

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER AM&P
VEREIDIGT BUCHPRÜFER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

A. Das Insolvenzeröffnungsverfahren

- Der Weg in das Insolvenzverfahren -

Wie geraten Freiberufler und Selbständige überhaupt in das Insolvenzverfahren?

I. Definition Freiberufler (> § 1 PartGG)

§ 1 PartGG Voraussetzungen der Partnerschaft

(1) Die Partnerschaft ist eine Gesellschaft, in der sich **Angehörige Freier Berufe** zur Ausübung ihrer Berufe zusammenschließen. Sie übt **kein Handelsgewerbe** aus. Angehörige einer Partnerschaft können nur natürliche Personen sein.

(2) Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt. Ausübung eines Freien Berufs im Sinne dieses Gesetzes ist die selbständige Berufstätigkeit **der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseure, Diplom-Psychologen, Mitglieder der Rechtsanwaltskammern, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflichen Sachverständigen, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer und ähnlicher Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher.**

II. Definition selbständige Gewerbetreibende

Unter den Begriff der selbständigen Gewerbetreibenden fallen im Prinzip alle anderen, die im Rahmen einzelunternehmerischer Tätigkeit gewerbliche Einkünfte erzielen. **Gewerbe** ist nach der Definition des BGH jede planmäßige, auf Dauer angelegte, selbständige und auf Gewinnerzielung ausgelegte Tätigkeit, **die nicht freier Beruf ist.**

Insbesondere der Kaufmann im Sinne des HGB.

§ 1 HGB Kaufmann

(1) Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

(2) Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

Aber eben auch der Kleinselbständige dessen Geschäftsbetrieb nach Art und Umfang kaufmännischer Einrichtung nicht bedarf.

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER 
VEREID. BUCHHÄUFER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

III. Eigenantrag oder Gläubigerantrag

1. Regelfall Gläubigerantrag

In aller Regel liegt dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen eines Einzelunternehmers oder Freiberuflers, der seinen Beruf noch aktiv ausübt ein Gläubigerantrag (Krankenkassen oder Finanzamt) zugrunde. Das die öffentliche Statistik eher das Gegenteil widerspiegelt, beruht auf dem Umstand, dass der Schuldner, wenn die Insolvenzeröffnung ohnehin unabwendbar geworden ist, einen Antrag auf Erteilung der Restschuldbefreiung zulässigerweise nur dann stellen kann, wenn er zugleich einen Eigenantrag auf Insolvenzeröffnung stellt. Ein isolierter Antrag auf Erteilung der Restschuldbefreiung wäre wegen der Auslegung des § 287 Abs. 1 InsO durch die Gerichte unzulässig (BGH Beschl. v. 08.07.2004, IX ZB 209/03, ZInsO 2004, 974). Auf die Möglichkeit einen Eigenantrag und einen Antrag auf Restschuldbefreiung stellen zu können, ist der Schuldner bei Vorliegen eines zulässigen Eröffnungsantrages hinzuweisen (§ 20 Abs. 2 InsO). Nach Ablauf der in § 287 Abs. 1 S. 2 InsO geregelten Zwei-Wochen-Frist ist der Antrag auf Restschuldbefreiung unzulässig und diese Präklusionswirkung kann auch in einem späteren weiteren Insolvenzverfahren andauern (BGH Beschl. v. 06.07.2006, IX ZB 263/05, ZInsO 2006, 821), zumindest dann, wenn keine neuen Gläubiger hinzugekommen sind.

Praktikerhinweis: Hat der Schuldner vom Insolvenzgericht den Hinweis und die Belehrung nach §§ 20 Abs. 2, 287 Abs. 1 S. 2 InsO erhalten, ist dem Schuldner in aller Regel dringend zu einem fristgemäßen Eigenantrag, verbunden mit dem Antrag auf Erteilung der Restschuldbefreiung zu raten. Die Chance auf eine Restschuldbefreiung ginge sonst und Umständen längerfristig verloren.

2. Ausnahmefall Eigenantrag

Neben dem als Zulässigkeitsvoraussetzung für den Restschuldbefreiungsantrag gestellten Eigenantrag auf Insolvenzeröffnung kommt in der Praxis der Eigenantrag eines Selbständigen oder Freiberuflers regelmäßig nur in solchen Fällen vor, in denen der Unternehmer ohnehin die Aufgabe seiner Tätigkeit beabsichtigt oder zumindest als notwendige Folge hinnimmt oder eine Betriebseinstellung bereits erfolgt ist. Trotz der vom Gesetzgeber geschaffenen Gestaltungsmöglichkeiten schließen sich selbständige unternehmerische Tätigkeit und Insolvenzverfahren praktisch aus.

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER
VEREIDIG. BUCHHÄNDLER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE



Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

IV. Ausschlussgründe für den Eigenantrag

1. Unkalkulierbare Risiken für die Betriebsfortführung

Ein nach wie vor nicht unmaßgebliches Ausschlusskriterium für einen Eigenantrag dürfte der fehlende Einfluss des Schuldners auf die Auswahl der Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht sein. Tatsächlich dürften nicht alle bei den Insolvenzgerichten bestellten Insolvenzverwalter geeignet sein, um sachgerechte Entscheidungen für ein einzelkaufmännisches oder freiberuflich geführtes Unternehmen zu treffen. Da es sich nach wie vor um eher exotische Insolvenzfälle handelt, in denen Freiberufler und Selbständige mit laufendem Geschäftsbetrieb und Fortführungswillen selbst ein Insolvenzverfahren einleiten, fehlt den Insolvenzverwaltern zum Teil die Praxiserfahrung.

Klassische Instrumente wie eine übertragende Sanierung funktionieren unter Umständen nicht (zB. bei Zulassungsberufen wie Ärzten, Rechtsanwälten usw.). Andererseits ist das Regelinsolvenzverfahren, mit Ausnahme des Anwendungsbereichs des § 35 Abs. 2 InsO, grundsätzlich nicht für eine auf Dauer angelegte Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren ausgelegt.

Nicht auszuschließen ist auch, dass unter einer gewissen Betriebsgröße das Interesse zur Ausschöpfung der Fortführungs- und Sanierungsmöglichkeiten seitens des Insolvenzverwalters nicht gegeben ist.

Aber seit dem 01.03.2012 gilt § 56 Abs. 1 Nr. 1 InsO in der Fassung des ESUG: Danach wird die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nicht allein dadurch in Frage gestellt, dass dieser vom Schuldner oder einem Gläubiger vorgeschlagen wurde. An vielen Insolvenzgerichten waren die Richter bereits in der Vergangenheit bereit, den „Wunsch Kandidaten“ des Schuldners zu bestellen, wenn es sich um einen bei dem Insolvenzgericht gelisteten Verwalter handelte.

Praktikerhinweis: Berater und Schuldner sollten im Vorfeld des Insolvenzantrages Kontakt zu einem branchenerfahrenen Insolvenzverwalter aufnehmen und die Möglichkeiten einer Fortführung und Sanierung des Unternehmens im Insolvenzverfahren klären. Die Insolvenzverwalter kennen auch die Grundhaltung der Insolvenzrichter im Hinblick auf geäußerte Wünsche und Vorschläge bei der Verwalterauswahl. Zwar wird ein beim zuständigen Insolvenzgericht bestellter Insolvenzverwalter eine Individualberatung regelmäßig ablehnen, einige Insolvenzverwalter sind aber durchaus zu abstrakten Auskünften bereit.

Einem durch sachliche Argumente gestützten Vorschlag wird durch die Insolvenzrichter in der Regel auch gefolgt.

Die Chancen, einen nicht bereits beim zuständigen Insolvenzgericht gelisteten Verwalter durchzusetzen sind eher gering.

2. Verlust der berufsrechtlichen Zulassung

Freiberuflern mit besonderer berufsrechtlicher Zulassung droht im Falle der Einleitung eines Insolvenzverfahrens der Widerruf der Zulassung.

a) Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Notare

Von der Rechtsprechung durchdekliniert ist die Problematik eines möglichen Zulassungswiderrufs für die Rechtsanwälte. Auf Steuerberater und Wirtschaftsprüfer ist diese Rechtsprechung zu übertragen. Ebenso wie § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO den Zulassungswiderruf als Folge des Vermögensverfalls vorsieht, ist dieser auch in § 46 Abs. 2 Nr. 4 StBerG und § 20 Abs. 2 Nr. 5, 16 Abs. 1 Nr. 7 WiPrO geregelt.

§ 14 BRAO Rücknahme und Widerruf der Zulassung

(1) Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen, wenn Tatsachen nachträglich bekannt werden, bei deren Kenntnis die Zulassung hätte versagt werden müssen. Von der Rücknahme der Zulassung kann abgesehen werden, wenn die Gründe, aus denen die Zulassung hätte versagt werden müssen, nicht mehr bestehen.

(2) Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist zu widerrufen,
(...)

7. wenn der Rechtsanwalt in Vermögensverfall geraten ist, es sei denn, dass dadurch die Interessen der Rechtssuchenden nicht gefährdet sind; ein Vermögensverfall wird vermutet, wenn ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Rechtsanwalts eröffnet oder der Rechtsanwalt in das vom Insolvenzgericht oder vom Vollstreckungsgericht zu führende Verzeichnis (§ 26 Abs. 2 der Insolvenzordnung, § 915 der Zivilprozessordnung) eingetragen ist;

Aufgrund der besonderen Befugnisse und der Verantwortung für die Rechtspflege als unabhängige Stelle des Landes dürften die von der Rechtsprechung für die Rechtsanwälte herausgebildeten Ausnahmefälle nicht auf die Berufsgruppe der Notare zu übertragen sein, die nach der ansonsten inhaltsgleichen Regelung des § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO ihres Amtes zu entheben sind. Hier wird die Gefährdung der zu schützenden Interessen der Rechtssuchenden restriktiver auszulegen sein.

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER AM&P
VEREIDIGT BUCHHÄNDLER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

b) Ausnahmen vom Zulassungswiderruf

In Ausnahmefällen kann vom Widerruf der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft abgesehen werden, wenn der insolvente Rechtsanwalt

- seinen Beruf zuvor beanstandungsfrei ausgeübt hat,
- er den Insolvenzantrag selbst gestellt hat,
- keine Verbindlichkeiten die aus Mandaten herrühren bestehen,
- der Rechtsanwalt seine eigene Kanzlei aufgibt und eine Tätigkeit als angestellter Rechtsanwalt in einer Kanzlei aufnimmt
- und wenn aufgrund eingerichteter Kontrollmechanismen eine Gefährdung der Interessen der Rechtssuchenden nicht mehr angenommen werden muss.

(BGH Beschl. v. 18.10.2004, AnwZ (B) 43/03, NJW 2005, 511) – Sämtliche Merkmale müssen kumulativ erfüllt sein.

Bei einem lediglich geringfügigen Anstellungsverhältnis (hier: Gehalt 300,00 Euro monatlich) überwiegt das Interesse am Schutz der Rechtssuchenden und die Zulassung ist zu widerrufen (Anwaltsgerichtshof Hamm, Beschl. v. 09.09.2005, 1 ZU 9/05, BRAK-Mitt 2006, 38).

Der Widerrufsgrund entfällt bei Wiederherstellung geordneter Vermögensverhältnisse durch einen von den Gläubigern angenommenen Schuldenbereinigungsplan (§ 308 InsO) oder einen vom Insolvenzgericht bestätigten Insolvenzplan (§ 248 InsO) (BGH Beschl. v. 31.05.2010, AnwZ (B) 27/09, ZinsO, 2010, 1380).

Praktikerhinweis: Während die zuständige Kammer von der Herbeiführung einer außergerichtlichen Schuldenbereinigung nach § 308 InsO ohne besondere Anzeige in aller Regel keine Kenntnis erlangen dürfte und auch formal zumindest die Voraussetzung eines zu vermutenden Vermögensverfalls nach § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO nicht unbedingt vorliegen (Insolvenzeröffnung oder Eintrag in das Schuldnerverzeichnis), führt der Weg in die strukturierte Insolvenz mit einem angestrebten gerichtlich bestätigten Insolvenzplan auch immer in das Verfahren zum Zulassungswiderruf. Wichtig ist daher „mit Plan in das Insolvenzverfahren zu gehen“, um eine möglichst kurzfristige Beschlussfassung über den Insolvenzplan herbeizuführen. Ferner sollte die zuständige Kammer über die Insolvenzantragstellung und den vorbereiteten Insolvenzplan unterrichtet werden. Spätestens mit Insolvenzeröffnung muss die Kammer im Hinblick auf den Zulassungswiderruf tätig werden.

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER 
VEREICH BUCHHÄNDLER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

Gegebenenfalls entfällt kurzfristig die Zulassung, kann dann aber nach Bestätigung des Insolvenzplans neu beantragt werden. In der Zwischenzeit würde die Kammer einen Kanzleiabwickler bestellen (§ 55 Abs. 5 BRAO).

Von einer Wiederherstellung geordneter Vermögensverhältnisse kann zudem ausgegangen werden, wenn dem Schuldner durch Beschluss des Insolvenzgerichts nach § 291 InsO die Restschuldbefreiung angekündigt wurde (Übergang in die sogenannte Wohlverhaltensphase, §§ 286 ff. InsO).

Eine Gefährdung der Rechtssuchenden entfällt hingegen nicht schon durch die Insolvenzeröffnung und den damit verbundenen Verlust der Verfügungsbefugnis (BGH Beschl. v. 31.05.2010, AnwZ (B) 27/09, aaO.). Eine solche Auslegung stände schließlich auch im direkten Widerspruch zur Regelung des § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO, der an die Insolvenzeröffnung gerade die Vermutung der Vermögensverfalls knüpft.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Vermögensverfalls ist allein der Zeitpunkt des Abschlusses des behördlichen Widerrufsverfahrens. Nach dem Zulassungswiderruf eingetretene Entwicklungen bleiben für das weitere Verfahren unerheblich und können nur eine Wiedenzulassung begründen (BGH Beschl. v. 28.10.2011, AnwZ (Bfmg) 20/11, NZI 2012, 106).

Strenger beurteilt die Frage der Wiedererlangung geordneter Vermögensverhältnisse die Rechtsprechung des BFH im Hinblick auf den Zulassungswiderruf des Steuerberaters. Nach der Rechtsprechung des BFH sind geordnete wirtschaftliche Verhältnisse des Steuerberaters solange nicht wieder hergestellt, bis die Restschuldbefreiung erteilt oder ein von den Gläubigern angenommener Insolvenzplan durch das Gericht bestätigt wurde (BFH Beschl. v. 14.02.2008, VII B 227/07). Die Darlegungs- und Feststellungslast für die Überwindung des Vermögensverfalls und die Wiedererlangung geordneter Vermögensverhältnisse obliegt dem Steuerberater, zu dessen Gunsten, anders als bei der Vermutung des Vermögensverfalls, eben keine Vermutungsgrundsätze greifen (BFH Beschl. v. 08.02.2000, VII B 245/99). Der Steuerberater muss daher Umstände darlegen, aufgrund derer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Gefährdung der Vermögensinteressen der Mandanten ausgeschlossen werden kann. Eine Aussicht auf Besserung der Vermögenslage des Steuerberaters reicht dafür allein nicht aus. Vielmehr muss eine nachhaltige Besserung bereits feststellbar sein (BFH Beschl. v. 22.08.1995, VII R 63/94).

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER 
VEREID. BUCHHÄNDLER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

c) Andere Berufe

➤ Kassenärztliche Zulassung

Bei der Kassenärztlichen Zulassung kann zu prüfen sein, ob der Vermögensverfall eines Arztes sich als persönliche Unzuverlässigkeit darstellt, die einen schwerwiegenden Mangel nach § 21 Ärzte-ZV ergibt und zur Entziehung der Zulassung berechtigt. Eine berufsrechtliche Regelung, wonach die Zulassung eines Arztes aufgrund der Einleitung eines Insolvenzverfahrens zu widerrufen wäre existiert nicht. Auch stellt das Landesrecht keine besonderen Anforderungen an die Vermögensverhältnisse des Arztes. Ein Zulassungsentzug nach § 95 Abs. 6 SGB V allein aufgrund des Vermögensverfalls oder der Einleitung eines Insolvenzverfahrens kommt daher beim Kassenarzt wohl nicht in Betracht. (BSG Urt. v. 05.10.2000, B 6 KA 67/98 R – Verlegung des Vertragsarztsitzes kann nicht wegen Konkursverfahren versagt werde.)

➤ Architekten und Stadtplaner

Anders hat das OVG Münster den unbestimmten Rechtsbegriff der persönlichen Unzuverlässigkeit allerdings im Falle eines Architekten beurteilt und mit der Begründung, dessen Vermögensverfall könne die Gefahr begründen, dass sich der Architekt bei der Ausübung seiner Tätigkeit von eigenen finanziellen Interessen und übertriebener Gewinnorientierung leiten lasse, dessen auf § 6 Abs. 1 d) i.V.m. § 5 Abs. 1 BauKaG NRW gestützte Löschung aus dem Verzeichnis der Architekten bestätigt (OVG Münster, Beschl. v. 04.05.2011, 4 A 697/10; so auch: OVG Niedersachsen, Beschl. v. 29.07.2011, 8 ME 36/11). Auch die spätere Freigabe der selbständigen Tätigkeit durch den Insolvenzverwalter beseitige die Unzuverlässigkeitsvermutung nicht (OVG Münster, Beschl. v. 05.01.2012, 4 B 1250/11). Anm.: Die zulassungsrelevante Unzuverlässigkeit allein mit einem möglichen Gewinnstreben zu begründen erscheint äußerst fragwürdig. Selbstverständlich gibt es auch reiche Architekten, die nach weiterem Gewinn streben.

➤ Apotheker

Gewerbeuntersagung nach den §§ 6, 35 GewO grundsätzlich möglich. Auch hier kommt es auf die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Unzuverlässigkeit an. Grundsätzlich wird der unbestimmte Rechtsbegriff der gewerberechlichen Unzuverlässigkeit so ausgelegt, dass unzuverlässig ist, wer in Vermögensverfall geraten ist.

Anm.: Eine Beurteilung muss immer einzelfall- und tätigkeitsspezifisch erfolgen. Mit der Argumentation des OVG Münster im Zusammenhang mit der Streichung aus der Architektenliste, kann man natürlich immer eine Unzuverlässigkeit annehmen.

➤ **Gewerbetreibende allgemein**

Bei allen anderen Gewerbetreibenden ist eine Gewerbeuntersagung ebenfalls nach § 35 GewO grundsätzlich möglich. In diesen Verfahren geht es immer um die Auslegung des Begriffs der persönlichen Unzuverlässigkeit im Sinne des § 35 GewO. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG begründet wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit völlig verschuldensunabhängig grundsätzlich die Annahme einer persönlichen Unzuverlässigkeit, da ein wirtschaftlich leistungsunfähiger Gewerbetreibender nicht die Gewähr bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreiben wird (BVerwG, Urt. v. 02.02.1982, 1 C 146/80, BVerwGE 65, 1).

3. Weitere Ausschlussgründe für einen Eigenantrag

- Freie Gestaltungsmöglichkeiten gehen verloren.
- Mögliche Vorteile stehen in keinem Verhältnis zu den Kosten und Risiken.
- Entdeckungsfahr hinsichtlich rechtswidrigem Verhalten.
- Wirtschaftliche Rehabilitation aussichtslos (zB. wegen hohen Alters).

V. Sonderfall: Vorbereiteter Insolvenzplan (ggf. mit Eigenverwaltung)

Praktisch nur geeignet für Selbständige und Freiberufler, die (ggf. nach Umsetzung notwendiger Sanierungsmaßnahmen) künftig erhebliche Gewinne zur Befriedigung ihrer Gläubiger erwirtschaften können oder solche Personen, denen Mittel zur Gläubigerbefriedigung von dritter Seite zur Verfügung gestellt werden, die den Gläubigern im Rahmen eines Insolvenzverfahrens sonst nicht zufließen würden. (→ Siehe unten, Punkt B. II.)

VI. Gesetzesvorhaben zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens

Das Bundesjustizministerium für Justiz hat am 23.01.2012 einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Verkürzung des

**Veranstaltung
am 24.04.2012
ISM Dortmund**

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER 
VEREICH BUCHHÄNDLER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfähigkeit von Lizenzen vorgelegt und ihn an Länder und Verbände zur Stellungnahme versandt. Mit dieser zweiten Stufe der Insolvenzrechtsreform ist insbesondere eine Beschleunigung der Restschuldbefreiung geplant.

Künftig sollen Schuldner im Insolvenzverfahren schon nach drei Jahren statt bisher sechs Jahren von ihren Restschulden befreit werden können, wenn sie mindestens ein Viertel der Forderungen und die Verfahrenskosten bezahlen. Werden zumindest die Verfahrenskosten vollständig bezahlt, soll eine Verkürzung auf vier Jahre möglich sein. Ansonsten soll es bei der derzeitigen Verfahrensdauer von sechs Jahren bleiben.

Die Beschleunigung sei auch im Interesse der Gläubiger, weil die Schuldner einen gezielten Anreiz erhielten, möglichst viel zu bezahlen.

Die Möglichkeit einer Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens soll allen natürlichen Personen offen stehen, und nicht auf bestimmte Personengruppen wie Existenzgründer oder Verbraucher beschränkt werden.

Praktikerhinweis: Das Gesetz soll nach den Plänen des BMJ zum 01.01.2013 in Kraft treten und wird voraussichtlich keine Rückwirkung entfalten. Einen Schuldner noch vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung in das selbst initiierte Insolvenzverfahren zu schicken, nähme diesem die Möglichkeit einer Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens.

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER AM&P
VEREID. BUCHHÄLFER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

B. Das Insolvenzverfahren

I. Regelinsolvenzverfahren

1. Beschlussfassung der Gläubiger (§§ 156, 157 InsO)

Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegt die Entscheidung darüber, ob das Unternehmen des Schuldners fortgeführt werden soll oder nicht, in erster Linie bei der Gläubigerversammlung. Diese beschließt gemäß § 157 InsO über die Betriebsfortführung.

§ 157 InsO Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens

Die Gläubigerversammlung beschließt im Berichtstermin, ob das Unternehmen des Schuldners stillgelegt oder vorläufig fortgeführt werden soll. Sie kann den Verwalter beauftragen, einen Insolvenzplan auszuarbeiten, und ihm das Ziel des Plans vorgeben. Sie kann ihre Entscheidungen in späteren Terminen ändern.

In der Literatur wird diskutiert, wie weit die Befugnisse der Gläubigerversammlung zur Betriebseinstellung reichen. Wohl überwiegend wird die noch unter der vor Einführung des § 35 Abs. 2 InsO mit Wirkung zum 01.07.2007 vertretene Auffassung, dass sich solche Beschlüsse nur auf ein „pfändbares“ Unternehmen des Schuldners beziehen können, in den einschlägigen Gesetzeskommentaren angeführt. Allerdings ergeben sich weder aus § 157 InsO selbst, noch aus dem Regelungszusammenhang, dass die Pfändbarkeit der zur Unternehmensführung erforderlichen Vermögenswerte Voraussetzung einer Betriebseinstellung wäre.

Gerade unter Berücksichtigung des vom Gesetzgeber mit § 35 Abs. 2 InsO geschaffenen Modells einer Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners wird daher die Auffassung vertreten, dass die Gläubigerversammlung die Befugnis hat, jedes Schuldnerunternehmen einzustellen (vgl. Zimmermann, ZInsO 2011, 2057). Dieser Auffassung ist m.E. zu folgen. Nicht nur weil die Pfändbarkeit der zur Unternehmensführung eingesetzten Vermögenswerte keine Tatbestandsvoraussetzung des § 157 InsO ist, sondern auch deshalb, weil der Insolvenzverwalter nach dem Wortlaut des § 35 Abs. 2 InsO eine Entscheidung über die Freigabe des Unternehmens treffen muss. Insofern werden an die Nichtausübung dieser Befugnis erhebliche Rechtsfolgen geknüpft, insbesondere im Hinblick auf die Belastung der Insolvenzmasse mit den vom Schuldner im Rahmen der Betriebsfortführung begründeten Verbindlichkeiten, die bis zur Freigabe des Unternehmens Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO darstellen und zwar völlig unabhängig davon, ob der Schuldner pfändbare oder unpfändbare Vermögenswerte zur Betriebsfortführung einsetzt. Erst nach Zugang der Freigabeerklärung beim Schuldner

bewirkt die Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO das ab diesem Zeitpunkt im Rahmen der selbständigen Tätigkeit des Schuldners begründete Ansprüche nicht mehr gegen die Masse geltend gemacht werden können (BGH Urt. v. 09.02.2012, IX ZR 75/11). Auf die vollstreckungsrechtliche Zuordnung des genutzten Betriebsvermögens kommt es dabei nicht an.

Beschließt die Gläubigerversammlung die Betriebseinstellung, entfallen die Voraussetzungen für einen Pfändungsschutz der vom Schuldner im Rahmen des Unternehmens genutzten Vermögenswerte nach § 36 Abs. 1 S. 1 InsO i.V.m. § 811 Abs. 1 Nr. 5 und 7 ZPO. Die zuvor unpfändbaren Vermögenswerte werden damit pfändbar und Bestandteil der vom Insolvenzverwalter zur Befriedigung der Gläubiger zu verwertenden Insolvenzmasse (§ 158 InsO).

Teilweise geht die Literatur in diesem Zusammenhang von einer (gesetzlich allerdings nicht geregelten) Beschränkung des Pfändungsschutzes aus § 811 Abs. 1 Nr. 5 und 7 InsO aus, da die Vorschriften bei Einzelunternehmen sonst dem Insolvenzverfahren weite Teile der verwertbaren Masse entziehen würden (MünchKomm-InsO/Peters, § 36 Rn. 24; Braun/Bäuerle, InsO, § 36 Rn. 18). Für diesen eher auf subjektive „Gerechtigkeitserwägungen“ gestützten Ansatz gibt es bei dem hier dargestellten Verständnis von § 157 InsO überhaupt kein Bedürfnis.

Praktikerhinweis: Die Gläubigerversammlung hat gemäß § 157 InsO die Befugnis, jedes Schuldnerunternehmen einzustellen und damit den Weg zur Verwertung des betrieblichen Anlagevermögens zu eröffnen. In der Praxis kommt dem Schuldner zugute, dass dies weitgehend noch nicht erkannt wurde beziehungsweise seitens der Insolvenzverwalter die Auseinandersetzung bei einer Betriebseinstellung gescheut wird oder die Verwertung nicht als lukrativ angesehen wird.

2. „Freigabe“entscheidung des Insolvenzverwalters (§ 35 Abs. 2 InsO)

Verfügt der Schuldner nicht über Anlagevermögen, aus dessen Verwertung eine nennenswerte Gläubigerbefriedigung zu erzielen wäre oder ist es dem Schuldner voraussichtlich möglich, durch die Fortsetzung seiner Tätigkeit größerer Beiträge zur Befriedigung der Gläubiger aus künftigen Einnahmen zu leisten, bietet sich hingegen die nun auch vom BGH als „Freigabe“ bezeichnete Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO an.

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER 
VEREIDIGT BUCHHÄNDLER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

a) Verpflichtung zu angemessenen Zahlungen

Infolge der Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO ist der Schuldner gemäß § 295 Abs. 2 InsO verpflichtet, die Insolvenzgläubiger durch Zahlung an den Insolvenzverwalter so zu stellen, wie wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre. Die Bemessung der an den Insolvenzverwalter zu leistenden Zahlungen hat unabhängig vom tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens des Schuldners, aufgrund eines abstrakt unterstellten möglichen Verdienstes des Schuldners im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung zu erfolgen. Dabei sind die Ausbildung und Berufserfahrung des Schuldners zu berücksichtigen und der bei einer fiktiven Nettolohnberechnung nach der Tabelle zu § 850 c ZPO pfändbare Betrag zu ermitteln (BGH Beschl. v. 05.04.2006, IX ZB 50/05, NZI 2006, 413).

Das Risiko gegebenenfalls nicht ausreichender Zahlungen trägt grundsätzlich der Schuldner. Dieser kann unter Umständen verpflichtet sein, seine selbständige Tätigkeit aufzugeben, wenn er erkennbar nicht in Lage ist, die zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 295 Abs. 2 InsO erforderlichen Mittel zu erwirtschaften (BGH Beschl. v. 07.05.2009, IX ZB 133/07, ZInsO 2009, 1217).

Bislang übersehen wurde, dass die Verletzung der aus §§ 35 Abs. 2, 295 Abs. 2 InsO resultierenden Verpflichtung im eröffneten Insolvenzverfahren (im Gegensatz zur Wohlverhaltensphase) nach den gesetzlichen Vorschriften und dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung sanktionslos bleibt. Eine Versagung der Restschuldbefreiung für Pflichtverletzungen des Schuldners im eröffneten Insolvenzverfahren kommt nur nach § 290 InsO in Betracht, der nach der Rechtsprechung hinsichtlich der darin geregelten Versagungsgründe abschließend ist (BGH Beschl. v. 20.03.2003, IX ZB 388/02, ZInsO 2003, 418). Bei Einführung des § 35 Abs. 2 InsO hat der Gesetzgeber schlicht vergessen, die Verletzung der Verpflichtung aus § 295 Abs. 2 InsO im eröffneten Insolvenzverfahren als Versagungsstatbestand zu regeln.

b) Folgen für die Vermögensbeschlagnahme

Im Hinblick auf die Folgen für die Vermögensbeschlagnahme zeigt sich aktuell eine im Insolvenzrecht nahezu typische Situation der uneinheitlichen rechtlichen Beurteilung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Bislang ungeklärt war die Frage, welche Auswirkungen die Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO im Hinblick auf die Beschlagnahme des zur Ausübung der selbständigen Tätigkeit

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER 
VEREICH BUCHHÄNDLER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

vom Schuldner genutzten Anlagevermögens hat. Im Schrifttum (vgl. Wischemeyer/Schur, ZInsO 2007, 1240; Berger, ZInsO 2008, 1101; Wischemeyer, ZInsO 2009, 937) wurde dazu die Meinung entwickelt, es bedürfte insoweit der gesonderten Freigabe aufgrund der allgemeinen Freigabebefugnis des Insolvenzverwalters, die aus § 80 Abs. 1 InsO herzuleiten ist und im Gesetz Anklang gefunden hat (siehe § 32 Abs. 3 InsO). Dem Gesetzeswortlaut des § 35 Abs. 2 InsO könne lediglich eine Enthaltungserklärung entsprechend der offenbar als Vorbild herangezogenen Norm des § 109 Abs. 1 S. 2 InsO entnommen werden. Dementsprechend hat der Gesetzgeber auch von der Verwendung des in diesem Zusammenhang eher untechnischen Begriffs der „Freigabe“ im Gesetzeswortlaut des § 35 Abs. 2 InsO abgesehen.

Der BGH hat sich dieser Rechtsauffassung unter Verweis auf die Gesetzesbegründung jedoch jüngst nicht angeschlossen. In seinem Urteil vom 09.02.2012 hat der IX. Senat die rechtlichen Auswirkungen der Erklärung des Insolvenzverwalters wie folgt eingeordnet:

- Die Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 InsO wirkt erst ab Zugang beim Schuldner und ohne Rückwirkung auf den Eröffnungszeitpunkt oder die gegebenenfalls erst später erfolgte Aufnahme der selbständigen Tätigkeit durch den Schuldner. – Alle bis dahin begründeten Verbindlichkeiten können also grundsätzlich Masseverbindlichkeiten darstellen.
- Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen (insbes. Dienst- und Mietverträgen des Schuldners) können kraft der Freigabeerklärung ohne Notwendigkeit weiterer, insbesondere vertragsbeendigender Erklärungen des Insolvenzverwalters nur noch gegen den Schuldner, nicht mehr gegen die Insolvenzmasse durchgesetzt werden.
- Die Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO bewirkt sowohl die Freigabe des der gewerblichen Tätigkeit gewidmeten Vermögens, als auch der dazu abgeschlossenen Vertragsverhältnisse (so bereits BGH Beschl. vom 09.07.2011, IX ZB 175(10, WM 2011, 1377). Die Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 InsO betrifft demnach im Unterschied zu der in § 32 Abs. 3 S. 1 InsO als zulässig vorausgesetzten „echten Freigabe“ nicht nur einzelne Vermögensgegenstände, sondern eine Gesamtheit von Gegenständen und Werten.

Ungeachtet des Umstandes, dass die Freigabewirkung im Hinblick auf die der gewerblichen Tätigkeit gewidmeten Vermögensgegenstände bereits in dem oben anstehend zitierten Beschluss des BGH vom 09.07.2011 festgestellt wurde,

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER 
VEREID. BUCHHÄUFER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

hat sich nun der BFH mit seinem Urteil vom 08.09.2011 (II R 54/10) der im Schrifttum vertretenen Auffassung angeschlossen, wonach die Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO nicht zugleich zu einer Freigabe der betriebliche genutzten Vermögenswerte aus dem Insolvenzbeschlagn führen soll.

3. Auswirkung der Freigabe auf die berufsrechtliche Zulassung des Schuldners

Wie bereits angesprochen, soll beim Architekten die Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 InsO nach Auffassung des OVG Münster die Vermutung der Unzuverlässigkeit nicht beseitigen (OVG Münster Beschl. v. 05.01.2012, 4 B 1250/11). Dies erscheint im Ergebnis nicht konsequent, wenn man auf Grundlage der jüngsten Rechtsprechung des BGH eine klare Neustrukturierung der Haftungsverhältnisse des Schuldnervermögens annimmt. Infolge der Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 InsO haftet vom selbständigen Schuldner erwirtschafteter Neuerwerb auch nur noch den Neugläubigern des Schuldners. Den Insolvenzgläubigerin ist die Vollstreckung in diese Vermögensmasse untersagt (§ 89 InsO). Der selbständige Schuldner, dessen Unternehmen gemäß § 35 Abs. 2 InsO vom Insolvenzverwalter freigegeben wurde, steht seinen Neugläubigern mithin haftungsrechtlich im gleichen Umfang zur Verfügung, wie jeder andere, der zu diesem Zeitpunkt ein Unternehmen neu gegründet hat. Auch im Hinblick auf die gesetzgeberische Intention, nicht nur die Haftungsverhältnisse für das Insolvenzverfahren mit § 35 Abs. 2 InsO überschaubar strukturieren zu wollen, sondern auch dem selbständigen Schuldner frühzeitig eine Möglichkeit zum unternehmerischen Neubeginn einräumen zu wollen, ist die Auffassung des OVG Münster fragwürdig.

Für die sonstigen Freiberufler fehlt es bislang an Rechtsprechung. Die jüngeren Entscheidungen des BGH im Hinblick auf die Wiedererlangung der Rechtsanwaltszulassung nach Wiederherstellung geordneter Vermögensverhältnisse (BGH Beschl. v. 31.05.2010, AnwZ (B) 27/09, ZInsO, 2010, 1380) lassen Raum für Hoffnung, dass bei den Rechtsanwälten auch die durch Freigabe der Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 InsO geschaffene Haftungsstruktur eine Wiederzulassung ermöglicht, ebenso wie bei der Bestätigung des Insolvenzplans. Schließlich laufen neue Mandanten eben nicht mehr Gefahr, dass die im Insolvenzverfahren anzumeldenden Altverbindlichkeiten des Rechtsanwaltes dessen Berufsausübung beeinträchtigen.

Entsprechend müsste konsequenter Weise auch die Handhabung hinsichtlich der Steuerberater sein, wobei die grundsätzlich strengere Haltung des BFH vermutlich den Weg

zu einer Wiedererlangung der Zulassung im Falle der Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO versperrt.

Für die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO liegt eine erste, in ihrem Begründungsansatz zwar dogmatisch falsche, vom Ergebnis her aber sicherlich richtige Entscheidung vor. Das Verwaltungsgericht Trier hat mit Urteil vom 14.04.2010 (5 K 11/10TR) der Klage eines Gastwirtes gegen eine nach Freigabe gemäß § 35 Abs. 2 InsO ergangene Gewerbeuntersagungsverfügung stattgegeben. Das Verwaltungsgericht hat im Ansatz auf das Verbot der Gewerbeuntersagung in § 12 GewO abgestellt, was unter Berücksichtigung der Begründung dieser Vorschrift sicherlich nicht richtig ist, weil § 12 GewO dem Insolvenzverwalter und nicht dem Insolvenzschuldner die Betriebsfortführung ermöglichen soll. Entsprechend der auch in der jüngeren BGH Rechtsprechung dargestellten Abgrenzung der Haftungsverhältnisse hat das Verwaltungsgericht Trier in dieser Entscheidung aber auch – und das trägt die Entscheidung – darauf abgestellt, dass vorinsolvenzliche Sachverhalte, die letztendlich zur Eröffnung des anhängigen Insolvenzverfahrens geführt haben, im Falle einer Betriebsfreigabe nach § 35 Abs. 2 InsO nicht in die Beurteilung der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden mit einbezogen werden dürfen, da anderenfalls die Regelung des § 35 Abs. 2 InsO praktisch leerliefe und das gesetzgeberische Ziel der Eröffnung einer Möglichkeit zur Fortsetzung der selbständigen Tätigkeit vereitelt würde.

Praktikerhinweis: Sicherlich kann man nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung nicht zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens raten und dabei auf eine Betriebsfreigabe nach § 35 Abs. 2 InsO und eine berufsrechtlich Wiederezulassung spekulieren. Als Alternative neben einem beabsichtigten Insolvenzplan oder aber auch in gläubigerinitiierten Insolvenzverfahren lohnt es sich aber sicherlich, den Antrag auf eine Wiederezulassung zu verfolgen, wenn der Insolvenzverwalter die (auch nur beabsichtigte künftige) selbständige Tätigkeit freigegeben hat.

II. Insolvenzplan

Die §§ 217 ff. InsO ermöglichen, die Befriedigung der absonderungsberechtigten Insolvenzgläubiger und der Insolvenzgläubiger, die Verwertung der Insolvenzmasse und deren Verteilung an die Beteiligten sowie die Verfahrensabwicklung und die Haftung des Schuldners nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens in einem Insolvenzplan abweichend von den Regelungen des Regelinsolvenzverfahrens zu regeln. (Wohl nicht: „...abweichend von den

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER 
VEREID. BUCHHÄUFER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

Vorschriften dieses Gesetzes“ so wie es in § 217 InsO wortwörtlich steht, denn an die gesetzlichen Regelungen zum Insolvenzplanverfahren ist man dabei selbstverständlich gebunden.)

1. Allgemeine Vorteile eines Insolvenzplans

Das Insolvenzplanverfahren ermöglicht die finanzwirtschaftlich Sanierung und Restrukturierung eines Unternehmens in der Hand des bisherigen Rechtsträgers. Für eine natürliche Person, die ihr Unternehmen trotz des Eintritts der Insolvenz weitestgehend unreglementiert und eigenständig weiterführen möchte, ist der Insolvenzplan der vom Gesetzgeber vorgesehene Ausweg aus der Regelinsolvenz.

In der Praxis bieten sich grundsätzlich zwei verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten an:

Entweder der Anreiz zum Abschluss eines Insolvenzplans wird für die Gläubiger dadurch geschaffen, dass von dritter Seite (ggf. zusätzliche) Mittel zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung gestellt werden, die diesen ohne einen Insolvenzplan nicht zukämen.

Oder der Insolvenzplan ermöglicht aufgrund der damit verbundenen Restrukturierung des schuldnerischen Unternehmens die künftige Erwirtschaftung erheblicher Gewinne, die nicht nur den Bedarf des Schuldners decken sondern daneben den Gläubigern zur Befriedigung Ihrer Forderungen über einen bestimmten Zeitraum zu Verfügung gestellt werden können. Beispielsweise bietet sich die Gestaltung an, den Gläubigern entsprechend § 287 Abs. 2 InsO für eine Laufzeit von sechs Jahren (u.U. auch kürzere Laufzeiten, insbes. nach der beabsichtigten Gesetzesänderung → s.o. A. VI.) die jährliche Ausschüttung eines bestimmten Fixbetrages zur Befriedigung ihrer Forderungen anzubieten, den der Schuldner nach konservativer Finanzplanung als Überschuss erwirtschaften kann. Von einer solchen Plangestaltung profitieren dann alle Beteiligten, der Schuldner, weil er außerhalb des Anwendungsbereichs des § 35 Abs. 2 InsO nur so seine unternehmerische Tätigkeit überhaupt fortsetzen kann, die Gläubiger, da sie ohne künftige Einnahmen des Schuldners keine oder zumindest eine deutlich geringere Befriedigungsquote erwarten können.

Die Gestaltungsmöglichkeiten im Insolvenzplan eröffnen zudem Chancen, für bestehende Verbindlichkeiten mithaftende Angehörige aufgrund von Vereinbarungen mit den berechtigten Gläubigern zu enthaften.

Praktikerhinweis: Die Vorlage eines Insolvenzplans für einen Freiberufler oder einen selbständigen Unternehmer darf, wenn dieser Weg beabsichtigt ist, nicht aufs Geratewohl den Entwicklungen im Insolvenzeröffnungsverfahren und Insolvenzverfahren überlassen werden. Durchsetzungschancen bestehen in diesem Bereich eigentlich nur für den vorlagefähig vorbereiteten Insolvenzplan, der dem Insolvenzgericht möglichst schon mit dem Insolvenzantrag vorgelegt werden sollte (sog. prepackaged plan). Der vom Gericht bestellte (vorläufige) Insolvenzverwalter kann die Erarbeitung eines Insolvenzplans erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufnehmen und wird dies in der Regel ohnehin nur dann tun, wenn er dazu von der Gläubigerversammlung beauftragt wurde (§ 218 Abs. 2 InsO).

2. Besondere Vorteile für Freiberufler und Selbständige

Wie oben (→ unter A. IV. 2.) dargestellt, ermöglicht die Bestätigung eines von den Beteiligten angenommenen Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht (§ 248 InsO) die Wiedererlangung der berufsrechtlichen und auch der gewerberechtlichen Zulassung.

Einige Berufsgruppen, insbesondere unter den Freiberufler sind durchaus einkommensstark, geraten jedoch regelmäßig durch fehlerhafte Finanzplanung (Klassiker: die § 7g EStG-Fälle) oder auch eine zu kostspielige Lebensführung in die wirtschaftliche Schieflage. Schon geringste Veränderungen der Ertragslage führen dann oft dazu, dass trotz sechsstelliger Jahresgewinne die Zahlungsunfähigkeit eintritt. Gerade für diese Selbständigen eignet sich die finanzwirtschaftliche Restrukturierung durch einen Insolvenzplan.

3. Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO als Alternative?

Bei allen selbständigen Unternehmern, die nicht über verwertbares materielles oder immaterielles Anlagevermögen in nennenswertem Umfang verfügen und deren durchschnittliche Einkünfte voraussichtlich die Pfändungsfreigrenzen nicht übersteigen, stellt die Freigabe des Geschäftsbetriebes nach § 35 Abs. 2 InsO eine echte Alternative zum Insolvenzplan dar. Allerdings ist der Schuldner in diesen Fällen auf eine entsprechende Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters angewiesen. Eine solche Freigabe ist nicht erzwingbar und steht allein im Ermessen des Insolvenzverwalters.

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER 
VEREIDIG. BUCHHÄNDLER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region

C. Die Altersvorsorge des Freiberuflers und des selbständigen Unternehmers

I. Berufsständische Versorgungswerke

Ansprüche auf Leistungen aus der Mitgliedschaft in einem berufsständischen Versorgungswerk sind in aller Regel nach der maßgeblichen Satzung des Versorgungswerkes nicht abtretbar oder verpfändbar. Die Pfändbarkeit solcher Ansprüche richtet sich nach § 54 SGB I (in NRW zB. § 27 Satzung des Versorgungswerkes der Rechtsanwälte, entsprechende Vorschriften in anderen Satzungen). Einmalige Geldleistungen können daher nur nach Billigkeit gepfändet werden (§ 54 Abs. 2 SGB I), laufende Geldleistungen unterliegen der Pfändung wie Arbeitseinkommen (§ 54 Abs. 4 SGB I).

Das nach Beendigung der Zulassung in der Satzung geregelte Wahlrecht zur Aufrechterhaltung einer freiwilligen Mitgliedschaft ist als solches unpfändbar und geht nicht auf den Insolvenzverwalter über (BGH Urt. v. 10.01.2008, IX ZR 94/06). Für eine Verwertung erdienter Versorgungsansparungen in einem berufsständischen Versorgungswerk im Rahmen des Insolvenzverfahren gibt es damit grundsätzlich keine Rechtsgrundlage.

Anträge auf Beitragserstattungen und Kapitalleistungen können nur von dem versicherten Mitglied und mangels dahingehender Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nicht vom Insolvenzverwalter gestellt werden (OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.06.2009, 8 PA 49/07). Schließlich beschränkt sich die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf das zur Insolvenzmasse gehörende, der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldner (§§ 36 Abs. 1 S. 1, 80 Abs. 1 InsO). Forderungen, die nicht übertragbar sind, unterliegen nicht der Zwangsvollstreckung (§ 851 ZPO).

Bei der Regelung des Selbstbehaltes des selbständigen Schuldners im Rahmen einer Betriebsfortführung im laufenden Insolvenzverfahren ist zu berücksichtigen, dass eine solche Beschränkung der Einkünfte des Versorgungswerksmitglieds keine Auswirkungen auf die Höhe der geschuldeten Beiträge hat (Verwaltungsgericht Koblenz, Urt. v. 26.02.2007, 3 K 93306.KO) Völlig unabhängig davon, welche Einkünfte der Insolvenzverwalter dem Schuldner im Rahmen einer solchen Betriebsfortführung also belässt, muss dieser grundsätzlich die vollen Versorgungswerksbeiträge leisten. Eine Herabsetzung der Beiträge kommt nur insoweit in Betracht, als dies durch die Satzung vorgesehen ist.

II. Private Rentenversicherungen

Für Ansprüche aus privaten Rentenversicherung gelten die Pfändungsbeschränkungen des § 851 c ZPO auch im Insolvenzverfahren.

§ 851c ZPO Pfändungsschutz bei Altersrenten

(1) Ansprüche auf Leistungen, die auf Grund von Verträgen gewährt werden, dürfen nur wie Arbeitseinkommen gepfändet werden, wenn

1. die Leistung in regelmäßigen Zeitabständen lebenslang und nicht vor Vollendung des 60. Lebensjahres oder nur bei Eintritt der Berufsunfähigkeit gewährt wird,
2. über die Ansprüche aus dem Vertrag nicht verfügt werden darf,
3. die Bestimmung von Dritten mit Ausnahme von Hinterbliebenen als Berechtigte ausgeschlossen ist und
4. die Zahlung einer Kapitalleistung, ausgenommen eine Zahlung für den Todesfall, nicht vereinbart wurde.

(2) Um dem Schuldner den Aufbau einer angemessenen Alterssicherung zu ermöglichen, kann er unter Berücksichtigung der Entwicklung auf dem Kapitalmarkt, des Sterblichkeitsrisikos und der Höhe der Pfändungsfreigrenze, nach seinem Lebensalter gestaffelt, jährlich einen bestimmten Betrag unpfändbar auf der Grundlage eines in Absatz 1 bezeichneten Vertrags bis zu einer Gesamtsumme von 238.000 Euro ansammeln. Der Schuldner darf vom 18. bis zum vollendeten 29.

Lebensjahr 2.000 Euro, vom 30. bis zum vollendeten 39. Lebensjahr 4.000 Euro, vom 40. bis zum vollendeten 47. Lebensjahr 4.500 Euro, vom 48. bis zum vollendeten 53. Lebensjahr 6.000 Euro, vom 54. bis zum vollendeten 59. Lebensjahr 8.000 Euro und vom 60. bis zum vollendeten 65. Lebensjahr 9.000 Euro jährlich ansammeln.

Übersteigt der Rückkaufwert der Alterssicherung den unpfändbaren Betrag, sind drei Zehntel des überschießenden Betrags unpfändbar. Satz 3 gilt nicht für den Teil des Rückkaufwerts, der den dreifachen Wert des in Satz 1 genannten Betrags übersteigt.

(3) § 850e Nr. 2 und 2a gilt entsprechend.

Ein unwiderruflicher Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 168 Abs. 3 VVG hindert den Insolvenzverwalter nicht daran, eine pfändbare Lebensversicherung zu kündigen und den Rückkaufwert zur Insolvenzmasse zu ziehen (BGH Urt. v. 01.12.2011, IX ZR 79/11).

Die Vereinbarung eines Kapitalwahlrechts (mit Ausnahme der Todesfallleistung nach § 851 c Abs. 1 Nr. 4) lässt den Pfändungsschutz nach § 851 c ZPO insgesamt entfallen, auch hinsichtlich einer etwaigen in dem Versicherungsvertrag zur Existenzsicherung vereinbarten Berufsunfähigkeitsrente (BGH Urt. v. 15.07.2010, IX ZR 132/09, ZInsO 2010, 1485).

Einen zusätzlichen Pfändungsschutz hinsichtlich der laufenden Einkünfte, soweit diese zur Bestreitung der Versicherungsbeiträge benötigt werden, gewährleistet § 851 c ZPO nicht. Die Regelung erstreckt sich nur auf das vom Versicherungsnehmer aufgebaute Deckungskapital und die nach Eintritt des Versicherungsfalles erfolgenden Leistungen des Versicherers, nicht jedoch auf die für die Einzahlung erforderlichen Mittel des Schuldners (BGH Beschl. v. 15.02.2011, IX ZB 181/10, ZIP 2011, 1235).

**Veranstaltung
am 24.04.2012
ISM Dortmund**

Referent:

Benjamin Heß
Rechtsanwalt

AXEL MORK & PARTNER 
VEREID. BUCHHÄUFER | STEUERBERATER | RECHTSANWÄLTE

Problematisch ist zudem die private Absicherung der Berufsunfähigkeit. Das Landgericht Dortmund hat insoweit in einer Entscheidung aus 2010 die Auffassung vertreten, dass private Berufsunfähigkeitsrenten Selbständiger keinem Pfändungsschutz entsprechend § 850 b Abs. 1 Nr. 1 ZPO unterliegen (LG Dortmund, Urt. v. 28.10.2010, 2 O 65/10). In der Literatur wird zwar eine entsprechende Anwendung von § 850 b Abs. 1 Nr. 1 ZPO gefordert (Gutzeit, NJW 2010, 1644; Wollmann, ZInsO 2009, 2319). Eine Absicherung der Versorgung aus solchen Verträgen ist im Rahmen eines Insolvenzverfahrens aber nach dem derzeitigen Meinungsstand gefährdet.

© Rechtsanwalt Benjamin Heß, Dortmund, April 2012

Ruhr

Restrukturierungsforum

Das neue Netzwerk für den Erhalt von Unternehmen in der Region