** Es ist der Gewerbeaufsicht verwehrt, während des schwebenden Insolvenzverfahrens bezogen auf den freigegebenen Teil wegen der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden die Gewerbeausübung nach § 35 GewO zu verbieten.

### Argumente gegen Ausdehnung der Sperrwirkung

- Es handelt sich um eine selbstständige (freigegebene) Tätigkeit, die ihrerseits erneut zum Schutz der Allgemeinheit der Gewerbeüberwachung bedarf.
- Allerdings darf nicht die Insolvenz (ungeordnete Vermögensverhältnisse – Alttatsachen) als Rechtfertigung für die Untersagungsverfügung herangezogen werden; anders, wenn erneut im Rahmen des freigegebenen Gewerbes ungeordnete Vermögensverhältnisse auftreten. Anderenfalls wäre die Freigabe sinnlos.
- § 12 GewO beruht auf dem Gedanken, dass es angesichts des Insolvenzverfahrens und der Kontrolle durch den Insolvenzverwalter keines zusätzlichen Schutzes durch die Gewerbeaufsicht bedarf: Dies gilt aber nicht hinsichtlich der freigegebenen Tätigkeit.
- Dies muss zumindest so lange gelten, bis die Gläubigerversammlung entschieden hat.

**Konsequenz:** Bezogen auf die freigegebene Tätigkeit greift die Gewerbeüberwachung nach § 35 GewO ohne Sperrwirkung des § 12 GewO in zulässiger Weise wieder ein, wenn bezogen auf das freigegebene Gewerbe ungeordnete Vermögensverhältnisse entstehen.

# Anlageerlaubnis und Insolvenz



## Anwendungsfälle

Baugenehmigung, Anlageerlaubnis nach BImSchG, Genehmigung nach KrW-/AbfG und nach Wasserrecht

## Zustandshaftung

Das Recht der Anlageerlaubnis beruht auf der ordnungsrechtlichen Zustandshaftung des Betreibers einer Anlage. Die Zustandshaftung geht mit der Anlage auf den Insolvenzverwalter über. Die Behörde kann deshalb gegenüber dem Insolvenzverwalter als Ordnungspflichtigem Verfügungen erlassen, wenn von der Anlage Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Ordnungsverfügungen, die bereits an den Schuldner vor Insolvenzeröffnung ergangen sind, gehen mit der Anlage auf den Verwalter über.

## Betriebseinstellung

Vielfach bedarf die Betriebseinstellung einer Genehmigung der für die Überwachung der Anlage zuständigen Behörde; zumindest kann sie bei der Betriebseinstellung Ordnungsverfügungen erlassen, um die gefahrlose Beseitigung der Sache sicherzustellen. Dazu gehören z.B. Maßnahme nach BBodSchG, sofern die Anlage Altlasten aufweist.

## Entlastung der Masse

1. **Veranlassung des Schuldners**, vor Insolvenzeröffnung gegenüber der Verwaltung die Betriebseinstellung zu erklären – die aus der Betriebseinstellung als Handlung resultierenden besonderen Pflichten treffen dann den Schuldner und stellen keine bevorrechtigten Forderungen im Insolvenzverfahren dar.

2. **Freigabe** des mit Altlasten behafteten Grundstücks: Grundsätzlich ist die Übereignung eines Grundstücks zur Umgehung der Altlastenhaftung sittenwidrig und damit nichtig. Anders in der Insolvenz: Nach BVerwG geht insoweit die Verpflichtung des Insolvenzverwalters, ein für die Gläubiger optimales Ergebnis zu erreichen, der Haftung des Insolvenzverwalters nach BBodSchG vor (BVerwG, Urteil vom 23.09.2004, 7 C 22/03; BVerwGE 122, 75-84).

# Rechtsprechungsübersicht (zitiert nach juris)

## I. Bindung gewerberechtllicher Maßnahmen an die Person

### 1. Herkömmlichen Betrachtung

#### Hessischer Verwaltungsgerichtshof 8. Senat

21.11.2002

8 UE 3195/01

Urteil

#### Leitsatz

1. Das eine Gewerbeuntersagung betreffende verwaltungsgerichtliche Verfahren wird nicht gemäß § 173 VwGO iVm der entsprechenden Anwendung des § 240 ZPO kraft Gesetzes unterbrochen, wenn nach dem Erlass des die Gewerbeuntersagung betreffenden Widerspruchsbescheides die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter übergeht oder das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Ein Verfahren auf Aufhebung einer gewerberechtllichen Zulassung oder Gewerbeuntersagung betrifft nicht die Insolvenzmasse, sondern die berufliche Betätigung des Gewerbetreibenden.

2. Einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung über die Gewerbeuntersagung steht in einem derartigen Fall auch die materiell-rechtliche Vorschrift des § 12 GewO nicht entgegen, denn in dieser Vorschrift werden keine Aussagen darüber getroffen, welche prozessrechtlichen Folgen sich insbesondere aus einem Insolvenzverfahren für ein Gerichtsverfahren ergeben, das ein Gewerbeuntersagungsverfahren betrifft.

3. Aus § 12 GewO folgt auch nicht, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO dazu führt, dass für die Beurteilung der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden auf einen anderen Zeitpunkt als den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung abzustellen ist.

### 2. Anders dagegen OVG Hamburg 5. Senat

26.01.2011

5 Bs 239/10

#### Aus den Gründen:

1. Bei der Insolvenz eines Unternehmens wie im vorliegenden Fall entspricht es mittlerweile der überwiegenden Auffassung, dass das Unternehmen als Inbegriff von Vermögenswerten rechtlicher und tatsächlicher Art in seiner Gesamtheit und nicht als Summe einzelner Aktiva in die Insolvenzmasse fällt. Dies hat zur Folge, dass nicht mehr im Einzelfall geprüft werden muss, ob ein einzelner Gegenstand des Gesellschaftsvermögens unpfändbar ist, was seiner Einbeziehung in die Insolvenzmasse gemäß § 36 Abs. 1 InsO möglicherweise grundsätzlich entgegensteht. Soweit von dieser ganzheitlichen Betrachtung für Rechte wie z.B. Genehmigungen, die nicht sach-, sondern personenbezogen sind.... Denn selbst wenn man im vorliegenden Fall einer rettungsdienstlichen Genehmigung von einer personengebundenen Erlaubnis ausginge, könnte der Antragsteller als Insolvenzverwalter hier gleichwohl im eigenen Namen tätig werden... Es spricht deshalb viel dafür, dass Rechte auch dann in die Wahrnehmungszuständigkeit des Insolvenzverwalters fallen, wenn sie zwar für sich betrachtet eher persönlichen Charakter haben, aber so eng mit dem Unternehmen verknüpft sind, dass sie bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Wirtschaftsgut des Unternehmens anzusehen sind.

2. § 12 GewO ist im vorliegenden Fall allerdings nicht unmittelbar anwendbar, da die GewO nach § 6 Abs. 1 Satz 3 GewO auf Beförderungen mit Krankenkraftwagen keine Anwendung findet.... Dieser Ausschluss durch § 6 Abs. 1 Satz 3 GewO hat nämlich keine fachlichen, mit spezifischen Gegebenheiten des Krankentransportwesens zusammenhängenden Gründe. Er erfolgte vielmehr deshalb, um die Regelungskompetenz für das Betreiben von Krankentransport dem Landesrecht zu überlassen... Das mit § 12 GewO verfolgte Ziel, während der dort näher bezeichneten Zeitabschnitte die Möglichkeit einer Sanierung des insolventen Unternehmens offen zu halten und zu vermeiden, dass die Sanierung durch Untersagung und Widerrufsentcheidungen von Behörden erschwert wird, könnte eine analoge Anwendung der Vorschrift auch auf den Widerruf von Genehmigungen nach § 15 Abs. 2 Satz 1 HmbRDG nahe legen...

## **II. § 12 GewO sperrt auch Vollstreckung aus vor Insolvenzeröffnung erlassener Gewerbeuntersagung**

### **OVG Münster**

Urteil vom 12.04.2011

4 A 1449/08

#### Leitsatz

1. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gewerbetreibenden führt nicht zur Unterbrechung des gerichtlichen Klageverfahrens gegen eine Gewerbeuntersagung.
2. Eine bei Erlass rechtmäßige Gewerbeuntersagung wegen wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit wird durch nachfolgende insolvenzrechtliche Maßnahmen im Sinne des § 12 GewO nicht rechtswidrig; während der dort genannten Zeitabschnitte darf die Gewerbeuntersagung jedoch nicht vollzogen werden.
3. Bei wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit des Gewerbetreibenden darf die Ordnungsbehörde in der Untersagungsverfügung unmittelbaren Zwang androhen.

## **III. Herkömmliche Sicht zur Insolvenz der GmbH und Co. KG**

### **OVG Berlin-Brandenburg**

Beschluss vom 12.08.2010

OVG 1 S 188.09

#### Aus den Gründen:

Danach ist zwar der zeitliche Anwendungsbereich des § 12 GewO eröffnet. Es steht auch außer Frage, dass die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit des Antragstellers auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist. Allerdings greift der sachliche Anwendungsbereich des § 12 GewO vorliegend nicht, da die Vorschrift Identität des Gewerbetreibenden mit dem von dem Insolvenzverfahren bzw. von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO betroffenen Schuldner voraussetzt (vgl. Tettinger/Wank, GewO, 7. Aufl. 2004, § 12 Rn. 9; Heß, in: Friauf, GewO, § 12 Rn. 13; zur GmbH & Co. KG vgl. VG Gießen, Beschluss vom 8. April 2003 - 8 G 508/03 - GewArch 2003, 253; Schmidt, GewArch 2003, 326, insb. 327 f.; a.A.: Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 12 Rn. 2a). Vom Insolvenzverfahren betroffen ist aber allein die Kommanditgesellschaft, während Adressat der Gewerbeuntersagung der Antragsteller als Gewerbetreibender ist...

### **Verwaltungsgericht Gießen**

Urteil vom 04.10.2005

8 E 2110/04

#### Leitsatz

1. Im Verwaltungsprozess vertritt nicht der Insolvenzverwalter, sondern der Geschäftsführer, eine sich in der Insolvenz befindliche GmbH, wenn sich diese gegen eine sie betreffende Gewerbeuntersagung wendet.
2. Das Gewerbeuntersagungsverfahren betrifft nicht die Insolvenzmasse, sondern ist auf Beendigung der persönlichen Tätigkeit der gewerbetreibenden GmbH gerichtet.
3. Eine Verfahrensunterbrechung nach § 173 VwGO iVm § 240 ZPO tritt in diesen Verfahren nicht ein.

#### **IV. Anwendung des § 12 GewO nach Freigabe**

##### **VG Darmstadt**

Beschluss vom 07.02.2011  
7 L 1768/10

##### Leitsatz

1. Das in § 12 GewO geregelte Anwendungsverbot greift nach Sinn und Zweck der Vorschrift hinsichtlich der gemäß § 35 Abs. 2 InsO aus der Insolvenzmasse freigegebenen gewerblichen Tätigkeit nicht ein.
2. Eine Gewerbeuntersagung kann in Bezug auf das freigegebene Gewerbe nicht auf solche Tatsachen gestützt werden, die zum Insolvenzverfahren geführt haben.

##### **VG Oldenburg**

Beschluss vom 14.07.2008  
12 B 1781/08

##### Leitsatz

1. § 12 GewO steht auch den Maßnahmen der Vollstreckung einer vollziehbaren Gewerbeuntersagungsverfügung während eines laufenden Insolvenzverfahrens entgegen.
2. Die Freigabe des Vermögens aus der selbständigen Tätigkeit des Schuldners durch den Insolvenzverwalter gem. § 35 Abs. 2 InsO gliedert dieses aus der Insolvenzmasse aus, die Tätigkeit bleibt aber Teil des Insolvenzverfahrens. Die gem. § 35 Abs. 2 InsO freigegebene selbständige Tätigkeit des Schuldners wird daher von der Sperrwirkung des § 12 GewO erfasst.

##### **VG Trier**

Urteil vom 14.04.2010  
5K 11/10TR

##### Aus den Gründen

Angesichts des unmissverständlichen Wortlauts des § 12 GewO und des mit dieser Bestimmung verfolgten Zwecks ist auch kein Raum für eine Gesetzesauslegung dahingehend, dass § 12 GewO bei einer Freigabe von Vermögenswerten im Insolvenzverfahren auf das freigegebene (neue) Vermögen nicht anwendbar wäre und von daher einer Gewerbeuntersagung nicht entgegenstände. ....

Von daher ist zur Überzeugung des Gerichts § 12 GewO bei einem laufenden Insolvenzverfahren bei Abgabe einer Erklärung nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO jedenfalls solange anwendbar, als die Gläubiger des Insolvenzverfahrens nicht rechtsverbindlich auf ihr sich aus § 35 Abs. 2 Satz 3 InsO ergebendes Recht verzichtet haben, weil ansonsten der mit § 35 InsO beabsichtigte Zweck, die diesbezügliche Entscheidung der Gläubigerversammlung vorzubehalten, unterlaufen würde.

## V. Freigabe und Haftung aus BBodSchG

### BVerwG

Urteil vom 23.09.2004

7 C 22/03

Aus den Gründen

Rn 17

Entgegen der Auffassung des Beklagten scheidet hier eine wirksame Freigabe der Grundstücke durch den Kläger nicht schon deswegen aus, weil eine Handelsgesellschaft keine insolvenzfremde Masse haben kann. Dieser vornehmlich von Karsten Schmidt vertretenen Meinung (zur Konkursordnung: BB 1991, 1273; zur Insolvenzordnung: ZIP 2000, 1913), welche die Liquidation der insolventen Gesellschaft als Nebenzweck des Insolvenzverfahrens betrachtet, ist der Bundesgerichtshof zu Recht entgegengetreten (vgl. Urteil vom 5. Juli 2001, a.a.O. S. 258); denn eine entsprechende, in § 1 Abs. 2 Satz 3 des Regierungsentwurfs zur Insolvenzordnung ausdrücklich vorgesehene Regelung (BTDrucks 12/2443, S. 10) ist im Gesetzgebungsverfahren gestrichen worden. Dies kann nur so verstanden werden, dass es bei der Abwicklung der insolventen Gesellschaft nach ihrem jeweiligen Gesellschaftsrecht außerhalb des Insolvenzverfahrens bleiben sollte. Damit ist die Möglichkeit einer insolvenzfremden Masse zwingend vorgegeben.

Rn 18

Die Freigabe der Grundstücke ist auch nicht in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig, weil es sich um kontaminierte Gegenstände handelt, an die Ordnungspflichten knüpfen. Allein das Argument, die Freigabe diene dazu, sich den Gefahrenbeseitigungskosten zu entziehen und diese der Allgemeinheit aufzubürden, trägt den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht. Wie dargelegt ist es gerade Sinn einer Freigabe, die Masse von nicht verwertbaren Gegenständen zu entlasten, sodass ein ausschließlich daran anknüpfendes Verdikt der Sittenwidrigkeit zwangsläufig das Institut der Freigabe als solches treffen würde. Insoweit hilft es auch nicht weiter, den Vorwurf auf die Fälle zu beschränken, in denen die Freigabe den vom Staat verfolgten allgemeinen Interessen widerspricht. Eine differenzierte Bewertung danach, ob die Freigabe den Interessen privater Dritter oder dem staatlich wahrgenommenen Allgemeininteresse zuwiderläuft, lässt sich jedenfalls ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung mit einer freiheitlichen Rechtsordnung schwerlich vereinbaren.

Rn 19

Die Freigabe kontaminierter Grundstücke führt auch nicht zu einer Beschränkung der öffentlich-rechtlichen Haftung, für die das Ordnungsrecht keine Grundlage bietet. Diese Argumentation des Beklagten ist ebenso verfehlt wie die oben erwähnte These von der Freistellung des Ordnungsrechts von den Schranken des Insolvenzrechts. Löst man die sich für die Ordnungspflicht in der Insolvenz stellenden Fragen für die jeweils betroffenen Sachbereiche ausschließlich anhand der dafür geschaffenen Normen, führt dies nicht nur zur Einstufung der hier umstrittenen Verbindlichkeiten als Masseschulden, weil die insolvenzrechtliche Einordnung an die sich aus dem Ordnungsrecht ergebende Verpflichtung des Insolvenzverwalters anknüpft; sie führt auch zur ordnungsrechtlichen Anerkennung der Folgen einer Freigabeerklärung, weil das Ordnungsrecht seinerseits die insolvenzrechtlichen Handlungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters respektieren muss.