vision nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 542 ff. ZPO) statthaft sein.[36] Da auch die Anfechtungs- und Nichtigkeitsprozesse bereits in erster Instanz in aller Regel intensiv und sorgfältig geführt werden, besteht auch hier kein dringendes Bedürfnis für eine zweite Tatsacheninstanz, welche die heutige Berufung ohnehin nur noch eingeschränkt eröffnet. Ein kaum wahrnehmbarer Nachteil würde mit erheblichen Vorteilen, und zwar der deutlichen Verkürzung der Verfahrensdauer und der Verminderung der Verfahrenskosten, einher gehen.

Die vorstehenden Erwägungen sind – wenn man ihnen näher tritt – nichts, was durch den Gesetzgeber en passant erledigt werden könnte. Die Erwägungen passen allerdings in die Zeit, da vor kurzem die Justizminister der Länder den Startschuss für eine „Große Justizreform" gegeben haben.[37] Neben einer „funktionalen Zweigliedrigkeit der Prozesse" sollen u. a. „die beschränkten Ressourcen der Berufungsinstanz – also namentlich der Oberlandesgerichte – für Verfahren eingesetzt werden, deren Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht".[38] Es wäre erfreulich, wenn man sich bei dieser Gelegenheit auch den vorstehend aufgeworfenen Fragen annehmen würde.

V. Ergebnisse

1. Der Senat hat mit seinem Beschluss durch den Ausschluss der Rechtsbeschwerde in den Freigabeverfahren des Aktien- und Umwandlungsrechts in einer für die Praxis der Gesellschafts- und Konzernrestrukturierung sehr wichtigen Frage für die bislang fehlende Rechtssicherheit gesorgt. Dem Beschluss ist de lege lata im Ergebnis uneingeschränkt zuzustimmen.

2. Dem OLG Frankfurt/M. als Vorinstanz kommt das Verdienst zu, dass es mit der Zulassung der Rechtsbeschwerde die Grundlage für die Klärung der Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde in Freigabeverfahren geschaffen hat, obwohl absehbar war, dass hierfür nur wenig Beifall geerntet werden würde. Es liegt in der bedauerlichen Natur der Sache, dass die Rechtsfortbildung für verschiedene Beteiligte mit Opfern verbunden war. So wurde eine wirtschaftlich bedeutende Verschmelzung über mehrere Monate hinweg verzögert. Ferner wurden zahlreiche Rechtsbeschwerdeführer durch das Oberlandesgericht motiviert, die Mühe eines Rechtsweges auf sich zu nehmen, der an den Toren der Karlsruher Herrenstraße endete. Gleichwohl wurde den Rechtsbeschwerdeführern die Kosten ihrer Rechtsmittel auferlegt. Letzteres erscheint nach Lage der Verhältnisse als eine unbillige Härte.

3. Die Gründe des hier besprochenen Beschlusses sind nicht in allen Punkten völlig überzeugend. Dies liegt jedoch vor allem an den Verhältnissen, die der Senat vorfand: So wie der Gesetzgeber vorliegend gearbeitet hatte, musste früher oder später ein Oberlandesgericht den Standpunkt vertreten, die Rechtsbeschwerde sei (auch) in den aktien- und umwandlungsrechtlichen Freigabeverfahren statthaft. Gleichwohl musste der Senat diesen vertretbaren Standpunkt als unvertretbar bekämpfen, um weiteren Fällen vorzubeugen. So ist auch der Leitsatz des Gerichts zu verstehen, der die Rechtsbeschwerde „kraft Gesetzes" als ausgeschlossen ansieht. Dies stellt eine unverdiente Schonung des Gesetzgebers dar, dessen unvollendetes Werk der Senat erst mittels eines rechtsfortbildenden Reparaturbeschlusses in einen verkehrssicheren Zustand versetzen musste.

4. Neben der Nachbesserung der Freigabevorschriften im Sinne des Senatsbeschlusses sollte der Gesetzgeber erwägen, den Instanzenzug sowohl in den Freigabe- als auch in den zugrunde liegenden Hauptsacheverfahren zu novellieren. Hinsichtlich der Freigabeverfahren sollte unter Beibehaltung des zweistufigen Instanzenzuges erwogen werden, den Rechtsweg auch in diesen wichtigen Verfahren zum BGH zu eröffnen. Die vorliegend erfolgte „höchstrichterliche Freigabe der Freigabeverfahren" ist zwar de lege lata die richtige Entscheidung, de lege ferenda hingegen nicht wünschenswert.

36) § 542 Abs. 1 ZPO wäre entsprechend zu erweitern.
37) Vgl. *Fiebig*, Bericht aus Berlin, NJW-aktuell 26/2006, VI.
38) Vgl. *Fiebig*, Bericht aus Berlin, NJW-aktuell 26/2006, VI.

*Marc d'Avoine**)

Haftung des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters als faktischer Geschäftsführer für Lohnsteuern nach Lastschriftwiderspruch?

Der vorläufige Insolvenzverwalter steht unter Beobachtung verschiedener Beteiligter des Verfahrens. Er soll für geordnete Verhältnisse sorgen, im Interesse der Gläubigergesamtheit Masse sichern und weiteren Schaden für die Gläubiger vermeiden. Zu diesem Zweck kontrolliert er Verfügungen des Schuldners. Er widerspricht mitunter Entscheidungsvorlagen oder stimmt ausgewählten Verfügungen ausdrücklich zu. Spätestens seit dem Urteil des BGH vom 4. 11. 2004 ist dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt auch das Recht zugebilligt, Lastschriften im Einziehungsermächtigungsverfahren zu widersprechen.[1] Damit werden entsprechende Belastungen des schuldnerischen Kontos zurückgebucht. Das wirkt sich nicht selten auf Lohnsteuern aus, die für Vormonate fällig und vom Finanzamt bereits eingezogen waren, dann aber wegen Lastschriftwiderspruchs zurückgebucht werden. Folgt aus diesen Abläufen eine steuerliche Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters?

*) *Dr. iur., Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter, Wuppertal*

1) BGH ZIP 2004, 2442 (m. Anm. *Bork* u. Bespr. *Feuerborn*, ZIP 2005, 604) = ZVI 2005, 33 = NJW 2005, 675, dazu EWiR 2005, 121 *(Gundlach/Frenzel)*.

I. Lastschriften im Einziehungsermächtigungsverfahren

Eine Einziehungsermächtigung liegt vor, wenn der Schuldner seinem Gläubiger – grundsätzlich schriftlich – ermächtigt, Forderungen im Lastschriftweg einzuziehen.[2] Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass der Schuldner allein gegenüber seinem Gläubiger etwas erklärt bzw. diesem etwas erlaubt. Gegenüber seiner Bank gibt der Schuldner hingegen keine Erklärung ab.

Während die Rechtsnatur der Einziehungsermächtigung in der Literatur umstritten ist, vertritt der BGH in ständiger Rechtsprechung die sog. Genehmigungstheorie.[3] Diese basiert auf der Überlegung, dass der Gläubiger durch die ihm vom Schuldner erteilte Einziehungsermächtigung keinerlei Rechte erlangt, auf das Konto des Schuldners zuzugreifen. Insofern nimmt die Schuldnerbank die Belastung des Kontos ihres Kunden vor, ohne von diesem dazu berechtigt zu sein; die Belastungsbuchung wird erst durch Genehmigung des Schuldners, somit nachträglich, wirksam. Konsequenterweise entsteht dann auch der Aufwendungsersatzanspruch der Schuldnerbank gegen den Schuldner erst mit Genehmigung der Belastungsbuchung gemäß § 684 Satz 2, §§ 182 ff. BGB.

II. Der schwache vorläufige Insolvenzverwalter und seine Stellung im Verfahren

Im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens entscheidet das Gericht über die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen gemäß § 21 InsO. Die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO ist eines der wichtigsten Instrumente zur Sicherung der Insolvenzmasse.[4] Der vorläufige Insolvenzverwalter wird häufig nicht mit einer allgemeinen Verfügungsbefugnis, sondern nur mit einem Zustimmungsvorbehalt gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO ausgestattet. Seine Rechte bestimmen sich damit nach § 22 Abs. 3 InsO. Im Vordergrund steht aber der eigentliche Zustimmungsvorbehalt, wonach Verfügungen des Schuldners nur wirksam werden, wenn der Verwalter zuvor zugestimmt hat. Er kann allerdings auch nachträglich genehmigen.[5]

Der vorläufige Insolvenzverwalter kann Zahlungen freigeben, somit Verfügungen des Schuldners zustimmen. Er kann aber auch Zahlungen verweigern. Das zeigt sich im Lastschriftverfahren dadurch, dass der vorläufige Insolvenzverwalter – so es der Schuldner noch nicht getan hat – die dem Gläubiger in der Vorzeit erteilte Einziehungsermächtigung quasi „kündigt" und dann konkrete Belastungen des Kontos nicht genehmigt. Das erlaubt der BGH ausdrücklich. Demnach kann ein mit Zustimmungsvorbehalt ausgestatteter vorläufiger Insolvenzverwalter Belastungsbuchungen aufgrund von Einziehungsermächtigungen vom Konto des insolventen Zahlungspflichtigen widersprechen, auch wenn keine sachlichen Einwendungen gegen die eingezogene Forderung erhoben werden.[6] Mit anderen Worten, der Widerspruch eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt ist auch dann rechtmäßig, wenn er ohne anerkennenswerte Gründe erfolgt. Der Widerspruch des Schuldners vor der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters setzt hingegen das Vorliegen anerkennenswerter Gründe voraus. Solche sind nur zu bejahen, wenn gar keine Einziehungsermächtigung erteilt wurde, der Anspruch des Gläubigers unbegründet ist, oder wenn dem Schuldner ein Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht. Der BGH billigt dem vorläufigen Insolvenzverwalter damit weitergehende Widerspruchsmöglichkeiten als dem Schuldner zu.[7]

Zur Klarstellung sei bemerkt, dass die Bezeichnung des Rechts des vorläufigen Insolvenzverwalters als „Widerspruchs-" bzw. „Widerrufsrecht" unscharf ist. Dogmatisch betrachtet hat der vorläufige Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt kein eigenes Widerspruchsrecht. Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht das Widerspruchsrecht allein dem Schuldner zu. Für den vorläufigen Insolvenzverwalter besteht nur die Möglichkeit, der Genehmigung der Belastungsbuchung durch den Schuldner zu widersprechen. Das eigentliche Widerspruchsrecht des Schuldners geht erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens (oder bei der Verhängung eines allgemeinen Verfügungsverbots) auf den Insolvenzverwalter über. Im Ergebnis hat jedoch der Widerspruch im Hinblick auf die Genehmigung der Belastungsbuchung die gleiche Rechtswirkung wie ein Widerruf der Lastschrift. Insoweit wird im Folgenden weiter vom „Widerspruchs-" bzw. „Widerrufsrecht" des vorläufigen Insolvenzverwalters gesprochen.

III. Praxisfolgen der BGH-Entscheidung ZIP 2004, 2442

Die Entscheidung des BGH wirkt sich auf die praktische Arbeit des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt aus. Im Hinblick auf eine Massemehrung empfiehlt es sich, in der Regel sämtlichen aufgrund von Einziehungsermächtigungen erfolgten Belastungsbuchungen zu widersprechen.[8] Das gilt zumindest für die Fälle, in denen das Konto des Insolvenzschuldners zum Zeitpunkt des Widerspruchs ein Guthaben aufweist und die Salden noch nicht – in der Regel durch Ablauf von sechs Wochen nach Zusendung des Kontenabschlusses durch die Bank[9] – als genehmigt gelten. Eine Genehmigung ist nur ausnahmsweise sinnvoll. So kann es z. B. im Interesse der Gläubigergesamtheit erforderlich oder wenigstens zweckmäßig sein, Lastschrifteinzüge im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen zu genehmigen, um Kündigungen zu vermeiden, welche die Fortführung des Schuldnerunternehmens bedrohen könnten.[10]

---

2) *van Gelder*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 1997, § 56 Rz. 21.

3) BGH ZIP 1985, 919 = NJW 1985, 2326, 2327, dazu EWiR 1985, 575 *(Kuhn)*; BGH ZIP 1989, 492 = NJW 1989, 1672, 1673, dazu EWiR 1989, 447 *(Blaurock)*.

4) *Uhlenbruck*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl., 2001, § 14 Rz. 25.

5) *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., 2003, § 22 Rz. 13.

6) BGH ZIP 2004, 2442 = NJW 2005, 675.

7) Vgl. zum Lastschriftwiderspruch u. a.: *Bork*, ZIP 2004, 2446; *Hadding*, WM 2005, 1549, 1555 ff.; *Ganter*, WM 2005, 1557; *Feuerborn*, ZIP 2005, 604; *Spliedt*, ZIP 2005, 1261; *Jungmann*, NZI 2005, 84; *Dahl*, NZI 2005, 102; *Meder*, NJW 2005, 637; *Fritsche*, DZWIR 2005, 265; *Kling*, DZWIR 2004, 54; *Rattunde/Berner*, DZWIR 2003, 185; *Schröder*, ZInsO 2006, 1; *d'Avoine*, ZInsO 2006, 225.

8) Anders wohl *Kling*, DZWIR 2004, 54.

9) Nr. 7 Abs. 3 AGB Banken

10) BGH ZIP 2004, 2442, 2444.

IV. Der vorläufige Insolvenzverwalters als faktischer Geschäftsführer i. S. d. § 69 i. V. m. §§ 34, 35 AO?

Der Lastschriftwiderspruch führt dazu, dass auch Einzüge fälliger Steuern, die bereits auf dem Kontoauszug vermerkt waren, zurückgehen. Damit wird der Fiskus zunächst zum Insolvenzgläubiger. Die Rückbuchung veranlasst die Finanzverwaltung mitunter dazu, den Lastschriftwiderspruch des vorläufigen Verwalters, auch des „schwachen", als Schadensersatz auslösendes Verhalten eines faktischen Geschäftsführers zu betrachten. Dieser Ansatz bedarf näherer Betrachtung.

Die Voraussetzungen der Haftung des Geschäftführers ergeben sich aus § 69 AO. Demnach haften die in §§ 34, 35 AO genannten Personen, soweit Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt oder erfüllt werden. In § 34 AO sind gesetzliche Vertreter und in § 35 AO Verfügungsberechtigte angesprochen. Der faktische Geschäftsführer ist kein gesetzlicher Vertreter, er kann aber Verfügungsberechtigter i. S. d. § 35 AO sein.[11] Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter sind ebenfalls keine gesetzlichen Vertreter. Sie sind Vermögensverwalter i. S. d. § 34 Abs. 3 AO.[12]

Mit Urteilen vom 27. 6. 2005[13] und 11. 7. 2005[14] hat der BGH bestätigt, dass es für die Beurteilung der Frage, ob jemand faktisch wie ein Organmitglied gehandelt und als Konsequenz seines Verhaltens sich wie ein nach dem Gesetz bestelltes Organmitglied zu verantworten hat, auf das Gesamterscheinungsbild seines Auftretens ankommt. Danach ist es allerdings nicht erforderlich, dass der Handelnde die satzungsmäßige Geschäftsführung völlig verdrängt. Entscheidend ist vielmehr, dass er die Geschicke der Gesellschaft – über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus – durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat.[15] Auch der BFH stellt darauf ab, ob der Handelnde, der eben nicht formell zum Organ bestellt wurde, mit dem Anschein einer Berechtigung nach außen hin auftritt.[16] Strafrechtlich gesehen, ist gar nur eine überragende Stellung des faktischen Geschäftsführers Anknüpfungspunkt für Sanktionen.[17]

Rechtsprechung und Literatur zeigen verschiedene Merkmale auf, die das vorerwähnte Gesamterscheinungsbild eines faktischen Geschäftsführers zeichnen. Demnach muss der faktische Geschäftsführer das Amt angetreten haben,[18] ersatzweise und umfassend Geschäftsführungsaufgaben wahrnehmen und sich somit dauerhaft und intensiv um die Geschäfte kümmern.[19] Wie sich u. a. aus den Entscheidungsgründen des BGH-Urteils vom 11. 7. 2005[20] ergibt, sind Indizien die Führung des wesentlichen kaufmännischen und finanziellen Geschäftsbereichs, das Vorliegen einer Bankvollmacht und damit die Möglichkeit, über Geschäftskonten zu verfügen. Auch der Einfluss auf Buchhaltung spielt eine Rolle, ebenso Kompetenzen bei Personalentscheidungen. Letztlich ist entscheidend, ob und in welcher Form Weisungen gegenüber dem satzungsmäßigen Geschäftsführer zur Unternehmenspolitik und -organisation erteilt werden.[21]

Unter Ansatz dieser Merkmale ist das Handeln des vorläufigen Insolvenzverwalters zu würdigen, der Belastungsbuchungen widerspricht und damit die Bank des Schuldners veranlasst, rückwirkend Gutschriften zu Gunsten des Finanzamts rückgängig zu machen.

1. Antritt als faktischer Geschäftsführer

Es stellt sich schon die Frage, wie der Antritt des faktischen Geschäftsführers aussieht. Dieser wird nicht formell bestellt, ist somit ab einer bestimmten (vielleicht gar nicht bestimmbaren) Sekunde mit dem Amt versehen. Allerdings setzt die Übernahme des Amts schon einen gewissen Vorstellungshorizont voraus; mehr noch, der Betreffende muss entsprechenden Rechtsbindungswillen haben und auch zeigen, und zwar über einen Einzelfall hinaus. Der faktische Geschäftführer muss zumindest gewiss sein, dass er ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr außenstehender Dritter ist, sondern den Status eines Organs der Gesellschaft hat, und sich danach an § 43 GmbHG und anderen Regeln, die für Geschäftsführer gelten, messen lassen. Zumindest bedeutet „Antritt" einer Position schon ein gewisses Maß an Präsenz und Einsatz für das Unternehmen.

Da gerade die Haftung steuerlicher Art gemäß §§ 34, 35, 69 AO ein erhebliches Risiko birgt, wird kaum ein Verpflichtungswille anzunehmen sein, wenn isoliert eine einzige Entscheidung getroffen wird. Mit anderen Worten: Allein der Widerspruch von Belastungsbuchungen hebt den vorläufigen Verwalter nicht in den Sattel eines faktischen Geschäftsführers. Es ist nicht einmal eine scharfe „Startlinie" erkennbar, von der ab der Antritt erfolgen soll. Die rechtmäßige Verweigerung einer Genehmigung zur Schmälerung schuldnerischen Vermögens stellt jedenfalls keine Zäsur dar, wenn der vorläufige Verwalter sonst nichts unternimmt.

Wenn man dies anders sähe, stellten sich sogleich verschiedene Annexfragen, beispielsweise die nach einer Ausstattung des Geschäftsführers. Kein Organ, das Aufgaben erfüllen soll und Haftungsrisiken ausgesetzt ist, arbeitet unentgeltlich. Zumindest wird eine Vergütung oder Entschädigung geschuldet. Diese wird üblicherweise auch zeitnah bezahlt. Zahlender ist regelmäßig der Unternehmer bzw. die Gesellschaft. Der erst Wochen später fällig werdende Vergütungsanspruch des vorläufigen Verwalters ist jedoch keine Entschädigung für faktisches Handeln, sondern eine – masseabhängige – Vergütung für die Übernahme von Treuhänderaufgaben.

11) BFH BStBl II 1989, 491; *Tipke/Kruse*, AO, 107. Erg.Lfg., Stand: 9/2005, § 34 Rz. 8 m. w. N.
12) *Tipke/Kruse* (Fußn. 11), § 34 Rz. 9 m. w. N.
13) BGH ZIP 2005, 1414, 1415.
14) BGH ZIP 2005, 1550, 1551, dazu EWiR 2005, 731 *(Bork)*.
15) BGH ZIP 2005, 1550, 1551.
16) BFH BStBl II 1989, 491; BFH/NV 1988, 275; BFH/NV 1990, 7; BFH/NV 1992, 76; BFH/NV 1993, 213; *Tipke/Kruse* (Fußn. 11), § 35 Rz. 4 m. w. N.
17) BGHSt 31, 118 = ZIP 1983, 173.
18) *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl., 2004, Vor § 35 Rz. 11
19) BGH ZIP 1992, 1734 = DB 1993, 34, dazu EWiR 1992, 1203 *(Kort)*; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., 2005, § 43 Rz. 3 m. w. N.
20) BGHZ 104, 44 = ZIP 1988, 771, dazu EWiR 1988, 905 *(K. Schmidt)*.
21) *Hartung*, Steuerstrafrecht, 5. Aufl., 2004, Rz. 5304; BGH ZIP 2005, 1550, 1551.

2. Dauerhaftes und intensives Kümmern um Geschäfte

Von einem Geschäftsführer wird erwartet, dass er gegenüber Kunden auftritt, Verträge behandelt, Aufträge akquiriert usw. Das trifft für den vorläufigen Insolvenzverwalter nur bedingt, in vielen Fällen auch gar nicht zu. Im Vorverfahren ergreift er in der Regel nur die Maßnahmen, die für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs unmittelbar notwendig sind. Er wird – falls der formell bestellte Geschäftsführer passiv bleibt – nur diejenigen Lieferanten ansprechen und mit ihnen Regelungen suchen, deren Lieferung existenziell für den schuldnerischen Betrieb ist. Im Zweifel hat der vorläufige Insolvenzverwalter – wenn überhaupt – Kontakt mit den Arbeitnehmern, den wichtigsten Lieferanten oder den Energieversorgern. Keinesfalls bearbeitet er geschäftsmäßig alle Kreditoren von A–Z oder sämtliche Kundenbeziehungen. Bei seinen punktuellen Aktivitäten kann von einem dauerhaften oder intensiven Kümmern keine Rede sein.

3. Umfassende Geschäftsführungsaufgaben, kaufmännische und finanzielle Einflussnahme, Bankvollmacht, Buchhaltung

Ein faktischer Geschäftsführer handelt i. d. R. aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht, die ihn in den Stand setzt, die Schuldnerin umfassend zu vertreten. Das gilt nicht nur für interne Angelegenheiten wie beispielsweise die Einberufung von Gesellschafterversammlungen. Auch im Außenverhältnis ist meist eine rechtsgeschäftliche Vollmacht opportun. Zumindest muss der faktische Geschäftsführer Bank- und Zeichnungsvollmachten haben. Der vorläufige Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt hat indes keine Vollmacht. Er agiert aufgrund seiner Bestellung durch gerichtlichen Beschluss. Dadurch bekommt er nicht automatisch Einfluss auf kaufmännische oder finanzielle Dinge der Schuldnerin. Er kann zwar die Buchhaltung einsehen. Jedoch ist mit seiner Bestellung nicht die Befugnis verbunden, etwa im laufenden Geschäftsbetrieb den Kontenrahmen zu ändern oder gar die Gewinnermittlungsart umzustellen. Der schwache vorläufige Insolvenzverwalter ist zudem weder prozessführungsbefugt noch kann er die zukünftige Masse wirksam verpflichten.[22] Der Schuldner bleibt allein verfügungsbefugt, allerdings unter dem Zustimmungsvorbehalt.

4. Personalentscheidungen

Personelle Dinge regelt vornehmlich die originäre Geschäftsführung. Dass sie sich mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter abstimmt, ist nur natürlich, führt jedoch nicht zu dessen „Beförderung" zum verantwortlichen Personalchef. Der vorläufige Insolvenzverwalter kennt zumindest in der Anfangsphase die Belegschaft nicht oder nur unzureichend. Ohne eine konkrete Entscheidungsvorlage äußert er sich praktisch nicht zu Personalfragen, weil er weder die Sachverhalte noch die Charaktere ausreichend beurteilen kann. Unschädlich ist auch die Insolvenzgeldvorfinanzierung, denn damit ist keine Einstellung oder Kündigung von Mitarbeitern verbunden. Der vorläufige Insolvenzverwalter berührt die Inhalte der Arbeitsverträge nur, soweit die Arbeitnehmer Entgelt nicht vom Arbeitgeber sondern darlehensweise von ihm selbst beziehen. Von einer Darlehensaufnahme auf eine faktische Geschäftsführung zu schließen, geht zu weit.

5. Weisungen gegenüber dem satzungsgemäßen Geschäftsführer zur Unternehmenspolitik

Die Unternehmenspolitik wird durch den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht oder fast nicht bestimmt. Vielmehr ist er zunächst einmal mit der Aufnahme des Status quo beschäftigt. Vor allem in den ersten Tagen, in denen die Entscheidung über eine Rückgabe von Lastschriften fällt, kann er überhaupt noch nicht die Vielzahl der Geschäftsbeziehungen der Schuldnerin analysiert haben. Vor einer fundierten Sachverhaltsanalyse wird der sorgsam vorgehende vorläufige Insolvenzverwalter aber kaum das „Ruder herumwerfen", sieht man einmal von insolvenzspezifischen Einzelentscheidungen in Drucksituationen oder im Umgang mit Schlüsselkunden ab. Aber auch kurzfristige Entscheidungen, die „unternehmenspolitisch" genannt werden könnten, kommen nicht im Alleingang, sondern in aller Regel nur im Konsens mit dem amtierenden Geschäftsführer zustande. Somit handelt der vorläufige Insolvenzverwalter auch in Extremsituationen nur selten autark. Eine richtungsweisende Beeinflussung der amtierenden Geschäftsführung scheidet daher in den allermeisten Fällen aus.

V. Tatbestandsvoraussetzungen des § 69 AO i. V. m. §§ 34, 35 AO

Selbst wenn die Indizien erfüllt wären, somit der vorläufige Insolvenzverwalter im Einzelfall als faktischer Geschäftsführer angesehen werden könnte, bleiben die Voraussetzungen aus § 69 AO zu untersuchen. Danach haften die in §§ 34, 35 genannten Personen, soweit Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt oder erfüllt werden. Vorsätzlich handelt, wer die Pflichten gekannt und ihre Verletzung gewollt hat.[23] Grob fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt, zu der er nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten verpflichtet und imstande ist, in ungewöhnlich großem Maße verletzt.[24]

Die Finanzverwaltung argumentiert in solchen Fällen mitunter, der vorläufige Insolvenzverwalter sei nicht befugt, „eine von dem Geschäftsführer abweichende Willensbildung vorzunehmen". Dies kann kaum überzeugen. Denn mit dem Sicherungsbeschluss werden gerade Zwangsvollstreckungsmaßnahmen unterbunden, wird ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und mit dem Recht ausgestattet, Forderungen einzuziehen, um zielgerichtet Masse zu sichern. Die gesamten Maßnahmen fußen somit auf dem Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung aus gebundenem Vermögen.[25]

22) MünchKomm-*Haarmeyer*, InsO, 2001, § 22 Rz. 133 ff.
23) BFH BStBl II 1983, 655; *Tipke/Kruse* (Fußn. 11), § 69 Rz. 24 m. w. N.
24) BGHZ 10, 14, 16 = NJW 1953, 1139; BFH BStBl II 1989, 491, 493, *Tipke/Kruse* (Fußn. 11), § 69 Rz. 26 m. w. N.
25) BGH ZIP 2005, 1678 = ZVI 2005, 490.

Damit korrespondierend kann der vorläufige Verwalter nicht anders handeln. Er nimmt „sein" Recht so wahr, wie es der BGH ihm zubilligt. Bliebe er stattdessen passiv und gäbe die Lastschriften nicht zurück, so läge eher darin eine schuldhafte Pflichtverletzung, für die er der Masse möglicherweise persönlich einzustehen hat. Deswegen muss ein mit Zustimmungsvorbehalt ausgestatteter vorläufiger Insolvenzverwalter Belastungsbuchungen aufgrund von Einziehungsermächtigungen vom Konto des insolventen Zahlungspflichtigen widersprechen, auch wenn keine sachlichen Einwendungen gegen die eingezogene Forderung erhoben werden.[26] Der Lastschriftwiderspruch begründet kein Fehlverhalten, welches zur Schadensersatzpflicht führen könnte.[27]

Außerdem betont der BGH, dass der Verwalter bei Amtsantritt ein rechtlich geschütztes Interesse hat, sich erst einen Überblick über die erfahrungsgemäß oft ungeordneten rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisses des Schuldners zu verschaffen. Daher hat er auch das Recht, durch eine Versagung der Genehmigung den Status quo gegenüber den Lastschriftgläubigern zu bewahren. Es ist andererseits nicht seine Sache, eine vor dem Eröffnungsantrag unvollständig erfüllte Verbindlichkeit des Schuldners vollständig zu erfüllen, soweit dies nicht ausnahmsweise im Interesse aller Gläubiger liegt. Damit fehlt es – so der BGH – bereits an der „objektiven Pflichtwidrigkeit" eines pauschalen Widerrufs durch den Verwalter.[28] Dass dessen Handeln damit auch nicht „schuldhaft" sein kann, erklärt sich dann von selbst.

Auch das Finanzamt ist ein Gläubiger, der vor Genehmigung der Belastungsbuchung eben noch keine verfestigte Rechtsposition für sich reklamieren kann. Die Rechtsstellung des Gläubigers ist durch die Einziehungsermächtigung oder die Ausführung der Lastschrift (noch) nicht herausgehoben. Kein Einzelgläubiger darf gegenüber anderen Gläubigern, die über keine Einziehungsermächtigung verfügen, besser gestellt werden. Auch das Finanzamt ist und bleibt vielmehr Gläubiger einer Insolvenzforderung. Der Insolvenzverwalter darf nicht durch Erteilung der Genehmigung deren Erfüllung bewirken. Der Insolvenzzweck verbietet gleichsam die Zahlung an einen einzelnen Insolvenzgläubiger außerhalb des gesetzlichen Verteilungsverfahrens und damit auch die Erteilung einer Genehmigung zu einem Lastschrifteinzug.[29]

VI. Zusammenfassung

Nach der Entscheidung des BGH vom 4.11.2004 kann ein mit Zustimmungsvorbehalt ausgestatteter vorläufiger Insolvenzverwalter Belastungsbuchungen aufgrund von Einziehungsermächtigungen vom Konto des insolventen Zahlungspflichtigen widersprechen bzw. verhindern, auch wenn keine sachlichen Einwendungen gegen die eingezogene Forderung erhoben werden; der Widerspruch ist auch dann rechtmäßig, wenn er ohne anerkennenswerte Gründe erfolgt. Das gilt auch für Lohnsteuern, die per Lastschrift eingezogen wurden.

Zum Widerspruch bzgl. der Belastungsbuchungen ist der vorläufige Insolvenzverwalter sogar verpflichtet. Dies folgt aus dem Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung aus gebundenem Vermögen. Dass der Widerspruch im konkreten Fall eine Rückbuchung bereits ausgeführter Lastschriften zur Folge hat, hebt den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht in den Stand eines faktischen Geschäftsführers. Die verweigerte Genehmigung bereits erfolgter Steuereinzüge ist auch nicht als unbefugtes Verhalten zu qualifizieren. Das Verhalten des vorläufigen Insolvenzverwalters ist und bleibt objektiv pflichtgemäß. Für eine Haftung nach §§ 34, 35 69 AO ist – von Ausnahmefällen abgesehen – kein Raum.

26) BGH ZIP 2004, 2442 = NJW 2005, 675; vgl. *Spliedt*, ZIP 2005, 1261,1267.
27) So auch *Ganter*, WM 2005, 1557, 1563; anders wohl *Hadding*, WM 2005, 1549, 1555 ff.
28) BGH ZIP 2004, 2442 = NJW 2005, 675.
29) Vgl. BGH ZIP 2004, 2442 = NJW 2005, 675.