

# Zweite Chance für Rechtsanwälte – Unternehmenssanierung im Spannungsfeld des Berufsrechts

Prof. Dr. Nicola Preuß

Universität Düsseldorf

## Zweite Chance für Rechtsanwälte

„Zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung in Europa bedarf es einer stärkeren Sanierungskultur, die rentablen Unternehmen bei der Restrukturierung und Fortsetzung des Geschäftsbetriebs helfen, Unternehmen ohne Überlebenschance einer raschen Abwicklung zuführen und redlichen Unternehmern in einer Notlage eine zweite Chance geben soll.“

Vorschlag einer Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierung, Insolvenz und Entschuldungsverfahren [COM(2016) 123 final, S. 8

## ■ Sanierungsfall „Selbständiger“

### Art. 21 RiL-E:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass, wenn ein überschuldeter Unternehmer im Einklang mit dieser Richtlinie entschuldeter wird, ein mit der Überschuldung des Unternehmers zusammenhängendes Verbot, eine gewerbliche, geschäftliche, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeit aufzunehmen oder auszuüben, spätestens bei Ablauf der Entschuldungsfrist außer Kraft tritt, ohne dass ein neuer Antrag bei einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde gestellt werden muss.“

### Erw. 38

- „als sensibel angesehener Beruf → längeres Berufsverbot ungeachtet der Entschuldung
- Aufhebung nach kurzer Frist nicht angemessen, z.B. wenn Schuldner unredlich oder bösgläubig gehandelt hat

## Unternehmenssanierung im Spannungsfeld des Berufsrechts

### I. Insolvenz des Rechtsanwalts

1. Der selbständig tätige Schuldner in der Insolvenz
2. Die zulassungsgebundene Tätigkeit des Rechtsanwalts
3. Der Widerruf der Anwaltszulassung als Kernproblem

### II. Der Widerrufsgrund „Vermögensverfall“ gem. § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO

1. Vermögensverfall und Interessengefährdung
2. Widerlegung der Gefährdungsvermutung: Das Anstellungs-Modell
3. Ausschluss der Gefährdung im Insolvenzverfahren?
4. Zwischenfazit

### III. Berufsrecht versus Insolvenzrecht

1. Die Gefährdungsanalyse nach § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO
2. De lege ferenda: Ausschluss der Gefährdung mittels Überwachung durch den Insolvenzverwalter?

### IV. Konsolidierung der Vermögenslage im Restschuldbefreiungsverfahren

## 1. Der selbständige Schuldner in der Insolvenz

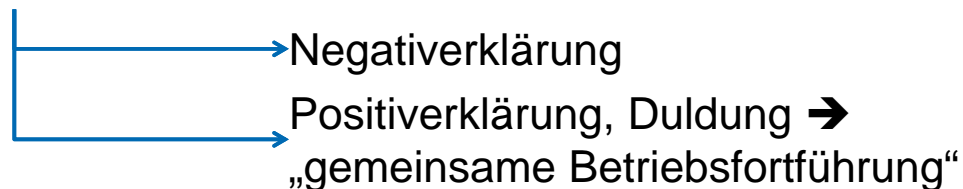
- „Selbstständig tätige Schuldner haben nach Insolvenzeröffnung ein von dem Gesetzgeber anerkanntes Interesse, sich durch die Fortführung ihrer gewerblichen oder freiberuflichen Tätigkeit eine neue wirtschaftliche Existenz aufzubauen.“ (Gehrlein, ZInsO 2017, 1352 unter Berufung auf BT-Drs. 16/3227, S. 17)

Unternehmensfortführung  
durch Insolvenzverwalter



Selbständige Tätigkeit  
des Schuldners

### § 35 Abs. 2 InsO



## 2. Die zulassungsgebundene Tätigkeit des Rechtsanwalts

- Abhängigkeit der Berufsausübung von der Zulassung
- Erlöschen der Zulassung → Anlass für die Bestellung eines Abwicklers, § 55 Abs. 5 BRAO

## 3. Der Widerruf der Anwaltszulassung als Kernproblem

### a) Widerruf der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft

- § 13 BRAO: Erlöschen der Zulassung mit bestandskräftigem Widerruf der Zulassung
- § 17 BRAO: Befugnis zur Führung der Berufsbezeichnung endet
- § 14 Abs. 4 S. 1 BRAO: Sofortvollzug → Wirkung eines Berufsverbots (Verweis auf § 155 BRAO, Ausschluss von der Vertretung vor Gerichten und Behörden gem. § 156 Abs. 2 BRAO)

- Widerrufsgründe: § 14 Abs. 2 BRAO
- ➔ praktisch bedeutsam: § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO (vgl. auch § 46 Abs. 4 Nr. 2 StBerG, § 21 Abs. 2 PAO)

„Schreckgespenst des Vermögensverfalls macht selbst vor den Inhabern ertragsfähiger Kanzleien nicht halt.“

(*Ehlers*, NWB 2016, 3325 zu § 46 Abs. 4 Nr. 2 StBerG)

- Problem der „Zulassungslücke“ (Schmidt-Ränsch in Gaier/Wolf/Göcken, § 14 BRAO Rdn. 56) zwischen Widerruf und Neuzulassung

„Wer wird einen Anwalt, dem die Zulassung einmal entzogen wurde, anstellen oder beauftragen?“

(Niesert/Georgiev, NZI 2013, 1007, 1010)



Problem „Paradigmenwechsel im Verfahrensrecht“

„Abschluss des Widerrufsverfahrens bewirkt Zäsur, durch die eine Berücksichtigung der nach der Widerrufsentscheidung eingetretenen Umstände einem späteren Wiederzulassungsverfahren vorbehalten ist“ (BGHZ 190, 187 = NJW 2011, 3234; BGH 30.5.2017 Anwz (Bfzg) 16/17 → anders: BFH DStRE 2014, 1527, 1529)

- Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist zu widerrufen, wenn der Rechtsanwalt in Vermögensverfall geraten ist, es sei denn, dass dadurch die Interessen der Rechtssuchenden nicht gefährdet sind

Vermögensverfall → regelmäßig Gefährdung

Annahme sei „regelmäßig schon im Hinblick auf den Umgang des Rechtsanwalts mit Fremdgeldern und den darauf möglichen Zugriff von Gläubigern gerechtfertigt“

St. Rspr., vgl. BGH NJW 2005, 511; BGHZ 190, 187 = NJW 2011, 3234; BGH ZVI 2014, 144; BGH 30.5.2017 AnwZ (Bfzg) 16/17

„Angesichts der Regel-/Ausnahme-Formulierung in § 14 BRAO obliegt es dem Berufsträger, zu beweisen, dass er kein Verbrecher ist. Nein, mehr noch: Dass es ausgeschlossen sei, dass er je zum Verbrecher werden kann.“ (Römermann, AnwBl. 2010, 418)

### 1. Vermögensverfall und Interessengefährdung

- Vermögensverfall: Rechtsanwalt ist in „ungeordnete, schlechte finanzielle Verhältnisse geraten, die er in absehbarer Zeit nicht ordnen kann, und außerstande, seinen Verpflichtungen nachzukommen“
- § 14 Abs. 2 Nr. 7 2. Halbsatz BRAO: Vermutung des Vermögensverfalls, wenn über das Vermögen des Rechtsanwalts das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Rechtsanwalt in das Schuldnerverzeichnis eingetragen wurde (vgl. auch BFH NJW 2016, 3392: Eröffnung eines englischen Insolvenzverfahrens)

**Wichtig: Vermögensverfall ist nicht als solcher  
Widerrufsgrund; lediglich Indikator für  
Gefährdung der Rechtsuchenden**

### Regel-Ausnahmeverhältnis des § 14 II Nr. 7 BRAO

- „Rechtsanwalt, dessen Vermögensverhältnisse nicht geordnet sind, ist nicht selten in besonders starker Versuchung, Gelder seiner Mandanten zweckwidrig zu verwenden, oder außerstande, erhaltene Vorschüsse zurückzuzahlen;
- besteht Gefahr, dass die Gläubiger des Rechtsanwalts im Wege der Pfändung auf Gelder zugreifen, die für seine Mandanten bestimmt sind“

[BGH 24.03.2011 – AnwZ(Brfg) 4/11]

### 2. Widerlegung der Gefährdungsvermutung

#### Anstellungs-Modell (BGH NJW 2005, 511)

- ❖ Beschränkung und Kontrolle
  - ❖ Perspektive
  - ❖ Zuverlässigkeit
- Mandate dürfen nur im Auftrag und für Rechnung der Sozietät abgeschlossen werden.
  - Anwalt ist es untersagt, Zahlungen an die Sozietät entgegenzunehmen; bei Barzahlungen Sozios und Bürovorsteherin bzw. deren Vertreterin hinzuzuziehen.
  - Name des Anwalts weder auf Briefkopf noch auf Praxisschild

### 3. Ausschluss der Gefährdung im Insolvenzverfahren?

Warum eigentlich nicht?

„Gesetzliche Vermutung eines zwingend zum Widerruf der Anwaltszulassung führenden Vermögensverfalls bei Insolvenzeröffnung würde keinen Sinn machen, wenn gleichzeitig mit der Insolvenzeröffnung stets und automatisch die den Widerruf verhindernde Ausnahmesituation anzunehmen wäre.“

(Klose, BRAK-Mit. 2010, 6, 7)

Worin liegt die spezifische Gefährdung ?

**Problem: Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis**

- „Interessen der Mandanten regelmäßig schon deshalb gefährdet, weil sie - vorbehaltlich ihres guten Glaubens - das Honorar nicht befreiend an den Auftragnehmer zahlen können“  
(BGH NJW-RR 2000, 128; wiederholt bestätigt)

### Stellungnahme

- „nicht mehr in der Lage, sich funktionsgerecht um die Wahrnehmung der Mandate zu kümmern“

(Schmidt-Ränsch in Gaier/Wolf/Göcken, § 14 BRAO Rdn. 41)

### Stellungnahme

- Rechtsanwalt könne „keine wirksamen Verträge mehr ohne Zustimmung des Insolvenzverwalters gem. §§ 182, 184 BGB schließen“

(Klose, BRAK-Mitt. 2010, 6, 8)

### Stellungnahme

### 3. Ausschluss der Gefährdung im Insolvenzverfahren?

- Eigenverwaltung als Lösung?

Abgelehnt: vgl. BGH 18.07.2011 – AnwZ (B)  
28/10

- Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO?

Abgelehnt: vgl. etwa BGH 23.06.2012 – AnwZ (Brfg)  
23/12; BGH ZVI 2007, 619, 620

#### Begründung:

- Gefährdung der Rechtssuchenden weder ausgeschlossen noch vermindert
- Freigabe regelmäßig nur dann, wenn Verwalter Einnahmen aus selbst. Tätigkeit eher niedrig einschätzt



### 4. Ein kurzes Zwischenfazit

- Übt der Schuldner eine zulassungsgebundene selbständige Tätigkeit aus, sind die Weichen nicht auf Fortführung, sondern auf Abwicklung gestellt.
- Fundamentaler Unterschied zwischen der Praxis des Freiberuflers und einem Gewerbebetrieb. (Für letzteren regelt § 12 GewO, dass die Vorschriften, welche die Untersagung eines Gewerbes oder den Widerruf einer Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, die auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist, regeln, während eines Insolvenzverfahrens keine Anwendung finden.)
- „Zielkonflikt“ zwischen Insolvenzrecht und Berufsrecht?  
*Henssler*: massive Beeinträchtigung der Interessen der Insolvenzgläubiger (Henssler/Prütting, § 14 BAO Rdn. 32)

## III. Berufsrecht versus Insolvenzrecht

### 1. Gefährdungsanalyse des § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO

„Ein Rechtsanwalt, dessen Vermögensverhältnisse nicht geordnet sind, ist nicht selten in besonders starker Versuchung, Gelder seiner Mandanten zweckwidrig zu verwenden, oder ist außerstande, erhaltene Vorschüsse zurückzuzahlen; zudem besteht jedenfalls die Gefahr, dass die Gläubiger des Rechtsanwalts im Wege der Pfändung auf Gelder zugreifen, die für seine Mandanten bestimmt seien“. (BGH 24.03.2011 – AnwZ (Brfg) 4/11)

- Rechtstatsächlich nicht abgesichert  
→ Argument nicht geeignet, „gesetzgeberische Wertung ernsthaft infrage zu stellen“ (BGH, NJOZ 2015, 614 f.)

#### 1. Gefährdungsanalyse des § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO

Berücksichtigt die Norm, in der diese **gesetzgeberische Wertung** sich manifestiert, Art. 12 GG?

- BVerfG, NJW 2005, 3057 (zu § 50 I Nr. 6 BNotO)

Begründung u.a.:

- Schutz der Rechtsuchenden vor Gefahren, die in der wirtschaftlichen Lage eines Notars begründet sind
- Verhältnismäßig, weil keine Amtsenthebung bei vorübergehenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten

➔ Gefährdungsanalyse muss tragfähig sein

#### 1. Gefährdungsanalyse des § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO

➔ Nach „Gefährdungsszenarien“ differenzieren

- Gesetzgeber besorgt Fehlverhalten unter dem Druck des Fehlverhaltens
- Wenn es Instrumente geben sollte, um die in der wirtschaftlichen Lage des Berufsträgers begründeten Gefahren für die Rechtsuchenden abzustellen, dann verlangt der Grundrechtsschutz, dem Berufsträger die Möglichkeit zu geben, diese Instrumente auch einzusetzen.

Ist der in Vermögensverfall geratene Berufsträger noch eine „Gefahr für die Rechtssuchenden“, wenn er freiwillig ein Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren mit dem realistischen Ziel der Schuldenbereinigung betreibt?

- **Insolvenzverfahren:**

Lösung des Altgläubiger- /Neugläubigerkonflikts

- **Restschuldbefreiungsverfahren:**

Perspektive, die der Vermutung, der Anwalt könnte unter dem Druck des Vermögensverfalls womöglich an Zuverlässigkeit einbüßen, ihre Tragfähigkeit entzieht

- **Zuverlässigkeitskriterium:**

Vor Vermögensverfall Berufstätigkeit beanstandungslos ausgeübt

2. De lege ferenda: Ausschluss der Gefährdung mittels Überwachung durch den Insolvenzverwalter?

„Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“


Der Vorschlag von *Niesert/Georgiev* (NZI 2013, 1007):

- Aufsicht durch den Insolvenzverwalter während der Restschuldbefreiungsperiode „zur Sicherung der Beibehaltung der Zulassung“
- Anordnung durch das Insolvenzgericht
- Beschluss für berufsständische Kammern beachtlich

- Vor der Reform des Restschuldbefreiungsrechts:
  - Beendigung des Insolvenzverfahrens
  - Ankündigung der RSB nach § 291 InsO a.F. (BGH, NJW 2005, 1271)
  
- Nach der Reform des Restschuldbefreiungsrechts:
  - Zulassung zum RSB-Verfahren gem. § 287a InsO reicht nicht (BGH, NJW 2017, 1181)

### ➔ Zulassung zum RSB-Verfahren plus Beendigung des Insolvenzverfahrens oder erst Erteilung der RSB?

- OVG Münster, ZVI 2016, 11 (zur Löschung aus der Architektenliste); zustimmend *Laroche*, VIA 2016, 83: Erteilung der RSB
  
- *Ahrens*, NJW 2017, 1181; *Koerfer*, NZI 2017, 217: Beendigung des RSB, (asymmetrische Verfahren: Ablauf der Abtretungsfrist)



# Zweite Chance für Rechtsanwälte – Unternehmenssanierung im Spannungsfeld des Berufsrechts

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Und kommen Sie doch einmal nach  
Düsseldorf:  
[www.isr.hhu.de](http://www.isr.hhu.de)