

Marc d'Avoine^{*)}/Andreas Büchel^{**)}

Treuhandkonto – Insolvenz-Sonderkonto? Widerspruch oder Ergänzung?

Seit vielen Jahren gab es eine gängige Praxis der Insolvenzverwalter zur Führung ihrer Verfahrenskonten bei Kreditinstituten. Regelmäßig wurden hierzu offene Treuhandkonten auf den Namen des Verwalters genutzt. Teilweise wurden jene auch als Anderkonten (insbesondere für Rechtsanwälte) geführt, wenn der Insolvenzverwalter zugleich der berechtigten Berufsgruppe angehört hat. Mit den beiden nachfolgend besprochenen Urteilen des BGH von Anfang 2019 hat sich diese Pra-

xis geändert. Insbesondere die zweite Entscheidung zum Insolvenz-Sonderkonto hat relevante Veränderungen im Umgang mit der Ver-

^{*)} Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und für Handels- und Gesellschaftsrecht, Ratingen/Düsseldorf, Vorsitzender des Ausschusses Steuerrecht und Bilanzierung im VID

^{**)} Rechtsanwalt, Leipzig, Banksyndikus in Frankfurt/M.

waltung von Geldern im Insolvenzverfahren für alle Beteiligten mit sich gebracht. Der Beitrag will in Auseinandersetzung mit beiden Urteilen aufzeigen, in welchen Situationen das offene Treuhandkonto oder das Insolvenz-Sonderkonto die verfahrensangemessene Kontoform ist, um den Anforderungen des BGH gerecht zu werden. Häufig wird der Verwalter beide Formen zur Abwicklung der Verfahren nebeneinander benötigen.

I. Einführung

Der BGH hat im Januar und Februar 2019 zwei Entscheidungen getroffen, die in der Insolvenzverwalterbranche, bei den Insolvenzgerichten und Kreditinstituten für einiges Aufsehen, Unruhe und Unsicherheit gesorgt haben. Während nach seinem Urteil vom 24. 1. 2019¹⁾ die „Welt noch in Ordnung“ schien, zerbrach nach der zweiten Entscheidung vom 7. 2. 2019²⁾ scheinbar das seit Jahrzehnten bewährte System der Kontoführung im Insolvenzverfahren durch den Insolvenzverwalter. Zwar wurde bis dahin das (Rechtsanwalts-)Anderkonto zum Teil als kritisch – wenn auch nicht als verboten – angesehen,³⁾ jedoch galt zumindest die Führung eines offenen (Vollrechts-)Treuhandkontos (oder mehrerer, je nach Verfahren) auf den Namen des Insolvenzverwalter als die Standardform der Kontoführung durch den Insolvenzverwalter.⁴⁾

Beide Entscheidungen des BGH scheinen – indes nur auf den ersten Blick – widersprüchlich zu sein. Während das Januar-Urteil u. a. Aus- und Absonderungsansprüche würdigt und das offene Treuhandkonto weiterhin als maßgebliche Kontoform vorgibt, verlangt der BGH mit der Februar-Entscheidung, die einen Haftungsfall betraf, die Führung von Insolvenz-Sonderkonten. Seither sind Verwalter, Gerichte und Kreditinstitute im Hinblick auf die notwendige Umsetzung beschäftigt. So haben sich im Nachgang der Veröffentlichungen der BGH-Entscheidung die Insolvenzgerichte teilweise mit Rundschreiben⁵⁾ an die jeweiligen Insolvenzverwalter/Treuhänder gewandt, deren Inhalte durchaus heterogen sind. Einige Gerichte geben Hinweise zur Führung der Konten im Insolvenzverfahren, andere stellen die Kontenführung auch partiell in das Ermessen der Insolvenzverwalter bzw. Treuhänder und dulden – etwa in Phasen der Restschuldbefreiung – eine pragmatische Handhabung im Sinne einer ökonomischen Verfahrensabwicklung.

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick zum Umgang der Bank- und Insolvenzpraxis mit den vom BGH formulierten – durchaus vielschichtigen – Anforderungen an Konten und zeigt auf, dass sich beide Entscheidungen nicht widersprechen sondern ergänzen. Insolvenz-Sonderkonten (ISK) aber auch offene Treuhandkonten (oTHK) können im Insolvenzverfahren sachgerecht und angemessen sein.

II. Grundsätze der BGH-Rechtsprechung

Der Insolvenzverwalter ist u. a. dazu verpflichtet, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu bewahren und ordnungsgemäß zu verwalten.⁶⁾ Nach § 149 InsO sind Wertgegenstände, insbesondere „Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten“ zu hinterlegen oder anzulegen. Das beschließt der Gläubigerausschuss bzw. die Gläubigerversammlung. Fehlen ein Gläubigerausschuss oder ein entsprechender Beschluss, so kann das Insolvenzgericht Entsprechendes anordnen.

Wie die Anlage der Vermögenswerte zu erfolgen hat, ist in der InsO nicht näher bestimmt, wurde in der Bankenpraxis i. d. R. durch das Angebot oTHK gelöst und bleibt der Rechtsprechung des BGH zur weiteren Ausgestaltung vorbehalten. Die beiden vorgenannten Urteile sind hierzu Meilensteine.

1. BGH v. 24. 1. 2019 – IX ZR 110/17; offenes (Vollrechts-)Treuhandkonto

Die Einrichtung und Führung oTHK durch Sequester und Konkursverwalter bzw. (seit Geltung der Insolvenzordnung 1999) durch (vorläufige) Insolvenzverwalter war in den vergangenen Jahrzehnten der als geeignet und zulässig betrachtete Weg zur Separierung von Fremdgeldern oder Sondervermögen, etwa von Sicherungsgläubigern und sonstigen absonderungsberechtigten Gläubigern des Schuldners. Das galt ebenso für Anderkonten, die (nur) eine besondere Form des oTHK sind.⁷⁾

Diese Entscheidung des BGH betrifft einen Fall vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, also das Insolvenzeröffnungsverfahren mit Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt (und somit ohne Verfügungsbefugnis). Das AG hatte dort keinen Beschluss nach § 21 Abs. 1 Nr. 5 InsO erlassen. Der BGH beschäftigt sich im Urteil im Wesentlichen mit der Frage, ob bzw. wie der vorläufige Insolvenzverwalter die dem Schuldner von seinen Sicherungsnehmern (z. B. Kreditinstituten, Vorbehaltslieferanten) vertraglich eingeräumte Einziehungs- und Veräußerungsermächtigung verliert. Zugleich hat er sich in diesem Zusammenhang aber auch dahingehend geäußert, dass die „*Einziehung sicherungsabgetretener Forderungen und die Veräußerung sicherungsübertragener oder unter Eigentumsvorbehalt erworbener Ware ... unberechtigt [ist], wenn die Sicherungsrechte der Sicherungsnehmer sich nicht auf die Ansprüche auf die Gegenleistung und die eingezogenen Geldbeträge oder das eingekommene Entgelt erstrecken, etwa dadurch, dass der vorläufige Insolvenzverwalter die zur Sicherung abgetretenen Forderungen und die Entgelte aus der Weiterveräußerung schuldnerfremder Gegenstände auf einem zugunsten der Sicherungsnehmer eingerichteten offenen Treuhandkonto einzieht.*“⁸⁾

Damit hat der BGH klargestellt, dass das oTHK das zulässige und gebotene Konto zur Sicherung von (Ersatz-)Ab- und Absonderungsansprüchen insbesondere im Eröffnungsverfahren ist. Bei dem oTHK ist der *Insolvenzverwalter alleiniger Vollrechtsinhaber und Treuhänder.*

Der BGH hat schon früher in seiner Rechtsprechung zu Bereicherungsansprüchen gegen den Insolvenzverwalter bei Zahlun-

1) BGH v. 24. 1. 2019 – IX ZR 110/17, ZIP 2019, 472 (m. Bespr. Thole, S. 552 u. Mielke/Lägler, S. 947), dazu EWIR 2019, 211 (Prütting).

2) BGH v. 7. 2. 2019 – IX ZR 47/18, ZIP 2019, 718 (m. Bespr. Heerma/Rinck, S. 2000), dazu EWIR 2019, 277 (Schulte-Kaibrügger).

3) Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl., 2016, Rz. 2.246; Kuder, ZInsO 2009, 584, 586; Paulus, WM 2008, 473, 474.

4) Obermüller (Fußn. 3), Rz. 2.254.

5) Bspw. Rundschreiben des AG Düsseldorf v. 8. 5. 2019 (InsbÜO 2019, 296), in dem das Gericht u. a. auch darauf hinweist, dass es derzeit „*offensichtlich den Banken nicht möglich [ist], Sonderkonten i. S. d. aktuellen BGH-Rechtsprechung anzubieten*“.

6) S. u. a. BGH v. 26. 6. 2014 – IX ZR 162/13, ZIP 2014, 1448, Rz. 11, dazu EWIR 2014, 563 (Jungmann).

7) Obermüller (Fußn. 3), Rz. 2.247; Kuder, ZInsO 2009, 584, 585.

8) BGH ZIP 2019, 472, LS 2 zu § 48 Satz 1 InsO.

gen auf dessen oTHK bei der Bank (resp. Anderkonto) regelmäßig angenommen, dass es sich beim oTHK um ein Vollrechts- und nicht lediglich um ein Ermächtigungstreuhandkonto handelt, weil allein der Insolvenzverwalter persönlich gegenüber dem kontoführenden Institut berechtigt und verpflichtet war.⁹⁾ Einzahlungen oder Überweisungen auf das oTHK fallen daher nicht in das Vermögen des späteren Insolvenzschuldners und sind (nach Insolvenzeröffnung) auch nicht Bestandteil der Insolvenzmasse.¹⁰⁾

Charakteristisch für eine „echte offene Treuhand“ ist somit, dass der Treuhänder zwar nach außen hin Vollrechtsinhaber, wirtschaftlicher Eigentümer aber jemand anderer ist.¹¹⁾ Für das Kreditinstitut als Vertragspartner des Girovertrags, welches das Konto führt, ist es unmittelbar einsichtig, dass der Kontoinhaber nicht der wirtschaftlich Berechtigte ist. Daher kann es regelmäßig auch keine eigenen Pfand-, Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrechte geltend machen, soweit es nicht um Ansprüche aus der Kontoführung selbst geht.¹²⁾

Das Vermögen (Guthaben) auf einem oTHK ist jedenfalls *nicht* Teil der Masse. Das hat der BGH auch schon in seiner bisherigen Rechtsprechung so gesehen.¹³⁾ Damit kann ein Gläubiger des Insolvenzschuldners (Treugebers) in dieses – schuldnere fremde – Vermögen auf dem Konto des Treuhänders (Insolvenzverwalters) auch nicht ohne Weiteres vollstrecken. Erforderlich wäre ein Titel gegen den Treuhänder.¹⁴⁾ Ein Vollstreckungsversuch gegen den Treuhänder wäre ein untauglicher.

*Ganter*¹⁵⁾ verweist zutreffend darauf, dass der Insolvenzverwalter bei Einzahlung oder Überweisung von Massegeldern auf sein (Vollrechts-)Treuhandkonto bei der Bank deutlich macht, nicht über ihm (persönlich) gehörendes Geld zu verfügen. Da er sich als Treuhänder ansieht, ist nicht einsichtig, dass er hiermit „Gelder der Masse in sein Vermögen überführt“ hätte. Es ist der echten offenen Treuhand wesenseigen, dass der Treuhänder zwar nach außen hin Vollrechtsinhaber, wirtschaftlicher Eigentümer aber jemand anderer ist.¹⁶⁾

Bei der Kontoeröffnung durch den Insolvenzverwalter – unter Vorlage eines ihn entsprechend legitimierenden Beschlusses des Insolvenzgerichts – wird für das Kreditinstitut immer ersichtlich, dass es sich *nicht* um Vermögen handelt, das dem Verwalter selbst wirtschaftlich zugerechnet wird. Wem die Ansprüche aus dem Konto rechtlich zustehen (Forderungsinhaber), ergibt sich aus der Vereinbarung zwischen Kreditinstitut und Verwalter. Beim oTHK oder dem Anderkonto als spezieller Unterform stehen die Ansprüche rechtlich dem Insolvenzverwalter zu¹⁷⁾ (Forderungsinhaber und „Kontoinhaber“). Der Zusatz „als Insolvenzverwalter“ (o. ä.) dient lediglich dazu, das Konto OFFEN als Treuhandkonto zu kennzeichnen.¹⁸⁾ Charakteristisch für das bisherige Verständnis der Kreditinstitute war ja gerade, dass „Kontoinhaber“ (im Sinne der Kontobezeichnung) und Forderungsinhaber identisch waren. Daher standen/stehen auch nur dem Treuhänder (Insolvenzverwalter) Ansprüche aus dem Konto gegen das Kreditinstitut zu, nicht aber dem Treugeber. Das hat bisher ebenfalls dem Parteiwillen der Vertragspartner entsprochen.

Der Ansicht von *Mitlehner*, nicht etwa die zum Verwalter bestellte natürliche Person, sondern der Verwalter als Person kraft

Amtes sei Inhaber des Kontos, wenn er das Konto ausdrücklich kraft Amtes eröffnet habe, weil die nach § 80 InsO begründete Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis objektiv an das Amt, nicht an die zum Verwalter bestellte Person gebunden wäre,¹⁹⁾ kann nicht gefolgt werden. Kreditinstitute führen keine Konten auf ein Amt, das selbst ja gar nicht Rechtsträger ist. Beim Vollrechtstreuhandkonto ist formell der Treuhänder selbst Kontoinhaber, auch wenn wirtschaftlich das Guthaben dem Treugeber zusteht, bei der Ermächtigungstreuhand ist der Treugeber Kontoinhaber.²⁰⁾ Der BGH hat das in seiner bisherigen Rechtsprechung auch nicht anders gesehen. Im Ergebnis führt das beim oTHK gerade dazu, dass beim Verwalterwechsel der neue Verwalter keinen unmittelbaren Zugriff erhält.²¹⁾

Bei jedem Vollrechtstreuhandkonto ist und bleibt ausschließlich der Kontoinhaber persönlich der Bank gegenüber berechtigt und verpflichtet.²²⁾ Der Insolvenzverwalter leitet damit Gelder zwar formell in sein – allerdings (nur) Treuhand-Vermögen über. Ob es sich um Gelder der Masse handelt – wie im am 7. 2. 2019 entschiedenen BGH-Fall – oder um Gelder eines Dritten, etwa eines Aus- oder Absonderungsberechtigten, spielt keine Rolle.

2. BGH v. 7. 2. 2019 – IX ZR 47/18; Insolvenz-Sonderkonto

Mit diesem – kurze Zeit später folgenden – Urteil hat der BGH entschieden, dass die Einrichtung eines Anderkontos durch den Insolvenzverwalter unzulässig und pflichtwidrig sei. Vielmehr habe der Insolvenzverwalter ein ISK²³⁾ einzurichten. Weiterhin hat der BGH Fragen zur Haftung der kontoführenden Bank bei Untreuehandlungen des Insolvenzverwalters behandelt.

Bereits 1988 äußerte sich der BGH zur Kontoführung in der Insolvenz²⁴⁾ und kam zu dem Ergebnis, dass das von einem Betriebswirt als vorläufiger Vergleichsverwalter für die Betriebsfortführung während des Anschlusskonkurses eröffnete Konto, für dessen Eröffnung Formulare für ein Rechtsanwaltsanderkonto verwendet worden waren, im Wege der Auslegung „*nicht als Anderkonto im Sinne der AGB für Rechtsanwaltsanderkonten*“,

9) BGH v. 26. 3. 2015 – IX ZR 302/13, ZIP 2015, 1179, Rz. 8, dazu EWiR 2015, 449 (*Würdinger*).

10) BGH ZIP 2015, 1179, Rz. 9.

11) *Ganter*, NZI 2019, 873, 875.

12) *Obermüller* (Fußn. 3), Rz. 2.256; *Kuder*, ZInsO 2009, 584, 585.

13) So z. B. BGH ZIP 2015, 1179, Rz. 9; v. 18. 12. 2008 – IX ZR 192/07, ZIP 2009, 531, Rz. 10, dazu EWiR 2009, 343 (*Ferslev*).

14) *Rellemeyer*, in: Stöber, Forderungspfändung, 17. Aufl., 2020, Rz. A.541.

15) *Ganter*, NZI 2019, 873, 875.

16) S. a. *Saager/d'Avoine/Berg*, ZIP 2019, 2041, 2044.

17) BGH ZIP 2015, 1179, Rz. 8.

18) *Kuder*, ZInsO 2009, 584, 586.

19) *Mitlehner*, NZI 2019, 961, 962.

20) *Ganter*, NZI 2019, 873, 876; vgl. auch *Kamm*, INDat-Report 2019, 56, 57; *Kamm*, ZInsO 2019, 1085, 1089.

21) *Kuder*, ZInsO 2009, 584, 587; a. A. *Mitlehner*, NZI 2019, 961, 963.

22) BGH ZIP 2009, 531, Rz. 7; v. 12. 5. 2011 – IX ZR 133/10, ZIP 2011, 1220, Rz. 9, dazu EWiR 2011, 529 (*Römermann*); ebenso nunmehr auch BGH ZIP 2019, 718, Rz. 32.

23) Zum gesetzlich nicht definierten Begriff des „Sonderkontos“ *Saager/d'Avoine/Berg*, ZIP 2019, 2041, 2044; *Kamm*, INDat-Report 2019, 56, 57; *Kamm*, ZInsO 2019, 1085, 1088.

24) BGH v. 19. 5. 1988 – III ZR 38/87, ZIP 1988, 1136, dazu EWiR 1988, 939 (*Graf von Westphalen*).

sondern als Sonderkonto des Konkursverwalters anzusehen“ sei.²⁵⁾ In seinem Urteil vom 7. 2. 2019 führt der BGH in einem obiter dictum,²⁶⁾ auch unter Berufung auf sein Urteil aus dem Jahr 1988,²⁷⁾ aus, es sei „unzulässig und pflichtwidrig“ ein Konto, das nicht die Masse selbst als materiell berechtigt ausweist, als Insolvenzkonto zu führen. Damit sei es unabhängig davon, ob der Insolvenzverwalter einer Berufsgruppe angehört, für die ein Anderkonto geführt werden kann – beispielsweise Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer –, unzulässig, ein Anderkonto zur Verwaltung der Insolvenzmasse zu führen. Die Errichtung eines Sonderkontos als Konto auf den Namen des Verwalters mit der zusätzlichen Bezeichnung als Konto für eine bestimmte Insolvenzmasse sei „üblich und der Amtsstellung und der Pflichten- und Interessenlage des Verwalters angemessen“.²⁸⁾ Der Insolvenzverwalter habe vielmehr ein Sonderkonto, somit ein ISK (Ermächtigungstreuhand) einzurichten. Als ein Sonderkonto definiert der BGH ein Konto, bei dem die Verfügungsmacht einem anderen als dem Rechtsträger zusteht. „Unabhängig davon, ob das Sonderkonto ausdrücklich auf den Namen des Schuldners oder auf den Namen des Insolvenzverwalters als Partei kraft Amtes für eine bestimmte Insolvenzmasse lautet, ist das Sonderkonto nach Insolvenzeröffnung stets Bestandteil der Insolvenzmasse.“ Bei einem Sonderkonto sei „dessen Guthaben vermögensrechtlich der Masse zuzuordnen (...), während die Verfügungsbefugnis dem Verwalter als Ermächtigungstreuhand zukommt“.²⁹⁾

Damit sieht der BGH zwei grundsätzliche ISK-Arten – das Konto auf den Namen des Schuldners („ISK Typ 1“)³⁰⁾ oder auf den Namen des (vorläufigen) Insolvenzverwalters („ISK Typ 2“).³¹⁾ Bei beiden Typen ist unabhängig davon, wer den Vertrag unterschreibt, der Rechtsträger – also der Schuldner – Kontoinhaber, der Insolvenzverwalter nur ermächtigt, über die Konten zu verfügen.³²⁾

Die Feststellung des BGH, dass die Führung eines Anderkontos (Vollrechts-Treuhandkonto) als Insolvenzkonto unzulässig sei und dass der Insolvenzverwalter mit der Abwicklung des Zahlungsverkehrs über ein Vollrechtstreuhandkonto widerrechtlich Insolvenzmasse in sein Vermögen überführen würde, hat erhebliche Kritik erfahren.³³⁾

Dennoch ist ein Festhalten an der bisherigen Praxis nach dieser Entscheidung nicht mehr ohne Weiteres möglich. Ab Februar 2019 kommen weder die Verwalter- noch die Insolvenzgerichts- oder Kreditinstitutspraxis umhin, entsprechende ISK zu nutzen. Dabei ist ein maßvoller Umgang angezeigt.

3. Abgrenzungsgrundsätze

Beide Urteile widersprechen sich nicht. Sie betreffen unterschiedliche Sachverhalte, zu denen sich der BGH äußert.

Zulässig bleibt ein Konto des Insolvenzverwalters als oTHK, bei dem er alleiniger Vollrechtsinhaber und Treuhänder ist. Die darauf verwahrten Guthaben sind nicht Bestandteil der Masse. Dieses Konto ist nach BGH-Urteil vom 24. 1. 2019 jedenfalls zur Sicherung von Absonderungsansprüchen – etwa bei Einzug zedierter Forderungen – durch den Insolvenzverwalter einzurichten. Unter Abwägung aller verschiedenen Kontoarten und -funktionen dürfte das offene Vollrechtstreuhandkonto die Anlageform sein, welche die Aus- und Absonderungsberechtigten am zuverlässigsten schützt.

Nach dem BGH-Urteil vom 7. 2. 2019 ist – jedenfalls ab Eröffnung des Verfahrens – ein ISK einzurichten, bei dem der Schuldner Rechtsträger und das Guthaben unmittelbar Teil der Masse ist. Dieses Konto kann der Verwalter kraft alleiniger Verfügungsbefugnis eröffnen, § 80 InsO. Das Gleiche gilt für den „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter.³⁴⁾ Dagegen ist der „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter noch nicht ermächtigt, ohne Mitwirkung des Schuldners ein ISK zu eröffnen. Hierzu bedarf er einer entsprechenden Ermächtigung des Insolvenzgerichts.³⁵⁾ Sodann hat der Verwalter alleinigen Zugriff.

Nach den zwischenzeitlichen Bemerkungen aus der Branche und Wertungen in der Praxis wollte der BGH wohl (lediglich) sicherstellen, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die (bereinigte IST-)Masse in der Insolvenz ausschließlich über die mit § 80 InsO zusammenhängenden Wirkungen der Entscheidung des Gerichts, also mit der Eröffnung des Verfahrens und der Bestellung des Verwalters verknüpft sein sollen. Er wollte keinen neuen Haftungsmaßstab für die Kreditinstitute oder einen verbesserten Missbrauchsschutz gegen die Verwalter schaffen. Besonders die Rechtsnachfolgeregelung und die Möglichkeit der Führung von Sammelanderkonten (zumindest bei einigen Berufsgruppen) seien nicht für die Insolvenzabwicklung geeignet.

Beim Rechtsanwaltsanderkonto ist in Nr. 13 (Rechtsnachfolge) der Sonderbedingungen vorgesehen, dass in den Fällen des Todes oder Zulassungsverlusts des Rechtsanwalts der von

25) Seine Ausführungen dazu, dass sich die einem Vergleichs- oder Konkursverwalter anvertrauten Gelder „nicht zur Anlage auf Anderkonten eignen und vielmehr die Einrichtung eines Sonderkontos angebracht sei“, leitete der BGH mit einem Bezug zu Vergleichs- und Konkursverwaltern ein, die nicht einer der für Anderkonten zugelassenen Berufsgruppen angehören. Ob damit nur für Betriebswirte oder auch beispielsweise Rechtsanwälte als Vergleichs- und Konkursverwalter Anderkonten nach der Rechtsprechung des BGH ungeeignet waren und durch Auslegung als Sonderkonten anzusehen waren, kann hier dahinstehen. Zum Streitstand siehe etwa: *Blankenburg/Godzier*, ZInsO 2019, 1092 (Fußn. 4, 5). Jedenfalls hatte sich der BGH auch bei anderer Gelegenheit schon dazu vernehmen lassen, dass Anderkonten als Insolvenzkonten ungeeignet seien, beispielsweise als er in einer Entscheidung aus dem Jahre 1994 (v. 15. 12. 1994 – IX ZR 252/93, ZIP 1995, 225, unter II 1) feststellte, der Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes könne nur Rechte des von ihm verwalteten Vermögens geltend machen, ein auf einem Anderkonto vorhandenes Guthaben gehöre jedoch gerade nicht zu dem verwalteten Vermögen.

26) BGH ZIP 2019, 718, Rz. 31. Die Überlegungen in der Urteilsbegründung zur Pflichtwidrigkeit von Anderkonten und zum Gebot von Insolvenz-Sonderkonten beziehen sich nur auf die Begründung einer Warnpflicht der Bank gegenüber dem Insolvenzgericht und dem Gläubigerausschuss (Rz. 22 ff.), die bei einem Anderkonto vom BGH nicht hergeleitet werden konnte (Rz. 26). S. a.: *Cranshaw*, NZI 2019, 609, 611; *Kamm*, ZInsO 2019, 1085, 1090.

27) BGH ZIP 1988, 1136. In diesem Urteil hieß es noch, die dem gesetzlichen Treuhänder anvertrauten Gelder eigneten sich ihrer Natur nach nicht zur Anlage auf einem Anderkonto; es sei vielmehr die Einrichtung eines Sonderkontos angebracht und üblich – beim Vergleichsverwalter als Fremdkonto auf den Namen des Schuldners, beim Konkursverwalter als Konto auf seinen Namen mit der zusätzlichen Bezeichnung als Sonderkonto für eine bestimmte Konkursmasse.

28) BGH ZIP 2019, 718, Rz. 32 m. w. N.

29) BGH ZIP 2019, 718, Rz. 27.

30) Das ISK Typ 1 entspricht damit dem fortgeführten oder auf/durch den Schuldner neu eröffneten Konto. Hier gibt es keine Änderung zur bisherigen Praxis.

31) Das ISK Typ 2 ist in der bisherigen Kreditinstituts- und Verwalterpraxis völlig unüblich gewesen. In der Regel sind oTHK oder Anderkonten auf den Namen des Verwalters (als Vollrechtstreuhand) geführt worden.

32) *Kamm*, INDat-Report 2019, 56, 57; *Kamm*, ZInsO 2019, 1085, 1089.

33) S. u. a. *Ganter*, NZI 2019, 873, 874; *Mittlehner*, NZI 2019, 961, 962.

34) *Möhring*, ZInsO 2019, 2601, 2603.

35) *Saager/d'Avoine/Berg*, ZIP 2019, 2041, 2046; *Blankenburg/Godzier*, ZInsO 2019, 1092, 1094 mit einem entsprechenden Formulierungsvorschlag für den Beschluss.

seiner Rechtsanwaltskammer bestellte Vertreter oder Abwickler Verfügungsbefugigt wird. Die Kontoführungsbefugnis geht nicht automatisch auf einen neu bestellten Insolvenzverwalter über. Der bestellte Vertreter oder Abwickler muss an der Übertragung der Guthaben an einen neuen Insolvenzverwalter mitwirken oder durch weitere zivilrechtliche Akte bis hin zur Klage dazu gezwungen werden. Allerdings gilt das Gleiche auch für gewöhnliche oTHK.³⁶⁾

Ebenso hat sich aus diesen Diskussionen ergeben, dass insbesondere im Eröffnungsverfahren der vorläufige schwache Insolvenzverwalter weiterhin oTHK führen kann, dann allerdings mit Verfahrenseröffnung die Guthaben auf ein (neues) ISK übertragen muss.³⁷⁾

Zuleger hat zu Recht darauf aufmerksam gemacht,³⁸⁾ der BGH habe doch für den Fall der Einziehung von sicherungsbedingten Forderungen die Einrichtung eines oTHK für geboten erachtet, um die eingezogenen Beträge vom übrigen Schuldnervermögen zu separieren. Ein oTHK sei auch dann zu eröffnen, wenn das Insolvenzgericht im Rahmen einer Anordnung gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 InsO den Drittschuldnern verbiete, an den Schuldner zu zahlen, und dass stattdessen an den vorläufigen Insolvenzverwalter zu zahlen sei. Angesichts der ausdrücklichen Anordnung durch das Insolvenzgericht erscheine es ausgeschlossen, die Weiterführung eines oTHK im eröffneten Verfahren als insolvenzzweckwidrig zu betrachten. Angesichts der vorstehenden Ausführungen würden aber die Insolvenzgerichte und Gläubigerausschüsse eher darauf bestehen, dass die im Eröffnungsverfahren eingezogenen Guthaben nach Eröffnung auf ein ISK transferiert werden.

Sofern die Rechtslage völlig eindeutig und geprüft ist und die Forderungen zweifelsfrei frei von Rechten Dritter sind, haben Drittschuldner Zahlungen auf das ISK zu leisten. Der Insolvenzverwalter hat entsprechend darauf hinzuwirken. Das setzt voraus, dass der Insolvenzverwalter bereits in der Lage ist, ein ISK zu führen.

In allen anderen Fällen, etwa bei bestehendem verlängerten Eigentumsvorbehalt, bei Forderungsabtretung (z. B. Globalzession, Factoring) oder einem vorläufigen schwachen Verwalter, müssen die Drittschuldner zur Zahlung auf das oTHK aufgefordert werden. Gleiches gilt, wenn die Rechtslage noch nicht abschließend geprüft und nicht abschließend bewertet werden konnte, ein Drittrecht jedoch in Betracht kommt oder nicht ausgeschlossen werden kann. In diesen Fällen ist im Zweifel eine Forderung bzw. ein Geldeingang zunächst auf dem oTHK zu sichern.

Nach abschließender Prüfung und Feststellung der Freiheit von Rechten Dritter sind entsprechende Beträge sodann unverzüglich auf das ISK zu transferieren. Sind Rechte Dritter festgestellt, sind die Guthaben gem. § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO unverzüglich an die Berechtigten auszukehren, um einer Verzinsung zu entgehen,³⁹⁾ die im Ergebnis masseschmälernd wäre.

Der bestellte Treuhänder bzw. Verwalter kann ein Konto als oTHK so lange führen, wie die Treuhandabrede oder das Sicherungsbedürfnis bestehen. In Ausübung seines Amtes hat er über die Einrichtung, Führung, Dauer und Schließung des oTHK sachgerecht zu entscheiden. Schädlich ist das Führen

des oTHK – abgesehen von ggf. entstehenden Kosten – nicht. Insofern bedarf es der Klarstellung und Abgrenzung zum Sonderkonto gemäß BGH-Urteil vom 7. 2. 2019 – IX ZR 47/18.

4. Bestandskonten

Das Urteil vom 7. 2. 2019 enthält keine Aussage zur Frage, was in zum Zeitpunkt der Entscheidung noch laufenden Verfahren gilt, in denen die Verwalter Anderkonten oder oTHK führen, welche bis dahin von allen Verfahrensbeteiligten als zulässig und sachgerecht betrachtet wurden. Die Antwort folgt aus dem Sicherungsbedürfnis der jeweiligen Treuhandvermögen. Jedenfalls ist eine *Umwandlung* der bestehenden Konten in bereits bei Erlass des Urteils laufenden Verfahren *nicht erforderlich*. Diese scheint inzwischen auch Konsens bei den Insolvenzgerichten zu sein. Die mit der anfänglichen Unsicherheit verbundenen teilweise überzogenen Anforderungen an die Verwalter und ihre Kreditinstitute sind einem sachlichen und meist sachgerechten Umgang gewichen. Die Umstellungsverlangen sind stark zurückgegangen.

III. Umsetzung in der Praxis

1. Regelinsolvenzverfahren

1.1 Eröffnungsverfahren

Wie bereits dargelegt, setzen die Eröffnung und Führung von ISK voraus, dass die Verfügungsbefugnis auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter i. S. v. § 80 InsO übergegangen ist. Das trifft auf den nach Eröffnung bestellten Verwalter, aber auch auf den vorläufigen starken und den gesondert zur Führung von ISK einzelermächtigten vorläufigen schwachen Verwalter zu. Die übliche Ermächtigung zum Einzug von Forderungen ist nicht ausreichend, die Ermächtigung muss sich konkret auch auf die Eröffnung eines ISK unter Ausschluss des Schuldners beziehen.⁴⁰⁾ Außerdem muss es sich um die Verwaltung (unstreitiger) künftiger Masseguthaben handeln.

In allen übrigen Fällen ist ein oTHK die geeignete Kontoform. Das gilt besonders für den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter ohne Einzelermächtigung zur Verwaltung künftiger Massegelder.

Unabhängig von seiner Rechtsstellung als schwacher oder starker vorläufiger Insolvenzverwalter sollte er stets ein oTHK führen, wenn er Forderungen einzieht, an denen Gläubiger gesonderte Rechte geltend machen könnten. Das gilt auch, wenn diese Rechte streitig sind, etwa weil der Verwalter beabsichtigt, diese im eröffneten Verfahren anzufechten.

1.2 Eröffnetes Verfahren

Der Insolvenzverwalter hat in jedem Verfahren (jedenfalls) ab Eröffnung (bis zur Aufhebung) ein ISK zur Verwaltung der Massegelder einzurichten.

36) Kuder, ZInsO 2009, 584, 587.

37) Möhring, ZInsO 2019, 2601, 2604.

38) Zuleger, NZI 2019, 417, 418.

39) BGH v. 14. 11. 2019 – IX ZR 50/17, ZIP 2019, 2416, Rz. 42 ff., 48, dazu EWIR 2020, 19 (Eckardt).

40) Blankenburg/Godzierz, ZInsO 2019, 1092, 1094; Heerma/Rinck, ZIP 2019, 2000, 2002.

Sollte im Zeitpunkt der Aufhebung des Verfahrens noch Masse vorhanden sein, welche der (ehemalige) Insolvenzverwalter gemäß Auftrag noch sichern und ggf. verteilen muss, kann er diese nicht ohne Weiteres der Schuldnerin/dem Schuldner überlassen. Vor Verlust der Verfügungsbefugnis kommt ein Transfer auf ein (weiteres, ggf. neues) oTHK in Betracht, über das dann nur der (ehemalige) Verwalter verfügen kann.

In Insolvenzverfahren, in denen bei Aufhebung des Insolvenzverfahrens keine Nachtragsverteilung angeordnet wurde bzw. sich kein Restschuldbefreiungsverfahren anschließt, dürfte das problemlos möglich sein.

2. Besondere Verfahrensarten

2.1 Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung

Zunächst gelten für das Verbraucherinsolvenzverfahren die gleichen Grundsätze wie beim Regelverfahren. Massegelder sind auf ein ISK einzuziehen und auf diesem zu verwalten, Forderungen, an denen Drittrechte bestehen könnten, hängen auf einem oTHK.

Mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens verliert der Insolvenzverwalter auch die Verfügungsbefugnis über das ISK. Dann besteht die Gefahr, dass über die noch vorhandene Insolvenzmasse (die z. B. aus weiteren Einnahmen zwischen Schlussrechnungslegung und Aufhebung des Insolvenzverfahrens und für Rückstellungen, die für die weitere Insolvenzverwaltervergütung und Gerichtskosten sowie für die Treuhändermindestvergütung in der Wohlverhaltensperiode dienen) der Schuldner verfügen könnte.

Dies kann nur vermieden werden, wenn entweder die Beschlagnahme (und somit der Vorbehalt der Nachtragsverteilung⁴¹⁾ über das ISK aufrechterhalten bleibt (nach Ansicht des AG Karlsruhe)⁴²⁾ und/oder ein neues oTHK für den Zeitraum der Restschuldbefreiungsphase eröffnet und das Kontoguthaben auf dieses neue Konto transferiert wird. Letztere Variante wird vermutlich erst dann möglich sein, wenn der vormalige Insolvenzverwalter auch tatsächlich die Rechtsstellung des Treuhänders ausfüllt – dies geschieht regelmäßig erst mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens. Eine Überweisung nach Aufhebung des Verfahrens durch den Insolvenzverwalter ist nicht mehr möglich, weil er als bloßer Ermächtigungstreuhänder seine Verfügungsbefugnis über das ISK verloren und der Schuldner jene wiedererlangt hat. Dann bleibt dem Verwalter vorausschauend nur die rechtzeitige Eröffnung eines oTHK, auf das er das Restguthaben überträgt. Die Übertragung ist aus den vorstehenden Gründen nicht insolvenzzweckwidrig, weil nur so die Restmasse vor dem Zugriff des Schuldners gesichert werden kann. Auch dieses Vorgehen ist vom Zweck des Insolvenzverfahrens und der Bindung des Treuhänders an die Treuhandabreden gedeckt.

Im Restschuldbefreiungsverfahren kann der Treuhänder hingegen kein ISK führen, weil ihm nicht (mehr) die Verfügungsbefugnis nach § 80 InsO übertragen ist. Er hat die an ihn abgetretenen pfändbaren Bezüge des Schuldners und sonstige Drittleistungen von seinem Vermögen getrennt zu verwah-

ren, § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO. Dafür steht ihm nur das oTHK zur Verfügung.⁴³⁾

2.2 Eigenverwaltungsverfahren

Nach Sinn und Zweck des Verfahrens in Eigenverwaltung verbleibt die Verfügungsbefugnis beim Schuldner und geht nicht auf den Sachwalter über, § 270 Abs. 1 Satz 1 InsO. Der Schuldner führt sein (Eigen-)Konto wie gewohnt fort. Bei diesem Eigenkonto handelt es sich nicht um ein ISK im Sinne der Rechtsprechung des BGH, weil der Sachwalter nicht die Befugnisse gem. § 80 InsO hat.

Ist dem Sachwalter die Kassenführungsbefugnis nach § 275 Abs. 2 InsO übertragen, ist seine Rechtsstellung dennoch nicht mit der eines Insolvenzverwalters identisch. Er verdrängt weiterhin den Schuldner nicht in der Verfügungsbefugnis nach § 80 InsO und wird nicht Partei kraft Amtes. Für die Abwicklung des Zahlungsverkehrs steht ihm – wie dem Treuhänder – zunächst nur das oTHK zur Verfügung.

Ob das Insolvenzgericht den Sachwalter zur Führung eines ISK ausdrücklich ermächtigen kann, erscheint fraglich. Das Insolvenzgericht kann zwar allgemeine Anordnungen – insbesondere nach § 21 Abs. 2 InsO im Eröffnungsverfahren – treffen, § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO, die Ermächtigung passt aber nicht zum Sinn und Zweck der Eigenverwaltung und der Stellung des Sachwalters, § 270 Abs. 1 Satz 1, § 274 InsO. Der Sachwalter hat den Schuldner zu beaufsichtigen. Ihm kann unter weiteren Voraussetzungen eine Zustimmungsbefugnis eingeräumt werden, § 277 InsO. Er erlangt aber mit Eröffnung des Verfahrens nicht die Befugnisse des Insolvenzverwalters nach § 80 InsO. Daher bleibt das oTHK die richtige Kontoart.

Allerdings kann das Kreditinstitut bei einer entsprechenden Ermächtigung des Insolvenzgerichts mit dem Sachwalter auch einen Vertrag über das ISK abschließen, selbst wenn aus den vorstehenden Gründen das ISK als ungeeignet erscheint. Dann gelten die gleichen Grundsätze wie beim Regelverfahren – mit Aufhebung des Verfahrens verliert der Sachwalter die Verfügungsbefugnis, die dann auf den Schuldner übergeht.

2.3 Nachlassinsolvenzverfahren

Hinsichtlich der Kontoführung ergeben sich für den Nachlassinsolvenzverwalter keine Besonderheiten. Für ihn gelten die gleichen Grundsätze wie im Regelinsolvenzverfahren für den Insolvenzverwalter. Er hat entsprechend die Masse auf einem ISK zu verwalten und ggf. ein weiteres oTHK zur Beachtung von Drittrechten zu führen.

2.4 Insolvenzverfahren über das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft

In dem seltenen Fall des § 332 InsO gelten die Ausführungen zum Nachlassinsolvenzverfahren entsprechend.

41) Oder der Anordnung der Nachtragsverteilung, *Blankenburg/Godzier*, ZInsO 2019, 1092, 1096 f.

42) So in einigen nicht veröffentlichten Beschlüssen des AG Karlsruhe geschehen, die den Autoren zur Kenntnis gelangt sind.

43) *Blankenburg/Godzier*, ZInsO 2019, 1092, 1095.

2.5 Insolvenzverfahren über das gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut einer Gütergemeinschaft

Die §§ 333, 334 InsO enthalten keine abweichenden Regelungen zur Rechtsstellung des Insolvenzverwalters. Daher sind hier die Grundsätze zum Regelverfahren entsprechend anzuwenden. Der Verwalter hat entsprechend die Masse auf einem ISK zu verwalten und ggf. ein weiteres oTHK zur Beachtung von Drittrechten zu führen.

IV. Fazit

In allen Phasen eines Insolvenzverfahrens sind besonders berufene natürliche Personen als vorläufige oder endgültige, als starke oder schwache Insolvenzverwalter, als Treuhänder oder Sachwalter eingesetzt. Ihnen sind Vermögenswerte und insbesondere Kontoguthaben zur Verwaltung anvertraut, die sie gesondert von ihrem eigenen, persönlichen Vermögen zu verwahren und verwalten haben. Entsprechend müssen sie Treuhandkonten führen. Ob diese Treuhandkonten als offene Vollrechtstreuhandkonten oder Ermächtigungstreuhandkonten in Form der ISK Typ 1 oder Typ 2 zu führen sind, obliegt zunächst der Verantwortung des Treuhänders oder Verwalters. Der BGH hat mit den beiden Entscheidungen vom 24. 1. 2019 und 7. 2. 2019 aber wichtige Schranken für das Ermessen aufgezeigt. Das gilt unabhängig davon, ob das Konto zugleich als Hinterlegungsstelle i. S. v. § 149 InsO bestimmt worden ist. Zusammengefasst gelten folgende Grundsätze:

1. Kontoguthaben, die unstreitig zur Masse gehören, haben starke oder entsprechend ermächtigte vorläufige und endgültige Insolvenzverwalter auf ISK zu verwahren. Auf oTHK angesammelte Gelder sind dorthin zu überführen, wenn die Not-

wendigkeit der Führung entfallen ist (z. B. mit Eröffnung des Verfahrens).

2. In jeder Phase des Insolvenz-(Eröffnungs-)Verfahrens kann der bestellte Insolvenzverwalter, Treuhänder bzw. Sachwalter ein Konto als oTHK einrichten, bei dem er alleiniger Vollrechtsinhaber und Treuhänder ist. Das Guthaben ist nicht Bestandteil der Masse. Das oTHK ist jedenfalls zur Sicherung von Ab- und Aussonderungsansprüchen – etwa bei Einzug zedierter Forderungen – einzurichten.

3. Das oTHK ist auch immer dann die richtige Kontoform, wenn ein ISK nicht in Betracht kommt, weil die Verfügungsbefugnis vom Schuldner (noch) nicht auf den Verwalter übergegangen ist (z. B. beim vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter oder Sachwalter).

4. Die Führung des oTHK als Anderkonto einer bestimmten Berufsgruppe ist künftig nicht mehr zulässig. Bereits vor der Entscheidung des BGH vom 7. 2. 2019 bestehende Anderkonten müssen aber nicht in oTHK umgewandelt werden.

Mit krimineller Energie könnten – was durch geeignete Aufsichtsmaßnahmen soweit wie möglich unterbunden werden muss – (natürlich nur „unredliche“) Treuhänder für die Masse bestimmte Mittel sowohl von ISK als auch von oTHK veruntreuen. Das zeigen – leider – einige (wenige) Fälle aus der Praxis. Einen totalen Schutz vor unredlichen Treuhändern gibt es praktisch nicht.

In vielen Insolvenzverfahren dürfte eine Dualität beider Kontoarten in Betracht kommen, jedenfalls bei der Führung bzw. Verwaltung laufender Geschäftsbetriebe oder relevanter Geschäftsvorfälle mit Zahlungsströmen. Treuhand- und Sonderkonten werden weiter für Diskussion in der Literatur und Praxis sorgen.