

Insolvenz des Apothekers

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

David Bunzel

aus: Dortmund

Referent: Professor Dr. Hanns Prütting

Korreferent: Professor Dr. Ulrich Ehrlicke

Tag der mündlichen Prüfung: 08.05.2013

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	1
A. Der Apotheker als Angehöriger der freien Berufe.....	2
I. Definition des Freiberuflers.....	2
II. Einordnung des Apothekers in das Berufsbild der freien Berufe.....	4
III. Zwischenergebnis: Der Apotheker – Freiberufliche Tätigkeit trotz Gewerbsteuerpflicht.....	8
B. Ursachen der Insolvenz.....	8
C. Auswirkungen der Krisenursachen auf die Abwicklung des Insolvenzverfahrens im Hinblick auf die Verfahrenswahl.....	9
§ 2 Reichweite des Insolvenzbeschlags und Bestimmung der Insolvenzmasse....	10
A. Apotheke als Bestandteil der Insolvenzmasse.....	11
I. Der ideelle Wert eines Unternehmens als Ausgangspunkt der Bewertung.....	11
II. Die freiberufliche Praxis – Berücksichtigung des besonderen Vertrauensverhältnisses.....	13
1. Privilegierung der Praxis des Freiberuflers – Fehlende Zugehörigkeit des ideellen Vermögenswertes.....	13
2. Die freiberufliche Praxis – Kein Sonderrecht trotz Vertrauensverhältnis.....	15
III. Der immaterielle Vermögenswert der Apotheke im Zeichen des Insolvenzbeschlags.....	16
1. Keine besondere Vertrauensbeziehung im Berufsfeld des Apothekers – Der Goodwill der Apotheke als Objekt der insolvenzrechtlichen Vermögenshaftung.....	17
2. Die Begründung und die Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauensverhältnisses durch den Apotheker – Berücksichtigung bei der Beurteilung des Insolvenzbeschlags des Goodwills.....	17
a) Das Berufs- bzw. Standesrecht der Apotheker als Ausgangspunkt der Beurteilung.....	18
b) Das Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“.....	19
c) Das Europarecht und die europarechtliche Rechtsprechung als einflussnehmende Faktoren.....	20
d) Das besondere Vertrauensverhältnis in den Einzelnen Tätigkeitsfeldern des Apothekers unter Berücksichtigung des Standes- und Europarechts.....	21

aa)	Produktion von Arzneimitteln nach eigener Rezeptur.....	21
bb)	Verkauf von Arzneimitteln.....	22
	(1) Freiverkäufliche Arzneimittel.....	22
	(2) Apothekenpflichtige Arzneimittel.....	23
	(3) Verschreibungspflichtige Arzneimittel.....	23
3.	Privilegierung der Apotheke - Ausstrahlung des besonderen Vertrauensverhältnisses des Apothekers.....	25
IV.	Ergebnis.....	26
B.	Die Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Berufszulassung des Apothekers.....	26
I.	Erlöschen/Widerruf/Rücknahme der Berufszulassung – Entziehung der Betriebserlaubnis.....	27
1.	Regelungsbereich des § 12 GewO – Anwendbarkeit auf den freiberuflichen Apotheker.....	27
2.	Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Berufszulassung des Apothekers.....	29
II.	Die Berufszulassung als Bestandteil der Insolvenzmasse.....	31
C.	Die Arbeitskraft des Apothekers als Bestandteil der Insolvenzmasse.....	32
D.	Der Insolvenzbeschlagnach im Hinblick auf das Anlage- und Umlaufvermögen des Apothekers.....	33
I.	Betriebs- und Geschäftsausstattung.....	34
II.	Sonstiges (un-) bewegliches Anlage- und Umlaufvermögen.....	37
III.	Kunden-/Patientenkartei.....	37
IV.	Patente.....	39
E.	Die Einkünfte des Apothekers als Zufluss zur Insolvenzmasse.....	41
I.	Abrechnungsmodell.....	42
1.	Rechtsbeziehungen und Abrechnung innerhalb der GKV.....	43
a)	Verschreibungspflichtige Arzneimittel.....	44
b)	Verschreibungsfreie Arzneimittel.....	48
2.	Rechtsbeziehungen und Abrechnung innerhalb der PKV.....	49
3.	Fazit - Forderungsansprüche des Apothekers.....	49
II.	Pfändungsschutz.....	50
1.	Pfändungsschutz nach §§ 36 Abs. 1 S. 1 InsO, 851 ZPO.....	50
a)	Übertragbarkeit von Forderungen des Apothekers.....	51
aa)	Die Auswirkungen des § 402 BGB auf § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB und damit letztlich auf § 134 BGB.....	51
bb)	Verletzung des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch eine Forderungszession des Apothekers.....	53
(1)	Das Tatbestandsmerkmal des Geheimnisoffenbarens des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB.....	53

(2) Unbefugtes Offenbaren im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB.....	56
(a) Einverständnis.....	57
(aa) Ausdrückliches/konkludentes Einverständnis.....	57
(bb) Mutmaßliches Einverständnis.....	59
(b) Gesetzliche Offenbarungsbefugnis.....	61
cc) Zwischenergebnis Abtretbarkeit.....	64
b) Pfändbarkeit der Forderungen des Apothekers.....	64
2. Pfändungsschutz nach §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850a Nr. 3 ZPO.....	66
3. Pfändungsschutz nach §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850 ff. ZPO.....	67
a) Pfändungsschutz nach §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850 Abs. 1, Abs. 2 ZPO.....	67
b) Pfändungsschutz des § 36 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. § 850i ZPO.	69
4. Fazit zum Pfändungsschutz für Einkünfte des Apothekers.....	69
III. Massereduzierung durch § 91 InsO – Wirkung und Regelungsgehalt der §§ 91 und 114 InsO als Ausfluss der Zulässigkeit der Abtretung von Forderungen des Apothekers.....	70
1. Anwendungsbereich des § 91 InsO.....	71
a) Keine Verfügung des Schuldners oder Zwangsvollstreckung für einen Insolvenzgläubiger.....	71
b) Gegenstand der Insolvenzmasse.....	72
c) Rechtserwerb nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens.....	73
d) Zwischenfazit zur Anwendbarkeit des § 91 InsO auf Vorausabtretungen des Apothekers.....	76
2. Anwendungsbereich des § 114 InsO.....	77
a) Verhältnis der §§ 114 Abs. 1 und 91 InsO.....	77
b) Anwendbarkeit des § 114 Abs.1 InsO auf Vorauszessionen des Apothekers.....	79
3. Fazit.....	82
IV. Massereduzierung – Aufrechnung durch die GKV.....	83
1. Aufrechnung der GKV mit Zuzahlungen der Patienten/Kunden.....	83
2. Aufrechnung der GKV mit öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüchen aufgrund von Retaxationen.....	85
V. Masseanreicherung – Anfechtung einer Globalzession an ein Rechenzentrum.....	86
VI. Ergebnis zu Einkünften des Apothekers als Insolvenzmasse.....	88
F. Folgen des Insolvenzverfahrens für die Altersvorsorge des Apothekers.....	89
I. Vermögensbildung durch das Versorgungswerk.....	90
1. Das Versorgungswerk als Gläubiger noch offener Beitragszahlungen.....	91
a) Offene Beiträge des Versorgungswerks in der Insolvenz des Arbeitgebers eines angestellten Apothekers.....	91

b)	Offene Beiträge des Versorgungswerks in der Insolvenz eines Versorgungswerkmitglieds.....	92
aa)	Vor Insolvenzeröffnung entstandene offene Beitragsforderungen.....	92
bb)	Nach Insolvenzeröffnung entstandene Beiträge.....	95
(1)	Freigabe der selbstständigen Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 InsO.....	95
(2)	Fortführung der selbstständigen Tätigkeit zugunsten der Insolvenzmasse.....	95
cc)	Nicht befriedigte Beitragsforderungen.....	97
(1)	Schuldenbereinigungsplan.....	98
(2)	Nach Beendigung/Einstellung des Insolvenzverfahrens.....	99
2.	Leistungen des Versorgungswerks als Bestandteil der Insolvenzmasse.....	100
a)	Leistungsbezug vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens.....	100
aa)	Rentenzahlungen.....	100
bb)	Hinterbliebenenrente und Todesfall des Apothekers.....	102
cc)	Aufrechnung.....	102
b)	Kein Leistungsbezug bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens....	103
II.	Private Altersvorsorge und Vermögensbildung über Schaffung von beweglichem und/oder unbeweglichem Anlagevermögen.....	105
1.	Private Altersvorsorge.....	105
a)	Rechtslage vor Einführung des Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge.....	105
b)	Pfändungsschutz nach aktueller Rechtslage.....	107
2.	Aufbau eines beweglichen und unbeweglichen Anlagevermögens...	107
III.	Fazit.....	107
1.	Versorgungswerk.....	108
2.	Private Altersvorsorge.....	109
§ 3	Verwertung des Vermögens des Apothekers in der Insolvenz.....	109
A.	Regelinsolvenzverfahren, §§ 11 – 216 InsO.....	110
I.	Fortführung der Apotheke in der Insolvenz.....	111
1.	Fortführung der Apotheke im Insolvenzeröffnungsverfahren.....	112
a)	Anwendbarkeit der §§ 21, 22 InsO auf den freiberuflichen Apotheker.....	112
b)	Fortführungsmodelle.....	113
aa)	Fortführung der Apotheke durch einen starken vorläufigen Insolvenzverwalter.....	114
bb)	Fortführung der Apotheke durch einen schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter.....	117

cc) Fortführung der Apotheke durch den Schuldner ohne Kontrolle eines außenstehenden Dritten (Gutachter).....	118
dd) Fortführung der Apotheke durch den Schuldner unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters (§ 270a Abs. 1 InsO).....	119
2. Fortführung der Apotheke im eröffneten Insolvenzverfahren.....	120
a) Fortführung ohne Beteiligung des insolvenzschuldnerischen Apothekers.....	120
aa) Alleinige Fortführung der Apotheke durch den Insolvenzverwalter.....	121
bb) Fortführung unter Beteiligung eines Abwicklers/Praxisbetreuers.....	123
cc) Verpachtung der Apotheke.....	125
b) Fortführung durch arbeitsteiliges Zusammenwirken zwischen Insolvenzverwalter und Schuldner.....	126
aa) Entstehungsgeschichte und Verfassungsrecht – Das Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke.....	127
bb) Das Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke und das apothekenrechtliche Standesrecht im Lichte der Insolvenzordnung.....	128
(1) Rechtsprechung.....	129
(2) Literatur.....	131
(3) Stellungnahme.....	132
(a) Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke – Gesetzgeberintention und Verfassungsrecht.....	132
(b) Die Regelung des § 7 S. 1 ApoG im Kontext der insolvenzrechtlichen Vorschriften und der Abwicklung eines Insolvenzverfahrens.....	135
(aa) Fortführungspflicht.....	136
(bb) Die Gewährleistung des Schutzes der Volksgesundheit im Insolvenzverfahren.....	140
(c) Zwischenergebnis.....	144
c) Fortführung durch den Schuldner.....	144
aa) Eigenverwaltung.....	145
(1) Anwendbarkeit der Regelungen der §§ 270 ff. InsO in der Insolvenz des Apothekers.....	146
(2) Vor- und Nachteile der Eigenverwaltung – Einfluss der Neuregelungen des ESUG.....	147
bb) Fortführung des bestehenden oder neu gegründeten Apothekenbetriebes.....	150
(1) Fortführung des bestehenden oder neu gegründeten Apothekenbetriebes zugunsten und zulasten der Insolvenzmasse.....	150

(2) Fortführung des bestehenden oder neu gegründeten Apothekenbetriebes in eigener Regie nach Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO.....	152
(a) Wirksamkeit einer bestehenden Globalzession nach Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO.....	153
(aa) Massezugehörigkeit als Tatbestandsvoraussetzung der Wirkung des § 91 InsO.....	154
(bb) Normenkonflikt.....	156
(b) Fazit zur Wirksamkeit einer bestehenden Globalzession nach Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO.....	159
(3) Neuverbindlichkeiten aus der selbstständigen Tätigkeit des Apothekers.....	160
3. Die Nutzung der Patienten-/Kundenkartei in der Fortführung der Apotheke.....	161
4. Auskunfts- und Mitwirkungspflichten.....	163
5. Fachliche Leistungen des Apothekers.....	164
6. Sicherstellung der Lebensgrundlage des Apothekers.....	166
a) Dienstvertrag.....	167
b) Freie Einkünfte.....	167
II. Stilllegung der Apotheke - Stilllegungsbefugnis des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und Fortführungsrecht des Apothekers.....	168
III. Verwertung.....	169
1. Veräußerung der Apotheke im Ganzen.....	170
a) Veräußerbarkeit der Apotheke.....	171
b) Einflussnahmerecht des Apothekers in den Veräußerungsvorgang.....	171
c) Umsetzung einer übertragenden Sanierung unter Berücksichtigung des Zustimmungserfordernisses der Patienten/Kunden.....	172
aa) Grundzüge der übertragende Sanierung.....	173
bb) Vertragsgestaltung unter Berücksichtigung des Zustimmungsrechtes der Kunden.....	173
(1) Befragung.....	174
(2) Widerspruchslösung.....	174
(3) Antizipierte Zustimmung.....	175
(4) Nachträgliche Zustimmung.....	175
(5) Mitarbeit bereits im Stadium vor der übertragenden Sanierung.....	176
2. Liquidation der Apotheke.....	176
3. Verwertung von Forderungen des Apothekers.....	177
a) Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Apothekers.....	178

b) Einschränkung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten durch das von § 203 StGB geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung.....	179
c) Reichweite der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten.....	181
B. Insolvenzplanverfahren.....	181
C. Verbraucherinsolvenzverfahren.....	182
§ 4 Ergebnis der Untersuchung.....	183
A. Insolvenzbeschlagn.....	184
I. Der immaterielle Vermögenswert der Apotheke als Bestandteil der Insolvenzmasse.....	184
II. Die Berufszulassung des Apothekers und seine Arbeitskraft im Insolvenzverfahren.....	184
III. Das Anlage- und Umlaufvermögen des Apothekers in der Insolvenz....	184
IV. Die Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einkünfte des Apothekers.....	185
V. Die Altersvorsorge im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Apothekers.....	185
B. Verwertung.....	186
I. Fortführung der betrieblichen Einheit.....	186
II. Stilllegung der Apotheke.....	187
III. Verwertung: Übertragende Sanierung, Liquidation und zugriff auf Forderungen.....	187
IV. Insolvenzplanverfahren.....	188
V. Verbraucherinsolvenzverfahren.....	188

Literaturverzeichnis

- Ahrens, Martin*, Negativerklärung zur selbstständigen Tätigkeit gem. § 35 II InsO, NZI 2007, S. 622 – 626
- Andres, Dirk/Pape, Gerhard*, Die Freigabe des Neuerwerbs als Mittel zur Bewältigung der Probleme einer selbstständigen Tätigkeit des Schuldners, NZI 2005, S. 141 - 147
- Andres, Dirk*, Die geplante Neuregelung des Neuerwerbs des selbstständigen Schuldners in der Insolvenz, NZI 2006, S. 198 – 201
- Andres, Dirk/Leithaus, Rolf*, Insolvenzordnung, 2. Auflage 2011, München (zitiert: *Andres/Leithaus/Bearbeiter*, InsO)
- Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 18.02.2010 – IX ZR 61/09*, NJW-Spezial 2010, S. 438
- Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 247/03*, NZI 2006, S. 457 - 461
- Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 247/03*, FD-InsR 2006, 187443
- Antoni, Peter*, Gewerbeuntersagung und Insolvenzverfahren, NZI 2003, S. 246 – 252
- Bäuerle, Elke*, Freiberufler in der Insolvenz (Teil 1), PFB 2004, S. 123 - 128
- Bankrechts-Handbuch*, Hrsg. Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen, Band I, 4. Auflage 2011, München (zitiert: *Schimansky/Bunte/Lwowski/Bearbeiter*)
- Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.*, Handelsgesetzbuch, 35. Auflage 2012, München (zitiert: *Baumbach/Hopt/Bearbeiter*)
- Beck, Siegfried/Depre, Peter*, Praxis der Insolvenz, 2. Auflage 2010, München (zitiert: *Beck/Depre/Bearbeiter*, Praxis der Insolvenz)
- Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten*, Kommentar zum SGB V, 2. Auflage 2010, München (zitiert: *Becker/Kingreen/Bearbeiter*, SGB V)
- Beck'sche Kurzkommentare*, Hrsg. Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung, 69. Auflage, Leinen 2011 (zitiert: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO*)
- Beck'scher Online-Kommentar Gewerberecht*, Hrsg. Pielow, Johann-Christian, 18. Edition April 2012, München (zitiert: *BeckOK-GewO/Bearbeiter*)
- Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht*, Hrsg. Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, 25. Edition März 2012 (zitiert: *BeckOK-SGB V/Bearbeiter*)
- Beck'scher Online-Kommentar StGB*, Hrsg. von Heintschel-Heinegg, Bernd, 18. Edition März 2012 (zitiert: *BeckOK-StGB/Bearbeiter*)
- Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, Hrsg. Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, 4. Edition Mai 2012 (zitiert: *BeckOK-ZPO/Bearbeiter*)
- Beer, Udo*, Gefahren untypischer Apothekenverpachtungen, BB 1992, S. 1259
- Berger, Christian*, Die Abtretung ärztlicher Honorarforderungen, NJW 1995, S. 1584 – 1589
- Berger, Christian*, Die unternehmerische Tätigkeit des Insolvenzschuldners im Rahmen der Haftungserklärung nach § 35 Abs. 2 InsO, ZInsO, 2008, S. 1101 - 1108
- Berliner Kommentar zum Insolvenzrecht*, Hrsg. Blersch, Jürgen/Goetsch, Hans-W./Haas, Ulrich, 37. Aufl. 2010 (zitiert: *Berliner Kommentar/Bearbeiter*)
- Binz, Fritz/Hess, Harald*, Der Insolvenzverwalter, Heidelberg 2004 (zitiert: *Binz/Hess*, Der Insolvenzverwalter)

- Bork, Reinhard*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2009 (zitiert: *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht)
- Branz, Karl-Heinz*, § 114 InsO – eine (völlig) misslungene Regelung, ZInsO 2004, S. 1185 - 1187
- Braun, Eberhard*, Insolvenzordnung, 5. Auflage 2012 (zitiert: *Braun/Bearbeiter*)
- Braun, Eberhard/Uhlenbruck, Wilhelm*, Unternehmerinsolvenz, Düsseldorf 1997 (zitiert: *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmerinsolvenz)
- Cramer, Udo H./Maier, Bernd*, Praxisübergabe und Praxiswert II, MedR 2002, S. 616 – 625
- Cyran, Walter/Rotta, Christian*, Kommentar zur Apothekenbetriebsordnung, 4. Auflage 2005 (zitiert: *Cyran/Rotta*, ApBetrO)
- Dahl, Michael*, Aufrechnung von (Alt-) Forderungen nach Freigabe gem. § 35 InsO, VIA 2011, 49 - 51
- Dahl, Michael*, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten im Eröffnungsverfahren, NJW-Spezial 2011, 405 – 406
- Dahl, Michael*, „Unternehmensfreigabe“ nach § 35 II, III InsO – Insolvenzmasse, NJW-Spezial 2007, S. 485 – 486
- Desch, Wolfram*, Schutzschirmverfahren nach dem RegE-ESUG in der Praxis, BB 2011, S. 841 - 846
- Dieker, Ulf/Remmert, Andreas*, Der Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung und Modernisierung des Pfändungsschutzes, NZI 2009, S. 708 – 713
- Diekmann, Thomas J./Reinhardt, Fabienne*, Fremdbesitz, Apotheken und Niederlassungsfreiheit, WRP 2006, S. 1165 - 1171
- Dieners, Peter/Reese, Ulrich*, Handbuch des Pharmarechts, 1. Auflage 2010, München (zitiert: *Dieners/Reese/Bearbeiter*)
- Diepold, Hugo*, Hat § 49b BRAO Auswirkungen auf die Pfändbarkeit von Vergütungsforderungen von Rechtsanwälten?, MDR 1995, S. 23 – 24
- Dobmeier, Rudolf*, Die Behandlung der Vorausabtretungen von Mietzinsen und pfändbaren Arbeitsentgeltansprüchen in der Insolvenz des Zedenten, NZI 2006, S. 144 – 149
- Dünisch, Friedrich*, Ständesrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen bei freien Berufen, BayVBl 1982, S. 102 - 108
- Eckhardt, Diederich*, Vorausverfügung und Sequestration, ZIP 1997, S. 957 - 967
- Ehlers, Harald*, Vermeidung des Widerrufs der Zulassung als kammergebundener Freiberufler wegen Vermögensverfalls, NJW 2008, S. 1480 – 1485
- Ehlers, Alexander/Scheibeck, Florian/Conradi, Ulrich*, Rechtliche Grundlagen der Übergabe von Arztpraxen, DStR 1999, S. 1532 - 1535
- Engler, Joachim*, Die Bewertung von freiberuflichen Praxen mit Hilfe branchentypischer Wertfindungsmethoden, BB 1997, S. 142 - 149
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/Amb, Friedrich*, Strafrechtliche Nebengesetze: Apothekengesetz, Band 17, 188. Ergänzungslieferung 2012, München (zitiert: *Erbs/Kohlhaas/Bearbeiter*, Strafrechtliche Nebengesetze-ApoG)
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/Amb, Friedrich*, Strafrechtliche Nebengesetze: Apothekenbetriebsordnung, Band 17, 188. Ergänzungslieferung 2012, München (zitiert: *Erbs/Kohlhaas/Bearbeiter*, Strafrechtliche Nebengesetze-ApBetrO)

- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/Amb, Friedrich*, Strafrechtliche Nebengesetze: Gewerbeordnung, Band 17, 188. Ergänzungslieferung 2012, München (zitiert: *Erbs/Kohlhaas/Bearbeiter*, Strafrechtliche Nebengesetze-GewO)
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Hrsg. Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingo, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage 2012, München (zitiert: *ErfurterKomm/Bearbeiter*, BGB)
- Ernst, Werner/Zinkhanh, Willy/Bielenberg, Walter/Krautzberger, Michael*, Baugesetzbuch, BauNVO, 102. Auflage 2012, München (zitiert: *Ernst/Zinkhahn/Bielenberg/Krautzberger/Berarbeiter*, BauNVO)
- Esser, Albert/Prosslinger, Michael*, Insolvenz und berufsständische Versorgung, NZI 2002, S. 647 – 653
- Feuerich, Wilhelm E./Weyland, Dag*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 7. Auflage, Leinen 2008 (zitiert: *Feuerich/Weyland/Bearbeiter*, BRAO)
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch, 58. Auflage, Leinen 2011 (zitiert: *Fischer*, StGB)
- Fleischmann, Eugen*, Die freien Berufe im Rechtsstaat, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 127, 1. Auflage 1970
- Fliegner, Robert*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.10.2003 – I-4 U 110/03, EWIR 2004, S. 121 - 123
- Flöther, Lucas F/Bräuer, Gregor*, Die Abtretung künftiger Lohnforderungen in der Insolvenz des Arbeitnehmers – Wirksamkeit und Anfechtbarkeit der (Voraus-) Verfügung im Lichte des § 114 I InsO – Normanwendung zu Lasten der par condicio creditorum ?, NZI 2006, S. 136 – 144
- Franke, Johannes/Böhme, Ralf*, Die Kollision von Berufsrecht und Insolvenzrecht, AnwBl 2004, S. 339 - 341
- Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Hrsg. Wimmer, Klaus, 6. Aufl. 2011 (zitiert: *FK-InsO/Bearbeiter*)
- Franzel, Sten*, Die Abtretung anwaltlicher Honorarforderungen, AnwBl 2005, S. 121 - 124
- Frege, Michael C./Keller, Ulrich/Riedel, Ernst*, Insolvenzrecht, 7. Auflage 2008, München (zitiert: *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht)
- Friauf, Karl Heinrich*, Kommentar zur Gewerbeordnung (zitiert: *Friauf/Bearbeiter*, GewO)
- Fritsche, Stefan*, Entwicklungstendenzen der Zustimmungsverwaltung nach §§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt., 22 Abs. 2 InsO im Insolvenzeröffnungsverfahren, DZWIR 2005, S. 265 - 277
- Fröhler, Oliver*, Der Interessenausgleich zwischen Verfügungsfreiheit und Schutz der Apothekeninhabererben, BWNotZ 2010, S. 12 – 23
- Fuchs, Karlhans*, Behandlung und Abgrenzung von Insolvenzanträgen nach §§ 304 ff. InsO, ZInsO 1999, S. 185 - 190
- Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/Fleischfresser, Andreas*, Arzneimittelrecht, Handbuch für die pharmazeutische Rechtspraxis, 1. Auflage 2010 (zitiert: *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser*)
- Gerhardt, Walter*, Zur Reichweite der Vermögenshaftung, Festschrift für Gaul, Bielefeld 1995, S. 139 - 151
- Gottwald, Peter*, Insolvenzrechtshandbuch, 4. Auflage 2010, München (zitiert: *Gottwald/Bearbeiter*, Insolvenzrechtshandbuch)
- Grabau, Fritz-Rene/Miehe, Uwe*, Die neue insolvenzfreie Tätigkeit einer natürlichen Person als Chance für einen wirtschaftlichen Neuanfang?, ZVI 2006, S. 232 - 237

- Graf, Ulrich/Wunsch, Irene*, Eigenverwaltung und Insolvenzplan – gangbarer Weg in der Insolvenz von Freiberuflern, ZIP 2001, S. 1029 – 1040
- Graf, Ulrich/Wunsch, Irene*, Nochmals: Insolvenzplan und Eigenverwaltung – Ein gangbarer Weg auch in der Insolvenz von Rechtsanwälten, Notaren und Steuerberatern?, ZVI 2005, S. 105 - 111
- Gramberg-Danielsen, Berndt/Kern, Bernd-Rüdiger*, Die Schweigepflicht des Arztes gegenüber privaten Verrechnungsstellen, NJW 1998, S. 2708 – 2710
- Grub, Volker*, Der Regierungsentwurf der Insolvenzordnung ist sanierungsfeindlich, ZIP 1993, S. 393 - 398
- Gundlach, Ulf/Frenzel, Volkhard*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.05.2006 – IX ZR 247/03, NZI 2006 S. 457 – 461
- Haarmeyer, Hans/Wutzke, Wolfgang/Förster, Karsten*, Handbuch der vorläufigen Insolvenzverwaltung, 1. Auflage München 2011 (zitiert: Haarmeyer/Wutzke/Förster)
- Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, Hrsg. Schmidt, Andreas, 3. Aufl. 2009 (zitiert.: HambKomm/Bearbeiter)
- Harlfinger, Wolf*, Der Freiberufler in der Insolvenz, 1. Auflage, Frankfurt 2005 (zitiert: Harlfinger, Der Freiberufler in der Insolvenz)
- Hartung, Wolfgang*, Anwaltliche Berufsordnung, 3. Auflage, Leinen 2006 (zitiert: Hartung/Bearbeiter, BRAO)
- Häsemeyer, Ludwig*, Insolvenzrecht, 3. Auflage 2003 (zitiert: Häsemeyer, Insolvenzrecht)
- Heghmanns, Michael/Niehaus, Holger*, Outsourcing im Versicherungswesen und der Gehilfenbegriff des § 203 III 2 StGB, NStZ 2008, S. 57 – 62
- Heinze, Harald*, Umsatzsteuern aus schwacher vorläufiger Verwaltung als Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 4 InsO, ZInsO 2011, S. 603 – 609
- Henning, Kai*, Aktuelles zu Überschuldung und Insolvenzen natürlicher Personen, ZInsO 2004, S. 585 - 594
- Henssler, Martin*, Das anwaltliche Berufsgeheimnis, NJW 1994, S. 1817 – 1824
- Henssler, Martin/Kilian, Matthias*, Erwerb von Anwaltssozietäten – Das Prinzip des „sanften Übergangs“, MDR 2001, S. 1274 - 1278
- Henssler, Martin/Prütting, Hanns*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 3. Auflage, Leinen 2010 (zitiert: Henssler/Prütting/Bearbeiter, BRAO)
- Hess, Harald/Röpke, Andreas*, Die Insolvenz der kammerabhängigen freien Berufsangehörigen, NZI 2003, S. 233 – 238
- Hess, Harald/Weis, Michaela/Wienberg, Rüdiger*, Insolvenzordnung, 2. Auflage, Heidelberg 2001 (zitiert: Hess/Weis/Wienberg/Bearbeiter, InsO)
- Hild, Norbert*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, ZInsO 2005, S. 1289 – 1296
- Hoffmann, Heinrich*, Gesetz über das Apothekenwesen, 1961 (zitiert: Hoffmann, Gesetz über das Apothekenwesen)
- Holzer, Johannes*, Das Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge, DStR 2007, S. 767 – 771
- Hubmann, Heinrich*, Die Zwangsvollstreckung in Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte, Festschrift für Lehmann, Berlin 1956, S. 812 - 836
- Iraschenk-Luscher, Stephanie/Bayh, Peter*, Datenschutzrechtliche Probleme der Forderungsrealisierung durch Externe im Gesundheitsbereich, MedR 2009, S. 453 – 456

- Jaeger, Ernst*, Insolvenzordnung, Band I, §§ 1 – 55, 1. Auflage 2004 (zitiert: *Jaeger/Bearbeiter*, InsO)
- Jaeger, Ernst*, Insolvenzordnung, Band II, §§ 56 – 102, 1. Auflage 2004 (zitiert: *Jaeger/Bearbeiter*, InsO)
- Jaeger, Ernst*, Insolvenzordnung, Band III, §§ 103 – 128, 1. Auflage 2004 (zitiert: *Jaeger/Bearbeiter*, InsO)
- Jaeger, Ernst*, Insolvenzordnung, Band V, §§ 148 – 173, 1. Auflage 2004 (zitiert: *Jaeger/Bearbeiter*, InsO)
- Jaeger, Ernst*, Konkursordnung, 9. Auflage 1997 (zitiert: *Jaeger/Bearbeiter*, KO)
- Jung, Michael/Kernchen, Sofie*, Die Eigenverantwortung des Apothekenleiters, Pharmazeutische Zeitung Online, <http://www.pharmazeutische-zeitung.de/index.php?id=37018>
- Kahlert, Günter*, Anmerkung zu einer Entscheidung des BFH vom 1.9.2010, VII R 35/08, ZIP 2010, 2359 – Zur Aufrechnung des Finanzamtes gegen den Umsatzsteuervergütungsanspruch des Insolvenzschuldners, EWiR 2011, S. 53 - 54
- Kamann, Hans-Georg/Gey, Peter/Kreuzer, Ariane*, Das EuGH-Urteil zum Apotheken-Fremdbesitzverbot – „Renationalisierung“ des Gesundheitssektors?, PharmR 2009, S. 320 - 323
- Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, Hrsg. Leitherer, Stephan, 1. Band 2011, München (zitiert: *KK-SGB V/Bearbeiter*)
- Kern, Bernd-Rüdiger*, Der postmortale Geheimnisschutz, MedR 2006, S. 205 - 208
- Kessler, Christian*, Das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Partnergesellschaft, Köln 2004 (zitiert: *Kessler*, Das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Partnerschaftsgesellschaft)
- Kießner, Ferdinand*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.05.2006 – IX ZR 247/03, FD-InsR 2006, 187443
- Kilger, Hartmut/Prosslinger, Michael*, Die Rechtsprechung zum Recht der berufsständischen Versorgung seit dem Jahre 2004, NJW 2006, S. 3108 – 3114
- Kilger, Hartmut/Prosslinger, Michael*, Die Rechtsprechung zum Recht der berufsständischen Versorgung seit dem Jahr 2008, NJW 2010, S. 3137 – 3143
- Kilger, Joachim/Schmidt, Karsten*, Konkursordnung, 16. Auflage 1997 (zitiert: *Kilger/K.Schmidt*, KO)
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Has-Ullrich*, Strafgesetzbuch, 3. Auflage 2010 (zitiert: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Autor*, StGB)
- Kindl, Johann/Meller-Hannich, Caroline/Wolf, Joachim*, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 1. Auflage 2010 (zitiert: *Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Autor*)
- Klein, Hubert*, Schweigepflicht versus Offenbarungspflicht, RDG 2010, S. 172 – 178
- Kleine-Cosack, Michael*, Vom freien Beruf zum gewerblichen Unternehmer, BB Special 3 (zu BB 2008, Heft 11), S. 2 - 7
- Kluth, Thomas*, Die freiberufliche Praxis „als solche“ in der Insolvenz – „viel Lärm um nichts“?, NJW 2002, S. 186 – 188
- Koch, Christine Maria*, Die Insolvenz des selbstständigen Rechtsanwalts, 2009
- Kotzur, Hubert*, Der Vollstreckungsschutz des Apothekers nach § 811 Nr. 9 ZPO, DGVZ 1989, S. 165 – 169
- Kreft, Gerhart*, Insolvenzordnung, 6. Auflage 2011 (zitiert: *HK-InsO/Bearbeiter*)

- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns*, Das neue Insolvenzrecht, 2. Auflage (zitiert: *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht)
- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns/Bork, Reinhard*, Kommentar zur Insolvenzordnung, 48. Lieferung Stand 4/12 (zitiert: *Kübler/Prütting/Bork/Bearbeiter*, InsO)
- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns*, Kommentar zur Insolvenzordnung, Sonderband 1 Gesellschaftsrecht, 1998 (zitiert: *Kübler/Prütting/Bearbeiter*, Gesellschaftsrecht)
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch, 27. Auflage 2011 (zitiert: *Lackner/Kühl/Autor*, StGB)
- Landmann/Rohmer Gewerbeordnung*, Hrsg. Marcks, Peter/Neumann, Dirk/Bleutge, Peter/Fuchs, Bäbel/Kahl, Georg/Salewski, Ernst-Martin/Schönleiter, Ulrich, 59. Ergänzungslieferung 2011, München (zitiert: *Landmann/Rohmer/Bearbeiter*, GewO)
- Laroche*, Nichtzahlung des Vergleichseinkommens gem. § 295 II InsO, VIA 2011, 85, 86.
- Laroche, Peter/Prusowski, Wolfgang/Schöttler, Alexandra/Siebert, Volker/Vallender, Heinz*, Insolvenzrechtsreform 2. Stufe – die geplanten Änderungen in der Insolvenz natürlicher Personen, ZIP 2012, S. 558 - 568
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger*, Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage 2010, München (zitiert: *Laufs/Kern/Bearbeiter*, Handbuch des Arztrechts)
- Laufs, Adolf*, Praxisverkauf und Arztgeheimnis – ein Vermittlungsvorschlag, MedR 1989, S. 309 - 310
- Leisner, Walter*, Einschaltung Privater bei der Leistungsabrechnung in der Gesetzlichen Krankenversicherung – Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine anstehende gesetzliche Neuregelung, NZS 2010, S. 129 – 136
- Lippross, Otto Gerd*, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, 8. Auflage (zitiert: *Lippross*, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes)
- Lippert, Hans-Dieter/Deutsch, Erwin*, Kommentar zum Arzneimittelgesetz, 2. Auflage 2006, (zitiert: *Lippert/Deutsch/Bearbeiter*)
- Lips, Jörg/Schönberger, Katja*, Unechtes Factoring im Gesundheitswesen: Ein Geschäftsmodell vor dem Aus?, NJW 2007 S. 1567 – 1569
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander*, Kartellrecht, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, 2. Auflage 2009 (zitiert: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Bearbeiter*)
- Mai, Vera*, Die Insolvenz des Freiberuflers, 2009
- Mai, Vera*, Therapieempfehlung: Insolvenzplan – Ein Praxisbericht aus der Arztinsolvenz, ZInsO 2008, S. 414 – 417
- Maunz, Theodor/Düring, Günter*, Grundgesetz (zitiert: *Maunz/Düring/Bearbeiter*, GG)
- Meyer, Florian/Grunert, Gordon*, „Off-Label-Use“: Haftungs- und Regressrisiken für Ärzte, Apotheker und Pharmaunternehmen, PharmR 2005, S. 205 – 207
- Michalski, Lutz*, Der Begriff des freien Berufs im Standes- und Steuerrecht, Köln 1989 (zitiert: *Michalski*, Der Begriff des freien Berufs)
- Michalski, Lutz/Römermann, Volker*, Verkauf einer Anwaltskanzlei, NJW 1996, S. 1305 – 1310
- Mönning, Rolf-Dieter*, Betriebsfortführung in der Insolvenz, 1. Auflage, Köln 1998 (zitiert: *Mönning*, Betriebsfortführung in der Insolvenz)
- Mohrbutter, Harro*, Mitwirkungspflichten des Schuldners, DZWIR 2005, S. 336 - 340

- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Hrsg. Gummert, Hans/Weipert, Lutz, Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnergesellschaft, Partenreederei, EWIV, 3. Auflage 2009 (zitiert: MünchHandbuch/Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland, Band 1, §§ 1 - 240, 6. Auflage 2012 (zitiert: MK-BGB/Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland, Band 2, §§ 241 - 432, 6. Auflage 2012 (zitiert: MK-BGB/Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland, Band 4, §§ 611 - 704, 6. Auflage 2012 (zitiert: MK-BGB/Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Hrsg. Schmidt, Karsten, 3. Auflage 2010, München (zitiert: MK-HGB/Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Hrsg. Kirchhof, Peter/Lwowski, Hans-Jürgen/Stürner, Rolf, Band 1, §§ 1 – 102, 2. Auflage 2007, München (zitiert: MK-InsO/Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Hrsg. Kirchhof, Peter/Lwowski, Hans-Jürgen/Stürner, Rolf, Band 2, §§ 103 - 269, 2. Auflage 2007, München (zitiert: MK-InsO/Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Hrsg. Kirchhof, Peter/Lwowski, Hans-Jürgen/Stürner, Rolf, Band 3, §§ 270 - 359, 2. Auflage 2007, München (zitiert: MK-InsO/Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Hrsg. Rauscher, Thomas/Wax, Peter/Wenzel, Joachim, Band 2, §§ 511 – 945, 3. Auflage 2007 (zitiert: MK-ZPO/Bearbeiter)
- Musielak, Hans-Joachim*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 9. Auflage 2012, München (zitiert: Musielak/Bearbeiter, ZPO)
- Narr, Helmut*, Ärztliches Berufsrecht, Band 2, 2. Auflage, Köln 2003
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker*, Insolvenzordnung, 22. Ergänzungslieferung 2011, München (zitiert: Nerlich/Römermann/Bearbeiter, InsO)
- Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm/Voigt-Salus, Joachim*, Insolvenzrecht, 2. Auflage 2010 (zitiert: Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus/Bearbeiter, Insolvenzrecht)
- Plagemann, Hermann*, Sozialversicherungsbeiträge in der Insolvenz, NZS 2000, S. 525 -533
- Pohlmann, Ulrich*, Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters, Köln 1998 (zitiert: Pohlmann)
- Prütting, Dorothea*, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2. Auflage 2012
- Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus*, Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2011 (zitiert: Prütting/Gehrlein/Bearbeiter, ZPO)
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd*, BGB Kommentar, 7. Auflage 2012 (zitiert: Prütting/Wegen/Weinreich/Bearbeiter, BGB)
- Quaas, Michael/Zuck, Rüdiger*, Medizinrecht, 2. Auflage 2008, München (zitiert: Quaas/Zuck)
- Redaktion DStR*, Nachrichten, Pressemitteilungen, Fachnews Insolvenzrecht: Schutzzweck § 35 Abs. 2 InsO, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 18.02.2010 – IX ZR 61/09, becklink 301991
- Rieger, Hans-Jürgen*, Praxisverkauf und ärztliche Schweigepflicht, MedR 1992, S. 147 - 151
- Ries, Stephan*, Die Insolvenz des Freiberuflers, ZVI 2004, S. 221 - 231

- Ries, Stephan*, Die Praxis des Vertragsarztes in der Insolvenz; die Masse zahlt die Betriebskosten und die Bank kassiert das Honorar?, ZInsO 2003, S. 1079 – 1083
- Ring, Gerhard*, Berufsbild und Werbemöglichkeiten der Apotheker nach der zweiten Apothekenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1997, S. 768 - 773
- Ring, Gerhard*, Honorarzession und Verschwiegenheitspflicht, BB 1994, S. 373 – 375
- Römermann, Volker*, Neues Insolvenz- und Sanierungsrecht durch das ESUG, NJW 2012, S. 645 - 652
- Ruland, Franz*, Versorgungsausgleich, 3. Aufl. 2011 (zitiert: *Ruland*, Versorgungsausgleich)
- Runkel, Hans-P.*, Der Freiberufler in der Insolvenz, ZVI 2007, S. 45 – 54
- Runkel, Hans-Peter*, Die Arztpraxis in der Insolvenz, Festschrift für Walter Gerhardt, Köln 2004, S. 839 – 858
- Saalfrank, Valentin*, Vermietung von Apothekenräumen, NZM 2001, S. 971 – 978
- Saenger, Ingo*, Zivilprozessordnung, 4. Auflage, Münster 2011 (zitiert: *Saenger/Bearbeiter*, ZPO)
- Sander, Jürgen H.*, Zur (Un-)Anwendbarkeit von § 114 InsO auf Honorare von Kassenärzten, ZInsO 2003, S. 1129 – 1133
- Schick, Walter*, Der Konkurs des Freiberuflers – Berufsrechtliche, konkursrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, NJW 1990, S. 2359 – 2363
- Schiedermaier, Rudolf/Pieck, J.*, Kommentar zum Apothekengesetz, 3. Auflage 1981 (zitiert: *Schiedermaier/Pieck*, ApoG)
- Schildt, Charlotte*, Die Insolvenz des Freiberuflers, 1. Aufl., 2006 (zitiert: *Schildt*, Die Insolvenz des Freiberuflers)
- Schmerbach, Ulrich*, Rechtliche Aspekte der Selbstständigkeit natürlicher Personen im Insolvenzverfahren und in der Wohlverhaltensperiode, ZVI 2003, S. 256 – 267
- Schmittmann, Jens M.*, Freie Kammerberufe und Insolvenzplanverfahren, ZInsO 2004, S. 725 - 728
- Schmittmann, Jens M.*, Vermögensverfall und Widerruf der Bestellung bei freien kammergebundenen rechts- und steuerberatenden Berufen, NJW 2002, S. 182 – 186
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch, 28. Auflage 2010 (zitiert: *Schönke/Schröder/Autor*, StGB)
- Smid, Stefan*, Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters/Treuhänders bei selbstständiger Tätigkeit des Insolvenzschuldners, WM 2005, S. 625 - 633
- Smid, Stefan*, Pfändungsschutz Altersrenten, FÜR 2007, S. 443 - 446
- Spickhoff, Andreas*, Medizinrecht: Apothekengesetz, 64. Band 2011, München (zitiert: *Spickhoff/Bearbeiter*, Medizinrecht-ApoG)
- Spickhoff, Andreas*, Medizinrecht: Apothekenbetriebsordnung, 64. Band 2011, München (zitiert: *Spickhoff/Bearbeiter*, Medizinrecht-ApBetrO)
- Spickhoff, Andreas*, Medizinrecht: Sozialgesetzbuch V, 64. Band 2011, München (zitiert: *Spickhoff/Bearbeiter*, Medizinrecht-SGB V)
- Steder, Brigitte*, Behandlung des Arbeitseinkommens und sonstiger laufender Bezüge im eröffneten Insolvenzverfahren, ZIP 1999, S. 1874 - 1881
- Stein/Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2003 (zitiert: *Stein/Jonas/Bearbeiter*)
- Stöber, Michael*, Das Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge, NJW 2007, S. 1242 – 1247

- Tavakoli, Anusch*, Lohnpfändung und private Altersvorsorge: Erhöhung der Freigrenze durch § 851c ZPO?, NJW 2008, S. 3259 - 3263
- Terbille, Michael*, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 1. Auflage 2009, München (zitiert: *Terbille/Bearbeiter*)
- Tettinger, Peter J./Wank, Rolf/Ennuschat, Jörg*, Gewerbeordnung, 8. Auflage 2011, München (zitiert: *Tettinger/Wank/Ennuschat/Bearbeiter*, GewO)
- Tetzlaff, Christian*, Rechtliche Problem in der Insolvenz des Selbstständigen, ZInsO 2005, S. 393 – 403
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans*, Zivilprozessordnung, 33. Auflage 2012, Leinen (zitiert: *Thomas/Putzo/Bearbeiter*, ZPO)
- Tisch, Lutz*, Die Rolle der Apotheke in der Arzneimittelversorgung im Binnenmarkt, EuR 2007 Beiheft 2, S. 93 - 101
- Trendelenburg, Hortense*, Die Abführung eines angemessenen Betrages durch Selbstständige gem. § 295 Abs. 2 InsO, ZInsO 2000, S. 437 – 440
- Uhlenbruck, Wilhelm*, Das neue Insolvenzrecht, Herne/Berlin 1994 (zitiert: *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht)
- Uhlenbruck, Wilhelm*, Die Verwertung einer freiberuflichen Praxis durch den Insolvenzverwalter, Festschrift für Henckel, Berlin 1995, S. 877 – 894
- Uhlenbruck, Wilhelm*, Die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, Köln 2000, S. 325 – 373 (zitiert: *Uhlenbruck*, Kölner Schrift zur InsO)
- Uhlenbruck, Wilhelm*, Insolvenzrechtliche Probleme der vertragsärztlichen Praxis, ZVI 2003, S. 49 – 55
- Uhlenbruck, Wilhelm*, Insolvenzordnung, Hrsg. Uhlenbruck, Wilhelm/Hirte, Heribert/Vallender, Heinz, 13. Auflage 2010 (zitiert: *Uhlenbruck/Bearbeiter*, InsO)
- Vallender, Heinz*, Die Eigenverwaltung in neuem Gewand nach dem ESUG, GmbHR 2012, S. 445 – 450
- Vallender, Heinz*, Eigenverwaltung im Spannungsfeld zwischen Schuldner- und Gläubigerautonomie, WM 1998, S. 2129 – 2139
- Vallender, Heinz*, Rechtliche und tatsächliche Probleme bei der Abwicklung der Arztpraxis in der Insolvenz, NZI 2003, S. 530 – 532
- van Zwoll, Christiane*, Inventar einer Arztpraxis – Insolvenzmasse, GesR 2003, S. 329 - 332
- von Lewinski, Kai*, Schweigepflicht von Arzt und Apotheker, Datenschutzrecht und aufsichtsrechtliche Kontrolle, MedR 2004, S. 95 - 104
- Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerrechts, 3. Auflage 2007, München (zitiert: *Wabnitz/Janovsky/Bearbeiter*)
- Wagner, Regine/Knittel, Stefan*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 1: SGB V, 76. Ergänzungslieferung 2012, München (zitiert: *Krauskopf/Beabeiter*, SGB V)
- Wegener, Burghard/Köpke, Jens*, Der Bestand der Forderungszession niedergelassener Ärzte in der Insolvenz, ZVI 2003, S. 382 – 386
- Weth, Stephan/Thomae, Heike/Reichold, Hermann*, Arbeitsrecht im Krankenhaus, Köln 2007 (zitiert: *Weth/Thomae/Reichold/Bearbeiter*, Arbeitsrecht im Krankenhaus)
- Wieczorek/Schütz*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2010 (zitiert: *Wieczorek/Schütze/Bearbeiter*)

Wigge, Peter, Arzneimittelversorgung durch niedergelassene Apotheker in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 1999, S. 584 – 589

Würz-Bergmann, Angela, Die Abtretung von Honorarforderungen schweigepflichtiger Gläubiger, 1. Auflage 1993 (zitiert: *Würz-Bergmann*, Die Abtretung von Honorarforderungen schweigepflichtiger Gläubiger)

Zöller, Richard, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 28. Aufl. 2010 (Zit.: *Zöller/Bearbeiter*)

Zuck, Rüdiger/Lenz, Christofer, Der Apotheker in seiner Apotheke, NJW 1999, S. 3393 - 3394

§ 1 Einleitung

In der insolvenzrechtlichen Praxis sind zuletzt in immer größerem Ausmaß auch Freiberufler¹ betroffen. Die Ursachen und Gründe für die auftretenden Insolvenzen in diesem Berufsfeld sind vielfältig.² In der Krise und Insolvenz der Angehörigen der freien Berufe treten verschiedene insolvenzspezifische Probleme auf, die ihre Grundlage in den berufsständischen Besonderheiten der Freiberufler finden.

Anhand dieser Arbeit sollen die Problemkreise dieses Berufsstandes in der Krise und Insolvenz herausgearbeitet und sachgerechten Lösungen zugeführt werden. Der Schwerpunkt liegt hierbei insbesondere auf dem Berufsfeld des Apothekers.³ In diesem Bereich unterscheiden sich die grundsätzlichen insolvenzrechtlichen Lösungsmöglichkeiten von Freiberuflern und Apothekern teilweise erheblich, wobei auch Schnittmengen existieren. Diese Überschneidungen und Differenzen darzustellen, zu bewerten und Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen, ist Aufgabe und Inhalt dieser Niederschrift.

Die Insolvenz von Apothekern⁴ wirft vielfältige Fragen auf, die bis dato nicht durch Rechtsprechung oder Literatur eingehend beantwortet wurden. Diese Probleme ergeben sich, wie bei allen Freiberuflern bereits aus dem Berufsstand selbst und dem damit verbundenen Standesrecht. Jedoch bereitet schon die Einordnung des Apothekers in den Bereich des Freiberuflers Schwierigkeiten. Beachtenswert ist ebenso die Frage der Reichweite des Insolvenzbeschlags. Darüber hinaus ergeben sich gravierende Probleme bei dem Durchschreiten der Krise und Insolvenz im Rahmen einer Fortführung sowie bei der Verwertung des vom Insolvenzbeschlags umfassten Vermögens, welche ihren Ursprung in

¹ Im Verlauf dieser Arbeit wird durchgehend der Begriff des Freiberuflers verwendet. Dieser wird

² Ursachen und Auswirkungen werden im Rahmen dieser Arbeit unter B. erläutert.

³ Diese Arbeit beschäftigt sich ausschließlich mit den öffentlichen (sog. Offizin) Apotheken. Die gem. § 14 ApoG erlaubte Krankenhausapotheke ist dagegen nicht Gegenstand dieser Untersuchung, da diese keine rechtlich selbstständigen Einheiten darstellen, sondern ausschließlich dem Träger des Krankenhauses zuzurechnen sind und ein betreiben durch ein anderes Rechtssubjekt gesetzlich ausgeschlossen ist (Weth/Thomae/Reichold/Rehborn, Arbeitsrecht im Krankenhaus, S. 483, 484 Rn. 3); ebenfalls nur rudimentär werden die angestellten Apotheker behandelt, da deren Insolvenz in den überwiegenden Fällen mit nicht freiberuflichen angestellten Arbeitnehmern gleichbedeutend sind. Darüber hinaus wird im Verlauf dieser Arbeit durchgehend der Begriff des Apothekers verwendet. Dieser wird geschlechtsneutral und umfassend sowohl für das weibliche, als auch das männliche Geschlecht genutzt. Eine Diskriminierung findet hiermit ausdrücklich nicht statt.

⁴ Die Zahl der Apotheken in Deutschland ist seit Jahren rückläufig. Während 2008 noch 21.602 Apotheken (inkl. Filialapotheken) existierten, ging die Anzahl bis zum Jahr 2011 auf 21.238 zurück. Dies kommt auch in der Anzahl der jährlichen Apothekenneueröffnungen und -schließungen zum Ausdruck. So sank die Anzahl der Eröffnungen von 360 im Jahr 2008 auf 221 im Jahr 2011. Im Gegensatz dazu stieg die Anzahl der jährlichen Apothekenschließungen von 328 im Jahr 2008 auf 424 im Jahr 2011 (Quelle: Homepage der Bundesvereinigung Deutscher Apotheker: www.abda.de).

den apothekenrechtlichen Gesetzen haben. Die Bewertung dieser Themenkomplexe muss auch im Hinblick auf die europarechtlichen Einflüsse erfolgen, da diese weitgehende Regelungen für Apotheker treffen.

Der Aufbau dieser Arbeit orientiert sich stark an der Praxis und behandelt die auftretenden Problemkreise anhand des Ablaufes des Insolvenzverfahrens. Es werden die praxisrelevanten, sowie interessante Schwerpunkte, die während des Insolvenzverfahrens eines Apothekers auftreten können, dargestellt, rechtlich umfassend bewertet und sach- und praxisgerechten Lösungen aufgezeigt. Daher soll am Ende der Arbeit ein Leitfaden für die Überwindung der Krise, sowie für die Durchführung eines Insolvenzverfahrens eines Apothekenbetriebes, entstehen.

A. Der Apotheker als Angehöriger der freien Berufe

Der Begriff des Freiberuflers prägt viele verschiedene Berufsfelder. Ein gezieltes Vorstellungsbild ist in der deutschen Gesellschaft jedoch nicht präsent. Vielmehr wird dieser Begriff häufig verwendet, ohne zu wissen, was unter dieser Berufsbezeichnung konkret zu verstehen ist und welche Merkmale sie auszeichnet.

Für einen Zugang zur Thematik der Insolvenz des Apothekers ist es unumgänglich, zunächst eine Definition für den Freiberufler herauszuarbeiten und dieser Bestimmung folgend eine Einordnung des Apothekers in dieses Berufsfeld vorzunehmen.

I. Definition des Freiberuflers

Den Ausgangspunkt für eine Bestimmung des freien Berufes bilden die wenigen im deutschen Recht vorhandenen Legaldefinitionen. So bestimmt § 1 Abs. 2 S. 1 PartGG, dass die freien Berufe auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikationen oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt haben.⁵ Eine Legaldefinition und Aufzählung der freien Berufe (sog. Katalogberufe) ähnlich der in § 1 Abs. 2 S. 2 PartGG, enthält ebenso § 18 Abs. Nr. 1 EStG.

⁵ Eine nicht abschließende Aufzählung von freien Berufen, den sog. Katalogberufen, beinhaltet § 1 Abs. 2 S. 2 PartGG, der als freie Berufe im Sinne des PartGG Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseur, Diplom-Psychologen, Mitglieder der Rechtsanwaltskammern,

Diese Definierungsansätze sind Ausfluss der geschichtlichen Entwicklung des freien Berufs, der vom Begriff des freien Bürgers abstammt. Bereits im antiken Rom wurde der Freiberufler aufgrund seiner Aneignung bestimmter Fachkenntnisse und Fertigkeiten anerkannt. Damals wie heute sollten seine Dienstleistungen und Erzeugnisse der Gesellschaft zugute kommen.⁶

Eine ausdrückliche und umfassende Einordnung der freien Berufe ist anhand der gesetzlichen Regelungen nicht abschließend möglich, da insoweit eine Bestimmung der Freiberufler verstärkt anhand von Berufsaufzählung anstatt über eine abstrakte Definition vorgenommen wird. Lediglich § 1 Abs. 2 PartGG bietet eine Basis für eine allgemeingültige Umschreibung des Freiberuflers. Weitergehende Anhaltspunkte eines Leitbildes der freien Berufe ergeben sich aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, des europäischen Gerichtshofs und aus den Beschlüssen des Bundesverbandes der freien Berufe.

Der Bundesfinanzhof hat in seinen Urteilen stets das Vorliegen einer selbstständig ausgeübten, wissenschaftlichen, schriftstellerischen, unterrichtenden oder erzieherischen Tätigkeit in einem der Katalogberufe oder einem diesen ähnlichen Berufen für die Einordnung als freier Beruf gefordert.⁷ Die europarechtlichen Einflüsse werden durch Urteil des EuGH⁸ und die Richtlinie zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen geprägt. Aus der Sicht des EuGH sind freiberufliche Tätigkeiten solche, die einen ausgesprochen intellektuellen Charakter haben, eine hohe Qualifikation verlangen und gewöhnlich einer genauen und strengen berufsständischen Regelung unterliegen. Insbesondere das persönliche Element hat eine große Bedeutung, da eine Selbstständigkeit bei der Vornahme der beruflichen Handlungen erforderlich ist.⁹ Eine ausdrückliche Legaldefinition enthält hingegen die Ziffer 43 der Richtlinie zur Anerkennung von Berufsqualifikationen aus dem Jahr 2005, wonach freie Berufe auf der Grundlage einschlägiger Berufsqualifikationen persönlich, in verantwortungsbewusster Weise und fachlich unabhängig von Personen ausgeübt werden, die für ihre Kunden und die

Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflichen Sachverständigen, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer und ähnlicher Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher erwähnt.

⁶ Quelle: Homepage des Bundesverbandes der freien Berufe: www.freie-berufe.de/profil.212.0.html.

⁷ So z. B. BFH, NJW 2008, 3165, 3165 ff.; DStR 2009, 417, 419.

⁸ *EuGH*, BeckRS 2004, 75838.

⁹ *EuGH*, BeckRS 2004, 75838.

Allgemeinheit geistige und planerische Dienstleistungen erbringen.¹⁰ Eine ähnliche Definition hat bereits im Jahr 1995 die Mitgliederversammlung des Bundesverbandes der freien Berufe in ihrem Beschluss zur Bestimmung der Zugehörigkeit der freien Berufe festgelegt.¹¹

Diese Definitionsversuche schließen sich nicht gegenseitig aus und widersprechen sich nicht, sondern gipfeln vielmehr in der Erkenntnis eines allgemeinen Leitbildes der freien Berufe, welchem jeder Angehörige entsprechen muss. Als Attribute für das freiberufliche Leitbild können insbesondere die Eigenverantwortlichkeit, die hohe Professionalität, die Verpflichtung gegenüber dem Allgemeinwohl, als auch die strenge Selbstkontrolle herangezogen werden. Anhand dieser Voraussetzungen lässt sich aus dem Zusammenspiel von gesetzlichen, richterlichen und politischen Definitionsversuchen die Einordnung der einzelnen Berufe in das Berufsbild des Freiberuflers vornehmen. Dies kann entweder anhand der Katalog- oder der katalogähnlichen Berufe¹² erfolgen.

II. Einordnung des Apothekers in das Berufsbild der freien Berufe

Aus dem zuvor umrissenen Leitbild des freien Berufes und den vorgenommenen Definitionsversuchen folgt bei konsequenter Fortsetzung des Gedankenganges die Überlegung, inwieweit der Beruf des Apothekers dem Leitbild und der Berufsgruppe des Freiberuflers entspricht. Hierbei ist problematisch, inwieweit die Tätigkeit des Apothekers dem entwickelten Leitbild und damit den freien Berufen, insbesondere auch vor dem Hintergrund seiner Gewerbesteuerpflicht, entspricht.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass der Beruf des Apothekers sowohl im abhängigen Angestelltenverhältnis,¹³ als auch durch selbstständiges Betreiben einer Apotheke ausgeübt werden kann. Diese Ausübungsmöglichkeit könnte als Argument herangezogen werden, den Beruf des Apothekers mangels Selbstständigkeit nicht als Freiberufler zu spezifizieren. Allerdings nimmt diese Ausübungsform des Apothekenberufes diesem nicht seinen freiberuflichen Charakter. Stattdessen sind auch die abhängig angestellten Apotheker dem

¹⁰ Richtlinie 2005/36/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 07.09.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

¹¹ Quelle: Homepage des Bundesverbandes der freien Berufe: www.freie-berufe.de/profil.212.0.html.

¹² Der katalogähnliche Beruf muss dem Katalogberuf in allen Punkten entsprechen, das heißt er muss alle Wesensmerkmale eines konkreten Katalogberufes zumindest nahezu vollständig enthalten. So müssen Ausbildungen als Voraussetzung für die jeweilige Berufsausübung vergleichbar sein.

¹³ Eine Tätigkeit im abhängigen Angestelltenverhältnis ist beispielsweise in der Industrie oder in Krankenhäusern möglich sowie als angestellter Apotheker in einer Apotheke.

einschlägigen Berufsrecht unterworfen, da zwar eine fachliche, aber keine wirtschaftliche Selbstständigkeit gefordert wird.¹⁴ Dies ergibt sich aus der ApBetrO sowie aus der Präambel der Berufsordnung der Apotheker der Apothekerkammer Nordrhein¹⁵ (im Folgenden BdAdAN). Denn während die §§ 3 Abs. 1, Abs. 2 ApBetrO klarstellt, dass zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Betriebs einer Apotheke ausreichend pharmazeutisches Personal vorhanden sein muss, welches gem. § 3 Abs. 3 Nr. 1 ApBetrO auch den Berufsstand des Apothekers umfasst, statuiert die Berufsordnung der Apotheker in ihrer Präambel, dass der Apotheker einen seiner Natur nach freien Beruf ausübt. Hierfür spricht ebenfalls, dass in anderen freiberuflichen Berufssparten¹⁶ die Möglichkeit der Ausübung im Anstellungsverhältnis nicht auf die Einordnung der selbstständigen Betätigung ausstrahlt und dadurch den freiberuflichen Wesenszug entfallen lässt. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass die wirtschaftliche Selbstständigkeit keine zwingende Voraussetzung für die Ausübung eines freien Berufes ist.

Da eine Zuordnung des Apothekers in den Bereich der freien Berufe nicht durch die grundsätzlich mögliche Variante der Ausübung im Angestelltenverhältnis ausgeschlossen wird, müssen andere Kriterien zugrunde gelegt werden, um eine Bestimmung diesbezüglich vorzunehmen.

Die Einordnung des Apothekers als Freiberufler könnte anhand von gesetzlichen Regelungen vorgenommen werden und sich damit als vergleichsweise einfach darstellen. Zwar ist anhand der Aufzählung der freien Berufe in § 1 Abs. 2 S. 2 PartGG und § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG eine Einordnung des Apothekers in den Bereich der freien Berufe nicht möglich, weil diese Berufssparte unerwähnt bleibt. Zu beachten ist jedoch, dass der Apotheker in der nicht abschließenden Aufzählung des § 1 Abs. 2 S. 2 PartGG fehlt, da gemäß § 8 ApoG mehrere Personen eine Apotheke nur in den Rechtsformen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder der offenen Handelsgesellschaft betreiben dürfen.¹⁷ Da ein Zusammenschluss zu einer Partnerschaftsgesellschaft daher unzulässig ist, wird der Apotheker in § 1 Abs. 2 S. 2 PartGG nicht erwähnt.¹⁸

¹⁴ Ring, NJW 1997, 768 ff.

¹⁵ Diese Berufsordnung wird vorliegend beispielhaft zugrunde gelegt. Gleichlautende Regelungen befinden sich ebenso in den Berufsordnungen anderer Apothekerkammern.

¹⁶ Beispielsweise die Berufe des Rechtsanwalts oder des Arztes.

¹⁷ Hierdurch wird gewährleistet, dass eine persönliche Haftung des Apothekers besteht, die Ausfluss des Fremd- und Mehrbesitzverbotes ist, vgl. dazu ausführlich unter § 3 A. I. 2. b).

¹⁸ MünchHandbuch/Salger, § 39 Rn. 7.

In den meisten Berufsordnungen der Bundesländer für Apotheker findet sich allerdings in der Präambel die ausdrückliche Regelung, dass der Beruf des Apothekers ein freier Beruf ist.¹⁹

Eine Charakterisierung des Apothekers als freier Beruf gestaltet sich nichtsdestotrotz schwieriger als es der erste Anschein vermuten lässt. So bestehen hiergegen unter dem Gesichtspunkt der steuerlichen Einstufung des Apothekers Bedenken. Demzufolge muss die Frage aufgeworfen werden, inwieweit die in den Berufsordnungen der Bundesländer für Apotheker vorgenommene Zuordnung als Freiberufler bedenkenlos übernommen werden kann.

Der Ursprung der Einordnung des Apothekers als Freiberufler entstammt dem Verständnis seiner Berufsausübung. Diese war vornehmlich darauf zugeschnitten, Arzneimittel selbstständig nach ärztlicher Anordnung herzustellen. Eine solche Eigenherstellung bildet heutzutage allerdings die absolute Ausnahme. Durch die industrielle Revolution und die voranschreitenden technischen Entwicklungen im heutigen Zeitalter werden nahezu sämtliche Arzneimittel durch die Pharmaindustrie produziert.²⁰ Diese werden vom Apotheker auf der Grundlage des § 25 ApBetrO veräußert. Hieraus resultiert für den Apotheker hinsichtlich seiner Berufsausübung ein Spannungsfeld, welches zum einen in der höheren akademischen und zum anderen in der gewerblichen Tätigkeit liegt. Eine Subsumtion des Apothekers unter § 1 Abs. 1 HGB ist aufgrund der Vertriebsstruktur eines Apothekenbetriebes allgemein anerkannt und problemlos möglich. Die gesetzliche Grundlage hierfür bildet § 1 Abs. 1, Abs. 2 HGB,²¹ denn das Berufsfeld des Apothekers umfasst eine Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr, da Arzneimittel unverändert oder überarbeitet vertrieben bzw. verkauft werden, weshalb die Berufsausübung eines Apothekers dem Gewerbebegriff unterliegt.²² Andererseits übt der Apotheker einen höheren akademischen freien Beruf des Gesundheitswesens aus.²³

¹⁹ So zum Beispiel die Berufsordnung für Apothekerinnen und Apotheker der Apothekerkammern Nordrhein, Westfalen-Lippe und Hessen.

²⁰ Nichtsdestotrotz wird bei der Abgabe von Arzneimitteln durch den Apotheker zwischen Fertigarzneimitteln (§ 9 ApBetrO), für die eine Zulassungspflicht besteht, und der Eigenherstellung, die zulassungsfrei ist, differenziert. Die Letztere unterteilt sich in Rezeptur (§ 7 ApBetrO) und Defektur (§ 8 ApBetrO). Der Unterschied besteht darin, dass die Rezeptur auf Verschreibung von einem Arzt hergestellt wird, während die Defektur eine Herstellung von bis zu 100 abgabefertigen Packungen pro Tag darstellt.

²¹ Ring, NJW 1997, 768 ff, 769; BGH, NJW 1955, 818; KG, NJW 1958, 1827; Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 1 Rn. 19; BVerfG, NJW 1956, 1025; BVerfG, NJW 1964, 1067; BGH, NJW 1983, 2085; Schiedermaier/Piek, ApoG, § 1 ApG Anm. 141f.

²² BGH, NJW 1983, 2085; Hoffmann, Gesetz über das Apothekenwesen, § 1 ApoG Anm. 114; BVerfG, NJW 1956, 1025; BVerfG, NJW 1964, 1067; Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 1 Rn. 19; a.A. BerufsG für Heilberufe beim VG Mainz, PZ 1980, 2328 (2329): Der Apotheker stellt ein Berufsbild dar, dessen Schwerpunkt die

Betrachtet man den Apotheker jedoch als Gewerbetreibenden im Sinne des §§ 1 Abs. 1, Abs. 2 HGB, begründet dies gleichzeitig eine Gewerbesteuerpflicht des Apothekers. Diese Kollision von freiem Beruf und Gewerbetreibenden könnte einen gravierenden Einfluss auf die Einordnung des Apothekers in das Leitbild des freien Berufes haben und diese sogar ausschließen. Zunächst scheint diese Doppelstellung (Angehöriger eines freien Heilberufes und kaufmännischer Gewerbetreibender) einen Widerspruch in sich zu bilden.²⁴ Dieses auf den ersten Blick vorliegende Spannungsfeld löst sich bei genauer und tiefgehender Analyse allerdings auf. Die Charakteristika sowohl als freier Beruf²⁵ als auch als gewerbliche Tätigkeit²⁶ schließen sich nicht gegenseitig aus,²⁷ sondern bringen die unterschiedlichen Schwerpunkte und Inhalte des Apothekerberufs zum Vorschein. Einerseits verfolgt er die ihm nach § 1 Abs. 1 ApoG zugewiesenen öffentlichen Aufgaben der Gesundheitsversorgung, welche seiner besonderen beruflichen Qualifikationen bedürfen, andererseits betreibt er eine wirtschaftlich ausgerichtete Tätigkeit, die ihn als Inhaber eines kaufmännischen Gewerbebetriebs ausweist.²⁸ Die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit im Berufszweig der Apotheker präkludiert jedoch die Zuordnung als Freiberufler nicht. Vielmehr stellt diese Tätigkeit lediglich einen Teilbereich des Apothekerberufs dar, der jedoch insgesamt von den Charakterzügen der freien Berufe im Sinne eines höheren akademischen Berufes zum Wohle der Allgemeinheit im Sektor des Gesundheitswesens und der Heilberufe geprägt wird.

III. Zwischenergebnis: Der Apotheker – Freiberufliche Tätigkeit trotz Gewerbesteuerpflicht

freiberufliche Tätigkeit ausmacht und den Schwerpunkt im Gegensatz zur gewerblichen Tätigkeit bildet; *Breyer, Über das Apothekenwesen*, S. 162: „Mögen nun auch die Arzneimittel Gegenstände des täglichen Bedarfs... sein, so kommt es hier jedoch auf den Unterschied zwischen dem Beruf des Apothekers und dem typischen kaufmännischen Gewerbe an. Niemals wird das Apothekenwesen eine eigennützige, auf den Güterumsatz gerichtete Tätigkeit sein. Unerfreuliche Elemente gibt es in jedem Beruf. Aber sie werden immer Ausnahmen bleiben. Abgesehen von den Einzelfällen wird kein Apotheker und kein Kritiker seines Berufs, am wenigsten aber der Verbraucher jemals behaupten, dass er unter der Tätigkeit des Apothekers eine eigennützige, auf den Güterumsatz gerichtete Tätigkeit versteht und aus der Praxis so denken gelernt hat. Der Apotheker ist von der Ware geprägt und übt seinen Beruf ohne Absatzmotiv aus. Das ist allgemeine Meinung.“

²³ *BVerfG*, NJW 1956, 1025; *Hoffmann*, Gesetz über das Apothekenwesen, § 1 ApG Anm. 116, 118; *Reuter*, PZ 1964, 603.

²⁴ *Ring*, NJW 1997, 768, 770.

²⁵ *BVerfG*, NJW 1996, 3070 (3071).

²⁶ *BVerfG*, NJW 1958, 1035; *Dünisch*, BayVBl 1982, 102 (107); *Reuter*, PZ 1967, 1841, 1842.

²⁷ *BVerfG*, NJW 1964, 1067, 1069; *Quaas/Zuck*, § 38 Rn. 1; *BVerfG*, NJW 1956, 1025, 1025 f.

²⁸ *BVerfG*, NJW 1964, 1067; *Landesberufsg für Heilberufe beim OVG Münster*, PZ 1984, 710 (718); so im Ergebnis auch *BeckOK-GewO/Sydow*, § 6 Rn. 15, der annimmt, dass der Apotheker einen freien Beruf des Gesundheitswesens und gleichzeitig, als Inhaber einer Apotheke, ein Gewerbe betreibt.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass der Apotheker bei aller gewerblichen Tätigkeit dem Leitbild der freien Berufe aufgrund seiner Eigenverantwortlichkeit, Professionalität, Selbstkontrolle und seiner Verpflichtung gegenüber dem Allgemeinwohl zuzuordnen ist.²⁹

B. Ursachen der Insolvenz

Die freien Berufe im Allgemeinen und der Apotheker im Speziellen³⁰ geraten immer häufiger in das Blickfeld des Insolvenzrechts.³¹ Die Gründe dafür sind vielfältig und haben direkte Auswirkungen auf den Ablauf des Insolvenzverfahrens. Vielfach zu unterscheiden sind zwei Wege, auf denen der Freiberufler/Apotheker in die Krise und die sich daran anschließende Insolvenz rutscht.

Zunächst können die Ursachen aus dem privaten Bereich des Freiberuflers/Apothekers stammen. Hier sind insbesondere die Tätigung überhöhter Entnahmen für die private Lebensführung oder Anlagemodelle, welche meistens in Form von Steuersparmodellen auftreten, anzuführen. In den Fällen der Ausstrahlung des privaten Lebensbereichs in die freie berufliche Tätigkeit besteht in der Regel ein gewinnbringender oder kostendeckender Geschäftsbetrieb, welcher in der Insolvenz des Freiberuflers/Apothekers einen entscheidenden Faktor darstellt, den es zu nutzen und gegebenenfalls zu erhalten gilt.

Weiterhin können die Gründe für die Krise und Insolvenz des Freiberuflers/Apothekers aus der freiberuflichen Tätigkeit selbst resultieren. Die allgemeine Wirtschaftskrise und angespannte Wirtschaftslage können ebenso Auslöser für die Krise sein, wie Misswirtschaft und Konkurrenzsituationen, wobei im Berufsfeld des Apothekers insbesondere die Konkurrenz der Internetapotheken beachtlich ist. Liegt ein defizitärer Geschäftsbetrieb des Freiberuflers/Apothekers vor, muss dies im Insolvenzverfahren berücksichtigt werden. Denn eine Fortführung des schuldnerischen Unternehmens zur Mehrung der Insolvenzmasse setzt voraus, dass die Gründe für die schlechte wirtschaftliche Lage realisiert und analysiert werden, um hieraus Lösungsansätze zu entwickeln, die eine Nutzung zugunsten der Masse

²⁹ *BVerfG*, NJW 1956, 1025; *BVerfG*, NJW 1064, 1070, 1072; Ernst/Zinkhahn/Bielenberg/Krautzberger/*Stock*, BauNVO, § 13 Rn. 18; a.A. Baumbach/*Hopt/Hopt*, § 1 Rn. 19; MK-HGB/*Karsten Schmidt*, § 1 Rn. 34; *Schick*, NJW 1990, 2359; *Tisch*, EuR 2007 Beiheft 2, 93, 95

³⁰ Der Autor hat im März 2012 an einer Veranstaltung der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf teilgenommen, bei der die Dozentin Frau Dr. Vera Mai, ihres Zeichens Insolvenzverwalterin mit einem Schwerpunkt im Gesundheitssektor, ausführte, dass die Insolvenz des Apothekers zuletzt verstärkt zutage tritt.

³¹ *Ehlers*, NJW 2008, 1480.

zulässt.³² Darüber hinaus sind bei Unüberwindbarkeit der Ursachen der verlustschreibenden Unternehmung die Konsequenzen für die Masse zu berücksichtigen, da die geschäftliche Tätigkeit als solche häufig den einzigen wertbildenden Faktor darstellt.

C. Auswirkungen der Krisenursachen auf die Abwicklung des Insolvenzverfahrens im Hinblick auf die Verfahrenswahl

In der Insolvenz des Apothekers ist, wie bei allen Insolvenzverfahren, zunächst zu bestimmen, ob das Insolvenzverfahren nach den Verfahrensvorschriften des Regel- (§§ 1 – 216 InsO) oder Verbraucherinsolvenzverfahrens (§§ 304 – 314 InsO) abzuwickeln ist. Demzufolge findet bereits zu Beginn eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Apothekers eine entscheidende Weichenstellung statt, die gravierende Auswirkungen auf die Gestaltungsmöglichkeiten des Insolvenzverfahrens und damit auch auf etwaige Sanierungsmöglichkeiten hat. Denn im Rahmen eines Verbraucherinsolvenzverfahrens (§§ 304 ff. InsO) sind gem. § 312 Abs. 2 InsO die Vorschriften der Eigenverwaltung (§§ 270 – 285 InsO) und des Insolvenzplans (§§ 217 – 269 InsO) nicht anzuwenden. Mithin sind die Handlungsoptionen zur Abwicklung des Insolvenzverfahrens nachhaltig eingeschränkt.

Voraussetzung für die Abwicklung des Insolvenzverfahrens nach den Regelungen der §§ 304 ff. InsO ist gem. § 304 Abs. 1 S. 1 InsO, dass der Insolvenzschuldner keine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder ausgeübt hat. Für die Einordnung des Apothekers in den Regelungsbereich des § 304 InsO sind verschiedene Konstellationen zu berücksichtigen. Zunächst ist zu differenzieren zwischen einem angestellten und einem selbstständigen Apotheker. Ein angestellter Apotheker übt niemals eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit aus, sodass die §§ 304 ff. InsO auf ihn Anwendung finden. Demgegenüber ist bei einem selbstständig tätigen Apotheker zu unterscheiden, ob er seine Tätigkeit weiterhin ausübt, folglich die Regelungen der §§ 304 ff. InsO nicht einschlägig sind, oder er die Ausübung des Geschäftsbetriebes vollständig eingestellt hat. Stellt er diese im Zeitraum zwischen dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Eröffnung ein, sind die Regelungen des Regelinsolvenzverfahrens anwendbar, da die Voraussetzungen des § 304 Abs. 1 S. 1 InsO im Zeitpunkt des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht

³² Eine Fortführung eines defizitären Geschäftsbetriebes, der lediglich zu einer Schmälerung der Insolvenzmasse führt, löst eine Haftung des Insolvenzverwalters nach den §§ 60, 61 InsO aus. Demzufolge wäre eine Stilllegung des Geschäftsbetriebes zwingend zu gewärtigen.

erfüllt sind.³³ Hat der Apotheker vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens seine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit vollständig aufgegeben, ist gem. § 304 Abs. 1 S. 2 InsO trotzdem ein Verbraucherinsolvenzverfahren durchzuführen, soweit die Vermögensverhältnisse des Apothekers überschaubar i. S. des § 304 Abs. 2 InsO³⁴ sind und gegen ihn keine Forderungen aus Arbeitsverhältnissen vorliegen.

Natürlich ist die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 304 ff. InsO im Einzelfall zu beurteilen. Eine pauschale Einordnung ist demnach nicht möglich. Zumindest soweit der Geschäftsbetrieb weiterhin besteht, ist eine Anwendung der §§ 304 ff. InsO ausgeschlossen. Dies dürfte, da in der insolvenzrechtlichen Praxis die Ursachen für den Vermögensverfall der Freiberufler häufig aus dem privaten Umfeld resultieren, regelmäßig der Fall sein.

§ 2 Reichweite des Insolvenzbeschlags und Bestimmung der Insolvenzmasse

Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen geht gemäß § 80 Abs. 1 InsO mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner auf den Insolvenzverwalter über. Eine Legaldefinition des Begriffs der Insolvenzmasse enthält § 35 Abs. 1 InsO. Danach wird das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt, als Insolvenzmasse definiert.³⁵

Im Hinblick auf den Insolvenzbeschluss ist § 35 InsO als Grundnorm und -regel zu betrachten. In diesem Zusammenhang sind die Implikationen des Insolvenzbeschlags auf den ideellen Wert einer Apotheke (Goodwill³⁶), die Berufszulassung und das Anlage- und Umlaufvermögen zu erörtern.

³³ Uhlenbruck/*Vallender*, InsO, § 304 Rn. 24, mit Verweis auf *OLG Celle*, ZIP 2000, 802, 805.

³⁴ Dies ist dann der Fall, wenn der Schuldner zu dem Zeitpunkt, zu dem der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt wird, weniger als 20 Gläubiger hat.

³⁵ Insolvenzmasse i. S. der InsO ist regelmäßig die sog. Sollmasse (die Masse, die den Gläubigern haftungsrechtlich zugewiesen ist). Demgegenüber beschreibt die sog. Istmasse diejenige Vermögensmasse, die der Verwalter beim Schuldner tatsächlich vorfindet. Die Bereinigung der Istmasse zur Sollmasse ist daher eine der Hauptaufgaben des Insolvenzverwalters nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. dazu Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 46f.).

³⁶ Der Goodwill ist der über den Sachwert des Gebäudes und der Einrichtungsgegenstände (Substanzwert) hinausgehende ideelle Wert. Teilweise (und fälschlicherweise) wird der Goodwill auch Firmenwert/Praxiswert oder Kanzleiwert genannt. Dies ist aber insofern ungenau, als dass der Firmenwert/Praxiswert oder Kanzleiwert aus dem Goodwill und dem Substanzwert besteht.

Die Regelung des § 35 InsO wird durch die Schuldnerschutzvorschrift des § 36 InsO erweitert.³⁷ Dessen Anwendungsbereich wirkt sich auf den Insolvenzbeschlagn im Hinblick auf das Anlage- und Umlaufvermögen des Apothekers, seine Einkünfte aus seiner selbstständigen Tätigkeit sowie die vom Apotheker getroffene Altersvorsorge.

A. Apotheke als Bestandteil der Insolvenzmasse

Der Wert eines Unternehmens, einer freiberuflichen Praxis und auch des Geschäftsbetriebes einer Apotheke wird nicht ausschließlich durch sein Anlage- und Umlaufvermögen bestimmt. Vielmehr ist jedem Geschäftsbetrieb ein immaterieller Vermögenswert immanent, der den ideellen Wert³⁸ eines Betriebes, den so genannten Goodwill, bestimmt und ausmacht.

In der insolvenzrechtlichen Praxis stellen der Geschäftsbetrieb des Apothekers und der dazugehörige Goodwill wichtige wertbildende Faktoren für die Insolvenzmasse dar. Damit der Grundsatz der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung (§ 1 InsO) gewährleistet ist, ist die Zugehörigkeit der Apotheke zur Insolvenzmasse (mitsamt ihrem Goodwill) daher von entscheidender Bedeutung.

Eine Beurteilung des Umfangs des Insolvenzbeschlagn im Hinblick auf den ideellen Wert einer Apotheke erfordert ein grundlegendes Verständnis der Problematik der Massezugehörigkeit des immateriellen Vermögensgegenstandes insolventer Unternehmen und freiberuflicher Praxen. Bereits zu Zeiten der Konkursordnung existierten divergierende Ansichten über die Auswirkungen eines Konkursverfahrens auf den ideellen Wert eines Unternehmens oder einer freiberuflichen Praxis, der auch auf die heutige Insolvenzordnung ausstrahlt und damit unmittelbare Auswirkungen auf den Insolvenzbeschlagn des immateriellen Vermögensgegenstandes der Apotheke hat.

I. Der ideale Wert eines Unternehmens als Ausgangspunkt der Bewertung

Grundlage für die Bewertung der Reichweite des früheren Konkursbeschlagn waren die Überlegungen für insolvente Unternehmen. Bereits zu Zeiten der Konkursordnung war unbestritten, dass beim Konkurs eines Unternehmens auf dessen gesamtes Vermögen,

³⁷ Vgl. zur Rechtsnatur des § 36 InsO Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 36 Rn. 1.

³⁸ Der ideale Wert wird beispielsweise durch die Lage der Apotheke, den Kundenstamm oder die Konkurrenzsituation bestimmt.

inklusive dem ideellen Wert, zugegriffen werden konnte. Diese Schlussfolgerung resultierte aus einer systematischen Auslegung der Konkursordnung, die die Legaldefinition der Konkursmasse in § 1 Abs. 1 KO ergänzte. Als Konkursmasse im Sinne des § 1 Abs. 1 KO war das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehörte und das der Zwangsvollstreckung unterlag, gesetzlich definiert. Obwohl die Regelungen der Einzelzwangsvollstreckung der ZPO keine Normen enthalten, die eine Zwangsvollstreckung in den ideellen Wert eines Unternehmens zulassen, sondern stattdessen lediglich eine Vollstreckung in einzelne Vermögensgegenstände oder Forderungen und Rechte, welche den Goodwill nicht umfassen,³⁹ ermöglichen, wurde hieraus nicht geschlossen, dass der immaterielle Wert des Unternehmens dem Konkurs entzogen ist. Dies wurde mit der Systematik der Konkursordnung begründet, die in den §§ 117 Abs. 1, 129, 130, 132 KO davon ausging, dass das Geschäft im Ganzen und damit auch der Goodwill eines Unternehmens der Konkursmasse zuzuordnen ist.⁴⁰

Auch heute wird die Massezugehörigkeit des ideellen Wertes eines Unternehmens nicht ernsthaft in Zweifel gezogen.⁴¹ Als Grundlage für diese Beurteilung dienen vor allem gesetzessystematische Argumente. Zunächst existieren auch heute, ähnlich wie zu Zeiten der Konkursordnung, in den Normen der §§ 1, 156, 157, 158 InsO⁴² Regelungen, die eine Zugehörigkeit des Unternehmens zur Insolvenzmasse voraussetzen.⁴³ So regelt beispielsweise § 157 InsO, dass die Gläubigerversammlung im Berichtstermin beschließt, ob das Unternehmen des Schuldners stillgelegt oder vorläufig fortgeführt werden soll. Fortführungsfähig ist allerdings nur, was auch Gegenstand der Insolvenzmasse ist. Ein Unternehmen ist aber nur mit allen Vermögenswerten und damit auch dem Goodwill fortführbar, weshalb ein Unternehmen in seiner Gesamtheit vom Insolvenzbeschluss umfasst wird. Ebenfalls aus den §§ 160 Abs. 2 Nr. 1, 162 Abs. 1 und 163 Abs. 1 InsO folgt, dass das Unternehmen als solches von dem Insolvenzverfahren erfasst wird.⁴⁴

³⁹ Gerhardt, Festschrift für Gaul, S. 139, 140; Musielak/Becker, ZPO, § 857 Rn. 2 mit weiterem Verweis auf BGH, MDR 1963, 308.

⁴⁰ Gerhardt, Festschrift für Gaul, S. 139, 143.

⁴¹ Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rn. 268; HK-InsO/Eickmann, § 35 Rn. 25; Jaeger/Henckel, § 35 Rn. 9; Kübler/Prütting/Bork/Holzer, InsO, § 35 Rn. 70; Kübler/Prütting/Noack, Gesellschaftsrecht, Rn. 276; MK-InsO/Lwowski/Peters, § 35 Rn. 464.

⁴² Diese Aufzählung ist nicht abschließen. Vielmehr regeln die §§ 1, 156 InsO die Erhaltung des Unternehmens, die §§ 19, 22, 157, 228, 230, 260 InsO die Fortführung, die §§ 157, 158 InsO die Stilllegung und die §§ 160, 162, 163 InsO die Veräußerung (vgl. Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rn. 269).

⁴³ Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rn. 269.

⁴⁴ Braun/Bäuerle, § 35 Rn. 45.

Letztlich kann ein Umkehrschluss aus § 35 InsO herangezogen werden, um den ideellen Wert eines Unternehmens der Insolvenzmasse zuzuordnen. So regelt § 35 Abs. 2, Abs. 3 InsO, dass eine selbstständige Tätigkeit, also ein Unternehmen, freigegeben werden kann. Dies setzt aber zwingend einen vorherigen Insolvenzbeschluss hinsichtlich des gesamten Unternehmens, also inklusive dem ideellen Wert, voraus.⁴⁵

II. Die freiberufliche Praxis – Berücksichtigung des besonderen Vertrauensverhältnisses

Dagegen war bereits im Geltungszeitraum der Konkursordnung lange Zeit umstritten, ob die für Unternehmen entwickelte systematische Auslegung zur Bestimmung der Zugehörigkeit zur Konkursmasse ebenfalls bei dem Geschäftsbetrieb der freiberuflichen Praxis anwendbar war oder stattdessen eine Privilegierung der Freiberufler gegenüber insolventen Unternehmen dahingehend geboten sei, dass die freiberufliche Praxis der Konkursmasse entzogen sei. Die unterschiedlichen Ansichten dienen auch zu der heutigen Insolvenzordnung als Argumentationsgrundlagen und sind deshalb immer noch von Bedeutung.

1. Privilegierung der Praxis des Freiberuflers – Fehlende Zugehörigkeit des ideellen Vermögenswertes

Ursprünglich wurden die Überlegungen, eine freiberufliche Praxis gegenüber einem insolventen Unternehmen zu privilegieren, von dem Gedanken geprägt, dass eine freiberufliche Praxis unveräußerbar sei.⁴⁶ Begründet wurde dies mit der standesrechtlichen Stellung des Freiberuflers, der kein schlichtes Erwerbsgeschäft bzw. Gewerbe ausübt. Vielmehr beruhen seine Geschäftsbeziehungen auf einem besonderen Vertrauensverhältnis, welches seinem Berufsfeld immanent ist⁴⁷ und über die reine Gewinnerzielungsabsicht hinausgeht.⁴⁸ Mithin sei eine enge Verknüpfung zwischen der Person des Freiberuflers und seinem Geschäftsbetrieb nicht von der Hand zu weisen, denn der Wert sei gerade und häufig ausschließlich von der Person des Freiberuflers abhängig und deswegen untrennbar mit ihm verbunden, weshalb ein allgemeiner und von dem Freiberufler losgelöster ideeller Wert für die freiberufliche Praxis nicht zu bestimmen sei. Darüber hinaus wurde aus dem besonderen Vertrauensverhältnis hergeleitet, dass dieses dem Freiberufler eine Entscheidungskompetenz

⁴⁵ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 268.

⁴⁶ RGZ 66, 139, 143; 75, 120; 115, 172; 144, 1 ff.; *Uhlenbruck*, Festschrift für Henckel, S. 877.

⁴⁷ *Uhlenbruck*, Festschrift für Henckel, S. 877, 878.

⁴⁸ RGZ 66, 139, 140, 141.

im Hinblick auf den Umgang mit seinen Auftraggebern gewähre,⁴⁹ ferner die Pflicht des verantwortungsbewussten Umgangs mit Daten und Informationen gebiete, wodurch letztlich der Insolvenzbeschlagnahme hinsichtlich des immateriellen Vermögenswertes – der schließlich untrennbar mit dem Freiberufler und seinem besonderen Vertrauensverhältnis verbunden sei – mit den Grundprinzipien der Freiberufler nicht vereinbar wäre.⁵⁰

Die Unveräußerbarkeit der freiberuflichen Praxis wurde darüber hinaus darauf gestützt, dass der Schuldner seiner freiberuflichen Tätigkeit innerhalb eines Insolvenzverfahrens weiterhin nachgehen darf.⁵¹ Konsequenz dieses Ausübungsbefugnis sei, dass die Pfändungsschutzvorschriften des § 811 Abs. 1 Nr. 5 und 7 ZPO, welche gerade den Schutz und die Erhaltung der Lebensgrundlage zum Ziel haben,⁵² über den damals geltenden § 1 Abs. 1 KO Anwendung fanden, um dem Insolvenzschuldner die Weiterführung mit den hierdurch geschützten Gegenständen zu ermöglichen. Aus der Möglichkeit, seine freiberufliche Tätigkeit unter dem Pfändungsschutz des § 811 Abs. 1 Nr. 5 und 7 ZPO weiter auszuüben, wurde geschlossen, dass eine freiberufliche Praxis unveräußerbar war,⁵³ um dadurch die Existenzgrundlage des Freiberuflers zu sichern. Schlussfolgerung dieser Argumentation war die Nichtzugehörigkeit der Freiberuflerpraxis zur Insolvenzmasse,⁵⁴ da nur Massegegenstände einer Liquidation und damit dem Verkauf unterliegen.

Die zuvor dargestellten Argumentationsstränge, die bereits zu Zeiten der Konkursordnung deren Auslegung berührten, beeinflusst auch heute die Interpretation des § 35 Abs. 1 InsO im Hinblick auf den ideellen Wert der freiberuflichen Praxis. So wird teilweise vertreten, dass der ideelle Wert einer freiberuflichen Praxis nicht übertragbar sei,⁵⁵ eine Fortführung unter Aufsicht des Insolvenzverwalters danach nicht mit den standesrechtlichen Vorschriften der freien Berufe vereinbar sei, wenn ausschließlich eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt wird.

⁴⁹ *Jaeger/Henckel*, KO, § 1 Rn. 12.

⁵⁰ *FG Düsseldorf*, ZIP 1992, 635, 636; *LG Rostock*, ZInsO 2002, 290.

⁵¹ *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 35 Rn. 277; *Kübler/Prütting/Bork/Holzer*, InsO, § 35 Rn. 74.

⁵² *MK-ZPO/Gruber*, § 811 Rn. 34; *Musielak/Becker*, ZPO, § 811 Rn. 17; *Saenger/Kemper*, ZPO, § 811 Rn. 21; *Kind/Meller-Hannich/Wolf/Kindl*, § 811 Rn. 18; wobei §§ 811 Abs. 1 Nr. 7 ZPO lediglich als Konkretisierung des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO anzusehen ist, vgl. *MK-ZPO/Gruber*, § 811 Rn. 43; *Musielak/Becker*, ZPO, § 811 Rn. 22; *Saenger/Kemper*, ZPO, § 811 Rn. 21; *Kind/Meller-Hannich/Wolf/Kindl*, § 811 Rn. 25.

⁵³ *RGZ*, 153, 280, 284 f.; 161, 153, 155.

⁵⁴ *LG Rostock*, ZInsO 2002, 290 ff.; *FG Düsseldorf*, ZIP 1992, 635 ff.

⁵⁵ *FG Düsseldorf*, ZIP 1992, 635; *LG Rostock*, NJW-RR 2002, 846, 847. Grundlage dieser Urteile waren Sachverhalte mit Bezug zu dem freien Beruf des Rechtsanwaltes. Die diesen Urteilen zugrunde liegenden Argumente lassen sich auch auf die anderen freien Berufe übertragen, sodass hierin eine eigenständige Ansicht zu sehen ist; *MK-InsO/Ott/Vuia*, § 80 Rn. 56, die annehmen, dass der ideelle Wert der freiberuflichen Praxis nicht Bestandteil der Insolvenzmasse ist.

Eine solche reine Gewinnerzielungsabsicht bestehe aber, wenn der Schuldner seine freiberufliche Praxis unter Aufsicht des Insolvenzverwalters zur Befriedigung der Gläubiger betreibe.⁵⁶ Dies verletze das besondere Vertrauensverhältnis des Freiberuflers gegenüber seinen Mandanten/Patienten/Kunden, worin gleichzeitig ein Verstoß gegen die standesrechtliche Stellung des Freiberuflers zu sehen sei.⁵⁷

2. Die freiberufliche Praxis – Kein Sonderrecht trotz Vertrauensverhältnis

Eine Privilegierung der freiberuflichen Praxis ist im Ergebnis allerdings nicht haltbar. Dies ist insbesondere dem Wandel in der Rechtsprechung geschuldet, die eine Veräußerbarkeit einer freiberuflichen Praxis annimmt⁵⁸ und damit einhergehend den Goodwill der freiberuflichen Praxis als Bestandteil der Insolvenzmasse einordnet.⁵⁹

An dieser Beurteilung ändert das besondere Vertrauensverhältnis zwischen dem Freiberufler und seinem Mandanten/Patienten, welches insbesondere auf dem Berufsgeheimnis der Freiberufler (und dem hierdurch geschützten Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) fußt, nichts. Dieses schützt gerade nicht den Freiberufler, sondern ausschließlich den Mandanten/Patienten. Eine Privilegierung des immateriellen Vermögenswertes der freiberuflichen Praxis zulasten der Insolvenzmasse würde demnach den Mandanten/Patienten zugute kommen. Diese sind jedoch bereits durch Einschränkungen bei der Abtretung von Honorarforderungen und Weitergabe der Patienten-/Kundendaten geschützt,⁶⁰ sodass eine Befreiung des ideellen Wertes der freiberuflichen Praxis vom Insolvenzbeschlagnicht notwendig ist.

Auch die Argumentation der Gegenansicht, dass eine Gewinnerzielungsabsicht den standesrechtlichen Vorschriften zuwider läuft, geht fehl. So ist nicht von der Hand zu weisen, dass ein Freiberufler, trotz seiner Tätigkeit im Sinne des Allgemeinwohls, seine Lebensgrundlage durch die freiberufliche Tätigkeit bestreitet. Insofern ist davon auszugehen,

⁵⁶ *FG Düsseldorf*, ZIP 1992, 635, 636.

⁵⁷ *FG Düsseldorf*, ZIP 1992, 635, 636; *LG Rostock*, NJW-RR 2002, 846, 847; *MK-InsO/Ott/Vuia*, § 80 Rn. 56.

⁵⁸ *RGZ*, 153, 294, 295 f. ggü. *RGZ*, 144, 1, 4; *BGHZ*, 16, 72, 74; 43, 46, 48 ff.; *BGH*, NJW 1973, 98, 100; *BB* 1958, 496, 496 f.

⁵⁹ *AG Köln*, NJW-RR 2003, 987, 988 f.; *LSG Nordrhein-Westfalen*, NJW 1997, 2477, 2477; *MK-InsO/Lwowski/Peters*, § 35 Rn. 507; *Graf/Wunsch*, ZIP 2001, 1029, 1033; *Uhlenbruck*, Festschrift für Henckel, S. 877 f., v. Zwill, *GesR* 2003, 331; *Schick*, NJW 1990, 2359, 2360; *Gerhardt*, Festschrift für Gaul, S. 139, 144 ff.; *Koch*, *Die Insolvenz des selbstständigen Rechtsanwalts*, S. 93.

⁶⁰ Vgl. dazu im weiteren unter § 2 E. II. 1. sowie § 3 A. I. 3.

dass er eine wirtschaftliche Einheit führt, die selbstverständlich ebenfalls dazu dient, Gewinne zu erzielen. Dieser Gedankengang wird ebenfalls durch die Rechtsprechung der Gerichte zur Möglichkeit von Werbung gestützt,⁶¹ da die Befugnis zur Werbung gleichzeitig eine kommerzielle Tätigkeit impliziert, die auf eine Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Denn Werbemaßnahmen werden in der Regel ergriffen, um eine betriebliche Einheit einem breiterem Publikum bekannt zu machen, was letztlich zu steigenden Umsätzen führen soll. Unter Zugrundelegung dieser Überlegungen erscheint es unverständlich anzunehmen, die Fortführung unter Aufsicht des Insolvenzverwalters verstoße in solcher Art und Weise gegen standesrechtliche Vorschriften und das geschützte Vertrauensverhältnis, dass der ideelle Wert der freiberuflichen Praxis dem Insolvenzbeschlagn entzogen werden müsse.

Für eine Vereinbarkeit der Gewinnerzielungsabsicht mit den standesrechtlichen Erwägungen der freien Berufe spricht auch die veränderte Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer Freiberufler-GmbH.⁶² Denn offensichtlich wird hierdurch der Kommerzialisierung der freien Berufe Rechnung getragen, da eine ausschließlich dem Allgemeinwohl zugute kommende Berufsausübung gerade nicht stattfindet. Freilich soll aufgrund der gewinnorientierten Ausrichtung der freien Berufe der ideelle Wert ihrer Praxis auch den Gläubigern als Haftungsmasse zugute kommen.⁶³

III. Der immaterielle Vermögenswert der Apotheke im Zeichen des Insolvenzbeschlagn

Vor dem Hintergrund der Legaldefinition des Insolvenzmasse in § 35 Abs. 1 InsO und der zuvor dargestellten Diskussionen über den Insolvenzbeschlagn der freiberuflichen Praxis ist zu bestimmen, ob der Goodwill der Apotheke einen Vermögenswert im Sinne des § 35 Abs. 1 InsO ausmacht und somit letztlich den Gläubigern als Haftungsobjekt zur Verfügung steht.

⁶¹ Ausgelöst durch *EGMR*, NJW 1995, 2885, 2886 ff und weiterentwickelt durch *BVerfG*, NJW 1986, 1533 (zur Ärzteschaft); NJW 1988, 194 (zum Rechtsanwalt); NJW 1996, 3067 (zum Apotheker).

⁶² *BGH*, ZIP 1994, 381; *BFH*, ZIP 1994, 1284.

⁶³ *Gerhardt*, Festschrift für Gaul, S. 139, 145.

1. Keine besondere Vertrauensbeziehung im Berufsfeld des Apothekers – Der Goodwill der Apotheke als Objekt der insolvenzrechtlichen Vermögenshaftung

Vielfach wird darauf verwiesen, dass die streitige Diskussion bei den Freiberuflern im allgemeinen auf den freien Beruf des Apothekers keine Anwendung findet.⁶⁴ Die Gründe liegen darin, dass der Apotheker - teilweise bereits nicht als freier Beruf verstanden⁶⁵ - obwohl grundsätzlich den freien Berufen zuordbar, aufgrund der Mischform als Gewerbetreibender und Freiberufler kein besonderes Vertrauensverhältnis gegenüber seinen Kunden begründen soll.⁶⁶ Dem liegt insbesondere auch das Verständnis zugrunde, dass der Apotheker eine Ware im herkömmlichen Sinne veräußert. Konsequenz dieser Ansicht wäre, dass der Goodwill der betrieblichen Einheit des Apothekers unstreitig, wie bei jedem Unternehmen auch, Bestandteil der Insolvenzmasse wäre, da mangels besonderem Vertrauensverhältnis zwischen Apotheker und Kunde die Überlegungen einer Privilegierung des ideellen Wertes einer Apotheke durch eine Befreiung vom Insolvenzbeschlagn auf der Grundlage eines eben solchen Näheverhältnisses nicht anwendbar wären.

2. Die Begründung und die Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauensverhältnisses durch den Apotheker – Berücksichtigung bei der Beurteilung des Insolvenzbeschlagn des Goodwills

Ohne sich im Detail mit der Problematik auseinanderzusetzen – stattdessen ein besonderes Vertrauensverhältnis pauschal abzulehnen - ist jedoch kritisch zu betrachten. Um einen geordneten und nachvollziehbaren Überblick über die Beurteilung eines besonderen Vertrauensverhältnisses zu erhalten, sind das Berufsrecht des Apothekers und die vom BVerfG entwickelte und vom BGH bestätigten Grundsätze vom Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke heranzuziehen; gleiches gilt für das Europarecht und die europarechtliche Rechtsprechung. Diese Prinzipien sind zuletzt vor dem Hintergrund des Verhältnisses zwischen Kunde und Apotheker in den verschiedenen Herstellungs- und Verkaufskonstellationen zu bewerten.⁶⁷

⁶⁴ Uhlenbruck, Festschrift für Henckel, S. 877, 881, der meint, dass niemand auf die Idee kommt, den Konkursbeschlagn im Hinblick auf die Freiberuflichkeit des Apothekers in Frage zu stellen; hierauf verweisend: Schildt, Die Insolvenz des Freiberuflers, S. 24, 25; Gerhardt, Festschrift für Gaul, S. 139, 147.

⁶⁵ Baumbach/Hopt/Hopt, § 1 Rn. 19; MK-HGB/Karsten Schmidt, § 1 Rn. 34; Schick, NJW 1990, 2359; Michalski, Der Begriff des freien Berufs, S. 15.

⁶⁶ Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rn. 296; Uhlenbruck, Festschrift für Henckel, S. 877, 881; Gerhardt, Festschrift für Gaul, S. 139, 147.

⁶⁷ Die rechtlichen Zusammenhänge im Abrechnungssystem des Apothekers werden im weiteren Verlauf dieser Arbeit unter § 2 E. I. dargestellt. An dieser Stelle ist vorerst nur darauf hinzuweisen, dass bei der Abgabe

a) Das Berufs- bzw. Standesrecht der Apotheker als Ausgangspunkt der Beurteilung

Grundlegendes – und in den Berufsordnungen der freien Berufe normiertes - Merkmal der freien Berufe ist die Begründung eines besonderen Vertrauensverhältnisses gegenüber den Patienten/Mandanten.⁶⁸ Demgegenüber ist das Verhältnis zwischen Kunde und Apotheker jedoch diffiziler zu betrachten. Als Ausgangspunkt für eine grundsätzliche Einordnung können die unterschiedlichen Berufsordnungen der einzelnen Apothekerkammern der verschiedenen Bundesländer herangezogen werden.⁶⁹

Den Ausgangspunkt bildet § 1 Abs. 1 der Berufsordnung der Apotheker der Apothekerkammer Nordrhein (im folgenden: BdAdAN), der anordnet, dass die Apotheker dem Vertrauen, welches ihnen im Zusammenhang mit dem Beruf entgegengebracht wird, entsprechen müssen. Das Berufsrecht des Apothekers geht damit - wie das Berufsrecht der freien Berufen des Rechtsanwalts oder Arztes⁷⁰ - ausdrücklich vom Bestehen einer besonderen Vertrauensbeziehung zwischen ihm und seinen Kunden aus.

Neben dem expliziten Hinweis auf ein Vertrauensverhältnis in § 1 Abs. 1 BdAdAN enthalten die Berufsordnungen in vielen Bereichen Passagen, die auf die Begründung und Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens des Apothekers hindeuten. So bestimmt bereits die Präambel der BdAdAN, dass die Aufgabe und Zielsetzung der Apotheker die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung ist und die Erfüllung dieses Auftrags neben der Abgabe von Arzneimitteln und pharmazeutische Leistungen auch die Information und Beratung der Verbraucher und anderer Beteiligter im Gesundheitswesen erfordert.⁷¹ Dies einzuhalten bedarf allerdings, ebenso wie die in § 1 Abs. 1 BdAdAN oktroyierte Pflicht zur gewissenhaften Berufsausübung, die Begründung eines Vertrauensverhältnisses. Hierauf deuten auch die §§ 3 und 5 der BdAdAN hin, wonach der

(Verkauf) von Arzneimitteln zwischen freiverkäuflichen (d. h. nicht apothekenpflichtigen, auch außerhalb der Apotheke erwerbbarer Medikamenten), apothekenpflichtigen (Abgabe von verschreibungsfreien oder -pflichtigen Arzneimitteln nur in Apotheken) und verschreibungspflichtigen Medikamenten (Abgabe nur in Apotheken und gegen Vorlage einer ärztlichen Verschreibung) unterschieden wird.

⁶⁸ Vgl. dazu beispielsweise § 43 BRAO (für Rechtsanwälte); § 2 Abs. 2 MBO-Ä (für Ärzte). Darüber hinaus in *Michalski*, Der Begriff des freien Berufs, S. 83; *Fleischmann*, Die freien Berufe im Rechtsstaat, S. 53; *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, Art. 12 Rn. 256.

⁶⁹ Vorliegend wird beispielhaft auf die Regelungen der Berufsordnung der Apotheker der Apothekerkammer Nordrhein vom 13.06.2007 verwiesen, welche exemplarisch für andere Berufsordnungen der Apotheker herangezogen werden kann.

⁷⁰ Vgl. beispielsweise § 43 BRAO (für Rechtsanwälte), § 2 Abs. 2 MBO-Ä (für Ärzte).

⁷¹ Dies kommt ebenfalls in den zwei Hauptpflichten des Apothekers zum Ausdruck: Die Abgabe von Arzneimitteln (§ 17 ApBetrO) zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung (§ 1 ApoG) sowie die Information und Beratung des Kunden (§ 20 ApBetrO), vgl. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 38 Rn. 49.

Apotheker in pharmazeutischen Fragen frei und eigenverantwortlich entscheidet und geeignete Maßnahmen zur Qualitätssicherung treffen muss. Auch die bestehende verbindliche unabhängige Beratungs- und Informationspflicht des Apothekers aus § 7 BAdAdAN gegenüber Patienten, Ärzten und Angehörigen anderer Gesundheitsberufe lässt ein besonderes Vertrauensverhältnis naheliegend erscheinen. Zuletzt ist auf die Verschwiegenheitspflicht des § 15 BAdAdAN hinzuweisen, der auf den strafrechtlichen Schutz der Kunden des Apothekers vor der unbefugten Weitergabe fremder Geheimnisse gem. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB verweist. Die strafrechtliche Schutzvorschrift des § 203 StGB dient dem Erhalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und letztlich der Absicherung eines besonderen Vertrauensverhältnisses.⁷² Dass dem Apotheker sensible Daten (Geheimnisse) i. S. des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB offenbart werden und dieser somit tauglicher Täter bei einem Verstoß gegen seine Verschwiegenheitspflichten ist, zeigt deutlich, dass ein besonderes Vertrauensverhältnis gegenüber seinen Patienten/Kunden besteht, da ansonsten ein Schutz der Patienten/Kunden auf der Grundlage des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht erfolgen müsste.

Zuletzt tragen dem Gedanken der Schutzfunktion des Apothekers für das Rechtsgut der Volksgesundheit ebenso die strengen Zulassungsvoraussetzungen des ApoG zum Berufsstand des Apothekers Rechnung. Hierdurch wird gewährleistet, dass lediglich persönlich und fachlich qualifizierte Personen den Beruf des Apothekers ergreifen. Dieses Zulassungswesen prägt ebenso den Charakter eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Apotheker und Kunde, welches ähnlich dem der anderen Freiberufler ist.

b) Das Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“

Neben dem Berufs- und Standesrecht der Apotheker ist das vom Bundesverfassungsgericht⁷³ entwickelte und vom Bundesgerichtshof⁷⁴ bestätigte Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“ als Argumentationsgrundlage für die Begründung und Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauensverhältnisses des Apothekers heranzuziehen.

⁷² BeckOK-StGB/Weidemann, § 203 Rn. 2; Schönke/Schröder/Leckner/Eisele, StGB, § 203 Rn. 3.

⁷³ BVerG, NJW 1964, 1067.

⁷⁴ BGH, GRUR 1981, 282.

Das Leitbild wurde anhand der Grundgedanken zum damals bestehenden Mehrbesitzverbot an Apotheken entwickelt.⁷⁵ Danach kombiniert der Apotheker mit der privatwirtschaftlichen Funktion des Apothekenbetriebs die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln, die ein wichtiges Hilfsmittel der ärztlichen Kunst – und keine gewöhnliche Ware - darstellen, um Krankheiten zu erkennen, zu heilen und ihnen vorzubeugen, Schmerzen zu lindern und allgemein die Gesundheit zu fördern.⁷⁶ Aufgrund des Gefährdungspotenzials der Arzneimittel sind durch den Gesetzgeber hohe Anforderungen an den Beruf des Apothekers und seine fachlichen Qualifikationen gestellt, die sowohl in seiner akademischen Ausbildung als auch in den standesrechtlichen Vorschriften und Beschränkungen ihren Niederschlag finden.⁷⁷ Infolgedessen trifft den Apotheker eine erheblich gesteigerte Verantwortlichkeit gegenüber den Kunden, die aufgrund fehlender eigener Fachkenntnisse denjenigen des Apothekers vertrauen müssen.⁷⁸

c) Das Europarecht und die europarechtliche Rechtsprechung als einflussnehmende Faktoren

Der Beruf des Apothekers war in der letzten Zeit verstärkt Bestandteil europarechtlicher Vorgaben und Entscheidungen, die ebenfalls Hinweise zur Beurteilung der Beziehung zwischen Apotheker und seinen Kunden liefern.

So hat sich der europäischen Gerichtshof (nachfolgend: EuGH) in seinem Urteil zum Fremd-⁷⁹ und Mehrbesitzverbot⁸⁰ vom 19.05.2009⁸¹ ebenfalls mit dem Verhältnis zwischen Apotheker und Kunde beschäftigt und diesem - aufgrund der Tatsache, dass einerseits Arzneimittel keine simplen Waren darstellen, sondern unmittelbaren Einfluss auf die Gesundheit der Konsumenten haben und andererseits das Ziel des Apothekers nicht im bloßen Gewinnstreben besteht – ein besonderes Vertrauensverhältnis zugeschrieben. Dieses

⁷⁵ *BVerG*, NJW 1964, 1067, 1069; diese Zulassungsbeschränkung wurde nunmehr durch die neu eingeführten Regelungen zum Mehrbesitz in den §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 4, Abs. 5, 7 ApoG und der Feststellung deren Europarechtskonformität (siehe zu dieser Frage nachfolgend unter § 2 A. III. 2. c) und § 3 A. I. 2. b) aa)) wesentlich gelockert.

⁷⁶ *BVerG*, NJW 1964, 1067, 1069.

⁷⁷ *BVerG*, NJW 1964, 1067, 1069.

⁷⁸ *BVerG*, NJW 1964, 1067, 1069.

⁷⁹ Das Fremdbesitzverbot ist Ausfluss der §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 7 S. 1, 8 S. 1 ApoG. Hierdurch wird klargestellt, dass eine Apotheke ausschließlich von einem Apotheker, der die deutsche Approbation als Apotheker besitzt, durch persönliche Leitung in eigener Verantwortung betrieben werden darf.

⁸⁰ Das apothekenrechtliche Mehrbesitzverbot war in § 3 Nr. 5 ApoG a.F. normiert. Inhalt dieser Regelung war, dass ein Apotheker nur eine Apotheke betreiben darf, folglich nicht berechtigt war, Filialapotheken zu gründen.

⁸¹ EuGH, NJW 2009, 2112.

Näheverhältnis resultiert aus der Beratungstätigkeit des Apothekers, die seiner Ausbildung und fachlichen Qualifikation folgt und hierdurch den Gesundheitsschutz der Bevölkerung als seine Kernaufgabe ebenso gewährleistet, wie die strengen Voraussetzungen, unter denen ein Fremd- und Mehrbesitz von Apotheken zulässig ist.⁸² Letztere sorgen durch ihre qualitativen und hochwertigen Beschränkungen dafür, dass der Gesundheitsschutz der Bevölkerung auf fachlicher Ebene durch den Apotheker behütet wird.

d) Das besondere Vertrauensverhältnis in den Einzelnen Tätigkeitsfeldern des Apothekers unter Berücksichtigung des Standes- und Europarechts

Die zuvor dargestellten und entwickelten Argumentationslinien, die grundsätzlich ein bestehendes Vertrauensverhältnis zwischen Apotheker und Patient/Kunde nahelegen, sind allerdings in den verschiedenen Tätigkeitsfeldern des Apothekers zu bewerten.

Im Berufsfeld des Apothekers ist grundsätzlich zwischen mehreren Teilbereichen seiner beruflichen Tätigkeit zu unterscheiden. Einerseits ist der Apotheker Hersteller von Arzneimitteln gem. §§ 17, 6, 7 ApBetrO; auch wenn dies aufgrund der heutigen Produktionswege und -verhältnisse die seltene Ausnahme darstellt. Andererseits ist er „Verkäufer“ von apothekenüblichen Waren (insbesondere Arzneimitteln nach dem AMG) im Sinne der §§ 17, 25 ApBetrO. Die jeweiligen Herstellungs- und Verkaufskonstellationen können das grundsätzlich vom Apotheker begründete besondere Vertrauensverhältnis, welches Ausfluss des Berufs- und Standesrechts, des Leitbildes des Apothekers in seiner Apotheke sowie den europarechtlichen Einflüssen ist, ergänzen und modifizieren.

aa) Produktion von Arzneimitteln nach eigener Rezeptur

Stellt der Apotheker Arzneimittel nach eigener Rezeptur her, besteht unzweifelhaft ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem die Arzneimittel herstellenden Apotheker und dem Kunden. Dies ist bereits der Tatsache geschuldet, dass das produzierte Medikament unmittelbaren Einfluss auf die Gesundheit des Kunden hat, weshalb er dem Apotheker ein gewisses Maß an Vertrauen, sowohl in dessen Person, als auch in dessen Ausbildung und Fähigkeiten, entgegenbringen muss. Die gesteigerten Anforderung an den Apotheker verdeutlichen ebenfalls die Regelungen der §§ 7 und 6 ApBetrO. Zwar folgt aus § 7 Abs. 1 S.

⁸² Kamann/Gey/Kreuzer, PharmR 2009, 320.

1 ApBetrO, dass die Arzneimittel der Verschreibung entsprechen müssen und ein Abweichen von in der Verschreibung genannten Bestandteilen nur mit Zustimmung des Verschreibenden möglich ist. Jedoch ordnet § 7 Abs. 1 S. 3 ApBetrO eine Kontrollpflicht des Apothekers an. Darüber hinaus stellt § 6 Abs. 1 ApBetrO klar, dass die Arzneimittel nach den anerkannten pharmazeutischen Regeln herzustellen sind und diese die nach der pharmazeutischen Wissenschaft erforderliche Qualität aufweisen müssen.

bb) Verkauf von Arzneimitteln

Betrachtet man allerdings den häufigsten beruflichen Arbeitsbereich eines Apothekers als „Verkäufer“ von Arzneimitteln, stellt sich die Frage, inwieweit der Kunde dem Apotheker ein besonderes Vertrauen entgegen bringt, wodurch zwischen diesen ein für Freiberufler typisches Näheverhältnis entsteht. In diesem Handlungsbereich ist zwischen dem Vertrieb von verschreibungspflichtigen (§ 48 AMG) und –freien (§ 50 AMG) Medikamenten zu differenzieren; bei letzteren ist zusätzlich in die Überlegungen mit einzubeziehen, ob diese apothekenpflichtig (§§ 43 – 45 AMG) sind.⁸³

(1) Freiverkäufliche Arzneimittel

Verkauft der Apotheker verschreibungsfreie und nicht apothekenpflichtige Medikamente, also solche, die in jedem Drogeriemarkt frei veräußerbar sind, ist eine Parallele zu einem Einzelhändler offensichtlich. Ein besonderes Vertrauensverhältnis gegenüber seinem Kunden begründet der Apotheker in dieser Konstellation nicht. Hierfür spricht, dass eine Apothekenpflicht für solche Medikamente gerade nicht besteht, eine Beratung unter Zugrundelegung einer entsprechenden Ausbildung und Fachkenntnis vom Gesetzgeber also gerade nicht für erforderlich gehalten wurde. Infolgedessen sind die Regelungen der Berufsordnungen im Kontext der Freiverkäuflichkeit, ebenso wie die Grundsätze des BVerfG und die Rechtsprechung des EuGH nicht heranzuziehen. Denn ein notwendiger Schutz der Volksgesundheit durch den Apotheker geht ins Leere, wenn Arzneimittel frei zu erwerben sind. Ist aber ein solcher Schutz vom Gesetzgeber nicht gewollt und damit von einem Einzelhändler nicht zu erfüllen - was durch die gesetzliche Legitimierung des freien Verkaufs zum Ausdruck kommt - muss gleiches erst recht für den Apotheker gelten. Hat der Apotheker

⁸³ Eine Differenzierung bei verschreibungspflichtigen Medikamenten ist denklogisch nicht erforderlich, da diese immer apothekenpflichtig sind.

aber keine Schutzfunktion des Rechtsgutes Volksgesundheit auszuüben, nimmt er somit kein besonderes, über das normale Verhältnis Einzelhändler/Kunde hinausgehendes Vertrauen in Anspruch. Damit kann ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Apotheker und Kunde beim Verkauf von nicht apothekenpflichtigen, verschreibungsfreien Arzneimitteln keinesfalls angenommen werden.

(2) Apothekenpflichtige Arzneimittel

Eine andere Beurteilung ist bei verschreibungsfreien, aber apothekenpflichtigen Medikamenten notwendig. Hier nimmt der Apotheker auf Wunsch des Kunden Beratungen vor, die unmittelbaren Einfluss auf dessen Gesundheit und damit dessen Wohlbefinden haben. Aufgrund dieser Auswirkungen für die eigene Gesundheit stellt der Kunde gewisse Anforderungen an das Berufsbild des Apothekers und verbindet mit dessen Tätigkeit ein Vertrauen im Hinblick auf eine fachgerechte Beratung, welche die Gesundheit des Kunden berücksichtigt. Gerade die gesetzlich statuierte Apothekenpflicht zeigt, dass der Gesetzgeber einen freien Verkauf durch Personen, die nicht die notwendigen beruflichen und fachlichen Qualifikationen verfügen, vermeiden wollte und stattdessen diese Aufgaben dem ausgebildeten Apotheker übertragen hat, damit eine fachkundige Beratung erfolgen kann. In dieser Konstellation sind mithin die Gedanken der Berufsordnungen und der Rechtsprechung des BVerfG sowie des EuGH anzuwenden, da diese vor allem dem Schutz der Volksgesundheit dienen, welcher durch die gesetzlich statuierte Apothekenpflicht gerade sichergestellt werden soll. Unter Beachtung dieser Ausführungen ist beim Verkauf von apothekenpflichtigen Arzneimitteln ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Apotheker und Kunde vorhanden.

(3) Verschreibungspflichtige Arzneimittel

Zuletzt stellt sich die Frage, ob ein Vertrauensverhältnis angenommen werden kann bzw. muss, wenn der Kunde ein zuvor ärztlich verschriebenes Arzneimittel beim Apotheker erwirbt.⁸⁴ Einerseits wird durch die gesetzlich statuierte Apothekenpflicht klargestellt, dass der Gesetzgeber die Grundgedanken der Berufsordnungen der Apotheker und die

⁸⁴ Aufgrund der Verschreibungspflicht ist ein Arzneimittel gem. § 43 Abs. 3 AMG zwingend apothekenpflichtig.

Überlegungen des BVerfG und des EuGH zum Schutz der Volksgesundheit teilt. Dies deutet zunächst darauf hin, dass ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht.

Gegen ein über ein schlichtes Beratungsverhältnis hinausgehendes Vertrauensverhältnis zwischen Apotheker und Kunde spricht jedoch andererseits, dass eine Beratung des Kunden bereits im Rahmen der ärztlichen Untersuchung stattfindet. Die Verschreibungspflicht könnte mithin die gesetzgeberische Intention, die in der Apothekenpflicht liegt, aushebeln, indem die Beratungspflicht des Apothekers aufgrund der vorherigen Betreuung des Arztes entfällt. Dies würde letztlich dazu führen, dass ein besonderes Vertrauensverhältnis verneint werden müsste, da die Regelungen der Berufsordnungen und der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH, die dem Schutz der Volksgesundheit durch den Apotheker Rechnung tragen, nicht greifen würden. Denn dieses Ziel würde durch die Verschreibungspflicht eines Arzneimittels und die dieser zugrundeliegenden ärztlichen Beratung bereits sichergestellt.

Dieser Gedankengang verkennt jedoch die tatsächlichen Gegebenheiten. In den wenigsten Fällen berät der Arzt seinen Patienten über ein konkretes Medikament. Vielmehr werden die Symptome des Patienten analysiert und die möglichen Krankheitsbilder aufgezeigt und Genesungsempfehlungen unterbreitet. Die verschriebenen Medikamente sind in der Regel ebensowenig Gegenstand der Beratung, wie die Erläuterung der Nebenwirkungen und Gefahren der Wechselwirkung mit anderen Arzneimitteln. Die Medikamentenausgabe wird im Folgenden vom Apotheker durchgeführt. Zwar wird häufig das vom Arzt verschriebene Medikament ausgegeben. Allerdings ist zu beachten, dass teilweise auch andere Medikamente vom Apotheker empfohlen werden, die ähnliche oder dieselben Wirkstoffe beinhalten, aber von anderen Herstellern produziert werden. Weiterhin berät der Apotheker den Kunden häufig über Einnahme, Risiken und Nebenwirkungen des verschriebenen Medikamentes sowie Wechselwirkung zu anderen Arzneimitteln. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass der Apothekerberuf in seinen Grundfesten auf der besonderen Fachkunde und der beruflichen Qualifikation des Apothekers fußt. Dieser setzt auch bei Fehlen von Beratung einen Vertrauenstatbestand in seine Fähigkeiten, auf dessen Grundlage der Kunde sich in die Obhut des Apothekers begibt, voraus. Der Kunde erwartet auch ohne Beratung, dass ein Apotheker sämtliche Entscheidungen reflektiert und im Gefahrenfall seiner Hinweispflicht nachkommt. Dieser Gedanke findet insbesondere in der Beratungspflicht des § 7 BAdA seine gesetzliche Grundlage. Mithin ist unerheblich, ob zuvor ein Arzneimittel ärztlich verschrieben wurde. Der

Gesetzgeber hat durch die Apothekenpflicht deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Berufsregelungen des Apothekers Anwendung finden.

3. Privilegierung der Apotheke - Ausstrahlung des besonderen Vertrauensverhältnisses des Apothekers

Der Apotheker begründet in nahezu allen Fällen – die einzige Ausnahme bildet der Verkauf von verschreibungsfreien Arzneimitteln – ein besonderes Vertrauensverhältnis gegenüber seinen Kunden. Dies lässt sich sowohl aus dem Berufsrecht, der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH als auch aus den Charakteristika der jeweiligen Tätigkeitsfelder des Apothekers herleiten. Dem liegt, abweichend von denjenigen, die dem Apotheker keine besondere Vertrauensbeziehung zuschreiben, insbesondere das Verständnis zugrunde, dass Arzneimittel keine bloße Ware im herkömmlichen Sinne darstellen, sondern ein Element des Gesundheitssystems – dies wird aus § 1 ApoG deutlich – bei dem die Beratung und Information durch den Apotheker im Vordergrund steht.⁸⁵ Infolgedessen sind die zu den freiberuflichen Praxen entwickelten Grundsätze ebenfalls auf den Apotheker übertragbar, da dieser ebenso wie die anderen Freiberufler in einer besonderen Beziehung zu seinen Kunden steht.⁸⁶ Demzufolge ist ebenfalls vertretbar, den ideellen Wert der Apotheke vom Insolvenzbeschluss zu befreien und damit der Insolvenzmasse zu entziehen, wie dies teilweise auch für die freiberufliche Praxis angenommen wird. Jedoch ist gerade im Hinblick auf den Berufsstand des Apothekers der Argumentation zu den freien Berufen im allgemeinen hinzuzufügen, dass die Gewinnerzielungsabsicht nicht den standesrechtlichen Vorschriften des Apothekerberufs zuwider läuft. Denn zum einen ist auch bei Apothekern die Werbemöglichkeit entgegenzuhalten. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass zwar anders als bei anderen Freiberuflern die Gründung einer Apotheken GmbH aufgrund des Regelungsgehalts des § 8 ApoG nicht zulässig ist. Allerdings stützt diese Überlegung lediglich den Gedanken einer zunehmenden unternehmerischen und gewinnorientierten Ausrichtung der freien Berufe, die im Berufsfeld des Apothekers ohnehin aus seiner Doppelstellung als Gewerbetreibender und Freiberufler deutlich wird.⁸⁷ Offensichtlich ist dem

⁸⁵ Zuck/Lenz, NJW 1999, 3393, 3394.

⁸⁶ a.A. Uhlenbruck, Festschrift für Henckel, S. 877, 881; Schildt, Die Insolvenz des Freiberuflers, S. 24, 25; Gerhardt, Festschrift für Gaul, S. 139, 147.

⁸⁷ Vgl. dazu oben unter § 1 A.

Apothekerberuf der Grundgedanke der Kommerzialisierung somit nicht fremd. Infolgedessen verstößt eine Gewinnerzielungsabsicht nicht gegen das Standesrecht.⁸⁸

Letztlich zeigt die Gesetzessystematik, dass der ideelle Wert der Apotheke vom Insolvenzbeschlagn erfasst wird. Denn im Berufsfeld des Apothekers ist zu beachten, dass die Pfändungsschutzvorschriften des § 811 Abs. 1 Nr. 5 und 7 ZPO aufgrund des Verweises in § 36 Abs. 2 InsO auf den § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO nicht anwendbar sind.⁸⁹ Danach gehören, entgegen der Regelung des § 36 Abs. 1 InsO, die zum Betrieb einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Waren zur Insolvenzmasse (§ 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO). Da demnach ein Pfändungsschutz über § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nicht greift, ist eine Ausnahmestellung des Apothekers gegenüber dem gewerblichen schuldnerischen Unternehmen nicht gerechtfertigt. Denn indem die InsO sämtliche Gegenstände des Apothekers einem Pfändungsschutz abspricht, unterwirft sie die vollständige betriebliche Einheit mitsamt dem Goodwill dem Insolvenzbeschlagn.⁹⁰

IV. Ergebnis

Überwiegend wird heute angenommen, dass der Goodwill der freiberuflichen Praxis Bestandteil der Insolvenzmasse ist. Eine Übertragbarkeit des Streitstandes auf den Beruf des Apothekers mangels besonderem Vertrauensverhältnisses allgemein abzulehnen ist einerseits zu pauschal und wird andererseits dem Beruf des Apothekers und seiner Stellung nicht gerecht. Vielmehr ist in den meisten Konstellationen - mit Ausnahme des Verkauf verschreibungsfreier und nicht apothekenpflichtiger Arzneimittel - davon auszugehen, dass zwischen Apotheker und Kunde ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, welches nicht dazu führt, dass der ideelle Wert einer Apotheke dem Haftungsverband der Insolvenzmasse entzogen wird.

B. Die Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Berufszulassung des Apothekers

Für die Abwicklung des Insolvenzverfahrens von entscheidender Bedeutung ist die Frage, ob durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Berufszulassung des Apothekers dem

⁸⁸ Vgl. zur Entwicklung der freien Berufe zur Gewerblichkeit *Kleine-Cosack*, BB Special 3 zu BB 2008, 2 ff.

⁸⁹ Vgl. dazu ausführlich nachfolgend unter § 2 D. I.

⁹⁰ So auch *Gerhardt*, Festschrift für Gaul, S. 139, 147.

Insolvenzbeschlagnach unterfällt.⁹¹ Freilich setzt dies zunächst voraus, dass diese aufgrund der Insolvenzeröffnung nicht entzogen wird.⁹²

I. Erlöschen/Widerruf/Rücknahme der Berufszulassung – Entziehung der Betriebserlaubnis

§ 1 Abs. 2 ApoG ordnet an, dass eine Apotheke nur betrieben werden darf, wenn die zuständige Behörde eine Erlaubnis erteilt hat. Die Voraussetzungen zur Erlaubniserteilung enthält § 2 ApoG. Demgegenüber regeln die §§ 3 und 4 ApoG die Fälle, in denen die Betriebserlaubnis erlischt, zurückgenommen oder widerrufen wird.⁹³

1. Regelungsbereich des § 12 GewO – Anwendbarkeit auf den freiberuflichen Apotheker

In der Insolvenz eines Gewerbetreibenden tritt der Insolvenzverwalter gem. § 80 Abs. 1 InsO an dessen Stelle. Dass der Insolvenzverwalter die Befähigung zur Fortführung des Gewerbes besitzt, wird über § 56 Abs. 1 InsO sichergestellt. Danach wird zum Insolvenzverwalter lediglich eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige Person bestellt, die aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen auszuwählen ist. Diese Kriterien bei der Verwalterauswahl gewährleisten eine wirtschaftlich sinnvolle Übernahme des Betriebes. Infolgedessen, und um eine sanierende Fortführung zu ermöglichen, ist eine zur Gewerbeuntersagung führende Unzuverlässigkeit nach § 35 GewO durch ungeordnete Vermögensverhältnisse aufgrund § 12 GewO für die Dauer des Insolvenzverfahrens ausgeschlossen.⁹⁴

Demgegenüber existiert keine Regelung, die explizit die Nichtentziehung der Berufszulassung von Freiberuflern zum Gegenstand hat. Trotz der Doppelstellung des Apothekers als

⁹¹ Dies ist insbesondere auch für die Möglichkeiten der Fortführung des Apothekenbetriebes durch den Insolvenzverwalter eine wichtige Überlegung, da der Insolvenzverwalter in der Regel nicht Inhaber einer Berufszulassung als Apotheker sein wird und daher die Fortführungsmodalitäten entscheidend durch die Berufszulassung des Apothekers beeinflusst werden (vgl. zur Fortführung ausführlich unter § 3 A. I.).

⁹² Der Begriff entziehen wird als Oberbegriff für das Erlöschen (§ 3 ApoG), die Rücknahme (§ 4 Abs. 1 ApoG) und den Widerruf (§ 4 Abs. 2 ApoG) der Betriebserlaubnis verwendet.

⁹³ In Betracht kommt ein Erlöschen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 ApoG i.V.m. §§ 6, 7 BApoO sowie eine Rücknahme der Berufszulassung nach § 4 Abs. 1 ApoG oder ein Widerruf nach § 4 Abs. 2 ApoG.

⁹⁴ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 80 Rn. 24; MK-InsO/Ott/Vuia, § 80 Rn. 17; HK-InsO/Kayser, § 80 Rn. 26; Antoni, NZI 2003, 246.

Freiberufler und Gewerbetreibender⁹⁵ findet § 12 GewO keine unmittelbare Anwendung auf die Berufszulassung des Apothekers. Denn wie bereits ausgeführt, ist dieser letztlich trotz seiner Charakterisierung als Gewerbetreibender den freien Berufen zuzuordnen;⁹⁶ eine Anwendung des § 12 GewO auf den Apotheker scheidet daher aus. Ohnehin ist die Anwendung des § 12 GewO nicht aus der bestehenden Eigenschaft des Apothekers als Gewerbetreibender herzuleiten. Dies folgt aus § 6 Abs. 1 S. 1 und Abs. 1 S. 2, 2 Hs. GewO. Danach findet die Gewerbeordnung auf die Errichtung und Verlegung von Apotheken keinerlei Anwendung; auf den Verkauf von Arzneimitteln nur, soweit die Gewerbeordnung ausdrückliche Bestimmungen hierüber enthält.⁹⁷ Eine Anwendbarkeit des § 12 GewO auf den Apotheker statuiert dieser jedoch nicht.⁹⁸ Dies deckt sich mit dem zuvor dargestellten Grundgedanken, dass der § 12 GewO aufgrund der Freiberuflichkeit des Apothekers nicht zur Anwendung gelangt. Zuletzt ist ebenfalls unbeachtlich, dass § 6 Abs. 1 GewO lediglich die Errichtung und Verlegung (das „Ob“), nicht aber den Betrieb einer Apotheke (das „Wie“) vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung und damit des § 12 GewO ausnimmt.⁹⁹ Denn bei der Entziehung der Berufszulassung aufgrund des Insolvenzverfahrens ist gerade die Frage der Erlaubnis des Betriebes einer Apotheke in Frage gestellt, also die Ausübungsbefugnis.

Infolgedessen kommt allenfalls eine analoge Anwendung des § 12 GewO auf die freien Berufe – und damit den Apotheker - in Betracht. Dies setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus.

Das EGIInsO hat die Regelung des § 12 GewO durch Änderung vom 05.10.1994 neu gefasst. Eine mit dieser vergleichbare Norm wurde für die freien Berufe allerdings nicht geschaffen. Demnach besteht gerade keine planwidrige, sondern eine planmäßige Regelungslücke.¹⁰⁰ Darüber hinaus fehlt es auch an einer für eine Analogie erforderlichen vergleichbaren Interessenlage. Hierfür zeichnet sich insbesondere das für die freien Berufe besondere

⁹⁵ Vgl. dazu bereits oben unter § 1 A. II.

⁹⁶ Vgl. dazu bereits oben unter § 1 A. II.

⁹⁷ Hierdurch soll nicht die Gewerbeeigenschaft des Apothekers außer Frage gestellt, sondern vielmehr den apothekenrechtlichen Spezialregelungen ein abschließender Charakter zugewiesen werden (BeckOK-GewO/Sydow, § 6 Rn. 15; Landmann/Rohmer/Marcks, GewO, § 6 Rn. 5).

⁹⁸ Ausdrückliche Hinweise der Anwendbarkeit enthalten insbesondere § 14 Abs. 2, 15a und 35 Abs. 9, Hs. 2 GewO (BeckOK-GewO/Sydow, § 6 Rn. 54).

⁹⁹ Tettinger/Wank/Ennuschat/Ennuschat, GewO, § 6 Rn. 10.

¹⁰⁰ BFH, ZVI 2004, 464; Graf/Wunsch, ZVI 2005, 105, 106.

Vertrauensverhältnis verantwortlich, das ein Freiberufler in Anspruch nimmt.¹⁰¹ Dieses rechtfertigt die Ungleichbehandlung von Gewerbetreibenden und Freiberuflern auch vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG. Denn bei einem Auftragsverhältnis des Gewerbetreibenden wird keine persönliche Leistung des Auftragnehmers verlangt.¹⁰² Eine analoge Anwendung des § 12 GewO im Hinblick auf die Berufszulassung des Apothekers in dessen Insolvenz scheidet daher sowohl am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke, als auch an einer mangelnden vergleichbaren Interessenlage.¹⁰³

2. Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Berufszulassung des Apothekers

Als Resultat – da eine Anwendung von § 12 GewO auf den freien Beruf des Apothekers ausgeschlossen ist – sind die Implikationen des Insolvenz(-eröffnungs)verfahrens auf die Berufszulassung des Apothekers zu eruieren.

Das Apothekengesetz statuiert in den §§ 4 Abs. 2 i. V. m. 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG¹⁰⁴, dass eine Betriebserlaubnis zu widerrufen ist, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Apotheker nicht die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit besitzt; dies ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG regelmäßig der Fall, wenn strafrechtliche oder schwere sittliche Verfehlungen vorliegen, die den Apotheker für die Leitung einer Apotheke ungeeignet erscheinen lassen. Ebenfalls an die nachträglich eintretende Unzuverlässigkeit des Apothekers knüpft der Erlöschenstatbestand der §§ 3 Nr. 3 ApoG i. V. m. 6 Abs. 2, 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BApoO an; die Entziehungsvoraussetzungen sind somit identisch.

Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens sind strafrechtliche Konsequenzen vor allem im Bereich des Steuerrechts, der Nichtabführung von Sozialabgaben und der

¹⁰¹ Vgl. zum besonderen Vertrauensverhältnis oben unter § 2 A. III. 2.

¹⁰² So *BFH*, ZVI 2004, 302, 303.

¹⁰³ So im Ergebnis auch *BFH*, ZVI 2004, 302, 303; ZVI 2004, 464; *FG Niedersachsen*, EFG 2004, 927 ff.; *Schmittmann*, ZInsO 2004, 725, 727; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 35 Rn. 290 mit weiteren Verweisen.

¹⁰⁴ In der Insolvenz des Apothekers können lediglich der Erlöschenstatbestand des § 3 Nr. 3 ApoG i.V.m. 6 Abs. 2, 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BApoO, sowie der Widerrufstatbestand des § 4 Abs. 2 i. V. m. 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG einschlägig sein. Beide setzen die sich nachträglich herausstellende Unzuverlässigkeit des Apothekers voraus, wodurch entweder die Approbation oder Erlaubnis nach der BApoO widerrufen wird und somit die Betriebserlaubnis nach dem ApoG erlischt (§ 3 Nr. 3 ApoG i.V.m. 6 Abs. 2, 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BApoO) oder die Betriebserlaubnis widerrufen wird (§ 4 Abs. 2 i. V. m. 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG). Die weiteren Tatbestände sind offensichtlich durch ein Insolvenzverfahren nicht betroffen, da sie zum einen das Fehlen der Voraussetzungen bereits im Zeitpunkt der Erlaubniserteilung erfordern oder zum anderen bereits nicht durch Insolvenzeröffnung verwirklicht werden.

Insolvenzverschleppung denkbar.¹⁰⁵ Diese könnten zum Widerruf der Zulassung führen. Demgegenüber stellt der bloße Vermögensverfall keinen geeigneten Tatbestand der Unzuverlässigkeit dar.¹⁰⁶ Zwar sind für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Unzuverlässigkeit die von der Rechtsprechung zu § 35 GewO entwickelten Grundsätze heranzuziehen.¹⁰⁷ Auch ist anerkannt, dass die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eine Unzuverlässigkeit begründen kann.¹⁰⁸ Einschränkend ist jedoch zu berücksichtigen, dass eine wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit nur als Unzuverlässigkeit zu bewerten ist, wenn der Freiberufler fremdes Vermögen verwalten muss und dadurch eine abstrakte Gefährdung des Vermögens Dritter eintritt.¹⁰⁹ Da das Berufsfeld des Apothekers diese Tätigkeitsfelder gerade nicht umfasst, ist der Widerruf der Betriebserlaubnis des Apothekers aufgrund eines eine Unzuverlässigkeit begründenden Vermögensverfalls nur in Ausnahmefällen möglich.¹¹⁰ Weiterhin ist für die Bewertung der Zuverlässigkeit des Apothekers im Kontext des Vermögensverfalls zu berücksichtigen, dass im Rahmen seiner Berufsausübung die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im Vordergrund steht. Infolgedessen spielen die wirtschaftlichen Verhältnisse des Apothekers eine untergeordnete Rolle, da sie grundsätzlich keine Auswirkungen auf seine Fähigkeiten und Qualifikationen im Hinblick auf die Arzneimittelversorgung haben.

Losgelöst von den Fragen einer die Unzuverlässigkeit begründenden strafrechtlichen Verfehlung oder eines Vermögensverfalls ist eine Unzuverlässigkeit des Apothekers allerdings anzunehmen, wenn eine Prognose - die auf Art, Schwere und Zahl von Verstößen gegen die Berufspflichten zu stützen ist - die Annahme rechtfertigt, der Apotheker biete aufgrund der begangenen Verfehlungen nicht die Gewähr, zukünftig die berufsspezifischen

¹⁰⁵ Diese Aufzählung ist keinesfalls abschließend, sondern lediglich exemplarisch. Freilich sind häufig auch weitere Straftatbestände betroffen.

¹⁰⁶ Entgegen der gängigen Verwaltungspraxis, die bei einem Vermögensverfall, der noch nicht zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens geführt hat, normalerweise einen Unzuverlässigkeitsgrund annimmt. Das dies nur bis zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens gilt, folgt bereits aus § 12 GewO, der einen Entzug der Gewerbeerlaubnis im Falle der Insolvenz unterbindet.

¹⁰⁷ Erbs/Kohlhaas/Senge, Strafrechtliche Nebengesetze-ApoG, § 2 Rn. 5.

¹⁰⁸ BeckOK-GewO/Brünning, § 35 Rn. 23; BVerwG, GewA 1961, 166, 167; 1966, 9, 10; 1970, 131, 132; 1972, 150 f.; 1982, 233 f.; 1997, 68; BVerfG, GewA 1995, 242, 243; so auch Schmittmann, NJW 2002, 182 (für rechts- und steuerberatende Berufe).

¹⁰⁹ Erbs/Kohlhaas/Senge, Strafrechtliche Nebengesetze-GewO, § 35 Rn. 14 (zum Gewerbetreibenden); BVerwG, GewA 1972, 150 (zum Gewerbetreibenden).

¹¹⁰ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 157 Rn. 17 und § 80 Rn. 23; siehe auch MK-InsO/Ott/Vuia, §80 Rn. 18 für die Zulassung des Arztes, deren Grundsätze nach Uhlenbruck jedoch auch auf den Apotheker Anwendung finden.

Regelungen zu beachten.¹¹¹ Letztlich hat daher eine Abwägung im Einzelfall unter Berücksichtigung des Art. 12 GG stattzufinden.¹¹²

II. Die Berufszulassung als Bestandteil der Insolvenzmasse

Um die Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf die Berufszulassung¹¹³ des Apothekers - die wie vorstehend ausgeführt regelmäßig nicht durch ein Insolvenzverfahren entzogen wird – auszumachen,¹¹⁴ sind die §§ 35 Abs. 1, 36 InsO heranzuziehen. Deren Anwendbarkeit setzt allerdings voraus, dass die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke nach den §§ 1 Abs. 2, 2 ApoG Vermögen darstellt.

Die Erteilung einer Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 ApoG, § 2 BApO setzt die Erfüllung sachlicher und persönlicher Anforderungen voraus; insbesondere den Besitz einer Approbation als Apotheker.¹¹⁵ Aufgrund dieser Anforderungen stellt die Zulassung als Apotheker ein persönliches Recht dar, welches kein von der Person des Erlaubnisinhabers trennbares vermögenswertes Recht darstellt. Dies belegt auch § 1 Abs. 3 ApoG, wonach die Erlaubnis nur für den Apotheker gilt, dem sie erteilt ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 13 Abs. 1 ApoG, der dem Erben eines Apothekers erlaubt, die Apotheke für längstens zwölf Monate nach dem Tod des Apothekers fortzuführen. Zwar wird hierdurch eine begrenzte Fortführungslegitimation des Erben angeordnet, allerdings stellt § 13 Abs. 1 ApoG keine Veräußerungsbefugnis des Erben dar. Dies muss folglich erst recht für ein allgemeines Veräußerungsrecht gelten.¹¹⁶

¹¹¹ *BVerwG*, NJW 2003, 913, 914.

¹¹² *Kleine-Cosack*, NJW 2004, 2473, 2474.

¹¹³ Entgegen dem Vertragsarztrecht bedarf der Apotheker, als Leistungserbringer i. S. des SGB V, zwar keiner vergleichbaren Zulassung, allerdings müssen Apotheken den Rahmenvertrag nach § 129 Abs. 3 SGB V entweder durch Mitgliedschaft in einem Verband, für den der Rahmenvertrag verbindlich ist (Nr. 1), oder durch Beitritt (Nr. 2) wirksam werden lassen. Anders als im Vertragsarztrecht ist damit freilich keine Zulassung durch Verwaltungsakt notwendig. Jedoch statuiert § 129 Abs. 3 SGB V einen besonderen Verpflichtungsakt und spezielle, über das Berufsrecht hinausgehende Anforderungen für die Versorgung der Versicherten (vgl. *Becker/Kingreen/Axer*, SGB V, § 129 Rn. 3).

¹¹⁴ Dies ist erforderlich, da die Berufszulassung des Apothekers in der Regel nicht durch ein Insolvenzverfahren erlischt/zurückgenommen/widerrufen wird (siehe dazu vorstehend unter § 2 B. I. 2.).

¹¹⁵ Die Approbation berechtigt lediglich zur Ausübung des Apothekerberufs, nicht aber zum selbstständigen Betrieb einer Apotheke; dies bedarf einer Betriebserlaubnis nach dem ApoG (Erbs/Kohlhaas/Ambts, *Strafrechtliche Nebengesetze-GewO*, § 6 Rn. 6). Nichtsdestotrotz stellt die Approbation eine Teilvoraussetzung für die Erteilung der Betriebserlaubnis dar (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 ApoG).

¹¹⁶ Vgl. zur ähnlichen Regelung des § 103 Abs. 4 SGB V für den Erben des Kassenarztes *LSG Nordrhein-Westfalen*, NJW 1997, 2477, 2478; *OLG Hamm*, OLG Report 2005, 90, 93.

Das zuvor gefundene Ergebnis – der fehlenden Zugehörigkeit der Berufszulassung zur Insolvenzmasse - wird auch durch die Vorschriften der §§ 36 Abs. 1 S. 1 InsO, 857 Abs. 3 ZPO gestützt. Denn aus § 36 Abs. 1 S. 1 InsO folgt, dass Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, nicht vom Insolvenzbeschlagn erfasst werden. In Kombination mit dem Regelungsgehalt des § 857 Abs. 3 ZPO, der anordnet, dass unveräußerliche Rechte der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sind, soweit deren Ausübung keinem anderen überlassen werden kann, ergibt sich, dass die Betriebszulassung eines Apothekers nicht in die Insolvenzmasse fällt, wenn die Ausübung keinem anderen überlassen werden kann. Ein solches Überlassungsverbot ordnet insbesondere § 1 Abs. 3 ApoG an und wird flankiert von den persönlichen Approbationsvoraussetzungen des Apothekers.

Mithin stellt die Berufszulassung des Apothekers keinen Vermögenswert i.S.d. § 35 Abs. 1 InsO dar. Ohnehin wäre diese allerdings – selbst für den Fall, dass ihr ein Vermögenswert zuzuordnen wäre – über die Ausnahmevorschrift des § 36 Abs. 1 S. 1 InsO i. V. m. § 857 Abs. 3 ZPO aus der Insolvenzmasse herausgelöst.

C. Die Arbeitskraft des Apothekers als Bestandteil der Insolvenzmasse

Für den Apotheker ist ebenfalls wichtig, welche Auswirkungen die Insolvenzeröffnung auf seine Arbeitskraft hat, da ein Insolvenzbeschlagn die Verpflichtung zur Folge hätte, die Apotheke gegebenenfalls in Zusammenarbeit mit dem Insolvenzverwalter fortzuführen.¹¹⁷ Allerdings stellt die Arbeitskraft des Apothekers keinen eigenständigen Vermögenswert im Sinne des § 35 InsO dar, der für die Bestimmung der Insolvenzmasse heranzuziehen ist.¹¹⁸

Dies wird bei den freien Berufen aus der Gesetzessystematik hergeleitet. Denn während § 35 InsO die Insolvenzmasse definiert, schränkt § 36 InsO die Reichweite des Insolvenzbeschlages ein, indem dieser die Pfändungsschutzvorschriften für anwendbar erklärt. Ein Pfändungsschutz für bestimmte zur Berufsausübung benötigte Gegenstände ist allerdings nur notwendig, wenn es dem Insolvenzschuldner freisteht, seine selbstständige Tätigkeit nach Freigabe durch den Insolvenzverwalter weiter auszuüben oder eine neue betriebliche Einheit zu gründen. Diese systematische Argumentation greift für den

¹¹⁷ Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Fortführung vgl. unten unter § 3 A. I.

¹¹⁸ Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rn. 278; Gerhardt, Festschrift für Gaul, S. 139, 146; Tetzlaff, ZInsO 2005, 393.

Berufsstand des Apothekers aber gerade nicht, da § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO anordnet, dass die zum Betrieb einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Waren zur Insolvenzmasse gehören, diese Gegenstände also nicht vom Insolvenzbeschlagnahme ausgenommen werden, weshalb ihm die zur Ausübung seiner selbstständigen Tätigkeit erforderlichen Gegenstände nicht zur Verfügung stehen.¹¹⁹

Jedoch gewährleistet die negative Berufsfreiheit aus Art. 12 GG, dass dem Apotheker die freie Wahl und Ausübung des Berufes zusteht. Dies umfasst selbstverständlich auch die Wahl, eine neue Apotheke zu eröffnen oder die alte nach Freigabe durch den Insolvenzverwalter fortzuführen.¹²⁰ Zuletzt ist auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. 2 Abs. 1 GG als Argumentationsgrundlage dafür heranzuziehen, dass die Arbeitskraft keinen Vermögenswert im Sinne des § 35 InsO darstellt.¹²¹ Letztlich unterliegt damit nicht die Arbeitskraft des Apothekers dem Insolvenzbeschlagnahme, sondern nur die daraus erzielten pfändbaren Entgelte.¹²²

D. Der Insolvenzbeschlagnahme im Hinblick auf das Anlage- und Umlaufvermögen des Apothekers

Um die Insolvenzbefangenheit des Anlage- und Umlaufvermögens des Apothekers zu beurteilen, ist zunächst auf die Legaldefinition der Insolvenzmasse in § 35 Abs. 1 InsO abzustellen. Dem eindeutigen Wortlaut folgend umfasst der Insolvenzbeschlagnahme das gesamte Vermögen, das dem Apotheker zur Zeit des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt, womit grundsätzlich sämtliches Anlage- und Umlaufvermögen des Apothekers Bestandteil der Insolvenzmasse ist.

Etwas anderes kann sich aus § 36 Abs. 1 S. 1 InsO ergeben. Dieser löst Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, aus der Insolvenzmasse heraus. Infolgedessen findet über § 36 Abs. 1 S. 1 InsO die Vorschrift des § 811 ZPO Anwendung.¹²³ Die Vorschrift des § 811 ZPO ist eine Schuldnerschutzvorschrift, die gleichzeitig dem öffentlichen Interesse

¹¹⁹ Vgl. dazu ausführlich nachfolgend unter § 2 D. I.

¹²⁰ Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rn. 283; Tetzlaff, ZInsO 2005, 393.

¹²¹ RGZ, 70, 226, 230; AG Köln, NZI 2003, 387, 388.

¹²² Gottwald/Klopp/Kluth, Insolvenzrechtshandbuch, § 26 Rn. 11; HambKomm-InsO/A.Schmidt, § 1 Rn. 11c; vgl. zum Pfändungsschutz der Einkünfte ausführlich unter § 2 E. II.

¹²³ Die Regelungen des Pfändungsschutzes gewährleisten neben denen der Aus- und Absonderungsrechte in den §§ 47 ff. InsO unter anderem die Bereinigung der Ist- zur Sollmasse.

dient¹²⁴ und letztlich einen Ausfluss des Sozialstaatsprinzips der Art. 20, 28 GG, des Schutzes der Menschenwürde gem. Art. 1 GG und dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 GG darstellt.¹²⁵

I. Betriebs- und Geschäftsausstattung

Bei der Beurteilung, ob und inwieweit der Insolvenzbeschlagnahme die Betriebs- und Geschäftsausstattung des Apothekers erfasst, springen vordergründig die Regelungen der §§ 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO i. V. m. 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO¹²⁶ ins Auge. Während § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO¹²⁷ die zum Betrieb der Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Waren für unpfändbar erklärt,¹²⁸ hebt § 36 Abs. 2 S. 2 InsO die Wirkung des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO, der über § 36 Abs. 1 S. 1 InsO auch im Insolvenzverfahren Berücksichtigung findet, aus, indem er die nach § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO unpfändbaren Sachen trotz der Regelung in § 36 Abs. 1 S. 1 InsO als zur Insolvenzmasse zugehörig erklärt. Infolgedessen erscheint zunächst unproblematisch die gesamte Betriebs- und Geschäftsausstattung des Apothekers Bestandteil der Insolvenzmasse zu sein. Offensichtlich ist allerdings auch, dass Überschneidungen im sachlichen Anwendungsbereich zwischen § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO und § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO möglich sind.¹²⁹ Diese wiederum sind bedeutsam, da der Pfändungsschutz des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, anders als der des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO, im Insolvenzverfahren mit der Maßgabe bestehen bleibt, dass die hiervon geschützten Gegenstände gem. § 36 Abs. 1 S. 1 InsO keine Gegenstände der Insolvenzmasse sind. Ist also die Betriebs- und Geschäftsausstattung des Apothekers von § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geschützt, bestünde ein Pfändungsschutz, der im Regelungsbereich des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO nicht gewährleistet

¹²⁴ *BGH*, NJW 1998, 1058; *BR-Drucks.* 13/341 S. 23; *MK-ZPO/Gruber*, § 811 Rn. 1 ff.

¹²⁵ Die Regelungen des Vollstreckungsschutzes sind aufgrund ihrer prozessrechtlichen Natur öffentlich-rechtliche Normen (vgl. *BGH*, NJW 1998, 1058). Aus diesem Grund wirken die Grundrechte unmittelbar, ohne dass ein Rückgriff auf die Lehre der Drittwirkung der Grundrechte notwendig ist (vgl. *Stein/Jonas/Münzberg* Rn. 1f.; *Lippross*, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, S 99 ff.)

¹²⁶ Der Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung und Modernisierung des Pfändungsschutzes sieht einen speziellen Schutz über § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO nicht mehr vor vgl. *Dieker/Remmert*, NZI 2009, 708, 710). Inwieweit der Gesetzgeber in der Insolvenzordnung auf eine etwaige Änderung reagiert, bleibt abzuwarten.

¹²⁷ Dessen Pfändungsschutz wirkt nicht für angestellte Apotheker, dem lediglich der Pfändungsschutz des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO zugute kommen kann (vgl. *Kotzur*, DGVZ 1989, 165, 166).

¹²⁸ Die gesetzgeberische Intention für einen Pfändungsschutz besteht zum einen darin, dass eine Veräußerung durch sachkundige Personen verhindert werden soll (siehe: *MK-ZPO/Gruber*, § 811 Rn. 45; *Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Kindl*, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, § 811 Rn. 27). Zum anderen soll hierdurch die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung (vgl. § 1 Abs. 1 ApoG) sichergestellt werden, wobei heutzutage bereits bedenklich ist, dass der Bestand jeder Apotheke gesichert werden muss, um dieses Ziel zu erreichen (vgl. *Kotzur*, DGVZ 1989, 165).

¹²⁹ *MK-ZPO/Gruber*, § 811 Rn. 45; *Musielak/Becker*, ZPO, § 811 Rn. 24.

wäre. Insofern sind die Regelungsbereiche der § Ziffern 5 und 9 des § 811 Abs. 1 ZPO voneinander abzugrenzen. Darüber hinaus ist auch ihr Verhältnis zueinander zu beleuchten.

Der sachliche Schutzbereich des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO schützt die zum Betrieb einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Waren des Apothekers. Geräte in diesem Sinne sind zum einen die Arbeitsmittel des Apothekers, die nach § 4 Abs. 7 und 8 der Apothekenbetriebsordnung und der Anlage 1¹³⁰ zwingend zum Betrieb der Apotheke erforderlich sind, und zum anderen die unentbehrlichen Einrichtungsgegenstände.¹³¹

Ein entscheidender und für die Schnittmenge zu § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO wichtiger Gegenstandsbereich des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO betrifft die unentbehrlichen Waren des Apothekers, die nach dem Wortlaut des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO seinem Schutzbereich zuzuordnen sind. Um die Reichweite des Pfändungsschutzes im Hinblick auf die unentbehrlichen Waren zu bestimmen, kann auf § 15 Abs.1 der ApBetrO zurückgegriffen werden. Dieser statuiert, dass der Apothekenleiter die zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung notwendigen Arzneimittel in einer Menge vorrätig zu halten hat, die mindestens dem durchschnittlichen Bedarf einer Woche entspricht.¹³² Unstreitig wird diese Warenmenge als unentbehrlich im Sinne des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO angesehen. Dies gilt vor allem unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Ordnungswidrigkeit nach § 34 Nr. 2d Apothekenbetriebsordnung bei einem Verstoß gegen die Vorratshaltung.

Umstritten ist dagegen, ob dieser gesetzlich vorgeschriebene Warenvorrat den Schutzbereich des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO in Bezug auf die Bestimmung der unentbehrlichen Waren vollständig erschöpft¹³³ oder ein über den Mindestbestand hinausgehender Warenvorrat geschützt ist.¹³⁴ Aus insolvenzrechtlicher Sicht kann eine Streitentscheidung aber

¹³⁰ Vgl. dazu im einzelnen die in Anlage 1 zum ApBetrO aufgeführten Geräte, abgedruckt im BGBl. I vom 17.02.1987, S. 560.

¹³¹ Beispielsweise Regale oder Kühlschrank, vgl. hierzu *Kotzur*, DGVZ 1989, 165, 166.

¹³² Letztlich trägt die Vorratshaltungspflicht des Apothekers dem vom Bundesverfassungsgericht gebilligten Apothekenmonopol Rechnung, um eine ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zu gewährleisten (vgl. *Dieners/Reese/Sandrock/Nawroth*, § 9 Rn. 98).

¹³³ So etwa *MK-ZPO/Gruber*, § 811 Rn. 45; *Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Kindl*, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, § 811 Rn. 27; *Musielak/Becker*, *ZPO*, § 811 Rn. 24.

¹³⁴ Dies wird nach *Kotzur*, DGVZ 1989, 165, 167 damit begründet, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Apotheke zumindest mittelbaren Einfluss auf die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung hat. Nach *Herzig*, *JurBüro* 1967, 636 soll der gesamte Warenbestand geschützt sein. Die Gegenmeinung begründet die Beschränkung des Schutzbereiches des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO auf den gesetzlich vorgeschriebenen Warenvorrat damit, dass die frühere Schutzfunktion der Sicherstellung der Arzneimittelversorgung durch den

dahinstehen, da ohnehin sämtliche Waren des Apothekers der Insolvenzmasse zuzuordnen sind und dieser Streit letztlich keine Auswirkungen auf die Reichweite des Insolvenzbeschlags entfaltet.

Ordnet man dem § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO einen umfassenden Schutzbereich für sämtliche Warenvorräte des Apothekers zu, mithin nicht nur für die vorzuhaltenden Warenvorräte, unterliegen diese aufgrund des Regelungsgehalts des § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO vollständig dem Insolvenzbeschlagn. Misst man demgegenüber dem Merkmal der Unentbehrlichkeit im Sinne des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO die Reichweite des gesetzlich vorgeschriebenen Mindestvorrats bei, wären die darüber hinausgehenden Warenvorräte nicht vom Pfändungsschutz des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO umfasst und dabei trotzdem Bestandteil der Insolvenzmasse, da kein anderer Pfändungsschutz zugunsten der Warenvorräte existiert, der diese vom Insolvenzbeschlagn befreit. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Regelungen der §§ 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO i.V.m. 36 Abs. 1 S. 1 InsO. Denn § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO statuiert, dass Gegenstände, die zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit von Personen erforderlich sind, die aus ihrer körperlichen oder geistigen Arbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen, unpfändbar sind. Über § 36 Abs. 1 S. 1 InsO wären Warenvorräte, soweit sie vom sachlichen Schutzbereich des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO umfasst wären, der Insolvenzmasse und damit letztlich den Gläubigern entzogen. Allerdings schützt § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nur die eigentlichen Hilfsmittel und die zur Verarbeitung bestimmten Materialvorräte, hingegen nicht die zum Verkauf bestimmten Warenvorräte.¹³⁵ Parallel zu Einzelhändlern, bei denen eine Pfändbarkeit von Warenvorräten bereits aus der kapitalistischen, von § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nicht geschützten,¹³⁶ Arbeitsweise¹³⁷ resultiert,¹³⁸ ist im Hinblick auf den Apotheker festzulegen, dass seine Warenvorräte nicht bloße Hilfsmittel, die zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit durch persönliche Arbeit notwendig sind,¹³⁹ sondern Kapital darstellen, welches er mittels seiner Arbeitskraft nutzt.¹⁴⁰

Apotheker aus heutiger Sicht der Intention gewichen ist, eine Veräußerung durch sachkundige Personen zu verhindern. Mit dem *OLG Köln*, NJW 1961, 975 sind daher nur einzelne größere Warenposten, die für den Betrieb der Apotheke nicht notwendig sind, pfändbar.

¹³⁵ *OLG Düsseldorf*, DGVZ 1985, 74; Stein/Jonas/Münzberg, § 811 Rn. 53; Zöller/Stöber, ZPO, § 811 Rn. 28.

¹³⁶ § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO schützt lediglich die persönliche Tätigkeit, vgl. Saenger/Kemper, ZPO, § 811 Rn. 21; Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Kindl, § 811 Rn. 18.

¹³⁷ Diese liegt insbesondere im Erwerb aus kaufmännischem Warenvertrieb, anstatt aus der damit verbundenen Arbeitsleistung.

¹³⁸ *OLG Köln*, DB 1967, 422; *LG Düsseldorf*, DGVZ 1985, 74, 75; Zöller/Stöber, ZPO, § 811 Rn. 27; MK-ZPO/Gruber, § 811 Rn. 36 ff.

¹³⁹ Kotzur, DGVZ 1989, 165, 166.

¹⁴⁰ Kotzur, DGVZ 1989, 165, 166.

Ein Pfändungsschutz besteht damit nicht, weshalb die Warenvorräte in beiden vertretenen Konstellationen Bestandteil der Insolvenzmasse sind.

Angesichts des weitreichenden Schutzbereichs des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO stellt sich die Frage, wann § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO überhaupt zur Anwendung gelangt. Dies ist lediglich anzunehmen, wenn aufgrund der persönlichen Arbeit Gegenstände dem Schutzbereich des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unterfallen, die gleichzeitig nicht von § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO umfasste Geräte, Gefäße oder Waren darstellen. Denn insofern ist für eine Anwendung des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO kein Raum, da § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO insofern *lex specialis* gegenüber § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist. Denn der engere Anwendungsbereich der Ziffer 9 auf das Berufsfeld des Apothekers impliziert schlussendlich, dass sein Schutzbereich den der Ziffer 5 verdrängt. Der Anwendungsbereich des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO im Berufsfeld des Apothekers ist damit freilich extrem begrenzt und fokussiert sich auf die Konstellationen, in denen § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO nicht betroffen ist,¹⁴¹ und gleichzeitig der Schutzbereich des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO aufgrund der persönlichen Arbeitskraft einschlägig ist.

II. Sonstiges (un-) bewegliches Anlage- und Umlaufvermögen

Sonstiges (un-) bewegliches Anlage- und Umlaufvermögen, das nicht Betriebs- und Geschäftsausstattung des Apothekers ist,¹⁴² unterliegt unproblematisch dem Insolvenzbeschlagnahme des § 35 Abs. 1 InsO. Eine Herauslösung aus der Insolvenzmasse nach § 36 Abs. 1 InsO i. V. m. den Pfändungsschutzvorschriften ist nicht möglich, da keine der über § 36 Abs. 1 InsO anwendbare Pfändungsschutzvorschrift einschlägig ist. In der Insolvenz des Apothekers dürften daher lediglich Aus- oder Absonderungsrechte gem. den §§ 47 ff. InsO in Betracht kommen, deren Überprüfung dem jeweiligen Einzelfall obliegt.

III. Kunden-/Patientenkartei

Gem. § 811 Abs. 1 Nr. 11 ZPO sind die in Gebrauch genommenen Geschäftsbücher des Schuldners unpfändbar und damit von der Einzelzwangsvollstreckung ausgenommen. Über § 36 Abs. 1 S. 1 InsO findet diese Regelung grundsätzlich auch im Gesamtvollstreckungsverfahren des Insolvenzrechts Anwendung.

¹⁴¹ Ansonsten hätte er aufgrund der Gesetzessystematik Vorrang.

¹⁴² Beispielsweise Grundstücke.

Die Kunden- und Patientenkartei des Apothekers stellen Geschäftsbücher im Sinne des § 811 Abs. 1 Nr. 11 ZPO dar.¹⁴³ Nichtsdestotrotz ordnet § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO¹⁴⁴ an, dass die Geschäftsbücher des Schuldners und damit die Kunden- bzw. Patientenkartei des Apothekers zur Insolvenzmasse gehören.¹⁴⁵ Der Grund dieser Abweichung des Gesamt- vom Einzelzwangsvollstreckungsverfahrens liegt in den Eigenheiten des Insolvenzverfahrens. Die zentrale Aufgabe des Insolvenzverwalters ist gem. §§ 157 ff. InsO die Verwertung der Insolvenzmasse nach den Vorgaben der Gläubigerversammlung im Berichtstermin. In diesem hat er gem. § 156 Abs. 1 InsO über die wirtschaftliche Lage des Schuldners, ihre Ursachen und darüber zu berichten, ob Aussichten bestehen, das Unternehmen im Ganzen oder in Teilen zu erhalten. Damit diese Darstellung und Prognose überhaupt möglich ist, muss sich der Insolvenzverwalter anhand der Geschäftsbücher einen Überblick über Lage des Schuldners machen.¹⁴⁶

Zuletzt kann aufgrund der Regelung des § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO auch dahinstehen, ob wegen des Rechts der Kunden/Patienten auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG und dem daraus folgenden Übertragungsverbot der Patientenkartei ohne deren Einwilligung,¹⁴⁷ ein Pfändungsschutz der Geschäftsbücher über § 36 Abs. 1 S. 1 InsO, 851 ZPO – wonach Forderungen die nicht übertragbar auch unpfändbar und damit vom Insolvenzbeschluss befreit sind – greift,¹⁴⁸ da § 36 Abs. 2 InsO den Regelungsbereich des § 36 Abs. 1 verdrängt.

Eine in der Praxis ebenfalls besonders bedeutsame Frage, ist die der Inbesitznahme der Geschäftsunterlagen. Häufig befinden sich die Geschäftsbücher bei einer Dritten Person, vornehmlich bei einem Steuerberater. In diesen Konstellationen kann der Insolvenzverwalter einen Anspruch aus den §§ 675, 667 BGB auf Herausgabe der Geschäftsbücher geltend machen, welcher zwangsweise durch eine gerichtliche Anordnung nach § 935 ZPO durchgesetzt werden kann.¹⁴⁹ Eine Unzulässigkeit des Antrags aufgrund einer Vorwegnahme

¹⁴³ *OLG Frankfurt*, InVo 200, 424, 426; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 280.

¹⁴⁴ Insoweit ist § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO die zu § 811 Abs. 1 Nr. 11 ZPO speziellere Vorschrift, wodurch zum Ausdruck kommt, dass ein Unternehmen als Ganzes nicht fortgeführt oder veräußert werden kann, wenn die Geschäftsbücher nicht von der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters erfasst werden (vgl. dazu Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 280).

¹⁴⁵ Braun/*Bäuerle*, § 36 Rn. 20.

¹⁴⁶ Bäuerle/*Braun*, § 36 Rn. 20.

¹⁴⁷ Siehe dazu ausführlich unten unter § 2 E. II. a).

¹⁴⁸ Dies ist im Ergebnis abzulehnen, da § 851 ZPO nur Rechte einem Pfändungsschutz unterwirft.

¹⁴⁹ *OLG Düsseldorf*, ZIP 1982, 471; Braun/*Bäuerle*, § 36 Rn. 23.

der Hauptsache durch Schaffung endgültiger Verhältnisse liegt in diesem Fall nicht vor, denn das Interesse der Insolvenzgläubiger überwiegt, da es dem Insolvenzverwalter ohne gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs unmöglich wäre, seine ihm im Insolvenzverfahren obliegenden gerichtlichen Pflichten zu erfüllen.¹⁵⁰ Ebenfalls erfolglos ist der in der Praxis häufige Einwand eines Zurückbehaltungsrechtes nach § 273 Abs. 1 BGB aufgrund rückständiger Honoraransprüche. Dieses ist im Insolvenzverfahren als persönliches Recht nicht im Anwendungsbereich des § 51 InsO zu berücksichtigen.¹⁵¹ Anders verhält sich dies bei einem Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen nach den §§ 273 Abs. 2 i. V. m. 100 BGB und dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht des § 369 HGB. Diese berechtigen zur abgesonderten Befriedigung nach § 51 Ziff. 2 und 3 InsO, da aus diesen ein Befriedigungsrecht des Gläubigers resultiert.¹⁵²

Ob und inwieweit der Insolvenzverwalter vor dem Hintergrund der Rechte der Patienten/Kunden und der Verschwiegenheitspflicht des Apothekers aus §§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB und 15 BdAdAN Einsicht in die Unterlagen nehmen kann und diese im Rahmen der Verwertung nutzen darf, ist von den Überlegungen des Insolvenzbeschlags losgelöst zu betrachten.¹⁵³ Allerdings treffen den Insolvenzverwalter zumindest die Aufbewahrungspflichten im Rahmen der gesetzlichen –fristen nach §§ 257 HGB, 147 AO.¹⁵⁴

IV. Patente

Die Verkaufstätigkeit des Apothekers umfasst Fertigarzneimittel nach § 9 ApBetrO und solche aus Eigenherstellung. Letztere wiederum unterteilt sich in die Rezeptur nach § 7 ApBetrO, bei der das Arzneimittel aufgrund einer Verschreibung einer Person, die zur Ausübung der Heilkunde oder Zahn- oder Tierheilkunde berechtigt ist, hergestellt wird, und einer Defektor, bei der Arzneimittel im Rahmen des üblichen Apothekenbetriebs im voraus in Chargengrößen bis zu hundert abgabefertigen Packungen an einem Tag hergestellt werden.

Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, dass einem Apotheker für seine Eigenherstellung eines Arzneimittels ein Patent zusteht. Die Möglichkeit einer Arzneimittelpatentierung ergibt sich

¹⁵⁰ *LG Berlin*, ZIP 2006, 962; *Braun/Bäuerle*, § 36 Rn. 23.

¹⁵¹ *OLG Hamm*, ZIP 1987, 1330 f.; *OLG Düsseldorf*, ZIP 1982, 472; *Braun/Bäuerle*, § 36 Rn. 23; *Uhlenbruck/Brinkmann*, InsO, § 51 Rn. 33, 34.

¹⁵² Vgl. § 51 Nr. 2 und 3 InsO; *Uhlenbruck/Brinkmann*, InsO, § 51 Rn. 37.

¹⁵³ Vgl. zu dieser Problematik ausführlich unter § 3 A. I. 3., § 3 A. II. und § 3 A. III. 1., 2., 3.

¹⁵⁴ *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 36 Rn. 45.

aus § 2a Abs. 1 Nr. 2, 2. S. PatG. Die Dauer des Patentschutzes beträgt grundsätzlich gem. § 16 Abs. 1 PatG 20 Jahre ab dem Tag der Anmeldung. Aufgrund der langen Dauer des Zulassungsverfahrens (dies ist insbesondere den klinischen Studien geschuldet) kann der Schutz nach zwei EU Verordnungen¹⁵⁵ um maximal fünf Jahre verlängert werden.

In der Insolvenz des Apothekers ist zwischen dem Patent und den Nutzungsrechten – sog. Lizenzen – zu differenzieren. Während ein Patent – dies umfasst sowohl das Recht auf das Patent¹⁵⁶ als auch den Anspruch auf Erteilung des Patents¹⁵⁷ und das Recht aus dem Patent¹⁵⁸ - dem Insolvenzbeschlagnach § 35 Abs. 1 InsO unterliegt, da dieses nach § 15 Abs. 1 PatG verkehrsfähig und daher übertragbar ist und somit keinen Pfändungsschutz nach §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 851, 857 ZPO erfährt,¹⁵⁹ ist die Lösung für etwaige Lizenzen schwieriger. Grundsätzlich sind laufende Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers als Dauerschuldverhältnisse einzuordnen. Somit steht dem Insolvenzverwalter das in § 103 InsO normierte Wahlrecht zu. Allerdings ist problematisch, dass die Nichterfüllungswahl des Verwalters für den Lizenznehmer zur Folge hätte, dass dieser das Recht verlieren würde, das patentierte Arzneimittel herzustellen und zu vertreiben. Dies kann weitreichende finanzielle Auswirkungen für den Lizenznehmer haben. Diese Gefahr wurde auch von der Bundesregierung gesehen, die hierzu 2007 einen Gesetzentwurf¹⁶⁰ vorgelegt hat, der die Insolvenzfestigkeit von Lizenzen in einem einzufügenden § 108a InsO zum Gegenstand hatte. Allerdings ist dieser bis heute nicht in Kraft getreten, sodass derzeit für den Lizenznehmer unterschwellig immer das Risiko der Insolvenz des Lizenzgebers besteht. Aus dem Schutzgedanken des Lizenznehmers wäre eine baldige Änderung der derzeitigen Rechtslage daher wünschenswert.

Demgegenüber ist in der Insolvenz des Lizenznehmers zwischen einfachen Lizenzen, bei denen der Lizenznehmer nur ein Benutzungsrecht erwirbt, der Lizenzgeber aber nicht gehindert ist, weiteren Personen Lizenzen zu erteilen oder das Recht selbst zu nutzen, und ausschließlichen Lizenzen, bei denen der Lizenzgeber dem Lizenznehmer für die Lizenzzeit

¹⁵⁵ Die Legitimation folgt aus § 16a PatG, Art. 63 Abs. 2 b EPÜ i. V. m. VO (EWG) Nr. 1768/92.

¹⁵⁶ Dies umfasst den privatrechtlichen Anspruch des Erfinders, dass nur ihm das Patent für seine schutzwürdige Erfindung erteilt wird (MK-InsO/Lwowski/Peters, § 35 Rn. 297).

¹⁵⁷ Dies ist der aus der Anmeldung erwachsende formelle Anspruch auf Bewilligung des Patents (MK-InsO/Lwowski/Peters, § 35 Rn.297).

¹⁵⁸ Dies ist die aus dem Patent folgende Rechtsstellung (MK-InsO/Lwowski/Peters, § 35 Rn. 297).

¹⁵⁹ Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rn. 241; MK-InsO/Lwowski/Peters, § 35 Rn. 296; Thomas/Putzo/Hußtege, ZPO, § 857 Rn. 5.

¹⁶⁰ BT-Drs. 16/416.

das alleinige Recht zur Verwertung gewährt, zu differenzieren. Einfache Lizenzen fallen mangels Übertragbarkeit nicht in die Insolvenzmasse.¹⁶¹ Allerdings gilt § 103 InsO, so dass der Insolvenzverwalter durchaus in der Lage ist, die Nutzungsrechte für die Masse zu nutzen.¹⁶² Eine ausschließliche Lizenz ist dagegen übertragbar, damit Bestandteil der Insolvenzmasse und letztlich veräußer- und verwertbar.¹⁶³

E. Die Einkünfte des Apothekers als Zufluss zur Insolvenzmasse

§ 1 InsO statuiert als primäres Ziel der Insolvenzordnung die bestmögliche Gläubigerbefriedigung. Freilich ist hierzu eine größtmögliche Insolvenzmasse wünschenswert. Wie bereits einleitend ausgeführt, treten die Wirkungen des Insolvenzbeschlags aus § 35 InsO mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein. Infolgedessen ist das gesamte aktuelle und zukünftige Vermögen des Apothekers Bestandteil der Insolvenzmasse. Dem eindeutigen Wortlaut folgend sind daher sowohl im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung rückständige Forderungen des Apothekers als auch solche, die im Rahmen der Fortführung¹⁶⁴ der Apotheke entstehen (sog. Neuerwerb¹⁶⁵), vom Insolvenzbeschluss erfasst.

Allerdings ist gerade im Hinblick auf den Neuerwerb ein Pfändungsschutz zugunsten des Apothekers erforderlich. Würde nämlich der komplette Neuerwerb des Apothekers als Insolvenzmasse dem Gläubigerzugriff offenstehen, bestünde für diesen keinerlei Anreiz, seine Tätigkeit weiterhin auszuüben und hierdurch die Insolvenzmasse zu mehren. Gleichzeitig würde der Insolvenzmasse – ohne Anreiz der Fortführung des Apothekenbetriebes – mangels Fortführung auch der Goodwill als Haftungsobjekt der Gläubiger verloren gehen. Da eine Anreicherung der Insolvenzmasse und ein Erhalt des Goodwills durch die Fortführung der selbstständigen Tätigkeit des Apothekers allerdings nur zu gewärtigen ist, wenn dieser eine

¹⁶¹ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 254 mit weiteren Verweisen auf *BGH*, NJW 1974, 1197 und *MK-InsO/Lwowski/Peters*, § 35 Rn. 310; a.A. Nerlich/Römermann/*Andres*, InsO, § 35 Rn. 70.

¹⁶² Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 254.

¹⁶³ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 254.

¹⁶⁴ Die Problemstellungen und Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Fortführung einer Apotheke werden im weiteren Verlauf dieser Arbeit unter § 3 A. I. dargestellt.

¹⁶⁵ Ein Neuerwerb meint nur dasjenige Vermögen, welches der Schuldner während des Insolvenzverfahrens durch eine eigene Rechtshandlung erlangt (vgl. Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 112ff., 123). Hiervon abzugrenzen ist ein Vermögenszuwachs im Wege der Massesurrogation, bei der es sich um Vermögensumsetzungen im Schuldnervermögen handelt (z.B. Verkauf eines Massezugehörigen Gegenstandes); vgl. dazu Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 123.

Fortführung durch seine Mitarbeit ermöglicht,¹⁶⁶ ist ein Pfändungsschutz notwendig, um den Apotheker zur Mitarbeit zu motivieren. Diese kollidierenden Interessen, einer größtmöglichen Insolvenzmasse einerseits und einem Pfändungsschutz des Neuerwerbs als Anreiz zur Beteiligung des Apothekers an der Fortführung andererseits, müssen im Sinne der idealen Gläubigerbefriedigung des § 1 InsO in Einklang gebracht werden.

Ebenfalls von großer Bedeutung im Zusammenhang mit den Einkünften des Apothekers sind die Normen der §§ 91 und 114 InsO. Deren Regelungsgehalt kann die Wirksamkeit einer Vorausabtretung von Ansprüchen, die grundsätzlich der Insolvenzmasse zustehen, für einen begrenzten Zeitraum der Insolvenzmasse und damit dem Gläubigerzugriff entziehen. Darüber hinaus sind im Rahmen der Einkünfte des Apothekers auch Massezu- und -abflüsse durch Aufrechnung und Anfechtung zu diskutieren.

Zur Beurteilung dieser Problemfelder ist zunächst ein Verständnis des Abrechnungsmodells des Apothekers erforderlich,¹⁶⁷ um anschließend eine Einordnung der Forderungen in die Bereiche des Pfändungsschutzes und den Wirkungsbereich der §§ 91 und 114 InsO überprüfen zu können sowie die Masseanreicherung im Rahmen der Anfechtung und die Reduzierung durch etwaige Aufrechnungsmöglichkeiten zu diskutieren.

I. Abrechnungsmodell

Gem. § 1 Abs. 1 ApoG obliegt den Apotheken die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung. Grundsätzlich sind Arzneimittel freiverkäuflich. Allerdings existieren Ausnahmen hiervon gem. §§ 2 Abs. 1, 43 ff. AMG für apothekenpflichtige¹⁶⁸ und gem. §§ 48 ff. AMG für verschreibungspflichtige¹⁶⁹ Arzneimittel. Gleiches gilt gem. §§ 3 Nr. 2 MPG für apothekenpflichtige und nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 MPVertrV i.V.m. MPVerschrV für verschreibungspflichtige Medizinprodukte.

¹⁶⁶ Die Problemstellungen und Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der arbeitsteiligen Fortführung einer Apotheke werden im weiteren Verlauf dieser Arbeit unter § 3 A. I. 2. b) dargestellt.

¹⁶⁷ Das Abrechnungssystem wird vorweg erläutert, um aufzuzeigen, in welchen Konstellationen der Apotheker überhaupt Forderungsinhaber wird, deren Abtretbarkeit und Pfändbarkeit erörtert wird.

¹⁶⁸ In diesem Fall sind die Medikamente zwar ausschließlich in Apotheken zu erwerben, eine ärztliche Verschreibungspflicht besteht allerdings nicht.

¹⁶⁹ Ist ein Medikament verschreibungspflichtig, muss es von einem zugelassenen Arzt verordnet werden. Das verschriebene Medikament kann dann in einer Apotheke unter Vorlage des Rezeptes erworben werden.

Die Verkaufsgrundlage für freiverkäufliche, apothekenpflichtige sowie verschreibungspflichtige Medikamente bildet § 17 ApoBetrO i. V. m. den §§ 43 ff. AMG; daneben 25 ApBetrO für apothekenübliche Waren (sog. apothekenübliche Randsortiment), womit der Apotheker in Konkurrenz zu freien Anbietern steht.

Zunächst ist zwischen der Arzneimittelversorgung gegenüber Mitgliedern der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) – die jeweiligen Rechtsbeziehungen sind im SGB V geregelt - und denjenigen der privaten Krankenversicherung (PKV) – deren Rechtsbeziehungen sich nach der jeweiligen vertraglichen Grundlage richten - zu differenzieren.

1. Rechtsbeziehungen und Abrechnung innerhalb der GKV

Innerhalb der GKV bildet § 31 SGB V, der den Anspruch der Mitglieder der GKV auf Krankenbehandlung aus § 27 Abs. 1 SGB V konkretisiert,¹⁷⁰ die Rechtsgrundlage für den Anspruch des Versicherten auf Versorgung mit Arzneimitteln zu Lasten der GKV. Ihrer Versorgungspflicht aus § 31 Abs. 1 SGB V wird die GKV durch Erbringung von Sach- und Dienstleistungen i.S.d. § 2 Abs. 2 S. 2 SGB V gerecht, indem sie sich zur Erfüllung des Apothekers bedient (sog. Sachleistungsprinzip). Allerdings ist zu beachten, dass § 31 Abs. 1 SGB V zunächst zwar anordnet, dass das Mitglied der GKV einen Anspruch auf Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln¹⁷¹ (§ 43 ff. AMG) hat – mithin auch auf nicht verschreibungs-, aber apothekenpflichtige Arzneimittel – jedoch nimmt § 34 Abs. 1 SGB V von diesem Anspruch grundsätzlich apothekenpflichtige, aber verschreibungsfreie Arzneimittel aus, solange kein Ausnahmetatbestand des § 34 SGB V einschlägig ist.¹⁷² Infolgedessen ist im Rahmen der GKV wiederum zu unterscheiden, ob die Abgabe von verschreibungspflichtigen oder –freien Arzneimitteln erfolgt.¹⁷³

¹⁷⁰ Krauskopf/Wagner, SGB V, § 31 Rn. 2; Wigge, NZS 1999, 584, 585.

¹⁷¹ Solche, die ausschließlich in Apotheken vertreiben werden dürfen.

¹⁷² Durch Art. 1 Nr. 8 des 2. GKV-NOG wurde ausdrücklich klargestellt, dass der Versorgungsanspruch nicht solche Arzneimittel umfasst, die aus Drogerien, Reformhäusern oder Supermärkten bezogen werden können (vgl. *BT-Drs.* 13/6087 S. 23).

¹⁷³ Man unterscheidet zwischen verschreibungsfreien und –pflichtigen Arzneimitteln. Erstere können apothekenpflichtig oder frei veräußerbar sein, während letztere zwingend apothekenpflichtig sind.

a) Verschreibungspflichtige Arzneimittel

Die Rechtsbeziehungen zwischen Apothekern und Krankenkassen waren seit der Neufassung des § 69 Abs. 1 SGB V mit Wirkung zum 01.01.2000 als ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur einzuordnen. Infolgedessen wurde aus dem Regelungsgehalt des § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V hergeleitet, dass ein öffentlich-rechtlicher Kaufvertrag¹⁷⁴ im Rahmen der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zwischen Krankenkasse und Apotheker zustande kommt. In der Praxis handelte der Vertragsarzt bei der Verordnung des Arzneimittels als Vertreter der Krankenkasse.¹⁷⁵ Das Rezept stellte ein Vertragsangebot der Krankenkasse an den Apotheker dar, welches vom Patienten/Kunden als Bote an den Apotheker übermittelt wurde. Die Auswahl des Apothekers erfolgte dabei stellvertretend für die Krankenkassen durch den Patienten/Kunden.¹⁷⁶ Der Kaufvertrag zwischen Apotheker und Krankenkasse kam letztlich durch konkludente Annahme des Apothekers zustande, indem er das Medikament an den Patienten/Kunden aushändigte.¹⁷⁷ Mithin stand dem Apotheker ein Zahlungsanspruch aus § 433 Abs. 2 BGB analog i.V.m. § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V und den Vorschriften des Arzneiliefervertrages (ALV) zu.

Diese rechtliche Konstruktion hat das BSG¹⁷⁸ in der Zwischenzeit aufgegeben.¹⁷⁹ Der Vergütungsanspruch des Apothekers gegen die Krankenkasse, als Folge einer Abgabe von vertragsärztlich verordneten Arzneimitteln, hat vielmehr seine rechtliche Grundlage unmittelbar im öffentlichen Recht. Infolgedessen stellt § 129 V SGB V i.V.m. dem Rahmenvertrag zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen und dem Deutschen Apothekerverband über die Arzneimittelversorgung nach § 129 Abs. 2 SGB V sowie der jeweilige Landesvertrag zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und dem Landesapothekerverband abgeschlossenen ALV nach § 129 Abs. 5 S. 1 SGB V die

¹⁷⁴ Bis zum 31.12.1999 wurde die Grundlage des Zahlungsanspruches als zivilrechtlicher Kaufvertrag eingeordnet. Aufgrund der Regelung des § 69 S. 3 SGB V wird der Anspruch seit dem 01.01.2000 aus einem öffentlich-rechtlichen Kaufvertrag hergeleitet (vgl. Krauskopf/*Knittel*, SGB V, § 129 SGB V Rn. 4a; *BSG*, Urt. V. 03.08.2006 – B 3 KR 6/06 – BeckRS 2006, 44 225).

¹⁷⁵ *BSG*, SozR 4-2500, § 129 Nr. 2 Rn. 20; Becker/Kingreen/*Axer*, SGB V, § 129 Rn. 4; Wabnitz/*Janovsky/Janovsky*, Rn. 101.

¹⁷⁶ Becker/Kingreen/*Axer*, SGB V, § 129 Rn. 4; Lippert/*Deutsch/Lippert*, ApoG, § 2 Rn. 29.

¹⁷⁷ *BSG*, SozR 4-2500, § 129 Nr. 2 Rn. 16; *BSG*, SozR 4-2500, § 129 Nr. 3 Rn. 10.

¹⁷⁸ *BSG*, SozR 4-2500, § 129 Nr. 5 Rn. 12 ff.; *BSG*, SozR 4-2500, § 129 Nr. 6 Rn. 12 ff.; dem folgend *LSG Niedersachsen-Bremen*, Urt. v. 31.08.2011 – L 1 KR 432/09, Juris; dem folgend Krauskopf/*Knittel*, SGB V, § 129 SGB V Rn. 4b.

¹⁷⁹ Zu beachten ist, dass dieser Wandel in der Einordnung des Vergütungsanspruches bisher relativ unbeachtet geblieben ist. So legen gängige Kommentierungen zum SGB V (vgl. Becker/Kingreen/*Axer*, SGB V, § 129 Rn. 4, der in seiner Fassung nach den Urteilen des BSG erschienen ist) sowie aktuelle, nach der Rechtsprechung des BSG ergangene, Gerichtsentscheidungen (vgl. *SG Darmstadt*, BeckRS 2011, 78913) die veraltete Ansicht einer analogen Anwendung des § 433 Abs. 2 BGB dem Zahlungsanspruch des Apothekers gegen die Krankenkasse zugrunde.

Rechtsgrundlage dar. Denn die Verweisung des § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V auf das BGB – die letztlich die Grundlage für die zuvor dargestellte Konstruktion über einen in jedem Einzelfall zu schließenden Kaufvertrag darstellte - greift ausschließlich, soweit die Vorschriften des SGB V nicht zur Regelung ausreichen. § 129 SGB V begründet aber gerade i.V.m. den konkretisierenden vertraglichen Vereinbarungen eine öffentlich-rechtliche Leistungsberechtigung und –verpflichtung für die Apotheken zur Abgabe von ärztlich verordneten Arzneimitteln, sodass der erwähnte Rückgriff auf § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V überflüssig ist. Im Gegenzug zu ihren Leistungspflichten erwerben die Apotheker einen vertraglich näher ausgestalteten gesetzlichen Anspruch auf Vergütung gegen die Krankenkassen dem Grunde nach,¹⁸⁰ der durch das Kassenrezept als für das Abrechnungsverhältnis zwischen Apotheker und Krankenkasse maßgebliches Dokument der Höhe nach konkretisiert wird; der Vergütungsanspruch steht damit unter der aufschiebenden Bedingung der Einhaltung der maßgeblichen Abrechnungsbestimmung.¹⁸¹ Der genaue Abrechnungsvorgang folgt aus dem Arzneiliefervertrag (ALV) in der jeweils gültigen Fassung, der ergänzend zum Rahmenvertrag nach § 129 Abs. 2 SGB V auf der Rechtsgrundlage des § 129 Abs. 5 SGB V zustande kommt. Danach hat gem. § 11 Abs. 1 ALV eine Rechnungslegung des Apothekers monatlich bis spätestens einen Monat nach Ablauf des Kalendermonats zu erfolgen, in dem die Lieferung erfolgte.¹⁸² Die Rechnungsbegleichung durch die Krankenkassen erfolgt gem. § 12 Abs. 1 ALV innerhalb von zehn Tagen nach Rechnungseingang. Letztlich erfolgt eine Abrechnung mithin in der Regel nicht direkt, sondern periodisch aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Berufs- und Standesvertretung der Apotheker und den Krankenkassen.

Für das Abrechnungsverfahren zwischen Apotheker und Krankenkasse ist weiterhin § 43b SGB V heranzuziehen. Hieraus folgt, dass der Apotheker Zuzahlungen der gesetzlich Krankenversicherten, zu denen diese im Rahmen des Abgabevorgangs des Arzneimittels gem. § 31 Abs. 3 SGB V verpflichtet ist¹⁸³ und deren Höhe sich nach § 61 S. 1 SGB V richtet,

¹⁸⁰ Zwar enthält § 129 SGB V seinem Wortlaut nach keine Regelung zur Zahlungspflicht der Krankenkassen, allerdings wird diese als selbstverständlich vorausgesetzt (vgl. *BSG*, SozR 4-2500, § 129 Nr. 5 Rn. 16).

¹⁸¹ *BSG*, BeckRS 2006, 43696; *SG Darmstadt*, BeckRS 2011, 78913.

¹⁸² Die Rechnungsinhalte bestimmen sich dabei gem. § 11 Abs. 2 ALV nach § 9 des Rahmenvertrages nach § 129 Abs. 2 SGB V sowie den weiteren Bestimmungen des ALV.

¹⁸³ Die Zuzahlungspflicht lässt den Sachleistungscharakter unberührt; sie durchbricht das Sachleistungsprinzip nicht, sondern ergänzt es inhaltlich um die Pflicht zur partiellen Eigenbeteiligung i.S.v. wirtschaftlichem Verhalten (*BSG*, GesR 2007, 327, 330).

einzuziehen und mit seinem Vergütungsanspruch zu verrechnen hat.¹⁸⁴ Somit ist der Apotheker zwar Zahlungsempfänger der Zuzahlung; Inhaberin des Anspruchs auf Zuzahlung ist allerdings die Krankenkasse.¹⁸⁵

Weiterhin hat die Krankenkasse gegenüber dem Vergütungsanspruch des Apothekers (ggf. bereits bereinigt um die Zuzahlungen) das Recht zur Aufrechnung bei Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs.¹⁸⁶ Ein solcher kann sich aus zulässigen Retaxierungen (Berichtigungen der bei der Rechnungsprüfung festgestellten rechnerisch und sachlich unrichtig angesetzten Beträge) der Krankenkassen gegenüber dem Apotheker nach § 17 ALV ergeben.¹⁸⁷ Insbesondere bei einem Verstoß gegen die in den gesetzlichen und vertraglichen Regelungen niedergelegten Abgabebestimmungen entsteht der Vergütungsanspruch des Apothekers von Anfang an nicht; insoweit werden die gesetzlichen und vertraglichen Abgabebestimmungen allerdings nicht als gesetzliches Verbot i. S. des § 134 BGB gewertet, sondern lediglich als Bedingung.¹⁸⁸ Der GKV fehlt allerdings die Kompetenz, da weder eine gesetzliche Ermächtigung, noch ein Über-/Unterordnungsverhältnis besteht, ihren öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch durch Erlass eines Verwaltungsaktes gegenüber dem Apotheker geltend zu machen.¹⁸⁹ Daher kann die GKV den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch geltend machen, indem entweder die Auszahlung der Vergütung - soweit ihr der fehlende Vergütungsanspruch bereits vor der Auszahlung auffällt - von Anfang an verweigert wird oder eine Aufrechnung mit einem späteren Vergütungsanspruch erfolgt.¹⁹⁰ Der Apotheker seinerseits kann lediglich eine allg. Leistungsklage vor den Sozialgerichten auf Auszahlung des einbehaltenen Betrages erheben.

Eine weitere Besonderheit im Abrechnungsverfahren des Apothekers gegenüber der GKV resultiert aus den Vorschriften der §§ 300 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB V, 10, 14 ALV. Danach haben die Apotheker bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln für Versicherte das nach § 3 Nr. 1 SGB V zu verwendende Kennzeichen maschinenlesbar auf das für die vertragsärztliche

¹⁸⁴ Ob und inwieweit eine Aufrechnung im Rahmen des Insolvenzverfahrens zulässig und wirksam ist, wird unter § 2 E. IV. 1. erörtert.

¹⁸⁵ Krauskopf/Wagner, SGB V, § 31 Rn. 31; Becker/Kingreen/Sichert, SGB V, § 43b Rn. 5.

¹⁸⁶ BSG, SozR 4-2500, § 129 Nr. 1 Rn. 15 ff.; SozR 4-2500, § 129 Nr. 2 Rn. 18 ff; SozR 4-2500, § 129 Nr. 5 Rn. 32 ff.

¹⁸⁷ Vgl. dazu auch Meyer/Grunert, PharmR 2005, 205, 206, wonach ein Retaxationsanspruch der GKV gegenüber dem Apotheker besteht, wenn ein unrechtmäßiger „Off-Label-Use“ (Verwendung von Arzneimitteln außerhalb ihrer Zulassung) vorliegt.

¹⁸⁸ BSG, BeckRS 2006, 43696; SG Darmstadt, BeckRS 2011, 78913.

¹⁸⁹ BSG, SozR 4-2500, § 129 Nr. 1 Rn. 10.

¹⁹⁰ Vgl. zur Zulässigkeit der Aufrechnung in der Insolvenz unten unter § 2 E. IV. 2.

Versorgung verbindliche Verordnungsblatt oder in den elektronischen Verordnungsdatensatz zu übertragen (§ 300 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) und diese an die Krankenkassen weiterzuleiten (§§ 300 Abs. 1 Nr. 2 SGB V, 13 ALV).¹⁹¹ Für andere Arzneimittel – Rezepturen nach § 7 ApBetrO oder Defekturen gem. § 8 ApBetrO – gilt § 300 Abs. 1 SGB V nicht; stattdessen sind durch Vereinbarungen Sonderkennzeichen zu schaffen. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden sowie eine ordnungsgemäße und praktikable Durchführung dieses elektronischen Abrechnungssystems zu gewährleisten, fällt ein sowohl technisch als auch organisatorisch hoher Arbeitsaufwand an. Vor diesem Hintergrund erschließt sich bereits, aus welchen Gründen der Gesetzgeber in §§ 300 Abs. 2 S. 1 SGB V, 10 Abs. 3 ALV die Möglichkeit für Apotheker geschaffen hat, zur Erfüllung dieses elektronischen Abrechnungsverfahrens Rechenzentren in Anspruch zu nehmen.¹⁹² In der betrieblichen Praxis bedienen sich daher viele Apotheker bei der Abrechnung den durch § 300 Abs. 2 S. 1 SGB V, 10 Abs. 3 ALV legitimierten Rechenzentren.

Nichtsdestotrotz bleibt der Apotheker originär Verpflichteter gegenüber der Krankenkasse, da das Rechenzentrum zunächst bloßer Erfüllungsgehilfe bzw. Auftragsdatenverarbeiter iSd. § 11 BDSG ist. In der Praxis werden von den Rechenzentren jedoch häufig weitere, über die reine Auftragsdatenverarbeitung hinausgehende Aufgaben wahrgenommen, wodurch eine Funktionsübertragung erfolgt, die letztlich den Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung sprengt.¹⁹³ Insbesondere bieten viele Rechenzentren eine Vorfinanzierung der Arzneimittelkosten an, da die Krankenkassen diese oft erst etwa 30 Tage nach Ende des Abrechnungsmonats begleichen.¹⁹⁴ Die Krankenkassen zahlen dann teils direkt an die mit Einziehungsberechtigung ausgestatteten Rechenzentren aus. Voraussetzung hierzu ist eine

¹⁹¹ Im Rahmen der Datenübermittlung hat der Apotheker gem. § 300 Abs. 3 SGB V die vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker getroffene Arzneimittelabrechnungsvereinbarung zu beachten.

¹⁹² Gesetzlich vorgesehen ist, dass ein Rechenzentrum bei der Abrechnung gegenüber der GKV beauftragt werden kann. Infolgedessen ist eine Tätigkeit des Rechenzentrums im Rahmen der Arzneimittelabgabe an Mitglieder der PKV ebensowenig vorgesehen, wie bei der Arzneimittelversorgung gegenüber Mitgliedern der GKV mit Medikamenten, die nicht vom Sachleistungsprinzip umfasst sind (verschreibungsfreie Medikamente, es sei denn Ausnahme § 34 SGB V). Denn in diesen Fällen kommt ein Vertrag direkt zwischen Kunde/Patient und Apotheker zustande (siehe dazu nachfolgend unter § 2 E. I. 1. b)) und eine Zahlung erfolgt in der Regel direkt durch den Kunden/Patient.

¹⁹³ Krauskopf/*U.Schneider*, SGB V, § 300 Rn. 11b.

¹⁹⁴ Denn eine Rechnungsbegleichung durch die GKV muss gem. § 12 Abs. 1 ALV erst innerhalb von zehn Tagen nach Rechnungseingang erfolgen. Die Rechnungen wiederum müssen gem. § 11 Abs. 1 ALV monatlich bis spätestens einen Monat nach Ablauf des Kalendermonats in dem die Lieferung stattgefunden, bei der GKV gestellt werden. Mithin können zwischen Abgabe des Arzneimittels und Rechnungsbegleichung bis zu 70 Tage liegen.

Abtretung¹⁹⁵ der Ansprüche des Apothekers gegenüber den Krankenkassen an das Rechenzentrum (denkbar wäre ein echtes oder unechtes Factoring)¹⁹⁶. Infolgedessen verliert der Apotheker seine Ansprüche gegenüber der GKV. Stattdessen steht dem Apotheker ein Anspruch gegen das Rechenzentrum aus §§ 675 Abs. 1, 667 BGB auf Herausgabe des durch die Geschäftsbesorgung – in der Durchführung der Abrechnung ist ein Dienstvertrag in Form eines Geschäftsbesorgungsvertrages gem. §§ 675 Abs. 1, 663, 665 – 670, 672 – 674 BGB zu sehen – Erlangten.¹⁹⁷

b) Verschreibungsfreie Arzneimittel

Seit dem GKV Modernisierungsgesetz im Jahr 2004 werden Kosten gem. §§ 31 Abs. 1 i.V.m. 34 SGB V für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel nicht mehr übernommen, es sei denn es greift einer der Ausnahmetatbestände des § 34 SGB V.¹⁹⁸ Infolgedessen kommt im Regelfall bei verschreibungsfreien Arzneimitteln ein Kaufvertrag zwischen Apotheker und gesetzlich Versichertem unmittelbar zustande. In der Regel wird der Kunde das Medikament direkt bar bezahlen. Erfolgt die Zahlung mittels ec-Karte, ist zwischen den verschiedenen Zahlungssystemen zu differenzieren. Wird im POS-System gezahlt, also mittels Eingabe der Geheimzahl (PIN), kommt mit der Autorisierungsantwort des Kartenausstellers ein abstraktes Schuldversprechen zwischen Kartenaussteller und Apotheker zustande,¹⁹⁹ wodurch eine Forderung des Apothekers gegenüber der kartenausgebenden Bank entsteht. Bei Nutzung des POZ-Systems, folglich einer Verwendung ohne PIN, darf der Apotheker lediglich den geschuldeten Betrag im Wege einer Lastschrift im Einzugsermächtigungsverfahren einziehen.²⁰⁰ Ihm steht damit eine Forderung gegen den Kunden zu.

¹⁹⁵ Ob und inwieweit diese rechtlich zulässig ist und welche Auswirkungen sich im Insolvenzverfahren ergeben, wird dagegen erst im weiteren Verlauf dieser Arbeit unter ... angesprochen.

¹⁹⁶ Während beim echten Factoring ein Forderungskauf stattfindet (vgl. *BGH*, NJW 1977, 2207; NJW 1978, 1972), weshalb der Zessionar auch das Delkedererisiko trägt (vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 398 Rn. 36), obliegt Letzteres beim unechten Factoring dem Factoringkunden (vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 398 Rn. 37), sodass hierbei die Gutschrift des Gegenwertes der Forderung als Kreditgeschäft zu sehen und die Forderung zur Sicherheit an den Factor abgetreten wird (vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 398 Rn. 37). Während beim echten Factoring somit ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO bestehen kann (vgl. Uhlenbruck/*Brinkmann*, InsO, § 47 Rn. 93 ff.), besteht beim unechten Factoring lediglich die Möglichkeit eines Absonderungsrechtes gem § 51 InsO (vgl. Uhlenbruck/*Brinkmann*, InsO, § 47 Rn. 94).

¹⁹⁷ *OLG Düsseldorf*, BeckRS 2007, 19463.

¹⁹⁸ Diese legt der Gemeinsame Bundesausschuss in den Richtlinien nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V fest (vgl. § 34 Abs. 1 S. 2 SGB V).

¹⁹⁹ Palandt/*Sprau*, BGB, § 676 h Rn. 12.

²⁰⁰ Palandt/*Sprau*, BGB, § 676 h Rn. 12.

2. Rechtsbeziehungen und Abrechnung innerhalb der PKV

Im Gegensatz zur Arzneimittelabgabe an Mitglieder der GKV kommt zwischen dem Mitglied einer PKV und dem Apotheker ein Kaufvertrag - unabhängig davon, ob ein verschreibungspflichtiges oder -freies Arzneimittel an den Kunden abgegeben wird - immer unmittelbar zustande.²⁰¹ Jedoch steht dem Privatversicherten ein Erstattungsanspruch gegen seine Krankenkasse zu (hierin unterscheidet sich die PKV mit ihrem Kostenerstattungsprinzip von der GKV mit ihrem Sach- und Dienstleistungsprinzip), der durch Vorlage des Rezeptes²⁰² mit einem vom Apotheker angebrachten Quittungsstempel geltend gemacht werden kann.²⁰³ Infolgedessen wird dem Apotheker grundsätzlich keine Forderung gegen die private PKV zustehen, da der Kunde/Patient die Kosten der Arzneimittel direkt bei Vorlage bezahlen muss;²⁰⁴ ihn also eine Vorstreckungspflicht trifft.²⁰⁵ Etwas anderes gilt nur, soweit die PKV ausnahmsweise eine Direktabrechnung²⁰⁶ mit dem Apotheker anbietet.²⁰⁷

3. Fazit - Forderungsansprüche des Apothekers

Forderungen des Apothekers können somit im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegenüber der GKV aufgrund der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln rückständig sein oder nach Insolvenzeröffnung neu entstehen. Das gleiche gilt, wenn die GKV aufgrund eines Ausnahmetatbestandes des § 34 SGB V zur Kostenübernahme für ein verschreibungsfreies Arzneimittel verpflichtet ist.

²⁰¹ Wabnitz/Janovsky/*Janovsky*, Rn. 103.

²⁰² Die PKV erstattet ihren Versicherten die Kosten der Medikamente, die von der evidenzbasierten Medizin anerkannt wurden oder die sich als Alternativmedizin in der Praxis bewährt haben. Damit werden auch die Kosten von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln übernommen. Voraussetzung ist, dass der Einreichung beim Versicherungsunternehmen auch eine entsprechende ärztliche Verordnung beiligt.

²⁰³ Wabnitz/Janovsky/*Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Rn. 103.

²⁰⁴ In der apothekerlichen Praxis ist es nicht unüblich, dass der Apotheker, wenn die Arzneimittel einen hohen Verkaufspreis haben, den Kunden/Patienten seine Forderung solange stundet, bis die PKV diesen den Kaufpreis erstattet hat. Eine Forderung gegen die Krankenkasse resultiert daraus jedoch nicht.

²⁰⁵ Darüber hinaus gilt das zur Zahlung mittels ec-Karte bereits zuvor ausgeführte bei einer Zahlung der Mitglieder der PKV entsprechend.

²⁰⁶ Die Rechtsbeziehung bei einer Direktabrechnung kann auf verschiedene Arten ausgestaltet sein; in Betracht kommt ein Schuldbeitritt, eine Schuldübernahme, ein Abrechnungsmodell vergleichbar der GKV oder eine Abrechnung ähnlich der der PKV mit dem Arzt.

²⁰⁷ Aufgrund des Konkurrenzdrucks im Geschäftsfeld der privaten Krankenversicherungen ist zuletzt eine Direktabrechnung von Arzneimitteln in die Diskussion geraten. Eine Vorreiterstellung nimmt hier die Allianz ein, die als erste private Krankenversicherung die Direktabrechnung zwischen Krankenkasse und Apotheker anbietet (siehe dazu <http://www.pkv-private-krankenversicherung.net/arzneimittel-allianz-pkv-bietet-moeglichkeit-der-direktabrechnung-1720>).

Gegenüber der PKV können dagegen nur in dem seltenen Fall einer Direktabrechnung Forderungen des Apothekers bestehen. In allen anderen Fällen der PKV oder auch der GKV können Forderungen ausschließlich aus dem unmittelbaren Kaufvertrag zwischen Apotheker und Kunde/Patient resultieren; abhängig von der Zahlungsart gegenüber dem Kunden (Barzahlung oder ec-Karte im POZ Verfahren) oder der Bank (ec-Karte im POS Verfahren).

Zuletzt können Forderungen des Apothekers gegenüber einem Rechenzentrum bestehen, soweit dieses neben der Auftragsdatenverarbeitung als Vorfinanzierer der Ansprüche des Apothekers genutzt wird.

II. Pfändungsschutz

Die Insolvenzordnung enthält in § 36 Abs. 1 S. 1 und 2 InsO eine Regelung, die geeignet erscheint, die zuvor dargestellten Interessen zwischen bestmöglicher Haftungsverwirklichung durch Massemehrung und Motivation zur Mitarbeit des Apothekers zu berücksichtigen und den damit einhergehenden Konflikt zu lösen. Durch den Verweis auf die Pfändungsschutzvorschriften der §§ 850 ff. ZPO versucht die Insolvenzordnung gerade den Schuldner dazu zu bewegen, seine selbstständige Tätigkeit auch in der Insolvenz aufrecht zu erhalten, indem sie diesem einen Teil seines pfändbaren Einkommens belässt. Für seinen Lebensbedarf verbleiben ihm danach zumindest seine Einnahmen, die dem pfändungsfreien Vermögen zuzuordnen sind.²⁰⁸

In der insolvenzrechtlichen Praxis ist daher interessant, ob und inwieweit die Regelung des § 36 InsO einen Schutz zugunsten der rückständigen Forderungen und des Neuerwerbs ermöglichen.

1. Pfändungsschutz nach §§ 36 Abs. 1 S. 1 InsO, 851 ZPO

Ein Pfändungsschutz für Forderungen des Apothekers, die vor Insolvenzeröffnung entstanden und rückständig sind, und den sog. Neuerwerb könnte aus § 36 Abs. 1 S. 1 InsO i. V. m. § 851 Abs. 1 ZPO herzuleiten sein. Gem. § 36 Abs. 1 S. 1 InsO sind Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, kein Bestandteil der Insolvenzmasse. Im Zusammenspiel

²⁰⁸ Begründung zu § 42 RegE/§ 35 InsO, *BT-Drucks.* 12/2443, S. 122, abgedruckt in *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 205.

mit § 851 Abs. 1 ZPO, der anordnet, dass eine Forderung nur pfändbar und damit ausschließlich der Zwangsvollstreckung unterworfen ist, soweit sie übertragbar ist, erscheint vor dem Hintergrund der §§ 134, 402 BGB, 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB und der Schweigepflicht des Apothekers problematisch, in welchem Ausmaß ausstehende Forderungen des Apothekers übertragbar und damit vom Insolvenzbeschlagn erfasst sind. Denn danach könnten Forderungen des Apothekers nicht übertragbar, damit, mangels Pfändbarkeit, nicht der Zwangsvollstreckung unterworfen und somit gem. § 36 Abs. 1 S. 1 InsO vom Insolvenzbeschlagn befreit sein.

a) Übertragbarkeit von Forderungen des Apothekers

Die Übertragbarkeit von Forderungen des Apothekers richtet sich nach den Regeln der §§ 398 ff. BGB.²⁰⁹ Eine Forderungszession schweigepflichtiger Berufe – und damit auch des Apothekers²¹⁰ - ist unter dem Gesichtspunkt des § 402 BGB und der §§ 134 BGB i.V.m. § 203 StGB bedenklich.

aa) Der Regelungsgehalt des § 134 BGB – Nichtigkeit der Forderungszession des Apothekers ?

§ 134 BGB ordnet an, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen ein Verbotsgesetz verstößt, nichtig ist. Diese Rechtsfolge steht aufgrund des Regelungsgehaltes des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB, der ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt,²¹¹ und der Auskunftspflicht des § 402 BGB im Raum. Die Verwirklichung des Straftatbestandes des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist im Rahmen der Abtretung von Forderungen durch den Apotheker – unabhängig davon, gegen wen die Forderung besteht - naheliegend, da der Zedent gem. § 402 BGB verpflichtet ist, dem Zessionar die zur Geltendmachung der Forderung notwendigen Auskünfte zu erteilen und die ihm zum Beweis der Forderung dienenden Urkunden zu übergeben; dies kann

²⁰⁹ Die nunmehr dargestellten Problemfelder und Lösungsansätze betreffen sowohl Forderungen des Apothekers, die im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bestehen, aber rückständig sind, und den Neuerwerb. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden wird jedoch nunmehr in diesem Abschnitt für beide Varianten der Begriff der Forderungen verwendet.

²¹⁰ Die Verschwiegenheitspflicht des Apothekers folgt primär aus § 15 der BfAdAN sowie aus § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB, die dem Apotheker ausdrücklich diese Verpflichtung aufoktroyieren. Hierdurch wird das Recht der Kunden auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG geschützt (BeckOK-StGB/Weidemann, § 203 Rn. 2). Diesen Schutz gewährleisten ebenso die Zeugnisverweigerungsrechte des Apothekers als Angehörigem der Heilberufe im Zivilprozess aus § 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO (vgl. dazu Zöller/Greger, ZPO, § 383 Rn. 18; MüKo-ZPO/Damrau § 383 Rn. 37; Prütting/Gehrlein/Trautwein, ZPO, § 383 Rn. 19) und im Strafprozess aus § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO (vgl. dazu BeckOK-StPO/Huber, § 53 Rn. 1).

²¹¹ BGH, NJW 1991, 2955, 2956; MK-BGB/Armbrüster, § 134 Rn. 54.

insbesondere Informationen und Unterlagen beinhalten, die patientenrelevante Daten enthalten, da die Auskunftspflicht des § 402 BGB alle für die Forderung und ihre Durchsetzung relevanten Umstände umfasst.²¹² Diese Pflicht kollidiert mit dem im § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbewährten Offenbarungsverbot von Geheimnissen schweigepflichtiger Berufe.²¹³ Erfüllt nämlich der Geheimnisträger die Pflicht aus § 402 BGB, verstößt er gleichzeitig gegen sein Offenbarungsverbot aus § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB.²¹⁴ Ausfluss dieses Verstoßes ist, dass sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft der Abtretung unter dem Gesichtspunkt des § 134 BGB zu betrachten ist.²¹⁵ Schlussendlich hat die Wirkung des § 134 BGB die Nichtigkeit beider Geschäfte zur Folge. Denn verstößt der schweigepflichtige Zedent bei Einhaltung der Pflicht aus § 402 BGB gegen seine Pflicht aus § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wird die Schutzfunktion des § 134 BGB²¹⁶ ausgelöst, wodurch eine Nichtigkeit einer Abtretung von Forderungen schweigepflichtiger Berufe eintritt.²¹⁷

Demgegenüber führt eine Verletzung des BDSG, die bereits deshalb in Betracht zu ziehen ist, da gem. § 4 Abs. 1 BDSG die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig ist, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschriften dies erlauben oder der Betroffene einwilligt, nicht zu einer Nichtigkeit der Zession nach § 134 BGB. Denn die Rechtsfolgen eines etwaigen Verstoßes sind abschließend im BDSG geregelt. Daher ist für ergänzende zivilrechtliche Rechtsfolgen nach § 134 BGB kein Raum.²¹⁸ Ohnehin wäre – selbst bei einer Einordnung des BDSG als Verbotsgesetz i.S. des § 134 BGB – eine Interessenabwägung zwischen dem Befriedigungsinteresse der Gläubiger aus Art. 14 Abs. 1

²¹² MK-BGB/Roth, § 402 Rn. 5; Ring, BB 1994, 373.

²¹³ Zwar richtet sich die Verschwiegenheitspflicht allein gegen den Schweigepflichtigen. Allerdings ist Ausfluss einer Auslegung nach Wortlaut und Zweck des § 203 StGB, das es sich gegen die Vornahme einer Abtretung selbst richtet und diese verhindern soll, vgl. BGH, NJW 1999, 1544.

²¹⁴ Aus § 203 StGB kann demgegenüber nicht geschlossen werden, dass die Offenbarungspflicht des § 402 BGB inzident auf solche Tatsachen beschränkt wird, die nach § 203 StGB zulässig sind, vgl. hierzu BGH, NJW 1996, 775. Ebenso ist für die Beurteilung eines Verstoßes gegen § 203 StGB unerheblich, ob im Rahmen der Abtretung tatsächlich Tatsachen offenbart werden, die der Schweigepflicht unterliegen oder sich die Pflicht zur Offenbarung aus einer Vereinbarung zwischen Zedent und Zessionar oder Gesetz ergibt, vgl. BGH, NJW-RR 1993, 1912. Die Auskunftspflicht des § 402 BGB umfasst alle für die Forderung und ihre Durchsetzung relevanten Umstände (MK-BGB/Roth, § 402 Rn. 5).

²¹⁵ BGH, NJW 1991, 2955, 2957; a.A. Berger, NJW 1995, 1584, 1587 f., der sich dafür ausspricht, die Nichtigkeitsfolge auf die Verpflichtung zur Informationserteilung zu beschränken, wodurch die Wirksamkeit der Abtretung als Verpflichtungsgeschäft den Parteien überlassen würde.

²¹⁶ BGH, NJW 1991, 2955, 2956 f.; Prütting/Wegen/Weinreich/Ahrens BGB, § 134 Rn. 1; Palandt/Ellenberger BGB, § 134 Rn. 1.

²¹⁷ BeckOK-ZPO/Riedel, § 851 Rn. 23; MK-BGB/Roth, § 399 Rn. 26; für Rechtsanwälte: BGH, NJW 1995, 2915; NJW 1995, 2026; NJW 1997, 188; NJW 2007, 1196; NJW 2005, 507; NJW-RR 2004, 54; BFH, NJW 2005, 1308; für Ärzte: BGH, NJW 1991, 2955; NJW 1995, 2219; NJW 1996, 775; NJW 2005, 1505; NJW 1986, 2362; für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer: BGH, NJW 1999, 1544; für Apotheker: OLG Düsseldorf, BeckRS 2007, 19463.

²¹⁸ Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 36 Rn. 27.

GG und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG vorzunehmen. Diese würde zugunsten der Gläubiger ausschlagen, da § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG die Datenverwendung legitimiert, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der Betroffenen überwiegt.²¹⁹

bb) Verletzung des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch eine Forderungszession des Apothekers

Grundsätzlich ist bei einer Forderungszession des Apothekers aufgrund der hiermit verbundenen Auskunftspflicht nach § 402 BGB, sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäftes nach §§ 134 BGB, 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB nichtig. Dies gilt jedoch - abweichend von dem vorstehenden Grundsatz - nicht, soweit durch die Auskunft im Rahmen der Abtretung die Schutzvorschrift des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht verletzt, mithin die Regelung des § 134 BGB nicht tangiert wird.

(1) Das Tatbestandsmerkmal des Geheimnisoffenbarens des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Der Tatbestand des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt das Offenbaren eines fremden Geheimnisses voraus. Hieran - und damit auch an einer Verletzung des verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG - fehlt es einerseits, wenn die Auskunftspflicht nach § 402 BGB im Rahmen der Abtretung ausdrücklich oder stillschweigend abbedungen wurde,²²⁰ da den Zedenten insoweit keine Auskunftspflichten nach § 402 BGB treffen, die gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB verstoßen würden. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn dem Zedenten im Rahmen einer stillen Zession die Einziehungsbefugnis durch ausdrückliche Vereinbarung vorbehalten bleibt.²²¹ Denn zieht der Apotheker seine zedierten Forderungen eigenständig ein, muss er keine Auskünfte nach § 402 BGB erteilen, die gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB verstoßen und damit zur Nichtigkeit der Abtretung nach § 134 BGB führen. Insoweit wäre eine Abtretung von Forderungen des Apothekers bei eigener Einziehungskompetenz, unabhängig davon, wer

²¹⁹ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 36 Rn. 27.

²²⁰ *BGH*, NZI 2010, 339.

²²¹ *BGH*, NJW 1993, 2795, 2796; hierauf verweisend *BGH*, NZI 2010, 339; hierzu kritisch Schimansky/Bunte/Lwowski/*Ganter*, § 96 Rn. 140, da das Recht zum Widerruf der Einziehungsbefugnis und zur Offenlegung der Zession nicht ausgeschlossen werden kann. Daher würden bei einer stillen Zession nur solange keine Geheimnisse offenbart, wie sich der Zedent vertragsgerecht verhält.

Forderungsschuldner ist, zulässig. Insbesondere die Abtretung der Forderungen des Apothekers, die aus dem direkten Verkauf der Arzneimittel resultieren²²² – entweder unmittelbar gegenüber den Kunden/Patienten, bei Barzahlung oder ec-Kartenzahlung im POZ-Verfahren oder gegenüber der Bank, bei ec-Kartenzahlung im POS-Verfahren - wäre hierdurch legitimiert, denn die Voraussetzungen einer stillen Zession mit verbleibender Einziehungsbefugnis sind in der Praxis aufgrund der Einziehung dieser Forderungen durch den Apotheker in der Regel einschlägig. Darüber hinaus ist die Abtretung der Ansprüche des Apothekers gegen seine übrigen Debitoren unter der Vereinbarung einer stillen Zession mit Einziehungsvorbehalt zwar denkbar, mithin zulässig, allerdings in der Praxis wohl selten anzutreffen.

Andererseits ist der Tatbestand des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB trotz einer Auskunftspflicht nach § 402 BGB²²³ mangels Offenbaren fremder Geheimnisse nicht betroffen, soweit durch die von der Zession begründete Auskunftspflicht keine Geheimnisse des persönlichen Lebensbereichs der Patienten/Kunden an den Zessionar übermittelt werden, weshalb die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB ausgeschlossen wäre.

Dies ist im Rahmen der Generierung von Einkünften des Apothekers aus seiner selbstständigen Tätigkeit zum Einen denkbar, wenn Forderungen des Apothekers gegenüber Banken bestehen, die aus einer Zahlung mittels ec-Karte im POS-Verfahren resultieren, aber nicht vom Apotheker eingezogen werden sollen. In diesen Fällen kommt ein abstraktes Schuldversprechen der kartenausgebenden Bank und dem Apotheker zustande.²²⁴ Tritt der Apotheker nunmehr diese Forderung ab, muss er nur die Informationen nach § 402 BGB preisgeben, die das abstrakte Schuldversprechen der Bank begründen, nicht aber solche, die personenbezogene Daten des Kunden/Patienten betreffen und damit unter den Schutzbereich des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB fallen. Denn das abstrakte Schuldversprechen ist losgelöst von dem ursprünglichen Verhältnis zwischen Apotheker und Kunde/Patient zu betrachten und begründet eine selbstständige Forderung des Apothekers gegen die Bank mit einer eigenen Rechtsgrundlage.²²⁵

²²² Diese entstehen beim Verkauf von verschreibungsfreien Arzneimitteln an Mitglieder der GKV oder unabhängig von der Art des Arzneimittels gegenüber Mitgliedern der PKV (vgl. dazu oben unter § 2 E. I.)

²²³ Wenn diese also nicht ausdrücklich oder stillschweigend abbedungen wurde.

²²⁴ Palandt/*Sprau*, BGB, § 676h Rn. 12.

²²⁵ Palandt/*Sprau*, BGB, § 780 Rn. 2.

Zum Anderen könnte die Forderungszession mangels Offenbaren fremder Geheimnisse nicht an §§ 134, 402 BGB, 203 StGB scheitern, soweit der Apotheker Ansprüche gegen die GKV abtritt.²²⁶ Eine Abrechnung zwischen Apotheker und GKV erfolgt auf der Basis des § 300 Abs. 1 und 3 SGB V, der die Regelung des § 294 SGB V konkretisiert,²²⁷ und den §§ 10, 13 – 17 ALV. Danach ist der Apotheker verpflichtet, bei der Abrechnung seiner erbrachten Leistungen gegenüber der GKV das Verordnungsblatt²²⁸ mit sämtlichen Patientendaten zu übermitteln.²²⁹ Gleiches gilt für ein Apothekenrechenzentrum nach § 300 Abs. 2 SGB V,²³⁰ wenn der Apotheker sich bei der Abrechnung eines solchen bedient.²³¹ Aus diesem Grund scheitert eine Abtretung an dem Tatbestand des § 134 BGB i. V. m. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB i. V. m. § 402 BGB, denn der Auskunftsanspruch des Zessionars erstreckt sich auf die vom Apotheker oder Rechenzentrum erstellten Abrechnungsunterlagen, die – wie

²²⁶ Die Zession von Forderungen des Kassenarztes gegen die kassenärztliche Vereinigung ist zulässig, da keine Daten i. S. des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB übermittelt werden, während diejenige gegenüber Privatpatienten nichtig ist (vgl. dazu Schimansky/Bunte/Lwowski/Ganter, § 96 Rn. 137; Für Forderungen ggü. Privatpatienten: BGH, NJW 1991, 2955; NJW 1992, 737; NJW 1993, 2371, 2372; Für Forderungen ggü. der kassenärztlichen Vereinigung: BGHZ, 96, 123, 126 ff.; OLG Düsseldorf, ZInsO 2003, 1149, 1150; Trendelenburg, ZInsO 2000, 437, 440; Uhlenbruck, ZVI 2002, 49, 50; Schmerbach, ZVI 2003, 256, 261; Ries, ZInsO 2003, 1079; Sander, ZInsO 2003, 1129). Begründet wird dies damit, dass der Behandlungsvertrag zwischen Kassenarzt und -patient lediglich Punktwerte auslöst, anhand derer der Arzt nach einem festen Bewertungsmaßstab von der kassenärztlichen Vereinigung sein Honorar erhält. Folglich werden die Diagnosen nicht frei zugänglich, sondern durch das Punktesystem verschleiert übermittelt. Aus diesem Grund erfolgt im Rahmen der Abtretung unter Beachtung des § 402 BGB keine Übermittlung von durch § 203 StGB geschützten Daten. Eine Nichtigkeit im Sinne des § 134 BGB ist mangels Verstoß gegen ein Verbotsgesetz nicht gegeben (vgl. dazu BGH, NJW 2006, 2485, 2486). Die zu übermittelnden Daten an die KV sind abschließend in § 295 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 SGB V geregelt (Becker/Kingreen/Michels, SGB V, § 295 Rn. 2; BeckOK-SGB V/Scholz, § 295 Rn. 3 ff.); die gem. § 295 Abs. 1b ebenso gelten, wenn eine Abrechnung des Arztes ohne KV erfolgt (Becker/Kingreen/Michels, SGB V, § 295 Rn. 6).

²²⁷ BeckOK-SGB V/Scholz, § 300 Rn. 2; Krauskopf/U. Schneider, SGB V, § 300 Rn. 3.

²²⁸ Der Inhalt des Verordnungsblatt ergibt sich aus § 5 Abs. 1 und 2 der Vereinbarung über die Übermittlung von Daten im Rahmen der Arzneimittelabrechnung gemäß § 300 SGB V. Danach werden übermittelt: Bezeichnung der Krankenkasse bzw. anderer Kostenträger, Kassen-Nummer, Name, Vorname, Geburtsdatum und Anschrift des Versicherten, Versicherten-Nummer, Vertragsarzt-Nummer 1, Gültigkeitsdatum der Versichertenkarte, Ausstellungsdatum, Status des Versicherten (einschließlich der Kennzeichen nach § 267 Abs. 5 Satz 1 SGB V), Kennzeichnung der Statusgruppen 6, 7, 8 und 9 sowie des Feldes Begründungspflicht, soweit zutreffend, Kennzeichnung für Unfall, soweit zutreffend, Kennzeichnung für Arbeitsunfall, soweit zutreffend, Kennzeichnung der Gebührenpflicht und der Gebührenbefreiung, soweit zutreffend, Kennzeichnung im noctua-Feld, soweit zutreffend, Unterschrift des Vertragsarztes, Vertragsarztstempel oder entsprechender Aufdruck, Kennzeichen nach § 4 dieses Vertrages, auch bei Hilfsmitteln, (Mengen-) Faktor, Bruttopreis je verordnetem Mittel, abrechnungsfähig nach §§ 31 Abs. 2 und 129 SGB V, Gesamt-Brutto, (Gesamt-) Betrag der gesetzlichen Zuzahlung Institutionskennzeichen der Apotheke nach § 293 SGB V 2 Apothekenstempel oder entsprechender Aufdruck, soweit keine Angabe nach Buchstabe u. erfolgt, Abgabedatum, Beleg-Nummer des Verordnungsblattes.

²²⁹ Anders bei Ärzten, bei denen eine Verschlüsselung der Daten stattfindet (vgl. dazu FN 226); Becker/Kingreen/Michels, SGB V, § 300 Rn. 4.

²³⁰ Dies folgt aus dem Verweis des § 300 Abs. 2 SGB V auf § 300 Abs. 1 SGB V, der die Abrechnungspflichten des Apothekers regelt, und damit aus der Gesetzessystematik.

²³¹ In dieser Konstellation tritt der Apotheke seinen Anspruch auf Erstattung des Erlangten aus der Geschäftsbesorgung aus § 667 BGB ab. Denn bei der vom Rechenzentrum übernommenen Abrechnungsverpflichtung handelt es sich um einen als Geschäftsbesorgungsvertrag ausgestalteten Dienstvertrag, auf den gem. § 675 Abs. 1 BGB die Vorschriften der §§ 663, 665 – 670, 672 – 674 BGB entsprechende Anwendung finden.

zuvor dargestellt – patientenrelevante Daten enthalten.²³² Diese sind insbesondere aus den Verordnungsblättern, den Zuzahlungsbescheinigungen und den eingereichten Rezepten ersichtlich, die ebenfalls dem Auskunftsanspruch des Zessionars aus § 402 BGB unterliegen.²³³ Im übrigen ist zu beachten, dass aufgrund der Regelung des § 401 Abs. 1 BGB, nach der mit der abgetretenen Forderung auch sämtliche Hilfsrechte, die zur Durchsetzung der Forderung erforderlich sind (beispielsweise der Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung) auf den Zessionar übergehen,²³⁴ dem Neugläubiger ein unmittelbarer Auskunftsanspruch gegen die Krankenkasse oder das Rechenzentrum zusteht, der nicht mit dem Schutzbereich des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu vereinbaren ist.²³⁵ Hierbei ist unerheblich, ob der Zessionar diesen Anspruch tatsächlich begehrt; ausreichend für einen Verstoß gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist bereits der potenzielle Anspruch.²³⁶

Eine Nichtigkeit der Zession aufgrund der zu übermittelnden Daten ergibt sich auch bei Forderungen gegenüber dem Patienten/Kunden selbst, denn infolge des Regelungsgehaltes der §§ 401, 402 BGB wäre der Apotheker zur Übermittlung patientenrelevanter Daten verpflichtet (beispielsweise die Kassenbelege, auf denen das ausgegebene Medikament notiert ist) bzw. würde dem Zessionar ein unmittelbarer Auskunftsanspruch gegenüber dem Kunden/Patienten zustehen.

(2) Unbefugtes Offenbaren im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Eine Abtretung ist trotz der Auskunftspflicht des § 402 BGB wirksam und damit nicht nach §§ 134 BGB, 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB nichtig, wenn zwar ein Offenbaren eines Geheimnisses i.S.d. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB vorliegt, dieses jedoch aufgrund eines Einverständnisses (Zustimmung)²³⁷ oder einer gesetzlichen Offenbarungsbefugnis nicht unbefugt²³⁸ erfolgt.

²³² OLG Düsseldorf, BeckRS 2007, 19463.

²³³ OLG Düsseldorf, BeckRS 2007, 19463.

²³⁴ OLG Köln, OLG 2000, 152; OLG München, VersR 1985, 846; OLG Düsseldorf, BeckRS 2007, 19463; Palandt/Heinrichs, BGB, § 401 Rn. 4.

²³⁵ Der Auskunftsanspruch gegenüber dem Rechenzentrum folgt aus § 666 BGB, der zwar ein selbstständiges Recht des Geschäftsherrn gegenüber dem Geschäftsführer darstellt (vgl. BGH, NJW 2000, 3199; Palandt/Sprau, BGB, § 666 Rn. 1), aber dennoch nur einen Hilfsanspruch, der der Durchsetzung des Hauptleistungsanspruchs nach § 667 BGB dient (vgl. BGH, NJW 2000, 3199), ausmacht, da die Informationspflichten nicht selbstständig übertragbar mithin unselbstständig sind.

²³⁶ OLG Düsseldorf, BeckRS 2007, 19463.

²³⁷ Das Einverständnis/die Zustimmung offenbart, dass der Geheimnisträger kein besonderes Vertrauen in die Geheimhaltung setzt. Wenn aber bereits der Geheimnisträger selbst kein Geheimhaltungsinteresse hat, ist dessen Schutz überflüssig, weshalb eine Verletzung des Rechtsgutes unter Beachtung des Individualschutzes entfallen muss (vgl. Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, StGB, § 203 Rn. 22). Im übrigen erfasst die Reichweite des

Denn in diesem Fall verstößt die Auskunftspflicht des § 402 BGB nicht gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

(a) Einverständnis

Ein Einverständnis kann sowohl ausdrücklich, als auch konkludent erfolgen; ebenso ist ein mutmaßliches Einverständnis denkbar.

(aa) Ausdrückliches/konkludentes Einverständnis

In der Praxis dürfte eine ausdrückliche Zustimmung äußerst selten anzutreffen sein. Insbesondere für Forderungen des Apothekers gegenüber der GKV kann ein solches nicht aus § 12 Abs. 2 ALV, wonach die GKV mit schuldbefreiender Wirkung an ein Rechenzentrum zahlt, hergeleitet werden. Freilich setzt eine solche Vorgehensweise zwingend eine vorherige Abtretung der Forderungen des Apothekers gegen die GKV an das Rechenzentrum voraus, weshalb hierin ein ausdrückliches Einverständnis der GKV gesehen werden könnte. Jedoch ist eine Einwilligung des Patienten/Kunden als Betroffener und vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützten Person erforderlich.

Dies wirft gleichwohl die Frage auf, ob und wann ein konkludentes Einverständnis angenommen werden kann. Ein solches setzt voraus, dass der zustimmende Wille des Erklärberechtigten in dem betroffenen Verhalten deutlich zum Ausdruck kommt.²³⁹ Diesen Anforderungen genügt ein bloßes Geschehenlassen oder passives Dulden nicht.²⁴⁰

Infolgedessen scheidet ein konkludentes Einverständnis des Patienten/Kunden sowohl in die Forderungszession an einen Dritten, als auch an eine externe Abrechnungsstelle (Rechenzentrum gem. § 300 Abs. 2 SGB V) aus.²⁴¹ Denn ein Einverständnis zur Weitergabe der Patientenunterlagen wäre nur zulässig, wenn dieses Verfahren so selbstverständlich oder

Schutzes des § 203 StGB nur das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit der Geheimhaltungsträger dahingehend, dass diese die ihnen anvertrauten Geheimnisse nicht gegen oder ohne den Willen des Patienten preisgeben (vgl. Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, StGB, § 203 Rn. 22).

²³⁸ Dem Merkmal unbefugt wird teilweise eine Doppelfunktion als tatbestandsausschließend und rechtfertigend zugeschrieben (Schönke/Schröder/Eisele, StGB, § 203 Rn. 21, 22; MK-StGB/Ciernak § 203 Rn. 54. Außerdem *BGH*, NJW 1991, 2955, 2956). Demgegenüber sieht die wohl h.M. die Befugnis ausschließlich als Rechtfertigungsgrund (Schönke/Schröder/Eisele, StGB, § 203 Rn. 21).

²³⁹ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele § 203 Rn. 24b.

²⁴⁰ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele § 203 Rn. 24b; *BGH*, NJW 1992, 2349.

²⁴¹ *Gramberg-Danielsen*, NJW 1998, 2708.

in einem Maße üblich wäre, dass die Inanspruchnahme des Apothekers durch den Kunden/Patienten, ohne gleichzeitigen Widerspruch gegen die Übergabe der in den Abrechnungsunterlagen enthaltenen Kundendaten, nur als Zustimmung hierzu angesehen werden kann.²⁴² Dies scheidet ohne weiteres bei der Zession an Dritte aus. Allerdings ist eine externe Abrechnung des Apothekers aufgrund des mittlerweile hohen technischen Aufwandes, den das elektronische Abrechnungssystem erfordert, durchaus häufiger anzutreffen. Für eine in hohem Maße Selbstverständlichkeit der externen Abrechnung ist jedoch, gerade vor dem Hintergrund der hohen Anforderung an ein konkludentes Einverständnis,²⁴³ nicht ausreichend, dass der Kunde Kenntnis von einer entsprechenden Übung des Apothekers hat.²⁴⁴ Ist aber selbst bei Kenntnis des Kunden von der externen Abrechnung kein konkludentes Einverständnis aufgrund einer allgemeinen Üblichkeit anzunehmen, gilt dies erst recht, soweit ihm die externe Abrechnung durch ein Rechenzentrum unbekannt ist.

Demgegenüber als ausreichend für ein konkludentes Einverständnis anzusehen ist, wenn der Kunde ein Medikament erwirbt, obwohl in der Apotheke ein deutlich und nicht zu übersehender Aushang angebracht ist, auf dem auf die externe Abrechnung und die damit verbundene Weitergabe von Kundendaten hingewiesen wird.²⁴⁵

²⁴² Siehe zum konkludenten Einverständnis des Patienten bei der Abrechnung privatärztlicher Leistungen durch externe Verrechnungsstellen (*BGH*, NJW 1992, 2349; *OLG Hamm*, NJW 2007, 851; *Lips/Schönberger*, NJW 2007, 1568; *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele* § 203 Rn. 24b; *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Walter/Kargl*, StGB, § 203 Rn. 59

²⁴³ *MK-BGB/Roth*, § 399 Rn. 27.

²⁴⁴ So für den Patienten des Arztes, *BGH*, NJW 1992, 2348 m. Anm. *Reiling* MedR 1992, 331, Bespr. *Emmerich* JuS 1992, 153 und Anm. *Schlund*, JR 1993, 25; *BGH*, NJW 1993, 2371; NJW 1996, 775; *Laufs/Kern/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 75 Rn. 20; *Kern*, MedR 2006, 205, 206; *Lackner/Kühl/Kühl*, StGB, § 203 Rn. 18; *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele*, StGB, § 203 Rn. 24b; *BGHZ* 115, 123; krit. *Lips/Schönberger*, NJW 2007, 1568; *Berger*, NJW 1995, 1584. Für die Abtretung von Pflegeleistungen an Factoringunternehmen *OLG Hamm*, NJW 2007, 849.

²⁴⁵ Bisher existiert keine einschlägige Rechtsprechung im Hinblick auf ein konkludentes Einverständnis des Kunden des Apothekers in die Offenbarung etwaiger Geheimnisse im Sinne des § 203 StGB. Allerdings können bisher bestehende Grundsätze aus Entscheidungen zu einem konkludenten Einverständnis des Patienten gegenüber seinem Arzt herangezogen werden, um dieses Problem einer sachgerechten Lösung herbeizuführen. Vergleiche dazu *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele* § 203 Rn. 24c; a.A. *Iraschko-Luscher/Bayh*, MedR 2009, 453, 455; *OLG Düsseldorf*, NJW 1999, 2421.

(bb) Mutmaßliches Einverständnis

Ein mutmaßliches Einverständnis kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn kein Einverständnis des Verfügungsberechtigten eingeholt werden kann;²⁴⁶ etwas anderes gilt nur, wenn ein Desinteresse des Verfügungsberechtigten an der Einholung anzunehmen ist und hierdurch offensichtlich das fehlende Schutzinteresse des Betroffenen an der Einhaltung der Schweigepflicht zum Ausdruck kommt.²⁴⁷

Ein solcher Schutzverzicht des Kunden/Patienten ist nicht einschlägig, soweit eine externe Abrechnungsstelle eingeschaltet wird. Insoweit liegt weder ein konkludentes²⁴⁸ noch ein mutmaßliches Einverständnis der Kunden vor. Denn eine Befragung ist einerseits ohne weiteres möglich und daher nicht überflüssig und andererseits, da ein externes Abrechnungsverfahren für den Patienten/Kunden nicht selbstverständlich ist,²⁴⁹ nicht durch ein mutmaßliches Einverständnis ersetzbar.²⁵⁰

Ein mutmaßliches Einverständnis der Kunden/Patienten ist ebensowenig daraus herzuleiten, dass den jeweiligen Zessionar selbst eine Schweigepflicht nach § 203 StGB trifft.²⁵¹ Zwar existiert für die Berufsgruppen der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer die Privilegierung für Abtretungen an Angehörige derselben Berufsgruppe dahingehend, dass diese ohne Zustimmung des Verfügungsberechtigten legitimiert ist.²⁵² Letztlich wird hierdurch das Offenbarungsverbot des § 203 StGB und die sich daraus ergebende Nichtigkeit einer Abtretung gem. §§ 134 BGB i.V.m. 402 BGB, 203 StGB in diesen Berufsgruppen ausgehebelt wird.²⁵³ Diese Regelungen sind aber weder direkt noch entsprechend auf den

²⁴⁶ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, StGB, § 203 Rn. 27 mit weiteren Verweisen; Lackner/Kühl/Kühl, StGB § 203 Rn. 19.

²⁴⁷ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, StGB, § 203 Rn. 27 mit weiteren Verweisen; Lackner/Kühl/Kühl, StGB § 203 Rn. 19.

²⁴⁸ Siehe dazu vorstehend mit der entsprechenden Begründung unter § 2 E. II. 1. a) bb) (2) (a) (aa).

²⁴⁹ Siehe dazu vorstehend unter § 2 E. II. 1. a) bb) (2) (a) (aa).

²⁵⁰ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, StGB, § 203 Rn. 28 mit weiteren Verweisen; Lackner/Kühl/Kühl, StGB § 203 Rn. 18.

²⁵¹ BeckOK-StGB/Weidemann, § 203 Rn. 32 mit Verweis auf *BGHZ*, 116, 268; *BayObLG*, NJW 1995, 1623; Lackner/Kühl/Kühl, StGB, § 203 Rn. 17.

²⁵² Für Rechtsanwälte: § 49 b Abs. 4 BRAO; für Steuerberater: § 64 Abs. 2 StBerG; für Wirtschaftsprüfer: § 55 Abs. 3 WPO.

²⁵³ Der früher bestehende Streitstand, ob die Regelung des § 49b Abs. 4 BRAO a.F. nur die Verschwiegenheitspflicht des Zessionars (vgl. *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1999, 1583, 1584; *MK-BGB/Mayer-Maly/Arnbruster* § 134 Rn. 55) oder die Zulässigkeit der Abtretung an einen Rechtsanwalt ohne Zustimmung des Mandanten regelt (vgl. *BGH*, NJW 2007, 1196; *Hartung/Nerlich*, BRAO, § 49b Rn. 84 ff.), ist durch die Neuregelung des § 49b BRAO zum 18.12.2007 (Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007, BGBl. I. S. 2840, 2848) obsolet geworden.

Apotheker anwendbar,²⁵⁴ weshalb hierin im Hinblick auf den Apotheker auch keine gesetzliche Offenbarungsbefugnis, sondern allenfalls ein grundlegendes mutmaßliches Einverständnis der Kunden aufgrund eines allgemeinen Rechtsgedankens einer berufsbezogenen Schweigepflicht, anstatt einer personenbezogenen, gesehen werden könnte. Freilich spricht vordergründig für ein mutmaßliches Einverständnis der Verfügungsbefugten in eine Weitergabe der personenbezogenen Daten an einen ebenso der Schweigepflicht nach § 203 StGB unterliegenden Berufsträger, dass bei einer Zession zwischen zwei Angehörigen schweigepflichtiger Berufe den Zedenten und den Zessionar dieselben Schweigepflichten treffen - eine Abtretung aufgrund des gleichgestellten Vertrauensschutzes und Verantwortungsbewusstseins demnach zulässig sein könnte.²⁵⁵ Infolgedessen wäre dem Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG des Kunden/Patienten genüge getan ist.²⁵⁶

Einer berufsbezogenen Schweigepflicht und damit einer Abtretungslegitimierung innerhalb der nach § 203 StGB schweigepflichtigen Berufsgruppen aufgrund eines mutmaßlichen Einverständnisses ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Patient/Kunde gerade den abtretenden Apotheker ausgewählt hat. Von diesem erwartet er die Beachtung seines Geheimhaltungsinteresses, das unter dem Schutz des § 203 StGB steht. Hierin kommt die

²⁵⁴ So besteht bereits keine planwidrige Regelungslücke. Denn der Gesetzgeber hat in den Berufsordnungen der Apotheker eine denen der BRAO, WPO oder StBerG entsprechende Regelung ausdrücklich nicht verankert hat. Das dies vor dem Hintergrund der Regelungen der BRAO, StBerG und WPO ein gesetzgeberisches Versehen ist, scheidet aufgrund der jeweiligen Änderungen der gesetzlichen Grundlagen aus. Während BRAO, StBerG und WPO zum 18.12.2007, 12.04.2008 und 01.07.2008 geändert wurden, ist das ApoG zuletzt am 28.05.2008 geändert worden. Hätte der Gesetzgeber ein Bedürfnis gesehen, die Grundgedanken der Regelungen der BRAO, des StBerG und der WPO auf den Apotheker zu übertragen, hätte eine Anpassung des ApoG vorgenommen werden können, weil dem Gesetzgeber bei der Änderung des ApoG die Vorschriften der BRAO, WPO und des StBerG bekannt waren. Da diese aber unterblieben ist, ist in der fehlenden Gesetzesgrundlage kein Versehen, sondern tatsächlich eine planmäßige Regelungslücke zu sehen. Darüber hinaus liegt ebenfalls keine vergleichbare Interessenlage vor. Dies ergibt sich aus § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO i. V. m. § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Hierdurch hat der Gesetzgeber einen umfassenden Insolvenzbeschlagnahme hinsichtlich des Vermögens des Apothekers statuiert (siehe oben unter § 2 D. I.), worin die Intention des Gesetzgebers erkennbar ist, dass das Vermögen des Apothekers in der Insolvenz in größerem Umfang dem Insolvenzbeschlagnahme unterliegt, als das anderer Freiberufler. Dies steht im Einklang mit dem Gedanken, eine Forderungszession nicht durch entsprechende Anwendung der Regelungen der BRAO, des StBerG und der WPO zuzulassen und damit die Insolvenzmasse weiter zu beschneiden. Denn wäre eine Abtretung zulässig, würde hierdurch die Haftungsmasse für die Gläubiger reduziert. Dies ist stünde aber im Widerspruch zur Intention des Gesetzgebers aus §§ 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO, 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO.

²⁵⁵ *BGH*, NJW 1997, 188.

²⁵⁶ *OLG Hamburg*, OLG-Report 2001, 74, 75 f.; *OLG Baden-Baden*, NJW-RR 1998, 202, 203; *Diephold*, MDR 1995, 23; *Henssler/Prütting/Dittmann*, BRAO, § 49 b Rn. 37; *Feuerich/Weyland/Weyland*, BRAO, § 49 b Rn. 47 ff.; *Frenzel*, AnwBl 2005, 121, 122 f.; *Henssler/Kilian*, MDR 2001, 1274, 1275; *Paulus*, NJW 2004, 21, 21; a.A.: *LG Karlsruhe*, NJW-RR 2002, 706 f.; *LG München I*, NJW 2004, 451, 452 f.; *AG München*, NJW-RR 1997, 1559, 1560 f.

Personenbezogenheit der Schweigepflicht eindeutig zum Ausdruck,²⁵⁷ denn im Falle der Billigung einer Abtretung würden nunmehr seine Daten zwangsläufig an einen Apotheker gelangen, der nach der Intention des Kunden nicht damit betraut werden sollte. Ohnehin wäre durch eine berufsbezogene Schweigepflicht eine Zession an ein Rechenzentrum nicht legitimiert, denn dieses ist kein der Schweigepflicht nach § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB unterliegender Geheimnisträger, da es weder eine private Krankenversicherung noch eine privatärztliche Verrechnungsstelle darstellt.²⁵⁸

Zuletzt ist herauszustellen, dass ein mutmaßliches Einverständnis in die Zession an einen Dritten ohnehin ausscheidet. Denn ist ein solches bereits nicht bei der Abtretung an ein Rechenzentrum oder schweigepflichtige Dritte anzunehmen, muss dies erst recht für einen Dritten gelten, bei dem weder eine übliche Beteiligung am Abrechnungsvorgang oder eine Verschwiegenheitspflicht besteht.

(b) Gesetzliche Offenbarungsbefugnis

Ein Verstoß gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch die Verpflichtung zur Auskunft nach § 402 BGB im Rahmen der Abtretung scheidet zuletzt in den Fällen aus, in denen der Apotheker gesetzlich zur Offenbarung legitimiert ist und diese Befugnis auch dem Zessionar zugute kommt. Eine gesetzliche Offenbarungsbefugnis des Apothekers ergibt sich aus § 300 Abs. 2 SGB V,²⁵⁹ der letztlich eine Zession von Forderungen des Apothekers gegen die GKV an ein Rechenzentrum legitimiert.

In diesem Zusammenhang häufen sich in letzter Zeit in der Praxis Sachverhalte, bei denen neben der Inanspruchnahme der Leistungen eines Rechenzentrums der Apotheker seine Forderungen im Rahmen eines Factorings²⁶⁰ an das Rechenzentrum abtritt; denkbar ist ein echtes Factoring, bei dem das Rechenzentrum das Delkederisiko trägt, sowie ein unechtes

²⁵⁷ *Henssler*, NJW 1994, 1817; *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele*, StGB, § 203 Rn. 28; *Klein*, RDG 2010, 172, 173, der ausführt, dass ein offenbaren an ihrerseits Schweigepflichtige nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar sein kann.

²⁵⁸ *Krauskopf/U.Schneider*, SGB V, § 300 Rn. 11b; *Leisner*, NZS 2010, 129 für die privatärztlichen Verrechnungsstellen.

²⁵⁹ Eine gesetzliche Offenbarungsbefugnis kann sich für das Berufsfeld des Apothekers dagegen nicht aus den Regelungen der BRAO, WPO und des StBerG ergeben, die eine Abtretung innerhalb derselben schweigepflichtigen Berufsgruppen legitimieren (vgl. zur Unanwendbarkeit dieser Regelungen in direkter und entsprechender Anwendung vorstehend unter § 2 E. II. 1. a) bb) (2) (a) (bb)).

²⁶⁰ Vgl. zum unechten Factoring *Schimansky/Bunte/Lwowski/Martinek/Oechsler*, § 102 Rn. 19 ff.; *MK-BGB/Roth*, § 399 Rn. 164 ff.

Factoring, bei dem das Delkederisiko beim Apotheker verbleibt. Beide Factoringformen stehen zunächst unter der vorstehend erläuterten Wirkung der §§ 134 BGB i. V. m. 203 StGB und 402 BGB, die sowohl zur Nichtigkeit des Verpflichtungs- als auch des Verfügungsgeschäfts führt.²⁶¹ Allerdings erfährt diese letztlich durch § 300 Abs. 2 SGB V eine Durchbrechung.²⁶²

Zwar regelt die Vorschrift auf den ersten Blick lediglich die Möglichkeit des Apothekers, sich bei der Abrechnung seiner Leistungen eines Rechenzentrums zu bedienen,²⁶³ allerdings muss die Abrechnung durch das Rechenzentrum nach denselben Kriterien und Anforderungen erfolgen, wie bei einer Durchführung durch den Apotheker selbst.²⁶⁴ Folglich muss das Rechenzentrum, wie der Apotheker auch, das Ordnungsblatt mit den entsprechenden Daten an die Krankenkassen weiterleiten. Dies ist jedoch nur möglich, soweit die Rechenzentren im Vorfeld die entsprechenden Daten ihrerseits vom Apotheker erhalten. § 300 Abs. 2 SGB V legitimiert den Apotheker damit, Daten, die vom Schutzbereich des § 203 StGB erfasst sind, gegenüber dem Rechenzentrum zu offenbaren.²⁶⁵

Diese Vorschrift führt letztlich zur Wirksamkeit der Forderungszession des Apothekers an ein Rechenzentrum. Eine Nichtigkeit ist gerade nicht aus dem Zusammenspiel der §§ 203 StGB und 402 BGB herzuleiten.²⁶⁶ Denn die bei einer Zession gem. § 402 BGB zu übermittelnden Informationen sind dem Rechenzentrum in legitimer Form bereits zur Abrechnung gem. § 300 Abs. 2 und 1 SGB V bekannt.²⁶⁷ Voraussetzung für Auskunftsansprüche - damit auch für den Anspruch aus § 402 BGB - ist jedoch grundsätzlich, dass der Auskunftsberechtigte über

²⁶¹ Vgl. dazu ausführlich oben unter § 2 E. II. 1. a) aa).

²⁶² Schönke/Schröder/Leckner/Eisele, StGB, § 203 Rn. 29f.; a. A. *OLG Hamm*, NJW 2007, 849 wonach Abtretungen im Regelungsgehalt des § 302 Abs. 2 SGB V bei sonstigen Leistungserbringern, die identisch ist mit § 300 Abs. 2 SGB V, an ein Rechenzentrum ohne Zustimmung des Patienten nichtig sind; offenlassend *OLG Hamm*, BeckRS 2008, 07742.

²⁶³ Dahingehend ist auch die Entscheidung des *OLG Hamm*, NJW 2007, 849 für die Abtretung von Vergütungsforderungen für Pflegeleistungen zu verstehen.

²⁶⁴ Dies folgt aus dem Verweis des § 300 Abs. 2 SGB V auf § 300 Abs. 1 SGB V, der die Abrechnungspflichten des Apothekers regelt, und damit aus der Gesetzessystematik.

²⁶⁵ *Lips/Schönberger*, NJW 2007, 1567, 1568f.; so sogar Krauskopf/*U. Schneider*, SGB V, § 300 Rn. 11b, der eine gesetzliche Befugnis in § 300 Abs. 2 SGB V zur Offenbarung von Geheimnissen i. S. des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB zwar annimmt, trotzdem fehlerhaft eine Abtretungslegitimation ablehnt.

²⁶⁶ a. A.: *OLG Hamm*, NJW 2007, 849; Krauskopf/*U. Schneider*, SGB V, § 300 Rn. 11b.

²⁶⁷ Eine gesetzliche Befugnis ist erforderlich, da bei einer Abrechnung durch ein Rechenzentrum kein Fall vorliegt, bei dem lediglich zwischen einzelnen Organisationseinheiten im Rahmen der beruflichen Tätigkeit Daten ausgetauscht werden, was kein offenkundiges i. S. des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB darstellen würde, sondern ein Überlassen von Daten an einen externen Dienstleister (vgl. *Heghmanns/Niehaus*, NStZ 2008, 57, 58).

bestimmte Umstände im Unklaren ist.²⁶⁸ Dies ist aufgrund der bereits erfolgten Übermittlung der Daten zur Abrechnung gerade nicht der Fall.²⁶⁹ Eine Differenzierung zwischen einem legitimierten Offenbaren der Daten zur Abrechnung und dem nicht gerechtfertigten übermitteln zur Abtretung²⁷⁰ wird dem Regelungsgehalt des § 300 Abs. 2 SGB V nicht gerecht. Denn ein aufgrund des § 300 Abs. 2 SGB V im Rahmen der Abrechnung gerechtfertigter Verstoß gegen § 203 StGB kann bei einer Abtretung der Forderung, bei dem keine weiterführenden Daten ausgetauscht werden, nicht zu einem ungerechtfertigten Verstoß gegen § 203 StGB führen. Eine Differenzierung bei einem Austausch von identischen Daten wäre inkonsequent und letztlich willkürlich.²⁷¹

Zuletzt entsteht durch eine Zulassung der Zession an das Rechenzentrum keine Missbrauchsgefahr zugunsten einer Weiterabtretung. Zwar unterfällt ein Rechenzentrum nicht dem Regelungsgehalt des § 203 Abs.1 Nr. 6 StGB, da dieses weder eine private Krankenversicherung, noch eine privatärztliche Verrechnungsstelle ist.²⁷² Nichtsdestotrotz – obwohl also keine Einschränkung einer Zession über § 134 BGB erfolgt - können die Rechenzentren nicht beliebig mit den abgetretenen Forderungen verfahren,²⁷³ sondern sind durch § 300 Abs. 2 S. 3 SGB V daran gebunden, die Daten nur für im Sozialgesetzbuch bestimmte Zwecke und nur in einer auf diese Zwecke ausgerichteten Weise zu verarbeiten und zu nutzen.²⁷⁴ Die Vorschrift dient dem Zweck, eine anderweitige Verarbeitung der Daten durch das Rechenzentrum auszuschließen.²⁷⁵ Ein Abtretungsverbot für Apotheker enthält § 300 Abs. 2 SGB V gerade nicht. Das § 300 Abs. 2 SGB V eine Zession nicht erwähnt, bedeutet im Umkehrschluss nicht, dass eine Abtretung nicht zugelassen werden soll.²⁷⁶

Somit bleibt festzuhalten, dass § 300 Abs. 2 SGB V eine gesetzliche Befugnis des Apothekers enthält, die ihm die Möglichkeit verschafft, vom Schutzbereich des § 203 StGB erfasste Daten auf legale Weise weiterzugeben. Darüber hinaus folgt hieraus ebenfalls eine

²⁶⁸ Palandt/*Heinrichs* § 261 Rn. 8.

²⁶⁹ Gerade dies verkennt jedoch Krauskopf/*U. Schneider*, SGB V, § 300 Rn. 11b, wenn er annimmt, dass § 300 Abs. 2 SGB V lediglich eine gesetzliche Offenbarungsbefugnis darstellt, die eine Zession nicht legitimiert.

²⁷⁰ So jedenfalls *OLG Hamm*, NJW 2007, 849, dessen Argumentation aber nicht ausgereift und daher wenig überzeugend ist.

²⁷¹ *Lips/Schönberger*, NJW 2007, 1567, 1568.

²⁷² Krauskopf/*U. Schneider*, SGB V, § 300 Rn. 11b.

²⁷³ So aber *OLG Hamm*, NJW 2007, 849.

²⁷⁴ *BSG*, NJOZ 2009, 2959, 2963.

²⁷⁵ BeckOK-SGB V/*Scholz*, § 300 Rn. 4, 5.

²⁷⁶ a.A. Krauskopf/*U. Schneider*, SGB V, § 300 Rn. 11b.

Legitimierung einer Zession von Forderungen des Apothekers an die externen Abrechnungsstellen.

cc) Zwischenergebnis Abtretbarkeit

Forderungen des Apothekers sind grundsätzlich – unabhängig vom Anspruchsgegner (Schuldner) – aufgrund des Regelungsgehalts der §§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB, 402, 134 BGB nicht abtretbar; in zwei Ausnahmefällen aber wirksam. Zum Einen – da der Tatbestand des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht betroffen ist – wenn die Regelung des § 402 BGB zwischen Zedent und Zessionar abbedungen wurde oder ein Offenbaren eines fremden Geheimnisses bereits nicht vorliegt; ersteres ist in der Praxis insbesondere bei Forderungen gegenüber den Patienten/Kunden denkbar, während letzteres vor allem bei Ansprüchen gegenüber der Bank aufgrund einer ec-Kartenzahlung durch den Patienten/Kunden und dem damit verbundenen abstrakten Schuldversprechen einschlägig ist. Zum Anderen – da kein unbefugtes Offenbaren i. S. des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB vorliegt – wenn die Zession entweder durch ein Einverständnis oder eine gesetzliche Offenbarungsbefugnis gem. § 300 SGB V gerechtfertigt ist. In der Praxis kommt ein ausdrückliches, konkludentes oder mutmaßliches Einverständnis nur in Ausnahmefällen in Betracht, so dass es grundsätzlich bei der Nichtigkeitswirkung für die Abtretung verbleibt. Allerdings ist eine Forderungszession an ein Rechenzentrum gesetzlich über § 300 Abs. 2 SGB V legitimiert.

Demgegenüber besteht aufgrund des Datenübermittlungsvorgangs beim Abrechnungssystem der Apotheker keine Legitimierung der Abtretung von Forderungen gegenüber der GKV. Zuletzt wird die Zession nicht durch die Vorschriften der BRAO, WPO, oder des StBerG in entsprechender Anwendung legitimiert; dasselbe gilt für einen allgemeinen Rechtsgedanken der Abtretbarkeit innerhalb der schweigepflichtigen Berufsgruppen.

b) Pfändbarkeit der Forderungen des Apothekers

Eine Forderungszession des Apothekers ist demnach nur in engen Grenzen möglich.²⁷⁷ Entscheidend ist daher, welche Auswirkungen eine Unabtretbarkeit der Forderungen auf die Pfändbarkeit und damit den Insolvenzbeschlagnahme hat. Aus den Überlegungen zur Unübertragbarkeit der Forderungen wird nunmehr teilweise geschlossen, dass diese gem. §

²⁷⁷ Vgl. dazu vorstehend unter § 2 E. II. 1. a).

851 Abs. 1 ZPO zu einer Unpfändbarkeit führt, weshalb die Forderungen kein Bestandteil der Insolvenzmasse sind.²⁷⁸ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich der Regelungsgehalt des § 851 Abs. 1 ZPO, wonach eine nach § 399 BGB nicht übertragbare Forderung gepfändet werden kann, soweit der geschuldete Gegenstand des Anspruchs der Pfändung unterworfen ist, nur auf Forderungen bezieht, die als solche unübertragbar sind.²⁷⁹ Die Schutzfunktion des § 851 ZPO umfasst nämlich ausschließlich Forderungen, die mangels Verkehrsfähigkeit unübertragbar sind.²⁸⁰ Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Abtretung kraft Gesetzes schlechthin verboten ist oder wenn der Gläubigerwechsel den Inhalt der Leistung ändern oder deren rechtlich gesicherte Zweckbindung vereiteln würde.²⁸¹ Demgegenüber ist von einer Verkehrsfähigkeit auszugehen, soweit die Forderung ihrem Inhalt und ihrer Zweckbestimmung nach grundsätzlich übertragbar ist und lediglich bestimmten Gläubigern die Abtretung verboten oder diesen nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet wird.²⁸² Dies zugrunde gelegt, erscheinen Forderungen des Apothekers bereits unproblematisch pfändbar, da es diesen nicht von vornherein an einer Verkehrsfähigkeit - der Schuldner kann eine Zession grundsätzlich legitimieren, indem er einer solchen zustimmt - fehlt.²⁸³

Dasselbe folgt aus einer Auslegung des Schutzzwecks des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB dahingehend, ob hierdurch auch die Pfändbarkeit der Forderungen des Apothekers eingeschränkt werden soll. Im Rahmen dieser Auslegung kollidieren das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten/Kunden aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und das Befriedigungsrecht der Gläubiger des Apothekers aus Art. 14 Abs. 1 GG, die daher einer Abwägung bedürfen.

Zunächst ist hervorzuheben, dass ein Pfändungsverbot schwerwiegendere Auswirkungen hat, als ein Abtretungsverbot. Denn ein Abtretungsverbot greift lediglich in die rechtsgeschäftliche Freiheit ein, eine Forderung zu übertragen, wohingegen eine Unpfändbarkeit den Entzug dieser Forderung aus dem Haftungsverband der Gläubiger bedeutet. Vor diesem Hintergrund ist eine Einschränkung des Gläubigerbefriedigungsrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht

²⁷⁸ Henssler/Prütting/Dittmann, BRAO, § 49b Rn. 42.

²⁷⁹ BGH, NJW 1999, 1544, 1547; Kindl/Meller/Hannich/Wolf/Bendtsen, § 851 Rn. 2

²⁸⁰ BeckOK-ZPO/Riedel, § 851 Rn. 26; Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 36 Rn. 25 mit Verweis auf BGH, NJW 1999, 1544.

²⁸¹ BGH, NJW 1999, 1544, 1547.

²⁸² BGH, NJW 1999, 1544, 1547.

²⁸³ BeckOK-ZPO/Riedel, § 851 Rn. 26.

gerechtfertigt. Denn während bei einer Abtretung der Zessionar über den Bestand und die Grundlagen der Forderung aufgeklärt wird und ihm entsprechende Unterlagen zugänglich gemacht werden müssen (§ 402 BGB), obliegt im Rahmen einer Pfändung dem Pfändungsgläubiger die Aufgabe, die Forderung und den Drittschuldner zu bezeichnen (§ 829 Abs. 1, Abs. 2 ZPO). Zwar kann der Pfändungsgläubiger die dazu erforderlichen Auskünfte gem. § 807 ZPO vom Schuldner erzwingen, aber diese Daten sind nicht so weitreichend, wie die im Rahmen des § 402 BGB. Insbesondere erstreckt sich die Auskunftspflicht nicht auf uneingeschränkt schutzwürdige persönliche Daten des Kunden,²⁸⁴ da die Auskunftspflicht des § 836 Abs. 3 ZPO eingeschränkt wird.²⁸⁵ Insofern treten die Schweigepflichten hinter das Gläubigerinteresse an der Haftungsverwirklichung zurück.²⁸⁶

Dem zuvor ausgeführten folgend, führt die etwaige Nichtigkeit einer Abtretung nach §§ 134, 402 BGB, 203 StGB nicht zur Unpfändbarkeit der Honorarforderungen, da lediglich die Verfügungsmacht des Berechtigten in dieser konkreten Konstellation beschränkt wird, jedoch nicht die Verkehrsfähigkeit im Allgemeinen.²⁸⁷ Letztlich sind die Forderungen des Apothekers damit unabhängig von ihrer Abtretbarkeit nicht dem Pfändungsschutz der §§ 36 Abs. 1 S. 1 InsO, 851 ZPO unterworfen und damit hiernach nicht vom Insolvenzbeschluss ausgeschlossen.

2. Pfändungsschutz nach §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850a Nr. 3 ZPO

Aus § 850a Nr. 3 ZPO folgt, dass Aufwandsentschädigungen unpfändbar sind. Damit den Einkünften des Apothekers dieser Pfändungsschutz zuteil wird, müsste diese als Aufwandsentschädigung eingeordnet werden. Überlegenswert erscheint, die Aufwendungen des Apothekers für Miete, Geräte, Fortbildung des Personals usw. als unpfändbare Aufwendungen einzuordnen. Dies wiederum hätte zur Folge, dass nur der steuerliche Gewinn des Apothekers der Pfändung unterworfen wäre. Darüber hinaus ist in Betracht zu ziehen, ob aufgrund der Tatsache, dass die GKVen ihren Sachleistungspflichten aus § 2 Abs. 2 SGB V

²⁸⁴ So im Ergebnis auch *BGH*, NJW 1999, 1544, 1547 womit dieser letztlich einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts *BVerfG*, NJW 1990, 563 bestätigt; *BGH*, NJW 2005, 507 (zu § 134 BGB); *Berger*, NJW 1995, 1584; *Diepold*, MDR 1995, 23.

²⁸⁵ *BGH*, NJW 1999, 1544 (Steuerberater); NJW-RR 2004, 54; *BFH*, NJW 2005, 1308 (Rechtsanwalt); NJW 2005, 1505 (Arzt); *Morhbutter*, DZWir 2005, 336 (privatärztliche Honorare).

²⁸⁶ *BGH*, NJW 1999, 1544, 1547; NJW 2005, 1308; NJW 2005, 507 (zu § 134 BGB); *Berger*, NJW 1995, 1584; *Diepold*, MDR 1995, 23; Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Bendtsen, § 851 Rn. 13; Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 36 Rn. 8 mit Verweis auf Uhlenbruck, § 36 Rn. 24 ff. und 29.

²⁸⁷ *Würz-Bergmann*, Die Abtretung von Honorarforderungen schweigepflichtiger Gläubiger, S. 226.

durch Inanspruchnahme des Apothekers gerecht werden, zumindest der Vergütungsanspruch des Apothekers gegenüber der GKV aufgrund einer Dienstleistung entsteht, dieser mithin im Gegenzug eine Aufwandsentschädigung erhält, die unter den Schutzbereich der §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850a Nr. 3 ZPO fällt.²⁸⁸

Allerdings war die Intention des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 850a Nr. 3 ZPO Arbeitnehmer gerade in den Fällen zu begünstigen, in denen zusätzlich zum Gehalt Entschädigungen für Aufwendungen im Sinne des § 850a Nr. 3 ZPO gezahlt werden.²⁸⁹ Demgegenüber müssen die Freiberufler von ihrer Vergütung auch den gesamten Kostenapparat finanzieren. Eine Privilegierung ist vom Gesetzgeber gerade nicht gewollt.²⁹⁰

3. Pfändungsschutz nach §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850 ff. ZPO

Als einschlägige Pfändungsschutzvorschrift ist jedoch § 850 ZPO in Betracht zu ziehen. Danach ist Arbeitseinkommen nur nach der Maßgabe der §§ 850a bis 850i ZPO pfändbar. Der Begriff des Arbeitseinkommens wird in § 850 Abs. 2 ZPO als Vergütung für Dienstleistungen aller Art, die die Erwerbstätigkeit des Schuldners vollständig oder zu einem wesentlichen Teil in Anspruch nehmen, legaldefiniert.²⁹¹

a) Pfändungsschutz nach §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850 Abs. 1, Abs. 2 ZPO

Ein Pfändungsschutz nach §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850 Abs. 1 ZPO privilegiert Einkünfte des Apothekers, soweit diese als Vergütung für Dienstleistungen im Sinne des § 850 Abs. 2 ZPO zu qualifizieren ist. Aus einem Umkehrschluss zu § 850i ZPO, welcher einen Pfändungsschutz für nicht wiederkehrende Vergütungen statuiert, ist für Dienste im Sinne der

²⁸⁸ In allen anderen Konstellationen der Forderungsbegründung kommt dieser Gedanke dagegen nicht in Betracht, da unmittelbar ein Kaufvertrag zwischen Patient/Kunde und Apotheker zustande kommt, der einen Aufwandsentschädigungsanspruch ausschließt.

²⁸⁹ Musielak/Becker, ZPO, § 850a Rn. 1.

²⁹⁰ BGH, NJW 1986, 2362, 2363.

²⁹¹ Die anderen in § 850 Abs. 2 ZPO aufgeführten Einkünfte, wie Dienst- und Versorgungsbezüge der Beamten, Arbeits- und Dienstlöhne, Ruhegelder und ähnliche nach dem einstweiligen oder dauernden Ausscheiden aus dem Dienst- oder Arbeitsverhältnis gewährte fortlaufende Einkünfte, sowie Hinterbliebenenbezüge sind rechtlich bereits nicht mit der Tätigkeit der Freiberufler in Einklang zu bringen, so dass lediglich sonstige Vergütungen i.S. des § 850 Abs. 2 ZPO als Pfändungsschutzgrundlage herangezogen werden könnten.

§§ 36 Abs.1 S. 2 InsO i. V. m. 850 Abs. 2 ZPO herzuleiten, dass diese sich über das Merkmal wiederkehrend von Diensten im Sinne des § 850i ZPO abgrenzen.²⁹²

Der Apotheker führt regelmäßig ähnliche Tätigkeitsabläufe, wie die Beratung im Rahmen des Verkaufs von Arzneimitteln, durch. Bei der Abrechnung ist jedoch zu differenzieren.²⁹³ Wird zwischen Apotheker und Kunde/Patient unmittelbar ein Vertrag geschlossen – dies ist bei Mitgliedern der PKV und der GKV einschlägig (bei letzteren jedoch nur bei Abgabe von verschreibungsfreien Arzneimitteln) – bestehen Ansprüche des Apothekers gegen verschiedene Kunden. Für eine Anwendbarkeit des § 850 Abs. 2 ZPO fehlt es daher bereits am Merkmal der Regelmäßigkeit i.S. von wiederkehrenden Diensten. Darüber hinaus stellen Entgelte aus Verkäufen von Arzneimitteln als Anspruchsinhalt ohnehin keine Vergütungen für Dienstleistungen dar.²⁹⁴ Demgegenüber hat der Apotheker bei Mitgliedern der GKV im Rahmen des Sachleistungsprinzips auch bei verschiedenen Kunden einen Anspruch gegenüber der GKV; gleiches gilt bei Einschaltung eines Rechenzentrums für Forderungen gegenüber diesem. Dass die Zahlungsansprüche Vergütungen eines Freiberuflers darstellen, ist für eine Einordnung als Arbeitseinkommen im Sinne des § 850 Abs. 2 ZPO unerheblich,²⁹⁵ da entscheidend darauf abzustellen ist, dass die Vergütungen für die Dienstleistungen die Existenzgrundlage des Apothekers bilden, da sie seine Erwerbstätigkeit ganz oder zu einem wesentlichen Teil in Anspruch nehmen.²⁹⁶ Infolgedessen unterfallen Ansprüche des Apothekers gegenüber der GKV oder dem Rechenzentrum, dem Anwendungsbereich des § 850 Abs. 1, Abs. 2 ZPO und sind damit nur in den Grenzen der §§ 850a – i ZPO pfändbar; demnach nur im Rahmen der Pfändungsfreigrenzen Bestandteil der Insolvenzmasse. Denn die Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln an die Kassenpatienten stellt eine der wesentlichen Aufgaben der Apotheker dar. Dies ergibt sich bereits aus § 1 Abs. 1 ApoG, der die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung als Hauptaufgabe der Apotheker statuiert. Dieser Vergütungsanspruch ist letztlich auch Grundlage des Anspruchs gegenüber dem Rechenzentrum, obwohl der Apotheker sich diesen im Rahmen einer Forderungszession (Factoring) vorfinanzieren lässt.

²⁹² Zöller/Stöber, ZPO, § 850 Rn. 9; Prütting/Gehrlein/Ahrens, ZPO, § 850 Rn. 27; Musielak/Becker, ZPO, § 850 Rn. 4, 1; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 850 Rn. 7; MK-ZPO/Schmid, § 850 Rn. 37; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 850 Rn. 12; Wieczorek/Schütze/Lüke, ZPO, § 850 Rn. 67.

²⁹³ Vgl. zur Abrechnung und den verschiedenen Konstellationen oben unter § 2 E. I.

²⁹⁴ Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 850 Rn. 7b.

²⁹⁵ BeckOK-ZPO/Riedel, § 850 Rn. 29.

²⁹⁶ BGH, NJW 1986, 2362.

b) Pfändungsschutz des § 36 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. § 850i ZPO

Ein Pfändungsschutz für Forderungen des Apothekers gegenüber Mitgliedern der GKV und PKV kann – da ein solcher nicht über den Regelungsgehalt des § 36 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. § 850 Abs. 1, Abs. 2 ZPO besteht – lediglich über § 850i ZPO erfolgen, der aufgrund des Verweises in § 36 Abs. 1 S. 2 InsO Anwendung findet. Damit sind solche Forderungen des Apothekers vom Insolvenzbeschlagnahme befreit, die nicht wiederkehrend sind, denn sie stellen nach § 850i Abs. 1 S. 1 ZPO Vergütungen für persönlich geleistete Arbeiten oder Dienste oder sonstige Einkünfte dar und müssen deshalb dem Schuldner in dem Maße verbleiben, wie sein Einkommen aus laufenden Arbeits- oder Dienstlohn unpfändbar wäre.

Abweichend vom Regelungsgehalt des § 850 Abs. 1 und 2 ZPO umfasst der Schutzbereich des § 850i Abs. 1 S. 1 ZPO sowohl einmalige Vergütungen – somit die Einzelansprüche des Apothekers gegen Mitglieder der PKV und GKV, die mangels wiederkehrender Eigenschaft nicht von § 850 Abs. 1 und 2 ZPO geschützt werden - als auch Vergütungen für Arbeiten – folglich, abweichend von § 850 Abs. 1 und 2 ZPO nicht nur Vergütungen für Dienstleistungen, sondern ebenfalls Ansprüche aus Kaufverträgen – weshalb Forderungen des Apothekers gegenüber Mitgliedern der PKV und GKV, die nicht dem Pfändungsschutz nach §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO unterliegen, den Pfändungsschutz des § 850i ZPO erlangen. Beachtlich ist jedoch, dass durch die Rechtsnorm des § 850i ZPO dem Apotheker nur der Teil seiner Einkünfte verbleibt, der innerhalb eines angemessenen Zeitraumes für seinen Unterhalt benötigt wird.²⁹⁷ Darüber hinaus ist der Pfändungsschutz des § 850i ZPO nur auf Antrag des Schuldners zu berücksichtigen. Hierin unterscheidet er sich vom Pfändungsschutz des § 850 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO, der unmittelbare Berücksichtigung finden muss.²⁹⁸

4. Fazit zum Pfändungsschutz für Einkünfte des Apothekers

Die nach § 35 Abs. 1 InsO grundsätzlich zur Insolvenzmasse zugehörigen Forderungen des Apothekers erfahren über § 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850 Abs. 1 und 2 ZPO zumindest einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Pfändungsschutz und damit eine Herauslösung aus der Insolvenzmasse, wenn die Forderungen aus der Abgabe von verschreibungspflichtigen

²⁹⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 850i Rn. 2, 6; Wieczorek/Schütze/Lüke, ZPO, § 850i Rn. 4; Zöller/Stöber, ZPO, § 850i Rn. 2; Prütting/Gehrlein/Ahrens, ZPO, § 850i Rn. 10; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 850i Rn. 3; Musielak/Becker, ZPO, § 850i Rn. 5 ff.; MK-ZPO/Schmid, § 850i Rn. 14.

²⁹⁸ BeckOK-ZPO/Riedel, § 850i Rn. 13; Musielak/Becker, ZPO § 850i Rn. 4.

Arzneimitteln an Mitglieder der GKV resultieren. Andernfalls – also durch Begründung eines Kaufvertrags – wird dem Apotheker lediglich eine Privilegierung durch einen Pfändungsschutz zuteil, wenn er einen Antrag nach § 850i ZPO stellt. Die weiteren Pfändungsschutztatbestände, insbesondere §§ 851, 850a Nr. 3 ZPO, sind demgegenüber nicht einschlägig.

III. Masseanreicherung durch § 91 InsO – Wirkung und Regelungsgehalt der §§ 91 und 114 InsO als Ausfluss der Zulässigkeit der Abtretung von Forderungen des Apothekers

Eine Forderungszession ist für den Apotheker nur in den erwähnten Ausnahmekonstellationen möglich;²⁹⁹ dies gilt insbesondere – da grundsätzlich eine gesetzliche Abtretungsbefugnis nach § 300 Abs. 2 SGB V besteht - für die Forderungszession an ein Rechenzentrum.³⁰⁰

Tritt der Apotheker Forderungen ab, wird der Zessionar Forderungsinhaber und die zedierte Forderung der Insolvenzmasse entzogen. Anders ist die Rechtslage, wenn der Insolvenzschuldner Forderungen im Rahmen einer Sicherungszession abtritt (dies ist auch im Rahmen eines unechten Factorings denkbar, während beim echten Factoring eine vollständige Abtretung erfolgt). In diesen Fällen begründet die Zession ein Absonderungsrecht nach § 51 Abs. 1 Nr. 1, 2. Var. InsO des Zessionars. Der Insolvenzverwalter kann somit zumindest die Kostenpauschalen nach §§ 170 ff. InsO zur Insolvenzmasse ziehen.

Offensichtlich besteht in diesen Konstellationen ein Spannungsfeld zwischen der Insolvenzbefangenheit des Neuerwerbs einerseits und der Wirksamkeit und Reichweite der Vorausabtretung andererseits. Während die Fortführung der Apotheke, erstens durch den Neuerwerb grundsätzlich zu einer Masseanreicherung führen würde und zweitens durch die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes der immaterielle Vermögenswert erhalten bliebe, wäre das Ergebnis einer Wirksamkeit der Vorausabtretung, eine Masseschmälerung, da dem Zessionar an den Forderungen aus dem Neuerwerb ein Aus- oder Absonderungsrecht zustehen würden. Letztlich wäre eine Fortführung der Apotheke unter diesen Voraussetzungen nicht zu bewerkstelligen, denn ohne massezugehörigen Neuerwerb sind die mit der Fortführung einhergehenden Kosten nicht zu decken. Letztlich würde der Verlust des

²⁹⁹ Vgl. dazu ausführlich unter § 2 E. II. 1. a).

³⁰⁰ Vgl. dazu ausführlich unter § 2 E. II. 1. a) bb) (2) (b).

immateriellen Vermögenswertes drohen, da eine Fortführung und damit ein Goodwillerhalt ausgeschlossen wäre.

Zu erörtern ist daher, welche Auswirkungen das Insolvenzverfahren auf die (Sicherungs-) Abtretung von gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen hat. Damit einhergehend ist auch die Frage zu beantworten, ob dem Zessionar ein Aussonderungsrecht nach § 47 S. 1 und 2 InsO bzw. ein Absonderungsrecht gem. § 51 Abs. 1 Nr. 1, 2. Var. InsO zusteht.

1. Anwendungsbereich des § 91 InsO

Die Beurteilung der Wirksamkeit der Vorausabtretung von Forderungen des Apothekers ist im Lichte des § 91 Abs. 1 InsO zu betrachten. Danach können Rechte an Gegenständen der Insolvenzmasse nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden, auch wenn keine Verfügung des Schuldners und keine Zwangsvollstreckung für einen Insolvenzgläubiger zugrunde liegt.

a) Keine Verfügung des Schuldners oder Zwangsvollstreckung für einen Insolvenzgläubiger

Die Voraussetzung des § 91 InsO, dass dem Rechtserwerb weder eine Verfügung des Schuldners noch eine Zwangsvollstreckung für einen Insolvenzgläubiger zugrunde liegen darf, dient der Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 91 InsO zu § 81 InsO, welche aufgrund der Gesetzessystematik erforderlich ist. Während § 81 InsO vorrangig ist, soweit eine Verfügung des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattfindet, ist § 91 InsO einschlägig, wenn ein Rechtserwerb ohne eine Verfügungshandlung des Schuldners erfolgt.

Infolgedessen darf der Forderungserwerb nicht durch eine Verfügung des schuldnerischen Apothekers nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattfinden, da hierdurch die Anwendbarkeit des § 91 InsO schlechthin ausgeschlossen wäre.

An welches Merkmal nunmehr für eine Verfügung im Hinblick auf die Vorausabtretung von Forderungen anzuknüpfen ist, kann unterschiedlich interpretiert werden. Zum einen kann die Verfügung bereits in dem Zeitpunkt als abgeschlossen angesehen werden, in dem der

Abtretungsvertrag geschlossen wird.³⁰¹ Im Entstehungszeitpunkt der Forderung wäre demnach lediglich der Eintritt der Rechtswirkung zu sehen;³⁰² wohingegen die Verfügung des Schuldners bereits vor Insolvenzeröffnung abgeschlossen wäre. Demgegenüber besteht auch die Möglichkeit, in Anlehnung an § 140 InsO auf das Entstehen der Forderung als Abschluss der Verfügung abzustellen sei,³⁰³ mit der Folge einer nach Insolvenzeröffnung bestehenden Verfügung des Apothekers.

Das Abstellen auf die Forderungsentstehung als maßgeblichen Zeitpunkt für die Bewertung des Verfügungsabschlusses ist allerdings kritisch zu betrachten. Zunächst ist bereits ein Heranziehen des § 140 InsO aus systematischen Gesichtspunkten bedenklich. Denn während § 81 InsO innerhalb der Insolvenzordnung unter den „Allgemeinen Wirkungen“ eingeordnet ist, ist der Anwendungsbereich des § 140 InsO auf die Insolvenzanfechtung beschränkt. Eine Ausdehnung des speziellen Geltungsbereichs ist vom Gesetzgeber aber gerade nicht gewollt. Denn einerseits würde bei einer Ausdehnung des § 140 InsO der Norm des § 91 InsO sein Regelungsbereich vollständig genommen,³⁰⁴ andererseits lag die Intention des Gesetzgebers insbesondere in der Erfassung von Vorauszessionen durch § 91 InsO.³⁰⁵ Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in § 398 S. 2 BGB statuiert, dass durch den Abschluss eines Abtretungsvertrages, den jede Zession erfordert,³⁰⁶ der Zessionar an die Stelle des Zedenten tritt. Hierdurch stellt der Gesetzgeber unmissverständlich klar, dass bereits mit Vertragsschluss der Verfügungstatbestand abgeschlossen ist, denn der Wechsel in der Forderungsinhaberschaft wird bereits mit Abschluss des Abtretungsvertrages vollzogen.

Im Ergebnis findet damit keine Verfügung des schuldnerischen Apothekers nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens statt, weshalb § 81 InsO nicht einschlägig ist.

b) Gegenstand der Insolvenzmasse

Weiterhin erfordert der Tatbestand des § 91 InsO, dass ein Rechtserwerb an einem Gegenstand der Insolvenzmasse stattfindet. Wie bereits dargestellt, ist der Neuerwerb des

³⁰¹ *BGHZ*, 106, 236 (241); *BGH*, WM 1987, 191 (192); ZIP 1997, 513; ZIP 1997, 737, 738; NJW 2006, 2485.

³⁰² *BGH*, NJW 1984, 492; WM 1987, 191, 192; Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 91 Rn. 2.

³⁰³ *Sander*, ZInsO 2003, 1129, 1131; *Eckhardt*, ZIP 1997, 957, 964.

³⁰⁴ So auch *Eckhardt*, ZIP 1997, 957, 964, jedoch mit anderer Schlussfolgerung.

³⁰⁵ Vgl. Begründung zu § 102 RegE (§91 InsO), abgedruckt bei *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, S. 404.

³⁰⁶ Vgl. Palandt/*Heinrichs* § 398 Rn. 3, 9.

Apothekers, der im Rahmen der Fortführung der Apotheke entsteht, vom Insolvenzbeschlagn umfasst und damit Gegenstand der Insolvenzmasse.³⁰⁷

c) Rechtserwerb nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Zuletzt setzt § 91 InsO voraus, dass der Rechtserwerb nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattgefunden hat. Die Vorschrift des § 91 InsO erfasst damit insbesondere den sog. gestreckten Erwerb, bei dem der Erwerbstatbestand schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingeleitet wird, eine Vollendung jedoch erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattfindet.³⁰⁸

Vor dem Hintergrund des zuvor ausgeführten, dass eine Verfügung des Schuldners bei der Vorausabtretung bereits im Zeitpunkt der Abtretung, also vor Insolvenzeröffnung, stattfindet,³⁰⁹ stellt sich nunmehr die Frage, ob überhaupt ein Rechtserwerb des Zessionars nach Insolvenzeröffnung stattfindet oder in Übereinstimmung mit der Darstellung zum Zeitpunkt der Verfügung ein Rechtserwerb vor Insolvenzeröffnung angenommen werden muss. Im Ergebnis ist somit entscheidend darauf abzustellen, ob die zedierten Forderungen erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehen,³¹⁰ da im Rahmen einer Vorausabtretung der Zessionar die Forderung grundsätzlich erst mit ihrem Entstehen erwirbt.³¹¹ Der Rechtserwerb wird folglich erst in diesem Zeitpunkt vollendet.³¹² Entsteht die im Voraus abgetretene Forderung jedoch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, findet § 91 InsO keine Anwendung, mit der Folge, dass die vorauszedierten Forderungen dem Insolvenzbeschlagn entzogen sind.³¹³ Gleiches gilt auch, wenn zwar der Rechtserwerb erst nach Verfahrenseröffnung eintritt, aber im Zeitpunkt der Zession der Rechtsgrund der vorausabgetretenen Forderung gelegt war und der Eintritt des Erfolges nur noch unter einer Bedingung stand.³¹⁴ In diesem Fall ist die Rechtsstellung des Zessionars schon vor Eröffnung

³⁰⁷ Vgl. dazu unter § 2 E.

³⁰⁸ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 91 Rn. 2.

³⁰⁹ Dazu vorstehend unter § 2 E. III. 1. a).

³¹⁰ BGH, ZIP 2003, 1208, 1210.

³¹¹ Vgl. dazu bereits vorstehend unter § 2 E. III. 1. a). Außerdem BGH, NJW 1984, 492; 1995, 1671; NJW 2006, 2485; MK-BGB/Roth, § 398 Rn. 85; BeckOK-BGB/Rohe, § 398 Rn. 69.

³¹² Palandt/Grüneberg, BGB, § 398 Rn. 11; BGH, NJW 2006; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 91 Rn. 21.

³¹³ In diesem Fall kann die Masse nur durch die Anfechtungstatbestände der Insolvenzordnung geschützt werden. Dies gilt selbst für den Fall, dass die globalzedierte Forderung erst nach Antragsstellung und Anordnung von Sicherungsmaßnahmen im Insolvenzeröffnungsverfahren entstanden ist, denn § 24 Abs. 2 InsO enthält lediglich einen Verweis auf § 81 InsO, aber keinen auf § 91 InsO.

³¹⁴ BGH, NJW 1955, 544; HK-InsO/Kayser, § 91 Rn. 8

des Insolvenzverfahrens zu einem Anwartschaftsrecht erstarkt³¹⁵ und der Rechtserwerb entsprechend dem Rechtsgedanken des § 161 Abs. 1 S. 2 BGB vor Verfahrenseröffnung vollendet.³¹⁶ Werden Ansprüche aus einem Dauerschuldverhältnis abgetreten, ist relevant, ob die zedierte künftige Forderung betagt³¹⁷ oder bedingt bzw. befristet i. S. der §§ 163, 158 Abs. 1 BGB³¹⁸ ist.³¹⁹ Im ersteren Fall liegt ein Rechtserwerb schon im Entstehungszeitpunkt der Forderung vor. Berührungspunkte zu § 91 Abs. 1 InsO bestehen demnach – soweit dieser Zeitpunkt vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegt - nicht, so dass die Forderungen dem Insolvenzbeschluss entzogen sind. Ist dagegen nach §§ 163, 158 Abs. 1 BGB das Entstehen der Forderung von der Inanspruchnahme der Gegenleistung abhängig, findet der Rechtserwerb erst zu diesem Zeitpunkt statt. Die zuvor ausgeführten Konsequenzen des § 91 InsO, wobei gerade auch in diesen Fällen der Rechtsgedanke des § 161 Abs. 1 S. 2 BGB zu beachten ist,³²⁰ treten somit ein, wenn der Rechtserwerb erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattfindet.

Im Hinblick auf Forderungen des Apothekers ist mit dem zuvor dargestellten einhergehend zu untersuchen, in welchem Zeitpunkt seine Forderungen entstehen; differenziert nach Anspruchsgegnern. Der Tatbestand des § 91 InsO ist im Ergebnis nur betroffen, soweit die Entstehung nach Insolvenzeröffnung stattfindet und keine einem Anwartschaftsrecht vergleichbare Rechtsposition des Apothekers bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Zeitpunkt der Zession bestand.

Der öffentlich-rechtliche Vergütungsanspruch des Apothekers für die Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel gegenüber der GKV³²¹ entsteht dem Grunde nach mit der Abgabe des Arzneimittels im Rahmen des Sachleistungsprinzips an den Kunden/Patienten

³¹⁵ Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 398 Rn. 11.

³¹⁶ *BGHZ*, 124, 76, 80; 70, 86, 94 ff; *BGH*, NJW 1977, 247, 247; Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 91 Rn. 22

³¹⁷ Ein Rechtserwerb erfolgt bereits im Entstehungszeitpunkt, wobei es an einer Fälligkeit aufgrund einer Stundung fehlt.

³¹⁸ Hier findet der Rechtserwerb erst mit Eintritt der Bedingung/Befristung statt.

³¹⁹ *BGH*, NJW 2006, 2485, 2486; a.A. Uhlenbruck/*Berscheid/Ries*, InsO, § 114 Rn. 17, die trotz des Verweises des § 163 BGB auf § 158 BGB und die daraus resultierende Gleichbehandlung der beiden Normen, fehlerhaft annehmen, dass darauf abzustellen sei, ob die Forderung bereits bei Abschluss einerseits bedingt oder betagt sei oder andererseits die Forderung befristet wäre. Da jedoch § 163 BGB (Befristung) die Vorschriften für die aufschiebende oder auflösende Bedingung für entsprechend anwendbar erklärt, müssen die Regelungen gleich behandelt werden.

³²⁰ *BGH*, NJW 1978, 642; NJW 1994, 1154.

³²¹ Wie bereits ausführlich erörtert folgt dieser aus § 129 SGB V i.V.m. dem Rahmenvertrag zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen und dem Deutschen Apothekerverband über die Arzneimittelversorgung nach § 129 Abs. 2 SGB V sowie dem jeweiligen Landesvertrag zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und dem Landesapothekerverband abgeschlossenen ALV nach § 129 Abs. 5 S. 1 SGB V.

und wird durch das Kassenrezept als für das Abrechnungsverhältnis zwischen Apotheker und Krankenkasse maßgebliches Dokument konkretisiert.³²² Zwar erfolgt die Abrechnung dieses Zahlungsanspruches des Apothekers nicht umgehend für jedes einzelne Arzneimittel, sondern periodisch. Allerdings entsteht der Anspruch immer nur in dem Zeitpunkt, in dem eine Abgabe des Medikamentes an den Kunden/Patienten erfolgt.³²³ Liegt dieser Zeitpunkt nach Verfahrenseröffnung, findet eine Vollendung des Rechtserwerbs nach Verfahrenseröffnung statt, mit der Rechtsfolge des § 91 Abs. 1 InsO. Nichtsdestotrotz wäre dessen Anwendung allerdings ausgeschlossen, wenn dem Apotheker eine derart gefestigte Rechtsposition zustünde, dass diese aufgrund ihrer anwartschaftsähnlichen Bedeutung als Rechtserwerb vor Verfahrenseröffnung anzusehen wäre. Wie bereits ausgeführt setzt dies voraus, dass der Rechtsgrund der vorausabgetretenen Forderung im Zeitpunkt der Zession gelegt war und der Erfolg nur noch unter einer Bedingung stand.³²⁴ Eine solche anwartschaftsähnliche Stellung des Apothekers nach § 161 Abs. 1 S. 2 BGB kann vorliegend jedoch nicht angenommen werden. Insbesondere ist im Zeitpunkt der Abtretung der Rechtsgrund für die Forderung noch nicht gelegt. Der Anspruch des Apothekers gegen die GKV entsteht nur und erst in dem Zeitpunkt dem Grunde nach, in dem eine Abgabe des Arzneimittels an den Kunden/Patienten erfolgt.³²⁵ Vor der Abgabe sind weder die Vertragsparteien, der Vertragsgegenstand noch die Gegenleistung – letztlich die *essentialia negotii* – bekannt,³²⁶ denn erst mit Abgabe des Medikamentes wird deutlich, welche GKV betroffen ist und welcher Vergütungsanspruch

³²² BSG, SozR 4-2500, § 129 Nr. 5 Rn. 12 ff.; BSG, SozR 4-2500, § 129 Nr. 6 Rn. 12 ff.

³²³ Vgl. hierzu BSG, SozR 4-2500, § 129 Nr. 5 Rn. 12 ff.; BSG, SozR 4-2500, § 129 Nr. 6 Rn. 12 ff.; sowie BGH, NJW 2006, 2485, 2486 für den Vergütungsanspruch des Kassenarztes, der nach Ansicht des BGH erst mit der Erbringung der Dienstleistungen entsteht.

³²⁴ Vgl. dazu vorstehend unter § 2 E. III. 1. a); weiterhin Uhlenbruck/Berscheid/Ries, InsO, § 114 Rn. 17, die sich mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Anwartschaftsrecht bei einem Arbeitsvertrag nicht schon deswegen angenommen werden muss, weil dem arbeitswilligen Schuldner während der Dauer des Arbeitsverhältnisses der Vergütungsanspruch nicht mehr streitig gemacht werden kann, was einem Anwartschaftsrecht gleich kommt, und hiermit die Entscheidung BGH, NJW 2006, 2485 in Frage stellen. Diese Überlegungen sind allerdings nicht auf den Apotheker übertragbar, da dessen Anspruch erst entsteht, wenn er die Leistung erbracht hat. Dies erkennen auch Uhlenbruck/Berscheid/Ries, InsO, § 114 Rn. 19 selbst, indem sie feststellen, dass bei selbstständig Tätigen die Rechtsgrundlagen für einen abgetretenen Anspruch erst mit Konkretisierung der *essentialia negotii* geschaffen werden; dies sei bei Liefergeschäften die Bestellung und Auftragsannahme (BGH, ZIP 2004, 1819, 1821). Mithin beschränken sie ihren Gedanken zutreffend bereits selbst auf Unselbstständige.

³²⁵ BSG, SozR 4-2500, § 129 Nr. 5 Rn. 12 ff.; BSG, SozR 4-2500, § 129 Nr. 6 Rn. 12 ff.; Etwas anderes folgt auch nicht aus der Entscheidung des BSG, BeckRS 2010, 69929, das zwar einem Arzt ein Anwartschaftsrecht i.S.d. § 140 Abs. 3 InsO in Anfechtungskonstellationen zuschreibt, wenn dieser alles mögliche und erforderliche zur Abrechnung getan hat, also anfechtungsrechtlich auf den Zeitpunkt abstellt, in dem der Arzt seine Unterlagen bei der kassenärztlichen Vereinigung eingereicht hat; demgegenüber nicht auf den Erlass des Honorarbescheides durch die kassenärztliche Vereinigung abstellt. Allerdings steht das Urteil des BSG nicht im Widerspruch zu BGH, NJW 2006, 2485 der ebenso wie das BSG annimmt, dass der Vergütungsanspruch des Arztes dem Grunde nach erst in dem Zeitpunkt, in dem die Leistung erbracht wurde entsteht, aber durch die Abrechnung konkretisiert wird. Im übrigen wäre der Zeitpunkt der Einreichung der Abrechnungsunterlagen nicht vor demjenigen der Abgabe der Arzneimittel zu legen.

³²⁶ Vgl. hierzu stellvertretend: BGH, ZIP 2004, 1819, 1821; Ries, ZInsO 2003, 1079, 1083 zur Problematik der Vorausabtretung eines Kassenarztes.

entsteht. Bei der erfolgten Vorausabtretung künftiger Forderungen findet eine Vollendung des Rechtserwerbs demnach erst im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung statt.³²⁷

Zuletzt ist zwar zu bedenken, dass aufgrund der periodischen und regelmäßigen das Abrechnungssystem einem Dauerschuldverhältnis gleicht³²⁸ – denn während der Laufzeit der Abrechnung entstehen ständig neue Leistungspflichten³²⁹ - allerdings entstehen auch diese Leistungspflichten erst mit der Inanspruchnahme der jeweiligen Gegenleistung i. S. der §§ 163, 158 Abs. 1 BGB und fallen damit unter den Anwendungsbereich des § 91 Abs. 1 InsO.

Das zuvor gefundene Ergebnis gilt ebenso für die anderweitigen Forderungen des Apothekers, denn auch diese Vergütungsansprüche entstehen erst in dem Zeitpunkt, in dem der Kunde/Patient das Medikament beim Apotheker erwirbt, denn der Zahlungsanspruch des Apothekers entsteht einzig und allein durch Abschluss des jeweiligen Vertrages. Infolgedessen liegt auch ebensowenig eine anwartschaftsähnliche Position bereits im Zeitpunkt der Abtretung vor wie ein Dauerschuldverhältnis, da erst mit Vertragsschluss die Forderung entsteht. Die Vergütungen werden einzeln und jeweils mit dem Vertragspartner abgerechnet. Eine periodische Abrechnung mit denselben Personen findet gerade nicht statt.

d) Zwischenfazit zur Anwendbarkeit des § 91 InsO auf Vorausabtretungen des Apothekers

Die Zession künftiger Forderungen des Apothekers ist zwar grundsätzlich möglich, soweit sie zulässig ist. Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens findet allerdings § 91 InsO Anwendung, wodurch der Neuerwerb des Apothekers dem Insolvenzbeschlagn unterfällt.³³⁰ Infolgedessen entfällt auch ein Aus- oder Absonderungsrecht des Zessionars an Neubegründeten Forderungen innerhalb des Insolvenzverfahrens.

³²⁷ vgl. *BGH*, NJW 1984, 492; NJW 1995, 1671; MK-BGB/*Roth*, § 398 Rn. 85; BeckOK-BGB/*Rohe*, § 398 Rn.

69.

³²⁸ Wabnitz/*Janovsky*/*Janovsky*, Kapitel 11 Rn. 100 ff.

³²⁹ Zur Definition des Dauerschuldverhältnisses vergleiche Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 314 Rn. 2.

³³⁰ So auch *Vallender*, NZI 2003, 530, 531.

2. Anwendungsbereich des § 114 InsO

Das zuvor ermittelte Ergebnis könnte trotzdem ausgehebelt werden, wenn der Regelungsbereich des § 114 Abs. 1 InsO den nach § 91 InsO der Insolvenzmasse zuzuordnenden vorausabgetretenen Neuerwerb wiederum dem Insolvenzbeschlagn teilweise entzieht.

Dies setzt voraus, dass § 114 Abs. 1 InsO eine Ausnahnevorschrift zu § 91 InsO darstellt und der Anwendungsbereich des § 114 Abs. 1 InsO überhaupt einschlägig ist.

a) Verhältnis der §§ 114 Abs. 1 und 91 InsO

Das Verhältnis von der §§ 114 Abs. 1 InsO und 91 InsO ist seit jeher umstritten. Einigkeit besteht lediglich in dem Ergebnis, dass der § 114 Abs. 1 InsO im Rahmen seines Anwendungsbereichs den § 91 InsO verdrängt.³³¹

Demgegenüber besteht der Streitstand in der Wirkung des § 114 Abs. 1 InsO.

§ 114 Abs. 1 InsO wird teilweise dahingehend verstanden, dass ihm eine einschränkende (rechtsvernichtende) Wirkung zuteil wird.³³² Zur Begründung werden verschiedene Argumente herangezogen. So wird die Begründung des Regierungsentwurfes zu § 132 InsO-E, dem heutigen § 114 InsO, angeführt, die ausdrücklich klarstellte, dass Vorausabtretungen von Dienstbezügen eingeschränkt werden sollten, damit diese der Insolvenzmasse und damit den Gläubigern zur Verfügung stünden. Ebenso wurde in der Begründung des Regierungsentwurfes die Intention der Restschuldbefreiung ins Feld geführt, die bei einer gegenteiligen Auslegung des § 114 InsO als rechtserweiternd (-begründend) ins Leere laufen würde, da der Schuldner auch nach Erteilung der Restschuldbefreiung die pfändbaren Beträge seines Einkommens an den Gläubiger abführen müsste.³³³ Diesen Argumenten liegt die Ansicht zugrunde, dass Vorausabtretungen von Dienstbezügen auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam sind und nicht dem Regelungsbereich des § 91 InsO unterfallen. Diese Wirksamkeit wird ihrerseits damit begründet, dass Dienstbezüge als betagte

³³¹ *BGH*, NJW 2006, 2485, 2486; zustimmend auch *BGH*, NJW-RR, 860.

³³² *Dobmeier*, NZI 2006, 144, 148; *Flöther/Bräuer*, NZI 2006, 136, 142; *Branz*, ZInsO 2004, 1185, 1187; *Fliegner*, EWiR 2004, 121, 122; *MK-InsO/Löwe/Caspers*, § 114 Rn. 1 ff.; *Uhlenbruck/Berscheid*, InsO, § 114 Rn. 3.

³³³ BT-Dr 12/2443, S. 150 f.; allerdings befasst sich Gesetzesbegründung nicht mit einer etwaigen Unwirksamkeit der zedierten Ansprüche nach § 91 InsO.

Forderungen aus dem Dauerschuldverhältnis bei Abschluss des Dienstvertrages entstehen, allerdings bis zur Erbringung der Dienste gestundet sind, und § 91 Abs. 1 InsO aufgrund des Rechtserwerbs vor Insolvenzeröffnung nicht einschlägig ist.³³⁴

Diese Argumentation ist jedoch nicht schlüssig; vielmehr muss § 114 Abs. 1 InsO eine erweiternde (rechtsbegründende) Wirkung zugeschrieben werden. Denn Vorauszessionen von Dienstbezügen sind dem Anwendungsbereich des § 91 InsO unterworfen; dies führt zu einer Unwirksamkeit nach Verfahrenseröffnung.³³⁵ Dieses Ergebnis folgt aus dem Rechtsgedanken des § 614 S. 1 BGB, wonach Bezüge aus einem Dienstverhältnis in dem Zeitpunkt entstehen, in dem die Dienste erbracht werden.³³⁶ Eine Stundung der Vergütung liegt demnach gerade nicht vor,³³⁷ denn eine Forderung aus einem Dauerschuldverhältnis entsteht erst mit Inanspruchnahme der Gegenleistung.³³⁸ Somit wird ein Anspruch zwar im Zeitpunkt des Vertragsschlusses begründet, aber letztlich aufschiebend bedingt bis zum Zeitpunkt der Erbringung der Dienste. Zur Widerlegung der Begründung der gegenteiligen Auffassung ist weiterhin anzuführen, dass der Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26.10.2001³³⁹ klargestellt hat, dass er von einer grundsätzlichen Unwirksamkeit von Vorausabtretungen von Dienstbezügen ausgeht.³⁴⁰ Ohnehin ist zur Einordnung des Verhältnisses von §§ 91 und 114 InsO anzuführen, dass eine beschränkende Wirkung des § 114 InsO bereits ausscheidet, da dessen Regelungsgehalt vor diesem Hintergrund überflüssig wäre. Denn die Unwirksamkeit von Vorausabtretungen stellt

³³⁴ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 147; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 10.24 Fn. 80; *Ries*, ZInsO 2003, 1079, 1080.

³³⁵ So im Ergebnis wohl *BGH*, NJW 2006, 2485, 2486; zustimmend auch *BGH*, NJW-RR, 860; *Sander*, ZInsO 2003, 1129, 1131 f.; *Wegener/Köpke*, ZVI 2003, 382; *Gundlach*, Anm. zu *BGH*, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 247/03, NZI 2006, 457, 460; MK-InsO/*Löwisch/Caspers*, § 114 Rn. 2; *Nerlich/Römermann/Kießner*, InsO, § 114 Rn. 12; *Braun/Kroth*, InsO, § 114 Rn. 1; *Andres/Leithaus/Andres*, InsO, § 114 Rn. 1; *HK-InsO/Linck*, § 114 Rn. 1; *Runkel*, ZVI 2007, 45, 51.

³³⁶ Im Ergebnis regelt § 614 S. 1 BGB eine Vorleistungspflicht des Dienstverpflichteten (vgl. *ErfurterKomm/Preis*, BGB, § 614 Rn. 1.).

³³⁷ *ErfurterKomm/Preis*, BGB, § 614 Rn. 1.

³³⁸ Vgl. *BGH*, ZIP 1997, 513 zum Mietverhältnis, der in Anwendung von *RGZ*, 142, 291, 295 die entwickelten Grundsätze zum Dauerschuldverhältnis Mietauch auf das Dienstverhältnis für anwendbar erklärt.

³³⁹ BGBI I, S. 2710.

³⁴⁰ So begründete der Gesetzgeber die Änderung des § 114 Abs. 1 InsO damit, dass wenn man die Wohlverhaltensperiode auf fünf Jahre verkürzen würde, ohne den Zeitraum der Wirksamkeit von Gehaltsabtretungen (von drei auf zwei Jahre) zu reduzieren, der pfändbare Teil des Einkommens des Schuldners den ungesicherten Gläubigern nur zwei Jahre zur Verfügung stehen würde. Diesen Ausführungen liegt also das Verständnis zugrunde, dass die Abtretung grundsätzlich unwirksam ist und die Dienstbezüge damit eigentlich dem Insolvenzbeschlagn unterfallen. §§ 114 InsO soll diese Wirkung dagegen aushebeln.

bereits § 91 InsO in einer über den Anwendungsbereich des § 114 InsO hinausgehenden Art und Weise sicher.³⁴¹

b) Anwendbarkeit des § 114 Abs.1 InsO auf Vorauszessionen des Apothekers

§ 114 Abs. 1 InsO ordnet an, dass eine Vorausabtretung des Schuldners von Forderungen aus einem Dienstverhältnis vor Insolvenzeröffnung, für die Zeit nach Insolvenzeröffnung wirksam ist, soweit sich diese Verfügung auf die Zeit vor Ablauf von zwei Jahren nach dem Ende des zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Kalendermonats bezieht. Da sich der Begriff Dienstverhältnis zumindest im Ausgangspunkt an demjenigen des Dienstverhältnisses nach §§ 611 ff. BGB orientiert,³⁴² scheidet eine Anwendung des § 114 InsO auf Ansprüche des Apothekers grundsätzlich in den Bereichen aus, in denen Forderungen aufgrund eines Kaufvertrages entstehen – also bei den unmittelbaren Ansprüchen gegenüber den Kunden/Patienten – da Entgelte aus Verkäufen von Arzneimitteln als Anspruchsinhalt ohnehin keine Vergütungen für Dienstleistungen darstellen.³⁴³

Allerdings besteht ein Dienstverhältnis, wie bereits ausgeführt,³⁴⁴ zwischen Apotheker und GKV, wenn dieser bei der Verwirklichung des Sachleistungsprinzips zugunsten der GKV Arzneimittel an die Mitglieder der GKV abgibt und hierdurch einen Vergütungsanspruch erlangt. Freilich erscheint problematisch, dass der Apotheker Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit bezieht. Deren Einordnung in den Regelungsbereich des § 114 Abs. 1 InsO und damit dessen Anwendbarkeit im Hinblick auf die Einkünfte aus einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit war lange Zeit höchst umstritten. Der Streit entzündete sich vor allem am Tatbestandsmerkmal der Bezüge aus einem Dienstverhältnis. Diskussionen herrschten sowohl zwischen Rechtsprechung und Literatur, als auch innerhalb dieser beiden Gruppen selbst. Während der BGH und Teile der Literatur aufgrund des Wortlautes des § 114 Abs. 1 InsO und dem hier hinter stehenden gesetzgeberischen Willen dessen Anwendbarkeit auf Tätigkeiten Selbstständiger verneinten (letztlich den Begriff der Dienstbezüge in § 850 Abs. 2 ZPO und § 114 InsO unterschiedlich auslegten),³⁴⁵ nahm das OLG Düsseldorf³⁴⁶ und

³⁴¹ Vgl. dazu *BGH*, NJW 2006, 2485, 2487 mit Anm. *Gundlach*, NZI 2006, 457, 460.

³⁴² *Uhlenbruck/Berscheid/Ries*, InsO, § 114 Rn. 5.

³⁴³ *Thomas/Putzo/Hüßtege*, ZPO, § 850 Rn. 7b.

³⁴⁴ Vgl. dazu bereits oben unter § 2 E. II. 3.

³⁴⁵ *BGH*, ZVI 2005, 200, 201; *Uhlenbruck/Berscheid*, InsO, § 114 Rn. 6; *Nerlich/Römermann/Kießner*, InsO, § 114 Rn. 54; *Braun/Kroth*, InsO, § 114 Rn. 2; *Tetzlaff*, ZInsO 2005, 393, 400 f.; *Sander*, ZInsO 2003, 1129, 1132; *Ries*, ZInsO 2003, 1079, 1083; *Vallender*, NZI 2003, 530, 531 f.; *Wegener/Köpke*, ZVI 2003, 382 ff.; *Runkel*,

andere Teile der Literatur³⁴⁷ in Anlehnung an eine andere Entscheidung des BGH³⁴⁸ an, dass die Anwendungsbereiche der §§ 114 Abs. 1 InsO und § 850 Abs. 2 ZPO dahingehend übereinstimmen, dass eine weite Auslegung des Begriffs Bezüge aus einem Dienstverhältnis vorzunehmen ist und daher Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit als Dienstbezüge zu qualifizieren sind und ähnlich wie diese als Arbeitseinkommen im Sinne des § 850 Abs. 2 InsO verstanden werden können.

Schlussendlich hat der BGH³⁴⁹ diesen lange schwellenden Streit zwar dahingehend entschieden, dass § 114 Abs. 1 InsO auf (sicherungshalber erfolgte) Vorausabtretungen von gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen Selbstständiger (und damit auch des Apothekers) keine Anwendung findet; eine Entscheidung, ob hierin Bezüge aus einem Dienstverhältnis zu sehen sind, aber offen gelassen.³⁵⁰ Vielmehr hat der BGH herausgearbeitet, dass die Anwendbarkeit des § 114 Abs. 1 InsO auf Vergütungsansprüche aus selbstständiger Tätigkeit unabhängig von der Einordnung dieser Tätigkeit als selbstständig oder unselbstständig zu erfolgen hat; entscheidend sei letztlich die Zielrichtung des § 114 Abs. 1 InsO, der auf die Beseitigung eines Rangkonfliktes zugunsten von Masse- und Insolvenzgläubigern ausgerichtet ist.³⁵¹ Infolgedessen ist darauf abzustellen, ob eine Wertschöpfung für die Masse ohne kostenträchtige Infrastruktur ausschließlich mit der Arbeitskraft des Schuldners bewirkt wird – in diesem Fall wäre § 114 Abs. 1 InsO anwendbar, da dieser nur mögliche, jedoch nicht erzwingbare Massemehrungen durch dienstleistende Tätigkeit für die Dauer von zwei Jahren aus der Haftungsmasse der Insolvenzgläubiger ausnimmt – oder eine personelle und/oder sachliche Infrastruktur erforderlich ist, die ab Verfahrenseröffnung von der Insolvenzmasse zu tragen ist³⁵² - diese Konstellation würde die Forderungen dem Anwendungsbereich des § 114 Abs. 1 InsO entziehen, da anderenfalls eine Fortführung der selbstständigen Tätigkeit und letztlich auch

Festschrift für Gerhardt, S. 839, 848 ff.; *Gundlach*, Anm. zu BGH, NZI 2006, 457, 460; *Kießner*, Anm. zu BGH, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 247/03, FD-InsR 2006, 187443; *Runkel*, ZVI 2007, 45, 51.

³⁴⁶ *OLG Düsseldorf*, ZVI 2004, 32, 33.

³⁴⁷ *MK-InsO/Löwisch/Caspers*, § 114 Rn. 4; *HambKomm/Ahrendt*, § 114 Rn. 3; *Uhlenbruck*, ZVI 2002, 49, 50; *Nerlich/Römermann/Kießner*, InsO, § 114 Rn. 17; *FrankfurterKomm/Eisenbeis*, § 114 Rn. 5; *Uhlenbruck/Berscheid*, InsO, § 114 Rn. 9.

³⁴⁸ *BGH*, NJW 1986, 2362.

³⁴⁹ *BGH*, NJW 2006, 2485, 2487.

³⁵⁰ Vgl. *BGH*, NJW 2006, 2485, 2486, der den oben aufgeworfenen Streit dahinstehen lässt und stattdessen die Anwendbarkeit des § 114 Abs. 1 InsO auf Bezüge des Kassenarztes gegen die kassenärztliche Vereinigung ablehnt; bestätigend *BGH*, BeckRS 2010, 6071; Anmerkung zu *BGH*, Urteil v. 18.2.2010 – IX ZR 61/09, BeckRS 2010, 6071, NJW-Spezial 2010, 438. So auch *Gundlach*, Anm. *BGH*, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 247/03, NZI 2006, 457, 460.

³⁵¹ *Uhlenbruck/Berscheid/Ries*, InsO, § 114 Rn. 6.

³⁵² *Uhlenbruck/Berscheid/Ries*, InsO, § 114 Rn. 7, 8.

der Apotheke im Insolvenzverfahren nahezu unmöglich wäre. Denn § 114 Abs. 1 InsO würde bewirken, dass eine Abtretung der zukünftigen Forderungen des Apothekers zwei Jahre nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam wäre, mit der Folge, dass trotz Fortführung keine Einnahmen zugunsten der Insolvenzmasse generiert werden könnten. Um eine Masseminderung und letztlich eine Haftung nach §§ 60, 61 InsO zu vermeiden, müsste der Insolvenzverwalter sämtliche Verträge gem. § 103 ff. InsO beenden, denn ohne Neuerwerb im Rahmen der Fortführung ist kein kostendeckender Betrieb der Apotheke möglich. Letztlich käme also die Anwendbarkeit faktisch einem Schließungszwang der Apotheke gleich.³⁵³ Dieses Ergebnis wird ebenfalls von dem Gedanken getragen, dass im Falle der Anwendbarkeit des § 114 Abs. 1 InsO der dann gesicherte Zessionar tatsächlich keine Sicherung besäße, da die vorausgedachten Forderungen durch die Schließung der Apotheke und der damit verbundenen Beendigung der wirtschaftlichen Tätigkeit kein Neuerwerb stattfinden würde.³⁵⁴ Diese Schutzfunktion der Masse kann auch nicht durch den Regelungsgehalt der §§ 36 Abs. 1 InsO, 850f ZPO hergestellt und damit die vorherige Argumentation widerlegt werden,³⁵⁵ indem ein die Kosten der Fortführung deckender Freibetrag gewährt wird. Denn der Pfändungsschutz kommt ausschließlich dem schuldnerischen Apotheker zugute, indem das insolvenzfremde von § 35 InsO ausgenommene Vermögen bestimmt wird und nicht der Insolvenzmasse und den dahinter stehenden Gläubigern.³⁵⁶

Im Ergebnis kann aus der unterschiedlichen Auslegung des Begriffs Dienstbezüge aus § 114 Abs. 1 InsO und 850 Abs. 2 ZPO auch kein Nährboden für eine Kritik gezogen werden – dies kommt insbesondere deshalb in Betracht, weil die Gegenmeinung sich einer ursprünglichen BGH Rechtsprechung³⁵⁷ verbunden fühlte, die die Anwendbarkeit des § 850 Abs. 2 ZPO auf die Ansprüche eines Kassenarztes gegen die kassenärztliche Vereinigung annahm – da eine unterschiedliche Auslegung auf der Grundlage legitimiert ist, dass § 850 ZPO dem Schuldner einen der Pfändung entzogenen Anteil an Vergütungen für Dienstleistungen sichere, die seine

³⁵³ So im Ergebnis auch *BGH*, NJW 2006, 2485, 2487 für die Ansprüche des Arztes gegen die kassenärztliche Vereinigung und dieses Urteil bestätigend *BGH*, BeckRS 2010, 6071 ebenfalls zu Ansprüchen des Arztes und Anmerkung zu *BGH*, Urteil v. 18.2.2010 – IX ZR 61/09, BeckRS 2010, 6071, NJW-Spezial 2010, 438.

³⁵⁴ so im Ergebnis wohl auch *Runkel*, ZVI 2004, 45, 51, der annimmt, dass die §§ 850 ZPO und 114 InsO unterschiedlich ausgelegt werden müssen, da ansonsten ausschließlich Einzelgläubiger geschützt wurden, da § 114 InsO auf Einkünfte Selbstständiger Anwendung fände, und demnach gerade das Umgekehrte von dem erreicht würde, was § 850 ZPO zu schützen beabsichtigt.

³⁵⁵ So *Uhlenbruck*, ZVI 2002, 49, 53.

³⁵⁶ So im Ergebnis auch *BGH*, NJW 2006, 2485, 2487 für die Ansprüche des Arztes gegen die kassenärztliche Vereinigung.

³⁵⁷ *BGH*, NJW 1986, 2362.

Existenzgrundlage bilden, während § 114 Abs. 1 InsO nur pfändbares Vermögen des Schuldners betrifft.³⁵⁸

Der zuvor dargestellte lange schwelende Streit und die mit der BGH Entscheidung einhergehende Kritik³⁵⁹ wird allerdings demnächst durch den Entwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen,³⁶⁰ das die zweite Stufe der Reformarbeiten zum Insolvenzrecht darstellt, obsolet. Denn der Entwurf sieht vor, den § 114 InsO vollständig abzuschaffen, um die Rechte der ungesicherten Gläubiger zu stärken und gleichzeitig die Verteilungsgerechtigkeit zu erhöhen.³⁶¹ Hierdurch wird letztlich ebenfalls die Abwicklung des Insolvenzverfahrens um die Prüfung der Wirksamkeit etwaiger Zessionen aus Dienstbezügen erleichtert.³⁶²

3. Fazit

Eine Vorausabtretung des Apothekers von gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen ist, soweit die Zession zulässig ist und nicht an § 134 BGB scheitert, grundsätzlich wirksam. Im Falle der Insolvenzeröffnung findet § 91 InsO Anwendung, weshalb beim gestreckten Rechtserwerb künftiger Forderungen auf das Entstehen der Forderungen abzustellen. § 91 InsO bleibt unberührt, wenn die Forderung vor Insolvenzeröffnung entsteht. Diese Forderung wird demnach nicht vom Insolvenzbeschluss erfasst. Anders ist die Rechtslage, wenn die Forderung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entsteht. Hier ist der Regelungsbereich des § 91 InsO betroffen und damit der Rechtserwerb ausgeschlossen. Dies führt dazu, dass diese Forderung Bestandteil der Insolvenzmasse ist. Dieses Ergebnis ist auch § 114 Abs. 1 InsO nicht im Stande zu verändern, da er auf Forderungen der Apothekers keine Anwendung findet.

³⁵⁸ BGH, NJW 2006, 2485, 2488; Nerlich/Römermann/Kießner, InsO, § 114 Rn. 57; Andres/Leithaus/Andres, InsO, § 114 Rn. 2.

³⁵⁹ MK-InsO/Löwisch/Caspers, § 114 Rn. 4, die Anführen, dass der Zweck des § 114 Abs. 1 InsO, Erwerbstätigen zu ermöglichen, ihre künftigen Bezüge als Kreditunterlage einzusetzen, lässt keine Unterscheidung zwischen erforderlicher Infrastruktur zur Massegenerierung oder ausschließlicher Arbeitskraft des Schuldners zu, da auch der Freiberufler häufig nur diese Einkünfte als Kreditsicherungsmittel zur Verfügung steht. Auch das der Verwalter zur Beendigung sämtlicher Verträge gezwungen wäre sei kein Gegenargument, da dieser diese Folge in den Verhandlungen mit dem Zessionar in die Waagschale werfen kann.

³⁶⁰ Abrufbar unter www.zip-online.de/volltexte.html mit Datum 18.1.2012.

³⁶¹ RegE, S. 25 f.

³⁶² Laorche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender, ZIP 2012, S. 558, 566.

IV. Massereduzierung - Aufrechnung durch die GKV

Im Rahmen der Einkünfte des Apothekers aus seiner selbstständigen Tätigkeit steht der Insolvenzmasse gem. § 35 Abs. 1 InsO grundsätzlich sämtlicher Neuerwerb zu, wodurch es letztlich zu einer Massenanreicherung kommt. Demgegenüber kann eine Massereduzierung infolge von zulässigen Aufrechnungen insbesondere der GKV erfolgen, indem diese mit eigenen Forderungen gegen Vergütungsansprüche des Apothekers aufrechnet. Vor allem in Betracht zu ziehen ist eine Aufrechnung der GKV mit Zuzahlungen der Patienten/Kunden oder mit einem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch der GKV aufgrund von Retaxationen.³⁶³ Die Wirksamkeit der verschiedenen Aufrechnungslagen steht allerdings unter dem Vorbehalt des § 96 InsO in seinen unterschiedlichen Varianten.

1. Aufrechnung der GKV mit Zuzahlungen der Patienten/Kunden

Gem. § 43b SGB V haben die Apotheker die Verpflichtung, anstelle einer gesonderten Abführung der Zuzahlungen an die GKV diese von ihrem Vergütungsanspruch gegenüber der GKV abzuziehen. In der Insolvenz des Apothekers ist für Aufrechnungen allerdings § 96 Abs. 1 InsO heranzuziehen.

Etwas anderes würde nur gelten, wenn im Abrechnungsverfahren keine Aufrechnung, sondern eine hiervon zu unterscheidende Anrechnung stattfinden würde,³⁶⁴ die nicht unter den Regelungsbereich des § 96 InsO fällt. Dies könnte aus dem Regelungsgehalt des § 43b Abs. 1 SGB V hergeleitet werden, wonach der Apotheker verpflichtet ist, seinen Vergütungsanspruch mit den Zuzahlungen zu verrechnen. Infolgedessen ist es zwar naheliegend, in dem Anspruch der GKV auf die Zuzahlung keine selbstständige Forderungen, sondern lediglich einen unselbstständigen Rechnungsposten der von dem Vergütungsanspruch in Abzug zu bringen ist (eine einer Kontokorrentabrede nach § 355 HGB gleichstehende Rechtslage), zu sehen, wodurch der Vergütungsanspruch von vornherein lediglich in der Höhe entstände, die er nach der Verrechnung aufweist. Allerdings verkennt eine solche Einordnung, dass die GKV Inhaberin des Anspruchs auf Zuzahlung ist;³⁶⁵ der Apotheker hat lediglich eine gesetzliche Einziehungspflicht und –befugnis,³⁶⁶ wohingegen die GKV das

³⁶³ Natürlich sind darüber hinaus auch weitere Aufrechnungslagen denkbar, die allerdings keine apothekenrechtlichen Besonderheiten darstellen und ohnehin den allgemeinen Aufrechnungsregeln in einem Insolvenzverfahren folgen.

³⁶⁴ MK-BGB/Schlüter, § 387 Rn. 50.

³⁶⁵ Krauskopf/Wagner, SGB V, § 31 Rn. 31; Becker/Kingreen/Sichert, SGB V, § 43b Rn. 5.

³⁶⁶ BT-Drs. 12/3608, 82; BT-Drs. 16/2474, 19.

Inkassorisiko trägt.³⁶⁷ Der Apotheker ist gem. § 43b S. 1 SGB V lediglich zum Forderungseinzug und zur Verrechnung i.S. einer Aufrechnung verpflichtet.³⁶⁸ Somit hat die GKV einen eigenständigen Anspruch gegenüber dem Versicherten, der sich letztlich durch die Einziehung des Apothekers in einen Anspruch aus § 675 BGB gegenüber dem Apotheker umwandelt. Folglich bestehen zwei selbstständige Forderungen nebeneinander (der Vergütungsanspruch des Apothekers einerseits und der Anspruch auf Herausgabe der Zuzahlung andererseits).

Demzufolge ist eine Aufrechnung von Zuzahlungen und Vergütungsanspruch in der Insolvenz des Apothekers unter dem Gesichtspunkt des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu beurteilen. Danach ist die Aufrechnung unzulässig, wenn die Aufrechnungslage nicht bereits zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestand,³⁶⁹ also die Vergütungsverpflichtung der GKV gegenüber dem Apotheker erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten ist, während ihr Anspruch auf Herausgabe der Zuzahlungen bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestand. Eine Aufrechnungslage setzt die Wirksamkeit der Gegenforderung, d.h. Vollwirksamkeit und Fälligkeit, einerseits sowie die Erfüllbarkeit der Hauptforderung andererseits, voraus.³⁷⁰ Der Anspruch auf Herausgabe der Zuzahlung wird fällig, wenn die Abgabe des Arzneimittels erfolgt.³⁷¹ Demgegenüber wird der Vergütungsanspruch des Apothekers gem. §§ 12 Abs. 1 ALV, 271 Abs. 2 BGB erst am zehnten Tag nach Vorlage der Abrechnung bei der GKV fällig, so dass erst in diesem Zeitpunkt die Begründung einer Aufrechnungslage angenommen werden könnte, die – wenn dieser Zeitpunkt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegt – zur Unzulässigkeit der Aufrechnung führen würde. Nichtsdestotrotz bleibt eine Aufrechnung zulässig, da der Anspruch des Apothekers auf Vergütung für die Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln dem Grunde nach ebenso wie der Zuzahlungsanspruch im Zeitpunkt der Arzneimittelabgabe entsteht,³⁷² mithin erfüllbar ist. Somit ist die Gegenforderung (Zuzahlung) vollwirksam und fällig im Zeitpunkt der Abgabe des Arzneimittels; gleiches gilt für die Hauptforderung (Vergütungsanspruch), die in diesem Zeitpunkt erfüllbar, da dem Grunde nach entstanden, ist. Demnach liegt eine wirksame Aufrechnungslage im Zeitpunkt

³⁶⁷ BeckOK-SGB V/Schnitzler, § 43b Rn. 13ff.

³⁶⁸ BSG, Urt. v. 07.12.2006 – B 3 KR 29/05, BeckRS 2006, 40135; Krauskopf/Wagner, SGB V, § 43b Rn. 7; BT-Drs. 12/3608, 82.

³⁶⁹ Uhlenbruck/Sinz, InsO, § 96 Rn. 4.

³⁷⁰ Palandt/Grüneberg, BGB, § 387 Rn. 11f.

³⁷¹ Becker/Kingreen/Sicher, SGB V, § 43b Rn. 6.

³⁷² BSG, BeckRS 2006, 43696; SG Darmstadt, BeckRS 2011, 78913.

der Arzneimittelabgabe vor,³⁷³ liegt dieser vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ist eine Aufrechnung somit zulässig.

2. Aufrechnung der GKV mit öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüchen aufgrund von Retaxationen

Gem. § 17 ALV kann die GKV die vom Apotheker geltend gemachten Vergütungsansprüche innerhalb von zwölf Monaten berichtigen, in dem die Abgabe des Arzneimittels erfolgte (Retaxierung). Aufgrund einer solchen Retaxierung steht der GKV ein öffentlich-rechtlich Erstattungsanspruch zu.³⁷⁴

Insofern wirft dies die Frage auf, inwieweit die GKV mit ihrem Erstattungsanspruch gegen den Vergütungsanspruch des Apothekers aufrechnen kann und ob gegebenenfalls die Regelung des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO Anwendung findet;³⁷⁵ dasselbe gilt für eine etwaige Aufrechnung des Rechenzentrums gegenüber dem Apotheker für zu Unrecht gezahlte Vorschüsse auf die spätere Vergütung.

Auch hier könnte zunächst eine Unanwendbarkeit der Regelung des § 96 InsO angenommen werden, da keine Auf-, sondern eine Anrechnung, bei der lediglich ein Rechnungsposten in Abzug gebracht wird, stattfindet. Zutreffend kann dies angenommen werden, soweit eine sachlich-rechnerische Richtigstellung für einen noch nicht abgerechneten Zeitraum erfolgt, denn der Vergütungsanspruch des Apothekers entsteht in diesem Fall von vornherein gemindert, da ein Anspruch auf Vergütung zu Unrecht abgerechneter Leistungen gem. § 17 ALV nicht besteht.³⁷⁶ Dies ist bereits der Tatsache geschuldet, dass der Vergütungsanspruch des Apothekers unter der aufschiebenden Bedingung der Einhaltung der maßgeblichen Abrechnungsbestimmung steht.³⁷⁷ Demgegenüber stellt der Erstattungsanspruch von überbezahlter Vergütung, der aufgrund einer sachlich-rechnerischen Richtigstellung entsteht, eine eigenständige Erstattungsforderung, weshalb freilich eine Aufrechnungslage mit zwei selbstständigen Forderungen besteht, dar, soweit bereits eine Abrechnung erfolgt ist und

³⁷³ Siehe zu den Voraussetzungen der Aufrechnungslage (Wollwirksamkeit und Fälligkeit der Gegenforderung und Erfüllbarkeit der Hauptforderung) Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 387 Rn. 11f.

³⁷⁴ So z. B. *BSG*, SozR 4-2500, § 129 Nr. 5.

³⁷⁵ Eine ähnliche Problematik hat sich jahrelang im Bereich der kassenärztlichen Abrechnung gegenüber dem Kassenarzt gestellt, die letztlich vom *BSG*, SozR 4-2500, § 85 Nr. 62 abschließend gelöst wurde.

³⁷⁶ So für den Kassenarzt *BSG*, SozR 4-2500, § 85 Nr. 62 Rn. 16.

³⁷⁷ *BSG*, BeckRS 2006, 43696; *SG Darmstadt*, BeckRS 2011, 78913.

nunmehr eine nachträgliche Korrektur erfolgt.³⁷⁸ Denn es besteht grundsätzlich kein Zusammenhang zwischen der Erstattungsforderung der GKV als Folge von Abrechnungskorrekturen zurückliegender Abrechnungszeiträume und den später entstandenen Vergütungsansprüchen des Apothekers.³⁷⁹

Letzten Endes ist auch bei einer Aufrechnung der GKV mit Erstattungsansprüchen – ebenso wie für ein Rechenzentrum - § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu berücksichtigen. Die Regelung des § 95 InsO kann dieses Ergebnis nicht aufweichen. Denn hierzu müssten die Forderungen bereits im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung jedenfalls im Kern rechtlich begründet gewesen sein, was in den Anwendungsfällen des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO jedoch ausgeschlossen ist. Eine Aufrechnung von Erstattungsansprüchen mit späteren Vergütungsansprüchen ist daher gem. § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO unzulässig, soweit der Vergütungsanspruch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet wurde und der Erstattungsanspruch seinen Ursprung in einer Abrechnung hatte, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattgefunden hat.

V. Masseanreicherung – Anfechtung einer Globalzession an eine Rechenzentrum

Die insolvenzrechtliche Anfechtung dient der Wiederherstellung des Bestandes des den Gläubigern haftenden Schuldnervermögens, indem sachlich ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht werden, die insbesondere in der Zeit der Krise vor der Verfahrenseröffnung zum Nachteil der Gläubiger vorgenommen worden sind und somit die spätere Insolvenzmasse verkürzt haben.³⁸⁰ Denn während im Insolvenzverfahren der Massebestand gesichert wird, indem es nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Verfügungen des Schuldners (§§ 81, 82 InsO) und Maßnahmen der Insolvenzgläubiger verbietet (§§ 87, 89, 91) sowie Masseschmälerungen ausschließlich in bestimmten Konstellationen - insbesondere Aus- und Absonderung (§§ 47 ff.), Aufrechnung (§§ 94 ff.), Tilgung von Masseverbindlichkeiten (§§ 53 ff.) – zulässt, findet ein Schutz von Masseminderungen durch Rechtshandlungen vor Insolvenzeröffnung, die grundsätzlich wirksam sind, durch die Insolvenzanfechtung statt.³⁸¹ Mithin stellt diese ein Mittel zur Anreicherung der Masse und Gegenmittel für die Massearmut von Insolvenzen dar.³⁸²

³⁷⁸ So für den Kassenarzt *BSG*, SozR 4-2500, § 85 Nr. 62 Rn. 16.

³⁷⁹ So für den Kassenarzt *BSG*, SozR 4-2500, § 85 Nr. 62 Rn. 17.

³⁸⁰ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, Vor § 129 ff. Rn. 1; Gottwald/*Huber*, Insolvenzschriftsteller, § 46 Rn. 3.

³⁸¹ Gottwald/*Huber*, Insolvenzschriftsteller, § 46 Rn. 1.

³⁸² Gottwald/*Huber*, Insolvenzschriftsteller, § 46 Rn. 3.

Da Globalzessionen des Apothekers an ein Rechenzentrum grundsätzlich - an andere Zessionare nur ausnahmsweise - wirksam sind³⁸³ und nur Forderungen, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind von § 91 InsO erfasst werden, mithin dem Vermögen des Schuldners verbleiben,³⁸⁴ ist der Vermögensabfluss im Vorfeld der Insolvenzeröffnung nur über das Rechtsinstitut der Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO zu verhindern. Anfechtbar ist dabei neben der Abtretung – diese wird in der Regel scheitern, da sie entweder außerhalb des anfechtungsrelevanten Zeitraums erfolgt ist oder der Insolvenzverwalter seiner Darlegungs- und Beweislast für die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Anfechtungstatbestände nicht gerecht werden kann - auch das Werthaltigmachen der zedierten Forderungen. Diesbezüglich hat der BGH³⁸⁵ in seiner Grundsatzentscheidung dargestellt, dass das Werthaltigmachen zukünftiger Forderungen aus Globalzessionen als selbstständige Rechtshandlung anfechtbar ist, wenn es dem Vertragsschluss zeitlich nachfolgt; insoweit handelt es sich ebenfalls um eine kongruente Deckung wie die Abtretung an sich. Für die anfechtungsrechtliche Beurteilung ist dabei auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem die zukünftigen Forderungen begründet worden sind.³⁸⁶ Wie bereits ausgeführt, entsteht der Vergütungsanspruch gegenüber der GKV in dem Zeitpunkt der Abgabe des Arzneimittels, ebenso wie die übrigen Ansprüche des Apothekers im Zeitpunkt der Medikamentenabgabe und dem dazugehörigen Vertragsschluss entstehen.³⁸⁷ Allerdings werden die Forderungen erst werthaltig, wenn die Fälligkeit der Vergütung herbeigeführt wird.³⁸⁸ Während Forderungen gegenüber den Patienten/Kunden gem. § 271 Abs. 1 BGB im Zweifel sofort fällig sind, folgt aus §§ 12 Abs. 1 ALV, 271 Abs. 2 BGB, dass die Ansprüche gegenüber der GKV am zehnten Tag nach Eingang der Rechnung zur Begleichung fällig sind. Da anfechtungsrelevanter Zeitpunkt gem. § 140 Abs. 1 InsO derjenige ist, in dem die Forderung werthaltig gemacht wurde, wäre auf die Regelung der §§ 271 Abs. 1 oder 2 BGB in den verschiedenen Konstellationen abzustellen. Allerdings stellt § 140 Abs. 3 InsO klar, dass bei bedingten oder befristeten Rechtshandlungen der Eintritt der Bedingung oder des Termins außer Betracht bleibt. Zwar scheidet eine unmittelbare Anwendung des § 140 Abs. 3 InsO auf die Vergütungen des Apothekers gegenüber der GKV aus, da dieser Anspruch öffentlich-rechtlicher Natur ist und § 140 Abs. 3 InsO auf zivilrechtliche Sachverhalte Anwendung findet,³⁸⁹ allerdings kommt eine

³⁸³ Vgl. dazu unter § 2 E. II. 1. a)

³⁸⁴ Vgl. dazu unter § 2 E. III.

³⁸⁵ *BGH*, ZInsO 2008, 89.

³⁸⁶ *BGH*, ZInsO 2008, 89, 90.

³⁸⁷ Vgl. dazu vorstehend unter § 2 E. I.

³⁸⁸ *BGH*, BeckRS 2008, 14400 Rn. 20 ff.

³⁸⁹ *BGHZ*, 167, 11, 17; 170, 196, 204; MK-InsO/*Kirchhof*, § 140 Rn. 50.

entsprechende Anwendung auf diese Sachverhalte in Betracht (dies gilt nicht für die Anwendung auf Ansprüche gegen die Kunden/Patienten selbst). Denn der Apotheker hat mit der Abgabe der Arzneimittel (Erbringung seiner Leistung) und der Vorlage der Abrechnungsunterlagen alles ihm Mögliche für seinen Vergütungsanspruch gegen die GKV getan, mithin eine dem Anwartschaftsrecht aus einem bedingten Rechtsgeschäft vergleichbare Rechtsposition erlangt.³⁹⁰ Dies wird auch durch die Tatsache gestützt, dass der Vergütungsanspruch des Apothekers unter der aufschiebenden Bedingung der Einhaltung der maßgeblichen Abrechnungsbestimmungen steht,³⁹¹ denn hierin kommt zum Ausdruck, dass der ordnungsgemäßen Abrechnung durch den Apotheker ein besonderer Wert entgegengebracht wird, der es rechtfertigt, in dem Zeitpunkt ein Anwartschaftsrecht des Apothekers zu begründen, in dem er alles ihm Mögliche getan hat, um seinen Vergütungsanspruch zu begründen.

Dieser Rechtsgedanke gebietet es daher nicht auf den Zeitpunkt der §§ 12 Abs. 1 ALV, 271 Abs. 2 BGB abzustellen, sondern für ein Werthaltigmachen bereits auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Apotheker alles ihm Mögliche getan hat, um seinen Vergütungsanspruch zu erhalten.

VI. Ergebnis zu Einkünften des Apothekers als Insolvenzmasse

Der Apotheker generiert Einkünfte aus verschiedenen Tätigkeitsfeldern und gegenüber unterschiedlichen Debitoren. Aus der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gegenüber der GKV oder bei Nutzung eines Rechenzentrums als Vorfinanzierer gegenüber diesem. Ansonsten gegenüber den Patienten/Kunden direkt oder bei Zahlung mit ec-Karte im POS-Verfahren gegenüber der Bank.

Diese Forderungen unterliegen unabhängig von ihrer Abtretbarkeit keinem Pfändungsschutz aus §§ 36 Abs. 1 S. 1 InsO, 851 ZPO. Ebenso wenig greifen die Vorschriften der §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850a Nr. 3 ZPO zugunsten des Apothekers ein. Letztlich kann ein Pfändungsschutz für Forderungen gegenüber der GKV von Amts wegen über die §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850

³⁹⁰ Vgl. dazu *BSG*, BeckRS 2010, 69929, Rn. 31, zum kassenärztlichen Vergütungsanspruch gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung, dessen Gedanken ohne weiteres auf diese Forderungen des Apothekers übertragbar sind. Hierin ist kein Widerspruch zu *BGH*, NJW 2006, 2845 zu sehen, da dieser ebenfalls wie das *BSG* darauf abstellt, dass ein Anspruch des Vertragsarztes dem Grunde nach entsteht, soweit die Leistung erbracht wurde und die Höhe und Fälligkeit durch das Abrechnungsverfahren konkretisiert wird.

³⁹¹ *BSG*, BeckRS 2006, 43696; *SG Darmstadt*, BeckRS 2011, 78913.

Abs. 1, Abs. 2 ZPO und für Forderungen gegenüber den übrigen Drittschuldern aus §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850i ZPO auf Antrag des Apothekers erlangt werden.

Im Rahmen von Vorausabtretungen findet § 91 InsO Anwendung und führt somit zu einem Masseschutz, der nicht durch die Regelung des § 114 InsO wieder aufgehoben wird. Darüber hinaus kann eine Massereduzierung durch Aufrechnungen der GKV mit Zuzahlungsansprüchen erfolgen, die in der Regel nicht an § 96 InsO scheitert, sowie mit Erstattungsansprüchen, bei denen regelmäßig § 96 InsO zu beachten ist. Zuletzt ist im Rahmen der Anfechtung des Werthaltigmachens von Globalzessionen zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Abrechnung mit der GKV nicht auf den Fälligkeitszeitpunkt abzustellen ist, sondern entsprechend der Regelung des § 140 Abs. 3 InsO auf den Zeitpunkt, in dem der Apotheker seine Abrechnungsunterlagen eingereicht hat.

F. Folgen des Insolvenzverfahren für die Altersvorsorge des Apothekers

Alle Angehörigen der freien Berufe sind im Rahmen ihrer Berufsausübung gehalten, zum Zwecke ihrer Altersvorsorge eine Vermögensbildung zu forcieren. Dies gilt selbstverständlich sowohl für selbstständige als auch für angestellte Angehörige der freien Berufe. Für den Apotheker kristallisieren sich vornehmlich zwei grundlegende Finanzierungsmöglichkeiten der Altersabsicherung heraus. Einerseits besteht die Möglichkeit für den Apotheker, wie auch für andere kammerabhängige Berufe,³⁹² das jeweils für ihn zuständige Versorgungswerk der Apothekerkammern zur Sicherung der Alters-, Berufsunfähigkeits- und Hinterbliebenenversorgung zu nutzen.³⁹³ Andererseits können bewegliche und unbewegliche Vermögensgegenstände,³⁹⁴ sowie private Altersvorsorgemodelle³⁹⁵ zur Bildung eines Grundvermögens herangezogen werden. Naturgemäß schließen sich die beiden aufgezeigten Varianten der Vermögensbildung nicht gegenseitig aus, sondern können gegebenenfalls auch kombiniert werden, um eine optimale Altersabsicherung zu gewährleisten.

In der Insolvenz des Apothekers kann das für den Ruhestand gebildete Vermögen einen bedeutenden Wert für die Befriedigung der Gläubiger darstellen. Grundsätzlich steht dieses

³⁹² So etwa Rechtsanwälte, Steuerberater, Ärzte etc.

³⁹³ Beispielsweise sei hier das Versorgungswerk der Apothekerkammer Westfalen-Lippe genannt.

³⁹⁴ Solche Vermögenswerte können beispielsweise Immobilien oder Wertpapiere darstellen.

³⁹⁵ Die gebräuchlichsten privaten Altersvorsorgemodelle sind die Kapitallebens- und Rentenversicherungsverträge. Möglich sind aber auch andere Arten von Vorsorgeverträgen, wie etwa Bank- oder Fondssparpläne.

der Gesamtvollstreckung des Insolvenzrechts offen. Dies wiederum hat zur Folge, dass, obwohl der Apotheker im Rahmen seiner Tätigkeit vorausschauend Vermögen zur Altersvorsorge gebildet hat, zur Sicherung seines Lebensabends auf Leistungen des Staates angewiesen ist. Letztendlich werden hierdurch alle steuerzahlenden Bürger, also die Allgemeinheit, belastet, da die Transferleistungen durch Steuereinnahmen finanziert werden. Ob und inwieweit Schutzmöglichkeiten für die Altersvorsorge des Apothekers bestehen, ist für diesen erwartungsgemäß von Interesse und bedarf daher einer Erörterung.

I. Vermögensbildung durch das Versorgungswerk

Für Angehörige der kammerfähigen freien Berufe stellt die berufsständische Versorgung ein auf Landesrecht³⁹⁶ beruhendes öffentlich-rechtliches Pflichtalterssicherungssystem dar.³⁹⁷ Ihre Rechtsnatur entspricht einer selbstständigen rechtsfähigen Anstalt³⁹⁸ oder Körperschaft³⁹⁹ des öffentlichen Rechts, die durch Satzung der jeweiligen berufsständischen Kammern errichtet wird.

Für den Apotheker entsteht neben dem Pflichtbeitritt zu einer Apothekerkammer grundsätzlich auch die Mitgliedschaft im jeweiligen Versorgungswerk der Apothekerkammer. Dies ist Ausfluss der §§ 1 Nr. 2, 2 Abs. 1, 6 Abs. 1 Nr. 10 HeilBerG NRW i.V.m. den jeweiligen Satzungen der Versorgungswerke der entsprechenden Apothekerkammer.⁴⁰⁰ Parallel zu dieser Pflichtmitgliedschaft wird der Apotheker gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1 SBG VI von der Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung (Deutsche Rentenversicherung) befreit. Dies gilt gleichermaßen für selbstständige und angestellte Apotheker.⁴⁰¹ Allerdings ermöglichen die Satzungen der jeweiligen Versorgungswerke der Apothekerkammern dem Apotheker, sich von der Pflichtmitgliedschaft befreien zu lassen.

³⁹⁶ Vorliegend werden die Problemkreise anhand der landesrechtlichen Regelungen des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen erörtert.

³⁹⁷ *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 250.

³⁹⁸ So etwa die bayerische Versorgungskammer der Apotheker gem. § 1 Abs. 2 der Satzung.

³⁹⁹ So etwa das Versorgungswerk der Apothekerkammer Westfalen-Lippe oder Hessen gem. § 1 Abs. 1 der jeweiligen Satzung.

⁴⁰⁰ Beispielhaft sei hier auf § 10 der Satzung des Versorgungswerkes der Apothekerkammer Westfalen-Lippe erwähnt; vgl. zur aktuellen Rechtslage der Pflichtmitgliedschaft auch Kilger/Prosslinger, NJW 2010, 3137, 3139.

⁴⁰¹ *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 251.

Diesbezüglich enthalten die jeweiligen Satzungen der Versorgungswerke Befreiungstatbestände von der Pflichtmitgliedschaft.⁴⁰²

Das Versorgungswerk stellt die Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung durch Beitragszahlungen ihrer Mitglieder, deren Erhebung und Höhe durch die entsprechenden Satzungen der Versorgungswerke der Apothekerkammern festgelegt werden,⁴⁰³ sicher.⁴⁰⁴ Tritt der Vermögensverfall des Apothekers mit der Folge der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ein, kann das Versorgungswerk zum einen die Position eines Gläubigers einnehmen, soweit der Apotheker fällige Beiträge nicht gezahlt hat, und zum anderen als Drittschuldner betroffen sein, wenn der Apotheker einen Anspruch auf Leistungen des Versorgungswerk hat.

1. Das Versorgungswerk als Gläubiger noch offener Beitragszahlungen

Sowohl für den Insolvenzverwalter, den Apotheker als auch das Versorgungswerk ist in der Insolvenz des Apothekers relevant, welche Auswirkungen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf offene Beitragsforderungen des Versorgungswerks der Apothekerkammern hat.

Wie bereits dargestellt, sind sowohl angestellte als auch selbstständige Apotheker Pflichtmitglieder der Versorgungswerke der Apothekerkammern. Im Zusammenhang mit offen stehenden Beitragszahlungen des Versorgungswerks ist daher zwischen der Insolvenz des Arbeitgebers eines angestellten Apothekers und dem Vermögensverfall eines Mitglieds des berufsständischen Versorgungswerks zu differenzieren.

a) Offene Beiträge des Versorgungswerks in der Insolvenz des Arbeitgebers eines angestellten Apothekers

Die Satzungen der Versorgungswerke statuieren, dass Beitragsschuldner das jeweilige Mitglied des Versorgungswerks ist.⁴⁰⁵ Freilich hat der angestellte Apotheker einen Anspruch gegen seinen Arbeitgeber aus §§ 823 Abs. 2 i. V. m. 266a StGB auf Auszahlung des

⁴⁰² Exemplarisch wird auf die §§ 11, 12 der Satzung des Versorgungswerkes der Apothekerkammer Westfalen-Lippe verwiesen.

⁴⁰³ Die Satzung des Versorgungswerkes der Apothekerkammer Westfalen-Lippe enthält in § 18 die Regelung der Beitragserhebung und die Festsetzung der Beitragshöhe.

⁴⁰⁴ Der Vermögensaufbau der verschiedenen Versorgungswerke erfolgt dabei entweder nach dem offenen Deckungsplanverfahren, dem (modifizierten) Anwartschaftsdeckungsverfahren, dem Umlageverfahren mit Kapitalstock oder dem reinen Umlageverfahren (MK-BGB/*Glockner*, § 1587a Rn. 388).

⁴⁰⁵ § 10 Abs. 1 der Satzung des Versorgungswerkes der Apothekerkammer Westfalen-Lippe.

Versorgungswerkbeitrages. Dieser Anspruch stellt in der Insolvenz des Arbeitgebers allerdings eine bloße Insolvenzforderung im Sinne des § 38 InsO dar. Damit der angestellte Apotheker in der Insolvenz seines Arbeitgebers nicht vollkommen schutzlos ist, hat er gem. § 183 Abs. 1 SGB III einen Anspruch auf Zahlung von Insolvenzgeld, soweit er für die dem Insolvenzereignis vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt hatte. Die Höhe des Insolvenzgeldes bestimmt sich nach § 185 SGB III.⁴⁰⁶ Danach wird Insolvenzgeld in Höhe des Nettoarbeitsentgelts geleistet. Dieses wird errechnet, indem das auf die monatliche Beitragsbemessungsgrenze (§ 341 Abs. 4 SGB III) begrenzte Bruttoarbeitsentgelt um die gesetzlichen Abzüge vermindert wird. Hieraus könnte hergeleitet werden, dass die Beiträge zum Versorgungswerk nicht vom Insolvenzgeld umfasst werden, da sie nicht im Nettoverdienst enthalten sind. Allerdings sind in diesem Zusammenhang die §§ 172 Abs. 2 i. V. m. 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI zu berücksichtigen, die dem Arbeitgeber des angestellten Apothekers die Pflicht auferlegen, die Hälfte des Beitrags zu einer berufsständischen Versorgungseinrichtung (Arbeitgeberanteil) zu zahlen. Infolgedessen ist dieser Beitrag vom Insolvenzschutz mit der Maßgabe erfasst, dass er dem zu ersetzenden Arbeitsentgelt im Sinne des Insolvenzgeldes unterfällt. Folglich ist von der Agentur für Arbeit im Rahmen des Insolvenzgeldes auch der Arbeitgeberanteil zum Versorgungswerkbeitrag zu bezahlen. Nach alledem bleibt im Ergebnis festzuhalten, dass der Vermögensverfall des Arbeitgebers eines angestellten Apothekers nur mittelbare Auswirkungen auf die Beitragsforderungen des Versorgungswerks haben.⁴⁰⁷

b) Offene Beiträge des Versorgungswerks in der Insolvenz eines Versorgungswerkmitglieds

Im Anschluss an das zuvor dargestellte Problemfeld ist zu eruieren, wie Beitragsforderungen des Versorgungswerks in der Insolvenz des Apothekers zu behandeln sind. Für die Beurteilung ist auf den Entstehungszeitpunkt der Beitragsrückstände abzustellen.

aa) Vor Insolvenzeröffnung entstandene offene Beitragsforderungen

Die Einordnung von Beitragsrückständen, die bereits im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bestehen, wird im Kontext der Insolvenzmasse divergent vorgenommen.

⁴⁰⁶ *Esser/Prosslinger*, NZI 2002, 647, 648.

⁴⁰⁷ *Esser/Prosslinger*, NZI 2002, 647, 648.

Grundsätzlich stellen offene Forderungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einfache Insolvenzforderungen im Sinne des § 38 InsO dar. Folgerichtig gilt dies auch für bestehende Beitragsrückstände bei einem Versorgungswerk der Apothekerkammern. Eine Befriedigung dieser unbezahlten Beiträge erfolgt demnach ausschließlich über das Verteilungsverfahren der §§ 174 ff. InsO. Infolgedessen ist in aller Regel⁴⁰⁸ lediglich mit einer anteilmäßigen quotalen Befriedigung des Versorgungswerks zu rechnen.

Entgegen diesen Überlegungen erscheint eine Privilegierung des Versorgungswerks dahingehend möglich, dass dessen offene Beitragsforderungen, anstelle einfacher Insolvenzforderungen im Sinne des § 38 InsO, ein Aussonderungsrecht des Versorgungswerks nach § 47 InsO begründen.⁴⁰⁹ Ausgangspunkt dieser Überlegung ist eine systematische Auslegung der Zivilprozess- und der Insolvenzordnung und damit einhergehend ein Vergleich des Einzelzwangs- mit dem Gesamtvollstreckungsverfahren. Im Rahmen der Einzelzwangsvollstreckung der ZPO folgt für die Bemessung des pfändbaren Arbeitseinkommens aus § 850e Nr. 1 ZPO, dass solche Beträge nicht mitzurechnen sind, die unmittelbar auf Grund steuerrechtlicher oder sozialrechtlicher Vorschriften zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen des Schuldners abzuführen sind. Auf diese Weise sind die Versorgungswerksbeiträge des Apothekers dem Zugriff des Gläubigers entzogen. Diese Privilegierung entspricht auch der Zielsetzung des Einzelzwangsvollstreckungsrechts, das nicht die unbedingte und rückhaltlose Befriedigung des Gläubigers zulasten der Lebensgrundlage und Altersvorsorge des Schuldners vorsieht. Vielmehr dienen die Pfändungsschutzvorschriften⁴¹⁰ der Zivilprozessordnung gerade auch der Absicherung des Schuldners für das Alter, die Berufsunfähigkeit oder den Tod, mithin dem Zweck, die Inanspruchnahme der Allgemeinheit (folglich den Steuerzahler) zur Finanzierung des bedürftigen Schuldners zu verhindern. Eine dem Regelungsgehalt des § 850e ZPO entsprechende Norm enthält das Gesamtvollstreckungsverfahren der Insolvenzordnung nicht. Anhand dieser Diskrepanz zwischen Einzel- und Gesamtvollstreckungsverfahren ist eine planwidrige Regelungslücke zu erkennen, die eine analoge Anwendung des § 850e ZPO im Rahmen der Insolvenzordnung begründet. Ein Aussonderungsrecht gem. § 47 InsO fußt

⁴⁰⁸ Dies ist abhängig von der erzielten Insolvenzquote, wonach die Insolvenzgläubiger ihre Befriedigung verlangen können.

⁴⁰⁹ *Esser/Prosslinger*, NZI 2002, 647, 648f.

⁴¹⁰ Beispielhaft seien an dieser Stelle die §§ 811 ff., 850 ff. ZPO erwähnt.

schlussendlich auf der analogen Anwendung des § 850e ZPO über den Regelungsgehalt des § 36 InsO, der Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, vom Insolvenzbeschlagn ausnimmt.⁴¹¹

Diesem Argumentationsstrang ist jedoch entgegenzuhalten, dass bereits der Tatbestand des § 47 InsO nicht erfüllt ist.⁴¹² Demnach erfordert ein Aussonderungsrecht ein dingliches oder persönliches Recht des Versorgungswerks an den Beitragsforderungen. Dem Versorgungswerk steht allerdings lediglich ein Zahlungsanspruch gegen sein Mitglied zu. Dieser stellt einen bloßen Verschaffungsanspruch dar, der weder ein dingliches, noch ein persönliches Recht im Sinne des § 47 InsO darstellt⁴¹³ und damit die erforderlichen Qualitäten eines Aussonderungsrechts vermissen lässt.⁴¹⁴

Darüber hinaus ist die Begründung eines Aussonderungsrechts nach § 47 InsO für Beitragsrückstände des Versorgungswerks durch eine analoge Anwendung des § 850e ZPO im Rahmen des Regelungsgehaltes des § 36 InsO aus systematischer Sicht bedenklich. Denn § 850e ZPO stellt im Einzel- wie im Gesamtvollstreckungsverfahren eine Schuldnerschutzvorschrift dar, die dem Zweck dient, dem Schuldner eine Altersvorsorge zu gewährleisten und diesen damit vor einer Abhängigkeit von der Allgemeinheit in Form von staatlichen Leistungen zu bewahren. Demgegenüber würde die Begründung eines Aussonderungsrechtes zumindest auch⁴¹⁵ eine Privilegierung des Versorgungswerks und damit eines Gläubigers begründen und infolgedessen den Regelungsgehalt des § 850e ZPO in sein Gegenteil verkehren.

⁴¹¹ *Esser/Prosslinger*, NZI 2002, 647, 648f.

⁴¹² *Berliner Kommentar/Breutigam*, § 47 Rn. 96; *BGH* ZIP 2002, 228, 229 (für rückständige Sozialversicherungsbeiträge).

⁴¹³ *HambKomm/Büchler*, § 47 Rn. 29; *Uhlenbruck/Brinkmann*, § 47 Rn. 75.

⁴¹⁴ So auch *Berliner Kommentar/Breutigam*, § 47 Rn. 96, der ein Aussonderungsrecht hinsichtlich Beitragsrückständen zum Versorgungswerk aufgrund einer Parallele zu Sozialversicherungsbeiträgen ablehnt; siehe auch *BGH*, ZIP 2001, 2235; ZIP 2002, 228 (zur Frage eines Aussonderungsrechts an Sozialversicherungsbeiträgen); *LAG Hannover*, ZIP 2003, 448, 449 f. (zu Aussonderechten an Beiträgen zum Versorgungswerk).

⁴¹⁵ Selbstredend würde ein Aussonderungsrecht außerdem die Altersvorsorge des Schuldners schützen, indem die Vermögensbildung zur Altersvorsorge gewährleistet wird. Eine Schuldnerschutzvorschrift dient jedoch keinesfalls dem Ziel einen Gläubiger zu bevorzugen.

bb) Nach Insolvenzeröffnung entstandene Beiträge

Übt der Apotheker auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens seine freiberufliche Tätigkeit aus, entstehen ab diesem Zeitpunkt Ansprüche des Versorgungswerks auf Beitragszahlungen. Dies erfordert allerdings in jedem Fall eine berufsspezifische Tätigkeit.⁴¹⁶

In diesem Zusammenhang ist auch die Auswirkung der Insolvenzeröffnung auf die Berufszulassung des Apothekers von entscheidender Bedeutung, denn eine weitere Tätigkeit als Apotheker ist nur aufgrund der Tatsache möglich, dass der Vermögensverfall und die damit verbundene Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Auswirkungen auf die Zulassung/Approbation des Apothekers hat.

(1) Freigabe der selbstständigen Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 InsO

Unproblematisch ist die Behandlung der Beitragsforderungen, wenn der Insolvenzverwalter die Tätigkeit des Apothekers gem. § 35 Abs. 2 InsO freigegeben hat. Dies bewirkt, dass die Haftung der Masse ex nunc beendet ist.⁴¹⁷ Die Freigabe umfasst die gesamte selbstständige Tätigkeit des Apothekers mitsamt den dazugehörigen Rechten und Pflichten, insbesondere aus Vertragsverhältnissen,⁴¹⁸ die dem Betrieb zuzuordnen sind. Daher sind offene Beitragsforderungen aus dem insolvenzfremden Vermögen des Apothekers zu bedienen.

(2) Fortführung der selbstständigen Tätigkeit zugunsten der Insolvenzmasse

Anders stellt sich die Beurteilung dar, wenn die selbstständige Tätigkeit des Apothekers nicht freigegeben wurde, sondern zugunsten der Masse fortgeführt wird. In dieser Konstellation ist umstritten, wie offene Beitragsforderungen, die nach Insolvenzeröffnung begründet werden, zu behandeln sind.

Vorzugswürdig erscheint, die offenen Beitragsforderungen als sonstige Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. InsO einzuordnen.⁴¹⁹ Hierfür spricht, dass der Insolvenzverwalter eine Fortführung des Betriebs der Apotheke erlauben muss. Infolgedessen fließt der Masse parallel zum Neuerwerb des Schuldners, auch die durch

⁴¹⁶ Dies ergibt sich aus den jeweiligen Satzungen der Versorgungswerke. Beispielhaft seien hier die §§ 10, 12, 13 der Satzung des Versorgungswerks der Apothekerkammer Westfalen-Lippe genannt.

⁴¹⁷ HambKomm/Lüdtke, § 35 Rn. 257; Uhlenbruck/Hirte, § 35 Rn. 91 ff.

⁴¹⁸ Uhlenbruck/Hirte, § 35 Rn. 91 ff.

⁴¹⁹ VGH München, NVwZ-RR 2006, 550; VG Weimar, Urteil vom 04.07.2005 – 8 K 6361/04; HambKomm/Jarchow, § 55 Rn. 8.

die Fortführung der Apotheker entstehenden Forderungen Dritter gegen den Apotheker als Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. InsO zu. Forderungen in diesem Sinne sind ebenfalls die Beitragsforderungen des Versorgungswerks zur Altersvorsorge.⁴²⁰

Diese Ansicht ist jedoch nicht vollkommen unbestritten. So wird die Einordnung der offenen Beiträge zum Versorgungswerk nach Insolvenzeröffnung als sonstige Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. InsO abgelehnt, da der Insolvenzverwalter keinerlei Einfluss auf die Kammermitgliedschaft oder die Beitragspflicht habe.⁴²¹ Allerdings besteht innerhalb dieser kritisierenden Ansichten Uneinigkeit über die Qualität der offenen Beitragsrückstände, die nach Insolvenzeröffnung entstanden sind.

Einerseits wird angenommen, dass eine Anwendbarkeit des Wahlrechts der §§ 103 ff. InsO mangels gegenseitigem Vertrag ausgeschlossen ist, da eine Pflichtmitgliedschaft aufgrund Gesetzes oder einer Satzung besteht. Somit verbliebe als einzige Möglichkeit des Versorgungswerks, seine Forderung auf den Mindestbetrag nach Beendigung des Insolvenzverfahrens geltend zu machen.⁴²² Andererseits wird eine differenzierende Ansicht vertreten.⁴²³ Danach müsse bei Beitragsrückständen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens berücksichtigt werden, ob der Apotheker eine berufsspezifische Tätigkeit ausübt. In diesem Fall müssen die Beitragsforderungen direkt aus den beruflichen Einkünften des Apothekers beglichen werden. Aufgrund des Regelungsgehalts des § 36 InsO seien die Einkünfte des Apothekers allerdings von Anfang an nicht vom Insolvenzbeschluss umfasst und somit die Beitragsrückstände direkt aus den Einkünften des Apothekers, dem diese unmittelbar zufließen, zu finanzieren. Wird dagegen keine berufsspezifische Tätigkeit mehr ausgeübt, bliebe dem Versorgungswerk als einzige Möglichkeit, seine Forderung auf den Mindestbeitrag nach Beendigung des Insolvenzverfahrens geltend zu machen.

Zunächst ist beiden Ansichten entgegenzuhalten, dass eine Einordnung offener Beitragsforderungen nach Insolvenzeröffnung als sonstige Masseverbindlichkeit im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1, 2. Var. InsO zutreffend ist. Ausfluss der Erlaubnis des Insolvenzverwalters zur Fortführung der Apotheke ist zwar kein direktes Wahlrecht der Mitgliedschaft im

⁴²⁰ *VGH München* NVwZ-RR 2006, 550.

⁴²¹ *Esser/Prosslinger*, NZI 2002, 647, 649; *Schildt*, Die Insolvenz des Freiberuflers, S. 60 f.

⁴²² *Schildt*, Die Insolvenz des Freiberuflers, S. 60 f.

⁴²³ *Esser/Prosslinger*, NZI 2002, 647, 649.

Versorgungswerk und damit der Beitragsentstehung. Gleichwohl hat der Insolvenzverwalter eine indirekte Einflussnahmemöglichkeit hinsichtlich der Beurteilungsqualität der Beitragsforderungen. Denn zunächst obliegt ihm die Entscheidung, ob eine Fortführung oder Liquidation erfolgen soll. Entschließt er sich zur Fortführung, fallen Masseverbindlichkeiten nur an, wenn diese gemeinsam mit dem Schuldner erfolgt. Dieses Ergebnis ist aber auch berechtigt, da in diesem Fall der schuldnerische Apotheker zugunsten der Insolvenzmasse arbeitet, somit Einnahmen generiert werden, aus denen die Beiträge finanziert werden können. Letztlich entstehen daher nur Masseverbindlichkeiten, da der Masse im Gegenzug auch die Einnahmen zugute kommen. Wird die selbstständige Tätigkeit des Schuldners hingegen gem. § 35 Abs. 2 InsO freigegeben, entstehen gerade keine Masseverbindlichkeiten.

Darüber hinaus ist auch die stattdessen vorgenommene Einordnung der Beitragsrückstände bedenklich. Zwar wird zu Recht angenommen, dass die §§ 103 ff. InsO nicht auf die Mitgliedschaft im Versorgungswerk anzuwenden sind.⁴²⁴ Allerdings bleibt festzuhalten, dass das gesamte Schuldnerereinkommen inklusive des pfändbaren Teils, also das Einkommen in vollem Umfang ohne Abzug für beruflich bedingte Ausgaben, in die Insolvenzmasse nach § 35 InsO fällt. Daran ändern auch die Pfändungsschutzvorschriften der §§ 850 ff. ZPO, die über den § 36 Abs. 2 S. 1 InsO Anwendung finden, nichts. Freilich besteht die Möglichkeit, gem. § 850i ZPO dem schuldnerischen Apotheker einen pfändbaren Teil seiner erzielten Einkünfte zu belassen.⁴²⁵ Aber erst im Rahmen der Bereinigung der Ist-Masse zur Soll-Masse muss der pfändbare Teil des Einkommens als Aussonderungsrecht nach § 47 InsO an den Apotheker ausgezahlt werden.⁴²⁶ Folglich können offene Beitragsforderungen nicht unmittelbar aus einem dem Schuldner zu belassenden Einkommen bedient werden.

cc) Nicht befriedigte Beitragsforderungen

An die ausgeführten Problemkreise von rückständigen Beitragsforderungen, die vor bzw. nach Insolvenzeröffnung entstanden sind, schließt sich der ebenfalls diskussionswürdige Themenkomplex an, wie nach Beendigung des Insolvenz- oder des Verfahrens auf Annahme eines Schuldenbereinigungsplans mit weiterhin offenen Beitragsforderungen umzugehen ist.

⁴²⁴ *Schildt*, Die Insolvenz des Freiberuflers, S. 60.

⁴²⁵ *BGH*, NJW 2003, 2167.

⁴²⁶ *Uhlenbruck/Brinkmann*, § 47 Rn. 97; a.A.: *Steder*, ZIP 1999, 1874.

(1) Schuldenbereinigungsplan

Obligatorisch ist ein Schuldenbereinigungsplan im Rahmen eines Verbraucherinsolvenzverfahrens gem. §§ 304 ff. InsO aufzustellen.⁴²⁷ Die Annahme des Schuldenbereinigungsplans ist gem. § 308 InsO erfolgt, wenn kein Gläubiger Einwendungen erhebt oder seine Zustimmung nach § 309 InsO ersetzt wird. Eine Zustimmung des Versorgungswerks zum Schuldenbereinigungsplan ist jedoch nur möglich, soweit dem Versorgungswerk eine Befugnis zum Verzicht⁴²⁸ auf seine Beitragsforderungen zusteht. Ein Erlass oder eine Stundung ist allerdings lediglich möglich, wenn dem Versorgungswerk der Apothekerkammer in seiner jeweiligen Satzung eine entsprechende Kompetenz eingeräumt wird.⁴²⁹

Fehlt eine ermächtigende Regelung, wie mit offenen Beitragsrückständen umzugehen ist, ist eine Zustimmung zum Schuldenbereinigungsplan mangels einschlägiger Rechtsgrundlage nicht möglich. Unberührt bleibt dagegen die Anwendbarkeit des § 309 InsO, so dass die fehlende Zustimmung des Versorgungswerks zumindest ersetzbar ist.⁴³⁰

Demgegenüber obliegt dem Versorgungswerk eine Ermessenentscheidung hinsichtlich der Zustimmung zum Schuldenbereinigungsplan, soweit eine Erlass- oder Stundungsbefugnis in der Satzung verankert ist.⁴³¹ Inhaltlich ist im Zuge der Entscheidung zu berücksichtigen, dass die Beiträge zum Versorgungswerk einen Solidaranteil darstellen, denn hierdurch werden die Solidarleistungen des Versorgungswerks finanziert.⁴³² Entsprechen sich Einzahlungsbeitrag und Auszahlungsleistung eines Mitglieds nicht, wird diese Diskrepanz über die Solidargemeinschaft aller Versicherten aufgefangen. Konsequenz dieses System ist, dass ein Erlass von Beitragsforderungen direkten Einfluss auf die übrigen Mitglieder hat, da ihnen eine größere Verpflichtung aufgebürdet wird. Darüber hinaus ist der Grundsatz der Gleichbehandlung ein entscheidendes Kriterium.⁴³³ Dieser gebietet eine Beachtung der Tatsache, dass in der Regel bei säumigen Mitgliedern die Vollstreckungsmöglichkeiten

⁴²⁷ Diese Problematik stellt sich demnach nur, wenn die Regelungen über das Verbraucherinsolvenzverfahren anwendbar sind.

⁴²⁸ Der Begriff Verzicht wird im umgangssprachlichen und nicht im rechtlichen Sinne gebraucht. Vielmehr soll hiermit eine Stundung oder ein Erlass umschrieben werden.

⁴²⁹ Dies ist nicht einheitlich geregelt. So sieht beispielsweise die Satzung des Versorgungswerks der Landesapothekerkammer Hessen in § 22 Abs. 5 eine Regelung zur Stundung vor, während die Satzung des Versorgungswerks der Apothekerkammer Westfalen-Lippe eine entsprechende Regelung nicht enthält.

⁴³⁰ *Esser/Prosslinger*, NZI 2002, 647, 649f.

⁴³¹ *Esser/Prosslinger*, NZI 2002, 647, 650.

⁴³² *Esser/Prosslinger*, NZI 2002, 647, 650.

⁴³³ *Esser/Prosslinger*, NZI 2002, 647, 650.

ausgeschöpft werden. Eine Privilegierung eines Schuldners durch Erlass seiner Beitragsforderungen erscheint unter diesem Gesichtspunkt gegenüber anderen Mitgliedern schwer vertretbar und nur in Ausnahmefällen begründbar. Unberücksichtigt bleiben bei der Ermessensentscheidung demgegenüber arbeitsmarktpolitische Erwägungen, da diese für berufsständische Versorgungswerke, die keine öffentlichen Zuschüsse oder Unterstützungen erhalten, unerheblich sind.⁴³⁴

(2) Nach Beendigung/Einstellung des Insolvenzverfahrens

Das Insolvenzverfahren wird nach dem Schlusstermin gemäß den §§ 197, 200 InsO durch das Insolvenzgericht aufgehoben. Darüber hinaus kann das Insolvenzverfahren eingestellt werden, wenn gem. § 207 InsO eine die Verfahrenskosten deckende Masse nicht vorhanden ist, gem. § 212 InsO ein Antrag des Schuldners wegen nachträglichen Wegfalls des Insolvenzgrundes gestellt wurde oder gem. § 213 InsO die Zustimmung aller Insolvenzgläubiger vorliegt.

Grundsätzlich können die Insolvenzgläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner nach Beendigung/Einstellung des Insolvenzverfahrens zwar unbeschränkt geltend machen, wobei der vollstreckbare Auszug aus der Insolvenztabelle § 201 Abs. 2 InsO wie ein Vollstreckungstitel wirkt. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass Handelsgesellschaften und Genossenschaften aufzulösen und im Register zu löschen sind sowie natürliche Personen im Rahmen eines Verbraucherinsolvenzverfahrens nach einer siebenjährigen Wohlverhaltensperiode in den Genuss einer Restschuldbefreiung kommen können. Hinsichtlich der Beitragsforderungen des Versorgungswerks besteht nunmehr die Besonderheit, dass die Beitragsrückstände zu unvollkommenen Verbindlichkeiten werden. Solche sind zwar weiter erfüllbar, jedoch nicht erzwingbar.⁴³⁵ Folglich ist eine zwangsweise Beitreibung der Beitragsrückstände für das Versorgungswerk nach Beendigung des Insolvenzverfahrens nicht möglich, wohingegen das Mitglied die Beitragsrückstände begleichen kann.

⁴³⁴ a.A.: *Plagemann*, NZS 2000, 525 ff. der eine Verpflichtung der Versorgungswerke zur Zustimmung zum Schuldenbereinigungsplan durch Erlass oder Stundung von Beitragsforderungen vertritt, da durch die Erhaltung von Arbeitsplätzen Sozialleistungen des Staates im Falle der Arbeitslosigkeit vermieden werden sollen.

⁴³⁵ *Frankfurter Kommentar InsO/Ahrens*, § 286 Rn. 25 ff., § 301 Rn. 8 ff.; *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 298; *Nerlich/Römermann/Römermann*, § 301 Rn. 6; *Kübler/Prütting/Wenzel*, § 301 Rn. 1.

2. Leistungen des Versorgungswerks als Bestandteil der Insolvenzmasse

Die Versorgungswerke der Apothekerkammern finanzieren ihre Leistungen zur Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung durch Beitragszahlungen ihrer Mitglieder, deren Erhebung und Höhe durch die entsprechenden Satzungen der Versorgungswerke der Apothekerkammern festgelegt werden.⁴³⁶ Im Gegenzug hierzu erhält der beitragszahlende Apotheker im Zahlungszeitraum, also vor einem Leistungsbezug, eine Rentenanwartschaft gegenüber dem Versorgungswerk. Diese wandelt sich bei Eintritt des Versicherungsfalls in ein Leistungsrecht um.

Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Apothekers eröffnet, sind die Auswirkungen und somit auch der Wirkungsbereich des Insolvenzbeschlags nach den §§ 35, 36 InsO auf die bestehenden Leistungspflichten und die Rentenanwartschaft bedeutsam. Einen wichtigen Faktor stellt dabei die zeitliche Komponente der Eröffnung des Insolvenzverfahrens dar, da diese die Zäsur zwischen Rentenanwartschaft und Leistungsbezug bildet.

a) Leistungsbezug vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Erhält der Apotheker im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits Leistungen des Versorgungswerks, ist vordergründig die Auswirkung auf die Rentenzahlungen ein interessanter Problemkreis. Daneben stellt sich ferner die Frage, welchen Einfluss der Insolvenzbeschluss auf die Hinterbliebenenrente im Todesfall des Apothekers hat. Zuletzt wirkt sich ein Leistungsbezug des Apothekers dahingehend aus, dass dem Versorgungswerk eine Doppelstellung sowohl als Gläubiger als auch als Drittschuldner zuteil werden kann, woraus eine Aufrechnungsproblematik resultiert.

aa) Rentenzahlungen

Nach der Legaldefinition des § 35 InsO sind Rentenzahlungen des Versorgungswerks ab dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung Bestandteil der Insolvenzmasse. Der richtige Zahlungsadressat⁴³⁷ des drittschuldnerischen Versorgungswerks ist abhängig davon, ob und inwieweit die Rentenzahlungen pfändbar sind. Erhält der Apotheker Leistungen des

⁴³⁶ Siehe § 18 der Satzung des Versorgungswerks der Apothekerkammer Westfalen-Lippe.

⁴³⁷ Insolvenzverwalter oder Mitglied des Versorgungswerks.

Versorgungswerks, so sind diese, wie jeder gesetzliche Rentenanspruch unter Beachtung der Pfändungsfreigrenzen pfändbar, denn aus den §§ 54 Abs. 1 SGB I, 850 ZPO folgt, dass Versorgungsleistungen wie Arbeitseinkommen zu behandeln sind⁴³⁸ und somit die §§ 850 ff. ZPO anwendbar sind. Teilweise ordnen die Satzungen der Versorgungswerke ausdrücklich die entsprechende Anwendbarkeit des § 54 SGB I an,⁴³⁹ jedoch gilt dessen Regelungsgehalt auch bei einem fehlenden Verweis.⁴⁴⁰ Dies gilt sowohl für die Alters-, Berufsunfähigkeits-⁴⁴¹ und Hinterbliebenenrenten.⁴⁴² Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus etwaigen Übertragungsverboten der Versorgungswerke in ihren Satzungen.⁴⁴³ Der Pfändungsschutz des § 851 ZPO, der eine Pfändbarkeit nur zulässt, wenn die Forderung übertragbar ist, greift für Versorgungsleistungen aufgrund einer verfassungskonformen einschränkenden Auslegung des Art 14 Abs. 1 GG, der das Befriedigungsrecht der Gläubiger schützt, nicht.⁴⁴⁴ Denn ein in der landesrechtlichen Satzung geregeltes Abtretungsverbot lässt i. V. m. § 851 Abs. 1 ZPO keinen Willen des Landesgesetzgebers erkennen, die Gläubiger eines gesetzlich rentenversicherten Schuldners, dessen Rentenansprüche keinem Pfändungsverbot unterliegen, zu privilegieren.⁴⁴⁵ Insoweit sind die Beiträge mit Steuerschulden, die durch eine Betriebsfortführung entstehen und ebenfalls als Masseverbindlichkeiten im Insolvenzverfahren zu berücksichtigen sind, vergleichbar.⁴⁴⁶

Die Reichweite der Pfändbarkeit der Rentenzahlungen bestimmt sich nach den Regelungen der §§ 850c bis 850e ZPO. Danach besteht ein umfassender Pfändungsschutz. Die Pfändungsfreigrenzen obliegen dabei dem Einzelfall und sind insbesondere von der Höhe der Rentenzahlungen abhängig.⁴⁴⁷

⁴³⁸ *Musielak/Becker*, ZPO, § 851c Rn. 1; *Stöber*, NJW 2007, 1242; *LG Nürnberg-Fürth*, Urteil vom 01.02.1974 (2 T 223/72); *LG Traunstein*, Beschluss vom 10.12.1979 (4 T 2322/79); *Roth*, Bestands- und Rentenverwaltung in der berufsständischen Versorgung, S 222.

⁴³⁹ So etwa § 30 Abs. 2 der Satzung des Versorgungswerks der Landesapothekerkammer Hessen.

⁴⁴⁰ Demgegenüber enthält die Satzung des Versorgungswerks der Apothekerkammer Westfalen-Lippe keinen Verweis; *BGH* NJW 2004, 3770, 3771 f.

⁴⁴¹ *LG Kempten*, Urteil vom 14.12.1976 (4T 300/76).

⁴⁴² *LG München*, Urteil vom 07.11.1979 (8 T 1535/79).

⁴⁴³ Beispielsweise sei hier § 29 Abs. 2 der Satzung des Versorgungswerks der Apothekerkammer Westfalen-Lippe genannt.

⁴⁴⁴ *Braun/Bäuerle*, § 36 Rn. 8; *BGH* ZVI 2004, 673, 674 f.; *BGH* NJW 2004, 3770; *Kilger/Prosslinger*, NJW 2006, 3108, 3114.

⁴⁴⁵ *Braun/Bäuerle*, § 36 Rn. 8; *BGH* ZVI 2004, 674 f. (für Rechtsanwälte); *BGH* NJW 2004, 3770.

⁴⁴⁶ *Kilger/Prosslinger*, NJW 2006, 3108, 3114.

⁴⁴⁷ In diesem Zusammenhang ist besonders § 850c ZPO bedeutsam.

Das Versorgungswerk muss daher in der Insolvenz des Apothekers die pfändbaren Beträge der Rentenzahlungen berechnen. Diese führt es an den Insolvenzverwalter und damit die Insolvenzmasse ab. Die pfändungsfreien Rentenzahlungen werden dagegen direkt an den Apotheker entrichtet.

bb) Hinterbliebenenrente und Todesfall des Apothekers

Eine interessante Problematik tritt im Todesfall des Mitglieds des Versorgungswerks auf. Zwar endet mit dem Tod des Mitglieds auch sein Anspruch auf Leistungen des Versorgungswerks, allerdings gilt dies nicht für noch ausstehende Leistungen des Versorgungswerks für zurückliegende Zeiträume. Eine Leistungspflicht dieser Rückstände besteht grundsätzlich zugunsten der Insolvenzmasse. Tritt der Todesfall nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein, sind diese Rückstände Bestandteil der Insolvenzmasse; gleiches gilt, wenn sich der Todesfall vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ereignet. Ein Zahlungsanspruch zugunsten der Erben existiert nicht.⁴⁴⁸

Eine andere Konstellation betrifft die Hinterbliebenenrente. Verstirbt der Apotheker, erhalten die in den Satzungen des Versorgungswerks definierten Hinterbliebenen⁴⁴⁹ die Hinterbliebenenrente. Diese ist in der Insolvenz des Bezugsberechtigten zwar pfändbar, da eigene Zahlungen an die/den Hinterbliebene(n) vorliegen. Aber auf das durch die Beiträge des Apothekers gebildete Kapital, welches der Finanzierung der Hinterbliebenenrente dient, hat die Insolvenz des Apothekers keine Auswirkungen. Denn der Auszahlungsanspruch entsteht originär in der Person des/der Hinterbliebenen, weswegen die Ausschüttung direkt an diese erfolgen muss.⁴⁵⁰

cc) Aufrechnung

In der Insolvenz des Apothekers besteht die Möglichkeit, dass das Versorgungswerk sowohl Drittschuldner (hinsichtlich Leistungsansprüchen gegenüber dem Schuldner) als auch Gläubiger (hinsichtlich rückständiger Beiträge) ist. Aus Sicht des Versorgungswerks ist freilich eine Aufrechnung die bevorzugte Lösungsmöglichkeit dieser Problematik, denn dann werden die Forderungen des Versorgungswerks vollständig befriedigt, während gleichzeitig

⁴⁴⁸ *Esser/Prosslinger*, NZI 2002, 647, 651.

⁴⁴⁹ Beispielsweise § 26 Abs. 1 der Satzung des Versorgungswerks der Apothekerkammer Westfalen-Lippe.

⁴⁵⁰ *Esser/Prosslinger*, NZI 2002, 647, 651.

seine Leistungspflicht in entsprechender Höhe untergeht. Tritt nunmehr der Vermögensverfall des Apothekers ein, sind die allgemeinen Regelungen der §§ 94 ff. InsO zu beachten. Gem. § 94 InsO bleibt das Aufrechnungsrecht unberührt, wenn zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Aufrechnungslage bestand. Die Unzulässigkeit einer Aufrechnung ist in den dort genannten Fällen § 96 InsO.

Für die Einordnung sind nunmehr die verschiedenen Konstellationen zu unterscheiden. Unproblematisch ist das Versorgungswerk durch Eintritt des Versicherungsfalles im Rahmen der Pfändungsfreigrenzen immer etwas zur Masse schuldig. Zu differenzieren ist jedoch bei der Stellung des Versorgungswerks als Gläubiger. Beitragsrückstände, die vor Insolvenzeröffnung entstanden sind, stellen Insolvenzforderungen nach § 38 InsO dar.⁴⁵¹ In diesem Fall ist § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO einschlägig, sodass eine Aufrechnung unzulässig ist. Anders ist die Rechtslage hinsichtlich Beitragsrückständen nach Insolvenzeröffnung. Wurde die selbstständige Tätigkeit freigegeben, sind die Beitragsrückstände vom Schuldner aus seinem insolvenzfreien Vermögen zu bedienen. Insoweit stehen sich die Forderungen des Versorgungswerks gegen den Schuldner und die Forderung der Masse nicht gegenseitig gegenüber. Wurde die Tätigkeit nicht freigegeben, sind Beitragsrückstände Masseverbindlichkeiten. Insoweit ist eine Aufrechnung eines Massegläubigers gegen eine Masseverbindlichkeit unproblematisch möglich.⁴⁵²

b) Kein Leistungsbezug bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Bezieht der Apotheker im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch keine Leistungen des Versorgungswerks, ist er Inhaber eines Rentenanwartschaftsrechts, das er durch regelmäßige Beitragszahlungen erworben hat.⁴⁵³

Für die Beurteilung der Massezugehörigkeit von Anwartschaftsrechten an Forderungen, die vor Insolvenzeröffnung begründet wurden, ist darauf abzustellen, ob bereits im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine derart gesicherte Vermögenswerte Rechtsposition des Schuldners bestand, dass diese unabhängig vom Willen des schuldnerischen

⁴⁵¹ Vgl. oben unter § 2 F. I. 2. a) aa) Rentenzahlungen.

⁴⁵² MünchKomm-InsO/Brandes, § 94 Rn. 46; BGH NJW 1959, 1874; NJW 1986, 3206, 3209; NJW-RR 2004, 50; BraunKroth, § 94 Rn. 7.

⁴⁵³ Siehe oben unter I. 2. Leistungen des Versorgungswerks als Bestandteil der Insolvenzmasse.

Versorgungswerks eintritt.⁴⁵⁴ Der Rentenbezug des Versorgungswerksmitglieds ist ausschließlich vom Eintritt des Versicherungsfalls abhängig.⁴⁵⁵ Infolgedessen ist das Rentenanwartschaftsrecht Bestandteil der Insolvenzmasse nach § 35 InsO. Die Rechtsprechung sieht in der Rentenanwartschaft aus einer gesetzlichen Rentenversicherung aufgrund des Eigentumsschutzes des Art. 14 GG ebenfalls einen Vermögenswert, der die Voraussetzungen des § 35 InsO erfüllt.⁴⁵⁶

Wie bereits einleitend dargestellt,⁴⁵⁷ ist für die Bestimmung der Insolvenzmasse im Sinne der §§ 35, 36 InsO neben der Frage, ob eine Rentenanwartschaft des Apothekers einen Vermögenswert ausmacht entscheidend, inwieweit diese der Zwangsvollstreckung unterliegt.

Hinsichtlich Rentenansprüchen als Haftungsobjekt der Insolvenzmasse ist zwischen dem Rentenstammrecht, das als Quellrecht mit dem Eintritt des Versorgungsfalls entsteht und den aus diesem Stammrecht resultierenden Rentenzahlungen zu differenzieren. Während die Rentenbezüge des Versorgungswerks der Pfändung im Rahmen der §§ 850 ff. ZPO unterliegen⁴⁵⁸ und damit in einen pfändbaren und einen unpfändbaren Teil aufgespalten werden können, ist eine solche Teilung des Stammrechts nicht möglich. Daher ist dieses im Ganzen unpfändbar und damit nicht insolvenzbeschlagsfähig.⁴⁵⁹ Diese Regelung findet entsprechende Anwendung auf das Rentenanwartschaftsrecht, denn was für das voll entstandene Stammrecht gilt, muss erst recht für dessen Anwartschaftsstadium gelten.⁴⁶⁰ Dieses Ergebnis deckt sich auch mit dem Zweck des Vollstreckungsverfahrens, der eine Kahlpfändung des Schuldners zulasten der Staatskasse und damit des Steuerzahlers verhindern will und stattdessen dem Schuldner im Spannungsfeld zwischen der Gläubigerbefriedigung seine Lebens- und Altersgrundlage erhalten will.

⁴⁵⁴ Uhlenbruck/*Hirte*, § 35 Rn. 267; *BGH NJW-RR* 1989, 286, 289.

⁴⁵⁵ *BVerfGE* 53, 257, 290 ff.; 58, 81, 92 ff.; *BGH NJW* 1980, 396, 397; MünchKomm-BGB/*Dörr*, § 1587 Rn. 6.

⁴⁵⁶ *BVerfGE* NJW 1980, 692; NJW 1982, 155.

⁴⁵⁷ Vgl. oben in der Einleitung des Themas § 2.

⁴⁵⁸ Vgl. oben unter § 2 F. I. 2. a) aa) Rentenzahlungen.

⁴⁵⁹ *BGH NJW-RR* 1989, 286, 290; *BGH NZI* 2008, 244, 245; *BGH NJW* 2003, 1457 f.; *LG Frankenthal Rpfleger* 1991, 164; *LG Berlin NJW* 1989, 1738; Stein/Jonas/*Brehm*, § 851i Rn. 71; Braun/*Bäuerle*, § 36 Rn. 8; *BGH NZI* 2008, 244, 245; a.A. *LG Verden MDR* 1982, 677.

⁴⁶⁰ *BGH NJW-RR* 1989, 286, 290; *BGH NZI* 2008, 244, 245; *BGH NJW* 2003, 1457 f.; *LG Frankenthal Rpfleger* 1991, 164; *LG Berlin NJW* 1989, 1738; Stein/Jonas/*Brehm*, § 851i Rn. 71; Braun/*Bäuerle*, § 36 Rn. 8; *BGH NZI* 2008, 244, 245; a.A. *LG Verden MDR* 1982, 677.

II. Private Altersvorsorge und Vermögensbildung über Schaffung von beweglichem und/oder unbeweglichem Anlagevermögen

Hat sich der Apotheker von seiner Pflichtmitgliedschaft im Versorgungswerk der Apothekerkammer befreien lassen,⁴⁶¹ ist er gehalten, eine private Altersvorsorge⁴⁶² zur Vermögensbildung zu treffen. Insoweit besteht eine Parallele zu selbstständigen Gewerbetreibenden, die weder der gesetzlichen Rentenversicherung noch einem berufsständischen Versorgungswerk angehören. Freilich können private Altersvorsorgemodelle auch zusätzlich zu einer Mitgliedschaft im Versorgungswerk abgeschlossen werden. Unabhängig hiervon besteht die Möglichkeit, einen Kapitalaufbau zur Altersvorsorge zu betreiben, indem bewegliches und unbewegliches Anlagevermögen geschaffen wird.⁴⁶³

1. Private Altersvorsorge

Die Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf die private Altersvorsorge des Apothekers sind in den beiden genannten Konstellationen identisch mit der Problematik der privaten Altersvorsorge von selbstständigen Gewerbetreibenden und damit auf diesen übertragbar. Dies gilt allerdings ausschließlich für private Altersvorsorgemodelle, die entweder neben der Vorsorge durch das Versorgungswerk oder aufgrund einer Befreiung ausschließlich durchgeführt werden kann.

a) Rechtslage vor Einführung des Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge

Am 26.03.2007 hat der Bundestag das Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge beschlossen, welches am 31.03.2007 in Kraft getreten ist. Infolgedessen wurden die §§ 851c und d ZPO in die Zivilprozessordnung eingeführt und deren Geltungsbereich in den § 36 Abs. 1 S. 2 InsO aufgenommen.

Die Intention des Gesetzgebers zur Schaffung der §§ 851c und d ZPO war, die bis dahin geltende Rechtslage von selbstständigen Gewerbetreibenden zu verbessern. Vor Einführung dieser Regelungen enthielt die Zivilprozessordnung entsprechende Normen nicht. Dies führte

⁴⁶¹ Dies ist unter den Voraussetzungen der §§ 11, 12 der Satzung des Versorgungswerkes der Apothekerkammer Westfalen-Lippe möglich.

⁴⁶² Beispielsweise durch eine Renten- oder Kapitallebensversicherung.

⁴⁶³ Dies kann in Gestalt von Immobilien und Wertpapiere geschehen.

dazu, dass im Gegensatz zu gesetzlichen Rentenversicherung der Pfändungsschutz aufgrund der §§ 850 ff. ZPO für Gegenstände der privaten Altersvorsorge problematisch war.

Als einzig möglich einschlägige Pfändungsschutzvorschrift kam nach alter Rechtslage der auch heute bestehende § 850 Abs. 3 Ziffer b) ZPO i.V.m. § 36 Abs. 2 S. 1 InsO in Betracht. Danach gelten Renten, die aufgrund von Versicherungsverträgen gewährt werden, als Arbeitseinkommen, wenn die Verträge zur Versorgung des Versicherungsnehmers oder seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen eingegangen worden sind. Der sachliche Regelungsbereich des § 850 Abs. 3 Ziffer b) ZPO erstreckt sich auf private Versicherungsrenten, die zugunsten eines früheren Arbeitnehmers abgeschlossen wurden, soweit die Verträge Ruhegelder oder Hinterbliebenenbezüge ersetzen oder ergänzen sollen.⁴⁶⁴ Der Regelungsgehalt des sachlichen Schutzbereichs umfasste unproblematisch die private Altersvorsorge. Jedoch wurde diese aufgrund des persönlichen Regelungsbereichs des § 850 Abs. 3 Ziffer b) ZPO nicht von dessen Schutzfunktion erfasst, denn § 850 Abs. 3 Ziffer b) ZPO setzt eine Arbeitnehmer- oder arbeitnehmerähnliche Stellung im Zeitpunkt des Abschlusses des Versicherungsvertrages voraus.⁴⁶⁵ Somit war eine gesetzliche Pfändungsschutzregelung für die private Altersvorsorge nicht gegeben.

Die ursprünglichen Beweggründe des Gesetzgebers, der Tätigkeit des Selbstständigen, die durch eine höhere Verantwortlichkeit und Mündigkeit geprägt ist,⁴⁶⁶ durch einen umfassenden Zugriff auf dessen Vermögen Rechnung zu tragen, wurden jedoch zunehmend abgelehnt. Eine unbeschränkte Vollstreckung in die Altersvorsorge wurde vor dem Hintergrund des Sozialstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 1 GG und dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG bereits vor Einführung des Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge kritisch bewertet. Insbesondere wurde beanstandet, dass einem Schuldner trotz Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ein Existenzminimum für ein menschenwürdiges Dasein im Alter verbleiben muss.⁴⁶⁷ Außerdem sei eine Ungleichbehandlung von Selbstständigen und Arbeitnehmern hinsichtlich ihrer Altersvorsorge nicht gerechtfertigt.⁴⁶⁸

⁴⁶⁴ Musielak/Becker, ZPO, § 850 Rn. 13; Wiczorek/Schütze/Lüke, § 850 Rn. 71.

⁴⁶⁵ Smid, FPR 2007, 443; Stöber, NJW 2007, 1242; Zöller/Stöber, § 850 Rn. 11 mit Verweis auf *LG Braunschweig* NJW-RR 1998, 1690 f.; *OLG Frankfurt* VersR 1996, 614; *LG Frankfurt* Rpfleger 2002, 322, 323; a.A.: Schildt, Die Insolvenz des Freiberuflers, S. 57 f.; *BFH* NJW 1992, 527, 527 f. der nicht generell den Pfändungsschutz der Lebensversicherung eines selbstständig Tätigen verneint; Stein/Jonas/Brehm, § 850 Rn. 47; Wiczorek/Schütze/Lüke, § 850 Rn. 71.

⁴⁶⁶ Smid, FPR 2007, 443, 444.

⁴⁶⁷ Stöber, NJW 2007, 1242; Holzer, DStR 2007, 767, 768; *BGH* NJW 1999, 1544; *BVerG* NJW 1990, 2869.

⁴⁶⁸ Holzer, DStR 2007, 767, 768; Stöber, NJW 2007, 1242.

b) Pfändungsschutz nach aktueller Rechtslage

Seit der Einführung des § 851c ZPO durch das Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge existiert nunmehr ein ausdrücklicher Pfändungsschutz für die private Altersvorsorge Selbstständiger und damit auch den freiberuflichen Apotheker.⁴⁶⁹ § 851c ZPO unterwirft sowohl die Rentenbezüge⁴⁷⁰ eines Apothekers aus einer privaten Altersvorsorge (§ 851c Abs. 1 ZPO), als auch das angesparte Vorsorgekapital⁴⁷¹ (§ 851c Abs. 2 ZPO) dem Pfändungsschutz der §§ 850a ff. ZPO. Sachlich umfasst er sowohl Kapitallebens- und Rentenversicherungsverträge als auch Bank- oder Fondssparpläne.⁴⁷² Durch Einführung des Gesetzes und der damit verbundenen Einschränkung der Einzelzwangs- und Gesamtvollstreckung wurde insbesondere das Ziel verfolgt, den Staat zulasten der Vollstreckungsgläubiger dauerhaft von Sozialleistungen zu befreien.⁴⁷³

2. Aufbau eines beweglichen und unbeweglichen Anlagevermögens

Der Apotheker kann neben den zuvor beschriebenen Altersvorsorgemodellen zusätzlich eine Absicherung für das Alter erreichen, indem er bewegliches und/oder unbewegliches Anlagevermögen bildet. Hierbei ist jedoch beachtlich, dass diese Vermögensgegenstände bereits dem eindeutigen Wortlaut des § 35 InsO folgend, Bestandteil der Insolvenzmasse sind. Da etwaige Pfändungsschutzvorschriften der § 850 ff. ZPO über § 36 Abs. 2 S. 1 InsO anwendbar, aber nicht einschlägig sind, unterliegt ein auf diesem Wege aufgebautes Vermögen zweifellos dem Insolvenzbeschlagnahme und damit dem direkten Zugriff der Gläubiger. Dieses Risiko trägt der selbstständige Apotheker, wenn er einen Vermögensstock aus beweglichem und/oder unbeweglichem Anlagevermögen bildet.

III. Fazit

Die Auswirkungen des Vermögensverfalls auf die Altersvorsorge des Apothekers sind vielfältig. So wirkt sich der Insolvenzbeschlagnahme sowohl auf die Altersvorsorge im Rahmen der Mitgliedschaft eines Versorgungswerks aus, als auf private Altersvorsorgemodelle und Bildung eines beweglichen und/oder unbeweglichen Anlagevermögens.

⁴⁶⁹ Musielak/Becker, ZPO, § 851c Rn. 1; Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Bendtsen, § 851c Rn. 7.

⁴⁷⁰ BT-Drucks. 16/3844, S. 12; Smid, FÜR 2007, 443, 445; Tavakoli, NJW 2008, 3259.

⁴⁷¹ BT-Drucks. 16/886, S. 10; Tavakoli, NJW 2008, 3259.

⁴⁷² Stöber, NJW 2007, 1242, 1244; Smid, FÜR 2007, 443, 445.

⁴⁷³ Begr. Zum RegE, BT-Drucks. 16/886, S. 7, 9.

1. Versorgungswerk

Auf der Beitragsseite ist festzuhalten, dass nur indirekte Auswirkungen auf Beitragsforderungen des Versorgungswerksmitglieds entstehen, wenn über das Vermögen seines Arbeitgebers das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

Demgegenüber sind die Implikationen auf die Beitragsforderungen des Mitglieds in dessen Insolvenz weitreichend. Beitragsforderungen, die vor der Insolvenzeröffnung entstanden sind stellen bloße Insolvenzforderungen nach § 38 InsO dar. Für nach Insolvenzeröffnung entstandene Beitragsforderungen ist dagegen eine differenzierte Betrachtung notwendig. Während die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 InsO bewirkt, dass die Beiträge aus dem insolvenzfreien Vermögen des Apothekers zu finanzieren sind, stellen die Beitragsforderungen bei einer Fortführung der Apotheke zugunsten der Masse sonstige Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO dar. Sind Beitragsforderungen nach Beendigung/Einstellung des Insolvenzverfahrens noch rückständig, stellen diese unvollkommene Verbindlichkeiten dar, die zwar weiter erfüllbar, jedoch nicht erzwingbar sind. Hinsichtlich der Annahme eines Schuldenbereinigungsplans ist entscheidend, ob die Satzung des Versorgungswerks eine Ermächtigungsgrundlage für einen Erlass oder eine Stundung enthält. Nur dann kann anhand einer Ermessensentscheidung eine Zustimmung erfolgen. Ansonsten verbleibt es lediglich bei einer Anwendbarkeit des § 309 InsO.

Hinsichtlich der Leistungsansprüche des Apothekers bleibt festzuhalten, dass diese, soweit sie bereits vor Insolvenzeröffnung entstanden sind, während des Insolvenzverfahrens der Pfändung unterliegen; allerdings nach Maßgabe der § 850 ff. ZPO.

Der Todesfall des Apothekers hat auf rückständige Leistungen des Versorgungswerks keinerlei Einfluss. Diese sind in jedem Fall an die Insolvenzmasse zu leisten. Auf das gebildete Kapital zur Hinterbliebenenversorgung haben der Todesfall und die Insolvenz des Apothekers allerdings keine Auswirkungen, da der Auszahlungsanspruch originär in der Person des/der Hinterbliebenen bestehen bleibt.

Ist das Versorgungswerk sowohl in der Gläubiger-, als auch in der Drittschuldnerstellung, ist eine Aufrechnung unter den Voraussetzungen der §§ 94, 96 InsO möglich. Eine Aufrechnung ist danach nur zulässig, wenn das Versorgungswerk im Rahmen der Fortführung der Apotheke die Stellung eines Massegläubigers erlangt.

Ist im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch kein Leistungsanspruch entstanden, ist zu beachten, dass die gebildeten Rentenanwartschaften, ebenso wie das Stammrecht, unpfändbar sind und damit nicht vom Insolvenzbeschluss umfasst werden.

2. Private Altersvorsorge

Die private Altersvorsorge hat durch das Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und den hierdurch eingeführten § 851c ZPO einen Pfändungsschutz sowohl für die Rentenzahlung, die den Regelungen der § 850 ff. ZPO unterworfen werden, als auch für das angesparte Vorsorgekapital erhalten. Mit dieser Regelung schließt der Gesetzgeber den zuvor nicht haltbaren Zustand des unbegrenzten Zugriffs auf die private Altersvorsorge des selbstständigen und freiberuflichen Schuldners zugunsten der Gläubiger und zulasten des Staates und damit der Allgemeinheit.

Das bewegliche und/oder unbewegliche Anlagevermögen, das der Schuldner für seine Altersvorsorge aufbaut, unterliegt dem unbeschränkten Zugriff der Gläubiger im Gesamtvollstreckungsverfahren der Insolvenzordnung. Einen Pfändungsschutz gewährt weder die Zivilprozess- noch die Insolvenzordnung.

§ 3 Verwertung des Vermögens des Apothekers in der Insolvenz

Nachdem nunmehr die Reichweite des Insolvenzbeschlages und damit der Umfang Insolvenzmasse festgestellt wurde, stellt sich infolgedessen die Frage der Verwertung derselbigen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Insolvenzverfahren gem. § 1 InsO der gemeinschaftlichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger (par conditio creditorum) dient.⁴⁷⁴ Dieses primäre Ziel der Haftungsverwirklichung⁴⁷⁵ kann im Wege der Liquidation des Schuldnervermögens zum Zwecke der Verteilung des Erlöses⁴⁷⁶ – die übertragende Sanierung ist letztlich ebenfalls eine Vermögensliquidation⁴⁷⁷ – oder durch eine abweichende, in einem

⁴⁷⁴ Gottwald/Braun, Insolvenzrechtshandbuch, § 66 Rn. 1.

⁴⁷⁵ Braun/Kießner, § 1 Rn. 3. So im Ergebnis auch *BGH*, InVo 2001, 368 ff. der die Haftungsverwirklichung trotz der Reformbestrebungen ein Reorganisationsrecht zu schaffen, als vorrangiges Ziel der Insolvenzordnung sieht, die allerdings andere Nebenziele nicht ausschließt. Uhlenbruck/Pape, InsO, § 1 Rn. 1, die die Befriedigungsfunktion des Insolvenzverfahren immer im Vordergrund sehen; a.A. Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, Teil 3. Rn. 1377 mit Verweis auf BT-Drs. 12/2443, S. 108 ff.

⁴⁷⁶ Dies ist das Regelverfahren, das in den Teilen 2 bis 5 der Insolvenzordnung normiert ist.

⁴⁷⁷ Braun/Kießner, § 1 Rn. 5.

Insolvenzplan⁴⁷⁸ enthaltene Regelung, insbesondere zum Erhalt des Unternehmens erreicht werden⁴⁷⁹ (§ 1 InsO). Im Ergebnis statuiert § 1 InsO daher mit dem Regelinsolvenz- und dem Insolvenzplanverfahren zwei gleichwertige Abwicklungsmöglichkeiten des Insolvenzverfahrens, um die bestmögliche Gläubigerbefriedigung zu erzielen.⁴⁸⁰ Während das Regelinsolvenzverfahren der Verwertung des Schuldnervermögens und der Erlösverteilung dient, können durch den Insolvenzplan abweichende Gestaltungen, insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen werden, um hierdurch einen Verwertungs- bzw. Zerschlagungsmechanismus zu verhindern.⁴⁸¹

A. Regelinsolvenzverfahren

Die Verwertung der Insolvenzmasse innerhalb des Regelinsolvenzverfahrens ist im 4. Teil (Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse), 2. Abschnitt (Entscheidung über die Verwertung) der Insolvenzordnung und dort insbesondere in den §§ 157 ff. InsO geregelt.

§ 157 S. 1 InsO⁴⁸² legitimiert die Gläubigerversammlung vor dem Hintergrund des Verfahrensziels der Haftungsverwirklichung aus § 1 InsO über die Art und Weise der bestmöglichen, gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung zu befinden,⁴⁸³ indem dieser die

⁴⁷⁸ Auf die Abwicklung des Insolvenzverfahrens im Rahmen eines Insolvenzplans wird in dieser Arbeit nur rudimentär eingegangen, denn eine ausführliche Besprechung dieses Komplexes würde den Umfang der Arbeit zu weit ausdehnen.

⁴⁷⁹ Hierdurch wird die Möglichkeit der Abweichung vom Regelverfahren der Insolvenzordnung geschaffen (so auch Gottwald/Braun, Insolvenzrechtshandbuch, § 66 Rn. 1), die letztlich eine Alternative zur liquidierenden Schuldenbereinigung im Insolvenzplanverfahren normiert (Uhlenbruck/Pape, InsO, § 1 Rn. 1).

⁴⁸⁰ Braun/Kießner, § 1 Rn. 4; Begr. RegE abgedr. bei Uhlenbruck, Das neue Insolvenzrecht, S. 232, der ausführt, dass wirtschaftspolitisch keine Gründe existieren, die Sanierung des Schuldners generell vor der übertragenden Sanierung des Unternehmens zu bevorzugen oder auch nur irgendeine Art der Sanierung stets und überall der Zerschlagungsliquidation vorzuziehen. Siehe auch Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 157 Rn. 5.

⁴⁸¹ Gottwald/Braun, Insolvenzrechtshandbuch, § 66 Rn. 1; Uhlenbruck/Pape, InsO, § 1 Rn. 1, der die Sanierung trotzdem nicht als vorrangiges Verfahrensziel sieht.

⁴⁸² In § 157 InsO kommt der Grundsatz der Gläubigerautonomie zum Vorschein. Die in § 157 S. 1 InsO eröffnete Entscheidungsbefugnis über Stilllegung oder Fortführung des schuldnerischen Unternehmens wird durch die in § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO normierte Fortführungspflicht des vorläufigen Insolvenzverwalters im Insolvenzeröffnungsverfahren offengehalten (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO ordnet an, dass der starke vorläufige Insolvenzverwalter den Betrieb oder Betriebsteile nur in solchen Ausnahmefällen stilllegen darf, in denen durch die Fortführung die Masse erhebliche Einbußen erleiden würde. Dies gilt mithin erst Recht für den schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter. Denn dieser darf die Fortführung eines Unternehmens nicht behindern, vgl. Beck/Depre/Beck, Prxis der Insolvenz, § 18 Rn. 15). Im Zeitraum zwischen Insolvenzeröffnung und Berichtstermin sichert § 158 InsO die Gläubigerautonomie aus § 157 InsO ab, indem eine Stilllegung oder Veräußerung des Geschäftsbetriebes durch den Insolvenzverwalter eingeschränkt wird; vgl. dazu auch Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, Teil 3. Rn. 1374, 1375;

⁴⁸³ Andres/Leithaus/Andres, InsO, § 157 Rn. 10.

Entscheidungskompetenz zugestanden wird, im Berichtstermin die Stilllegung oder vorläufige Fortführung des Unternehmens⁴⁸⁴ des Schuldners zu beschließen.⁴⁸⁵

Allerdings sind auch im Bereich der Verwertung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens des Apothekers dessen standesrechtliche Regelungen und Besonderheiten zu beachten. Diese modifizieren und beeinflussen die zuvor dargestellten Grundzüge der Verwertung der Insolvenzordnung. Im Rahmen der Fortführung wirkt bereits die Vorschrift des § 7 ApoG die Frage auf, welche Fortführungsmodelle in der Insolvenz des Apothekers rechtlich zulässig sind, da diese eine persönliche Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung anordnet. Darüber hinaus ist das durch § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Kunden aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG bei der Verwertung des insolvenzbefangenen Vermögens des Apothekers zu berücksichtigen. Dieses strahlt auf die Auskunft- und Mitwirkungspflichten des Apothekers aus. Ebenso betrifft dies die Liquidation des Vermögens, sowohl im Wege der Zerschlagung, als auch der übertragenden Sanierung.

I. Fortführung der Apotheke in der Insolvenz

Die Fortführung eines Unternehmens ist kein eigenständiger Selbstzweck des Insolvenzverfahrens.⁴⁸⁶ Vielmehr dient die kurzfristige Fortführung bis zum Berichtstermin der Wahrung der Gläubigerautonomie, der Sicherung der Insolvenzmasse sowie gegebenenfalls der Ausproduktion⁴⁸⁷ und ist in den §§ 22 Abs. 1 Nr. 2, 158 InsO verankert. Die mittel- und längerfristige Fortführung verfolgt das Ziel der übertragenden Sanierung, während die dauerhafte Fortführung eines Betriebs zum Zwecke der Sanierung des schuldnerischen Unternehmensträgers⁴⁸⁸ erfolgt.⁴⁸⁹ Letztlich dient die Fortführung in den verschiedenen Phasen des Insolvenzverfahrens unterschiedlichen Funktionen.

⁴⁸⁴ Dies endet je nach Verwertungsart in gestreckter Liquidation, übertragender Sanierung oder Reorganisation (vgl. Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 157 Rn. 2).

⁴⁸⁵ Eine Entscheidung im Sinne des § 157 InsO steht der Gläubigerversammlung allerdings nur offen, soweit der Geschäftsbetrieb nicht bereits vorher eingestellt wurde; in Betracht kommt eine Stilllegung bereits vor dem Insolvenzantrag durch den Schuldner, im Insolvenzeröffnungsverfahren durch den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmung des Insolvenzgerichts oder im Zeitraum zwischen Insolvenzeröffnung und Berichtstermin durch den Insolvenzverwalter mit Zustimmung des Gläubigerausschusses.

⁴⁸⁶ Mönning, Betriebsfortführung in der Insolvenz, Rn. 340; HK-InsO/Kreft/Flessner, InsO § 157, Rn. 4; a.A. Nerlich/Römermann/Balthasar, InsO, § 157 Rn. 2.

⁴⁸⁷ Die Ausproduktion ist in der Insolvenz des Apothekers freilich fernliegend.

⁴⁸⁸ Die dauerhafte Fortführung wird jedoch selten ohne einen Insolvenzplan und dem damit einhergehenden wirtschaftlichen Verzicht der Gläubiger gelingen, da eine Innensanierung, bei der der Schuldner als Rechtsträger des Unternehmens dauerhaft erhalten werden kann, in der Regel daran scheitert, dass die Erträge des

Im Rahmen der Sicherung der Insolvenzmasse ist ein schuldnerisches Unternehmen daher zunächst fortzuführen,⁴⁹⁰ denn eine Stilllegung darf, soweit sie bei Antragsstellung nicht bereits erfolgt ist, im Insolvenzeröffnungsverfahren und Zeitraum zwischen Insolvenzeröffnung und Berichtstermin nur unter engen Voraussetzungen erfolgen.⁴⁹¹ Ohnehin dürfte der freiberufliche Apotheker durch ein Insolvenzverfahren nicht automatisch dazu veranlasst werden, seinen Apothekenbetrieb einzustellen,⁴⁹² sondern vielmehr ein Interesse an der Erhaltung des Goodwills⁴⁹³ – was ebenfalls im Interesse der Gläubiger und ihrer Haftungsverwirklichung liegt – entwickeln, um diesen nach Erlangung der Restschuldbefreiung⁴⁹⁴ zu nutzen und aufgrund fehlender Kooperationsbereitschaft nicht in die Gefahr der Versagung einer Restschuldbefreiung zu geraten.⁴⁹⁵

1. Fortführung der Apotheke im Insolvenzeröffnungsverfahren

Die §§ 21, 22 InsO regeln die Fortführung einer laufenden betrieblichen Einheit im Insolvenzeröffnungsverfahren.

a) Anwendbarkeit der §§ 21, 22 InsO auf den freiberuflichen Apotheker

Begrifflich erfassen die Vorschriften der §§ 21, 22 InsO durchgängig das Unternehmen des Schuldners. Ob und inwieweit diese Normen auch auf Freiberufler und damit Apotheker Anwendung finden, ist dem Wortlaut der §§ 21, 22 InsO nicht zu entnehmen. Ebenfalls enthalten die Gesetzesbegründungen keine Hinweise auf eine gewollte Auslegung der

fortgeführten Geschäftsbetriebs nicht zu zeitlich und beitragsmäßig akzeptablen Abschlagsverteilungen (§§ 187 ff. InsO) und schließlich bei der Schlussverteilung zu einer Vollbefriedigung der Gläubiger führen.

⁴⁸⁹ Vgl. dazu auch das „Vier-Stufen-Modell“ in *Mönning*, Betriebsfortführung in der Insolvenz, Rn. 348; *E. Braun*, Insolvenzrecht, 53, 59.

⁴⁹⁰ Dies ergibt sich insbesondere aus der Fortführungspflicht aus §§ 22 Abs. 1 Nr. 2 (im Insolvenzeröffnungsverfahren), 158 (im Insolvenzverfahren) InsO.

⁴⁹¹ So ist eine Einstellung im Insolvenzeröffnungsverfahren gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2, 2. Hs. InsO nur möglich, soweit das Insolvenzgericht einer Stilllegung zustimmt, um eine erhebliche Verminderung des Vermögens zu vermeiden und im Zeitraum zwischen Insolvenzeröffnung und Berichtstermin durch den Insolvenzverwalter ausschließlich, soweit er die Zustimmung des Gläubigerausschusses eingeholt hat oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, er den Schuldner unterrichtet hat und das Insolvenzgericht nach dessen Widerspruch dieselben Voraussetzungen wie in § 22 Abs. 1 Nr. 2, 2. Hs. InsO verneint.

⁴⁹² Vgl. *Vallender*, Festschrift Metzeler, S. 21, 24 (zu den Freiberuflern im allgemeinen); *Hess/Röpke*, NZI 2003, 233.

⁴⁹³ *Vallender*, NZI 2003, 530 (zum Arzt).

⁴⁹⁴ Nach Maßgabe der §§ 286 ff. InsO oder durch einen Insolvenzplan.

⁴⁹⁵ *Vallender*, NZI 2003, 530.

Normen.⁴⁹⁶ Die Anwendbarkeit dieser Regelungen auf den freiberuflichen Apotheker ist allerdings trotzdem gewährleistet, da ein vergleichbarer Regelungszweck für Freiberufler und InsO auf die freien Berufe rechtfertigt.

Regelungszweck der Anordnung eines vorläufigen Insolvenzverfahrens ist die Sicherung der späteren Insolvenzmasse, indem nachteilige Vermögensveränderungen durch den Schuldner unterbunden werden.⁴⁹⁷ Die Fortführung erhält insbesondere den Goodwill des Unternehmens und sichert damit letztlich diesen Vermögenswert zugunsten der Haftungsmasse. An der Erhaltung dieses Vermögensgegenstandes besteht in der Insolvenz des Apothekers, ebenso wie bei anderen Freiberuflern, ein erhöhtes Interesse, da der Goodwill einer Apotheke einen erheblichen Vermögenswert darstellt.⁴⁹⁸ Um dies zu gewährleisten, ist es unerlässlich, den Anwendungsbereich der Vorschriften der §§ 21, 22 InsO auf die freien Berufe und damit den Apotheker auszudehnen. Nur auf diesem Weg kann ein Wertverlust verhindert werden, der durch eine Einstellung des Geschäftsbetriebes und dem damit einhergehenden Verlust des Goodwills entsteht. Gerade dieser Sicherungsfunktion kommen die §§ 21, 22 InsO nach, weshalb deren Zweck ebenso für diese Berufsfelder beachtenswert ist, wie für jedes gewerbliche Unternehmen.⁴⁹⁹

Ohnehin gelten im Wettbewerbsrecht Freiberufler und insbesondere auch Apotheker⁵⁰⁰ als Unternehmer i. S. des funktionalen Unternehmerbegriffs, denn sie nehmen am Wirtschaftsleben teil und treten untereinander oder mit Dritten in Wettbewerb.⁵⁰¹ Dies gilt zwar ausdrücklich nur für das Wettbewerbsrecht, jedoch kann diese Auslegung auch im Rahmen der Insolvenzordnung herangezogen werden und damit eine Grundlage bieten.

b) Fortführungsmodelle

Eine Fortführung der Apotheke im Insolvenzeröffnungsverfahren ist in unterschiedlichen Konstellationen denkbar. Zunächst in Betracht zu ziehen ist die Anordnung einer starken oder

⁴⁹⁶ Vgl. Jaeger/Henckel, InsO, § 35 Rn. 15, der meint, dass im Rahmen der Reformdiskussionen vordergründig an gewerbliche Unternehmen gedacht worden ist.

⁴⁹⁷ Uhlenbruck/Vallender, InsO, § 21 Rn. 1; Jaeger/Gerhardt, InsO, § 22 Rn. 77; MK-InsO/Haarmeyer, § 22 Rn. 89; Nerlich/Römermann/Römermann, InsO, § 22 Rn. 94.

⁴⁹⁸ Vgl. zum Goodwill oben unter § 2 A.

⁴⁹⁹ Jaeger-Henckel, § 35 Rn. 15; Kluth, NJW 2002, 186, 187; Uhlenbruck, Festschrift für Henckel, S. 877, 889; zustimmend Vallender, Festschrift für Metzeler, S. 21, 25.

⁵⁰⁰ Ausdrücklich für Apotheker: BGH, NJW-RR 1987, 485, 486.

⁵⁰¹ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Bernd, § 1 Rn. 29.

schwachen vorläufigen Insolvenzverwaltung.⁵⁰² Ebenso kann eine Fortführung der Apotheke durch den Apotheker selbst erfolgen; entweder ohne jegliche Kontrolle eines außenstehenden Dritten, wenn lediglich ein Gutachter mit der Erstellung eines Sachverständigengutachtens über die Vermögenslage des Apothekers betraut wird, oder unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters, wenn eine „vorläufige Eigenverwaltung“ nach § 270a Abs. 1 InsO⁵⁰³ angeordnet wird.

aa) Fortführung der Apotheke durch einen starken vorläufigen Insolvenzverwalter

Ordnet das Gericht die starke vorläufige Insolvenzverwaltung an – diese ist in der Praxis aufgrund der Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den starken vorläufigen Insolvenzverwalter die Ausnahme – geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen der späteren Insolvenzmasse gem. §§ 22 Abs. 1 S. 1 InsO auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über. Insofern nimmt dieser rechtlich die gleiche Stellung ein, die der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren nach §§ 80 – 82 InsO innehat.⁵⁰⁴ Seine weiteren Pflichten statuiert § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 – 3 InsO.

Die Fortführung der Apotheke durch einen starken vorläufigen Insolvenzverwalter wirft, da diesem nahezu die gleichen Befugnisse wie dem Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren zustehen, ähnliche Schwierigkeiten auf, wie diejenigen im eröffneten Insolvenzverfahren.⁵⁰⁵

Eine Fortführung durch den starken vorläufigen Insolvenzverwalter scheidet regelmäßig aus, da ihm entweder die nach dem Standesrecht der Apotheker erforderliche berufliche Qualifikation fehlt⁵⁰⁶ oder, bei bestehender beruflicher Qualifikation, eine Fortführung eine Interessenkollision i.S.d. § 56 InsO zur Folge hätte.⁵⁰⁷ Demgegenüber ist eine Fortführung im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens zwischen starkem vorläufigem Insolvenzverwalter

⁵⁰² Nach Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, Teil 2. Rn. 583 ist die vorläufige Insolvenzverwaltung das zentrale Sicherungsmittel der Insolvenzordnung; vgl. ebenfalls Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Vereinfachung von Insolvenzverfahren, BT-Drs. 16/322/, S. 15. Vgl. dazu auch Kübler/Prütting/Bork/Pape, § 22 Rn. 1.

⁵⁰³ Die Vorschrift wurde neu eingefügt durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 07.12.2011 (BGBl. S. 2582 m.W.v. 01.03.2012).

⁵⁰⁴ BGH, ZInsO 2007, 267, 268.

⁵⁰⁵ Vgl. zu den verschiedenen Problemfeldern einer Fortführung durch einen Insolvenzverwalter ausführlich unter § 3 A. I. 2. Da insofern eine Parallele zwischen dem starken vorläufigen Insolvenzverwalter und dem endgültigen besteht, werden die Einzelheiten vollständig für Letzteren erörtert. Diese Gedanken sind allerdings auf den starken vorläufigen Insolvenzverwalter übertragbar.

⁵⁰⁶ Vgl. dazu nachstehend unter § 3 A. I. 2. a) aa).

⁵⁰⁷ Vgl. dazu nachstehend unter § 3 A. I. 2. a) aa).

und insolvenzschuldnerischem Apotheker aufgrund der standesrechtlichen Regelung des § 7 S. 1 ApoG und der damit verbundenen Auslegung des Tatbestandsmerkmals der persönlichen Leitung in eigener Verantwortung zwar Bedenken ausgesetzt, jedoch trotzdem zulässig,⁵⁰⁸ sofern die fachliche Leistung ausschließlich beim Apotheker verbleibt und eine Einflussnahme durch den starken vorläufigen Insolvenzverwalter nicht stattfindet.

Wird im später eröffneten Insolvenzverfahren eine Eigenverwaltung⁵⁰⁹ ggf. in Kombination mit einem Insolvenzplan angestrebt, wird eine starke vorläufige Insolvenzverwaltung in der Regel nicht angeordnet werden. Freilich ist dies nicht gänzlich ausgeschlossen,⁵¹⁰ allerdings sollte das Gericht in diesen Fällen zurückhaltend vorgehen,⁵¹¹ denn die Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots würde den Schuldner aus seiner Position verdrängen und eine Sanierung erschweren, wenn nicht unmöglich gestalten.⁵¹²

Die übrigen im später eröffneten Verfahren aufkommenden Fragestellungen rund um eine eigenständige Fortführung der Apotheke durch den Schuldner stellen sich bei Anordnung einer starken vorläufigen Insolvenzverwaltung ebenfalls nicht.⁵¹³ Einerseits ist eine Fortführung der Apotheke durch den Schuldner zugunsten und zulasten der späteren Insolvenzmasse sowohl mangels Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners als auch - wenn der starke vorläufige Insolvenzverwalter den Schuldner eine autarke Fortführung zugestehen würde - aufgrund der Unvereinbarkeit einer solchen Vorgehensweise mit der Sicherungsfunktion der vorläufigen Insolvenzverwaltung ausgeschlossen. Andererseits ist ebenso eine Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Apothekers nach § 35 Abs. 2 InsO im Insolvenzeröffnungsverfahren unmöglich.⁵¹⁴ Denn eine Anwendung des § 35 Abs. 2 InsO in der starken vorläufigen Insolvenzverwaltung scheidet sowohl in direkter – da § 35 Abs. 2 InsO ausdrücklich vom Insolvenzverwalter spricht⁵¹⁵ - als auch in entsprechender Anwendung – es besteht weder eine planwidrige Regelungslücke⁵¹⁶ noch, da im Stadium der vorläufigen Insolvenzverwaltung die Sicherung des Vermögens und nicht dessen Verwertung, die durch

⁵⁰⁸ Vgl. dazu nachstehend unter § 3 A. I. 2. b).

⁵⁰⁹ Vgl. dazu nachstehend unter § 3 A. I. c) aa).

⁵¹⁰ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 270 Rn. 45 mit weiteren Verweisen auf Kübler/Prütting/Bork/Pape, InsO § 270 Rn. 107; Nerlich/Römermann/Riggert, InsO, § 270 Rn. 4ff.; BGH, ZIP 2004, 425.

⁵¹¹ HK-InsO/Kirchhof, § 22 Rn. 6; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 270 Rn. 45.

⁵¹² Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 270 Rn. 45; Uhlenbruck/Vallender, InsO, § 21 Rn. 1.

⁵¹³ Vgl. dazu nachstehend unter § 3 A. I. 2. c) bb).

⁵¹⁴ HK-InsO/Kirchhof, § 22 Rn. 3; Uhlenbruck/Hirte, InsO § 35 Rn. 108; Berger, ZInsO, 2008, 1104; a.A. Heinze, ZInsO 2011, 606.

⁵¹⁵ Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rn. 108.

⁵¹⁶ Ahrens, NZI 2007, 622, 623; Uhlenbruck/Hirte, InsO § 35 Rn. 108.

eine Negativerklärung i. S. d. § 35 Abs. 2 InsO erfolgen würde, im Vordergrund steht, eine vergleichbare Interessenlage⁵¹⁷ - aus.⁵¹⁸

Zuletzt ist aus dem vorstehend ausgeführten Ziel der Vermögenserhaltung eine Verpachtung⁵¹⁹ der Apotheke gem. § 9 ApoG ebenso exkludiert, wie deren Veräußerung im Rahmen einer starken vorläufigen Insolvenzverwaltung und die Beauftragung eines Praxisabwickler/-betreuers. Obwohl der starke vorläufige Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen der späteren Insolvenzmasse innehat, folglich entsprechende Verträge abschließen könnte, kollidiert diese Fortführungsform mit dem Sicherungsgedanken⁵²⁰ einer vorläufigen Insolvenzverwaltung. Zwar wird hierdurch der Geschäftsbetrieb aufrechterhalten, nichtsdestotrotz ist hierin bereits eine Verwertung des Schuldnervermögens zu sehen, die im Insolvenzeröffnungsverfahren gerade nicht zu gewärtigen ist.⁵²¹ Insoweit sind die Rechtsgedanken, die eine Betriebsveräußerung im Insolvenzeröffnungsverfahren verbieten, auch auf eine Verpachtung zu übertragen. Zuletzt steht auch die dem Eröffnungsverfahren immanente Bestandsschutzgarantie einer Verpachtung oder Veräußerung der Apotheke im Insolvenzeröffnungsverfahren entgegen.⁵²² Diese soll gewährleisten, dass dem Schuldner im Falle der Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens seine Vermögenswerte für die Fortsetzung seines Betriebes im wesentlichen erhalten bleiben. Da eine Verpachtung durch den starken vorläufigen Insolvenzverwalter den Apotheker auch bei Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens bindet - denn jener verpachtet oder veräußert aufgrund des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis die Apotheke zwar im eigenen Namen, verpflichtet aber hierdurch die spätere Insolvenzmasse bzw. den Insolvenzschuldner⁵²³ würde dies auch im Falle der Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens fortwirken und somit der Bestandsschutzgarantie zuwiderlaufen.

⁵¹⁷ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO § 35 Rn. 108.

⁵¹⁸ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO § 35 Rn. 108.

⁵¹⁹ Vgl. dazu unter § 3 A. I. 2. a) cc).

⁵²⁰ Vgl. hierzu Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, Teil 2. Rn. 611 ff. wonach das vorläufige Insolvenzverfahren auf die Sicherung und Erhaltung der Masse beschränkt ist.

⁵²¹ Vgl. dazu Uhlenbruck/*Vallender*, InsO, § 22 Rn. 32 f. (für die Betriebsveräußerung); HambKomm/*J.-S. Schröder*, InsO, § 22 Rn. 41 (für die Betriebsfortführung); Uhlenbruck/*Vallender*, InsO, § 22 Rn. 24, der annimmt, dass die Sicherungspflicht alles umfasst, um eine vorzeitige Zerschlagung des Unternehmens zu vermeiden.

⁵²² MK-InsO/*Haarmeyer*, § 22 Rn. 78

⁵²³ Insbesondere wirken, auch vom Insolvenzverwalter eingegangene, Miet- und Pachtverhältnisse für und gegen den Schuldner (vgl. dazu Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 80 Rn. 83).

bb) Fortführung der Apotheke durch einen schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter

In der Praxis stellt die Anordnung der schwachen vorläufigen Insolvenzverwaltung nach §§ 21, 22 Abs. 2 InsO den Regelfall dar.⁵²⁴ Hierdurch können grundsätzlich Problemfelder im Kontext der standesrechtlichen Berufszulassung⁵²⁵ umgangen werden. Die Aufgaben und Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters bestimmt das Gericht gem. § 22 Abs. 2 S. 1 InsO, wobei diese nach § 22 Abs. 2 S. 2 InsO nicht über diejenigen des starken vorläufigen Insolvenzverwalters hinausgehen dürfen. Insbesondere bedeutsam ist die Bestellung eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters mit einem allgemeinen Zustimmungsvorbehalt gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. InsO ggf. erweitert durch zusätzliche Ermächtigungen. Hierbei führt der schuldnerische Apotheker den Apothekenbetrieb fort. Der vorläufige Insolvenzverwalter wirkt in dieser Konstellation als kontrollierender Berater, während der Apotheker die fachlichen und wirtschaftlichen Vorgänge weitestgehend steuert.⁵²⁶ Aufgrund der Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Schuldners durch den Zustimmungsvorbehalt des vorläufigen Insolvenzverwalters, bestehen unter dem Gesichtspunkt des § 7 S. 1 ApoG an der Zulässigkeit der Anordnung einer schwachen vorläufigen Insolvenzverwaltung mit Zustimmungsvorbehalt Bedenken, welche letztlich allerdings nicht zur Unzulässigkeit aufgrund des Standesrechts führen.⁵²⁷

Demgegenüber spielt die Anordnung von besonderen Verfügungsverboten oder Zustimmungsvorbehalten oder die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters ohne Verfügungsbeschränkungen gegenüber dem Schuldner keine Rolle, so dass eine uneingeschränkte Fortführung durch den insolvenzschuldnerischen Apotheker im Rahmen der vorläufigen Insolvenzverwaltung praktisch nicht in Betracht kommt. Denn hierdurch würde das Insolvenzgericht Gefahr laufen, seine Sicherungsfunktion zu vernachlässigen.

Unmöglich ist zuletzt, mangels Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters, die Verpachtung oder Freigabe des Apothekenbetriebs durch schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter. Nichts anderes gilt für eine Einzelermächtigung zur Verpachtung oder Veräußerung der Apotheke. Eine solche ist nicht in

⁵²⁴ Vgl. dazu ausführlich *Fritsche*, DZWIR 2005, 265.

⁵²⁵ Vgl. dazu nachstehend unter § 3 A. I. 2. a) aa).

⁵²⁶ *Pohlmann*, Rn. 256.

⁵²⁷ Vgl. dazu nachstehend unter § 3 A. I. 2. b).

Einklang mit der Sicherungsfunktion und der Bestandsschutzgarantie für das Schuldnervermögen in der vorläufigen Insolvenzverwaltung zu bringen.⁵²⁸

cc) Fortführung der Apotheke durch den Schuldner ohne Kontrolle eines außenstehenden Dritten (Gutachter)

Denkbar ist auch die Konstellation, dass das Insolvenzgericht einen Gutachtenauftrag zur Beurteilung der Vermögenslage nach Insolvenzantragsstellung erteilt, ohne einen vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen. Dies erscheint in der Praxis vor allem vor dem Hintergrund des neuen § 55 Abs. 4 InsO und der Rechtsprechung des BFH⁵²⁹ vom 09.12.2010 und der daraus resultierenden Problematik der Umsatzsteuer eine begrüßenswerte Möglichkeit.⁵³⁰

Die Fortführung im Insolvenzeröffnungsverfahren in der Stellung eines Gutachters dürfte aus der Sicht vieler Insolvenzverwalter, insbesondere im Hinblick auf die vorerwähnte Problematik der Umsatzsteuer, naheliegend erscheinen. Gesetzlich wäre dies durch § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 InsO, wonach das Insolvenzgericht nach pflichtgemäßem Ermessen über die Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters entscheidet,⁵³¹ legitimiert. Allerdings handelt es sich bei diesem Ermessen um eine haftungsbewährte Verpflichtung des Insolvenzgerichts.⁵³² Dies hat zur Folge, dass eine solche Anordnung nur in Betracht kommt, wenn ein zuverlässiger Schuldner ohne Eigenverschulden in die Insolvenzsituation geraten ist und das Gericht beabsichtigt, das Vermögen der späteren Eigenverwaltung zu überantworten.⁵³³ Darüber hinaus wird das Gericht diese Option restriktiv wahrnehmen, damit ein Schaden zugunsten der Insolvenzmasse verhindert wird.⁵³⁴

⁵²⁸ Vgl. dazu das eine solche Vorgehensweise der Sicherungs- und Bestandsschutzfunktion zuwider läuft vorstehend unter § 3 A. I. b) aa).

⁵²⁹ BFH, BeckRS 2010, 95026.

⁵³⁰ Auf die Problematik § 55 Abs. 4 InsO und das Urteil des BFH vom 09.12.2010 wird in dieser Arbeit nicht detailliert eingegangen, da dies den Umfang dieser Niederschrift zu stark erweitern würde.

⁵³¹ Uhlenbruck, NZI 2000, 289ff.

⁵³² Uhlenbruck/Vallender, InsO, § 21 Rn. 42a.

⁵³³ Vgl. Uhlenbruck, Kölner Schrift zur InsO, S. 325, 328 Rn. 13; ferner Grub, ZIP 1993, 393, 396.

⁵³⁴ Der Autor hat im November 2011 an einer Veranstaltung des Arbeitskreis Insolvenzrecht in Köln teilgenommen, in der die Probleme des §§ 55 Abs. 4 InsO und der Rechtsprechung des BGH vom 09.12.2010 diskutiert wurden. Der Vorsitzende Prof. Dr. Vallender, seines Zeichens Richter am Insolvenzgericht in Köln, hat in der Diskussion mitgeteilt, dass die von Insolvenzverwaltern bevorzugte Lösung des Problems über eine Nichteinsetzung als vorläufiger Insolvenzverwalter äußerst selten in Betracht kommt, da das Insolvenzgericht ohne Rücksicht auf steuerrechtliche Probleme den Schutz der Insolvenzgläubiger gewährleisten muss, was nur über die Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters gewährleistet ist.

dd) Fortführung der Apotheke durch den Schuldner unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters (§ 270a Abs. 1 InsO)

Durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)⁵³⁵ ist die Regelung des § 270a Abs. 1 InsO eingefügt worden. Diese schließt die zuvor bestehende Lücke des fehlenden vorläufigen Sachwalters bei Anträgen auf Eigenverwaltung⁵³⁶. Im Ergebnis kann das Gericht nunmehr die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis im Eröffnungsverfahren beim Schuldner belassen und diesen lediglich einer Kontrolle durch einen vorläufigen Sachwalter unterwerfen.⁵³⁷ Diese Lösung berücksichtigt einerseits die berufsrechtlichen Besonderheiten, da der Apotheker weiterhin seine Apotheke persönlich und in eigener Verantwortung führt, gleichzeitig ermöglicht dies andererseits aber die Sicherung des Schuldnervermögens im Insolvenzeröffnungsverfahren, wenn im später eröffneten Verfahren die Eigenverwaltung angestrebt wird, indem eine Kontrolle durch den vorläufigen Sachwalter stattfindet und dieser bei zu erwartenden Nachteilen das Insolvenzgericht informiert. Diesem Sicherungsgedanken konnte zuvor nur durch die Anordnung einer vorläufigen Insolvenzverwaltung Rechnung getragen werden, die allerdings der späteren Eigenverwaltung häufig zuwiderlief, da sie sie erschwerte oder unmöglich machte. Nunmehr wird die Sicherungsfunktion durch einen vorläufigen Sachwalter gewährleistet, dem über den Verweis des § 270a Abs. 1 S. 2 InsO auf die §§ 274, 275 InsO dieselben Kontrollaufgaben wie dem späteren Sachwalter zustehen. Ein Verstoß gegen das Standesrecht des Apotheker, insbesondere § 7 S. 1 ApoG, ist in dem Kontrollmechanismus des vorläufigen Sachwalters nicht zu sehen, da eine Überwachung niemals eine verbotene wirtschaftliche Einflussnahme i. S. d. § 7 S. 1 ApoG darstellt. Gleichzeitig könnte die vorläufige Eigenverwaltung als weiteren positiven Nebeneffekt mit sich bringen, dass die Regelung des § 55 Abs. 4 InsO - wonach Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners aus dem Steuerschuldverhältnis, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder vom Schuldner mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters begründet worden sind, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeiten gelten - umgangen wird, da sie bereits von ihrem Wortlaut nicht auf eine vorläufige Eigenverwaltung mit einem vorläufigen Sachwalter und der beim Schuldner

⁵³⁵ Verkündet am 13.13.2011 (BGBl I, 2582) und in Kraft getreten am 01.03.2012.

⁵³⁶ Vgl. zur Eigenverwaltung nachstehend unter § 3 A. I. 2. c) aa); *Römermann*, NJW 2012, 645, 649; *Desch*, BB 2011, 841, 842.

⁵³⁷ Die Anordnung einer vorläufigen Sachverwaltung sah das Gesetz bis zur Einführung des Gesetzes zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen nicht vor (vgl. *Uhlenbruck/Vallender*, InsO, § 22 Rn. 2). Allerdings nimmt selbiger in *Uhlenbruck/Vallender*, InsO § 22 Rn. 11 an, dass trotz fehlender gesetzlicher Grundlage die Bestellung eines vorläufigen Sachwalters zulässig ist; a.A. *Kübler/Prütting/Bork/Pape*, InsO, § 270 Rn. 111, der annimmt das eine vorläufige Eigenverwaltung die gleichen Funktionen beinhaltet, wie eine vorläufige Insolvenzverwaltung.

verbleibenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis vereinbar ist. Ob sich dies in der Praxis jedoch durchsetzen wird oder vielmehr ein gesetzgeberisches Versehen damit begründet wird, dass die Änderung des ESUG bei Einführung des § 55 Abs. 4 InsO nicht berücksichtigt wurden,⁵³⁸ bleibt ebenso abzuwarten, wie die Frage, ob sich das Instrument der vorläufigen durch die Gesetzesänderung einer größeren Beliebtheit erfreuen wird; hier ist allerdings Skepsis angebracht. Zwar ist hierdurch das Problemfeld einer vorherigen Sicherung der Insolvenzmasse im Insolvenzeröffnungsverfahren bei einer später beabsichtigten Eigenverwaltung behoben worden und damit ein weiterer Hinderungsgrund für ein Eigenverwaltungsverfahren entfallen, allerdings wurde bereits zuvor die Eigenverwaltung regelmäßig nicht als Sanierungsinstrument eingesetzt, weil derjenige mit der Verfahrensabwicklung betraut werden musste, der für den Vermögensverfall verantwortlich war.

2. Fortführung der Apotheke im eröffneten Insolvenzverfahren

Eine Fortführung der Apotheke im eröffneten Insolvenzverfahren ist zunächst durch den Insolvenzverwalter, ohne Beteiligung des Schuldners, denkbar. Darüber hinaus kann eine Fortführung in einer gemeinschaftlichen Arbeitsweise zwischen Insolvenzverwalter und Schuldner, ebenso wie eine völlig autarke Betriebsfortführung durch den Schuldner im Rahmen einer Eigenverwaltung, einer Fortführung zugunsten und zulasten der Insolvenzmasse oder auf eigene Rechnung nach Freigabe des Apothekenbetriebs durch den Insolvenzverwalter, erfolgen.

a) Fortführung ohne Beteiligung des insolvenzschuldnerischen Apothekers

Eine Fortführung des Apothekenbetriebs ohne den insolvenzschuldnerischen Apotheker ist erstens durch den Insolvenzverwalter allein denkbar, zweitens durch den Insolvenzverwalter unter Beteiligung eines Abwicklers oder Betreuers und drittens, indem der Insolvenzverwalter die Apotheke an einen Dritten verpachtet.

⁵³⁸ Dies erscheint zumindest deshalb naheliegend, da durch § 55 Abs. 4 InsO eine Privilegierung des Finanzamtes als im Insolvenzverfahren Beteiligter Gläubiger beabsichtigt war, die ansonsten umgangen werden könnte.

aa) Alleinige Fortführung der Apotheke durch den Insolvenzverwalter

Zum Insolvenzverwalter wird gem. § 56 Abs. 1 InsO nur eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete⁵³⁹, insbesondere geschäftskundige⁵⁴⁰ und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person bestellt.⁵⁴¹ Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Insolvenzverwalter rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, den Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten und fortzuführen.⁵⁴² Dagegen ist grundsätzlich nicht erforderlich, dass der Insolvenzverwalter die Voraussetzungen des schuldnerischen Gewerbes in seiner Person erfüllt,⁵⁴³ da nicht jeder Berufszweig in dem zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Kreis von Personen im Sinne des § 56 InsO vertreten ist.

Während bei gewerblichen Unternehmen eine Fortführung durch eine betriebsfremde Person unproblematisch möglich ist,⁵⁴⁴ da der Insolvenzverwalter durch sein Amt und die hierdurch indizierte Geschäftskundigkeit seiner Person zur Fortführung legitimiert ist, sind im Rahmen der Fortführung der Apotheke die berufsrechtlichen Regelungen der Apotheker der §§ 1 Abs. 2, 2, 5 ApoG zu berücksichtigen.⁵⁴⁵

Diese bewirken, dass der Insolvenzverwalter nicht in die beruflichen Kernbereiche des freiberuflichen Apothekers eingreifen, seine Apotheke abwickeln und damit im Ergebnis die Position des Apothekers einnehmen,⁵⁴⁶ soweit ihm die beruflichen Qualifikationen fehlen,⁵⁴⁷ die die standesrechtlichen Vorschriften der Apotheker voraussetzen. Eine Fortführung durch

⁵³⁹ Die Qualifikationen des Insolvenzverwalters sind mit den für das Unternehmen, der Branche, der Größe, des Marktsegments usw. erforderlichen Anforderungen abzugleichen, vgl. MK-InsO/*Graeber*, § 56 Rn. 21.

⁵⁴⁰ Der Insolvenzverwalter muss durch seine Vorbildung nachweisen, den rechtlichen und wirtschaftlichen Problemstellungen eines Insolvenzverfahrens gerecht werden zu können, weshalb überwiegend Wirtschaftsprüfer, Kaufleute, Buchprüfer und ähnliche Berufsgruppen in Betracht kommen, vgl. MK-InsO/*Graeber*, § 56 Rn. 18.

⁵⁴¹ Dieselben Kriterien gelten über den Verweis in § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO auf § 56 Abs. 1 InsO auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter.

⁵⁴² *Kessler*, Das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Partnerschaftsgesellschaft, Rn. 240.

⁵⁴³ Dies würde für die Insolvenz des Apothekers bedeuten, dass als Insolvenzverwalter ebenfalls ein Apotheker bestellt würde.

⁵⁴⁴ In der Insolvenz des Gewerbetreibenden reicht das Vorliegen einer Gewerbeerlaubnis des Schuldners aus, damit der Insolvenzverwalter den Betrieb des Schuldners fortführen kann, vgl. dazu *Kübler/Prütting/Bork/Onusseit*, § 157 Rn. 9.

⁵⁴⁵ Das Berufsrecht des Apothekers regelt, dass eine Apotheke nur mit der Erlaubnis der zuständigen Behörde betrieben werden darf (§ 1 Abs. 2 ApoG) und sie zu schließen ist, wenn die erforderliche Erlaubnis nicht vorliegt (§ 5 ApoG). Die Erlaubnis wird nur unter den Voraussetzungen des § 2 ApoG (insbesondere erforderlich ist die deutsche Approbation als Apotheker, § 2 Abs. 1 Nr. 3 ApoG) erteilt.

⁵⁴⁶ *Schick*, NJW 1990, 2359, 2361, mit dem Hinweis, dass dies allenfalls in der Insolvenz des Rechtsanwalts denkbar wäre, wenn der Insolvenzverwalter gleichsam die berufliche Qualifikation des Rechtsanwalts innehat, vgl. dazu auch *Ries*, ZVI 2004, 221, 222. Allerdings sind auch in diesen Konstellationen Interessenkollisionen zu beachten, die einer Abwicklung entgegenstehen könnten.

⁵⁴⁷ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 157 Rn. 16.

den Insolvenzverwalter dürfte, da in der insolvenzrechtlichen Praxis überwiegend Rechtsanwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer zum Insolvenzverwalter bestellt werden,⁵⁴⁸ damit regelmäßig ausgeschlossen sein.

Eine dem beruflichen Standesrecht des Apothekers entsprechende Qualifikation kann der Insolvenzverwalter auch nicht aus der auf ihn übergehenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Schuldnervermögen herleiten. Denn die Berufszulassung des Apothekers ist im Insolvenzverfahren kein Bestandteil der Insolvenzmasse⁵⁴⁹ und somit nicht von der Wirkung des § 80 Abs. 1 InsO erfasst. Infolgedessen resultiert aus der Berufszulassung des Apothekers und der Insolvenzeröffnung über dessen Vermögen keine Geeignetheit des Insolvenzverwalters.

Eine Ausnahme von dem zuvor gefundenen Ergebnis kann sich jedoch dann ergeben, wenn im Einzelfall tatsächlich ein Insolvenzverwalter bestellt wird, der die Voraussetzungen für die Zulassung zum Apothekerberuf erfüllt. In dieser Konstellation kann allerdings § 56 InsO der Fortführung entgegenstehen. Denn dieser bestimmt die Verpflichtung des Insolvenzverwalters, dem Insolvenzgericht potentiell bestehende oder auftretende Interessenkollisionen anzuzeigen,⁵⁵⁰ solche bestehen insbesondere bei einer Gefährdung der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters.⁵⁵¹

Bei freiberuflichen Rechtsanwälten und Steuerberatern wird eine Gefährdung der Unabhängigkeit und damit eine Interessenkollision darin gesehen, dass der Insolvenzverwalter einerseits in die Rolle des Freiberuflers schlüpft und dadurch in das Vertrauensverhältnis mit den Mandanten eintritt und diese fortführen soll;⁵⁵² andererseits die Aufgabe des Insolvenzverwalters wahrnimmt, die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger zu sichern.⁵⁵³ Gerade hierin kommt eine Interessenkollision zum Vorschein, da es dem Insolvenzverwalter bei einer Fortführung der betrieblichen Einheit unmöglich ist, seinen aus

⁵⁴⁸ Dies wird zwar vom Gesetz nicht verlangt, in der Rechtspraxis aber so umgesetzt, vgl. *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmerinsolvenz, S. 724.

⁵⁴⁹ Vgl. dazu ausführlich unter § 2 B.

⁵⁵⁰ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 56 Rn. 35 mit Verweis auf *BGH*, NJW 1991, 982; *AG Potsdam*, NZI 2002, 391; *Hild*, ZInsO, 2005, 1294. Diese Pflichten werden auch von der „Uhlenbruck-Kommission“, abgedruckt in *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 56 Rn. 29 ff., statuiert.

⁵⁵¹ *Binz/Hess*, Der Insolvenzverwalter, Rn. 3167

⁵⁵² *Schildt*, Die Insolvenz des Freiberuflers, S. 126, 127

⁵⁵³ *LG Rostock*, ZInsO 2202, 290, 291; *OLG Rostock*, ZVI 2004, 477, 478; *Franke/Böhme*, AnwBl 2004, 339.

der Insolvenzordnung folgenden Pflichten nachzukommen.⁵⁵⁴ Diese Rechtsprechung lässt sich aufgrund des ebenfalls bestehenden besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Apotheker und Patient/Kunde⁵⁵⁵ auf die freiberuflichen Apotheker übertragen.

bb) Fortführung unter Beteiligung eines Abwicklers/Praxisbetreuers

In der Insolvenz von Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern wird, da deren Berufszulassung aufgrund des Vermögensverfalls in der Regel widerrufen wird,⁵⁵⁶ häufig ein Praxisabwickler bestellt. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass der Widerruf der Berufszulassung dem Schutz der Mandanten Rechnung trägt, ein solcher Schutz aber ins Leere laufen würde, wenn diesen Nachteile durch eine Neubeauftragung eines anderen Freiberuflers entstehen würden.⁵⁵⁷

Während allerdings die Bestellung eines Abwicklers für diese Berufsgruppen ausdrücklich in den §§ 55 Abs.5 BRAO, 48 Abs. 5 PatAO, 56 BnotO, 70 Abs. 5 StBerG, 121, 20 Abs. 7 WPO und 31 Abs. 1 MBO-VermInG geregelt ist, existiert ein Pendant in den standesrechtlichen Regelungen des Apothekers nicht, weshalb - mangels gesetzlicher Grundlage - die Bestellung eines Abwickler unmöglich ist. Ohnehin wäre ein Abwickler nur zur kurzfristigen Fortführung und Beendigung der laufenden Aufträge bis zur Stilllegung berechtigt und nicht zur Generierung neuer Aufträge zwecks Anreicherung der Insolvenzmasse.⁵⁵⁸

Die fehlende berufliche Qualifikation des Insolvenzverwalters⁵⁵⁹ oder das Auftreten einer Interessenkollision⁵⁶⁰ kann jedoch auch durch die Übernahme der freiberuflichen Tätigkeit

⁵⁵⁴ Jaeger/Henckel, InsO, § 35 Rn. 16.

⁵⁵⁵ Vgl. zu der Problematik des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen dem Apotheker und seinen Kunden ausführlich unter § 2 A.

⁵⁵⁶ Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rn. 290 ff.; Ausnahme: Beweist der Betreffende, dass keine Gefährdung der Interessen Dritter vorliegt, kann die Berufszulassung erhalten bleiben, vgl. dazu § 2 B. I.

⁵⁵⁷ Letztlich dient das Modell des Praxisabwicklers der Wahrung der Interessen der Mandanten und deren Rechtssicherheit, vgl. dazu Feuerich/Weyland/Braun, BRAO, § 55 Rn. 2; Franke/Böhme, AnwBl 2004, 339.

⁵⁵⁸ Henssler/Prütting/Schlaich, BRAO, § 55 Rn. 1, der ausführt, dass neue Aufträge durch einen Abwickler einer Rechtsanwaltskanzlei lediglich in den ersten sechs Monaten angenommen werden dürfen (§ 55 Abs. 2 S. 2, 2. Hs. BRAO); vgl. auch § 70 Abs. 2 S. 3 StBerG, wonach der Abwickler einer Steuerberaterpraxis keine neuen Aufträge annehmen darf.

⁵⁵⁹ Vgl. dazu vorstehend unter § 3 A. I. 2. a) aa).

⁵⁶⁰ Vgl. dazu vorstehend unter § 3 A. I. 2. a) aa).

durch einen berufsqualifizierten neutralen Dritten behoben werden,⁵⁶¹ wofür allerdings eine gesetzliche Legitimierung einer Vertretung des Apothekers vorliegen muss.⁵⁶²

Eine solche Legitimation kann nicht aus § 13 Abs. 1 ApoG hergeleitet werden. Dessen Tatbestand, der den Erben eines Apothekers ermöglicht, die Apotheke für 12 Monate von einem Apotheker verwalten zu lassen, ist im Insolvenzverfahren offensichtlich nicht einschlägig. Demgegenüber ist § 2 Abs. 5 und 6 ApBetrO aber als gesetzliche Grundlage in Betracht zu ziehen, denn dieser ermöglicht es dem Apothekenleiter, sich für drei Monate von einem Apotheker oder, unter besonderen Voraussetzungen⁵⁶³, einem Apothekerassistenten oder Pharmazieingenieur vertreten zu lassen. Dieses Fortführungsmodell ist jedoch in der praktischen Umsetzung erheblichen Bedenken ausgesetzt. Zum einen ist ein Praxisbetreuer für seine Tätigkeit zu entlohnen. Um diese Vergütung abgezusichern, ist die Begründung von Masseverbindlichkeiten nach §§ 55 Abs. 1 Nr. 1, (Abs. 2) InsO erforderlich.⁵⁶⁴ Zum anderen ist der Praxisbetreuer lediglich Vertreter des Insolvenzverwalters, woraus sich weder dessen Berechtigung zur Fortsetzung laufender Vertragsverhältnisse ergibt,⁵⁶⁵ noch die berufsrechtliche Qualifikation des Insolvenzverwalters, der letztlich der Verantwortliche bleibt, sichergestellt wird. Schlussendlich gefährdet dies die durch Berufsordnungen gewährleistete fachliche Qualität des Apothekers.⁵⁶⁶

Zuletzt ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass die Bestellung eines Vertreters nach § 2 Abs. 5 und 6 ApBetrO lediglich der Existenzsicherung des Apothekers dient, indem seine betriebliche Einheit durch das weitere Anbieten von Dienstleistungen aufrechterhalten wird.⁵⁶⁷ Eine längerfristige Fortführung innerhalb des Insolvenzverfahrens soll hierdurch aber nicht legitimiert werden.⁵⁶⁸

⁵⁶¹ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 284.

⁵⁶² Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 284 mit einem weiteren Verweis auf Kübler/Prütting/Bork/*Onusseit*, InsO, § 157 Rn. 7; a.A.: Jaeger-Henckel, InsO, § 35 Rn. 17; *Kessler*, Rn. 242 ff.; *Kluth*, NJW 2002, 186, 188.

⁵⁶³ Gem. § 2 Abs. 6 ApBetrO ist die Vertretung durch einen Apothekerassistenten oder Pharmazieingenieur nur möglich, sofern dieser hinsichtlich seiner Kenntnisse und Fähigkeiten dafür geeignet ist und im Jahre vor dem Vertretungsbeginn mindestens sechs Monate hauptberuflich in einer öffentlichen Apotheke oder Krankenhausapotheke beschäftigt war.

⁵⁶⁴ Da die Begründung von Masseverbindlichkeiten durch einen schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter nur in Ausnahmefällen möglich ist, eröffnet sich dieses Modell in der schwachen vorläufigen Insolvenzverwaltung nur in den Fällen einer Einzelermächtigung.

⁵⁶⁵ Jaeger/*Henckel*, InsO, § 35 Rn. 17; *Kluth*, NJW 2002, 186, 188.

⁵⁶⁶ *Kessler*, Das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Partnerschaftsgesellschaft, Rn. 243.

⁵⁶⁷ Erbs/Kohlhaas/*Saenge*, Strafrechtliche Nebengesetze-ApBetrO, § 2 Rn. 5; Spickhoff/*Walter*, Medizinrecht-ApBetrO, § 2 Rn. 6; Henssler/Prütting/*Prütting/Schlaich*, BRAO, § 55 Rn. 11 (für einen Rechtsanwalt).

⁵⁶⁸ Erbs/Kohlhaas/*Saenge*, Strafrechtliche Nebengesetze-ApBetrO, § 2 Rn. 5; Spickhoff/*Walter*, Medizinrecht-ApBetrO, § 2 Rn. 6.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Fortführung durch einen Insolvenzverwalter ohne Beteiligung des Schuldners, aber unter Einsatz eines berufsqualifizierten Dritten (Abwickler oder Praxisbetreuer) nicht möglich ist.

cc) Verpachtung der Apotheke

Eine weitere Möglichkeit, den Apothekenbetrieb ohne Beteiligung des schuldnerischen Apothekers aufrechtzuerhalten, eröffnet § 9 Abs. 1 ApoG. Die Apotheke kann unter den Voraussetzung des § 9 Abs. 1 und 2 ApoG an einen Apotheker verpachtet werden. Während dieser unabhängig vom Insolvenzverfahren die Apotheke führt, generiert die Insolvenzmasse zumindest die monatliche Pacht. Problematisch erscheint zwar, dass eine Verpachtung der Apotheke nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 ApoG⁵⁶⁹ nur möglich ist, wenn und solange der Verpächter im Besitz der Erlaubnis ist⁵⁷⁰ (der Insolvenzverwalter ist gerade nicht Inhaber der Berufszulassung, da diese nicht vom Insolvenzbeschlagn erfasst wird⁵⁷¹) und dieser die Apotheke aus einem in seiner Person liegenden wichtigen Grund nicht selbst betreiben kann (die anderen Varianten des § 9 Abs. 1 Nr. ApoG, die voraussetzen, dass die Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 ApoG widerrufen oder durch Widerruf der Approbation wegen Wegfalls einer der Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BApoO erloschen ist, sind offensichtlich nicht einschlägig, da die Berufszulassung des Apothekers durch das Insolvenzverfahren in der Regel unberührt bleibt⁵⁷²).⁵⁷³ Nichtsdestotrotz steht diese Regelung einer Verpachtung nicht entgegen. Zwar erfolgt diese aufgrund des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gem. § 80 Abs. 1 InsO durch den Insolvenzverwalter im eigenen Namen. Dennoch wird hierdurch die Insolvenzmasse bzw. der Insolvenzschuldner verpflichtet,⁵⁷⁴ da die materiell-rechtliche Situation durch die Verfahrenseröffnung nicht verändert wird,⁵⁷⁵ der insolvenzschuldnerische Apotheker also gerade Eigentümer der insolvenzbefangenen Sachen und Inhaber der in die Masse fallenden Rechte und Forderungen

⁵⁶⁹ Dies ist im Insolvenzverfahren die einzig in Betracht kommende Tatbestandsvariante, da § 9 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 ApoG den Tod des Erlaubnisinhabers voraussetzen.

⁵⁷⁰ Vgl. hierzu auch Spickhoff/Walter, Medizinrecht-ApoG, § 9 Rn. 4.

⁵⁷¹ Vgl. dazu unter § 2 B. II.

⁵⁷² Vgl. dazu unter § 2 B. I.

⁵⁷³ Die Einschränkung des ver- und pachtungsberechtigten Personenkreises durch § 9 ApoG soll zum einen sicherstellen, dass eine Verpachtung nur zum Zwecke der Versorgung von Personen zugelassen wird, deren Existenzgrundlage die Apotheke bildete und zum anderen das Fremdbesitzverbot schützen (Beer, BB 1992, 1259).

⁵⁷⁴ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 80 Rn. 83.

⁵⁷⁵ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 80 Rn. 82.

bleibt.⁵⁷⁶ Insbesondere wirken, auch vom Insolvenzverwalter eingegangene, Miet- und Pachtverhältnisse für und gegen den Schuldner,⁵⁷⁷ weshalb eine Verpachtung letztlich durch einen Erlaubnisinhaber erfolgt. Denn obwohl der Insolvenzverwalter durch die Verpachtung einerseits über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen verfügt und andererseits die Berufszulassung dem insolvenzfremden Vermögen des Apothekers angehört und damit eigentlich zwei unterschiedliche Vermögensmassen vorliegen, ist im Ergebnis jeweils das Apothekervermögen und somit ein „Gesamtvermögen“ betroffen, das die erforderliche Berufszulassung zum Apotheker umfasst, da letztlich der Schuldner trotz der Insolvenzeröffnung Rechtsträger der Insolvenzmasse bleibt.

Ebenfalls erfüllt ist die zweite Voraussetzung eines wichtigen Hinderungsgrundes in der Person des Erlaubnisinhabers i. S. des § 9 Abs. 1 Nr. 1 ApoG. Als eine solche gilt ausschließlich eine zeitlich beschränkte und nach Aufnahme der Tätigkeit eingetretene Verhinderung.⁵⁷⁸ Der Erlaubnisinhaber kann seine Apotheke im Insolvenzverfahren nicht weiterbetreiben.⁵⁷⁹ Dies ist dem Umstand geschuldet, dass der Insolvenzverwalter über die zur Insolvenzmasse gehörende Betriebs- und Geschäftsausstattung des Apothekers verfügen und somit eine Weiterführung der Apotheke verhindern kann.⁵⁸⁰

b) Fortführung durch arbeitsteiliges Zusammenwirken zwischen Insolvenzverwalter und Schuldner

Eine Fortführung der betrieblichen Einheit des Apothekers ist auch im Wege eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens zwischen Insolvenzverwalter und Schuldner denkbar.⁵⁸¹ In der Insolvenz der Freiberufler, denen die Berufszulassung aufgrund eines Insolvenzverfahrens nicht entzogen wird,⁵⁸² wird – und dies könnte für die Fortführung der Apotheke ebenso gehandhabt werden – darauf zurückgegriffen, dass der Freiberufler die fachlichen Leistungen

⁵⁷⁶ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 80 Rn. 6.

⁵⁷⁷ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 80 Rn. 83; MK-InsO/Ott/Vuia, § 80 Rn. 11.

⁵⁷⁸ Fröhler, BWNotZ 2010, 12, 13.

⁵⁷⁹ Erbs/Kohlhaase/Senge, Strafrechtliche Nebengesetze-ApoG, § 9 Rn. 3; vgl. dazu auch unten unter § 3 A. I. 2. c) bb).

⁵⁸⁰ Vgl. zum Insolvenzbefehl hinsichtlich der Betriebs- und Geschäftsausstattung oben unter § 2 D. I. und zur Möglichkeit des Apothekers seine Apotheke gegen den Willen des Insolvenzverwalters fortzuführen unten unter § 3 A. I. 2. c) bb).

⁵⁸¹ Im Rahmen einer schwachen vorläufigen Insolvenzverwaltung ergibt sich dies bereits aus dem Verbleib der Verfügungsbefugnis – wenn auch unter Zustimmungsvorbehalt – beim Schuldner, weshalb eine gemeinsame Zusammenarbeit unerlässlich ist, während dies im eröffneten Verfahren aufgrund der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters seinem Gusto unterliegt.

⁵⁸² Dies gilt insbesondere auch für die Insolvenz des Arztes sowie des Apothekers.

ausführt, während der Insolvenzverwalter die wirtschaftlichen Abläufe überwacht und bearbeitet.⁵⁸³ Hierdurch wird unter anderem das Problemfeld der fehlenden beruflichen Qualifikation des Insolvenzverwalters⁵⁸⁴ gelöst, da dem Apotheker seine Berufszulassung im eröffneten Verfahren nicht entzogen wird⁵⁸⁵ und somit durch dessen Mitwirken die standesrechtlichen Anforderungen eingehalten werden.

Inwieweit dieser Lösungsweg eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens im Rahmen der Fortführung einer Apotheke herangezogen werden kann, erscheint insbesondere im Hinblick auf die Regelung des § 7 S. 1 ApoG, der den Apotheker dazu verpflichtet, die Apotheke persönlich und in eigener Verantwortung zu leiten, problematisch.

Offensichtlich birgt diese Norm erhebliches Konfliktpotenzial, das dem Umstand geschuldet ist, dass der Regelungsbereich des § 7 S. 1 ApoG, abhängig von seiner Auslegung, mit einer Fortführungsbeteiligung durch eine betriebsfremde Person kollidieren kann. Insofern wirft § 7 S. 1 ApoG die Frage auf, ob dieser einer Fortführung der Apotheke im Wege arbeitsteiligen Handelns dergestalt, dass der Apotheker die fachlichen Leistungen erbringt, während der Insolvenzverwalter die wirtschaftlichen Aspekte regelt, entgegensteht. Ebenso ist zu diskutieren, ob § 7 S. 1 ApoG eine Fortführungsbeteiligung durch einen Insolvenzverwalter per se ausschließt.

aa) Entstehungsgeschichte und Verfassungsrecht – Das Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke

Bei der Einführung des Apothekengesetzes im Jahr 1960 begründete der Gesetzgeber den Wortlaut des § 7 S. 1 ApoG damit, dass durch das Merkmal der persönlichen Leitung in eigener Verantwortung deutlich gemacht werden sollte, dass nicht nur die pharmazeutische, sondern auch die wirtschaftliche Leitung vom Erlaubnisinhaber auszuüben sei.⁵⁸⁶ Das Bundesverfassungsgericht⁵⁸⁷ hat in seinen Entscheidungen zum Fremd- und Mehrbesitzverbot

⁵⁸³ So Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 285; *Ries*, ZVI 2004, 221, 222. Eine anderweitige Konstellation ist die Durchführung der fachlichen und wirtschaftlichen Tätigkeit durch den Schuldner unter Beaufsichtigung des Insolvenzverwalters. Dies stellt allerdings keine arbeitsteilige Fortführung des Apothekenbetriebes im eigentlichen Sinn dar, sondern eine alleinige durch den Schuldner, weshalb dies nachstehend unter § 3 A. I. 2. c) bb) (1) angesprochen wird.

⁵⁸⁴ Vgl. dazu oben unter § 3 A. I. 2. a) aa).

⁵⁸⁵ Vgl. dazu oben unter § 2 B. I.

⁵⁸⁶ BT-Drs. 3/1769 zu § 7 ApoG (damals § 8 ApoG), zit. in *Schiedermaier/Pieck*, ApoG, S. 585.

⁵⁸⁷ *BVerfG*, NJW 1964, 1067, 1069; vgl. dazu bereits oben unter § 2 A. III. 2. b).

– welches Gegenstand einiger Verfassungsbeschwerden von Apothekern war – im Jahr 1964 ausdrücklich die gesetzgeberische Intention bestätigt und diese darüber hinaus dahingehend konkretisiert, dass das Merkmal der persönlichen Leitung in eigener Verantwortung des § 7 S. 1 ApoG keine Einflussnahme Dritter zulasse und hiermit das Leitbild⁵⁸⁸ des „Apothekers in seiner Apotheke“ entwickelt, welches im Jahr 1980 eine Bestätigung durch den Bundesgerichtshof erfahren hat.⁵⁸⁹

Während die gesetzlichen Regelungen des ApoG im Verlauf der Jahre im wesentlichen unverändert geblieben sind, wurde die entwickelte Grundkonzeption des Apothekers in seiner Apotheke nach Ansicht des Gesetzgebers trotz der Einführung der Zulässigkeit des Betriebens von Filialapotheken im Jahr 2004 beibehalten.⁵⁹⁰ So begründete der Gesetzgeber bei der Einführung der §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 4 ApoG die Lockerung des Mehrbesitzverbotes damit, dass die Eingrenzung auf vier Apotheken und zusätzlich auf einen Kreis oder benachbarten Kreis notwendig ist, um dem Betreiber der Apotheken eine persönliche und somit auch effektive Kontrolle der Filialapotheken zu ermöglichen, wodurch auch weiterhin die persönliche Verantwortung des Apothekers für seine Apotheken gestützt und die Beeinflussung durch Dritte verhindert werden soll.⁵⁹¹

Im Jahr 2009 ist das im ApoG normierte Fremd- und Mehrbesitzverbot in seiner aktuellsten Ausprägung einer Kontrolle durch den EuGH unterzogen worden, der dieses in seinem Urteil zwar als europarechtskonform billigte,⁵⁹² allerdings feststellte, dass die Ausbildung und Qualifikation des Apothekers, letztlich seine fachliche Tätigkeit, dem Schutz der Volksgesundheit Rechnung trägt.

bb) Das Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke und das apothekenrechtliche Standesrecht im Lichte der Insolvenzordnung

Sowohl die Regelung des § 7 S. 1 ApoG, die im Zusammenspiel mit anderen Normen des ApoG das Fundament des geltenden Fremd- und Mehrbesitzverbots darstellt, als auch das Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke, sollten dafür Sorge tragen, dass dem Schutz der

⁵⁸⁸ Siehe zum Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke bereits oben unter § 2 A. III. 2. b).

⁵⁸⁹ *BGH*, Urt. v. 17.10.1980 – I ZR 8/79 – GRUR 1981, 282.

⁵⁹⁰ BT-Drucks. 15/1525, S. 160 zu § 2 ApoG.

⁵⁹¹ BT-Drucks. 15/1525, S. 160 zu § 2 ApoG.

⁵⁹² *EuGH*, DStR 2010, 78, 78 ff.

Volksgesundheit durch einen Apotheker Rechnung getragen wird, der durch eine persönliche Haftung und Anwesenheit dazu angehalten ist, sich vollständig dem Apothekerberuf und den damit verbundenen Zielen der öffentlichen Arzneimittelversorgung hinzugeben.⁵⁹³ Insbesondere sollte ein Abhängigkeitsverhältnis des Apothekers von einem Investor, der womöglich keinerlei Haftungskonsequenzen zu befürchten hat, vermieden werden, indem dieser unabhängig von fremden Kapitalflüssen und Gewinninteressen seine Apotheke eigenverantwortlich betreibt.⁵⁹⁴

Daher stellt sich nunmehr die Frage, ob und wie das Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke mitsamt des Schutzgedankens des Fremd- und Mehrbesitzverbotes im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zu berücksichtigen ist und inwieweit Modifizierungen vorgenommen werden müssen.

(1) Rechtsprechung

Bisher hat sich die Rechtsprechung lediglich rudimentär mit der Fortführung einer Apotheke durch einen Insolvenzverwalter beschäftigen müssen. So hat sich das VG Berlin,⁵⁹⁵ dessen Entscheidung vom OVG Berlin⁵⁹⁶ bestätigt wurde, mit dieser Problematik auseinandergesetzt.

Grundlage dieser Entscheidungen war ein Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Apothekers, in dessen Rahmen der Insolvenzverwalter den Apothekenbetrieb fortgeführt hat, indem er dem insolvenzschuldnerischen Apotheker die generelle Erlaubnis erteilte, die Apotheke persönlich und in eigener Verantwortung weiterzuführen, während er selbst den Zahlungsverkehr und hier vornehmlich den Forderungseinzug und die Bedienung der Verbindlichkeiten regelte. Nach Bekanntwerden dieser Arbeitsorganisation schloss die zuständige Verwaltungsbehörde die Apotheke unter Hinweis auf §§ 5, 7 S. 1 ApoG. Hiergegen legte der Insolvenzverwalter Widerspruch ein und beantragte beim VG Berlin einstweiligen Rechtsschutz.

Im Kern behandelte das VG Berlin die Frage, wer in der zugrunde liegenden Konstellation Betreiber der Apotheke ist. Hierbei fand insbesondere § 7 S. 1 ApoG Berücksichtigung.

⁵⁹³ Terbille/Wartensleben, § 10 Rn. 90; Zuck/Lenz, NJW 1999, 3393.

⁵⁹⁴ Zuck/Lenz, NJW 1999, 3393.

⁵⁹⁵ VG Berlin, ZVI 2004, 618 ff.

⁵⁹⁶ OVG Berlin, ZVI 2004, 620 f.

Das VG Berlin führte aus, dass § 7 S. 1 ApoG die eigenverantwortliche Führung und Leitung eines Betriebes, sowohl in fachlicher, als auch in betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht in einer Hand verlange und damit die indirekte Einflussnahme Dritter ausschließe.⁵⁹⁷ Hierdurch nahm das Gericht insbesondere auf das Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke Bezug. Der Insolvenzverwalter sei aufgrund der Regelung des § 80 Abs. 1 S. 1 InsO, wonach die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen des schuldnerischen Apothekers – hierzu gehören aufgrund § 36 Abs. 2 S. 2 InsO i.V.m. § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO auch die Einrichtungsgegenstände einer Apotheke⁵⁹⁸ - auf ihn übergehe, und seiner damit verbundenen wirtschaftlichen Entscheidungskompetenz zumindest Mitbetreiber der Apotheke. Hieran ändere auch die gewählte Konstruktion einer generellen Erlaubnis zur Erbringung der fachlichen Leistungen und die Beschränkung des Insolvenzverwalters auf die Durchführung des Zahlungsverkehrs nichts. Der Insolvenzverwalter benötige auch für das Mitbetreiben einer Apotheke die erforderliche Erlaubnis. Fehlt es an dieser, sei die Apotheke auf der Grundlage des § 5 ApoG zu schließen. Denn § 5 ApoG schütze das vom Betrieb einer Apotheke abstrakt ausgehende Gefährdungspotenzial, welches durch den Betrieb einer Apotheke außerhalb der gesetzlich abschließend geregelten Organisationsform gegeben ist. Die Frage einer konkreten Gefährdung sei daher unerheblich.

Das OVG Berlin hat diese Argumentation gestützt und darüber hinaus ohne ausführliche Begründung auf § 7 ApoG (Pflicht zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung), § 8 ApoG (Verbot der – auch stillen – Beteiligung Dritter), §§ 9 und 13 ApoG (Einschränkungen bei der Verpachtung bzw. Verwaltung einer Apotheke) verwiesen, worin nach Meinung des OVG die gesetzgeberische Intention der alleinigen Eigenverantwortlichkeit des Erlaubnisinhabers, die eine Aufspaltung der Tätigkeiten in fachliche und wirtschaftliche nicht zulässt, zum Vorschein kommt. Ein Verweis auf § 12 GewO, der die Wirkung der Untersagung eines Gewerbes aufgrund Unzuverlässigkeit, die auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist, aushebelt, ist nach Ansicht des OVG ebenfalls ausgeschlossen. Hierdurch seien, vor dem Hintergrund des Schutzes der Volksgesundheit, die Bestimmungen des ApoG nicht geändert worden.

⁵⁹⁷ *VG Berlin*, ZVI 2004, 618 ff. mit Hinweis auf *BGH*, NJW-RR 1998, 803, 805.

⁵⁹⁸ Vgl. dazu oben unter § 2 D. I.

Weiterhin sei eine fehlende tatsächliche Gefährdung der Volksgesundheit aufgrund der Tatsache, dass der Insolvenzverwalter keinen Einfluss auf die fachliche Tätigkeit der Apotheke ausübe, unerheblich, da die abstrakte Gefährdung bereits ausreichend sei. Dieser Schutzgedanke sei durch das Verbot des Mitbetreibens gewährleistet.

Die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen sehen letztlich die einzigen Erhaltungsmöglichkeiten in der Insolvenz des Apothekers darin, dass eine Fortführung im Rahmen einer Eigenverwaltung erfolgt oder der Insolvenzverwalter die Apotheke veräußert oder verpachtet. Daher sei eine Fortführung der Apotheke durch die zugrundeliegende Rechtsprechung nicht ausgeschlossen.

(2) Literatur

Die Literatur hat sich bisher nicht ausführlich mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Vielmehr wird häufig festgestellt, dass der Insolvenzverwalter die Apotheke nicht selbst weiterführen darf - was angesichts der fehlenden Berufszulassung oder Interessenkollision zumindest für eine alleinige Fortführung zutreffend ist⁵⁹⁹ – sondern sie lediglich veräußern oder verpachten kann oder dem Schuldner die Fortführung der Apotheke im Wege einer Eigenverwaltung überlässt.⁶⁰⁰ Hierzu wird allen voran auf die Entscheidungen des VG und OVG Berlin⁶⁰¹ verwiesen und deren Argumentationsstrang übernommen.⁶⁰² Allerdings sind in der Literatur auch kritische Stellungnahmen im Hinblick auf die beiden verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zu finden. Insbesondere wird die unterschiedliche Behandlung von Arzt und Apotheker vor dem Hintergrund des Schutzes der Volksgesundheit kritisiert,⁶⁰³ da die Volksgesundheit durch den Arzt unmittelbarer beeinflusst werden kann als dies bei einem Apotheker der Fall wäre. Ebenfalls wird befürwortet, die abstrakten Gefährdungstatbestände des ApoG zurücktreten zu lassen, soweit eine Gefährdung der Volksgesundheit in der im Einzelfall gewählten Verwaltungsart ausgeschlossen ist.⁶⁰⁴

⁵⁹⁹ Vgl. dazu oben unter § 3 A. I. 2. a).

⁶⁰⁰ So etwa Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 296; Braun/*Bäuerle*, § 36 Rn. 25

⁶⁰¹ *VG Berlin*, ZVI 2004, 618 ff.; *OVG Berlin*, ZVI 2004, 620 f.

⁶⁰² So etwa Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 297.

⁶⁰³ So etwa *Runkel*, ZVI 2007, 45, 49, der einen unterschiedlichen Denkansatz bei Arzt und Apotheker zum Schutz der Volksgesundheit als falsch ansieht, eine tiefgehende Behandlung der Problematik allerdings ebenso offen lässt wie eine Lösung derselbigen.

⁶⁰⁴ Jaeger/*Peter A. Windel*, InsO, § 80 Rn. 270.

(3) Stellungnahme

Obwohl die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung eindeutig ist und auch in der Literatur kein großer Widerspruch hiergegen erfolgt ist, liefern die Entscheidungen jedoch Ansatzpunkte, die zumindest kritisch zu beleuchten sind. Mithin ist zu erörtern, ob die Urteile, die zu den zuvor erörterten Folgen führen, einer rechtlichen Überprüfung standhalten und inwieweit diese in der insolvenzrechtlichen Praxis beachtet werden müssen bzw. sollten.

(a) Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke – Gesetzgeberintention und Verfassungsrecht

Nach dem zuvor ausgeführten fußt die Auslegung des Merkmals des § 7 ApoG der persönlichen Leitung in eigener Verantwortung dahingehend, dass keinerlei Einflussnahme legitimiert sei, im wesentlichen auf dem Leitbild „der Apotheker in seiner Apotheke“, welches durch das Bundesverfassungsgericht⁶⁰⁵ entwickelt und vom Bundesgerichtshof⁶⁰⁶ bestätigt wurde und seinerseits der Gesetzesbegründung zu § 7 S. 1 ApoG entsprang.

Das Leitbild wurde anhand der Grundgedanken zum damals bestehenden Mehrbesitzverbot an Apotheken entwickelt.⁶⁰⁷ Durch die nunmehr neu eingeführten Regelungen zum Mehrbesitz in den §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 4, Abs. 5, 7 ApoG und der Feststellung deren Europarechtskonformität⁶⁰⁸ wurden die Zulassungsbeschränkungen wesentlich gelockert.⁶⁰⁹ Hierin ist, vor dem Hintergrund der Begründung des EuGH zur Zulässigkeit des Mehrbesitzes, auch eine Aufgabe des Leitbildes „der Apotheker in seiner Apotheke“ und des engen Anwendungsbereichs des § 7 S. 1 ApoG zu sehen.⁶¹⁰ Denn konträr zum BVerfG⁶¹¹ hat der EuGH dargelegt, dass der Gesundheitsschutz der Bevölkerung durch die Ausbildung und Qualifikation des Apothekers gewährleistet wird.⁶¹² Mithin stellt er gerade nicht auf eine

⁶⁰⁵ BVerfG, NJW 1964, 1067.

⁶⁰⁶ BGH, GRUR 1981, 282.

⁶⁰⁷ BVerfG, NJW 1964, 1067, 1069.

⁶⁰⁸ Siehe zu dieser Frage auch oben unter § 2 A. III. 2c) und § 3 A. I. 2. b) aa).

⁶⁰⁹ Siehe zu dieser Frage auch oben unter § 2 A. III. 2. c) und § 3 A. I. 2. b) aa).

⁶¹⁰ Vgl. dazu BGH, NJW 2002, 2724, 2726 (mit Verweis auf BGH LM ApothG Nr. 7 m. Anm. Taupitz; Schiedermaier/Pieck, § 8 Rn. 149), der ausführt, dass das vom BVerfG entwickelte Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke möglicherweise nicht mehr zeitgemäß ist. Ebenso erläutert Erbs/Kohlhaas/Senge, Strafrechtliche Nebengesetze-ApoG, § 1 ApoG Rn. 1, dass das Leitbild überkommen ist und führt unter Erbs/Kohlhaas/Senge, Strafrechtliche Nebengesetze-ApoG, § 7 ApoG Rn. 1 weiter aus, dass das Leitbild zwar nicht aufgegeben, aber modifiziert wurde. Allerdings lässt er die Auswirkungen auf die Auslegung des Tatbestandes des § 7 ApoG offen.

⁶¹¹ BVerfG, NJW 1964, 1067, 1069.

⁶¹² EuGH, DStR 2010, 78, 78 ff.

zwingend eigenverantwortliche wirtschaftliche Tätigkeit des Apothekers zum Schutz der Volksgesundheit ab, sondern sieht diesen gewährleistet, wenn der Apothekenleiter die erforderliche berufliche Qualifikation aufweist.

Sinn und Zweck des Regelungsgehalts des § 7 S. 1 ApoG war und ist vor allem der Schutz der Volksgesundheit; diesem wird durch eine persönliche Haftung und Anwesenheitspflicht des Apothekers Rechnung getragen, die diesen dazu anhält, sich vollständig dem Apothekerberuf und den damit verbundenen Zielen der öffentlichen Arzneimittelversorgung hinzugeben.⁶¹³ Insbesondere sollte ein Abhängigkeitsverhältnis des Apothekers von einem Investor, der womöglich keinerlei Haftungskonsequenzen zu befürchten hat, vermieden werden.⁶¹⁴ Diese Schutzgedanken werden jedoch durch eine Beteiligung des Insolvenzverwalters an einer Fortführung nicht verletzt, denn dieser ist nicht Investor oder Teilhaber, sondern vielmehr persönlich haftende Partei kraft Amtes, die die Interessen der Gläubiger vertritt.

Die strikte Ausübung sowohl der fachlichen als auch wirtschaftlichen Tätigkeiten - worin der „Wille des Gesetzgebers“ bei der Einführung des § 7 S. 1 ApoG und der damit einhergehenden Gesetzesbegründung das primäre Ziel des Schutzgedankens des Gutes der Volksgesundheit zu verwirklichen zum Ausdruck kam - war nicht explizit auf das Insolvenzrecht bezogen. Vielmehr sollte nur ein Fremd- und Mehrbesitz verhindert werden, wodurch nach Ansicht des Gesetzgebers eine Gefährdung der Volksgesundheit drohte. Dies trifft in der Insolvenz aber gerade nicht zu, denn der Insolvenzverwalter wirkt nicht auf die fachlichen Leistungen des Apothekers ein – hierzu fehlt es bereits an Fachkenntnissen und auch an der erforderlichen standesrechtlichen Berufszulassung. Demzufolge wird die Volksgesundheit durch eine Aufteilung von fachlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit zwischen Apotheker und Insolvenzverwalter nicht gefährdet. Zwar ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber den Gedanken hatte, dass eine wirtschaftliche Unabhängigkeit des Apothekers auch auf den fachlichen Aufgabenbereich des Apothekers ausstrahlt, so dass ein arbeitsteiliges Zusammenwirken auf den ersten Blick der Gesetzgeberintention zuwiderläuft. Allerdings müssen die praktischen Auswirkungen eines in den Vermögensverfall geratenen Apothekers auf dessen tägliche Arbeitsabläufe berücksichtigt werden. Dieser bedeutet häufig eine starke psychische Belastung für die Person des Insolvenzschuldners, da ein finanzieller

⁶¹³ Terbille/Wartensleben, § 10 Rn. , 27; 90.

⁶¹⁴ Zuck/Lenz, NJW 1999, 3393.

Druck entsteht,⁶¹⁵ der gravierende Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit, sowohl in fachlicher als auch wirtschaftlicher Hinsicht, haben kann, wodurch wiederum die Volksgesundheit gefährdet werden kann, wenn der Apotheker, die fachlichen und wirtschaftlichen Leistungen erbringen muss. Diese Drucksituation kann der Insolvenzverwalter auffangen, dem Apotheker gleichzeitig den erforderlichen fachlichen Handlungsspielraum belassen und damit dessen vollständige Konzentration auf sein Haupttätigkeitsfeld der Arzneimittelabgabe gewährleisten. Die wirtschaftliche Beeinflussung ist dabei nicht ähnlich einem Investor, sondern gleichbedeutend mit derjenigen des Apothekers selbst, da der Insolvenzverwalter aufgrund des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis in die Position des Apothekers tritt. Ebenfalls besteht bei schuldhaften Masseschädigungen eine persönliche Haftung des Insolvenzverwalters nach §§ 60, 61 InsO, worin der Unterschied zu einem nicht persönlich haftenden Investor zum tragen kommt. Letztlich verfolgt der Insolvenzverwalter gerade keine eigenen wirtschaftlichen Ziele, sondern gewährleistet einen ordnungsgemäßen und reibungslosen Ablauf des Insolvenzverfahrens. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass durch den Eintritt der Insolvenzsituation häufig deutlich wird, dass der Apotheker mit den wirtschaftlichen Tätigkeiten überfordert ist. Diese Belastung wird ihm genommen, wenn ein Insolvenzverwalter diese Tätigkeiten übernimmt. Die Beschränkung auf die fachlichen Leistungen kann beim Apotheker somit zur qualitativen Verbesserung seiner Leistungsfähigkeit führen und im Ergebnis dem Schutz der Volksgesundheit im Insolvenzverfahren am effektivsten Rechnung tragen.

Insgesamt ist festzuhalten, dass der Wandel in den apothekenrechtlichen Vorschriften, die insbesondere Ausfluss der europarechtlichen Rechtsprechung ist, auch bei der Auslegung des § 7 S. 1 ApoG beachtlich ist. Die ursprünglich entwickelten Grundsätze zum Apotheker in seiner Apotheke, die auch vom VG und OVG Berlin herangezogen und von der Literatur übernommen werden, sind unter diesem Aspekt nicht ohne weiteres haltbar. Dieser Umbruch wurde von den Verwaltungsgerichten Berlin nicht berücksichtigt.⁶¹⁶ Letztlich verkennt auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Thematik, dass die zugrunde gelegten Normen primär das apothekenrechtliche Fremd- und Mehrbesitzverbot schützen und gerade nicht ein Insolvenzverfahren beschneiden sollten, soweit dieses die Volksgesundheit und

⁶¹⁵ Insbesondere durch Gläubiger, die ihre Außenstände einziehen wollen, kann eine enorme wirtschaftliche Bedrängnis entstehen, die nicht spurlos am Apotheker vorbeigehen kann.

⁶¹⁶ Vgl. dazu auch Erbs/Kohlhaas/Senge, Strafrechtliche Nebengesetze-ApoG, § 7 ApoG Rn. 1, der ausführt, dass das Leitbild zwar nicht aufgegeben, aber modifiziert wurde, die Auswirkungen auf die Auslegung des Tatbestandes des § 7 ApoG allerdings offen lässt; Diekmann/Reinhardt, WRP 2006, 1165, 1165 f.; a.A. Jung/Kernchen, Pharmazeutische Zeitung Online, <http://www.pharmazeutische-zeitung.de/index.php?id=37018>.

damit das Schutzgut des Standesrechts nicht verletzt. Die Argumentation der Verwaltungsgerichte ist damit ein Zirkelschluss, denn diese begründen die Unzulässigkeit einer Unterteilung in fachliche und wirtschaftliche Tätigkeit innerhalb des Insolvenzverfahrens mit dem die Gesetzesbegründung zu § 7 S. 1 ApoG konkretisierenden Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke des Bundesverfassungsgerichts, das aber nicht zur Insolvenzordnung entwickelt wurde und damit den insolvenzrechtlichen Problemstellungen nicht gerecht werden kann. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass das Fremdbesitzverbot keine Bedeutung für die Berufsausübung, also ein Betreiben i. S. des § 5 ApoG, hat,⁶¹⁷ denn ausreichend und gleichzeitig als milderer Mittel im verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsinne ist es, dass die in Rede stehende Dienstleistung des Apothekers durch die allein dazu berechtigten Berufsangehörigen erbracht wird.⁶¹⁸ Der öffentlich rechtliche Gesundheitsschutz wird nämlich gerade nicht durch die Eigentumsform einer Apotheke geschützt.⁶¹⁹ Daher vermischt das Fremdbesitzverbot den internen Bereich der Inhaberschaft mit dem externen Bereich der angebotenen Dienstleistungen.⁶²⁰ Die Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Einflussnahme ist daher bereits im allgemeinen zu überdenken - durch einen (vorläufigen) Insolvenzverwalter aber unbedenklich.

(b) Die Regelung des § 7 S. 1 ApoG im Kontext der insolvenzrechtlichen Vorschriften und der Abwicklung eines Insolvenzverfahrens

Eine Einschränkung eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens zwischen Insolvenzverwalter und Apotheker durch § 7 S. 1 ApoG, mit dem Argument des Schutzes der Volksgesundheit durch Einhaltung des Fremd- und Mehrbesitzverbots und Beachtung des Leitbildes des Apothekers in seiner Apotheke auch im Insolvenzverfahren wird ebensowenig der Gesetzessystematik gerecht und ist zusätzlich standesrechtlichen Bedenken ausgesetzt.

⁶¹⁷ Dies haben der EuGH, BeckRS 2005, 70302 (21.4.2005 – Rs. C-140/03, Slg. 2005, I-3177, Rn. 34) im Optikerurteil und das OVG Saarlouis (20. Und 21.3.2007 – 3 K 361/06 und 3 K 364/06) in der Übertragung von den Grundsätzen zu gesellschaftsrechtlichen Fremdbesitzverboten wie § 50 StBerG auf den Apothekerbereich verdeutlicht.

⁶¹⁸ *EuGH*, BeckRS 2005, 70302; *OVG Saarlouis*, BeckRS 2008, 40472.

⁶¹⁹ *EuGH*, BeckRS 2005, 70302; *OVG Saarlouis*, BeckRS 2008, 40472; *EuGH*, DStR 2010, 78, 78 ff.

⁶²⁰ *Kleine-Cosack*, BB-Special 3, 2, 3.

(aa) Fortführungspflicht

Im Insolvenzeröffnungsverfahren ist der vorläufige Insolvenzverwalter verpflichtet, den schuldnerischen Betrieb bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen. Dies gilt für den starken vorläufigen Insolvenzverwalter bereits nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO, während dies für den schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter aus der Sicherungsfunktion der vorläufigen Insolvenzverwaltung, dem damit verbundenen Erhalt des Unternehmens und damit aus der Systematik der §§ 22 Abs. 2, 21 InsO folgt.⁶²¹ Eine Fortführungspflicht des Insolvenzverwalters bis zum Berichtstermin der ersten Gläubigerversammlung statuieren die §§ 157, 158 Abs. 1 InsO.

Offensichtlich kollidieren diese Fortführungspflichten des (vorläufigen) Insolvenzverwalters mit der von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung vorgenommenen einschränkenden Auslegung der §§ 5, 7 S. 1 ApoG, dass eine Fortführungsbeteiligung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ausgeschlossen ist. Aufgrund dieser Einschränkung wäre die Erhaltung der betrieblichen Einheit der Apotheke und insbesondere des Goodwills nur möglich, wenn diese veräußert oder verpachtet würde oder eine Fortführung alleine durch den Schuldner ohne Beteiligung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters im Rahmen einer Eigenverwaltung, zugunsten und zulasten der Insolvenzmasse oder auf eigene Rechnung nach Freigabe erfolgen würde.

Einer alleinigen Fortführung durch den Schuldner haften allerdings Nachteile an, deren Risiken dem Insolvenzverwalter folglich aufgezwungen würden, wenn eine Fortführung mit seiner Beteiligung unmöglich wäre.⁶²² So wird bei einer Eigenverwaltung der Schuldner als derjenige mit der Sanierung und Masseanreicherung beauftragt, der letztlich für die wirtschaftliche Schiefelage verantwortlich ist, ohne dass Eingriffsmöglichkeiten, mit Ausnahme der Kontrollaufgaben des Sachwalters nach den §§ 274, 275 InsO, bestehen. Dagegen ist eine Fortführung zulasten und zugunsten der Insolvenzmasse durch den schuldnerischen Apotheker ebenso haftungsträchtig für den Insolvenzverwalter wie dessen Fortführung nach einer Freigabe der selbstständigen Tätigkeit. Während der Insolvenzverwalter bei ersterer Konstellation für sämtlichen vermeidbaren Masseschäden einzutreten hat, die durch den Schuldner verursacht werden, birgt eine Freigabe nach § 35

⁶²¹ HambKomm/J.-S. Schröder, InsO, § 22 Rn. 113.

⁶²² So auch Jaeger/Peter A. Windel, InsO, § 80 Rn. 270.

Abs. 2 InsO das Risiko, dass eine Haftung aus einer unberechtigten Freigabe resultiert. Denn aufgrund des Verweises in § 35 Abs. 2 InsO auf § 295 Abs. 2 InsO steht der Insolvenzmasse lediglich das fiktiv pfändbare Einkommen zu, welches der Schuldner nach seiner beruflichen Qualifikation aufgrund seiner Ausbildung und Erfahrung in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis verdienen würde. Die Masse profitiert damit nicht von einem wirtschaftlichen Erfolg des Schuldners, dem etwaige Überschüsse verbleiben. Daher soll eine Freigabe nur erfolgen, soweit ein defizitärer Geschäftsbetrieb vorliegt.⁶²³ Gibt der Insolvenzverwalter eine gewinnbringende betriebliche Einheit frei und entsteht der Insolvenzmasse dadurch ein Schaden, das dieser lediglich das fiktive Arbeitseinkommen zufließt, anstatt dem tatsächlichen Überschuss, löst dies eine Haftung gem. den §§ 60, 61 InsO aus. Zuletzt ist einer Verpachtung oder Veräußerung der Apotheke entgegenzuhalten, dass hierdurch dem schuldnerischen Apotheker seine Lebensgrundlage entzogen wird, was letztlich aufgrund des Regelungsgehaltes des § 295 InsO seine Restschuldbefreiung gefährden kann. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und Teilen der Literatur angedachten Fortführungskonstellationen einerseits problembehaftet sind und andererseits den zugrunde liegenden Verhältnissen nicht gerecht werden.⁶²⁴

Aufgrund der zuvor aufgezeigten Probleme wäre eine Erhaltung des Goodwills, würde eine Fortführungsbeteiligung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ausgeschlossen, nur unter dem Damoklesschwert der persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters möglich; dieser würde somit in dieses Haftungsrisiko hineingetrieben. Um diesen Risiken zu entgehen, bliebe dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter nur die Stilllegung des Apothekenbetriebs. Dies hätte zur Folge, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter dazu angehalten wäre, den Apothekenbetrieb einzustellen, selbst wenn dieser kostendeckend oder gar gewinnbringend fortgeführt werden könnte. Dies würde seinerseits wiederum ebenfalls eine Haftung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters auslösen, da eine Einstellung des Betriebes trotz der Möglichkeit, im Rahmen einer Fortführung die Haftungsmasse der Insolvenzgläubiger zu mehren, zu dessen persönlicher Haftung führt.⁶²⁵ Im Ergebnis würde also – wenn eine Fortführung ohne Beteiligung des Insolvenzverwalters unmöglich wäre – der (vorläufige) Insolvenzverwalter einen laufenden Apothekenbetrieb nur unter der Gefahr eines Haftungsrisikos erhalten können, wozu er aufgrund des gleichzeitigen Haftungsrisikos bei einer Betriebsstilllegung

⁶²³ *BGH*, NZI 2010, 343, 344; BT-Drs. 16/3227, S. 17.

⁶²⁴ So auch Jaeger/Peter A. Windel, *InsO*, § 80 Rn. 270.

⁶²⁵ Uhlenbruck/Sinz, *InsO*, § 60 Rn. 14ff.

getrieben würde. Letztlich würde dies zu einem nicht tragbaren Zwang des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zu einem haftungsträchtigen Handeln führen.

Das Hineindrängen des Insolvenzverwalters in eine haftungsträchtige Fortführung würde darüber hinaus durch die Ziele der Insolvenzordnung aus § 1 InsO verstärkt. Dieser statuiert als primäres Ziel die Haftungsverwirklichung,⁶²⁶ welches jedoch konterkariert würde, würde dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter eine Fortführung nur unter gleichzeitiger Begründung eines Haftungsrisikos ermöglicht und diesem hierdurch die Stilllegung nahegelegt. Als sekundäres Ziel sieht § 1 InsO gerade bei natürlichen Personen auch die Restschuldbefreiung sowie den Erhalt der Lebensgrundlage vor. Eine Restschuldbefreiung kann zwar unabhängig von der Entscheidung „Einstellung oder Fortführung des Apothekenbetriebes“ erreicht werden, jedoch wird die Lebensgrundlage des Apothekers bei einer Stilllegung der betrieblichen Einheit vollständig vernichtet. Auch § 295 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 InsO ist in diesem Zusammenhang als Argumentationsgrundlage heranzuziehen. Denn um eine Restschuldbefreiung zu erhalten, muss der schuldnerische Apotheker eine angemessene Erwerbstätigkeit ausüben, die auch in der Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit liegen kann. Diese Möglichkeit, den gesetzlichen Anforderungen für die Restschuldbefreiung im Wege einer Weiterführung der Apotheke zu genügen, wird dem Apotheker durch den faktischen Schließungszwang, der mit den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen einhergeht, genommen.

Weiterhin wird aus der Insolvenzordnung selbst die Gesetzgeberintention deutlich, eine Fortführung grundsätzlich in den der Insolvenzordnung zulässigen Maßen zuzulassen. So ordnet § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO an, dass die nach § 811 Abs. 1 Nr. 9 InsO unpfändbaren Gegenstände dem Insolvenzbeschlagn unterfallen. Indem der Gesetzgeber die Unpfändbarkeit des zur Fortführung benötigten Inventars aufhebt, bringt er gerade die Absicht zum Ausdruck, dass der Insolvenzverwalter aufgrund seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Betriebs- und Geschäftsausstattung in der Lage ist, die betriebliche Einheit vollumfänglich fortzuführen, ohne ihn von derselbigen vollständig ausschließen zu wollen.

⁶²⁶ Braun/*Kießner*, § 1 Rn. 3. So im Ergebnis auch *BGH*, InVo 2001, 368 ff. der die Haftungsverwirklichung trotz der Reformbestrebungen ein Reorganisationsrecht zu schaffen, als vorrangiges Ziel der Insolvenzordnung sieht, die allerdings andere Nebenziele nicht ausschließt. Uhlenbruck/*Pape*, InsO, § 1 Rn. 1, die die Befriedigungsfunktion des Insolvenzverfahren immer im Vordergrund sehen; a.A. Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, Teil 3. Rn. 1377 mit Verweis auf BT-Drs. 12/2443, S. 108 ff.

Aus gesetzessystematischen Gesichtspunkten ist die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung weiterhin dahingehend zu kritisieren, dass unter der Prämisse der Unzulässigkeit einer arbeitsteiligen Fortführung der Apotheke zwischen Insolvenzverwalter und –schuldner, eine Fortführungsmöglichkeit und damit der Erhalt des Goodwills lediglich in der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO sowie in der Verpachtung oder Veräußerung der Apotheke oder der Fortführung durch den Schuldner zulasten und zugunsten der Insolvenzmasse liegt. Gerade die Anordnung einer Eigenverwaltung war allerdings zum Zeitpunkt der ergangenen Rechtsprechung problembehaftet. Denn diese wird erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Eröffnungsbeschluss angeordnet. Eine Sicherung der Insolvenzmasse im Eröffnungsverfahren i. S. eines vorläufigen Sachwalters war gesetzlich nicht legitimiert.⁶²⁷ Der Schuldner musste also, wie jeder andere Gemeinschuldner auch, in das Insolvenzverfahren starten und fürchten, dass durch die Anordnung einer vorläufigen Insolvenzverwaltung und entsprechenden Weichenstellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters das Verfahren möglicherweise in eine andere Richtung läuft als von ihm ursprünglich gedacht.⁶²⁸ Gerade die Anordnung einer schwachen vorläufigen Insolvenzverwaltung diente im Vorfeld einer späteren Eigenverwaltung der Zurückgewinnung des Vertrauens der Gläubiger in die Geschäftsführung des Schuldners, da eine gemeinsame Unternehmensleistung von Schuldner und vorläufigem Insolvenzverwalter stattfand.⁶²⁹ Diese Vertrauensbildung und auch die Insolvenzmassensicherung war nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte nicht möglich und konnte letztlich hierdurch auch die Entscheidung der Gläubiger im Hinblick auf ihre Zustimmung zur Anordnung der Eigenverwaltung beeinflussen. Diese Kritik gilt nach der Einführung des ESUG⁶³⁰ zwar nicht mehr, da nunmehr die Möglichkeit einer vorläufigen Eigenverwaltung geschaffen wurde. Nichtsdestotrotz bestanden zum Zeitpunkt der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen die neu geschaffenen Möglichkeiten des ESUG nicht, so dass sich die von den Gerichten gefundene Lösung in der praktischen Umsetzung schwierig gestaltete.

⁶²⁷ HambKomm/J.S. Schröder, § 22 Rn. 5.

⁶²⁸ HambKomm/J.S. Schröder, § 21 Rn. 39.

⁶²⁹ Vallender, WM 1998, 2132.

⁶³⁰ Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen wurde am 13.13.2011 (BGBl I, 2582) verkündet und ist am 01.03.2012 in Kraft getreten.

(bb) Die Gewährleistung des Schutzes der Volksgesundheit im Insolvenzverfahren

Der Regelungsgehalt des § 7 S. 1 ApoG, das hierdurch geschützte Fremd- und Mehrbesitzverbot und damit insgesamt das Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke, dienen letztlich dem Schutz der Volksgesundheit. Dieser wird nach dem Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke hergestellt, indem der Apotheker, dessen fachliche Qualifikation durch die Zulassungsbeschränkungen sichergestellt wird, zur persönlichen und eigenverantwortlichen Leitung seiner Apotheke verpflichtet wird.

Der Sinn und Zweck des § 7 ApoG wird allerdings nicht dadurch widerlegt, dass ein Apotheker gemeinsam mit dem Insolvenzverwalter die Apotheke betreibt. Ein solcher Verstoß könnte lediglich vorliegen, wenn der Insolvenzverwalter fachliche Leistungen erbringt, denn in diesem Fall würde eine unqualifizierte Person unmittelbaren Einfluss auf die Volksgesundheit nehmen können. Erbringt der Apotheker jedoch selbst die fachlichen Leistungen, während der Insolvenzverwalter die wirtschaftlichen Abläufe ausführt und überwacht, wird hierdurch nicht die Volksgesundheit gefährdet, da der Apotheker gerade eine Entlastung durch den Insolvenzverwalter erfährt, die dem Schutz der Volksgesundheit zuträglich ist. Der Schutzgedanke wird gerade dadurch gewährleistet, dass der Apotheker, der die fachliche Qualifikation besitzt, als Einziger Einfluss auf die Volksgesundheit nimmt. Eine Einflussnahme durch den Insolvenzverwalter auf die Volksgesundheit erfolgt in diesem Zusammenhang nicht.

Selbst wenn man mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und den anderen Befürwortern einer Unzulässigkeit einer arbeitsteiligen Fortführung der Apotheke im Insolvenzverfahren aufgrund des Regelungsgehaltes des § 7 S. 1 ApoG annimmt, dass eine Aufspaltung der Verantwortung des Apothekers in eine gesundheitsrechtliche und eine wirtschaftliche Leistung ausgeschlossen ist,⁶³¹ ist zu berücksichtigen, dass Eigenverantwortlichkeit i. S. des § 7 S. 1 ApoG voraussetzt, dass der Apotheker die betriebliche Einheit im eigenen Namen führt, so dass er nach außen das rechtliche und wirtschaftliche Risiko trägt.⁶³² Dies folgt gerade auch aus § 8 Abs. 2 ApoG, der Beteiligungen an einer Apotheke in Form einer stillen Gesellschaft sowie Vereinbarungen, bei denen die Vergütung für dem Erlaubnisinhaber gewährte Darlehen oder sonst überlassene Vermögenswerte am Umsatz oder am Gewinn der Apotheke ausgerichtet ist, für unzulässig

⁶³¹ *OVG Münster*, NJW 1996, 2443.

⁶³² *Hoffmann*, Gesetz über das Apothekenwesen, § 7 Rn. 1; § 1 Rn 142; *BGH*, NJW 2002, 2724, 2725.

erklärt.⁶³³ Ein solches eigenverantwortliches Handeln ist auch und gerade während der (schwachen vorläufigen) Insolvenzverwaltung gewollt, um hierdurch den Goodwill und den Kundenstamm aufrecht zu erhalten; das besondere Vertrauensverhältnis zu den Patienten/Kunden soll nicht dadurch erschüttert werden, dass der (schwache vorläufige) Insolvenzverwalter nach außen in Erscheinung tritt. Dies ist nicht die Absicht des (schwachen vorläufigen) Insolvenzverwalters. Ebenfalls zu beachten ist, dass die vom Apotheker abgeschlossenen Verträge zugunsten und zulasten der Insolvenzmasse und damit unmittelbare Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Apothekers haben.⁶³⁴ Aufgrund der zugrunde liegenden Konstellation eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens ist zwischen (schwachem vorläufigen) Insolvenzverwalter und Apotheker dessen Unabhängigkeit gesichert. Hierdurch wird auch ein Strohmannverhältnis, welches einer Eigenverantwortlichkeit des Apothekers entgegenstehen würde, ausgeschlossen. Ein solches liegt im Apothekenwesen vor, wenn dem Apotheker jedenfalls überhaupt kein nennenswerter autonom bestimmter Handlungsspielraum in dem Apothekenbetrieb verbleibt.⁶³⁵ Demgegenüber ist ein Strohmannverhältnis selbst dann nicht anzunehmen, wenn der Apotheker in eine lediglich wirtschaftliche Abhängigkeit gebracht wird, die ihn in der Wahrnehmung der ihm nach § 7 S. 1 ApoG obliegenden Pflicht zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung einschränkt.⁶³⁶ Unbeschadet einer wirtschaftlichen Einflussnahme des (schwachen vorläufigen) Insolvenzverwalters steht dem Apotheker im wesentlichen pharmazeutischen Teilbereich seiner Tätigkeit ein eigenbestimmtes, von einem Entscheidungsspielraum geprägtes, Handeln zu. Letztlich ist der Apotheker fachlich und pharmazeutisch unabhängig und leitet, in dem für die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung entscheidenden Bereich des Arzneimittelverkaufs, die Apotheke persönlich und in eigener Verantwortung, wodurch der Schutz der Volksgesundheit gewährleistet wird.⁶³⁷

Ferner bei der Beurteilung des Schutzes der Volksgesundheit durch den Apotheker im Insolvenzverfahren heranzuziehen ist die Parallele zu Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Arztes. So ist eine Fortführung unter Trennung von fachlicher und wirtschaftliche

⁶³³ *OVG Münster*, NJW 1996, 2443; *LG Kiel*, APR 2008, 103, 104 f.

⁶³⁴ Dies gilt jeweils nur, solange der Apotheker mit der Zustimmung des (schwachen vorläufigen) Insolvenzverwalters handelt, da nur in diesen Fällen seine Verfügungen wirksam sind.

⁶³⁵ *Friauf/Heß*, GewO, § 35 Rn. 34; *BGH*, NJW 2002, 2724, 2725.

⁶³⁶ *BGH*, NJW 1980, 47.

⁶³⁷ *BGH*, NJW 2002, 2724, 2725.

Tätigkeit bei diesen zulässig,⁶³⁸ während dies bei einem Apotheker ausgeschlossen sein soll. Freilich ist die Einflussnahme des Arztes auf die Gesundheit des einzelnen Patienten und damit letztlich auf das Schutzgut der Volksgesundheit stärker ausgeprägt, als diejenige des Apothekers. Gerade unter diesem Gesichtspunkt ist unterschiedliche Behandlung der beiden Berufsfelder dann jedoch nicht nachvollziehbar. Diese könnte sich zunächst aus einem gesetzessystematischen Vergleich ergeben. § 19 Abs. 1 MBO-Ä, der die persönliche Ausübung der Praxis durch den Arzt anordnet, ist mit der Beschäftigung angestellter Praxisärztinnen und –ärzte überschrieben, während § 7 S. 1 ApoG einem eigenen Regelungsbereich unterfällt. Jedoch ist einerseits zu beachten, dass § 7 S.1 ApoG dem ersten Abschnitt der Erlaubnis des ApoG zuzuordnen und parallel hierzu § 19 Abs. 1 MBO-Ä im Abschnitt berufliches Verhalten unter Berufsausübung normiert ist, somit beide Abschnitte die unmittelbare Berufsausübung der Berufsfelder regeln. Andererseits können beide Berufe nur unter Beachtung des Schutzes der Volksgesundheit ausgeübt werden. Sie dienen primär sogar dem Erhalt der Volksgesundheit. Eine unterschiedliche Bewertung ist bei diesen Parallelen nicht nachvollziehbar.

Allerdings bestehen zwischen § 19 Abs. 1 MBO-Ä und § 7 S. 1 ApoG sowohl vom Wortlaut als auch im systematischen Bereich Abweichungen, die eine unterschiedliche Behandlung von Arzt und Apotheker im Insolvenzverfahren rechtfertigen könnten. Während der Wortlaut des § 19 Abs.1 MBO-Ä lediglich von einer persönlichen Ausübung der Praxis durch den Arzt spricht, wird dieses Merkmal im § 7 S. 1 ApoG um die Leitung in eigener Verantwortung ergänzt. Im Zusammenspiel mit § 2 Abs. 4 MBO-Ä, der die in § 19 Abs. 1 MBO-Ä normierte Verpflichtung dahingehend konkretisiert, dass der Arzt hinsichtlich seiner ärztlichen Entscheidungen keine Weisungen von Nichtärzten entgegennehmen darf, wird eine Differenzierung zwischen fachlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit im Berufsfeld des Arztes durch die MBO-Ä ausdrücklich normiert, während dies im ApoG nicht erfolgt. Im Kontext der Gesetzesbegründung zu § 7 S. 1 ApoG, die klarstellte, dass dieser seine Apotheke in fachlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zu führen hat, wird dieser Unterschied deutlich.

Nichtsdestotrotz ist zu berücksichtigen, dass die ausdrückliche Trennung in der MBO-Ä zwischen fachlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit vor allem der Tatsache geschuldet ist, dass eine Gründung von Arztgesellschaften, somit ein Fremdbesitz, möglich ist. Durch § 2 Abs. 4 MBO-Ä wird damit ausdrücklich die fachliche Leitung durch einen Arzt auch bei einem

⁶³⁸ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO § 35 Rn. 285 ff.

Fremdbesitz statuiert. Ein solcher Fremdbesitz ist bei einem Apothekenbetrieb allerdings per se unzulässig, weshalb eine Differenzierung wie innerhalb der MBO-Ä nicht notwendig ist. Somit verbleibt es letztlich bei der Frage, aus welchem Grund eine Arztpraxis im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens im Insolvenzverfahren möglich sein soll, während dies bei einem Apotheker unzulässig ist. Dies ist unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Volksgesundheit nicht zu erklären; was zuletzt vor allem auch deswegen gilt, da § 3 der Berufsordnung der Apothekerkammer der Apotheker Nordrhein ausdrücklich klarstellt, dass der Apotheker pharmazeutische Fragen frei und eigenverantwortlich entscheiden muss, hierbei die wirtschaftliche Leitung ungenannt lässt, und damit einen gleichbedeutenden Gestaltungs- und Tätigkeitsrahmen für Apotheker schafft, wie § 2 Abs. 4 MBO-Ä für Ärzte.

Zuletzt sind dementsprechend auch die apothekenspezifischen Regelungen heranzuziehen, um eine abschließende Beurteilung der Fortführung der Apotheke innerhalb des Insolvenzverfahrens im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens im Lichte des § 7 S. 1 ApoG, und letztlich des von diesem geschützten Rechtsgut der Volksgesundheit vornehmen zu können. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die Berufsordnung der Apothekerkammern⁶³⁹ und die Apothekenbetriebsordnung einzugehen, die § 7 S. 1 ApoG und die darin normierte persönliche Leitung in eigener Verantwortung konkretisieren. Die Präambel der Berufsordnung der Apothekerkammer stellt bereits klar, dass der Auftrag der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung neben der Abgabe von Arzneimitteln die pharmazeutische Leistung und die Information und Beratung der Verbraucher und anderer Beteiligter im Gesundheitswesen umfasst. Eine wirtschaftliche Leitung nur durch den Apotheker sieht der Apothekerberuf nach der Berufsordnung der Apothekerkammer zum Schutz der Volksgesundheit nicht vor, sondern beschränkt dies auf pharmazeutische Leistungen. Dies bekräftigt § 3 der Berufsordnung der Apothekerkammer, der - ähnlich wie § 2 Abs. 4 MBO-Ä - anordnet, dass der Apotheker in pharmazeutischen Fragen frei und eigenverantwortlich entscheiden muss, womit erneut ausschließlich die fachliche Tätigkeit zum Schutz der Volksgesundheit in den Vordergrund gerückt wird. Offensichtlich eröffnet die Berufsordnung der Apothekerkammer, aufgrund ihrer Berufseinschränkung nur in fachlicher Hinsicht, die Möglichkeit eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens zwischen Insolvenzverwalter und Apotheker, soweit letzterem die fachliche Leitung ausschließlich obliegt. Diese Konstellation wird letztlich auch durch die ApBetrO gestützt. Denn § 2 Abs. 5 und 6 ApBetrO ermöglichen es dem Apotheker, sofern er

⁶³⁹ Beispielhaft wird hier erneut auf die Berufsordnung der Apothekerkammer Nordrhein Bezug genommen.

seine Verpflichtung zur persönlichen Leitung nicht selbst wahrnehmen kann, sich durch einen Apotheker (Abs. 5) oder einen Apothekerassistenten oder Pharmazieingenieur vertreten zu lassen, sofern dieser insbesondere hinsichtlich seiner Kenntnisse und Fähigkeiten dafür geeignet ist (Abs. 6). Die Vertretung darf zwar grundsätzlich insgesamt 3 Monate im Jahr nicht übersteigen; die zuständige Behörde kann eine Vertretung über diese Zeit hinaus jedoch zulassen, wenn ein in der Person des Apothekenleiters liegender wichtiger Grund gegeben ist.⁶⁴⁰ Trotz ihrer zeitlichen Befristung offenbart diese Vertretungsmöglichkeit, dass der Apotheker sich in fachlichen und wirtschaftlichen Fragen vorübergehend vertreten lassen kann. Wenn aber sogar die fachliche und wirtschaftliche Vertretung eine Legitimation erfährt, verschließt sich das Verbot einer zeitweiligen Teilnahme des Insolvenzverwalters ausschließlich an der wirtschaftlichen Tätigkeit jeder Grundlage. Denn auch dieser wird die Apotheke in der Regel nur für einen begrenzten Zeitraum fortführen. Ein ähnliches Argument ist ebenso aus § 13 Abs. 1 ApoG herzuleiten, der den Erben eines Apothekers gestattet diese für einen befristeten Zeitraum fortzuführen.

(c) Zwischenergebnis

Es kollidieren mit dem Apothekengesetz und der Insolvenzordnung zwei Bundesgesetze, deren Regelungsbereich im Hinblick auf ihre unterschiedlichen Zielrichtungen – einerseits das ApoG mit seinem Schutzgedanken der Volksgesundheit und andererseits die Insolvenzordnung mit ihrem Primärziel der bestmöglichen Haftungsverwirklichung – in Einklang zu bringen sind. Nach dem zuvor ausgeführten widerspricht eine Fortführung durch arbeitsteiliges Zusammenwirken des Insolvenzverwalters und des Apothekers weder dem Gesetzeszweck des ApoG noch der InsO und ist damit zulässig. Dies entspricht letztlich auch dem Gedanken einer flächendeckenden Gesundheitsversorgung durch eine Vielzahl von Apotheken, dem eine anderweitige Beurteilung dieser Problematik – wie etwa diejenige der Verwaltungsgerichte Berlin – nicht gerecht werden würde.

c) Fortführung durch den Schuldner

Schlussendlich ist, da sowohl die alleinige Fortführung der Apotheke durch den Insolvenzverwalter als auch eine Fortführung durch arbeitsteiliges Zusammenwirken von

⁶⁴⁰ So auch *BVerwG*, BeckRS 2011, 54183 mit Verweis auf *Cyran/Rotta*, ApBetrO, § 2 Rn. 88.

Insolvenzverwalter und –schuldner in der Praxis einige Probleme aufwirft,⁶⁴¹ zu diskutieren, ob und inwieweit die alleinige Fortführung des Apothekers einen in dessen Insolvenz empfehlenswerten Weg darstellt. Diese ist grundsätzlich in verschiedenen Konstellationen denkbar. In Betracht kommt eine Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO sowie die alleinige Fortführung durch den Insolvenzschuldner zugunsten oder zulasten der Insolvenzmasse entweder der bestehenden betrieblichen Einheit oder eines neu gegründeten Apothekenbetriebes. Ebenso kann der Insolvenzverwalter die bestehende oder neu gegründete selbstständige Tätigkeit freigegeben, wodurch der Apotheker die betriebliche Einheit in eigener Regie und auf eigene Rechnung fortführen kann.

In der Regel dürfte der Apotheker – ebenso wie andere Freiberufler – ein verstärktes Interesse daran haben, seine selbstständige Tätigkeit weiter auszuüben.⁶⁴² Hierdurch bleibt der immaterielle Vermögenswert erhalten und kann im Anschluss an das Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren durch den Apotheker genutzt werden.⁶⁴³ Dasselbe Ziel kann im Rahmen einer Eigenverwaltung nach den §§ 270 ff. InsO erreicht werden.⁶⁴⁴

aa) Eigenverwaltung

Die Eigenverwaltung ist in den §§ 270 ff. InsO geregelt und ermöglicht dem Insolvenzschuldner, seine selbstständige Tätigkeit im Insolvenzverfahren autonom fortzuführen. Hierin weicht sie von einem Regelverfahren, bei dem die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Insolvenzschuldners gem. § 80 InsO auf den Insolvenzverwalter übergeht, ab. Die Regelungen der §§ 270 ff. InsO sind somit eine das Regelinsolvenzverfahren modifizierende Besonderheit,⁶⁴⁵ denn aus § 270 Abs. 1 S. 2 InsO ergibt sich, dass eine Eigenverwaltung ein Insolvenzverfahren im Sinne der allgemeinen Vorschriften darstellt. Grundvoraussetzung einer Eigenverwaltung durch den Apotheker ist,

⁶⁴¹ Vgl. dazu vorstehend § 3 A. I. 2. b).

⁶⁴² So etwa, wenn der Vermögensverfall hauptsächlich aus dem privaten Bereich resultiert und die selbstständige Tätigkeit gewinnbringend oder kostendeckend ist.

⁶⁴³ *Vallender*, NZI 2003, 530.

⁶⁴⁴ Eine Verbindung von Eigenverwaltung und Restschuldbefreiungsverfahren ist in der Insolvenz des Apothekers grundsätzlich zulässig. Nichtsdestotrotz dürfte der Antrag auf eine Eigenverwaltung in der Regel mit einem Insolvenzplan verbunden werden, da der Antrag nach § 270 InsO regelmäßig nur in diesen Fällen erfolgsversprechend ist (*Gottwald/Braun*, Insolvenzrechtshandbuch, § 72 Rn. 4).

⁶⁴⁵ Die modifizierende Wirkung ergibt sich aus § 270 Abs. 1 S. 2 InsO, der anordnet, dass für das Verfahren der Eigenverwaltung die allgemeinen Vorschriften gelten, soweit der 7. Teil der Insolvenzordnung nichts anderes bestimmt. Vgl. dazu auch *Gottwald/Braun*, Insolvenzrechtshandbuch, § 72 Rn. 1)

dass die Berufszulassung des Apothekers bestehen bleibt,⁶⁴⁶ da ansonsten die Restrukturierungsmaßnahmen nicht durch den Insolvenzschuldner getroffen werden können.

Eine Eigenverwaltung mit dem Ziel einer langfristigen Innensanierung und der damit einhergehenden Weiterführung der Apotheke nach Abschluss des Insolvenzverfahrens wird jedoch selten ohne einen Insolvenzplan mit dem einhergehenden wirtschaftlichen Verzicht der Gläubiger gelingen. Denn die Erträge des fortgeführten Geschäftsbetriebs werden in der Regel für die Gläubigerschaft zeitlich und beitragsmäßig nicht zu akzeptablen Abschlagsverteilungen und schließlich bei der Schlussverteilung zu einer Vollbefriedigung führen.⁶⁴⁷ Aus diesem Grund ist ein Antrag auf Eigenverwaltung häufig nur dann erfolgreich, wenn zusammen mit dem Eigenantrag ein Insolvenzplan vorgelegt wird.⁶⁴⁸

(1) Anwendbarkeit der Regelungen der §§ 270 ff. InsO in der Insolvenz des Apothekers

Die Anwendung der Vorschriften der §§ 270 ff. InsO ist gem. § 312 Abs. 2 InsO ausgeschlossen, soweit die Regelungen des Verbraucherinsolvenzverfahrens nach den §§ 304 ff. InsO einschlägig sind.⁶⁴⁹ Bei einem laufenden Apothekenbetrieb sind diese Normen jedoch prinzipiell nicht anwendbar, da § 304 Abs. 1 InsO für deren Anwendbarkeit voraussetzt, dass der Schuldner keine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.⁶⁵⁰ Eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit liegt vor, wenn der Apotheker im eigenen Namen, für eigene Rechnung, in eigener Verantwortung und auf eigenes Risiko seine Geschäftstätigkeit ausübt.⁶⁵¹ Diese Voraussetzungen sind in der Insolvenz des Apothekers regelmäßig erfüllt, sodass die Möglichkeit der Eigenverwaltung in der Apothekerinsolvenz grundsätzlich offen steht.⁶⁵²

⁶⁴⁶ Vgl. dazu ausführlich unter § 2 B. I.

⁶⁴⁷ HambKomm/Decker, InsO, § 157 Rn. 7.

⁶⁴⁸ Gottwald/Braun, Insolvenzrechtshandbuch, § 72 Rn. 4.

⁶⁴⁹ Vgl. dazu bereits oben unter § 1 C.

⁶⁵⁰ § 304 InsO wurde durch das Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26.10.2001 (BGBl. I, S. 2710) zu seiner jetzigen Fassung geändert. Das Kriterium der geringfügigen Beschäftigung spielt seit dem keine Rolle mehr.

⁶⁵¹ MK-InsO/Ott, § 304 Rn. 46; Fuchs, ZInsO 1999, 185; FK-InsO/Kohte, § 304 Rn. 6.

⁶⁵² Eine abschließende Überprüfung der Voraussetzungen des § 304 Abs. 1 InsO verbleibt selbstverständlich dem Einzelfall.

(2) Vor- und Nachteile der Eigenverwaltung – Einfluss der Neureglungen des ESUG

Die Eigenverwaltung bietet gerade in der Insolvenz des Freiberuflers – und damit auch des Apothekers – einige Vorteile,⁶⁵³ aber auch gewisse Risiken, die es gegeneinander abzuwiegen gilt.

Im Rahmen der Insolvenz des Apothekers existieren viele Kollisionspunkte zwischen Standes- und Berufsrecht und den insolvenzrechtlichen Vorschriften,⁶⁵⁴ die durch eine Eigenverwaltung gelöst werden können. Insbesondere betrifft dies die Problematik der Berufszulassung,⁶⁵⁵ der Fortführung im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens⁶⁵⁶ und die Schwierigkeiten im Rahmen der Auskunft- und Mitwirkungspflichten.⁶⁵⁷ Weiterhin können im Rahmen der Eigenverwaltung die Kenntnisse und Erfahrungswerte des freiberuflichen Apothekers optimal genutzt werden, wodurch das besondere Vertrauensverhältnis des Apothekers gegenüber seinen Kunden⁶⁵⁸ ebenso erhalten bleibt, wie der immaterielle Vermögenswert. Denn der Wert der Apotheke ist untrennbar mit diesem verbunden,⁶⁵⁹ weshalb der Kundenstamm gesichert wird. Auch die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der den Apotheker treffenden Schweigepflicht können im Wege der Eigenverwaltung umgangen werden. Zuletzt kann die Eigenverwaltung auch mit einem Insolvenzplan kombiniert werden, was für den Fall, dass die Ursachen des Vermögensverfalls nicht in einem defizitären Praxisbetrieb liegen,⁶⁶⁰ zu einer schnellen Beseitigung der Insolvenzgründe führen kann. Gerade wenn die Ursachen der Insolvenz aus dem privaten Bereich des Apothekers resultieren, bietet sich die Eigenverwaltung, deren Ziel nicht in der Regelabwicklung bzw. Zerschlagung, sondern in der Erhaltung und Sanierung des apothekerlichen Betriebes liegt,⁶⁶¹ dahingehend an, dass ein frühzeitiger Insolvenzantrag verbunden mit einem bereits

⁶⁵³ Siehe hierzu auch Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus/Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, *Insolvenzrecht*, Kapitel 39 Rn. 3.

⁶⁵⁴ Vgl. dazu bisher unter § 2 und 3.

⁶⁵⁵ Vgl. dazu oben unter § 2 B. sowie § 3 A. I. 2. a) aa).

⁶⁵⁶ Vgl. dazu oben unter § 3 A. I. 2. b).

⁶⁵⁷ Vgl. dazu nachfolgend unter § 3 A. I. 3. und 4. Sowie § 3 A. II. und § 3 A. III. 1., 2., 3.

⁶⁵⁸ Vgl. dazu oben unter § 2 A. II und III.

⁶⁵⁹ Jaeger/Henckel, *InsO*, § 35 Rn. 16; Gottwald/Haas, § 90 Rn. 2; MK-*InsO/Wittig*, Vor §§ 270 bis 285 Rn. 21; Uhlenbruck/Uhlenbruck, § 270 Rn. 2. Vgl. dazu bereits unter § 2 A. II. und III.

⁶⁶⁰ Vgl. zu den Ursachen für den Vermögensverfall des Apothekers ausführlich unter § 1 B.

⁶⁶¹ Natürlich ist das Eigenverwaltungsverfahren im Hinblick auf die Befriedigung der Gläubiger ergebnisoffen. Denkbar ist daher auch eine Verwertung des schuldnerischen Vermögens. In der insolvenzrechtlichen Praxis wird allerdings die Eigenverwaltung in den Fällen der Sanierung eingesetzt, während in anderen Fällen das Regelinsolvenzverfahren in Betracht kommt. Auch wird die Eigenverwaltung häufig mit einem Insolvenzplanverfahren verbunden (vgl. Gottwald/Braun, *Insolvenzrechtshandbuch*, § 72 Rn. 1ff.)

ausgearbeiteten Insolvenzplan (pre-packaged-plan) gestellt wird, um die langfristige Sanierung zu sichern.

In der Tatsache, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen im Rahmen der Eigenverwaltung beim Insolvenzschuldner verbleibt, bestehen in der Praxis Bedenken gegenüber der Eigenverwaltung. Denn zur Kontrolle wird lediglich ein Sachwalter bestellt, dessen Rechtsstellung in den §§ 274, 275 InsO festgelegt wird. Genau hieraus kann in der Praxis ein Kompetenzkonflikt entstehen.⁶⁶² Denn während der Sachwalter vorrangig die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung überwacht, zielt der Schuldner auf die Entschuldung und den damit verbundenen wirtschaftlichen Neuanfang ab.⁶⁶³ Ein ebenfalls großes Konfliktpotenzial birgt die Schweigepflicht des Apothekers im Kontext der in § 274 Abs. 2, Abs. 3 InsO statuierten Überwachungspflicht des Sachwalters. Vor dem Hintergrund des Schutzes des informationellen Selbstbestimmungsrechtes der Kunden müssen diesbezüglich dieselben Grundsätze gelten, wie für den vorläufigen Insolvenzverwalter im Insolvenzeröffnungsverfahren oder den endgültigen Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren.⁶⁶⁴

Infolge der dargestellten Risiken wird in der Praxis ein Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung häufig nur dann erfolgreich sein, wenn er zusammen mit einem Insolvenzplan⁶⁶⁵ vorgelegt wird.⁶⁶⁶

Ein anderes Problemfeld, welches in der Praxis häufig dazu geführt hat, dass die Eigenverwaltung nicht angeordnet wurde, hat sich durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)⁶⁶⁷ in Wohlgefallen aufgelöst. Hierdurch ist die Regelung des § 270a Abs. 1 S. 2 InsO eingefügt worden, der nunmehr die Möglichkeit einer Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters im Rahmen einer vorläufigen Eigenverwaltung bietet. Demgegenüber war eine Sicherung im Insolvenzeröffnungsverfahren zuvor nur durch die Anordnung einer vorläufigen Insolvenzverwaltung möglich, die eine spätere Eigenverwaltung jedoch häufig unmöglich machte, da der Schuldner im vorläufigen

⁶⁶² Kübler/Prütting/Pape, § 270 Rn. 30.

⁶⁶³ Vallender, Festschrift für Metzeler, S. 21, 33.

⁶⁶⁴ Vgl. hierzu unter § 3 A. I. 3., 4. und 5.

⁶⁶⁵ Vgl. zum Insolvenzplan unten unter § 3 B.

⁶⁶⁶ Gottwald/Braun, Insolvenzrechtshandbuch, § 72 Rn. 4.

⁶⁶⁷ Verkündet am 13.13.2011 (BGBl I, 2582) und in Kraft getreten am 01.03.2012.

Verfahren seinen Einfluss verlor und die vom vorläufigen Insolvenzverwalter eingeschlagene Richtung annehmen musste.⁶⁶⁸

Allerdings werfen die neuen Regelungen weitere praktische Probleme auf, deren Lösung derzeit nicht abzusehen ist. Einerseits wird im Rahmen der Fortführung häufig eine Insolvenzgeldvorfinanzierung für die angestellten Arbeitnehmer durch den vorläufigen Insolvenzverwalter durchgeführt. Die kreditgewährenden Banken stimmen dieser allerdings meistens nur zu, soweit zur Person des vorläufigen Insolvenzverwalters eine Vertrauensbeziehung besteht und dieser sich für die Verbindlichkeiten aus der Insolvenzgeldvorfinanzierung persönlich verpflichtet. In der vorläufigen Eigenverwaltung müsste eine Insolvenzgeldvorfinanzierung mit dem Schuldner, der die Krise verursacht hat und daher häufig kein Vertrauen genießt, durchgeführt werden. Eine Haftungsübernahme durch den Sachwalter wird es gerade nicht geben, da kein Sachwalter ein solches Risiko eingehen wird. Andererseits ist in vielen Banken AGBen festgelegt, dass die Konten bei einem Insolvenzantrag zu kündigen sind. In der vorläufigen Eigenverwaltung würde dies zu einem Kontenverlust des Schuldners führen. Eine Abwicklung über ein Anderkonto des Sachwalters wird dieser aus Haftungsgesichtspunkten ebenfalls nicht mitmachen.

Ein weiteres Problem, dass sich bei einem Belassen der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis beim Schuldner aufgrund der Eigenverwaltung ergibt, ist, dass dieser sich in der Regel schwer tut, einer Verwertung seines Vermögens nachzukommen. In der Praxis könnte daher erforderlich sein, eine nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung nach § 271 InsO durchzuführen, nachdem zuvor ein Insolvenzverwalter die verwertbaren Gegenstände verwertet hat. Dies ist aber nur möglich, wenn eine gemeinsame Fortführung zwischen Insolvenzverwalter und Schuldner legitimiert ist.

Letztlich wird abzuwarten bleiben, ob die sich in der bisherigen Praxis gezeigten Vorbehalte gegenüber der Eigenverwaltung durch das ESUG verändern und hierdurch verstärkt auf dieses Mittel zurückgegriffen wird oder ob die ursprünglichen und neu auftretenden Problemfelder den Änderungswunsch ins Leere laufen lassen. Insbesondere bleibt weiterhin

⁶⁶⁸ HambKomm/J.S. Schröder, § 21 Rn. 39.

das Kernproblem bestehen, dass die Gerichte diejenigen mit der Abwicklung beauftragen müssten, die für den Vermögensverfall verantwortlich sind.⁶⁶⁹

bb) Fortführung des bestehenden oder neu gegründeten Apothekenbetriebes

Anstelle einer Eigenverwaltung gem. §§ 270 ff. InsO bei der die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen von vornherein beim Schuldner verbleibt, ist eine Fortführung durch den Apotheker dergestalt denkbar, dass dieser die bestehende betriebliche Einheit zugunsten oder zulasten der Insolvenzmasse oder nach einer Freigabe der selbstständigen Tätigkeit durch den Insolvenzverwalter gem. § 35 Abs. 2 InsO weiterführt. Ebenso ist denkbar, dass der Apotheker eine neue Apotheke gründet und diese betreibt.

(1) Fortführung des bestehenden oder neu gegründeten Apothekenbetriebes zugunsten und zulasten der Insolvenzmasse

Dem Insolvenzverwalter steht aufgrund Art. 12 GG grundsätzlich kein Recht zu, die selbstständige Tätigkeit des Insolvenzschuldners zu unterbinden,⁶⁷⁰ zumal die Arbeitskraft des Schuldners nicht dem Insolvenzbeschluss unterfällt und die Betriebsmittel vielfach gem. §§ 36 Abs. 1 InsO, 811 Abs. 1 Nr. 5 und 7 ZPO insolvenzfreies Vermögen des Schuldners sind.⁶⁷¹

Insofern bleibt es dem insolvenzschuldnerischen Apotheker aufgrund seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 GG zwar unbenommen, die bestehende betriebliche Einheit fortzuführen oder eine neue Apotheke zu gründen und diese zu betreiben. Allerdings ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass die gesamte Betriebs- und Geschäftsausstattung des Apothekers aufgrund des Regelungsgehaltes des § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO, der den Pfändungsschutz des § 811 Abs. 1

⁶⁶⁹ Der Autor hat an einer Veranstaltung teilgenommen, bei der die Dozentin, Frau Dr. Vera Mai, ihres Zeichens Insolvenzverwalterin mit einem Schwerpunkt im Gesundheitsrecht mitteilte, dass Herr Prof. Dr. Vallender ihr in einem Gespräch dargelegt hat, dass er es für fragwürdig halte, gerade in der Insolvenz der Freiberufler diesen die Verantwortung für ein ordnungsgemäßes in Insolvenzverfahren im Rahmen einer Eigenverwaltung aufzuerlegen.

⁶⁷⁰ *Smid*, WM 2005, 625, 627; *Andres*, NZI 2006, 198; *Grabau/Miehe*, ZVI 2006, 232, 233; *Tetzlaff*, ZInsO 2005, 393; *Andres/Pape*, NZI 2005, 141, 142, 144 f.; a.A.: *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 35, Rn. 49; *Runkel*, ZVI 2007, 45, 50; *Henning*, ZInsO 2004, 585.

⁶⁷¹ Daher ist eine Fortführung eines Schuldnerunternehmens durch den Insolvenzschuldner möglich, indem der Insolvenzverwalter die Ausübung zugunsten und zulasten der Insolvenzmasse duldet oder die Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 InsO freigibt. Daneben besteht die Möglichkeit einer Eigenverwaltung gem. §§ 270 ff. InsO.

Nr. 9 ZPO aushebelt, Bestandteil der Insolvenzmasse ist.⁶⁷² Während bei anderen Freiberuflern die zum Erwerb notwendigen Gegenstände gem. §§ 36 Abs. 1 S. 1 InsO, 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vom Insolvenzbeschlagnahme befreit sind und hierdurch zur Fortführung des Geschäftsbetriebes oder zur Gründung einer neuen freiberuflichen Praxis genutzt werden können, steht dies dem Apotheker aufgrund des weitreichenden Insolvenzbeschlages in seinem Berufsfeld nicht offen. Demzufolge kann der Insolvenzverwalter aufgrund seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Betriebs- und Geschäftsausstattung faktisch die Fortführung der bisherigen betrieblichen Einheit durch den Apotheker verhindern, indem er die Betriebs- und Geschäftsausstattung dem Zugriff des Schuldners entzieht. Gleiches gilt für die Neugründung einer Apotheke durch den Insolvenzschuldner, denn untersagt der Verwalter die Nutzung der bisherigen Betriebs- und Geschäftsausstattung zur Neugründung, müsste sich der Apotheker eine solche neu beschaffen, wozu ihm aufgrund des Insolvenzverfahrens in aller Regel jedoch die notwendigen Mittel fehlen dürften.

Eine Neugründung einer Apotheke ist damit ebenso wie die Fortführung der bisherigen Apotheke zugunsten oder zulasten der Insolvenzmasse abhängig vom Einverständnis des Insolvenzverwalters, der tatsächlich - und hierin weicht dessen Position von derjenigen eines Insolvenzverwalters eines anderen Freiberuflers ab – bei fehlender Zustimmung die Ausübung des Betriebes verhindern kann. Letztlich wird damit der Insolvenzverwalter mit der Fortführung durch den Insolvenzschuldner zulasten und zugunsten der Insolvenzmasse nur einverstanden sein, soweit hierdurch die Insolvenzmasse angereichert wird. Bei einem defizitären Geschäftsbetrieb würde er lediglich die Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO erklären.

Dieses Ergebnis verstößt letztlich auch nicht gegen Art. 12 GG, der zwar die Berufsfreiheit des Schuldners und damit auch die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit im Insolvenzverfahren schützt.⁶⁷³ Allerdings bietet §§ 80 Abs. 1, 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO i. V. m. § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO eine gesetzliche Legitimation, die dem Insolvenzverwalter die umfassende Verwaltungs- und Verfügungsmacht über sämtliche Massegegenstände zuweist. Hierdurch sollte gerade eine von der Einzelzwangsvollstreckung abweichende Regelung für das Insolvenzverfahren getroffen werden.⁶⁷⁴ Ohnehin findet keine Untersagung der Ausübung

⁶⁷² Vgl. dazu oben unter § 2 D. I.

⁶⁷³ *Smid*, WM 2005, 625, 627; *Andres*, NZI 2006, 198; *Grabau/Miehe*, ZVI 2006, 232, 233; *Tetzlaff*, ZInsO 2005, 393; *Andres/Pape*, NZI 2005, 141, 142, 144 f.

⁶⁷⁴ *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 36 Rn. 43.

einer selbstständigen Tätigkeit durch den Insolvenzverwalter statt, vielmehr wird lediglich der Zugriff auf Massegegenstände unterbunden.

(2) Fortführung des bestehenden oder neu gegründeten Apothekenbetriebes in eigener Regie nach Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO

Gem. § 35 Abs. 2 InsO hat der Insolvenzverwalter zu erklären, ob Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit, die der Schuldner bereits ausüben kann oder beabsichtigt aufzunehmen, zur Insolvenzmasse gehört und ob Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Dies hat zur Folge, dass eine Fortführung der Apotheke durch den Apotheker in eigener Regie und auf eigene Rechnung erfolgen kann, soweit der Insolvenzverwalter den Geschäftsbetrieb aus der Insolvenzmasse nach § 35 Abs. 2 InsO freigibt⁶⁷⁵ (sog. Negativerklärung⁶⁷⁶).

Eine Freigabe der selbstständigen Tätigkeit gem. § 35 Abs. 2 InsO stellt in der Insolvenz von selbstständigen und damit auch Freiberuflern grundsätzlich ein in der Praxis häufig angewendetes Instrument dar. Denn aufgrund der Tatsache, dass die Arbeitskraft des Schuldners aufgrund seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 GG nicht zur Insolvenzmasse gehört und dieser die selbstständige berufliche Tätigkeit auch gegen den Willen des Insolvenzverwalters ausüben kann, wird der Insolvenzverwalter die Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 InsO freigeben, damit die Fortführung bei einem defizitären Geschäftsbetrieb nicht zugunsten und zulasten der Masse erfolgt. Demgegenüber wird dies in der Insolvenz des Apothekers nicht zwingend erforderlich sein, da der Insolvenzverwalter faktisch die Tätigkeit des Schuldners unterbinden kann, indem er ihm die Betriebs- und Geschäftsausstattung vorenthält.⁶⁷⁷ Eine Freigabe kommt daher in den Fällen in Betracht, in denen der Schuldner eine neue Apotheke gründet oder der Verwalter diesem die Nutzung der Betriebs- und Geschäftsausstattung überlässt, aber eine Tätigkeit zugunsten und zulasten der Insolvenzmasse verhindern will.

⁶⁷⁵ Da eine Freigabe sich immer auf einen konkreten Gegenstand bezieht, haben sich in der insolvenzrechtlichen Praxis die Begriffe Negativ- und Positiverklärung für die Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO herausgebildet. Diese umfassen die in § 35 Abs. 2 InsO genannten Vermögenswerte im Ganzen (vgl. dazu (Gottwald/Klopp/Kluth, Insolvenzrechtshandbuch, § 27 Rn. 2).

⁶⁷⁶ Im Gegensatz hierzu handelt es sich um eine Positiverklärung, wenn der Insolvenzverwalter mitteilt, dass Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und dass Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können (vgl. zu dieser Konstellation vorstehend unter § 3 A. I. 2. c) bb) (1)).

⁶⁷⁷ Vgl. dazu vorstehend unter § 2 D. I. sowie § 3 A. I. 2. c) bb) (1).

(a) Wirksamkeit einer bestehenden Globalzession nach Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO

Die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit stellt in der Praxis ein beliebtes Mittel zur Fortführung dar. Allerdings wirft eben diese Freigabe ein bisher ungelöstes Problem auf. Denn gerade bei Freiberuflern ist die (Sicherungs-) Abtretung von gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen ein Instrument zur Finanzierung,⁶⁷⁸ da ansonsten häufig keine weiteren Vermögenswerte zur Sicherung verbleiben. Hat der Apotheker seine Forderungen im Wege einer Globalzession abgetreten, stellt sich nach einer erfolgten Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO die Frage, wem nunmehr die Forderungen zustehen.⁶⁷⁹

Besteht eine Zession der Forderungen des Apothekers, sind die zedierten Forderungen, die vor Insolvenzeröffnung entstanden sind, nicht Bestandteil der Insolvenzmasse. Etwas anderes gilt für Forderungen, die nach Insolvenzeröffnung entstehen. Diese fallen aufgrund des Regelungsgehaltes des § 91 Abs. 1 S. 1 InsO in die Insolvenzmasse und werden von § 114 InsO nicht wieder aus ihr herausgelöst.⁶⁸⁰

Allerdings stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die Freigabe auf die Vorauszedierten Forderungen hat. Insoweit besteht einerseits die Möglichkeit, dass die durch die Insolvenzeröffnung eingetretene Wirkung des § 91 InsO mit der Freigabe entfällt und die Vorausabtretung somit wieder auflebt, wodurch der Neuerwerb des Apothekers dem Zugriff der Gläubiger im Rahmen der Pfändungsfreigrenzen unterliegt. Andererseits könnte die Wirkung des § 91 InsO durch die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit unberührt bleiben – der Gläubiger mithin keine Rechte an den nach Insolvenzeröffnung entstandenen Forderungen erwerben - und damit der Neuerwerb des Apothekers nach Freigabe seiner selbstständigen Tätigkeit seinem Vermögen verbleiben.

Dieser Streit ist bisher nicht abschließend oder höchstrichterlich geklärt – vielmehr haben sich lediglich das Sozialgericht Stuttgart,⁶⁸¹ das Landgericht Hamburg⁶⁸² und das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen⁶⁸³ konkret, allerdings uneinheitlich, mit der Frage

⁶⁷⁸ Vgl. zur Wirksamkeit von Forderungszessionen des Apothekers ausführlich oben unter § 2 E. II. 1. a).

⁶⁷⁹ Diese Problematik ist nicht ausschließlich im Rahmen der Insolvenz des Apothekers aktuell, sondern betrifft vielmehr sämtliche Fälle, in denen eine selbstständige Tätigkeit freigegeben wird, während im Vorfeld des Insolvenzverfahren eine insolvenzfeste Globalzession für alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus der selbstständigen Tätigkeit besteht.

⁶⁸⁰ Vgl. zu der Problematik der §§ 91, 114 InsO ausführlich oben unter § 2 E. III.

⁶⁸¹ *SG Stuttgart*, BeckRS 2009, 55576.

⁶⁸² *LG Hamburg*, BeckRS 2011, 20487.

⁶⁸³ *LSG Nordrhein-Westfalen*, BeckRS 2011, 77360.

der Anwendbarkeit des § 91 InsO und damit der Wirkung der Vorausabtretung von Forderungen nach Freigabe der selbstständigen Tätigkeit befasst - ⁶⁸⁴ so dass verschiedene Denkansätze zu berücksichtigen sind.

(aa) Massezugehörigkeit als Tatbestandsvoraussetzung der Wirkung des § 91 InsO

Die Anwendung des § 91 InsO setzt eine Massezugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes voraus.⁶⁸⁵ Denn ein Schutz der Insolvenzgläubiger ist nur solange gerechtfertigt, wie der Gegenstand Bestandteil der Insolvenzmasse ist. Als Ausgangspunkt ist demnach entscheidend, ob die betreffenden Forderungen des Apothekers auch nach der Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO Bestandteil der Insolvenzmasse sind.

Im Ergebnis ist somit die Frage zu beantworten, welche Art der Freigabe in § 35 Abs. 2 InsO zu sehen ist. Bei einer echten Freigabe wird der Gegenstand vollständig aus dem Insolvenzbeschlagn herausgelöst,⁶⁸⁶ mit der Folge, dass die sich auf den freigegebenen Gegenstand beziehenden Vertragsverhältnisse insolvenzfrem wären.⁶⁸⁷ Die echte Freigabe erfordert einen endgültigen Verzicht des Insolvenzverwalters auf den betreffenden Gegenstand,⁶⁸⁸ wodurch die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Gegenstand vollständig zurück auf den Schuldner übergeht.⁶⁸⁹ Hierdurch wird die Anwendung des § 91 Abs. 1 S. 1 InsO auf den freigegebenen Gegenstand ausgeschlossen.⁶⁹⁰ Demgegenüber bleibt der Anwendungsbereich des § 91 Abs. 1 S. 1 InsO bei einer modifizierten Freigabe bestehen.⁶⁹¹ Eine solche liegt vor, wenn der Insolvenzmasse der wirtschaftliche Wert des Gegenstandes erhalten bleiben soll.⁶⁹²

⁶⁸⁴ Die aufgeworfene Frage ist in der Praxis derzeit höchst umstritten und ungelöst, da hier neben der divergierenden Rechtsprechung auch dogmatisch noch völlig ungelöste Normenkonflikte existieren.

⁶⁸⁵ Vgl dazu auch oben unter § 2 E. III. 1. b).

⁶⁸⁶ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 82.

⁶⁸⁷ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 71.

⁶⁸⁸ *BGH*, NJW 1961, 1528.

⁶⁸⁹ *BGH*, BeckRS 2007, 00790.

⁶⁹⁰ Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 91 Rn. 8, der ausführt, dass § 91 InsO sich nicht auf massefreie Gegenstände bezieht.

⁶⁹¹ Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 91 Rn. 8, der ausführt, dass § 91 InsO sich nicht auf massefreie Gegenstände bezieht; *LG Hamburg*, BeckRS 2011, 20487; *LSG Nordrhein-Westfalen*, BeckRS 2011, 77360; *SG Stuttgart*, BeckRS 2009, 55576.

⁶⁹² *BFH*, BeckRS 1987, 22008224; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 86ff.

Die Freigabeerklärung ist daher auszulegen. Erklärt der Insolvenzverwalter eine Freigabe im Sinne des § 35 Abs. 2 InsO also dahingehend, dass Forderungen aus der selbstständigen Tätigkeit nicht zur Insolvenzmasse gehören und dass Ansprüche aus der Tätigkeit nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können, stellt dies nach Ansicht des LSG Nordrhein-Westfalen und des LG Hamburg eine echte Freigabe dar.⁶⁹³ Demgegenüber ordnet das SG Stuttgart die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit als modifizierte Freigabe ein.⁶⁹⁴ Zutreffend führt das LG Hamburg unter direkter Bezugnahme auf das SG Stuttgart aus, dass diese Rechtsprechung noch zur alten Rechtslage vor Einführung des § 35 Abs. 2 InsO ergangen ist. Fehlerhaft nimmt es jedoch an, diese Rechtsprechung sei daher überholt, mithin nicht auf § 35 Abs. 2 InsO anwendbar. Das LG Hamburg übersieht vielmehr, dass der neu eingeführte § 35 Abs. 2 InsO lediglich die zuvor herrschende Ansicht und Verfahrensweise zur Freigabe der selbstständigen Tätigkeit, die zuvor nicht normiert war, wiedergibt.⁶⁹⁵ Infolgedessen können die Argumente des SG Stuttgart nicht ohne weiteres außer acht gelassen werden.

Allerdings verkennen beide divergierenden Entscheidungsmodelle, dass die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 InsO weder eine echte Freigabe – denn eine solche bezieht sich nur auf einzelne Gegenstände der Insolvenzmasse – noch eine modifizierte Freigabe – da das rechtliche Band zur Insolvenzmasse vollständig zerschnitten wird – darstellt.⁶⁹⁶ Diese Gesetzesintention – die der Rechtsausschuss in seiner Stellungnahme zu § 35 Abs. 2 InsO abgegeben hat⁶⁹⁷ – verkennen sowohl das LSG Nordrhein-Westfalen⁶⁹⁸ und das LG Hamburg⁶⁹⁹, indem sie die Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO als echte Freigabe einstufen, als auch das SG Stuttgart⁷⁰⁰, das eine modifizierte Freigabe befürwortet.

Nichtdestotrotz ist beachtlich, dass die Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO sämtliche Rechte und Pflichten, die Bestandteil der selbstständigen Tätigkeit sind, aus der Insolvenzmasse

⁶⁹³ *LG Hamburg*, BeckRS 2011, 20487; *LSG Nordrhein-Westfalen*, BeckRS 2011, 77360.

⁶⁹⁴ *SG Stuttgart*, BeckRS 2009, 55576.

⁶⁹⁵ Vgl. dazu auch nachfolgend unter § 3 A. I. 2. c) bb) (3); außerdem führen *Andres/Pape*, NZI 2005, 141, 144 aus, dass der Gesetzgeber die Idee einer Freigabe einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners nach Verfahrenseröffnung aufgegriffen hat.

⁶⁹⁶ *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 35 Rn 91, 92; Begr. RegE, BT-Drucks. 16/3227, S. 17; Stellungnahme des BT-Rechtsausschuss, BT-Drucks. 16/4194, S. 30 f.; so auch *Pape*, NZI 2007, 481; a.A. *LSG Nordrhein-Westfalen*, BeckRS 2011, 77360 und *LG Hamburg*, BeckRS 2011, 20487, die § 35 Abs. 2 InsO als echte Freigabe klassifizieren, wogegen *SG Stuttgart*, BeckRS 2009, 55576 hierin eine modifizierte Freigabe sieht.

⁶⁹⁷ BT-Drs. 16/4194, S. 30; so auch *Pape*, NZI 2007, 481.

⁶⁹⁸ *LSG Nordrhein-Westfalen*, BeckRS 2011, 77360.

⁶⁹⁹ *LG Hamburg*, BeckRS 2011, 20487.

⁷⁰⁰ *SG Stuttgart*, BeckRS 2009, 55576.

herauslöst, sodass - obwohl hierin keine echte Freigabe zu sehen ist – diese eine einer echten Freigabe ähnliche Erklärung darstellt.⁷⁰¹ Eine Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO bedeutet mithin, dass das vom Apotheker durch die Fortführung seines Apothekenbetriebes neu erworbene Vermögen dauerhaft aus der Insolvenzmasse gelöst ist⁷⁰² und nicht mehr dem Insolvenzbeschlagn unterliegt. Letztlich führt dies dazu, dass die Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO sämtlichen Neuerwerb dem insolvenzfremigen Vermögen des Insolvenzschuldners zuordnet. Das dass SG Stuttgart bei der Auslegung der Freigabeerklärung zu einem anderen Ergebnis gelangt ist als das LSG Nordrhein-Westfalen und das LG Hamburg, ist insbesondere der Formulierung der Freigabeerklärung in diesem Einzelfall geschuldet, die noch zu einem Sachverhalt nach alter Rechtslage, vor Einführung des § 35 Abs. 2, 3 InsO, erklärt wurde.⁷⁰³ Vom eindeutigen Wortlaut des § 35 Abs. 2 InsO ist allerdings heute eine klare Positionierung des Insolvenzverwalters notwendig, sodass bei einer ordnungsgemäßen Freigabeerklärung im Sinne des § 35 Abs. 2 InsO eine Auslegung der Freigabe als echte Freigabeerklärung zwingend ist.

(bb) Normenkonflikt

Obwohl der zuvor dargestellten Argumentation des LSG-Nordrhein-Westfalen und des LG Hamburg zumindest im Ergebnis zuzugestehen ist, dass die Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO eine Anwendbarkeit des § 91 InsO dem Wortlaut nach mangels Massezugehörigkeit unmöglich gestaltet,⁷⁰⁴ bestehen gegen ein Wiederaufleben der Zession und einen damit einhergehenden unbegrenzten Zugriff des Abtretungsgläubigers dogmatische Bedenken, die aus einer Kollision mit anderen Vorschriften der Insolvenzordnung herrühren.

Für eine Unwirksamkeit der Vorausabtretung auch nach einer Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO spricht zunächst der allgemeine Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, welcher von einer Freigabe der betrieblichen Einheit unberührt bleibt. Demzufolge würde ein Wiederaufleben der Globalzession dem Zessionar als einzelner Gläubiger einen Zugriff auf die Einkünfte des Apothekers ermöglichen. Hierdurch würde eine nachträgliche Befriedigung des

⁷⁰¹ Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rn 91, 92; Stellungnahme des BT-Rechtsausschuss, BT-Drucks. 16/4194, S. 30 f.; so auch Pape, NZI 2007, 481; MK-InsO/Lwowski/Peters, § 35 Rn. 47.

⁷⁰² So im Ergebnis für die Freigabe von Gewerbebetrieben BGH, BeckRS 2010, 25713.

⁷⁰³ Zu der Problematik der Freigabe der selbstständigen Tätigkeit vor Einführung des § 35 Abs. 2 InsO siehe auch unter § 3 A. I. 2. c) bb) (3). Vgl. auch LG Hamburg, BeckRS 2011, 20487, dass die Entscheidung des SG Stuttgart aus diesem Grund heute nicht mehr für relevant erachtete.

⁷⁰⁴ So mit der vorstehenden Begründung auch LSG Nordrhein-Westfalen, BeckRS 2011, 77360. Mit demselben Ergebnis LG Hamburg, BeckRS 2011, 20487.

Abtretungsgläubigers eintreten und eine dementsprechende Reduzierung der Insolvenzmasse erfolgen. Letztlich würde dies den Zessionar bevorzugen, da diesem, wie jedem anderen Gläubiger auch, ansonsten lediglich die Insolvenzquote verbliebe.⁷⁰⁵ In dieselbe Richtung zielt auch die Gesetzgeberintention für den Regelungsgehalt des § 91 InsO. Hierdurch sollen die Insolvenzgläubiger geschützt werden, indem eine Privilegierung einzelner Gläubiger verhindert wird.⁷⁰⁶ Ebenso wird diese Schutzfunktion insbesondere aus § 35 Abs. 2 InsO i. V. m. §§ 295 ff. InsO deutlich. Denn in der systematischen Verknüpfung der Freigabe der selbstständigen Tätigkeit mit den Restschuldbefreiungsvorschriften wird deutlich, dass ein Wiederaufleben der (Sicherungs-) Zession durch ein Aushebeln der Wirkung des § 91 InsO nicht gewollt ist. Gerade der Verweis § 35 Abs. 2 S. 2 InsO auf § 295 Abs. 2 InsO zeigt, dass eine Negativerklärung i. S. des § 35 Abs. 2 InsO nur erfolgen darf, soweit der Apotheker im Gegenzug hierfür Zahlungen an die Insolvenzmasse leistet.⁷⁰⁷ Dieser Zahlungspflicht kann der insolvenzschuldnerische Apotheker allerdings keineswegs nachkommen, wenn die Zession nach Freigabe wieder auflebt, § 91 InsO keine Anwendung findet und der Zessionar damit ungehinderten Zugriff auf die zukünftigen Forderungen im Rahmen der Pfändungsfreigrenzen nehmen kann; also letztlich sämtliche Einnahmen, die oberhalb der Pfändungsfreigrenze liegen, abschöpfen kann.⁷⁰⁸ Schlussendlich verstößt dies gegen den Grundsatz der bestmöglichen, gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung, da ein einzelner Gläubiger bevorzugt würde, sodass darüber hinaus auch eine Strafbarkeit nach § 283c StGB durch die Befriedigung des Zessionars in Betracht zu ziehen ist.

Darüber hinaus ist im Zusammenhang mit dem Regelungsgehalt der §§ 35 Abs. 2 S. 2 i. V. m. 295 Abs. 2 InsO zu beachten, dass dem Schuldner eine Restschuldbefreiung versagt wird. Denn die Verpflichtung zur Zahlung an die Insolvenzmasse im Gegenzug für die Freigabe nach §§ 35 Abs. 2 S. 2 i. V. m. 295 Abs. 2 InsO ist eine Mitwirkungspflicht des Insolvenzschuldners, deren Verstoß nach § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO zur Versagung der Restschuldbefreiung im Schlusstermin führen kann.⁷⁰⁹ Ebenso besteht gem. §§ 287 Abs. 2, 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Pflicht des Schuldners, seine pfändbaren Bezüge an die

⁷⁰⁵ So auch *Dahl*, VIA 2011, 49, 50.

⁷⁰⁶ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 91 Rn. 1.

⁷⁰⁷ Die ursprüngliche Fassung des Gesetzesentwurfs sah keine entsprechende Anwendung von § 295 Abs. 2 InsO vor. Durch die Einführung sollte gewährleistet werden, dass der selbstständige Schuldner nicht besser gestellt wird als der abhängig Beschäftigte (vgl. *Andres*, NZI 2006, 198, 200; *MK-InsO/Lwowski/Peters*, § 35 Rn. 47).

⁷⁰⁸ So auch *Dahl*, VIA 2011, 49, 50.

⁷⁰⁹ *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 35 Rn. 105; *Berger*, ZInsO 2008, 1101, 1107; *Dahl*, NJW- Spezial 2007, 485, 486; anders noch *BGH*, NJW 2003, 2167.

Insolvenzgläubiger abzuführen. Stünden aufgrund der Forderungszession sämtliche pfändbaren Bezüge dem Zessionar zu, so könnte der Insolvenzschuldner dieser Verpflichtung im Insolvenzverfahren und in der Wohlverhaltensperiode nicht nachkommen; mit der Folge einer Versagung der Restschuldbefreiung. Weiterhin muss beachtet werden, dass die Arbeitskraft des Insolvenzschuldners nicht zur Insolvenzmasse gehört.⁷¹⁰ Demnach steht es dem Schuldner aufgrund seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 GG offen, eine selbstständige Tätigkeit auszuüben. Allerdings muss dem Insolvenzschuldner auch auf diesem Weg die Möglichkeit der Erlangung der Restschuldbefreiung möglich sein. Blicke die Forderungszession bestehen, würde ihm diese jedoch verwehrt, denn die Abführung der pfändbaren Bezüge wäre ihm unmöglich.⁷¹¹

Ebenfalls heranzuziehen ist der Grundsatz der Vermögenstrennung, der § 35 Abs. 2, Abs. 3 InsO zu Grunde liegt. Durch eine Negativerklärung i. S. des § 35 Abs. 2 InsO ist das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners aus seiner selbstständigen Tätigkeit ausschließlich Haftungsmasse der Neugläubiger.⁷¹² Demgegenüber können Letztere ihre Ansprüche nicht im laufenden Insolvenzverfahren geltend machen, sodass letztlich zwei getrennte Vermögensmassen nebeneinander bestehen. Dementsprechend soll das insolvenzfreie Vermögen nicht durch die Befriedigung von Forderungen, die im laufenden Insolvenzverfahren geltend zu machen sind, vermindert werden.⁷¹³ Den dortigen Insolvenzgläubigern bleibt daher allein die Insolvenzmasse als Haftungssubstrat zugewiesen, während die Masse dafür durch die selbstständige Tätigkeit nicht verpflichtet wird.⁷¹⁴

Zuletzt deutet auf den ersten Blick auch der Beschluss des BGH, in der dieser offenlassend und ohne eine Entscheidung zu treffen feststellt, dass die Frage der Unwirksamkeit von Verfügungen, durch die der Schuldner Forderungen auf Vergütungen von Leistungen abgetreten hat, die auf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Leistungen beruhen, auch nach Inkrafttreten des §§ 35 Abs. 2 und 3 InsO weiter gilt.⁷¹⁵ Zwar kann diese Entscheidung nicht zur abschließenden Lösung des Konflikts der Freigabe mit einer Globalzession beitragen, da sie die Unwirksamkeit von Vorausverfügungen trotz des § 35

⁷¹⁰ Vgl. dazu unter § 2 C.

⁷¹¹ So im Ergebnis auch *Dahl*, VIA 2011, 49, 51.

⁷¹² RegE, BT-Drs. 16/3227, S. 17; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 107.

⁷¹³ *Kahlert*, EWiR 2011, 53 f.; *Berger*, ZInsO 2008, 1101, 1106.

⁷¹⁴ *Dahl*, VIA 2011, 49, 50.

⁷¹⁵ *BGH*, NJW-RR 2010, 860, 861; Anmerkung zu *BGH*, Beschl. v. 18.02.2010 – IX ZR 61/09 - NJW-RR 2010, 860, 861, becklink 301991;

Abs. 2 InsO für den Fall annimmt, in dem der Insolvenzverwalter die selbstständige Tätigkeit weiterführt.⁷¹⁶ Nichtsdestotrotz weißt der BGH darauf hin, dass der Schutzzweck des § 35 Abs. 2 gerade nicht darauf abzielt, Erträge einer Betriebsfortführung, die auf Kosten der Masse erfolgt, einem einzelnen Gläubiger (Zessionar) zufließen zu lassen.⁷¹⁷ Letztlich zeigt der BGH⁷¹⁸ in seinem Beschluss damit auf, dass die Gesetzgeberintention des § 35 Abs. 2 InsO darin bestand, dem Insolvenzverwalter zu ermöglichen, eine für die Insolvenzmasse verlustbringende Betriebsfortführung an den Schuldner freizugeben.⁷¹⁹ Demgegenüber soll eine ertragreiche Tätigkeit gerade für die Insolvenzmasse fortgeführt werden, denn den Schutz von Zessionaren, denen über eine Vorausabtretung Forderungen des Schuldners aus der Zeit nach Verfahrenseröffnung abgetreten sind, bezweckt die Regelung nicht.⁷²⁰ Zwar beschränkt der BGH seine Entscheidung auf eine Weiterführung durch den Insolvenzverwalter,⁷²¹ allerdings kommt hierin eindeutig zum Ausdruck, dass eine Privilegierung von Gläubigern durch § 35 Abs. 2 InsO nach Ansicht des BGH vom Gesetzgeber nicht gewollt war.

(b) Fazit zur Wirksamkeit einer bestehenden Globalzession nach Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO

Im Ergebnis ist vor allem anzuführen, dass diese Problematik durch die nachträgliche Einführung des § 35 Abs. 2 InsO in die Insolvenzordnung entstanden ist. Die Kollision der §§ 91 und § 35 Abs. 2 InsO hat der Gesetzgeber bei Einführung des § 35 Abs. 2 InsO übersehen. Da der Wortlaut des § 91 InsO eindeutig gegen dessen Anwendung nach einer Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO spricht, jedoch die Gesetzssystematik aufgrund der Restschuldbefreiungsproblematik, gestützt durch den Gesetzeszweck der Insolvenzordnung der gleichmäßigen, bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, auf eine Unwirksamkeit der Forderungszession nach erfolgter Freigabe hindeutet, erscheint eine gesetzliche Überarbeitung wünschenswert. Demzufolge sollte durch eine Neureglung des § 91 InsO gewährleistet werden, dass die Forderungszession auch nach einer Negativerklärung i. S. des

⁷¹⁶ *BGH*, NJW-RR 2010, 860, 861; so auch zutreffend *LG Hamburg*, BeckRS 2011, 20487.

⁷¹⁷ Anmerkung zu *BGH*, Beschl. v. 18.02.2010 – IX ZR 61/09 - NJW-RR 2010, 860, 861, NJW-Spezial 2010, 438.

⁷¹⁸ *BGH*, NJW-RR 2010, 860, 861.

⁷¹⁹ BT-Drs. 16/3227, S. 17.

⁷²⁰ *BGH*, NJW-RR 2010, 860, 861.

⁷²¹ So auch *LG Hamburg*, BeckRS 2011, 20487

§ 35 Abs. 2 InsO ihre Wirkung verliert und somit der Regelungsinhalt des § 91 InsO fortbesteht.

(3) Neuverbindlichkeiten aus der selbstständigen Tätigkeit des Apothekers

Früher war lange Zeit umstritten, welche Auswirkungen die Weiterführung der selbstständigen Tätigkeit durch den Schuldner insbesondere hinsichtlich der Insolvenzmasse und der Neuverbindlichkeiten hat.⁷²² Dies war insbesondere den gesetzlichen Entwicklungen geschuldet. Während zu Zeiten der Konkursordnung die Konkursmasse das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners erfasste, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens gehörte – somit sämtlichen Neuerwerb und damit auch Neuverbindlichkeiten vom Konkursverfahren ausschloss – wurde bei Einführung der Insolvenzordnung als Insolvenzmasse das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt, als Insolvenzmasse legaldefiniert.⁷²³ Hiermit wurde erstmals sämtlicher Neuerwerb des Schuldners der Insolvenzmasse zugeordnet. Allerdings resultierte aus der fehlenden Regelung für die neu begründeten Verbindlichkeiten eine Diskussion, wie diese einzuordnen waren. Insbesondere war problematisch, dass die Gefahr bestand, dass sämtlicher Neuerwerb Bestandteil der Insolvenzmasse wird, während Neugläubigern lediglich das insolvenzfreie Vermögen des Insolvenzschuldners als Haftungsmasse unterlag, diese somit keine Befriedigung erwarten konnten.⁷²⁴

Aufgrund der Neuregelung des § 35 InsO zum 01.07.2007 durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13.04.2007,⁷²⁵ wurde § 35 InsO die heutigen Abs. 2 und 3 hinzugefügt. Hierdurch ist der lange schwelende Streit über die Rechtsnatur der Neuverbindlichkeiten obsolet geworden.⁷²⁶

⁷²² Als Neuerwerb wird dabei das Vermögen verstanden, das der Schuldner während des Verfahrens durch eine eigene Rechtshandlung erlangt (vgl. dazu Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 123).

⁷²³ Diese Regelung galt vom 01.01.1999 bis zum 01.07.2007.

⁷²⁴ Siehe ausführlich zum damals bestehenden Streit und dessen Auswirkungen Nerlich/Römermann/*Andres*, InsO, § 35 Rn. 122 ff.

⁷²⁵ BGBl. I S. 509 m. W. v. 01.07.2007.

⁷²⁶ Aus diesem Grund erfolgt keine ausführliche Darstellung des nach alter Rechtslage bestehenden Streitstandes. Da eine heutige Anwendung lediglich für Altverfahren, die vor dem 01.07.2007 eröffnet wurden, in Frage kommt, ist die frühere Diskussion für die Praxis ohne Belang.

§ 35 Abs. 2 InsO ordnet nunmehr an, dass der Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzschuldner erklären muss, ob Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und ob Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Daher ist heute klargestellt, dass, soweit der selbstständige Schuldner zugunsten der Insolvenzmasse tätig ist, diese auch den Neugläubigern als Haftungsmasse zur Verfügung steht, während im Rahmen der Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO der Neuerwerb nicht der Insolvenzmasse, sondern dem Schuldner zufließt und dessen insolvenzfrees Vermögen im Gegenzug als Haftungsmasse für Neugläubiger heranzuziehen ist. Eine Erklärung des Insolvenzverwalters, dass Vermögen zugunsten der Insolvenzmasse vereinnahmt wird, die Neuverbindlichkeiten aber nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können, ist unzulässig.⁷²⁷

3. Die Nutzung der Patienten-/Kundenkartei in der Fortführung der Apotheke

Eine Fortführung der Apotheke wirft, insbesondere vor dem Recht der Kunden/Patienten auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG, grundsätzlich die Frage auf, wie mit der Patienten- und Kundenkartei umzugehen ist. Hierbei ist – da eine Fortführung ausschließlich durch den Insolvenzverwalter in der Regel ausgeschlossen ist - zwischen einer Fortführung im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens zwischen Insolvenzverwalter und Schuldner oder eine alleinige Fortführung durch letzteren zu differenzieren.

Zunächst scheint ein Zugriff der Patienten-/Kundenkartei unproblematisch, soweit die Fortführung ausschließlich durch den Apotheker erfolgt, da hier der insolvenzschuldnerische Apotheker die betriebliche Einheit fortführt und somit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG gewahrt bleibt. Allerdings ist voranzustellen, dass Ausfluss des § 80 Abs. 1 InsO ist, dass der Insolvenzverwalter die Patienten-/Kundenkartei, die gem. §§ 35, 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO, § 811 Nr. 11 ZPO vom Insolvenzbeschluss umfasst werden,⁷²⁸ verwalten darf. Daher ist, zumindest solange dem Insolvenzverwalter diese Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zusteht, dessen Zustimmung zur Nutzung der Patienten-/Kundenkartei erforderlich. Dies gilt jedoch in den Fällen der Eigenverwaltung und der Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO nicht. Denn hierdurch geht die

⁷²⁷ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 96.

⁷²⁸ Vgl. dazu bereits oben unter § 2 D. III.

Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Apotheker über, wodurch eine Zustimmung überflüssig ist.

Anders ist die Rechtslage jedoch, wenn eine Fortführung im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens zwischen (vorläufigen) Insolvenzverwalter und Schuldner erfolgt. In dieser Konstellation stellt sich die Frage, ob dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter ein Zugriffsrecht auf die Patienten- und Kundenkartei zusteht. Gestützt auf den Regelungsgehalt des § 80 Abs. 1 InsO, wonach durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den Insolvenzverwalter übergeht, erscheint eine Gewinnung der benötigten Daten durch den Insolvenzverwalter gesetzlich legitimiert zu sein und damit der naheliegendste Weg der Informationsbeschaffung.

Zwar folgt aus § 80 Abs. 1 InsO, dass der Insolvenzverwalter die Patienten-/Kundenkartei, die gem. §§ 35, 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO, § 811 Nr. 11 ZPO vom Insolvenzbeschlagnahme umfasst werden,⁷²⁹ verwalten darf, jedoch ist in diesem Zusammenhang das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Kunden/Patienten aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Im Ergebnis ist daher eine Güterabwägung zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, welches durch § 203 StGB geschützt wird, und dem Befriedigungsrecht der Gläubiger aus Art. 14 Abs. 1 GG vorzunehmen.

Der sachliche Schutzbereich der Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet, dass derjenige, der vom persönlichen Schutzbereich umfasst ist, entscheiden kann, ob und inwieweit persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden⁷³⁰ und einen Eingriff nur rechtfertigt, soweit vorrangige Drittinteressen bestehen, die im Einklang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stehen.⁷³¹ Unzweifelhaft ist daher der Schutzbereich betroffen, wenn der Insolvenzverwalter die Patienten-/Kundenkartei einsieht und verwaltet. Eine Rechtfertigung des Eingriffs durch Art. 14 Abs. 1 GG ist auch vor dem Hintergrund der überragenden Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht möglich. Die Einsichtnahme des Insolvenzverwalters ist daher nur in den unpraktikablen Fällen der vorherigen Zustimmung der geschützten Personen möglich.⁷³² In der Insolvenz des

⁷²⁹ Vgl. dazu bereits oben unter § 2 D. III.

⁷³⁰ *BVerfGE*, 65, 1, 42.

⁷³¹ *BGH*, ZIP 2005, 722, 724.

⁷³² *BVerfGE*. 1, 43.

Apothekers ist die Einholung der vorherigen Zustimmung tatsächlich nicht durchführbar.⁷³³ Demgegenüber ist eine Zustimmung des Insolvenzverwalters in die Nutzung der Patienten-/Kundenkartei durch den Apotheker im Rahmen einer arbeitsteiligen Fortführung nicht notwendig. Hier führt der Schuldner zumindest fachlich die betriebliche Einheit fort, so dass gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht verstoßen wird. Denn eine Überlassung an Dritte liegt in diesen Fällen gerade nicht vor. Da demnach die Patienten-/Kundenkartei in der Hand desjenigen Berufsträgers verbleibt, der von den Kunden/Patienten bereits damit betraut wurde, kann die Schutzfunktion des Recht auf informationelle Selbstbestimmung zurücktreten.⁷³⁴

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass, selbst wenn eine alleinige Fortführung durch den Insolvenzverwalter ausnahmsweise möglich ist, dieser trotz der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Patienten- und Kundenkartei zur Nutzung derselben einer Zustimmung der vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützten benötigt, da hierin eine zustimmungspflichtige Überlassung an einen Dritten zu sehen ist.

4. Auskunfts- und Mitwirkungspflichten

Die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners im Insolvenzverfahren sind in § 97 InsO geregelt. Sie dienen primär der Haftungsverwirklichung.⁷³⁵ Während die Auskunftspflicht des § 97 Abs. 1 InsO alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse erfasst,⁷³⁶ folgt aus der Mitwirkungspflicht des § 97 Abs. 2 InsO, die Auflage für den Schuldner, das Verfahren zu fördern.⁷³⁷ Diese Pflichten gelten über den Verweis in § 20 Abs. 1 InsO auch im Insolvenzeröffnungsverfahren.

Grundsätzlich besteht keine Auskunftspflicht über Tatsachen, die nicht das Verfahren selbst betreffen oder zur Ermittlung der Insolvenzmasse nicht erforderlich sind.⁷³⁸ Dementsprechend hat der Insolvenzschuldner seine Auskunftspflichten immer zu erfüllen, soweit der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das

⁷³³ Vgl. Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 280, der die tatsächlichen Schwierigkeiten einer Befragung am Beispiel der Arztpraxis darstellt.

⁷³⁴ So auch *Hess/Röpke*, NZI 2003, 233, 234.

⁷³⁵ *Valledner*, NZI 2003, 530, 531.

⁷³⁶ Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 97 Rn. 7.

⁷³⁷ HK-InsO/*Eickmann*, § 97 Rn. 5.

⁷³⁸ *Andres/Leithaus/Passauer/Stephan*, InsO, § 97 Rn. 14.

Vermögen des Apothekers ausübt und die Insolvenzmasse betroffen ist; demnach im eröffneten Insolvenzverfahren bei einer ausnahmsweise möglichen alleinigen Fortführung und bei einem arbeitsteiligen Zusammenwirken. Bei einer Eigenverwaltung trifft den Schuldner trotz der ihm verbleibenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis eine Bereitschafts- und Auskunftspflicht gegenüber dem Sachwalter, die durch die §§ 275, 277 InsO konkretisiert wird.⁷³⁹ Führt der Apotheker die betriebliche Einheit zugunsten und zulasten der Masse fort, verbleibt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bei Insolvenzverwalter, so dass den Schuldner umfassende Auskunfts- und Mitwirkungspflichten treffen. Diese sind lediglich bei einer Freigabe der selbstständigen Tätigkeit eingeschränkt, da die Auskunftspflicht nicht das insolvenzfremde Vermögen betrifft. Etwas anderes gilt nur, soweit die Auskünfte zur Abgrenzung von insolvenzfreiem Vermögen und Insolvenzmasse notwendig sind.⁷⁴⁰ Im Ergebnis bezieht sich der Auskunftsanspruch im Rahmen der freigegebenen Tätigkeit nicht auf die tatsächlichen Einkünfte des Apothekers, da nach § 295 Abs. 2 InsO entscheidend ist, wie viel er als abhängig Beschäftigter verdienen könnte.⁷⁴¹ Wird der Geschäftsbetrieb verpachtet oder veräußert, treffen den Apotheker weiterhin die insolvenzspezifischen Pflichten, die sich jedoch nicht mehr auf den Apothekenbetrieb beziehen. Die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten im Insolvenzeröffnungsverfahren sind entsprechend zu behandeln. Allerdings mit der Maßgabe, dass eine Verpachtung, Veräußerung oder Freigabe in diesem Verfahrensstadium bereits ausgeschlossen ist.⁷⁴²

Schwierigkeiten bereitet die Reichweite der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten der Apotheker vorrangig beim Forderungseinzug,⁷⁴³ der Mitarbeit im Rahmen der gemeinsamen Fortführung durch Insolvenzverwalter und Schuldner sowie bei der Stilllegung und der Verwertung der Apotheke,⁷⁴⁴ da in diesen Bereichen patientenrelevante Daten betroffen sind, die eine Nutzung durch den Insolvenzverwalter erfahren sollen.

5. Fachliche Leistungen des Apothekers

Während die Fortführung der Apotheke durch den Schuldner - sei es zugunsten und zulasten der Insolvenzmasse, nach Freigabe in Eigenregie oder durch eine Eigenverwaltung - oder

⁷³⁹ Braun/Kroth, § 97 Rn. 4.

⁷⁴⁰ Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 97 Rn. 7.

⁷⁴¹ Laroche, VIA 2011, 85, 86.

⁷⁴² Vgl. dazu bereits unter § 3 A. I. 2. a).

⁷⁴³ Vgl. dazu unter § 3 A. II. 3.

⁷⁴⁴ Vgl. dazu unter § 3 A. I. 2. b) sowie § 3 A. II. und III.

durch einen Dritten hinsichtlich der Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche und insbesondere der fachlichen Leistungen, keine Schwierigkeiten aufwirft, da der Schuldner oder der Dritte in diesen Fällen die Apotheke eigenständig ohne Einflussnahme durch einen (vorläufigen) Insolvenzverwalter betreibt. Stellt sich dies im Rahmen der Fortführung durch arbeitsteiliges Zusammenwirken zwischen Apotheker und (vorläufigem) Insolvenzverwalter allerdings anders dar. Denn die Mitwirkungspflichten umfassen nicht die Erbringung der fachlichen Leistungen durch den Apotheker im Rahmen des arbeitsteiligen Zusammenwirkens, sondern lediglich eine punktuelle Mitwirkung bei der Bereinigung der Ist- zur Sollmasse.⁷⁴⁵ Allerdings lässt § 7 S. 1 ApoG eine Aufspaltung der Tätigkeiten in eine fachliche (Apotheker) und wirtschaftliche (Insolvenzverwalter) zu.⁷⁴⁶ Um dem Standesrecht Rechnung zu tragen, dürfen die fachlichen Leistungen ausschließlich durch einen approbierten Apotheker ausgeführt werden, der durch seine fachliche Qualifikation den Schutz der Volksgesundheit sicherstellt.

In der praktischen Umsetzung eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens zwischen Apotheker und (vorläufigem) Insolvenzverwalter ist daher die strikte Aufteilung der Tätigkeitsbereiche zu beachten und einzuhalten. So muss der Insolvenzverwalter dem Apotheker das sachlich und personell erforderliche Substrat aus der Insolvenzmasse zur Verfügung stellen und der Apotheker unter deren Nutzung die fachlichen Leistungen ohne Einflussnahme durch den Insolvenzverwalter erbringen.⁷⁴⁷

Diese Verpflichtung birgt für den (vorläufigen) Insolvenzverwalter ein persönliches finanzielles Haftungsrisiko nach § 60 InsO. Denn lässt der (schwache vorläufige) Insolvenzverwalter – wozu er aufgrund des Standesrechtes verpflichtet ist – den Apotheker die fachliche Tätigkeit frei und unbeeinflusst ausüben, kann dies – wenn hieraus eine schuldhaftige Verletzung der dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter nach der Insolvenzordnung obliegenden Pflichten resultiert⁷⁴⁸ - den Haftungstatbestand erfüllen.

Das fachliche Leistungsmonopol des freiberuflichen Apothekers mit dem Haftungsrisiko des Insolvenzverwalters in Einklang zu bringen, ist aufgrund des Standesrechts des Apothekers zugunsten des Insolvenzverwalters unmöglich, da eine fachliche Weisungsbefugnis des Insolvenzverwalters keinesfalls mit den apothekenrechtlichen Regelungen vereinbar ist, so

⁷⁴⁵ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 97 Rn. 16 ff.

⁷⁴⁶ Vgl. dazu vorstehend § 3 A. I. 2. b).

⁷⁴⁷ So im Ergebnis für die Freiberufler *Graf/Wunsch*, ZIP 2001, 1029, 1034; *Schick*, NJW 1990, 2359, 2361.

⁷⁴⁸ *Graf/Wunsch*, ZIP 2001, 1029, 1034.

dass ein Restrisiko immer verbleibt. Allerdings ist hieraus nicht zu folgern, dass eine Fortführung ausgeschlossen ist. Vielmehr muss dem Insolvenzverwalter bewusst sein, dass er im Rahmen der gemeinsamen Fortführung mit dem Apotheker ein gewisses Haftungsrisiko nach § 60 InsO eingeht, da ihm eine fachliche Einflussnahme nicht gestattet ist.

6. Sicherstellung der Lebensgrundlage des Apothekers

Eine Fortführung der Apotheke wirft – da die Arbeitskraft des Apothekers nicht dem Insolvenzbeschluss unterfällt und dieser damit nicht zur Gezwungen ist - gleichzeitig immer die Frage auf, ob und inwieweit dieser für seine Arbeitsleistung eine Vergütung erhält. Führt der Schuldner die Apotheke eigenständig durch eine Eigenverwaltung oder zugunsten und zulasten der Insolvenzmasse fort, ist ihm entweder auf der Grundlage der §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850 Abs. 1, Abs. 2, 850i ZPO ein pfändungsfreier Betrag als Lebensgrundlage zu belassen oder ein Unterhalt entsprechend der Regelung des § 100 InsO. Bei einer Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO hat der insolvenzschuldnerische Apotheker gem. § 295 Abs. 2 InsO denjenigen Betrag an die Insolvenzmasse abzuführen, der dem einer angestellten Tätigkeit entspricht. Darüber hinausgehende Überschüsse verbleiben ihm selbst. Erbringt die Tätigkeit nicht genügend Überschüsse, geht dies zulasten des Insolvenzschuldners. Denn erreicht er nicht dieselbe Befriedigungsquote wie im Falle der Ausübung einer unselbstständigen Tätigkeit, kann dies zur Versagung der Restschuldbefreiung auf Antrag eines Insolvenzgläubigers gem. § 296 Abs. 1 S. 1 InsO führen. Ein fehlendes Verschulden wegen schlechter Auftragslage bleibt ebenso unberücksichtigt.⁷⁴⁹

Darüber hinaus ist zu diskutieren, ob und inwieweit die Arbeitsleistung des Apothekers zu vergüten ist, wenn der Apothekenbetrieb gemeinsam von Insolvenzverwalter und Apotheker fortgeführt wird.⁷⁵⁰ Wie bereits ausgeführt, ist die Arbeitskraft des Apothekers nicht Bestandteil der Insolvenzmasse.⁷⁵¹ Eine Pflicht zur Mitarbeit existiert mithin nicht. Im Gegenzug für die Arbeitsleistung kann der Apotheker somit eine Vergütung verlangen, da sie nicht im Rahmen des Insolvenzverfahrens gesetzlich geschuldet ist.⁷⁵² Um den Apotheker für seine Arbeitskraft zu entlohnen, sind letztlich zwei Konstellationen denkbar. Einerseits der Abschluss eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses nach § 611 BGB. Andererseits die

⁷⁴⁹ Uhlenbruck/Vallender, InsO, § 295 Rn. 72.

⁷⁵⁰ Vallender, Festschrift Metzeler, S 21, 29.

⁷⁵¹ Vgl. dazu oben unter § 2 C.

⁷⁵² Ries, ZVI 2004, 221, 225.

Erzielung von freien Einkünften des Apothekers, die durch eine Weiterführung seiner selbstständigen Tätigkeit entstehen.

a) Dienstvertrag

Zwar ist der Abschluss eines Dienstvertrages aus insolvenzrechtlicher Sicht grundsätzlich unbedenklich, da der Insolvenzverwalter anstelle des insolvenzschuldnerischen Apothekers auch eine dritte Person zulasten der Insolvenzmasse einstellen könnte. Allerdings bestehen unter standesrechtlichen Gesichtspunkten Bedenken. Durch das Angestelltenverhältnis verliert der Apotheker seine Selbstständigkeit.⁷⁵³ Dies geht einher mit dem Verlust der Eigenverantwortlichkeit. Da aber der Insolvenzverwalter selbst nicht zur alleinigen Fortführung oder zur fachlichen Leistungserbringung berechtigt ist,⁷⁵⁴ findet durch das Standesrecht letztlich eine Einschränkung des insolvenzrechtlich grundsätzlich zulässigen Abschlusses eines Dienstverhältnisses dahingehend statt, dass eine solche Vorgehensweise ausgeschlossen ist.

b) Freie Einkünfte

Zwischen Insolvenzverwalter und insolvenzschuldnerischem Apotheker kann ein Dienstvertrag aufgrund der standesrechtlichen Regelungen nicht abgeschlossen werden. Infolgedessen ist die einzige Möglichkeit der Fortführung, den Apotheker weiterhin selbstständig zugunsten der Insolvenzmasse arbeiten zu lassen. Praktisch wird daher eine Vereinbarung zwischen beiden getroffen, wodurch sich der Apotheker verpflichtet, die selbstständige Tätigkeit weiter auszuüben und im Gegenzug einen Teil seiner erzielten Einkünfte an die Insolvenzmasse abführt.⁷⁵⁵ Die Höhe des dem Schuldner verbleibenden Betrages seiner Einkünfte zur Bestreitung seiner Lebensgrundlage richtet sich nach den §§ 850 ff. ZPO, die über § 36 Abs. 1 S. 2 InsO Anwendung finden.⁷⁵⁶

⁷⁵³ OLG Braunschweig, NJW 1997, 2454, 2455; Schick, NJW 1990, 2359, 2361; a. A. Kilger/K. Schmidt, KO § 129 Rn. 2 (für einen Arzt).

⁷⁵⁴ Vgl. dazu oben unter § 3 A. I. 2. a) aa).

⁷⁵⁵ Vgl. dazu auch BGH, ZVI 2003, 170, 173 f. für eine freiberufliche Psychologin.

⁷⁵⁶ Vgl. zu diesem Thema ausführlich oben unter § 2 E. II.

II. Stilllegung der Apotheke - Stilllegungsbefugnis des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und Fortführungsrecht des Apothekers

Beschließt die Gläubigerversammlung die Stilllegung der Apotheke, löst dies automatisch die Verpflichtung des Insolvenzverwalters gem. § 159 InsO aus, unverzüglich mit der Verwertung der Insolvenzmasse zu beginnen. Gleiches gilt, wenn der Apothekenbetrieb bereits bei Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, im Insolvenzeröffnungsverfahren oder im Zeitraum zwischen Insolvenzeröffnung und Berichtstermin eingestellt wurde.

Die Stilllegung des Apothekenbetriebes kann sowohl im Insolvenzeröffnungsverfahren, als auch im späteren Insolvenzverfahren notwendig sein. Zu unterscheiden ist allerdings die jeweilige Entscheidungskompetenz. Während bei ersterer eine Stilllegung nur unter der Voraussetzung zulässig ist, dass hierdurch eine erhebliche Verminderung des Vermögens des Apothekers verhindert wird (§ 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO) und das Insolvenzgericht dieser zustimmt, erfordert eine Stilllegung im eröffneten Insolvenzverfahren gem. § 158 Abs. 1 InsO, dass der Gläubigerausschuss der Stilllegung zugestimmt hat und der Schuldner gem. § 158 Abs. 2 InsO vor dieser Beschlussfassung über die Stilllegung zu unterrichten ist; gleiches gilt, wenn ein Gläubigerausschuss nicht bestellt ist.

Der noch zu Zeiten der Konkursordnung vertretene Denkansatz, dass Ausfluss des Persönlichkeitsschutzes des Freiberuflers ist, diesem ein Fortführungsrecht zuzugestehen,⁷⁵⁷ ist im Kontext der Insolvenzordnung nicht mehr haltbar. Denn ein Fortführungsrecht des Freiberuflers aufgrund seines ihn auszeichnenden besonderen Vertrauensverhältnisses – ein solches nimmt ebenso der Apotheker ein⁷⁵⁸ – widerspricht der Systematik der Insolvenzordnung. Einerseits wird in §§ 157, 158 InsO explizit der Gläubigerversammlung die Entscheidungskompetenz über die Stilllegung zugestanden, womit ein Fortführungsrecht des Freiberuflers kollidieren würde und diese Kompetenzzuweisung der Insolvenzordnung ad absurdum geführt würde. Andererseits würde der Regelungsgehalt des § 80 Abs. 1 InsO leer laufen. Denn hiernach steht dem Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Apothekers zu. Während dieses Argument bei den übrigen Freiberuflern eventuell in Zweifel zu ziehen ist, da dem Freiberuflern aufgrund der über § 36 Abs. 1 InsO anwendbaren Pfändungsschutzvorschriften des § 811 Abs. 1 Nr. 5

⁷⁵⁷ Jaeger/Henckel, KO, § 1 Rn. 12; Hubmann, Festschrift für Lehmann, S. 812, 818

⁷⁵⁸ Vgl. zum besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Apotheker und seinen Kunden oben unter § 2 A. III. 2.

und 7 ZPO die Betriebs- und Geschäftsausstattung nicht entzogen werden kann und damit eine Fortführung des Schuldners nicht verhindert werden kann, ist im Rahmen der Apothekerinsolvenz der Pfändungsschutz des 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO aufgrund der Regelung der §§ 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO aufgehoben. Der Insolvenzverwalter hat also eine umfassende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Apothekers und kann trotz der Berufsfreiheit des Apothekers dessen Berufsausübung faktisch verhindern. Ist dies aber dem Insolvenzverwalter möglich, darf dies der Gläubigerversammlung, die aufgrund der Regelung der §§ 157, 158 InsO zur Stilllegung legitimiert ist, nicht verwehrt werden.

Aus § 97 Abs. 2 InsO folgt nicht nur eine aktive, sondern auch eine passive Mitwirkungspflicht des Apothekers. Das bedeutet, dass dieser alles zu unterlassen hat, was der Verwertung des Insolvenzverwalters zuwiderläuft.⁷⁵⁹ Daher ist der Apotheker grundsätzlich dazu verpflichtet, einer Stilllegungsverfügung Folge zu leisten und seinen Apothekenbetrieb einzustellen. Dies ist insbesondere bedeutsam für Fälle, in denen der Apotheker seine betriebliche Einheit entgegen der Entscheidung der Gläubigerversammlung fortführt.⁷⁶⁰ Allerdings ist dies aufgrund der umfassenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nicht dessen einzige Option. Denn dieser kann eine Fortführung des Apothekers ebenso unterbinden. Allerdings unterscheiden sich diese beiden Varianten darin, dass ein Verstoß gegen § 97 Abs. 2 InsO gem. § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu der Versagung der Restschuldbefreiung führen kann.⁷⁶¹

Schlussendlich verbleibt dem Apotheker damit als einzige Möglichkeit eine Stilllegung zu verhindern, einen Antrag nach § 158 Abs. 2 InsO beim Insolvenzgericht stellen. Dies betrifft allerdings nur den Zeitraum bis zum Berichtstermin der ersten Gläubigerversammlung. Beschließt diese eine Stilllegung, hat der Apotheker keine Abwendungsmöglichkeit.

III. Verwertung

Primärer Zweck des Regelinsolvenzverfahrens ist die Verwertung des Vermögens zur Befriedigung der Gläubiger. Letztlich strahlt das Berufsrecht des Apothekers, wie in allen anderen Bereichen des Insolvenzverfahrens auch, in die Verwertungsmodalitäten und –möglichkeiten des Apothekervermögens aus.

⁷⁵⁹ MK-InsO/Passauer, § 97 Rn. 40.

⁷⁶⁰ LG Cottbus, ZVI 2002, 218.

⁷⁶¹ LG Cottbus, ZVI 2002, 218.

1. Veräußerung der Apotheke im Ganzen

Die übertragende Sanierung ist eine besondere Form der Liquidation des Schuldnervermögens. Ist eine langfristige Sanierung des Apothekenbetriebes nicht möglich,⁷⁶² stellt daher die Veräußerung der Apotheke mit ihrem (un-)beweglichen Anlage- und Umlaufvermögen und ihrem Goodwill eine Option dar, um das Ziel der bestmöglichen, gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung des § 1 InsO zu erreichen. Insbesondere kann diese den Vorteil gegenüber der Liquidation bieten, dass die Wertverluste und Kosten, die bei der Liquidation anfallen, verhindert werden.⁷⁶³ Die Verwertung im Ganzen kann hierbei entweder im Eröffnungsverfahren oder im eröffneten Verfahren erfolgen. Bei beiden Varianten besteht wiederum die Möglichkeit, einen noch laufenden Betrieb zu veräußern oder diesen nach Stilllegung zu übertragen – letztlich stellen beide Fälle eine sog. übertragende Sanierung dar – wobei letzteres unter Erhalt des Goodwills nur möglich ist, soweit der Geschäftsbetrieb erst kurze Zeit eingestellt ist, da nur in diesem Fall noch ein immaterieller Vermögenswert vorhanden ist. In diesem Zusammenhang kommt auch der Gedanke zum Tragen, dass die Fortführung der Apotheke, wie bei jeder Unternehmerinsolvenz auch, kein Selbstzweck ist, sondern vielmehr dem Erhalt des Goodwills und damit letztlich auch den Zielen aus § 1 InsO dient. Da der immaterielle Vermögenswert wertmäßig besser ausgeschöpft werden kann, soweit der Geschäftsbetrieb noch aufrecht erhalten ist, dürfte eine Veräußerung der Apotheke im Ganzen vornehmlich aus einem laufenden Geschäftsbetrieb erfolgen. Nichtsdestotrotz ist diese ebenfalls nach einer erfolgten Stilllegung möglich, wobei der äquivalent zum Goodwill erzielbare Gegenwert umso niedriger ist je länger der Betrieb ruht.

Beim Veräußerungsvorgang ist jedoch erneut den standesrechtlichen Berufsregelungen bzw. Besonderheiten des Apothekers Rechnung zu tragen, die sich insbesondere aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Patienten/Kunden aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG ergeben.

⁷⁶² Die Ursachen hierfür können sowohl in der fehlenden Bereitschaft des insolvenzschuldnerischen Apothekers zum weiteren Betrieb der Apotheke als auch in der wirtschaftlich nicht umsetzbaren Sanierung liegen.

⁷⁶³ MK-InsO/Ott/Vuia, § 80 Rn. 54.

a) Veräußerbarkeit der Apotheke

Eine Apotheke ist, wie jede freiberufliche Praxis, grundsätzlich veräußerbar.⁷⁶⁴ Im Kontext des durch die Schweigepflicht des Apothekers geschützten informationellen Selbstbestimmungsrechts des Kunden sind die durch das Berufsgeheimnis geschützten Kunden- und Patientenunterlagen ohne deren Einwilligung jedoch nicht übertragbar.⁷⁶⁵ Infolgedessen sind anderslautende Vereinbarungen gem. §§ 134 BGB i. V. m. 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB nichtig.⁷⁶⁶ An diesem Ergebnis ändert auch eine Veräußerung an eine denselben Verschwiegenheitspflichten unterliegende Person desselben Berufsstandes nichts. Eine solche Überlegung könnte zwar darauf gestützt werden, dass dem Erwerber aufgrund derselben Schweigepflichten dasselbe Vertrauen der Kunden entgegenbracht wird, wie dem ursprünglichen Apothekeninhaber.⁷⁶⁷ Jedoch ist die jeweilige Vertrauensbeziehung konkret zwischen dem Apotheker und den entsprechenden Kunden zustande gekommen,⁷⁶⁸ weshalb die Schweigepflicht auch innerhalb der einzelnen freiberuflichen Berufsgruppen Bestand hat.⁷⁶⁹ Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die Grundgedanken der §§ 49b Abs. 4 BRAO, 64 Abs. 2 S. 2 StBerG und 55a Abs. 3 WPO nicht über eine analoge Anwendung auf den Apotheker übertragen werden können, da es hierfür sowohl an einer erforderlichen planwidrigen Regelungslücke, als auch an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt.⁷⁷⁰

b) Einflussnahmerecht des Apothekers in den Veräußerungsvorgang

Die Apotheke ist somit grundsätzlich vom Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren veräußerbar. Hierbei müssen lediglich die Rechte der Patienten/Kunden berücksichtigt werden. Zwar wurde früher diskutiert, ob dem Freiberufler ein Zustimmungsvorbehalt in die Veräußerung seiner betrieblichen Einheit einzuräumen ist, was seinerseits der Tatsache geschuldet war, dass angenommen wurde, dass dem Freiberufler die Entscheidung zu überlassen sei, ob er seinen Patienten-/Kundenstamm einem anderen Kollegen anvertrauen

⁷⁶⁴ Vgl. zu der Problematik der Veräußerbarkeit ausführlich oben unter § 2 A.; *BGHZ* 43, 47 ff.; *BGH*, NJW 1973, 98, 100; BB 1958, 496, 496 f.; NJW 1997, 2453, 2453; *OLG Braunschweig*, NJW 1997, 2454, 2455; *BGH*, NJW 1965, 580, 580 f.; *BFH*, ZIP 1994, 1283, 1284; *LSG NRW*, MedR 1999, 333, 334; *Laufs/Kern/Schlund*, § 19 Rn. 1; *Michalski/Römermann*, NJW 1996, 1305, 1305; *Narr*, Ärztliches Berufsrecht, Rn. B 448; *MK-InsO/Lwowski/Peters*, § 35 Rn. 507; a.A. *FG Düsseldorf*, ZIP 1992, 635, 636; *LG Rostock*, NJW-RR 2002, 846, 847; *MK-InsO/Ott/Vuia*, § 80 Rn. 56.

⁷⁶⁵ *BGHZ* 116, 268, 273 mit Verweis auf *BVerfGE* 65, 1 ff.; *Andres/Leithaus/Andres*, InsO, § 159 Rn. 12.

⁷⁶⁶ *BGHZ* 116, 268, 272 ff.; *Narr*, Ärztliches Berufsrecht, Rn. B 256.

⁷⁶⁷ So *BGH*, NJW 1974, 602; siehe auch *BVerfG*, NJW 1972, 1123, 1124, welches jedoch den Schutz der Patienten gegenüber staatlichen Eingriffen aufrecht erhalten und nicht schmälern will.

⁷⁶⁸ Siehe dazu ausführlich oben unter § 2 E. II. 1. a) bb) (2) (a) (aa) und (bb).

⁷⁶⁹ *BGH*, NJW 1992, 737, 739; *Laufs*, MedR 1989, 309.

⁷⁷⁰ Vgl. hierzu ausführlich oben unter § 2 E. II. 1. a) bb) (2) (a) (aa) und (bb).

will.⁷⁷¹ Ein Einflussnahmerecht für den insolvenzschuldnerischen Freiberufler und damit auch Apotheker besteht dagegen nach heute einhelliger Ansicht nicht. Der Insolvenzverwalter kann gem. § 80 Abs. 1 InsO über alle zur Insolvenzmasse nach § 35 Abs. 1 InsO gehörenden Gegenstände verfügen. Insbesondere aus der Tatsache, dass die zur Berufsausübung des Apothekers erforderlichen Gegenstände in der Insolvenz nicht durch §§ 36 InsO, 811 ZPO geschützt werden, sondern diese nach §§ 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO, 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO der Insolvenzmasse zuzuordnen sind,⁷⁷² ist erkennbar, dass sämtliche Gegenstände dem Haftungsverband der Gläubiger unterworfen sind, ohne dass dem Apotheker die Möglichkeit der Einflussnahme zugestanden wird.

Obwohl der Freiberufler ein besonderes Vertrauensverhältnis in Anspruch nimmt, welches ihm ein Interesse daran zuspricht, wer seine Position als Nachfolger antritt und wem die Patienten-/Kundenkartei anvertraut wird,⁷⁷³ kann ihm auch auf diesem Weg kein Zustimmungsvorbehalt zugestanden werden.⁷⁷⁴ Denn dieses Interesse ist im Insolvenzverfahren nicht schützenswert. Ein solcher Schutz resultiert weder aus der Schweigepflicht des Apothekers, die ausschließlich dem Schutz der Patienten/Kunden dient; noch aus dem persönlichen Charakter der freiberuflichen Tätigkeit, die lediglich ein besonderes Vertrauensverhältnis begründet, aber kein Mitbestimmungsrecht des Freiberuflers. Letzteres verdeutlicht besonders die Tatsache, dass die Patienten-/Kundenkartei Bestandteil der Insolvenzmasse ist, weshalb eine Verwertungsmöglichkeit nicht durch den Insolvenzschuldner blockiert werden kann. Mithin ist dem Gläubigerinteresse an der Haftungsverwirklichung der Vorrang einzuräumen.

c) Umsetzung einer übertragenden Sanierung unter Berücksichtigung des Zustimmungserfordernisses der Patienten/Kunden

Ist eine Veräußerung einer Apotheke aber grundsätzlich zulässig, ist nunmehr zu erörtern, wie eine solche im Rahmen des Insolvenzverfahrens überhaupt funktioniert und welche Probleme hierbei zutage treten.

⁷⁷¹ MK-InsO/Lwowski/Peters, InsO, § 35 Rn. 508.

⁷⁷² Vgl. dazu ausführlich oben unter § 2 D. I.

⁷⁷³ Vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, NJW 1997, 2477; Nerlich/Römermann/Andres, InsO, § 35 Rn. 73; Hess/Weis/Wienberg/Weis, InsO, § 35 Rn. 201; Braun/Bäuerle, InsO, § 35 Rn. 46; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 159 Rn. 18.

⁷⁷⁴ So auch Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 50; HambKomm/Lüdtker, InsO, § 35 Rn. 121; Vallender, Festschrift Metzeler, S. 6; Runkel, ZVI 2007, 45, 49; a.A. Braun/Bäuerle, InsO, § 35 Rn. 46.

aa) Grundzüge der übertragende Sanierung

Konkret wird bei einer übertragenden Sanierung ein sog. Asset deal⁷⁷⁵ abgeschlossen. Hierbei werden einzelne Vermögenswerte übertragen. Der Vorteil einer übertragenden Sanierung ist, dass der Goodwill eines Unternehmens erhalten bleibt. Da an dem Goodwill keine Absonderungsrechte zugunsten der Gläubiger bestehen können, fließt der hierfür erzielte Kaufpreis vollständig in die Insolvenzmasse.⁷⁷⁶

Zu beachten ist allerdings, dass der immaterielle Wert der Apotheke aus dem Kundenstamm besteht. Zwar ist die Patientenkartei Bestandteil der Insolvenzmasse. Allerdings existieren infolge der berufsrechtlichen Schweigepflicht des Apothekers, welche dem Schutz des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung des Kunden aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG dient, bei einem Verkauf der Apotheke erhebliche Schwierigkeiten, da sie nicht ohne Zustimmung des Kunden/Patienten übertragen bzw. weitergegeben werden dürfen.⁷⁷⁷

bb) Vertragsgestaltung unter Berücksichtigung des Zustimmungsrechtes der Kunden

Da eine Zustimmung der Kunden in die Übertragung der Patienten- und Kundenkartei unumgänglich ist, muss der Insolvenzverwalter eine Möglichkeit finden, die Verpflichtung zur Einholung der Zustimmung mit der übertragenden Sanierung in Einklang zu bringen. Hierbei sind verschiedene Konstellationen denkbar.

Zunächst ist eine vorherige Zustimmung der Patienten/Kunden denkbar. Der Vorteil einer solchen Vorgehensweise ist, dass der Kaufpreis am einfachsten und genauesten bestimmt werden kann.⁷⁷⁸ Denn ist der Umfang der Patienten-/Kundenkartei bereits bestimmt, kann auch ein Verwertungserlös für den Goodwill beziffert werden. Für den Erwerber bietet die Übernahme der Patienten-/Kundenkartei die Möglichkeit, auf dem vorhandenen Kundenstamm aufzubauen, diesen durch qualitativ hochwertige Arbeit an sich zu binden und

⁷⁷⁵ Der sog. Share deal dürfte bei einem Freiberufler und insbesondere einem Apotheker äußerst selten anzutreffen sein, denn hierbei werden die Gesellschaftsanteile übertragen. Da der Freiberufler häufig seine Praxis selbstständig als Einzelunternehmer führt, wird diese Möglichkeit in dieser Arbeit nicht erörtert. Ohnehin ist als einzige Gesellschaftsform für den Betrieb einer Apotheke eine OHG oder GbR denkbar, die die einzige zulässige Gesellschaftsform eines Apothekenbetriebes gem. § 8 ApoG darstellt

⁷⁷⁶ Zur Bewertung des Goodwills bei freiberuflichen Praxen anhand anerkannter Methoden siehe: *Engler*, BB 1997, 142; *Cramer/Maier*, MedR 2002, 616; Richtlinie zur Bewertung von Arztpraxen, Dt. Ärzteblatt 1987, B 671; *Harlfinger*, Der Freiberufler in der Insolvenz, S. 54 ff.

⁷⁷⁷ Vgl. vorstehend unter § 3 A. III. 1. a).

⁷⁷⁸ *Michalski/Römermann*, NJW 1996, 1305, 1306; siehe zur Bewertung des Goodwills der freiberuflichen Praxen: *Engler*, BB 1997, 142; *Cramer/Maier*, MedR 2002, 616; Richtlinie zur Bewertung von Arztpraxen, Dt. Ärzteblatt 1987, B 671; *Harlfinger*, Der Freiberufler in der Insolvenz, S. 54 ff.

darüber hinaus zu expandieren.⁷⁷⁹ In der praktischen Umsetzung muss der Vertrag dahingehend ausgestaltet sein, dass die Patienten-/Kundenkartei auf den Erwerber übergeht; allerdings nur soweit die jeweiligen Patienten/Kunden zugestimmt haben. Die vorherige Zustimmung kann dabei nur bei einer Befragung angenommen werden; demgegenüber genügt eine sog. Widerspruchslösung oder eine antizipierte Zustimmung bei Beginn der Geschäftsbeziehung nicht den Anforderungen, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Patienten/Kunden erfordert.

(1) Befragung

Eine Befragung kann schriftlich oder mündlich erfolgen. Dies birgt das Risiko, dass die Patienten/Kunden aus Gleichgültigkeit nicht antworten oder zum Termin der Befragung erscheinen⁷⁸⁰ mit der Folge, dass eine Übernahme der Patienten/Kunden nicht stattfindet, wodurch letztlich der immaterielle Vermögenswert zulasten der Gläubiger sinkt; diese Folge träte sogar unabhängig davon ein, ob ein Patient/Kunde sich trotz fehlender Zustimmung nachträglich in die Obhut des Erwerbers begibt. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass soweit man die Zustimmung vor Abschluss eines Kaufvertrages einholt, weiterhin das Risiko besteht, dass der Erwerber abspringt und kein Kaufvertrag zustande kommt.⁷⁸¹

(2) Widerspruchslösung

Demgegenüber ist eine sog. Widerspruchslösung - bei Informationen zur Übernahme der Apotheke und den Übergang der Patienten-/Kundenkartei in den Geschäftsräumen ausgehängt oder durch Anzeigen in der Tagespresse veröffentlicht werden und den Betroffenen das Recht eingeräumt wird, innerhalb einer Frist der Übergabe zu widersprechen und bei fehlendem Widerspruch ein konkludentes Einverständnis angenommen wird⁷⁸² - nicht ausreichend, um dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung zu tragen.⁷⁸³ Denn hierdurch besteht die Gefahr, dass Patienten/Kunden keine Möglichkeit zur Kenntnisnahme und Verteidigung ihrer Rechte haben.

⁷⁷⁹ Laufs/Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, *Arztrecht*, § 19 Rn. 1.

⁷⁸⁰ Gottwald/Klopp/*Kluth*, *Insolvenzrechtshandbuch*, Rn. 12.

⁷⁸¹ Michalski/Römermann, *NJW* 1996, 1305, 1306.

⁷⁸² Laufs, *MedR* 1989, 309, 310.

⁷⁸³ *BGH*, *NJW* 1992, 737, 739; *DStR* 1995, 1924; *NJW* 1991, 2955, 2957.

(3) Antizipierte Zustimmung

Ebenso genügt eine antizipierte Zustimmung bei Beginn des Auftrags, die darin zu sehen wäre, dass der Betroffene bei der ersten Verbindungsaufnahme zum Apotheker konkludent damit einverstanden ist, dass seine Daten an einen Erwerber weitergeben werden, nicht den Anforderungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Denn das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Patient/Kunde und Apotheker entsteht nur zwischen diesen Personen. Eine berufsbezogene Schweigepflicht existiert gerade nicht, sondern ist ausschließlich an die Person des zur Verschwiegenheit Verpflichteten geknüpft.⁷⁸⁴

(4) Nachträgliche Zustimmung

Neben einer vorherigen Zustimmung ist allerdings auch eine nachträgliche in Betracht zu ziehen. Zwar birgt diese den Nachteil, dass im Vorfeld der Kaufpreis für den immateriellen Vermögenswert nicht exakt bestimmt werden kann. Allerdings kann ein Vertrag auch derartig ausgestaltet sein, dass abhängig von der Anzahl der übernommenen Patienten/Kunden der Kaufpreis definiert ist, wobei jedem einzelnen Kunden ein äquivalenter Wert zugemessen wird. Zu beachten ist allerdings, dass bei einer nachträglichen Zustimmung die Patienten-/Kundenkartei nicht bei Vertragsschluss übergeben werden darf,⁷⁸⁵ sondern jeweils die Patienten-/Kundenunterlagen übergeben werden dürfen, hinsichtlich derer eine nachträgliche Zustimmung vorliegt.⁷⁸⁶ In der praktischen Umsetzung der nachträglichen Zustimmung bietet sich das sog. Zwei-Schranke-Modell an.⁷⁸⁷ Hierbei wird die Patienten-/Kundenkartei in einem verschlossenen Schrank in der Apotheke belassen. Der Schlüssel wird dem Erwerber übergeben; dieser verpflichtet sich im Gegenzug allerdings vertraglich, den Schrank erst zu öffnen, wenn ein Patient/Kunde die Apotheke aufsucht. Aufgrund dieser Konstellation bleibt der Insolvenzverwalter mittelbarer Besitzer i. S. d. § 868 BGB und der Erwerber unmittelbarer. Die Zustimmung erfolgt durch Gegenzeichnung des Patienten/Kunden auf einem Formular. Infolgedessen ordnet der Erwerber die Akte des Zustimmenden in einen anderen Schrank, wodurch der mittelbare Besitz, mangels Fremdbesitzerwillens, erlischt. Wie bereits ausgeführt, ist in diesem Verfahren der nachträglichen Zustimmung die Berechnung des Goodwills zwar möglich, allerdings erfordert eine nachträgliche Bestimmung anhand der

⁷⁸⁴ Vgl. dazu ausführlich oben unter § 2 E. II. 1. a) bb) (2) (a) (aa) und (bb).

⁷⁸⁵ *BGH*, NJW 1992, 737, 739.

⁷⁸⁶ *BGH*, NJW 1999, 1404, 1406; *Bäuerle*, PFB 2004, 123, 127.

⁷⁸⁷ *Rieger*, MedR 1992, 147, 150; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 159 Rn. 18, § 35 Rn. 50; *Laufs/Uhlenbruck/Uhlenbruck*, Arztrecht, § 19 Rn. 4a; *Ehlers/Scheibeck/Conradi*, DStR 1999, 1532, 1533; v. *Lewinski*, MedR 2004, 95, 99.

tatsächlichen übergebenen Patienten/Kunden eine lange Wartezeit. Eine Lösung könnte eine Nachtragsverteilung darstellen, die jedoch einen erhöhten Arbeitsaufwand des Insolvenzverwalters und der Insolvenzgerichte auslöst.

(5) Mitarbeit bereits im Stadium vor der übertragenden Sanierung

Zuletzt ist auch eine Konstellation zulässig, in der der Erwerber im Vorfeld des Kaufvorgangs bereits in der betrieblichen Einheit mitarbeitet. In diesem Fall wird dem Erwerber mit den von § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB geschützten Daten konfrontiert, so dass er die Geheimnisse bereits kennt. Im Rahmen einer Veräußerung liegt dann aber gerade kein Offenbaren eines fremden Geheimnisses vor, soweit dem Erwerber die Inhalte der betreffenden Unterlagen bekannt sind.⁷⁸⁸ Eine tatsächliche inhaltliche Kenntnisnahme ist jedoch nicht erforderlich, soweit die Offenbarung in der Einräumung des Zugangs besteht; freilich nicht ausreichend ist eine konkrete Zugriffsmöglichkeit auf ein Geheimnis bei einem allgemeinen Zugang zu großen Archiven oder Datenbeständen.⁷⁸⁹ Gleiches gilt für eine frühere Tätigkeit als freier Mitarbeiter.⁷⁹⁰

2. Liquidation der Apotheke

Beschließt die Gläubigerversammlung gem. § 157 InsO die Stilllegung der Apotheke oder ist diese bereits zuvor durch den Schuldner oder den Insolvenzverwalter unter den Voraussetzungen der §§ 22 Abs. 1 Nr. 2, 2. Hs, Abs. 2 InsO erfolgt, bleibt letztlich, soweit ein Verkaufserlös für den Goodwill nicht mehr erzielbar ist, lediglich die Veräußerung der einzelnen Vermögensgegenstände des Apothekers. Hierbei ist neben der Tatsache, dass ein Vermögenswert für den Goodwill nicht erzielt wird, nachteilig, dass lediglich Liquidationswerte anstatt Fortführungswerte erzielt werden können. In der Insolvenz des Apothekers ist dies in der Regel gleichbedeutend damit, dass ein erheblicher Wert für die Betriebs- und Geschäftsausstattung nicht zu erzielen ist.⁷⁹¹ Zu beachten ist, dass die Verwertung der Patienten-/Kundenkartei auch bei einer Liquidation aufgrund des Rechts auf

⁷⁸⁸ BGH, NJW 1995, 2025; Heghmanns/Niehaus, NSTZ 2008, 57, 58.

⁷⁸⁹ Fischer, StGB, § 203 Rn. 30a.

⁷⁹⁰ LG Karlsruhe, MDR 2001, 1383.

⁷⁹¹ Der Autor hat an einer Fortbildung teilgenommen, in der die vortragende Frau Dr. Vera Mai, ihres Zeichens Insolvenzverwalterin mit dem anerkannten Schwerpunkt der Insolvenzen im Gesundheitssektor, erörterte, dass in der Praxis eine Liquidation der Betriebs- und Geschäftsausstattung des Apothekers nahezu keinen Zufluss zur Insolvenzmasse einbringt.

informationelle Selbstbestimmung nur erfolgen kann, soweit die Patienten/Kunden ihre Zustimmung erteilt haben.⁷⁹² Darüber hinaus weicht die Vermögensverwertung des Apothekers ebenfalls von derjenigen der anderen Freiberufler ab. Denn während bei letzteren aufgrund der Pfändungsschutzregelungen der §§ 811 Abs. 1 Nr. 5 und 7 ZPO, die über § 36 Abs. 1 S. 1 InsO Anwendung finden, eine Verwertung der Vermögensgegenstände nur möglich ist, soweit der schuldnerische Freiberufler seine selbstständige Tätigkeit eingestellt hat oder diese nicht dem Pfändungsschutz des § 811 ZPO unterliegen, besteht für das Vermögen des Apothekers kein Pfändungsschutz nach § 811 Abs. 1 Nr. 5, 7 und 9 ZPO, da § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO diesen im Insolvenzverfahren für unanwendbar erklärt.⁷⁹³ Daher obliegt dem Insolvenzverwalter, aufgrund seiner Verpflichtung zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, die Entscheidung, ob eine Verwertung der Apothekenausstattung oder die Weiterführung der betrieblichen Einheit die optimale Haftungsverwirklichung darstellt.

3. Verwertung von Forderungen des Apothekers

Ein Folgeproblem aus dem Umgang mit der Praxiskartei sowie den Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des insolvenzschuldnerischen Apothekers ist die Verwertung der bestehenden Forderungen im Kontext der Schweigepflicht des Apothekers. Denn allein die Tatsache, dass die Forderungen vom Insolvenzbeschluss erfasst werden,⁷⁹⁴ macht sie noch nicht für den Insolvenzverwalter liquidierbar.⁷⁹⁵

Schlussendlich sind Forderungen des Apothekers unabhängig von ihrer Abtretbarkeit Bestandteil der Insolvenzmasse nach § 35, 36 InsO, was letztlich auch dem Grundgedanken des § 1 InsO entgegenkommt. In der insolvenzrechtlichen Praxis ist eine Verwertung dieser Forderungen für den Insolvenzverwalter diffiziler als die Beitreibung von Außenständen eines Gewerbetreibenden.

Selbstredend ist die Verwertung unproblematisch, soweit eine freiwillige Zahlung des Drittschuldners erfolgt, denn eine Inhaltsprüfung findet bei einem Zahlungszufluss zur

⁷⁹² Vgl. dazu bereits vorstehend unter § 3 A. III. 1. a).

⁷⁹³ Vgl. zum Pfändungsschutz hinsichtlich der Betriebs- und Geschäftsausstattung oben unter § 2 D. I.

⁷⁹⁴ Vgl. dazu bereits ausführlich unter § 2 E. II.

⁷⁹⁵ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 36 Rn. 28.

Insolvenzmasse nicht statt, weshalb der Rechtsgrund der Forderung unerheblich ist.⁷⁹⁶ Rechtlichen Schwierigkeiten ist dagegen die Einziehung von Forderungen, die auf freiwilliger Basis nicht bedient werden, unterworfen. In diesen Fällen ist es erforderlich, dass der Insolvenzverwalter die Namen und die Anschrift der Drittschuldner kennt und im Falle des Bestreitens der Forderungen auch den Forderungsgrund. Genau aus diesem Informationsbedarf resultieren in der Praxis nunmehr Probleme in der tatsächlichen Verwertung der bestehenden Forderungen. Wie bereits ausgeführt, ist die Patientenkartei zwar grundsätzlich Bestandteil der Insolvenzmasse,⁷⁹⁷ aber aufgrund des informationellen Selbstbestimmungsrechts der Patienten/Kunden trotz des Befriedigungsrechts der Gläubiger aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht ohne vorherige Zustimmung der Patienten/Kunden vom Insolvenzverwalter einseh- und damit nutzbar,⁷⁹⁸ da entsprechende Informationen unter Umständen Rückschlüsse auf mögliche Erkrankungen und die Intensität der erforderlichen Behandlung erlauben.

a) Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Apothekers

Eine Beschaffung der für die Durchsetzung benötigten Informationen muss, da nicht durch den Insolvenzverwalter erzielbar, daher auf andere Weise erfolgen.

Der Schuldner ist gem. § 97 Abs. 1 InsO verpflichtet, unter anderem dem Insolvenzverwalter über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben. Die hierdurch normierte Auskunftspflicht erstreckt sich auf alle rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners.⁷⁹⁹ Dies betrifft insbesondere auch den Forderungsgrund.⁸⁰⁰ Die Verpflichtung aus § 97 Abs. 1 InsO umfasst damit auch die Inhalte der Forderungen des Apothekers, also die Namen und Anschriften der Drittschuldner.⁸⁰¹ Insoweit tritt die Schweigepflicht des Apothekers zurück, da das Geheimhaltungsinteresse der Patienten-/Kunden hinter die Belange der Gläubiger zurücktritt.⁸⁰²

⁷⁹⁶ Der Insolvenzverwalter ist nur verpflichtet, noch ausstehende Forderungen auf ihre konkrete Werthaltigkeit zu prüfen und im Masseverzeichnis aufzuführen (§§ 151, 153 InsO), vgl. Haarmeyer/Wutzke/Förster Rn. 5.118.

⁷⁹⁷ Vgl. dazu oben unter § 2 D. III.

⁷⁹⁸ Vgl. dazu unter § 3 A. I. 3.

⁷⁹⁹ MK-InsO/Passauer, § 97 Rn. 14.

⁸⁰⁰ MK-InsO/Passauer, § 97 Rn. 14; Vallender, NZI 2003, 530, 532.

⁸⁰¹ Vallender, NZI 2003, 530, 532; Dahl, NJW-Spezial 2011, 405; BGH, NJW 2005, 722, 724 ff.

⁸⁰² BGH, NJW 2005, 722, 724 ff.

Darüber hinaus trifft den Schuldner nach § 97 Abs. 2 InsO die Verpflichtung, den Insolvenzverwalter bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen. Dies umfasst auch die Mitwirkung des Schuldners bei der Feststellung, Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse.⁸⁰³ Die Realisierung von Außenständen des Apothekers dient sowohl der Feststellung, als auch der Verwertung der Insolvenzmasse und ist damit von den Mitwirkungspflichten des § 97 Abs. 2 InsO umfasst. In der Praxis ist ein Einspannen des Apothekers auf der Grundlage seiner Mitwirkungspflicht aus § 97 Abs. 2 InsO dergestalt möglich, dass dieser entweder ermächtigt wird, den Forderungseinzug zugunsten der Insolvenzmasse voranzutreiben oder aufgefordert wird, die zur Durchsetzung der Forderung benötigten Informationen zu beschaffen und mitzuteilen.⁸⁰⁴

b) Einschränkung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten durch das von § 203 StGB geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Zuletzt ist die Fragestellung aufzuwerfen, ob eine Einschränkung der auf § 97 InsO basierenden Auskunfts- und Mitwirkungspflichten durch das von § 203 StGB geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Kunden/Patienten zu berücksichtigen ist. Denn dieser stellt die Weitergabe von fremden Geheimnissen durch den Apotheker unter strafrechtliche Sanktion. Hierdurch wird die Geheim- und Individualsphäre des Kunden/Patienten geschützt, welche Ausfluss des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ist.⁸⁰⁵ Wie bereits im Rahmen der Abtretbarkeit von Forderungen ausgeführt, setzt § 203 StGB objektiv eine unbefugte Weitergabe voraus.⁸⁰⁶ Eine solche scheidet allerdings aus, wenn der Apotheker aufgrund besonderer Gesetze zur Offenbarung verpflichtet oder berechtigt ist.⁸⁰⁷

Eine solche gesetzliche Offenbarungslegitimation stellt § 97 InsO dar.⁸⁰⁸ Dieses Ergebnis ist aus zwei verschiedenen Argumentationssträngen herzuleiten.

⁸⁰³ MK-InsO/Passauer, § 97 Rn. 31.

⁸⁰⁴ Hierin wäre sowohl eine Tätigkeit im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht (Einsichtnahme in die Kunden/Patientenunterlagen) und Auskunftspflicht (Übermittlung der in Erfahrung gebrachten Daten) zu sehen.

⁸⁰⁵ BVerfGE, 65, 1, 43 ff.

⁸⁰⁶ Vg. dazu bereits unter § 2 E. II. 1. a) bb) (2).

⁸⁰⁷ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, StGB, § 203 Rn. 29.

⁸⁰⁸ BGH, NJW 2005, 722, 724 ff.

Zum einen ordnet § 97 Abs. 1 S. 2 InsO an, dass der Schuldner auch Tatsachen zu offenbaren hat, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen.⁸⁰⁹ Hieraus wird zunächst deutlich, welchen hohen Stellenwert der Gesetzgeber den Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Insolvenzschuldners zumessen will,⁸¹⁰ indem § 97 Abs. 1 S. 2 InsO eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung zur Erfüllung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten trotz Verstoßes gegen strafrechtliche Vorschriften anordnet. Ebenso ist erkennbar, dass die Verwirklichung des Befriedigungsinteresses der Gläubiger durch eine vollständige Ermittlung und Verwertung der Insolvenzmasse für den Schuldner verpflichtend ist.⁸¹¹

Zum anderen lässt sich der Befugnischarakter der Norm des § 97 InsO mit einer vergleichenden Wertung zwischen dem Einzelzwangsvollstreckungsverfahren der Zivilprozessordnung und dem Gesamtvollstreckungsverfahren der Insolvenzordnung begründen. Denn im Einzelzwangsvollstreckungsverfahren ist anerkannt, dass die §§ 807, 836 Abs. 3 ZPO eine gesetzliche Offenbarungspflicht begründen, aufgrund derer das Tatbestandsmerkmal unbefugt in § 203 StGB entfällt.⁸¹² Eine entsprechende Grundlage im Gesamtvollstreckungsverfahren der Insolvenzordnung bildet § 97 InsO.⁸¹³

Zuletzt bleibt festzuhalten, dass der Bundesgerichtshof ebenfalls in diese Richtung klargestellt hat, dass die begrenzte Offenbarung von zur Durchsetzung der Forderungen benötigten Daten im Rahmen des Insolvenzverfahrens auf der Grundlage des § 97 InsO keine übermäßige Rechtsbeeinträchtigung darstelle, obwohl ein prinzipielles Geheimhaltungsinteresse der Kunden/Patienten nicht von der Hand zu weisen ist.⁸¹⁴ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Insolvenzverwalter ähnlichen Verschwiegenheitspflichten unterworfen ist wie der insolvente Apotheker.⁸¹⁵

⁸⁰⁹ Diese Pflicht gilt jedenfalls im Insolvenzverfahren des Schuldners, während gem. § 97 Abs. 1 S. 3 InsO die im Insolvenzverfahren offenbarten Informationen einem Verwertungsverbot im strafrechtlichen Verfahren gegen den Schuldner unterliegen.

⁸¹⁰ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 97 Rn. 8ff.

⁸¹¹ BGH, BB 1991, 91, 93; BFH, NJW 2005, 1308; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, StGB, § 203 Rn. 29.

⁸¹² BGH, NJW 2005, 722, 724 ff. mit Verweis auf LG Würzburg, NJW-RR 1998, 1373; LG Mainz, DGVZ 2001, 78, 79; MK-ZPO/Eickmann, § 807 Rn. 44.

⁸¹³ BGH, NJW 2005, 722, 724 ff.

⁸¹⁴ BGH, NJW 1999, 1544; BGH, NJW 2005, 722, 724 ff.

⁸¹⁵ Vallender, NZI 2003, 530, 532.

c) Reichweite der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten

Bei der Bewertung der Reichweite der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Apothekers ist insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Infolgedessen dürfen im Rahmen des Forderungseinzuges die Kunden/Patienten in ihrem grundrechtlich geschützten Lebensbereich nur so wenig wie möglich tangiert werden.⁸¹⁶ Allerdings gewährleistet das Befriedigungsrecht der Gläubiger aus Art. 14 Abs. 1 GG, dass zumindest der Name des Drittschuldners und die Höhe der Forderung vom schuldnerischen Apotheker offenbart werden müssen. Dies ist vor dem Hintergrund bedeutsam, dass die Geschäftsbücher des Apothekers zwar vom Insolvenzbeschluss erfasst werden, aber der Insolvenzverwalter nur eingeschränkt hierin Einsicht nehmen kann.⁸¹⁷ Insbesondere kann der Apotheker sich nicht mit Erfolg auf seine Schweigepflichten aus § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB berufen, um hierdurch die Auskünfte zu verweigern. Denn dem Interesse des Drittschuldners wird durch die Einschränkung der Pflicht des Schuldners gem. § 836 Abs. 3 ZPO nur Auskunft über die gepfändete Forderung in Form des Namens und Anschrift des Forderungsschuldners sowie die Höhe der Forderung zu geben, Rechnung getragen.⁸¹⁸

B. Insolvenzplanverfahren

Die Verwertung der Insolvenzmasse innerhalb des Insolvenzplanverfahrens ist im 6. Teil (Insolvenzplan) der Insolvenzordnung und dort in den §§ 217 ff. InsO geregelt. Im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens kann die Befriedigung der absonderungsberechtigten und Insolvenzgläubiger, die Verwertung der Insolvenzmasse und deren Verteilung an die Beteiligten sowie die Verfahrensabwicklung und die Haftung des Schuldners nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens abweichend von den Vorschriften der Insolvenzordnung, insbesondere zum Erhalt des Unternehmens, geregelt werden (§ 217 S. 1 InsO).⁸¹⁹ Hierdurch kann den Besonderheiten im Rahmen der Apothekerinsolvenz Rechnung getragen werden.⁸²⁰ Vor allem das bereits aufgezeigte Spannungsfeld zwischen dem Gläubigerinteresse an einer bestmöglichen Haftungsverwirklichung - wozu die Fortführung

⁸¹⁶ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 36 Rn. 28.

⁸¹⁷ Vgl. hierzu § 2 D. III. sowie § 3 A. I. 3.

⁸¹⁸ BeckOK-ZPO/*Riedel*, § 851 Rn. 27.

⁸¹⁹ Letztlich bietet das Insolvenzplanverfahren die Chance, einen freien Wettbewerb um die beste Verwertungsart zu ermöglichen und damit den Weg zu einer optimalen Haftungsverwirklichung (vgl. Uhlenbruck/*Pape*, InsO, § 1 Rn. 1).

⁸²⁰ So im Ergebnis auch *Graf/Wunsch*, ZIP 2001, 1029, 1031, die annehmen, dass ein Insolvenzplan, der die Fortführung des Betriebes durch den Schuldner vorsieht, bei den Freiberuflern deshalb sinnvoll ist, da der bei einer Zerschlagung maßgebliche Substanzwert des Betriebes gering und der Ertragswert untrennbar mit der Person des Inhabers verknüpft ist.

der Apotheke erstens zur Massemehrung und zweitens zur Erhaltung des Goodwills wünschenswert ist – und der Motivation des schuldnerischen Apothekers zur Mitarbeit, welche nicht zwangsweise erwirkt werden kann, kann durch Überlassung des Apothekenbetriebes nach Abschluss des Insolvenzverfahrens und Erlangung der Restschuldbefreiung gelöst werden. Denn im Insolvenzplan kann zum einen die Mitwirkung des Schuldners verankert werden, wodurch eine Masseanreicherung und der Erhalt des Goodwills zustande kommt. Zum anderen kann der immaterielle Wert zugunsten der Gläubiger verwertet werden, ohne dass der Apotheker seinen Betrieb verliert, indem eine Überwachungsphase, die sich an das Insolvenzverfahren anschließt, vereinbart wird; während dieses Zeitraumes erbringt der Apotheker Zahlungen an die Gläubiger als Gegenleistung für die Überlassung der Apotheke mitsamt ihrem Goodwill. Darüber hinaus kann ein Insolvenzplanverfahren eine zeitnähere und höhere Befriedigung der Gläubiger als im Regelinsolvenzverfahren erreichen,⁸²¹ die Restschuldbefreiung des Schuldners beschleunigen und das Risiko deren Versagung ausschließen.⁸²²

Durch die Möglichkeit abweichende Regelungen von der Insolvenzordnung zu treffen, bietet ein Insolvenzplanverfahren den Beteiligten einen großen Handlungsspielraum, der dahingehend ausgestaltet werden kann, dass im Insolvenzplan neben einer Sanierung auch die Liquidation oder die übertragende Sanierung geregelt werden kann.⁸²³ Letztlich wird „den Beteiligten ein Rechtsrahmen für die einvernehmliche Bewältigung der Insolvenz im Wege von Verhandlungen und privatautonomen Austauschprozessen zur Verfügung gestellt“.⁸²⁴

C. Verbraucherinsolvenzverfahren

Nachdem zuvor die rechtlichen Problemfelder eines Regelinsolvenzverfahrens mitsamt den verschiedenen Fortführungsmöglichkeiten sowie die Erstellung von Insolvenzplänen aufgezeigt wurden, ist zuletzt auf die - wenn auch rechtlich weniger komplexere - Möglichkeit der Abwicklung der Apothekerinsolvenz im Verbraucherinsolvenzverfahren hinzuweisen.

⁸²¹ *Mai*, ZInsO 2008, 415.

⁸²² *Tetzlaff*, ZInsO 2005, 393, 395; *Graf/Wunsch*, ZIP 2001, 1029, 1031.

⁸²³ *Braun/Frank*, InsO, § 217 Rn. 1; *Braun/Kießner*, InsO, § 1 Rn. 9.

⁸²⁴ *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kapitel 38, Rn. 7.

Zunächst ist klarzustellen, dass ein Verbraucherinsolvenzverfahren unter den Voraussetzungen des § 304 InsO ausschließlich bei angestellten sowie bei ehemals selbstständigen Apothekern, deren Vermögensverhältnisse überschaubar im Sinne des § 304 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 InsO sind, in Betracht kommt.⁸²⁵

Bei der Verwertung des Vermögens im Rahmen des Verbraucherinsolvenzverfahrens – dies betrifft sowohl den angestellten als auch den ehemals selbstständigen Apotheker – ist nahezu ausschließlich der Insolvenzbeschlagnahme der einzelnen Vermögensgegenstände, der durch den jeweiligen Pfändungsschutz bestimmt wird,⁸²⁶ problembehaftet. In der Insolvenz des angestellten Apothekers ist der Geschäftsbetrieb, in dem dieser tätig ist, nicht betroffen. Vielmehr sind insbesondere das Einkommen sowie die sonstigen Vermögensgegenstände einer Verwertung zuzuführen.⁸²⁷ Indessen wird bei einem Verbraucherinsolvenzverfahren denklogischerweise nicht die Problematik der Fortführung des Apothekenbetriebes zu Tage treten, da der Betrieb zum Zeitpunkt der Antragsstellung bereits vollständig eingestellt worden sein muss oder eine angestellte Tätigkeit des Apothekers ausgeübt werden muss, damit die Regelungen der §§ 304 ff. InsO überhaupt Anwendung finden. Die Verwertung kann damit nur im Wege der Liquidation der einzelnen Vermögensgegenstände erfolgen.

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass die Befugnis zur Anfechtung und damit zur Anreicherung der Insolvenzmasse zugunsten weiteren liquidierbaren Vermögens für den Treuhänder durch die Regelung des § 313 Abs. 2 InsO zumindest dahingehend eingeschränkt wird, dass eine solche primär den einzelnen Insolvenzgläubigern zusteht und eine Berechtigung des Treuhänders zur Insolvenzanfechtung nur durch die Gläubigerversammlung oder den einzelnen Gläubiger legitimiert werden kann.

§ 4 Ergebnis der Untersuchung

Die Insolvenz des Apothekers wirft einige Schwierigkeiten auf, die insbesondere aus einer Kollision von Standes- und Insolvenzrecht resultieren.

⁸²⁵ Vgl. dazu bereits ausführlich unter § 1 C.

⁸²⁶ Vgl. dazu ausführlich unter § 2.

⁸²⁷ D.Prütting/*Prütting*, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, § 11 InsO Rn. 11.

A. Insolvenzbeschlagn

Die Reichweite des Insolvenzbeschlagn richtet sich grundsatzlich nach den §§ 35, 36 InsO.

I. Der immaterielle Vermogenswert der Apotheke als Bestandteil der Insolvenzmasse

Hinsichtlich des immateriellen Vermogenswertes ist herausgearbeitet worden, dass der fruher schwellende Streit uiber dessen Massezugehorigkeit, der seinen Ursprung in den freien Berufen und dem damit verbundenen besonderen Vertrauensverhaeltnis hat, auf den Apotheker uebertragbar ist, da dieser ebenfalls eine Vertrauensstellung einnimmt. Allerdings wird der immaterielle Vermogenswert einer Apotheke trotz allem dem Insolvenzbeschlagn unterworfen.

II. Die Berufszulassung des Apothekers und seine Arbeitskraft im Insolvenzverfahren

Auf die Berufszulassung des Apothekers hat die Eroffnung oder die Einleitung eines Insolvenzverfahrens in der Regel allerdings dahingehend keine Auswirkungen, als dass eine Entziehung hierdurch nicht droht. Nichtsdestotrotz ist die Berufszulassung, da ein persoenliches Recht des Apothekers und damit kein von ihm trennbarer Vermogenswert, nicht Bestandteil der Insolvenzmasse. Gleiches gilt letztlich auch fuer die Arbeitskraft des Apothekers.

III. Das Anlage- und Umlaufvermogen des Apothekers in der Insolvenz

Im Hinblick auf das Anlage- und Umlaufvermogen des insolvenzschuldnerischen Apothekers ist zuerst festzuhalten, dass aufgrund der Regelungen der §§ 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO i. V. m. 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO die Betriebs- und Geschafsausstattung des Apothekers Bestandteil der Insolvenzmasse ist; gleiches gilt - mangels Pfandungsschutzvorschriften - fuer sein sonstiges (un-) bewegliches Anlage- und Umlaufvermogen und aufgrund der §§ 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO i. V. m. 811 Abs. 1 Nr. 11 ZPO fuer die Kunden- und Patientenkartei.

Auf die Patente hat die Insolvenz dahingehend Einfluss, als dass das Patent aufgrund seiner Verkehrsfahigkeit nach § 15 Abs. 1 PatG vom Insolvenzbeschlagn des § 35 Abs. 1 InsO erfasst wird. Die Lizenzen unterliegen in der Insolvenz des Lizenzgebers als Dauerschuldverhaeltnisse dem Wahlrecht des § 103 InsO, waehrend in der Insolvenz des Lizenznehmers einfache

Lizenzen mangels Übertragbarkeit gem. §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO i. V. m. 851 Abs. 1 ZPO nicht dem Insolvenzbeschlagn zuzuordnen sind; ausschließliche Lizenzen dagegen schon.

IV. Die Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einkünfte des Apothekers

Die Einkünfte des Apothekers aus seiner selbstständigen Tätigkeit, die gem. § 35 Abs. 1 InsO zur Insolvenzmasse gehören, genießen grundsätzlich einen Pfändungsschutz über die §§ 36 Abs. 1 S. 2 InsO, 850 Abs. 1 und 2 ZPO, soweit sie aus der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln an Mitglieder der GKV resultieren. Dagegen werden sämtliche Einkünfte, die aus anderen Sachverhalten entstehen, lediglich einem Pfändungsschutz nach § 850i ZPO unterstellt. Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Regelungsgehalt des § 91 InsO auf Vorausabtretungen künftiger Forderungen des Apothekers Anwendung findet; dies gilt jedoch nicht für § 114 InsO.

V. Die Altersvorsorge im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Apothekers

Zuletzt ist im Hinblick auf die Altersvorsorge zu beachten, dass durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Ansprüche des Versorgungswerks lediglich Insolvenzforderungen darstellen, soweit sie vor Eröffnung begründet sind. Nach der Eröffnung entstandene Beitragsforderungen sind dagegen bei einer Freigabe der selbstständigen Tätigkeit aus der Insolvenzmasse nach § 35 Abs. 2 InsO, aus dem insolvenzfremden Vermögen zu finanzieren, ansonsten stellen sie Masseverbindlichkeiten i. S. des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO dar. Die Leistungsansprüche aus dem Versorgungswerk unterliegen demgegenüber, soweit sie vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits entstanden sind, der Pfändung nach Maßgabe der §§ 850 ff. ZPO, während gebildete Rentenanwartschaften, die bestehen, wenn zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch kein Leistungsanspruch existiert, unpfändbar und damit dem Insolvenzbeschlagn entzogen ist. Anders ist die Rechtslage bei einer privaten Altersvorsorge. Diese genießt einen Pfändungsschutz nach § 851c ZPO für die Rentenzahlungen und das Vorsorgekapital; etwas anderes gilt letztlich für (un-) bewegliches Anlagevermögen, das zur Altersvorsorge gebildet wurde. Dieses ist Bestandteil der Insolvenzmasse.

B. Verwertung

Die Verwertung der Insolvenzmasse kann im Regel- und/oder Insolvenzplanverfahren erfolgen.

I. Fortführung der betrieblichen Einheit

Innerhalb des Regelinsolvenzverfahrens spielt zunächst die Fortführung eine entscheidende Rolle. Diese ist im vorläufigen Insolvenzverfahren nicht durch einen starken vorläufigen Insolvenzverwalter zu gewärtigen, da diesem regelmäßig die Berufszulassung als Apotheker fehlt. Selbst wenn diese ausnahmsweise besteht, droht eine Interessenkollision. Gleiches gilt im eröffneten Verfahren für eine Fortführung alleine durch den Insolvenzverwalter. Demgegenüber ist eine Fortführung des Apothekenbetriebes durch ein arbeitsteiliges Zusammenwirken zwischen (vorläufigen schwachen) Insolvenzverwalter und Schuldner dergestalt, dass der Apotheker die fachlichen und der (schwache vorläufige) Insolvenzverwalter die wirtschaftlichen Leistungen erbringt, sowohl im Insolvenzeröffnungs- als auch im eröffneten Verfahren unter dem Gesichtspunkt des apothekerlichen Standesrechts und insbesondere § 7 S. 1 ApoG Bedenken ausgesetzt, jedoch letztlich zulässig. Innerhalb des Eröffnungsverfahrens ist aufgrund des damit verbundenen Sicherungscharakters und der Vermögenserhaltungspflicht weder eine Fortführung der betrieblichen Einheit des Apothekers durch einen außenstehenden Dritte, eine Verpachtung oder Veräußerung zulässig. Gleiches gilt für eine autarke Fortführung alleine durch den Schuldner, es sei denn, es wurde die vorläufige Eigenverwaltung angeordnet oder ausnahmsweise von etwaigen Sicherungsmaßnahmen abgesehen, so dass eine Fortführung im Gutachtenauftrag erfolgt. Im eröffneten Verfahren ist ebenfalls die Fortführung durch einen außenstehenden Dritten unzulässig. Allerdings besteht die Möglichkeit, die Apotheke zu verpachten oder sie durch den Schuldner fortführen zu lassen. Dies kann dermaßen ausgestaltet sein, dass die Fortführung zugunsten und zulasten der Insolvenzmasse, in einer Regie oder im Rahmen einer Eigenverwaltung erfolgt.

Schwierigkeiten bereitet aufgrund des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Kunden/Patienten die Nutzung der Patienten-/Kundenkartei. Während der (vorläufige) Insolvenzverwalter hierin keine Einsicht nehmen darf, kann der Schuldner aufgrund der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Verwalters hierauf nur unter Zustimmung desselbigen zugreifen. Unabhängig von der Fortführungsvariante ist entscheidend, dass der

Apotheker selbst die fachlichen Leistungen erbringt ohne hierin beeinflusst zu werden, was dem Berufsrecht der Apotheker geschuldet ist. Die Vergütung für eine Mitarbeit des Apothekers wird durch eine Vereinbarung zwischen Insolvenzverwalter und Schuldner festgelegt, wobei die Höhe den Pfändungsfreigrenzen entspricht. Hierdurch wird die Lebensgrundlage des Schuldners letztlich gesichert.

II. Stilllegung der Apotheke

Die Stilllegung der Apotheke kann sowohl im Eröffnungs- als auch im eröffneten Verfahren unter den Voraussetzungen der § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 sowie 158 Abs. 1 InsO erfolgen. Ein Fortführungsrecht des Apothekers nicht aus dem besonderen Vertrauensverhältnis kann dagegen hergeleitet werden. Vielmehr trifft diesen sogar eine Verpflichtung aus § 97 Abs. 2 InsO, einer Stilllegungsverfügung Folge zu leisten. Demnach bleibt dem Apotheker gegen einen Stilllegungsbeschluss der Gläubigerversammlung keine Abwendungsmöglichkeit.

III. Verwertung: Übertragende Sanierung, Liquidation und zugriff auf Forderungen

In die Verwertung der Insolvenzmasse strahlt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Kunden/Patienten aus, sodass diese letztlich eine Modifikation erfährt. Eine Veräußerung der Apotheke im Ganzen ist unproblematisch möglich, ohne dass dem Apotheker ein Zustimmungsvorbehalt aufgrund seines besonderen Vertrauensverhältnisses zusteht. Allerdings steht den Kunden/Patienten ein solcher Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich ihrer personenbezogenen Daten zu, sodass eine Übertragung der Patienten-/Kundenkartei nur unter vorheriger oder nachträglicher Zustimmung möglich ist. Ebenfalls zulässig ist die Übertragung, soweit die Daten dem Erwerber bereits bekannt sind. Dies ist insbesondere denkbar, wenn dieser im Vorfeld der übertragenden Sanierung im Geschäftsbetrieb des Apothekers mitgearbeitet hat.

Die Liquidation der Apotheke ist grundsätzlich aufgrund des umfassenden Insolvenzbeschlages nach §§ 35, 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO, 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO unproblematisch. Lediglich die Veräußerung der Patienten-/Kundenkartei unterliegt dem Zustimmungsvorbehalt der Betroffenen.

Die Verwertung der Forderungen des Apothekers ist, obwohl unzweifelhaft vom Insolvenzbeschlagn erfasst, nicht ohne weiteres liquidierbar. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass der Insolvenzverwalter nicht in die Patienten-/Kundenkartei Einsicht nehmen darf. Allerdings ist der Schuldner verpflichtet, den Namen und die Anschrift des Drittschuldners sowie den Forderungsgrund zu offenbaren. Auf seine Schweigepflicht aus § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann sich der Apotheker hierbei nicht berufen.

IV. Insolvenzplanverfahren

Ebenfalls können sämtliche Varianten gegebenenfalls auch miteinander kombiniert auch in einem Insolvenzplan niedergelegt werden. Dieser hat den Vorteil, dass die standesrechtlichen Besonderheiten berücksichtigt und gewahrt werden können und gleichzeitig auch der immaterielle Vermögenswert zugunsten der Gläubiger verwertet werden kann, ohne dass der insolvenzschuldnerische Apotheker den Geschäftsbetrieb verliert.

V. Verbraucherinsolvenzverfahren

Das Verbraucherinsolvenzverfahren kommt bei Apothekern ausschließlich zum Tragen, soweit die selbstständige Tätigkeit bei Antragsstellung bereits vollständig eingestellt ist und die Vermögensverhältnisse überschaubar sind oder wenn der Apotheker als angestellter, folglich normaler Arbeitnehmer, tätig ist. In diesen Fällen ist lediglich die Reichweite des Insolvenzbeschlages problembehaftet, da eine Verwertung lediglich im Wege der Liquidation der einzelnen zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögensgegenstände realisiert werden kann.

Lebenslauf:

Persönliche Daten

Berufsstand und Name	Rechtsanwalt David Bunzel
Anschrift	Südring 17, 59423 Unna
Telefon; Mobil; E-mail	02303/915968; 0171/2875210; bunzel82@aol.com
Geburtstag- und ort; Familienstand	Geboren am 08.07.1982 in Dortmund Familienstand: ledig

Berufserfahrung

Seit dem 01.01.2013	Angestellter Rechtsanwalt (Associate) bei der Sozietät GÖRG Insolvenzverwaltung Partnerschaft von Rechtsanwälten
01.07.2012 bis 31.12.2012	Angestellter Rechtsanwalt (Associate) bei der Sozietät GÖRG Rechtsanwälte/ Insolvenzverwalter GbR
01.12.2010 bis 30.06.2012	Angestellter Rechtsanwalt bei der Sozietät GÖRG Rechtsanwälte/Insolvenzverwalter GbR
seit November 2010	Korrekturassistent an der Hagen Law School, zuständig für den Fachanwaltslehrgang für Insolvenzrecht
13.10.2008 bis 30.11.2010	Dozent für Stützunterricht der Auszubildenden zum/zur Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten im Bereich ausbildungsbegleitender Hilfen beim Kolping Bildungszentrum gGmbH
August 2008 – September 2010	Juristischer Vorbereitungsdienst mit der Stammdienststelle Landgericht Dortmund innerhalb dessen folgende Bereiche absolviert wurden: <ul style="list-style-type: none">• Amtsgericht Unna (Zivilrecht); Abschlussnote: gut• Staatsanwaltschaft Dortmund; Abschlussnote: gut• Rechtsamt Stadt Unna; Abschlussnote: gut

- Rechtsanwaltskanzlei Hüser, Bruckmaier, Wastl in Unna;
Abschlussnote: gut
- Rechtsanwaltskanzlei Mork und Partner in Dortmund (Insolvenzrecht);
Abschlussnote: vollbefriedigend

01.05.2008 – 30.06.2009

Nebentätigkeit bei der Rechtsanwaltskanzlei Hüser, Bruckmaier, Wastl

Ausbildung

August 2008 – September 2010

Juristischer Vorbereitungsdienst mit dem Abschluss zweites Staatsexamen
Abschlussnote: vollbefriedigend (9,77 Punkte)

November 2009 – Juli 2010

Fachanwaltslehrgang zum Insolvenzrecht bei Fachseminare von Fürstenberg in Neuss.
Hierdurch Erwerb der theoretischen Kenntnisse im Bereich Insolvenzrecht gem. § 4 FAO

Mai 2008

Erwerb des Hochschulgrades Diplom-Jurist der Ruhr-Universität Bochum

Oktober 2003 – April 2008

Studium der Rechtswissenschaften an der Ruhr Universität Bochum
Abschlussnote (im Freiversuch): befriedigend (7,73 Punkte)

Februar 2005 – März 2005

Praktikum bei Rechtsanwalt und Notar Rüdiger Weiß

Juli 2006 – August 2006

Praktikum bei der Stadtverwaltung Kamen

August 2002 – Dezember 2002

Zivildienst bei INDISO betreutes Wohnen in Unna

Juni 2002

Abitur am städtischen Gymnasium in Kamen
Abschlussnote: 3,1

Weitere Qualifikationen und Mitgliedschaften

- Qualifikationen
 - Seminarschein bei Prof. Dr. Prütting mit der Note gut (15 Punkte)
 - Teilnahme an Englischkurs Berlitz
 - Teilnahme an Kurs Juristenenglisch

- Vertiefte Computerkenntnisse hinsichtlich der Plattform Windows und Macintosh
- Vertiefte Kenntnisse im Bereich der Buchführung
- Erworbene Kenntnisse aufgrund des Fachanwaltslehrganges Insolvenzrecht bei Fachseminaren von Fürstenberg:
 - Betriebliches Rechnungswesen, Buchführung und Bilanz
 - Materielles Insolvenzrecht und Insolvenzverfahrensrecht
 - Bilanzierung und Bilanzanalyse, betriebswirtschaftliche Fragen der Sanierung
 - Gesellschaftsrecht in der Insolvenz, Der Insolvenzplan als Sanierungsinstrument
 - Rechnungslegung in der Insolvenz, Unternehmenserschlagung oder Fortführung? Analyse und Entscheidung
 - Arbeitsrecht und Sozialrecht in der Insolvenz
 - Insolvenzstrafrecht
 - Steuerrecht in der Insolvenz, insolvenzspezifisches Steuerrecht
 - Verbraucherinsolvenz, Restschuldbefreiung, Sonderinsolvenzen, Unternehmensinsolvenz
 - Internationales Insolvenzrecht
- Mitgliedschaften:
 - Deutscher Anwaltsverein
 - Anwaltsverein Wuppertal
 - FORUM Junge Anwaltschaft
 - FORUM Junge Insolvenzverwalter
 - ARGE Insolvenzrecht und Sanierung