

Einzelne Probleme bei (ehemaliger) wirtschaftlich selbständiger Tätigkeit natürlicher Personen in der Schuldnerberatung

Rechtsanwalt Heiko Graß*, Karlsruhe

In der Schuldnerberatung müssen vor allem bei (ehemalig) wirtschaftlich selbstständig tätigen, natürlichen Personen gesetzliche Besonderheiten beachtet werden, die sich nicht in den Vorschriften zur Abgrenzung des Verbraucherinsolvenzverfahrens zum Regelinsolvenzverfahren erschöpfen. Auch hinsichtlich der Möglichkeit der weiteren wirtschaftlichen Selbständigkeit gibt es gravierende Abweichungen zu natürlichen Personen im Angestelltenverhältnis. Die Änderung der Rechtslage für Anträge ab 01.07.2014 sollte bereits jetzt im Bereich des Restschuldbefreiungsverfahrens bei der Beratung von (ehemaligen) selbstständigen Personen beachtet werden.

Diese Besonderheiten in der Insolvenz der Selbständigen herauszuarbeiten und einen kleinen Leitfaden für die Beratung zu bieten, ist das Anliegen dieses Beitrages.

1.

Wirtschaftlich selbstständig tätige natürliche Personen nach der InsO

Ehemalig wirtschaftlich selbstständig Tätige als natürliche Personen unterfallen dem Verbraucherinsolvenzverfahren der §§ 304 ff. InsO, wenn sie mehr als 19 Gläubiger haben, also ab 20 Gläubiger **und** keine Forderungen aus Arbeitsverhältnissen bestehen.

Während sich die Gläubigeranzahl recht einfach bestimmen lässt, bleiben die Fragen genauer zu untersuchen,

- a) was sind ehemalige selbstständig tätige Personen?
und
- b) welche Forderungen stammen aus Arbeitsverhältnissen?

a)

Personen die nur ein **Kleingewerbe** (gilt auch für freiberuflich Tätigkeit im Nebenerwerb) betrieben haben oder betreiben, unterfallen nach der Rechtsprechung (BGH Beschluss v. 24.03.2011 – IX ZB 80/11) **nicht** dem Regelinsolvenzverfahren. Selbst wenn die Anzahl der Gläubiger 20 und mehr beträgt sind sie stets auf das Verbraucherinsolvenzverfahren zu verweisen. Das Kriterium der Abgrenzung für diese Selbstständigen im Nebenerwerb ist nach der Rechtsprechung der Umfang der Tätigkeit. Es ist zu prüfen, ob ein nenneswerter Umfang erreicht

wird und sich die Tätigkeit organisatorisch verfestigt hat. Liegen die Einnahmen unter der Grenze des § 3 Nr. 26 EStG von derzeit 2.400 € Jahresumsatz, so liegt eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d. § 304 InsO nicht vor.

Auch persönlich haftende Gesellschafter von Personen(handels)gesellschaften (GdB, OHG, KG etc.) sind als ehemalige Selbstständige zu qualifizieren. Geschäftsführer bzw. Vorstände von Kapitalgesellschaften (GmbH, AG etc.) gelten dann als ehemalige Selbstständige, wenn sie auch beherrschend an der Kapitalgesellschaft beteiligt waren, so Gesellschafter-Geschäftsführer mit 51 % und mehr Beteiligung an der Gesellschaft (BGH Beschluss v. 22.09.2005 – ZB 55/04).

b)

Neben dem Lohnrückstand gegenüber dem Arbeitnehmer sind auch **Lohnsteuerrückstände** gegenüber dem Finanzamt für den Arbeitnehmer und die **Arbeitnehmeranteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag** Forderungen aus Arbeitsverhältnissen. Gleiches gilt für die **Beiträge zur Berufsgenossenschaft** (AG Leipzig, ZInsO 2011, 2241 ff).

Nach § 69 AO (Lohnsteuer) und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 a StGB (Arbeitnehmerbeitrag zur Gesamtsozialversicherung) können auch Organe von Gesellschaften (so z.B. Geschäftsführer einer GmbH) persönlich für diese Rückstände in Anspruch genommen werden. Diese **quasi deliktische Haftung für Forderungen aus Arbeitsverhältnissen** ist ebenfalls für die Beurteilung des anwendbaren Insolvenzverfahrens, ob Regel- oder Verbraucherverfahren, heranzuziehen. Besteht eine Haftung für diese Forderungen gegenüber einem Geschäftsführer, so scheidet die Anwendung der §§ 304 ff InsO aus, er ist auf das Regelinsolvenzverfahren zu verweisen (BGH Beschluss v. 22.09.2005 – ZB 55/04).

2.

Restschuldbefreiungsversagungsgründe für ehemalige Selbstständige

Die Besonderheiten in der Schuldenstruktur der ehemals wirtschaftlich selbständigen Personen spielt nicht nur bei der Verfahrensart eine Rolle, sondern können auch bei der Restschuldbefreiung von erheblicher Bedeutung sein. Wirtschaftlich Selbstständige haben besondere Steuerverpflichtungen wie die Pflicht zur regelmäßigen Abgabe der Umsatzsteuererklärung und – wie oben angesprochen – die Pflicht zur Abführung der Lohnsteuer bei Beschäftigung von Arbeitnehmern

Auf den daraus resultierenden Problemkreis **Steuerrückstände, die mit Steuerhinterziehung in Verbindung stehen**, soll hier näher eingegangen werden.

Nach derzeitiger Gesetzeslage sind auch Steuerforderungen, die im Zusammenhang mit dem Straftatbestand der Steuerhinterziehung stehen, von der Restschuldbefreiung vollumfänglich erfasst (BFH Urteil v. 19.08.2008 – VII R 6/07).

Somit wird die Restschuldbefreiung von allen Steuerverbindlichkeiten erteilt und die Steuerhinterziehung ist im Rahmen des § 302 InsO nicht relevant.

Die **Neufassung des § 302 InsO** – die für alle Anträge ab dem 01.07.2014 gilt – regelt nun ausdrücklich, dass Forderungen aus einem Steuerschuldverhältnis nicht von der Restschuldbefreiung erfasst werden, sofern der Schuldner im Zusammenhang damit wegen einer Straftat nach den §§ 370, 373 oder 374 AO rechtskräftig verurteilt worden ist.

Es ist wichtig, dass Schuldner, die derartigen Forderungen ausgesetzt sind, die Zeit bis zum 01.07.2014 für einen Eigeninsolvenzantrag nebst Restschuldbefreiungsantrag nutzen, da Steuerverbindlichkeiten, die mit Steuerhinterziehung in Zusammenhang stehen, bei Anträgen nach dem 30.06.2014 nicht mehr restschuldbefreiungsfähig sind.

Dabei muss allerdings § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO beachtet werden. So liegt ein Restschuldbefreiungsversagungsgrund vor, wenn der Insolvenzantrag innerhalb von drei Jahren gestellt wird, nachdem der Schuldner grob fahrlässig oder vorsätzlich schriftlich unrichtige oder unvollständige Angaben über seine wirtschaftlichen Verhältnisse gemacht hat, um Leistungen an öffentliche Kassen zu vermeiden.

Die falsche Angabe in Steuererklärungen und damit die Steuerhinterziehung kann unter § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO fallen (BGH Beschluss v. 13.01.2011 – IX ZB 199/09).

Die Dreijahresfrist ist Tag genau drei Jahre vor dem Eigenantrag des Schuldners zu berechnen.

Daher kann insbesondere für ehemals wirtschaftlich Selbständige nun konkreter Beratungs- und Handlungsbedarf bestehen, wenn einerseits die Frist nach § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO (also drei Jahre nach Unterschrift unter die letzte falsche Steuererklärung) abgelaufen ist, aber andererseits der 01.07.2014 noch nicht erreicht ist.

3.

Wirtschaftlich Selbständige im Insolvenzverfahren

Wirtschaftlich Selbständige, die in Einzelfirma tätig sind, können einen Insolvenzantrag ebenfalls mit einem Restschuldbefreiungsantrag verbinden. Auch ihnen steht Insolvenzverfahrenskostenstundung zu.

Bei wirtschaftlich Selbstständigen, die in gesellschaftsrechtlicher Verflechtung (z.B. Sozietät bzw. GdBR, PartnerschaftsG, OHG etc.) gewerblich oder freiberuflich arbeiten, muss geprüft werden, ob der Insolvenzantrag über ihr persönliches Vermögen mit Restschuldbefreiung gestellt wird oder über das Vermögen der Gesellschaft.

Hier soll zur Vereinfachung weiter nur auf den Problemkreis der Einzelperson eingegangen werden.

Bereits in der Gesetzesänderung zum 01.07.2007 wurde § 35 Abs. 2 InsO eingefügt, der es dem Insolvenzverwalter ermöglicht, die wirtschaftlich selbstständige Tätigkeit nach freiem Ermessen **freizugeben**.

Diese Freigabe hat die Folge, dass der Betrieb des Schuldners vollständig aus der Insolvenzmasse herausgelöst wird und der Schuldner diesen Betrieb in eigener Regie fortführen kann.

Für den Insolvenzverwalter bestehen folgende Alternativen:

a) Keine Freigabe

Die gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit wird dann durch den Insolvenzverwalter über das Vermögen des Schuldners fortgeführt, d.h. der Schuldner erbringt weiterhin die Leistung (z.B. als Makler, Arzt oder Architekten etc.). Die Rechnungen werden aber durch den Insolvenzverwalter gestellt und eingezogen, die laufenden Kosten durch diesen beglichen. Ebenso verbleiben die steuerlichen Pflichten beim Insolvenzverwalter. Der Schuldner erhält statt Lohn nur Unterhalt gemäß § 100 InsO aus der erwirtschafteten Insolvenzmasse.

Diese Vorgehensweise ist für den Insolvenzverwalter mit erheblichen Haftungsrisiken verbunden, denn einerseits können die neuen Verbindlichkeiten (Geschäftsraummiete, Steuer, Versicherungen etc.) als Masseverbindlichkeiten unmittelbar gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend gemacht werden, andererseits ist er bei diesen Tätigkeiten letztendlich allein auf die Arbeitskraft des Schuldners angewiesen und kann den Betrieb kaum steuern.

b) Freigabe

Hier erklärt der Insolvenzverwalter nach § 35 Abs. 2 InsO gegenüber dem Schuldner, dass er den bestehenden Geschäftsbetrieb des Schuldners aus der Insolvenzmasse freigibt. Die Freigabe wird durch den Insolvenzverwalter dem Gericht gegenüber angezeigt und vom Gericht veröffentlicht.

Die Freigabe kann auch für die Zukunft erfolgen, wenn ein arbeitsloser Schuldner oder ein zuvor in einem Arbeitsverhältnis stehender Schuldner sich zukünftig selbstständig machen möchte.

Dann wird durch den Insolvenzverwalter erklärt, dass der Betrieb des Schuldners nicht in die Insolvenzmasse fällt.

Der Schuldner kann nach Freigabe mit den betriebsnotwendigen Gegenständen (§ 811 Nr. 5 ZPO) selbstständig weiter wirtschaften. Er ist dann für die Erfüllung der zukünftigen Steuerpflichtigen, der weiter laufenden Verbindlichkeiten des Betriebes und seiner privaten Verbindlichkeiten einschließlich seiner Krankenversicherung vollumfänglich verantwortlich. Alle bis zum Eröffnungstag entstandenen privaten und geschäftlichen Schulden bleiben dann in der „Verantwortung“ des Insolvenzverwalters und sind von der Restschuldbefreiung erfasst, für alle **neuen Schulden haftet der Schuldner** voll.

Die Freigabe des Geschäftsbetriebes stellt für den Schuldner ein Risiko dar. Sollte sich der Geschäftsbetrieb nicht so entwickeln, dass aus den Umsätzen die Kosten und/oder aus dem Gewinn der Lebensunterhalt bestritten werden kann, so hat der Schuldner neue Verbindlichkeiten begründet, die er nicht begleichen kann.

Es besteht also die Gefahr, dass der Schuldner sich mit dem neuen Geschäftsbetrieb ebenfalls wieder verschuldet und hier ein neues Insolvenzverfahren über das freigegebene Vermögen beantragt und eröffnet werden kann (siehe hierzu BGH Beschluss 09.06.2011 – IX ZB 175/10).

Da es für die erneute Restschuldbefreiung – sowohl nach der jetzigen Geltung der Insolvenzordnung als auch nach der neuen Fassung – eine Sperrfrist bei bereits einmal erteilter Restschuldbefreiung von zehn Jahren gibt, ist ein neues Insolvenzverfahren für den Schuldner zwar möglich, eine neue Restschuldbefreiung aber in der Regel aufgrund der Sperrwirkung des § 290 Abs. 1 Nr. 3 InsO (alt) bzw. § 287 a Abs. 2 Nr. 1 InsO (neu) ausgeschlossen.

Die Entscheidung des Insolvenzverwalters zur Freigabe des Betriebes ist nur durch die Gläubigerversammlung anfechtbar. Dem Schuldner bleibt bei der Anfechtung nur die Möglichkeit des Wechsels in eine unselbstständige Beschäftigung als Arbeitnehmer, wenn gleichzeitig die Einstellung des Geschäftsbetriebes durch die Gläubigerversammlung beschlossen wird.

Eine weitere Besonderheit stellt bei Freigabe der wirtschaftlich selbstständigen Tätigkeit im Insolvenzverfahren die analoge Anwendung des § 295 Abs. 2 InsO gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 InsO dar.

§ 295 Abs. 2 InsO hat den leicht misszuverstehenden Wortlaut:

Soweit der Schuldner eine selbständige Tätigkeit ausübt, obliegt es ihm, die Insolvenzgläubiger durch Zahlungen an den Treuhänder so zu stellen, wie wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre.

Der BGH (Beschluss v. 13.06.2013 – IX ZB 38/10) hat hier in einer neueren Entscheidung (zur Gesetzeslage bis 30.06.2014) zwei Fallgruppen für wirtschaftlich selbständige Schuldner im Insolvenzverfahren herausgearbeitet und damit klargestellt, dass eine Erwerbsobliegenheit des Schuldners im Insolvenzverfahren nicht besteht und § 295 Abs. 2 InsO nur die Obergrenze für den an den Insolvenzverwalter abzuführenden Betrag darstellt.

So gilt: Es ist **nicht** auf die **tatsächlichen Einkommensverhältnisse** des Schuldners aus der wirtschaftlich selbständigen Tätigkeit abzustellen, sondern allein auf das Einkommen aus einem **fiktiven Arbeitsverhältnis** nach dem Ausbildungsstand und den Erwerbschancen des Schuldners. Aus diesem **fiktiven Nettoeinkommen** wird dann unter Berücksichtigung der Unterhaltspflichten des Schuldners der sich ergebende pfändbare Betrag gemäß § 850 c ZPO ermittelt.

Insofern beschränkt sich die Mitwirkungspflicht des Schuldners bei Freigabe darauf, dem Insolvenzverwalter

aa)

die **Auskünfte zu geben**, die es ermöglichen, die dem Schuldner mögliche abhängige Beschäftigung und das daraus resultierende fiktive Einkommen des Schuldners zu ermitteln

und

bb)

wenn er aus der selbständigen Tätigkeit Einkünfte erzielt, die es ihm ermöglichen die nach § 850 c ZPO ermittelten Zahlungen zu leisten, diese an den Insolvenzverwalter **zu zahlen**.

Der Schuldner kann also Millionen an Gewinnen erzielen und hat trotzdem nur geringe Zahlungen an den Insolvenzverwalter zu erbringen.

Sollte der Schuldner aber nur Einkünfte in einer Höhe erzielen, die ihm keine Zahlungen ermöglichen, so hat er dem Insolvenzverwalter gegenüber **zumindest überprüfbare Angaben zur Gewinnermittlung zu machen**.

Vermutlich wird sich diese Rechtsprechung so nicht auf Fälle übertragen lassen, die nach dem 30.06.2014 beantragt werden, da dann gem. § 287 b InsO die Erwerbsobliegenheit schon im Insolvenzverfahren gilt.

Insofern dürften ab dann die nachfolgenden Grundsätze zur Erwerbsobliegenheit in der Wohlverhaltensphase auch bei Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO schon im Insolvenzverfahren gelten.

4.

Die Erwerbsobliegenheit des wirtschaftlich selbstständigen Schuldners in der Wohlverhaltensperiode

In der Wohlverhaltensperiode gilt § 295 Abs. 2 InsO nun unmittelbar in direktem Zusammenhang mit der Erwerbsobliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Danach trifft die Erwerbsobliegenheit auch den wirtschaftlich selbstständigen Schuldner.

In der Wohlverhaltensphase – in der die Erwerbsobliegenheit dem Schuldner auferlegt ist – hat er die Pflicht, sich weiterhin um Arbeit in einem angemessenen Beschäftigungsverhältnis zu bemühen, falls es ihm nicht möglich ist, aus seiner selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit den pfändbaren Betrag aus dem fiktiven Einkommen zu leisten (BGH Beschluss v. 19.07.2012 – IX ZB 188/09, 19.05.2011 – IX ZB 224/09).

Dieser Schuldner ist einer Doppelbelastung ausgesetzt, indem er einerseits weiterhin wirtschaftlich selbständig tätig ist und andererseits ihm noch die Pflicht des Bemühens um eine angemessene Beschäftigung auferlegt wird, um der Erwerbsobliegenheit zu genügen.

Klargestellt hat der BGH in diesem Beschluss (Beschluss 19.07.2012 – IX ZB 181/09) auch, dass Zahlungen des Schuldners nach § 295 Abs. 2 InsO an den Insolvenzverwalter oder Treuhänder zumindest einmal jährlich zu leisten sind und diese nicht erst am Ende der Restschuldbefreiungszeit – also nach 6 Jahren – erbracht werden müssen.

Abschließend ist noch kurz anzumerken, dass der wirtschaftlich selbstständige Schuldner, der Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern begründet hat/hatte, sich über § 266 a StGB dem erhöhten Risiko von der Restschuldbefreiung ausgenommener Forderungen aussetzt, wenn die Arbeitnehmerbeiträge für die Arbeitnehmer zu der Krankenkasse nicht rechtzeitig abgeführt werden. Das Nichtabführen von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung ist eine unerlaubte Handlung gemäß § 823 Abs. 2 BGB, und für diese Forderungen ist eine Restschuldbefreiung gemäß § 302 InsO ausgeschlossen.

Leider hat der BGH (Urteil v. 02.12.2010 – IX ZR 247/09) auch – nach dem dies zuvor heftig umstritten war – klargestellt, dass der Feststellungsanspruch des Gläubigers hinsichtlich einer Qualifizierung der Forderung aus unerlaubter Handlung, nicht der allgemeinen Verjährungsfrist von 3 Jahren unterliegt.

** Rechtsanwalt und Mediator*

Fachanwalt für Insolvenzrecht

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht