

(so auch *Dupper/Petzsche* [wistra 2016, 294, 296] für den vorläufigen starken Insolvenzverwalter). Dieses vom BGH genannte Eigeninteresse ist vor Insolvenzantragstellung vorhanden. Mit Beginn des Insolvenzeröffnungsverfahrens ist das Handeln der Schuldnerin aber durch die Zielsetzung des Insolvenzrechts bestimmt und die Schuldnerin unterliegt der Aufsicht des Sachwalters und des Insolvenzgerichts. Die Verfahrensziele des Insolvenzrechts – insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz der Gläubiger – sorgen dafür, dass das Eigeninteresse an der Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen gerade nicht vorliegt.

3. Die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts ist zur Verhinderung der durch das Beabsichtigte Vorgehen des „Zahlens und Anfechtens“ verursachten nachteiligen Veränderung des Schuldnervermögens geeignet. Dem gesetzlichen Vertreter der Schuldnerin wird das Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen ohne Zustimmung des vorläufigen Sachwalters durch die partielle Einschränkung der Verfügungsbefugnis rechtlich unmöglich gemacht (so auch AG Heilbronn, ZInsO 2016, 1024). Eine Zustimmung des vorläufigen Sachwalters würde zum Schutz der künftigen Insolvenzmasse und zur Durchsetzung des im Insolvenzgeldzeitraum bestehenden Vorrangs der insolvenzrechtlichen Pflichten gegenüber den sozialversicherungsrechtlichen Pflichten nicht erfolgen.

4. Die beantragte Sicherungsmaßnahme ist jedenfalls dann erforderlich, wenn (i) die Geschäftsleitung anderenfalls aufgrund der bestehenden Pflichtenkollision zur Reduzierung eigener Haftungsrisiken gezwungen ist, den in der Praxis üblichen Weg der Zahlung und späteren Anfechtung zu wählen und (ii) die Zahlung und spätere Anfechtung die Liquidität der Gesellschaft unverhältnismäßig belasten würde oder (iii) eine spätere Anfechtung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hätte. Diese Voraussetzungen liegen vorliegend jedoch nicht vor.

Zwar ist der Vorstand der Schuldnerin zur Reduzierung von Haftungsrisiken gezwungen, die Arbeitnehmerbeiträge unter dem Vorbehalt der späteren Anfechtung zu bezahlen. Nach richtiger Auffassung müssen im Insolvenzgeldzeitraum Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung nicht abgeführt werden. Ob und inwieweit § 266 Abs. 1 StGB im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens bzw. im Insolvenzgeldzeitraum anwendbar ist, ist jedoch noch nicht höchstrichterlich entschieden worden und in der Literatur ist die Frage umstritten (vgl. *Bork*, KTS 2017, 189, 190 m.w.N.). In der Literatur wird u.a. vertreten, dass das Nichtabführen von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung für den eigenverwaltenden Schuldner auch im Insolvenzgeldzeitraum strafbar wäre (vgl. *Laroche/Wollenweber*, ZInsO 2016, 2225, 2230 f.). Dem Vorstand der Schuldnerin droht damit potenziell ein Strafbarkeitsrisiko nach § 266a Abs. 1 StGB sowie ein Haftungsrisiko aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB. Zur Vermeidung dieses unzumutbaren Risikos ist der Vorstand ohne Anordnung der beantragten Sicherungsmaßnahme gezwungen, das Vorgehen „Zahlen und Anfechten“ zu wählen.

Allerdings ist die Bezahlung nach den Angaben des Vorstands aus der vorhandenen Liquidität problemlos möglich, ohne dass dies die Betriebsfortführung im Antragsverfahren beeinträchtigt. Die Anordnung der Sicherungsmaßnahme ist daher vorliegend nicht erforderlich, um die Betriebsfortführung zu sichern. Jedenfalls dann, wenn die Liquidität durch das Vorge-

hen des „Zahlens und Anfechtens“ erheblich belastet und dadurch die Betriebsfortführung gefährdet wäre, müsste die beantragte Sicherungsmaßnahme zum Schutz der künftigen Insolvenzmasse erlassen werden. Sofern dies wie vorliegend nicht der Fall ist, besteht nur dann ein zwingendes Erfordernis zum Erlass der Sicherungsmaßnahme, wenn die spätere Anfechtung der gezahlten Beiträge nicht oder nur mit Prozessrisiken möglich wäre.

Dies ist nicht der Fall. Die beabsichtigte spätere Anfechtung der abgeführten Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung hat vorliegend sichere Aussicht auf Erfolg. Die abgeführten Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung unterliegen im Grundsatz der Anfechtung (vgl. BGH, ZInsO 2009, 2293). Die Sozialversicherungsabgaben werden vorliegend – anders als in der Entscheidung des BGH v. 16.6.2016 (ZInsO 2016, 1421) – auch nicht als Masseverbindlichkeit begründet, weshalb eine Anfechtung risikolos erscheint. Es verbleibt damit lediglich ein sehr geringes Restrisiko der Verkürzung der künftigen Insolvenzmasse durch die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung. Die Anordnung der Sicherungsmaßnahme ist bei dieser Sachlage nicht zwingend, sodass bei der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit von der Sicherungsmaßnahme abgesehen werden kann, auch wenn eine Durchsetzung des nach Ansicht des Gerichtes im Insolvenzgeldzeitraum unzweifelhaft bestehenden Vorrangs der insolvenzrechtlichen Pflichten gegenüber der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung wünschenswert wäre.

Anmerkung zu AG Hamburg, Beschl. v. 19. 6. 2017 – 67g IN 173/17

von *Rechtsanwalt Robert Buchalik und
Rechtsanwalt Alfred Kraus, Düsseldorf*

Nachdem seit Inkrafttreten des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) 2012 die Einzelermächtigungsthematik im Kontext eines vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens nach § 270a InsO in einer Vielzahl von Aufsätzen beleuchtet wurde, verbunden mit einer mittlerweile herausgebildeten h.M. in Literatur und Rechtsprechung (s. dazu etwa LG Hannover, Beschl. v. 22.8.2016 – 11 T 30/16, ZInsO 2016, 1861 mit dortigem Verweis auf die h.M. und § 21 Abs. 1 InsO als Rechtsgrundlage), erfreut sich zwischenzeitlich das Thema des Umgangs mit der Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung und Steuern im vorläufigen Eigenverwaltungseröffnungsverfahren in juristischen Fachaufsätzen zunehmender Beliebtheit.

An sich hatte sich dazu der erstmals vom AG Düsseldorf (Beschl. v. 14.7.2014 – 504 IN 124/14, ZInsO 2014, 2389, diesem u.a. folgend AG Heilbronn, Beschl. v. 23.3.2016 – 12 IN 149/16, ZInsO 2016, 1024; AG Mönchengladbach, Beschl. v. 28.4.2015 – 19 IN 35/15; AG Siegen, Beschl. v. 8.6.2015 – 25 IN 134/15; AG Stendal, Beschl. v. 14.7.2015 – 7 IN 142/15; AG Offenbach, Beschl. v. 27.11.2015 – 8 IN 564/15; AG Oldenburg, Beschl. v. 18.1.2016 – 44 IN 2/16) angeordnete, partielle Zustimmungsvorbehalt zugunsten des vorläufigen Sachwalters in Bezug auf die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung bei vielen deutschen Insolvenzgerichten bereits als praktikable Lösung durchgesetzt (a.A. AG Hannover, ZInsO 2015, 1111; *Frind*, ZInsO 2015, 22; *ders.*, EWIR 2015, 651). Ausgelöst durch den Beitrag von *Laroche/Wollen-*

weber (ZInsO 2016, 2225, 2229), die bei dieser partiellen Zustimmungsvorbehaltslösung ein nicht auszuschließendes Strafbarkeitsrisiko für den Geschäftsführer, den vorläufigen Sachwalter und sogar für den handelnden Richter verbunden mit einem angeblichen kollusiven Zusammenwirken sehen, ist dieser Lösungsweg seitdem in der Praxis völlig in den Hintergrund gerückt. Insbesondere der einen solchen Beschluss erlassende Richter hat sich persönlich im „Strafbarkeitsrisiko“ gesehen. Fortan waren derartige Beschlüsse praktisch nicht mehr zu erhalten. Stattdessen wird als sicherster Weg inzwischen wohl nahezu ausschließlich die sog. Abführungs- und Anfechtungslösung gewählt, die aber erfordert, dass das betroffene, insolvente Unternehmen über ausreichend liquide Mittel verfügt. Zwar wird die Liquidität im Laufe des Verfahrens fast immer erwirtschaftet. Wegen der Notwendigkeit, im eingeleiteten Verfahren vielfach Vorkasse leisten zu müssen, wird aber vor allem der Einstieg in ein vorläufiges Eigenverwaltungsverfahren durch diese Handhabung deutlich erschwert.

In diesen Kontext reiht sich die nun ergangene Entscheidung des AG Hamburg (Beschl. v. 19.6.2017 – 67g IN 173/17) ein, die sehr anschaulich aufzeigt, dass in den Fällen, in denen die Zahlung und spätere Anfechtung die Liquidität der Gesellschaft und damit die Fortführungsfähigkeit im Eigenverwaltungsverfahren unverhältnismäßig belasten würde, auf der Grundlage von §§ 270a, 21 Abs. 1 Satz 1 InsO vom Gericht ein partieller Zustimmungsvorbehalt zugunsten des vorläufigen Sachwalters in Bezug auf die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung angeordnet werden kann.

I. Wesentlicher Inhalt der Entscheidung

Das AG Hamburg hat in seinem Beschl. v. 19.6.2017 ausgeführt, dass die von der eigenverwaltenden Schuldnerin beantragte Sicherungsmaßnahme, die Verfügungsbefugnis der Schuldnerin über ihr Vermögen gem. §§ 270a, 21 Abs. 1 Satz 1 InsO dahin gehend einzuschränken, dass die Schuldnerin Zahlungen auf Beiträge der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung i.S.v. § 266a StGB nur mit Zustimmung des vorläufigen Sachwalters leisten darf, grds. zulässig und zur Verhinderung nachteiliger Veränderungen des Schuldnervermögens geeignet sei. Voraussetzung für eine solche Sicherungsmaßnahme sei aber auch, dass sie im konkreten Einzelfall erforderlich ist, um die künftige Insolvenzmasse vor nachteiligen Veränderungen zu schützen.

1. Rechtsgrundlage für einen derartigen partiellen Zustimmungsvorbehalt ist nach Ansicht des Gerichts §§ 270a, 21 Abs. 1 Satz 1 InsO, was sich aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck dieser Vorschriften ergibt. Nach dem Sinn und Zweck der §§ 270a, 21 Abs. 1 Satz 1 InsO soll das Gericht in die Lage versetzt werden, gerichtliche Schutzmaßnahmen anzuordnen, um eine nachteilige Veränderung des Schuldnervermögens zu vermeiden. Etwas anderes ergebe sich nicht aus der Soll-Vorschrift des § 270a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO. Ferner schließe der fehlende Verweis des § 270a Abs. 1 Satz 2 InsO auf die Vorschrift des § 277 InsO nicht aus, dass das Gericht von Amts wegen einen Zustimmungsvorbehalt auf der Grundlage von § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO erlässt. Auch ein Vergleich zwischen vorläufiger Insolvenzverwaltung und vorläufigem Eigenverwaltungsverfahren stütze diese Ansicht. So könne im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens mit

einem schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter dieser die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung durch seine Nichtzustimmung rechtlich unmöglich machen. Wenn diese Möglichkeit im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nicht bestehen sollte, wäre die vorläufige Eigenverwaltung gegenüber dem Regelantragsverfahren benachteiligt. Das mit der Einführung des ESUG erklärte Ziel, der Stärkung der Eigenverwaltung, würde dem zuwiderlaufen.

2. Die insolvenzrechtliche Pflicht zur Masseerhaltung sei vorrangig (vgl. *Bork*, KTS 2017, 189, 190 m.w.N.). § 266a Abs. 1 StGB regelt, dass sich strafbar macht, wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält. Eine Einschränkung der Anwendbarkeit von § 266a Abs. 1 StGB für den Insolvenzzeldzeitraum sei aber nach dem Sinn und Zweck geboten. Wenn der Gesetzgeber davon ausgehe, dass im Rahmen der vorläufigen starken Insolvenzverwaltung im Zeitraum der Insolvenzzeldvorfinanzierung § 266a StGB nicht anwendbar ist, könne für diesen Zeitraum im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung nichts anderes gelten.

Ferner seien Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung im Insolvenzeröffnungsverfahren im Insolvenzzeldzeitraum nicht privilegiert. Sowohl die Vorrangrechtsprechung des 5. Strafsenats des BGH (BGH, *ZInsO* 2004, 39; 2005, 986) als auch die (wegen der Rechtsprechung des 5. Strafsenats geänderte) Rechtsprechung des II. ZS des BGH zu § 64 GmbHG (BGH, *ZInsO* 2007, 660) beziehen sich jeweils nur auf den Zeitraum vor Stellung des Insolvenzantrags. Für den Zeitraum der vorläufigen Eigenverwaltung gehe der BGH (wie auch der Gesetzgeber) offensichtlich davon aus, dass Beiträge zur Sozialversicherung jedenfalls nicht absoluten Vorrang genießen.

Gegen eine Anwendung von § 266a Abs. 1 StGB spreche auch das fehlende Eigeninteresse des Schuldners an der Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung. Die Verfahrensziele des Insolvenzrechts, insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz der Gläubiger und die Massesicherungspflicht, sorgen dafür, dass ein Eigeninteresse an der Nichtabführung gerade nicht beim Schuldner und vorläufigen Sachwalter zu erkennen sei.

3. Die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts sei auch zur Verhinderung nachteiliger Veränderungen des Schuldnervermögens geeignet. Dem gesetzlichen Vertreter der Schuldnerin werde das Abführen der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung ohne Zustimmung des vorläufigen Sachwalters rechtlich unmöglich gemacht (so auch AG Heilbronn, *ZInsO* 2016, 1024).

4. Die beantragte Sicherungsmaßnahme sei jedenfalls dann erforderlich, wenn (i) die Geschäftsleitung anderenfalls aufgrund der bestehenden Pflichtenkollision zur Reduzierung eigener Haftungsrisiken gezwungen ist, den in der Praxis üblichen Weg der Zahlung und späteren Anfechtung zu wählen und (ii) die Zahlung und spätere Anfechtung die Liquidität der Gesellschaft unverhältnismäßig belasten würde oder (iii) eine spätere Anfechtung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hätte.

Da im zu entscheidenden Fall die Bezahlung nach den Angaben der eigenverwaltenden Schuldnerin aus den vorhandenen liquiden Mitteln problemlos möglich war, ohne dass dies die Betriebsfortführung beeinträchtigt hätte, war die Anordnung

einer Sicherungsmaßnahme nicht erforderlich, um die Betriebsfortführung zu sichern. Vor dem Hintergrund, dass die spätere Anfechtung der gezahlten Beiträge sichere Aussicht auf Erfolg hat und im Grundsatz der Insolvenzanfechtung unterliegen (vgl. BGH, ZInsO 2009, 2293), war auch deshalb die Anordnung der Sicherungsmaßnahme bei dieser Sachlage nicht zwingend, auch wenn eine Durchsetzung des nach Ansicht des AG Hamburg im Insolvenzgeldzeitraum unzweifelhaft bestehenden Vorrangs der insolvenzrechtlichen Pflichten gegenüber der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung wünschenswert wäre.

II. Bewertung und Konsequenzen für die Praxis

Der Entscheidung des AG Hamburg ist vollumfänglich zuzustimmen. Sie führt zu besserer Planbarkeit und mehr Rechtssicherheit im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren, da sie die Sanierung erhaltenswerter Unternehmen nicht behindert und Arbeitsplätze der betroffenen Arbeitnehmer nicht gefährdet (so auch *Schmidt*, ZIP 2017, 1357). Sie dürfte außerdem dazu beitragen, die bei Sanierungsberatern, Sachwaltern und Insolvenzrichtern in letzter Zeit evtl. aufgetretenen Zweifel an der Richtigkeit der partiellen Zustimmungsvorhaltslösung wieder zu beseitigen. So haben zwischenzeitlich auch das AG München (Beschl. v. 27.7.2017 – 1507 IN 2020/17) und das AG Münster (Beschl. v. 7.8.2017 - 87 IN 39/17) auf Anregung der eigenverwaltenden Schuldnerin in einem Verfahren nach § 270a InsO auf Grundlage von § 21 Abs. 1 InsO angeordnet, dass Zahlungen der Schuldnerin auf Beiträge der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung i.S.v. § 266a StGB zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des vorläufigen Sachwalters bedürfen.

Der Beschluss des AG Hamburg verdeutlicht, dass die Vorrangrechtsprechung des 5. Strafsenats des BGH zu § 266a StGB (BGH, *ZInsO* 2004, 39; 2005, 986) im Insolvenzeröffnungsverfahren gerade nicht anwendbar ist, da die Grundsätze der Gläubigergleichbehandlung und Massesicherung diese verdrängen (so auch *Bork*, KTS 2017, 189, 190 m.w.N.; *Buchalik/Schröder/Rekers*, ZInsO 2017, 905, 911 ff.). Ebenso wenig liegt bei dieser partiellen Zustimmungsvorhaltslösung ein kollusives Zusammenwirken zwischen eigenverwaltendem Schuldner und vorläufigem Sachwalter unter Beteiligung des Gerichts vor, wie es von *Laroche/Wollenweber* (ZInsO 2016, 2225, 2229) problematisiert wird. Ein kollusives Zusammenwirken kommt allein schon aufgrund unterschiedlicher Interessenlage der Beteiligten nicht in Betracht. Ein für eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB erforderliches Eigeninteresse an der Nichtabführung von Arbeitnehmeranteilen ist aufgrund des in der InsO geltenden Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Massesicherungspflicht weder beim eigenverwaltenden Schuldner noch beim vorläufigen Sachwalter und auch nicht beim handelnden Richter zu erkennen. Der Geschäftsführer der eigenverwaltenden Schuldnerin wird sich nach Antragstellung so verhalten, dass er sich möglichst keiner persönlichen Haftung aussetzt. Ohnehin ist die aufgestellte Behauptung eines angeblich kollusiven Verhaltens ein Zirkelschluss, muss doch vor der Frage der Verantwortlichkeit als Erstes geklärt werden, ob das erzielte Ergebnis rechtmäßig oder rechtswidrig ist, d.h. die Frage, ob die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren gezahlt werden müssen oder nicht (so auch *Buchalik/Schröder/Rekers*, ZInsO 2017, 905, 911). Da sich der Geschäftsführer im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren in der Kollision der Zahlungspflicht mit der Massesicherungspflicht für Letztere entscheiden darf (s.

dazu ausführlich *Bork*, KTS 2017, 189, 204), stellt sich die Frage der strafrechtlichen Mitverantwortlichkeit der Beteiligten überhaupt nicht. Überdies fehlt es, wie das AG Hamburg zutreffend ausführt, am Strafbarkeitsbedürfnis, da das Aufkommen der Sozialversicherung für die Dauer des Insolvenzgeldzeitraumes gem. § 175 Abs. 1 Satz 1 SGB III gesichert ist.

Die Entscheidung des AG Hamburg steht auch mit der finanzgerichtlichen Ansicht in Einklang. So hat das FG Münster (Beschl. v. 3.4.2017 – 7 V 492/17, ZInsO 2017, 880) entschieden, dass in vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren, in denen ein entsprechender Zustimmungsvorbehalt in Bezug auf Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung i.S.v. § 266a StGB und Forderungen aus dem Steuerverhältnis i.S.v. § 37 AO durch das Insolvenzgericht angeordnet wurde und der vorläufige Sachwalter Zahlungen widersprochen hat, keine Haftung nach den §§ 191, 69, 34 AO wegen Nichtzahlung der nach Antragstellung fälligen USt droht, weil es am Verschulden fehlt (ausführlich dazu *Buchalik/Schröder/Rekers*, ZInsO 2017, 862). Auch hinsichtlich der Zahlung von Steuern im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren steht der Geschäftsführer in einer Pflichtenkollision, da ihm im Fall der Nichtzahlung die persönliche Haftung und die Begehung einer Ordnungswidrigkeit etwa nach den §§ 380 AO, §§ 26b, 26c UStG droht. Eine Differenzierung hinsichtlich der Auflösung der Pflichtenkollision zwischen Steuern und Sozialversicherungsabgaben ist allerdings nicht angebracht. Der Geschäftsführer darf sich im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren auch in Bezug auf Steuern zugunsten der Massesicherungspflicht entscheiden (so auch *Bork*, KTS 2017, 189, 204 m.w.N.).

Die Entscheidung des AG Hamburg gibt weiterhin deutlich zu erkennen, dass die Anordnung des partiellen Zustimmungsvorhalts als Sicherungsmaßnahme gestützt auf § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht in allen Eigenverwaltungseröffnungsverfahren zwingend ist. Diese Anordnung muss vielmehr auch erforderlich sein, was sie nach den Ausführungen des AG Hamburg nur dann ist, wenn die Zahlung und spätere Anfechtung die Liquidität der Gesellschaft unverhältnismäßig belasten würde und damit die Betriebsfortführung im Eröffnungsverfahren i.S.d. §§ 270a, 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO gefährdet wäre. Vor diesem Hintergrund lehrt die Entscheidung für die Praxis, dass dem Antrag des eigenverwaltenden Schuldners auf Anordnung eines entsprechenden Zustimmungsvorhalts eine belastbare Liquiditätsplanung für den Zeitraum des Eröffnungsverfahrens beigefügt werden sollte, aus der erkennbar hervorgeht, dass die Liquidität durch das Vorgehen des Zahlens und Anfechtens von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung und ggf. in Bezug auf Steuern erheblich belastet wird und dadurch die Betriebsfortführung bis zur Verfahrenseröffnung gefährdet wäre. Ist hingegen ausreichend Liquidität im Unternehmen vorhanden, ist als sicherster Weg weiterhin die Abführungs- und Anfechtungslösung einzuschlagen. Dieser bedeutet zwar für die Krankenkassen als Einzugsstellen und die Finanzämter einen erheblichen verwaltungstechnischen Mehraufwand in Bezug auf die Bearbeitung von Insolvenzanfechtungsfällen (Hin- und Herzahlungen), ist aber so hinzunehmen, solange keine gesetzgeberische Änderung in diesem Punkt erfolgt.

Der Gesetzgeber ist nach Abschluss der Evaluierung des ESUG gefordert, schnell eine Klarstellung in den §§ 270a, 270b InsO oder in § 21 InsO aufzunehmen, wonach ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten des vorläufigen Sachwalters

hinsichtlich der Zahlung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung i.S.v. § 266a StGB und die Zahlung von Forderungen aus dem Steuerschuldverhältnis i.S.v. § 37 AO zulässig ist.

Gesellschaftsinsolvenzrecht

§§ 714, 727 Abs. 2 Satz 3, 728 Abs. 2 Satz 1 und 2, 730 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB; §§ 35, 80 Abs. 1, 117 Abs. 1 InsO

Erlöschen einer Notarvollmacht mit der Insolvenzeröffnung

Leitsatz des Gerichts:

Die vom Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in seiner Funktion als Vertretungsorgan erteilte Notarvollmacht zur Vertretung der Gesellschaft erlischt mit Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen des Gesellschafters.

OLG München, Beschl. v. 22. 5. 2017 – 34 Wx 87/17

I. Im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch sind als Eigentümerin eine GbR unter der Bezeichnung ..., die Beteiligte zu 1, und als deren Gesellschafterinnen die ... sowie die ... und ... eingetragen. Zu notarieller Urkunde v. 7.4.2015 verkaufte die ... unter Mitwirkung ihrer durch die jeweiligen Geschäftsführer handelnden Gesellschafterinnen das Wohnungs- und Teileigentum an den Beteiligten zu 2. Zur zugleich beurkundeten Auflassung erklärten die Beteiligten (Nr. III. 1. der Urkunde):

Die Vertragsteile sind sich über den vereinbarten Eigentumsübergang einig.

Diese Einigung enthält keine Bewilligung und keinen Eintragungsantrag; die Beteiligten verzichten auf ein eigenes Bewilligungs- und Antragsrecht. Diese Erklärungen werden ausdrücklich nicht in diese Urkunde aufgenommen, auch wenn die vorstehende Auflassung unbedingt erklärt ist. Die Beteiligten bevollmächtigen vielmehr den Notar, in einer Eigenurkunde die Bewilligung für die Beteiligten und den Antrag im Namen des Käufers zum Vollzug der Rechtsänderung gegenüber dem Grundbuchamt abzugeben.

Nach Eintragung der bewilligten Vormerkung zur Sicherung des Eigentumsübertragungsanspruchs am 21.4.2015 wurde am Anteil der ... auf gerichtliche Ersuchen am 21.5.2015 vermerkt, dass Verfügungen des Eigentümers der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters bedürfen, und am 19.8.2015, dass das Insolvenzverfahren eröffnet ist (Zweite Abteilung, laufende Nr. ... und ...).

Am 18.9.2015 beantragte der Urkundsnotar namens des Erwerbers die Eintragung – u.a. – der Auflassung unter Löschung der Vermerke zur (vorläufigen) Insolvenz. Hierzu legte er die Eigenurkunde v. 17.9.2015 vor, in welcher er den Vollzug der Auflassung unter Bezugnahme auf die ihm erteilte Vollmacht bewilligte. In rechtlicher Hinsicht führte er aus, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschafterin einer ...

lasse die Verfügungsbefugnis der ... unberührt. Die Mitwirkung des Insolvenzverwalters sei daher nicht erforderlich. Bei Erklärung der Auflassung (und Erteilung der Notarvollmacht) sei die ... wirksam vertreten gewesen. Die dem Notar erteilte Vollmacht sei weiterhin gültig. Selbst bei einem Gesellschafterwechsel durch Anteilerwerb trete der neue Gesellschafter in alle Rechte und Pflichten des ausscheidenden Gesellschafters ein; erteilte Vollmachten bestünden unabhängig vom Wechsel fort. Nichts anderes könne gelten, wenn ein Gesellschafter lediglich die Verfügungsbefugnis über seinen Gesellschaftsanteil verliere.

Mit fristsetzender Zwischenvfg. v. 31.3.2016 hat das Grundbuchamt beanstandet, dass mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die von der Schuldnerin erteilte Vollmacht nach § 117 Abs. 1 InsO erloschen und deshalb die Zustimmung des Insolvenzverwalters erforderlich sei.

Mit Schreiben v. 8.6.2016 an die ..., vom Notar in beglaubigter Abschrift zur Grundakte gegeben am 12.7.2016, hat der Insolvenzverwalter erklärt, nach seiner Meinung sei der Anteil der Insolvenzschuldnerin nie in die Masse gefallen; vielmehr sei die Schuldnerin mit Insolvenzeröffnung aus der ... ausgeschieden. Rein vorsorglich gebe er hiermit die Beteiligung an dem Fonds ... aus der Insolvenzmasse frei. Nicht freigegeben würden und vom Insolvenzbeschluss erfasst blieben jedoch mögliche rückständige Vergütungs- und sonstige Ansprüche. Zu unterschrittsbeglaubigter Urkunde v. 10.8.2016, mit dem Antrag auf entsprechende Löschung eingegangen beim Grundbuchamt am 22.8.2016, hat der Insolvenzverwalter sodann die Löschung der Einträge über das allgemeine Veräußerungsverbot und die Insolvenzeröffnung bewilligt.

Am 29.12.2016 wurde Grundbuchberichtigungsantrag gestellt und unter Vorlage einer unterschrittsbeglaubigten Erklärung der Gesellschafterinnen sowie einer Anteilsübernehmerin vortragen, dass der – vom Insolvenzverwalter freigegebene – Anteil der Insolvenzschuldnerin übertragen worden sei. Die Eintragung der Veränderung des Gesellschafterbestands im Grundbuch werde bewilligt.

Mit weiterer fristsetzender Zwischenvfg. v. 17.1.2017 hat das Grundbuchamt auf das bereits monierte Eintragungshindernis verwiesen. § 117 Abs. 1 InsO sei anwendbar. Die erloschene Vollmacht lebe durch eine nachträgliche Freigabeerklärung nicht auf. Die Bewilligung sei daher nicht von einer gültigen Vollmacht gedeckt. Der Mangel könne nur durch Zustimmung des Insolvenzverwalters zum Kaufvertrag geheilt werden.

Gegen die zweite und zugleich vorsorglich gegen die erste Zwischenverfügung richtet sich die vom Notar namens der Vertragsteile eingelegte Beschwerde. Er meint, die Vollmacht sei nicht erloschen. § 117 InsO betreffe nur die vom Insolvenzschuldner erteilten Vollmachten und sei daher nicht anwendbar. Er, der Notar, sei nicht von der Insolvenzschuldnerin, sondern von der ... bevollmächtigt worden. Die von einem Gesellschaftsorgan erteilte Vollmacht bestehe selbst nach dem Ausscheiden des Organs aus der Gesellschaft fort. Die Insolvenz eines Gesellschafters habe – wie sein Ausscheiden – keine rechtliche Wirkung auf die vom Gesellschafter erteilte Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft. Auch mit Blick auf die Erklärungen des Insolvenzverwalters sei die Vollmacht nicht infolge der Insolvenz erloschen.

Das Grundbuchamt hat an seiner Rechtsmeinung festgehalten und nicht abgeholfen.