Carl Heymanns Verlag

Thema: Die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners

Zeitschrift: ZInsO - Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
Rubrik: ZInsO - Aufsätze
Autor: Prof. Dr. Markus Gehrlein
Referenz: ZInsO 2016, 825 - 830 (Ausgabe 17 v. 28.04.2016)

Die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners

von Richter am Bundesgerichtshof Professor Dr. Markus Gehrlein, Karlsruhe

In Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen versuchen Schuldner, die vor der Eröffnung des Verfahrens eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt hatten, oftmals diese Tätigkeit nach Eröffnung des Verfahrens - mit oder ohne Kenntnis oder Duldung des Insolvenzverwalters - fortzusetzen oder eine neue Tätigkeit zu beginnen. Das Interesse des Schuldners, sich durch eine gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit eine neue wirtschaftliche Existenz zu schaffen, stellt die Insolvenzpraxis vor erhebliche Probleme, weil gem. § 35 Abs. 1 InsO ein Neuerwerb in die Masse fällt.[1] Ein Weg, dem Insolvenzschuldner die Möglichkeit einer selbstständigen Tätigkeit außerhalb des Insolvenzverfahrens zu eröffnen, ist die durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens v. 13.4.2007[2] in § 35 Abs. 2 InsO vorgesehene "Freigabe" des Vermögens, das der gewerblichen Tätigkeit gewidmet ist, einschließlich der dazu gehörenden Vertragsverhältnisse. Die Vorschrift ist eingeführt worden, um dem Insolvenzschuldner die Möglichkeit einer selbstständigen Tätigkeit außerhalb des Insolvenzverfahrens zu eröffnen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich zwischenzeitlich verschiedentlich mit der Regelung des § 35 Abs. 2 InsO befasst,[3] ohne naturgemäß eine Klärung sämtlicher Streitfragen vornehmen zu können.

A. Masseverbindlichkeiten bei geduldeter Fortsetzung der freiberuflichen Tätigkeit

Der Gesetzgeber hat die Einrichtung des § 35 Abs. 2 InsO vor allem unter Hinweis auf die Gefahren begründet, die der Masse im Fall einer Fortsetzung der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners drohen. Mache der Verwalter von der Freigabe keinen Gebrauch und dulde er die Fortführung der gewerblichen Tätigkeit durch den Insolvenzschuldner, dann würden die durch den Neuerwerb begründeten Verbindlichkeiten zu Masseverbindlichkeiten, da insofern eine Verwaltungshandlung vorliege. Dies würde selbst für Verbindlichkeiten gelten, die der Schuldner unter Einsatz von Gegenständen begründet, die nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unpfändbar seien.[4] Es erscheint fraglich, ob diese Befürchtung tatsächlich zutrifft.

I. Rechtliche Ausgangslage

Der Fall, dass ein Schuldner persönlich rechtsgeschäftlich tätig wird, ist in der InsO nicht ausdrücklich geregelt und wurde vom Gesetzgeber offensichtlich nicht bedacht. Ein Schuldner, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, bleibt rechts- und geschäftsfähig. Die InsO verbietet ihm nicht, nach Verfahrenseröffnung Verträge mit Dritten zu schließen. Die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen führt zu wenig sinnvollen Ergebnissen: Einerseits wird nämlich der Schuldner persönlich aus den von ihm geschlossenen Verträgen verpflichtet. Aus § 80 Abs. 1 InsO und § 55 InsO folgt hinreichend deutlich, dass die vom Schuldner geschlossenen Verträge nicht das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen betreffen können; Masseverbindlichkeiten kann der Schuldner ohne Zustimmung des Verwalters nicht begründen. Andererseits fallen die aus dem Vertrag folgenden Rechte der Insolvenzmasse zu. Gem. § 35 Abs. 1 InsO erfasst das Insolvenzverfahren auch dasjenige Vermögen, welches der Schuldner während des Verfahrens erlangt.[5]

II. Wahlrecht des Verwalters hinsichtlich Freigabe

Diese Grundproblematik greift die Regelung des § 35 Abs. 2 InsO auf, indem sie dem Verwalter ein Wahlrecht eröffnet, ob er die freiberufliche Tätigkeit des Schuldners freigibt oder nicht. Erklärt der Verwalter die Freigabe, hat der Schuldner für von ihm eingegangene Verbindlichkeiten einzustehen; zugleich steht das durch die freiberufliche Tätigkeit begründete Vermögen ihm zu und fällt nicht in die Masse. Sieht der Verwalter von der Freigabe ab, muss es folgerichtig bei der - unbefriedigenden - Rechtslage verbleiben, der zufolge der Neuerwerb zur Masse gehört und von dem Schuldner begründete Verbindlichkeiten ausschließlich ihn und nicht auch die Masse treffen. Da der Verwalter anerkennenswerte Gründe haben kann, von einer Freigabe abzusehen, sind diese Rechtsfolgen hinzunehmen. Mitunter wird der Verwalter den lukrativen Betrieb des Schuldners selbst fortführen wollen, um die Einnahmen für die Masse zu generieren.

Dann hat er keine Veranlassung, die freiberufliche Tätigkeit des Schuldners einschließlich darauf bezogener Vertragsverhältnisse und möglicherweise auch dazu benötigter Massegegenstände freizugeben. Wird der Schuldner gleichwohl aus eigener Initiative freiberuflich tätig, können die dadurch geschaffenen Verbindlichkeiten nicht die Masse treffen. Denn der Verwalter ist rechtlich nicht in der Lage, dem Schuldner eine freiberufliche Tätigkeit zu untersagen (Art. 12 GG).[6]

III. Keine rechtliche Duldung bei Hinnahme der freiberuflichen Tätigkeit durch Verwalter

Alleine infolge der Duldung einer solchen freiberuflichen Tätigkeit des Schuldners durch den Verwalter werden keine Masseverbindlichkeiten geschaffen.[7] Masseverbindlichkeiten werden gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO durch Handlungen

---

1 BT-Drucks. 16/3227, S. 17.

2 BGBl. I, S. 509.

3 BGH, Beschl. v. 9.6.2011 - IX ZB 175/10 , ZInsO 2011, 1349 ; Urt. v. 18.4.2013 - IX ZR 165/12 , ZInsO 2013, 1146 .

4 BT-Drucks. 16/3227, S. 17; dem folgend etwa MünchKomm-InsO/*Hefermehl*, 3. Aufl., § 55 Rn. 112; Uhlenbruck/*Sinz*, InsO, 14. Aufl., § 55 Rn. 41 ff.; HK-InsO/*Lohmann*, 7. Aufl., § 55 Rn. 9.

5 BGH, Urt. v. 26.2.2015 - IX ZR 174/13 , ZInsO 2015, 688 Rn. 8 .

6 MünchKomm-InsO/*Peters* (Fn. 4), § 47 Rn. 47b.

7 BFH, Urt. v. 18.5.2010 - X R 11/09 , ZInsO 2010, 1556 Rn. 23 .

des Insolvenzverwalters begründet; hierzu gehören insbesondere die von dem Verwalter eingegangenen Rechtsgeschäfte. Erfasst werden nur Neugeschäfte, also erstmals von dem Verwalter statuierte Verpflichtungen.[8] Handlungen des Verwalters und Masseverbindlichkeiten liegen auch vor, wenn Dritte aufgrund einer ihnen von dem Verwalter erteilten Vollmacht Verträge schließen. Eine solche rechtsgeschäftliche Delegation ist bei größeren Unternehmensinsolvenzen nicht vermeidbar.[9] Der Insolvenzverwalter wird freilich dem Schuldner aus guten Gründen keine Vollmacht zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten erteilen. Von dem Schuldner abgeschlossene betriebsbezogene Geschäfte, die auf den Verwalter als Inhaber des Geschäfts hindeuten, scheiden regelmäßig aus, weil der Schuldner, dem der Verwalter keine Freigabe erteilt hat, seine freiberufliche Tätigkeit ohne Bezug zu seiner früheren Wirkungsstätte ausübt.[10] Zudem erfordert ein betriebsbezogenes Geschäft Vertretungsmacht des Handelnden, an der es hier gerade fehlt.

Mithin fußt eine von dem Schuldner aufgenommene freiberufliche Tätigkeit nicht auf einer ihm eingeräumten Vollmacht des Verwalters. Vielmehr kommen lediglich Rechtsscheintatbestände in Betracht, deren Voraussetzungen indes regelmäßig nicht eingreifen. Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass diese Rechtsinstitute zulasten des Insolvenzverwalters nur mit großer Zurückhaltung angewendet werden können.[11] Eine Anscheins- wie auch Duldungsvollmacht setzt voraus, dass der Handelnde im Namen des Vertretenen auftritt.[12] Schon daran fehlt es, wenn der Schuldner Eigengeschäfte vornimmt. Der Geschäftsgegner kann nicht darauf vertrauen, dass die von dem Schuldner zum eigenen Vorteil geschlossenen Verträge die Masse binden. Überdies kann - ein Vertreterhandeln unterstellt - eine Duldungsvollmacht nur gegeben sein, wenn der Vertretene in der Lage ist, das Handeln des Vertreters zu erkennen und zu verhindern.[13] Da der Schuldner auch bei Ablehnung der Freigabe durch den Verwalter eine freiberufliche Tätigkeit aufnehmen kann, ist der Insolvenzverwalter gar nicht in der Lage, ihm ein rechtsgeschäftliches Tätigwerden zu verwehren.

B. Reichweite der Freigabe

Nach Maßgabe der Vorschrift des § 35 Abs. 2 InsO kann der Insolvenzverwalter erklären, dass Vermögen aus einer ausgeübten oder beabsichtigten selbstständigen Tätigkeit des Schuldners nicht zur Insolvenzmasse gehört und Ansprüche aus dieser Tätigkeit nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Nicht abschließend geklärt ist die Frage, welche Reichweite der Erklärung des Insolvenzverwalters nach § 35 Abs. 1 InsO zukommt, insbesondere auf welche Vermögensgegenstände sich die Freigabe erstreckt.

I. Vertragsverhältnisse

Der Gesetzgeber hat ausdrücklich angenommen, dass die Freigabe des Vermögens aus der selbstständigen Tätigkeit damit verbundene Vertragsverhältnisse einschließt. Nach der Gesetzesbegründung erstreckt sich

die Freigabe auf das Vermögen des Schuldners, das seiner gewerblichen Tätigkeit gewidmet ist, einschließlich der dazu gehörenden Vertragsverhältnisse.[14] Bei der Auslegung der Vorschrift ist zu berücksichtigen, dass die Befugnis des Insolvenzverwalters, einzelne Vermögensbestandteile aus dem Insolvenzbeschlag zugunsten des Schuldners freizugeben, seit jeher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung anerkannt war. Während sich die gewohnheitsrechtlich gebilligte Freigabe auf bestimmte Vermögensgegenstände bezieht, erfasst die Erklärung nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO eine Gesamtheit von Gegenständen und Werten. Da die in § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO geregelte Freigabe im Unterschied zur Freigabe einzelner Vermögensgegenstände umfassender Natur ist, bestehen keine Bedenken, die in § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO gestattete Freigabe von "Vermögen aus einer selbständigen Tätigkeit" auch auf bestehende Vertragsverhältnisse zu erstrecken.[15] Für die Haftung aus einem vertraglichen Dauerschuldverhältnis bedeutet dies, dass die Masse für die vor der Freigabeerklärung und der Schuldner für die danach fällig gewordenen Verbindlichkeiten einzustehen hat.[16]

II. Freigabe und bisherige Massebestandteile

Ferner ist zu überlegen, ob die Freigabe Bestandteile der Masse, die der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners dienen, erfasst. Eine Äußerung des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung, wonach § 35 Abs. 2 InsO die Freigabe des Vermögens, welches der gewerblichen Tätigkeit gewidmet ist,[17] betrifft, könnte dahin zu deuten sein. Richtigerweise dürfte sich die Freigabe auf das von dem Schuldner auf ihrer Grundlage erwirtschaftete Vermögen beschränken.

1. Wortlaut des Gesetzes

Da der Verwalter gem. § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO zum Zweck einer Enthaftung der Masse den Neuerwerb freigeben kann, erstreckt sich die Freigabe nicht auf bereits in der Masse befindliche Vermögensgegenstände. Der Gesetzgeber hat nicht vorgesehen, dass der Verwalter die Freigabe durch den Verzicht auf in der Masse befindliche, der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners gewidmete Werte zu entgelten hat. Das gesetzliche Regelungsmodell geht lediglich dahin, einerseits die aus einer fortgesetzten gewerblichen Tätigkeit er-

---

8 Uhlenbruck/*Sinz* (Fn. 4), § 55 Rn. 10.

9 HambKomm-InsO/*Jarchow*, 5. Aufl., § 55 Rn. 4a.

10 BGH, Urt. v. 13.10.1994 - IX ZR 25/94 , NJW 1995, 43, 44.

11 HambKomm-InsO/*Jarchow* (Fn. 9), § 55 Rn. 4b; Schmidt/*Thole*, InsO, 19. Aufl., § 55 Rn. 6.

12 Vgl. BGH, Urt. v. 11.5.2011 - VIII ZR 289/09 , BGHZ 189, 346 Rn. 15 , 16 ; MünchKomm-BGB/*Schubert*, BGB, 7. Aufl., § 167 Rn. 102, 107.

13 BGH, Urt. v. 12.2.1955 - I ZR 96/51, BGHZ 5, 111, 116 ; v. 21.6.2005 - XI ZR 88/04 , NJW 2005, 2985, 2987.

14 BT-Drucks. 16/3227, S. 17; BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 322 = ZInsO 2012, 481 Rn. 18 .

15 BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 32 = ZInsO 2012, 481 Rn. 22 .

16 BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 32 = ZInsO 2012, 481 Rn. 27 , 29 ff.

17 BT-Drucks. 16/3227, S. 17; dies wiederholend BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 322 = ZInsO 2012, 481 Rn. 14 .

zielten Einkünfte des Schuldners den (Neu-)Gläubigern, die nach Verfahrenseröffnung mit dem Schuldner kontrahiert haben, als selbstständige Haftungsmasse zur Verfügung zu stellen und andererseits die Masse des bereits eröffneten Verfahrens von Verbindlichkeiten des Schuldners aus seiner weiteren gewerblichen Tätigkeit freizustellen.[18] Wäre eine Freigabe mit dem zusätzlichen Nachteil eines Vermögensabflusses für die Masse verbunden, müsste der Verwalter im Interesse des Masseerhalts dem Schuldner vielfach die Ausübung einer Berufstätigkeit untersagen. Dadurch würde jedoch der Regelungszweck des § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO in sein Gegenteil verkehrt.

2. Freigabe auf Neuerwerb beschränkt

Die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO hat keine Auswirkungen auf die Massezugehörigkeit im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung vorhandener Massebestandteile. Durch diese Erklärung werden nicht bestimmte Vermögensgegenstände aus der Insolvenzmasse entlassen. Denn eine Freigabe der selbstständigen Tätigkeit umfasst bereits nach dem Wortlaut des § 35 Abs. 2 InsO nur den Neuerwerb und nicht das im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits vorhandene Vermögen, das nach den insoweit geltenden allgemeinen Grundsätzen freigegeben

werden kann. Zudem wird Vermögen, das für die selbstständige Tätigkeit des Schuldners erforderlich ist, meist schon nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO pfändungsfrei und daher gem. § 36 InsO insolvenzfrei sein, sodass die Voraussetzungen einer Freigabe nicht vorliegen. Führte die Freigabe nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO dazu, dass das gesamte unternehmerische Vermögen aus der Insolvenzmasse entlassen würde, hätte dies eine erhebliche Verkürzung der Insolvenzmasse und damit gerade deren Gefährdung zur Folge.[19]

3. Interessenabwägung zwischen Alt- und Neugläubigern

Überdies ist zu berücksichtigen, dass Neugläubiger, die nach der Freigabeerklärung Forderungen gegen den Schuldner erworben haben, auf die ab diesem Zeitpunkt durch die selbstständige Tätigkeit erwirtschafteten Vermögenswerte des Schuldners unter Ausschluss der Altgläubiger als eigenständige Haftungsmasse zugreifen können. Den Altgläubigern ist gem. § 89 InsO eine Vollstreckung in diese Vermögensgegenstände verwehrt.[20] Umgekehrt ist den Neugläubigern wegen zu ihren Gunsten begründeter Verbindlichkeiten des Schuldners aus seiner fortgeführten freiberuflichen Tätigkeit der Zugriff auf die Altmasse verschlossen.[21] Die notwendige Abgrenzung zwischen der Altmasse und der nach Freigabe der selbstständigen Tätigkeit zu bildenden Neumasse, über die ein darauf beschränktes selbstständiges Insolvenzverfahren eröffnet werden kann,[22] würde verfehlt, wenn bereits der Altmasse zuzuordnende Vermögenswerte entgegen § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO zur Befriedigung der Neugläubiger in die Neumasse überführt würden. Ein redlicher Neugläubiger, der nach Freigabe der selbstständigen Tätigkeit mit dem Schuldner in geschäftlichen Kontakt tritt, darf nicht darauf vertrauen, wegen seiner Forderungen auf Bestandteile der Altmasse zugreifen zu können. Allein die von dem Schuldner aus der selbstständigen Tätigkeit von der Freigabeerklärung an erzielten Einkünften stehen den Gläubigern, deren Forderungen erst nach der Freigabeerklärung entstanden sind, als Haftungsmasse zur Verfügung.[23] Darum verbietet es sich, Bestandteile der Altmasse, auch wenn sie der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners dienen, der bei Ausübung der freigegebenen selbstständigen Tätigkeit zu bildenden Neumasse zuzuschlagen.

III. Freigabe und Globalabtretung

1. Auffassung des BGH

Vielfach nehmen Schuldner zur Sicherung ihres Darlehensgebers, insbesondere einer Bank, eine Globalabtretung vor. Wird das Insolvenzverfahren eröffnet, scheitert die Wirksamkeit der Globalabtretung hinsichtlich der nach Verfahrenseröffnung begründeten Forderungen an § 91 Abs. 1 InsO . Gibt der Insolvenzverwalter die selbstständige Tätigkeit des Schuldners frei, stehen die infolge der Berufsausübung begründeten Forderungen nunmehr dem Schuldner zu. Hier kann es zu einer Kollision mit einer vor Verfahrenseröffnung vereinbarten Globalabtretung kommen. Wird die selbstständige Tätigkeit des Schuldners freigegeben, hindert § 91 InsO nicht mehr den Forderungsübergang auf den Zessionar. Die Vorausabtretung erweist sich infolge Konvaleszenz (§ 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB) als wirksam. Nach dieser Vorschrift wird die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt. In entsprechender Anwendung dieser Vorschrift wird auch die Verfügung eines Berechtigten (ex nunc) wirksam, wenn er ohne Verfügungsmacht gehandelt hat und diese nachträglich wiedererlangt, wie dies gerade in der Insolvenz des Schuldners zutreffen kann. Die im Rahmen des § 81 InsO allgemein anerkannte Möglichkeit einer Konvaleszenz nach Freigabe des Vermögensgegenstands durch den Verwalter gilt in gleicher Weise bei Anwendung des hier maßgeblichen § 91 InsO . Die Vorausabtretung künftiger, nach Verfahrenseröffnung entstehender Forderungen erlangt damit infolge Konvaleszenz ihre Wirksamkeit zurück, wenn diese aus einer durch den Insolvenzverwalter freigegebenen selbstständigen Tätigkeit des Schuldners herrühren.[24]

---

18 BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 322 = ZInsO 2012, 481 Rn. 14 .

19 BFH, ZInsO 2011, 2339, 2340 f. ; HambKomm-InsO/*Lüdtke* (Fn. 9), § 35 Rn. 261 jeweils m.w.N.; *Berger*, ZInsO 2008, 1101, 1106 ; *Zimmermann*, ZInsO 2011, 2057, 2058 ; a.A. *Ahrens*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 35 Rn. 159.

20 BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 322 = ZInsO 2012, 481 Rn. 28 m.w.N.

21 BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 322 = ZInsO 2012, 481 Rn. 14 .

22 BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 322 = ZInsO 2012, 481 Rn. 28 .

23 BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 322 = ZInsO 2012, 481 Rn. 28 .

24 BGH, Urt. v. 18.4.2013 - IX ZR 165/12 , ZInsO 2013, 1146 Rn. 24 ff.

2. Kritische Stimmen

Diese Entscheidung ist im Schrifttum als dogmatisch stimmig,[25] aber nicht interessengerecht kritisiert worden, weil es die Möglichkeit des Schuldners, sich eine neue wirtschaftliche Existenz zu schaffen, erschwere, weil die Forderungen nicht als Sicherungsmittel einsetzbar und dem Zugriff der Neugläubiger entzogen seien.[26] Als vorzugswürdig wird befürwortet, entgegen der Position des BGH der Erwerbssperre des § 91 Abs. 1 InsO unter zweckentsprechend weiter Auslegung oder in analoger Anwendung auch nach einer Unternehmensfreigabe für dessen künftige Erlöse Wirksamkeit zu geben.[27] Ferner wird eine einschränkende Auslegung des § 91 Abs. 1 InsO ,[28] eine Analogie zu § 294 Abs. 2 InsO [29] oder die Unwirksamkeit der Vorausabtretung der Neuforderungen gem. § 400 BGB , § 89 Abs. 1 InsO vorgeschlagen.[30]

3. Würdigung

Der BGH hat eingeräumt, dass die von ihm befürwortete Auslegung die Intentionen des § 35 Abs. 2 InsO beeinträchtigen kann.[31] Ein rechtlich zwingendes Verständnis kann indessen nicht allein aufgrund einer abweichenden Interessenabwägung einfach beiseitegeschoben werden.

a) Vorinsolvenzrechtliche Belastungen

Zunächst sollte man in den Blick nehmen, dass auch in sonstigen Fällen eine Freigabe nicht bewirkt, dass der betroffene Gegenstand aus vorinsolvenzrechtlichen Belastungen einfach gelöst wird.

aa) Grundpfandrechte

Mitunter ist der Insolvenzverwalter an einer Freigabe wertausschöpfend belasteten Grundvermögens interessiert, um die Masse von Kosten der Liegenschaft freizustellen. Der freigegebene Gegenstand wird dann aus der Insolvenzmasse in das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners entlassen.[32] Die Freigabe bedeutet aber keinen Erwerb neuen Vermögens, vielmehr erhält der Schuldner lediglich die Verfügungsbefugnis zurück.[33] Ist ein Grundstück betroffen, haften ihm auch nach der Freigabe die bestehenden Grundpfandrechte an. Als Inhaber von Grundpfandrechten sind die Pfandrechtsgläubiger auch nach der Freigabe gem. § 49 InsO befugt, gegen den Schuldner wegen dadurch gesicherter Insolvenzforderungen die Zwangsvollstreckung zu betreiben.[34] Stets besteht die Möglichkeit, dass ein Grundpfandrecht wegen Verwendungen, die der Schuldner nach Freigabe seiner selbstständigen Tätigkeit daran vornimmt, an Wert gewinnt. In einem solchen Fall kann dem Grundpfandrechtsgläubiger der Zugriff auf seine Sicherung nicht versagt werden. Ferner ist nicht auszuschließen, dass das vermeintlich wertausschöpfend belastete Grundstück nachträglich erheblich an Wert gewinnt.[35] Bei solchen Gegebenheiten ist eine Bank möglicherweise sogar bereit, dem Schuldner nach Freigabe seiner selbstständigen Tätigkeit einen weiteren grundpfandrechtlich gesicherten Kredit zu geben. Die Bank wäre dann selbstverständlich berechtigt, das Grundstück sowohl durch Inanspruchnahme des Altgrundpfandrechts als auch des Neugrundpfandrechts zu verwerten.

bb) Vermieterpfandrecht

Ebenso erstreckt sich ein Vermieterpfandrecht (§ 562 Abs. 1 BGB) auf die vor und nach Verfahrenseröffnung fällig werdenden Mietforderungen.[36] Dieser Umstand gewinnt Bedeutung, wenn die Freigabe ein Mietverhältnis erfasst, das der Ausübung der freiberuflichen Tätigkeit des Schuldners gewidmet ist. Nach der Freigabeerklärung können (neue) Mietforderungen nur noch gegen den Schuldner geltend gemacht werden.[37] Dann kann es ohne Weiteres dazu kommen, dass das Vermieterpfandrecht vorinsolvenzliche Mietforderungen (§ 38 InsO), die als Insolvenzforderungen gegen die Masse bestehen, nach Verfahrenseröffnung als Masseforderungen einzustufende Mietforderungen (§§ 55 Abs. 1 Nr. 2 , 108 Abs. 1 Satz 1 , 109 Abs. 1 Satz 1 InsO) und schließlich nach Freigabe begründete Mietforderungen, die gegen den Schuldner persönlich gerichtet sind, sichert. Hier ist ein Sicherungsbedürfnis des Vermieters insbesondere hinsichtlich der älteren, als bloße Insolvenzforderungen anzusehenden Mietforderungen anzuerkennen.[38] Werden nach der Freigabe die Mietforderungen vollumfänglich beglichen, kann den Neugläubigern des Schuldners nicht ein das Vermieterpfandrecht verdrängender Zugriff auf die von dem Schuldner eingebrachten Gegenstände gewährt werden. Vielmehr darf sich der Vermieter dank seines Absonderungsrechts daraus auch hinsichtlich seiner Insolvenzforderungen vorweg befriedigen.

cc) Sicherheitentausch

Ferner sind Fälle eines Sicherheitentauschs in den Blick zu nehmen. Der Vermieter oder Verpächter erklärt sich mitunter mit der Entfernung seinem Pfandrecht unterliegender Gegenstände bereit, wenn ihm der Erlös

aus ihrer Veräußerung abgetreten wird.[39] Handelt es sich um eine Abtretung an Erfüllungs statt (§ 364 Abs. 2 BGB), vollzieht sich ein unmittelbarer Sicherheitentausch, der eine Insolvenzanfech-

25 *Heinze*, DZWIR 2013, 385 f.; *Hofmann*, EWiR 2013, 551 f. [BGH 18.04.2013 - IX ZR 165/12] ; *Schönherr*, NZI 2013, 643; *P. Fischer*, ZInsO 2013, 1969, 1982 Fn. 128.

26 *Heinze*, DZWIR 2013, 385 f.; *Hofmann*, EWiR 2013, 551 f. [BGH 18.04.2013 - IX ZR 165/12] ; *Lüdtke*, ZVI 2013, 228; *Münzel*, ZInsO 2014, 761 ff.

27 *Heinze*, DZWIR 2013, 386.

28 *Münzel*, ZInsO 2014, 761, 767 .

29 *Piekenbrock*, WuB VI A § 91 InsO 2.13.; *Kuleisa*, ZVI 2015, 85 ff.

30 *Lüdtke*, ZVI 2013, 228.

31 BGH, Urt. v. 18.4.2013 - IX ZR 165/12 , ZInsO 2013, 1146 Rn. 27 .

32 Uhlenbruck/*Hirte* (Fn. 4), § 35 Rn. 82.

33 BGH, Beschl. v. 12.2.2009 - IX ZB 112/06 , ZInsO 2009, 830 Rn. 8 .

34 BGH, Beschl. v. 12.2.2009 - IX ZB 112/06 , ZInsO 2009, 830 Rn. 5 .

35 BGH, Urt. v. 30.4.2015 - IX ZR 301/13 , ZInsO 2015, 1097 Rn. 10 .

36 BGH, Urt. v. 9.10.2014 - IX ZR 69/14 , ZInsO 2014, 2320 Rn. 18 .

37 BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 322 = ZInsO 2012, 481 Rn. 29 , 29 ff.

38 BGH, Urt. v. 9.10.2014 - IX ZR 69/14 , ZInsO 2014, 2320 Rn. 12 ff.

39 Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.2013 - IX ZR 127/11 , ZInsO 2014, 195 Rn. 11 , 12.

tung ausschließt.[40] Entsteht die an Erfüllungs statt abgetretene Forderung nach Freigabe der selbstständigen Tätigkeit, darf sich der Gläubiger als Ersatz für seine untergegangene Sicherheit daraus befriedigen. Bei dieser Sachlage ist nicht erklärlich, warum der Zessionar an der Verwertung einer gem. § 91 Abs. 1 InsO insolvenzbeständig an ihn abgetretenen Forderung gehindert sein soll.

dd) Forderungsabtretung

Entsteht eine im Voraus abgetretene Forderung erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, kann der Zessionar grds. gem. § 91 Abs. 1 InsO kein Forderungsrecht mehr zulasten der Masse erwerben. Anders verhält es sich, wenn der Zessionar bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine gesicherte Rechtsposition hinsichtlich der abgetretenen Forderung erlangt hat.[41] Dies ist bspw. für abgetretene Forderungen betreffend die Grundmietzeit des Finanzierungsleasings anzunehmen. Dies hat zur Folge, dass die Vorausabtretung der Leasingrate in der Insolvenz des Leasinggebers wirksam bleibt, weil die Forderung schon vor Insolvenzeröffnung entstanden ist.[42] Wenn ein Leasingvertrag unmittelbar vor Verfahrenseröffnung geschlossen und danach sofort die selbstständige Tätigkeit freigegeben wird, muss die Abtretung nicht nur gegenüber der Masse, sondern auch im Verhältnis zu dem Schuldner und seinen Neugläubigern als insolvenzfest gelten. Es ist kein rechtlicher Grund gegeben, eine Vorausabtretung, die sich in Anwendung von § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB als wirksam erweist, anders zu behandeln. Erweist sich eine Globalabtretung - gleich aus welchen rechtlichen Erwägungen - als insolvenzbeständig, kann dem Gläubiger nicht verwehrt werden, sich daraus zu befriedigen. Insbesondere wäre es nicht einsichtig, wenn bei einer Freigabe eines wertausschöpfend belasteten Betriebsgrundstücks verbunden mit der Freigabe der selbstständigen Tätigkeit Grundpfandrechtsgläubiger auf die Immobilie zugreifen könnten, Zessionare hingegen leer ausgingen. Vielmehr ist den Gläubigern in beiden Gestaltungen der Zugriff zu gestatten.[43]

b) Zweck der Freigabe

Ferner kann nicht außer Betracht bleiben, dass das Rechtsinstitut der Freigabe der selbstständigen Tätigkeit vor allem dazu dient, die Insolvenzmasse von weiteren Verbindlichkeiten zu entlasten. Die Freigabe bezweckt nicht im Sinne einer vorweggenommenen Restschuldbefreiung, den Schuldner für alle Zukunft von einer Haftung gegenüber seinen Altgläubigern freizustellen. Wird das Insolvenzverfahren aufgehoben (§ 200 InsO), unterliegt der Schuldner grds. einer Nachhaftung (§ 201 InsO).[44] Folgerichtig können Gläubiger nunmehr wie vor Verfahrenseröffnung aus gegen den Schuldner begründeten Sicherheiten wie einer Globalabtretung vorgehen.[45] Was im Fall einer Restschuldbefreiung zu gelten hat, ist damit nicht entschieden. Hier spricht vieles dafür, dass ein Zugriff auf die im Voraus abgetretene Forderung ausscheidet, weil § 301 Abs. 2 Satz 1

InsO revolvierende, nach Verfahrensbeendigung entstehende Sicherungen nicht erfasst. An ihnen bestand, weil sie erst nach Verfahrensaufhebung begründet wurden, im Insolvenzverfahren kein Absonderungsrecht.

C. Rechtsnatur der Freigabeerklärung

Die Klärung der Rechtswirkungen der Freigabe erleichtert den Zugang zu ihrer Rechtsnatur. Die Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO ist keine "echte Freigabe", weil sie sich nicht auf vorhandene Bestandteile der Insolvenzmasse bezieht.[46] Die Freigabe bewirkt, dass das Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit und damit der Neuerwerb des Schuldners abweichend von § 35 Abs. 1 InsO nicht in die Masse fällt. Als Ausgleich haftet die Masse nicht für die Verbindlichkeiten des Schuldners aus seiner selbstständigen Tätigkeit. Das gesetzliche Regelungsmodell geht dahin, einerseits die aus seiner fortgesetzten gewerblichen Tätigkeit erzielten Einkünfte des Schuldners den (Neu-)Gläubigern, die nach Verfahrenseröffnung und Freigabe mit dem Schuldner kontrahiert haben, als selbstständige Haftungsmasse zur Verfügung zu stellen und andererseits die Masse des bereits eröffneten Verfahrens von Verbindlichkeiten des Schuldners aus seiner weiteren gewerblichen Tätigkeit freizustellen. Deswegen handelt es sich um eine Art Freigabe des künftig aus der selbstständigen Tätigkeit zu erwerbenden Vermögens einschließlich der auf diese Tätigkeit bezogenen Vertragsverhältnisse.[47]

D. Aufhebung der Freigabe

Die Freigabe kann gem. § 35 Abs. 2 Satz 3 InsO nachträglich beseitigt werden.

I. Prüfungskompetenz

Das Insolvenzgericht hat gem. § 35 Abs. 2 Satz 3 InsO auf Antrag des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, auf Antrag der Gläubigerversammlung die Unwirksamkeit der Freigabeerklärung anzuordnen. Das Gesetz räumt dem Gericht, das entsprechend dem Mehrheitswillen zu verfahren hat, bei dieser Entscheidung keine eigene Prüfungskompetenz ein.[48] Damit ist § 35 Abs. 3 InsO Ausdruck der Gläubigerautonomie.[49] Allerdings findet eine Kontrolle am Maßstab des § 78 Abs. 1 InsO statt, ob der Beschluss dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger entspricht.[50] Eine solche Missbrauchskontrolle dürfte verhindern, dass eine Gläubigermehrheit ihre Macht einseitig zum Nachteil der Minderheit ausübt.

---

40 Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.2013 - IX ZR 127/11 , ZInsO 2014, 195 Rn. 11 .

41 BGH, Urt. v. 25.4.2013 - IX ZR 62/12 , ZInsO 2013, 1081 Rn. 27 .

42 BGH, Urt. v. 25.4.2013 - IX ZR 62/12 , ZInsO 2013, 1081 Rn. 29 m.w.N.

43 Uhlenbruck/*Hirte* (Fn. 4), § 35 Rn. 102.

44 Vgl. BGH, Beschl. v. 3.4.2014 - IX ZB 83/13 , ZInsO 2014, 1276 Rn. 5 ff.

45 BGH, Urt. v. 18.4.2013 - IX ZR 165/12 , ZInsO 2013, 1146 Rn. 27 .

46 *Berger*, ZInsO 2008, 1101, 1103 ; HambKomm-InsO/*Lüdtke* (Fn. 9), § 35 Rn. 254.

47 BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 32 = ZInsO 2012, 481 Rn. 14 .

48 Uhlenbruck/*Hirte* (Fn. 4), § 35 Rn. 106.

49 HambKomm-InsO/*Lüdtke* (Fn. 9), § 35 Rn. 266.

50 LG Duisburg, ZIP 2010, 2113 [LG Duisburg 24.06.2010 - 7 T 109/10] ; HambKomm-InsO/*Lüdtke* (Fn. 9), § 35 Rn. 266; MünchKomm-InsO/*Peters* (Fn. 4), § 35 Rn. 47m.

II. Wirkung ex tunc oder ex nunc

1. Wirksamwerden der Freigabe

Die Freigabe verwirklicht sich ohne die Notwendigkeit zusätzlicher Erklärungen bereits mit dem Zugang der Freigabeerklärung bei dem Schuldner. Allein die Erklärung nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO zerschneidet das rechtliche Band zwischen der Insolvenzmasse und der durch den Schuldner ausgeübten selbstständigen Tätigkeit und leitet die der selbstständigen Tätigkeit dienenden Vertragsverhältnisse von der Masse auf die Person des Schuldners über.[51] Folglich ist die anschließende Veröffentlichung der Freigabeerklärung keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Freigabe und rein deklaratorischer Natur.[52] Im Unterschied dazu kann eine an keine zeitlichen Voraussetzungen geknüpfte Einzelfreigabe rückwirkend erteilt werden.[53]

2. Wirksamwerden der Aufhebung der Freigabe

Daran anknüpfend wirkt der Beschluss des Insolvenzgerichts, mit dem die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit für unwirksam erklärt wird, nicht auf den Zeitpunkt der Freigabe zurück (ex tunc), sondern nur für die Zukunft (ex nunc).[54] Als actus contrarius der Freigabe entfaltet auch ihre Aufhebung erst mit der Anordnung des Gerichts und nicht rückwirkend Rechtsfolgen. Die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters bewirkt, dass den Neugläubigern des selbstständig tätigen Schuldners zwar nicht die Insolvenzmasse, dafür aber der Neuerwerb als Haftungsmasse zur Verfügung steht. Diesem Umstand werden die neuen Geschäftspartner bei Eingehung von Vertragsverhältnissen mit dem Selbstständigen Rechnung tragen. Wenn die Neugläubiger jedoch keine Klarheit darüber erlangen könnten, ob ihnen als Haftungsmasse der Neuerwerb (Einkünfte des Schuldners aus seiner selbstständigen Tätigkeit) oder aber - nach rückwirkender Aufhebung der Freigabe - die Insolvenzmasse zur Verfügung steht, würde die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit zumindest erheblich erschwert.[55] Nach § 35 Abs. 2 Satz 3 InsO hat das Gericht sowohl die Erklärung des Insolvenzverwalters über die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit als auch den gerichtlichen Beschluss über deren Unwirksamkeit bekannt zu machen. Mit der Veröffentlichung sollen Gläubiger und der Geschäftsverkehr informiert werden, sodass Unklarheiten im Zusammenhang mit den durch den Schuldner im Rahmen der selbstständigen Tätigkeit und den freigegebenen Vertragsverhältnissen abgegebenen Erklärungen vermieden werden. Die mit der Veröffentlichung angestrebte Herstellung von Rechtssicherheit könnte jedoch nicht erreicht werden, wenn die Wirkung der Freigabe jederzeit auf Antrag der Gläubigerversammlung durch Beschluss des Insolvenzgerichts rückwirkend beseitigt werden könnte.[56] Schließlich ist nicht erkennbar, wie die Rechtsverhältnisse rückabgewickelt werden könnten, die durch den Selbstständigen in der Übergangszeit begründet wurden.[57] Mit dieser allein praxisgerechten Würdigung wird der Rechtsgedanke des § 34 Abs. 3 Satz 3 InsO fruchtbar gemacht.[58] Danach wird die Wirksamkeit von Rechtshandlungen des Verwalters nicht dadurch beeinträchtigt, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgehoben wird.

Für die Richtigkeit des Ergebnisses streiten überdies die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft, die auch auf typische oder atypische stille Gesellschaften unabhängig von der Bildung eines Gesamthandsvermögens anwendbar sind. Die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft beruht allgemein darauf, dass es zu unerträglichen Ergebnissen führen würde, eine auf Dauer angelegte und tatsächlich vollzogene Leistungsgemeinschaft in Form einer Gesellschaft, für welche die Beteiligten Beiträge erbracht und Werte geschaffen, die Gewinnchancen genutzt und gemeinschaftlich das Risiko getragen haben, mit rückwirkender Kraft aufzuheben und damit so zu behandeln, als ob sie niemals bestanden hätte. Ein - bereits durch Zahlung der Einlage - in Vollzug gesetztes fehlerhaftes Gesellschaftsverhältnis ist daher unabhängig von der individuellen Gestaltung des Einzelfalls regelmäßig nicht von Anfang an nichtig, sondern wegen etwaiger anfänglicher Mängel nur mit Wirkung für die Zukunft vernichtbar. Eine Gesellschaft ist eine echte Risikogemeinschaft mit einer meist auf lange Zeit vereinbarten Teilung des Gewinns und Verlusts des Unternehmens.[59] Auch aus diesen Erwägungen ist es nicht angängig, die Freigabe rückwirkend als unwirksam zu erachten.

E. Zusammenfassung

Setzt der Schuldner ohne eine Freigabeerklärung des Verwalters seine selbstständige Tätigkeit fort, werden keine Masseverbindlichkeiten erzeugt. Die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners bedeutet, dass die Masse mit den daraus begründeten Verbindlichkeiten nicht belastet wird, als Ausgleich der Neuerwerb aus dieser Tätigkeit - im Interesse der Neugläubiger des Schuldners - nicht in die Masse fällt. Die Freigabe erfasst nicht die der freiberuflichen Tätigkeit dienenden Bestandteile der Masse. Folgerichtig bleiben Gläubigern insolvenzfeste Sicherungsrechte erhalten. Die Freigabe wird mit Zugang der Erklärung gegenüber dem Schuldner wirksam. Gleiches gilt für ihre Aufhebung, die folglich mit der Anordnung des Gerichts ex nunc und nicht ex tunc wirkt.

---

51 BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 322 = ZInsO 2012, 481 Rn. 19 .

52 BGH, Urt. v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11 , BGHZ 192, 322 = ZInsO 2012, 481 Rn. 24 .

53 BGH, Urt. v. 18.4.2013 - IX ZR 165/12 , ZInsO 2013, 1146 Rn. 9 .

54 BSG, Urt. v. 10.12.2014 - B 6 KA 45/13 R , ZInsO 2015, 952 Rn. 23 ff.

55 BSG, Urt. v. 10.12.2014 - B 6 KA 45/13 R , ZInsO 2015, 952 Rn. 25 .

56 BSG, Urt. v. 10.12.2014 - B 6 KA 45/13 R , ZInsO 2015, 952 Rn. 26 .

57 BSG, Urt. v. 10.12.2014 - B 6 KA 45/13 R , ZInsO 2015, 952 Rn. 26 .

58 MünchKomm-InsO/*Peters* (Fn. 4), § 35 Rn. 47m.

59 BGH, Urt. v. 19.11.2013 - II ZR 383/12 , BGHZ 199, 104 Rn. 11 .