



| Vorstand

Andrej Wroblewski, IG Metall Vorstand, Arbeits- und Sozialrecht

# **Arbeitnehmervertretung und Betriebsfortführung in der Unternehmensinsolvenz**

**Norddeutscher Insolvenzrechtstag**

**2013**



- 1. Betriebs- und Unternehmensfortführung in der Insolvenz**
- 2. Ein neuer rechtlicher Rahmen verbessert die Ausgangsbedingungen**
- 3. Rolle der Beschäftigtenvertretungen und der anderen Beteiligten**



- ➔ Einzelne Großinsolvenzen wie Schlecker und Manroland
- ➔ wirtschaftliche Lage und Entwicklung der Unternehmensinsolvenzen
- ➔ Oft Betriebsstillegung und Zerschlagung des Unternehmens
- ➔ Zu wenig Unternehmensfortführungen bei Insolvenzen
- ➔ Arbeitsplatzverluste, große materielle Schäden und Beeinträchtigungen der Rechtspositionen der Beschäftigten



## ➔ „Losverfahren“-Entscheidung des BAG v. 18.8.2011, 8 AZR 312/10:

6 dreiseitige Vertragsformulare mit Austritt jeweils zum Monatsletzten des März, April, Mai, Juli, August und September 2006 von AN unterschrieben. Im Mai unterschrieben alle AN Arbeitsverträge mit Erwerber. 1.6.2006 werden nach Losentscheid 352 (von 452) AN befristet oder unbefristet eingestellt, dh Erwerber unterschreibt deren Verträge. BAG: Sicher in Aussicht gestellt – Umgehung des § 613a BGB: Aufhebungsvertrag unwirksam.

## ➔ LAG Köln 7.3.2012; 9 Sa 1310/11, BAG 8 AZR 708/12 sonst. Erl.:

Übernahme wird den beschäftigten Arbeitnehmern verbindlich in Aussicht gestellt, wenn die geplante Fortführung des Betriebs ohne Unterbrechung nur mit der ganz überwiegenden Zahl der Stammarbeitnehmer möglich ist. Dann ist Aufhebungsvertrag (als Teil des dreiseitigen Vertrags) als Umgehung von § 613a BGB unwirksam. Ähnlich schon **LAG Köln 25.2.2011, 3 Sa 1470/09 – beide Urt. auch zu § 14 Abs. 2 , 2a TzBfG nach Betriebsübergang!**



- ➔ Entgeltanfechtung nach § 143 InsO: Rechtsweg ausschließlich zu den Arbeitsgerichten. **Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes v. 27.9.2010, GmS-OGB 1/09** – Nachhutgefechte des **BGH**: Sozialversicherung, Drittzahlung, Zusatzversorgungskasse Bau
- ➔ **BAG v. 6.10.2011, 6 AZR 262/10 u.a.:** Voraussetzungen von Bargeschäft nach § 142 InsO (Zahlung 3 Monate nach Arbeitsleistung), Kongruenzanfechtung (§ 130 InsO) und Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) – „lehrbuchartiges“ (Aufsatz NJW 2012, 894ff).
- ➔ **Neues zu Ausschlussfristen** bei Insolvenzanfechtung – entgegen BAG Urteil vom 19. 11. 2003 - 10 AZR 110/03 anwendbar?  
**Ja:** LAG Hannover, Urteil vom 22.03.2012 - 7 Sa 1053/11 (jurisPR-ArbR 33/2012 Anm. 6 - H. Oberhofer), Revision anhängig: 6 AZR 465/12; LAG Nürnberg, Urteile vom 30.04.2012- 7 Sa 557/11 und 7 Sa 564/11, Rev. anhg: 6 AZR 466/12  
**Nein:** LAG Nürnberg 16.05.2012 - 2 Sa 566/11 – Rev anhg: 6 AZR 722/12



- ➔ Die wesentlichen Teile des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) sind am 1.3.2012 in Kraft getreten. Sie gelten für ab dem 1.3.2012 beantragte Insolvenzverfahren (Überleitungsvorschrift, Art. 103g EGIInsO).
- ➔ ESUG soll die Unternehmenssanierung durch Verbesserungen bei Insolvenzplanverfahren und Eigenverwaltung erleichtern
- ➔ und den Gläubigereinfluss stärken.
  
- ➔ Gegenüber dem auch von den Gewerkschaften scharf kritisierten ersten „Diskussionsentwurf“ aus dem BMJ wurden wesentliche Einwände und Änderungsforderungen der Gewerkschaften berücksichtigt.



## ➔ Gläubigerausschüsse

Mehr Möglichkeiten der Gläubigerbeteiligung – auch für Arbeitnehmervertreter/innen

## ➔ Stärkere Förderung der Eigenverwaltung

## ➔ Stärkere Förderung von Insolvenzplanverfahren

## ➔ Keine direkten arbeits- und sozialrechtlichen Änderungen

# Warum mehr Unternehmenssanierung per Plan und Eigenverwaltung?

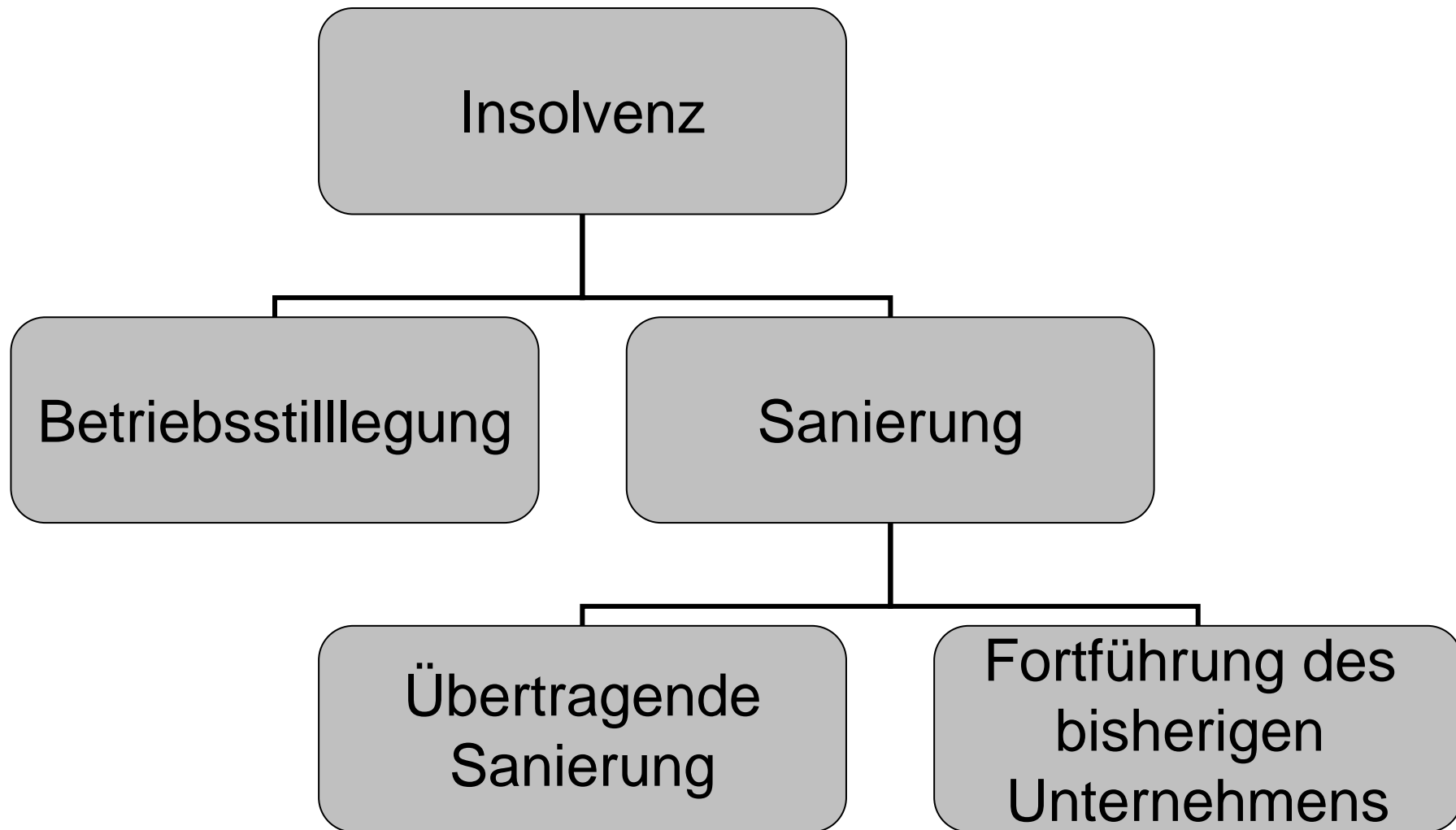


| VB 07

## Motive des Gesetzgebers

- ➔ **Planverfahren und Eigenverwaltung werden bei sanierungsfähigen Unternehmen als vorteilhaft angesehen.**
- ➔ **Eigenverwaltung soll Kenntnisse und Erfahrungen der bisherigen Geschäftsleitung nutzen.**
- ➔ **In der Vergangenheit erfolgreiche Sanierungen mittlerer und größerer Unternehmen in Eigenverwaltung und Planverfahren.**







- ➔ **Die Insolvenz ist nicht das „Aus“ des Unternehmens**
  - ➔ **Rituale vermeiden, aktiv für Beschäftigteninteressen eingreifen**
  - ➔ **Belegschaften sind die Spezialisten für den Betrieb und einen wesentlichen Teil des dort vorhandene Produktionswissen (vgl. Begründung ESUG, ->Folienanmerkung)**
  - ➔ **Soziale Kompetenz der „players“ in der Insolvenz**
    - **Verwalter, Gewerkschaft, Betriebsrat, Gläubigerausschuss, Gericht ... -**
- hält Belegschaften zusammen und „rettet“ Betriebe**

# Wodurch soll die Unternehmenssanierung gefördert werden?



| VB 07

**Problem:** Eigenverwaltung und Insolvenzplan werden mit 1-2% der Verfahren im Vergleich zu Stilllegungen und „übertragenden Sanierungen“ zu selten angewandt

## **Instrumente der Reform**

- ➔ Frühzeitige Sanierung mit stärkerer Gläubigerbeteiligung
- ➔ Erhalt von Arbeitsplätzen durch verbesserte Sanierungschancen
- ➔ Vereinfachung des Zugangs zur Eigenverwaltung
- ➔ Planverfahren können nun auch Gesellschaftsrecht ändern. Z.B.: Debt-Equity-Swap (Umwandlung von Forderungen in Anteile) gegen den Willen der Altanteilseigner.
- ➔ Rechtsmitteln gegen den Insolvenzplan wird die Blockademöglichkeit genommen (Änderungen im GVG und RPfIG)

# Was spricht aus Sicht der IG Metall für Unternehmensfortführung in Insolvenzplan und Eigenverwaltung?



| VB 07

**Problem: Modell der „übertragenden Sanierung“ an eine Drittfirma ist zu einem Ritual geworden, das schadet. Belegschaft oft nur mit passiver Rolle im „Spiel“ des Verwalters und Betriebserwerbers.**

**Bei Fortführung des Betriebs durch Übernehmer wird oft § 613a BGB umgangen. Mit Wechsel des Arbeitgebers gehen Rechte und soziale Besitzstände verloren, auch Kündigungsschutzstandards, auch Möglichkeit erneuter sachgrundloser Befristung beim Erwerber.**

**Übergang in eine Transfergesellschaft ist nur bei tatsächlicher Betriebs- oder Betriebsteilstilllegung ok.**

- ➔ Bei einer „Eigensanierung“ des Unternehmens in Eigenverwaltung und/oder Planverfahren bleibt der Arbeitgeber derselbe.**
- ➔ Rechtliche Schutzstandards bleiben dann unverändert. Sog. Sanierungsmaßnahmen und Personalreduzierungen sind nur unter Einhaltung des Arbeits- und Sozialrechts, einschließlich § 613a BGB zulässig.**



- Eigenverwaltung bisher sehr selten,
- ESUG soll zu einer größeren Verbreitung beitragen

## Formen der Eigenverwaltung nach ESUG

- Alt: Eigenverwaltung im eröffneten Insolvenzverfahren
- Neu: Vorläufige Eigenverwaltung, § 270a InsO
- Neu: Schutzschirmverfahren, § 270b InsO



- Neu: vorläufiger Sachwalter. vGA hat gleiche Beteiligungsrechte bei dessen Auswahl wie beim vorl. Insolvenzverwalter im Regelverfahren.
- **Schuldner behält Arbeitgeberfunktionen.**
- Vorl. Sachwalter ist nur Aufsicht.
- **Sonderinsolvenzarbeitsrecht (§§ 113ff InsO) gilt erst ab Insolvenzeröffnung.** Vorher daher keine Sonderkündigungsbefugnisse und kein Insolvenzsozialplan



- Schutzschirm = Sonderfall der vorl. Ev, also wie vorige Folie.
- Besonderheit: Schuldner selbst kann vorl. Sachwalter bindend vorschlagen (mitgebrachter Sachwalter), nicht der vGA.
- Der Schuldner ist vom Gericht auf eigenen Antrag hin zur Begründung von **Masseverbindlichkeiten zu ermächtigen** („starker Schuldner“).
- **vGA kann den Schutzschirm stoppen**. Hohe Kontrollverantwortung!



## ↪ Empirisches Material: Insolvenzpläne

	Insolvenzpläne*) (absolut)	Unternehmens- insolvenzen (absolut)	Anteile der Insolvenzpläne
2005	<b>349</b>	<b>36.850</b>	<b>0,95 %</b>
2006	<b>457</b>	<b>34.040</b>	<b>1,34 %</b>
2007	<b>596</b>	<b>29.150</b>	<b>2,04 %</b>
2008	<b>710</b>	<b>29.580</b>	<b>2,40 %</b>
2009	<b>716</b>	<b>32.930</b>	<b>2,17 %</b>
2010	<b>686</b>	<b>32.060</b>	<b>2,14 %</b>

Quelle: ZInsO 8/2012





## Empirisches Material: Insolvenzpläne nach Unternehmensgröße

Unternehmensgröße	Insolvenzpläne*)	Insolvenzen*)	Unternehmensbestand
1 – 4 Mitarbeiter	<b>69,2 %</b>	<b>75,5 %</b>	<b>80,2 %</b>
5 – 9 Mitarbeiter	<b>10,9 %</b>	<b>11,7 %</b>	<b>9,8 %</b>
10 – 19 Mitarbeiter	<b>7,4 %</b>	<b>6,8 %</b>	<b>4,9 %</b>
20 – 49 Mitarbeiter	<b>6,6 %</b>	<b>4,1 %</b>	<b>3,0 %</b>
50 und mehr Mitarbeiter	<b>6,0 %</b>	<b>1,9 %</b>	<b>2,1 %</b>
<i>Mittelwert Mitarbeiterzahl**)</i>	<b>9,1</b>	<b>6,0</b>	<b>5,9</b>

Quelle: ZInsO 8/2012



- **Masseverbindlichkeiten**

1. *Eingriffe durch Plan in materielle Forderung bei zeitweiliger **Masseunzulänglichkeit** können Entgeltforderungen treffen!*
2. *Keine Absicherung **künftig fälliger** Forderungen bei Aufhebung nach Planbestätigung (§ 258 InsO), zB ATZ!*

- Bis **zum Abstimmungstermin nicht angemeldete** Forderungen:

**Vollstreckungsschutz und Verjährung (AuR 2012, 304f)**

- **Rechtsmittel** - Wirkung eingeschränkt (**AuR 2012, 304f**)

# **vorläufiger Gläubigerausschuss (vGA) neue und alte Kompetenzen**



| VB 07

- ➔ **vGA nicht nur früher im Verfahren, auch mehr Einfluss möglich:**
- ➔ **Einfluss auf Auswahl der Person des (vorl.) Insolvenzverwalters**
- ➔ **Einfluss auf Auswahl des (vorl.) Sachwalters bei Eigenverwaltung (außer beim Schutzschirm)**
- ➔ **Einfluss auf Anordnung oder Ablehnung der Eigenverwaltung (auch beim neuen Schutzschirmverfahren)**
- ➔ **Zusätzlich die alten Aufgaben eines GA, nämlich der Überwachung und Unterstützung des Insolvenzverwalters (§ 69 InsO) und Zustimmungsvorbehalt bei besonders bedeutsamen Rechtshandlungen (§ 160 InsO)**

# Wer darf in den vGA? Auch eine Gewerkschaft?



| VB 07

## Zusammensetzung – Gewerkschaft als vGA-Mitglied?

➔ Für vGA in § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO keine Verweisung auf § 67 Abs. 3 InsO, aber auf § 67 Abs. 2 S. 2 InsO:

➔ ANvertreter stets Mitglieder im vGA: neuer § 67 Abs. 2 S. 2 InsO -> ohne Rücksicht auf AN-Insolvenzforderungen (so auch im ErfK/Müller-Glöge, Einf. InsO Rn. 7).

➔ Dann muss AN-Vertr. auch keine Forderung haben, also nicht selbst Gläubiger sein. § 67 Abs. 2 S. 2 InsO geht als Spezialvorschrift vor!

➔ Ergebnis: Im Betrieb vertretene Gewerkschaft (§ 2 Abs. 1 BetrVG) kann stets als Arbeitnehmervertreter Mitgl. im vGA sein. Das entspricht auch Art. 9 Abs. 3 GG (so auch Obermüller ZInsO 2012, 18, 22 und Smid, ZInsO 2012, 757, 769, demnächst wohl auch Frind!).

➔ Ergo: Gewerkschaft kann in den vGA bestellt werden und sich dort zB durch einen Sekretär vertreten lassen.



- ➔ **§ 71 InsO: (v)GA-Mitglieder haften für schuldhafte Pflichtverletzungen.**
- ➔ **Gesetzlich sichergestellte Haftpflichtversicherung hat IG Metall gefordert, ist im ESUG aber nicht berücksichtigt worden.**
- ➔ **Bisherige Praxis → Insolvenzhandbuch, Teil 4 Rn. 32.**
- ➔ **GA-Arbeitnehmervertreter muss im eigenen Interesse Versicherung über Verwalter oder vGA sicherstellen, bevor er das Amt annimmt bzw. antritt.**
- ➔ **Der Fortbestand der Versicherung ist in regelmäßigen Abständen zu überprüfen.**

# Praktische Einflussnahme im (vorl.) Gläubigerausschuss – Ziele und Nutzen



| VB 07

- ➔ **Beschäftigung sichern, wenn möglich und sinnvoll: durch sozial verantwortliche Insolvenzplanverfahren bzw. Eigenverwaltungen**
- ➔ **Auswahl und Kontrolle des (vorl.) Insolvenzverwalters**
- ➔ **Informationen über das Verfahren aus erster Hand**
- ➔ **bei unternehmerischen Entscheidungen des Verwalters auf soziale Kompetenz hinwirken bei maximal möglichem Erhalt von Beschäftigung!**
- ➔ **Bestmögliche Sicherung von Beschäftigtenrechten**
- ➔ **gegen Lohnanfechtung, also Rückforderung von gezahltem Entgelt durch den Verwalter, angehen.**
- ➔ **Soziale und solidarische Belange der Belegschaft einbringen**
- ➔ **Spezielles Produktions- bzw. Betriebswissen der Belegschaft geltend machen**



## Mängel des ESUG und nötige Abhilfe:

- ➔ **Recht der Gewerkschaften, selbst als Arbeitnehmervertreter Mitglied im vorl. Gläubigerausschuss zu sein, ist klarzustellen, weil nach der Gesetzesfassung strittig**
- ➔ **Für Arbeitnehmervertreter im Gläubigerausschuss fehlt eine ausdrücklich geregelte gesetzliche Haftpflichtversicherung. Bei künftigen Reformschritten muss sie vorgesehen werden, damit die Beschäftigtenbeteiligung nicht an Furcht vor Haftungsrisiken scheitert.**
- ➔ **Beseitigung der durch das ESUG entstandenen neuen Beeinträchtigungen oder Gefährdungen von Masseforderungen der Arbeitnehmer im Insolvenzplanverfahren.**
- ➔ **Kriterien für die Insolvenzverwalterauswahl müssen im Gesetz deutlicher geregelt werden, darunter soziale Kompetenz sowie Kenntnis und Befolgung des Arbeitsrechts.**



- ➔ **Das ESUG erleichtert Unternehmensfortführungen aus der Insolvenz. Das kann zum Erhalt von Beschäftigung und Arbeitnehmerrechten beitragen.**
- ➔ **Die Beteiligung im (vorläufigen) Gläubigerausschuss muss zu verstärkter Einflussnahme genutzt werden – im Interesse der Arbeitnehmer, aber auch um einen Missbrauch der Macht des vGA und der (vorl.) Eigenverwaltung/Schutzschirmverfahren zu verhindern!**
- ➔ **Rechtspolitische Forderungen der Gewerkschaften zum Insolvenzrecht und zum Arbeits- und Sozialrecht in der Insolvenz sind weiter aktuell.**





Wie es weitergeht,  
wird die Zukunft zeigen...

# **Norddeutsches Insolvenzforum e.V.**

**Norddeutscher Insolvenzrechtstag**

**14./15.2.2013**

**Hamburg**

**Aufgaben und Befugnisse des  
Insolvenzrichters bei einer Betriebsfortführung  
im (vorläufigen) Insolvenzverfahren**

**RAG Prof. Dr. Heinz Vallender, Köln**

# Definition der Betriebsfortführung

## Betriebsfortführung

Bei einer Fortführung des Unternehmens geht es um die Aufrechterhaltung der in einem Unternehmen gebundenen Vermögenswerte zur Produktion oder zur Erbringung von Dienstleistungen.

Generell setzt die Fortführung eines Unternehmens voraus, dass im Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung das Unternehmen noch am Geschäftsverkehr teilnimmt. Ein bereits eingestellter Geschäftsbetrieb lässt sich nicht fortführen.

## Betriebsfortführung durch den vorl. Insolvenzverwalter

Die Fortführung des Geschäftsbetriebs ist als gesetzliche Pflichtaufgabe in die eigenständige Kompetenz des “starken” vorläufigen Insolvenzverwalters gestellt.

Die tatsächliche Umsetzung einer Fortführungsentscheidung setzt indes einen Konsens bzw. eine Abstimmung **mit den am Verfahren Beteiligten** voraus, die ihre Entscheidung regelmäßig davon abhängig machen werden, ob und in welchem Umfang sie durch die Fortführung ihre Rechtsstellung sichern oder gar verbessern können.

# Betriebsfortführung durch den vorl. Insolvenzverwalter

Zu den Verfahrensbeteiligten zählt (i.w.S.) auch der Insolvenzrichter.

## **These:**

Auch im Falle einer Betriebsfortführung hat sich der Insolvenzrichter bei seinen Entscheidungen an der grundsätzlichen Ausrichtung bzw. dem Verfahrensziel der InsO, der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung durch Verwertung des schuldnerischen Vermögens und der Verteilung des Erlöses, auszurichten.

## Pragmatische Handhabung des Insolvenzverfahrensrechts

Dabei sollte der Richter (im Eröffnungsverfahren) die Abläufe des Verfahrens durch sie steuernde gerichtliche Entscheidungen so ausrichten, dass sie den in § 1 InsO beschriebenen Verfahrenszielen am besten gerecht werden.

- Das deutsche Insolvenzrecht bietet ihm hierzu ausreichend Möglichkeiten.
- Auch wenn der Richter in die Grenzen der Insolvenzordnung eingebunden ist, steht ihm bei der Erreichung des Verfahrensziels des § 1 InsO ein Gestaltungsspielraum zur Verfügung, den er zum Erreichen bestmöglicher Verfahrensergebnisse ausschöpfen sollte.
- Dazu bedarf es einer entsprechenden Einstellung und Qualifikation.

## Qualitätskriterien

Folgende Kriterien bestimmen maßgeblich die Qualität der Insolvenzgerichte (näher dazu *Busch*, ZInsO 2011, 1321 ff.):

- Ausstattung
- Belastung
- Zuschnitt der Dezernate
- Konzentration der Insolvenzgerichte
- Berufserfahrung
- materielle Kenntnisse der einschlägigen Rechtsgebiete
- Kommunikationsbereitschaft und Verhandlungsgeschick
- Verständnis für wirtschaftliche Abläufe

# Qualitätskriterien

Erfahrungsaustausch

- Fortbildung
- Risikobereitschaft angesichts des fehlenden Spruchrichterprivilegs
- Aufsicht und Kontrolle

Ist ein Richter bereit, im Eröffnungsverfahren neben dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter die Sanierung insolventer Unternehmen wirkungsvoll zu unterstützen, muss er über fundierte Kenntnisse nicht nur des Insolvenz-rechts, sondern auch über weite Gebiete des Wirtschafts-, Arbeits- und Steuerrechts verfügen.

Siehe dazu die Neufassung des § 22 Abs. 6 GVG:



## Verbesserung der Qualität bei den Insolvenzgerichten

*„... Richter in Insolvenzsachen über fundierte Kenntnisse auf den Gebieten des Insolvenzrechts, des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie über Grundkenntnisse der für das Insolvenzverfahren notwendigen Teile des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts und des Rechnungswesens“ verfügen sollten.“*

- Einem Richter, dessen Kenntnisse auf diesen Gebieten nicht belegt sind, dürfen – Begr. zum ESUG – die Aufgaben eines Insolvenzrichters nur zugewiesen werden, wenn der Erwerb der Kenntnisse alsbald zu erwarten ist.
- Beschreibung des Ist-Zustandes: Die Arbeit an den Insolvenzgerichten kann besser werden.

## Verbesserung der Qualität bei den Insolvenzgerichten

„...Aber: Mit der Streichung der Konzentrationsregelung im ESUG wurde eine große Chance zur Verbesserung der Qualität der Arbeit an den Insolvenzgerichten vertan!

a.A. *Breiter* u.a in „Konzentration zum „großen“ Insolvenzgericht – Der richtige Weg? ZInsO 2011, 860, 861

# Behandlung des Eröffnungsantrags

## **These:**

Bereits in diesem frühen Verfahrensstadium kann durch eine unterlassene, zögerliche oder falsche richterliche Weichenstellung der Erfolg einer beabsichtigten Betriebsfortführung (und angestrebten Sanierung) gefährdet werden.

# Prüfung des Eröffnungsantrags

## Eigenantrag des Schuldners

**BGH** v.12.12.2002 – IX ZB 426/02, NZI 2003, 147

### Leitsatz

**Für die Zulässigkeit eines Eröffnungsantrags des Schuldners ist erforderlich, aber auch genügend, dass er Tatsachen mitteilt, welche die wesentliche Merkmale eines Eröffnungsgrunds erkennen lassen.**

Eine zu restriktive Handhabung dieser Entscheidung durch den Insolvenzrichter kann eine Betriebsfortführung und damit ggfls. auch Sanierungschancen vereiteln.

# Prüfung des Eröffnungsantrags

## Beispiel

Es ist offensichtlich, dass der schuldnerische Betrieb noch werbend tätig ist. Wenn der Richter bei einem nicht hinreichend substantiierten Eigenantrag zu kleinlich verfährt und eine relativ lange Frist zur Behebung der Beanstandung setzt, kann es bei einer Behebung der Beanstandung nach Ablauf der Frist für eine Betriebsfortführung und eine mögliche Sanierung des Betriebes bereits zu spät sein.

weitere Zulässigkeitshürde

## § 13 Abs. 1 S. 2 und 4 InsO n.F.

„Dem Antrag des Schuldners ist ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen. Wenn der Schuldner einen Geschäftsbetrieb hat, der nicht eingestellt ist, **sollen** in dem Verzeichnis besonders kenntlich **gemacht werden** ...

## Prüfung des Eröffnungsantrags

Die Angaben nach Satz 4 sind verpflichtend, wenn

1. der Schuldner Eigenverwaltung beantragt,
2. der Schuldner die Merkmale des § 22a Absatz 1 erfüllt oder
3. die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses beantragt wurde. Dem Verzeichnis nach Satz 3 und den Angaben nach Satz 4 und 5 ist die Erklärung beizufügen, dass die enthaltenen Angaben richtig und vollständig sind.“

Siehe hierzu die Begründung zu § 13 InsO (Beschlüsse des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), Drucks. 17/5712)

*„In allen übrigen Fällen sind die konkretisierenden Angaben für die unmittelbar anstehenden gerichtlichen Entscheidungen nicht zwingend erforderlich, so dass der Schuldner die Angaben zwar übermitteln soll, ihr Fehlen jedoch nicht zur Unzulässigkeit des Antrags führt. „*

# Prüfung der örtlichen Zuständigkeit bei einer Konzerninsolvenz

Der „wirtschaftlich“ denkende Richter

dazu **AG** Köln vom 1.2.2008 – 73 IN 68/07, NZI 2008, (PIN I)

- 1. Vor einer Verweisung wegen Unzuständigkeit hat das angerufene Gericht alle Umstände zu ermitteln, die zur Klärung der örtlichen Zuständigkeit erforderlich sind; von zentraler Bedeutung ist die Frage, wo der Insolvenzschuldner das operative Geschäft betreibt.**
- 2. Bei einem bundesweit agierenden Briefzustellungsunternehmen verbietet die wechselseitige Abhängigkeit der dazugehörigen Gesellschaften eine jeweils isolierte Betrachtung des Tochterunternehmens.**

ähnlich **AG** Essen v. 1.9.2009 – 166 IN 119/09, NZI 2009, 810 („Arcandor“)

# Prüfung der örtlichen Zuständigkeit bei einer Konzerninsolvenz

**Siehe dazu §§ 3a, 3b des Diskussionsentwurfs eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen v. 3.1.2013**

## **„§ 3a**

### **Gruppen-Gerichtsstand**

(1) Auf Antrag eines Schuldners, der einer Unternehmensgruppe im Sinne von Absatz 4 angehört (gruppenangehöriger Schuldner), erklärt sich das angerufene Insolvenzgericht für die Insolvenzverfahren über die anderen gruppenangehörigen Schuldner (Gruppen-Folgeverfahren) für zuständig, wenn

1. in Bezug auf den Schuldner ein zulässiger Eröffnungsantrag vorliegt,
2. eine Verfahrenskonzentration am angerufenen Insolvenzgericht im gemeinsamen Interesse der Gläubiger liegt und
3. der Schuldner nicht offensichtlich von untergeordneter Bedeutung für die gesamte Unternehmensgruppe ist; eine untergeordnete Bedeutung ist in der Regel nicht anzunehmen, wenn die Bilanzsumme und die Umsatzerlöse des Schuldners im vorangegangenen Geschäftsjahr mehr als zehn Prozent der zusammengefassten Bilanzsumme und Umsatzerlöse der Unternehmensgruppe ausmachen oder



## Prüfung der örtlichen Zuständigkeit bei einer Konzerninsolvenz

wenn der Schuldner wesentliche Aufgaben oder Funktionen für die Tätigkeit der Gruppe wahrnimmt. Haben mehrere gruppenangehörige Schuldner zeitgleich einen Antrag nach Satz 1 gestellt oder ist bei mehreren Anträgen unklar, welcher Antrag zuerst gestellt worden ist, ist der Antrag des Schuldners maßgeblich, der die größere Bilanzsumme aufweist.

(2) Der Antrag auf Eröffnung eines Gruppen-Folgeverfahrens kann auch bei dem nach § 3 Absatz 1 zuständigen Gericht gestellt werden.

(3) Ist ein Insolvenzverfahren über einen gruppenangehörigen Schuldner eröffnet worden und ist noch kein Gerichtsstand nach Absatz 1 (Gruppen-Gerichtsstand) begründet worden, so kann sich das Insolvenzgericht auf Antrag des Insolvenzverwalters für die Gruppen-Folgeverfahren für zuständig erklären, sofern die Voraussetzungen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3 gegeben sind. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.

# Konzerninsolvenz

## § 3b

### **Verweisung an den Gruppen-Gerichtsstand**

(1) Wird die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines gruppenangehörigen Schuldners bei einem anderen Insolvenzgericht als dem Gericht des Gruppen-Gerichtsstands beantragt, kann das angerufene Gericht das Verfahren an das Gericht des Gruppen-Gerichtsstands verweisen. Eine Verweisung hat auf Antrag zu erfolgen, wenn der Schuldner unverzüglich nachdem er Kenntnis von dem Eröffnungsantrag eines Gläubigers erlangt hat, einen zulässigen Eröffnungsantrag bei dem Gericht des Gruppen-Gerichtsstands stellt.

(2) Antragsberechtigt ist der Schuldner. Ist ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist, ist dieser anstelle des Schuldners antragsberechtigt. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Antrag vom Insolvenzverwalter gestellt werden.

## Konzerninsolvenz

(3) Das Gericht des Gruppen-Gerichtsstands kann den vom Erstgericht bestellten vorläufigen Insolvenzverwalter entlassen, wenn dies erforderlich ist, um nach § 56b eine Person zum Insolvenzverwalter in mehreren oder allen Verfahren über die gruppenangehörigen Schuldner zu bestellen.

(4) Eine Unternehmensgruppe besteht aus rechtlich selbständigen Unternehmen, die den Mittelpunkt ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit im Inland haben und die unmittelbar oder mittelbar miteinander verbunden sind durch

1. die Möglichkeit der Ausübung eines beherrschenden oder
2. eine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung.

# Prüfung der örtlichen Zuständigkeit bei einer Konzerninsolvenz

Der „wirtschaftlich“ denkende Richter,,

dazu **AG** Köln vom 19.2.2008 – 73 IE 1/08, NZI 2008, 254 (PIN II)

- 1. Eine Widerlegung der Vermutung des Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO ist auch dann anzunehmen, wenn am Sitz der Gesellschaft nur noch untergeordnete Tätigkeiten ausgeführt werden.**
- 2. Ein bloßes Abzielen auf die Anwendung des günstigen Rechts kann als solches noch nicht als Missbrauch, sondern als zulässige Ausübung der Niederlassungsfreiheit angesehen werden.**

# Das Sachverständigengutachten bei einer Betriebsfortführung

**Worauf hat der Insolvenzrichter bei der Beauftragung des Sachverständigen zur Erstellung eines Gutachtens bei einer Betriebsfortführung zu achten?**

- Die Bestellung des „richtigen“ Sachverständigen und späteren (vorl.) Insolvenzverwalters kann für den Erfolg der Betriebsfortführung und einer angestrebten Sanierung von entscheidender Bedeutung sein.
- Insolvenzgericht ist in Betriebsfortführungsfällen auf eindeutige und ausführliche Informationen zur derzeitigen Lage des Betriebes angewiesen, um eine sachgerechte Bestellungsentscheidung treffen zu können.
- Dazu bedarf es bereits bei Antragstellung weitreichender Informationen durch Antragsteller.

## Die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

Dazu *Uhlenbruck* (InsO, 13. Aufl., § 56 Rdn. 1) unter Bezugnahme auf den Satz von Ernst Jaeger aus dem Jahre 1939:

*„Die Auswahl des Verwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses“.*

Für den Erfolg einer angestrebten Sanierung ist es von entscheidender Bedeutung, ob

- die zu bestellende Person sanierungserfahren ist und
- die Akzeptanz der „wesentlichen“ Gläubiger findet.

Eine sachgerechte Entscheidung durch den Insolvenzrichter setzt voraus, dass er die Arbeit der von ihm bestellten Personen richtig einzuschätzen vermag.

Eine langjährige Erfahrung als Insolvenzrichter ist auch insoweit von großem Vorteil.

## Die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

**Besondere Anforderungen an die Begutachtung durch nicht beim Insolvenzgericht gelisteten vorläufigen Insolvenzverwalters in einem Betriebsfortführungsverfahren**

**AG Hamburg v. 1.2.2012 – 67 g IN 459/11, ZIP 2012, 339**

### ***Leitsätze***

***1. Jedenfalls dann, wenn eine beim Insolvenzgericht nicht gelistete Person im Anschluss an ein einstimmiges Gläubigervotum zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt wird (dazu AG Hamburg v. 18.11.2012 – 67g IN 459/11, ZIP 2011, 2372), sind an das Gutachten des vorläufigen Insolvenzverwalters erhöhte Anforderungen zu stellen (Konkretisierung von BGH v. 15.1.2009 – IX ZR 56/08, ZIP 2009, 571). Insbesondere ist ein Gutachten, das lediglich zu den entscheidungserheblichen***

## **Die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters**

***Fragen, also zu den Insolvenzgründen und zur Verfahrenskostendeckung, Stellung nimmt, nicht geeignet, die komplexen Aufgaben und Tätigkeiten eines vorläufigen Insolvenzverwalters in einem Betriebsfortführungsverfahren transparent abzubilden. Um eine effiziente gerichtliche Aufsicht zu gewährleisten, ist daher zu verlangen, dass das Gutachten detailliert über sämtliche verfahrenswesentlichen Aspekte berichtet.***

***2. Inhaltlich muss das Gutachten insbesondere detaillierte Ausführungen zum Eintritt der Krise und ihren Ursachen, zu den Schwerpunkten der Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters, über die Ermittlungen zum Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz und über die Anfechtbarkeit wesentlicher Vermögensabflüsse im Vorfeld der Insolvenz enthalten. Äußerlich sollte es sich an dem vom BAKinso empfohlenen Standard orientieren (BAKinso-Entscheidung vom 5./6. November 2007).***



# Anforderungen an ein Sachverständigengutachten

**Zu den Anforderungen an die Qualität eines SV-Gutachtens**

**BGH v. 5.1.2009 – IX ZR 56/08, NZI 2009, 233**

*Leitsatz*

**Hat das Insolvenzgericht, sachverständig beraten, den antragstellenden Gläubiger dahin beschieden, es werde den Antrag ablehnen, weil die Masse voraussichtlich nicht ausreiche, die Kosten des Verfahrens zu decken, der Gläubiger könne dies aber durch Leistung eines Kostenvorschusses abwenden, kann dem Gläubiger wegen des von ihm daraufhin erbrachten Vorschusses ein Ersatzanspruch auch dann zustehen, wenn das Insolvenzgericht verfahrensfehlerhaft die tatsächlichen Grundlagen seiner Prognoseentscheidung nicht hinreichend ermittelt hatte.**

# Anforderungen an ein Sachverständigengutachten

## BGH:

(1) Gleiches gilt, wenn noch kein vorläufiger Insolvenzverwalter ernannt ist, für den bestellten Sachverständigen. Gelangt sein Gutachten zur Annahme der Massearmut, darf das Insolvenzgericht die Entscheidung hierauf gemäß § 4 InsO in Verbindung mit § 286 ZPO nur stützen, wenn es das Gutachten für nachvollziehbar und in sich widerspruchsfrei hält (BGH ZIP 2003, 2171, 2172).

(2) Die Frage, ob die Beurteilung des Insolvenzgerichts, das dem Sachverständigen in seiner Einschätzung folgt, zutrifft, ist - wie jede Prognoseentscheidung - mit einem Risiko verbunden. Zu einer Fehlprognose kann es trotz Ausschöpfung aller gebotenen Erkenntnisquellen durch das Insolvenzgericht kommen. Dass dieser Fall von § 26 Abs. 1 S. 1 InsO und damit auch von § 26 Abs. 3 InsO erfasst wird, ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des § 26 Abs. 1 S. 1 InsO („voraussichtlich“).

## Unverzichtbarer Inhalt des Sachverständigengutachtens bei einer (beabsichtigten) Betriebsfortführung

Das Gutachten sollte neben den Feststellungen zum Vorliegen eines Insolvenzgrundes und der Massekostendeckung auch breits die entscheidenden „Eckpunkte“ einer im eröffneten Verfahren beabsichtigten Betriebsfortführung enthalten.

(näher dazu *Borchardt/Frind*, Die Betriebsfortführung in Insolvenzverfahren S. 192 ff. Rdn. 242).

Dazu zählen:

Darstellung des vorgefundenen Status des Betriebes

- Mitarbeiterzahl
- Firmenaufbau evtl. Filialen, Niederlassungen
- Auslandsbeziehungen
- Produktionsweise und Produktionsmittel
- Kundschaft
- Marktposition
- Darstellung der künftigen Entwicklung

# Unverzichtbarer Inhalt des Sachverständigengutachtens bei einer (beabsichtigten) Betriebsfortführung

- Ursachenanalyse der vorgefundenen Insolvenzsituation
- Kooperationsbereitschaft des Unternehmers/der organschaftlichen Vertreter
- Informationen über
  - vorzulegende Insolvenzpläne
  - Stellungnahme zu einer beantragten Eigenverwaltung
  - beabsichtigte übertragende Sanierung (ggfls. Prognose zur künftigen Übernahmewahrscheinlichkeit)
- Ergriffene Erstmaßnahmen des Gutachters /vorl. Insolvenzverwalters (z.B. Insolvenzgeldvorfinanzierung)
- Künftige Liquiditätsplanung bis zum Berichtstermin mit Finanzierungseinschätzung aufgrund der prognostischen Ertragsplanung und daran anknüpfend,

## Unverzichtbarer Inhalt des Sachverständigenurteils bei einer (beabsichtigten) Betriebsfortführung

- Die vom Insolvenzverwalter zu treffenden ersten Maßnahmen nach der Eröffnung (Kündigung maßgeblicher Verträge, Aufgabe von Betriebsteilen oder Filialen, Weiterführung welcher Lieferantenbeziehungen, Maßnahmen gem. § 160 InsO; Anzeige gem. § 208 InsO)
- Weitere aus der Sicht des Gerichtes interessante Informationen:
  - besteht ein öffentliches Interesse am Verfahren (ggfls. größerer Sitzungssaal)?
  - Anzahl der (zu erwartenden) Gläubiger
  - Notwendigkeit der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (ggfls. Namen und Adressen; künftig Besonderheiten des ESUG)

# Die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen

## Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung

### Thesen:

- Die §§ 21 bis 25 InsO werden von dem Gedanken bestimmt, dass der Insolvenzrichter flexibel und auf die Bedingungen des Einzelfalls abgestimmt zu reagieren hat.
- Dabei hat er zu berücksichtigen, dass das der Sicherungswirkung unterliegende Vermögen auch für eine Betriebsfortführung zu nutzen ist.
- Seine Maßnahmen sollen die Prüfung und Vorbereitung von Sanierungs- und Reorganisationsmöglichkeiten ermöglichen helfen.

# Die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen

## I. Bestellung eines sogen. schwachen vorl. Insolvenzverwalters gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO

Dem Insolvenzrichter obliegt es, die Rechte und Pflichten des vorläufigen Verwalters in jedem Einzelfall auszugestalten.

- Die vom Gericht zu treffenden Maßnahmen müssen der Sicherung der Masse – wobei im Falle eines laufenden Geschäftsbetriebs Sicherung der Insolvenzmasse auch und gerade durch den Erhalt („der Sicherung“) von Sanierungsmaßnahmen durch vorläufige Unternehmensfortführung zu realisieren ist -, der Fortführung des Unternehmens und der sachverständigen Prüfung dienen.
- In der Literatur wird die Ansicht vertreten, auch der schwache vorläufige Insolvenzverwalter sei zur Betriebsfortführung verpflichtet, sofern der Geschäftsbetrieb des Schuldners noch nicht eingestellt ist.  
Diese Pflicht lässt sich allenfalls daraus herleiten, dass die Einstellung einer voraussichtlich massemehrenden Betriebsfortführung dem Sicherungszweck der vorläufigen Insolvenzverwaltung zuwiderlaufen würde.

## Die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen

In jedem Fall muss der schwache vorläufige Verwalter den Schuldner bei der Betriebsfortführung überwachen (BGH ZIP 2007, 1330, 1331) und sein Zustimmungsverhalten an der Fortführung des Unternehmens orientieren.



# Die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen

**BGH** v. 11.3.2010 – IX ZB 122/08, ZIP 2010, 1909

## Leitsätze

- 1. Sowohl die Fortführung des Unternehmens des Schuldners als auch Bemühungen um eine Sanierung des Schuldners gehören nicht zu den Regelaufgaben eines vorläufigen Insolvenzverwalters und können deshalb einen Zuschlag rechtfertigen. Delegiert der vorläufige Insolvenzverwalter einen Teil solcher Tätigkeiten aber auf Dritte, die vom Schuldner vergütet werden (hier: sog. Interimsmanager), kann ein Zuschlag gekürzt oder gar versagt werden .**
- 2. Hat der vorläufige Insolvenzverwalter in seinem Gutachten ausgeführt, dass Forderungen nach Anordnung der Insolvenzverwaltung in einer bestimmten Höhe bestünden und vollständig einziehbar seien, darf das Insolvenzgericht bei der Bestimmung der Berechnungsgrundlage für die Vergütung nicht davon ausgehen, dass die Forderungen vollständig von einer Globalzession erfasst sind.**

# Die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen

## II. Bestellung eines „starken“ vorl. Insolvenzverwalters gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO

- Nach § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO hat der vorläufige Insolvenzverwalter ein Unternehmen, das der Schuldner betreibt, bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen, soweit nicht das Insolvenzgericht einer Stilllegung zustimmt, um eine erhebliche Verminderung des Vermögens zu vermeiden.
- Die **Fortführung des Geschäftsbetriebs** ist als gesetzliche Pflichtaufgabe in die eigenständige Entscheidungskompetenz des vorläufigen Insolvenzverwalters gestellt.  
Aber: Die Fortführung ist der **Regelfall**.
- Vom Umfang her berechtigt und verpflichtet die Fortführungspflicht den vorl. Insolvenzverwalter grundsätzlich alles zu tun, was für die Fortführung des Unternehmens erforderlich ist und eine vorzeitige Stilllegung vermeidet bzw. alles zu unterlassen, was dem schadet (*Schröder* in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, § 22 Rdn. 58).

## Die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen

Beachte: Ein vorläufiger Insolvenzverwalter kann wegen der unstreitig hohen haftungsrechtlichen Risiken nicht gegen seinen Willen oder ohne eine vorherige Prüfung mit der gesetzlich vorgegebenen Fortführung eines Unternehmens nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO beauftragt werden.

Die Prüfung der Fortführungsaussichten ist regelmäßig identisch mit der Prüfung der Sanierungsfähigkeit.

Grund: Ein Unternehmen ist nur dann sanierungs- und fortführungsfähig, wenn es nach Durchführung von Sanierungsmaßnahmen nachhaltig einen Überschuss der Einnahmen für die Ausgaben erwirtschaften kann.

andererseits:

**OLG** München ZIP 1991, 1367:

Eine Fortführung des Geschäftsbetriebs ohne plausible und nachvollziehbare Fortführungskonzeption ist pflichtwidrig und vom Insolvenzgericht im Rahmen seiner Aufsichtspflicht zu unterbinden. Für Schäden, die aus einer nicht angezeigten Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter entstehen, haftet der Staat, wenn der Konkursverwalter den zuständigen Rechtspfleger bestochen hat und dieser den Konkursrichter darüber nicht informiert hat.

## Die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen

Im Eröffnungsverfahren kommt bei einer Betriebsfortführung den leistungswirtschaftlichen Sanierungsmaßnahmen zur Verhinderung einer nachteiligen Verringerung der Vermögenswerte durch eine unprofitable Betriebsfortführung bei gleichzeitiger Absicherung des erforderlichen Liquiditätsbedarfs eine wesentliche Rolle zu.

Eine Fortführung des Betriebs um jeden Preis, d.h. unter dem Risiko eines Vermögensverzehr bzw. vor dem Hintergrund negativer Aussichten, nicht Aufgabe des vorläufigen Insolvenzverwalters.

Zu beachten ist aber, dass der vorläufige Insolvenzverwalter nicht in die Position eines „echten Sanierers“ einrückt.

# Die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen

## Haftungsgefahren für das Gericht

Das Gericht kann sich in Fällen unberechtigter Anordnung von Sicherungsmaßnahmen, Nicht- bzw. Zuspät-Eröffnung gegenüber dem Schuldner und den Gläubigern gem. Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB schadensersatzpflichtig machen.

Haftungsträchtig kann auch die unterlassene oder verzögerte Anordnung von Sicherungsmaßnahmen sein.

# Die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

Welche Veränderungen hat das ESUG mit sich gebracht?

§ 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 InsO eröffnet dem einzelnen Gläubiger und auch dem Schuldner die Möglichkeit, eine bestimmte Person zum Sachverständigen (vorl.) Verwalter vorzuschlagen.

Sollte es sich dabei um einen in Betriebsfortführungs- und Sanierungsfällen erfahrenen Verwalter handeln, ist es ratsam, dies aufzuzeigen.

- Anforderungsprofil
- Transparenz

Wer das Unternehmen zuvor eingehend beraten hat, scheidet als (vorl.) Insolvenzverwalter aus (§ 56 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 InsO).

Dies ist dem Gericht unaufgefordert anzuzeigen!

## Die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters

§ 56a InsO führt dazu, dass die Mitwirkung bei der Verwalterbestellung und maßgeblichen Entscheidungen im Eröffnungsverfahren einem nicht durch die Gläubigerschaft legitimierten - vorläufigen Gläubigerausschuss übertragen wird (Manipulationsgefahr).

Aber: Bei einem zu sanierenden Unternehmen wird der Richter seine Entscheidung im Regelfall vor der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses treffen (müssen). Damit kann er die Vorstellungen der Gläubiger „unterlaufen“.

Dem versucht § 56 a Abs. 3 InsO wirksam zu begegnen.

**(3) Hat das Gericht mit Rücksicht auf eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners von einer Anhörung nach Absatz 1 abgesehen, so kann der vorläufige Gläubigerausschuss in seiner ersten Sitzung einstimmig eine andere Person als die bestellte zum Insolvenzverwalter wählen.“**

## Einzelermächtigung

Unter den vielfältigen, dem Gericht hierzu zur Verfügung stehenden Instrumentarien nimmt die **Einzelermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten** eine besondere Stellung ein. Sie kann mit dazu beitragen, dass der Betrieb fortgeführt werden kann und bereits im Eröffnungsverfahren geeignete Grundlagen für eine angestrebte Sanierung des Unternehmens geschaffen werden.



# Einzelermächtigung

## **Massedarlehen**

**AG Hof v. 29.9.1999 – IN 124/99, NZI 2000, 37**

**Besteht die Notwendigkeit der Betriebsfortführung zum Zwecke der Vermögenserhaltung, ist aber ein allgemeines Verfügungsverbot noch nicht erforderlich, kann der Schuldnerin ein auf den Abschluß von Kredit- und Sicherungsverträgen beschränktes besonderes Verfügungsverbot auferlegt werden, mit der Folge, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis für diesen Teilbereich auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übertragen wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Schuldnerin nicht in der Lage ist, selbst Kreditmittel zu erhalten, die Banken aber bereit sind, mit dem vorläufigen Verwalter ein entsprechendes Rechtsgeschäft abzuschließen**

# Einzelermächtigung

## Verkauf von Unternehmensteilen (Babcock Borsig)

AG Duisburg v. 28.7.2002 – 62 IN 167/02, NZI 2002, 614

### *Leitsätze*

1. Das Insolvenzgericht kann den schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter in Verbindung mit einem besonderen Verfügungsverbot ermächtigen, in Wahrnehmung seiner Verfügungsbefugnis Verbindlichkeiten mit dem Rang des § 55 Abs. 2 InsI zu begründen, die nach der Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeiten gelten.
2. Die Begründung solcher Verbindlichkeiten unterliegt nach Verfahrenseröffnung nicht der insolvenzrechtlichen Anfechtung.

# Einzelermächtigung

## „Vorrang“- Ermächtigung

**AG** Hamburg v. 15.11.2004 – 67g IN 390/04, ZInsO 2004, 1270

**1. Das Insolvenzgericht kann im Wege der "Vorrang-Ermächtigung" den vorläufigen Insolvenzverwalter ermächtigen, Masseverbindlichkeiten zu begründen, die - im Falle einer später erfolgenden Anzeige der Masseunzulänglichkeit gemäß § 208 InsO - den Rang von Neumasseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO) haben.**

**2. Das Insolvenzgericht ist gehalten, die Haftungsrisiken des vorläufigen Insolvenzverwalters so gering wie möglich zu halten. Deshalb ist es dem vorläufigen Insolvenzverwalter nicht zuzumuten, sich eines rechtlich zweifelhaften Konstruktes wie dem so genannten Treuhandkonto bedienen zu müssen.**

kritisch zu dieser Entscheidung: *Marotzke* ZInsO 2005, 561

# Einzelermächtigung

**„Umgehung“ des § 55 Abs. 4 InsO**

**AG Düsseldorf v. 8.2.-2011 – 503 IN 20/11, ZIP 2011, 443**

**Wird der Betrieb des Schuldners weiter geführt, hätte dies bislang grundsätzlich zur Bestellung eines sogenannten vorläufigen schwachen Insolvenzverwalters geführt. Im Hinblick auf die zum 1. Januar 2011 eingetretene Änderung des § 55 Abs. 4 InsO verbietet sich allerdings eine entsprechende schematische Bestellung. Dies würde gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Denn die Insolvenzmasse soll nach Verfahrenseröffnung nicht mit nicht notwendigen Masseverbindlichkeiten belastet werden.**

## **Einzelermächtigung**

### **Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung einer Kaufpreisforderung**

**BGH v. 15.3.2012 – IX ZR 249/09, NZI 2012, 365**

#### **Leitsätze**

**1a. Das Insolvenzgericht kann den vorläufigen Insolvenzverwalter im Wege des besonderen Verfügungsverbots ermächtigen, eine Forderung des Schuldners im eigenen Namen einzuziehen.**

**1b. Der vorläufige Insolvenzverwalter darf nur dann ermächtigt werden, außerhalb des laufenden Geschäftsbetriebs des Schuldners dessen Forderungen einzuziehen, wenn deren Verjährung oder Uneinbringlichkeit droht.**

**1c. Der vorläufige Insolvenzverwalter ist kraft des auf eine Schuldnerforderung bezogenen besonderen Verfügungsverbots zur Entgegennahme aller Erklärungen befugt, welche die von ihm einzuziehende Forderung betreffen.**

**2. Das aus der Anfechtbarkeit der Aufrechnungslage folgende Aufrechnungsverbot wirkt nicht im Eröffnungsverfahren.**

# Einzelermächtigung

## „Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung“

**AG** Köln v. 26.3.2012 – 73 IN 125/12, ZIP 2012, 788

- 1. Im Schutzschirmverfahren, § 270b InsO, ist eine Einzelermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten zu Gunsten des Schuldners zu erteilen.**
- 2. Ist Eigenverwaltung beantragt, ohne dass ein Antrag nach § 270b InsO vorliegt, so ist die Einzelermächtigung ebenfalls zu Gunsten des Schuldners zu erteilen. In diesem Fall ist zu prüfen, ob die Begründung der Masseverbindlichkeiten unter den Vorbehalt der Zustimmung des vorläufigen Sachwalters nach § 275 Abs. 1 S. 1 InsO zu stellen ist.**

## Einzelermächtigung

- **Zustimmend:** *Undritz*, BB 2012, 1551, 1556; *Hofmann*, EWiR 2012, 359; *Zipperer*, EWiR 2012, 361.
- **Ebenso AG** Bielefeld v. 2.4.2012 – 43 IN 370/12)
- **anders** AG Fulda v. 28.3.2012 – 91 IN 9/12; weitere sof. Beschwerde beim BGH anhängig.

# Einzelermächtigung in der vorläufigen Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

## „Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung“

**AG Hamburg v. 4.4.2012 – 67g IN 74/12, ZIP 2012, 787**

**Das Insolvenzgericht kann im (herkömmlichen) vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nicht den Schuldner, wohl aber den vorläufigen Sachwalter ermächtigen, Masseverbindlichkeiten zum Zwecke der Insolvenzgeldvorfinanzierung zu begründen, da das Gericht gem. § 270a Abs. 1 S. 2 InsO einen vorläufigen Sachwalter anstelle eines vorläufigen Insolvenzverwalters einsetzt. § 270b Abs. 3 InsO ist nur im Sonderfall des sog. Schutzschirmverfahrens anwendbar und auf Grund der Besonderheiten dieses Verfahrens (insbesondere keine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bei Antragstellung) nicht analogiefähig.**



# **Einzelermächtigung in der vorläufigen Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren**

## **„Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung“**

**AG Hamburg v. v. 18.5.2012 – 67e IN 123/12, n.v.**

**1. Einzelermächtigung der Schuldnerin**

**2. Zusätzlich Treuhandkonto des vorl. Sachwalters**

**„Weiterhin wird der Schuldnerin gestattet, ein auf den Namen des vorläufigen Sachwalters geführtes Treuhandkonto (...) einzurichten und einen noch näher zu bestimmenden Betrag in Höhe von maximal 2.750.000 Euro vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens von den Konten der Schuldnerin auf das Treuhandkonto zu überweisen, um aus diesem Guthaben die im Wege der vorstehenden Einzelermächtigungen begründeten Masseverbindlichkeiten auch dann befriedigen zu können, falls er erforderlich sein sollte, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Masseunzulänglichkeit anzuzeigen.“**

# Einzelermächtigung in der vorläufigen Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

## „Schutzschirmverfahren und Eigenverwaltung“

**LG** Duisburg v. 29.11.2012 – 7 T 185/12, ZIP 2012, 2453

### *Leitsatz*

**Im Eröffnungsverfahren nach § 270a Abs. 1 InsO kann das Insolvenzgericht den Schuldner, nicht aber den vorläufigen Sachwalter, zur Begründung einzelner, im Voraus festgelegter Verbindlichkeiten zu Lasten der späteren Insolvenzmasse ermächtigen.**

## Treuhandkontomodell

Diskutiert wird angesichts der mit den Einzelermächtigungen einhergehenden Haftungsgefahren des vorläufigen Insolvenzverwalters ferner das sogen. „**Treuhandkonto**“.

Bezweckt wird damit die Schaffung eines Aussonderungsrechts gem. § 47 InsO zugunsten der zu sichernden Gläubiger, die mit ihren Lieferungen erst die Betriebsfortführung ermöglichen.

Im Regelfall wird im Wege der „Doppel-Treuhand“ zwischen Schuldner und Treuhänder ein Treuhandvertrag geschlossen, nach dessen Inhalt der Treuhänder für und zugunsten derjenigen Gläubiger, die Leistungen erst im Eröffnungsverfahren auf Anforderung des Schuldners – mit Zustimmung des vorl. (schwachen) vorl. Insolvenzverwalters erbringen, treuhänderisch Gelder zu deren Befriedigung für diese Leistungen erhält.

## Treuhandkontomodell

siehe dazu:

**AG** Hamburg v. 15.7.2003 – 67g IN 205/03, ZInsO 2003, 816

### ***Leitsätze***

- 1. Zur Absicherung der Gläubiger, die in der Voreröffnungsphase Leistungen erbracht haben, die zur Unternehmensfortführung benötigt werden, kommt grundsätzlich nur die Anordnung der "starken" vorläufigen Insolvenzverwaltung gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. InsO in Betracht.**
- 2. Das sog. Treuhandkontomodell zur Absicherung dieser Gläubiger steht nicht in Einklang mit der Insolvenzordnung. Es ermöglicht dem vorläufigen Insolvenzverwalter eine Unternehmensfortführung, ohne dass die Masse namentlich mit Forderungen aus Miet- und Leasingverträgen sowie Umsatzsteuerforderungen belastet wird. Deshalb genügt dieses Modell nicht den Anforderungen, die an die Marktkonformität der Insolvenzabwicklung zu stellen sind.**

## Treuhandkontomodell

**AG** Hamburg v. 20.2.2006 – 67g IN 513/05, ZInsO 2006, 218

### ***Leitsatz***

**1. Versäumt es der "schwache" vorläufige Insolvenzverwalter, für eine während des Eröffnungsverfahrens begründete Verbindlichkeit im Voraus eine Einzelermächtigung zu beantragen, so kann das Insolvenzgericht ihm nicht gestatten, im Nachhinein im Wege des sog. Treuhandkontenmodells ein Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) zu Gunsten des Gläubigers der betroffenen Verbindlichkeit zu schaffen.**

**2. Treuhandkonten kommen im Eröffnungsverfahren zum Einsatz, wenn dies der Haftungsvermeidung dient (AG Hamburg v. 15.11.2004 – 67g IN 390/04, ZInsO 2005, 447). Sie kommen dagegen nicht in Betracht, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter den möglichen Haftungstatbestand bereits verwirklicht hat.**

## Sicherungsmaßnahmen und Einzelermächtigung

Das Gericht kann den vorläufigen Verwalter auch ermächtigen, **Forderungen des Schuldners einzuziehen**. Ratsam ist bereits zu diesem Zeitpunkt die Einrichtung eines „Sonderkontos“.

- Außerhalb der Betriebsfortführung ist der Forderungseinzug durch den vorl. Insolvenzverwalter nur zulässig, wenn Verjährung oder Uneinbringlichkeit droht, nicht aber allgemein zur Masseanreicherung (BGH v. 18.12.2003 – IX ZB 28/03, NZI 2004, 381 ff; BGH v. 15.3.2012 – IX ZR 249/09, NZI 2012, 365 ff.).
- Der **Verbrauch des bereits realisierten Forderungseinzuges** durch den vorläufigen Insolvenzverwalter im Rahmen der Betriebsfortführung ist dem Grunde nach zulässig.
- Erst eine voraussehbare erhebliche Minderung des schuldnerischen Vermögens verbietet den Verbrauch des realisierbaren Forderungsbestandes des Schuldners zum Zwecke der Betriebsfortführung (*Stapper/Schädlich*, in: NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, § 22 Rdn. 82).

# Sicherungsmaßnahmen und Einzelermächtigung

## Sonderkonto

Kontoinhaber wird, wer bei der Kontoeinrichtung als Forderungsberechtigter auftritt oder bezeichnet wird. Bei einem Sonderkonto ist im Regelfall derjenige, der im Kontoeröffnungsantrag als Kontoinhaber bezeichnet wird, Kontoinhaber.

Im Regelfall ändert sich an der Kontoinhaberschaft der im Kontoeröffnungsvertrag ausdrücklich genannten Person auch dann nichts, wenn sich aus der Kontobezeichnung ein Hinweis auf die nur treuhänderische Berechtigung des Kontoinhabers oder von ihm wahrgenommene Verwaltungsaufgaben ergibt (OLG München WM 1986, 33, 34). Bei der Ermächtigungstreuhand (Sonderkonto) bleibt der Treugeber (Masse) Inhaber des Kontos. Bei der Vollrechtstreuhand (Anderkonto) ist der Treuhänder als Inhaber des Vollrechts anzusehen ist (BGHZ 127, 229, 232).

## Zahlungen des Drittschuldners auf ein nach Verfahrensaufhebung fortbestehendes Anderkonto des vormaligen Insolvenzverwalters

Die Errichtung eines **offenen Treuhandkontos** hat zur Konsequenz, dass der Bank weder ein Pfandrecht am Guthaben noch ein Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Guthabenforderung zusteht (BGH WM 1996, 249) und das Konto bei Insolvenz wie ein Fremdkonto behandelt wird (BGH WM 1993, 1524).

Bei der **Kontoeröffnung durch Personen, die kraft Amtes Verfügungsbefugnis über fremdes Vermögen haben** wie z.B. Insolvenzverwalter, entspricht die Einrichtung eines Fremdkontos regelmäßig der Interessenlage. Nur wenn bei der Kontoeröffnung ausdrücklich vereinbart worden ist, dass der Verwalter in Bezug auf das Konto persönlich berechtigt und verpflichtet sein sollte, handelt es sich um ein Eigenkonto des gesetzlichen Verwalters (BGH WM 1988, 222).



## Zahlungen des Drittschuldners auf ein nach Verfahrensaufhebung fortbestehendes Anderkonto des vormaligen Insolvenzverwalters

**OLG** Köln v. 31.05.2006 - 13 U 97/05

### **Rdn. 18:**

„Auch wenn ein Angehöriger der zur Eröffnung von Anderkonten berechtigten Berufsgruppen - wie hier ein Rechtsanwalt - als Konkurs-/Insolvenzverwalter eingesetzt ist, besteht für die Errichtung eines solchen Kontos kein Bedürfnis. Vielmehr ist in diesen Fällen die Einrichtung eines Kontos auf den Namen des Verwalters als Partei kraft Amtes mit zusätzlicher Bezeichnung als Sonderkonto für die Masse üblich und angebracht. Dies entspricht der bereits vom Landgericht zitierten herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur (BGH WM 1988, 1222). Dass "es zwar unerwünscht, jedoch vertretbar erscheint" (so Kuhn-Uhlenbruck, KO, 11. Aufl., § 137 Rn. 1c), wenn ein Rechtsanwalt-Konkursverwalter Konkursgelder auf Anderkonto nimmt, und in der Praxis die Führung von Verwalterkonten als "Anderkonten" verbreitet sein mag (vgl. Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 6. Aufl., Rn. 2.151a), ist für die Auslegung von untergeordneter Bedeutung.

## Zahlungen des Drittschuldners auf ein nach Verfahrensaufhebung fortbestehendes Anderkonto des vormaligen Insolvenzverwalters

Hier spricht bereits der Umstand, dass der Kläger bei der Beklagten eine Vielzahl von Einzelkonten jeweils "wg" ("wegen") bestimmter Konkurs-/Insolvenzverfahren unterhielt, für die Annahme, dass es sich bei dem Konto Nr. 163594 "wg. Nachlasskonkurs W. B. RA N. J." (Bl. 7 GA), wie auch bei den anderen in Rede stehenden Konten, bei denen es jeweils heißt "wg. Insolv. " oder " Insolv. ", um zwar auf seinen Namen, aber für die Masse eingerichtete handelte.

## Sicherungsmaßnahmen und Einzelermächtigung

**Sicherungshalber abgetretene Forderungen** darf der „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter ohne Zustimmung des Sicherungsgläubigers nicht für die weitere Betriebsfortführung verbrauchen.

Der vom Gericht insoweit zum Forderungseinzug ermächtigte vorläufige Insolvenzverwalter ist forderungseinzugsberechtigt, wenn der Sicherungsgläubiger die Einziehungsermächtigung des Schuldners noch nicht widerrufen hat.

# Verhinderung von Gläubigereingriffen in die Betriebsfortführung - § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO

## Verhinderung von Gläubigereingriffen in die Betriebsfortführung

- ◆ Die Vorschrift des § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO gewinnt im Rahmen einer Betriebsfortführung zunehmend an Bedeutung.
- ◆ Die Frage, welche Ansprüche dem aussonderungsberechtigten Gläubiger, der von dem Herausgabestopp betroffen ist, gegenüber der Insolvenzmasse zustehen, ist von großer Praxisrelevanz.
- ◆ Klarheit haben inzwischen bereits drei Entscheidungen des BGH zu dieser Bestimmung geschaffen.

# **Verhinderung von Gläubigereingriffen in die Betriebsfortführung - § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO**

**BGH** v. 13.12.2009 – IX ZR 71/09, NZI 2010, 95

## ***Leitsätze***

**1a. Das Insolvenzgericht kann ein Verwertungs- und Einziehungsverbot für künftige Aus- und Absonderungsrechte sowie eine Anordnung, dass davon betroffene Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens eingesetzt werden können, nur durch eine individualisierende Anordnung treffen. Unzulässig und unwirksam sind formularmäßige Pauschalanordnungen, die auf die erforderliche Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen verzichten.**

**1b. Aus einer Anordnung nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO Ausgleichsansprüche geltend machen, auch wenn die Anordnung wegen Unbestimmtheit unwirksam ist .**

**2. Ein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung in der Form von Zinsen nach §v 169 S. 2 InsO kommt auch bei einer Anordnung einen Zeitraum in Betracht, nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO nur für der drei Monate nach dieser Anordnung liegt.**

# Verhinderung von Gläubigereingriffen in die Betriebsführung - § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO

**BGH** v. 8.3.2012 – IX ZR 78/11, NZI 2012, 369

## ***Leitsatz***

**Ordnet das Gericht als Sicherungsmaßnahme an, dass ein der Aussonderung unterliegender Gegenstand von dem Berechtigten nicht herausverlangt werden darf, steht dem Aussonderungsberechtigten gegen den vorläufigen Insolvenzverwalter wegen eines durch Nutzung oder Beschädigung eingetretenen Wertverlusts ein Ersatzanspruch zu. Nach Verfahrenseröffnung gilt der Anspruch als Masseverbindlichkeit.**

# **Verhinderung von Gläubigereingriffen in die Betriebsführung - § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO**

**AG Hamburg** v. 30.9.2011 – 67g IN 381/11, ZInsO 2011, 2045

## ***Leitsätze***

**1. Für den Erlass einer Anordnung, wonach im Eröffnungsverfahren die entsprechende Anwendung der §§ 170, 171 InsO für vom Schuldner zur Sicherheit abgetretene Forderungen angeordnet wird (§ 21 Abs. 2 Nr. 5 S. 3 InsO), kommt es nicht darauf an, ob der 5.2011 – 67g IN 62/11, ZInsO 2011, 1158).**

## **Verhinderung von Gläubigereingriffen in die Betriebsfortführung - § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO**

**2. Einer Individualisierung in dem Sinne, dass die von der Anordnung betroffenen Forderungen im einzelnen aufgelistet werden, bedarf es für eine Anordnung gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 5 S. 3 InsO nicht, weil schützenswerte Belange der betroffenen Gläubiger auch ohne eine solche Individualisierung nicht tangiert sind. Es genügt vielmehr der Hinweis des vorläufigen Insolvenzverwalters, dass der Schuldner Forderungen zur Sicherheit an einen (oder mehrere) Gläubiger abgetreten hat.**



# Rückgabeanspruch des Leasinggebers als Insolvenzforderung bei Einsatz des Leasingguts zur Fortführung des Schuldnerunternehmens

**BGH** v. 28.6.2012 – IX ZR 218/10, NZI 2012, 841

## ***Leitsätze***

**1. Bucht die Schuldnerbank nach Widerspruch eines alleinhandelnden (starken) vorläufigen Insolvenzverwalters eine Lastschrift zurück, die der Schuldner bereits vor Auferlegung des allgemeinen Verfügungsverbots genehmigt hatte, so kann der betroffene Gläubiger aus der Insolvenzmasse keine nochmalige Zahlung verlangen. Den überhöhten Forderungsausweis gegenüber seiner Bank nach unwirksamer Lastschriftrückbuchung hat der Schuldner nicht auf Kosten des Gläubigers erlangt. Diesem bleibt es überlassen, gegenüber seiner Bank die fehlerhafte Kontenberichtigung rückgängig zu machen.**

## **Rückgabeanspruch des Leasinggebers als Insolvenzforderung bei Einsatz des Leasingguts zur Fortführung des Schuldnerunternehmens**

**2. Der Rückgabeanspruch des Leasinggebers ist auch dann nur eine Insolvenzforderung, wenn der Schuldner oder der starke vorläufige Insolvenzverwalter aufgrund gerichtlicher Ermächtigung während des Verfahrens zur Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen des Leasingnehmers Leasinggut zur Fortführung des Schuldnerunternehmens eingesetzt haben. Dasselbe gilt für einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Rückgabepflicht.**

**3a. Setzen der Schuldner oder ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter über sein Vermögen bisher geleaste Gegenstände aufgrund insolvenzgerichtlicher Ermächtigung bis zur Entscheidung über den Insolvenzantrag zur Fortführung des Schuldnerunternehmens ein, so hat der Eigentümer zu beweisen, dass nach Rückerhalt festgestellte Schäden während des hoheitlich begründeten Nutzungsverhältnisses entstanden sind, wenn er nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des vormaligen Leasingnehmers einen Entschädigungsanspruch für den dadurch erlittenen Wertverlust gegen die Insolvenzmasse erhebt.**

## **Rückgabeanspruch des Leasinggebers als Insolvenzforderung bei Einsatz des Leasingguts zur Fortführung des Schuldnerunternehmens**

**3b. Der Nutzer ist verpflichtet, zu Beginn des durch die Ermächtigung des Insolvenzgerichts begründeten Nutzungsverhältnisses den Zustand des weiter genutzten vormaligen Leasinggutes festzuhalten.**

**3c. Verletzt der insolvenzgerichtlich ermächtigte Nutzer seine Pflicht, den Zustand der genutzten Sachen festzuhalten, ist dem durch eine Beweiserleichterung zugunsten des Eigentümers Rechnung zu tragen, wenn der Nutzer in diesem Fall bestreitet, dass Schäden während des hoheitlich begründeten Nutzungsverhältnisses entstanden sind.**

# Rückgabeanspruch des Leasinggebers als Insolvenzforderung bei Einsatz des Leasingguts zur Fortführung des Schuldnerunternehmens

## Sachverhalt

Die R. GmbH hatte bei der Klägerin zahlreiche Kraftfahrzeuge geleast. Am 5. Februar 2008 zog die Klägerin für 176 Verträge im Einzugsermächtigungsverfahren Leasingraten von zusammen 268.085,64 € durch Lastschrift von einem Bankkonto der Leasingnehmerin ein. Am 28. Februar 2008 erfuhr die Klägerin von Zahlungsschwierigkeiten der Leasingnehmerin und kündigte sämtliche Verträge fristlos. Am 5. März 2008 beantragte die Leasingnehmerin die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Das Insolvenzgericht erlegte ihr noch am selben Tag ein allgemeines Verfügungsverbot auf, bestellte den späteren Beklagten zum (starken) vorläufigen Insolvenzverwalter, beauftragte ihn mit der Fortführung des Unternehmens und ordnete neben einem Vollstreckungsverbot an, dass bewegliche Sachen und Forderungen, an denen bei Verfahrenseröffnung ein Absonderungsrecht bestehe oder deren Aussonderung verlangt werden könne, von der Gläubigerin nicht verwertet oder eingezogen, sondern zur Fortführung des Unternehmens der Antragstellerin eingesetzt werden durften, soweit sie hierfür von erheblicher Bedeutung waren.

## Rückgabeanspruch des Leasinggebers als Insolvenzforderung bei Einsatz des Leasingguts zur Fortführung des Schuldnerunternehmens

Am 1. Mai 2008 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Leasingnehmerin eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter ernannt, welcher sogleich die Masseunzulänglichkeit anzeigte. Die Klägerin ließ ab Mitte Mai 2008 durch ein beauftragtes Unternehmen zum Preise von 12.395 € netto die vom vorläufigen Insolvenzverwalter weiter genutzten Zugmaschinen sicher stellen, da eine Rückgabe bis dahin unterblieben war. Nach dem Rückerhalt stellte die Klägerin Schäden an den Zugmaschinen fest, die sie mit 121.610 € bezifferte und auf die Nutzung durch den Beklagten als vorläufigen Insolvenzverwalter zurückführte. Wegen der genannten Lastschriftrückbuchung, der Sicherstellungskosten und der behaupteten Schäden an den vom vorläufigen Insolvenzverwalter weiter genutzten 37 Sattelzugmaschinen nimmt die Klägerin die Insolvenzmasse ihrer vormaligen Leasingnehmerin als Massegläubigerin in Anspruch.

## **Stillegung des Unternehmens, § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO**

### **Stillegung des Unternehmens**

Eine Stillegung des Unternehmens durch den (starken) vorläufigen Insolvenzverwalter ist nur zulässig, wenn das Insolvenzgericht (der Insolvenzrichter) zustimmt.

Die Zustimmung setzt voraus, dass durch diese Maßnahme eine erhebliche Verminderung des Vermögens verhindert wird.

Der vorläufige Insolvenzverwalter hat plausibel vorzutragen, dass er nicht kostendeckend wird arbeiten können.

## Stillegung des Unternehmens, § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO

Unabhängig von der gerichtlichen Zustimmung zur Stilllegung des Unternehmens darf der vorläufige Insolvenzverwalter Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf eine beabsichtigte Betriebsstillegung des Verwalters im Außenverhältnis wirksam kündigen (**BAG** ZIP 2006, 585). Die Wirksamkeit der Kündigung ist nicht von der Zustimmung des Insolvenzgerichts abhängig.

## **Stillegung des Unternehmens, § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO**

**AG** Aachen v. 29.3.1999 – 19 IN 53/99, NZI 1999, 279

### ***Leitsatz***

**Das Insolvenzgericht hat seine Zustimmung zur Stillegung des vom Schuldner betriebenen Unternehmens zu erteilen, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter nachvollziehbar darlegt, daß bei einer Fortführung des Unternehmens die vorhandene freie Masse aufgezehrt würde und keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Sanierungsfähigkeit und Sanierungsmöglichkeit bestehen.**



## Verzögerung der Eröffnung trotz Eröffnungsreife

Nach Auffassung des **AG** Hamburg, Beschluss v. 1.10.2001 – 67g IN 195/01, ZIP 2001, 1885, liegt die Entscheidung über den Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung im Ermessen des Insolvenzgerichts. Aufgrund der Sanierungs- und Ordnungsfunktion soll es im Einzelfall gerechtfertigt sein, die Eröffnungsentscheidung hinauszuzögern.

### Leitsätze

**1. Die Ausschöpfung des Insolvenzgeldzeitraumes in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen eines fortführungs- und sanierungsfähigen Unternehmens entspricht dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls dann, wenn ein „starker „ vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt worden ist. Dies belegen namentlich die §§ 1, 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 27 InsO.**

## Verzögerung der Eröffnung trotz Eröffnungsreife

**2. Der vorläufige Insolvenzverwalter muss dem Gericht in einem Zwischenbericht bzw. einem Gutachten zeitnah mitteilen, dass die Eröffnungsvoraussetzungen (Insolvenzgrund und Verfahrenskosten-deckung) vorliegen. Er kann gleichzeitig begründet anregen, mit der Eröffnungsentscheidung zuzuwarten, bis der Insolvenzgeldzeitraum ausgeschöpft ist.**

### Anmerkung:

Die Entscheidung begegnet Bedenken, weil sie die Vorschrift des § 300 ZPO, der über § 4 InsO entsprechende Anwendung findet, nicht hinreichend berücksichtigt. Danach hat das Gericht bei Entscheidungsreife zu entscheiden!

# Planverfahren

## Richterliche Zuständigkeit seit 1.1.2013

ESUG: § 18 RpfLG wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Nach Nummer 1 wird folgende Nummer 2 eingefügt:

„2. das Verfahren über einen Insolvenzplan nach den §§ 217 bis 256 und den §§ 258 bis 269 der Insolvenzordnung“.

Vorschrift ist am am 1.1.2013 in Kraft getreten!

(Aber: für Altverfahren ist Richter nicht zuständig).

Schulungsbedarf ist gegeben. Richter verfügen über keine Erfahrung in diesem Bereich!

Gefordert sind die Landesjustizverwaltungen.

Gefordert ist vor allem der wirtschaftlich denkende Richter!

# Planverfahren

Denn:

Durch die Regelungen des § 225a Abs. 1 bis 5 InsO n.F. und § 254 Abs. 4 InsO n.F. werden erhöhte Anforderungen an den Richter bei der Vorprüfung des Plans gestellt. Dies gilt gleichermaßen bei der Anwendung des § 248a InsO n.F.

**„§ 248a**

## **Gerichtliche Bestätigung einer Planberichtigung**

- (1) Eine Berichtigung des Insolvenzplans durch den Insolvenzverwalter nach § 221 Satz 2 bedarf der Bestätigung durch das Insolvenzgericht.
- (2) Das Gericht soll vor der Entscheidung über die Bestätigung den Insolvenzverwalter, den Gläubigerausschuss, wenn ein solcher bestellt ist, die Gläubiger und die Anteilsinhaber, sofern ihre Rechte betroffen sind, sowie den Schuldner hören.

## Planverfahren

(3) Die Bestätigung ist auf Antrag zu versagen, wenn ein Beteiligter durch die mit der Berichtigung einhergehende Planänderung voraussichtlich schlechter gestellt wird, als er nach den mit dem Plan beabsichtigten Wirkungen stünde.

(4) Gegen den Beschluss, durch den die Berichtigung bestätigt oder versagt wird, steht den in Absatz 2 genannten Gläubigern und Anteilsinhabern sowie dem Verwalter die sofortige Beschwerde zu. § 253 Absatz 4 gilt entsprechend.“

# Planverfahren

## **Beschleunigungsgebot:**

### **Vorprüfung des Plans**

§ 231 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

cc) Folgender Satz wird angefügt:

„Die Entscheidung des Gerichts soll innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage des Plans erfolgen.“

Siehe dazu:

Internationale Zuständigkeit englischer Gerichte für die Bestätigung eines Solvent Scheme of Arrangement einer deutschen Gesellschaft

High Court of Justice London – (2011) EW HC 1004 (CH)

(Rodenstock),

ZIP 2011, 1017

# Eigenverwaltung

## These:

Ein Richter, die nach wie vor mit der Einstellung „*Ich mach doch nicht den Bock zum Gärtner*“ an die Bescheidung eines Antrags auf Anordnung der Eigenverwaltung herangeht, wird auch künftig dem Sanierungsinstrument Eigenverwaltung nicht zum Erfolg verhelfen.

Dazu **BGH** v. 11.1.2007 – IX ZB 10/05, NZI 2007, 240

## Sachverhalt:

Am 3. August 2004 beantragte die Schuldnerin, eine GmbH & Co. KG, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen unter Anordnung der Eigenverwaltung.

## Eigenverwaltung

Sie erklärte, es seien zwei langjährig als Insolvenzverwalter tätige und auf dem Gebiet der Finanzierung von Unternehmen in der Krise erfahrene Personen in die Geschäftsführung berufen worden. Das Insolvenzgericht beauftragte den weiteren Beteiligten zunächst mit der Erstattung eines Gutachtens. Auf seine eigene Anregung hin wurde der weitere Beteiligte am 6. August 2004 zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt und ermächtigt, Mitglieder der Geschäftsleitung von ihren Aufgaben zu entbinden und freizustellen. Mit Schreiben vom 11. August 2004 teilte der weitere Beteiligte den beiden neu bestellten Geschäftsführern der Komplementär-GmbH mit, er entbinde sie von ihren Aufgaben als Geschäftsführer der Schuldnerin; sie dürften deren Betriebsgelände nur noch in Absprache mit ihm betreten.

Mit Beschluss vom 1. Oktober 2004 ist das Insolvenzverfahren über das



## Eigenverwaltung

Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der weitere Beteiligte zum Insolvenzverwalter ernannt worden. Eigenverwaltung ist nicht angeordnet worden. Die Schuldnerin hat sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluss eingelegt. Noch vor der Entscheidung über die sofortige Beschwerde, am 22. November 2004, fand die erste Gläubigerversammlung statt. Die Gläubigerversammlung beschloss, den Insolvenzverwalter beizubehalten. Die Anordnung der Eigenverwaltung beantragte sie nicht. Die sofortige Beschwerde der Schuldnerin ist sodann mit der Begründung als unzulässig verworfen worden, die Schuldnerin sei durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beschwert; die Ablehnung der Eigenverwaltung sei nicht anfechtbar. Mit ihrer Rechtsbeschwerde will die Schuldnerin weiterhin die Anordnung der Eigenverwaltung erreichen.

**BGH: Die Ablehnung des Antrags auf Anordnung der Eigenverwaltung kann weder isoliert noch mit der sofortigen Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss angefochten werden.**

## Eigenverwaltung

Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass in einigen Großverfahren wie z.B. Babcock Borsig AG, Sinn Leffers GmbH, Ihr Platz AG, Agfa GmbH Collins & Aikman GmbH und Kirch Media GmbH & Co. KG die Eigenverwaltung angeordnet worden ist und Sanierungen durchgeführt worden sind.

Die Gefahr des Mißbrauchs wird durch die Herabsenkung der Zugangsschranke erhöht!

**§ 270** Abs. 2 InsO ist wie folgt geändert worden:

*„2. dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.“*

# Eigenverwaltung

## „Schutzschirmverfahren als Sanierungsinstrument“

Neue Herausforderungen stellt das sogen. „**Schutzschirmverfahren** gem. § 270b InsO an die Tätigkeit des Insolvenzrichters im Hinblick auf den künftigen Sanierungserfolg.

### Vorbereitung einer Sanierung

*(1) Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt und die Eigenverwaltung beantragt und ist die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos, so bestimmt das Insolvenzgericht auf Antrag des Schuldners eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans. Die Frist darf höchstens drei Monate betragen. Der Schuldner hat mit dem Antrag eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen, aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.*

## Eigenverwaltung

(2) *In dem Beschluss nach Absatz 1 bestellt das Gericht einen vorläufigen Sachwalter nach § 270a Absatz 1, **der personen-verschieden von dem Aussteller der Bescheinigung nach Absatz 1 zu sein hat.** Das Gericht kann von dem Vorschlag des Schuldners nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person offensichtlich für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist; dies ist vom Gericht zu begründen. Das Gericht kann vorläufige Maßnahmen nach § 21 Absatz 1 und 2 Nummer 1a, 3 bis 5 anordnen; es hat Maßnahmen nach § 21 Absatz 2 Nummer 3 anzuordnen, wenn der Schuldner dies beantragt.*

**(3) Auf Antrag des Schuldners hat das Gericht anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet. § 55 Absatz 2 gilt entsprechend.**

(4) *Das Gericht hebt die Anordnung nach Absatz 1 vor Ablauf der Frist auf, wenn*

- 1. die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist;*
- 2. der vorläufige Gläubigerausschuss die Aufhebung beantragt oder*

## Eigenverwaltung

*3. ein absonderungsberechtigter Gläubiger oder ein Insolvenzgläubiger die Aufhebung beantragt und Umstände bekannt werden, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird; der Antrag ist nur zulässig, wenn kein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt ist und die Umstände vom Antragsteller glaubhaft gemacht werden.*

*Der Schuldner oder der vorläufige Sachwalter haben dem Gericht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen. Nach Aufhebung der Anordnung oder nach Ablauf der Frist entscheidet das Gericht über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.*

## Eigenverwaltung

- Welche Anforderungen stellt der Richter an die Bescheinigung nach § 270 b Abs. 1 S. 3 InsO?
- Darf der Sanierungsberater des Schuldners die Bescheinigung ausstellen?
- Darf er insoweit ein Sachverständigengutachten einholen?
- Wie wird das Gericht mit dem Vorschlag des Schuldners auf Bestellung eines vorläufigen Sachwalters umgehen (§ 270b Abs. 2 S. 2 InsO)?
- Welche Anforderungen wird das Gericht an den Antrag des Schuldners, Masseverbindlichkeiten begründen zu dürfen, stellen?
- Wird es auf Anregung des Schuldners eine Einzelermächtigung erteilen?
- Wie verfährt das Gericht nach Aufhebung des Schutzschirmverfahrens (§ 270b Abs. 4 Nr. 1 und 3 InsO) weiter?

# Anordnung der Eigenverwaltung in einem Sekundärsolvenzverfahren

Nochmals: Der „wirtschaftlich denkende Richter“,

dazu **AG** Köln v. 23.1.2004 – 71 IN 1/04, NZI 2004, 151 („automold“)

## Leitsätze

*1. und 2.*

3. Nach den Bestimmungen des EUInsVO bestehen keine Bedenken gegen die Anordnung der Eigenverwaltung in einem Sekundärsolvenzverfahren.

4. Die Anordnung der Eigenverwaltung gemäß §§ 270 ff. InsO führt im Gegensatz zu einem "normalen" Insolvenzverfahren nicht zu einem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und belässt es bei dem status quo.

## Anordnung der Eigenverwaltung in einem Sekundärinsolvenzverfahren

5. Nach Anordnung der Eigenverwaltung in einem Sekundärinsolvenzverfahren übt der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis für den Schuldner aus.

6. Die Anordnung der Eigenverwaltung in einem Sekundärinsolvenzverfahren kann dazu beitragen, die Schwierigkeiten, die sich aus der unterschiedlichen Ausrichtung eines Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahrens ergeben können, zu reduzieren.



## Anordnung der Eigenverwaltung in einem Sekundärsolvenzverfahren

*„Hierfür spricht vorliegend vor allem der Umstand, dass die Joint Administrators beabsichtigen, sämtliche Vermögenswerte der M. - Gruppe einheitlich als ein am Wirtschaftsverkehr teilnehmendes Unternehmen zu veräußern. Die Hauptinsolvenzverwalter haben schlüssig dargetan, dass hierdurch mit hoher Wahrscheinlichkeit ein höherer Erlös für die in Frage stehenden Vermögenswerte erzielt werden kann, als wenn die Teilunternehmen der drei Gesellschaften getrennt, bzw. im Falle einer Zerschlagung zu Liquidationswerten verwertet würden. So würden bei isolierter Verwertung der schuldnerischen Vermögenswerte eingespielte Organisations- und Finanzierungsstrukturen innerhalb der M. Gruppe, aufgebrochen. Dies dürfte wiederum den aus dem Verkauf des Unternehmens erzielbaren Erlös zu Lasten der Gläubiger schmälern.“*

## Außenwahrnehmung

- *Breiter* u.a in „Konzentration zum „großen“ Insolvenzgericht – Der richtige Weg? ZInsO 2011, 860, 861

*„Die Gerichte haben kaum eine Möglichkeit, die Sanierung von Unternehmen zu erleichtern.“*

*„Es hat kein Beteiligter festgestellt, dass die Gerichte selbst, egal in welcher Größenordnung, die Unternehmenssanierungen bewerkstelligt hätten. Das ist auch nicht deren Aufgabe.“*

- *Uhlenbruck* in INDAT-Report 2011, Ausgabe 7 S. 20

*„Es stellt sich angesichts einiger erfolgreicher Unternehmenssanierungen die Frage, ob der angebliche Misserfolg der InsO als Sanierungsgesetz letztlich nicht auch von den Akteuren einschließlich der Rechtsanwender an den Gerichten abhängig gewesen ist.“*

## Außenwahrnehmung

- Dazu nochmals *Breiter u.a* (a.a.O. S. 861):

*„Bei der Erfahrung, dass bei vielen Rechtspflegerinnen und Rechtspflegern der Insolvenzplan nicht beliebt war und ist, ist verständlich, dass Verwalter, die wirtschaftlich von der Zuteilung von Verfahren abhängen, nicht unangenehm auffallen wollten.“*

## Außenwahrnehmung

*Kolbach/Ladyga/Zanthoff, INDAT-Report 2011, 22, 23:*

*„Oft weigern sich aber Unternehmer und Insolvenzgerichte, Sanierungsversuche zu unternehmen. ... Gerichte sperren sich gegen Aufträge zu Sanierungsgutachten und wünschen sich im Ergebnis den alten Zustand jahrelanger Insolvenzverschleppung zurück. Wenn gerade solche Unternehmer und Richter das neue Gesetzesvorhaben begrüßen und Verbesserungen in den Sanierungsmöglichkeiten fordern, ist dies aus der Sicht der Krankenkassen eine Ausrede. **Wenn sie wollten, könnten sie auch heute schon mehr für Sanierungen tun.**“*

Die Aussage im letzten Satz trifft, wie ich hoffe, nachgewiesen zu haben, uneingeschränkt zu!

## Fazit

- Bei einer Betriebsfortführung ist in erster Linie der (vorläufige) Insolvenzverwalter für den Sanierungserfolg verantwortlich.
- Ohne die Unterstützung der weiteren Akteure (Banken, Lieferanten) wird auch ein „guter“ vorläufiger Insolvenzverwalter nicht ein optimales Ergebnis erzielen können.
- Bei einer Betriebsfortführung (aber nicht nur) kann und sollte der Insolvenzrichter durch die „richtigen“ verfahrensleitenden Maßnahmen mit zum Sanierungserfolg beitragen.
- Besonderen Herausforderungen sieht sich der Richter durch das auf Grund des ESUG reformierte Plan- und Eigenverwaltungsverfahren ausgesetzt.  
Hier kann der Richter „segensreich“ oder destruktiv wirken.

Siehe dazu den Beitrag von:

*Andrew Seidl*; „Dailyer: Wer schützt das Insolvenzverfahren vor dem Richter?“ in: ZInsO 2012, 2285

**Meine Damen und Herren,**

**vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

# **Steuerliche Konsequenzen der Masse- generierung in der Betriebsfortführung**

Dr. Christoph Wäger

*Februar 2013*

## **Gliederung:**

<b>A. Insolvenz- und Umsatzsteuerrecht</b>	Seite 2
<b>B. Fallgruppen der Durchsetzung steuerrechtlicher Ansprüche</b>	Seite 4
I.    Insolvenzrechtliche Geltendmachung von Steueransprüchen aus Leistungen bis zur Insolvenzeröffnung	Seite 4
II.   Insolvenzrechtliche Geltendmachung von Steueransprüchen aus Leistungen nach Insolvenzeröffnung	Seite 7
III.  Bedeutung des Insolvenzverfahrens für bei Verfahrenseröffnung noch nicht abgeschlossene Besteuerungssachverhalte	Seite 8
<b>C. Sonderfragen</b>	Seite 13
I.    Eröffnungsverfahren	Seite 13
II.   Verwertung von Sicherheiten durch den Insolvenzverwalter	Seite 18

## A. Insolvenz- und Umsatzsteuerrecht

### Übersicht

- Ziele des Insolvenzverfahrens
- Ziele der Umsatzbesteuerung
- Bedeutung der Insolvenzeröffnung für die Durchsetzung von Steueransprüchen
- Bedeutung der Insolvenzeröffnung für das materiell-rechtliche Entstehen von Steueransprüchen

### Ziele des Insolvenzverfahrens

Das Insolvenzrecht dient nach § 1 Satz 1 InsO dazu,

„... die Gläubiger eines Schuldner gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt ... wird.“

Die Geltendmachung von Gläubigeransprüchen im Insolvenzverfahren richtet sich dabei danach, ob eine Insolvenzforderung (§ 38 InsO) oder eine Masseverbindlichkeit (§ 55 InsO) vorliegt.

### Ziele der Umsatzbesteuerung

**Besteuerungstatbestand** sind die vom Unternehmer im Inland gegen Entgelt ausgeführten Leistungen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG). Die Besteuerung erfolgt dabei im Regelfall nach dem **Sollprinzip** bereits mit Ablauf des Voranmeldungszeitraums (VZ) der Leistungserbringung.

**Belastungsgrund der Umsatzsteuer:** Es handelt sich um

„... eine allgemeine, zum Preis der Gegenstände und Dienstleistungen genau proportionale Verbrauchsteuer“ (Art. 1 MwStSystRL).

Die Umsatzsteuer ist eine **indirekte Steuer**, die zwar beim Unternehmer erhoben wird, aber nicht den Unternehmer, sondern den Verbraucher belastet. Es gilt der **Neutralitätsgrundsatz**, nach dem der Unternehmer durch die Steuer nicht belastet werden soll. Danach hat der Unternehmer das Entgelt zu versteuern, das er vom Kunden erhält. Im Übrigen erfolgt die steuerliche Entlastung bei Unternehmern, die steuerpflichtige Ausgangsleistungen erbringen, durch den **Vorsteuerabzug** (§ 15 UStG) für steuerpflichtige Eingangsleistungen. Der Unternehmer kann den Vorsteuerabzug stets nach dem Sollprinzip mit Leistungsbezug und Rechnungserhalt und damit unabhängig von der Zahlung in Anspruch nehmen. Die



Umsatzsteuer auf die steuerpflichtig erbrachten Ausgangsleistungen ist mit den abziehbaren Vorsteuerbeträgen zu saldieren. Dies gilt sowohl bei der **Steuerberechnung** für den jeweiligen VZ als auch bei der Steuerberechnung für das Kalenderjahr (§§ 16, 18 UStG).

### **Bedeutung der Insolvenzeröffnung für die Durchsetzung von Steueransprüchen**

Umsatzsteuerrechtlich gilt der Grundsatz der **Unternehmenseinheit** (§ 2 Abs. 1 Satz 2 UStG). Bei der insolvenzrechtlichen Durchsetzung von Steueransprüchen gegen das Unternehmen bestehen aber für den Fiskus keine Vorrechte (§ 251 AO). Das FA kann daher Steueransprüche wie andere Gläubiger auch nur als **Insolvenzforderung** oder **Masseverbindlichkeit** geltend machen. Liegen Insolvenzforderung und Masseverbindlichkeit im selben Besteuerungszeitraum vor, ist der Steueranspruch aufzuteilen.

Für diese Aufteilung kommt es auf die **einzelnen, den Steueranspruch bildenden Besteuerungsgrundlagen**, nicht aber auf die Steuerentstehung nach § 38 AO an. Dabei sind die Kriterien der §§ 38, 55 InsO auch für die **steuermindernden Besteuerungsgrundlagen** wie z.B. den Vorsteuerabzug maßgeblich. Dies beruht darauf, dass der Steueranspruch für den jeweiligen Besteuerungszeitraum von vornherein nur gemindert, um die abziehbaren Vorsteuerbeträge entsteht, die von der Steuer zwingend „abzusetzen“ (§ 16 Abs. 2 Satz 1 UStG, Art. 179 MwStSystRL) sind. Der Anspruch auf Vorsteuerabzug hat daher unselbständigen Charakter und kann z.B. nicht eigenständig abgetreten werden.<sup>1</sup> Die **Aufteilung wirkt** im Übrigen **nicht steuerbegründend**. So kommt es im Verhältnis zwischen Insolvenz- und Massebereich nicht zu einer Entnahmebesteuerung.

### **Bedeutung der Insolvenzeröffnung für das materiell-rechtliche Entstehen von Steueransprüchen**

Anders als die Aufteilung in Insolvenzforderung und Masseverbindlichkeit kann sich die **Insolvenzeröffnung auch auf das Entstehen von Steueransprüchen materiell-rechtlich auswirken**. So hat der Unternehmer z.B. den nach dem Sollprinzip in Anspruch genommenen Vorsteuerabzug aus bezogenen, aber nicht bezahlten Leistungen „mit“ Insolvenzeröffnung nach **§ 17 UStG** zu berichtigen. Durch die Insolvenzeröffnung kommt es aber zu **keiner Abkürzung von Besteuerungszeiträumen**.

---

<sup>1</sup> BFH v. 24.3.1983 V R 8/81, BStBl II 1983, 612.

## **B. Fallgruppen der Durchsetzung steuerrechtlicher Ansprüche**

### **I. Insolvenzrechtliche Geltendmachung von Steueransprüchen aus Leistungen bis zur Insolvenzeröffnung**

#### **Beispiel 1: Kalenderjahr vor Insolvenzeröffnung**

Über das Vermögen des Unternehmers U, der nur Bargeschäfte tätig, wird auf Antrag vom 2.1.02 am 15.1.02 das Insolvenzverfahren eröffnet.

In 01 beträgt die Steuer auf erbrachte Leistungen in den VZ Jan. bis Okt. jeweils 200 T€ und in den VZ Nov. und Dez. jeweils 0 €. Der Vorsteuerabzug beläuft sich in jedem VZ auf 100 T€.

Bei der Steuerberechnung ergibt sich somit für die VZ Jan. bis Okt. eine Steuer von jeweils 100 T€ und für die VZ Nov. und Dez. eine Steuervergütung von jeweils 100 T€. U gibt entsprechende Voranmeldungen ab, leistet aber keine Zahlungen an das FA.

Das FA rechnet gegen die Vergütungsansprüche aus den VZ Nov. und Dez. mit den Steueransprüchen VZ Sept. und Okt. auf und meldet die Steuer aus den VZ Jan. bis Aug. zur Insolvenztabelle an.

Der Insolvenzverwalter ist der Auffassung, dass die Verrechnung von Steuer und Vorsteuer, zumindest aber die Aufrechnung unzulässig sei.

#### **Umsatzsteuerrechtliche Beurteilung**

Für das Kalenderjahr 01 ist eine Umsatzsteuer von 800 T€ entstanden.

#### **Insolvenzrechtliche Beurteilung**

##### **Kein Fiskusprivileg**

Aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist das FA nicht mehr berechtigt, einen Steuerbescheid für das Kalenderjahr 01 zu erlassen (§ 251 AO).<sup>2</sup> Es bestehen für den Fiskus weder materiell-rechtliche noch verfahrensrechtliche Vorrechte (anders aber § 55 Abs. 4 InsO).

##### **Forderungsanmeldung**

Der Steueranspruch ist zur Insolvenztabelle (§§ 174 ff InsO) anzumelden. Dabei hat das FA nach BFH v. 24.11.2011<sup>3</sup> den **Steueranspruch für das Kalenderjahr zur Insolvenztabelle** anzumelden.

---

<sup>2</sup> Zulässig ist aber die Festsetzung einer Steuervergütung BFH v. 13.5.2009 XI R 63/07, BStBl II 2010, 11.

<sup>3</sup> BFH v. 24.11.2011 V R 13/11, BStBl II 2012, 298.

Die **Steuerberechnung** ist nach BFH v. 24.11.2011 **keine Aufrechnung**, so dass die §§ 94 ff InsO nicht gelten. Gegen das Vorliegen einer Aufrechnung spricht insbesondere, dass die Steuerberechnung von Gesetzes wegen vorzunehmen ist und es sich nicht um ein Gestaltungsrecht handelt.

Die Steuerberechnung ist nach BFH v. 24.11.2011 **nicht gläubigerbenachteiligend** i.S. von §§ 129 ff InsO. Hiergegen wird im Schrifttum angeführt, dass sich die Gläubigerbenachteiligung bereits aus der bloße Verrechnung von Steuer und Vorsteuer ergebe, durch die die Gläubiger benachteiligt würden; ohne diese Verrechnung sei die Steuer zur Tabelle anzumelden und die Vorsteuer an die Masse auszus zahlen.<sup>4</sup>

Demgegenüber ist m.E. zwischen **Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung zu trennen**. Die Rechtshandlung Erbringung oder Bezug einer entgeltlichen Leistung ist für sich genommen nicht gläubigerbenachteiligend, da der Unternehmer z.B. bei Ausgangsleistungen nur das vom Kunden (bis zur Insolvenzeröffnung) vereinnahmte Entgelt zu versteuern hat. Die von Gesetzes wegen vorzunehmende Steuerberechnung ist keine Rechtshandlung (und im Hinblick auf die Neutralität der Umsatzsteuer auch nicht gläubigerbenachteiligend).

### **Bedeutung der Aufrechnung durch FA**

Eine Aufrechnung zwischen **Steueransprüchen aus unterschiedlichen Kalenderjahren** (Besteuerungszeiträumen) kann nach BFH v. 2.10.2011<sup>5</sup> gegen das Aufrechnungsverbot wegen Insolvenzanfechtbarkeit nach **§ 96 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. §§ 129 ff InsO** verstoßen.

Dies gilt aber nicht für eine **unterjährige Aufrechnung zwischen Ansprüchen aus verschiedenen VZ eines Kalenderjahres**. Nach BFH v. 25.7.2012<sup>6</sup> **erledigt sich** eine derartige **Aufrechnung mit Ablauf des Kalenderjahres**, so dass es auf die insolvenzrechtlichen Aufrechnungsbeschränkungen nicht ankommt. Ein zur Aufrechnung ergangener Abrechnungsbescheid wird gegenstandslos. Seine Bedeutung beschränkt sich auf die Feststellung, dass keine Vergütungsansprüche aus einzelnen VZ bestehen.

---

<sup>4</sup> Kahlert/Onusseit DStR 2012, 334 ff, 338 f.

<sup>5</sup> BFH v. 2.10.2011 VII R 6/10, BStBl II 2011, 374.

<sup>6</sup> BFH v. 25.7.2012 VII R 44/10, ZIP 2012, 2220.

### **Abwandlungen zu Fall 1: Wirkung des Tabelleneintrags**

Das FA meldet eine Umsatzsteuer von 800 T€ zur Insolvenztabelle an. Mangels Widerspruch wird die Forderung in die Tabelle eingetragen.

**Fall A:** Der Insolvenzverwalter stellt fest, dass U die in den Voranmeldungen erfassten Ausgangsleistungen zu hoch angesetzt hat, um einen zusätzlichen Bankkredit zu erhalten. Nach Korrektur der fiktiven Umsätze ergibt sich nur noch eine Umsatzsteuer von 500 T€.

**Fall B:** Das FA stellt fest, dass U nicht alle Ausgangsleistungen erfasst hat. Die zutreffende Umsatzsteuer beläuft sich auf 900 T€.

Nach **§ 178 Abs. 3 InsO** wirkt die

„Eintragung in die Tabelle ... für die festgestellten Forderungen ihrem Betrag und ihrem Rang nach wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber dem Insolvenzverwalter und allen Insolvenzgläubigern.“

#### **Fall A**

Werden zur Insolvenztabelle angemeldete Ansprüche aus dem Schuldverhältnis ohne Widerspruch in die Tabelle eingetragen, kommt nach BFH v. 24.11.2011<sup>7</sup> der **Eintragung dieselbe Wirkung wie der beim Bestreiten vorzunehmenden Feststellung** gemäß § 185 InsO i.V.m. § 251 Abs. 3 AO zu. Der Tabelleneintrag kann daher wie die Feststellung unter den Voraussetzungen des § 130 AO geändert werden.

Die Rücknahme nach § 130 Abs. 1 AO steht im Ermessen des FA. Dabei kann eine Änderung abgelehnt werden, wenn ein rechtzeitiger Widerspruch möglich gewesen wäre und keine besonderen Umstände vorliegen, die einer rechtzeitigen Rechtsverfolgung billigerweise entgegenstehen.

#### **Fall B**

Eine Änderung des Tabelleneintrags zugunsten des FA kommt nach § 130 Abs. 2 Nr. 3 AO<sup>8</sup> zumindest dann in Betracht, wenn der Tabelleneintrag durch unrichtige oder unvollständige Angaben erwirkt wurde.

Weitergehend kann man auch darauf abstellen, dass der Tabelleneintrag lediglich die positive Feststellung des Anspruchs in angemeldeter Höhe bewirkt, hieraus aber keine weitergehende negative Feststellung folgt.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> BFH v. 24.11.2011 V R 13/11, BStBl II 2012, 298.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu BFH v. 22.8.2006 I R 42/05, BFH/NV 2007, 404.

<sup>9</sup> BGH v. 19.1.2012 IX ZR 4/11, ZIP 2012, 537.

## II. Insolvenzrechtliche Geltendmachung von Steueransprüchen aus Leistungen nach Insolvenzeröffnung

### Beispiel 2: Masseverwertung

Insolvenzverwalter I kann das Unternehmen eines Spielwarenherstellers nicht fortführen und stellt den Geschäftsbetrieb ein. Er veräußert die zum Betriebsvermögen gehörenden Maschinen und das Betriebsgrundstück.

**Abwandlung:** I hält die Fortführung nicht für sinnvoll, kann aber das gesamte Betriebsvermögen an den Erwerber E verkaufen, der das Unternehmen fortführen will.

### Entstehung des Steueranspruchs

Die Lieferung beweglicher Gegenstände ist auch im Rahmen der Zerschlagung eines Unternehmens steuerpflichtig.

Besonderheiten gelten für Grundstücksübertragungen, die grundsätzlich steuerfrei sind (§ 4 Nr. 9 Buchst. a UStG). Sind in den letzten zehn Jahren vor der Veräußerung Investitionen vorgenommen worden, kann es aufgrund der Steuerfreiheit der Übertragung zu einer Vorsteuerberichtigung (§ 15a UStG; s. hierzu Beispiel 5) kommen. Bei einer Übertragung an einen anderen Unternehmer kann sich daher ein Verzicht auf die Steuerfreiheit (§ 9 UStG) empfehlen, aufgrund der die Übertragung steuerpflichtig wird. Steuerschuldner ist dann der Erwerber (§ 13b UStG).

### Insolvenzrechtliche Beurteilung

Erbringt der Insolvenzverwalter in der Insolvenz eines Unternehmers steuerpflichtige Leistungen, handelt er im Rahmen der Verwaltung und Verwertung der Masse. Bei der dann entstehenden Umsatzsteuer handelt es sich um eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

### Abwandlung

Die Übertragung eines gesamten Unternehmens ist nach § 1 Abs. 1a UStG als Geschäftsveräußerung nicht steuerbar.<sup>10</sup> Die Frage nach der Insolvenzzrechtlichen Beurteilung entfällt dann.

---

<sup>10</sup> Gleiches gilt für die Veräußerung vermieteter Immobilien, die gleichfalls zu einer nach § 1 Abs. 1a UStG nichtsteuerbaren Geschäftsveräußerung führt, vgl. z.B. BFH v. 30.4.2009 V R 4/07, BStBl II 2010, 863.

### **III. Bedeutung des Insolvenzverfahrens für bei Verfahrenseröffnung noch nicht abgeschlossene Besteuerungssachverhalte**

#### **Beispiel 3: Altverbindlichkeiten**

Über das Vermögen des Unternehmers U wird am 15.1.02 das Insolvenzverfahren eröffnet. U hatte vor der Insolvenzeröffnung in 01 steuerpflichtige Leistungen bezogen, ohne diese zu bezahlen.

Für eine noch in 01 unter Eigentumsvorbehalt bezogene Lieferung wählt der Insolvenzverwalter I im Februar 02 Vertragserfüllung (§ 103 InsO) und veranlasst die noch ausstehende Restzahlung.

#### **1. Vorsteuerabzug in 01**

**Entstehung des Steueranspruchs:** U nimmt den Vorsteuerabzug mit Leistungsbezug und Rechnungszugang in Anspruch. Die Lieferung liegt trotz des Eigentumsvorbehalts bereits mit der Übergabe vor. Auf die Entrichtung des Entgelts kommt es für den Vorsteuerabzug nicht an.

#### **2. Erste Berichtigung im Januar 02**

**Entstehung des Steueranspruchs:** U hat den in Anspruch genommenen Vorsteuerabzug „mit“ und damit eine juristische Sekunde vor der Insolvenzeröffnung gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 1 UStG zu berichtigen.<sup>11</sup>

**Insolvenzrechtliche Beurteilung:** Diese Berichtigung ist im Insolvenzbereich des § 38 InsO vorzunehmen und erhöht daher die Insolvenzforderung für den VZ Januar 01.<sup>12</sup>

#### **3. Zweite Berichtigung im Februar 02**

**Entstehung des Steueranspruchs:** I ist berechtigt, im Umfang der Zahlung der Restentgelte den Vorsteuerabzug nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 UStG in Anspruch zu nehmen.<sup>13</sup>

**Insolvenzrechtliche Beurteilung:** Der Vorsteuerabzug mindert den als Masseverbindlichkeit anzusehenden Steueranspruch aus anderen z.B. im Februar 02 erbrachten Leistungen.

---

<sup>11</sup> BFH v. 13.11.1986 V R 59/79, BStBl II 1987, 226.

<sup>12</sup> BFH v. 13.11.1986 V R 59/79, BStBl II 1987, 226 und v. 24.11.2011 V R 13/11, BStBl II 2012, 298.

<sup>13</sup> BFH v. 22.10.2008 V R 14/08, BStBl II 2010, 373.

### **Beispiel 4: Altforderungen**

U unterliegt der Sollbesteuerung. Das Insolvenzverfahren wird am 15.1.02 eröffnet. U hatte in 01 steuerpflichtige Leistungen erbracht, ohne die Vergütung bis zur Insolvenzeröffnung zu vereinnahmen. Erst der Insolvenzverwalter zieht die ausstehenden Entgelte im Februar 02 ein. Ist es von Bedeutung, ob U die Leistungen in 01 „versteuert“ hat ?

#### **1. Steuerentstehung in 01**

**Entstehung des Steueranspruchs:** U hat seine Leistungen i.R. der Sollbesteuerung für den jeweiligen VZ der Leistungserbringung zu versteuern, ohne dass es auf eine Entgeltvereinnahmung ankommt.

#### **2. Erste Berichtigung im Januar 02**

**Entstehung des Steueranspruchs:** Die dem U zustehenden Entgelte aus den bis zur Verfahrenseröffnung erbrachten, aber unbezahlt gebliebenen Leistungen werden „mit“ und damit eine juristische Sekunde vor der Insolvenzeröffnung gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 1 UStG uneinbringlich, da die Vereinnahmungsbefugnis von U auf den Insolvenzverwalter übergeht.<sup>14</sup>

**Insolvenzrechtliche Beurteilung:** Die Berichtigung ist im Insolvenzbereich des § 38 InsO vorzunehmen und daher bei der Berechnung der Insolvenzforderung für den VZ Januar 01 zu berücksichtigen.<sup>15</sup> Entsteht hierdurch ein Vergütungsanspruch, ist das FA zur Aufrechnung befugt.

#### **3. Zweite Berichtigung im Februar 02**

**Entstehung des Steueranspruchs:** Mit der Forderungsvereinnahmung durch I entsteht der Steueranspruch i.R. einer zweiten Berichtigung nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 UStG neu.

**Insolvenzrechtliche Beurteilung:** Die Vereinnahmung der Altforderungen gehört zur Masseverwaltung, so dass eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO vorliegt.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> BFH v. 9.12.2010 V R 22/10, BStBl II 2011, 996; v. 24.11.2011 V R 13/11, BStBl II 2012, 298; dabei kommt es nicht zu einer korrespondierenden Berichtigung beim Leistungsempfänger (UStAE 17.1 Abs. 14).

<sup>15</sup> BFH v. 9.12.2010 und v. 24.11.2011; dem steht BFH v. 25.7.2012 VII R 29/11, DStR 2012, 2278 nicht entgegen, da das FA --entgegen der BFH-Rspr., aber bestandskräftig-- den Berichtigungsanspruch aufgrund Uneinbringlichkeit erst für einen Zeitraum nach Insolvenzeröffnung erfasste.

<sup>16</sup> Ebenso für die Istbesteuerung BFH v. 29.1.2009 V R 64/07, BStBl II 2009, 682.

### **Abwandlung zu Beispiel 4: Eigenverwaltung**

Wie Beispiel 4, bei Insolvenzeröffnung wird aber Eigenverwaltung (§ 270 InsO) angeordnet.

#### **Keine BFH-Rechtsprechung**

Zur Frage, ob Entgelte, die der Unternehmer für die von ihm erbrachten Leistungen bis zur Insolvenzeröffnung noch nicht vereinnahmt hat, auch im Fall der Eigenverwaltung mit Verfahrenseröffnung uneinbringlich werden, so dass eine nachfolgende Entgeltvereinnahmung zum Entstehen einer Masseverbindlichkeit führt, liegt (noch) keine BFH-Rechtsprechung vor.

#### **Argumente**

Für die Annahme einer Uneinbringlichkeit selbst in diesem Fall könnte sprechen, dass

- auch bei Anordnung der Eigenverwaltung die Entgelte aus den Leistungsbezügen des Unternehmers (Beispiel 3) uneinbringlich werden und der BFH unbezahlte Eingangs- und Ausgangsleistungen gleichbehandelt sowie dass
- auch bei der Eigenverwaltung Masseverbindlichkeiten entstehen können<sup>17</sup>.

Gegen die Annahme einer Uneinbringlichkeit kann angeführt werden, dass der BFH die Uneinbringlichkeit der Entgelte aus den vom Unternehmer erbrachten Leistungen maßgeblich auf die **Änderung bei der Vereinnahmungszuständigkeit** stützt. Die Uneinbringlichkeit ist danach als **materiell-rechtliche Folge** der Insolvenzeröffnung anzusehen. Hieran fehlt es im Fall der Eigenverwaltung.

---

<sup>17</sup> Vgl. Wittig/Tetzlaff, in Müko, InsO, 2. Aufl. 2008, § 270 Rn. 73.



### **Beispiel 5: Berichtigung nach § 15a UStG**

U errichtet in 01 ein Gebäude und nimmt den Vorsteuerabzug entsprechend der Verwendung (steuerfreie Vermietung 40% und steuerpflichtige Vermietung 60%) in Anspruch. In 05 wird das Insolvenzverfahren eröffnet. Alle Mieter ziehen aus. Insolvenzverwalter I veräußert steuerfrei.

**Abwandlung:** I veräußert das Grundstück steuerpflichtig (§ 9 UStG).

#### **Entstehung des Steueranspruchs**

Veräußert I steuerfrei, kommt es zur Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG (s. oben Beispiel 2).

#### **Insolvenzrechtliche Beurteilung**

Ob der Berichtigungsanspruch Insolvenzforderung oder Masseverbindlichkeit ist, richtet sich danach, ob der ihn begründende **Tatbestand** nach den steuerrechtlichen Vorschriften vor oder erst nach Insolvenzeröffnung **vollständig verwirklicht und abgeschlossen** ist.<sup>18</sup> § 15a UStG ist ein eigenständiger Tatbestand und keine bloße Rückgängigmachung eines zuvor in Anspruch genommenen Vorsteuerabzugs. Verwirklicht wird der Tatbestand erst aufgrund der Veräußerung durch den Insolvenzverwalter i.R. der Masseverwertung, so dass eine **Masseverbindlichkeit** vorliegt.<sup>19</sup>

#### **Abwandlung**

**Entstehung des Steueranspruchs:** Veräußert I steuerpflichtig, entsteht der Berichtigungsanspruch nach § 15a UStG zugunsten der Masse.

**Rechtsprechungsänderung zu § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO:** Der BFH stellt

- **nicht** mehr auf die **Verwirklichung des ursprünglichen Steueranspruchs**, auf den sich die Berichtigung bezieht<sup>20</sup>,
- sondern auf die **Verwirklichung des materiell-rechtlichen Berichtigungstatbestands** ab, so dass es auf die Begründung der zu berichtigenden Steuerforderung nicht ankommt<sup>21</sup>.

Damit wird die Berichtigung in beiden Fällen insolvenzrl. gleichbehandelt.

---

<sup>18</sup> Nach BGH v. 7.4.2005 IX ZB 195/03, ZInsO 2005, 484 und v. 7.4.2005 IX ZB 129/03, ZInsO 2005, 537 kommt es auf den Abschluss des anspruchsbegründenden Tatbestands bis zur Verfahrenseröffnung an.

<sup>19</sup> BFH v. 8.3.2012 V R 24/11, BStBl II 2012, 466.

<sup>20</sup> BFH v. 16.1.2007 VII R 7/06, BStBl II 2007, 745.

<sup>21</sup> BFH v. 25.7.2012 VII R 29/11, DStR 2012, 2278.

### **Beispiel 6: Rechnung des vorläufigen Insolvenzverwalters**

Am 1.10.01 wird für U der vorläufige Insolvenzverwalter I bestellt, am 2.1.02 wird das Insolvenzverfahren mit I als Verwalter eröffnet. Im Jan 02 werden noch Umsätze ausgeführt, die zu einer Steuer von 100 T€ führen. I stellt am 31.1.02 den Geschäftsbetrieb ein.

Am 25.1.02 erteilt I eine Rechnung für seine Tätigkeit als vorläufiger Verwalter über 100 T€ zzgl. USt von 19 T€.

**Abwandlung 1:** Im Jan 02 werden keine Umsätze mehr ausgeführt. Das FA erklärt die Aufrechnung mit USt 01.

**Abwandlung 2:** I erteilt keine Rechnung, sondern nimmt den Vorsteuerabzug aufgrund der Festsetzung des Insolvenzgerichts in Anspruch.

Für den VZ Jan 02 ergibt sich eine Steuerschuld von 81 T€. Dabei handelt es sich um eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 UStG. Der Vorsteuerabzug ist nach der BFH-Rechtsprechung insolvenzrechtlich im Massebereich des § 55 InsO vorzunehmen.<sup>22</sup>

#### **Abwandlung 1:**

**Bisherige Beurteilung:** Es entsteht ein **Vergütungsanspruch**, gegen den der BFH früher die Aufrechnung als zulässig ansah, da die Aufrechnungsverbote nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 InsO nicht vorlägen.<sup>23</sup>

**Neubeurteilung:** Nunmehr bejaht der BFH aber die Anwendung beider Aufrechnungsverbote. Die Aufrechnung durch das FA ist danach als anfechtbare Rechtshandlung (**§ 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO**) unzulässig.<sup>24</sup>

#### **Abwandlung 2:**

Der **Beschluss des Insolvenzgerichts** gemäß § 64 InsO zur Festsetzung des Vergütungsanspruchs des Insolvenzverwalters ist nach BFH v. 26.9.2012<sup>25</sup> **keine Rechnung** (eines Dritten i.S. des § 14 Abs. 2 Satz 4 UStG), die zum Vorsteuerabzug berechtigt.

---

<sup>22</sup> BFH v. 14.5.1998 V R 74/97, BStBl II 1998, 634.

<sup>23</sup> BFH v. 16.11.2004 VII R 75/03, BStBl II 2006, 193.

<sup>24</sup> BFH v. 2.11.2010 VII R 6/10, BStBl II 2011, 374.

<sup>25</sup> BFH v. 26.9.2012 V R 9/11, BFHE nn.

## C. Sonderfragen

### I. Eröffnungsverfahren

#### 1. Leistungen im Eröffnungsverfahren

##### **Beispiel 7: Betriebsfortführung**

U betreibt eine Bäckerei und eine Ferienpension. Am 1.2.02 wird I als vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt. I ist mit der Fortführung der Bäckerei einverstanden, nicht aber auch mit der Fortführung der Pension.

Am 1.4.02 wird das Insolvenzverfahren eröffnet. In den VZ Februar und März 02 betragen die Entgelte der Bäckerei jeweils 10.000 € (USt: 700 €) und die der Ferienpension jeweils 5.000 € (USt: 350 €). Die abziehbaren Vorsteuerbeträge in der Bäckerei belaufen sich in beiden VZ auf jeweils 100 €. Für den Pensionsbetrieb entstanden keine Vorsteuerbeträge. Die Voranmeldung für Februar 02 wird am 10.3.02 abgegeben.

#### **Entstehung des Steueranspruchs**

Für beide VZ entsteht eine Steuerschuld von jeweils 950 €, hiervon entfallen auf den Betrieb der Bäckerei 600 € und auf die Ferienpension 350 €. Nach dem Grundsatz der Unternehmenseinheit (§ 2 Abs. 1 Satz 2 UStG) sind beide Betriebe Teil eines einheitlichen Unternehmens.

#### **Insolvenzrechtliche Beurteilung**

Nach § 55 Abs. 4 InsO gelten

„**Verbindlichkeiten** des Insolvenzschuldners **aus dem Steuerschuldverhältnis**, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder **vom Schuldner mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters begründet** worden sind, ... nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeit.“

§ 55 Abs. 4 InsO stellt anders als § 55 Abs. 1 InsO weder auf Handlungen des Verwalters noch auf die Verwaltung der (noch fehlenden) Masse ab.

Maßgeblich ist wohl die **Zustimmung zur Begründung der dem Steueranspruch zugrunde liegenden Besteuerungsgrundlagen**. Unerheblich ist danach, ob eine Zustimmungsbedürftigkeit zu Verfügungen i.S. von § 22 Abs. 2 InsO besteht.

Es ist dann hinsichtlich der VZ des Eröffnungsverfahrens für die **einzelnen Besteuerungsgrundlagen** (Ausgangsumsätze, abziehbare Vorsteuerbeträge und Berichtigungsbeträge) zu prüfen, ob die **Voraussetzungen des § 55 Abs. 4 InsO vorliegen**. Diese Besteuerungsgrundlagen sind --

ebenso wie bei der Berechnung der Umsatzsteuer als Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 InsO-- für Zwecke der sich für den jeweiligen VZ ergebenden Masseverbindlichkeit miteinander zu saldieren.<sup>26</sup> Damit handelt es sich aufgrund der späteren Verfahrenseröffnung **nur bei der für den Betrieb der Bäckerei entstandenen Umsatzsteuer** (600 €) um eine **Masseverbindlichkeit**, während die Umsatzsteuer für die Ferienpension (350 €) eine Insolvenzforderung ist.

## **Verfahrensrechtliche Folgen**

### **Steuerbescheid liegt bereits vor (VZ Februar 02)**

Liegt für einen VZ der vorläufigen Verwaltung bereits ein Steuerbescheid (aufgrund Voranmeldung nach § 168 AO) vor, lässt die Finanzverwaltung für die Durchsetzung der in der Steuerfestsetzung enthaltenen Masseverbindlichkeit ein Leistungsgebot ausreichen, gegen das der Insolvenzverwalter Einspruch einlegen kann.<sup>27</sup> Ob dies zutrifft, ist fraglich.

Zu beachten ist, dass ein Steuerbescheid, der für einen VZ des Eröffnungsverfahrens vor Insolvenzeröffnung ergangen ist, **keine Regelung** zur Frage enthält, inwieweit es sich bei dem **Steueranspruch um eine Insolvenzforderung oder eine Masseverbindlichkeit** handelt. Daher ist das FA m.E. zum Erlass eines Änderungsbescheids befugt, mit dem es festlegt, in welchem Umfang es sich bei dem Steueranspruch (950 €) um eine vollstreckbare Masseverbindlichkeit (600 €) handelt. Zugleich kann man das FA als berechtigt ansehen, einen Feststellungsbescheid nach § 251 Abs. 3 AO zu erlassen, mit dem klargestellt wird, in welchem Umfang korrespondierend dazu eine Insolvenzforderung (350 €) vorliegt. Folgt man dem, können **Säumniszuschläge** (§ 240 AO) gegen die Masse erst ab Erlass des Änderungsbescheides entstehen.

### **Steuerbescheid fehlt (VZ März 02)**

Der Steuerbescheid kann nur noch für die Masseverbindlichkeit ergehen, im Übrigen ist m.E. der Erlass eines Feststellungsbescheides zulässig. Eine Steueranmeldung kann im Übrigen nicht mehr zu einer Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung führen.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Zutreffend BMF v. 17.1.2012, BStBl II 2012, 120, Rn. 31.

<sup>27</sup> BMF v. 17.1.2012, BStBl II 2012, 120, Rn. 35 und 37 ff.

<sup>28</sup> BFH v. 24.11.2011 V R 13/11, BStBl II 2012, 298.

## 2. Bei Insolvenzeröffnung unbezahlte Leistungen

### Beispiel 8: Offene Forderungen

U unterliegt der Sollbesteuerung. Am 1.2.02 wird I als vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt. Er stimmt der Fortsetzung des Geschäftsbetriebs zu. Am 1.3.02 wird das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Entgelte für die im Januar 02 erbrachten Leistungen werden im Februar und März 02 vereinnahmt (Fall A).

Die Entgelte für die im Februar 02 erbrachten Leistungen werden im Februar und März 02 vereinnahmt (Fall B).

#### Fall A (Leistungserbringung Januar)

**Vereinnahmung Februar:** Die Bestellung des vorläufigen Verwalters führt --anders als die Insolvenzeröffnung (s. oben Beispiel 4)-- nicht zu einer Uneinbringlichkeit offener Entgelte.<sup>29</sup> Soweit I Entgelte aus Altforderungen i.R. der Sollbesteuerung vereinnahmt, entsteht --trotz späterer Insolvenzeröffnung-- keine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 4 InsO.

**Vereinnahmung März:** Die bei Insolvenzeröffnung noch offenen Entgelte aus Altforderungen vor Bestellung des vorläufigen Verwalters werden mit Insolvenzeröffnung uneinbringlich und führen zu einer Steuerberichtigung nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 UStG im Insolvenzbereich des § 38 InsO. § 55 Abs. 4 InsO gilt nicht, da die Berichtigung ohne Zustimmung erfolgt.<sup>30</sup> Die Vereinnahmung durch den Insolvenzverwalter begründet eine zweite Berichtigung als Masseverbindlichkeit (wie Beispiel 4).

#### Fall B (Leistungserbringung Februar)

Die Leistungen begründen mit Verfahrenseröffnung eine Masseverbindlichkeit (§ 55 Abs. 4 InsO). Auf den **Zeitpunkt der Vereinnahmung** vor oder nach Insolvenzeröffnung **kommt es nicht an**. Bei Insolvenzeröffnung noch nicht vereinnahmte Entgelte werden nicht uneinbringlich<sup>31</sup>, da es zu keinem Wechsel in der Vereinnahmungszuständigkeit kommt.

---

<sup>29</sup> Dobler, ZinsO 2012, 208 ff, 209; Wäger, DStR 2011, 1925, 1930 f.

<sup>30</sup> Zutreffend BMF v. 17.1.2012, BStBl II 2012, 120, Rn. 12.

<sup>31</sup> Zutreffend Abschn. 17.1. Abs. 13 UStAE; BMF v. 17.1.2012, BStBl II 2012, 120, Rn. 14.

### **Abwandlung 1 zu Beispiel 8:**

Wie Beispiel 8, I wird aber als vorläufig starker Verwalter bestellt.

Die Finanzverwaltung bejaht im Fall des vorläufig starken Insolvenzverwalters die Uneinbringlichkeit der Altforderungen mit der Verwalterbestellung.<sup>32</sup> Dies entspricht m.E. nicht der BFH-Rechtsprechung. So hat der BFH<sup>33</sup> die Uneinbringlichkeit der Entgelte aus Leistungsbezügen des insolventen Unternehmers im Anwendungsbereich des § 103 InsO darauf gestützt, dass nach den Verhältnissen der Verfahrenseröffnung über die Uneinbringlichkeit abschließend zu entscheiden ist und es daher nicht auf erst später verwirklichte Umstände ankommen kann. Im Zeitpunkt der Bestellung des vorläufigen Verwalters steht aber nicht fest, ob es später zu einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der sich daraus ergebenden Aufteilung in Insolvenzforderung und Masseverbindlichkeit kommen wird.

### **Abwandlung 2 zu Beispiel 8:**

Wie Beispiel 8, das Gericht bestellt aber keinen vorläufigen Insolvenzverwalter, sondern einen vorläufigen Sachwalter (§ 270a Abs. 1 Satz 2 InsO). Es ordnet zudem an, dass Masseverbindlichkeiten begründet werden können.

Aus der Anordnung, Masseverbindlichkeiten begründen zu können, folgt gemäß § 270b Abs. 3 InsO die Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO, nicht aber auch die Anwendung § 55 Abs. 4 InsO.

Sieht man § 55 Abs. 4 InsO als gegenüber § 55 Abs. 2 InsO spezielle Regelung für Verbindlichkeiten aus dem Steuerschuldverhältnis an, ist die Umsatzsteuer, die für umsatzsteuerpflichtige Leistungen im Eröffnungsverfahren entsteht, für das kein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wird, keine Masseverbindlichkeit.

---

<sup>32</sup> Abschn. 17.1 Abs. 12 UStAE; a.M. Wäger DStR 2011, 1925, 1930 f.

<sup>33</sup> BFH v. 22.10.2008 V R 14/08, BStBl II 2010, 373.

### 3. Steuer im Kalenderjahr der Insolvenzeröffnung

#### **Fall 9: Insolvenzrechtliche Geltendmachung**

Am 1.5.01 wird für U ein vorläufiger Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt, der mit der Fortführung der Unternehmenstätigkeit einverstanden ist. Am 1.9.01 wird das Insolvenzverfahren eröffnet.

**Fall A:** Die Umsatzsteuer beläuft sich für jeden VZ auf 100 T€.

**Fall B:** U gibt ab 1.5. das Inlandgeschäft auf und liefert danach Ware nur noch steuerfrei in das Ausland. Für die VZ Mai bis Dez. ergibt sich daher jeweils ein Vergütungsanspruch von 100 T€.

**Fall C:** U lieferte bis zum 30.4. nur steuerfrei in das Ausland. Es ergab sich jeweils ein Vergütungsanspruch von 100 T€. Ab 1.5. ist U nur steuerpflichtig im Inlandsgeschäft tätig.

**Fall D:** U ist ausschließlich im Auslandsgeschäft tätig. Es ergibt sich für jeden VZ ein Vergütungsanspruch von 100 T€.

#### **Fall A (Steueranspruch gegen Insolvenz- und Massebereich)**

Der Steueranspruch für das Kalenderjahr von 1,2 Mio. € ist in Insolvenzforderung (400 T€) und Masseverbindlichkeit (800 T€) aufzuteilen. Die Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 4 InsO gehört zum Massebereich.

#### **Fall B (Steuer im Insolvenzbereich und Vergütung für Masse)**

Es ergibt sich ein Vergütungsanspruch von 400 T€. Es handelt sich um eine Insolvenzforderung von 400 T€ und eine Steuervergütung für den Massebereich von 800 T€. Eine Aufrechnung ist nicht möglich.

#### **Fall C (Vergütung für Insolvenzbereich und Steuer gegen Masse)**

Für das Kalenderjahr entsteht ein Steueranspruch von 400 T€. Vorinsolvenzrechtlich entsteht ein Vergütungsanspruch von 400 T€ und eine Masseverbindlichkeit von 800 T€. Der Vergütungsanspruch kann auch nach Insolvenzeröffnung durch Steuerbescheid festgesetzt werden.<sup>34</sup>

#### **Fall D (Vergütungsanspruch für Insolvenz- und Massebereich)**

Es entsteht ein Vergütungsanspruch von 1,2 Mio. T€, der sowohl auf den Insolvenzbereich (400 T€) als auch für den Massebereich (800 T€). Es dürfte vorzugswürdig sein, zwei Vergütungsbescheide zu erlassen.

---

<sup>34</sup> BFH v. 13.5.2009 XI R 63/07, BStBl II 2010, 11.

## II. Verwertung von Sicherheiten durch den Insolvenzverwalter

### 1. Verwertung von Grundstücken im Insolvenzfall

#### Beispiel 10: Kalte Zwangsvollstreckung

Unternehmer U erhält von seiner Bank ein Darlehen i.H.v. 1,1 Mio. € und bestellt als Sicherheit ein Grundpfandrecht an einem Unternehmensgrundstück. U zahlt die vereinbarten Zinsen, kann aber das Darlehen nicht zurückzahlen. Die Bank kündigt das Darlehen und stellt Insolvenzantrag.

Nach Verfahrenseröffnung vereinbaren die Bank und der Insolvenzverwalter I, dass das Grundstück freihändig veräußert werden soll. Falls der Veräußerungserlös für die Tilgung des Darlehensanspruchs nicht ausreicht, soll I berechtigt sein, 5 % des Kaufpreises als Massekostenbeitrag für die Mühen der Veräußerung einzubehalten.

I verkauft das Grundstück für 1 Mio. € und behält 50 T€ ein. Die Bank meldet ihre Restforderung von 150 T€ zur Insolvenztabelle an.

**Abwandlung:** Für den Fall, dass der Veräußerungserlös für die Darlehenstilgung nicht ausreicht, vereinbaren I und Bank zusätzlich, dass die Bank in Höhe des Massekostenbeitrags auf ihren Darlehensanspruch verzichtet. U behält wiederum 50 T€ ein, im Insolvenzverfahren meldet die Bank nur 100 T€ zur Insolvenztabelle an.

#### Geschäftsbesorgung nach BFH-Rechtsprechung

Neben der steuerfreien Grundstückslieferung liegt nach der BFH-Rechtsprechung<sup>35</sup> auch eine Geschäftsbesorgungsleistung des Eigentümers an den Grundpfandgläubiger vor. Zwar handelt der Eigentümer **im eigenen Namen und auf eigene Rechnung**, nicht aber für Rechnung der grundpfandberechtigten Bank. Dies ergibt sich zwingend aus einer Parallelbeurteilung im **Grunderwerbsteuerrecht**. Der BFH verneint dort eine Verwertung auf Rechnung des Grundpfandberechtigten i.S. von § 1

---

<sup>35</sup> BFH v. 28.7.2011 V R 28/09, UR 2011, 855 zur freihändigen Veräußerung durch den Insolvenzverwalter des Eigentümers.



Abs. 2 GrEStG, wenn der Eigentümer mit Einverständnis des Grundpfandberechtigten freihändig verwertet.<sup>36</sup>

Gleichwohl soll eine Geschäftsbesorgungsleistung vorliegen, die darin besteht, dass der Eigentümer dem Grundpfandgläubiger den Vorteil eines freihändigen Verkaufs einräumt, bei dem ein höherer Verwertungserlös als bei einer Zwangsversteigerung erzielt werden kann. Diesen Vorteil kann der **Grundpfandgläubiger, der aus eigenem Recht nur eine Zwangsversteigerung erreichen kann**, anderweitig nicht erhalten.

Nach der BFH-Rechtsprechung kommt es für die **Entgeltlichkeit** der Geschäftsbesorgung nicht darauf an, ob der Grundpfandgläubiger nur auf die **Herausgabe des Kaufpreises teilweise verzichtet** oder ob er weitergehend einen teilweisen Forderungsverzicht hinsichtlich des gesicherten Rückzahlungsanspruchs ausspricht. **Grundfall und Abwandlung** sind dann gleich zu behandeln.

### **Kritik**

Liegt entsprechend der BFH-Rechtsprechung kein Handeln auf Rechnung der Bank vor, ist m.E. fraglich, ob gleichwohl eine **Geschäftsbesorgung für den Grundpfandgläubiger** angenommen werden kann. Das Argument, dass der Grundstückseigentümer (oder sein Insolvenzverwalter) der Bank den Vorteil einer freihändigen Veräußerung als eigenständige Leistung zuwende, da die die Bank diesen Vorteil ohne die Tätigkeit des Insolvenzverwalters nicht erlangen könne, erscheint nicht zwingend.

Zweifel bestehen m.E. auch im Hinblick auf die Annahme eines **Entgelts**. Der BFH sieht die Berechtigung zum Einbehalt eines Teils des Kaufpreises als Entgelt an. Eine unentgeltliche Leistung, die nichtsteuerbar ist, soll aber vorliegen, wenn der **Verwertungserlös die zu tilgende Forderung übersteigt**. Kann danach das Vorliegen eines Entgelts nur im Zusammenhang mit dem dem Grundpfandrecht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (Kreditgewährung) beurteilt werden, ist m.E. danach zu differenzieren, ob es über den bloßen Einbehalt eines Teil des Kaufpreises hinaus zu einer **Schuldbefreiung** für die Masse kommt. Danach läge **nur** in der **Abwandlung**, nicht aber auch im Grundfall eine entgeltliche Leistung vor.

---

<sup>36</sup> BFH v. 27.7.1994 II R 67/91, BFH/NV 1995, 269 und v. 27.4.2005 II R 30/03, BFH/NV 2005, 250.

### **Beispiel 11: Kalte Zwangsverwaltung**

Wie Beispiel 10; das Grundstück ist aber vermietet. Bis zum freihändigen Verkauf soll I für den Grundpfandgläubiger die Mieten einziehen. Er darf hierfür 10 % der Mieten als Massekostenbeitrag einbehalten.

Nach dem BFH-Urteil v. 28.7.2011<sup>37</sup> erbringt der Insolvenzverwalter auch im Rahmen der kalten Zwangsverwaltung eine steuerbare und steuerpflichtige Geschäftsbesorgungsleistung, die durch den Massekostenbeitrag als Entgelt vergütet wird.

Die Vereinbarung des Insolvenzverwalters mit einem Grundpfandgläubiger, dass dieser auf die Durchführung von Zwangsverwaltungsverfahren verzichtet und stattdessen der Insolvenzverwalter die mit den Grundpfandrechten belasteten Grundstücke verwaltet und die Mieten anstelle eines gerichtlich eingesetzten Zwangsverwalters im Auftrag des Grundpfandgläubigers einzieht, führt nach diesem Urteil zu einer entgeltlichen Leistung. Der Insolvenzverwalter übt eine freihändige Tätigkeit gegen Entgelt aus, zu der er nicht verpflichtet ist, da er sich nach § 165 InsO darauf beschränken kann, die Zwangsverwaltung zu dulden. Der vereinbarungsgemäße Einbehalt eines Teils der eingezogenen Kaltmieten als "Inkassogebühr" ist ein Leistungsentgelt. Dieser Massekostenbeitrag steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Mehraufwand des Insolvenzverwalters für die von ihm --anstelle eines gerichtlich bestellten Zwangsverwalters-- wahrgenommene Grundstücksverwaltung.

---

<sup>37</sup> BFH v. 28.7.2011 V R 28/09, UR 2011, 855.

**2. Verwertung von Sicherungseigentum**  
**a) Verwertung durch Sicherungsnehmer (Bank)**  
**aa) Verwertung vor Insolvenzeröffnung**

**Beispiel 12: Doppelumsatz I**

Unternehmer U erhält einen Kredit i.H.v. 150 T€ von seiner Bank. Er übereignet der Bank zur Sicherheit eine Maschine. U kann den Kredit nicht tilgen. Die Bank kündigt das Darlehen, verlangt Übergabe der Maschine und veräußert sie. Hierfür fallen Verwertungskosten an, die U nach dem Vertrag zu tragen hat.

**Begründung des Sicherungseigentums**

Durch die zivilrechtliche Begründung des Sicherungseigentums liefert der Sicherungsgeber umsatzsteuerrl. noch nicht an den Sicherungsnehmer.

**Verwertung**

**Doppelumsatz:** Verwertet der Sicherungsnehmer (Bank) nach Eintritt des Sicherungsfalls, liegen zwei Lieferungen vor. Zum einen liefert der Bankkunde an die Bank, zum anderen liefert die Bank an den Erwerber als Abnehmer des Verwertungsgeschäfts.<sup>38</sup> Beide Lieferungen werden zeitgleich ausgeführt.<sup>39</sup>

**Steuerschuldner:** Die Bank ist Steuerschuldner für beide Lieferungen. Nach § 13b Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 5 Satz 1 UStG ist die Bank Steuerschuldner für die an sie außerhalb des Insolvenzverfahrens ausgeführte Lieferung. Zugleich ist die Bank Steuerschuldner für ihre Lieferung an den Erwerber, für die § 13b UStG nicht gilt. Da die Bank zum Vorsteuerabzug berechtigt ist<sup>40</sup>, kommt es für die Bank im Ergebnis zu einer Steuerzahl-last nur im Hinblick auf die Lieferung an den Erwerber.

**Entgeltbestimmung:** Das Entgelt für die Lieferung durch den Bankkunden an die Bank bestimmt sich nach der für den Bankkunden eintretenden Schuldbefreiung (Nettoverkaufserlös abzüglich Nettoveräußerungskosten).

---

<sup>38</sup> Vgl. z.B. BFH v. 23.7.2009 V R 27/07, BStBl II 2010, 859.

<sup>39</sup> BFH v. 23.7.2009 V R 27/07, BStBl II 2010, 859.

<sup>40</sup> § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UStG; die Steuerfreiheit der Kreditgewährung schränkt den Vorsteuerabzug bei einer nachfolgenden steuerpflichtigen Verwertungslieferung nicht ein.

## bb) Verwertung nach Insolvenzeröffnung

### Beispiel 13: Doppelumsatz II

Wie Beispiel 12; über das Vermögen des U wird aber das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter I nimmt auch die zur Sicherheit übereignete Maschine in Besitz. Die Bank kündigt das Darlehen. I übergibt die Maschine an die Bank, die sie veräußert.

**Abwandlung:** Die Bank erlangt den Besitz vor dem Insolvenzverwalter.

**Umsatzsteuerrechtliche Beurteilung:** Es liegt erneut ein **Doppelumsatz** vor. Allerdings ist § 13b UStG nicht anwendbar, so dass die Lieferung durch die Masse an die Bank zu einer **Steuerschuld der Masse** führt.

**Insolvenzrechtliche Beurteilung:** Da auch zur Sicherheit übereignete Gegenstände zur Insolvenzmasse gehören (vgl. § 51 InsO) und der Insolvenzverwalter aufgrund der Inbesitznahme verwertungsbefugt ist (§ 166 Abs. 1 InsO), handelt es sich bei der Umsatzsteuer für die Lieferung an die Bank um eine **Masseverbindlichkeit** nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.<sup>41</sup> Die Masse hat gegen die Bank **Anspruch auf Zahlung der Umsatzsteuer** (§ 170 Abs. 2, § 171 Abs. 2 Satz 3 InsO). Das **Entgelt** für die Lieferung der Masse an die Bank bestimmt sich erneut nach der Schuldbefreiung für die Masse (Nettoverkaufserlös abzüglich Nettoveräußerungskosten und Feststellungspauschale nach § 170 Abs. 2, § 171 Abs. 1 InsO).

**Abwandlung:** Mangels Besitzerlangung ist nicht der Insolvenzverwalter, sondern die Bank nach **§ 173 Abs. 1 InsO** verwertungsbefugt. Gleichwohl liegt ein **Doppelumsatz** (Masse an Bank und Bank an Erwerber) vor. Nach BGH v. 29.3.2007<sup>42</sup> ist **§ 13b UStG nicht** anzuwenden, da die hierfür erforderliche Lieferung außerhalb des Insolvenzverfahrens nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht vorliegen soll. Die Bank habe aber gleichwohl in analoger Anwendung von § 13b Abs. 1 Nr. 2 UStG, § 170 Abs. 2, § 171 Abs. 2 Satz 3 InsO die **Umsatzsteuer**, die wegen der an sie ausgeführten Lieferung des Sicherungsgutes anfällt, **aus dem Verwertungserlös an die Masse abzuführen**.

---

<sup>41</sup> So zur KO: BFH v. 31.5.1972 V R 121/71, BStBl II 1972, 809.

<sup>42</sup> BGH WM 2007, 1129; ebenso BFH v. 19.7.2007 V B 222/06, BStBl II 2008, 163.

## b) Verwertung durch Sicherungsgeber

### aa) Verwertung vor Insolvenzeröffnung (durch Bankkunden)

#### Beispiel 14: Dreifachumsatz I ?

Unternehmer U hat von seiner Bank ein Darlehen erhalten und dabei einen Pkw als Sicherheit übereignet. Nach Zahlungsverzug kündigt die Bank das Darlehen und verlangt Verwertung der Sicherheit. U und die Bank vereinbaren, dass U den Pkw freihändig im eigenen Namen verkaufen soll. Die dabei entstehenden Verwertungskosten soll U tragen.

**Abwandlung:** Für die Mühe der freihändigen Veräußerung soll U 5 % des Verkaufspreises behalten.

#### Bisherige BFH-Rechtsprechung: Dreifachumsatz

Bei der Verwertung von Sicherungseigentum an beweglichen Gegenständen durch den Schuldner als Sicherungsgeber geht der BFH<sup>43</sup> nach bisheriger Rechtsprechung von einem sog. **Dreifachumsatz** aus, bei dem

- der Bankkunde an die Bank (erster Umsatz),
- die Bank an den Bankkunden (zweiter Umsatz) und
- der Bankkunde an den Erwerber (dritter Umsatz)

liefert.

Die erste Lieferung leitet der BFH daraus ab, dass die Sicherungsübereignung nicht bereits mit der zivilrechtlichen Begründung des Sicherungseigentums, sondern erst mit der Verwertung umsatzsteuerrechtlich zu einer Lieferung erstarkt.

Die zweite Lieferung ergibt sich aus der Annahme, dass der Bankkunde bei der Lieferung an den Erwerber (dritter Umsatz) **für Rechnung der Bank** handelt. Zwischen Bankkunden und Bank liege ein **Kommissionsverhältnis** vor, so dass sich die zweite Lieferung aus § 3 Abs. 3 UStG ergibt.

Der Dreifachumsatz kann erst ab dem Zeitpunkt der Verwertungsreife vorliegen.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> BFH v. 6.10.2005 V R 20/04, BStBl II 2006, 931; v. 30.3.2006 V R 9/03, BStBl II 2006, 933 und v. 23.7.2009 V R 27/07, BStBl II 2010, 859.

## **Neubeurteilung: Aufgabe Dreifachumsatz ?**

Nach dem BFH-Urteil v. 29.7.2011 (s. oben Beispiel 10) wird der Grundstückseigentümer (wie sein Insolvenzverwalter) mit der freihändigen Veräußerung des grundpfandbelasteten Grundstücks nicht auf Rechnung der grundpfandberechtigten Bank tätig.

Erfolgt die Grundstücksveräußerung zur Befriedigung des Grundpfandgläubigers nicht auf Rechnung des Pfandgläubigers, gilt dies m.E. **auch für die Veräußerung von Sicherungsgut durch den Sicherungsgeber** zur Befriedigung des Sicherungsnehmers. Für das Handeln auf Rechnung des gesicherten Kreditgebers kommt eine Differenzierung nach dem Gegenstand der Lieferung nicht in Betracht.

Unterschiede hinsichtlich der (zivilrechtlichen) **Eigentumslage** rechtfertigen keine unterschiedliche Beurteilung. Zum einen kommt dem Sicherungseigentum als besitzlosem Pfandrecht die gleiche Funktion wie einem Pfandrecht zu. Daher wendet der BFH die **Rechtsprechung zur Verwertung von Sicherungseigentum auch auf die Verwertung von Mobiliarpfandrechten** an.<sup>45</sup> Zum anderen ist der Sicherungsgeber umsatzsteuerrechtlich bis zur Verwertung als Eigentümer anzusehen, da die Lieferung an den Sicherungsnehmer beim Dreifachumsatz zeitgleich mit den anderen Lieferungen durch die Verwertung erfolgt.

### **Folgen einer geänderten Beurteilung**

Lehnt man den Dreifachumsatz ab, führt dies dazu, dass die durch die Begründung des Sicherungseigentums lediglich eingeleitete Lieferung nicht zu einer Lieferung erstarkt, sondern unterbleibt. Wäre aufgrund des BFH-Urteils v. 29.7.2011 am Dreifachumsatz auch bei der Verwertung von Sicherungseigentum nicht mehr festzuhalten, läge im Hinblick auf die im eigenen Namen erfolgende Lieferung durch den Sicherungsgeber an den Erwerber **nur eine Lieferung** und damit auch **kein Doppelumsatz** vor.

Es stellt sich schließlich die Frage, ob wie beim der freihändigen Grundstücksveräußerung von einer **Geschäftsbesorgungsleistung** an den gesicherten Kreditgeber auszugehen ist (fraglich, da der Sicherungsnehmer ab Eintritt der Verwertungsreife anders als der Grundpfandgläubiger verwertungsbefugt ist) und ob **§ 13c UStG anstelle von § 13b UStG** anwendbar sein kann.

---

<sup>44</sup> BFH v. 23.7.2009 V R 27/07, BStBl II 2010, 859.

<sup>45</sup> BFH v. 16.4.1997 XI R 87/96, BStBl II 1997, 585.

## **bb) Verwertung nach Insolvenzeröffnung (durch Verwalter)**

### **Beispiel 15: Dreifachumsatz II ?**

Über das Vermögen des Unternehmers U wird das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter nimmt das Schuldnervermögen, zu dem auch ein an eine Bank zur Sicherheit übereigneter Pkw gehört, in Besitz.

### **Bisher h.M.**

Es liegt nur eine Lieferung an den Erwerber, nicht aber auch eine Lieferung oder Geschäftsbesorgungsleistung im Verhältnis zwischen Masse und Bank vor.<sup>46</sup>

### **Änderung der Rechtsprechung**

Mit Urteil v. 29.7.2011 hat der BFH die bisherige Rechtsprechung aufgegeben und entschieden, dass auch die Verwertungskostenpauschale (§ 171 Abs. 2 InsO) Entgelt für einen steuerpflichtigen Leistungsaustausch zwischen Masse und Sicherungsnehmer ist. Ob es sich hierbei um einen Dreifachumsatz oder eine Geschäftsbesorgungsleistung an die Bank handelt, blieb offen.

### **Möglichkeit 1: Dreifachumsatz**

Aufgrund der Rspr.-Änderung könnte nunmehr auch im Insolvenzfall von einem Dreifachumsatz auszugehen sein. Die erste und die dritte Lieferung führen dann zu einer Masseverbindlichkeit. Die Masse wäre aus der zweiten Lieferung durch die Bank an die Masse zum Vorsteuerabzug berechtigt, sofern eine ordnungsgemäße Rechnung vorliegt.

### **Möglichkeit 2: Einfachumsatz mit Geschäftsbesorgung**

Vorzugswürdig ist es m.E. von einem **Einfachumsatz mit Geschäftsbesorgungsleistung an die Bank** auszugehen. Die Verwertungskostenpauschale ist dann Entgelt für die Geschäftsbesorgung. Die Geschäftsbesorgung ergibt sich daraus, dass die Bank aufgrund der Inbesitznahme durch den Insolvenzverwalter nach § 166 Abs. 2 InsO **nicht verwertungsbefugt** ist.

---

<sup>46</sup> BFH v. 18.8.2005 V R 31/04, BStBl II 2007, 183.

### 3. Verwertung von Forderungen durch Einziehung und Verkauf

#### Beispiel 16: Sicherungsabtretung

U unterliegt der Sollbesteuerung. Den Vergütungsanspruch aus einer von ihm erbrachten Leistung über 100 T€ zzgl. USt. von 19 T€ tritt er an seine Bank zur Sicherheit ab. Nach Insolvenzeröffnung zieht der Insolvenzverwalter die Forderung ein.

Nach **§ 166 Abs. 2 InsO** darf der

„Verwalter ... eine Forderung, die der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hat, einziehen oder in anderer Weise verwerten.

Danach steht das Recht zur Einziehung ausschließlich dem Insolvenzverwalter zu, solange er die Forderung nicht dem Sicherungsgläubiger zur Verwertung überlässt (§ 170 Abs. 2 InsO).<sup>47</sup> Ohne derartige Überlassung ist daher nach Insolvenzeröffnung allein der Insolvenzverwalter zur Einziehung sicherungshalber abgetretener Forderungen befugt.<sup>48</sup>

#### Umsatzsteuerrechtliche Folgen bei...

##### ... Insolvenzeröffnung und bei...

Im Hinblick auf die Massezugehörigkeit der nur zur Sicherheit abgetretenen Forderung und der für den Insolvenzverwalter bestehenden Einziehungsbefugnis ergeben sich gegenüber Beispiel 4 keine Änderungen. Auch das zur Sicherheit abgetretene Entgelt wird daher „mit“ Insolvenzeröffnung im Insolvenzbereich (§ 38 InsO) uneinbringlich (**erste Berichtigung** nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 UStG).

##### ... Forderungsvereinnahmung

Die Vereinnahmung durch den Insolvenzverwalter führt zur **zweiten Berichtigung** gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 UStG. Die Umsatzsteuer ist Masseverbindlichkeit (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

---

<sup>47</sup> BGH v. 29.9.2011 IX ZR 74/09, WM 2011, 2293.

<sup>48</sup> BGH v. 23.4.2009 IX ZR 65/08, NJW 2009, 2304.



## **Folgen für die Erlösauskehr an die Bank ...**

### **... nach bisheriger Betrachtungsweise und ...**

Vor dem BFH-Urteil v. 9.12.2010<sup>49</sup> führte der Einzug der sicherungshalber abgetretenen Forderung durch den Insolvenzverwalter zu keiner umsatzsteuerrechtlichen Belastung für die Masse. Geht man davon aus, dass die Pauschalen nach dem **Bruttoverwertungserlös** von 119 T€ zu berechnen sind<sup>50</sup> und daher im Fall 10.710 € betragen, sind **108.290 €** an die Bank auszukehren. Die Verwertungskostenpauschale war vor BFH v. 28.7.2011<sup>51</sup> nicht als umsatzsteuerpflichtige Vergütung anzusehen.

### **... auf der Grundlage der neuen BFH-Rechtsprechung**

Zu den zivilrechtlichen Folgen der neuen BFH-Rechtsprechung liegt noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung vor. Es dürfte aber von Folgendem auszugehen sein.

- Die mit Vereinnahmung durch den Insolvenzverwalter entstehende Umsatzsteuer (zweite Berichtigung) mindert m.E. nach § 171 Abs. 2 Satz 3 InsO die Abführung an die Bank. Hierdurch beschränkt sich der **Verwertungserlös** auf 100 T€ (anstelle zuvor 119 T€).
- Der Auszahlungsbetrag mindert sich darüber hinaus um die **Feststellungs- und Verwertungs-pauschalen** von insgesamt 9 %. Diese sind m.E. nur nach dem nach Abzug der Umsatzsteuer verbleibenden Verwertungserlös und damit nach dem **Entgelt** von 100 T€ zu berechnen, so dass sie sich auf 9 T€ belaufen.
- Die Verwertungskostenpauschale von 5 % ist weiter nach dem BFH-Urteil v. 29.7.2011 **Vergütung für eine steuerpflichtige Verwertungsleistung** an die Bank. Die für diese Verwertungsleistung entstehende Umsatzsteuer kann der Insolvenzverwalter wohl ebenfalls nach § 171 Abs. 2 Satz 3 InsO ansetzen. Es entsteht dann zu Lasten der Bank eine zusätzliche Umsatzsteuer von 950 €.

Die Erlösauskehr an die Bank beschränkt sich danach auf **90.050 €**.

---

<sup>49</sup> BFH v. 9.12.2010 V R 22/10, BStBl II 2011, 996.

<sup>50</sup> Uhlenbruck, InsO, § 171 Rn. 2a.

<sup>51</sup> BFH v. 28.7.2011 V R 28/09, UR 2011, 855.

### **Beispiel 17: Forderungsverkauf**

U unterliegt der **Istbesteuerung**. Den Vergütungsanspruch für eine Leistung über 119 T€ (Entgelt: 100 T€ und USt: 19 T€) verkauft er für **25 % des Nennwerts (29.750 €)** an eine Bank, die **53 % des Nennwerts (63.070 €)** einziehen kann.

**Abwandlung 1:** U unterliegt der **Sollbesteuerung**.

**Abwandlung 2:** Über das Vermögen des U wird das **Insolvenzverfahren** eröffnet. Die Bank zieht die Forderung danach ein.

**Abwandlung 3:** Erst der **Insolvenzverwalter** verkauft und tritt ab.

### **Grundfall (Istbesteuerung)**

Das Entgelt bestimmt sich auch dann nach der Zahlung des Kunden, wenn der Unternehmer seine Forderung für einen unter dem Nennwert liegenden Kaufpreis abtritt.<sup>52</sup> U hat den von der Bank vereinnahmten Betrag (Entgelt: 53 T€, **USt: 10.070 €**) zu versteuern. Den Zessionar treffen (anders als den Insolvenzverwalter) keine steuerlichen Verpflichtungen.

### **Abwandlung 1 (Sollbesteuerung)**

U hat bereits mit Leistungserbringung das vereinbarte Entgelt zu versteuern. Der Forderungsverkauf mit Abtretung führt nicht zu einer Uneinbringlichkeit. Uneinbringlichkeit kann daher nur insoweit vorliegen, als die Bank als Zessionar die abgetretene Forderung nicht betreiben kann.

### **Abwandlung 2 (Verkauf der Forderung vor Insolvenz)**

Bei einer Vollrechtsabtretung vor Insolvenzeröffnung ist die Forderung aus bei Insolvenzeröffnung nicht massezugehörig. Die Insolvenzeröffnung begründet keine Einziehungsbefugnis für den Insolvenzverwalter und daher keine Uneinbringlichkeit. Die Umsatzsteuer ist daher bei einer Forderungsvereinnahmung durch den Zessionar **bloße Insolvenzforderung**.

### **Abwandlung 3 (Verkauf der Forderung durch Insolvenzverwalter)**

Verkauft der Insolvenzverwalter die Forderung, war sie bei Insolvenzeröffnung **massezugehörig**. Die Verfahrenseröffnung führt zu einer **ersten Berichtigung** (§ 17 Abs. 2 Nr. 1 UStG) und die Forderungsvereinnahmung durch den Zessionar zu einer **zweite Berichtigung** (§ 17 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 UStG) als **Masseverbindlichkeit** (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

---

<sup>52</sup> BFH v. 6.5.2010 V R 15/09, BStBl II 2011, 142.



Bundesministerium  
der Justiz

# **Insolvenzrechtlicher Ausblick: Was plant die Bundesregierung im Insolvenzverfahren?**

Ministerialdirektorin  
Marie Luise Graf-Schlicker



## Inhalt des Vortrags

- **Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte**
- **Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen**
- **Europäisches „Insolvenzpaket“**



# **Reform des Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahrens**

- **Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 18. Juli 2012**
- **Erste Lesung im Bundestag am 29. November 2012**
- **Sachverständigenanhörung im BT-Rechtausschuss am 14. Januar 2013**



# Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens

- **Restschuldbefreiung nach 3 Jahren bei Erreichen einer Mindestbefriedigungsquote von 25 %**
- **Ausgewogene Berücksichtigung der Interessen von Schuldnern und Gläubigern**
- **Anreizsystem, von dem Schuldner und Gläubiger gleichermaßen profitieren**



# Änderungen des Restschuldbefreiungs- und Verbraucherinsolvenzverfahrens

- **Eingangentscheidung über die Zulässigkeit des Antrags auf Restschuldbefreiung und Harmonisierung der Sperrfristen**
- **Erwerbsobliegenheit ab Insolvenzeröffnung**
- **Versagung und Widerruf einer Restschuldbefreiung unter erleichterten Voraussetzungen möglich**
- **Erweiterung der von einer Restschuldbefreiung ausgenommenen Forderungen**
- **Insolvenzplanverfahren statt gerichtliches Schuldenbereinigungsplanverfahren**



## **Keine Sonderregeln zur Restschuldbefreiung für Unternehmensgründer**

- **Beschränkung einer Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens auf Unternehmensgründer ist unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht unproblematisch**
- **Allgemeinen Lebensrisiken ist jeder Schuldner ausgesetzt**
- **Differenzierung zwischen Personengruppen ist in den Regelungen zum Restschuldbefreiungsverfahren nicht angelegt**





# **Kein Vollstreckungsmoratorium während des außergerichtlichen Einigungsversuchs**

- **Vollstreckungsmoratorium wäre mit der Grundkonzeption der Insolvenzordnung unvereinbar**
- **Maßgeblicher Zeitraum ließe sich nicht bestimmen**
- **Vorliegen von Insolvenzgründen wird außergerichtlich nicht festgestellt**



# Kein Zwangsvergleich in der Wohlverhaltensperiode

- **Entwertung des neuen gesetzlichen Anreizes für das Erreichen einer Mindestbefriedigungsquote von 25 %**
- **Schaffung neuer Verfahrensregelungen notwendig, die zur Mehrbelastung der Gerichte führen**
- **Erneute Belastung der Gläubiger durch Zwangsverfahren**
- **Vertraglicher Vergleichsschluss mit allen Gläubigern bleibt wie bisher möglich**



Bundesministerium  
der Justiz

# **Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen**

**vom 3. Januar 2013**



# **Verbesserte Insolvenzabwicklung im Konzernkontext**

- **Konsequente Fortführung des mit dem ESUG eingeschlagenen Weges (Erleichterung der Sanierung von Unternehmen)**
- **Konzernspezifische Regelungen, aber auch im Liquidationskontext nutzbringend**
- **Bedeutung des Vorhabens folgt aus der Bedeutung von konzernförmig organisierten Unternehmen in der Unternehmenswirklichkeit**



# Regelungsbedarf

- **Rechtsträgerbezogenheit des Insolvenzrechts begünstigt Dezentralisierung der Insolvenzabwicklung**
- **Dezentralisierung der Insolvenzabwicklung birgt die Gefahr von Reibungsverlusten und des Verlusts des im Konzernganzen enthaltenen Mehrwerts**
- **Bedürfnis nach Koordination der Verfahren über die einzelnen Konzerngesellschaften wird durch das geltende Recht nur unzureichend befriedigt**



# Maßgebliche Erwägungen

- Die Vielgestaltigkeit der Konzernwirklichkeit verbietet starre Einheitslösungen; gefragt sind vielmehr flexible Regelungsansätze
  - Kein Einheitsverfahren
  - Konzernspezifische Instrumente als „Angebot“ an die maßgeblichen Akteure
- Keine Abkehr von den bewährten Grundsätzen und Zielbestimmungen des geltenden Insolvenzrechts; es muss im Gegenteil darum gehen, diesen Grundsätzen im Konzernkontext Geltung zu verschaffen
  - Keine materielle Konsolidierung



# Wesentliche Regelungen des Entwurfs

## Drei Ebenen:

- **Gerichtsstands- und Verweisungsbestimmungen zur Ermöglichung einer Konzentration sämtlicher Einzelverfahren an einem Insolvenzgericht**
- **Statuierung von Kooperationsrechten und –pflichten zur verbesserten Abstimmung der Einzelverfahren und zwar auf der Ebene der**
  - **Gerichte**
  - **Verwalter**
  - **Gläubigerausschüsse (nur Kooperationsrechte)**
- **Einführung eines eigenständigen Koordinationsverfahrens**



# **(1) Gerichtsstands- und Verweisungsregelungen**

- **Verringerung und Eliminierung des Koordinationsaufwands auf gerichtlicher Ebene**
  - **Erleichterung der Bestellung eines einzigen Insolvenzverwalters**
  - **Gerichte sind aufgerufen, die gesetzgeberische Entscheidung bei der Geschäftsverteilung zu berücksichtigen**
- **„Angebot“ an die Beteiligten: Begründung des Gerichtsstands durch separaten (Verweisungs-) Antrag der Konzernunternehmen bzw. (nach Eröffnung) der Insolvenzverwalter**
- **Bei Konkurrenz mehrerer Anträge: Prioritätsgrundsatz**





## **(2) Allgemeine Kooperationsrechte und -pflichten**

- **Verbesserung der Zusammenarbeit auf der Ebene der Gerichte, Verwalter und Gläubiger**
- **Kooperationspflicht der Verwalter bereits im geltenden Recht begründbar**
  - **Insbesondere besteht Kooperationspflicht nur soweit wie es um Maßnahmen geht, die den Gläubigern des Verfahrens Vorteile bringen**
- **Kooperation zwischen Gerichten (insbesondere Austausch von Informationen) erforderlich, wo Konzentration an einem Gericht scheitert**
- **Institutionalisierung eines Gruppen-Gläubigerausschusses zur Verbesserung des Willensbildungsprozesses der Gläubiger**



## (3) Das Koordinationsverfahren

- **„Angebot“ an die**
  - (eigenantragsberechtigten) Geschäftsleiter
  - Insolvenzverwalter
  - Gläubigerausschüsse
- **Zentrale Figur: Koordinationsverwalter mit der Aufgabe, für eine abgestimmte Abwicklung der Einzelverfahren zu sorgen, insbesondere durch die Ausarbeitung eines Koordinationsplans**
- **Koordinationsplan entfaltet keine unmittelbare Wirkungen auf die Einzelverfahren; er fungiert lediglich als Referenzplan für die Einzelverfahren; zeigt er eine realisierbare Kooperationsoption auf, kann Nichtumsetzung aber Haftungsfolgen haben**



# Zusammenfassung und Ausblick

- **Leitidee: Kooperationsangebot, statt Konsolidierungszwang**
- **Beteiligte sollen im Einzelfall beurteilen können, ob und wie sie die Instrumentarien nutzbringend zum Einsatz bringen können**
- **Die festgeschriebenen Kooperationspflichten stechen insoweit aus dem Konzept heraus. Allerdings sind sie ihrer Natur nach hinreichend flexibel, da sie nur insoweit bestehen können, wie Kooperationsmöglichkeiten bestehen**
- **Anschlussfähigkeit des Entwurfs an die Entwicklung auf EU-Ebene: deutsch-französischer Beitrag zu den Reformvorschlägen der Kommission**



# Europäisches „Insolvenzpaket“

- **Vorschlag der Kommission vom 18. Dezember 2012 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren**
- **Mitteilung der Kommission vom 18. Dezember 2012: „Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen.“**



## **Schwerpunkte des Kommissionsvorschlages zur Änderung der EuInsVO**

- **Erweiterung des Anwendungsbereichs der EuInsVO**
- **Änderungen der Zuständigkeitsbestimmungen**
- **Vorsichtiges Zurückdrängen von Sekundärinsolvenzverfahren**
- **Ergänzung der Vorschriften zur Publizität und zur Forderungsanmeldung**
- **Einführung von Regelungen zur Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen**



# Positive Ansätze des Verordnungsvorschlags

- **Präzisierung der Zuständigkeitsregelungen unter Beibehaltung des COMI-Prinzips**
- **Sekundärinsolvenzverfahren erfordern hinreichendes Rechtsschutzinteresse und müssen nicht mehr Liquidationsverfahren sein**
- **Etablierung eines europäischen Systems vernetzter elektronischer Insolvenzregister**
- **Standardformular für Forderungsanmeldungen in grenzüberschreitenden Fällen**
- **Schaffung von Regelungen zu Konzerninsolvenzen**



## Diskussionsbedürftige Regelungsvorschläge

- **Erweiterung des Anwendungsbereichs der EuInsVO auf vorinsolvenzliche Verfahren:**
  - Problematisch bei Verfahren, die nur der Schuldenoptimierung dienen
  - Automatische Anerkennung, obwohl nicht alle Mitgliedstaaten vorinsolvenzliche Verfahren vorsehen
- **Erstreckung der Zuständigkeit nach der EuInsVO auf insolvenznahe Klageverfahren:**
  - Abweichung von Brüssel I-Verordnung
  - Rechtsverteidigung muss im Ausland erfolgen: fremde Verfahrensordnung/Sprache



# Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen

## Schwerpunkte :

- Redlichen insolventen Unternehmern soll eine zweite Chance für eine unternehmerische Tätigkeit eröffnet werden. Sie sollen nach einer längstens dreijährigen Frist eine Schuldbefreiung erlangen können
- Die Voraussetzungen, unter denen ein Insolvenzantrag zu stellen und ein Insolvenzverfahren zu eröffnen ist, sollen harmonisiert werden
- Hinsichtlich der nationalen Vorschriften über die Anmeldung und Prüfung von Forderungen im Insolvenzverfahren und über Pläne zur Sanierung insolventer Unternehmen wird eine Angleichung erwogen



**Norddeutscher Insolvenzrechtstag,  
„Betriebsfortführung in der  
Insolvenz im Jahre 2013“**

**Vergütung des (vorläufigen) Verwalters  
in Betriebsfortführungsfällen**

RA Katrin Amberger,  
BHWP Rechtsanwälte, Berlin

# Aufbau des Vergütungsanspruchs

- Feststellung der Insolvenzmasse bei Verfahrensbeendigung, § 1 InsVV
- Ermittlung der Regelvergütung, § 2 InsVV
- Korrektur über § 3 InsVV (Zu- und Abschläge) – Abgrenzung zum Regelfall (quantitative und qualitative Merkmale)
- Umsatzsteuer auf die Vergütung, § 7 InsVV
- Auslagen zzgl. Ust., §§ 4 Abs. 2, 8, 7 InsVV

# Einfluss der Betriebsfortführung

1. Feststellung der Insolvenzmasse, § 1 InsVV
  - ❖ Einbeziehung des Überschusses der Betriebsfortführung, § 1 Abs. 2 Nr. 4 lit. b) InsVV
2. Korrektur der Regelvergütung über § 3 InsVV
  - ❖ Zuschlag für die Betriebsfortführung, § 3 Abs. 1 lit. b) 1. Alt. InsVV

# Überschuss der Betriebsfortführung als Berechnungsgrundlage, § 1 Abs. 2 Nr. 4 lit. b) InsVV

- Grundsatz: § 1 Abs. 2 Nr. 4 S. 1 InsVV:

Die Kosten des Insolvenzverfahrens und die sonstigen Masseverbindlichkeiten werden nicht von der Berechnungsgrundlage abgesetzt.

- Ausnahme § 1 Abs. 2 Nr. 4 lit. b) InsVV

„Wird das Unternehmen des Schuldners fortgeführt, so ist nur der Überschuss zu berücksichtigen, der sich nach Abzug der Ausgaben von den Einnahmen ergibt.“

- Konsequenz:

- Gesonderte Einnahmen-Ausgabenrechnung zur Ermittlung des Überschusses (BGH, Beschl. v. 22.02.2007 – IX ZB 106/06; BGH, Beschl. v. 26.04.2007 – IX ZB 160/06 (vorl. Vw))

# Überschuss der Betriebsfortführung als Berechnungsgrundlage, § 1 Abs. 2 Nr. 4 lit. b) InsVV

Analoge Anwendung auf vorläufigen Insolvenzverwalter:

BGH, Beschl. v. 26.04.2007- IX ZB 160/06

Arg.: Bei BF unterscheidet sich die Tätigkeit des "starken" vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verfügungsbefugnis nicht von derjenigen eines endgültigen Insolvenzverwalters; der „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt kann wiederum vergütungsrechtlich nicht besser gestellt sein als der "starke".

dies gilt auch nach der 2. ÄVO:

BGH, Beschl. v. 15.11.2012 – IX ZB 88/09

# Gesonderte Einnahmen-Ausgabenrechnung

## Zeitpunkt

- Ende des Insolvenzverfahrens:  
BGH, Beschl. v. 22.02.2007 – IX ZB 106/06
- bzw. Ende der vorläufigen Verwaltung:  
BGH, Beschl. v. 09.06.2011 – IX ZB 47/10

## **Überschuss der Betriebsfortführung als Berechnungsgrundlage, § 1 Abs. 2 Nr. 4 lit. b) InsVV**

- eventueller Verlust aus Betriebsfortführung mindert nicht die Vergütung (BGH, Beschl. v. 24.05.2005 - IX ZB 6/03)
- Keine Betriebsfortführung führt nicht zu Abschlag (BGH, Beschl. v. 11.05.2006 - IX ZB 249/04)

# Einnahmen-Ausgabenrechnung – anzusetzende Kosten

## „Sowieso-Kosten“

Einschränkend BGH, Beschl. v. 24.05.2005 - IX ZB 6/03

„Maßgebend ist allein, ob die Ausgaben durch die Unternehmensfortführung veranlasste Masseverbindlichkeiten sind. Soweit diese durch vom Insolvenzverwalter/Treuhänder abgeschlossene Verträge oder durch Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters entstehen, sind sie durch die Fortführung des Unternehmens veranlasst. Eine Ausnahme kommt allenfalls bei Masseverbindlichkeiten in Betracht, die aus fortlaufenden Dauerschuldverhältnissen entstehen und deren Erfüllung für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO).“

BGH, Beschl. v. 04.05.2006 - IX ZB 202/05

„Arbeitet der Schuldner in dem vom Insolvenzverwalter fortgeführten Betrieb weiter mit und erhält er im Gegenzug aus der Insolvenzmasse finanzielle Zuwendung, ist zu vermuten, dass damit seine Mitarbeit abgegolten worden ist und es sich nicht um Unterhalt handelt.“



# Einnahmen-Ausgabenrechnung – anzusetzende Kosten

BGH, Beschl. v. 16.10.2008 - IX ZB 179/07

„Führt der Insolvenzverwalter das Unternehmen des Schuldners fort, fällt in die Berechnungsgrundlage für seine Vergütung nur der Überschuss nach Abzug der Ausgaben von den Einnahmen. Kündigungsfrühlöhne sind hierbei als Ausgaben zu behandeln, wenn sie für Leistungen erbracht wurden, die für die Unternehmensfortführung verwendet wurden.“

BGH, Beschl. v. 21.07.2011 - IX ZB 148/10

„Für die Anwendung des § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 lit. b) InsVV ist maßgeblich, ob tatsächlich Ausgaben während und für die Betriebsfortführung angefallen sind. ... Deshalb müssen auch die während der Unternehmensfortführung anfallenden laufenden Kosten, mit denen der Gewinn erwirtschaftet werden soll, im Rahmen der Einnahmen-/Ausgabenrechnung als Ausgaben berücksichtigt werden. Aus § 1 Abs. 2 Nr. 4 InsVV ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, dass nur ein Teil der Ausgaben berücksichtigt werden soll. Maßgebend ist allein, ob die Gegenleistung für die Unternehmensfortführung verwendet wurde.“

hier strittig: Steuerberatungshonorar, Grundsteuer und Wasserversorgung

# Einnahmen-Ausgabenrechnung – anzusetzende Kosten

- Darlegungslast des Insolvenzverwalters  
BGH, Beschl. v. 16.10.2008, IX ZB 179/07; BGH, Beschl. v. 21.07.2011, IX ZB 148/10
- Gerade bei oktroyierten Masseverbindlichkeiten ist zu unterscheiden zwischen Ausgaben, bei denen der Verwalter die Gegenleistung für die Fortführung in Anspruch genommen hat, und den sonstigen Auslaufverbindlichkeiten  
ex. Kosten für freigestellte Mitarbeiter bzw. solche, die lediglich für Abwicklungstätigkeiten eingesetzt wurden, oder Mieten für Räumlichkeiten, die nicht unmittelbar für die Fortführung des Geschäftsbetriebes genutzt wurden, z.B. Archivräume
- Keine Einbeziehung pflichtwidrig unterlassener Ausgaben (ggfs. Haftung nach § 60 InsO)  
BGH, Beschl. v. 22.02.2007, IX ZB 106/06

# Beispiel für die Ermittlung des Betriebsfortführungsgewinns

Einnahmen der Betriebsfortführung	125.000 €
./.. Ausgaben der Betriebsfortführung:	
Materialnachkäufe (Aufwendungen für die Fertigstellung von Aufträgen)	20.000 €
Strom/Gas/Wasser/Heizung	1.000 €
Diverse Kosten	1.000 €
Kleingeräte/notwendige Anschaffungen	600 €
Bürobedarf	200 €
Miete Leihgeräte	1.000 €
Kfz-Kosten	1.000 €
Sonstige Kosten	200 €
Zwischensumme	<u>100.000 €</u>
Abwägung, ob für BF:	
Mieten	10.000 €
Arbeitnehmer (Löhne/Gehälter, Sozialversicherungsbeiträge, Lohn- und Kirchensteuer, Berufsgenossenschaftsbeiträge)	<u>40.000 €</u>
Überschuss der Betriebsfortführung	XXX €

# Betriebsfortführung, § 3 Abs. 1 lit. b) 1. Alt. InsVV

## § 3 InsVV

(1) Eine den Regelsatz übersteigende Vergütung ist insbesondere festzusetzen, wenn ...

b) der Verwalter das Unternehmen fortgeführt oder Häuser verwaltet hat und die Masse nicht entsprechend größer geworden ist

- Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen

- Prüfung in 2 Schritten:

1. Ermittlung des Überschusses der Betriebsfortführung  
(vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 4 lit. b) InsVV)
2. Vergleichsrechnung zum Vergütungszuwachs  
BGH, Beschl. v. 22.02.2007 - IX ZB 120/06

# Vergleichsrechnung für alle masseerhöhenden Tätigkeiten

## BGH, Beschl. v. 08.03.2012, IX ZB 162/11

„Die Regulationsstruktur des § 3 Abs. 1 InsVV geht dahin, dass zwischen Zuschlagstatbeständen unterschieden wird, die die Masse regelmäßig mehren (Buchst. a und b), und solchen, wo dies nicht der Fall ist (Buchst. d und e). ... Aus Buchst. a, b und c lässt sich das allgemeine Regelungsmodell ableiten, dass in Fällen, in denen eine Tätigkeit die Masse und damit schon die Regelvergütung erhöht, die Gewährung und die Höhe eines Zuschlags davon abhängt, dass die bewirkte Erhöhung der Regelvergütung keine angemessene Vergütung der Tätigkeit darstellt.“

# Zuschlagsgewährung in Verfahren mit einer Betriebsfortführung

**BGH, Beschl. v. 12.05.2011, IX ZB 143/08 - LS**

- a. Alle nach § 3 Abs. 1 InsVV zu gewährenden Zuschläge berechnen sich nach der um den Überschuss bei einer Unternehmensfortführung gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 4 S. 2 lit. b InsVV erhöhten Berechnungsgrundlage.
- b. Die nach § 3 Abs. 1 lit. b InsVV bei der Zumessung eines Zuschlags wegen Unternehmensfortführung vorzunehmende Vergleichsrechnung bezieht sich nur auf diesen Zuschlag; andere Zuschläge werden in die Vergleichsrechnung nicht einbezogen.
- c. Der mit der Vergleichsrechnung ermittelte Ausgleichszuschlag wegen Unternehmensfortführung ist in die Angemessenheitsbetrachtung zur Festlegung eines Gesamtzuschlags einzustellen.

# Vergleichsrechnung zum Vergütungszuwachs

## Vergütung ohne BF-Überschuss

1. Vergütung ohne die durch die Betriebsfortführung bewirkte Massemehrung (Berechnungsgrundlage 1)
2. aber unter Berücksichtigung eines dem Aufwand der Betriebsfortführung angemessenen Zuschlags

Faktoren für Bemessung des Zuschlags:

- Größe des Unternehmens (Anzahl der Betriebsstellen, Mitarbeiter)
- persönlicher Einsatz des Verwalters und seiner Mitarbeiter
- Dauer

➤ Zwischenergebnis 1

## Vergütung mit BF-Überschuss

1. Vergütung unter Einbeziehung der zusätzlich realisierten Masse (Berechnungsgrundlage 2 = Berechnungsgrundlage 1 + Überschuss der BF)

➤ Zwischenergebnis 2

2. Vergleich mit Zwischenergebnis 1: Ausgleich der Differenz durch einen entsprechenden Zuschlag

## **Faktoren für Zuschlag nach § 3 Abs. 1 lit. b) 1. Alt. InsVV**

- Größe des Unternehmens (Anzahl der Betriebsstellen, Mitarbeiter)
- persönlicher Einsatz des Verwalters und seiner Mitarbeiter
- Dauer



# Betriebsfortführung – vorläufiger Verwalter

- Gerade bei einer Betriebsfortführung kann die Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters höher ausfallen als die des endgültigen Verwalters

AG Göttingen, Beschl. v. 28.11.2012, 74 IN 160/12; AG Göttingen, Beschl. v. 21.02.2005, 74 IN 330/04, ZVI 2005, 103; LG Bielefeld, Beschl. v. 15.07.2004, 28 T 280/04, ZInsO 2004, 1250; AG Chemnitz, Beschl. v. 16.03.2001, 128 IN 1617/99, ZIP 2001, 1473; AG Siegen, Beschl. v. 21.06.2002, 25 IN 25/00, ZIP 2002, 2054

## Beispiel:

Die Teilungsmasse ohne Berücksichtigung der Betriebsfortführung beträgt 100.000 €, im Rahmen der Betriebsfortführung wird ein Überschuss i.H.v. 50.000 € erwirtschaftet. Ohne Berücksichtigung des Mehrerlöses der Unternehmensfortführung wäre ein Zuschlag von 15.000 € bzw. 75,95% angemessen.

## Beispiel:

Teilungsmasse ohne Betriebsfortführung	100.000 €
Überschuss Betriebsfortführung	<u>50.000 €</u>
Erhöhte Teilungsmasse i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 4 b) InsVV	150.000 €
Regelvergütung aus 100.000 €	19.750 €
Regelvergütung aus 150.000 €	23.250 €
Mehrbetrag durch Betriebsfortführung	3.500 €
Angemessener Zuschlag für BF 75,95 % bzw.	15.000 €
Abzüglich Mehrbetrag § 1 Abs. 2 Nr. 4 b) InsVV	<u>3.500 €</u>
Erhöhung über § 3 Abs. 1 lit. b) 1. Alt. InsVV	11.500 €
= prozentualer Zuschlag von	49,5%

# Exkurs aktuelle Rechtsprechung des BGH zur InsVV

## BGH, Beschl. v. 15.11.2012 – IX ZB 88/09 - LS

§ 11 Abs. 1 Satz 4 InsVV ist unwirksam, soweit er anordnet, dass der Wert von Gegenständen, an denen Aussonderungsrechte bestehen, der Berechnungsgrundlage für die Vergütung des vorläufigen Verwalters hinzuzurechnen ist.

- § 47 InsO - Gegenstände, an denen ein Aussonderungsrecht besteht, gehören nicht zur Insolvenzmasse
- Entscheidend ist die Zugehörigkeit zur "Ist"-Masse, also zu dem vom Insolvenzverwalter in Besitz zu nehmenden oder sonst für die Masse zu reklamierenden Vermögen (BGH, Beschl. v. 29.04.2004 - IX ZB 225/03; 23.09.2010 - IX ZB 204/09)

# Exkurs aktuelle Rechtsprechung des BGH zur InsVV

## BGH, Beschl. v. 15.11.2012 – IX ZB 130/10 - LS

1. Bei der Berechnungsgrundlage für die Vergütung des vorläufigen Verwalters findet der Wert eines Gegenstandes, an dem Absonderungsrechte bestehen, auch dann Berücksichtigung, wenn der vorläufige Verwalter den Gegenstand nicht verwertet.

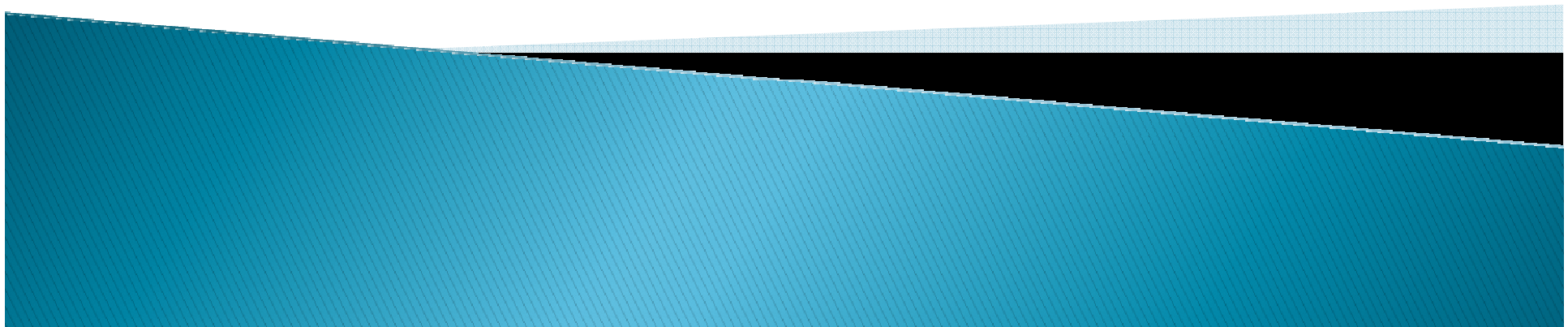
2. Der Wert eines Gegenstandes, der mit Absonderungsrechten belastet ist, wird bei der Berechnungsgrundlage für die Vergütung des vorläufigen Verwalters in dem Umfang berücksichtigt, in dem er den Wert des verwalteten Vermögens des Schuldners erhöht, auch wenn sich der vorläufige Verwalter nicht mit dem Gegenstand befasst hat.

3. Der Wert eines Gegenstandes, der wertausschöpfend mit Rechten belastet ist, die zur abgesonderten Befriedigung berechtigen, ist bei der Berechnungsgrundlage für die Vergütung des vorläufigen Verwalters nicht zu berücksichtigen.

➤ Evtl. Zuschlag nach §§ 10, 3 Abs. 1 lit. a) InsVV wegen der Bearbeitung von Absonderungsrechten

# Thema 6: Die Betriebsfortführung in der Insolvenz natürlicher Personen im Spiegel der insolvenzrechtlichen BGH- Rechtsprechung

Norddeutscher Insolvenzrechtstag 2013 –  
„Betriebsfortführung in der Insolvenz im Jahre 2013“  
14. und 15. Februar 2013 – im Grand Elysée Hotel Hamburg  
Referent: RiBGH Dr. Gerhard Pape, Göttingen/Karlsruhe



# Rechtliche Grundlagen

- ▶ **Rechtslage vor Inkrafttreten des § 35 Abs. 2 u. 3 InsO**
  - **Fehlende gesetzliche Regelung der Betriebsfortführung bzw. Freigabe des schuldnerischen Unternehmens**
  - **„Lösung“ der Fortführungsproblematik über § 850i ZPO (sog. „Psychologinnenentscheidung“, BGH, Beschl. v. 20.3.2003 – IX 388/02, ZInsO 2003, 531)**
    - **Zur Kritik vgl. Andres/Pape, NZI 2005, 141**
      - **Fehlende Praktikabilität der Regelung**
      - **Zuweisung von Mitteln zum Einkauf von Rohstoffen pp. zu unflexibel**

# Rechtliche Grundlagen

- **Fortdauernde Anwendbarkeit der Grundsätze nach Inkrafttreten des § 35 Abs. 2 u. 3 InsO (BGH, Beschl. v. 19.5.2011 – IX ZB 94/09, ZInsO 2011, 1412; Beschl. v. 5.4.2006 – IX ZB 169/04, ZVI 2007, 78) im Fall der Fortführung durch den Insolvenzverwalter**
  - **Lösung der Masse von der selbständigen Tätigkeit des Schuldners ohne Erklärung nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO damit ausgeschlossen**

## ▶ **Ausnahmefall:**

- **Vom Schuldner verheimlichte Fortführung/ Neuaufnahme einer selbständigen Tätigkeit**
  - **Keine Verpflichtung der Masse mangels Duldens der Tätigkeit**
  - **Verletzung von Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten**



# Rechtliche Grundlagen

- ▶ **Grundsätze bei Betriebsfortführung durch den Insolvenzverwalter ohne Freigabe**
  - **Übernahme des gesamten Zahlungs- und Abrechnungsverkehrs des Schuldners durch den Verwalter**
    - **Generelle Übertragung auf den Schuldner nicht zulässig**
    - **Haftungsrechtliche Verantwortlichkeit des Verwalters**
      - **Eingehung von neuen Verbindlichkeiten - § 61 InsO**
  - **Zuweisung der Mittel zur Beschaffung von Roh- und Betriebsstoffen durch den Verwalter**
  - **Überlassung eines pfandfreien Anteils der Einkünfte durch das Insolvenzgericht nach § 850i ZPO**

# Rechtliche Grundlagen

- **Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den Schuldner bei Duldung der Tätigkeit**
  - **Ausnahme: Heimliche Betätigung des Schuldners**
- **Insolvenzmasse ist Schuldnerin der im Rahmen der Betriebsfortführung begründeten Steuer-, Sozial- und sonstigen Verbindlichkeiten**
- **Fortsetzung von Vertragsverhältnissen pp. mit der Insolvenzmasse**
- **Prinzipiell kein Unterschied zur Fortführung im Verfahren über das Vermögen jur. Personen**
  - **Legitimität der faktischen Überlassung der Fortführung zweifelhaft**

# Rechtliche Grundlagen

- ▶ **Rechtslage hinsichtlich einer von einigen Verwaltern praktizierten „Freigabe“ ungeklärt**
  - **Beschränkung der „echten“ Freigabe auf bestimmte Vermögensgegenstände, Forderungen**
    - **Freigabe von Sachgesamtheiten ohne Individualisierung nicht wirksam**
  - **Keine Freigabe von Vertragsverhältnissen**
    - **Allenfalls einvernehmlicher Abschluss dreiseitiger Verträge mit Vermietern, Lieferanten pp.**
    - **Im Zweifel wohl Bindung der Insolvenzmasse**
      - **Folge: Weitere Begründung von Masseverbindlichkeiten**
      - **Anders möglicherweise arbeits- und finanzrechtliche Sicht**

# Rechtliche Grundlagen

- ▶ **Einschränkungen der Entstehung von Masseverbindlichkeiten durch Finanz- und Arbeitsgerichtsbarkeit bei Freigabe nach früherer Rechtslage**
  - ▶ **Haftung des Schuldners für Arbeitnehmeransprüche (BAG, BAGE 126, 229 = ZInsO 2008, 1156)**
  - ▶ **Steuerforderungen = Verbindlichkeiten des Schuldners (BFH, BFHE 235, 488 = ZInsO 1012, 190), sofern Tätigkeit ohne Wissen und Billigung durch den Insolvenzverwalter Erträge tatsächlich nicht zur Masse gelangen oder im wesentlichen auf Einsatz der Arbeitskraft des Schuldners beruhend**
  - ▶ **Keine Masseverbindlichkeit bei Einverständnis des Verwalters mit Nutzung unpfändbarer Gegenstände**

# Rechtliche Grundlagen

- ▶ **Rechtslage nach Inkrafttreten des § 35 Abs. 2 u. 3 InsO**
  - **Einführung durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13.4.2007 (BGBl. I S. 509)**
  - **Inkrafttreten am 1. Juli 2007**
    - **Anwendung auf alle ab dem 1. Juli 2007 eröffneten Insolvenzverfahren gemäß Art. 103c Abs. 1 EGIInsO**
    - **Anwendbarkeit auf jede selbständige Tätigkeit natürlicher Personen, egal ob gewerblich oder freiberuflich pp.**
    - **Keine gerichtliche Überprüfung der Freigabe durch das Gericht**

# Rechtliche Grundlagen

- **Streit um Bezeichnung als „echte“ oder „unechte“ Freigabe bzw. rechtliche Einordnung unergiebig**
  - **Ausschluss von einschränkenden Zusätzen bei der freigabeähnlichen Erklärung nach § 35 Abs. 2 Satz 1**
    - **Vorbild § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO**
  - **Vollständige Ablösung der selbständigen Tätigkeit von der Insolvenzmasse**
- **Ziel des Gesetzes (BT. –Drucks. 16/3227 vom 2.11.2006)**
  - **Schaffung einer Möglichkeit, selbständige Tätigkeit des Schuldners aus dem Insolvenzbeschluss zu lösen**
  - **Verpflichtung der Masse bei Fortführung der gewerblichen Tätigkeit durch den Insolvenzschuldner**
  - **Haftungsrechtliche Entlastung des Verwalters**

# Freigabeerklärung

- ▶ **Abgabe der Freigabeerklärung im Ermessen des Insolvenzverwalters**
  - **Maßgeblichkeit des wirtschaftlichen Interesses der Insolvenzgläubiger für die Entschließung des Verwalters über die Freigabe**
  - **Schutz von Zessionären – Ermöglichung des Zugriffs auf vom Schuldner vor Verfahrenseröffnung abgetretene Forderungen (zB Honoraransprüche gegen kassenärztliche Vereinigung – nicht bezweckt, vgl. BGH, Beschl. v. 18.2.2010 – IX R 61/09, ZInsO 2009, 567)**
  - **Eröffnung von Aufrechnungsmöglichkeiten usw. nach Freigabe allenfalls Nebenfolge der Erklärung**
  - **Haftungsrisiken des Verwalters minimal im Hinblick auf Rückholmöglichkeiten der Gläubigerversammlung usw.**

# Freigabeerklärung

- ▶ **Anforderungen an die Freigabeerklärung**
  - **Erklärung ggü. Schuldner ausreichend**
    - **Einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung**
      - Keine Vorgabe für den Zeitpunkt der Erklärung
      - Erklärung auch nach Positiverklärung (= ausdrückliche Fortführung der Tätigkeit durch die Masse) noch möglich
    - **Als prozessuale Erklärung bedingungsfeindlich**
      - Keine Einschränkung auf bestimmte Teile der selbständigen Tätigkeit
      - Beispielsweise Vorbehalt, vom Schuldner erwirtschafteten Neuerwerb zur Masse ziehen zu wollen, nicht zulässig
    - **Folge: Freigabe durch Verwalter für diesen endgültig**
      - Rückgängigmachung nur durch Gläubigerversammlung/-Ausschuss nach § 35 Abs. 2 Satz 3 InsO
    - **Anzeige ggü. Insolvenzgericht und öffentliche Bekanntmachung (§ 35 Abs. 3 InsO) nur deklaratorisch**
      - Wirksamwerden der Erklärung mit Zugang beim Verwalter



# Wirkungen der Freigabe allgemein

- ▶ **Rechtliche Wirkungen der Erklärung(BGH, Urt. v. 9.2.2012 – IX ZR 75/11, BGHZ 182, 322 = ZInsO 2012, 481)**
  - **Endgültiges Ausscheiden der „selbständigen Tätigkeit“ einschließlich der für die Ausführung benötigten Vermögensgegenstände und der mit der Tätigkeit verbundenen Vertragsverhältnisse aus der Insolvenzmasse**
  - **Uneingeschränkte Erstreckung der Erklärung auf die gesamte selbständige Tätigkeit**
    - **Freigabe einzelner Gegenstände nicht erforderlich**

# Wirkungen der Freigabe allgemein

- **Lösung der Insolvenzmasse von allen mit der Tätigkeit verbundenen Vertragsverhältnissen**
  - **Anwendbarkeit der §§ 103 ff. InsO nach Freigabe ausgeschlossen - Kündigungen pp. nicht erforderlich**
  - **Vertragliche Ansprüche nach Zugang der Erklärung nur noch gegen Schuldner**
  - **Beendigung von Vertragsverhältnissen des Schuldners nach Abgabe der Erklärung durch Verwalter unzulässig**
  - **Von weiterer Bindung der Masse ausgehende Auffassungen unzutreffend - fehlendes Recht des Verwalters, Tätigkeit des Schuldners durch Kündigungen pp. zu unterminieren**
- **Ausscheiden des Neuerwerbs des Schuldners aus der Insolvenzmasse**
  - **Keine Partizipation der Masse am wirtschaftlichen Erfolg oder Misserfolg des Schuldners**
    - **Keine Rechnungslegungspflichten pp. gegenüber Verwalter**

# Wirkungen der Freigabe allgemein

- ▶ **Vollständige Trennung von Insolvenzmasse und wirtschaftlich selbständiger Tätigkeit**
  - **Konsequenz: Partikularinsolvenzverfahren über freigegebene Tätigkeit möglich (BGH, Beschl. v. 9.6.2011 – IX ZB 175/10, ZInsO 2011, 1349)**
    - Weitere Restschuldbefreiung nicht möglich
- ▶ **Keine Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den Schuldner**
  - **Vertragliche Ansprüche nach Zugang der Erklärung ausgeschlossen**
  - **Haftung des Verwalters nach § 61 InsO ausgeschlossen (BGH, Urt. v. 9.2.2012 – IX ZR 75/11, BGHZ 182, 322 = ZInsO 2012, 481)**
  - **Haftung für Steuerforderungen pp. nachfolgend**
  - **Grundsätzlich keine Rechnungslegungspflicht des Schuldners ggü. Insolvenzverwalter**

# Umkehr der Erklärung der Freigabe

- ▶ **Rückgängigmachung der Erklärung durch Gläubigerversammlung gem. § 35 Abs. 2 Satz 3 InsO**
  - **Anordnung der Unwirksamkeit der Erklärung des Verwalters**
    - Kann sowohl Positiverklärung als auch Freigabe betreffen
    - Entscheidungsgrundlage: Interessen der Gläubiger insgesamt
  - **Autonome Entscheidung der Gläubigerversammlung bzw. des Gläubigerausschusses**
    - Ausschluss unmittelbarer gerichtlicher Überprüfung
    - Überprüfung des Beschlusses nach § 78 InsO – gemeinsames Interesse der Gläubiger - soll möglich sein
  - **Zeitpunkt der Entscheidung nicht bestimmt**
    - Folge: Rückgängigmachung jederzeit möglich
    - Auswirkungen problematisch
      - Wirkung ex nunc oder ex tunc umstritten / ungeklärt
      - Wirkung im Hinblick auf Rechtssicherheit eher ex tunc

# Abführungspflicht

- ▶ **Abführungspflicht des Schuldners  
entsprechend § 295 Abs. 2 Satz 2 InsO**
  - **Zweck der Abführungspflicht – Gleichstellung mit abhängig beschäftigtem Schuldner, der pfändbare Einkünfte abzuführen hat (Begründung RegE)**
  - **Maßstab für Abführungspflicht – Einkünfte eines in einem angemessenen Dienstverhältnis abhängig Beschäftigten (str.)**
    - **Keine Anknüpfung an tatsächliche Erträge (vgl. LG Göttingen, ZInsO 2011, 1798)**
      - **Pfändbare Beträge nicht feststellbar**
      - **Keine Pflicht zur Vorlage betriebswirtschaftlicher Auswertungen und sonstiger Unterlagen**

# Abführungspflicht

- ▶ **Herabsetzung möglich, falls Erträge nicht ausreichend**
  - ▶ **Argument: Keine Erwerbspflicht des Schuldners im eröffneten Verfahren**
    - ▶ **Möglicherweise Änderung durch Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens**
    - ▶ **Nachweis, durch Schuldner, dass Erträge nicht ausreichen im Rahmen der Mitwirkungspflicht**
- ▶ **Streitig, wie Abführungspflicht des Schuldners zu realisieren ist**
  - **Klagbarer Anspruch des Schuldners vs. Abführung durch den Schuldner (str.)**
  - **Kein klagbarer Anspruch (LG Düsseldorf, ZInsO 2012, 2257)**
    - **Pflicht des Schuldners im Rahmen der Mitwirkungspflicht (§ 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO) naheliegend**

# Einzelne Wirkungen der Freigabe

- ▶ **Unwirksamkeit von Vorausverfügungen des Schuldners über Honoraransprüche für die Zeit nach Verfahrenseröffnung nach Einführung des § 35 Abs. 2 InsO, bei Fortführung durch den Verwalter (BGH, Urt. v. 11.5.2006 – IX R 247/06, BGHZ 167, 363 = ZInsO 2006, 708)**
- ▶ **Zulässigkeit der Verrechnung eines nach Freigabe einer gewerblichen Tätigkeit des Insolvenzschuldners durch diese Tätigkeit erworbenen Umsatzsteuervergütungsanspruch, der nicht in die Insolvenzmasse fällt, mit vorinsolvenzlichen Steuerschulden durch das Finanzamt (BFHE 230, 490 = ZInsO 2011, 51)**
- ▶ **Wiederaufleben der Sicherungszession der Ansprüche des Vertragsarztes gegen kassenärztliche Vereinigung (LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 12.10.2011 – L 11 KA 96/11, Juris)**

# Einzelne Wirkungen der Freigabe

- ▶ **Arbeitsrechtliche Folgen der Freigabe**
  - Erfassung aller zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bestehenden Arbeitsverhältnisse durch Freigabe
  - Kündigungsschutzklage nach Freigabe gegen Insolvenzschuldner, nicht gegen Insolvenzverwalter
  - Beklagter im Fall der Klage auf Arbeitslohn aus der Zeit nach Freigabe Schuldner, nicht Insolvenzverwalter
- ▶ **Berufsrechtliche Folgen der Freigabe**
  - Fortbestand der gesetzlichen Vermutung des Vermögensverfalls bei Rechtsanwälten, Steuerberatern pp. trotz Freigabe der Tätigkeit
    - Wiederherstellung allenfalls mit Planbestätigung, Ankündigung oder Erteilung der Restschuldbefreiung
    - Freigabe ändert nichts an vermuteter Unzuverlässigkeit



# Einzelne Wirkungen der Freigabe

- ▶ **Entfall der Sperrwirkung des § 12 GewO**
  - **Unwirksamkeit von Regelungen, welche die Untersagung eines Gewerbes oder die Rücknahme oder den Widerruf einer Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, die auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist, ermöglichen, während eines Insolvenzverfahrens**
  - **Prognose der gewerblichen Unzuverlässigkeit des Schuldners nach Freigabe wieder möglich**
    - **Beschränkung der Annahme ungeordneter Vermögensverhältnisse nur wegen nach Freigabe eingetretener Umstände**

# Einzelne Wirkungen der Freigabe

- ▶ **Umsatz- und Kfz.-Steuerrechtliche Folgen der Freigabe**
  - **Umsatzsteuer keine Masseverbindlichkeit, wenn vom Schuldner bei seiner unternehmerischen Tätigkeit erbrachte sonstige Leistungen nicht im Wesentlichen auf der Nutzung von Massegegenständen beruhend (BFHE 229, 394 = ZInsO 2010, 1390)**
  - ▶ **Keine Erfassung der Kfz.-Steuer als Masseverbindlichkeit durch Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners nach § 35 Abs. 2 InsO durch den Insolvenzverwalter (BFHE 235, 1 = ZInsO 2011, 2339)**
  - ▶ **Enthftung nur durch echte Freigabe des Pkw (BFHE 234, 97 = ZInsO 2011, 2188)**
  - **Ausdrückliche Freigabe erforderlich**

# Selbständige Tätigkeit in der Wohlverhaltensphase

- ▶ **Keine Übernahme der Tätigkeit durch den Treuhänder – Verfügungsbefugnis liegt beim Schuldner**
  - Maßgeblicher Zeitpunkt–Erlass des Aufhebungsbeschlusses
  - Fortführung durch Verwalter/Freigabe der Tätigkeit kein Thema
  - Begründung von neuen Verbindlichkeiten durch den Schuldner nicht massebezogen
    - Neugläubigerinteressen in der Insolvenzordnung nicht vorgesehen
- ▶ **Abführungspflicht des Schuldners gem. § 295 Abs. 2 InsO**
  - Unmittelbare Anwendung der Vorschrift
  - Uneingeschränkte Erwerbspflicht des Schuldners
  - Nichterfassung der Einnahmen eines selbstständig tätigen Schuldners durch Abtretungserklärung des § 287 Abs. 2 Satz 1 (BGH, Beschl. v. 22.9.2011 – IX ZB 133/08, ZInsO 2011, 2101)

# Selbständige Tätigkeit in der Wohlverhaltensphase

- ▶ **Grundsätzliche Pflicht des Schuldners, Insolvenzgläubiger durch Zahlungen an den Treuhänder so zu stellen, wie wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre**
  - **Gläubiger sind durch jährliche Ausschüttungen, so zu stellen, als hätte der Schuldner ein vergleichbares pfändbares Arbeitseinkommen erzielt**
  - **Berechnung des fiktiven Nettoeinkommens aufgrund einer angemessener, d.h. einer dem Schuldner möglichen abhängigen Tätigkeit (BGH, Beschl. v. 19.5.2011 - IX ZB 224/09, ZInsO 2011, 1301; v. 12.7.2012 – IX ZB 270/11, NZI 2012, 721)**
  - **Keine Verletzung der Erwerbspflicht mangels Verschuldens, falls Schuldner keine Möglichkeit hat, anstelle der selbständigen Tätigkeit ein weiteres Arbeitsverhältnis einzugehen (BGH, Beschl. v. 5.4.2006 – IX ZB 50/05, ZInsO 2006, 547)**

# Selbständige Tätigkeit in der Wohlverhaltensphase

- ▶ **Pflichten des Schuldners bei nicht ausreichenden Erträgen (BGH, Beschl. v. 7.5.2009 – IX ZB 133/07, ZInsO 2009, 1217; v. 10.5.2012 – IX ZB 203/10)**
  - **Sofortige Aufgabe der selbstständige Tätigkeit nicht geboten**
  - **Nachweisbares Bemühen um eine angemessene abhängige Beschäftigung entsprechend beschäftigungslosem Schuldner erforderlich**
    - **Nachweispflicht des Schuldners, weil Gegenstand des Nachweises fehlendes Verschulden (BGH, Beschl. v. 27.4.2010 – IX ZB 267/08, NZI 2010, 693)**
  - **Pflicht zum Wechsel in abhängige Beschäftigung bei entsprechender Gelegenheit**

# Selbständige Tätigkeit in der Wohlverhaltensphase

- ▶ **Pflicht des selbstständig tätigen Schuldners zu Zahlungen an den Treuhänder in regelmäßigen Abständen, zumindest jährlich nach Ankündigung der Restschuldbefreiung (BGH, Beschl. v. 19.7.2012 – IX ZB 188/09, ZInsO 2012, 1488)**
  - Leistung am Ende der Wohlverhaltensphase nicht ausreichend
  - Kontinuierliche Abführungspflicht Folge der Gleichstellung mit abhängig Beschäftigten
  - Im Regelfall jährliche Abführung
- ▶ **Pflicht des Schuldners zur Bestimmung der Höhe der Abführungsbeträge**
  - Keine Vorgabe durch Insolvenzverwalter/-gericht
  - Risiko des Schuldners, ob Beträge ausreichend

# Ende der Präsentation

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

