

III. Trotz Klarheit – der Ruf nach dem Gesetzgeber

Erteilt nun ein Gericht keine Einzelermächtigungen in der vorläufigen Eigenverwaltung, sei es, weil es eine fehlgehende Rechtsauffassung ernsthaft vertritt, sei es, weil es die Verfahren nach § 270a InsO schlichtweg „verhindern will“, sind begonnene Sanierungen massiv gefährdet. Die Praxis ist gehalten, die Unzulänglichkeiten des Gesetzgebers durch lösungsorientierte Auslegungen vorhandener Normen zu lösen; gerade hinsichtlich von vorhandenen oder vermeintlichen Lücken hat die Rechtsprechung und Literatur hier Wege eröffnet. Unabhängig davon, ob die direkte Anwendung der Regelungen in § 21 InsO möglich ist, wovon die Verfasser ausgehen, wäre ein solches Ergebnis ggf. auch über eine analoge Anwendung der Regelung in § 270b Abs. 3 InsO zu erzielen, da die Verfahren nach § 270a und § 270b InsO lediglich jeweils unterschiedliche Ausprägungen einer Verfahrensart sind.¹² Eine höchstrichterliche Klärung ist mit dem bereits erwähnten Beschluss des BGH nicht zu erwarten und bedürfte zudem wegen der Streichung des § 7 InsO¹³ der Zulassung durch das Beschwerdegericht.¹⁴

Unternehmen, die im Zuständigkeitsbereich eines Einzelermächtigungen verweigernden AG liegen, wird derzeit eine gute, Erfolg versprechende Sanierungschance entzogen. Beratende Anwälte werden als Reaktion möglicherweise dort den wirtschaftlichen Mittelpunkt des Unternehmens („COMI“) sehen, wo eine Sanierung auch in der Eigenverwaltung möglich erscheint. Diese Fehlsteuerung kann der Gesetzgeber mit einem Federstrich erledigen. Die vom Gravenbrucher Kreis zuletzt vorgeschlagene Änderung, dass „*Masseverbindlichkeiten durch den Schuldner, jedoch nur mit Zustimmung durch den vorläufigen Sachwalter begründet werden können*“,¹⁵ ist jedoch inkonsequent und mit dem vorgeschlagenen Zustimmungsvorbehalt systemwidrig. Von einem Zustimmungsvorbehalt soll gerade abgesehen werden. Wenngleich der Zu-

stimmungsvorbehalt in § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO Verfügungen betrifft, wäre die faktische Wirkung identisch. Die Rolle des vorläufigen Sachwalters ist nur überwachend angelegt und ihm bleibt zudem die Möglichkeit, das Kassenführungsrecht nach § 275 Abs. 2 InsO an sich zu ziehen.¹⁶

Näher läge es, den § 270a InsO entsprechend der Regelung in § 270b InsO um einen Abs. 3 zu ergänzen:

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

Dies könnte im Rahmen des „Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und dem Anfechtungsgesetz“ geschehen, da nur begründete Masseverbindlichkeiten eine spätere Anfechtung von Zahlungen in der vorläufigen Eigenverwaltung hindern. Wenn der Gesetzgeber dem Recht praktische Geltung verschaffen will, ist es Zeit, dass er diese Unsicherheit der Gerichte beseitigt und das Einfallstor zur Verhinderung von Eigenverwaltungen schließt.

12 Gegen eine analoge Anwendung spricht allerdings der BGH, Beschl. v. 7.2.2013, ZInsO 2013, 460, der gerade ein Antragsrecht verneint, ohne jedoch eine Analogie zu erwägen.

13 § 7 InsO a.F. (Rechtsbeschwerde). Gegen die Entscheidung über die sofortige Beschwerde findet die Rechtsbeschwerde statt.

14 Denkbar wäre die Herbeiführung einer Entscheidung durch Geltendmachung eines Anspruchs als Masseverbindlichkeit, gestützt auf die Auffassung des AG Montabaur und des AG Hannover (AG Montabaur, Beschl. v. 27.12.2012 – 14 IN 282/12; AG Hannover, Beschl. v. 30.4.2015 – 909 IN 294/15, ZInsO 2015, 1112 f.).

15 Gravenbrucher Kreis (Fn. 3), S. 10.

16 Nach Ansicht der Verfasser ist die Regelung zum Kassenführungsrecht in § 275 Abs. 2 InsO ein Fremdkörper in der Eigenverwaltung: Entweder handelt der eigenverwaltende Schuldner ordnungsgemäß, dann kann und sollte er auch die Kasse führen, oder die Eigenverwaltung ist aufzuheben.

Die Begründung von Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren der Eigenverwaltung – Urteil des OLG Dresden v. 15. 10. 2014 – 13 U 1605/13, ZInsO 2015, 2273 ff. schafft weitere Klarheit

von Rechtsanwalt Alfred Kraus, Düsseldorf*

Es ist mittlerweile absolut herrschende Meinung,¹ dass im Verfahren nach § 270a InsO und § 270b InsO vom Gericht auf Antrag hin Einzelermächtigungen zur Begründung von Masseverbindlichkeiten erteilt werden können, was zuletzt vom OLG Dresden² und vom OLG Köln³ im Zusammenhang mit einer jeweiligen Insolvenzanfechtungsstreitigkeit und außerdem auch vom AG Essen⁴ nochmals bestätigt wurde. Gleichwohl sind immer noch einzelne Gerichte anderer Auffassung⁵ und verweigern die Erteilung von Einzelermächtigungen im Verfahren der vorläufigen Eigenverwaltung (§ 270a InsO), wodurch eine ordnungsgemäße Betriebsfortführung in der vorläufigen Eigenverwaltung gefährdet oder im schlimmsten Fall dem Unternehmen eine Erfolg versprechende Sanierungschance gänzlich genommen⁶ wird.

Nun liegt erstmals eine direkte Entscheidung eines OLG vor, mit der (hoffentlich abschließend) Klarheit zu diesem Themenkomplex geschaffen wird: Das OLG Dresden⁷ hat in sei-

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

1 S. dazu m.w.N. Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 14. Aufl. 2015, § 270a Rn. 16 ff. sowie Buchalik/Kraus, ZInsO 2013, 815 ff.

2 OLG Dresden, Urt. v. 18.6.2014 – 13 U 106/14, ZIP 2014, 1294 ff. = NZI 2014, 703 ff.

3 OLG Köln, Beschl. v. 3.11.2014 – 2 U 82/14, ZInsO 2015, 204 f.

4 AG Essen, Beschl. v. 3.2.2015 – 163 IN 14/15, ZInsO 2015, 700 ff.

5 AG Fulda, Beschl. v. 28.3.2012 – 91 IN 9/12, ZIP 2012, 1470 f.; LG Fulda, Beschl. v. 10.4.2012 – 5 T 65/12.

6 Zu einem solchen Fall Lambrecht/Michelsen, ZInsO 2015, 2520 ff. (in diesem Heft).

7 OLG Dresden, Urt. v. 15.10.2014 – 13 U 1605/13, ZInsO 2015, 2273 ff.

nem Berufungsurteil v. 15.10.2014, bei dem der Ausgleich von Honorarforderungen wegen Beratungsleistungen im Zusammenhang mit einer insolvenzzweckwidrigen und damit unwirksamen Beauftragung des vorläufigen Sachwalters durch den Schuldner im Rahmen eines Schutzschirmverfahrens im Streit standen, entschieden, dass der Schuldner im Eröffnungsverfahren der Eigenverwaltung, mit oder ohne Schutzschirm, nur mit Ermächtigung des Insolvenzgerichts Masseverbindlichkeiten begründen könne. Im Schutzschirmverfahren habe er ein Wahlrecht zwischen dem Erlass einer globalen Ermächtigung einerseits und dem Antrag auf Erlass einer Einzel- oder Gruppenermächtigung andererseits.

Für Irritationen hatte bis vor Kurzem noch ein Beschluss des AG Hannover v. 30.4.2015⁸ gesorgt, wonach der eigenverwaltende Schuldner im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren gem. § 270a InsO originär Masseverbindlichkeiten begründet, ohne dass dazu eine Ermächtigung des Gerichts erforderlich sei. Das AG Hannover war damit der längst überholten Ansicht des AG Montabaur⁹ gefolgt, deren Nichthaltbarkeitsgründe bereits umfangreich aufgezeigt wurden.¹⁰ Aus dem Gesetz und der Systematik der §§ 270 ff. InsO lässt sich gerade keine derart weitgehende Kompetenz des eigenverwaltenden Schuldners entnehmen, dass durch diesen bereits im Eröffnungsverfahren originär Masseverbindlichkeiten begründet werden. Dies folgt daraus, dass der Schuldner im Eröffnungsverfahren bloßes Privatrechtssubjekt bleibt und ihm damit keine diesbezügliche Kompetenz ohne gerichtliche Ermächtigung zukommt.¹¹ § 270b Abs. 3 InsO wäre zudem dann völlig überflüssig. Wenn der eigenverwaltende Schuldner immer wie ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter mit jeder Rechtshandlung automatisch Masseverbindlichkeiten begründet, auch hinsichtlich gesetzlicher Verbindlichkeiten wie Sozialversicherungsbeiträge und Steuern, dann würde das die spätere Insolvenzmasse erheblich schmälern. Die angestrebte Sanierung wäre bei einer solchen Sichtweise häufig von vornherein unmöglich, es würde zur späteren Masseunzulänglichkeit kommen und die damit verbundene Nicht-

erfüllungshaftung auslösen. Das kann evident nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein. Ebenso wenig lässt sich aus der vom Gericht angeführten Vorschrift des § 275 InsO, die über § 270a Abs. 1 Satz 2 InsO auf das Eröffnungsverfahren entsprechend anwendbar ist, eine originäre Massebegründungskompetenz herleiten, da es sich hierbei nur um eine Sollvorschrift ohne Außenwirkung handelt. Vor allem ergibt sich auch im eröffneten Verfahren keine Massebegründungskompetenz aus § 275 Abs. 1 InsO, sondern diese folgt aus § 270 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 55 Abs. 1 InsO.

Aus der Gesetzesbegründung zu § 270b Abs. 3 InsO geht hervor, dass der Schuldner ein Wahlrecht zwischen der Beantragung einer Global- und einer Einzelermächtigung hat.¹² Da das Verfahren nach § 270a InsO ebenfalls die Sanierung des Unternehmens fördern soll, muss auch dort als Massesicherungsmaßnahme die Möglichkeit bestehen, auf der Grundlage von §§ 21 Abs. 1, 22 Abs. 2 Satz 1 InsO in entsprechender Anwendung der Einzelermächtigungsrechtsprechung des BGH¹³ und unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens von § 270b Abs. 3 InsO Einzelermächtigungen zu beantragen, was vom OLG Dresden¹⁴ nun nochmals klargestellt wurde.

Dennoch wäre auch eine zeitnahe und eindeutige Klarstellung durch den Gesetzgeber in diesem Punkt im Rahmen eines neu zu schaffenden § 270a Abs. 1 Satz 3 InsO oder eines neuen § 270a Abs. 3 InsO¹⁵ und eine Präzisierung des § 270b Abs. 3 InsO im Hinblick auf das dort bestehende Wahlrecht zwischen einer Einzel- und Globalermächtigung wünschenswert.

8 AG Hannover, Beschl. v. 30.4.2015 – 909 IN 294/15, ZInsO 2015, 1112 f.

9 AG Montabaur, Beschl. v. 27.12.2012 – 14 IN 282/12, ZInsO 2013, 397 f.

10 S. etwa *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2291 ff.

11 S. OLG Köln, Beschl. v. 3.11.2014 – 2 U 82/14, ZInsO 2015, 204 f. m.w.N.

12 BT-Drucks. 17/7511, S. 50.

13 BGH, Urt. v. 18.7.2002 – IX ZR 195/15, ZInsO 2002, 819 ff.

14 OLG Dresden, Urt. v. 15.10.2014 – 13 U 1605/13, ZInsO 2015, 2273 ff.

15 So *Lambrecht/Michelsen*, ZInsO 2015, 2520, 2522 (in diesem Heft).

ZInsO-Dokumentation

ESUG 2.0 – Deutschland als Sanierungsstandort weiter ausbauen

Positionspapier BV ESUG v. 1. 12. 2015*

ESUG – Anfang einer Erfolgsgeschichte

Mit der klugen Entscheidung des Gesetzgebers des Jahres 2011/2012 zur Einführung eines von Schuldnern wie Gläubigern autonom gestaltbaren Rahmens für die Sanierung eines kriselnden Unternehmens unter Insolvenzschutz hat das deutsche Insolvenzrecht Anschluss an internationale Entwicklungen gefunden. Nach dem aktuellen Ranking der Weltbank vom Oktober 2015 ist Deutschland damit nach Finnland und Japan einer der drei Weltmarktführer.

Mit dem ESUG findet sich Deutschland damit in der ersten Reihe der Länder, in denen es mit entsprechend professioneller

Unterstützung möglich ist, auch ein insolventes Unternehmen nachhaltig zu sanieren, es dem Unternehmer zu erhalten und die Liefer- und Kundenbeziehungen langfristig zu stabilisieren. Mehr und mehr wird deutlich, dass die Gläubiger eines krisel-

* Der Bundesverband ESUG (BV ESUG) ist eine berufsgruppenübergreifende Vereinigung. Ziel des BV ESUG ist die Verbesserung der Sanierungschancen von Unternehmen. Mit der Verbesserung der Sanierungschancen soll zugleich eine Kultur der zweiten Chance für Unternehmer geschaffen und gefördert werden. Die Insolvenz soll nicht mehr länger als Scheitern, sondern auch als Mittel und Chance der nachhaltigen Sanierung unter dem Schutz des Rechts wahrgenommen werden. Nähere Informationen unter www.bv-esug.de.