

In Zusammenarbeit mit der Bundesarbeitsgemeinschaft Schuldnerberatung und dem Deutschen Privatinsolvenztag e.V. herausgegeben von

Professor Dr. Martin Ahrens  
Dr. Claudia R. Cymutta, Rechtsanwältin  
Kai Henning, Rechtsanwalt  
Ulrich Schmerbach, Richter am AG  
Professor Dr. Heinz Vallender  
Cornelia Zorn, Schuldnerberaterin

# Verbraucherinsolvenz aktuell

# VIA

Schriftleitung: Rechtsanwalt Sebastian Harder, Köln

## Aus dem Inhalt

### Beitrag

**Christoph Alexander Jacobi und Michelle Vennemann:** Insolvenzplan trotz umfangreichen Forderungsbestands? Rechtlich möglich, praktisch schwierig. Vor allem eine Vertrauensfrage 89

### Rechtsprechung

LG Gera: Streitwert bei Durchführung des gerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahrens (**Frank Lackmann**) 91

ÁG Norderstedt: Maßgeblichkeit des ersten Insolvenzantrags für die Bestimmung des anwendbaren Rechts (**Claudia Cymutta**) 92

AG Mannheim: Keine Restschuldbefreiung in einem Zweitinsolvenzverfahren (**Holger Büttner**) 93

AG Dresden: Verstricktes Konto: Rückschlagsperre erzwingt Aufhebung der Pfändung, nicht deren Aussetzung (**Benjamin Böhme**)<sup>94</sup>

FG München: Umsatzsteuer als Masseverbindlichkeit im vorläufigen Verfahren nur, soweit die Rechtsmacht reicht (**Phillip-Boie Harder**) 95

## Beitrag

## Insolvenzplan trotz umfangreichen Forderungsbestands? Rechtlich möglich, praktisch schwierig. Vor allem eine Vertrauensfrage

**Dr. Christoph Alexander Jacobi und Michelle Vennemann**

Nicht nur bei größeren Insolvenzen von Kapitalgesellschaften, sondern auch beim Einzelunternehmer, etwa demormaligen Bauunternehmer, Architekten oder auch Gesellschafter einer GbR, können wesentliche Vermögenswerte in Forderungsbeständen existieren: Bauforderungen, Honorarforderungen, Auseinandersetzungsansprüche (§ 730 BGB). Die Gerichtsprozesse um derlei Vermögen können Jahre in Anspruch nehmen. Das für die Vermögensverwertung, hier speziell betreffend die Forderungen, durch den Insolvenzverwalter notwendige laufende Insolvenzverfahren steht dem Interesse des Schuldners an schneller Verfahrensbeendigung infolge Insolvenzplans oft entgegen. Zur Lösung

dieses Konflikts zwischen Verfahrenslauf zwecks Vermögensverwertung und Verfahrensbeendigung gibt es wenige Möglichkeiten. Der Fokus soll hier – nach Aufführung der anderen Optionen – auf einer Treuhandvereinbarung liegen.

### 1. Nachtragsverteilung

Das einfachste – zumindest auf den ersten Blick – wäre die Nachtragsverteilung oder zumindest eine Regelung entsprechend § 259 III InsO, wie sie für Insolvenzanfechtungsansprüche gilt. Jedoch entschied der BGH im Jahr 2018 (NZI 2018, 691; siehe ferner NZI 2009, 340) nochmals, dass ausschließlich der Weg genannter Norm gangbar sei, andere Möglichkeiten hingegen mangels gesetzlicher Grundlage nicht bestünden. Also: Keine Erhebung einer Anfechtungsklage nach Verfahrensaufhebung, kein Forderungseinzug durch einen Treuhänder, der nicht Zessionar ist; generell: keine Nachtragsverwertung nach Insolvenzplan durch den ehemaligen Verwalter oder einen Dritten, sprich, kein isolierter Insolvenzbeschluss für einzelne Vermögenspositionen. Begründung: Das Gesetz lässt es nicht zu, die Verfügungsbefugnis des Schuldners lediglich partiell wiederherzustellen (BGH, NZI 2018, 691 Rn. 28). Davon unberührt bleibt die Möglichkeit einer Forderungszession (§ 228 InsO).

### 2. Kompensatorischer Forderungsverkauf

Nun kann der Verwalter natürlich vor dem Insolvenzplan sämtliche Ansprüche verkaufen und abtreten, auch Insolvenzanfechtungsansprüche. Bei langwierigen Bauprozessen etwa wird aber kaum eine seriöse Einschätzung des Forderungswerts möglich sein, vor allem nicht, wenn Tatsachenfragen, also Mängel, erst umfangreich qua Gutachten im Prozess ermittelt werden müssen. Wichtig für die Gläubiger ist, ob sie mit dem Verkauf zum Zweck der Planumsetzung besser oder zumindest nicht schlechter stehen als bei regulärer Verfahrensabwicklung. Eine mögliche Argumentation kann seitens des Schuldners sowie seines gegebenenfalls akquirierten Financiers schnelles, sicheres Geld sein, statt ewiger Prozesse mit ungewissem Ausgang.

### 3. Verfahrensbegleitender Insolvenzplan

Möglich ist nach § 217 InsO ein verfahrensbegleitender Insolvenzplan. Ob diese Option bei natürlichen Personen auch zur isolierten Restschuldbefreiung greift, ist umstritten (*Jacobi/Melzer*, VIA 2017, 65 ff.). Mangels Rechtssicherheit kann dieser Weg also derzeit beratungsseitig nicht empfohlen werden bzw. nur mit dem Hinweis eines gegebenenfalls teuren, aber rechtlich unsicheren Ausgangs. Im Übrigen ist auch bei Kapitalgesellschaften praktisch wie wissenschaftlich nicht tiefergehend geklärt, welche konkreten Aussichten

ein verfahrensbegleitender Plan eigentlich bieten soll (*Jacobi/Melzer*, VIA 2017, 65 ff.; *Uhlenbruck/Lüer/Streit*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 217 Rn. 41, 44, 48). Kann es insbesondere eine Möglichkeit geben, den Geschäftsbetrieb zu entschulden und unabhängig vom Verwalter, auch ohne die Nachteile des laufenden Insolvenzverfahrens, fortzuführen und das Verfahren dennoch nicht aufzuheben, um jene Vermögenswerte, die niemand abzukaufen willens oder imstande ist, im Interesse der Gläubiger zu verwerten?

#### 4. Forderungseinzug durch Schuldner

Das Verfahren kann infolge des Insolvenzplans schlicht aufgehoben und der Forderungseinzug dem Schuldner überlassen werden, verbunden mit der Planaufgabe, die Erlöse nach Abzug der Kosten den Gläubigern zukommen zu lassen. Entscheidend wird dann sein, welchen Umfang die betreffenden Vermögenswerte, also Forderungen haben, insbesondere relativ gesehen im Verhältnis zur sonstigen, zur Verteilung stehenden Masse. Solange diese im Vergleich zu jenen Forderungen den Hauptteil für die Gläubiger ausmacht, wird ein Insolvenzplan Zustimmung finden. Stellen aber die noch einzuziehenden Forderungen den Hauptteil des Vermögens dar, das eine Quote für die Gläubiger zu generieren geeignet ist, werden sich die Gläubiger die Frage stellen, warum sie diese Hauptaufgabe nicht beim Verwalter belassen sollen.

#### 5. Treuhandvertrag

Neben der Gefahr, dass der durch Insolvenzplan entschuldete Schuldner wieder zahlungsunfähig wird und in einem zweiten Insolvenzverfahren die Altforderungen aus dem Erstverfahren nun den Neugläubigern aus dem Zweitverfahren zustehen, die Altgläubiger also anders als bei fort dauernder Erstinsolvenz das Insolvenzrisiko tragen, werden diese Altgläubiger in der Regel kein hinreichendes Vertrauen in den Schuldner haben, um ihm den Forderungseinzug durch Insolvenzplan zu überlassen.

##### a. Grobstruktur des Treuhandvertrags

Es muss also eine andere Person her, der mehr Vertrauen dahingehend – im wahrsten Sinne des Wortes – geschenkt wird, als dem Schuldner, von dem der Gläubiger nicht weiß, ob er auch noch in mehreren Jahren, wenn beispielsweise der Bauprozess weiterhin läuft, noch Lust, Zeit und Geld hat, diesen Prozess zu führen.

Durch einen Treuhandvertrag kann ein Vollstreckungszugriff sonstiger Gläubiger auf die betroffenen Forderungen nach Verfahrensaufhebung verhindert werden (*Tresselt/Nagel*, DB 2018, 1969 ff.). Bei einer fiduziarischen Abtretung wird der Zessionar gleichzeitig verpflichtet, den Erlös an die Gläubiger auszuschütten, wodurch die Insolvenzzweckmäßigkeit der Abtretung begründet werden kann (*Uhlenbruck/Lüer/Streit*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 259 Rn. 67). Ist eine Abtretung der streitigen Forderung an den Insolvenzverwalter im Insolvenzplan vorgesehen, so geht das vorherige Prozessführungsrecht kraft Amtes in ein persönliches Prozessführungsrecht als Treuhandzessionar über (BGH, NZI 2009, 340 Rn. 9). Als Vollrechtsinhaber steht dem Treuhänder als Zessionar nun die Möglichkeit zu, den Rechtsstreit noch nach Verfahrensaufhebung einzuleiten. Damit der Insolvenzverwalter eine zulässige Abtretung durchführen kann, muss der nach § 80 InsO verfügungsbefugt sein, die Abtretung muss also noch vor der Verfahrensaufhebung erfolgen, naheliegender Weise unter der Bedin-

gung der Planbestätigung. Ob der Verwalter unter Berücksichtigung von § 181 BGB an sich selbst als späteren Treuhänder abtreten kann, ist auf Basis der einschlägigen Rechtsprechung unsicher, aber, da zumindest als obiter dicta geäußert, wahrscheinlich (*Uhlenbruck/Lüer/Streit*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 259 Rn. 70).

Bestandteil der Treuhandvereinbarung muss auch eine Vergütungsregelung für den Treuhänder sein, die sich nicht zwingend, aber naheliegender Weise an der InsVV orientieren wird, gegebenenfalls unter Berücksichtigung der bereits vorhandenen Insolvenzmasse, so dass der Treuhänder nicht besser gestellt wird, als er stünde, wäre er im Verfahren als Insolvenzverwalter aus den generierten Forderungseinzügen bezahlt worden.

Mit einem Kreditinstitut, zu dessen Gunsten eine Globalzession besteht, ist die Abtretung sowie eine Kostenregelung abzustimmen. Die Kostenregelung wird sich mindestens an den Beiträgen nach § 171 InsO zu orientieren haben. Im Ergebnis wird ein dreiseitiger Vertrag zwischen Verwalter, Bank und künftigen Treuhänder zu schließen sein.

##### b. Nachteile gegenüber laufendem Insolvenzverfahren

###### aa) Versicherung

Der Treuhänder haftet persönlich für mögliche Risiken und macht den Anspruch im eigenen Namen geltend (*Uhlenbruck/Lüer/Streit*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 259 Rn. 71). Der vormalige Verwalter als Treuhänder hat mithin zu klären, inwieweit diese Tätigkeit von seiner regulären Vermögensschadenshaftpflichtversicherung gedeckt ist. Denn im Schadensfall müssen die Gläubiger zur Not diesen Versicherungsweg gehen können, den sie auch in der Insolvenz beschreiten könnten.

Ist die Person des Treuhänders nicht der vormalige Verwalter, fragt sich zunächst natürlich, weshalb die Gläubiger dieser Person die Hauptvermögenswerte anvertrauen sollten. Ist dieses Vertrauen gegeben, muss auch diese Person ausreichend versichert sein und dies den Gläubigern nachweisen. Wird im Treuhandvertrag die Haftung des Treuhänders ausgeschlossen (*Uhlenbruck/Lüer/Streit*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 259 Rn. 81), müssen die Gläubiger im Eigeninteresse prüfen, ob dies für sie eine Schlechterstellung gegenüber dem Insolvenzverfahren bedeutet.

###### bb) Auswechslung des Treuhänders

Stirbt der Verwalter oder schmeißt er seinen Job hin oder schlimmer: begeht er drastische Fehler, dann bestellt das Gericht ohne großes Aufsehen einen neuen Insolvenzverwalter. Fällt die Person des Treuhänders weg oder in Ungnade, steht ohne Weiteres kein Ersatz parat.

###### cc) Unabhängigkeit des Treuhänders

Ist die Person des Treuhänders unabhängig von dem entschuldeten Schuldner? Können die Gläubiger also dieser Person ebenso vertrauen wie dem gerichtlich bestellten Insolvenzverwalter oder Sachwalter? Diese Frage stellt sich je nach Ausgestaltung des Treuhandvertrags auch, wenn der Treuhänder der vormalige Verwalter ist. Denn ist der Treuhänder zur Führung der Klagen finanziell abhängig von dem entschuldeten Schuldner, ist eine stärkere Abhängigkeit kaum denkbar. Gibt es kein Geld mehr für ein notwendiges Gutachten oder die nächste Instanz, die nächste Klage oder,

nachdem ein Prozess verloren wurde, für die gegnerischen Anwaltskosten, hängt die weitere Durchführung des Treuhandvertrags in der Luft und die Haftung des Treuhänders steht im Raum. Die monetäre Ausstattung des Treuhänders zur Führung der Prozesse ist folgerichtig das Herzstück der Vereinbarung, auf welches die Gläubiger vor Zustimmung zum Insolvenzplan besonders penibel zu achten haben. Ist die exakte Kalkulation aller Prozesskosten bis zur letzten Instanz überhaupt belastbar zu prognostizieren und kann ein entsprechender Gesamtbetrag dem Treuhänder von vorher ein zur Verfügung gestellt werden? Für die Gläubiger ist die sicherste Finanzierungsvariante, die dem im Insolvenzverfahren bei ausreichender Masse entspricht, die Hinterlegung eines Gesamtbetrags für sämtliche prognostischen Prozesskosten zutüglich eines angemessenen Aufschlags auf einem Treuhandkonto des Treuhänders.

#### dd) Leistungsfähigkeit eines Financiers

Wenn der Gesamtbetrag nach Verfahrensaufhebung nicht (mehr) zur Verfügung steht, bedeutet dies, dass dieses Geld entweder als Quotenteilzahlung an die Gläubiger zur Planumsetzung ausgegeben wurde oder auch im Insolvenzverfahren nicht vorhanden war. Doch im Insolvenzverfahren gibt es Prozesskostenhilfe. Derjenige, der nach Verfahrensaufhebung anstelle der Masse oder des Staats die Prozesse finanzieren soll, muss seine Leistungsfähigkeit den Gläubigern peinlich genau (IDW S6) über Jahre nachweisen. Anderenfalls entgeht den Gläubigern die Insolvenzmasse als sichere Finanzierungsgrundlage für die notwendigen Gerichtsprozesse, ohne dass sie sich eine tragbare Alternative zumindest vorrechnen ließen. Ob diese Finanzierungsalternative dann tatsächlich leistungsfähig ist und über die Jahre der Gerichtsprozesse bleibt, werden die Gläubiger nur durch Erfahrung verifizieren oder falsifizieren können.

#### ee) Steuern

Und auch die Ertragssteuerthematik will beim Einnahme-Überschussrechner durchdacht sein, bevor die Gläubiger zur Abstimmung schreiten. Ist klar, wie viel Prozent der vereinnahmten Forderungen mit Steuern – im Übrigen auch Umsatzsteuer – belastet sind? Das bilanzierende Unternehmen trifft zwar in oder nach der Insolvenz die Ertragssteuer nicht, da diese schon zuvor bezahlt oder als Insolvenzforderung offen ist, jedoch ebenso die Umsatzsteuer, gegebenenfalls im Haftungswege nach § 13 c UStG durch die Bank als Inhaberin einer Globalzession zahlbar. Dies muss der Treuhänder im eigenen Haftungsinteresse wissen. Und er muss finanziell am Ende des Tages in der Lage sein, die Steuern zu bezahlen. Und die Gläubiger müssen wissen, ob es steuerlich „teurer oder günstiger“ wird als im Insolvenzverfahren.

#### 6. Fazit

Für die Insolvenzpraxis ist der Treuhandvertrag als Ergänzung zum Insolvenzplan eine spannende Möglichkeit zur Auflösung des Konflikts zwischen Vermögensverwertung (laufendes Verfahren) und schneller Entschuldung (aufgehobenes Verfahren). Rechtlich bestehen keine anderen Möglichkeiten. Ist also die Entschuldung via Insolvenzplan unumgänglich für die Interessenwahrung des Schuldners bzw. den Unternehmenserhalt, kommt der Treuhandvertrag trotz praktischer, nicht geringer Hürden infrage. Gerade weil diese Lösung potentiell Nachteile für die Gläubiger inkludiert,

ist es umso wichtiger, das Interesse des Schuldners am Plan den Gläubigern unmissverständlich offenzulegen und diesen gegenüber die möglichen Nachteile auszuräumen, um die Gläubigergemeinschaft vom Insolvenzplan zu überzeugen.

Und die Wissenschaft ist zur Auflösung des Konflikts berufen, mit neuen Ideen, ob de lege lata oder de lege ferenda, neue Wege aufzuzeigen. ■

## Rechtsprechung

### Streitwert bei Durchführung des gerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahrens

*Der Streitwert für die Durchführung des gerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahrens nach §§ 306 ff. InsO bemisst sich nach dem bei Antragstellung bis zur Beendigung des Verfahrens vorhandenem Vermögen. Verfügt der Schuldner zu diesem Zeitpunkt über kein Vermögen, ist der Streitwert auf den Mindestwert bis zu 500 Euro gem. § 58 GKG festzusetzen.*

LG Gera, Beschl. v. 16.08.2019 – 5 T 355/19, NZI 2019, 825

Der Schuldner beantragte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die Durchführung des gerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahrens und stellte einen Antrag auf Zustimmungsersetzung nach § 309 I 1 InsO. Das Gericht führte den gerichtlichen Schuldenbereinigungsplan durch, der durch die Gläubiger – einschließlich einer Zustimmungsersetzung – angenommen wurde. Danach zahlte der Schuldner auf eine Gesamtverschuldung von 26.050,18 Euro insgesamt 7.200 Euro, davon 2069,40 Euro in diversen Einmalzahlungen, im Übrigen in Raten. Mit Beschluss vom 29.07.2019 stellte das Amtsgericht fest, dass der Schuldenbereinigungsplan als angenommen gilt, und setzte in Ziffer 4 des Beschlusses den Geschäftswert auf 7.200 Euro fest. Das Insolvenzgericht legte die angebotenen Zahlungen des Schuldners als Basis für die Festsetzung des Geschäftswerts zugrunde. Dagegen wendete sich die Beschwerde des Schuldners, mit dem Antrag, den Streitwert auf bis zu 500 Euro und damit orientiert am Mindestgegenstandswert nach § 58 GKG festzusetzen. Zur Begründung führte der Schuldner an, der Gegenstandswert habe sich am Wert seines Vermögens des Schuldners. Das Amtsgericht half der Beschwerde nicht ab und legte das Verfahren dem LG Gera – Beschwerdegericht – vor.

Das LG Gera hält die zulässige Beschwerde für begründet. Der Streitwert sei auf bis zu 500 Euro festzusetzen, denn maßgeblich seien nicht die von dem Schuldner angebotenen Zahlungen, sondern sein Vermögen bei Antragstellung bis zur Verfahrensbeendigung. Da der Schuldner im Zeitpunkt der Beschlussfassung und damit zum Ende des Verfahrens weder über 7.200 Euro (angebotene Gesamtzahlung) noch über 2069,40 Euro (Summe der Einmalzahlungen) verfügte, sondern die Beträge jeweils bei Fälligkeit aus

seinen pfandfreien Einnahmen beglich, sei der Streitwert nur auf den Mindestwert von bis zu 500 Euro festzusetzen.

Der Streitwert für das Insolvenzverfahren bestimme sich nach § 58 GKG. Das Verfahren über den Schuldenbereinigungsplan sei Teil des Insolvenzverfahrens, auch wenn das Verfahren auf Eröffnung der Insolvenz bis zur Entscheidung über den Schuldenbereinigungsplan ruht. Eine gesonderte, davon abweichende Wertfestsetzung bei Annahme des Schuldenbereinigungsplans sei im Gesetz nicht vorgesehen. Nach § 58 GKG bestimme sich der Streitwert nach dem Wert der Insolvenzmasse bei Beendigung des Verfahrens. Die Insolvenzmasse ist in §§ 35, 36 InsO definiert als das Vermögen, das dem Schuldner bei Verfahrenseröffnung gehört und welches er bis zum Verfahrensende erwirbt, soweit es nicht unpfändbar ist. Bei Annahme des Schuldenbereinigungsplans komme es hingegen gar nicht zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Daher könne nach § 58 GKG nur in entsprechender Anwendung des § 35 InsO auf das Vermögen abgestellt werden, das dem Schuldner bei Antragstellung gehöre und das er bis zur Feststellung des Schuldenbereinigungsplanes erwerbe. Der Schuldner war ausweislich des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis auf eine beim Vermieter hinterlegte Mietkaution in Höhe von 500 Euro vermögenslos. Er bezog zum Antragszeitpunkt nur Leistungen nach dem SGB II. Damit sei deutlich, dass der Schuldner zum Zeitpunkt der Antragstellung bis zur Beendigung des Verfahrens vermögenslos iSd §§ 35, 36 InsO gewesen sei. Soweit der Schuldner im Schuldenbereinigungsplan Einmalzahlungen von insgesamt 2069,40 Euro zugesagt hat, habe er mit Schriftsatz vom 15.08.2019 unter Bezugnahme auf die Anlage 7B zum Schuldenbereinigungsplan nachvollziehbar dargelegt, dass die Einmalzahlungen angeboten werden, um Raten im Bagatellbereich zu vermeiden. Daher wolle er die Einmalzahlungen aus dem unpfändbaren Einkommen ansparen. Zum Zeitpunkt der Antragstellung und zum Ende des Verfahrens stünden ihm diese Gelder daher gerade nicht zur Verfügung.

**Praxishinweis:** Das LG Gera legt den Streitwert in zutreffender Weise auf Basis des bei Insolvenzantragstellung und Beendigung des Verfahrens vorhandenen Vermögens fest. § 58 I GKG spricht insoweit vom Wert der Insolvenzmasse. Insolvenzmasse ist nach § 35 I InsO das, was dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört und was er während der Laufzeit des Verfahrens dazu erlangt. Schon der Wortlaut des § 35 I InsO macht daher deutlich, dass nur das eröffnete Insolvenzverfahren gemeint sein kann. Nach § 306 I 1 InsO ruht das Insolvenzeröffnungsverfahren bis zur Entscheidung über den gerichtlichen Schuldenbereinigungsplan. Kommt der Schuldenbereinigungsplan zustande, gelten nach § 308 II InsO die Anträge des Schuldners auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und auf Erteilung der Restschuldbefreiung als zurückgenommen. Damit endet das Insolvenzeröffnungsverfahren, § 35 InsO kommt nicht mehr zum Tragen und es kann, wie es das AG Gera noch angenommen hatte, nicht auf fiktiv im gerichtlichen Schuldenbereinigungsplan erfolgende Zahlungen abgestellt werden. Diese Zahlungen sind nicht Insolvenzmasse iSv § 35 I InsO und § 58 I GKG.

Stellt der Schuldner den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und auf Ersetzung der Zustimmung, so bestimmt Nr. 2310 der Anlage 1 zum GKG, dass für das Verfahren eine 0,5 Gebühr fällig wird. Bei einem Mindest-

streitwert von 500 Euro gem. Anlage 2 zum GKG entstehen folglich Kosten in Höhe von 17,50 Euro. Hinzu kommen gegebenenfalls die Kosten für die Zustellung des Plans bei den Gläubigern. Diese betragen gem. Nr. 9002 KV GVG 3,50 Euro je Zustellung, wenn an insgesamt mehr als zehn Gläubiger zugestellt werden muss. § 12 GKG regelt, dass ein Gerichtskostenvorschuss nicht zu erbringen ist, womit das Gericht die Bearbeitung des gerichtlichen Schuldenbereinigungsplans nicht von der Leistung eines Vorschusses abhängig machen kann.

Die Entscheidung des LG Gera ist zu begrüßen, denn sie verdeutlicht, dass die Durchführung des gerichtlichen Schuldenbereinigungsplans im Regelfall keine hohen Gerichtskosten hervorruft. Ist der Schuldner anwaltlich im Planverfahren vertreten, entsteht eine Gebühr für die Antragstellung und die Vertretung im Insolvenzeröffnungsverfahren gem. RVG VV 3313 in Höhe einer 1,0 Gebühr. Bei Vertretung im Verfahren über den Schuldenbereinigungsplan erhöht sich die Gebühr gem. RVG VV 3315 auf 1,5. Der Mindestgegenstandswert beträgt gem. § 28 I RVG (Wert der Insolvenzmasse) 4.000 Euro.

*Rechtsanwalt Frank Lackmann, Bremerhaven* ■

## Maßgeblichkeit des ersten Insolvenzantrags für die Bestimmung des anwendbaren Rechts

*Wurde ein Gläubiger-Insolvenzantrag vor dem 01.07.2014 gestellt, so ist auf das Insolvenzverfahren das bis zum 30.06.2014 geltende Recht anwendbar, auch wenn der Schuldnerantrag nach neuem Recht gestellt wurde.*

*AG Norderstedt, Beschl. v. 14.08.2019 – 66 IN 109/14, BeckRS 2019, 21390*

In dem vom AG Norderstedt entschiedenen Fall gab es zwei Insolvenzanträge – zuerst einen Gläubigerantrag, dann den mit dem Antrag auf Restschuldbefreiung verbundenen Schuldnerantrag. Zur Insolvenzeröffnung wurden beide Anträge verbunden, wobei das Aktenzeichen des Gläubigerantrags als führend bezeichnet wurde. Das in dem Beschluss gegenständliche Problem ergab sich nun, weil der führende Gläubigerantrag vor dem 01.07.2014, der Schuldnerantrag jedoch danach datierte und der Schuldner nach fünf Jahren die vorzeitige Restschuldbefreiung beantragte.

Das AG Norderstedt wies den Antrag ab, da die Rechtslage bis zum 30.06.2014 gelte. Der erste zulässige Insolvenzantrag sei für die Bestimmung des anwendbaren Rechts maßgeblich. Dies sei bereits zu Beginn des Insolvenzverfahrens ersichtlich gewesen, da der zuständige Insolvenzrichter keinen Beschluss nach § 287 a InsO nF erlassen habe, sondern dem Schuldner die Restschuldbefreiung gem. § 291 InsO aF erst mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens angekündigt worden sei. Das AG Norderstedt verweist darauf, dass Einwände gegen diese Einordnung bereits zu Beginn hätten erhoben werden müssen. Aus Gründen der Rechtssicherheit müsse frühzeitig klar sein, welches Recht anzuwenden sei. Einen Wechsel des anwendbaren Rechts während des Verfahrens könne es nicht geben.

**Praxishinweis:** Das AG Norderstedt stellt gut nachvollziehbar fest, dass sich der Gesetzgeber bei der Wahl des geltenden Rechts bewusst für eine Anknüpfung an den Eröffnungsantrag und nicht an den Eröffnungszeitpunkt entschieden hat, auch wenn eine Regelung der Konstellation mit zwei Eröffnungsanträgen fehlt.

Auch wenn die Argumentation des Schuldners, dass der mit dem Restschuldbefreiungsantrag eingereichte Schuldnerantrag führend sein müsse, weil nur dieser die Restschuldbefreiung ermögliche, ebenfalls gut nachvollziehbar ist, muss es aus Gründen der Rechtssicherheit jedenfalls in dieser Verfahrenslage bei der Anwendung des vor dem 01.07.2014 geltenden Rechts bleiben. Der Schuldner hätte bereits gegen die Eröffnungsentscheidung mit dem fehlenden Beschluss nach § 287 a InsO nF Rechtsmittel einlegen müssen, ein nachträglicher Wechsel der anwendbaren Rechtsregime sollte nicht möglich sein.

Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber diese Problematik bei der Umsetzung der dreijährigen Entschuldung nach der Restrukturierungsrichtlinie bedenkt und regelt. Dennoch ist der Beschluss für Schuldnerberater ein Warnsignal, bei der Umstellung auf die verkürzte Restschuldbefreiung rechtzeitig wachsam zu sein und eine etwaige Rechtswahl des dann „alten“ Rechts rechtzeitig anzufechten, um dem Schuldner die verkürzte Restschuldbefreiungsdauer zu sichern.

*Rechtsanwältin Dr. Claudia R. Cymutta, Mannheim* ■

## Keine Restschuldbefreiung in einem Zweitinsolvenzverfahren

*Der Schuldner eines nach § 35 II InsO freigegebenen Betriebs kann, auch wenn er im ursprünglichen Insolvenzverfahren keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbunden mit dem Antrag auf Restschuldbefreiung gestellt hat, im Zweitinsolvenzverfahren keinen Antrag auf Restschuldbefreiung stellen.*

*AG Mannheim, Beschl. v. 18.07.2019 – 4 IN 1331/19, BeckRS 2019, 23535*

Ein Gläubiger beantragte nach der Freigabe des Vermögens aus der selbstständigen Tätigkeit gem. § 35 II InsO in dem am 02.02.2016 auf Fremdantrag hin eröffneten Insolvenzverfahren 4 IN XX/15 über das Vermögen Schuldners die Eröffnung eines Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners, 4 IN XY/18. Die Aufhebung des Erstverfahrens war noch nicht erfolgt. Der Sachverständige im Zweitverfahren stellte Zahlungsunfähigkeit und die fehlende Möglichkeit der Betriebsfortführung fest. Zudem rechnete er im eröffneten Verfahren mit einer Negativerklärung nach § 35 II InsO. Unter Beifügung einer ordnungsgemäßen Abtretungserklärung nach § 287 II InsO stellte der Schuldner am 22.03.2019 Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Restschuldbefreiungsantrag, 4 IN 1331/19. Im Erstverfahren hatte der Schuldner trotz Belehrungen gem. § 20 II InsO keine Restschuldbefreiung beantragt.

Nachdem sich der Schuldner in dem unter Führung des Verfahrens 4 IN 1331/19 verbundenen Verfahren gegen die vom Gericht bezüglich der Zulässigkeit des Restschuldbefreiungsantrags geäußerten Bedenken gewandt hatte, wies die-

ses am 18.7.2019 den Restschuldbefreiungsantrag mit der Begründung, über das Vermögen des Schuldners sei bereits ein noch nicht aufgehobenes Insolvenzverfahren (4 IN XX/15) eröffnet worden, als unzulässig zurück.

Da der Schuldner trotz der Hinweise auf die Möglichkeit eines Restschuldbefreiungsantrags keinen solchen Antrag in dem Verfahren 4 IN XX/15 gestellt habe, sei damit der Antrag in dem anschließenden Insolvenzverfahren über das freigegebene Vermögen (4 IN 1331/19) ausgeschlossen. Der Ansicht, eine auf im Zweitinsolvenzverfahren entstandene Verbindlichkeiten beschränkte Restschuldbefreiung sei möglich, sei nicht zu folgen. Ein solches beschränktes Restschuldbefreiungsverfahren lasse sich nicht mit teleologischen Gründen aus der Möglichkeit, ein Insolvenzverfahren über das freigegebene Vermögen aus selbstständiger Tätigkeit des Schuldners durchzuführen, rechtfertigen. Dem Schuldner des Zweitverfahrens sei die Möglichkeit versagt, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen mit dem Ziel der Restschuldbefreiung zu stellen, wenn auf Gläubigerantrag ein Verfahren über sein Vermögen anhängig sei (AG Göttingen, NZI 2016, 849). Handele es sich wie hier um ein Insolvenzverfahren über ein Sondervermögen, komme die Erteilung der Restschuldbefreiung generell nicht Betracht (*Schmidt*, ZVI 2019, 249, 250). Das Gericht verkenne nicht, dass im Sonderfall des § 35 II InsO ein zweites, auf das Vermögen aus der freigegebenen selbstständigen Tätigkeit beschränktes Insolvenzverfahren eröffnet werden könne und § 295 II InsO, der gem. § 35 II 2 InsO nach „Freigabe“ der selbstständigen Tätigkeit entsprechend anwendbar sei, dem Zweitverfahren nicht entgegenstehe. Es liege hier aber kein auf Verbindlichkeiten nur aus der freigegebenen selbstständigen Tätigkeit beschränkter Restschuldbefreiungsantrag vor. Zudem wäre dieser Antrag unzulässig. Das Gericht folgt dabei mit ausführlicher Begründung nicht der Ansicht, bei nicht gestelltem Antrag auf Restschuldbefreiung im ersten Insolvenzverfahren griffen die in § 287 a InsO genannten Sperrfristen nicht ein und damit sei ein Antrag auf Restschuldbefreiung im Zweitverfahren, beschränkt auf die im Zweitverfahren entstandenen Verbindlichkeiten, zulässig.

Das Gericht weist darauf hin, der Schuldner könne nicht einerseits im Erstverfahren seiner Abführungspflicht nach §§ 35 II, 295 II InsO und gleichzeitig im eröffneten Zweitverfahren der Pflicht nach § 295 II InsO nachkommen, wenn er, wie es die Regel und auch beim Schuldner vorliegend der Fall sei, nicht das doppelte hypothetische Einkommen aus einem angemessenen entsprechenden Dienstverhältnis verdiene.

**Praxishinweis:** Der Entscheidung des AG Mannheim ist nicht zu folgen.

Grundsätzlich hätte der Schuldner noch keinen neuen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbunden mit einem Restschuldbefreiungsantrag stellen können, da das Erstverfahren noch nicht aufgehoben war und er trotz Belehrung nach § 20 II InsO entsprechende Anträge nicht gestellt hat. Vorliegend handelt sich aber um ein „Zweitverfahren über das gem. § 35 II InsO insolvenzfremde Vermögen“ einer natürlichen Person, sodass die Anwendung der Vorschriften zur Restschuldbefreiung grundsätzlich nicht gehindert ist (*Nawroth/Steinbach*, ZInsO 2018, 700, 702). Insofern geht das Gericht zutreffend davon aus, dass die Rege-

lung des § 295 II InsO einem solchen Zweitverfahren nicht entgegenstehe.

Bei den einzelnen Fallvarianten sind jedoch deren Auswirkungen insbesondere auf die Insolvenz-, Restschuldbefreiungs- und Kostenstundungsanträge zu differenzieren (Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsolvenzR, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 72). Dabei ist zu beachten, dass nur § 287 a II InsO eine Regelung über die Zulässigkeit des wiederholten Restschuldbefreiungsantrags nach einem ersten abgeschlossenen Insolvenzverfahren trifft. Somit fehlt hier, wo es um die Zulässigkeit des erstmals im Zweitverfahren gestellten Restschuldbefreiungsantrags geht, eine gesetzliche Regelung. In dieser Ausgangslage ist das Gericht der Ansicht, ein solcher Antrag sei weder beschränkt auf die im Zweitverfahren entstandenen Verbindlichkeiten (siehe hierzu Büttner, ZInsO 2017, 1057, 1072) noch insgesamt zulässig.

Nach Ansicht des Gerichts müsse die Restschuldbefreiung dem Gläubiger einen Vorteil bringen, sodass das vorhandene verwertbare Vermögen zur Gläubigerbefriedigung einzusetzen sei. Der Schuldner habe die Gläubiger des Erstverfahrens durch Zahlungen an den Treuhänder so zu stellen, wie wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre, gleichzeitig müsse er auch im eröffneten Zweitverfahren der Pflicht nach § 295 II InsO nachkommen, was in der Regel aber nicht möglich sei. Das Zweitverfahren diene nach Freigabe des Betriebs gem. § 35 II InsO nur der Haftungsrealisierung der Neugläubiger, nicht aber dem Schuldnerinteresse (FK-InsO/Schmerbach, 9. Aufl. 2017, § 13 Rn. 162).

Ein Zweitverfahren ist nicht von vornherein masselos, da sowohl das der selbstständigen Tätigkeit gewidmete und damit aus dem Erstverfahren ausgeschiedene Vermögen als auch der gesamte Neuerwerb aus der selbstständigen Tätigkeit und etwaige darauf bezogene Anfechtungsansprüche in die Masse fallen (Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsolvenzR, 3. Aufl. 2017 § 35 Rn. 175). Diese Masse dient somit ausschließlich der Befriedigung der am Erstverfahren nicht beteiligten Neugläubiger. Über dieses Sondervermögen ist somit ein „Partikularinsolvenzverfahren“ möglich (Büttner, ZInsO 2017, 1057, 1072), dem das parallel dazu laufende Erstinsolvenzverfahren nicht entgegensteht (Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsolvenzR, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 175).

Vorliegend ist zudem zu bedenken, dass der Schuldner in seinem Eigenantrag den Eröffnungsgrund für den freigegebenen Betrieb eingeräumt und sich dazu bereit erklärt hat, sein insoweit verbleibendes Vermögen den Neugläubigern zur gemeinschaftlichen Befriedigung zur Verfügung zu stellen (vgl. HmbKommInsR/Lüdtke, 7. Aufl. 2019, § 35 Rn. 268, 270). Geht man bei § 287 a InsO für den Fall des § 35 II InsO von der erneuten Zulässigkeit eines Restschuldbefreiungsantrags aus (Busching/Klersy, ZInsO 2015, 1601), dann ist, da erst bei einem wiederholten Eigenantrag des Schuldners das Rechtsschutzbedürfnis fraglich erscheint (Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsolvenzR, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 177), im Umkehrschluss erst recht die erstmalige Antragstellung zulässig (Büttner, ZInsO 2017, 1057, 1075). Da der Schuldner im Zweitinsolvenzverfahren die Möglichkeit hat, entsprechende Anträge zu stellen, sind diese durch Auslegung auf das freigegebene Sondervermögen zu begrenzen (Büttner, ZInsO 2017, 1057, 1075).

Die Ansicht, ein erstmals im Zweitinsolvenzverfahren gestellter Restschuldbefreiungsantrag sei unzulässig, da dieses Verfahren nur der Haftungsrealisierung der Neugläubigeransprüche diene, aber nicht den Schuldnerinteressen bzw. einer begrenzten Restschuldbefreiung des Schuldners, vermag daher nicht zu überzeugen.

*Richter am AG Dr. Holger Büttner, Leipzig* ■

## Verstricktes Konto: Rückschlagsperre erzwingt Aufhebung der Pfändung, nicht deren Aussetzung

*Eine nach § 88 InsO unwirksame Zwangsmaßnahme ist aufzuheben, nicht nur vorübergehend auszusetzen. Die Erinnerung des Insolvenzverwalters scheitert auch dann nicht am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Gläubiger bereits erklärt hat, aus der Pfändung keine Rechte mehr geltend zu machen.*

*AG Dresden, Beschl. v. 15.08.2019 – 548 IK 402/18, BeckRS 2019, 19576*

Innerhalb der letzten drei Monate vor dem Antrag, ein Verbraucherinsolvenzverfahren über das Vermögen des Vollstreckungsschuldners zu eröffnen, wurde seiner Bank ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zugestellt. Um das mit der Forderungspfändung begründete hoheitliche Gewaltverhältnis (Verstrickung) am Konto zu beseitigen, legte der Insolvenzverwalter den Rechtsbehelf der Erinnerung beim Insolvenzgericht ein. Daraufhin teilte der Vollstreckungsgläubiger mit, aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss keine Rechte mehr geltend zu machen. Das Insolvenzgericht hob den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gleichwohl auf und bürdete dem vollstreckenden Gläubiger die Kosten des Erinnerungsverfahrens auf.

Obwohl der Gläubiger erklärt hatte, aus der Pfändung keine Rechte mehr herzuleiten habe der Insolvenzverwalter das notwendige Rechtsschutzbedürfnis für den Rechtsbehelf, da durch die Erklärung des Gläubigers die öffentlich-rechtliche Verstrickung des Kontos nicht beseitigt werde. Die Zwangsmaßnahme sei vielmehr insgesamt aufzuheben und nicht etwa nur deren weitere Vollziehung auszusetzen. Der vollstreckende Gläubiger habe bei einer nach § 88 InsO unwirksamen Pfändung kein legitimes Interesse am Rangerhalt. Die Rückschlagsperre nach § 88 InsO stehe im Gegensatz zu den Vollstreckungsverboten des § 89 InsO, da sie nicht nur die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung anordne, sondern erlangte Sicherungen sogar für unwirksam erkläre.

**Praxishinweis:** 2017 entschied der BGH, dass weder Rückschlagsperre (§ 88 InsO) noch Vollstreckungsverbot (§ 89 I InsO) die öffentlich-rechtliche Verstrickung lösen (BGH, NZI 2017, 892). Seitdem zahlen Banken pfändbare Guthaben nicht an Insolvenzverwalter aus, solange die Wirkungen der Verstrickung nicht förmlich beseitigt sind. Die Verstrickung endet, wenn der Gläubiger auf die Rechte aus der Vollstreckung verzichtet (§ 843 ZPO) oder das Vollstreckungsorgan den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss uneingeschränkt aufhebt (BGH, NZI 2011, 600). Da mit der Aufhebung der Zwangsmaßnahme der Gläubiger auch sei-

nen Rang verliert, wurde diskutiert, ob die Vollziehung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens auch ausgesetzt werden könne. Der BGH sah die Anordnung der Aussetzung im Fall der Insolvenz des Bankkunden als möglich an, ohne jedoch die dogmatische Grundlage dafür zu klären (vgl. BGH, NZI 2017, 892; NZI 2011, 365). So scheint es bislang eine Sache des Zufalls zu sein, ob eine Pfändungsmaßnahme vorübergehend ausgesetzt (AG Hamburg-Altona, NZI 2019, 673; AG Dresden, VIA 2019, 38) oder endgültig aufgehoben wird (AG Marburg, NZI 2019, 809; AG Göttingen, NZI 2019, 82; AG Zeitz, NZI 2019, 82; AG Essen, NZI 2018, 671). Die vorliegende Entscheidung des AG Dresden legt nahe, dass es auf den Zeitpunkt der Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ankommt. Wird er innerhalb der Rückschlagsperre zugestellt, wird die Zwangsmaßnahme aufgehoben, in Fällen des § 89 I InsO kommt eine Aussetzung in Betracht. Die Entscheidung beantwortet freilich nicht die dogmatische Frage nach der Rechtsgrundlage für die Anordnung der Aussetzung. Sie lädt aber zur Diskussion folgender drei Fragen ein:

Erstens ist die Differenzierung selbst unter die Lupe zu nehmen, leuchtet doch zumindest nicht ohne Weiteres ein, dass der kurz vor Verfahrenseröffnung vollstreckende Gläubiger seinen Rang verlieren soll, während derjenige, der nach Verfahrenseröffnung vollstreckt, nur die Aussetzung der von ihm veranlassten Maßnahme fürchten muss. Die unter die Rückschlagsperre fallende Sicherung ist zwar absolut unwirksam, aber nur für die Dauer des Insolvenzverfahrens (BGH, NZI 2006, 224).

Zweitens darf bezweifelt werden, ob der Insolvenzverwalter in der Tat des Rechtsschutzes bedarf, wenn der Gläubiger bereits auf seine Rechte aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss verzichtet hat. Ein Gläubiger kann jederzeit auf die durch Pfändung erworbenen Rechte unbeschadet seines Anspruchs verzichten, § 843 ZPO. Dadurch löst sich die öffentlich-rechtliche Verstrickung. Eine Aufhebung durch das Gericht hat allenfalls klarstellende Wirkung (BGH, Urt. v. 07.03.2002 – IX ZR 293/00, BeckRS 2002, 3417).

Drittens erscheint die Kostenentscheidung problematisch, kann doch der vollstreckende Gläubiger nichts für die Insolvenz seines Schuldners. Kosten, die darauf beruhen, dass der Schuldner nicht zahlt, können nicht den vollstreckenden Gläubiger treffen. Für die Vollstreckungskosten stellt dies § 788 ZPO eindeutig klar (vgl. AG Schmalleberg, BeckRS 2005, 00747).

Die Rechtsprechung des BGH hat zu erheblichem Aufwand in der Praxis geführt. Sollte die Formalisierung ursprünglich Banken und Sparkassen dienen und sie von Prüfungsaufgaben und Haftungsrisiken entlasten, sind Geldhäuser mittlerweile in tausenden Einzelfällen mit kaum noch zu beherrschender Bürokratie konfrontiert, und mit ihnen Pfändungspfandgläubiger, Insolvenzverwalter und Insolvenzgerichte.

Ohne eine weitere Rechtsprechungsänderung kann das Problem in der Praxis nur mit dem guten Willen aller Beteiligten effizient bewältigt werden. Die Initiative muss dabei der Insolvenzverwalter ergreifen. Er ist verpflichtet zu ermitteln, ob verstrickte Guthabenforderungen bestehen. Womöglich kann er sodann erreichen, dass Gläubiger freiwillig auf ihre Rechte aus der Pfändung verzichten oder sie mit

Zustimmung der Bank ruhend stellen. Nicht selten dürfte es sowieso ein Streit um Kaisers Bart sein, kann sich der Schuldner doch durch Eröffnung eines Kontos bei einer anderen Bank mitunter der Pfändung leicht entledigen. Wird verstricktes Guthaben gleichwohl nicht frei, verspricht die Erinnerung beim Insolvenzgericht insbesondere dann Erfolg, wenn sie die Beschränkung der Zwangsmaßnahme auf künftige und die Aufhebung hinsichtlich bestehender Guthaben bezweckt.

*Rechtsanwalt Dr. Benjamin Böhme, Leipzig* ■

## Umsatzsteuer als Masseverbindlichkeit im vorläufigen Verfahren nur, soweit die Rechtsmacht reicht

*Masseverbindlichkeiten werden nach § 55 IV InsO nur im Rahmen der für den vorläufigen Insolvenzverwalter bestehenden rechtlichen Befugnisse begründet. Für Umsatzsteuerverbindlichkeiten ist dabei auf die Entgeltvereinbarung durch den vorläufigen Verwalter abzustellen. Bestellt das Gericht einen vorläufigen Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt und Recht zum Forderungseinzug, kommt es deshalb für die Frage, ob umsatzsteuerrechtliche Verbindlichkeiten nach § 55 IV InsO als Masseverbindlichkeiten begründet wurden, nicht darauf an, ob der vorläufige Verwalter der Entgeltvereinbarung durch den Schuldner zugestimmt hat.*

*FG München, Urt. v. 27.02.2019, 3 K 415/18, BeckRS 2019, 16438*

Der Schuldner führte als selbstständiger Taxiunternehmer Fahrdienste aus, insbesondere Flughafentransfer. Dieser Tätigkeit ging er durchgehend nach und vereinnahmte die Entgelte. Aufgrund Fremdantrags wurde der Kläger mit Beschluss vom 30.11.2016 zum vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 21 II 1 Nr. 1 InsO) bestellt. Des Weiteren ordnete das AG einen Zustimmungsvorbehalt iSd § 21 II 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO an und ermächtigte den vorläufigen Verwalter zur Einziehung von Außenständen. Der Kläger versuchte in der Folge mehrfach, den Schuldner zwecks Gutachtenerstellung zu erreichen. Eine Rückmeldung erfolgte jedoch erst am 05.05.2017. Bis dahin hatte der Kläger abgesehen von den Angaben im gerichtlichen Beschluss keinerlei Kenntnis von der Tätigkeit des Schuldners sowie dessen Steuererklärungen. Der Schuldner hatte die Forderungen aus den Taxifahrten sofort eingezogen und zu keinem Zeitpunkt die Masse weitergeleitet. Am 23.05.2017 stellte der Schuldner einen Eigenantrag, verbunden mit einem Antrag auf Restschuldbefreiung. Am 26.05.2017 eröffnete das AG das Insolvenzverfahren und bestellte den Kläger zum Insolvenzverwalter, der am 08.06.2017 die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners aus der Insolvenzmasse gem. § 35 II 1 InsO erklärte. In steuerlicher Hinsicht ist Folgendes zu berücksichtigen: Der Schuldner gab zwar am 02.03.2017 eine Umsatzsteuer-Voranmeldung für das letzte Quartal 2016 ab. Das beklagte FA setzte jedoch am 20.07.2017 auf Schätzungsbasis (§ 162 AO) gegenüber dem Kläger die Umsatzsteuer als Masseverbindlichkeit nach § 55 IV InsO fest (entsprach 1/3 des vom Schuldner ermittelten Betrags). Dabei stützte es sich bezüglich der Qualifikation als Massever-

bindlichkeit auf das BMF-Schreiben vom 20.05.2015 (DStR 2015, 1247). Dagegen wendet sich der Kläger unter Berufung auf eine entgegenstehende Entscheidung des BFH (NZI 2015, 240).

Hauptstreitpunkt zwischen Finanzamt und Kläger ist die Einordnung der Umsatzsteuer aus der Zeit der vorläufigen Insolvenzverwaltung als Masseverbindlichkeit nach § 55 IV InsO unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es in dieser Zeit keinen Kontakt zwischen dem Kläger und dem Schuldner gab. § 55 IV InsO macht (Umsatz-)Steuerverbindlichkeiten des Insolvenzschuldners, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder von dem Schuldner mit dessen Zustimmung begründet worden sind, zu Masseverbindlichkeiten nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Unstreitig war, dass die Entgelte aus den Taxifahrten nicht vom Kläger vereinnahmt worden waren. Das Finanzamt vertrat aber die Auffassung, dass die Entgeltvereinnahmung durch den Schuldner mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters und damit im Rahmen seiner rechtlichen Befugnisse erfolgt war. Als Zustimmung soll es nach der Verwaltungsauffassung ausreichen, dass diese konkludent erteilt wird. Hierfür sieht das Finanzamt im vorliegenden Fall ein Kennenmüssen des Klägers als vorläufigem Insolvenzverwalter als ausreichend an.

Dieser extensiven Auslegung des § 55 IV InsO durch das Finanzamt schiebt das FG begrüßenswerter Weise einen Riegel vor. Es erteilt dem im BMF-Schreiben (dort Rn. 9 ff.) geäußerten Verständnis, dass eine Masseverbindlichkeit nur dann nicht begründet werde, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter ausdrücklich widerspricht oder die wirtschaftliche (und damit Umsatzsteuer auslösende) Tätigkeit des Schuldners nicht kennen konnte, eine klare Absage. Unter Berufung auf den BFH sieht es die insolvenzrechtlichen Anforderungen an die Begründung von Masseverbindlichkeiten als maßgeblich an. In dem oben genannten BFH-Urteil wird die Regelung des § 55 IV InsO in den systematischen Zusammenhang mit § 55 I InsO und § 55 II InsO eingeordnet. Eine rein zeitliche oder allein auf das faktische Erscheinungsbild abstellende Einordnung der Umsatzsteuer

reicht dem BFH zufolge für § 55 IV InsO nicht aus. Es müssen die rechtlichen Befugnisse und deren Ausübung berücksichtigt werden. Ein fehlender Widerspruch kann also nur maßgeblich sein, wo ein Widerspruchsrecht besteht. Denkt man hier insolvenzrechtlich weiter, setzt eine konkludente Zustimmung eine Kenntnis des vorläufigen Insolvenzverwalters von der Tätigkeit des Schuldners voraus.

Vorliegend hatte der vorläufige Insolvenzverwalter trotz umfangreicher Versuche keinen Kontakt mit dem Schuldner aufnehmen können und daher keinerlei Kenntnis von dessen Tätigkeit. Eine Zustimmung iSv § 55 IV InsO lag daher weder aktiv bzw. ausdrücklich noch in konkludenter Form vor. Die Entgeltvereinnahmung erfolgte durch den Schuldner und gelangte auch wirtschaftlich nie zur Masse. Nach dem im BFH-Urteil dargelegten Rechtsverständnis war § 55 IV InsO damit nicht einschlägig. Das vom Finanzamt geäußerte Verständnis, insbesondere die Umdeutung eines Kennenmüssens in eine konkludente Zustimmung, wird seitens des FG klar abgelehnt.

**Praxishinweis:** Auch wenn der BFH zwischenzeitlich viele Fragen zum Verständnis und zur Auslegung des § 55 IV InsO geklärt hat, sind Steuerfestsetzungen als Masseverbindlichkeit vom Insolvenzverwalter stets kritisch zu hinterfragen. Aktuell ist unter anderem die Frage der Zuordnung eines Vorsteuererstattungsanspruchs zum vorinsolvenzlichen Unternehmensteil beim BFH in Klärung (FG Münster, NZI 2019, 677; beim BFH anhängig unter V R 26/19). Hier vertritt die Finanzverwaltung natürlich die Auffassung, dass Steuererstattungsansprüche und Steuervergütungsansprüche von § 55 IV InsO nicht erfasst werden (BMF v. 20.05.2015, aaO., Rn. 5). Eine die Finanzauffassung ablehnende Entscheidung des BFH könnte hier zu wirtschaftlich positiven Folgen für das ein oder andere Insolvenzverfahren führen.

**Rechtsanwalt Phillip-Boie Harder, LL.M., Düsseldorf** ■