

## Insolvenz

### Der selbstständige Schuldner muss liefern

Der Schuldner ist nach Freigabe seiner selbstständigen Tätigkeit im eröffneten Insolvenzverfahren nach dem BGH (13.3.14, IX ZR 43/12) verpflichtet, aus einem tatsächlich erwirtschafteten Gewinn dem Insolvenzverwalter den pfändbaren Betrag nach dem fiktiven Maßstab des § 295 Abs. 2 InsO abzuführen. Der wegen der Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners von diesem an die Masse abzuführende Betrag ist vom Insolvenzverwalter auf dem Prozessweg geltend zu machen. Was aber muss abgeführt werden?

#### Sachverhalt

Im Fall des BGH gab der klagende Insolvenzverwalter die selbstständige Tätigkeit des beklagten Insolvenzschuldners frei und forderte ihn nach § 295 Abs. 2 ZPO auf, die Insolvenzgläubiger durch Zahlungen an ihn so zu stellen, als ob er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre. Der Verwalter verlangte vom Beklagten nun Zahlung von 1.638,01 EUR monatlich, insgesamt 24.570,15 EUR. Der selbstständige Beklagte habe als angestellter Zahnarzt einen monatlichen Bruttoverdienst von 6.005,57 EUR erzielen können, was einem Nettogehalt von 3.233,69 EUR entspreche. Hiervon sei ein Betrag von 1.638,01 EUR pfändbar. Den pfändbaren Betrag müsse der Schuldner an die Masse abführen. Der Beklagte meint, der Kläger habe keinen Anspruch auf Abführung fiktiver Einkünfte. Mit seiner selbstständigen Tätigkeit als Zahnarzt erziele er keine Einnahmen in der genannten Höhe.

Während die Klage vor dem LG und dem OLG ohne Erfolg geblieben ist, weil die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nur reale, nicht fiktive Vermögensgegenstände umfasse, sieht der

BGH den Schuldner im Sinne der Gläubigergemeinschaft mehr in der Pflicht. Dabei war die Frage des richtigen prozessualen Vorgehens, der Berechnung des abzuführenden Betrags – real oder fiktiv – und die dementsprechenden Darlegungs- und Beweislasten zu betrachten. Alles Dinge, die Rechtsanwälte und Inkassounternehmen beachten müssen.

#### Insolvenzverwalter muss klagen

Der BGH hat die Auffassung der Ausgangsgerichte verworfen, der Insolvenzverwalter müsse nicht klagen, sondern könne seinen Anspruch unmittelbar aus dem Eröffnungsbeschluss als Titel vollstrecken, mit einer einfachen Begründung verwerfen. Zwar bilde nach § 148 Abs. 2 S. 1 InsO die vollstreckbare Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses einen Vollstreckungstitel (§ 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO). Hierunter fielen aber nur die vom Insolvenzbeschluss erfassten Sachen, aufgrund der Freigabe der selbstständigen Tätigkeit also gerade nicht der hieraus erzielte Erlös.

**Merke:** Hierauf müssen Neugläubiger in besonderer Weise achten und sich beim Insolvenzverwalter oder Treuhänder erkundigen, ob die selbststän-

dige Tätigkeit ihres Schuldners freigegeben wurde. In diesem Fall können sie nämlich unmittelbar in das Einkommen vollstrecken, wenn ihre Forderung nach der Freigabe entstanden ist. Die Vollstreckungssperre aufgrund der Insolvenz gilt dann nicht.

#### Fiktiv oder real? Das ist die Frage!

Es gehört zu den vom Schuldner nach einer Freigabe gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 InsO zu beachtenden Pflichten, dass er die nach § 295 Abs. 2 InsO maßgeblichen Beträge schon im Laufe des Insolvenzverfahrens abführt. Hierbei handelt es sich um eine eigenständige Abführungspflicht, auf deren Einhaltung der Insolvenzverwalter einen unmittelbaren Anspruch hat (BGH WM 13, 1612).

**Merke:** Kommt der Schuldner dieser Pflicht nicht nach, kann auch ein Antrag auf Versagung der Restschuldbefreiung gestellt werden. Bei § 295 Abs. 2 InsO handelt es sich um eine Obliegenheit, sodass nach § 296 Abs. 1 InsO der Versagungsantrag die Konsequenz der Nichterfüllung darstellt.

Der BGH geht von einer zumindest jährlichen Zahlungspflicht aus, was den Gläubiger veranlassen sollte, jeweils ein Jahr nach der Freigabe der selbstständigen Tätigkeit beim Insolvenzverwalter nachzufragen, ob der Schuldner seiner Abführungspflicht nachgekommen ist. Ist dies nicht der Fall, kann er zweispurig vorgehen, d.h., einerseits einen Versagungsantrag stellen, andererseits den Insolvenzverwalter auffordern, die Beiträge gerichtlich geltend zu machen. Zu entscheiden war danach nur, was der Insolvenzverwalter verlangen kann.

## Abführungsumfang

Die Frage, ob und in welcher Höhe den Schuldner eine Abführungspflicht trifft, hat der BGH schon geklärt (BGHZ 167, 363;). Danach gilt: Der Schuldner ist nur verpflichtet, nach § 35 Abs. 2 S. 2, § 295 Abs. 2 InsO etwas an die Insolvenzmasse abzuführen, wenn er einen Gewinn aus der selbstständigen Tätigkeit erzielt hat, der den unpfändbaren Betrag bei unselbstständiger Tätigkeit übersteigt. Den Schuldner trifft im laufenden Insolvenzverfahren nach derzeitigem Recht keine Pflicht, ein abhängiges Dienstverhältnis oder eine selbstständige Tätigkeit auszuüben, weil seine Arbeitskraft nicht in die Masse fällt. Übt er eine unselbstständige Tätigkeit aus, fällt gleichwohl der pfändbare Teil seines Arbeitseinkommens als Neuerwerb gemäß § 35 Abs. 1 InsO in die Masse.

Geht er einer selbstständigen Tätigkeit nach, werden alle Einkünfte aus dieser Tätigkeit vom Insolvenzbeschlag erfasst. Ist die selbstständige Tätigkeit vom Insolvenzverwalter jedoch nach § 35 Abs. 2 InsO freigegeben, besteht gegenüber der Masse nur die Abführungspflicht entsprechend § 295 Abs. 2 InsO. Maßstab für die Höhe der Abführungspflicht ist das nach § 295 Abs. 2 InsO zu bestimmende pfändbare fiktive Nettoeinkommen.

## Darlegungs- und Beweislast

Der Verwalter muss alle anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen. Der Schuldner ist dem Verwalter aber umfassend auskunftspflichtig hinsichtlich der Umstände, die für die Ermittlung des fiktiven Maßstabs erforderlich sind, aus denen sich die ihm mögliche abhängige Tätigkeit und das anzunehmende fiktive (Netto-)Einkommen ableiten lassen. Weiterhin muss der Schuldner sein tatsächliches Einkommen angeben und über seine Qualifikation und Leistungsfähigkeit Auskunft geben.

## Zahlungsverzug

### Zahlungsverzugsrichtlinie wird umgesetzt

Das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr wurde vom Bundestag am 4.7.14 beschlossen und nachfolgend am 30.7.14 im Bundesgesetzblatt verkündet. Das Gesetz tritt nach seinem Art. 5 am Tag nach der Verkündung in Kraft und damit am 1.8.14.

Im BS-Newsletter 2/2014 haben wir ausführlich über den Gesetzentwurf berichtet. Besonders wichtig ist, dass in § 288 BGB die Folgen des Verzugs im Geschäftsverkehr nachhaltig verschärft werden:

Zunächst steigt der gesetzliche Verzugszins im gewerblichen Forderungsbereich von 8 auf 9 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz.

Die Möglichkeit, im Geschäftsverkehr Vereinbarungen über abschließende Zahlungsfristen über Entgeltforderungen durch AGB zu treffen, soll durch die neu einzufügenden §§ 271a BGB und 308 Nr. 1a und 1b BGB beschränkt werden.

Kommt der Schuldner, der kein Verbraucher ist, mit seiner vertraglichen Leistung, einer Abschlagszahlung oder einer Ratenzahlung in Verzug, kann der Gläubiger darüber hinaus eine Aufwandspauschale von 40 EUR geltend machen. Dabei bleibt unerheblich, ob überhaupt oder jedenfalls in dieser Höhe ein Aufwand entstanden ist.

Allerdings muss sich der Gläubiger die Aufwandspauschale auf spätere Rechtsverfolgungskosten anrechnen lassen. Das sollte beim Vertragsschluss zwischen Gläubiger und Rechtsdienstleister besprochen werden und dann auch verbindlich geregelt sein.

## Versicherungsrecht

### AKB vor der Abtretung prüfen

Die von einem Versicherungsnehmer (VN) an eine Reparaturwerkstatt aus der Kaskoversicherung abgetretenen Ansprüche können von einem Factoringunternehmen, dem die Ansprüche von der Reparaturwerkstatt weiter abgetreten wurden, vor der endgültigen Schadensprüfung des Versicherers nicht geltend gemacht werden. Das kann die Beitreibung der Forderung erheblich erschweren.

### Das sagen die AKB

Dem steht nach Auffassung des OLG Köln (13.3.14, 9 U 149/13) das Abtretungsverbot in den Allgemeinen Bedingungen für die Kfz-Versicherung (AKB) entgegen. Dort wird regelmäßig vereinbart: „Ihren Anspruch auf Leistung können Sie vor der endgültigen Feststellung ohne unsere ausdrückliche Genehmigung weder abtreten noch verpfänden“.

Die Wirksamkeit des Abtretungsverbots in den AKB ist höchstrichterlich bestätigt (BGH NJW-RR 97, 919) und wird deshalb nicht mit Erfolg in Zweifel gezogen werden können.

### Was ist also zu tun?

Die Aktivlegitimation bei solchen Abtreungsketten müssen der Bevollmächtigte und das Inkassounternehmen prüfen, die zugleich als Factoringunternehmen auftreten. Ggf. muss geprüft werden, ob dem oben Gesagten Rechnung getragen wird, indem der VN die Reparaturwerkstatt ermächtigt, die Forderung im seinem Namen und auf seine Rechnung beizutreiben, d.h., das Institut der gewillkürte Prozessstandschaft zu nutzen, und ermächtigt ist, mit der Durchsetzung einen Dritten zu beauftragen. Das dürfte den meisten AKB nicht entgegenstehen.

## Mietvertrag

### Mieterhöhungs- ankündigung

Eine unterlassene oder nur pauschale und nicht weiter erläuterte Angabe von Instandhaltungs- oder Instandsetzungsabschlägen in einer Modernisierungserhöhungserklärung berührt nicht die formelle Ordnungsgemäßheit der Erhöhungserklärung. Die Folge dieses Grundsatzes ist, dass die höhere Miete beigetrieben werden kann, der Schuldner insoweit in Verzug gerät und ggf. auch die Voraussetzungen für eine Kündigung und eine Räumung vorliegen.

#### Grenzen beachten

Die materielle Ordnungsgemäßheit der Erhöhungserklärung steht nach einer Entscheidung des LG Berlin (27.3.14, 67 S 421/13) erst infrage, wenn der Mieter im Prozess konkret einen höheren als den vom Vermieter in der Erhöhungserklärung vorgekommenen Instandsetzungs- oder Instandhaltungsbedarf dartut.

#### Keine übertriebenen Anforderungen

Die Entscheidung folgt der Tendenz, die formellen Anforderungen an Mieterhöhungserklärungen nicht zu überspannen.

Das kann man auch anders sehen. Denn existenzielle Vertragsverhältnisse wie das Mietverhältnis erfordern besondere Sorgfalt und Präzision.

Eine höchstrichterliche Entscheidung zur Problematik liegt noch nicht vor, was einerseits für den Gläubiger und seinen Rechtsdienstleister ein Risiko bei der Forderungsbeitreibung begründet, andererseits Spielräume für eine gütliche Einigung zwischen Mieter und Vermieter gibt.

## Versorgungsvertrag

### Energie: Stillschweigen- der Vertragsschluss

Ein Energiebelieferungsvertrag durch Entnahme von Energie kommt mit dem Nutzer zustande und nicht mit dem Eigentümer des Grundstücks, wenn kein schriftlicher Liefervertrag vorliegt.

#### Ihr Stichwort: Realofferte

Die Realofferte eines Energieversorgungsunternehmens (EVU) richtet sich nach Ansicht des BGH (2.7.14, VIII ZR 316/13) typischerweise an den, der die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt ausübt. Es kommt nicht maßgeblich auf die Eigentümerstellung selbst, sondern auf die hierdurch vermittelte Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt an.

Indem der verfügbare Nutzer Strom verbraucht, nimmt er aus objektiver Sicht des Energieversorgungsunternehmens die an ihn gerichtete Realofferte konkludent an. Daran ändere auch eine kurze Nutzung durch den Eigentümer bei einem Wechsel zwischen zwei Mietern, Pächtern oder sonstigen Nutzungsberechtigten nichts.

#### Ausnahmen beachten

Anders verhält es sich aber, wenn der Grundstückseigentümer auf Verlangen des EVU nicht mitteilt, wer tatsächlicher Nutzer des Grundstücks ist (FMP 14, 120). Somit ist sichergestellt, dass das EVU einerseits Kenntnis vom tatsächlichen Nutzer erhält, andererseits dessen Liquiditätsrisiko trägt.

Die Entscheidung wird auch für andere Nutzungsverträge gelten müssen.

## Abtretung

### Vergessen Sie die Über- stunden nicht

Die Duldung von Überstunden bedeutet, dass der Arbeitgeber in Kenntnis einer Überstundenleistung diese hin nimmt und keine Vorkehrungen trifft, die Überstundenleistung zu unterbinden, er also nicht gegen die Leistung von Überstunden einschreitet, sie vielmehr weiter entgegennimmt.

Für den Abtretungs- oder Pfändungsgläubiger des Arbeitnehmers kann diese Entscheidung des LAG Mecklenburg-Vorpommern (22.1.14, 2 Sa 180/13) bares Geld wert sein, wenn die Überstunden vergütet werden müssen und so das abgetretene oder gepfändete Arbeitseinkommen des Schuldners erhöhen. Die maßgeblichen Auskünfte muss der Schuldner als Arbeitnehmer dem Gläubiger gegenüber erteilen. Bei der Abtretung ergibt sich dies aus § 402 BGB, bei der Pfändung aus § 836 Abs. 3 ZPO.

Sprechen Sie den Schuldner aktiv auf Überstunden an.

**Merke:** Erteilt er die Auskünfte nicht freiwillig, gilt es, die Vermögensauskunft zu beantragen.

## Impressum

### Herausgeber und Lieferung

BS Software GmbH, Martin-Kollar-Straße 15,  
81829 München

### Verlag

IWW Institut für Wissen in der Wirtschaft  
GmbH & Co. KG, Aspastraße 24, 59394 Nordkirchen,  
ein Unternehmen der Vogel Medien Gruppe, Telefon  
02596 922-0, Telefax 02596 922-99, E-Mail: info@iww.  
de, Internet: www.iww.de; Redaktion: RA Michael  
Bach (Chefredakteur, verantwortlich)

### Hinweis

Alle Rechte an Inhalt liegen beim Verlag. Nachdruck  
und jede Form der Wiedergabe auch in anderen  
Medien sind selbst auszugswise nur nach schriftlicher  
Zustimmung des Verlags erlaubt. Der Inhalt ist nach  
bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Die  
Komplexität der behandelten Materie macht es jedoch  
notwendig, Haftung und Gewähr auszuschließen.