Thema: Die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 InsO

A. Allgemeines zu § 35 Abs. 2 InsO

- § 35 Abs. 2 und Abs. 3 InsO trat am 01.07.2007 in Kraft
- Hintergrund: Förderung der selbstständigen Tätigkeit des Insolvenzschuldners
- Insolvenzverwalter hat sich zu der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners zu erklären
- Unterscheidung zwischen Positiv- und Negativerklärung

B. Rechtsfolgen der Negativerklärung

I. Auswirkungen auf vorhandenes Betriebsvermögen

Negativerklärung umfasst Betriebsvermögen	**Negativerklärung umfasst Betriebsvermögen nicht**
- bereits vorhandenes Betriebsvermögen wird von der Negativerklärung umfasst Argument: „Freigabe des gesamten Vermögens“, Wortlaut der Norm, kein systematischer Widerspruch und Ausgleichszahlung	- Keine Enthaftung, sondern lediglich Neuerwerb Argument: Wortlaut und Systematik

II. Reichweite der Negativerklärung auf Schuldverhältnisse

1. Punktuelle Austauschverträge

Ex-tunc Wirkung der Negativerklärung	**Ex-nunc Wirkung der Negativerklärung**
- Negativerklärung umfasst auch bestehende punktuelle Austauschverträge → § 35 Abs. 2 InsO ist spezieller - Schuldner wird wieder berechtigt und verpflichtet Argument: „dazugehörende Vertragsverhältnisse“	- Negativerklärung gilt nur für neue Verträge → § 103 InsO geht § 35 Abs. 2 InsO vor Argument: Widerspruch zum Sinn und Zweck des § 35 Abs. 2 InsO

2. Auswirkungen auf Schuldverhältnisse i.S.d. § 103 InsO

- § 103 InsO gewährt dem Insolvenzverwalter ein **Wahlrecht**

Erfüllung des Vertrages

-Schuldner wird wieder berechtigt

Und verpflichtet

Nichterfüllung des Vertrages

- Vertragspartner kann Anspruch wegen

Nichterfüllung als Insolvenzforderung

Geltend machen

3. Auswirkungen auf Schuldverhältnisse i.S.d. §§ 108ff. InsO

Große Reichweite der Negativerklärung	**§§ 108ff. InsO als „lex specialis“**	**Analoge Anwendung des § 109 Abs. 1 S. 2 InsO**
- weite ex-nunc Wirkung der Negativerklärung → Schuldner wird wieder berechtigt und verpflichtet <u>Argument:</u> Sinn und Zweck des § 35 Abs. 2 InsO	- Insolvenzverwalter ist für die Kündigung der Verträge zuständig	Mittelweg: Insolvenzmasse steht den Vertragspartnern bis Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist zur Verfügung → Sekundärhaftung

***<u>Problem</u>**<u>: *Arbeitsverhältnis*</u>*

Das Arbeitsverhältnis ist grundsätzlich ein Unterfall des Dienstvertrages. Dies würde jedoch bedeuten, dass sich der Arbeitnehmer mit seinem Lohnanspruch nur auf das insolvenzfreie Vermögen berufen kann.

- ➔ Mögliche Einschränkung zum Schutz der Arbeitnehmer durch Anwendung des § 613a BGB
  a. Anwendung des § 613a BGB
  b. Analoge Anwendung des § 613a BGB
     - keine planwidrige Regelungslücke

<u>III. Auswirkung der Negativerklärung auf Vorausabtretungen</u>

Vorausabtretungen künftig entstehender Forderungen erlangen infolge Konvaleszenz ihre Wirksamkeit zurück, sofern diese aus der freigegebenen selbstständigen Tätigkeit des Schuldners stammen.

<u>Literaturvorschlag:</u> Bugger, Der Selbstständige in der Insolvenz

Eine insolvenzrechtliche Betrachtung des (zahn-) ärztlichen

Berufes, S. 109-161