

*RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein*

Freigabe der selbständigen Tätigkeit des  
Schuldners

Berlin, 2. September 2016

- Rechtsnatur der Freigabe der selbständigen Tätigkeit (§ 35 Abs. 2 InsO)

- Freigabe des aus selbständiger Tätigkeit erworbenen Vermögens einschließlich der darauf beruhenden Vertragsverhältnisse
- - Vermögen aus selbständiger Tätigkeit und damit Neuerwerb fällt nicht in Masse
- - Masse haftet nicht für Verbindlichkeiten aus freigegebener Tätigkeit
- - Selbständige Haftungsmasse der Neugläubiger, Freistellung der Masse von Verbindlichkeiten aus selbständiger Tätigkeit des Schuldners
- - Freigabe der selbständigen Tätigkeit ist keine „echte“ Freigabe
- - Kein Bezug zu Bestandteilen der Masse

- Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners

- Zweck der Regelung: Schutz der Masse vor Gefahren der Fortsetzung der Tätigkeit
- Bei Duldung der Tätigkeit des Schuldners durch Verwalter Begründung von Masseverbindlichkeiten: Diese Gefahr besteht nicht
  - - Rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Schuldners von InsO nicht bedacht: Unbefriedigende Rechtslage
  - - - Kein Verbot des Vertragsschlusses: Verpflichtung allein des Schuldners
  - - - Keine Masseverbindlichkeit durch Schuldner ohne Zustimmung des Verwalters
  - - - Rechte fallen als Neuerwerb in Masse
  - - Freigabe durch Verwalter: Verpflichtung des Schuldners, der auch Vermögen erwirbt
  - - Absehen von Freigabe: Unbefriedigende Rechtslage wirkt fort: Anerkennenswerte Gründe für Weigerung einer Freigabe bei eigener Betriebsfortführung

- - Wird Schuldner eigenmächtig tätig, besteht keine Verbindlichkeit der Masse, weil Verwalter ihm Berufsausübung nicht untersagen kann (Art. 12 GG)
- - Duldung freiberuflicher Tätigkeit durch Verwalter: Keine Verpflichtung der Masse
- - - Masseverbindlichkeiten durch Handlungen des Verwalters (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO)
- - - Masseverbindlichkeit auch bei Erteilung von Vollmacht durch Verwalter
- - - Rechtsscheintatbestände unanwendbar: Keine Anscheins- oder Duldungsvollmacht mangels Handeln des Schuldners in Vertretung
- - - Bei Handeln namens des Verwalters jedenfalls keine Duldungsvollmacht, weil Verwalter Tätigwerden nicht verbieten kann

- Eröffnungsverfahren

- Fall: Am 10.4.2007 Insolvenzverfahren über Vermögen des Schuldners eröffnet. Freigabe der selbständigen Tätigkeit durch Schreiben Verwalter vom 18.7.2008. Wegen nach Freigabe rückständiger Sozialversicherungsbeiträge beantragt Gläubigerin Verfahrenseröffnung. Antrag ist zulässig (BGH, Beschl. v. 9.6.2011 – IX ZB 175/10).
- Lösung: Neugläubiger hat grundsätzlich kein Rechtsschutzinteresse für Insolvenzantrag
- - Gesamtes Vermögen einschließlich Neuerwerb fällt in Masse (§ 35 Abs. 1 InsO)
- - Schuldner bleibt nur unpfändbares Vermögen (§ 36 InsO), das Eröffnung nicht rechtfertigt
- - Keine Vollstreckung in Neuerwerb (§ 89 InsO)
- Hier Sonderfall des § 35 Abs. 2 InsO der Freigabe der selbständigen Tätigkeit
- - Vermögen fällt nicht in Masse
- - Ansprüche können nicht im eröffneten Verfahren geltend gemacht werden
- - Gesonderte Haftungsmasse zugunsten der Neugläubiger: Dann zweites Verfahren möglich

- Eröffnetes Verfahren

- Fall: Am 19.2.2009 gibt beklagter Verwalter durch Erklärung gegenüber Schuldner, der Autowerkstatt betreibt, Vermögen aus selbständiger Tätigkeit frei. Klägerin verlangt Zahlung danach fälliger Mietforderungen als Masseverbindlichkeit. Klage ohne Erfolg (BGH, Urt. v. 9.2.2012 – IX ZR 75/11).
- Lösung: Nach Abgabe Freigabeerklärung (§ 35 Abs. 2 Satz 1 InsO) können Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen nur gegen Schuldner geltend gemacht werden
- - Freigabe mit Zugang der Erklärung bei Schuldner wirksam
- - Eine Art Freigabe des Vermögens, welches der gewerblichen Tätigkeit gewidmet ist, einschließlich Vertragsverhältnisse
- - Freigabe betrifft nicht nur einzelne Vermögensgegenstände, sondern Gesamtheit von Werten
- - Keine Notwendigkeit der Kündigung durch Verwalter: Dadurch wird Schuldner der Zugriff auf bestehende Vertragsverhältnisse gesichert
- - Diese werden lediglich von Masse auf Schuldner übergeleitet
- - Klare zeitliche Abgrenzung der Zuordnung der Verbindlichkeiten mit Zugang der Erklärung

- Freigabe und bisherige Massebestandteile

- Freigabeerklärung erstreckt sich nicht auf Bestandteile der Masse
- - Zweck der Freigabe: Einerseits Freistellung der Masse von Verbindlichkeiten des Schuldners; andererseits Zugriff der Neugläubiger auf durch Freigabe erzielt Vermögen
- - Freigabe erfasst nach Wortlaut des § 35 Abs. 2 InsO nur Neuerwerb
- - Freigabe bewirkt keinen Vermögensabfluss aus Masse
- - Keine Auswirkungen auf Massezugehörigkeit von Vermögensgegenständen
- - Andernfalls müsste Verwalter vielfach Freigabe im Interesse der Masse ablehnen
- - Interessenabwägung: Altmasse für Altgläubiger, Neumasse für Neugläubiger
- - Für Tätigkeit des Schuldners notwendiges Vermögen häufig nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO pfändungsfrei (so BFH ZInsO 2011, 2339)

- Freigabe und Vorausabtretung

Fall: Arzt tritt Forderungen gegen KV an Bank ab. Nach Verfahrenseröffnung am 22.4.2010 gibt Verwalter selbständige Tätigkeit des Arztes am 28.4.2010 frei. Klage des Schuldners auf Feststellung der Forderungsinhaberschaft ohne Erfolg (BGH, Urt. v. 18.4.2013 - IX ZR 165/12).

Lösung: Bank ist Inhaber der Forderungen

- Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners durch Verwalter gemäß § 35 Abs. 2 insO
- Wirksamkeit mit Zugang der Erklärung bei Schuldner
- Freigabe von Vermögenswerten lässt Insolvenzbeschluss erlöschen
- Vorausabtretung von Forderungen aus freiberuflicher Tätigkeit ab Verfahrenseröffnung nach § 91 InsO unwirksam; keine gesicherte Rechtsposition
- Konvaleszenz der Vorausabtretung bei Freigabe (§ 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB): Verfügung des Berechtigten wird wirksam, wenn er Verfügungsbefugnis zurückerlangt
- Daher Verfügungen des Schuldners wirksam, wenn Schuldner Berechtigter geblieben und Insolvenzverfahren beendet
- Keine Verfügungsbeschränkung, soweit insolvenzfreies Vermögen betroffen
- Danach Vorausabtretung von Vergütungsforderungen ab Freigabe gültig

- Weitere Wertungsgesichtspunkte
- - Vorinsolvenzliche Belastungen wie Grundpfandrechte von Freigabe nicht berührt: Rechte aus § 49 InsO bleiben bestehen
- - - Wertzuwachs an Grundstück durch Verwendungen des Schuldners oder Marktgegebenheiten kommt Gläubigern zugute
- Forderungsabtretung
- - Wirksamkeit bei gesicherter Rechtsposition während Grundmietzeit bei Leasing
- - Keine andere Bewertung bei Vorausabtretung
- - Zweck der Freigabe: Entlastung der Masse, nicht vorweggenommene Restschuldbefreiung

- Beendigung der Freigabe (§ 35 Abs. 2 Satz 3 InsO)

- Fall: Freigabe der selbständigen Tätigkeit eines Arztes durch Verwalter. Danach Freigabe auf Antrag der Gläubigerversammlung für unwirksam erklärt. Klagender Arzt verlangt von kassenärztlicher Vereinigung Vergütung für die im Zeitraum der Freigabe bis zur Erklärung der Unwirksamkeit erbrachten Leistungen. Klage hatte Erfolg (BSG, Urt. v. 10.12.2014 – B 6 KA 45/13 R).
- Lösung: Kläger ist Inhaber der Ansprüche
- Freigabe der selbständigen Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 InsO
- - Nicht nur einzelne Vermögensgegenstände, Gesamtheit von Gegenständen und Werten erfasst
- - Vertragsverhältnisse aus selbständiger Tätigkeit von Masse auf Schuldner übergeleitet
- - Neuerwerb fällt nicht mehr in Masse, sondern an Schuldner
- Erklärung der Unwirksamkeit der Freigabe wirkt nicht ex nunc, sondern ex tunc für Zukunft
- - Neuerwerb steht Neugläubigern als Haftungsmasse zur Verfügung
- - Selbständige Tätigkeit erheblich erschwert, wenn Neugläubiger darauf nicht vertrauen dürften
- - Aspekt der Rechtssicherheit: Keine Rückabwicklung der in Übergangszeit begründeten Rechtsverhältnisse

# Freigabe von Verträgen

- Fall: Beklagter mietete ab 1.4.2007 eine Wohnung an. Am 5.11.2009 wird das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet. Der Treuhänder erklärt am 3.12.2009 die Freigabe. Klagender Vermieter kündigt gegenüber Schuldner am 16.9.2010 aus wichtigem Grund. Kündigung war wirksam (BGH, Urt. v. 9.4.2014 – VIII ZR 107/13).
- Lösung: Frage der Freigabeerklärung des Verwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO unterschiedlich bewertet
- - Enthaftungserklärung bewirkt Freigabe des Mietverhältnisses mit vollständiger Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Mieters
- - Da Freigabe des Verwalters an Stelle von Kündigung tritt, fällt Zuständigkeit für weitere Vertragsdurchführung an Mieter
- - Zweck der Regelung: Schutz des Mieters und Fortsetzung des Mietverhältnisses mit ihm
- - Fortdauer der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Verwalters wäre unpraktikabel, weil sämtliche Erklärungen des Vermieters an ihn zu richten und an Schuldner weiterzuleiten wären
- - Keine andere Beurteilung, weil Mietkaution bzw. Rückgewähranspruch in Masse fällt: Mieter sollte vor Kündigung durch Verwalter geschützt werden, die dieser erklärt, um Kaution zu verwerten

- Fall: Klagender Verwalter gibt Mietverhältnis des Schuldners durch Enthftungserklärung an beklagten Vermieter frei. Kläger verlangt Auszahlung eines Betriebskostenguthabens über 755 €. Klage blieb ohne Erfolg (BGH, Urt. v. 22.5.2014 – IX ZR 136/13).
- Lösung: Keine Prozessführungsbefugnis des Verwalters; daher Klage bereits unzulässig
- - Miete bzw. Pacht besteht nach § 108 Abs. 1 InsO fort, der § 103 InsO verdrängt
- - Statt Sonderkündigungsrecht bei Wohnung Enthftungserklärung (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO)
- - Mit Wirksamwerden der Enthftungserklärung geht Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bzgl. Mietverhältnis auf Schuldner über
- - Fortsetzung Mietvertrag zwischen Schuldner und Vermieter
- - Erhebliche Nachteile bei Geltendmachung von Ansprüchen des Mieters durch den Verwalter
- - Gleiches gilt für Vermieter: Aufrechnungsmöglichkeiten bleiben infolge Gegenseitigkeit erhalten
- - Ähnliche Rechtsfolgen wie bei Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO
- - Offen bleiben kann, wem Anspruch auf Nebenkosten zusteht: Wohl eher dem Mieter
- - - Bei Freigabe fällt Surrogat nicht in Masse
- - - Freigabe selbständiger Tätigkeit erstreckt sich auf erwirtschaftete Vermögenswerte
- - - Grundsätze dürften auch für Miete gelten
- - - Möglicherweise andere Auffassung des Gesetzgebers

- Fall: Nach Insolvenzeröffnung vom 17.6.2010 gegen Beklagten gibt Verwalter Mietverhältnis am 1.7.2010 frei. Klagender Vermieter kündigt am 23.10.2012 wegen Mietrückständen seit dem Jahr 2009. Räumungsklage hatte Erfolg (BGH, Urt. v. 17.6.2015 – VIII ZR 19/14).
- Lösung: Nach Enthaltungserklärung durch Verwalter (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO) kann außerordentliche Kündigung auch auf Mietrückstände vor Verfahrenseröffnung gestützt werden
- - Außerordentliches Kündigungsrecht des Verwalters bei Miet- oder Pachtverhältnis (§ 109 Abs. 1 Satz 1 InsO)
- - Bei Mietverhältnis über Wohnraum statt Kündigung Enthaltungserklärung (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO): Mit Freigabe Übergang Mietverhältnis in Verwaltungs- Verfügungsbefugnis des Schuldners
- - Vermieter darf nach Eröffnung gemäß § 112 Nr. 1 InsO nicht wegen Mietrückständen vor Eröffnung kündigen: Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO entfällt mit Freigabe
- - - Kündigungssperre dient Schutz der Masse zwecks Unternehmensfortführung; kein persönlicher Schutz des Schuldners vor Verlust der Wohnung
- - - Enthaltungserklärung soll Rechte des vertragstreuen Mieters im Blick auf Kautionswahrung wahren
- - Nach Verfahrensaufhebung Kündigung wegen früherer Rückstände möglich
- - - Deshalb kann Kündigungsverbot nicht auf Restschuldbefreiungsverfahren erstreckt werden
- - - Schuldnerverzug endet nicht mit Verfahrenseröffnung
- - - Darin liegt Leistungshindernis, das Schuldner zu vertreten hat