

Prozessrecht und materielles Recht

Herausgegeben von
JOACHIM MÜNCH

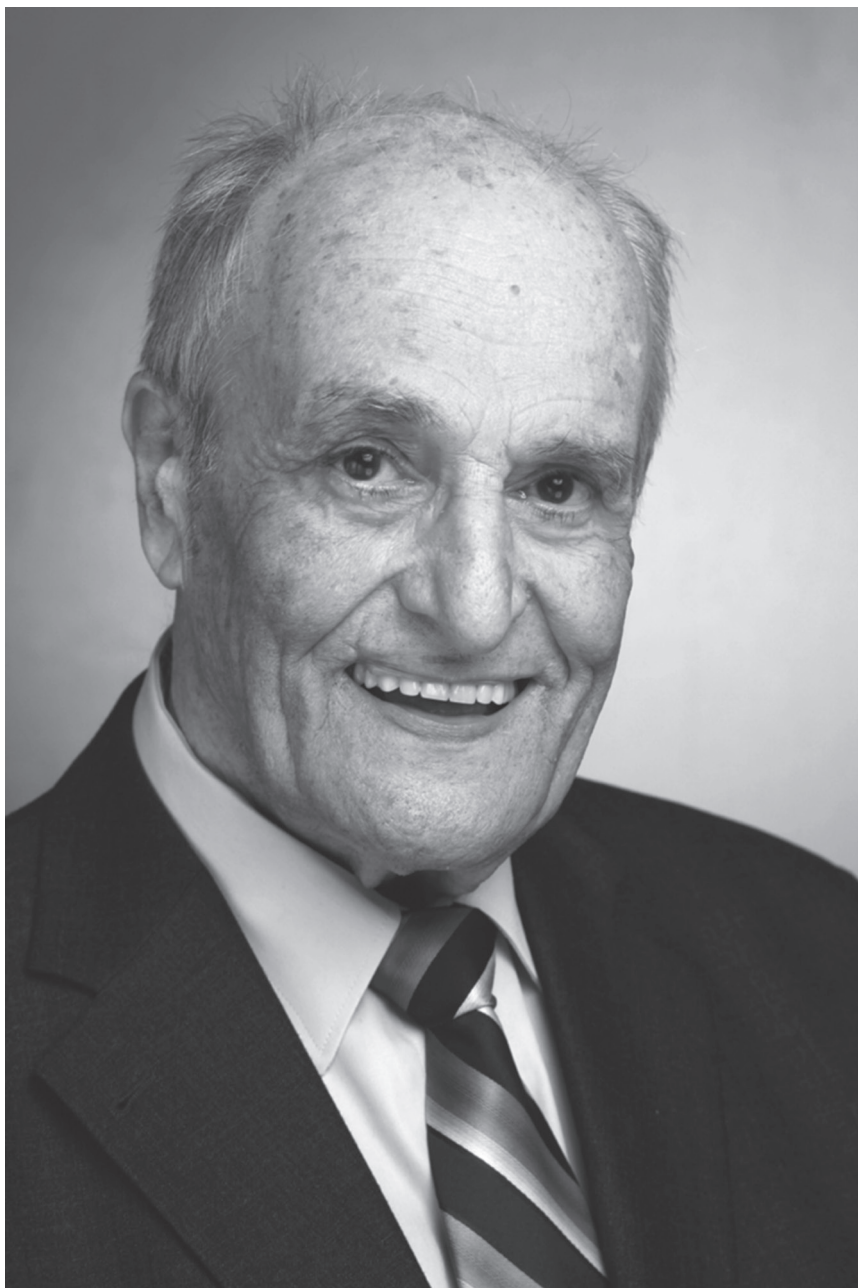
*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
113*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht
Band 113

herausgegeben von
Rolf Stürner





Logan Keener

Prozessrecht und materielles Recht

Liber Amicorum für Wolfram Henckel
aus Anlass seines 90. Geburtstages

herausgegeben von

Joachim Münch

in Zusammenarbeit mit der
Göttinger Rechtswissenschaftlichen Gesellschaft e.V.

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-153811-7 / eISBN 978-3-16-167480-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2025
ISSN 0722-7574 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die deutsche Zivilprozessrechtswissenschaft würdigt mit diesem Liber Amicorum eine ihrer bedeutendsten Gelehrtengestalten der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts: *Wolfram Henckel*, der am 21.04.2015 seinen 90. Geburtstag wird feiern können.

Der Sammelband, den ihm Freunde, Schüler und Kollegen aus diesem besonderen Anlass darbringen, steht unter einem Titel, der das gesamte Arbeitsleben *Wolfram Henckels* umspannt und für den er als Person heute noch die zentrale Referenz darstellt: »Prozessrecht und materielles Recht«. Das war der Titel seiner Göttinger Antrittsvorlesung (1962), einer weltbekannten, grundlegenden Monographie (1970) und Thematik vieler weiterer wissenschaftlicher Beiträge. Prozessrecht war für ihn nie Selbstzweck oder Formalität, sondern stets das Mittel zum Zweck der materiellen Rechtsverwirklichung, wie sie der Justizgewährungsanspruch verheißt. So drängte sich dieser Titel geradezu als Leitmotiv auf, der nicht zuletzt auch eine Brücke zur akademischen Festveranstaltung in der Göttinger Aula zum 70. Geburtstag (1995) schlägt.

Die Arbeitsgebiete des Jubilars waren insgesamt überaus vielfältig und deckten das Prozessrecht in allen seinen Facetten ab. *Wolfram Henckel* beherrschte die prozessuale »Klaviatur« wie kaum ein anderer – die Breite des Interesses ging bei ihm nie zu Lasten der Tiefe wissenschaftlichen Argumentierens. Und er hat sich diese Neugier immer bewahrt. *Wolfram Henckel* stand und steht für eine präzise deutsche Dogmatik, für die das Ausland uns häufig beneidet. Er hat so intuitiv ein Tor geöffnet, das verstärkte Internationalisierung erst ermöglicht und auch heute noch ein wichtiges Fundament rechtswissenschaftlichen Diskurses darstellt.

Seine im Lauf der Zeit entwickelte zusätzliche Schwerpunktsetzung im Insolvenzrecht, besonders nach Übernahme des *Jaegerschen* Grosskommentars zur Konkursordnung und mit der Tätigkeit in der Reformkommission zur Insolvenzordnung (Sicherungsrechte bzw. Anfechtungsrecht) spiegelt sich schwerpunktmäßig ebenso im Inhalt des Bandes wider: gleich mehrere Beiträge beleuchten im Rückblick, was aus der Reformarbeit geworden ist oder verwenden *Henckel'sche* Ansätze zur Lösung aktueller Problemlagen und Streitfragen.

Zwei Beiträge sind besonders hier hervorzuheben: Zum einen die Überlegungen von *Rolf Stürner* (S. 359–375) zu „Verfahrensrecht und materielle Gerechtigkeit“, die – jedermann unschwer erkennbar – an *Henckels* berühmte Rekto-

ratsrede („Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen“, Göttingen 1966) anknüpfen; zum anderen die Untersuchung von *Uwe Diederichsen* (S. 55–80) zum „Konkurs einer Idylle?“. Beide sollen im Rahmen eines akademischen Festaktes präsentiert werden, den die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität zu Ehren ihres Doyen gemeinsam mit der Göttinger Rechtswissenschaftlichen Gesellschaft e.V., die *Wolfram Henckel* ihre Gründung verdankt, ausrichtet – wobei eben diese Themenwahl zugleich die inhaltlichen Schwerpunkte dieser Festgabe markieren können.

Der wissenschaftliche Werdegang *Wolfram Henckels* ist hier nicht erneut nachzuzeichnen: es sei auf das Vorwort der Festschrift zum 70. Geburtstag (1995) und auf die Würdigung von *Rolf Stürner* zum 80. Geburtstag (JZ 2005, 455) verwiesen.

Es ist mir ein tief empfundenes Bedürfnis (nicht etwa nur *nobilitate officium*), an dieser Stelle vielfachen Dank abzustatten – ohne den herzlichen Zuspruch vieler, ihre spontane Mitwirkung und nicht zuletzt die Termintreue aller, wäre dieses Vorhaben niemals realisierbar gewesen.

Mein Dank gilt zuallererst den „Beiträgern“, die mein recht kurzfristiges Ansinnen mit durchaus „sportlichem“ Zeitplan erfreulich positiv aufgenommen haben. Ich erinnere mich an vielfache bestärkende und ermunternde Gespräche während der Freiburger Zivilprozessrechtslehrtagung 2014, die in mir dann die endgültige Überzeugung reifen ließen, das Projekt sei realistisch noch durchführbar. Mir war klar, dass die kurzfristige Anfrage genauso renommierter wie nachgefragter Autoren ein immenses Risiko darstellt; um so mehr hat mich gefreut, dass viele der Gefragten eigene Planungen spontan umstellten, um selbst teilzunehmen zu können. Ich denke, es gibt keinen schöneren Ausdruck der Hochachtung und Wertschätzung, die *Wolfram Henckel* in unserer Wissenschaft bis heute genießt.

Mein Dank gilt zum zweiten dem Tübinger Verlag Mohr/Siebeck, allen voran Herrn Dr. *Franz-Peter Gillig*, der das Vorhaben in seiner zurückhaltenden, gewohnt professionellen Manier von Anfang an besonders wohlwollend begleitete und dem gesamten Herstellungsteam, das die zeitlichen Herausforderungen bewältigte; stellvertretend sei Frau *Jana Trispel* für ihre umsichtige Unterstützung namentlich hervorgehoben. Eines der schönen Mohr-Bücher zum 90. Geburtstag überreicht zu bekommen, ist hoffentlich etwas von bleibender Erinnerung.

Dank schulde ich außerdem denjenigen, die die erforderliche Finanzierung sicherstellten, allen voran den Mitgliedern der Göttinger Rechtswissenschaftlichen Gesellschaft e.V. für das Freigeben zweckgebundener Rücklagen und dem Institut für Privat- und Prozessrecht, das zwar erst nach dem Ausscheiden *Wolfram Henckels* aus der Juristischen Fakultät gegründet wurde, ihn aber sozusagen als „virtuelles Mitglied“ betrachtet und – neben tatkräftiger inhaltlicher Beteiligung – einiges aus dem knappen Haushaltsbudget beigesteuert hat.

Last, but not least möchte ich schließlich den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern meines Göttinger Lehrstuhles danken, welche die vielen, oft zeitraubenden, technischen „Kleinigkeiten“ übernahmen: Frau *Ingrid Geisler* im Sekretariat, die die Korrespondenz gewohnt souverän betreute, und Frau Dipl. jur. *Johanna Post* als Assistenz, die als wichtige Koordinationsstelle fungierte. Um die technische Redaktion haben sich zudem Herr Assessor *Simon Hagemann*, Herr Dipl. iur. *Daniel Schweda*, Frau Dipl. jur. *Martha Szabó* und Herr Dipl. iur. *Constantin Wegener* aufopfernd gekümmert. Die Stimmung im Team war stets begeisternd und motivierend, trotz anderer (auch eigener) Projekte haben alle im Boot immer kräftig mitgerudert – im Interesse der gemeinsamen Sache.

Ich hoffe, es ist so ein würdiges Geschenk entstanden, über das sich unser hochgeschätzter Jubilar noch viele Jahre wird freuen können. Die deutsche Zivilprozessrechtswissenschaft möchte damit ein wenig von dem zurückgeben, was sie vieles von ihm empfangen konnte.

Göttingen, an Weihnacht 2014 (Stephanstag)

Joachim Münch

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Martin Ahrens</i>	
Zu Risiken und Nebenwirkungen	1
<i>Reinhard Bork</i>	
Die Vorsatzanfechtung von Gesellschafterleistungen analog § 93 InsO	17
<i>Jürgen Costede</i>	
Zur Parteilehre im Zivilprozeßrecht	33
<i>Erwin Deutsch</i>	
Vorsatz und Fahrlässigkeit in § 276 BGB – ihre Beziehung zueinander	41
<i>Uwe Diederichsen</i>	
Der »Konkurs« einer Idylle? – Jurisprudenz als literaturwissenschaftlicher Gewinn	55
<i>Diederich Eckardt</i>	
Das »Erwerbsverbot« des § 91 InsO	81
<i>Ulrich Foerste</i>	
»Zeugenausschalten« durch prozesstaktische Klage.	103
<i>Hans Friedhelm Gaul</i>	
Tradition, Stagnation und schrittweiser Fortschritt im Insolvenzrecht – Eine Zwischenbilanz der neuen Rechtsinstitute: Insolvenzplan, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenzverfahren	119
<i>Walter Gerhardt</i>	
Zum Einfluss Wolfram Henckels auf die Insolvenzrechtsreform	157

Rüdiger Krause

Die Insolvenzanfechtung von Arbeitsentgeltzahlungen – Neues Insolvenzrecht qua Zuständigkeitsverlagerung?	163
--	-----

Bruno M. Kübler

Schuldverschreibungen in der Insolvenz – Verfahrensrechtliche Streitfragen – Erfahrungsbericht aus einer Finanzdienstleisterinsolvenz	183
--	-----

Volker Lipp

Rechtsschutz gegen den Richter – Rechtsbehelfe bei Verletzungen von Verfahrensgrundrechten im Zivilprozess.	201
--	-----

Wolfgang Marotzke

Die Verzinsung anfechtungsrechtlicher Rückzahlungsansprüche.	211
--	-----

Joachim Münch

Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilprozeßrecht	231
---	-----

Hanns Prütting

Prozessrecht und materielles Recht	261
--	-----

Bruno Rimmelpacher

Vollstreckungsstandschaft in Fällen der Drittermächtigung	269
---	-----

Herbert Roth

Veränderungen des Zivilprozessrechts durch »Materialisierung«?	283
--	-----

Eberhard Schilken

Ergänzende Gedanken zur Bedeutung des § 117 InsO	301
--	-----

Ekkehard Schumann

Gerichte im Visier von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen. . .	315
--	-----

Andreas Spickhoff

Streitgegenstände im Haftpflichtprozess	337
---	-----

Rolf Stürner

Verfahrensrecht und materielle Gerechtigkeit	359
--	-----

Schrifttumsverzeichnis	377
----------------------------------	-----

Zu den Autoren	389
--------------------------	-----

Zu Risiken und Nebenwirkungen

Martin Ahrens

I. Novellierung des Privatinsolvenzrechts

Als Element des dynamischen Wirtschaftsprozesses unterliegt das Konkurs- bzw. Insolvenzrecht fortwährend gewandelten Anforderungen. An der grundlegenden Umformung des Konkursrechts in das Insolvenzrecht hat der Jubilar als Mitglied der Kommission für Insolvenzrecht mitgewirkt¹. Wenig überraschend benötigten die in der Insolvenzordnung erprobten neuen verfahrensrechtlichen Muster manche Nachjustierungen. So wirken dann viele Faktoren auf die Insolvenzordnung ein, die deswegen seit ihrer Verabschiedung mehr als 40 Mal geändert wurde².

Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode wurde gleichsam als großer Sprung nach vorn eine weitere umfassende Reform des Insolvenzrechts vereinbart³. Deren ersten beiden Stufen sind mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7.12.2011⁴ und dem Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 15.7.2013⁵ realisiert. Der dritte Teil des Vorhabens mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen befindet sich derzeit in der parlamentarischen Beratung⁶.

Mit der Novellierung des Insolvenzrechts natürlicher Personen durch die zweite Stufe der Insolvenzrechtsreform wurde eine mehr als zehnjährige Diskussion über die Reform des Privatinsolvenzrechts abgeschlossen⁷. Ein zeitlich

¹ Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln 1985, Anlage 2, S. 463.

² Vgl. nur die Übersicht in MünchKommInsO 3. Aufl. (2013), vor der Einleitung, S. 1, mit dem Stand Ende 2012.

³ https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile, S. 18.

⁴ BGBl 2011, 2582.

⁵ BGBl 2013, 2379.

⁶ BT-Drucks. 18/407.

⁷ Eingeleitet durch den Aufruf deutscher Insolvenzrichter und -rechtspfleger aus dem Jahr 2002 zur Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit der Insolvenzgerichte und der Insolvenzordnung, ZInsO 2002, 949 & 1077.

derart umfassender Reformprozess mit intensiven inhaltlichen Auseinandersetzungen sollte eigentlich gute Voraussetzungen dafür bieten, um in einem rationalen Diskurs tragfähige Lösungen zu entwickeln. Etwas überraschend scheint in nicht wenigen Bereichen geradezu das Gegenteil eingetreten zu sein. Vielleicht hat der langwierige Reformverlauf zu einem erhöhten politischen Druck geführt, endlich die Novellierung abzuschließen. Nicht vergessen werden dürfen die mit der Gesetzesänderung verfolgten, primär fiskalpolitischen Ziele⁸. Das Fazit über die Novelle fällt deswegen überaus ernüchternd aus. Erreicht seien viele Gesetzesänderungen, aber nur wenig Reformen⁹. Noch drastischer heißt es gar, gut sei nur das, was nicht geändert wurde¹⁰. Eine andere Einschätzung geht dahin, die neuen Vorschriften seien darauf angelegt, für eine möglichst große Verunsicherung zu sorgen¹¹.

Jenseits aller diskussionsfähigen rechtspolitischen Entscheidungen ruft die gesetzestechnische Gestaltung der Novelle vom 15.7.2013 zahlreiche Zweifel hervor. Deswegen sollen hier einige grobe Unzulänglichkeiten der Gesetzesänderungen im Insolvenzrecht natürlicher Personen aufgezeigt und Lösungsmöglichkeiten angeboten werden. Selbstverständlich kann ein eilbedürftiges Gesetzgebungsvorhaben fehleranfällig sein. Dieses Erklärungsmuster versagt aber bei einer über mehr als eine Dekade geführten Reformdiskussion und einem gesetzlichen Abschluss, der in einer Traditionslinie mit früheren Entwürfen¹² und namentlich dem Vorentwurf vom 2.3.2006 steht¹³. Jedenfalls hätte ein TÜV-Mängelbericht dem Gesetz kaum die Verkehrstauglichkeit attestieren dürfen.

II. Offene Regelungsmängel

1. § 35 II 2 InsO

In der Gesetzesfassung für die bis zum 30.6.2014 beantragten Insolvenzverfahren verweist § 35 II 2 InsO auf eine entsprechende Anwendung des § 295 II InsO. Im Fall einer Negativerklärung über die selbständige Erwerbstätigkeit des Schuldners ist seine Zahlungspflicht an § 295 II InsO zu orientieren¹⁴. Mit der Novelle ist dieser Bezug durch eine Verweisung auf die entsprechend anzuwendende Regelung des § 295 III InsO ersetzt worden. Ein § 295 III InsO exis-

⁸ Ausführlich *Ahrens*, Das neue Privatinvolvenzrecht (2014), Rn. 72 ff.

⁹ *Ahrens*, INDAT-Report 7/2014, S. 12, 13.

¹⁰ *Henning*, ZVI 2014, 7, 16 f.; *Hofmeister*, ZVI 2014, 247, 252.

¹¹ *Pape*, ZVI 2014, 234.

¹² *Grote/Pape*, ZInsO 2013, 1433, 1441.

¹³ *Schmerbach*, NZI 2013, 566; *Ahrens*, Das neue Privatinvolvenzrecht (2014), Rn. 86 ff.

¹⁴ BGH NZI 2013, 797 Rn. 20; NZI 2014, 461 Rn. 17.

tiert allerdings nicht. Die Gesetzesänderung beruht auf einem redaktionellen Versehen, denn es wird auf eine im Gesetzgebungsverfahren anfänglich vorgesehene, dann aber doch nicht verabschiedete Gesetzesfassung von § 295 III InsO Bezug genommen.

Nach den ursprünglichen Vorstellungen im Gesetzentwurf sollte § 295 InsO umformuliert und die bisherige Bestimmung des Absatzes 2 in Absatz 3 überführt werden, auf den folgerichtig § 35 II 2 InsO verweisen musste¹⁵. Eigentlich war keine inhaltliche Änderung angedacht, sondern die Bezugnahme in § 35 II 2 InsO sollte lediglich an den neuen Aufbau von § 295 InsO angepasst werden. Von der beabsichtigten Neufassung des § 295 InsO hat der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags Abstand genommen. Dabei wurde allerdings vergessen, von der parallel dazu gedachten Verweisung in § 35 II 2 InsO abzusehen. Als Konsequenz stellt § 35 II 2 InsO auf eine nicht kodifizierte Regelung ab.

Dieser redaktionelle Fehler ist ohne sonderliche Schwierigkeiten zu überwinden. Beabsichtigt war eine redaktionelle Umstellung, aber keine Verweisung ins Leere. Gesetzgebungsgeschichte, Systematik und Teleologie weisen auf die entsprechend anzuwendende Bestimmung über die Erwerbsobliegenheit und die Leistungen bei selbständiger Erwerbstätigkeit aus § 295 II InsO hin¹⁶. Dahinter muss der verfehlt Wortlaut der Novelle zurücktreten. Da die Vorschrift weiterhin als Verweisung auf § 295 II InsO zu lesen ist, liegt keine gesetzliche Lücke vor. Es muss deswegen keine Analogie geprüft werden, wobei nicht selbstverständlich wäre, ob nach einer Negativerklärung und damit bezogen auf den außerhalb des Insolvenzverfahrens erlangten Erwerb § 295 II InsO einen wertungsidentischen und damit übertragbaren Regelungsgedanken enthält.

2. § 303a I 2 Nr. 1 InsO

Einen sachlich vergleichbaren Redaktionsfehler enthält § 303a I 2 Nr. 1 letzte Alt. InsO¹⁷. Im Schuldnerverzeichnis gespeichert werden sollen die in der genannten Vorschrift aufgeführten Versagungen der Restschuldbefreiung. Als letzte tatbestandliche Alternative ist die auf Antrag eines Gläubigers erfolgte Versagung nach § 300 II InsO genannt. § 300 II InsO normiert indessen keinen Versagungsstatbestand, sondern den sogenannten Herkunftsnachweis. Fehlt der Herkunftsnachweis, ist der Antrag auf vorzeitige Restschuldbefreiung gem. § 300 II 1 InsO als unzulässig zu verwerfen. Da diese Verwerfung von Amts wegen und nicht auf Antrag eines Insolvenzgläubigers erfolgt sowie nur die vorzeitige Restschuldbefreiung betrifft und die regelmäßige Schuldbefreiung nach

¹⁵ BT-Drucks. 17/11268, S. 7, 28f.

¹⁶ *Abrens*, NJW 2014, 1841, 1843.

¹⁷ HK-InsO/*Waltenberger* 7. Aufl. (2014), § 303a InsO nF Rn. 2; *Heyer*, ZVI 2014, 244, 245 Fn. 4; *Gelbe-Haußen*, ZInsO 2014, 1375.

sechs Jahren unberührt lässt, kann sie schlechterdings gemeint sein. Infolgedessen stellt § 303a I 2 Nr. 1 letzte Alt. InsO auf die Versagung der Restschuldbefreiung aufgrund einer Regelung ab, die kein Versagungsrecht eröffnet. Gemeint ist vielmehr die in § 300 III InsO ausgestaltete Versagungsregelung.

Verantwortlich für diesen Fehler ist ebenfalls eine vom Rechtsausschuss vorgenommene Korrektur des Gesetzestextes. In der Fassung des Gesetzentwurfs war das Versagungsrecht allerdings in § 300 II InsO geregelt¹⁸. Durch den Rechtsausschuss wurde vor dieser Bestimmung als neuer Absatz 2 der Herkunftsnachweis eingefügt und die Versagungsregelung in Absatz 3 verschoben¹⁹. Dabei wurde übersehen, § 303a I 2 Nr. 1 InsO an die veränderte Fassung des § 300 InsO anzupassen.

Begrifflich und funktional kann indessen allein die Versagung nach § 300 III InsO gemeint sein. Während bei § 35 II 2 InsO eine unterlassene Änderung ursächlich wird, erfolgte hier eine zusätzliche Gesetzesänderung. Eine unterschiedliche Behandlung beider gesetzgeberischer Fehler erscheint dennoch nicht gerechtfertigt. § 303a I 2 Nr. 1 letzte Alt. InsO ist aufgrund der Gesetzgebungsgeschichte teleologisch als Verweisung auf § 300 II InsO auszulegen. Eine Eintragung der Versagung nach § 300 III InsO in das Schuldnerverzeichnis muss folgerichtig aufgrund und nicht nur analog § 303a I 2 Nr. 1 InsO erfolgen.

3. § 305 V 1 InsO

Schwieriger aufzulösen sind die aus einer anderen fehlerhaften Redaktion und zwar der neuen Fassung von § 305 V 1 InsO resultierenden Konsequenzen²⁰. § 305 V 1 InsO enthält die Ermächtigungsgrundlage für den Formularzwang bei den vorzulegenden Unterlagen. Für die bis zum 30.6.2014 beantragten Insolvenzverfahren stellt § 305 V 1 InsO auf die Bescheinigungen, Anträge und Verzeichnisse nach § 305 I Nr. 1–4 InsO ab. Die Novelle bezieht sich dagegen nur noch auf § 305 I Nr. 1–3 InsO. Für den nach § 305 I Nr. 4 InsO vorzulegenden Schuldenbereinigungsplan besteht nach dem neuen gesetzlichen Wortlaut kein Formularzwang.

Auch bei dieser verfehlten Fassung des Gesetzes hat der Rechtsausschuss seine Hand im Spiel gehabt. Im Regierungsentwurf war geplant, das Schuldenbereinigungsplanverfahren gemäß den §§ 307–310 InsO und infolgedessen auch § 305 I Nr. 4 InsO aufzuheben²¹. Wegen der ablehnenden Stellungnahmen gegenüber dieser Streichung des gerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahrens blieben aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des

¹⁸ BT-Drucks. 17/11268 S. 8.

¹⁹ BT-Drucks. 17/13535 S. 17.

²⁰ HK-InsO/Waltenberger (Fn. 17), § 305 InsO nF Rn. 21.

²¹ BT-Drucks. 17/11268 S. 9.

Deutschen Bundestags die §§ 307 bis 310 InsO unverändert²². Übersehen wurde, dass in diesem Fall die Änderung von § 305 V 1 InsO obsolet war, also ebenfalls entfallen musste²³.

Obwohl keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage existiert, wird im Formular über den Antrag auf Eröffnung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens als Anlage 7 ein Schuldenbereinigungsplan verlangt. Bei einer buchstabengetreuen Auslegung ist zwar nicht der Schuldenbereinigungsplan entbehrlich²⁴, mangels einer Ermächtigungsgrundlage besteht insoweit freilich kein Formularzwang mehr. Der Schuldner bzw. die geeignete Person oder Stelle könnten damit ein eigenes Muster verwenden, ohne nachteilige Konsequenzen befürchten zu müssen.

Während das gesetzgeberische Versäumnis auch bei dieser Novellierung unschwer zu erkennen ist, erscheint es doch nicht als selbstverständlich, ob dieser Fehler, wie in den beiden anderen Konstellationen, mittels einer historisch-teleologischen Auslegung zu korrigieren ist. Dazu müsste die fehlende Verweisung auf § 305 I Nr. 4 InsO in den Gesetzestext hineingelesen werden. Im Unterschied zu den anderen beiden Gestaltungen müsste dazu nicht eine falsche Verweisung richtiggestellt, sondern ein fehlender Bezug ergänzt werden. Kaum überzeugend erscheint, einen fortbestehenden Formularzwang wegen der unterschiedlichen inhaltlichen Anforderungen einerseits von Bescheinigungen, Anträgen und Verzeichnissen i.S.d. § 305 I Nr. 1–3 InsO anzunehmen und andererseits von Schuldenbereinigungsplänen abzulehnen²⁵. Mit diesem Wortlautargument wird auf eine methodisch unzulängliche Erklärung abgestellt, denn es geht gerade nicht um eine abzuwendende teleologische Extension bzw. analoge Anwendung der fortgeltenden Formularpflichten, sondern um die Korrektur einer gesetzgeberischen Fehlleistung. Als funktional unterlegte historisch-systematische Auslegung existiert daher eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für unverändert fortgeltende Anforderungen über den vorzulegenden Schuldenbereinigungsplan²⁶.

Noch nicht entschieden ist damit, zu welchen Konsequenzen der fortbestehende Formularzwang beim Schuldenbereinigungsplan für den Schuldner führt. Ohnehin wird es nur in wenigen Fällen darauf ankommen. Verwendet der Schuldner das Formular auch für den Schuldenbereinigungsplan, treten keine Probleme auf. Benutzt der Schuldner das Formular gar nicht, verstößt er gegen den unzweifelhaft in Bezug auf § 305 I Nr. 1–3 InsO geltenden Formularzwang. Nur wenn der Schuldner das Formular verwendet, aber einen Schuldenbereinigungsplan außerhalb des Formulars entwirft oder – vielleicht etwas

²² BT-Drucks. 17/13535 S. 22, 41.

²³ MünchKommInsO/Ott/Vuia 3. Aufl. (2014), § 305 Rn. 50.

²⁴ So aber Graf-Schlicker/Sabel 4. Aufl. (2014), § 305 InsO Rn. 41.

²⁵ So aber MünchKommInsO/Ott/Vuia (Fn. 23) § 305 Rn. 50.

²⁶ Offengelassen von Blankenburg, ZInsO 2014, 801, 807.

lebensnäher – ein Fehler ausschließlich im formularbasierten Schuldenbereinigungsplan vorliegt, kommt es überhaupt darauf an.

Zu erwägen ist, inwieweit für einen Schuldner Vertrauensschutz besteht, der sich auf die Gesetzesfassung berufen kann. Zu lösen ist der Konflikt zwischen der Gesetzes- und der Formularfassung über die gerichtliche Ergänzungsaufforderung aus § 305 III 1 InsO. Fehlt der formularmäßige Schuldenbereinigungsplan, muss das Insolvenzgericht den Schuldner über den gesetzlichen Redaktionsfehler und die trotzdem geltende Rechtslage aufklären und zu einer Erklärung auffordern. Erst anschließend können die Wirkungen des § 305 III 2 InsO eintreten²⁷.

4. Inkrafttreten der Verbraucherinsolvenzformularverordnung

Auch das Umfeld des Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 15.7.2013 ist nicht von Unzulänglichkeiten verschont geblieben. Mit seinen wesentlichen Regelungen gilt das Gesetz in den ab dem 1.7.2014 beantragten Insolvenzverfahren, Art. 9 des Gesetzes i.V.m. Art. 103h S. 1 EGIInsO. Die zu dieser Novelle ergangene Verordnung zur Einführung von Formularen für das Verbraucherinsolvenzverfahren und das Restschuldbefreiungsverfahren (Verbraucherinsolvenzformularverordnung – VbrInsFV) vom 23.6.2014 ist am 26.6.2014 im BGBl verkündet worden²⁸.

In einer kaum verständlichen Gestaltung ist allerdings die Verordnung nach Art. 2 VbrInsFV am 30.6.2014 in Kraft getreten. Noch einmal: Die Reform des Privatinsolvenzrechts ist dagegen in ihrem Kernbereich erst zum 1.7.2014 für die ab dann beantragten Insolvenzverfahren in Kraft getreten. Für einen Tag bestand danach ein Unterschied einerseits zwischen der alten Gesetzes- und andererseits der bereits geltenden novellierten Verordnungs- und Formularlage. Hat der Antragsteller am 30.6.2014 ein der alten Gesetzeslage entsprechendes Formular verwendet, darf sich dies nicht zum Nachteil des Antragstellers auswirken. Er muss daher in seinem Vertrauen darauf geschützt werden, ein der Insolvenzordnung entsprechendes Formular verwendet zu haben.

Nur am Rand sei darauf hingewiesen, dass die eigentlichen Schwierigkeiten auf einem anderen Gebiet liegen. Nur wenige Tage vor Inkrafttreten hat der Verordnungsgeber das neue Formular verabschiedet, obwohl die Regelungsbedürftigkeit bereits ein Jahr lang bekannt war. In der Konsequenz wird dadurch viel Arbeit der geeigneten Personen und Stellen entwertet, die gezwungen werden, den Insolvenzeröffnungsantrag ein zweites Mal unter Verwendung des neuen Formulars vorzubereiten.

²⁷ Ahrens, Das neue Privatinsolvenzrecht (2014), Rn. 181.

²⁸ BGBl I, 825.

III. Halboffene Mängel

1. Erwerbsobliegenheit gemäß § 287b InsO

In einer prinzipiell begrüßenswerten Regelung ist die Erwerbsobliegenheit des Schuldners durch die neue Bestimmung des § 287b InsO auf das eröffnete Insolvenzverfahren erstreckt worden. Die wirtschaftliche Reichweite dieser Bestimmung darf indessen nicht überschätzt werden, weil in der ganz überwiegenden Zahl der Insolvenzverfahren natürlicher Personen Kostenstundung bewilligt wird und dort die Erwerbsobliegenheit aus § 4c Nr. 4 InsO gilt²⁹. Als zentrale neue Konsequenz begründet die verletzte Erwerbsobliegenheit die tatbestandliche Anknüpfung für den neuen Versagungsgrund des § 290 I Nr. 7 InsO. Nicht die Erwerbsobliegenheit des § 287b InsO, sondern der darauf gestützte Versagungsgrund ist das eigentlich Neue.

Etwas überraschend übernimmt § 287b InsO den Wortlaut von § 295 I Nr. 1 InsO, sekundär vielleicht auch von § 4c Nr. 4 InsO. Diese Obliegenheit ist freilich allein auf die nicht selbständige Erwerbstätigkeit des Schuldners bezogen. Die Anforderungen an einen Selbständigen werden von dieser Bestimmung nicht ausdrücklich erfasst³⁰. Obwohl § 295 II InsO eine besondere Regelung für die selbständige Tätigkeit trifft, stellt die unvollständige Gesetzesfassung des § 287b InsO nicht auch auf diese Anforderungen und Wirkungen ab. Als Konsequenz aus der verfassungsrechtlich durch Art. 12 I GG geschützten Berufsfreiheit muss der Schuldner indessen auch während des Insolvenzverfahrens zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt bleiben³¹. Systematisch erkennt § 35 II 1 InsO diese Konsequenz an.

Während der Mangel insoweit offensichtlich und leicht behebbar erscheint, sind manche weiteren Wirkungen schwieriger zu beurteilen. Um das Regelungsvakuum über die eintretenden Rechtsfolgen zu füllen, ist an eine entsprechende Anwendung von § 295 II InsO zu denken³². Für eine Parallele zu dieser Regelung sprechen die systematische Vergleichbarkeit und die weitgehend übereinstimmenden Wertungen. Führt der Schuldner die selbständige Tätigkeit aufgrund einer Positiverklärung³³ gemäß § 35 II 1 InsO mit Wirkung für die Masse weiter aus, fällt grds. der gesamte Erwerb in die Masse. Der Schuldner verletzt

²⁹ *Schmerbach*, InsbÜro 2013, 471, 475; *Hergenröder*, KTS 2013, 385, 403; *Stephan*, ZVI 2014, 214, 215.

³⁰ *Pape*, InsbÜro 2013, 299.

³¹ *Stephan*, ZVI 2014, 214, 215; s.a. HK-InsO/*Waltenberger* (Fn. 17), § 287b InsO nF Rn. 4.

³² *Kübler/Prütting/Bork/Wenzel* (Stand: 4/14), § 287b Rn. 5; *Ahrens*, NJW 2014, 1841, 1845.

³³ Zur Terminologie *Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/Ahrens*, 2. Aufl. (2014), § 35 InsO Rn. 148.

in diesem Fall nur dann seine Obliegenheit, wenn der Gesamtertrag hinter den entsprechend anzuwendenden Anforderungen aus § 295 II InsO zurückbleibt.

Regelmäßig wird der Schuldner einen Pfändungsschutzantrag nach § 850i ZPO stellen. Dann ist zu bestimmen, ob die massezugehörigen Einkünfte hinter den Erfordernissen des § 295 II InsO zurückbleiben. Dazu wird angenommen, der strenge Maßstab des § 295 II InsO dürfe in der ersten Phase der Insolvenz nicht gelten, denn dem Schuldner müsse erst Gelegenheit gegeben werden, die Sanierungsfähigkeit seines Betriebs im Insolvenzverfahren zu prüfen³⁴. Die Prüfung der Sanierungsfähigkeit des Unternehmens ist jedoch vorrangige Aufgabe des Insolvenzverwalters. Zudem privilegiert diese Konsequenz unberechtigt den Selbständigen gegenüber dem Nichtselbständigen, für den keine vergleichbare Abkühlungsphase gelten kann. Außerdem fehlt ein gesetzlicher Anknüpfungspunkt, der es legitimieren könnte, die Folgen des § 295 II InsO zeitweilig auszusetzen.

Weist das Unternehmen keine hinreichende Ertragsperspektive aus, kann der Insolvenzverwalter das aus der selbständigen Tätigkeit erlangte Vermögen durch eine Negativklärung nach § 35 II 1 InsO aus der Masse ausscheiden. Dazu verweist § 35 II 2 InsO, wie oben ausgeführt, auf die entsprechend anzuwendende Regelung des § 295 II InsO. Nach der Rechtsprechung des BGH können die zu § 295 II InsO entwickelten Grundsätze zur Treuhandperiode wegen der systematischen Unterschiede nicht auf § 35 II 2 InsO übertragen werden³⁵. Infolge der fehlenden Erwerbsverpflichtung dürfe die Grundlage der abzuführenden Beträge nur der von dem Schuldner aus der selbständigen Tätigkeit erwirtschaftete Gewinn bilden³⁶. Wegen der nunmehr geschaffenen Erwerbsobliegenheit erscheint es zweifelhaft, ob diese Rechtsprechung noch fortgesetzt werden kann, was auch gegen eine mögliche Zahlungspflicht des Schuldners spricht. Im Versagungsverfahren wegen einer verletzten Erwerbsobliegenheit nach § 290 I Nr. 7 InsO könnten dann die Anforderungen aus § 295 II InsO entsprechend angewendet werden³⁷.

2. Aufhebung von § 114 I InsO

Zu den überwiegend positiv bewerteten Gesetzesänderungen gehört die Aufhebung von § 114 InsO. Seit Langem wurde gefordert, im Interesse der Gläubigergleichbehandlung die Privilegierungen einzelner Insolvenzgläubiger, namentlich der Sicherungsnehmer, durch diese Norm zu beseitigen³⁸. Um die Masse

³⁴ HK-InsO/Waltenberger (Fn. 17), § 287b InsO nF Rn. 5.

³⁵ BGH NZI 2013, 461 Rn. 13, 15.

³⁶ BGH NZI 2013, 461 Rn. 16f.

³⁷ HK-InsO/Waltenberger (Fn. 17) § 287b InsO nF Rn. 6; Stephan, ZVI 2014, 214, 216; Schmerbach, NZI 2013, 566, 570.

³⁸ Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. (2007), Rn. 26.06; Grote, ZInsO 1999, 31, 32; ders.,

anzureichern und bessere Aussichten auf eine Befriedigung der gestundeten Verfahrenskosten zu erreichen, ist § 114 InsO nunmehr gestrichen worden. Im Gesetzgebungsverfahren wurden allerdings die Rechtsfolgen dieser gesetzgeberischen Entscheidung nicht näher diskutiert. Praktisch bedeutsame Schwierigkeiten bestehen insbesondere für die Sicherungsabtretung von Entgelt, bei der die Sicherungsnehmer bislang nach § 114 I InsO bevorrechtigt wurden.

Nach der Rechtsprechung des BGH, die von der überwiegenden Literatur übernommen worden ist, hat § 114 I InsO bislang als Ausnahme zu § 91 I InsO die Wirksamkeit von Vorausabtretungen normiert³⁹, Vorausabtretungen von Entgeltforderungen waren danach für zwei Jahre privilegiert, ein Vorrecht, das nunmehr aufgehoben ist. Endet der Insolvenzbeschluss, endet auch die Blockade durch § 91 I InsO⁴⁰. Nach Erteilung der Restschuldbefreiung⁴¹ könnte die Sicherungsabtretung durch Konvaleszenz wirksam und damit geltend gemacht werden⁴², wie der BGH für die Rechtslage nach einer Negativklärung angenommen hat⁴³.

Wird die Restschuldbefreiung erteilt, ist zu erwägen, ob die Vorausabtretung künftiger Gehaltsforderungen vom Sicherungsnehmer nunmehr realisiert werden kann. Diese Konsequenz scheint § 301 II InsO zu ziehen, soweit Absonderungsrechte der Insolvenzgläubiger durch die Restschuldbefreiung nicht berührt werden⁴⁴. Dann wäre allerdings die Restschuldbefreiung gegenüber den durch eine Entgeltzession gesicherten Gläubigern wertlos, was die Konsequenz aus ihrem dinglichen Schutz zu sein scheint.

Infolgedessen besteht eine Spannungslage zwischen dem nicht mehr durchsetzbaren Forderungsrecht des Sicherungsnehmers und der realisierbaren Kreditsicherung. Regelmäßig dient die Zession der Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Ansprüche des Sicherungsnehmers oder eines Rechtsnachfolgers. Mit Erteilung der Restschuldbefreiung werden die Forderungen der Insolvenzgläubiger in unvollkommene Verbindlichkeiten umgewandelt. Unvollkommene Verbindlichkeiten werden jedenfalls nicht als Ansprüche im eigentlichen Sinn angesehen, weil sie keine einklagbaren Verbindlichkeiten begründen⁴⁵. Soweit die Sicherungsabrede auf Ansprüche oder

ZInsO 2010, 1974, 1976; Schmidberger, Rpfleger, 2012, 297; Schmerbach, NZI 2012, 161, 165; a.A. Wittig, WM 1998, 209, 219ff.

³⁹ BGHZ 167, 363 Rn. 9ff.; BGH NZI 2007, 39 Rn. 9; 2010, 564 Rn. 15; MünchKommInsO/Caspers 3. Aufl. (2013), § 114 Rn. 2f.; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/Hergenröder (Fn. 33), § 114 InsO Rn. 1; FK-InsO/Eisenbeis 7. Aufl. (2013) § 114 Rn. 2; Jaeger/Giesen 1. Aufl. (2014), § 114 InsO Rn. 5ff.; Kübler/Prütting/Bork/Moll (Stand: 2/13) § 114 InsO Rn. 12; Hergenröder, KTS 2013, 385, 404; a.A. Uhlenbruck/Berscheid/Ries 13. Aufl. (2010), § 114 InsO Rn. 17ff.

⁴⁰ Ahrens, Das neue Privatinsolvenzrecht (2014), Rn. 307.

⁴¹ Zu den unterschiedlichen Gestaltungen Ahrens, NZI 2014, 529, 530ff.

⁴² Dies ist dann auch die Konsequenz von Heinze, ZInsO 2013, 2401, 2411.

⁴³ BGH NZI 2013, 641 Rn. 26.

⁴⁴ Vgl. etwa Münzel, ZInsO 2014, 761, 764.

⁴⁵ Bamberger/Roth/Henrich 3. Aufl. (2012), § 194 BGB Rn. 14.

Verbindlichkeiten abstellt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass auch unvollkommene Verbindlichkeiten gesichert werden sollen.

Eine nicht allein von der Formulierung und Auslegung der Sicherungsabrede abhängige Lösung ermöglicht § 294 II InsO. Sonderabkommen des Schuldners mit einzelnen Insolvenzgläubigern sind danach nichtig. Aufgrund des weit zu verstehenden Tatbestandsmerkmals können Abtretungen allgemein und damit auch Vorausabtretungen des Arbeitseinkommens unzulässige Sonderabkommen bilden⁴⁶. Erfasst werden auch Abtretungen künftiger Entgeltforderungen des Schuldners vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Dem nichtigen Geschäft versagt die Rechtsordnung die gewollte Wirkung und zwar grundsätzlich umfassend, endgültig, von Anfang an und gegenüber Jedermann⁴⁷. Die als Sonderabkommen nichtige Sicherungsabtretung kann regelmäßig nicht nach Erteilung der Restschuldbefreiung durch Konvaleszenz wirksam und damit auch nicht mehr realisiert werden⁴⁸.

3. Anwendung von § 300a InsO auf die vorzeitig erteilte Restschuldbefreiung

§ 300a InsO soll die Rechtsprechung zum Insolvenzbeschlag des Neuerwerbs in den asymmetrischen Verfahren⁴⁹ kodifizieren. Nach § 300a I 1 InsO gehört das Vermögen, das der Schuldner in diesen Verfahren nach Ende der Abtretungsfrist oder nach Eintritt der Voraussetzungen des § 300 I 2 InsO erwirbt, nicht mehr zur Insolvenzmasse. Ausdrücklich schließt Alternative 2 jener Bestimmung über den Neuerwerb in den bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung nicht beendeten Insolvenzverfahren auch die in § 300 I 2 Nr. 1–3 InsO normierten Gestaltungen einer vorzeitig erteilten Restschuldbefreiung ein. Mit guten Gründen kann daran gezweifelt werden, ob diese zweite Regelungsalternative überhaupt erforderlich ist.

§ 300a I 1 Alt. 1 InsO bestimmt die Konsequenzen für einen Neuerwerb in den asymmetrischen Verfahren nach Ende der Abtretungsfrist. Das Ende der Abtretungsfrist wird dabei i.S.d. sechsjährigen Abtretungsfrist aus § 287 II InsO verstanden. Zwangsläufig ist dies freilich nicht, trotz der gesetzlichen Definition in § 287 II InsO endet die Abtretungsfrist nicht nur nach sechs Jahren, sondern bei einer vorzeitig erteilten Restschuldbefreiung auch früher. Dann wären die Fälle des § 300 I 2 InsO bereits von § 300a I 1 Alt. 1 InsO erfasst. Sachlich dürfte mit der zweiten Regelungsalternative vor allem eine klarstellende Funktion bezweckt sein, um Zweifel daran auszuschließen, ob die Normie-

⁴⁶ FK-InsO/Ahrens (Fn.39), § 294 Rn.31; Uhlenbruck/Vallender (Fn.39), § 294 InsO Rn.22.

⁴⁷ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. (2011), Rn. 1207.

⁴⁸ Ahrens, NZI 2014, 529, 533 f.

⁴⁹ BGHZ 183, 258; BGH NZI 2014, 312 Rn.5; 2014, 229 Rn.7.