

# **Die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Insolvenzschuldners und deren Folgen**

## **Diplomarbeit**

**an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH),**

**Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen**

**Fachbereich Rechtspflege**

vorgelegt von Lukas Lösel

aus Dresden

Meißen, 27.07.2020

# **1 Inhaltsverzeichnis**

2	Einleitung .....	1
3	Untersuchung und Erläuterung der Begrifflichkeiten des § 35 Abs. 2 InsO... 3	
3.1	Begriff des Schuldners .....	3
3.2	Begriff der selbstständigen Tätigkeit.....	5
3.3	Begriff des Vermögens.....	7
4	Erklärung des Insolvenzverwalters nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO .....	11
4.1	Die Freigabe im Insolvenzverfahren .....	11
4.1.1	Die „echte“ Freigabe .....	11
4.1.2	Die „unechte“ Freigabe .....	12
4.1.3	Die Einordnung der Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 InsO.....	13
4.2	Form und Inhalt der Erklärung.....	15
4.3	Adressat der Erklärung.....	16
4.4	Auswirkungen der Freigabeerklärung.....	17
4.4.1	Zeitpunkt der Wirkungsentfaltung.....	17
4.4.2	Die Situation bezüglich Insolvenzmasse und Gläubigern vor der Einführung des § 35 Abs. 2, 3 InsO .....	18
4.4.3	Die Situation bezüglich Insolvenzmasse und Gläubigern nach der Einführung des § 35 Abs. 2, 3 InsO .....	21
4.4.4	Positiv- und Negativerklärung.....	23
4.4.5	Die Auswirkungen der Freigabe auf die selbstständige Tätigkeit..	24
4.4.6	Auswirkungen der Freigabeerklärung auf die Gläubiger unter Berücksichtigung von Vollstreckungsverboten.....	28
4.5	Die Problematik des Abgabezeitpunktes und der Abgabepflicht.....	30
4.5.1	Überlegungen seitens des Insolvenzverwalters.....	30
4.5.2	Der Abgabezeitpunkt.....	31
4.5.3	Die Schadensersatzpflicht des Insolvenzverwalters .....	32
4.5.4	Konkurrenz zu § 157 InsO.....	37
4.5.5	Die Anwendbarkeit von § 160 Abs. 1 InsO im Rahmen der Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO.....	38
4.6	Anzeige und Veröffentlichung der Erklärung .....	39
5	Abführung von Beträgen zur Masse durch den Verweis auf § 295 Abs. 2 InsO .....	40
5.1	Sinn und Zweck der Regelung .....	40
5.2	Höhe und Art der Abführung der Beträge .....	41
6	Der Beschluss des Insolvenzgerichts nach § 35 Abs. 2 S. 3 InsO .....	42
6.1	Tätigkeit des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung.	42

6.2	Zuständigkeit und Prüfungskompetenz des Insolvenzgerichts.....	43
6.3	Wirkung des Beschlusses .....	44

## **Abkürzungsverzeichnis**

Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
aM	andere Meinung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BFH	Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
ff.	fortfolgende
FG	Finanzgericht
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report, Zivilrecht (Zeitschrift)
Rn	Randnummer
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleichsweise
z.B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

## 2 Einleitung

Nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzschuldner, der eine selbstständige Tätigkeit ausübt bzw. beabsichtigt eine solche auszuüben, zu erklären, ob das Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und ob Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können.

§ 35 Abs. 2, 3 InsO wurden durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens<sup>1</sup> vom 13.04.2007 mit Wirkung vom 01.07.2007 eingefügt. Die Vorschrift findet Anwendung auf sämtliche Insolvenzverfahren, die nach dem 01.07.2007 eröffnet wurden, Art. 103 c Abs. 1 EGIInsO.

Für die Einführung war u.a. ausschlaggebend dem Insolvenzschuldner die Möglichkeit zu eröffnen, eine selbstständige Tätigkeit außerhalb des Insolvenzverfahrens wahrzunehmen.<sup>2</sup> Weitergehend soll der Insolvenzschuldner mit der Einführung des § 35 Abs. 2, 3 InsO sogar zur Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit motiviert werden.<sup>3</sup> Damit soll dem Interesse des Insolvenzschuldners, sich eine wirtschaftliche Existenzgrundlage zu schaffen, ausreichend Rechnung getragen werden.<sup>4</sup>

Bereits die Art. 2, 12 GG garantieren das verfassungsmäßige Recht auf freie Berufs- und Arbeitsplatzwahl. Die Arbeitskraft des Insolvenzschuldners gehört zudem nicht zur Insolvenzmasse.<sup>5</sup> Nach § 35 Abs. 1 InsO gehören jedoch sämtliche Einkünfte, die ein selbstständig tätiger Schuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter Nutzung seiner Arbeitskraft aus seiner Selbstständigkeit erzielt, in vollem Umfang zur Insolvenzmasse.<sup>6</sup> Der Insolvenzschuldner hatte bislang lediglich die Möglichkeit sich mit dem Insolvenzverwalter über einen Betrag zu einigen, der ihm aus der Insolvenzmasse zur persönlichen Verwendung belassen wird oder im Streitfall auf eine Entscheidung des Insolvenzgerichts nach § 36 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. § 850 i ZPO anzutragen.<sup>7</sup> Damit war eine selbstständige Tätigkeit des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens bislang praktisch ausgeschlossen.<sup>8</sup> Diese Problematik sollte mit der Einführung von § 35 Abs. 2, 3 InsO gelöst werden. Im Falle der Freigabe der selbstständigen Tätigkeit würde der Insolvenzschuldner sodann „für eigene Rechnung“ und nicht

---

<sup>1</sup> G vom 13.04.2007, BGBl. I S. 509.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>3</sup> BGH, B. v. 13.06.2013 - IX ZB 38/10, NJW 2013, 2973, BT-Drucks. 16/3227 S. 11.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>5</sup> Braun/Bäuerle InsO § 35 Rn. 125 m.w.N., HK-InsO/Ries § 35 Rn. 37.

<sup>6</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 90.

<sup>7</sup> HK-InsO/Keller § 36 Rn. 79.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

für die Insolvenzmasse wirtschaften.<sup>9</sup>

Ebenfalls ausschlaggebend für die Einführung der neuen Vorschrift war, dass im Hinblick auf die freie Berufs- und Arbeitsplatzwahl nach Art. 2, 12 GG eine Untersagung der selbstständigen Tätigkeit durch den Insolvenzverwalter nicht möglich ist.<sup>10</sup> Der Insolvenzschuldner kann während des Insolvenzverfahrens eine selbstständige Tätigkeit ausüben bzw. sich dazu entschließen eine solche zukünftig aufzunehmen. Somit bestand für den Rechtsverkehr vor der Einführung von § 35 Abs. 2, 3 InsO eine Unsicherheit bzgl. des Vertragspartners, wenn seitens des Insolvenzschuldners Rechtshandlungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurden. Auch war nach der bisherigen Rechtslage nicht klar entschieden, ob vom Schuldner begründete Verbindlichkeiten gegen die Masse wirken oder als Haftungsmasse nur das insolvenzfreie Vermögen zur Verfügung steht.<sup>11</sup> Weiterhin waren die haftungsrechtlichen Folgen für den Insolvenzverwalter, insbesondere im Hinblick auf §§ 60, 61 InsO bei Duldung der selbstständigen Tätigkeit durch den Insolvenzverwalter, nicht abschließend geklärt.<sup>12</sup>

Mit der Einführung des § 35 Abs. 2, 3 InsO wurde eine gewisse Form der Rechtssicherheit geschaffen. Es wurde u.a. eine klare Festlegung dahingehend getroffen, ob im Rahmen der Ausübung der selbstständigen Tätigkeit des Insolvenzschuldners Masseverbindlichkeiten begründet werden oder nicht.<sup>13</sup> Andererseits wurden durch den Gesetzgeber gewisse Problempunkte, z.B. der Abgabzeitpunkt der Erklärung, bewusst offen gelassen oder wie die Frage nach der Haftung des Insolvenzverwalters nicht näher konkretisiert.

Die Arbeit soll im Wesentlichen der Untersuchung der Wirkungen und der Folgen der Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO unter Berücksichtigung der Erwägungen des Gesetzgebers und der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowie des Bundesfinanzhofs dienen. Dabei soll auch insbesondere auf die Auswirkungen der neuen Vorschrift auf Insolvenz-, Masse- und Neugläubiger eingegangen werden und das Problemfeld rund um die Entstehung von Masseverbindlichkeiten näher beleuchtet werden.

---

<sup>9</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 90.

<sup>10</sup> HK-InsO/*Ries* § 35 Rn. 67, Vallender, Heinz: Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners (§ 35 Abs. 2, 3 InsO), veröffentlicht unter: [http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/jacoby/material/AK\\_InsO\\_OWL/20.06.16\\_Vallender.pdf](http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/jacoby/material/AK_InsO_OWL/20.06.16_Vallender.pdf), Abruf am 06.07.2020.

<sup>11</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 90.

<sup>12</sup> HK-InsO/*Ries* § 35 Rn. 67.

<sup>13</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

Zur genauen Betrachtung sämtlicher Problemfelder ist jedoch vorab eine genaue Untersuchung des Norminhalts, insbesondere der Begrifflichkeiten der geschaffenen Vorschrift, unerlässlich.

Des Weiteren sollen die Aufgaben und Erwägungen des Insolvenzverwalters sowie die Möglichkeit der Einflussnahme der Gläubiger im Rahmen der Gläubigerversammlung bzw. des Gläubigerausschusses näher betrachtet werden. Ebenfalls soll das Problemfeld des Verweises auf die Vorschriften der Restschuldbefreiung näher untersucht und die Berührungspunkte mit dem Insolvenzgericht sowie dessen Aufgaben aufgezeigt werden.

### **3 Untersuchung und Erläuterung der Begrifflichkeiten des § 35 Abs. 2 InsO**

#### **3.1 Begriff des Schuldners**

Allein anhand des Wortlautes des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO lässt sich nicht feststellen, für welche Art von Schuldner die Vorschrift Anwendung finden kann. Die Vorschrift spricht lediglich vom „Schuldner“. Zu untersuchen ist daher, ob die Vorschrift neben natürlichen Personen auch Anwendung auf juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften finden kann, vgl. §14 BGB.

Die Erwägungen in der Gesetzesbegründung und in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses legen es nahe, die Anwendbarkeit der Norm auf natürliche Personen zu begrenzen.<sup>14</sup> In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich davon gesprochen, natürlichen Personen „*die Möglichkeit einer selbstständigen Tätigkeit außerhalb des Insolvenzverfahrens zu eröffnen*“.<sup>15</sup> Des Weiteren soll durch die entsprechende Anwendung des § 295 Abs. 2 InsO eine Besserstellung des selbstständig tätigen Schuldners gegenüber dem abhängig beschäftigten Schuldner vermieden werden.<sup>16</sup> Zu beachten ist hierbei, dass das Verfahren zur Restschuldbefreiung nur bei natürlichen Personen Anwendung findet, vgl. § 286 InsO.

Für die Frage der Anwendbarkeit auf juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften müssen u.a. die Auswirkungen der Eröffnung und der Abwicklung Insolvenzverfahrens auf diese näher beleuchtet werden. Juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften werden mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über deren Vermögen (vgl. § 11 InsO) aufgelöst. Dies gilt für die GmbH (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG), Aktiengesellschaft

---

<sup>14</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17, BT-Drucks. 16/4194 S. 14.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>16</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

(§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG), Genossenschaft (§ 101 GenG), den Verein (§ 42 Abs. 1 S. 1 BGB), die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 728 Abs. 1 S. 1 BGB), Offene Handelsgesellschaft (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB), Kommanditgesellschaft (§§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB) und die Partnerschaft (§ 9 Abs. 1 PartGG i.V.m. § 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB). Anschließend folgt jedoch nicht das reguläre Liquidationsverfahren wie in den weiteren normierten Auflösungsfällen. Dies wird ausdrücklich durch das Gesetz angeordnet, beispielsweise bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach § 66 Abs. 1 GmbHG oder der Offenen Handelsgesellschaft nach § 145 Abs. 1 HGB. *„Für das weitere Vorgehen ist bestimmend, dass das Insolvenzverfahren nach heutigem Recht auf eine (auch gesellschaftsrechtliche) Vollabwicklung ausgerichtet ist“*.<sup>17</sup> Bereits § 1 S. 1 InsO normiert als Ziel des Insolvenzverfahrens die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger durch Verwertung des Schuldnervermögens und anschließender Verteilung des Erlöses. So hat der Insolvenzverwalter nach Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Insolvenzschuldners durch Erstellung eines Verzeichnisses über Massegegenstände (§ 151 InsO) und Gläubiger (§ 152 InsO) sowie der Vermögensübersicht (§ 153 InsO) grundsätzlich das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwerten, § 159 InsO. In der Vorschrift des § 199 S. 2 InsO kann ein Hinweis auf die gesellschaftsrechtliche Abwicklung gesehen werden.<sup>18</sup> Da mit Vollzug der Schlussverteilung nach § 196 Abs. 1 InsO und der anschließenden Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach § 200 Abs. 1 InsO regelmäßig kein Überschuss zur Verteilung übrig sein wird, kann in solchen Fällen wohl auf eine gesellschaftsrechtliche Abwicklung verzichtet werden.<sup>19</sup> Andernfalls ist noch vorhandenes Vermögen durch den Insolvenzverwalter zu liquidieren und *„nach den gesetzlichen und satzungsmäßigen Vorschriften zu verteilen“*.<sup>20</sup> Mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens hat das Insolvenzgericht eine Ausfertigung des Aufhebungsbeschlusses von Amts wegen an das Registergericht zu übermitteln, §§ 200 Abs. 2 S. 2, 31 Nr. 1 InsO. Nach § 394 Abs. 1 S. 2 FamFG löscht das Registergericht sodann die Gesellschaft von Amts wegen, wenn keine Anhaltspunkte für weiteres vorhandenes Vermögen der Gesellschaft vorliegen. Da der Zweck des Insolvenzverfahrens in der Vollliquidation des Vermögens besteht, kann das Registergericht dabei grundsätzlich von bestehender Vermögenslosigkeit ausgehen. Sofern die Gesellschaft tatsächlich kein Vermögen mehr besitzt,

---

<sup>17</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 11 InsO Rn. 148 m.w.N.

<sup>18</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 11 InsO Rn. 148, 301 m.w.N.

<sup>19</sup> Vgl. Uhlenbruck/*Hirte* § 11 InsO Rn. 148, 149, 302 m.w.N.

<sup>20</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 11 InsO Rn. 150, 303.

erlischt diese mit Ausschüttung der Masse und Löschung im Register.<sup>21</sup>

Ein Insolvenzverfahren, das der Abwicklung einer Gesellschaft und der vollständigen Verwertung ihres Vermögens dient, ist nicht mit dem Zweck, dem Insolvenzschuldner eine neue wirtschaftliche Existenz außerhalb des Insolvenzverfahrens zu eröffnen, vereinbar. Abschließend bleibt somit festzuhalten, dass die Vorschrift des § 35 Abs. 2, 3 InsO nur auf natürliche Insolvenzschuldner Anwendung finden kann.<sup>22</sup>

Nach einem vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales in Auftrag gegebenen Forschungsbericht belief sich die Zahl der selbstständig Erwerbstätigen im Jahr 2016 in Deutschland auf über 4 Millionen.<sup>23</sup> Nach der Erhebung belief sich die Zahl der Solo – Selbstständigen, also Selbstständige, die ihr Unternehmen ohne abhängig Beschäftigte betreiben, auf 2,32 Millionen. Die Zahl der Selbstständigen mit abhängig Beschäftigten betrug 1,83 Millionen. Allein aus diesen Zahlen wird deutlich, welchen potenziellen Anwendungsbereich die Norm des § 35 Abs. 2, 3 InsO aufweisen kann. Dementsprechend bedenkenswert ist auch die Überlegung von Ries<sup>24</sup>, ob eine Beschränkung der Vorschrift auf Kleinbetriebe, beispielsweise mit maximal 5 Mitarbeitern und einem Umsatzvolumen von 250.000 €, vorteilhafter gewesen wäre. Eine teleologische Beschränkung der Norm erscheint nach Ries<sup>25</sup> jedoch sehr zweifelhaft.

Die Vorschrift des § 35 Abs. 2, 3 InsO enthält an sich keine Beschränkung bezüglich der wirtschaftlichen Größenordnung des Insolvenzschuldners. Im Hinblick auf die Intention des Gesetzgebers mit der Vorschrift dem Insolvenzschuldner eine wirtschaftliche Existenzgrundlage zu ermöglichen, wäre eine Beschränkung wohl empfehlenswert und sinnvoll gewesen. Es erscheint zweifelhaft, dass von der Regelung auch Betriebe mit größerer wirtschaftlicher Tragweite erfasst sein sollen. Eine teleologische Reduktion der Norm auf eine bestimmte wirtschaftliche Größenordnung allein aus diesen Überlegungen wird dennoch aufgrund fehlender weiterer Anhaltspunkte abgelehnt.

### 3.2 Begriff der selbstständigen Tätigkeit

Auch bezüglich der Bedeutung und des Umfangs der selbstständigen Tätigkeit sind dem Gesetzeswortlaut keine näheren Angaben zu entnehmen. In der Ge-

---

<sup>21</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 11 InsO Rn. 151, 304.

<sup>22</sup> *InsO/Graf-Schlicker, Kexel* § 35 Rn. 21 m.w.N., Karsten Schmidt/*Büteröwe* InsO § 35 Rn. 49.

<sup>23</sup> Forschungsbericht 514, Selbstständige Erwerbstätigkeit in Deutschland, Bundesministerium für Arbeit und Soziales.

<sup>24</sup> *HK-InsO/Ries* § 35 Rn. 69.

<sup>25</sup> *HK-InsO/Ries* a.a.O.

setzesbegründung wird lediglich von gewerblichen und freiberuflichen Tätigkeiten gesprochen.<sup>26</sup> Insoweit empfiehlt es sich, in anderen Gesetzen nach Anhaltspunkten für eine entsprechende Definition bzw. Erläuterung zu suchen. Anhaltspunkte finden sich u.a. im Handels-, Steuer-, Arbeits- und Sozialrecht.

Nach § 84 Abs. 1 S. 2 HGB ist derjenige selbstständig, der im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Die Vorschrift enthält neben ihrer ausdrücklichen Regelung zum Handelsvertreter jedoch auch eine allgemeine gesetzgeberische Wertung.<sup>27</sup> § 7 SGB IV normiert, dass Beschäftigung jede nichtselbstständige Tätigkeit, insbesondere die Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, darstellt. Nach dem Bundesarbeitsgericht ist derjenige Arbeitnehmer, „*der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt*“.<sup>28</sup> Eine entsprechende Anwendung der o.g. Normen im Rahmen von § 35 Abs. 2, 3 InsO ist bedenkenlos möglich. Die offenen Formulierungen in der Gesetzesbegründung mit den Begrifflichkeiten „*natürliche Personen*“ und „*gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit*“ lassen auf einen weitreichenden Anwendungsbereich der Vorschrift schließen.<sup>29</sup> Somit sind auf jeden Fall Tätigkeiten umfasst, die sich durch eine freie und eigenständige Gestaltung der Tätigkeit, ohne Weisungsgebundenheit, auszeichnen. Der Insolvenzschuldner darf sich nicht als Verpflichteter in einem Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis befinden.

Die §§ 15 und 18 EStG normieren weiterhin, was unter gewerblichen und freiberuflichen Tätigkeiten zu verstehen ist. Eine gewerbliche Tätigkeit ist jede äußerlich erkennbare, rechtlich selbstständige, planmäßig auf Dauer ausgeübte und erlaubte Tätigkeit, die mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird und nicht zu den freien Berufen i.S.v. § 1 Abs. 2 PartGG gehört.<sup>30</sup> Darunter fallen beispielsweise Makler, Handelsvertreter, Schornsteinfeger, Schlosser, Dachdecker, Maler, Gaststättenbetreiber oder Klempner. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um einen „Ist – Kaufmann“ i.S.v. § 1 Abs. 1 HGB oder einen „Kann - Kaufmann“ i.S.v. § 2 HGB handelt.

Zu den freiberuflichen Tätigkeiten i.S.v. § 18 EStG und § 1 Abs. 2 S. 2 PartGG gehören u.a. die selbstständig ausgeübte Tätigkeit als Arzt, Zahnarzt, Hebamme, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ingenieur, Architekt, Dolmetscher, Wissen-

---

<sup>26</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>27</sup> Vgl. BAG, Urteil v. 13.01.1983 - 5 AZR 149/82, BAGE 41, 247.

<sup>28</sup> Vgl. BAG a.a.O.

<sup>29</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>30</sup> Bernhard Schmeilzl: „Definitionen Gewerbe und Handelsgewerbe“, in: Internetseite Rechthaber.com, 19.01.2009, URL: [www.rechthaber.com/definitionen-gewerbe-und-handelsgewerbe/](http://www.rechthaber.com/definitionen-gewerbe-und-handelsgewerbe/), Abruf am 04.07.2020.

schaftler oder Künstler.

Zusammenführend ist festzuhalten, dass sämtliche Tätigkeiten im Rahmen von § 35 Abs. 2 S. 1 InsO erfasst sind, bei denen der Insolvenzschuldner seine in Eigenverantwortung ausgeübte gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit vollumfänglich frei von Weisungen anderer gestalten kann. Eine entsprechende Auffassung wird auch von Ries<sup>31</sup> vertreten.

### 3.3 Begriff des Vermögens

Nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter erklären, ob Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und ob Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Durch die Formulierung wird deutlich, dass sich die Freigabeerklärung nur auf einen begrenzten Teil der Insolvenzmasse beziehen kann. Im Grundsatz erfasst die Insolvenzmasse das Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt, § 35 Abs. 1 InsO. Ausgenommen sind lediglich Gegenstände nach den §§ 36, 37 InsO.

Der Begriff des Vermögens umfasst „die Summe der einer natürlichen oder juristischen Person zustehenden materiellen oder immateriellen Güter“.<sup>32</sup> Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. § 27 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 InsO) geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 80 Abs. 1 InsO bezüglich der Insolvenzmasse auf den Insolvenzverwalter über. Es entstehen dadurch mit der Insolvenzmasse und dem insolvenzfremden Vermögen (vgl. §§ 36, 37 InsO) zwei separate Vermögensmassen. Das Vermögen im Rahmen von § 35 Abs. 2 S. 1 InsO kann sich somit nur auf einen begrenzten Teil der Insolvenzmasse, nämlich das der selbstständigen Tätigkeit gewidmete Vermögen, beziehen. Das Vermögen des Schuldners außerhalb seiner selbstständigen Tätigkeit, z.B. private Kapitalanlagen, Grundstücke, Erbschaften nach erfolgter Annahme gem. § 83 Abs. 1 InsO, pfändbarer Hausrat oder persönliche Wertgegenstände werden von § 35 Abs. 2 S.1 InsO nicht berührt.

Grundsätzlich gehört das der selbstständigen Tätigkeit gewidmete Vermögen zur Insolvenzmasse und unterliegt somit § 35 Abs. 2 S. 1 InsO.<sup>33</sup> Dies ergibt sich nach Ansicht von Hirte<sup>34</sup> bereits im Umkehrschluss aus der Einführung von § 35 Abs. 2 und 3 InsO. Durch die Möglichkeit der Freigabe des Vermögens der

<sup>31</sup> Vgl. HK-InsO/Ries § 35 Rn. 69.

<sup>32</sup> Schneck: „Vermögen – Definition“, in: Internetseite finanzen.net, URL: [www.finanzen.net/wirtschaftslexikon/vermoegen](http://www.finanzen.net/wirtschaftslexikon/vermoegen), Abruf am 04.07.2020.

<sup>33</sup> Vgl. Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 268 m.w.N.

<sup>34</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 268.

selbstständigen Tätigkeit muss dieses vorher bereits zwingend vom Insolvenzbeschluss umfasst sein. Auch gehören Einnahmen des Schuldners aus der selbstständigen Tätigkeit, die nach Verfahrenseröffnung erzielt werden, in vollem Umfang ohne Abzug von berufsbedingten Aufwendungen zur Masse und damit zum von der selbstständigen Tätigkeit umfassten Vermögen.<sup>35</sup> Zu beachten ist hierbei, dass sich das Vermögen der selbstständigen Tätigkeit aus einer Vielzahl von einzelnen Vermögenswerten, nämlich einer „Gesamtheit von Gegenständen und Werten“, zusammensetzt.<sup>36</sup> Insbesondere sind die in § 266 Abs. 2 HGB genannten Werte des Anlage- und Umlaufvermögens grundsätzlich massezugehörig.<sup>37</sup> Dazu gehören u.a. gewerbliche Schutzrechte, unternehmensgebundene Konzessionen, Anlagen und Maschinen, Geschäftsausstattung, Grundstücke, Finanzanlagen, Vorräte, Forderungen und im Rahmen der selbstständigen Tätigkeit erwirtschaftete Geldwerte. Nach § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO gehören auch die Geschäftsbücher zur Insolvenzmasse.

Auch eine freiberufliche Praxis unterliegt grundsätzlich dem Insolvenzbeschluss.<sup>38</sup> Begründet wird dies u.a. mit der Annäherung des Rechts der freien Berufe im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz an das Recht der Personenhandelsgesellschaften.<sup>39</sup> Die damit verbundene Kommerzialisierung kann nicht ohne Auswirkungen auf den Insolvenzbeschluss bleiben.<sup>40</sup>

Die Arbeitskraft des Insolvenzschuldners unterfällt jedoch nicht dem Insolvenzbeschluss.<sup>41</sup> Die nach der Freigabe vom Insolvenzschuldner zur Insolvenzmasse zu leistenden Beträge gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 InsO i.V.m. § 295 Abs. 2 InsO sind Bestandteil der Insolvenzmasse.

Im Rahmen der Zugehörigkeit zum Vermögen der selbstständigen Tätigkeit ist auch die Problematik des Verweises auf § 811 Nr. 5, 7 ZPO durch § 36 Abs. 1 S. 1 InsO näher zu erörtern. Nach 811 Nr. 5 ZPO unterliegen die zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenstände bei Personen, die aus ihrer körperlichen oder geistigen Arbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb erzielen, nicht der Pfändung und damit nicht dem Insolvenzbeschluss. Dem Schuldner sind die Gegenstände insoweit zu belassen, dass er seine Erwerbstätigkeit im gleichen Rahmen wie bisher, einschließlich einiger Gehil-

---

<sup>35</sup> BGH, B. v. 25.01.2018 - IX ZA 19/17, ZIP 2018, 543.

<sup>36</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

<sup>37</sup> HK-InsO/Ries § 35 Rn. 31.

<sup>38</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 276, 277 m.w.N.

<sup>39</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 277.

<sup>40</sup> Uhlenbruck/Hirte a.a.O. m.w.N.

<sup>41</sup> BGH, Urteil v. 11.05.2006 - IX ZR 247/03, BGHZ 167, 363.

fen und mit Ertragsmöglichkeit, ausüben kann.<sup>42</sup> Falls der Schuldner selbst noch keine Tätigkeit ausgeübt hat und beabsichtigt eine solche Tätigkeit auszuüben, muss dem Schuldner so viel überlassen werden, dass er in Zukunft seine Tätigkeit mit Erfolgsaussicht betreiben kann.<sup>43</sup> Darunter fallen u.a. regelmäßig die zur Ausübung der Tätigkeit notwendige Arbeitskleidung, Telekommunikationsmittel, Werkzeuge, Warenvorräte, Kraftfahrzeuge, Schreibutensilien und Geschäftsausstattung. Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 811 Nr. 5 ZPO ist, dass der persönliche Arbeitseinsatz des Insolvenzschuldners (trotz ggf. zusätzlichem Einsatz von Angestellten bzw. Gehilfen) vorrangig und entscheidend für den Fortlauf der selbstständigen Tätigkeit ist.<sup>44</sup> Die persönliche Leistung muss den Einsatz von Kapital und Sachmitteln übersteigen.<sup>45</sup> Über die Anwendbarkeit des § 811 Nr. 5 ZPO ist stets im Einzelfall zu entscheiden, eine allgemeine Faustformel zur Anwendung verbietet sich. Im Falle von Streitigkeiten über die Zugehörigkeit von Gegenständen zur Insolvenzmasse entscheidet das Insolvenzgericht lediglich in den Fällen des § 36 Abs. 4 S. 1 InsO, ansonsten ist das Prozessgericht zuständig. Sobald der Insolvenzschuldner die Ausübung der selbstständigen Tätigkeit aufgibt oder die Aufnahme einer solchen Tätigkeit nicht mehr beabsichtigt, entfällt der Pfändungsschutz kraft Gesetzes. Sämtliche Betriebsmittel fallen sodann in die Insolvenzmasse.

Im Hinblick auf Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen ist die Anwendbarkeit der Pfändungsschutzvorschriften näher zu beleuchten. In Literatur und Rechtsprechung wird teilweise eine teleologische Reduktion der Pfändungsschutzvorschriften im Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen vertreten.<sup>46</sup>

Die Befürworter einer teleologischen Reduktion führen u.a. aus, dass im Falle der uneingeschränkten Anwendbarkeit des § 36 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m.

§ 811 Nr. 5, 7 ZPO der Insolvenzschuldner ist zweifacher Hinsicht geschützt wäre. Einerseits wären gewisse Vermögensbestandteile vor dem Zugriff der Gläubiger geschützt, andererseits kann der Insolvenzschuldner zusätzlich Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO erlangen.<sup>47</sup> Zudem könnte ein Betrieb ggf. nicht auf einen Dritten im Wege einer übertragenden Sanierung übertragen wer-

---

<sup>42</sup> ZPO/Weber § 811 Rn. 36.

<sup>43</sup> ZPO/Weber § 811 Rn. 36-38.

<sup>44</sup> Braun/Bäuerle InsO § 36 Rn. 16, FG München, Urteil v. 29.05.2008 - 14 K 3613/06, EFG 2008, 1483.

<sup>45</sup> FG München a.a.O.

<sup>46</sup> Zum Meinungsstreit: AG Köln, B. v. 15.04.2003 - 71 IN 25/02, NJW-RR 2003, 987, Lauf, Niclas, Die Arztpraxis in der Insolvenz, 2019 m.w.N.

<sup>47</sup> Lauf, Niclas, Die Arztpraxis in der Insolvenz, 2019 m.w.N.

den.<sup>48</sup> Weiterhin würden die verschiedenen Interessenlagen zwischen Insolvenzverfahren und Einzelzwangsvollstreckung eine teleologische Reduktion rechtfertigen.

Eine teleologische Reduktion der Pfändungsschutzvorschriften im Insolvenzverfahren wird dennoch abgelehnt. Die Schutzvorschriften sind uneingeschränkt im Insolvenzverfahren anzuwenden. Die Tatsache, dass sich die Ziele und Intentionen der Einzelzwangsvollstreckung von denen des Insolvenzverfahrens unterscheiden, wird dabei nicht in Frage gestellt. Das Einzelzwangsvollstreckungsverfahren soll der bestmöglichen Realisierung eines Individualanspruches unter Absicherung der Existenzgrundlage des Schuldners dienen. Das Insolvenzverfahren soll hingegen der bestmöglichen Befriedigung einer Gläubigergesamtheit durch Verwertung des Schuldnervermögens (§ 1 S. 1 InsO) ermöglichen. Die Interessen des Insolvenzschuldners werden dabei besonders berücksichtigt, z.B. durch das Restschuldbefreiungsverfahren, vgl. §§ 1 S. 2, 286 ff. InsO.<sup>49</sup> Der Gesetzgeber hat mit der Norm des § 36 Abs. 1 S. 1 InsO jedoch vollumfänglich auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung verwiesen und damit deren uneingeschränkte Anwendbarkeit zum Ausdruck gebracht.<sup>50</sup> Damit wird verdeutlicht, dass das Insolvenzverfahren als Gesamtvollstreckungsverfahren den Gläubigern keinen weitergehenden Zugriff als die Einzelzwangsvollstreckung dem Individualgläubiger ermöglichen kann. Die Konkurrenz zwischen dem Schutz des Schuldnervermögens und dem Befriedigungsinteresse der Gläubiger wird dabei zugunsten des Insolvenzschuldners aufgelöst. Dem Interesse der Gläubiger wird jedoch bereits insoweit Rechnung getragen, dass § 811 Nr. 5 ZPO den Pfändungsschutz nur auf Gegenstände erstreckt, die zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit durch eigenen Arbeitseinsatz dienen.<sup>51</sup> Sobald der persönliche Arbeitseinsatz durch den Einsatz von Maschinenkraft und den Einsatz von Angestellten überwogen wird, greift der Pfändungsschutz nicht mehr ein und die Gegenstände stehen den Gläubigern als Teil der Insolvenzmasse zur Befriedigung ihrer Forderungen zur Verfügung. Weiterhin ist es im Hinblick auf Art. 2, 12 GG nicht möglich dem Insolvenzschuldner die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit im Insolvenzverfahren zu untersagen.<sup>52</sup> Dem Insolvenzschuldner müssen somit die Gegenstände verbleiben, die er zur Ausübung der Tätigkeit benötigt. Abschlie-

---

<sup>48</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 36 InsO Rn. 15.

<sup>49</sup> Vgl. Uhlenbruck/*Pape* § 1 InsO Rn. 15,16.

<sup>50</sup> Vgl. Schmid, Stefan, Rechel, Hans-Peter, Die Struktur des Insolvenzrechts in der BGH-Rechtsprechung, 2012.

<sup>51</sup> Schmid, Stefan, Rechel, Hans-Peter, Die Struktur des Insolvenzrechts in der BGH-Rechtsprechung, 2012.

<sup>52</sup> HK-InsO/*Ries* § 35 Rn. 67.

ßend bleibt somit festzuhalten, dass die Pfändungsschutzvorschriften im Insolvenzverfahren vollumfänglich Anwendung finden. Für eine teleologische Reduktion verbleibt kein Raum.

Zu untersuchen ist weiterhin, ob die Einführung des § 35 Abs. 2, 3 InsO Auswirkungen auf die Anwendung der Pfändungsschutzvorschriften hat. Nach Keller<sup>53</sup> ist Voraussetzung für deren Anwendbarkeit, dass die selbstständige Tätigkeit vorher nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO freigegeben wurde. Dieser Ansicht wird nicht gefolgt. Die Pfändungsschutzvorschriften sind trotz Einführung von § 35 Abs. 2, 3 InsO weiterhin von Beginn des Insolvenzverfahrens anzuwenden.<sup>54</sup> Nur durch den sofortigen Pfändungsschutz wird dem Recht des Insolvenzschuldners auf eigenverantwortliche Ausübung seiner Arbeitskraft mit Nutzung der dem Pfändungsschutz unterliegenden Gegenstände Rechnung getragen.

Der Insolvenzverwalter hat mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen, §§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO. Falls seitens des Insolvenzverwalters Gegenstände in Besitz genommen werden, die dem Pfändungsschutz und damit nicht dem Insolvenzbeschlagn unterliegen, hat der Insolvenzverwalter diese an den Insolvenzschuldner herauszugeben.<sup>55</sup>

#### **4 Erklärung des Insolvenzverwalters nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO**

##### 4.1 Die Freigabe im Insolvenzverfahren

###### 4.1.1 Die „echte“ Freigabe

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat der Insolvenzverwalter das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen in Besitz und Verwaltung zu nehmen, §§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geht bzgl. der Insolvenzmasse auf den Insolvenzverwalter über, der Insolvenzschuldner bleibt jedoch Rechtsinhaber. Das Vermögen des Schuldners hat der Insolvenzverwalter zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger zu verwerten, §§ 1, 159 InsO. Im Rahmen dieser Aufgabe hat der Insolvenzverwalter die Masse vor Verlust, Schädigung und Wertverlust zu schützen.<sup>56</sup> So stellen sich Massegegenstände nach § 35 Abs. 1 InsO, die nur unter unverhältnismäßig hohem

---

<sup>53</sup> HK-InsO/Keller § 35 Rn. 16.

<sup>54</sup> Vgl. Schmid, Stefan, Rechel, Hans-Peter, Die Struktur des Insolvenzrechts in der BGH-Rechtsprechung, 2012.

<sup>55</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 47.

<sup>56</sup> Handbuch der Rechtspraxis/Frege, Keller, Riedel S. 421 Rn. 989 b.

Aufwand verwertet werden können oder die Masse durch laufende Zahlungen erheblich belasten, für den Insolvenzverwalter als problematisch dar.<sup>57</sup> Um die Masse nicht zusätzlich, beispielsweise durch Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO wie Steuern und Abgaben, zu belasten, kann der Insolvenzverwalter einzelne Gegenstände aus der Masse freigeben.<sup>58</sup> Diese Möglichkeit wird der Insolvenzverwalter regelmäßig wahrnehmen, wenn die Kosten der Verwertung und der Verwaltung des Gegenstands den prognostizierten Verwertungserlös übersteigen.<sup>59</sup> Die Freigabemöglichkeit wird zwar nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, § 32 Abs. 3 S. 1 InsO setzt aber eine entsprechende Befugnis des Insolvenzverwalters voraus.<sup>60</sup>

Die Freigabemöglichkeit besteht prinzipiell bei sämtlichen Gegenständen der Insolvenzmasse. Die „echte“ Freigabe bezieht sich immer auf einen genau bezeichneten Gegenstand der Insolvenzmasse. Dabei liegt die Freigabe stets im pflichtgemäßen Ermessen des Insolvenzverwalters.<sup>61</sup>

Die Freigabeerklärung erfolgt durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Insolvenzschuldner.<sup>62</sup> Die Abgabe der Erklärung ist formlos möglich und wird mit Zugang beim Insolvenzschuldner wirksam, vgl. § 130 Abs. 1 BGB. Die Erklärung hat konstitutiven Charakter. Mit Wirksamkeit der Erklärung erlischt der Insolvenzbeschlagnahme und die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§ 80 Abs. 1 InsO) geht vom Insolvenzverwalter auf den Insolvenzschuldner über.<sup>63</sup>

#### 4.1.2 Die „unechte“ Freigabe

Die „unechte“ Freigabe findet bei massefremden Gegenständen Anwendung.<sup>64</sup> Um massefremde Gegenstände handelt es sich bei Aussonderungsgegenständen nach § 47 InsO und unpfändbaren Gegenständen nach §§ 36, 37 InsO. Diese Gegenstände gehören von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an nicht zur Insolvenzmasse und unterliegen damit nicht dem Insolvenzbeschlagnahme. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat auf die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners bzw. des wahren Berechtigten bei Aussonde-

---

<sup>57</sup> HK-InsO/Ries § 35 Rn. 53.

<sup>58</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>59</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 74 m.w.N.

<sup>60</sup> BGH, Urteil v. 01.02.2007 - IX ZR 178/05, NJW-RR 2007, 1205.

<sup>61</sup> BGH a.a.O.

<sup>62</sup> BGH, Urteil v. 07.12.2006 - IX ZR 161/04, NJW-RR 2007, 845.

<sup>63</sup> BGH, Urteil v. 18.04.2013 - IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181 m.w.N.

<sup>64</sup> HK-InsO/Ries § 35 Rn. 59.

rungsrechten keinen Einfluss. Die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters hat nur klarstellende, mithin eine deklaratorische Wirkung.<sup>65</sup>

#### 4.1.3 Die Einordnung der Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 InsO

Die Erklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO betrifft nach dem Wortlaut des Gesetzes „das Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit“ sowie „Ansprüche aus dieser Tätigkeit“. Eine Art „unechte“ Freigabe kann nicht vorliegen, da sich die Erklärung auf Bestandteile der Insolvenzmasse bezieht. Die Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO ähnelt in ihren Wirkungen der „echten“ Freigabe. Auch der Bundesgerichtshof<sup>66</sup> führt dabei an, dass die Regelung des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO klarstellend an die allgemeine Freigabebefugnis des Insolvenzverwalters anknüpft.

Mit der Wirksamkeit der Freigabeerklärung erlangt der Insolvenzschuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das freigegebene Vermögen zurück. Eine direkte „echte“ Freigabe liegt jedoch nicht vor, da sich die Erklärung nicht auf einzelne Gegenstände, sondern auf eine „*Gesamtheit von Gegenständen und Werten*“ bezieht.<sup>67</sup> „*Es handelt sich um eine Art Freigabe des Vermögens, welches der selbstständigen Tätigkeit gewidmet ist, einschließlich der dazu gehörenden Vertragsverhältnisse*“.<sup>68</sup> Weiterhin ist eine „echte“ Freigabe von Verträgen, z.B. Arbeitsverträgen, nicht möglich.<sup>69</sup> Die Freigabe kann also nur als eine „*der echten Freigabe ähnliche Erklärung*“ angesehen werden.<sup>70</sup> Die Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO ist wie die „echte“ Freigabe aus Gründen der Rechtssicherheit unwiderruflich abzugeben und bedingungsfeindlich.<sup>71</sup> Dies wird bereits in der Gesetzesbegründung durch die Formulierung „*endgültig und unbedingt*“ deutlich.<sup>72</sup> Die Wirkungen und Folgen der Freigabeerklärung werden im weiteren Verlauf der Arbeit näher erläutert.

Zu problematisieren ist jedoch die Frage nach der Rechtsnatur der Erklärung. Nach Hirte<sup>73</sup> ist die Erklärung ausschließlich verfahrensrechtlicher Natur. Das Verfahrensrecht regelt im Allgemeinen die Art und Weise der Durchsetzung von materiell-rechtlichen Ansprüchen. Die Regelungen des Insolvenzrechts dienen der Durchsetzung von schuldrechtlichen Ansprüchen einer Mehrzahl von Gläubi-

---

<sup>65</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 85 m.w.N.

<sup>66</sup> BGH, Urteil v. 18.04.2013 - IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181.

<sup>67</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

<sup>68</sup> BGH, B. v. 09.06.2011 - IX ZB 175/10, NJW-RR 2011, 1615.

<sup>69</sup> Uhlenbruck/Sinz § 55 InsO Rn. 42.

<sup>70</sup> BT-Drucks. 16/4194 S. 14.

<sup>71</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 73.

<sup>72</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>73</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 91.

gern im Wege einer gemeinschaftlichen Befriedigung durch Verwertung des Schuldnervermögens.

Zweifelsohne hat die Erklärung eine verfahrensrechtliche Komponente. Sie ist ausdrücklich im Gesetz in § 35 Abs. 2 S. 1 InsO normiert und dient maßgebend der Durchführung und Abwicklung des Insolvenzverfahrens, insbesondere der Bildung einer ausreichenden Insolvenzmasse. Dem Insolvenzverwalter wird mit der Erklärung die Möglichkeit eröffnet, die Insolvenzmasse bei einer verlustreichen selbstständigen Tätigkeit vor der Belastung mit weiteren Verbindlichkeiten zu schützen, bei einer ertragsreichen Tätigkeit jedoch den Neuerwerb zur Masse zu ziehen. Damit wird dem Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung Rechnung getragen. Damit verbunden sind aber natürlich auch materiell - rechtliche Auswirkungen der Freigabeerklärung (siehe Punkt 4.4.5.). Da die Freigabeerklärung auf die Herbeiführung bestimmter Rechtsfolgen gerichtet ist, ist die Freigabeerklärung außerdem als Willenserklärung zu klassifizieren. Die Freigabe nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO stellt eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung dar.

Zu untersuchen ist weiterhin, ob die Freigabeerklärung nach den allgemeinen Vorschriften anfechtbar ist. Nach Hirte<sup>74</sup> scheidet eine Anfechtung der Erklärung nach §§ 119, 123 BGB generell aus.

Da die Freigabeerklärung als Willenserklärung einzustufen ist, wäre der Anwendungsbereich der Anfechtung generell eröffnet. Ein Inhalts- oder Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 BGB seitens des Insolvenzverwalters ist schwer zu konstruieren, wenn nicht sogar ausgeschlossen. Eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ist ebenfalls ausgeschlossen. Die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB bezieht sich auf verkehrswesentliche Eigenschaften einer konkreten Person oder Sache. Da sich die Erklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO hingegen auf „eine Gesamtheit von Gegenständen und Werten“ bezieht,<sup>75</sup> ist die Anwendung von vornherein ausgeschlossen. Die Anfechtung der Erklärung nach § 123 Abs. 1 BGB aufgrund arglistiger Täuschung oder Drohung könnte grundsätzlich möglich sein. Sollte der Insolvenzverwalter vom Insolvenzschuldner vorsätzlich über die wirtschaftlichen Verhältnisse getäuscht oder zu Abgabe der Freigabeerklärung bedroht worden sein, sollte sich der Insolvenzverwalter wohl prinzipiell von der Erklärung lösen können. Zu problematisieren ist aber die Wirkung des § 142 Abs. 1 BGB. Danach wäre die Freigabeerklärung bei einer wirksamen Anfechtung von Anfang an als nichtig anzusehen. Unter Beachtung der Auswirkungen der Freigabeerklärung

---

<sup>74</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 91 m.w.N.

<sup>75</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322, BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

(siehe Punkt 4.4.5.) würde sich dann die Einordnung der Forderungstypen ändern, beispielsweise wären Neugläubiger dann als Massegläubiger einzustufen. Der Insolvenzschuldner hätte sämtlichen Neuerwerb der selbstständigen Tätigkeit, welcher nach der Freigabe vereinnahmt wurde, zur Insolvenzmasse herauszugeben, vgl. §§ 35 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO. Dabei besteht jedoch die Gefahr, dass die Masse einerseits mit Verbindlichkeiten in erheblicher Höhe belastet wird, andererseits der Neuerwerb durch den Insolvenzschuldner bereits zur Seite geschafft bzw. verbraucht wurde. Nach dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung verzichtet der Insolvenzverwalter mit der Freigabeerklärung „*endgültig und unbedingt auf seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis*“.<sup>76</sup> Der Rechtsverkehr wird durch die Bekanntmachung nach § 35 Abs. 3 InsO dahingehend informiert, damit eine allgemeine Rechtssicherheit entsteht. Eine mögliche Anfechtbarkeit würde dem Ziel der Vorschrift widersprechen. Des Weiteren ist eine nachträgliche Änderung der Einordnung der Forderungen als Masse- oder Neuforderungen aus Gründen der Rechtssicherheit nicht möglich. Zudem besteht für die Gläubiger die Möglichkeit über § 35 Abs. 2 S. 3 InsO die Unwirksamkeit der Freigabeerklärung herbeizuführen. Eine Anfechtung der Freigabeerklärung nach §§ 119, 123 BGB ist ausgeschlossen.

Die Freigabeerklärung findet lediglich für den Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren Anwendung. Auf den vorläufigen „starken Insolvenzverwalter“ nach §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 22 Abs. 1 S. 1 InsO findet die Vorschrift keine Anwendung.<sup>77</sup>

#### 4.2 Form und Inhalt der Erklärung

Bei der Freigabeerklärung verwirklicht sich der Grundsatz der Formfreiheit. Die Erklärung kann formlos wirksam abgegeben werden.<sup>78</sup> In der Praxis wird der Insolvenzverwalter die Erklärung jedoch zu Beweis Zwecken zumindest schriftlich abgeben.<sup>79</sup> Dabei empfiehlt es sich den Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung vom Insolvenzschuldner quittieren zu lassen bzw. die Erklärung per Einschreiben gegen Rückschein an den Insolvenzschuldner zu versenden, um den Zugang sicherzustellen und nachzuweisen.<sup>80</sup> Dann kann zweifelsfrei nachvollzogen werden, zu welchem Zeitpunkt die Wirkungen der Freigabeerklärung eintreten. Sollte die Freigabeerklärung auch ein Betriebsgrundstück umfassen, kann die Erklärung rein von der materiellen Rechtslage her ebenfalls formfrei abgegeben wer-

<sup>76</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>77</sup> HambKomm/Lüdtke § 35 Rn. 253 m.w.N.

<sup>78</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 73, 94.

<sup>79</sup> Uhlenbruck/Hirte a.a.O.

<sup>80</sup> Braun/Bäuerle InsO § 35 Rn. 135.

den. Die Formvorschrift des § 311 b BGB ist bereits vom Wortlaut her nicht anwendbar. Zu beachten ist jedoch, dass mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 InsO ein Insolvenzvermerk im Grundbuch eingetragen wird. Wird im Rahmen der Erklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO als Gesamterklärung zusätzlich im Wege der „echten Freigabe“ ein Grundstück freigegeben, wird das Grundbuch unrichtig i. S. v. § 894 BGB. Das Grundstück ist nicht mehr vom Insolvenzbeschlagn umfasst, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geht auf den Insolvenzschuldner über. Der Antrag des Insolvenzverwalters nach § 32 Abs. 3 S. 2 InsO ist dann regelmäßig als Berichtigungsantrag nach § 22 Abs. 1 S.1 InsO zu werten.<sup>81</sup> Der Unrichtigkeitsnachweis, in diesem Fall die Freigabeerklärung, bedarf dann der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 InsO. Die Erklärung muss in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde vorliegen. Somit ist in diesem Fall eine rein verfahrensrechtliche Formvorschrift zu wahren.

Zu untersuchen ist weiterhin der Inhalt sowie die Erwartungen an die Bestimmtheit der Erklärung. Nach Bäuerle<sup>82</sup> sollte die Freigabeerklärung die freigegebene Erwerbstätigkeit und die zu deren Ausübung erforderlichen Gegenstände hinreichend und exakt zu bezeichnen, um die Rechtssicherheit dahingehend zu gewährleisten, welche Gegenstände nicht mehr dem Insolvenzbeschlagn unterliegen. Eine Pflicht zur expliziten Bezeichnung der Gegenstände wird vom Gesetzgeber jedoch nicht normiert und besteht folglich nicht. Die Freigabe bezieht sich „auf das Vermögen des Schuldners, das seiner gewerblichen Tätigkeit gewidmet ist“.<sup>83</sup> Die Erklärung, ob das Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können, ist ausreichend. Eine Konkretisierung der Erklärung auf die freigegebenen Gegenstände und Vertragsverhältnisse ist aus Gründen der Publizität und Rechtssicherheit jedoch empfehlenswert und stets geboten. Die Angabe der selbstständigen Tätigkeit an sich, beispielsweise die Tätigkeit als Schlosser oder Maler, ist zwingend erforderlich. Dies ist insbesondere von Bedeutung, wenn der Insolvenzschuldner mehrere selbstständige Tätigkeiten ausübt. Dann hat sich der Insolvenzverwalter explizit zu jeder Tätigkeit einzeln zu erklären.

#### 4.3 Adressat der Erklärung

Adressat der Freigabeerklärung ist ganz allein der Insolvenzschuldner. Dies wird schon anhand des Gesetzeswortlauts deutlich. Die Anzeige des Insolvenzverwal-

---

<sup>81</sup> OLG Dresden, B. v. 08.03.2011 – 17 W 201/11, ZIP 2011, 1378.

<sup>82</sup> Braun/Bäuerle InsO § 35 Rn. 134.

<sup>83</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

ters gegenüber dem Insolvenzgericht nach § 35 Abs. 3 S. 1 InsO hat lediglich deklaratorischen Charakter. Das Insolvenzgericht ist nicht Adressat der Erklärung.

Übt der Insolvenzschuldner mehrere selbstständige Tätigkeiten aus, hat sich der Insolvenzverwalter dem Insolvenzschuldner gegenüber zu jeder Tätigkeit separat nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO zu erklären.<sup>84</sup> Eine anderweitige Betrachtungsweise dahingehend, dass der Insolvenzverwalter eine Erklärung nur bezüglich sämtlicher Tätigkeiten gemeinsam abgeben könnte, ist abzulehnen.<sup>85</sup> Nach der Gesetzesbegründung soll dem Insolvenzschuldner die Möglichkeit eingeräumt werden, sich außerhalb des Insolvenzverfahrens eine Existenzgrundlage zu schaffen.<sup>86</sup> Dies schließt die Wahrnehmung mehrerer Tätigkeiten nicht aus. Des Weiteren wird dem Insolvenzverwalter mit der Regelung einerseits die Möglichkeit eröffnet, bei einem gut wirtschaftenden Insolvenzschuldner die erwirtschaftenden Beträge zur Masse zu ziehen, andererseits aber eine, bei Fortführung für die Masse, schädigende Tätigkeit freizugeben.<sup>87</sup> Insoweit ist es nicht ersichtlich, weshalb der Insolvenzverwalter nicht getrennte Erklärungen abgeben sollen darf. Durch die Möglichkeit der Abgabe separater Erklärungen besteht auch die Chance auf bessere Befriedigung der Gläubiger im Hinblick auf § 1 S. 1 InsO. Die Erklärung kann jedoch nicht auf einen bestimmten Teil einer selbstständigen Tätigkeit beschränkt werden.<sup>88</sup>

#### 4.4 Auswirkungen der Freigabeerklärung

##### 4.4.1 Zeitpunkt der Wirkungsentfaltung

Die Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO wird mit Zugang der Erklärung beim Insolvenzschuldner wirksam, vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>89</sup> Sollte der Insolvenzschuldner unbekanntem Aufenthaltsort sein, kann die Erklärung nach § 132 Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. §§ 185 ff. ZPO öffentlich zugestellt werden. Die Veröffentlichung durch das Insolvenzgericht nach § 35 Abs. 3 InsO ist dabei keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Die Erklärung wirkt ex - nunc ab dem Zeitpunkt des Zugangs.<sup>90</sup> Der Insolvenzverwalter kann die Wirkung der Freigabeerklärung

---

<sup>84</sup> HK-InsO/Ries § 35 Rn. 72, Braun/Bäuerle InsO § 35 Rn. 136 m.w.N.

<sup>85</sup> HK-InsO/Ries a.a.O., Braun/Bäuerle a.a.O.

<sup>86</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>87</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>88</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 98 m.w.N.

<sup>89</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 m.w.N., Gottwald/Klopp, Kluth, Wimmer, Insolvenzrechts-Handbuch § 26 Rn. 11.

<sup>90</sup> BGH, Urteil v. 21.02.2019 - IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212, Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 99 m.w.N.

nicht auf einen früheren Zeitpunkt, z.B. die Verfahrenseröffnung, vorverlagern.<sup>91</sup> Nähere Erläuterungen erfolgen bei den Ausführungen rund um die Problematik des Abgabezeitpunktes und der Abgabepflicht.

#### 4.4.2 Die Situation bezüglich Insolvenzmasse und Gläubigern vor der Einführung des § 35 Abs. 2, 3 InsO

Der Insolvenzschnldner verliert im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 27 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 InsO) nach § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse, verbleibt jedoch Rechtsinhaber. Nach §§ 1, 35, 36 InsO steht das Vermögen der Insolvenzmasse den Gläubigern zur gemeinschaftlichen Befriedigung zur Verfügung. Dabei handelt es sich um Insolvenz- und Massegläubiger sowie Absonderungsberechtigte im Rahmen von § 52 InsO.

Nach § 38 InsO ist derjenige Insolvenzgläubiger, der zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Insolvenzschnldner hat. Dabei muss der Rechtsgrund der Forderung bei Verfahrenseröffnung bereits gelegt sein, der Gläubiger muss bereits eine gesicherte Rechtsposition besitzen.<sup>92</sup> Die Forderung ist daher massezugehörig, *„wenn der Rechtsgrund so weit und endgültig verwirklicht worden ist, dass das betreffende Recht sofort als umsetzungsfähiger Bestandteil zum Vermögen des Schnldners zu rechnen ist“*.<sup>93</sup> Darunter fallen beispielsweise Forderungen aus vor Verfahrenseröffnung geschlossenen Kauf- und Darlehensverträgen und Schadensersatzforderungen, sofern der zum Schadensersatz verpflichtende Grund vor Verfahrenseröffnung eintrat. Den Insolvenzgläubigern steht zur Befriedigung nur die Insolvenzmasse zur Verfügung, §§ 87, 89 InsO. Bei Dauerschuldverhältnissen kommt es bei der Einordnung der Ansprüche in die Forderungsarten darauf an, ob die wiederkehrenden Ansprüche aus einem vor Verfahrenseröffnung begründeten Stammrecht resultieren oder die Einzelansprüche immer wieder neu entstehen.<sup>94</sup> Es ist entscheidend, ob *„die Einzelansprüche von einer jeweils neu zu erbringenden Gegenleistung abhängen und daher für jeden Zeitabschnitt immer wieder neu begründet werden“*.<sup>95</sup> Für Miet-, Pacht- und Dienstverträge des Schnldners regelt § 108 Abs. 1 InsO, dass diese mit Wirkung für die Insolvenz-

---

<sup>91</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 18.04.2013 - IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181, *Mohrbutter*, in: *Mohrbutter/Ringstmeier, Insolvenzverwaltung*, Kapitel 6 Rn. 224 m.w.N.

<sup>92</sup> Vgl. *Gottwald/Klopp, Kluth, Pechartscheck, Insolvenzrechts-Handbuch* § 19 Rn. 16 m.w.N.

<sup>93</sup> BGH, Urteil v. 21.02.2019 - IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212.

<sup>94</sup> *Uhlenbruck/Sinz* § 38 InsO Rn. 58 m.w.N.

<sup>95</sup> Vgl. BAG, Urteil v. 27.09.2007 - 6 AZR 975/06, BAGE 124, 150, *Uhlenbruck/Sinz* § 55 InsO Rn. 62.

masse fortbestehen. Ansprüche aus der Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens können dabei nur als Insolvenzgläubiger geltend gemacht werden, § 108 Abs. 3 InsO. Im Rahmen der selbstständigen Tätigkeit angefallene Mietforderungen, z.B. für die Produktions- oder Verkaufsstätte, sind somit Insolvenzforderungen nach § 108 Abs. 3 InsO soweit sie vor Verfahrenseröffnung angefallen sind und Masseverbindlichkeiten soweit sie nach Verfahrenseröffnung anfallen, § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO.<sup>96</sup> Eine weitere Belastung der Insolvenzmasse durch Masseverbindlichkeiten kann der Insolvenzverwalter nur im Rahmen von § 109 Abs. 1 S. 2 InsO oder eine Kündigung nach den allgemeinen Vorschriften verhindern. Beschäftigt der Insolvenzschuldner im Rahmen seiner selbstständigen Tätigkeit Angestellte, stellt sich die Situation ähnlich dar. Nach der Verfahrenseröffnung anfallende Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer stellen Masseverbindlichkeiten dar, die vor Verfahrenseröffnung lediglich Insolvenzforderungen.<sup>97</sup> Im Rahmen von Arbeitsverhältnissen ist die Vorschrift des § 113 InsO zu beachten.

Der Begriff der Massegläubiger wird in § 53 InsO definiert. Darunter fallen die Kosten des Insolvenzverfahrens (§ 54 InsO) und die sonstigen Masseverbindlichkeiten (§ 55 InsO). Zu den sonstigen Masseverbindlichkeiten gehören u.a. nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO die Verbindlichkeiten, die durch Handlungen des Insolvenzverwalters begründet werden. Darunter fallen sämtliche vom Insolvenzverwalter für die Insolvenzmasse vorgenommenen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, z.B. abgeschlossene Kauf- und Arbeitsverträge, Prozesshandlungen oder Aufwendungen zur Massesicherung.<sup>98</sup>

Im Zusammenhang mit der selbstständigen Tätigkeit des Insolvenzschuldners stellt sich die Frage, ob durch Handlungen des Insolvenzschuldners nach Verfahrenseröffnung ebenfalls Masseverbindlichkeiten begründen werden können. Es gilt, dass der Insolvenzschuldner trotz Verlust seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bzgl. der Insolvenzmasse nach § 80 Abs. 1 InsO weiterhin geschäftsfähig bleibt.<sup>99</sup> Der Insolvenzschuldner kann sich damit zwar nach Verfahrenseröffnung weiterhin gegenüber Dritten verpflichten, den Gläubigern steht als Haftungsmasse jedoch nur das insolvenzfreie Vermögen zur Verfügung, da der Schuldner grundsätzlich nicht die Insolvenzmasse verpflichten kann.<sup>100</sup> Eine Haftung der Masse könnte nur über § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO in Betracht kom-

---

<sup>96</sup> Uhlenbruck/Sinz § 38 InsO Rn. 60, § 55 InsO Rn. 53.

<sup>97</sup> Uhlenbruck/Sinz § 55 InsO Rn. 61, 62.

<sup>98</sup> Uhlenbruck/Sinz § 55 InsO Rn. 11, 13.

<sup>99</sup> Uhlenbruck/Mock § 80 InsO Rn. 14 m.w.N.

<sup>100</sup> HambKomm/Lüdtko § 35 Rn. 259.

men, wenn Verbindlichkeiten in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden würden.

Zu beachten ist hierbei, dass § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO generell nur auf die Person des Insolvenzverwalters abstellt und allein durch dessen Handlungen oder die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse Masseverbindlichkeiten entstehen können. Die Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse ist in den §§ 148 ff. InsO geregelt, eine Beteiligung des Insolvenzschuldners ist nicht vorgesehen.<sup>101</sup> Der Insolvenzschuldner kann nach der Verfahrenseröffnung somit grundsätzlich keine Masseverbindlichkeiten begründen, sondern nur das insolvenzfreie Vermögen verpflichten. Die Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den Insolvenzschuldner kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn dieser nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberechtigt über einen Gegenstand der Insolvenzmasse verfügt hat, vgl. §§ 81 Abs. 1 S. 3, 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO.

Schon in der Gesetzesbegründung und der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wurde jedoch davon ausgegangen, „*dass die durch den Neuerwerb begründeten Verbindlichkeiten zunächst als Masseverbindlichkeiten anfallen, wenn der Insolvenzverwalter den Neuerwerb zur Masse zieht*“.<sup>102</sup> Die Entstehung von Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO ist nach Ansicht des Bundesfinanzhofs<sup>103</sup> nicht auf Handlungen des Insolvenzverwalters beschränkt, diese können auch „in anderer Weise“ begründet werden. „*Als Verwertung der Masse ist auch die ertragsbringende Nutzung der zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögensgegenstände anzusehen*“.<sup>104</sup> Dazu zählt nach Ansicht des Bundesfinanzhofes<sup>105</sup> auch die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit durch den Insolvenzschuldner. Im weiteren Verlauf der Arbeit erfolgt die weitere Betrachtung unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung. Schließlich wird auf diese Rechtsprechung auch im Gesetzesentwurf der Bundesregierung Bezug genommen. Auch hat sich diese Auffassung nunmehr in der Rechtsprechung und Literatur durchgesetzt.<sup>106</sup>

Entscheidend für die Einordnung der durch die selbstständige Tätigkeit begründeten Verbindlichkeiten ist demnach, ob diese unter Zuhilfenahme von nach § 811 Nr. 5 ZPO geschützten, nicht der Insolvenzmasse zugehörigen, Gegenständen erfolgte. Erfolgte die Ausübung der Tätigkeit mit insolvenzfreien Gegen-

---

<sup>101</sup> Vgl. BFH, Urteil v. 17.03.2010 - XI R 30/08, ZIP 2010, 2211.

<sup>102</sup> Uhlenbruck/Sinz § 55 InsO Rn. 42, BT-Drucks. 16/3227 S. 17, BT-Drucks. 16/4194.

<sup>103</sup> BFH, Urteil v. 07.04.2005 - V R 5/04, ZIP 2005, 1376 m.w.N.

<sup>104</sup> BFH a.a.O.

<sup>105</sup> Vgl. BFH a.a.O.

<sup>106</sup> Vgl. Uhlenbruck/Sinz § 55 InsO Rn. 41.

ständen, belasten dadurch begründete Verbindlichkeiten nicht die Masse, sondern stellen lediglich Neuverbindlichkeiten dar. Andernfalls werden durch die Nutzung von dem Insolvenzbeschlagn unterliegenden Gegenständen Masseverbindlichkeiten begründet.<sup>107</sup>

Vor der Einführung des § 35 Abs. 2, 3 InsO bestand für den Insolvenzverwalter entgegen der Ansicht des Finanzgerichts München<sup>108</sup> keine Möglichkeit das vollständige Vermögen der selbstständigen Tätigkeit einschließlich der dazugehörigen Vertragsverhältnisse freizugeben. Nach der bisherigen Rechtslage konnten lediglich einzelne Vermögensgegenstände freigegeben werden. Dauerschuldverhältnisse konnten zur Verhinderung einer Masseschädigung lediglich gekündigt werden.<sup>109</sup> Der Insolvenzverwalter handelt im Rahmen seines Amtes selbstständig und eigenverantwortlich.<sup>110</sup> Der Bundesgerichtshof<sup>111</sup> führt aus, dass der Insolvenzverwalter von der Befugnis zur „echten“ Freigabe im Interesse der zu befriedigenden Gläubiger Gebrauch machen soll. Über die Nutzung der Freigabebefugnis hat danach aber allein der Insolvenzverwalter zu entscheiden.<sup>112</sup>

Grundsätzlich kann ein Unterlassen des Insolvenzverwalters eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO begründen, soweit eine Amtspflicht des Insolvenzverwalters zum Handeln bestand. Aufgrund der Tatsache, dass eine vollständige Freigabe der selbstständigen Tätigkeit vor Einführung der Norm des § 35 Abs. 2, 3 InsO nicht möglich war<sup>113</sup> und dem Insolvenzverwalter zudem im Rahmen seiner allgemeinen Freigabebefugnis keine Amtspflicht trifft, war die Entstehung von Masseverbindlichkeiten aufgrund eines Unterlassens bisher ausgeschlossen. Dies hat sich mit der Einführung des § 35 Abs. 2, 3 InsO maßgeblich geändert.

#### 4.4.3 Die Situation bezüglich Insolvenzmasse und Gläubigern nach der Einführung des § 35 Abs. 2, 3 InsO

Mit der Einführung des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO hat der Gesetzgeber eine Erklärungspflicht des Insolvenzverwalters geschaffen.<sup>114</sup> Dies wird schon am Wortlaut

---

<sup>107</sup> BFH, Urteil v. 07.04.2005 - V R 5/04, ZIP 2005, FG München, Urteil v. 29.05.2008 - 14 K 3613/06, EFG 2008, 1483, Uhlenbruck/Sinz § 55 InsO Rn. 41 m.w.N.

<sup>108</sup> FG München, Urteil v. 29.05.2008 - 14 K 3613/06, EFG 2008, 1483.

<sup>109</sup> Braun/Bäuerle InsO § 35 Rn. 129, vgl. HK-InsO/Ries § 35 Rn. 51, vgl. Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 71 ff.

<sup>110</sup> Gottwald/Klopp, Kluth, Pechartscheck, Insolvenzrechts-Handbuch § 22 Rn. 1.

<sup>111</sup> BGH, Urteil v. 01.02.2007 - IX ZR 178/05, NJW-RR 2007, 1205.

<sup>112</sup> BGH a.a.O.

<sup>113</sup> Vgl. Braun/Bäuerle InsO § 35 Rn. 129, vgl. Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 90, aM Karsten Schmidt/Büteröwe InsO § 35 Rn. 49.

<sup>114</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322, Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 93 m.w.N.

des Gesetzes deutlich. Danach hat der Insolvenzverwalter zu erklären, ob Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und ob Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können.

Für die Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO ergeben sich durch die Einführung mit Ausnahme der zur Verfügung stehenden Haftungsmasse keine Änderungen.

Für die Entstehung von Masseverbindlichkeiten ergeben sich jedoch tiefgreifende Änderungen. Durch die Schaffung einer Erklärungspflicht liegt im Unterlassen der Abgabe der Erklärung und Duldung der selbstständigen Tätigkeit durch den Insolvenzschuldner eine Verwalterhandlung i.S.v. § 55 Abs. Nr. 1 Alt. 1 InsO.<sup>115</sup> „Falls der Insolvenzverwalter von der Freigabe keinen Gebrauch macht und die Fortführung der gewerblichen Tätigkeit durch den Insolvenzschuldner duldet, werden die durch den Neuerwerb begründeten Verbindlichkeiten zu Masseverbindlichkeiten, da insoweit eine Verwaltungshandlung gemäß § 55 Nr. 1 InsO vorliegt“.<sup>116</sup> Unterstützt wird diese Auffassung durch die Ausführungen in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Drucksache 16/3227 S. 17).<sup>117</sup> Im ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung war noch keine Erklärungspflicht vorgesehen. Jedoch sollten bereits nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom Insolvenzschuldner begründete Verbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten darstellen, wenn der Insolvenzverwalter keine Erklärung abgibt und die Fortführung der selbstständigen Tätigkeit duldet.<sup>118</sup> In Folge der Einführung der Erklärungspflicht muss dies erst Recht für die jetzige Fassung des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO gelten. Nun sind auch Verbindlichkeiten, die unter Zuhilfenahme von Gegenständen, die nach § 811 Nr. 5 ZPO unpfändbar sind, begründet wurden, als Masseverbindlichkeiten anzusehen.<sup>119</sup> Eine Unterscheidung der vom Insolvenzschuldner zur Begründung der Verbindlichkeiten genutzten Gegenstände hinsichtlich der Insolvenzzugehörigkeit (vgl. § 811 Nr. 5 ZPO) erübrigt sich somit grundsätzlich nach der neuen Gesetzeslage.

Der Bundesfinanzhof<sup>120</sup> führt jedoch zurecht aus, dass die Entstehung von Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO nicht in Betracht kommt, wenn der Insolvenzschuldner die Tätigkeit ohne Kenntnis und Billigung des In-

---

<sup>115</sup> Vgl. Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 104, BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>116</sup> FG München, Urteil v. 29.05.2008 - 14 K 3613/06, EFG 2008, 1483.

<sup>117</sup> BT-Drucks. 16/4194 S. 14.

<sup>118</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>119</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 104, HK-InsO/*Lohmann* § 55 Rn. 9, BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>120</sup> BFH, Urteil v. 18.05.2010 - X R 11/09, ZIP 2010, 2014.

solvenzverwalters ausübt und den entsprechenden Neuerwerb nicht nur Masse abführt. Der Insolvenzverwalter hat zwar im Rahmen der Inbesitznahme nach § 148 Abs. 1 InsO zu prüfen, ob der Schuldner eine selbstständige Tätigkeit ausübt. Des Weiteren ist der Insolvenzschnldner dem Insolvenzverwalter gegenüber nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO verpflichtet über alle das Verfahren betreffende Verhältnisse, also auch der Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit, Auskunft zu erteilen. Verschleiert bzw. verbirgt ein unredlicher Insolvenzschnldner jedoch die selbstständige Tätigkeit und ist für den Insolvenzverwalter die Ausübung der Tätigkeit nicht erkennbar, können letztlich keine Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO entstehen. Dem Insolvenzverwalter ist es nicht zuzumuten den Insolvenzschnldner ständig zu überwachen und entsprechende Nachforschungen anzustellen.<sup>121</sup> Durch den unredlichen Insolvenzschnldner werden somit lediglich Neuverbindlichkeiten begründet, für die lediglich das insolvenzfreie Vermögen als Haftungsmasse zur Verfügung steht. Aus der Neuregelung des § 35 InsO wird deutlich, dass allein der Insolvenzverwalter über die Zuordnung des Neuerwerbs und der damit verbundenen Verbindlichkeiten entscheidet.<sup>122</sup> Falls der Insolvenzverwalter aufgrund fehlender Kenntnisse unverschuldet nicht über Zuordnung des Neuerwerbs nebst den dazugehörigen Verbindlichkeiten entscheiden kann, kann dies nicht zu Lasten der Masse gehen, mithin zu deren Haftung führen. Die Beweislast für die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen seitens des Insolvenzverwalters liegt beim Gläubiger.<sup>123</sup>

Falls dem Insolvenzverwalter die selbstständige Tätigkeit jedoch bekannt ist, werden durch den Insolvenzschnldner nach Verfahrenseröffnung bis zur Abgabe der Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO Masseverbindlichkeiten begründet.<sup>124</sup> Der Gesetzgeber geht davon aus, dass aus dem Neuerwerb entstehende Verbindlichkeiten stets als Masseverbindlichkeiten einzuordnen sind.<sup>125</sup>

#### 4.4.4 Positiv- und Negativerklärung

Im Rahmen des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter einerseits die Möglichkeit zu erklären, dass Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können („Positiverklärung“). Andererseits kann die

---

<sup>121</sup> Uhlenbruck/*Sinz* § 55 InsO Rn. 43, HambKomm/*Lüdtke* § 35 Rn. 260.

<sup>122</sup> BFH, Urteil v. 18.05.2010 - X R 11/09, ZIP 2010, 2014.

<sup>123</sup> Karsten Schmidt/*Büteröwe* InsO § 35 Rn. 51 m.w.N.

<sup>124</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 104.

<sup>125</sup> InsO/*Graf-Schlicker*, *Kexel* § 35 Rn. 26, BT-Drucks. 16/3227 S. 17, BT-Drucks. 16/4196 S. 14.

Erklärung auch dahingehend lauten, dass das Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit nicht zur Insolvenzmasse gehört und Ansprüche aus dieser Tätigkeit nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können („Negativerklärung“). Eine Mischform der Positiv- und Negativerklärung ist unzulässig und damit ausgeschlossen.<sup>126</sup> Die Wirkungen können nur einheitlich herbeigeführt werden.<sup>127</sup> Der Insolvenzverwalter kann nicht erklären, dass Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört, Ansprüche aus dieser jedoch nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können oder umgekehrt.

Die Positiverklärung hat lediglich deklaratorischen Charakter. Durch die Erklärung des Insolvenzverwalters, dass das Vermögen der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können, wird lediglich die aktuelle Rechtslage wiedergegeben. Die bisherige Duldung seitens des Insolvenzverwalters wird durch dessen ausdrückliche Erklärung ersetzt. Durch den Insolvenzschuldner begründete Verbindlichkeiten stellen weiterhin Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO dar, da insoweit eine Handlung des Insolvenzverwalters durch dessen ausdrückliche Erklärung vorliegt. Der Hinzuerwerb gehört vollständig zur Insolvenzmasse, § 35 Abs. 1 InsO.<sup>128</sup> Der Positiverklärung kommt dabei keine Bindungswirkung zu. Sie wirkt lediglich klarstellend, mithin deklaratorisch. Sie wirkt weder endgültig noch unwiderruflich, entsprechend kann der Insolvenzverwalter auch später noch eine Freigabeerklärung abgeben.<sup>129</sup> Die Positiverklärung stellt keine Willenserklärung dar.

Der Negativerklärung kommt hingegen ein konstitutiver Charakter zu. Diese Erklärung ist unwiderruflich und entfaltet Bindungswirkung.<sup>130</sup> Der Insolvenzschuldner wirtschaftet ab dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Freigabe wirtschaftlich selbstständig.<sup>131</sup> Die Auswirkungen der Negativerklärung werden im Folgenden näher beleuchtet.

#### 4.4.5 Die Auswirkungen der Freigabe auf die selbstständige Tätigkeit

Die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO ist „eine Art Freigabe des Vermögens, welches der gewerblichen Tätigkeit gewidmet ist,

---

<sup>126</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 96.

<sup>127</sup> BGH, Urteil v. 21.02.2019 - IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212 m.w.N.

<sup>128</sup> HK-InsO/*Ries* § 35 Rn. 79, Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 104.

<sup>129</sup> HK-InsO/*Ries* § 35 Rn. 75.

<sup>130</sup> HK-InsO/*Ries* § 35 Rn. 76, Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 91.

<sup>131</sup> HK-InsO/*Ries* § 35 Rn. 80.

*einschließlich der dazu gehörenden Vertragsverhältnisse“.*<sup>132</sup> Die Freigabe umfasst das Vermögen der selbstständigen Tätigkeit als „*Gesamtheit von Gegenständen und Werten*“.<sup>133</sup>

Die Wirkung der Freigabeerklärung entfaltet sich ohne weitere Erfordernisse mit Zugang beim Insolvenzschuldner.<sup>134</sup> Die Freigabeerklärung kann dabei jedoch nur Wirkung für die Zukunft entfalten.<sup>135</sup> Mit Wirksamkeit der Freigabeerklärung verliert der Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das der selbstständigen Tätigkeit zukünftig zugehörige Vermögen.<sup>136</sup> Der Insolvenzschuldner erlangt diese im gleichen Zuge wieder zurück. Die Verfügungen des Insolvenzschuldners über das nun insolvenzfremde bzw. insolvenzfreie Vermögen der selbstständigen Tätigkeit sind ab Wirksamkeit der Freigabeerklärung vollumfänglich wirksam, § 81 Abs. 1 InsO findet keine Anwendung mehr.<sup>137</sup> „*Alein die Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO zerschneidet das rechtliche Band zwischen der Insolvenzmasse und der durch den Schuldner ausgeübten selbstständigen Tätigkeit*“.<sup>138</sup> Mit Wirksamkeit der Freigabeerklärung werden somit zwei separate Vermögensmassen geschaffen. Auf der einen Seite die Insolvenzmasse und andererseits der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis des Insolvenzschuldners unterliegende Neuerwerb. Der Neuerwerb steht allein dem Insolvenzschuldner zu und ist kein Bestandteil der Insolvenzmasse. Den Neugläubigern steht lediglich das insolvenzfreie Vermögen als Haftungsmasse zur Verfügung.

Von der Freigabeerklärung wird aber kein Vermögen umfasst, das dem Insolvenzschuldner im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Erklärung im Rahmen von § 35 Abs. 1 InsO bereits gehörte.<sup>139</sup> Der Bundesgerichtshof<sup>140</sup> hat entschieden, dass vom Insolvenzschuldner nach Verfahrenseröffnung im Rahmen seiner selbstständigen Tätigkeit erzielte Einkünfte in vollem Umfang ohne Abzug betrieblicher bedingter Aufwendungen zur Insolvenzmasse gehören. Eine Freigabe des von Verfahrenseröffnung bis zur Wirksamkeit der Freigabe erworbenen Vermögens würde dem Zweck des § 1 S. 1 InsO zuwiderlaufen. Die Vermögensgegenstände würden so den Insolvenzgläubigern als Haftungsmasse entzogen werden, während die mit dem Neuerwerb einhergehenden Verbindlichkeiten die

---

<sup>132</sup> BGH, B. v. 09.06.2011 - IX ZB 175/10, NJW-RR 2011, 1615, BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>133</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322, BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>134</sup> BGH a.a.O. m.w.N.

<sup>135</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 99 m.w.N.

<sup>136</sup> BGH, Urteil v. 18.04.2013 - IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181.

<sup>137</sup> Uhlenbruck/*Mock* § 80 InsO Rn. 15.

<sup>138</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 m.w.N.

<sup>139</sup> BGH, Urteil v. 21.02.2019 - IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212 m.w.N.

<sup>140</sup> BGH, B. v. 25.01.2018 - IX ZA 19/17, ZIP 2018, 543.

Masse als Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO belasten würden.<sup>141</sup> Somit ist nur der nach der Freigabeerklärung anfallende Neuerwerb von § 35 Abs. 2 InsO umfasst. Darunter fallen beispielsweise erwirtschaftete Vermögenswerte, neu angeschaffte Maschinen und Anlagen zur Durchführung der selbstständigen Tätigkeit oder erworbene Forderungen. Ob ein Vermögensrecht im Zeitpunkt der Freigabe bereits zur Insolvenzmasse gehörte, richtet sich nach dem gleichen Maßstab, der bei § 35 Abs. 1 InsO angewandt wird.<sup>142</sup>

Da die Freigabe ihre Wirkungen mit Zugang beim Insolvenzschuldner entfaltet, wurde eine Zäsur geschaffen, die eine einheitliche und eindeutige Abgrenzung der einerseits zur Insolvenzmasse und andererseits dem Neuerwerb zugehörigen Vermögen und Verbindlichkeiten ermöglicht.<sup>143</sup> Es wird zweifelsfrei klargestellt, ob durch die Ausübung der selbstständigen Tätigkeit Masseverbindlichkeiten entstehen oder nicht.<sup>144</sup>

Nach dem Wortlaut des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO hat sich der Insolvenzverwalter auch darüber zu erklären, ob Ansprüche aus der selbstständigen Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Somit sind auch die Auswirkungen der Freigabe auf Forderungen und Verbindlichkeiten genauer zu untersuchen. Grundsätzlich kann sich eine „echte“ Freigabe nur auf Gegenstände der Insolvenzmasse beziehen, nicht jedoch zweiseitig bindende Verträge wie Kauf-, Werk- oder Arbeitsverträge.<sup>145</sup> Der Bundesgerichtshof<sup>146</sup> führt jedoch zutreffend aus, dass die Freigabe nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO umfassenderer Natur ist und einer Erstreckung der Freigabe auf bestehende Vertragsverhältnisse nichts entgegensteht. Mit der neu geschaffenen Regelung hat der Gesetzgeber die Freigabebefugnis des Insolvenzverwalters bewusst erweitert. Die der selbstständigen Tätigkeit zugehörigen Vertragsverhältnisse werden von der Masse auf die Person des Insolvenzschuldners übergeleitet.<sup>147</sup> Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vertragsverhältnis geht vom Insolvenzverwalter auf den Insolvenzschuldner über.<sup>148</sup>

Vorerst bleibt festzuhalten, dass nach der Freigabe durch den Insolvenzschuldner begründete Verbindlichkeiten allein den Insolvenzschuldner selbst berechti-

---

<sup>141</sup> BGH, Urteil v. 21.02.2019 - IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212.

<sup>142</sup> BGH a.a.O.

<sup>143</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322, BGH, Urteil v. 21.02.2019 - IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212.

<sup>144</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

<sup>145</sup> BAG, Urteil v. 10.04.2008 - 6 AZR 368/07, BAGE 126, 229.

<sup>146</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

<sup>147</sup> BGH a.a.O.

<sup>148</sup> BGH, Urteil v. 21.02.2019 - IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212.

gen und verpflichten.<sup>149</sup> Für bereits bestehende Vertragsverhältnisse ergibt sich durch die Einführung des § 35 Abs. 2 InsO, dass infolge der Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters die der selbstständigen Tätigkeit zugehörigen Vertragsverhältnisse von der Masse auf den Insolvenzschuldner ex - nunc übergeleitet werden.<sup>150</sup> Da die Freigabe ihre Wirkungen lediglich für die Zukunft entfaltet, wirkt sie nicht auf Forderungen und Verbindlichkeiten zurück, die vor Wirksamwerden der Erklärung entstanden sind.<sup>151</sup> Diese bleiben weiterhin Bestandteil der Insolvenzmasse bzw. belasten diese als Masseverbindlichkeiten entsprechend § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Der Insolvenzverwalter verbleibt diesbezüglich verwaltungs- und verfügungsbefugt. Bei Dauerschuldverhältnissen erfolgt die Betrachtung ebenso wie bereits den §§ 108 Abs. 1, 3, 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO (Punkt 4.4.2.) erläutert wurde. Alle Forderungen und Verbindlichkeiten, die vor der Freigabeerklärung entstanden sind, gehören zur bzw. belasten die Insolvenzmasse. Alle nachher entstehenden Forderungen und Verbindlichkeiten stehen dem Insolvenzschuldner zu bzw. belasten den insolvenzfreien Neuerwerb. Eine Gestaltungserklärung, die ein Vertragsverhältnis der selbstständigen Tätigkeit betrifft, ist nach der Freigabe allein gegenüber dem Insolvenzschuldner abzugeben.<sup>152</sup> Allein der Insolvenzschuldner ist nach der Freigabe verwaltungs- und dispositi- onsbefugt.

In der Literatur und Rechtsprechung wurde bislang kontrovers diskutiert, ob Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen trotz der Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO bis zur wirksamen Kündigung seitens des Insolvenzverwalters die Masse belasten.<sup>153</sup> Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung wird angeführt, dass sich in § 109 Abs. 1 S. 2 InsO eine vergleichbare Regelung zur Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO befindet.<sup>154</sup> Somit ist zu untersuchen, ob zusätzlich zur Freigabeerklärung eine Kündigung des Dauerschuldverhältnisses (§§ 109, 113 InsO) notwendig ist, um die Haftung der Masse zu verhindern. Der Bundesgerichtshof<sup>155</sup> hat zutreffend entschieden, dass zur Verhinderung der Haftung der Insolvenzmasse keine zusätzlichen Kündigungserklärungen seitens des Insolvenzverwalters erforderlich sind. Das Vertragsverhältnis wird mit Wirksamkeit der Freigabeerklärung ohne weitere Erfordernisse auf die Person des Insolvenzschuldners übergeleitet, eine Haftung der Insolvenzmasse scheidet

---

<sup>149</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 101.

<sup>150</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

<sup>151</sup> BGH, Urteil v. 21.02.2019 - IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212.

<sup>152</sup> BGH a.a.O.

<sup>153</sup> Zum Meinungsstreit: BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322, Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 101.

<sup>154</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>155</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

somit aus. Eine darüber hinausgehende Kündigungserklärung ist nicht erforderlich. Der Bundesgerichtshof<sup>156</sup> begründet diese Ansicht u.a. mit der Veröffentlichung der Erklärung nach § 35 Abs. 3 S. 2 InsO. Durch die Veröffentlichung der Erklärung wird der Geschäftsverkehr über die Rechtslage hinreichend informiert, Unklarheiten zur Einordnung durch vom Insolvenzschuldner begründete Verbindlichkeiten bei Verfahrensbeteiligten und Dritten sind ausgeschlossen.<sup>157</sup> Weiterhin soll die Freigabe nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO dem Insolvenzschuldner eine selbstständige Tätigkeit außerhalb des Insolvenzverfahrens ermöglichen.<sup>158</sup> Müsste der Insolvenzverwalter die bestehenden Dauerschuldverhältnisse zur Verhinderung der Haftung der Masse erst kündigen, würde dies die Möglichkeit zur Ausübung der selbstständigen Tätigkeit torpedieren.<sup>159</sup> Dem Insolvenzschuldner würden essenzielle Vertragsverhältnisse entzogen werden, die ehemaligen Vertragspartner würden mit dem Insolvenzschuldner aufgrund dessen Insolvenz und ihrer Stellung als Neugläubiger keine neuen Vertragsverhältnisse eingehen.<sup>160</sup> Außerdem verliert der Insolvenzverwalter mit der Freigabeerklärung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Vertragsverhältnisse.<sup>161</sup> Der Insolvenzverwalter ist insoweit nicht mehr befugt ein Vertragsverhältnis zu beenden.

Somit bleibt festzuhalten, dass durch die Einführung des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO das Erfordernis von Kündigungserklärungen zur Verhinderung der Haftung der Insolvenzmasse entfallen ist.

#### 4.4.6 Auswirkungen der Freigabeerklärung auf die Gläubiger unter Berücksichtigung von Vollstreckungsverboten

##### 4.4.6.1 Insolvenzgläubiger, § 38 InsO

Insolvenzgläubiger können ihre Forderungen nur nach den Vorschriften des Insolvenzverfahrens verfolgen, §§ 87, 89 InsO. Sie haben ihre Forderungen beim Insolvenzverwalter zur Tabelle anzumelden, §§ 174, 175 InsO. Ihnen steht die Teilungsmasse als Haftungsmasse zur Verfügung. Zwangsvollstreckungen für einzelne Insolvenzgläubiger sind für die Dauer des Insolvenzverfahrens unzulässig, § 89 InsO.

Falls der Insolvenzverwalter eine Positiverklärung abgibt, steht den Insolvenzgläubigern nach der Befriedigung der Massegläubiger gemäß §§ 53 ff. InsO der

---

<sup>156</sup> BGH a.a.O.

<sup>157</sup> BT-Drucks. 16/4194 S. 14.

<sup>158</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>159</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

<sup>160</sup> BGH a.a.O.

<sup>161</sup> BGH a.a.O.

vom Insolvenzschuldner nach der Positiverklärung erwirtschaftete Neuerwerb ebenfalls als Haftungsmasse zur Verfügung. Im Falle der Negativerklärung stehen den Insolvenzgläubigern nur die Vermögensgegenstände als Haftungsmasse zur Verfügung, die bis zur Freigabeerklärung Bestandteil der Insolvenzmasse waren.<sup>162</sup> Der Neuerwerb kann nicht als Haftungsmasse herangezogen werden. Weiterhin ist eine Vollstreckung in diese Vermögenswerte nach § 89 InsO ausgeschlossen.<sup>163</sup>

#### 4.4.6.2 Massegläubiger, §§ 53 ff. InsO

Zur Befriedigung der Massegläubiger steht grundsätzlich die freie Masse zur Verfügung. Die Massegläubiger werden vorweg, d.h. vor den Insolvenzgläubigern, befriedigt, § 53 InsO. Die Situation bezüglich der Haftungsmasse stellt sich bei Positiverklärung und Negativerklärung wie bei den Insolvenzgläubigern dar. Bei der Vollstreckung von Massegläubigern ist das Vollstreckungsverbot nach § 90 InsO zu beachten. Dabei ist zwischen oktroyierten und gewillkürten Verbindlichkeiten zu unterscheiden.

Im Falle der Positiverklärung werden die nach der Erklärung entstehenden Verbindlichkeiten aus der selbstständigen Tätigkeit weiterhin zu Masseverbindlichkeiten, da deren Entstehung aufgrund der Erklärung des Insolvenzverwalters erfolgt, § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO.<sup>164</sup> Im Falle der Negativerklärung werden keine weiteren Masseverbindlichkeiten begründet. Die vor und nach der Positiverklärung entstehenden Masseverbindlichkeiten sind auf eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters zurückzuführen. Somit liegen gewillkürte Verbindlichkeiten vor. Ein Vollstreckungsverbot nach § 90 Abs.1 InsO ist nicht gegeben. Die Massegläubiger sind bei der Geltendmachung Ihrer Ansprüche grundsätzlich nicht eingeschränkt.

#### 4.4.6.3 Neugläubiger

Unter den Begriff der Neugläubiger fallen diejenigen Gläubiger, die nach Wirksamkeit der Freigabeerklärung (Negativerklärung) Forderungen gegenüber dem Insolvenzschuldner erworben haben. Diese können auf die ab dem Zeitpunkt der Freigabe erwirtschafteten Vermögenswerte zugreifen.<sup>165</sup> Dabei handelt es sich insbesondere um Einkünfte und aus der selbstständigen Tätigkeit, erworbene Gegenstände einschließlich ihrer Surrogate.<sup>166</sup>

---

<sup>162</sup> BGH, Urteil v. 21.02.2019 - IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212.

<sup>163</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

<sup>164</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 104.

<sup>165</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

<sup>166</sup> BGH, Urteil v. 21.02.2019 - IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212.

Ein Vollstreckungsverbot für die Neugläubiger bezüglich des Neuerwerbs besteht nicht. Die Neugläubiger können ihre Forderungen gegenüber dem Insolvenzschuldner unbeschränkt geltend machen.<sup>167</sup> § 91 Abs. 1 InsO findet dabei keine Anwendung, da der Neuerwerb keinen Bestandteil der Insolvenzmasse darstellt. Bezüglich des Zugriffs auf die Insolvenzmasse sind die Neugläubiger jedoch nach § 91 Abs. 1 InsO in der Vollstreckung eingeschränkt. Ein Zugriff auf die Insolvenzmasse ist für die Neugläubiger nicht möglich, diese steht lediglich für die Befriedigung der Insolvenz- und Massegläubiger zur Verfügung.<sup>168</sup>

#### 4.5 Die Problematik des Abgabezeitpunktes und der Abgabepflicht

##### 4.5.1 Überlegungen seitens des Insolvenzverwalters

Die Entscheidung, ob das Vermögen der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört oder freigegeben wird, trifft der Insolvenzverwalter nach eigenem (wirtschaftlichen) Ermessen.<sup>169</sup> Dem Insolvenzverwalter steht insoweit eine eigenständige Entscheidungsalternative zur Verfügung.<sup>170</sup> Diese hat sich am Ziel des Insolvenzverfahrens, der bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger, zu orientieren, § 1 S. 1 InsO. Ausschlaggebend für die Entscheidung des Insolvenzverwalters wird sein, ob der Behalt des Neuerwerbs für die Masse vorteilhaft ist.<sup>171</sup> Sollte der Neuerwerb die im Rahmen der selbstständigen Tätigkeit begründeten Verbindlichkeiten übersteigen, wird der Insolvenzverwalter regelmäßig den Neuerwerb zur Masse ziehen, somit eine Positiverklärung abgeben.

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat der Insolvenzverwalter zuerst Kontakt mit dem Insolvenzschuldner aufzunehmen und zu erforschen, ob ein Wille bzw. Bestreben des Insolvenzschuldners zur Weiterführung oder Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit besteht.<sup>172</sup> Die Vorschrift des § 35 Abs. 2, 3 InsO findet nur in den Fällen Anwendung, in denen der Insolvenzschuldner eine Tätigkeit eigenverantwortlich und selbstständig ausüben möchte. Fehlt es an einer solchen Intention des Insolvenzschuldners, hat der Insolvenzverwalter das Unternehmen bis zur Entscheidung der Gläubiger nach §§ 157, 158 InsO selbst fortzuführen.<sup>173</sup>

Die Entscheidung, ob das Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit zur Insol-

---

<sup>167</sup> Uhlenbruck/Mock § 89 InsO Rn. 12.

<sup>168</sup> Uhlenbruck/Mock a.a.O.

<sup>169</sup> Braun/Bäuerle InsO § 35 Rn. 128.

<sup>170</sup> BGH, B. v. 13.06.2013 - IX ZB 38/10, NJW 2013, 2973.

<sup>171</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>172</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 92, HK-InsO/Ries § 35 Rn. 70.

<sup>173</sup> Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 92.

venzmasse gehört und Ansprüche aus dieser im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können, bildet stets eine Prognoseentscheidung.<sup>174</sup> Der dem Insolvenzverwalter durch Abgabe der Erklärung entstehende Mehraufwand ist aber sehr gering, weil ohnehin eine Prüfung zur wirtschaftlichen Rentabilität des betroffenen Unternehmens zu erfolgen hat.<sup>175</sup> Außerdem ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens gemäß §§ 5 Abs. 1 S. 2, 4 InsO i.V.m. §§ 402 ff. ZPO zur Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, insbesondere eines Insolvenzgrundes, gängige Praxis. Auch von hier kann der Insolvenzverwalter die zu seiner Entscheidung erforderlichen Informationen einholen. Der Insolvenzschuldner hat weiterhin entsprechend Auskünfte über die wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse sowie perspektivischen Fortführungsmöglichkeiten zu geben, § 97 Abs. 1 S. 1 InsO.

#### 4.5.2 Der Abgabezeitpunkt

Mit der Einführung der Vorschrift des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO wurde eine Erklärungspflicht des Insolvenzverwalters geschaffen. Ein genauer Abgabezeitpunkt bzw. eine Frist zur Abgabe der Erklärung wurde durch den Gesetzgeber jedoch nicht normiert. Dies wird u.a. mit der Intention der Erhaltung der Flexibilität des Insolvenzverfahrens begründet.<sup>176</sup>

In der Literatur wird die Frage nach dem Abgabezeitpunkt unterschiedlich beurteilt. Einerseits existiert die Auffassung, dass die Erklärung alsbald bzw. unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, nach der Verfahrenseröffnung abzugeben ist.<sup>177</sup> Andererseits wird dem Insolvenzverwalter auch eine Abgabefrist, beispielsweise von 4 Wochen, zugebilligt.<sup>178</sup>

Die Wirkungen der Freigabeerklärung verwirklichen sich im Zeitpunkt des Zugangs beim Insolvenzschuldner.<sup>179</sup> Eine Vorverlagerung der Wirkungsentfaltung auf einen früheren Zeitpunkt ist nicht möglich. Der Insolvenzverwalter kann somit die Wirkungen einer etwaigen Freigabeerklärung durch eine ausdrückliche Erklärung nicht auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung vorverlegen.<sup>180</sup> Dadurch würde stets eine Unsicherheit über die Einordnung der Verbindlichkeiten als Masse- oder Neuforderungen bestehen. Dies wäre mit dem Ziel der Vorschrift, den Rechts- und Geschäftsverkehr zweifelsfrei darüber in Kenntnis zu setzen, ob

---

<sup>174</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 97, Braun/*Bäuerle* InsO § 35 Rn. 128.

<sup>175</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/4194 S. 14.

<sup>176</sup> BT-Drucks. 16/4194 S. 14.

<sup>177</sup> Braun/*Bäuerle* InsO § 35 Rn. 128, InsO/*Graf-Schlicker, Kexel* § 35 Rn. 27.

<sup>178</sup> Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 94 m.w.N.

<sup>179</sup> BGH, Urteil v. 21.02.2019 - IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212, Uhlenbruck/*Hirte* § 35 InsO Rn. 99 m.w.N.

<sup>180</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 18.04.2013 - IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181.

im Rahmen der selbstständigen Tätigkeit des Insolvenzschuldners Masseverbindlichkeiten begründet werden, nicht vereinbar.<sup>181</sup>

Da bis zur Abgabe der Positiverklärung oder Negativerklärung ohnehin Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO entstehen, sollte der Insolvenzverwalter im Hinblick auf die Vermeidung einer etwaigen Haftung nach §§ 60, 61 InsO die Erklärung schnellstmöglich abgeben. Die Festlegung einer expliziten Abgabefrist verbietet sich jedoch. Es ist stets auf den Einzelfall abzustellen.<sup>182</sup> Die unverzügliche Abgabe der Erklärung darf zudem nicht zu Lasten einer sorgfältigen Prüfung der rechtlichen und wirtschaftlichen Begebenheiten erfolgen.<sup>183</sup> Im Falle einer umfangreicheren Prüfung der Unternehmensstrukturen oder der fehlenden Mitwirkung des Insolvenzschuldners im Rahmen seiner Auskunftspflichten muss dem Insolvenzverwalter ein weitreichenderer Zeitraum zur Abgabe der Erklärung zugebilligt werden.

Es bleibt festzuhalten, dass sich der Insolvenzverwalter nach sorgfältiger Prüfung unverzüglich zu erklären hat, obwohl durch den Gesetzgeber keine zeitliche Richtlinie vorgegeben wurde.

#### 4.5.3 Die Schadensersatzpflicht des Insolvenzverwalters

##### 4.5.3.1 Die Schadensersatzpflicht nach § 60 Abs. 1 InsO

Im Falle einer verspäteten Abgabe der Erklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO könnte sich der Insolvenzverwalter der Gefahr einer Schadensersatzpflicht nach §§ 60, 61 InsO aussetzen. „*Verzögerungen können Schadensersatzansprüche des Gläubigers begründen*“.<sup>184</sup> Diese Gefahr bzw. Problematik wurde auch seitens des Rechtsausschusses erkannt.<sup>185</sup>

Nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO ist der Insolvenzverwalter allen Beteiligten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach diesem Gesetz obliegen. Als Beteiligte i.S.v. § 60 InsO können der Insolvenzschuldner, Insolvenz- und Massegläubiger sowie Aus- und Absonderungsberechtigte auftreten.<sup>186</sup>

Für eine etwaige Haftung muss der Insolvenzverwalter eine insolvenzspezifische Pflicht aus der Insolvenzordnung, die gegenüber einem am Verfahren Beteiligten besteht, verletzt haben.<sup>187</sup> Gegenüber den Insolvenzgläubigern ist der Insolvenz-

---

<sup>181</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322, BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>182</sup> Vgl. HambKomm/Lüdtke § 35 Rn. 262.

<sup>183</sup> InsO/Graf-Schlicker, Kexel § 35 Rn. 27.

<sup>184</sup> BGH, Urteil v. 09.02.2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322.

<sup>185</sup> BT-Drucks. 16/4194 S. 14.

<sup>186</sup> Uhlenbruck/Sinz § 60 InsO Rn. 9, Braun/Baumert InsO § 60 Rn. 6, 8, 11, 12.

<sup>187</sup> Uhlenbruck/Sinz § 60 InsO Rn. 12, Braun/Baumert InsO § 60 Rn. 5.

verwalter beispielsweise zur bestmöglichen Erhaltung und Mehrung der Masse sowie der bestmöglichen gleichmäßigen Befriedigung verpflichtet.<sup>188</sup> Gegenüber dem Insolvenzschuldner ist der Insolvenzverwalter zur bestmöglichen Verwertung der Insolvenzmasse angehalten, um die Nachhaftung des Schuldners nach § 201 Abs. 1 InsO möglichst gering zu halten.<sup>189</sup>

Mit der Einführung der Regelung des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO wurde ebenfalls eine insolvenzspezifische Pflicht für den Insolvenzverwalter geschaffen. Die neu geschaffene Pflicht knüpft an die o.g. Pflichten des Insolvenzverwalters an. Der Insolvenzverwalter hat nun die Möglichkeit Einkünfte aus einer wirtschaftlich rentablen Tätigkeit zur Insolvenzmasse zu ziehen, um die Masse zu mehren oder andererseits eine verlustbringende Tätigkeit freizugeben, um eine Masseminderung zu vermeiden. Somit dient die Erklärungspflicht u.a. dazu, den Gläubigern die bestmöglichen Befriedigungschancen zu ermöglichen. Gegenüber dem Insolvenzschuldner ermöglicht die Erklärungspflicht die Möglichkeit zur bestmöglichen Massewahrung bzw. Massevermehrung, um eine etwaige Nachhaftung nach § 201 Abs. 1 InsO zu verringern bzw. auszuschließen. Damit stellt auch die Erklärungspflicht nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO eine insolvenzspezifische Pflicht im Rahmen von § 60 Abs. 1 S.1 InsO dar.

Eine Haftung des Insolvenzverwalters kommt dabei grundsätzlich bei der Abgabe einer Positiverklärung und Negativerklärung sowie einer unsachgerechten Duldung der Tätigkeit in Betracht. Im Falle der unsachgerechten Duldung der Tätigkeit oder Abgabe einer Positiverklärung besteht die Gefahr, dass die Insolvenzmasse mit zahlreichen Masseverbindlichkeiten belastet wird. Aufgrund der Vorwegberichtigung der Masseverbindlichkeiten (§ 53 InsO) und der damit verbundenen Verringerung der zur Verfügung stehenden Haftungsmasse für die Insolvenzgläubiger ist ein Schadensfall für diese denkbar. Falls seitens des Insolvenzverwalters eine Negativerklärung abgegeben wird, besteht das Risiko, dass die Einkünfte einer gewinnbringenden Tätigkeit nicht zur Insolvenzmasse gezogen werden und durch die Freigabe eine potenziell umfangreichere Haftungsmasse für die Gläubiger verhindert wird.

Eine Haftung des Insolvenzverwalters kommt jedoch nur in Betracht, wenn dieser die Pflichtverletzung zu verschulden hat, § 60 Abs. 1 S. 1 InsO. Für den Verschuldensmaßstab gilt dabei grundsätzlich die Vorschrift des § 276 Abs. 1, 2 BGB.<sup>190</sup> Danach hat der Insolvenzverwalter grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Wann ein Fall der Fahrlässigkeit vorliegt, wird

---

<sup>188</sup> Uhlenbruck/Sinz § 60 InsO Rn. 14 m.w.N., HK-InsO/Lohmann § 60 Rn. 18.

<sup>189</sup> Braun/Baumert InsO § 60 Rn. 6, HK-InsO/Lohmann § 60 Rn. 17.

<sup>190</sup> InsO/Kexel § 60 Rn. 17, Braun/Baumert InsO § 60 Rn. 17.

durch § 60 Abs. 1 S. 2 InsO konkretisiert.<sup>191</sup> Danach hat er für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen. Dabei ist auf die Fähigkeiten eines objektiv betrachtet durchschnittlichen Insolvenzverwalters abzustellen.<sup>192</sup> Der Insolvenzverwalter hat jedoch seine insolvenzrechtlichen Pflichten zu kennen, mithin die Erklärungspflicht nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO.<sup>193</sup> Im Rahmen des Fahrlässigkeitsmaßstabs sind keine übertriebenen Maßstäbe gegenüber dem Insolvenzverwalter anzusetzen.<sup>194</sup> Durch die Formulierung in § 60 Abs. 1 S. 2 InsO wird einerseits der Mindestsorgfaltsmaßstab festgelegt, andererseits werden auch die besonderen Anforderungen für anspruchsvolle Fallgestaltungen berücksichtigt.<sup>195</sup>

Im Rahmen der Prognoseentscheidung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO sind vom Insolvenzverwalter betriebswirtschaftliche und handelsrechtliche Kenntnisse zu verlangen. Zu Beginn des Insolvenzverfahrens ist dem Insolvenzverwalter zur Ausübung seines Erklärungswahlrechts nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO eine gewisse Einarbeitungszeit zuzubilligen.<sup>196</sup> Der Insolvenzverwalter hat sich erst in die betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse des Unternehmens einzuarbeiten. Eine Prüfung der zukünftigen Ertrags- und Liquidationsfähigkeit ist dabei unerlässlich.<sup>197</sup> Zusätzlich sind erschwerende Umstände, beispielsweise eine vorgefundene ungeordnete Buchführung oder die Einarbeitung in einen unbekanntem Geschäftszweig, zu berücksichtigen.<sup>198</sup> Vor allem während den ersten Tagen der Insolvenzverwaltung sind an den Insolvenzverwalter deshalb mindere Anforderungen zu stellen.<sup>199</sup> Während der Einarbeitungszeit ist eine Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 Abs. 1 InsO nahezu ausgeschlossen. Ein möglicher Schadensfall, vor allem in Hinblick der Duldung der selbstständigen Tätigkeit, resultiert dann nicht auf einer schuldhaften Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters, da dieser zuerst die zur Wahrnehmung seiner Pflicht erforderlichen Umstände erforschen und prüfen muss. Ausgenommen sind aber die Fälle einer vorwerfbar Fehlentscheidung.<sup>200</sup> Eine allgemeingültige Festlegung einer angemessenen Einarbeitungszeit verbietet sich, diese ist separat für den jeweiligen Einzelfall zu bestimmen. Als Maßstab sollte jedoch eine Frist von 3 bis 4 Wochen

---

<sup>191</sup> InsO/Kexel a.a.O., Braun/Baumert a.a.O.

<sup>192</sup> InsO/Kexel a.a.O., Braun/Baumert a.a.O.

<sup>193</sup> Vgl. HK-InsO/Lohmann § 60 Rn. 31 m.w.N., Uhlenbruck/Sinz § 60 InsO Rn. 95.

<sup>194</sup> InsO/Andres § 60 Rn. 30 m.w.N.

<sup>195</sup> Uhlenbruck/Sinz § 60 InsO Rn. 91, HK-InsO/Lohmann § 60 Rn. 29, Braun/Baumert InsO § 60 Rn. 17.

<sup>196</sup> Vgl. HK-InsO/Lohmann a.a.O., InsO/Andres § 60 Rn. 30.

<sup>197</sup> Vgl. Braun/Baumert InsO § 60 Rn. 17.

<sup>198</sup> HK-InsO/Lohmann § 60 Rn. 29.

<sup>199</sup> Uhlenbruck/Sinz § 60 InsO Rn. 91.

<sup>200</sup> Uhlenbruck/Sinz § 60 InsO Rn. 90.

ab Verfahrenseröffnung angemessen sein.

Im weiteren Verlauf des Insolvenzverfahrens kommt eine Haftung aufgrund Duldung der Tätigkeit lediglich in Betracht, wenn *„die zur Einarbeitung, Gewinnung eines Gesamtüberblicks, Ausschöpfung aller Erkenntnismittel und Gesamtabstimmung mit anderen Entscheidungen erforderliche Zeit deutlich überschritten ist“*.<sup>201</sup>

Eine Haftung bei Abgabe einer Positiverklärung bzw. Negativerklärung kommt nur in Betracht, wenn für den Insolvenzverwalter aufgrund der im Zeitpunkt der Erklärungsabgabe vorliegenden Umstände erkennbar war, dass die gegenteilige Erklärung unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten sachgerechter gewesen wäre. Dabei ist zu beachten, dass die Entscheidung stets eine Prognoseentscheidung darstellt.

Die Beweislast zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs tragen stets die Kläger, mithin die Geschädigten.<sup>202</sup>

Der Umfang eines etwaigen Schadensersatzanspruchs richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB, gerichtet auf das negative Interesse.<sup>203</sup> Es ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, § 249 Abs. 1 BGB. Da regelmäßig ein Gesamtschaden vorliegen wird, ist bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs die Vorschrift des § 92 InsO zu beachten.

#### 4.5.3.2 Die Schadensersatzpflicht nach § 61 InsO

Nach § 61 S. 1 InsO ist der Insolvenzverwalter dem Massegläubiger gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet, dessen Verbindlichkeit durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden ist und nicht voll aus der Insolvenzmasse befriedigt werden kann. § 61 InsO ist gegenüber § 60 Abs. 1 InsO *lex specialis*, soweit es um die pflichtwidrige Begründung von Masseverbindlichkeiten geht.<sup>204</sup> Falls die Befriedigung der Massegläubiger aufgrund anderer Umstände geschmälert wird, beispielsweise durch die fehlende Geltendmachung von Ansprüchen seitens des Insolvenzverwalters für die Masse oder die Freigabe wertvoller Gegenstände aus der Masse, steht auch den Massegläubigern ein Anspruch nach § 60 Abs. 1 InsO zu. § 61 S. 1 InsO ist sodann nicht anwendbar.

Voraussetzung für die Haftung nach § 61 S. 1 InsO ist, dass durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters eine Masseverbindlichkeit nach

---

<sup>201</sup> HK-InsO/Lohmann § 60 Rn. 30 m.w.N.

<sup>202</sup> Braun/Baumert InsO § 60 Rn. 42.

<sup>203</sup> Uhlenbruck/Sinz § 60 InsO Rn. 125, Braun/Baumert InsO § 60 Rn. 42.

<sup>204</sup> Uhlenbruck/Sinz § 61 InsO Rn. 4 m.w.N.

§ 55 Abs. 1 InsO begründet wird. Im Falle der Abgabe einer Positiverklärung bzw. der Duldung der Tätigkeit werden stets Masseverbindlichkeiten begründet. Eine Haftung nach § 61 S. 1 InsO kommt somit nur bei Abgabe einer Positiverklärung oder Duldung der Tätigkeit in Betracht. Eine Haftung bei Abgabe einer Negativerklärung scheidet aufgrund der fehlenden Begründung von Masseverbindlichkeiten aus.

Eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters liegt in den beiden o.g. Fällen vor. Bereits im Gesetzesentwurf wurde in der Duldung der selbstständigen Tätigkeit eine Verwaltungshandlung gesehen.<sup>205</sup>

Teilweise wird eine Haftung nach § 61 S. 1 InsO im Falle der Abgabe einer Positiverklärung bezweifelt, weil der Insolvenzverwalter die Verträge nicht selbst schließen würde.<sup>206</sup> Dem wird entschieden entgegengetreten. Dem Insolvenzverwalter wurde mit der Vorschrift des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO die Möglichkeit eröffnet, die Befriedigung der Gläubiger nach § 1 S. 1 InsO bestmöglich umzusetzen. Der Insolvenzverwalter gibt die Positiverklärung im Falle einer ertragsreichen selbstständigen Tätigkeit ab, um eine Massemehrung herbeizuführen und manifestiert damit ebenfalls die Entstehung von Masseverbindlichkeiten. „§ 61 will die Interessen von Massegläubigern schützen, die vor allem auf Grund einer Unternehmensfortführung mit der Masse in Kontakt gekommen sind und eine Gegenleistung zur Masse erbringen“.<sup>207</sup> Ob der Insolvenzverwalter oder der Insolvenzschnldner die Masseverbindlichkeiten begründen, ist für den Schutzzweck der Norm des § 61 S. 1 InsO unerheblich. Der Insolvenzverwalter ist für die Erfüllung seiner insolvenzrechtlichen Pflichten gegenüber den Gläubigern verantwortlich. Falls er eine Positiverklärung abgibt, muss er dafür auch grundsätzlich den Massegläubigern gegenüber haften.

Ein Schaden für die Massegläubiger liegt vor, wenn deren Forderung nicht vollständig befriedigt werden kann. „Ein Ausfallschaden im Sinn des § 61 InsO liegt jedenfalls dann vor, wenn der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat und keine ohne weiteres durchsetzbaren Ansprüche bestehen, aus denen die Massegläubiger befriedigt werden könnten“.<sup>208</sup>

Eine Haftung des Insolvenzverwalters kommt dabei nur in Betracht, wenn er den Ausfall der Massegläubiger zu verschulden hat. Der Insolvenzverwalter hat wie bei § 60 InsO Vorsatz und Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 1, 2 BGB zu vertre-

---

<sup>205</sup> FG München, Urteil v. 29.05.2008 - 14 K 3613/06, EFG 2008, 1483, BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>206</sup> Vgl. HK-InsO/Lohmann § 61 Rn. 5 m.w.N.

<sup>207</sup> Uhlenbruck/Sinz § 61 InsO Rn. 5 m.w.N.

<sup>208</sup> BGH, Urteil v. 06.05.2004 - IX ZR 48/03, BGHZ 159, 104.

ten.<sup>209</sup> Das Verschulden muss im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit vorliegen, vgl. § 61 S. 2 InsO. Falls der Insolvenzverwalter im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, dass die Masse voraussichtlich nicht zur Erfüllung ausreichen wird, haftet er nicht. Die Beweislast trägt der Insolvenzverwalter.<sup>210</sup> Eine Haftung kommt in Betracht, wenn der Insolvenzverwalter eine Finanzplanung und Prognose unterlassen hat oder die Nichterfüllbarkeit der Masseverbindlichkeit erkennen konnte.<sup>211</sup> Der Insolvenzverwalter hat vor Begründung der Verbindlichkeit zu prüfen, ob die Masse deren Erfüllung gewährleisten kann.<sup>212</sup>

Im Rahmen der Positiverklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO ist besonders zu berücksichtigen, dass diese stets eine Prognose darstellt. Eine Haftung wird regelmäßig ausgeschlossen sein, wenn für den Insolvenzverwalter ein Ausfall der Massegläubiger trotz ordnungsgemäßer Unternehmens- und Finanzplanung nicht erkennbar war.

Der Insolvenzverwalter haftet für jeden Schaden, der sich adäquat kausal auf seine Pflichtverletzung zurückführen lässt.<sup>213</sup> Der Massegläubiger ist so zu stellen, als wäre keine Pflichtverletzung begangen worden.<sup>214</sup>

#### 4.5.4 Konkurrenz zu § 157 InsO

Nach § 157 S. 1 InsO beschließt die Gläubigerversammlung im Berichtstermin, ob das Unternehmen des Schuldners stillgelegt oder vorläufig fortgeführt werden soll. Die Vorschrift findet grundsätzlich auf natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften Anwendung. Die Beschlussfassung erfolgt dabei nach § 76 Abs. 2 InsO. In der Vorschrift spiegelt sich der Grundsatz der Gläubigerautonomie wieder, die Gläubiger entscheiden über die Abwicklung und Gestaltung des Verfahrens.<sup>215</sup>

Mit der Einführung des § 35 Abs. 2, 3 InsO wurde dem Insolvenzverwalter zusätzlich die Möglichkeit eröffnet über die Massezugehörigkeit des Vermögens der selbstständigen Tätigkeit einer natürlichen Person zu entscheiden. Die Gläubigerautonomie wird dabei über § 35 Abs. 2 S. 3 InsO sichergestellt.

---

<sup>209</sup> Uhlenbruck/Sinz § 61 InsO Rn. 19.

<sup>210</sup> Uhlenbruck/Sinz § 61 InsO Rn. 20, HK-InsO/Lohmann § 60 Rn. 9, Braun/Baumert InsO § 61 Rn. 11.

<sup>211</sup> Uhlenbruck/Sinz a.a.O. m.w.N.

<sup>212</sup> HK-InsO/Lohmann § 60 Rn. 6.

<sup>213</sup> Uhlenbruck/Sinz § 61 InsO Rn. 15.

<sup>214</sup> Uhlenbruck/Sinz § 61 InsO Rn. 16.

<sup>215</sup> Uhlenbruck/Zipperer § 157 InsO Rn. 1.

Im Hinblick auf die Einführung der Regelung des § 35 Abs. 2, 3 InsO ist die Anwendbarkeit von § 157 InsO auf natürliche Personen zu untersuchen. Die Vorschriften unterscheiden sich bereits in ihren Zielrichtungen. § 157 S. 1 InsO dient der Festlegung, ob ein Unternehmen durch den Insolvenzverwalter (gemeinsam mit dem Insolvenzschuldner) fortgeführt oder stillgelegt werden soll, wobei keine Entscheidung über die Massezugehörigkeit des dazugehörigen Vermögens getroffen wird. Im Rahmen von § 35 Abs. 2, 3 InsO ist der Insolvenzverwalter nicht direkt an der Ausübung der selbstständigen Tätigkeit beteiligt, er entscheidet lediglich über deren Massezugehörigkeit. Die Arbeitskraft des Insolvenzschuldners gehört nicht zur Insolvenzmasse. Im Hinblick auf Art. 2, 12 GG kann dem Insolvenzschuldner eine selbstständige Tätigkeit nicht untersagt werden oder ihm aufgegeben werden eine solche Tätigkeit für die Masse fortzuführen.<sup>216</sup> Dem Insolvenzschuldner allein steht die Entscheidung zu, ob er eine selbstständige Tätigkeit ausüben möchte.

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts<sup>217</sup> ist eine Betriebsstilllegung „*die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft*“. Mit der Stilllegung des Unternehmens würde somit endgültig und unbedingt in die Freiheit des Insolvenzschuldners zur Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit eingegriffen werden. Dies ist jedoch nicht möglich, da die Arbeitskraft des Insolvenzschuldners frei vom Insolvenzbeschluss ist und den Gläubigern lediglich eine Dispositionsbefugnis über das zur Insolvenzmasse zugehörige Vermögen zusteht. Der Insolvenzverwalter hat somit lediglich die Möglichkeit über § 35 Abs. 2 S. 1 InsO einzuwirken. Für die Anwendbarkeit von § 157 InsO verbleibt kein Raum, soweit der Insolvenzschuldner die eigenständige Ausübung seiner Tätigkeit beabsichtigt. Der Einfluss der Gläubiger wird über § 35 Abs. 2 S. 3 InsO als *lex specialis* gewährleistet.<sup>218</sup>

#### 4.5.5 Die Anwendbarkeit von § 160 Abs. 1 InsO im Rahmen der Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO

Nach § 160 Abs. 1, 2 InsO hat der Insolvenzverwalter die Zustimmung des Gläubigerausschusses bzw. der Gläubigerversammlung einzuholen, wenn er Rechtshandlungen vornehmen möchte, die für das Insolvenzverfahren von erheblicher Bedeutung sind.

Unter den Begriff der Rechtshandlungen fallen alle rechtsgeschäftlichen Handlungen und Prozesshandlungen des Insolvenzverwalters, somit auch alle Wil-

<sup>216</sup> HK-InsO/Ries § 157 Rn. 3, Braun/Haffa, *Lecihle* InsO § 157 Rn. 2.

<sup>217</sup> BAG, Urteil v. 22.10.2009 - 8 AZR 766/08, ZIP 2010, 849.

<sup>218</sup> HK-InsO/Ries § 157 Rn. 4.

lenserklärungen.<sup>219</sup> Damit könnte eine Anwendbarkeit von § 160 InsO lediglich im Falle einer Negativerklärung in Betracht kommen, da die Positiverklärung rein deklaratorisch wirkt. Die Positiverklärung ist keine Willenserklärung.

Ob eine besondere Bedeutung der Rechtshandlung vorliegt, ist nach dem jeweiligen Einzelfall zu beurteilen.<sup>220</sup> In der Regel sind die Rechtshandlungen bedeutsam, wenn sie sich erheblich auf den Massebestand auswirken und nicht unerhebliche Risiken mit sich bringen.<sup>221</sup> Im Falle der Negativerklärung wäre dies wohl regelmäßig anzunehmen. Aufgrund der vom Insolvenzverwalter zu treffenden Prognoseentscheidung besteht regelmäßig das Risiko potenzielle zukünftige Vermögenswerte nicht der Masse zuzuführen.

Eine Pflicht zur Einholung der Zustimmung nach § 160 Abs. 1 InsO ist dennoch ausgeschlossen. Mit der Einführung des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO wurde dem Insolvenzverwalter eine Erklärungspflicht auferlegt. Er ist ohnehin zur Abgabe der Erklärung verpflichtet. Eine Mitwirkung der Gläubiger ist somit nicht erforderlich. Deren Mitwirkung bzw. Kontrollmöglichkeit wird über § 35 Abs. 2 S. 3 InsO sichergestellt.

#### 4.6 Anzeige und Veröffentlichung der Erklärung

Die Abgabe der Positiverklärung bzw. Negativerklärung ist vom Insolvenzverwalter ggü. dem zuständigen Insolvenzgericht nach §§ 2, 3 InsO anzuzeigen, § 35 Abs. 3 S. 1 InsO. Dabei sollte stets eine Kopie der Freigabeerklärung mit Zugangsnachweis an das Insolvenzgericht übermittelt werden.<sup>222</sup> Die Anzeige ggü. dem Insolvenzgericht hat dabei unverzüglich zu erfolgen.

Das Insolvenzgericht hat die Erklärung sodann öffentlich bekannt zu machen. Die Veröffentlichung ist dem Insolvenzgericht übertragen, da der Insolvenzverwalter keinen unmittelbaren Zugriff auf das länderübergreifende, zentrale elektronische Informations- und Kommunikationssystem hat.<sup>223</sup> Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt nach Maßgabe des § 9 InsO. Dabei sollte stets die vollständige Erklärung veröffentlicht werden, eine auszugsweise Wiedergabe ist nicht zu empfehlen. Mit der Veröffentlichung wird der Rechtsverkehr dahingehend informiert, ob die Masse für Verbindlichkeiten haftet oder diese persönlich ggü. dem Insolvenzschuldner zu verfolgen sind. Die erforderliche Publizität wird somit durch die Veröffentlichung gewährleistet. Bei der Veröffentlichung sollte auch stets der

---

<sup>219</sup> InsO/Andres § 160 Rn. 6 m.w.N.

<sup>220</sup> Braun/Bünning, Beyer InsO § 160 Rn. 8 m.w.N.

<sup>221</sup> Uhlenbruck/Zipperer § 160 InsO Rn. 16.

<sup>222</sup> Braun/Bäuerle InsO § 35 Rn. 141 m.w.N.

<sup>223</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung beim Insolvenzschuldner angegeben werden.

## **5 Abführung von Beträgen zur Masse durch den Verweis auf § 295 Abs. 2 InsO**

### **5.1 Sinn und Zweck der Regelung**

Zuerst bleibt festzuhalten, dass der Verweis auf § 295 Abs. 2 InsO nur im Falle einer Negativerklärung, mithin der Freigabe der selbstständigen Tätigkeit Anwendung findet. Ansonsten fallen grundsätzlich alle Einkünfte des Insolvenzschuldners in die Masse. Seinerseits besteht sodann lediglich die Möglichkeit eine Einigung mit dem Insolvenzverwalter über einen an ihn zu überlassenden Betrag herbeizuführen oder über § 36 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. § 850 i ZPO vorzugehen.

Ausschlaggebend für die Einführung des Verweises auf § 295 Abs. 2 InsO war die Intention eine pauschale Besserstellung des Selbstständigen ggü. einem abhängig Beschäftigten zu verhindern.<sup>224</sup> Während bei einem Beschäftigten in einem Arbeitsverhältnis die den Pfändungsfreibetrag nach § 850 c ZPO übersteigenden Beträge stets in die Insolvenzmasse fallen, stünden sämtliche Einkünfte bei Freigabe der selbstständigen Tätigkeit dem Insolvenzschuldner zu.

Mit der Regelung wurde zudem eine Leistungspflicht geschaffen.<sup>225</sup> Der Insolvenzschuldner ist verpflichtet, die maßgeblichen Beträge an den Insolvenzverwalter abzuführen. Der Insolvenzverwalter hat insoweit einen unmittelbaren Anspruch gegen den Insolvenzschuldner.<sup>226</sup> Den Insolvenzschuldner trifft aber nicht die Pflicht, ein abhängiges Dienstverhältnis einzugehen.<sup>227</sup> Während des Insolvenzverfahrens ist der Insolvenzschuldner im Unterschied zur Wohlverhaltensperiode nicht dazu verpflichtet, sich um eine abhängige Erwerbstätigkeit zu bemühen, wenn die tatsächlich abgeführten Beträge aus der selbstständigen Tätigkeit hinter denen aus einer angemessenen abhängigen Beschäftigung zurückbleiben.<sup>228</sup>

---

<sup>224</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>225</sup> BGH, B. v. 13.06.2013 - IX ZB 38/10, NJW 2013, 2973, BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>226</sup> BGH, Urteil v. 13.03.2014 - IX ZR 43/12, NJW-RR 2014, 617.

<sup>227</sup> BGH, B. v. 13.06.2013 - IX ZB 38/10, NJW 2013, 2973.

<sup>228</sup> BGH a.a.O., Vgl. BGH, B. v. 07.05.2009 - IX ZB 133/07, Rpfleger 2009, 527.

## 5.2 Höhe und Art der Abführung der Beträge

Die Abführung der maßgeblichen Beträge hat in der Regel durch eine jährliche Zahlung zu erfolgen.<sup>229</sup> Der maßgebliche Zeitraum beginnt mit Zugang der Freigabeerklärung.

Grundlage für die Höhe der abzuführenden Beträge kann aufgrund der strukturellen Unterschiede zwischen Insolvenzverfahren und Wohlverhaltensperiode nur der aus der selbstständigen Tätigkeit erwirtschaftete Gewinn sein.<sup>230</sup> Während des Insolvenzverfahrens ist der Insolvenzschuldner nicht zu einer Erwerbstätigkeit verpflichtet, ohnehin unterliegt dessen Arbeitskraft nicht dem Insolvenzbeschluss. Aufgrund der fehlenden Erwerbsverpflichtung im Unterschied zur Erwerbsobliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO kann nur der erzielte Gewinn aus der selbstständigen Tätigkeit für die Abführungspflicht maßgebend sein.<sup>231</sup>

Die Höhe des abzuführenden Betrages ist dabei auf den Betrag begrenzt, der im Rahmen eines angemessenen Dienstverhältnisses abzuführen wäre, vgl.

§ 295 Abs. 2 InsO. Angemessen ist dabei nur eine dem Insolvenzschuldner nach dessen persönlichen Verhältnissen mögliche Tätigkeit.<sup>232</sup> Die Berechnung des pfändbaren Betrags des Arbeitseinkommens richtet sich nach den Vorschriften der §§ 850 Abs. 1, 850 c, 850 e ZPO. Ausgangspunkt für eine solche Regelung war die Intention des Gesetzgebers, die mit der Beurteilung des wirtschaftlichen Erfolges und Ermittlung des tatsächlichen Gewinns der selbstständigen Tätigkeit verbundenen Schwierigkeiten ohne besonderen Kontroll- und Verwaltungsaufwand zu umgehen.<sup>233</sup>

Der Insolvenzschuldner ist dem Insolvenzverwalter gegenüber zur Ermittlung des pfändbaren Betrags aus einer angemessenen abhängigen Tätigkeit umfassend auskunftspflichtig.<sup>234</sup>

Falls das Einkommen der selbstständigen Tätigkeit über dem pfändbaren Betrag des Einkommens einer angemessenen unselbstständigen Tätigkeit liegt, muss der Insolvenzschuldner den übersteigenden Betrag nicht abführen.<sup>235</sup> Auskünfte über etwaige Gewinne muss er nicht abgeben, da er seiner Abführungspflicht genügt.<sup>236</sup>

Sobald der Gewinn aus der selbstständigen Tätigkeit nicht ausreicht, um die

---

<sup>229</sup> Vgl. BGH, B. v. 19.07.2012 - IX ZB 188/09, NJW-RR 2012, 1330.

<sup>230</sup> BGH, B. v. 13.06.2013 - IX ZB 38/10, NJW 2013, 2973.

<sup>231</sup> BGH a.a.O.

<sup>232</sup> BGH, B. v. 05.04.2006 - IX ZB 50/05, NJW-RR 2006, 1138.

<sup>233</sup> BGH, B. v. 13.06.2013 - IX ZB 38/10, NJW 2013, 2973, BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

<sup>234</sup> BGH a.a.O., BGH, B. v. 14.05.2009 - IX ZB 116/08, NJW 2009, 3364.

<sup>235</sup> Braun/Pehl InsO § 295 Rn. 20 m.w.N.

<sup>236</sup> BGH, B. v. 13.06.2013 - IX ZB 38/10, NJW 2013, 2973.

grundsätzlich pfändbaren Beträge einer unselbstständigen Tätigkeit in voller Höhe an den Insolvenzverwalter abzuführen, hat der Insolvenzschnldner lediglich den zur Verfügung stehenden Betrag abzuführen. Eine weitergehende Leistungspflicht besteht nicht.<sup>237</sup> Als Grundlage für die an den Insolvenzschnldner zu überlassenden Beträge aus der selbstständigen Tätigkeit ist die Wertgrenze des § 850 i ZPO heranzuziehen. Nur soweit dieser Betrag durch die Gewinne der selbstständigen Tätigkeit überschritten wird, ist der Insolvenzschnldner zur Abführung verpflichtet. Der Insolvenzschnldner ist weiterhin verpflichtet, umfassende Angaben zur Ermittlung seines Gewinns zu machen, damit festgestellt werden kann, ob er tatsächlich vollumfänglich oder teilweise nicht in der Lage ist, die nach § 295 Abs. 2 InsO maßgeblichen Beträge abzuführen.<sup>238</sup>

## **6 Der Beschluss des Insolvenzgerichts nach § 35 Abs. 2 S. 3 InsO**

### **6.1 Tätigkeit des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung**

Auf Antrag des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, der Gläubigerversammlung ordnet das Insolvenzgericht die Unwirksamkeit der Erklärung an, § 35 Abs. 2 S. 3 InsO.

Zu untersuchen ist vorab, ob die Anordnung der Unwirksamkeit auf Positiv- und Negativerklärung Anwendung finden kann. Nach Bäuerle<sup>239</sup> und Büteröwe<sup>240</sup> kann sich die Anordnung auf Positiv- und Negativerklärung beziehen. Andererseits wird vertreten, dass die Möglichkeit der Anordnung lediglich auf die Freigabeerklärung, mithin der Negativerklärung Anwendung findet.<sup>241</sup> Der letzteren Auffassung ist zu folgen. Die Positiverklärung zeichnet sich durch ihren deklaratorischen Charakter aus, sie kann demzufolge keine Bindungswirkung entfalten. Diese Erklärung wirkt weder endgültig noch unwiderruflich, entsprechend kann sie im Rahmen von § 35 Abs. 2 S. 3 InsO nicht unwirksam sein.<sup>242</sup> Weiterhin wurde das Institut der Unwirksamkeitsanordnung seitens des Gesetzgebers ausdrücklich auf die Freigabeerklärung beschränkt.<sup>243</sup>

Die Entscheidungsfindung zur Antragstellung des entsprechenden Gläubigerorgans erfolgt dabei durch Beschlussfassung nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 72, 76 InsO.

---

<sup>237</sup> BGH a.a.O.

<sup>238</sup> BGH a.a.O.

<sup>239</sup> Braun/Bäuerle InsO § 35 Rn. 142.

<sup>240</sup> Karsten Schmidt/Büteröwe InsO § 35 Rn. 58.

<sup>241</sup> HK-InsO/Ries § 35 Rn. 75 ff., Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 106, InsO/Graf-Schlicker, Kexel § 35 Rn. 29.

<sup>242</sup> HK-InsO/Ries § 35 Rn. 75.

<sup>243</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

Mit der Regelung des § 35 Abs. 2 S. 3 InsO wurde die Gläubigerautonomie sichergestellt. Die Entscheidungen über die Gestaltung des Verfahrens hat der Gesetzgeber in die Hände der Gläubiger gelegt.<sup>244</sup> Ausgangspunkt für eine Antragstellung nach § 35 Abs. 2 S. 3 InsO kann beispielsweise eine anderweitige Beurteilung der wirtschaftlichen Lage oder eine Änderung der tatsächlichen Gegebenheiten bilden.<sup>245</sup> Insbesondere werden stets Überlegungen zur Massemehrung und der damit verbundenen Erhöhung der Verteilungsaussichten Grundlage der Gläubigererwägungen bilden.<sup>246</sup> Der Beschluss der Gläubigerversammlung kann unter den Voraussetzungen des § 78 Abs. 1 InsO angefochten werden.<sup>247</sup> Im Erfolgsfall wäre die Aufhebung des Beschlusses nach § 78 Abs. 2 S. 1 InsO öffentlich bekannt zu machen.

## 6.2 Zuständigkeit und Prüfungskompetenz des Insolvenzgerichts

Die Unwirksamkeit der Freigabeerklärung wird durch das für das Insolvenzverfahren zuständige Insolvenzgericht angeordnet, §§ 2, 3 InsO. Funktionell zuständig zur Entscheidung ist der Rechtspfleger gem. §§ 3 Nr. 2 e), 18 RPfIG, soweit kein Richtervorbehalt besteht. Die Entscheidung ergeht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss, §§ 35 Abs. 3, 5 Abs. 3, 4 InsO, § 128 Abs. 4 ZPO.

Das Insolvenzgericht hat keine eigenständige materielle Prüfungskompetenz.<sup>248</sup> Dem Insolvenzgericht obliegt lediglich die Prüfung, ob die Beschlussfassung des Gläubigerorgans den formellen Voraussetzungen der §§ 72, 76 InsO genügt. Stellenweise wird die Prüfungskompetenz in Fällen evidenten Missbrauchs der Befugnis nach § 35 Abs. 2 S. 3 InsO bejaht.<sup>249</sup> Dieser Auffassung wird nicht zugestimmt. Den Gläubigern obliegt die Entscheidung über die Gestaltung des Verfahrens. Ihr Vermögen ist vom Ausgang des Insolvenzverfahrens betroffen, sie tragen das Risiko der Verfahrensabwicklung und Liquidation des Schuldnervermögens. Insoweit ist es nur sachgerecht, die Entscheidung der Gläubiger als maßgebend zu betrachten.

Gegen den Beschluss des Insolvenzgerichts ist das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nicht gegeben. Das Gesetz sieht das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nicht gesondert vor, § 6 Abs. 1 S. 1 InsO. Falls der Rechtspfleger die Entscheidung getroffen hat, ist die Einlegung der Erinnerung nach

---

<sup>244</sup> Uhlenbruck/*Zipperer* § 157 InsO Rn. 1.

<sup>245</sup> *InsO/Graf-Schlicker, Kexel* § 35 Rn. 29.

<sup>246</sup> *HK-InsO/Ries* § 35 Rn. 83.

<sup>247</sup> *Mohrbutter*, in: *Mohrbutter/Ringstmeier, Insolvenzverwaltung*, Kapitel 6 Rn. 228.

<sup>248</sup> *HK-InsO/Ries* § 35 Rn. 84, *Uhlenbruck/Hirte* § 35 InsO Rn. 106, *InsO/Graf-Schlicker, Kexel* § 35 Rn. 29.

<sup>249</sup> *InsO/Graf-Schlicker, Kexel a.a.O. m.w.N.*

§ 11 Abs. 2 RPfIG ebenfalls ausgeschlossen. Aufgrund der fehlenden Prüfungskompetenz des Gerichts ist für einen Rechtsbehelf kein Raum.<sup>250</sup> Der Beschluss ist dem Insolvenzverwalter und dem Insolvenzschuldner formlos mitzuteilen, § 4 InsO, § 329 Abs. 2 S. 1 ZPO.

### 6.3 Wirkung des Beschlusses

Ausschlaggebend für die Wirkungsentfaltung ist nicht die Antragstellung seitens der Gläubiger, sondern der vom Insolvenzgericht zu erlassende Beschluss. Der Beschluss ist öffentlich bekannt zu machen, § 35 Abs. 3 S. 2 InsO. Die öffentliche Bekanntmachung hat nach § 9 InsO zu erfolgen. Die Wirkungsentfaltung tritt bereits mit Erlass des Beschlusses ein, die Veröffentlichung ist kein Wirksamkeitserfordernis.

Die Wirkung des Beschlusses wird dabei in der Literatur kontrovers diskutiert. Stellenweise wird eine Wirkung ex - tunc auf den Zeitpunkt der Freigabe vertreten.<sup>251</sup> Andererseits wird eine Wirkung ex - nunc angenommen.<sup>252</sup> Der letzteren Auffassung ist zu folgen. Allein eine Wirkung ex - nunc ab Erlass des Beschlusses durch das Insolvenzgericht wird der gesetzgeberischen Intention, der Sicherstellung der Rechtssicherheit, gerecht. Mit der öffentlichen Bekanntmachung der ursprünglichen Negativerklärung soll der Geschäftsverkehr über die Situation bzgl. Haftungslage und Vertragspartner informiert werden.<sup>253</sup> Eine rückwirkende Änderung würde dem entgegenstehen, die ursprünglich geschaffene Rechtssicherheit würde rückwirkend beseitigt werden. Es würde seitens der Gläubiger eine stetige Unsicherheit über die Einordnung ihrer Forderungen als Masse- oder Neuforderungen und der damit verbundenen zur Verfügung stehenden Haftungsmasse bestehen. Dies ist mit der Intention des Gesetzgebers nicht vereinbar.

---

<sup>250</sup> Karsten Schmidt/Büteröwe InsO § 35 Rn. 58, HambKomm/Lüdtke § 35 Rn. 278.

<sup>251</sup> Vgl. HK-InsO/Ries § 35 Rn. 77.

<sup>252</sup> InsO/Graf-Schlicker, Kexel § 35 Rn. 30, Uhlenbruck/Hirte § 35 InsO Rn. 103.

<sup>253</sup> BT-Drucks. 16/3227 S. 17.

## Literaturverzeichnis

### Kommentare:

Anders, Monika (Hrsg.)/ Gehle, Burkhard (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 78. Auflage, München, 2020

Andres, Dirk (Hrsg.)/ Leithaus, Rolf (Hrsg.)/ Dahl, Michael, Insolvenzordnung (InsO), 3. Auflage, München, 2014

Braun, Eberhard (Hrsg.), Insolvenzordnung InsO mit EulnsVO (Neufassung), 7. Auflage, München, 2017

Frege, Michael C./ Keller, Ulrich/ Riedel, Ernst, Handbuch der Rechtspraxis Insolvenzrecht, Band 3, 8. Auflage, München, 2015

Gottwald, Peter (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Auflage, Regensburg, 2015

Graf-Schlicker, Marie Luise (Hrsg.), InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, Köln, 2010

Kayser, Godehard (Hrsg.)/ Thole, Christoph (Hrsg.), Heidelberger Kommentar Insolvenzordnung, 8. Auflage, Heidelberg, 2016

Mohrbutter, Harro (Hrsg.)/ Ringstmeier, Andreas (Hrsg.), Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Auflage, München, 2015

Schmidt, Andreas (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 7. Auflage, München, 2019

Schmidt, Karsten (Hrsg.), Insolvenzordnung, 19. Auflage, München, 2016

Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.)/ Hirte, Heribert/ Vallender, Heinz, Uhlenbruck Insolvenzordnung, 14. Auflage, München, 2015

### Aufsätze/Lehrbücher:

Lauf, Niclas, Die Arztpraxis in der Insolvenz, Buchreihen Band 24, Berlin, 2019

Schmid, Stefan, Rechel, Hans-Peter, Die Struktur des Insolvenzrechts in der BGH - Rechtsprechung: 2006 - 2011, Hamburg, 2012

### Forschungsberichte:

Maier, Michal F., Ivanov, Boris, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Forschungsbericht 514 – Selbstständige Erwerbstätigkeit in Deutschland, Mannheim, 2018

### Internetquellen:

Bernhard Schmeilzl: „Definitionen Gewerbe und Handelsgewerbe“, in: Internetseite Rechthaber.com, 19.01.2009, URL: [www.rechthaber.com/definitionen-gewerbe-und-handelsgewerbe/](http://www.rechthaber.com/definitionen-gewerbe-und-handelsgewerbe/), Abruf am 04.07.2020

Vallender, Heinz: „Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners (§ 35 Abs. 2, 3 InsO)“, veröffentlicht unter [http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/jacoby/material/AK\\_InsO\\_OWL/20.06.16\\_Vallender.pdf](http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/jacoby/material/AK_InsO_OWL/20.06.16_Vallender.pdf)., Abruf am 06.07.2020

Schneck: „Vermögen – Definition“, in: Internetseite finanzen.net, URL: [www.finanzen.net/wirtschaftslexikon/vermoegen](http://www.finanzen.net/wirtschaftslexikon/vermoegen), Abruf am 04.07.2020

## **Eidesstaatliche Versicherung**

Hiermit versichere ich an Eides Statt durch meine eigenhändige Unterschrift, dass ich die vorliegende Diplomarbeit selbstständig, ohne fremde Hilfe und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Quellen oder indirekt übernommene Gedanken sind als solche kenntlich gemacht.

Die Diplomarbeit wurde in gleicher oder ähnlicher Form bislang keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht.

Die gedruckte und digitalisierte Form der Diplomarbeit sind identisch.

Dresden, 27.07.2020

Lukas Lösel