

Privatinsolvenzrecht

Kommentar

Herausgegeben von

Dr. Andreas Schmidt

Insolvenzrichter, AG Hamburg

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2019

Verzeichnis der Bearbeiter

Annamia Beyer

Rechtsanwältin, Lambrecht Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Düsseldorf

Dr. Daniel Blankenburg

Richter am AG, Insolvenzrichter, AG Hamburg

Matthias Butenob

Rechtsanwalt, Landesarbeitsgemeinschaft Schuldnerberatung Hamburg e.V., Hamburg

Dr. Arno Doebert

Rechtsanwalt, Reimer Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft, Hamburg

Prof. Dr. Hans-Ulrich Heyer

Richter am AG, Insolvenzrichter (stellv. Direktor), AG Oldenburg

Alexandra Jaenecke

Schuldner- und Insolvenzberaterin, Beratungsstelle für Überschuldete Dilab e.V., Berlin

Alexander Kampf

Rechtsanwalt, Jost Roth Kollegen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Frankfurt am Main

Dr. Malte Köster

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, WILLMERKÖSTER Rechtsanwälte Insolvenzverwalter, Bremen

Jan Kröpke

Rechtspfleger, AG Hamburg

Dr. Jörg Linker, M.Jur.

Richter am AG, Insolvenzrichter, AG Hamburg

Markus Lüdtke

Rechtsanwalt, Johlke Niethammer & Partner, Hamburg

Dominik Montag

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Römermann Insolvenzverwalter Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hamburg

Dr. Christoph Morgen

Rechtsanwalt, Steuerberater, Betriebswirt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, Brinkmann & Partner, Hamburg

Prof. Dr. Klaus Pannen

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Prof. Dr. Pannen Rechtsanwälte, Hamburg

Henning Peters, MBA (UCT)

Rechtsanwalt, Reimer Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft, Hamburg

Moritz-K. Polonius

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Jost Roth Kollegen Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Hamburg

Thomas Reck

Assessor, Die Senatorin für Finanzen, Bremen

Dr. Susanne Riedemann

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Insolvenzrecht, Prof. Dr. Pannen Rechtsanwälte, Hamburg

Dr. Axel Rinjes, LL.M.

Staatsanwalt, Oldenburg

Dr. Stefan Saager

Rechtsanwalt, Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken, Berlin

Dr. Annika Schinkel

Rechtsanwältin, Brinkmann & Partner Rechtsanwälte Steuerberater mbB, Hamburg

Conrad Wandt

Rechtsanwalt, Johlke Niethammer & Partner, Hamburg

Dr. Markus Wischemeyer

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, White & Case Insolvenz GbR, Bochum/Dortmund/Münster

Dr. Matthias Wolgast, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Cornelius + Krage Insolvenzverwaltung GbR, Hamburg

Frane Zivkovic

Rechtsanwalt, Schwemer Titz & Tötter Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerbera-ter, Hamburg

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Verzeichnis der Bearbeiter	VII
Im Einzelnen haben bearbeitet	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXIX

Insolvenzordnung (InsO)¹

Abschnitt 1: Erster Teil der InsO – Allgemeine Vorschriften	1
§ 1 Ziele des Insolvenzverfahrens	1
§ 2 Amtsgericht als Insolvenzgericht	8
§ 3 Örtliche Zuständigkeit	11
§ 4 Anwendbarkeit der Zivilprozeßordnung	17
§ 4a Stundung der Kosten des Insolvenzverfahrens	23
§ 4b Rückzahlung und Anpassung der gestundeten Beträge	37
§ 4c Aufhebung der Stundung	42
§ 4d Rechtsmittel	48
§ 5 Verfahrensgrundsätze	49
§ 6 Sofortige Beschwerde	53
§ 8 Zustellungen	56
§ 9 Öffentliche Bekanntmachung	58
Anhang zu § 9: Insolvenzbekanntmachungen und Datenschutz	67
§ 10 Anhörung des Schuldners	79
 Abschnitt 2: Zweiter Teil der InsO – Eröffnung des Insolvenzverfahrens.	
Erfasstes Vermögen und Verfahrensbeteiligte	81
§ 13 Eröffnungsantrag	81
§ 14 Antrag eines Gläubigers	86
§ 17 Zahlungsunfähigkeit	97
§ 18 Drohende Zahlungsunfähigkeit	115
§ 20 Auskunfts- und Mitwirkungspflicht im Eröffnungsverfahren.	
Hinweis auf Restschuldbefreiung	124
§ 21 Anordnung vorläufiger Maßnahmen	130
§ 22 Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters	154

1 Es werden nicht sämtliche §§ der InsO kommentiert. Um die Übersichtlichkeit zu erhöhen, bleiben die §§ unbearbeitet, die ersichtlich keinen Bezug zum Privatsolvenzrecht haben.

Inhaltsverzeichnis

§ 22a	Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses	170
§ 23	Bekanntmachung der Verfügungsbeschränkungen	176
§ 24	Wirkungen der Verfügungsbeschränkungen	178
§ 25	Aufhebung der Sicherungsmaßnahmen	185
§ 26	Abweisung mangels Masse	186
§ 26a	Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters	197
§ 27	Eröffnungsbeschluß	199
§ 28	Aufforderungen an die Gläubiger und die Schuldner	204
§ 29	Terminbestimmungen	205
§ 30	Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses	205
§ 31	Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts- und Vereinsregister	206
§ 32	Grundbuch	208
§ 33	Register für Schiffe und Luftfahrzeuge	213
§ 34	Rechtsmittel	213
§ 35	Begriff der Insolvenzmasse	222
Anhang zu § 35:	Selbstständige in der Insolvenz, insbesondere Freiberufler	249
§ 36	Unpfändbare Gegenstände	274
Anhang zu § 36:	§§ 850, 850a – 850i, 850k, 851c, 851d ZPO	282
§ 38	Begriff der Insolvenzgläubiger	316
§ 39	Nachrangige Insolvenzgläubiger	326
§ 40	Unterhaltsansprüche	330
§ 41	Nicht fällige Forderungen	331
§ 42	Auflösend bedingte Forderungen	331
§ 43	Haftung mehrerer Personen	332
§ 44	Rechte der Gesamtschuldner und Bürgen	333
§ 44a	Gesicherte Darlehen	334
§ 45	Umrechnung von Forderungen	334
§ 46	Wiederkehrende Leistungen	335
§ 47	Aussonderung	335
§ 48	Ersatzaussonderung	338
§ 49	Abgesonderte Befriedigung aus unbeweglichen Gegenständen	340
§ 50	Abgesonderte Befriedigung der Pfandgläubiger	342
§ 51	Sonstige Absonderungsberechtigte	345
§ 52	Ausfall der Absonderungsberechtigten	346
§ 53	Massegläubiger	349
§ 54	Kosten des Insolvenzverfahrens	352
§ 55	Sonstige Masseverbindlichkeiten	358
§ 56	Bestellung des Insolvenzverwalters	368
§ 56a	Gläubigerbeteiligung bei der Verwalterbestellung	390

§ 57	Wahl eines anderen Insolvenzverwalters	396
§ 58	Aufsicht des Insolvenzgerichts	401
§ 59	Entlassung des Insolvenzverwalters	410
§ 60	Haftung des Insolvenzverwalters	421
§ 61	Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten	435
§ 62	Verjährung	442
§ 63	Vergütung des Insolvenzverwalters	444
§ 64	Festsetzung durch das Gericht	445
§ 65	Verordnungsermächtigung	445
§ 66	Rechnungslegung	445
§ 74	Einberufung der Gläubigerversammlung	451
§ 75	Antrag auf Einberufung	455
§ 76	Beschlüsse der Gläubigerversammlung	457
§ 77	Feststellung des Stimmrechts	459
§ 78	Aufhebung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung	468
§ 79	Unterrichtung der Gläubigerversammlung	471

**Abschnitt 3: Dritter Teil der InsO – Wirkungen der Eröffnung
des Insolvenzverfahrens**

		473
§ 80	Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts	473
§ 81	Verfügungen des Schuldners	477
§ 82	Leistungen an den Schuldner	482
§ 83	Erbschaft. Fortgesetzte Gütergemeinschaft	485
§ 84	Auseinandersetzung einer Gesellschaft oder Gemeinschaft	489
§ 85	Aufnahme von Aktivprozessen	492
§ 86	Aufnahme bestimmter Passivprozesse	495
§ 87	Forderungen der Insolvenzgläubiger	497
§ 88	Vollstreckung vor Verfahrenseröffnung	499
§ 89	Vollstreckungsverbot	502
§ 90	Vollstreckungsverbot bei Masseverbindlichkeiten	505
§ 91	Ausschluss sonstigen Rechtserwerbs	507
§ 92	Gesamtschaden	509
§ 94	Erhaltung einer Aufrechnungslage	511
§ 95	Eintritt der Aufrechnungslage im Verfahren	517
§ 96	Unzulässigkeit der Aufrechnung	523
§ 97	Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners	529
§ 98	Durchsetzung der Pflichten des Schuldners	539
§ 99	Postsperr	547
§ 100	Unterhalt aus der Insolvenzmasse	552
§ 101	Organschaftliche Vertreter, Angestellte	558

Inhaltsverzeichnis

§ 102	Einschränkung eines Grundrechts	561
§ 103	Wahlrecht des Insolvenzverwalters	561
§ 105	Teilbare Leistungen	567
§ 106	Vormerkung	569
§ 107	Eigentumsvorbehalt	574
§ 108	Fortbestehen bestimmter Schuldverhältnisse	580
§ 109	Schuldner als Mieter oder Pächter	586
Anhang zu § 109: §§ 65, 66, 66a, 67b, 73 GenG		594
§ 112	Kündigungssperre	600
§ 129	Grundsatz	603
§ 130	Kongruente Deckung	615
§ 131	Inkongruente Deckung	623
§ 132	Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen	630
§ 133	Vorsätzliche Benachteiligung	634
§ 134	Unentgeltliche Leistung	658
§ 136	Stille Gesellschaft	666
§ 137	Wechsel- und Scheckzahlungen	668
§ 138	Nahestehende Personen	671
§ 139	Berechnung der Fristen vor dem Eröffnungsantrag	674
§ 140	Zeitpunkt der Vornahme einer Rechtshandlung	677
§ 141	Vollstreckbarer Titel	682
§ 142	Bargeschäft	683
§ 143	Rechtsfolgen	695
§ 144	Ansprüche des Anfechtungsgegners	704
§ 145	Anfechtung gegen Rechtsnachfolger	707
§ 146	Verjährung des Anfechtungsanspruchs	711
§ 147	Rechtshandlungen nach Verfahrenseröffnung	714
Abschnitt 4: Vierter Teil der InsO – Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse		716
§ 148	Übernahme der Insolvenzmasse	716
§ 149	Wertgegenstände	720
§ 150	Siegelung	721
§ 151	Verzeichnis der Massegegenstände	721
§ 152	Gläubigerverzeichnis	723
§ 153	Vermögensübersicht	725
§ 154	Niederlegung in der Geschäftsstelle	726
§ 155	Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung	728
§ 156	Berichtstermin	729

§ 157	Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens	733
§ 158	Maßnahmen vor der Entscheidung	735
§ 159	Verwertung der Insolvenzmasse	735
§ 160	Besonders bedeutsame Rechtshandlungen	736
§ 161	Vorläufige Untersagung der Rechtshandlung	739
§ 162	Betriebsveräußerung an besonders Interessierte	740
§ 163	Betriebsveräußerung unter Wert	741
§ 164	Wirksamkeit der Handlung	741
§ 165	Verwertung unbeweglicher Gegenstände	742
§ 166	Verwertung beweglicher Gegenstände	745
§ 167	Unterrichtung des Gläubigers	746
§ 168	Mitteilung der Veräußerungsabsicht	748
§ 169	Schutz des Gläubigers vor einer Verzögerung der Verwertung.	750
§ 170	Verteilung des Erlöses.	752
§ 171	Berechnung des Kostenbeitrags	754
§ 172	Sonstige Verwendung beweglicher Sachen	756
§ 173	Verwertung durch den Gläubiger	758

Abschnitt 5: Fünfter Teil der InsO – Befriedigung der Insolvenzgläubiger.

	Einstellung des Verfahrens	760
§ 174	Anmeldung der Forderungen	760
§ 175	Tabelle	762
§ 176	Verlauf des Prüfungstermins	765
§ 177	Nachträgliche Anmeldungen.	765
§ 178	Voraussetzungen und Wirkungen der Feststellung.	767
§ 179	Streitige Forderungen.	769
§ 180	Zuständigkeit für die Feststellung	770
§ 181	Umfang der Feststellung.	771
§ 182	Streitwert	771
§ 183	Wirkung der Entscheidung.	772
§ 184	Klage gegen einen Widerspruch des Schuldners	773
§ 185	Besondere Zuständigkeiten.	774
§ 186	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	775
§ 187	Befriedigung der Insolvenzgläubiger	777
§ 188	Verteilungsverzeichnis	777
§ 189	Berücksichtigung bestrittener Forderungen	777
§ 190	Berücksichtigung absonderungsberechtigter Gläubiger	777
§ 191	Berücksichtigung aufschiebend bedingter Forderungen	778
§ 192	Nachträgliche Berücksichtigung	778

Inhaltsverzeichnis

§ 193	Änderung des Verteilungsverzeichnisses	778
§ 194	Einwendungen gegen das Verteilungsverzeichnis	778
§ 195	Festsetzung des Bruchteils	779
§ 196	Schlußverteilung	779
§ 197	Schlußtermin	779
§ 198	Hinterlegung zurückbehaltener Beträge	779
§ 199	Überschuß bei der Schlußverteilung	779
§ 200	Aufhebung des Insolvenzverfahrens	780
§ 201	Rechte der Insolvenzgläubiger nach Verfahrensaufhebung	780
§ 202	Zuständigkeit bei der Vollstreckung	780
§ 203	Anordnung der Nachtragsverteilung	780
§ 204	Rechtsmittel	781
§ 205	Vollzug der Nachtragsverteilung	781
§ 206	Ausschluß von Massegläubigern	781
	Vorbemerkung zu §§ 207 ff.	798
§ 207	Einstellung mangels Masse	800
§ 208	Anzeige der Masseunzulänglichkeit	804
§ 209	Befriedigung der Massegläubiger	804
§ 210	Vollstreckungsverbot	805
§ 210a	Insolvenzplan bei Masseunzulänglichkeit	805
§ 211	Einstellung nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit	805
§ 212	Einstellung wegen Wegfalls des Eröffnungsgrunds	816
§ 213	Einstellung mit Zustimmung der Gläubiger	816
§ 214	Verfahren bei der Einstellung	816
§ 215	Bekanntmachung und Wirkungen der Einstellung	822
§ 216	Rechtsmittel	824
	Abschnitt 6: Sechster Teil der InsO – Insolvenzplan	826
	Vorbemerkung zu §§ 217 ff.	826
§ 217	Grundsatz	827
§ 218	Vorlage des Insolvenzplans	827
§ 219	Gliederung des Plans	828
§ 220	Darstellender Teil	828
§ 221	Gestaltender Teil	832
§ 222	Bildung von Gruppen	834
§ 223	Rechte der Absonderungsberechtigten	839
§ 224	Rechte der Insolvenzgläubiger	840
§ 225	Rechte der nachrangigen Insolvenzgläubiger	840
§ 226	Gleichbehandlung der Beteiligten	840

§ 227	Haftung des Schuldners	842
§ 228	Änderung sachenrechtlicher Verhältnisse	843
§ 229	Vermögensübersicht, Ergebnis- und Finanzplan	843
§ 230	Weitere Anlagen	844
§ 231	Zurückweisung des Plans	845
§ 232	Stellungnahmen zum Plan	849
§ 233	Aussetzung von Verwertung und Verteilung	850
§ 234	Niederlegung des Plans.	850
§ 235	Erörterungs- und Abstimmungstermin	850
§ 236	Verbindung mit dem Prüfungstermin	853
§ 237	Stimmrecht der Insolvenzgläubiger	853
§ 238	Stimmrecht der absonderungsberechtigten Gläubiger	854
§ 239	Stimmliste.	854
§ 240	Änderung des Plans	854
§ 241	Gesonderter Abstimmungstermin	854
§ 242	Schriftliche Abstimmung	854
§ 243	Abstimmung in Gruppen	855
§ 244	Erforderliche Mehrheiten	855
§ 245	Obstruktionsverbot	856
§ 246	Zustimmung nachrangiger Insolvenzgläubiger	858
§ 247	Zustimmung des Schuldners.	859
§ 248	Gerichtliche Bestätigung.	859
§ 248a	Gerichtliche Bestätigung einer Planberichtigung.	859
§ 249	Bedingter Plan.	860
§ 250	Verstoß gegen Verfahrensvorschriften.	860
§ 251	Minderheitenschutz	861
§ 252	Bekanntgabe der Entscheidung	864
§ 253	Rechtsmittel	864
§ 254	Allgemeine Wirkungen des Plans.	865
§ 254a	Rechte an Gegenständen, Sonstige Wirkungen des Plans.	866
§ 254b	Wirkung für alle Beteiligten	866
§ 255	Wiederauflebensklausel	866
§ 256	Streitige Forderungen, Ausfallforderungen	866
§ 257	Vollstreckung aus dem Plan	867
§ 258	Aufhebung des Insolvenzverfahrens	868
§ 259	Wirkungen der Aufhebung.	869
§ 259a	Vollstreckungsschutz	869
§ 259b	Besondere Verjährungsfrist	869
§ 260	Überwachung der Planerfüllung	871

Inhaltsverzeichnis

§ 261	Aufgaben und Befugnisse des Insolvenzverwalters	872
§ 262	Anzeigepflicht des Insolvenzverwalters	872
§ 263	Zustimmungsbedürftige Geschäfte	872
§ 264	Kreditrahmen	872
§ 265	Nachrang von Neugläubigern	873
§ 266	Berücksichtigung des Nachrangs	873
§ 267	Bekanntmachung der Überwachung	873
§ 268	Aufhebung der Überwachung	874
§ 269	Kosten der Überwachung	874
Anhang zu §§ 217 ff.: Musterinsolvenzplan		874

Abschnitt 7: Achter Teil der InsO – Eigenverwaltung 878

Vorbemerkung zu §§ 270 ff.		878
§ 270	Voraussetzungen	880
§ 270a	Eröffnungsverfahren.	902
§ 270b	Vorbereitung einer Sanierung	903
§ 270c	Bestellung des Sachwalters	905
§ 270d	Eigenverwaltung bei gruppenangehörigen Schuldern.	905
§ 271	Nachträgliche Anordnung	906
§ 272	Aufhebung der Anordnung.	906
§ 273	Öffentliche Bekanntmachung	907
§ 274	Rechtsstellung des Sachwalters	908
§ 275	Mitwirkung des Sachwalters	911
§ 276	Mitwirkung des Gläubigerausschusses	912
§ 276a	Mitwirkung der Überwachungsorgane	913
§ 277	Anordnung der Zustimmungsbedürftigkeit	914
§ 278	Mittel zur Lebensführung des Schuldners.	914
§ 279	Gegenseitige Verträge	923
§ 280	Haftung. Insolvenzanfechtung	924
§ 281	Unterrichtung der Gläubiger.	924
§ 282	Verwertung von Sicherungsgut	925
§ 283	Befriedigung der Insolvenzgläubiger	925
§ 284	Insolvenzplan	926
§ 285	Masseunzulänglichkeit	926

Abschnitt 8: Neunter Teil der InsO – Restschuldbefreiung 927

§ 286	Grundsatz	927
§ 287	Antrag des Schuldners	930
§ 287a	Entscheidung des Insolvenzgerichts	938
§ 287b	Erwerbsobliegenheit des Schuldners.	946

§ 288	Bestimmung des Treuhänders	948
§ 289	Einstellung des Insolvenzverfahrens	950
§ 290	Versagung der Restschuldbefreiung	952
§ 292	Rechtsstellung des Treuhänders	973
§ 293	Vergütung des Treuhänders	978
§ 294	Gleichbehandlung der Gläubiger	981
§ 295	Obliegenheiten des Schuldners	985
§ 296	Verstoß gegen Obliegenheiten	1003
§ 297	Insolvenzstraftaten	1011
§ 297a	Nachträglich bekannt gewordene Versagungsgründe	1013
§ 298	Deckung der Mindestvergütung des Treuhänders	1015
§ 299	Vorzeitige Beendigung	1019
§ 300	Entscheidung über die Restschuldbefreiung	1021
§ 300a	Neuerwerb im laufenden Insolvenzverfahren	1028
§ 301	Wirkung der Restschuldbefreiung	1031
§ 302	Ausgenommene Forderungen	1035
§ 303	Widerruf der Restschuldbefreiung	1058
§ 303a	Eintragung in das Schuldnerverzeichnis	1061
Abschnitt 9: Zehnter Teil der InsO – Verbraucherinsolvenzverfahren		1062
§ 304	Grundsatz	1062
§ 305	Eröffnungsantrag des Schuldners	1072
§ 305a	Scheitern der außergerichtlichen Schuldenbereinigung	1098
Vorbemerkung zu §§ 306 ff.		1100
§ 306	Ruhe des Verfahrens	1107
§ 307	Zustellung an die Gläubiger	1112
§ 308	Annahme des Schuldenbereinigungsplans	1116
§ 309	Ersetzung der Zustimmung	1119
§ 310	Kosten	1126
§ 311	Aufnahme des Verfahrens über den Eröffnungsantrag	1127
Anhänge		1129
Anhang 1: Verfahren bei Tod des Schuldners		1129
Anhang 2: Verbraucherinsolvenzformularverordnung (VbrInsFV) und Vorschläge der Stephan-Kommission		1132
Anhang 3: Beratungshilfegesetz		1156
Anhang 4: Steuerrecht		1179
Anhang 5: Strafrecht		1235
Anhang 6: Vergütung		1264
Stichwortverzeichnis		1363

D. Die Selbstständigen, insbesondere Freiberufler im Einzelnen

- 43 Die Berufsgruppen der Selbstständigen sind insbesondere vor dem Hintergrund der unterschiedlichen berufsrechtlichen Vorschriften und den verschiedenen Auswirkungen des Insolvenzereignisses separat darzustellen und zu bewerten. Nachfolgend werden die besonders praxisrelevanten Fallgruppen und Aspekte im Einzelnen dargestellt, soweit sich Besonderheiten oder Abweichungen ergeben.

I. Ärzte

1. Berufsrechtliche Konsequenzen

- 44 Das Insolvenzereignis hat bei einzelnen Freiberuflergruppen Auswirkungen auf die berufsrechtliche Zulassung, da ein Teil der berufsrechtlichen Vorschriften für diesen Fall einen Entzug oder Widerruf der Zulassung vorsieht.³²
- 45 Keine (unmittelbare) Auswirkung hat die Insolvenzeröffnung hingegen auf die Berufszulassung des Arztes. Die Ausübung des Arztberufs bedarf einer Lizenz, der Approbation (§ 2 Abs. 1 BÄO). Zusätzlich bedarf der Arzt der kassenärztlichen Zulassung (§ 18 Ärzte-ZV), soweit er beabsichtigt, an der vertragsärztlichen Versorgung teilzunehmen. Die Approbation des Arztes kann nur bei Unwürdigkeit und Unzuverlässigkeit versagt bzw. widerrufen werden, §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 5 Abs. 2 Satz 2 BÄO.³³ Diese Tatbestandsmerkmale eröffnen weite Beurteilungsspielräume. Die Unzuverlässigkeit und Unwürdigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs muss dabei anhand einer wertenden Gesamtschau aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls festgestellt werden. Dabei kann ein beantragtes Insolvenzverfahren nur ein Indiz sein. Denn dem Arzt ist die Approbation nicht per se im Falle des Vermögensverfalls zu entziehen, da ihn, anders als Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, keine Vermögensbetreuungspflicht für seine Patienten trifft. Sein Vertrauensverhältnis zu den Patienten ist ausschließlich im Hinblick auf die medizinische Versorgung ausgestaltet. Gründe für die Annahme einer Unzuverlässigkeit bzw. Unwürdigkeit zur Ausübung des Arztberufs können daher vielmehr die häufige Abwesenheit von der Arztpraxis, Mängel in der Substitutionsbehandlung, unzulässige Delegation von ärztlichen Leistungen an Praxispersonal, das Vorhalten von Blankorezepten, Mängel in der Lohnfortzahlung und der Abführung von Krankenversicherungsbeiträgen sowie zahlreiche unangekündigte Fehlzeiten in der Praxis darstellen.³⁴ In der Praxis kommt es damit »nur« wegen eines Insolvenzverfahrens selten zum Widerruf der Approbation.
- 46 Zudem führt die Insolvenzeröffnung i.d.R. nicht automatisch zu einem berufsrechtlichen Verfahren.³⁵

32 HambKomm-Lüdtke § 35 Rn. 103; Uhlenbruck-Hirte § 35 Rn. 290 ff.

33 HambKomm-Kuleisa § 80 Rn. 60.

34 VG Gießen, MedR 2015, 590.

35 Beck/Depré-Popp, Praxis der Insolvenz § 42 Rn. 44.

2. Die Arztpraxis als Insolvenzmasse

Unter Geltung der KO war umstritten, ob die Praxis eines Arztes in die Insolvenzmasse fällt. Hintergrund dieser Streitfrage war, dass nach damaliger h.M. die Praxis des Freiberuflers unveräußerlich war. Dies führte jedoch zu einer Privilegierung der Freiberufler und zu einer generellen Abweichung von § 35.³⁶ Nach heutiger Rechtsprechung fällt die Freiberuflerpraxis und damit auch die Arztpraxis grds. in die Insolvenzmasse.³⁷

Dagegen gehört die Zulassung des Schuldners als Vertragsarzt und der dem zugelassenen Vertragsarzt zugewiesenen Vertragsarztsitz nicht zur Insolvenzmasse, da diese als unveräußerliche Rechte nicht pfändbar sind.³⁸ Dazu führt der BGH bereits zur Konkursordnung wie folgt aus:³⁹

»Die Zulassung als Vertragsarzt stellt sich als Zuerkennung einer öffentlich-rechtlichen Berechtigung durch Stellen staatlicher Verwaltung, nämlich der Zulassungs- und Berufungsausschüsse (§§ 96, 97 SGB V), dar. [...] Die Zulassung setzt eine Reihe von Qualifikationen voraus, die in der Person des Arztes erfüllt sein müssen (vgl. § 95 Abs. 1 und § 95a SGB V iVm § 43 Abs. 2 ff. Ärzte ZV; § 98 Abs. 2 Nr. 10 SGB V iVm §§ 18, 20, 21 Ärzte-ZV). Die Zulassung ist daher untrennbar mit der Person des Berechtigten verbunden. Als solchermaßen ausgestaltete öffentlich-rechtliche Berechtigung ist die Zulassung als Vertragsarzt ebensowenig übertragbar oder pfändbar wie etwa der Status als Rechtsanwalt (im Ergebnis ebenso Schick, NJW 1990, 2359, 2361). Als öffentlich-rechtliche Berechtigung kann die Zulassung bei Vermögensverfall des Vertragsarztes nicht in die Konkursmasse fallen mit der Folge, daß der Konkursverwalter über sie verfügen und sie verwerten könnte. [...] Nichts anderes gilt für das Recht auf Verlegung des Vertragsarztsitzes und für die Befugnis, die erforderliche Genehmigung zu beantragen. Sie kann aus den dargestellten Gründen ebenfalls nicht mit der Konkursöffnung auf den Konkursverwalter übergehen. Wäre dies der Fall, so könnte der Konkursverwalter durch seine Handlungen dem Vertragsarzt jede Möglichkeit nehmen, weiterhin eine Vertragsarztpraxis zu betreiben und von seiner Zulassung Gebrauch zu machen. Indem er die mit der Gemeinschaftspraxis zusammenhängenden privatrechtlichen Vermögenswerte abwickelt, nimmt er ihm die Möglichkeit, die Praxis am bisherigen Ort weiterzuführen. Würde er zudem einen Antrag auf Verlegung der Praxis verhindern können, wäre dem Vertragsarzt deren Weiterführung auch an jedem anderen Ort verwehrt. Damit ergäbe sich für den Arzt ein faktisches Ende seines Vertragsarztsitzes und seiner Zulassung, ohne daß sich ein entsprechender Tatbestand den Regelungen der § 95 Abs. 6 und 7 SGB V, § 27, § 28 Ärzte-ZV entnehmen ließe.«

36 Uhlenbruck-Hirte § 35 Rn. 276.

37 BGH, BB 1958, 496 (Steuerberater); BGH, NJW 1965, 580 (Rechtsanwalt); BGH, NJW 1973, 98 (Rechtsanwalt); BGH, NJW 1997, 2453; LSG NRW, MedR 1999, 333 (Arzt); LSG NRW, NJW 1997, 2477; OLG Braunschweig, NJW 1997, 2454 (Zahnarzt).

38 LSG NRW, NJW 1997, 2477.

39 BSG, MedR 2001, 159.

- 49 Die Ausübung des Rechts durch einen anderen – was Voraussetzung für die Veräußerung eines Gegenstands aus der Insolvenzmasse ist – ist gerade für die kassenärztliche Zulassung ausgeschlossen.⁴⁰ Dabei knüpfen die §§ 20, 21 Ärzte-ZV ausdrücklich an die Person des Arztes an. Diese Auffassung wurde zuletzt durch das BVerfG bestätigt.⁴¹

a) Praxiseinrichtung

- 50 Trotz der grundsätzlichen Massezugehörigkeit einer Arztpraxis muss der Insolvenzverwalter auch hier die allgemeinen Grenzen des Insolvenzbeschlags beachten. Gem. § 811 Abs. 1 Nr. 5 und 7 ZPO unterliegen damit die zur Ausübung der körperlichen oder geistigen Arbeit oder sonstigen persönlichen Leistung erforderlichen Gegenstände und die Dienstkleidung sowie Dienstausrüstungsgegenstände dem Pfändungsschutz und sind damit nicht der Insolvenzmasse zu zuordnen. Das hat zur Folge, dass die Praxiseinrichtung, welche zur Erwerbstätigkeit erforderlich ist, nicht von dem Insolvenzbeschluss erfasst ist. Gem. § 36 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 811 Abs. 1 Nr. 5 und 7 ZPO bleibt somit für den Schuldner die Möglichkeit erhalten, auch künftig den Unterhalt für sich und seine Familienangehörigen aus eigenen Kräften zu erwirtschaften. Dies gilt jedoch nur, soweit der Arzt die Fortführung seiner Praxis auch tatsächlich anstrebt.⁴²
- 51 Der Pfändungsschutz entfällt, sofern der Schuldner seine ärztliche Tätigkeit einstellt, beispielsweise weil seine Approbation widerrufen wurde. Dann unterliegt das zunächst insolvenzfremde Vermögen nunmehr dem Insolvenzbeschluss und kann durch den Insolvenzverwalter verwertet werden.

b) Patientenakten

- 52 Weiterhin ist auch der Geschäfts- und Firmenwert (goodwill) als Bestandteil des immateriellen Anlagevermögens zu berücksichtigen. Hierbei handelt es sich um den »inneren Wert« der insolvenzbefangenen Praxis, der von dem Ruf der Praxis, der Lage, der Marktposition etc. beeinflusst ist.⁴³
- 53 Solche immateriellen Vermögenswerte stellen bei Freiberuflerpraxen üblicherweise den wesentlichen Vermögenswert dar. Einen besonders wertbildenden Faktor des goodwill bilden die Patientenakten des Arztes. Hier sind wesentliche Besonderheiten zu beachten. Denn grds. unterliegen die Geschäftsbücher gem. § 811 Abs. 1 Nr. 11 ZPO dem Pfändungsschutz. Hier greift jedoch die Sondervorschrift des § 36 Abs. 2 Nr. 1. Durch diese Norm werden die Patientenakten ausdrücklich der Insolvenzmasse zugeordnet. Diese Regelung ist sachlich gerechtfertigt, da ein Unternehmen als

40 Marc d'Avoine, Arzt und Praxis in Krise und Insolvenz Rn. 339.

41 BVerfG, ZIP 2013, 1028.

42 Uhlenbruck-Hirte § 35 Rn. 278.

43 Uhlenbruck-Hirte § 35 Rn. 276.

Ganzes nicht fortgeführt oder veräußert werden kann, wenn die Geschäftsunterlagen nicht von der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters erfasst werden.⁴⁴

c) Honorarforderung

Einer gesonderten Betrachtung bedarf ebenfalls die Zuordnung von Honorarforderungen eines schweigepflichtigen Arztes zu der Insolvenzmasse. Gem. § 36 Abs. 1 gehören Forderungen dann nicht zur Insolvenzmasse, wenn sie nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen. Der Zwangsvollstreckung wiederum unterliegt eine Forderung nur, soweit sie auch übertragbar ist (§ 851 Abs. 1 ZPO). Da der BGH für die Honorarforderung eines Rechtsanwalts mehrfach entschieden hat, dass ohne die Zustimmung des Mandanten die Abtretung der Honorarforderungen i.d.R. nach § 134 BGB wegen Verletzung von Privatgeheimnissen nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB nichtig sei,⁴⁵ wurde teilweise die Auffassung vertreten, dass Honorarforderungen von Angehörigen schweigepflichtiger Berufe nicht dem Insolvenzbeschlagn unterfallen würden.⁴⁶ Nach *Hirte* kann jedoch nicht auf ein generelles Pfändungsverbot nach § 851 Abs. 1 ZPO abgestellt werden. Zutreffenderweise kann erst eine Auslegung der beschränkenden Gesetze ergeben, ob eine Forderung unpfändbar ist und sich damit dem Insolvenzbeschlagn entzieht. Letztlich hat der BGH das von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht der Patienten auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber dem von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Befriedigungsinteresse der Gläubiger des Schuldners abgewogen und im Ergebnis das Geheimhaltungsinteresse der Patienten zurücktreten lassen.⁴⁷

Damit fällt eine Honorarforderung gegen den Patienten in die Insolvenzmasse.⁴⁸ 55

3. Praxisverwertung

a) Fortführung

Durch die Fortführung der selbstständigen Tätigkeit stellt der (vorläufige) Insolvenzverwalter zukünftige Einnahmen sicher. Dies stellt ihn vor besondere Herausforderungen, denn die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit setzt zwingend eine berufsspezifische Qualifikation voraus (§ 2 BÄO). Der (vorläufige) Insolvenzverwalter ist dabei auf die Kooperation des Arztes angewiesen, dem im Rahmen der Fortführung die Behandlung der Patienten obliegt. Grds. ist der Arzt aber nicht zur Praxisfortführung verpflichtet, 56

⁴⁴ Uhlenbruck-Hirte § 35 Rn. 280.

⁴⁵ BGH, NJW 1997, 188; BGH, NJW 1996, 755; BGH, NJW 1995, 2915; BGH, NJW 1995, 2026; BGH, NJW 1993, 2795; BGH, NJW 1993, 1912; BGH, NJW 1993, 1638; s.a. BFH, NJW 2005, 1308.

⁴⁶ Uhlenbruck-Hirte § 36 Rn. 24.

⁴⁷ Dem BVerfG folgend: BVerfG, NJW 1990, 563; BVerfG, NJW 1984, 419; BGH, NJW 1999, 1544 (Honorarforderung eines Steuerberaters); BGH, NJW 2005, 1505 (Honorarforderung eines Arztes); BGH, NJW 2007, 1196 (Anwaltsgebührenforderung).

⁴⁸ Ausführlich Uhlenbruck-Hirte § 36 Rn. 24 ff.

sondern kann auch eine Tätigkeit als angestellter Arzt aufnehmen. Für diesen Fall kommt eine Fortführung nicht (mehr) in Betracht. Dies gilt auch für den Fall, dass dem Arzt im Einzelfall die Approbation oder kassenärztliche Zulassung entzogen wird.

- 57 Denkbar ist ebenfalls eine Fortführung der Praxis im Rahmen einer Eigenverwaltung nach den §§ 270 ff. Gem. § 270 ist der Schuldner berechtigt, unter Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten. Eine Eigenverwaltung setzt einen entsprechenden Antrag des Schuldners voraus. Zudem dürfen keine Umstände bekannt sein, die erwarten lassen, dass die Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führt, § 270 Abs. 2. Für den Arzt ist die Eigenverwaltung attraktiv, da er weiterhin verwaltungs- und verfügungsbefugt bleibt und (lediglich) unter die Aufsicht des Sachwalters gestellt wird. In der Praxis tritt die Eigenverwaltung wegen der Möglichkeit der Freigabe jedoch in den Hintergrund und hat daher geringe praktische Relevanz.⁴⁹
- 58 Grds. ist eine **Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Arztes** möglich, § 35 Abs. 2. Bei der Freigabe handelt es sich um eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Insolvenzverwalters. Nach erfolgter Freigabe verbleibt die Entscheidung, die selbstständige Tätigkeit weiter auszuüben oder eine solche Tätigkeit während des Verfahrens aufzunehmen, bei dem Arzt selbst und nicht mehr bei dem Insolvenzverwalter.⁵⁰ Eine Freigabe kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Insolvenzverwalter die Masse vor möglichen Verlusten aus einer Praxisfortführung schützen will. Macht der Insolvenzverwalter keinen Gebrauch von der Freigabemöglichkeit und duldet damit die Praxisfortführung, sind die Verbindlichkeiten, die durch die Fortführung begründet werden, als Masseverbindlichkeiten zu klassifizieren und von der Gläubigersamtheit zu tragen.⁵¹ Insoweit hat der Insolvenzverwalter die Vor- und Nachteile für die Masse entsprechend abzuwägen. Entscheidet er sich für die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit, fällt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis endgültig, unbedingt und unwiderruflich auf den Schuldner zurück.⁵²
- 59 Die Folgen einer Freigabe der selbstständigen Tätigkeit sind weitreichend. Denn die Freigabe erfasst nicht nur die Gegenstände und Werte, die der Arzt zur Ausübung seiner Tätigkeit benötigt, sondern auch den Neuerwerb, den er nach der Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters erwirtschaftet. Dieser Neuerwerb dient ihm als Haftungsmasse gegenüber denjenigen Gläubigern, deren Forderungen nach erfolgter Freigabeerklärung entstanden sind.⁵³ Ebenfalls von der Freigabe erfasst sind auch die bestehenden Arbeitsverhältnisse.⁵⁴
- 60 Praxisrelevant ist zudem, dass der Arzt nach erfolgter Freigabe eine Gegenleistung an die Insolvenzmasse zu leisten hat. Gem. § 35 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 295 Abs. 2 hat der

49 Beck/Depré-Popp, Praxis der Insolvenz § 42 Rn. 21.

50 Zu den Motiven BT-Drucks. 16/3227, 17.

51 BT-Drucks. 16/3227, 17.

52 BeckOK-InsO-Fridgen/Geiwitz/Göpfert § 35 Rn. 66.

53 BSG, NZI 2015, 620; BGH, NZI 2011, 633.

54 BGH, NZI 2011, 633.

Arzt die Gläubiger so zu stellen, wie wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre. Durch den Verweis auf die Abführungspflicht gem. § 295 Abs. 2 wird sichergestellt, dass der Arzt im Verhältnis zu den Arbeitnehmern nicht bessergestellt wird und die Masse partiell an dem Erfolg seiner selbstständigen Tätigkeit beteiligt ist.

b) Praxisveräußerung

Grds. ist der Insolvenzverwalter zur Unternehmensveräußerung befugt. Dies gilt auch 61 für die Veräußerung einer Arztpraxis.

Der Arzt unterliegt der ärztlichen Schweigepflicht aus § 9 MBO-Ä, die eine Verwertung der Patientenakte ohne Zustimmung der Betroffenen verbietet. Ein Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht ist strafbewehrt, § 203 StGB. Sollte dieses Verbot im Rahmen der Veräußerung nicht ausreichend berücksichtigt werden, führt dies zur Nichtigkeit des Vertrages gem. § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB. 62

Den beruflichen Geheimhaltungspflichten wird dadurch Rechnung getragen, dass eine Weitergabe der Patientenunterlagen nur nach deren Einwilligung erfolgen darf. Dieses Einwilligungsergebnis führt in der Praxis allein aufgrund des zahlenmäßigen Umfangs solcher Patientenakten zu erheblichen Schwierigkeiten. Abhilfe kann dabei das »Zwei-Schranken-Modell« nach dem Konzept der »Münchener Empfehlungen zur Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht bei Veräußerung einer Arztpraxis« vom 08.04.1992 schaffen.⁵⁵ Hiernach werden die Patienten, die im letzten Quartal die Praxis besucht haben, befragt, ob sie mit der Weitergabe der Krankenunterlagen an den Nachfolger einverstanden sind. Durch diesen ersten Durchlauf sollen 80 bis 90 % der laufenden Patienten abgedeckt werden. Die restlichen Karteikarten werden verschlossen und verbleiben (zunächst) im Eigentum des ausscheidenden Praxisinhabers. Der ausscheidende Praxisinhaber verpflichtet sich, dem Nachfolger immer dann das Eigentum an der Kartei zu übertragen, sobald ein Patient in die Praxis kommt und schlüssig oder ausdrücklich erklärt, durch den Praxisnachfolger behandelt werden zu wollen.⁵⁶ 63

Zu einer Praxisveräußerung ist ggf. die Zustimmung der Gläubigerversammlung gem. 64 §§ 160 ff. einzuholen. Demgegenüber bedarf es der Zustimmung des Schuldners zu einer Unternehmens- oder Praxisveräußerung grds. nicht. Bei der Veräußerung einer Freiberuflerpraxis ist den Gläubigerinteressen der Vorrang gegenüber einer Vertrauensbeziehung zwischen Schuldner und Patient einzuräumen, so dass keine Verwertungshindernisse bestehen.⁵⁷

c) Praxisstilllegung

Bereits während des Insolvenzantragsverfahrens kann sich die Notwendigkeit ergeben, 65 den Betrieb der ärztlichen Praxis einzustellen. Das Gesetz trägt diesem Bedarf durch

55 Abgedruckt MedR 1992, 207 f.; s.a. Kamp, NJW 1992, 1545, 1546.

56 Kamp, NJW 1992, 1545, 1546.

57 HambKomm-Lüdtke § 35 Rn. 106.

die Regelung des § 22 Abs. 1 Nr. 2 Rechnung. Nach dieser Norm kann der vorläufige Insolvenzverwalter mit Zustimmung des Insolvenzgerichts den Betrieb einer Arztpraxis stilllegen, um dadurch eine erhebliche Vermögensminderung zu vermeiden. Nach erfolgter Insolvenzeröffnung hat die Gläubigerversammlung im Berichtstermin über die Stilllegung des Betriebs zu beschließen (§ 157). Auch vor dem Berichtstermin ist unter den Voraussetzungen des § 158 eine Stilllegung möglich.

II. Apotheker

1. Berufsrechtliche Konsequenzen

- 66 Zu dem Betrieb einer Apotheke bedarf es gem. § 1 Abs. 2 ApoG der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Diese Erlaubnis ist gem. § 1 Abs. 3 ApoG personengebunden. Das Insolvenzverfahren hat keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Apotheken-erlaubnis. Es kann aber auch hier die Erlaubnis nach § 4 Abs. 2 Satz 1 ApoG widerrufen werden, wenn nachträglich die zum Betrieb einer Apotheke notwendige Zuverlässigkeit entfällt.⁵⁸ Entscheidend ist daher die Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG und damit die Frage, ob der Apotheker unzuverlässig und unwürdig ist, eine Apotheke zu betreiben. Für diese Beurteilung gelten vergleichbare Kriterien wie bei dem Arzt. Denn auch den Apotheker trifft keine Vermögensbetreuungspflicht für die Patienten. Er steht, wie der Arzt, in einer ausschließlich auf die medizinische Versorgung ausgerichteten Beziehung zu Patienten. Damit kann bezüglich des Merkmals der Unzuverlässigkeit auf die entsprechenden Ausführungen zu den berufsrechtlichen Konsequenzen für den Arzt verwiesen werden (vgl. Rdn. 44 ff.).

2. Die Apotheke als Insolvenzmasse

- 67 Nach § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO sind die zum Betrieb einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Waren nicht der Pfändung unterworfen. Damit wären sie grds. nicht Teil der Insolvenzmasse. Aber auch hier, wie bereits bei dem Arzt, ordnet § 36 Abs. 2 Nr. 2 diese Gegenstände der Insolvenzmasse zu. Folglich fallen die in einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, wie z.B. Waagen, Thermometer, Registrierkassen, Gefäße und Arzneimittel sowie Rezepte in die Insolvenzmasse. Damit ist sichergestellt, dass die Apotheke als Ganzes veräußert werden kann.⁵⁹

3. Apothekenverwertung

a) Fortführung

- 68 Wie ausgeführt ist der Betrieb einer Apotheke gem. § 1 Abs. 1 ApoG erlaubnispflichtig und der Apotheker gem. § 7 ApoG zur persönlichen und eigenverantwortlichen Leitung verpflichtet. Da mit Insolvenzeröffnung das Recht der Vermögensverwaltung auf den Insolvenzverwalter übergeht (§ 80), kann der Schuldner als Inhaber der

⁵⁸ Beck/Depré-Popp, Praxis der Insolvenz § 42 Rn. 45.

⁵⁹ Uhlenbruck-Hirte § 36 Rn. 53.

personengebundenen Erlaubnis (§ 1 Abs. 3 ApoG) die Apotheke nicht mehr entsprechend den gesetzlichen Anforderungen führen.

Die Fortführung einer Apotheke ist allenfalls im Rahmen einer Verpachtung gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 ApoG oder im Weg der Eigenverwaltung (§§ 270 ff.) möglich.⁶⁰

Für das vorläufige Insolvenzverfahren ist die Regelung des § 23 ApoG zu berücksichtigen, nach der bereits »das Mitbetreiben« strafbewehrt ist. Der Untersagungstatbestand des § 5 ApoG und der Straftatbestand des § 23 ApoG sind bereits erfüllt, wenn der Insolvenzverwalter lediglich den Zahlungsverkehr kontrolliert, da das Apothekengesetz grds. die eigenverantwortliche Führung in pharmazeutisch-wissenschaftlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht verlangt, um jegliche indirekte Einflussnahme Dritter auszuschließen.⁶¹ Ggf. wird das Insolvenzgericht daher lediglich die Erstellung eines Sachverständigengutachtens anordnen. Im Hinblick auf die Fortführung einer Apotheke durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter wird es in der Praxis entscheidend darauf ankommen, mit der für die Schließung zuständigen Behörde frühzeitige Abstimmungen für den weiteren Verfahrensverlauf zu treffen und dadurch die Anordnung eines Sofortvollzugs zu vermeiden.

b) Freigabe der Apotheke

Sofern wegen der Regelungen des ApoG keine Fortführungsmöglichkeit besteht, kommt es zur Zwangsstillegung des Apothekenbetriebs. Alternativ besteht die Möglichkeit der Freigabe gem. § 35 Abs. 2.⁶²

III. Rechtsanwälte

1. Berufsrechtliche Konsequenzen

Die Zulassung eines Rechtsanwalts ist gem. § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO zu widerrufen, wenn ein Vermögensverfall eingetreten ist, es sei denn, dass dadurch die Interessen der Rechtsuchenden nicht gefährdet sind. Rechtsanwälte sind im Verhältnis zu den Mandanten grds. vermögensbetreuungspflichtig, weshalb, anders als bei Ärzten und Apothekern, der eingetretene Vermögensverfall entscheidend für den Zulassungswiderruf ist.

Gem. § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO wird ein Vermögensverfall des Rechtsanwalts vermutet, wenn ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Rechtsanwalts eröffnet oder der Rechtsanwalt in das vom Vollstreckungsgericht zu führende Verzeichnis (§ 26 Abs. 2, § 882b ZPO) eingetragen ist.

Aus dem Wortlaut des § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO ergibt sich, dass im Regelfall die Zulassung zu widerrufen ist, wenn der Rechtsanwalt in Vermögensverfall geraten ist. Nur in Ausnahmefällen (»es sei denn«) kann von dem Widerruf

60 OVG Berlin, ZVI 2004, 618; Braun-Bäuerle § 36 Rn. 28; Uhlenbruck-Hirte § 35 Rn. 297.

61 VG Berlin, ZVI 2004, 618, 619 m.w.N.

62 Lenger/Bauchowitz, NZI 2015, 494, 497.

abgesehen werden, wenn dadurch die Interessen des Mandanten nicht gefährdet werden (**Regel-Ausnahme-Verhältnis**).⁶³

- 75 Das Gesetz geht damit beim Vorliegen des Vermögensverfalls grds. davon aus, dass dadurch die Mandanteninteressen gefährdet sind. Damit trifft den Rechtsanwalt die Darlegungs- und Feststellungslast für den Ausnahmetatbestand. Indizien für eine Gefährdung der Interessen der Mandanten können sich zusätzlich aus der Verletzung der Steuerklärungsspflichten sowie aus der Nichtzahlung der Kammerbeiträge oder Prämien für die Berufshaftpflichtversicherung und dem dadurch bedingten Erlöschen der Versicherung ergeben.⁶⁴
- 76 Für den Rechtsanwalt ist damit von entscheidender Bedeutung, wann eine Gefährdung von Mandanten- und Gläubigerinteressen ausscheidet, damit er seiner beruflichen Tätigkeit weiter nachgehen kann. Allein die Insolvenzantragstellung und auch die Verfahrenseröffnung genügen hierfür nicht. Dies gilt ebenfalls für die Stellung des Restschuldbefreiungsantrags, da unklar ist, ob diese überhaupt erteilt werden wird.
- 77 Die Vermögensverhältnisse des Rechtsanwalts sollen erst bzw. bereits dann als wieder geordnet anzusehen sein, wenn dem Schuldner durch Beschluss die Restschuldbefreiung gem. § 291 a.F. oder § 287 n.F. angekündigt wird. Im Ergebnis führt dies durch die Neuregelung des § 287 zu einer Vorverlegung auf die Eingangsentscheidung des Insolvenzgerichts zu Verfahrensbeginn.⁶⁵
- 78 Demgegenüber wird im Rahmen einer konsensualen Schuldenbereinigung als ausreichend angesehen, dass ein Schuldenbereinigungsplan angenommen wird (§ 308) oder ein Insolvenzplan gerichtlich bestätigt wurde (§ 248).⁶⁶

2. Die Rechtsanwaltskanzlei als Insolvenzmasse

- 79 Nach damaliger Auffassung des RG und des EGH der Reichsrechtsanwaltskammer wurde der Beruf des Rechtsanwalts nicht als Gewerbe bezeichnet. »Der Anwalt erfülle vielmehr eine wichtige öffentliche Aufgabe im Dienst des Allgemeinwohls, er dürfe deshalb seinen Beruf weder als reine Gelderwerbsquelle betrachten noch die Praxis zum Gegenstand eines Handelsgeschäfts machen. Das verbiete sich auch deshalb, weil das dem Anwalt entgegengebrachte Vertrauen seiner Klientel eng mit seiner Person verbunden sei.«⁶⁷ Seinerzeit war daher der Verkauf einer Anwaltspraxis standes- und grds. auch sittenwidrig.
- 80 Der BGH hat diese Auffassung aufgegeben. Der Rechtsanwalt betreibt seine Kanzlei, um sich eine Existenzgrundlage zu schaffen. Dies ist weder anstößig, noch sittenwidrig.⁶⁸

63 Uhlenbruck-Hirte § 35 Rn. 292 m.w.N.

64 BFH/NV 1993, 624, 625; VG Dessau, WPK-Mitt. 1997, 320.

65 BGH, BeckRS 2016, 15577; Ahrens, NJW-Spezial 2016, 725.

66 BGH, NJW 2005, 511; BGH, NZI 2007, 678, 678 f.

67 RGZ 153, 280 ff.; 161, 153 ff.; EGH 27, 153; 31, 41.

68 BGH, NJW 1965, 580; BGH, NJW 1973, 98.

Damit unterfällt die Kanzlei des Rechtsanwalts dem Insolvenzbeschlagn und kann als Ganzes veräußert werden. Es sind allerdings die allgemeinen Grenzen des Insolvenzbeschlagns zu beachten, die sich aus § 36 ergeben. Damit kann sich auch der Rechtsanwalt auf den Pfändungsschutz des § 811 Abs. 1 Nr. 5 und 7 ZPO berufen.⁶⁹ 81

a) Kanzleieinrichtung

Die Praxiseinrichtung eines Rechtsanwalts fällt grds. unter den Insolvenzbeschlagn.⁷⁰ 82 Darunter ist i.d.R. die Büroeinrichtung, Computer, Telefon, Fax, Kopierer und eine juristische Bibliothek zu verstehen. Sollte der Rechtsanwalt allerdings weiterhin durch seine anwaltliche Tätigkeit seinen Lebensunterhalt bestreiten wollen, so sind die hierfür erforderlichen Gegenstände vom Pfändungsschutz erfasst und damit keine Bestandteile der Insolvenzmasse, § 36 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 811 Abs. 1 Nr. 5 und 7 ZPO.

b) Mandantenakten

Bezüglich der Mandantenakten gilt, dass diese aufgrund der ausdrücklichen Zuweisung des § 36 Abs. 1 Nr. 1 der Insolvenzmasse zugeordnet sind. An dieser Stelle ist auf die Ausführungen zu den Patientenakten der Ärzte zu verweisen (s. Rdn. 52). 83

c) Honorarforderung

Auch die Honorarforderungen des Rechtsanwalts fallen in die Insolvenzmasse.⁷¹ Hier 84 gelten die bereits bei dem Arzt angestellten Erwägungen (s. Rdn. 54).

3. Kanzleiverwertung

a) Fortführung

Oftmals liegt die Kanzleifortführung im Interesse der Gläubigergesamtheit, um dadurch Sanierungschancen zu wahren. 85

Verweigert der Rechtsanwalt die Mitwirkung bei der Fortführung oder ist die Fortführung durch diesen nicht ordnungsgemäß, stellt sich die Frage, ob die Fortführung auch durch den Insolvenzverwalter allein durchgeführt werden kann. Sofern der Insolvenzverwalter die Qualifikation eines Rechtsanwalts besitzt, ist ihm die Übernahme der Tätigkeit des Schuldners möglich.⁷² Zu beachten ist in diesem Fall allerdings, dass keine Interessenkollisionen bestehen dürfen, die einer Fortführung entgegenstehen. 86

Alternativ bietet sich an, wie bei Krankheit oder Urlaub des Rechtsanwalts, einen qualifizierten Dritten als Vertreter zu bestellen, § 53 BRAO. In einem solchen Fall hat der Vertreter die Verschwiegenheitspflichten zu wahren, was dem Insolvenzverwalter die 87

⁶⁹ Uhlenbruck-Hirte § 35 Rn. 278.

⁷⁰ BGH, NJW 1965, 580; BGH, NJW 1973, 98.

⁷¹ Frind, Privatinsolvenz Teil 3 Rn. 641.

⁷² BFH, ZIP 1994, 1283, 1285.

Durchführung seiner Tätigkeit erheblich erschweren kann. Damit ist es meist sinnvoller, wenn der Schuldner selbst die Fortführung vornimmt.⁷³

b) Kanzleiveräußerung

- 88 Der Rechtsanwalt ist Berufsgeheimnisträger, § 43a BRAO. Vergleichbar zu der Übertragung ärztlicher Patientenakten ist eine Veräußerung und Übergabe der Akten möglich, wenn der Mandant ausdrücklich oder konkludent einwilligt.⁷⁴

c) Freigabe

- 89 Grds. besteht auch die Möglichkeit einer Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Rechtsanwalts, § 35 Abs. 2. Zu dieser Maßnahme wird der Insolvenzverwalter insbesondere dann greifen, wenn die Betriebsfortführung nicht kostendeckend erfolgt und die Gläubigergesamtheit dadurch vor den wirtschaftlichen Nachteilen einer Fortführung geschützt werden soll.
- 90 Dies führt dazu, dass der Neuerwerb nicht mehr der Insolvenzmasse zusteht. Der Neuerwerb dient damit dem Rechtsanwalt als Haftungsmasse für die von ihm nach Freigabe begründeten Verbindlichkeiten. Im Gegenzug hat der Rechtsanwalt an den Insolvenzverwalter die Gegenleistung gem. § 35 Abs. 2 i.V.m. § 295 Abs. 2 zu leisten.

IV. Steuerberater

1. Berufsrechtliche Konsequenzen

- 91 Die Insolvenzeröffnung hat ebenfalls berufsrechtliche Konsequenzen für die Berufsgruppe der Steuerberater. Die Zulassung eines Steuerberaters ist gem. § 46 Abs. 2 Nr. 4 zu widerrufen, wenn ein Vermögensverfall eingetreten ist.
- 92 Die Norm entspricht inhaltlich weitestgehend der Regelung des § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO, der für Rechtsanwälte gilt. Steuerberater sind wie Rechtsanwälte gegenüber ihren Auftraggebern vermögensbetreuungspflichtig, weshalb der eingetretene Vermögensverfall auch für sie einen Zulassungswiderruf darstellt. Der Vermögensverfall führt dann nicht zum Widerruf der Zulassung, wenn dadurch die wirtschaftlichen Interessen der Auftraggeber nicht gefährdet sind.
- 93 Für die Frage des Widerrufs der Zulassung wird damit ebenfalls an das Vorliegen geordneter wirtschaftlicher Verhältnisse bzw. an die Gefährdung der Auftraggeberinteressen angeknüpft.⁷⁵
- 94 Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu dem Widerruf der Rechtsanwaltszulassung ist davon auszugehen, dass die Vermögensverhältnisse des Steuerberaters erst dann als wieder geordnet anzusehen sind, wenn dem Steuerberater durch Beschluss

⁷³ Uhlenbruck-Hirte § 35 Rn. 284 ff.

⁷⁴ MK-Peters § 35 Rn. 509.

⁷⁵ BFH, ZInsO 2004, 203.

zum Ende der Abtretungsfrist gilt für Gläubiger mit privilegierten Forderungen das Vollstreckungsverbot nach § 294 Abs. 1.⁹⁶

- 30 Erst nach Rechtskraft der Entscheidung über die Erteilung oder Versagung der Restschuldbefreiung dürfen die Gläubiger ihre nach § 302 festgestellten Forderungen gem. § 201 unbeschränkt geltend machen und in das Vermögen des Schuldners **vollstrecken**.⁹⁷ Im Gegensatz zu den von der Restschuldbefreiung erfassten Forderungen, gelten die ausgenommenen Forderungen nicht als unvollkommene Verbindlichkeiten und bleiben somit erfüllbar und durchsetzbar. Die **Tabelleneintragung** wirkt für die festgestellte Forderung nach § 178 Abs. 3 wie ein rechtskräftiges Urteil, dessen **Rechtskraftwirkung** sich auf den Betrag, den Rang und den Rechtsgrund der Forderung erstreckt.⁹⁸ Der als Vollstreckungstitel geltende Tabelleneintrag⁹⁹ ersetzt grds. früher erwirkte Titel, die aufgezehrt werden, soweit die darin titulierte Forderung am Insolvenzverfahren teilgenommen hat, und sodann nicht mehr vollstreckbar sind.¹⁰⁰ Mit dem Tabellenauszug kann die Vollstreckung gegen den Schuldner aus Unterhalts- und Deliktsansprüchen auch in den Teil der Bezüge erfolgen, der nach §§ 850d, 850f Abs. 2 ZPO erweitert pfändbar ist.¹⁰¹ Das Privileg des § 302 bezieht sich folglich nur auf die insolvenzrechtliche Nachhaftung, ohne dem Gläubiger schon im Insolvenz- oder Restschuldbefreiungsverfahren eine Sonderstellung zuzuweisen.¹⁰²

D. Verfahren

I. Anmeldung der ausgenommenen Forderung nach § 302 Nr. 1 i.V.m. § 174 Abs. 2

- 31 Nach § 174 Abs. 1 haben die Insolvenzgläubiger ihre Forderungen schriftlich beim Insolvenzverwalter anzumelden. Meldet der Gläubiger eine Forderung nach § 302 Nr. 1 an, ist diese nur dann von der Restschuldbefreiung ausgenommen, wenn er nach § 174 Abs. 2 neben dem **Grund** und dem **Betrag** der Forderung auch **Tatsachen** angibt, aus denen sich nach seiner Einschätzung ergibt, dass ihr eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung, eine vorsätzliche pflichtwidrige Verletzung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht oder eine Steuerstraftat des Schuldners nach den §§ 370, 373

96 HambKomm-Streck § 302 Rn. 11 m.w.N.; BGH, NZI 2012, 811 (811): gilt auch für § 850f Abs. 2 ZPO.

97 K/P/B-Wenzel § 302 Rn. 29; FK-InsO-Ahrens § 302 Rn. 131; HambKomm-Streck § 302 Rn. 11.

98 BT-Drucks. 14/6468, S. 18; HambKomm-Streck § 302 Rn. 12; Schmidt, Privatinsolvenz, § 7 Rn. 22; Sengl, NZI 2009, 31 (32).

99 K/P/B-Wenzel § 302 Rn. 29; HambKomm-Streck § 302 Rn. 12; HK-Waltenberger § 302 Rn. 33.

100 HambKomm-Streck § 302 Rn. 12; Uhlenbruck-Sternal § 302 Rn. 53; MK-Stephan § 302 Rn. 30 f.

101 K. Schmidt-Henning § 302 Rn. 25; zu § 850f Abs. 2 ZPO: LG Essen, ZInsO 2017, 2065 (2066); LG Düsseldorf, ZInsO 2009, 1542 (1542); MK-Hintzen § 201 Rn. 20c; MK-Smid § 850f ZPO Rn. 18; a.A. Reck, ZVI 2017, 131 (133); AG Köln, NZI 2017, 78 (80); Ahrens, NZI 2016, 121 (123).

102 BGH, NZI 2012, 811 (811 m.w.N.).

oder § 374 AO zugrunde liegt. Für die nach § 302 Nr. 2 und Nr. 3 ausgenommenen Forderungen gelten dagegen keine Besonderheiten.

Versäumt der Gläubiger die Anmeldung, nimmt er sie **zu spät** oder **unvollständig** 32 vor, d.h. ohne Angabe der den Rechtsgrund nach § 302 Nr. 1 begründenden Tatsachen (sog. **Attribut**), wird seine Forderung nicht privilegiert behandelt und folglich von der erteilten Restschuldbefreiung erfasst.¹⁰³ Gleiches gilt in Fällen, in denen die unterbliebene, verspätete oder unvollständige Anmeldung nicht auf dem Verschulden des Gläubigers beruht.¹⁰⁴ Hat der Gläubiger seine Forderung nicht oder seine bereits festgestellte Forderung ohne das Attribut nach § 302 Nr. 1 angemeldet, kann er eine nachträgliche Forderungsanmeldung bzw. Änderungsanmeldung vornehmen.¹⁰⁵ Diese muss **spätestens bis zum Schlusstermin** erfolgen.¹⁰⁶ In Verfahren, in denen die Abtretungsfrist nach § 287 Abs. 2 bereits vor Aufhebung des Verfahrens endet, muss eine entsprechende Anmeldung von Forderung und Rechtsgrund **spätestens bis zum Ablauf der Abtretungsfrist** erfolgt sein.¹⁰⁷

Es wird vom Gläubiger zwar **keine schlüssige Darlegung** der (objektiven und subjektiven) Tatbestandsmerkmale des behaupteten Attributs gefordert, der Rechtsgrund nach § 302 Nr. 1 muss in der Anmeldung jedoch derart beschrieben werden, dass der aus ihm hergeleitete **Anspruch in tatsächlicher Hinsicht zweifelsfrei bestimmt** ist und der Schuldner erkennen kann, **welches Verhalten ihm vorgeworfen wird**.¹⁰⁸ Es genügt, wenn der Schuldner weiß, um welche Forderung es geht und welches Verhalten ihm vorgeworfen wird, da er einen möglichen Widerspruch nicht begründen muss (s. Rdn. 37) und das Erfordernis der qualifizierten Anmeldung nach § 174 Abs. 2 nicht dazu dient, ihm das Prozessrisiko einer möglichen Feststellungsklage (vgl. Rdn. 40 ff.) abzunehmen.¹⁰⁹ Obwohl an die zu verlangende Sachverhaltsschilderung damit keine besonders hohen Anforderungen zu stellen sind, erfüllen lediglich **schlagwortartige Angaben** zur Deliktseigenschaft der Forderung die Mindestanforderungen nicht.¹¹⁰ Das bislang in der Praxis oftmals genügende **Ankreuzen** des für den jeweiligen Fall des § 302 Nr. 1 vorgesehenen Kästchens auf den Anmeldeformularn erfüllt die von der Rechtsprechung gesetzten Maßstäbe ebenfalls nicht. Bei dem zu erwartenden Umfang und der Qualität von Sachverhaltsangaben können dennoch

103 HambKomm-Streck § 302 Rn. 7; K/P/B-Wenzel § 302 Rn. 25; Uhlenbruck-Sternal § 302 Rn. 26.

104 BGH, ZInsO 2011, 244 (245 f. m.w.N.).

105 BGH, ZInsO 2008, 325 (326 f.); Uhlenbruck-Sternal § 302 Rn. 25; MK-Stephan § 302 Rn. 10.

106 BGH, ZInsO 2008, 325 (326 f.); Uhlenbruck-Sternal § 302 Rn. 25; offen gelassen: BGH, ZInsO 2011, 244 (245); a.A. Graf-Schlicker-Graf-Schlicker § 177 Rn. 6, bis zur Verfahrensaufhebung.

107 BGH, ZIP 2013, 1677 (1678 f.).

108 BGH, NZI 2014, 127 (Ls., 128) zu § 302 Nr. 1 a.F.; K/P/B-Wenzel § 302 Rn. 19.

109 BGH, NZI 2014, 127 (128).

110 AG Norderstedt, NZI 2017, 677 (Ls., 677).

die **Möglichkeiten des einzelnen Gläubigers** berücksichtigt werden.¹¹¹ Im Rahmen der Anmeldung müssen möglichst unter Beifügung der maßgeblichen **Unterlagen** alle Tatsachen vorgetragen werden, auf die der Gläubiger seine Forderung stützt.¹¹² Für eine wirksame Anmeldung soll die Vorlage eines Urteils genügen, aus dem sich deutlich und unzweifelhaft eine Schadensersatzpflicht wegen einer vorsätzlich begangenen Tat ergibt.¹¹³ Dagegen bestehen in Anbetracht der vom BGH geforderten Angaben des Gläubigers, die den Anspruch in tatsächlicher Hinsicht zweifelsfrei bestimmbar machen sollen, Bedenken. Das Vorliegen eines Titels kann die gesonderte Sachverhaltsdarstellung jedenfalls dann nicht entbehrlich machen, wenn dieser keinen Sachverhalt erkennen lässt, mit dem eine Forderung einem bestimmten Verhalten zugeordnet werden kann, wie etwa bei einem Vollstreckungsbescheid.¹¹⁴

- 34 Erfüllt die Forderungsanmeldung die **Mindestanforderungen** nicht, ist die nicht ordnungsgemäße Forderungsanmeldung vom Insolvenzgericht insoweit zurückzuweisen und ohne Attribut in die Tabelle einzutragen.¹¹⁵ Gegen die Entscheidung des Rechtspflegers kann der anmeldende Gläubiger die Erinnerung nach § 11 Abs. 2 RPfG einlegen.¹¹⁶ Solange die Tabellenführung durch den Insolvenzverwalter zu besorgen ist, besteht ebenfalls eine entsprechende Prüfungspflicht.¹¹⁷ Wird die angemeldete Forderung vom Insolvenzverwalter ohne das Attribut in die Tabelle aufgenommen, kann sich der anmeldende Gläubiger spätestens im Schlusstermin im Wege der Beschwerde nach §§ 197 Abs. 3, 194 Abs. 3 gegen die Unrichtigkeit des Schlussverzeichnisses zur Wehr setzen.¹¹⁸
- 35 Zwingende Voraussetzung für die Eintragung der Attributsforderung in die Insolvenztabelle ist der **Restschuldbefreiungsantrag des Schuldners**. Liegt ein solcher nicht vor, hat der Gläubiger kein Rechtsschutzbedürfnis an der begehrten Feststellung der »Restschuldbefreiungsfestigkeit« und es erfolgt eine Tabelleneintragung ohne Attribut.¹¹⁹

II. Hinweispflicht, § 175 Abs. 2

- 36 Nach der ordnungsgemäßen Anmeldung ist die Forderung nach § 175 Abs. 1 Satz 1 vom Insolvenzverwalter mit den in § 174 Abs. 2 und 3 genannten Angaben in die Tabelle einzutragen. Das Insolvenzgericht hat den Schuldner nach § 175 Abs. 2 auf die Rechtsfolgen des § 302 und auf die Möglichkeit des Widerspruchs hinzuweisen (näher § 175 Rdn. 5 ff.). Die Belehrungspflicht ist Ausdruck der besonderen

111 Grunicke, ZVI 2014, 361 (366, zu den Möglichkeiten des Finanzamts im Vergleich zu Unterhaltsgläubigern).

112 OLG Düsseldorf, InsbÜrO 2011, 117 (117) m. Anm. Henning.

113 OLG München, VIA 2016, 4 (5) m. krit. Anm. Schmerbach.

114 AG Norderstedt, NZI 2017, 677 (678).

115 Schmidt, Privatinsolvenz, § 7 Rn. 21; AG Köln, NZI 2017, 449 (450).

116 AG Köln, NZI 2017, 449 (450).

117 AG Norderstedt, NZI 2017, 677 (678).

118 OLG Hamm, ZInsO 2007, 1279 (1280).

119 AG Düsseldorf, ZInsO 2018, 618 (Ls., 618 f.); AG Aurich, NZI 2016, 143 (143); AG Köln, NZI 2017, 78 (79).

Fürsorge gegenüber rechtlich wenig informierten Schuldern, die ein Bewusstsein für die schwerwiegende Konsequenz erlangen sollen, dass ohne ihren Widerspruch der Rechtsgrund der Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung von der Rechtskraftwirkung der Tabelleneintragung nach § 178 Abs. 3 erfasst wird und damit von einer Restschuldbefreiung ausgeschlossen ist.¹²⁰ Die ordnungsgemäße Belehrung des Schuldners ist Voraussetzung für den Eintritt der Rechtskraftwirkung der Tabelleneintragung.¹²¹ Bei einer nicht ordnungsgemäßen Belehrung kann der Schuldner die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 233 ZPO beantragen, die gleichzeitig eine Einwendung gegen die Zulässigkeit einer zuvor erteilten Vollstreckungsklausel zur ursprünglichen Tabelleneintragung nach § 732 ZPO bergründet.¹²²

III. Widerspruch des Schuldners

Der Schuldner muss im Prüfungstermin oder im schriftlichen Verfahren bis zum Prüfungsstichtag einen Widerspruch gegen die angemeldete Forderung insgesamt oder nur gegen den Rechtsgrund nach § 302 Nr. 1 erheben, wenn er verhindern will, dass die Forderung mit dem Attribut nach § 302 Nr. 1 zur Tabelle festgestellt und von den Wirkungen der Restschuldbefreiung nicht erfasst wird.¹²³ Das Widerspruchsrecht bezogen auf die Eigenschaft als ausgenommene Forderung steht nur dem Schuldner, nicht aber dem Insolvenzverwalter zu (sog. beschränktes Widerspruchsrecht).¹²⁴ Der Schuldner muss seinen Widerspruch **nicht begründen**.¹²⁵ Er kann ihn **selbst einlegen** und bedarf hierzu keiner anwaltlichen Vertretung.¹²⁶ Nach § 178 Abs. 2 Satz 2 ist der schuldnerische Widerspruch in die Insolvenztabelle einzutragen. Der Schuldner kann seinen Widerspruch jederzeit durch Erklärung gegenüber dem Insolvenzgericht **zurücknehmen**.¹²⁷

Ohne einen (rechtzeitigen) Widerspruch des Schuldners gegen die nach § 302 Nr. 1 angemeldete Forderung **oder nach Beseitigung** des Widerspruchs auf dem Klageweg (s. Rdn. 40 ff.), erstreckt sich die Rechtskraftwirkung der Tabelleneintragung nach § 178 Abs. 3 auch auf den Rechtsgrund der festgestellten Forderung nach § 302 Nr. 1 und die Forderung bleibt von der Restschuldbefreiung unberührt.¹²⁸

Nach § 178 Abs. 1 Satz 2 steht der **Widerspruch** des Schuldners zwar der Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle nicht entgegen. Ohne die Beseitigung des erhobenen Widerspruchs gegen die Forderung als solche kann der Gläubiger allerdings gem. § 201 Abs. 2 nach Aufhebung des Verfahrens **keine Zwangsvollstreckungsmaßnahmen** gegen den Schuldner aus dem Tabelleneintrag betreiben.¹²⁹ Der Widerspruch

120 BT-Drucks. 14/6468, S. 17 f.

121 BGH, ZInsO 2008, 325 (326).

122 Näher Schmidt, Privatinsolvenz, § 7 Rn. 23; AG Duisburg, NZI 2008, 628 (629 ff.).

123 Schmidt, Privatinsolvenz, § 7 Rn. 24; FK-InsO-Ahrens § 175 Rn. 20.

124 BGH, NZI 2008, 569 (570).

125 BGH, NZI 2014, 127 (128).

126 LG Verden, NZI 2017, 77 (77).

127 K. Schmidt-Henning § 302 Rn. 15.

128 BT-Drucks. 14/6468, S. 17 f.

129 BGH, NZI 2013, 801 (801 m.w.N.).

des Schuldners hindert somit nach § 201 Abs. 2 die Rechtskraftwirkung des Tabelleneintrags außerhalb des Insolvenzverfahrens.¹³⁰ Erhebt der Schuldner allerdings einen **beschränkten Widerspruch nur gegen den Rechtsgrund** der Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung und ist die Forderung im Übrigen festgestellt, so ist dem Gläubiger nach jüngerer BGH-Rechtsprechung eine **vollstreckbare Ausfertigung des Tabellenauszuges** nach § 201 Abs. 2 Satz 1 zu erteilen.¹³¹ Dem Gläubiger fehlt nur dann ein Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung des vollstreckbaren Tabellenauszuges, wenn die Forderung nicht ordnungsgemäß mit dem Attribut nach § 174 Abs. 2 angemeldet und dem Schuldner bereits die Restschuldbefreiung erteilt wurde.¹³² Vor diesem Hintergrund melden insbesondere einige Großgläubiger standardisiert Insolvenzforderungen mit dem Attribut nach § 302 Nr. 1 Alt. 1 als Deliktsforderung zur Tabelle an. Erhebt der Schuldner keinen Widerspruch oder widerspricht er nur dem Rechtsgrund nach § 302 Nr. 1 Alt. 1, steht dies der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Tabellenauszuges nicht entgegen. Gegen die anschließende Zwangsvollstreckung des Gläubigers nach § 201 Abs. 2 kann sich der Schuldner mit der Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO zur Wehr setzen.¹³³ Dieses Prozedere lässt sich nur verhindern, wenn der Schuldner zeitnah, möglichst vor dem Ablauf der Vollstreckungsverbote nach §§ 89 Abs. 1, 294 Abs. 1, selbst eine negative Feststellungsklage erhebt und gerichtlich klären lässt, dass keine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung gegeben ist.¹³⁴

IV. Feststellungsprozess, § 184

- 40 Hat der Schuldner die vom Gläubiger angemeldete Forderung mit seinem Widerspruch im Prüfungstermin oder im schriftlichen Verfahren bestritten, muss grds. der Gläubiger gem. § 184 Abs. 1 auf Feststellung klagen. Eine Ausnahme gilt nach § 184 Abs. 2 nur dann, wenn zu Lasten des Schuldners ein vollstreckbarer Schuldtitle oder ein Endurteil vorliegt. Dann trägt der Schuldner die Feststellungslast.
- 41 Der Feststellungsprozess, um die rechtliche Einordnung der angemeldeten Forderung als eine Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung nach § 302 Nr. 1 Alt. 1, ist auf dem **Zivilrechtsrechtsweg** zu führen, weshalb öffentlich-rechtliche Gläubiger nicht durch hoheitlichen Akt die deliktische Natur der Forderung selbst bindend feststellen können.¹³⁵ Für Feststellungsklagen über das Forderungsattribut im Fall einer Unterhaltspflichtverletzung nach § 302 Nr. 1 Alt. 2 sind gem. §§ 111

130 BGH, NZI 2013, 801 (801 m.w.N.).

131 BGH, NZI 2014, 568 (569), m. krit. Anm. Henning (570 ff.); BGH, NZI 2014, 507 (507).

132 BGH, NZI 2014, 568 (569 f.); BGH, NZI 2014, 507 (508).

133 BGH, NZI 2014, 568 (570); BGH, NZI 2014, 507 (508); BGH, NZI 2013, 1025 (1026).

134 K/P/B-Pape/Schalke § 184 Rn. 159 Fn. 336; BGH, NZI 2014, 568 (570 Anm. Henning).

135 BVerwG, NJW 2013, 2298 (2298 f.); OLG Schleswig, ZInsO 2011, 1708 (1709) auch wenn die Höhe der öffentlich-rechtlichen Beitragsforderung str. ist; a.A. noch AG Hamburg, NZI 2007, 123 (123 f.) zur Finanzverwaltung.

Nr. 8, 231 FamFG die **Familiengerichte** zuständig.¹³⁶ Insbesondere bei der Forderungsanmeldung von Steuerverbindlichkeiten durch die Finanzverwaltung und dem (beschränkten) Widerspruch des Schuldners gegen den Rechtsgrund nach § 302 Nr. 1 **Alt. 3** ergeben sich höchstrichterlich noch ungeklärte Fragen im Zusammenhang mit § 185 S. 1 i.V.m. § 251 Abs. 3 AO. Nach § 251 Abs. 3 AO kann die **Finanzverwaltung** den Widerspruch des Schuldners i.d.R. durch einen Feststellungsbescheid beseitigen.¹³⁷ Ob die Finanzverwaltung auch befugt ist, neben dem Bestand und der Höhe der angemeldeten Insolvenzforderung festzustellen, dass die Verbindlichkeit im Zusammenhang mit einer Steuerstraftat steht, zu der der Schuldner bereits rechtskräftig verurteilt worden ist, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden.¹³⁸ Dafür sprechen zwar Praktikabilitätsgründe, eine derart weitreichende Ermächtigungsgrundlage hat der Gesetzgeber aber (mangels Notwendigkeit) mit § 251 Abs. 3 AO nicht erschaffen wollen.¹³⁹

Hat der Schuldner einer **nicht titulierten Forderung** oder dem **nicht titulierten Attribut** nach § 302 Nr. 1 widersprochen, kann der Gläubiger nach § 184 Abs. 1 Satz 1 zur Durchsetzung seiner Rechte eine Feststellungsklage erheben.¹⁴⁰ Eine Klagefrist ist gesetzlich nicht vorgesehen. Die außerhalb des Insolvenzverfahrens zu führende Feststellungsklage gegen den Widerspruch des Schuldners bezogen auf die nicht titulierte Forderung als solche oder beschränkt auf den Rechtsgrund nach § 302 Nr. 1 kann vom Gläubiger auch noch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens erhoben werden,¹⁴¹ solange die Forderung nicht verjährt ist.¹⁴² Der Anspruch des Gläubigers auf Feststellung des Rechtsgrundes der Forderung unterliegt nicht der Verjährung,¹⁴³ kann aber verwirkt sein.¹⁴⁴ War zur Zeit der Verfahrenseröffnung bereits ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, der nach § 240 ZPO unterbrochen wurde, kann der Gläubiger diesen Rechtsstreit gegen den Schuldner nach § 184 Abs. 1 Satz 2 aufnehmen. Der Schuldner hat die Möglichkeit, seinen (beschränkten) Widerspruch ohne Befristung, d.h. auch schon vor Verfahrensaufhebung, im Wege der negativen Feststellungsklage weiterzuverfolgen, wenn der Gläubiger mit der Erhebung einer Feststellungsklage zuwartet.¹⁴⁵ Es bedarf dafür keiner vorprozessualen Abmahnung des Gläubigers.¹⁴⁶

136 FK-InsO-Ahrens § 302 Rn. 108 m.w.N.; nunmehr auch OLG Rostock, ZInsO 2016, 857; BGH, NZI 2016, 401 (402) entsprechend für § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 170 StGB.

137 BfM, Schreiben v. 3.11.2014, Gz. IV A 3 – S 0062/14/10008, Dok. 2014/0880526, S. 5 f., 15.

138 So FG Baden-Württemberg, Urt. v. 18.05.2017 – 1 K 3539/16, zitiert nach juris, anhängig beim BFH, VII R 24/17, VII R 25/17.

139 Näher Fuchs, VIA 2018, 25 (26 m.w.N.).

140 BGH, ZInsO 2007, 265 (266); OLG Koblenz, ZInsO 2015, 966 (967); K/P/B-Wenzel § 302 Rn. 22.

141 BGH, ZInsO 2009, 278 (279).

142 OLG Hamm, NZI 2012, 196 (196 f.); OLG Köln NZI 2014, 272 (273 f.).

143 K/P/B-Wenzel § 302 Rn. 22; vgl. BGH, ZInsO 2011, 41 (42 f.) zur Verjährung.

144 K/P/B-Wenzel § 302 Rn. 22.

145 BGH, ZInsO 2009, 278 (279 f.); BGH, NZI 2013, 1025 (1026 f.).

146 OLG Saarbrücken, ZInsO 2015, 469 (469 f.).

- 43 Hat der Schuldner einer Forderung widersprochen, für die ein **vollstreckbarer Schultitel oder ein Endurteil mit Feststellung des Attributs** vorliegt, hat er nach § 184 Abs. 2 Satz 1 binnen einer Frist von einem Monat ab dem Prüfungstermin oder mit dem Bestreiten der Forderung im schriftlichen Verfahren seinen Widerspruch im Wege der Feststellungsklage zu verfolgen und muss dies dem Gericht nach § 184 Abs. 2 Satz 4 nachweisen.¹⁴⁷ Das Gericht hat den Schuldner nach § 184 Abs. 2 Satz 3 auf die Folgen einer Fristversäumung hinzuweisen. Wurde eine solche Belehrung nicht (rechtzeitig) vorgenommen oder ist sie aus sonstigen Gründen fehlerhaft, kann der Schuldner die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen.¹⁴⁸ Bei Versäumung der Monatsfrist nach ordnungsgemäßer Belehrung gilt der Widerspruch nach § 184 Abs. 2 Satz 2 als nicht erhoben und ist damit zugleich i.S.d. § 201 Abs. 2 Satz 2 beseitigt, so dass die Tabelle analog § 183 Abs. 2 zu berichtigen ist und der Gläubiger nach Verfahrensaufhebung gem. § 201 Abs. 2 aus dem Tabelleneintrag vollstrecken kann.¹⁴⁹ Bei einem **beschränkten Widerspruch** des Schuldners gegen das titulierte Attribut der Forderung nach § 302 Nr. 1 gilt § 184 Abs. 2 entsprechend.¹⁵⁰ Voraussetzung für die Anwendung von § 184 Abs. 2 ist jedoch, dass nicht nur die Forderung titulierte, sondern auch das Attribut als Rechtsgrund der Forderung in der Entscheidungsformel festgestellt worden ist und sich dieses nicht bloß aus den Entscheidungsgründen eines bei der Forderungsanmeldung vorgelegten Titels ergibt, welche das Insolvenzgericht inhaltlich nicht zu überprüfen hat.¹⁵¹ Die Rechtskraft eines Leistungsurteils erstreckt sich nicht zugleich auf die Feststellung der materiell-rechtlichen Einordnung des Anspruchsgrundes.¹⁵² Daher kann ein **Versäumnisurteil** keine Bindungswirkung entfalten, soweit in seinem Tenor nicht ausdrücklich das Attribut nach § 302 Nr. 1 festgestellt wird.¹⁵³ Ferner ist etwa der auf einem Mahnbescheid beruhende **Vollstreckungsbescheid** mangels richterlicher Schlüssigkeitsprüfung nicht geeignet, die rechtliche Einordnung des darin geltend gemachten Anspruchs verbindlich festzustellen.¹⁵⁴ Einem **Prozessvergleich** kann dagegen eine Bindungswirkung beigemessen werden, wenn eine Auslegung des Vergleichsinhalts ergibt, dass die Parteien nicht nur den Bestand der Forderung, sondern auch den Rechtsgrund nach § 302 Nr. 1 außer Streit stellen wollten.¹⁵⁵ Handelt es sich folglich um einen **Titel, der den Rechtsgrund nach § 302 Nr. 1 nicht selbstständig feststellt**, oder wird die Feststellung des

147 K/P/B-Wenzel § 302 Rn. 23.

148 Uhlenbruck-Sinz § 184 Rn. 19.

149 BGH, NZI 2013, 801 (802 f.); K/P/B-Wenzel § 302 Rn. 23; HambKomm-Streck § 302 Rn. 14 m.w.N.

150 HK-Waltenberger § 302 Rn. 12; FK-InsO-Ahrens § 302 Rn. 73 m.w.N.; MK-Schumacher § 184 Rn. 8c.

151 BGH, ZInsO 2011, 39 (40 f.); BGH, ZInsO 2010, 38 (40 f.); Uhlenbruck-Sinz § 184 Rn. 20.

152 BGH, ZInsO 2012, 1614 (1615 f.); BGH, ZInsO 2010, 38 (41).

153 BGH, ZInsO 2010, 38 (39 m.w.N.); A/G/R-Weinland § 302 a.F. Rn. 21; K/P/B-Pape/Schaltke § 184 Rn. 179 f.

154 BGH, NZI 2006, 536 (537 f.); BGH, ZInsO 2012, 1614 (1615 f.); K/P/B-Pape/Schaltke § 184 Rn. 102; HambKomm-Streck § 302 Rn. 15 m.w.N.

155 BGH, ZIP 2009, 1687 (1688); HambKomm-Streck § 302 Rn. 15.

Attributs lediglich in einem **Titel ohne richterliche Schlüssigkeitsprüfung** erfasst, ist § 184 Abs. 2 grds. nicht entsprechend anwendbar.¹⁵⁶ In diesen Fällen obliegt es dem Gläubiger, den vom Schuldner erhobenen Widerspruch durch Erhebung einer (titelergänzenden) Feststellungsklage zu beseitigen.¹⁵⁷

Bei der Geltendmachung eines Zahlungsanspruchs auf dem Klageweg sollte der Gläubiger daher neben dem Leistungsbegehren auch von vornherein im Wege der **objektiven Klagehäufung** die Feststellung der rechtlichen Einordnung der Forderung nach § 302 Nr. 1 beantragen, wofür regelmäßig ein Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO vorliegt.¹⁵⁸ Unterliegt der Gläubiger im Feststellungsprozess, wird das entfallene Attribut nach § 302 Nr. 1 in der Tabelle berichtigt und die Forderung wird von der Restschuldbefreiung erfasst.¹⁵⁹ Obsiegt der Gläubiger, ist seine nach § 302 Nr. 1 ausgenommene Forderung festgestellt und die Forderung bleibt von der erteilten Restschuldbefreiung unberührt.¹⁶⁰ Da zudem der erhobene Widerspruch gegen die Forderung beseitigt ist, steht diese einer unbestrittenen Forderung nach § 201 Abs. 2 Satz 2 gleich und der Gläubiger kann nach Aufhebung des Verfahrens unbeschränkt nach § 201 Abs. 2 aus dem Tabelleneintrag die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben.

E. Annex

I. Antrag auf Versagung der Restschuldbefreiung bei Geltendmachung des § 302

Grds. haben auch Gläubiger mit einer nach § 302 ausgenommenen Forderung das **Rechtsschutzbedürfnis** für einen Antrag auf Versagung der Restschuldbefreiung (s. § 290 Rdn. 8).¹⁶¹ Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Schuldner dem Forderungsgrund der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung widersprochen hat und der Widerspruch nicht beseitigt worden ist, da die Forderung solange wie eine nicht ausgenommene Forderung zu behandeln ist.¹⁶² Mit der Ergänzung des § 302 Nr. 1 hat der Gesetzgeber die darin genannten Unterhalts- und Steuerforderungen den Deliktsforderungen gleichgestellt, weshalb ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis in solchen Fällen auch für Unterhaltsgläubiger und die Finanzverwaltung bestehen muss. Soweit ersichtlich, ist weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur die sich daran anschließende Frage geklärt, ob das Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers nach

¹⁵⁶ K/P/B-Wenzel § 302 Rn. 23.

¹⁵⁷ BGH, ZInsO 2010, 38 (41); Schmidt, Privatin solvenz, § 7 Rn. 33; HambKomm-Streck § 302 Rn. 15 m.w.N.

¹⁵⁸ BGH, ZInsO 2011, 39 (41); BGH, ZInsO 2010, 38 (41); LAG Köln, Urt. v. 28.04.2017, Az. 4 Sa 793/16, zitiert nach juris; HambKomm-Streck § 302 Rn. 15.

¹⁵⁹ Schmidt, Privatin solvenz, § 7 Rn. 38; OLG Nürnberg, ZIP 2011, 592 (592): als Neuerwerb fällt der Prozesskostenerstattungsanspruch des Schuldners in die Masse.

¹⁶⁰ Schmidt, Privatin solvenz, § 7 Rn. 39: der Prozesskostenerstattungsanspruch des Gläubigers ist eine Neugläubigerforderung.

¹⁶¹ AG Köln, NZI 2012, 90 (91).

¹⁶² BGH, NZI 2013, 940 (940 m.w.N.).

Antragsstellung entfällt, wenn die Forderung nach § 302 Nr. 1 zur Tabelle festgestellt wurde.¹⁶³

- 46 Aus Sicht des Gläubigers einer nach § 302 geltend gemachten Forderung ist die **Sinnhaftigkeit** eines Antrages auf Versagung der Restschuldbefreiung im Einzelfall sorgfältig zu prüfen.¹⁶⁴ Bei einem erfolgreichen Versagungsantrag entfällt die maßgebliche Privilegierung gegenüber den anderen nicht nach § 302 privilegierten Insolvenzgläubigern. Die Versagung der Restschuldbefreiung wirkt gegenüber sämtlichen Insolvenzgläubigern, die sodann ebenfalls nach Abschluss des Verfahrens unbeschränkt in das Vermögen des Schuldners vollstrecken können. Die vom Antragssteller veranlasste Versagung der Restschuldbefreiung kann folglich die Befriedigungsaussichten seiner eigenen Forderung reduzieren. Anders liegt der Fall unter Umständen für die Finanzverwaltung, die sich bei der Durchsetzung ihrer Forderungen eigener Vollstreckungsorgane bedient und damit i.d.R. schneller und effektiver als andere Gläubiger Vollstreckungsmaßnahmen ergreifen kann.¹⁶⁵

II. Vorwirkung ausgenommener Forderungen auf die Verfahrenskostenstundung

- 47 Nach dem BGH kann dem Schuldner die Verfahrenskostenstundung nach § 4a versagt werden, wenn die wesentlichen am Verfahren teilnehmenden Forderungen gem. § 302 von der Restschuldbefreiung ausgenommen sind und die Restschuldbefreiung daher offensichtlich nicht erreicht werden kann.¹⁶⁶ Welchen Anteil die ausgenommenen Forderungen an der Gesamtverschuldung erreichen müssen, um wesentlich zu sein, wird in der Literatur und Folgerechtsprechung uneinheitlich beantwortet. Mangels einer gesetzlich vorgegebenen prozentualen Grenze und der zu Beginn des Verfahrens (noch) nicht ausreichenden Informationsgrundlage des Gerichts kann die Tatsache bloß zu erwartender Anmeldungen von Forderungen nach § 302 einer Verfahrenskostenstundung nicht entgegenstehen (ausführlich s. § 4a Rdn. 31 f.).

III. Ausgenommene Forderungen in einem zweiten Insolvenzverfahren

- 48 Nicht selten kommt es vor, dass der Schuldner zeitnah nach Beendigung des Erstverfahrens einen erneuten Insolvenzantrag verbunden mit einem Restschuldbefreiungs- und Kostenstundungsantrag stellt. Ist in dem ersten Insolvenzverfahren die Forderung des Gläubigers als ausgenommene Forderung nach § 302 Nr. 1 zur Tabelle festgestellt worden, ohne dass der Schuldner einen Widerspruch erhoben hat und hat der Gläubiger einen vollstreckbaren Auszug aus der Insolvenztabelle nach § 201 Abs. 2 erhalten, wird bislang kaum erörtert, wie mit der im Zweitverfahren erneut als Attributsforderung geltend gemachten Forderung umzugehen ist. Zunächst hat der Gläubiger erneut eine qualifizierte Forderungsanmeldung nach § 302 Nr. 1 i.V.m. § 174 Abs. 2 vorzunehmen (s. Rdn. 31 ff.). Nach dem gesetzgeberischen Zweck des

¹⁶³ Pape/Pape, ZInsO 2017, 1513 (1526 f.).

¹⁶⁴ Näher Schmidt, Privatinsolvenz, § 7 Rn. 4; Pape/Pape, ZInsO 2017, 1513 (1526 f.).

¹⁶⁵ Schmittmann, VIA 2015, 57 (59).

¹⁶⁶ BGH, NZI 2005, 232 (233 m.w.N.).