

## Zur Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den eigenverwaltenden Schuldner im Verfahren nach § 270a InsO

Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 7. 2. 2013 – IX ZB 43/12, ZInsO 2013, 460

von Rechtsanwalt Robert Buchalik, Düsseldorf/Frankfurt\* und Rechtsanwalt Alfred Kraus, Düsseldorf\*\*

Mit der obergerichtlichen Entscheidung des LG Duisburg v. 29.11.2012<sup>1</sup> zur Frage der Zulässigkeit der Begründung von Masseverbindlichkeiten im Verfahren nach § 270a InsO konnte zunächst die Rechtsunsicherheit – hervorgerufen durch widersprüchliche Entscheidungen verschiedener AG<sup>2</sup> – weitgehend beseitigt werden. Gleichwohl wurde zu dieser Frage die höchstrichterliche Entscheidung des BGH v. 7.2.2013<sup>3</sup> mit Spannung erwartet. Nunmehr liegt diese Entscheidung vor, doch die Enttäuschung darüber ist groß, denn der BGH hat sich mit der aufgeworfenen Rechtsfrage in der Sache nicht auseinandergesetzt. Der BGH hat in seiner ersten Entscheidung zum ESUG lediglich klargestellt, dass die Entscheidung des Insolvenzgerichts, den Schuldner im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren (§ 270a InsO) nicht zur Begründung von Masseverbindlichkeiten zu ermächtigen, nicht mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden könne, da das Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen unanfechtbar sei. Wegen der Zurückweisung der Rechtsbeschwerde als unstatthaft war dem BGH der Weg einer Sachentscheidung versperrt. Demzufolge lässt sich aus der Entscheidung des BGH v. 7.2.2013 nicht die Aussage herleiten, dass künftig Einzelermächtigungen im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren per se nicht mehr erteilt werden könnten.<sup>4</sup> Das hat Prof. Dr. Godehard Kayser, Vorsitzender Richter des IX. Senats am BGH, in seinem Vortrag „Neueste Rechtsprechung des IX. Senats“ auf dem 10. Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin am 14.3.2013 nochmals ausdrücklich betont, gleichzeitig aber darauf hingewiesen, dass es wünschenswert sei, wenn der BGH die aufgekommene Streitfrage auf anderem Wege<sup>5</sup> entscheiden könnte. In der Insolvenz- und Sanierungspraxis ist mit der BGH-Entscheidung v. 7.2.2013 eine erhebliche Verunsicherung bei der Erteilung von Einzelermächtigungen im Verfahren nach § 270a InsO eingetreten, deshalb soll der nachfolgende Beitrag u.a. Sanierungsberatern, Insolvenzrichtern und Banken eine Handlungsanleitung zum Umgang mit den Einzelermächtigungen im Verfahren nach § 270a InsO geben.

### I. Ausgangsentscheidungen des Insolvenzgerichts und des Beschwerdegerichts

Am 3.3.2012 hatte die Schuldnerin beim AG Fulda<sup>6</sup> einen Insolvenzantrag, verbunden mit einem Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung, gestellt. Nachdem das Gericht 2 Tage später per Beschluss einen vorläufigen Sachwalter bestellt hatte, beantragte die Schuldnerin, ihr zu gestatten, mit Zustimmung des vorläufigen Sachwalters einen Kredit zur Sicherung der Insolvenzgeldvorfinanzierung aufzunehmen, welcher im Fall der Eröffnung eine Masseverbindlichkeit darstellen sollte. Das AG Fulda wies diesen Antrag am 9.3.2012 mit der Begründung zurück, dass es im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO keine Rechtsgrundlage gebe, die Schuldnerin mit der Rechtsmacht auszustatten, Masseverbindlichkeiten zu begründen.<sup>7</sup> Die sofortige Beschwerde der Schuldnerin hiergegen hat das LG Fulda<sup>8</sup> als Beschwerdegericht mit Beschl. v. 10.4.2012 zurückgewiesen. Das Beschwerdegericht ließ aber die Rechtsbeschwerde zum BGH zu.

### II. Entscheidung des BGH v. 7.2.2013<sup>9</sup>

Nach Auffassung des BGH ist die eingelegte Rechtsbeschwerde unstatthaft, weil bereits die sofortige Beschwerde unzulässig gewesen sei. Gem. § 6 InsO unterliegen die Entscheidungen des Insolvenzgerichts nur in den Fällen einem Rechtsmittel, in welchen die InsO die sofortige Beschwerde vorsehe. Dies sei hier nicht der Fall. Die vom LG Fulda als Beschwerdegericht hergeleitete Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde nach § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO sei unzutreffend, da das Insolvenzgericht keine Maßnahme nach §§ 21, 22 InsO angeordnet habe, welche in die Rechte der

Schuldnerin eingreife. Eine entsprechende Anwendung des § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO komme nicht in Betracht, weil ein Antrag auf Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten in § 270a InsO ebenso wenig wie eine sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung vorgesehen sei und außerdem die Interessenlagen nicht vergleichbar seien. Die nach §§ 21, 22 InsO angeordneten Sicherungsmaßnahmen können nachhaltig in die Rechtsposition des Schuldners eingreifen, ihm etwa die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entziehen. Folgerichtig sei die sofortige Beschwerde nur gegen die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen statthaft. Das Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen sei hingegen auch nach § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO

\* Robert Buchalik ist Partner der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte Steuerberater und Geschäftsführender Gesellschafter der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung, Düsseldorf/Frankfurt.

\*\* Alfred Kraus ist Rechtsanwalt bei Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte Steuerberater, Düsseldorf.

1 LG Duisburg, Beschl. v. 29.11.2012 – 7 T 185/12, ZInsO 2012, 2346; s. dazu auch die Anm. von Buchalik/Kraus, ZInsO 2012, 2330.

2 AG Fulda, ZIP 2012, 1471 f.; AG Köln, ZInsO 2012, 719; AG Hamburg, ZIP 2012, 787 f.; AG München, ZIP 2012, 1470 f.

3 BGH, ZInsO 2013, 460.

4 So auch Vallender, NZI 2013, 342; Weissinger, NZI 2013, 343.

5 Weissinger, NZI 2013, 343, 344, sieht eine Entscheidungskompetenz des BGH in den Fallkonstellationen gegeben, in denen dem eigenverwaltenden Schuldner vom Gericht eine Einzelermächtigung erteilt wurde und sodann die Frage, ob dies zulässigerweise geschehen ist, vorgegriffen für die Entscheidung ist, z.B. wenn ein vermeintlicher Massegläubiger seine Forderung einklagt oder Klage auf Feststellung des Rangs als Masseverbindlichkeit erhebt.

6 AG Fulda, ZIP 2012, 1471 f.

7 AG Fulda, ZIP 2012, 1471 f.; s. dazu auch Oppermann/Smid, ZInsO 2012, 862 ff.

8 LG Fulda, Beschl. v. 10.4.2012 – 5 T 65/12 (n.v.).

9 BGH, ZInsO 2013, 460.

unanfechtbar. Hinsichtlich der Ablehnung eines Antrags auf Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten könne nichts anderes gelten. Überdies sähen die Vorschriften der §§ 270a, 270b InsO insgesamt keine Rechtsmittel vor. Es handele sich um eilbedürftige, zügig durchzuführende Verfahren, in denen nicht auf die Entscheidung eines Rechtsmittelgerichts gewartet werden könne. Dass die Frage der Zulässigkeit und Ausgestaltung der beantragten Ermächtigung einheitlich geklärt werden sollte, führe nicht zur Statthaftigkeit der im Gesetz nicht vorgesehenen sofortigen Beschwerde.

### III. Bewertung und Konsequenzen für die Praxis

Der BGH<sup>10</sup> hat sich in seiner Entscheidung v. 7.2.2013 zu der aufgetretenen Streitfrage der Zulässigkeit von Einzelermächtigungen im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO in der Sache nicht positioniert, auch nicht in einem obiter dictum. Aufgrund der Verwerfung der Rechtsbeschwerde als unstatthaft war dem BGH eine Entscheidung in der Sache versperrt. Damit bleibt diese Rechtsfrage weiterhin höchstrichterlich ungeklärt.

Das ist einerseits bedauerlich für die Sanierungspraxis im Zeitalter des ESUG. Andererseits existiert mit der Entscheidung des LG Duisburg v. 29.11.2012<sup>11</sup> bereits eine eindeutige obergerichtliche Entscheidung zur Zulässigkeit von Einzelermächtigungen im Verfahren nach § 270a InsO, die im Einklang steht mit der Ansicht der meisten Insolvenzgerichte, namentlich dem AG Köln<sup>12</sup> und dem AG München,<sup>13</sup> und auch mit der h.M. in der Literatur.<sup>14</sup>

Das LG Duisburg hat am 29.11.2012<sup>15</sup> entschieden, dass das Erfordernis zur Begründung von Masseverbindlichkeiten im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO zur Fortführung des Geschäftsbetriebs unabweisbar sei. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass das Vertrauen der Geschäftspartner in die Geschäftsleitung des Schuldners und deren Sanierungskonzept beeinträchtigt und damit faktisch eine Vorentscheidung gegen die Anordnung der Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren getroffen würde. Die Ermächtigung im Verfahren nach § 270a InsO sei nicht dem vorläufigen Sachwalter, sondern dem Schuldner selbst zu erteilen, dem durch eine vorläufige Eigenverwaltung die privatautonome Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen worden sei.

Nur diese Vorgehensweise der Gerichte entspricht dem mit dem ESUG erklärtermaßen verfolgten Ziel des Gesetzgebers, die Sanierung insolventer Unternehmen zu erleichtern, indem dem Schuldner die Kontrolle über sein Unternehmen weitestgehend belassen wird.<sup>16</sup>

Soweit unter Verweis auf die BGH-Entscheidung v. 7.2.2013 von einem einzelnen Autor<sup>17</sup> die Ansicht vorgebracht wird, dass die Entscheidung des LG Duisburg rechtswidrig gewesen wäre, weil die sofortige Beschwerde unzulässig gewesen sei, so wird dabei verkannt, dass die Entscheidung des LG Duisburg v. 29.11.2012 zeitlich vor der Entscheidung

des BGH v. 7.2.2013, die sich genau zu dieser Sache nicht geäußert hat, ergangen ist und dem Willen des Gesetzgebers sowie der h.M.<sup>18</sup> entsprochen hat. Schon deswegen kann sie nicht rechtswidrig sein. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeentscheidung des LG Duisburg v. 29.11.2012 ein ganz anderer Ausgangsfall – also gerade nicht das Unterlassen einer Sicherungsmaßnahme wie in der BGH-Entscheidung v. 7.2.2013 – zugrunde lag: Anders als im Fall des AG Fulda<sup>19</sup> hatte das AG Duisburg<sup>20</sup> als Ausgangsgericht per Beschl. v. 6.11.2012 im Wege der einstweiligen Anordnung zur Sicherung der künftigen Insolvenzmasse unter ausdrücklicher Nennung des § 21 Abs. 1 InsO verfügt, dass dem vorläufigen Sachwalter für die Eingehung der beantragten Verbindlichkeiten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Betriebsfortführung des schuldnerischen Unternehmens stehen, die entsprechende Masseverbindlichkeitenbegründungskompetenz eingeräumt werde. Da das AG Duisburg nicht – wie beantragt – der eigenverwaltenden Schuldnerin die Kompetenz zur Begründung von Masseverbindlichkeiten einräumte, sondern dem vorläufigen Sachwalter, legte die Schuldnerin gegen diese einstweilige Sicherungsanordnung des AG Duisburg v. 6.11.2012 form- und fristgerecht die sofortige Beschwerde unter Verweis auf die §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 21 Abs. 1 Satz 2 InsO ein. Nachdem der sofortigen Beschwerde durch das AG Duisburg nicht abgeholfen wurde, wurde die Akte dem LG Duisburg zur Entscheidung vorgelegt. Da das AG Duisburg ausweislich des Beschl. v. 6.11.2012 ausdrücklich eine Sicherungsmaßnahme nach § 21 Abs. 1 InsO angeordnet hatte, war die sofortige Beschwerde vom LG Duisburg gem. §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 21 Abs. 1 Satz 2 InsO als statthaft zuzulassen. Die sofortige Beschwerde hatte auch in der Sache Erfolg. Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieser obergerichtlichen Entscheidung sind unangebracht.<sup>21</sup> Genau die Fallkonstellation, die der Entscheidung des LG Duisburg zugrunde lag, hätte es dem BGH ermöglicht, eine Grundsatzentscheidung zu der Frage zu fällen, ob der eigenverwaltende Schuldner vom Gericht im Rahmen des Verfahrens nach § 270a InsO ermächtigt

10 BGH, ZInsO 2013, 460.

11 LG Duisburg, ZInsO 2012, 2346.

12 AG Köln, ZInsO 2012, 719.

13 AG München, ZIP 2012, 1470 f.

14 S. dazu u.a. *Vallender*, NZI 2013, 342; *Weissinger*, NZI 2013, 343; *Römermann/Praß*, ZInsO 2013, 482 ff.; *Pleister/Tholen*, ZIP 2013, 526; *Andres*, NZI 2013, 93; *Graf-Schlicker*, InsO, 3. Aufl. 2012, § 270a Rn. 13 ff.; *Pape*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 49. Lfg. 7/2012, § 270a Rn. 21; *Hofmann*, EWiR 2012, 359; *Zipperer*, EWiR 2012, 361; *Undritz*, BB 2012, 1551; *Buchalik*, in: *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsO, 2. Aufl. 2012, § 270a Rn. 12.

15 LG Duisburg, ZInsO 2012, 2346.

16 LG Duisburg, ZInsO 2013, 2346, 2347; *Andres*, NZI 2013, 93; *Vallender*, NZI 2013, 342, 343.

17 *Siemon*, EWiR 2013, 253.

18 *Andres*, NZI 2013, 93; *Graf-Schlicker* (Fn. 14), § 270a Rn. 13 ff.; *Pape* (Fn. 14), § 270a Rn. 21; *Hofmann*, EWiR 2012, 359; *Zipperer*, EWiR 2012, 361; *Undritz*, BB 2012, 1551; AG Köln, ZInsO 2012, 719; AG München, ZIP 2012, 1470 f.

19 AG Fulda, ZIP 2012, 1471 f.

20 AG Duisburg, Beschl. v. 6.11.2012 – 62 IN 178/12 (n.v.); s. dazu *Buchalik/Kraus*, ZInsO 2012, 2330, 2331.

21 S. dazu auch *Vallender*, NZI 2013, 342; *Andres*, NZI 2013, 93.

werden kann, einzelne, im Voraus festgelegte Verbindlichkeiten zulasten der späteren Masse zu begründen.

Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der Streitfrage durch den BGH oder durch den Gesetzgeber<sup>22</sup> sind somit Einzelermächtigungen für Schuldner weiterhin möglich. Insofern ist zur generellen Begründungsmöglichkeit von Masseverbindlichkeiten die Entscheidung des LG Duisburg v. 29.11.2012 weiterhin als wegweisend zu erachten, v.a. weil sie dem mit dem ESUG verfolgten gesetzgeberischen Ziel entspricht, die Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen zu erleichtern und damit den Erhalt von Arbeitsplätzen zu ermöglichen.<sup>23</sup>

#### IV. Handlungsanleitung für die Praxis

##### 1. Sanierungsberater/Insolvenzrichter

Die Erfahrungen des ersten Jahres mit dem ESUG zeigen sehr deutlich: Ohne eine frühzeitige Abstimmung des Insolvenzantrags mit dem zuständigen Insolvenzrichter drohen erhebliche Verfahrensverzögerungen, die den gesamten Sanierungsprozess gefährden oder gar unmöglich machen können. Ein Insolvenzgericht, welches sich erstmals am Tag der Antragstellung mit einem gestellten Antrag zur Einleitung eines Verfahrens nach § 270a InsO befasst, wird nur in den seltensten Fällen noch am selben Tag einen Beschluss über die Anordnung eines vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens erlassen. Denn zu Recht nehmen Insolvenzgerichte für sich in Anspruch, die eingereichten Unterlagen umfassend zu prüfen. Die Praxis zeigt, dass Gerichte, die bereits Verfahren nach §§ 270a, 270b InsO durchgeführt haben, Vorgespräche, welche mindestens 2 – 3 Tage vor der Insolvenzantragstellung erfolgen sollten, i.d.R. wahrnehmen, um sich den Insolvenzantrag in der Entwurfsfassung erklären zu lassen. Eine frühzeitige Kommunikation mit dem Insolvenzgericht schafft Klarheit in Bezug auf die einzuhaltenden Formalien und sichert eine optimale Vorbereitung des Verfahrens. Auf diese Weise lassen sich etwaige Problemstellungen vorab diskutieren.<sup>24</sup>

Im Rahmen solcher Vorgespräche ist es nach der Entscheidung des BGH v. 7.2.2013<sup>25</sup> zwingend erforderlich, auch die Thematik der Einzelermächtigungen in einem angestrebten Verfahren nach § 270a InsO mit dem Insolvenzrichter zu besprechen und das Gericht von der weiterhin geltenden obergerichtlichen Entscheidung des LG Duisburg v. 29.11.2012<sup>26</sup> zu überzeugen.<sup>27</sup> Dabei sollte man dem Gericht deutlich vor Augen führen, dass ohne eine Möglichkeit, Verpflichtungen zulasten der späteren Insolvenzmasse einzugehen, Lieferbeziehungen und sonstige Vertragsverhältnisse, die für eine Sanierung des Unternehmens zwingend notwendig sind, nicht begründet oder aufrechterhalten werden können.<sup>28</sup> Ausreichende Mittel alle Lieferungen gegen Vorkasse zu zahlen, sind bei einem zahlungsunfähigen Unternehmen im Insolvenzeröffnungsverfahren i.d.R. nicht vorhanden. Damit einhergehende Lieferstopps und daraus resultierende Produktionsverzögerungen wären unvermeidbar. Eine Betriebsfortführung im Rahmen der

vorläufigen Eigenverwaltung würde unmöglich.<sup>29</sup> Daher erfordern auch praktische Bedürfnisse diese gerichtliche Beschlussanordnung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten.

Als dogmatische Grundlage für eine gerichtliche Anordnung zur Masseverbindlichkeitenbegründungskompetenz des Schuldners im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO wird überwiegend<sup>30</sup> die Einzelermächtigungsrechtsprechung des BGH<sup>31</sup> angesehen. Deshalb sollte der Sanierungsberater im Rahmen des Vorgesprächs mit dem Gericht im Einzelnen auf die in dieser Entscheidung aufgestellten Kriterien eingehen, da diese Punkte auch im Rahmen der Antragstellung dem Gericht vorzutragen sind, wenn die Befugnis zur Eingehung von Einzelermächtigungen bei Gericht angeregt wird. Dazu gehören:<sup>32</sup>

- Namen der für die Betriebsfortführung benötigten Lieferanten und Dienstleister,
- Kurzbeschreibung des jeweiligen Vertragsgegenstands (z.B. Lieferung von Gas),
- prognostizierte monatliche Ausgabenhöhe sowie
- Darlegung zur Deckung der zu begründenden Verbindlichkeiten bei Fälligkeit (regelmäßig unter Beifügung eines belastbaren Liquiditätsplanes).

Der zuletzt genannte Punkt wird dem Gericht bei einem Verfahren nach § 270a InsO besonders wichtig erscheinen. Insofern muss der Sanierungsberater dem Gericht plausibel und nachprüfbar darlegen, wie und aus welchen Mitteln die Schuldnerin die einzugehenden Masseverbindlichkeiten begleichen will. Hat das Gericht Zweifel an der Richtigkeit bzw. der Umsetzbarkeit der vorgelegten Finanzplanung oder fehlen dem Gericht ausreichende betriebswirtschaftliche Kenntnisse, kann es sich der Hilfe des eingesetzten vorläufigen Sachwalters als Gutachter bedienen.

Etwaige Amtshaftungsansprüche haben Insolvenzrichter, wenn sie im Rahmen des Verfahrens nach § 270a InsO

22 S. die Aufforderung an den Gesetzgeber bei *Römermann/Praß*, ZInsO 2013, 482, 487 ff. und bei *Pleister/Tholen*, ZIP 2013, 526.

23 BT-Drucks. 17/5712, S. 2.

24 So auch *Weissinger*, NZI 2013, 343, 344; ausführlich zum Vorgespräch mit dem Gericht *Haarmeyer/Buchalik*, Sanieren statt Liquidieren, 1. Aufl. 2012, S. 131 ff.

25 BGH, ZInsO 2013, 460.

26 LG Duisburg, ZInsO 2012, 2346.

27 Liegt zum Zeitpunkt der Antragstellung nur eine drohende Zahlungsunfähigkeit vor, sollte sich der Schuldner überlegen, ob er nicht ggf. auf die Beantragung eines Schutzschirmverfahrens ausweicht, um nach § 270b Abs. 3 InsO Masseverbindlichkeiten begründen zu können.

28 So auch *Andres*, NZI 2013, 93; *Graf-Schlicker* (Fn. 14), § 270a Rn. 15.

29 So auch *Vallender*, NZI 2013, 342, 343; *Weissinger*, NZI 2013, 343, 344; LG Duisburg, ZInsO 2012, 2346; *Frind*, ZInsO 2012, 1093.

30 S. dazu und zur dogmatischen Herleitung *Undritz*, BB 2012, 1551, 1552; *Siemon*, EWiR 2013, 253, 254; *Weissinger*, NZI 2013, 343, 344; *Buchalik* (Fn. 14), § 270a Rn. 12.

31 BGH, ZInsO 2002, 819 ff.

32 BGH, ZInsO 2002, 819 ff.; ausführlich zu dieser Rechtsprechung *Laroche*, NZI 2010, 965.

(weiterhin) die Befugnis des Schuldners zur Eingehung von einzelnen Masseverbindlichkeiten aussprechen, nicht zu befürchten, auch wenn sich Insolvenzrichter nicht auf das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB berufen können.<sup>33</sup> Denn die von der Rechtsprechung an eine Amtspflichtverletzung des Insolvenzrichters gestellten Anforderungen sind sehr hoch, insbesondere dann, wenn der Richter für seine Auffassung eine Vielzahl von Entscheidungen und Kommentaren anführen kann und eine entgegengesetzte höchstrichterliche Entscheidung nicht vorliegt. Daher folgt schon zu Recht aus dem Verfassungsgrundsatz der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG), dass dem Richter außerhalb des § 839 Abs. 2 BGB nur bei besonders groben Verstößen, also bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit und Unvertretbarkeit seiner Rechtsansicht oder Verfahrensweise, ein Schuldvorwurf gemacht werden kann.<sup>34</sup> Selbst wenn der BGH wider Erwarten und entgegen der systematischen Struktur der Eigenverwaltung gleichwohl in Zukunft einer entsprechenden Masseverbindlichkeitenbegründungskompetenz des Schuldners im Rahmen des § 270a InsO ohne gesetzliche Ermächtigung eine Absage erteilen sollte, kann dem anordnenden Richter zumindest kein besonders grober Verstoß vorgeworfen werden, denn eine solche gerichtliche Anordnung entspricht nicht nur der h.M.,<sup>35</sup> sondern auch dem gesetzgeberischen Ziel des ESUG. Ein Argument für die Nichterteilung einer Einzelermächtigung lässt sich hieraus nicht herleiten.

## 2. Banken

Die BGH-Entscheidung v. 7.2.2013<sup>36</sup> hat zu erheblichen Verunsicherungen bei den Banken, z.B. im Hinblick auf die Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes und/oder die Einräumung eines Massekredits in einem künftigen Verfahren nach § 270a InsO, beigetragen. Manche Banken haben aus der Nicht-Entscheidung des BGH in der Sache gleichwohl und vorschnell hergeleitet, dass Einzelermächtigungen im Verfahren nach § 270a InsO nun per se unzulässig wären.<sup>37</sup> Hier gilt es in nächster Zeit Aufklärungsarbeit durch den Sanierungsberater zu leisten und zu verdeutlichen, dass eine höchstrichterliche Entscheidung des BGH eben nicht vorliegt, auch nicht als obiter dictum, und daher auch weiterhin derselbe Rechtszustand zur Einzelermächtigung herrscht wie vor der Entscheidung des BGH v. 7.2.2013.

Banken sollten daher vor allem bei der Einräumung eines Massekredits im Rahmen eines Verfahrens nach § 270a InsO (weiterhin) unbedingt auf die Vorlage eines entsprechenden gerichtlichen Einzelermächtigungsbeschlusses achten, der sie als Massegläubiger absichert.

Die im Zusammenhang der Insolvenzgeldvorfinanzierung anfallenden Zinsen und Gebühren kann dagegen der Schuldner im Einzelfall auch über ein insolvenzrechtliches Bargeschäft begleichen. Daher droht der Bank in dieser Konstellation im Regelfall kein Ausfall, wenn das Gericht einen entsprechenden Einzelermächtigungsbeschluss nicht erlassen hat.

## V. Kodifizierungsvorschläge für den Gesetzgeber

### 1. Schaffung eines neuen § 270a Abs. 1 Satz 3 InsO

Da die BGH-Entscheidung v. 7.2.2013<sup>38</sup> derzeit von vielen am Insolvenzverfahren Beteiligten missverstanden wird und mit einer erneuten BGH-Entscheidung zu der aufgekommenen Streitfrage der Einzelermächtigungen nicht so bald zu rechnen ist, ist der Gesetzgeber aufgefordert, insoweit für schnelle, endgültige Klarheit zu sorgen. So ließe sich etwa im Rahmen der Verbraucherinsolvenzrechtsreform unkompliziert ein neuer § 270a Abs. 1 Satz 3 InsO schaffen, der künftig die Masseverbindlichkeitenbegründungskompetenz des eigenverwaltenden Schuldners in diesem Verfahren regelt.<sup>39</sup>

### 2. Rechtsmittel im Bereich der §§ 270 ff. InsO

Die BGH-Entscheidung v. 7.2.2013<sup>40</sup> enthält den missverständlichen Satz, dass die Vorschriften der §§ 270a, 270b InsO insgesamt keine Rechtsmittel gegen die im Rahmen des Eröffnungs- oder des Schutzschirmverfahrens getroffenen Entscheidungen des Insolvenzgerichts vorsähen. Aus diesem Satz lässt sich nicht – wie man voreilig meinen könnte – ableiten, dass der BGH in Verfahren nach §§ 270a, 270b InsO generell Rechtsmittel in diesen Verfahren als unstatthaft erachten würde. Eine dahin gehende Auslegung dieses Satzes wäre schon aus Gründen der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes rechtlich nicht zulässig. Stattdessen ist dieser Satz nur als ein weiteres (wenn auch schwaches) Argument des höchsten deutschen Zivilgerichts zu verstehen, weshalb in dem zu entscheidenden Fall des AG Fulda<sup>41</sup> die eingelegte Rechtsbeschwerde bzw. bereits die sofortige Beschwerde als nicht statthaft erachtet werden konnte. In gleicher Weise – nämlich als (weiteres schwaches) Argument, weshalb gegen das Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen eben nicht die sofortige Beschwerde statthaft sei – ist auch der Satz des BGH zu verstehen, dass es sich um eilbedürftige, zügig durchzuführende Verfahren handle, in denen nicht auf die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts gewartet werden könne. Ob der BGH dabei übersehen hat, dass die sofortige Beschwerde keine auf-

33 So auch *Vallender*, NZI 2013, 342, 343; s. zu dieser Thematik auch die Ausführungen bei *Beck/Depre*, Praxis der Insolvenz, 2. Aufl. 2010, § 50 Rn. 3.

34 BGH, NJW 2011, 1072; BGH, NJW 2003, 3052; BGH, NJW-RR 1992, 919; OLG Stuttgart, NZI 2008, 108.

35 LG Duisburg, ZInsO 2013, 2346; AG Köln, ZInsO 2012, 719; AG München, ZIP 2012, 1470 f.; *Vallender*, NZI 2013, 342; *Weissinger*, NZI 2013, 343; *Römermann/Praß*, ZInsO 2013, 482 ff.; *Pleister/Tholen*, ZIP 2013, 526; *Andres*, NZI 2013, 93; *Graf-Schlicker* (Fn. 14), § 270a Rn. 13 ff.; *Pape* (Fn. 14), § 270a Rn. 21; *Hofmann*, EWIR 2012, 359; *Zipperer*, EWIR 2012, 361; *Undritz*, BB 2012, 1551; *Buchalik* (Fn. 14), § 270a Rn. 12.

36 BGH, ZInsO 2013, 460.

37 Darauf weisen *Pleister/Tholen*, ZIP 2013, 526 hin.

38 BGH, ZInsO 2013, 460.

39 So auch *Römermann/Praß*, ZInsO 2013, 482, 487 ff.; *Pleister/Tholen*, ZIP 2013, 526. Die Implementierung einer ausdrücklichen Masseverbindlichkeitenbegründungskompetenz in den § 270a InsO ist auch aus Bankenkreisen zu vernehmen.

40 BGH, ZInsO 2013, 460.

41 AG Fulda, ZIP 2012, 1471 f.

schiebende und damit verzögernde Wirkung hat und Beschwerdegerichte auch innerhalb weniger Tage zu überzeugenden Entscheidungen gelangen können,<sup>42</sup> mag an dieser Stelle dahinstehen. Weitergehende Folgerungen aus diesen beiden Sätzen der BGH-Entscheidung abzuleiten, sind verfehlt und verkennen den Aussagegehalt. Um insoweit keine weiteren Missverständnisse in der Insolvenzpraxis aufkommen zu lassen und um eine frühere Antragstellung zu fördern, ist dem Gesetzgeber „zur Rettung seines ESUG“ zu empfehlen, im Rahmen der noch laufenden Verbraucherinsolvenzrechtsreform zugleich in den §§ 270 ff. InsO bzw. in § 21 Abs. 1 InsO die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels gegen gerichtliche Anordnungen, und zwar auch gegen den Nichtanordnungsbeschluss einer Eigenverwaltung (vgl. § 270 Abs. 3 InsO), zu kodifizieren. So könnte z.B. ein neuer § 21 Abs. 1 Satz 3 InsO wie folgt lauten: „In den Verfahren nach §§ 270 ff. InsO steht die sofortige Beschwerde den Gläubigern auch für den Fall der Ablehnung oder des Unterlassens beantragter Maßnahmen zu.“

## VI. Fazit

Auch nach der BGH-Entscheidung v. 7.2.2013<sup>43</sup> sind Einzelermächtigungen im Verfahren nach § 270a InsO weiterhin zulässig, denn der IX. Senat konnte weder noch hat er eine Entscheidung in der Sache getroffen. Dass der Senatsvorsitzende sich auf dem 10. Deutschen Insolvenzrechtstag dazu veranlasst sah, dies in ungewöhnlich deutlicher Weise öffentlich klarzustellen, sollte Spekulationen ein Ende bereiten.

Die Ermächtigung des Schuldners, erforderlichenfalls Verbindlichkeiten zulasten der späteren Insolvenzmasse begründen zu können, entspricht nicht nur der h.M.,<sup>44</sup> sondern auch dem gesetzgeberischen Willen, die Sanierung von in-

solventen Unternehmen zu erleichtern. Das hat auch das LG Duisburg in seinem Beschl. v. 29.11.2012<sup>45</sup> explizit klargestellt. Dieser obergerichtlichen Entscheidung kommt im Verbund mit vielen weiteren Entscheidungen und Auffassungen in der Literatur daher auch weiterhin eine wegweisende Rolle in der neuen Sanierungskultur zu.

Es gibt keinerlei Gründe, die auch weiterhin bestehende Möglichkeit der Erteilung von Einzelermächtigungen infrage zu stellen. Einzelermächtigungen im Verfahren nach § 270a InsO sind für den Fortbestand und die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens durch den eigenverwaltenden Schuldner von existenzieller Bedeutung. Alle Bestellungen ausschließlich gegen Vorkasse leisten zu müssen, als Konsequenz einer Verweigerung von Einzelermächtigungen im Verfahren nach § 270a InsO, übersteigen i.d.R. die Finanzierungsmöglichkeiten der Insolvenzschuldnerin im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren. Ein Ausweichen auf die vorläufige Regelinsolvenz wäre in den meisten Fällen unabdingbar. Dort wo ein Ausweichen auf das Schutzschirmverfahren, in dem sich die Kompetenz zur Begründung von Masseverbindlichkeiten explizit aus der gesetzlichen Regelung des § 270b Abs. 3 InsO ergibt, nicht möglich ist, scheidet dann aber eine Eigenverwaltung im Eröffnungsverfahren aus. Die Ziele des ESUG würden damit konterkariert.

42 Gerade die Beschwerdeentscheidung des LG Duisburg v. 29.11.2012 hat gezeigt, dass Beschwerdeentscheidungen sehr zügig und ohne lange Wartezeit ergehen können. S. dazu *Buchalik/Kraus*, ZInsO 2012, 2330.

43 BGH, ZInsO 2013, 460.

44 LG Duisburg, ZInsO 2013, 2346; AG Köln, ZInsO 2012, 719; AG München, ZIP 2012, 1470 f.; *Vallender*, NZI 2013, 342; *Weissinger*, NZI 2013, 343; *Römermann/Praß*, ZInsO 2013, 482 ff.; *Pleister/Tholen*, ZIP 2013, 526; *Andres*, NZI 2013, 93; *Graf-Schlicker* (Fn. 14), § 270a Rn. 13 ff.; *Pape* (Fn. 14), § 270a Rn. 21; *Hofmann*, EWiR 2012, 359; *Zipperer*, EWiR 2012, 361; *Undritz*, BB 2012, 1551; *Buchalik* (Fn. 14), § 270a Rn. 12.

45 LG Duisburg, ZInsO 2012, 2346.

## ZInsO-Dokumentation

### BMF-Schreiben: Vereinnahmung des Entgelts in der vorläufigen Insolvenzverwaltung von bereits vor oder während der vorläufigen Insolvenzverwaltung nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 UStG berichtigten Umsätzen

*BMF-Schreiben v. 12. 4. 2013 - IV D 2 - S 7330/09/10001 : 001*

Ungeachtet der besonderen Berichtungspflichten im Insolvenzverfahren wegen Uneinbringlichkeit aus Rechtsgründen (vgl. Abschnitt 17.1 Abs. 11 bis 13 UStAE) finden die grundsätzlichen Regelungen des § 17 UStG weiterhin Anwendung. Wie die sich hieraus ergebende Steuerverbindlichkeit im Insolvenzverfahren zu qualifizieren ist, richtet sich nach den Grundsätzen der Insolvenzordnung - InsO - und den hierzu ergangenen Verwaltungsanweisungen.

Nach § 55 Abs. 4 InsO gelten Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners aus dem Steuerschuldverhältnis, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder vom Schuldner mit Zu-

stimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters begründet worden sind, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeiten. Es handelt sich insoweit um Verbindlichkeiten, die während der vorläufigen Insolvenzverwaltung begründet wurden. Die neue Regelung ist auf alle Insolvenzverfahren anzuwenden, deren Eröffnung ab dem 1. Januar 2011 beantragt wurde. § 55 Abs. 4 InsO findet ausschließlich auf den sog. schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter Anwendung (vgl. auch Rz. 2 des BMF-Schreibens vom 17. Januar 2012 - IV A 3 - S 0550/10/10020-05 (2012/0042691), BStBl I S. 120).