

# **Arbeitskreis Insolvenzrecht OWL**

## **Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners (§ 35 Abs. 2, 3 InsO)**

**Bielefeld**

**20.6.2016**

**Prof. Dr. Heinz Vallender, Köln**

# Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

## Regelung in § 35 Abs. 2, 3 InsO

- durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13.4.2007 mit Wirkung zum 1.7.2007 (BGBl I S. 509)
- Neu geschaffen wurde eine Regelung über die Vermögens- und Schuldensordnung bei selbstständiger Tätigkeit des Schuldners nach Verfahrenseröffnung.
- Die Vorschrift findet Anwendung auf nach dem 1.7.2007 eröffnete Insolvenzverfahren (siehe Art. 103c EGIInsO)

## Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

- 35 Abs. 2 InsO begründet eine Rechtspflicht zum Handeln für den Insolvenzverwalter („hat“), d.h., der Verwalter hat sich über die haftungsrechtlichen Wirkungen der selbstständigen unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners zu erklären.
- Verwalter kann diese Verpflichtung nicht dadurch umgehen, dass er Schuldner selbständige Tätigkeit untersagt.  
Grund: Arbeitskraft ist nicht vom Insolvenzbeschluss erfasst. Deshalb kann Schuldner nicht untersagt werden, sein Unternehmen fortzuführen.  
Aber: Ab 1.7.2014 trifft Schuldner Arbeitspflicht. Dies ändert aber nichts daran, dass er wählen kann, ob er selbständig oder nicht selbständig tätig sein möchte.

# Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

## Zweck der Vorschrift

**BGH** v. 18.2.2010 – IX ZR 261/09, ZIP 2010, 587

## **Leitsatz**

**Zweck des § 35 Abs. 2 InsO ist es, dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit zu eröffnen, eine für die Masse verlustbringende Betriebsfortführung an den Schuldner freizugeben (BT-Drucks. 16/3227 S. 17). Ist die Tätigkeit ertragreich, soll er sie mit der Masse fortführen können.**

**Den Schutz von Zessionaren, denen über eine Vorausabtretung Forderungen des Schuldners aus der Zeit nach Verfahrenseröffnung abgetreten sind, bezweckt die Regelung nicht.**

## Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

- Ist Unternehmen rentabel, kann auch Verwalter das Unternehmen fortführen. In diesem Fall ist § 35 Abs. 2 InsO nicht anwendbar.
- Pflicht zur Erklärung gilt bereits bei bekundeter Absicht des Schuldners („demnächst“).
- Damit ist zugleich die Grundlage für die Entstehung von Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 InsO gelegt, wenn der Verwalter die Erklärung nicht oder verzögert abgibt.

# Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

## Rechtsnatur und Wirkung der Erklärung

- Erklärung des Insolvenzverwalters ist nicht auf den Einzelgegenstand, sondern auf eine bestimmte Form des Wirtschaftens in Gestalt einer selbständigen Erwerbstätigkeit gerichtet. Sie stellt eine haftungsrechtliche Gesamterklärung dar.
  - Es geht um den gesamten Erwerb des Schuldners aus selbstständiger unternehmerischer Tätigkeit.
  - Deshalb ist Begriff „Freigabe“ zumindest missverständlich.
- Als Gesamterklärung ist die Erklärung des Verwalters inhaltlich nicht modifizierbar.

## Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschlagn gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

- Die Freigabewirkung erfasst nicht sämtlichen Neuerwerb des Schuldners.
  - Erfasst ist nur das aus der selbständigen Tätigkeit erzielte Vermögen.
  - Was Schuldner auf Grund Erbschaft oder Schenkung erwirbt, ist vom Insolvenzbeschlagn erfasst.

# Zweitverfahren bei „Freigabe“ der selbständigen Tätigkeit des Schuldners

**BGH** v. 9.6.2011– IX ZB 175/10

## ***Leitsatz***

**Hat der Insolvenzverwalter erklärt, das Vermögen aus der selbständigen Tätigkeit des Schuldners gehöre nicht zur Insolvenzmasse, kann auf Antrag eines Neugläubigers ein auf dieses Vermögen beschränktes zweites Insolvenzverfahren eröffnet werden.**

## **Problemfelder**

Rechtsschutzinteresse für die Eröffnung eines zweiten Insolvenzverfahrens

Rechtliches Schicksal der Vertragsverhältnisse nach Freigabeerklärung

## Zweitverfahren bei „Freigabe“ der selbständigen Tätigkeit des Schuldners

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haben die **Neugläubiger** auch dann, wenn der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbständig tätige Schuldner die daraus herrührenden Verbindlichkeiten nicht erfüllen kann, grundsätzlich kein rechtlich geschütztes Interesse an der Eröffnung eines weiteren Insolvenzverfahrens (BGH NZI 2004, 444; BGH NZI 2008, 609 Rn. 10).

Für ein weiteres Insolvenzverfahren ist deshalb kein Raum, weil das gesamte vom Schuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworbene Vermögen einschließlich aller Einkünfte aus einer selbständigen Tätigkeit gemäß § 35 Abs. 1 InsO in die Insolvenzmasse des eröffneten Verfahrens fällt. Dem Schuldner bleibt nur das unpfändbare Vermögen (§ 36 InsO), das aber nicht die Grundlage für ein weiteres Insolvenzverfahren darstellen kann.

Der Senat hält an dieser Rechtsprechung fest. Sie betrifft jedoch nicht den **Sonderfall des § 35 Abs. 2 InsO**.

## Zweitverfahren bei „Freigabe“ der selbständigen Tätigkeit des Schuldners

- Bei der „Freigabe“ nach § 35 Abs. 2 InsO handelt sich um eine Art Freigabe des Vermögens, welches der gewerblichen Tätigkeit gewidmet ist, einschließlich der dazu gehörenden Vertragsverhältnisse (BT-Drucks. 16/3227, 17). **BGH, Rdn. 7**
- Die Einkünfte, welche der Schuldner von der Erklärung des Verwalters an im Rahmen dieser Tätigkeit erzielt, stehen den Gläubigern, deren Forderungen erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, als Haftungsmasse zur Verfügung (BT-Drucks. 16/3227, 17).
- Gibt es eine Haftungsmasse, ist auch ein gesondertes zweites Insolvenzverfahren, das nur der Befriedigung der Neugläubiger dient, rechtlich möglich.
- Die Vorschrift des § 295 Abs. 2 InsO, die gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 InsO nach der "Freigabe" der selbständigen Tätigkeit des Schuldners entsprechend anwendbar ist, steht einem Zweitverfahren nicht entgegen.

## Zweitverfahren bei „Freigabe“ der selbständigen Tätigkeit des Schuldners

### BGH:

Die Abführungspflicht ist eingeführt worden, um eine pauschale Besserstellung der Selbständigen gegenüber den abhängig Beschäftigten - die den pfändbaren Teil ihrer Einkünfte an den Verwalter abführen müssen - zu vermeiden (BT-Drucks. 16/3227, 17).

- Im Hinblick auf ein Zweitverfahren hat sie entweder zur Folge, dass der an den Insolvenzverwalter des eröffneten Verfahrens abzuführende Teil des Einkommens im Zweitverfahren nicht mehr zur Verfügung steht, also dessen Masse schmälert.
- Oder der Insolvenzverwalter des ersten Verfahrens muss den Anspruch auf Abführung des entsprechenden Betrages im Zweitverfahren anmelden.

Ausgeschlossen ist ein Zweitverfahren damit nicht.

## Zweitverfahren bei „Freigabe“ der selbständigen Tätigkeit des Schuldners

**BGH** untersucht ferner, welche Anforderungen für den Antrag des Neugläubigers gelten.

„Für die Eröffnung des Zweitverfahrens gelten grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften der Insolvenzordnung. Der Antrag eines Gläubigers ist zulässig, wenn der Gläubiger ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat und seine Forderung und den Eröffnungsgrund glaubhaft macht (§ 14 InsO). Dass seine Forderung ganz oder teilweise befriedigt werden kann, braucht der Gläubiger nicht darzulegen. Das Rechtsschutzinteresse für einen Insolvenzantrag besteht unabhängig davon, ob der Gläubiger in dem Verfahren eine Befriedigung erlangen kann. Auch Masseunzulänglichkeit berührt das Rechtsschutzinteresse für einen Eröffnungsantrag nicht (BGH NZI 2011, 58 Rdn. 11: zum Eröffnungsantrag eines nachrangigen Insolvenzgläubigers). Eröffnet werden kann das Zweitverfahren allerdings nur, wenn die Verfahrenskosten gedeckt sind (§ 26 Abs. 1 InsO. Ob dies der Fall ist, hat das Insolvenzgericht jedoch von Amts wegen zu ermitteln (§ 5 Abs. 1 InsO).“

## Zweitverfahren bei „Freigabe“ der selbständigen Tätigkeit des Schuldners

LG Hannover v. 13.2.2015 – 11 T 2/15

### *Leitsatz*

**Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Antrags auf Eröffnung eines zweiten Insolvenzverfahrens ist nicht zwischen Gläubigern, deren Rechtsschutzbedürfnis bei Vorliegen des Sonderfalls des § 35 Abs. 2 InsO vom BGH bejaht wurde und Schuldnern zu unterscheiden. Dies gilt wenigstens für den Fall, in dem der Schuldner mit seinem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht offensichtlich verfahrensfremde Ziele verfolgt. Dem Schuldner fehlt bei einem Zweit Antrag jedenfalls nicht per se das rechtliche Interesse.**

## Zweitverfahren bei „Freigabe“ der selbständigen Tätigkeit des Schuldners

### LG

„Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags zwischen Gläubigern, deren Rechtsschutzbedürfnis bei Vorliegen des Sonderfalls des § 35 Abs. 2 InsO vom BGH bejaht wurde (vgl. Beschluss vom 09.06.2011, Az. IX ZB 175/10), und Schuldner zu unterscheiden sein sollte. Dies gilt wenigstens für den Fall, in dem der Schuldner mit seinem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht offensichtlich verfahrensfremde Ziele verfolgt.“

## Zweitverfahren bei „Freigabe“ der selbständigen Tätigkeit des Schuldners

Auch für einen Zweitantrag gelten die allgemeinen Vorschriften der Insolvenzordnung. Antragsberechtigt sind gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 InsO die Gläubiger und der Schuldner. § 14 Abs. 1 InsO regelt die Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Gläubigerantrags. Hier ist das Erfordernis eines rechtlichen Interesses ausdrücklich normiert. Eine entsprechende Vorschrift bzw. Voraussetzung findet sich in Bezug auf den Schuldner nicht. Aus dem Sinn und Zweck des § 26 InsO ergibt sich zudem, dass gerade auch unter der Voraussetzung, dass keine Masse vorhanden ist, ein Rechtsschutzbedürfnis bzw. Eröffnungsinteresse bejaht werden kann. Dem Schuldner fehlt bei einem Zweitantrag jedenfalls nicht per se das rechtliche Interesse; der Antrag kann aber, wenn die Voraussetzungen des § 26 InsO vorliegen, abgewiesen werden. Wäre dies nicht so, so würde dem Schuldner, der bereit ist, einen entsprechenden Vorschuss einzuzahlen, die Möglichkeit genommen werden, dafür zu sorgen, dass ein geordnetes Verfahren stattfindet.

## Ansprüche von Gläubigern nach Freigabe

**BGH** v. 9.2.2012 – IX ZR 75/11, NZI 2012, 409

### *Leitsätze*

**1. Gibt der Insolvenzverwalter das Vermögen des Schuldners aus einer selbständigen Tätigkeit frei, können auf die selbständige Tätigkeit bezogene vertragliche Ansprüche von Gläubigern, die nach dem Zugang der Erklärung beim Schuldner entstehen, nur gegen den Schuldner und nicht gegen die Masse verfolgt werden.**

**2. Versäumt der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung die Kündigung eines von dem Schuldner begründeten Dauerschuldverhältnisses, trifft ihn eine Schadensersatzpflicht nur für solche Verbindlichkeiten, die nach dem Zeitpunkt entstehen, zu dem bei einer frühestmöglichen Kündigungserklärung der Vertrag geendet hätte.**

## Ansprüche von Gläubigern nach Freigabe

Der **BGH** folgt der Auffassung, dass kraft der Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen ohne die Notwendigkeit weiterer, insbesondere auf eine Vertragskündigung gerichteter Erklärungen des Insolvenzverwalters nur noch gegen den Schuldner und nicht mehr gegen die Masse durchgesetzt werden können.

Die Freigabe tritt ohne die Notwendigkeit zusätzlicher Erklärungen bereits **mit dem Zugang der Freigabeerklärung bei dem Schuldner** ein.

Die anschließende Veröffentlichung der Freigabeerklärung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Freigabe.

## Ansprüche von Gläubigern nach Freigabe

Praxishinweis: Für den Verwalter ist es wichtig, diesen Zugang zu dokumentieren. Der Nachweis des Zugangs entlastet die Masse.

**BGH:** Die mit der Freigabeerklärung verbundene allgemeine Überleitung der Vertragsverhältnisse von der Masse auf den Schuldner ermöglicht eine klare Abgrenzung der die Masse und der den Schuldner treffenden, aus der selbständigen Tätigkeit herrührenden Verbindlichkeiten. Da die Freigabeerklärung mit dem Zugang an den Schuldner wirksam wird, sind danach entstehende Verbindlichkeiten allein gegen ihn zu verfolgen.

BGH zur Position der Alt- und Neugläubiger:

Sofern der Insolvenzverwalter das Vermögen aus der selbständigen Tätigkeit des Schuldners freigibt, können die **Neugläubiger**, die nach der Freigabeerklärung Forderungen gegen den Schuldner erworben haben, auf die ab diesem Zeitpunkt durch die selbständige Tätigkeit erwirtschafteten Vermögenswerte des Schuldners als eigenständige Haftungsmasse zugreifen.

## Ansprüche von Gläubigern nach Freigabe

Den **Altgläubigern** ist hingegen gemäß § 89 InsO eine Vollstreckung in diese Vermögensgegenstände verwehrt .

Diese Ausgangslage – so der BGH – erfordere eine eindeutige Abgrenzung, die seine Entscheidung ermögliche.

Die Erwägungen des BGH zu § 61 InsO unterstreichen ferner, dass die Erklärung möglichst frühzeitig abgegeben werden sollte. Denn eine Ersatzpflicht bei Dauerschuldverhältnissen greift ein, wenn der Insolvenzverwalter eine rechtlich zulässige Kündigung von Dauerschuldverhältnissen versäumt. Er haftet dann für die verbindlichkeiten, die nach dem Zeitpunkt entstehen, zu dem bei einer frühestmöglichen Kündigungserklärung der Vertrag geendet hätte.

Offen geblieben war vorliegend nur der Mietzinsanspruch für die Zeit von Januar bis Februar. Die danach entstandenen Ansprüche betrafen allein den Schuldner, nicht die Masse.

Auch bei sofortiger Ausübung des Kündigungsrechts wäre die offene Forderung nicht vermeidbar gewesen.

## Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

**BAG** v. 21.11.2013 – 6 AZR 979/11, ZInsO 2014, 507

### *Leitsatz*

**Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist eine Kündigungsschutzklage gegen den Schuldner zu richten, wenn dieser eine selbständige Tätigkeit ausübt und der Insolvenzverwalter das Vermögen aus dieser Tätigkeit gemäß § 35 Abs. 2 InsO aus der Insolvenzmasse freigegeben hat. Mit Zugang der Freigabeerklärung bei dem Schuldner fällt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Arbeitsverhältnisse ohne gesonderte Kündigung von dem Insolvenzverwalter an den Schuldner zurück.**

# Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschlag gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

## Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Der Kläger war seit dem 6. Mai 2010 bei Herrn M (*im Folgenden: Schuldner*) als Kraftfahrer angestellt. Der Schuldner betrieb als Einzelunternehmer einen Kurier- und Kleintransportdienst. Mit Schreiben vom 13. Mai 2010, dem Kläger zugegangen am 15. Mai 2010, kündigte der Schuldner das Arbeitsverhältnis des Klägers außerordentlich fristlos wegen Wegfalls eines Auftraggebers und bevorstehender Insolvenz. Mit Beschluss des Insolvenzgerichts vom 20. Mai 2010 wurde über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Beklagte erklärte gegenüber dem Schuldner noch mit Schreiben vom selben Tag die Freigabe der von diesem ausgeübten selbständigen Tätigkeit aus der Insolvenzmasse gemäß § 35 Abs. 2 InsO. Das Schreiben ging dem Schuldner am 21. Mai 2010 zu. Mit weiterem Schreiben vom 20. Mai 2010 informierte der Beklagte das Insolvenzgericht über die erfolgte Freigabe der selbständigen Tätigkeit. Am 25. Mai 2010 wurde die Freigabe öffentlich bekannt gemacht.

## Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

Mit seiner Klageschrift vom 1. Juni 2010, welche noch am selben Tag beim Arbeitsgericht einging, erhob der Kläger Kündigungsschutzklage gegen den Beklagten als Insolvenzverwalter. Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Landesarbeitsgericht zugelassene Revision des Klägers war nicht erfolgreich.

### **BAG:**

Eine Kündigungsschutzklage ist aber auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner zu richten, wenn dieser eine selbständige Tätigkeit ausübt und der Insolvenzverwalter das Vermögen aus dieser Tätigkeit gemäß § 35 Abs. 2 InsO aus der Insolvenzmasse freigegeben hat. Mit Zugang der Freigabeerklärung bei dem Schuldner fällt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Arbeitsverhältnisse ohne gesonderte Kündigung an den Schuldner zurück.

## Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

### Fazit:

Mit der Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners nach § 35 Abs. 2 InsO gehen die Arbeitgeberfunktion und die bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den Schuldner mit sofortiger Wirkung über.

Einer gesonderten „Beendigungserklärung“ des Insolvenzverwalters bedarf es nicht.

Dieser Übergang des Arbeitsverhältnisses stellt keinen Betriebsübergang i.S.d. § 613a BGB dar. Dies gilt auch im Falle einer echten Freigabe.

Den Insolvenzverwalter trifft die nebenvertragliche (Treue)Pflicht, die Arbeitnehmer von der Freigabe und deren Wirkungen zu informieren.

Der Insolvenzverwalter verliert mit der Freigabe seiner Passivlegitimation. Etwas anderes gilt nur dann, wenn er die Kündigung noch vor der Freigabe ausgesprochen hat.

Problem: Die Gläubiger können die Freigabeerklärung „kassieren“.

# **Verpflichtung des selbstständig tätigen Schuldners zu regelmäßigen Zahlungen an Treuhänder**

**BGH** v. 19.7.2012 – IX ZB 188/09, NZI 2012, 718

## **Leitsatz**

**Der selbstständig tätige Schuldner, dem die Restschuldbefreiung angekündigt ist, hat in regelmäßigen Abständen, zumindest jährlich, Zahlungen an den Treuhänder zu erbringen**

## **Problemstellung:**

Zur Verpflichtung des selbstständig tätigen Schuldners zu regelmäßigen Zahlungen an den Treuhänder.

# Verpflichtung des selbstständig tätigen Schuldners zu regelmäßigen Zahlungen an Treuhänder

## Meinungsstand:

### **h.M. in Rspr und Literatur:**

Der Schuldner genügt seiner Obliegenheit, indem er die ihm abverlangte Zahlung insgesamt am Ende der Wohlverhaltensperiode leistet.

### **Konsequenz:**

Bei Nichtzahlung eines Betrages bis zu diesem Zeitpunkt droht nicht die Gefahr der Versagung .

### **BGH:**

Diese Auffassung trifft nicht zu, weil sie nicht dem Umstand Rechnung trägt, dass die Versagung der Restschuldbefreiung eine Sanktion für schuldhaftes Fehlverhalten des Schuldners darstellt.

## Verpflichtung des selbstständig tätigen Schuldners zu regelmäßigen Zahlungen an Treuhänder

### **BGH:**

„Der Schuldner, der eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, kommt seinen Obliegenheiten während der Wohlverhaltensperiode gemäß § 295 Abs. 2 InsO nach, wenn er annehmen durfte, auf diese Weise die Gläubiger durch Zahlungen an den Treuhänder ebenso stellen zu können wie bei Ausübung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Erwirtschaftet der Schuldner Gewinne in Höhe des Einkommens, das er als abhängig Beschäftigter verdienen könnte, so schuldet er grundsätzlich laufende Zahlungen und darf die Abführung des pfändbaren Teils nach Maßgabe des § 295 Abs. 2 InsO nicht bis zum Ende der Wohlverhaltensperiode zurückstellen.“

## Verpflichtung des selbstständig tätigen Schuldners zu regelmäßigen Zahlungen an Treuhänder

### **BGH:**

„Bleibt der Ertrag aus der selbständigen Tätigkeit des Schuldners hinter demjenigen zurück, was dem Treuhänder bei einer angemessenen abhängigen Beschäftigung aus der Abtretungserklärung zufließen würde, so muss sich der Schuldner um ein Anstellungsverhältnis bemühen (BGH WM 2009, 129; WM 2011, 1138 Rn. 7). Der Schuldner, der sich trotz mangelnden Erfolgs seiner selbständigen Tätigkeit nicht bemüht hat, eine nach seiner Qualifikation und den Verhältnissen des Arbeitsmarkts mögliche Beschäftigung zu erlangen, kann sich nicht darauf berufen, aufgrund fehlender Einnahmen hätten ihm keine Zahlungen an den Treuhänder obliegen. Vermag der Schuldner hingegen - etwa aufgrund seines Alters oder seines gesundheitlichen Zustandes - nicht, durch ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis pfändbare Bezüge zu erwirtschaften, so obliegen ihm jedenfalls dann keine Zahlungen an den Treuhänder gemäß § 295 Abs. 2 InsO, wenn die ausgeübte selbständige Beschäftigung ebenfalls keine solchen Erträge hervorbringt (BGH WM 2006, 1158 Rn. 12 f). „

## Verpflichtung des selbstständig tätigen Schuldners zu regelmäßigen Zahlungen an Treuhänder

### **BGH zu der Frage der Darlegungslast und Glaubhaftmachung bei § 295 Abs. 2 InsO:**

Ein Gläubiger, der beantragt, einem selbstständigen Schuldner in der Wohlverhaltensperiode die Restschuldbefreiung zu versagen, macht eine Obliegenheitsverletzung und die Beeinträchtigung der Befriedigung der Insolvenzgläubiger (§ 300 Abs. 2, § 296 Abs. 1 InsO) hinreichend glaubhaft, indem er darlegt, dass der Schuldner an den Treuhänder nicht den Betrag abgeführt hat, der bei Ausübung einer unselbstständigen Tätigkeit von der Abtretungserklärung erfasst worden wäre (BGH WM 2009, 1291). Diesem Erfordernis hat die weitere Beteiligte zu 1 genügt, indem sie unter Bezug auf den Vergütungstarifvertrag für Beschäftigte in der Wohnungswirtschaft das bei einer abhängigen Beschäftigung durch den Schuldner erzielbare Einkommen dargelegt und hieraus einen pfändbaren Betrag in Höhe von über 900 € monatlich errechnet hat.“

Diesen Vorwurf muss der Schuldner entkräften.

## Verpflichtung des selbstständig tätigen Schuldners zu regelmäßigen Zahlungen an Treuhänder

### **Problem:**

Wie, wenn Insolvenzverfahren bereits vor Ablauf eines Jahres aufgehoben wird und Schuldner noch keine Zahlung geleistet hat?

Versagungstatbestand des § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO erfüllt?

Wohl nicht, wenn es ihm gestattet ist, bis Ende des Jahres Beträge abzuführen.

# Wirksamkeit der Vorausabtretung bei Freigabe der selbstständigen Tätigkeit

**BGH** v. 18.4.2013 – IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181

## ***Leitsatz***

**Die Vorausabtretung künftiger, nach Verfahrenseröffnung entstehender Forderungen erlangt infolge Konvaleszenz ihre Wirksamkeit zurück, wenn diese aus einer durch den Insolvenzverwalter freigegebenen selbstständigen Tätigkeit des Schuldners herrühren.**

## **Problemstellung:**

Zur Wirksamkeit der Vorausabtretung bei Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners

# Wirksamkeit der Vorausabtretung bei Freigabe der selbständigen Tätigkeit

## Sachverhalt

Über das Vermögen des Klägers, eines selbständigen Facharztes für Orthopädie, wurde am 22.04.2010 das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter gab durch Erklärung vom 28.04.2010 gegenüber dem Kläger das Vermögen aus dessen selbständiger Tätigkeit rückwirkend zum Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens frei.

Der Kläger hatte im Jahr 1997 zur Sicherung eines ihm gewährten Darlehens die im Rahmen seines Praxisbetriebes entstehenden Forderungen gegen die kassenärztliche Vereinigung (nachfolgend KV) an das beklagte Kreditinstitut abgetreten. Der Kläger begehrte die Feststellung, dass er Inhaber der von ihm seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen die KV erworbenen Ansprüche sei. Die Klage ist in den Vorinstanzen abgewiesen worden und hatte auch vor dem Bundesgerichtshof keinen Erfolg.

## Wirksamkeit der Vorausabtretung bei Freigabe der selbständigen Tätigkeit

### **BGH:**

„Soweit der Kläger Inhaber der aus seiner selbständigen Tätigkeit als Kassenarzt gegen die KV erworbenen Vergütungsansprüche geworden ist, erweist sich die Vorausabtretung dieser Forderungen an die Beklagte infolge Konvaleszenz (§ 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB) als wirksam.

Die im Rahmen des § 81 InsO allgemein anerkannte Möglichkeit einer Konvaleszenz nach Freigabe des Vermögensgegenstandes durch den Verwalter (MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, 2. Aufl., § 81 Rn. 18; HK-InsO/Kayser, 6. Aufl., § 81 Rn. 27; Piekenbrock in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, aaO § 81 Rn. 17) gilt in gleicher Weise bei Anwendung des hier maßgeblichen § 91 InsO (Jaeger/Windel, InsO, § 91 Rn. 114; HmbKomm-InsO/Kuleisa, aaO § 91 Rn. 28 iVm § 81 Rn. 15). Dieser Würdigung liegt die Erkenntnis zugrunde, dass Verfügungsbeschränkungen nicht gerechtfertigt sind, sofern das H, insolvenzfreie Vermögen des Schuldners betroffen ist (BGH WM 2008, 602 Rn 10). Danach ist die Vorausabtretung der Vergütungsforderungen durch den Kläger an die Beklagte ab dem Zeitpunkt der Freigabe seiner freiberuflichen Tätigkeit als gültig zu betrachten.

## Wirksamkeit der Vorausabtretung bei Freigabe der selbständigen Tätigkeit

Infolge der Wirksamkeit der Vorausabtretung wird zwar der Neuerwerb des Schuldners entgegen der Intention des Gesetzgebers partiell dem Zugriff seiner Neugläubiger entzogen (vgl. BT-Drucks. 16/3227, S. 17). Dies ist aber hinzunehmen, weil der Regelung des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO keine § 185 BGB verdrängende dingliche Wirkung zukommt. Da eine nach Freigabe der selbständigen Tätigkeit erstmals vorgenommene Globalzession des Schuldners wirksam wäre, kann nicht missbilligt werden, dass eine frühere gleichartige Verfügung in Anwendung von § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB Gültigkeit erlangt. Schließlich ist der Schuldner nicht gehindert, aus seinem insolvenzfremden Vermögen bestimmte Gläubiger zu befriedigen (BGH WM 2010, 523 Rn 8 ff.). Darum kann er ebenso nach Freigabe seiner freiberuflichen Tätigkeit erworbene Mittel dazu verwenden, Verbindlichkeiten bei seinen Altgläubigern zu tilgen.“

# Zur Pflicht des Schuldners, nach Freigabe eine unselbständige Tätigkeit aufzunehmen

**BGH** v. 13.6.2013 – IX ZB 38/10

## ***Leitsätze***

- 1. Der eine Restschuldbefreiung anstrebende Schuldner ist bei mangelndem wirtschaftlichem Erfolg seiner freigegebenen selbständigen Tätigkeit vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht verpflichtet, ein abhängiges Dienstverhältnis einzugehen.**
- 2. Der Schuldner hat umfassend über seine Einnahmen aus der selbständigen Tätigkeit Auskunft zu geben, wenn er geltend macht, im Hinblick auf mangelnde Erträge keine oder wesentlich niedrigere Beträge, wie nach dem fiktiven Maßstab des § 295 Abs. 2 InsO geboten ist, an die Insolvenzmasse abführen zu können.**

## **Problemstellung:**

Hat der Schuldner bei mangelndem Erfolg seiner freigegebenen selbständigen Tätigkeit eine unselbständige Tätigkeit aufzunehmen?

## Zur Pflicht des Schuldners, nach Freigabe eine unselbständige Tätigkeit aufzunehmen

### **Sachverhalt:**

Über das Vermögen des Schuldners wurde auf seinen Antrag am 13. März 2008 das Insolvenzverfahren eröffnet. Während des Insolvenzverfahrens übte der Schuldner, der 1959 geboren wurde, eine Beschäftigung als selbständiger Handelsvertreter aus. Mit Schreiben vom 14. April 2008 gab der Insolvenzverwalter diese Tätigkeit frei. Er unterrichtete den Schuldner darüber, dass er verpflichtet sei, die Gläubiger durch Zahlungen an den Verwalter so zu stellen, als ob er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre. Auskunft über das im Rahmen einer angemessenen unselbständigen Tätigkeit erzielbare Nettoeinkommen erteilte der Schuldner nicht. Er wies ohne nähere Angaben darauf hin, aus seiner selbständigen Tätigkeit keinen den Pfändungsfreibetrag übersteigenden Gewinn erzielt zu haben. Seine Bemühungen, eine angestellte Tätigkeit als Handelsvertreter zu erhalten, seien erfolglos geblieben.

## Zur Pflicht des Schuldners, nach Freigabe eine unselbständige Tätigkeit aufzunehmen

In seinem Schlussbericht vom 23. Januar 2009 führte der Verwalter aus, der Schuldner hätte im Hinblick auf seinen erlernten Beruf als Industriekaufmann sowie nicht bestehender Unterhaltspflichten ein jedenfalls im pfändbaren Bereich liegendes Nettoeinkommen in Höhe von 990 € monatlich erzielen können. Im Schlusstermin vom 31. März 2009 beantragten die weiteren Beteiligten zu 1 und zu 2 unter Bezugnahme auf den Schlussbericht des Verwalters, dem Schuldner die Restschuldbefreiung wegen Verstoßes gegen § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu versagen. Das Insolvenzgericht hat dem Schuldner die Restschuldbefreiung versagt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Schuldners ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt der Schuldner unter Aufhebung der angegriffenen Beschlüsse die Zurückweisung der Versagungsanträge.

## Zur Pflicht des Schuldners, nach Freigabe eine unselbständige Tätigkeit aufzunehmen

### **BGH:**

Den Schuldner trifft im laufenden Insolvenzverfahren nicht die Pflicht, ein abhängiges Dienstverhältnis einzugehen.

Um die Gleichbehandlung von Selbständigen und nicht Selbständigen im Allgemeinen zu erreichen, hat der Gesetzgeber die Freigabe mit einer Abführungspflicht entsprechend § 295 Abs. 2 InsO verknüpft. Die mit der Beurteilung des wirtschaftlichen Erfolges und mit der Ermittlung des Gewinns aus der wirtschaftlichen Tätigkeit verbundenen Probleme sollten hierdurch ohne besonderen Verwaltungs- und Kontrollaufwand gelöst werden können.

Der Schuldner muss nur dann etwas abführen, wenn er tatsächlich Gewinn aus seiner selbständigen Tätigkeit erzielt hat. Die Abführungspflicht ist aber der Höhe nach beschränkt gemäß dem Maßstab des § 295 Abs. 2 InsO.

## Zur Pflicht des Schuldners, nach Freigabe eine unselbständige Tätigkeit aufzunehmen

Die zu § 295 Abs. 2 InsO entwickelten Grundsätze können im Hinblick auf die systematischen Unterschiede zwischen dem Insolvenzverfahren und der sich anschließenden Wohlverhaltensphase nicht unmittelbar auf den Anwendungsbereich des § 35 Abs. 2 S. 2 InsO übertragen werden. Insbesondere ist der Schuldner, der sich die Möglichkeit der Restschuldbefreiung erhalten will, nicht verpflichtet, notfalls eine abhängige Beschäftigung aufzunehmen.

Die Regelung des § 35 Abs. 2 InsO bezieht sich ausschließlich auf das Insolvenzverfahren. Mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens endet das Erklärungsrecht des Insolvenzverwalters, weil eine Erklärung im Restschuldbefreiungsverfahren im Hinblick auf die Aufhebung des Insolvenzbeschlags gegenstandslos wäre. Die Obliegenheiten des § 295 Abs. 1 InsO unterscheiden sich zudem inhaltlich von den Pflichten, welche den Schuldner im eröffneten Verfahren treffen. Nach § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO hat der Schuldner eine angemessene Erwerbstätigkeit auszuüben oder sich um eine solche zu bemühen. Im Insolvenzverfahren gilt dies nicht.

## Zur Pflicht des Schuldners, nach Freigabe eine unselbständige Tätigkeit aufzunehmen

Die Arbeitskraft des Schuldners gehört nicht zur Insolvenzmasse. Der Schuldner kann zu einer Erwerbstätigkeit nicht gezwungen werden (BGHZ 167, 363 Tdn. 16). Auch ist nach geltendem Recht eine Erwerbsobliegenheit für den Schuldner während des Insolvenzverfahrens nicht vorgesehen (vgl. aber § 290 Abs. 1 Nr. 7 RegE-InsO, BT-Drucks. 17/11268 S. 7, 17/13535 S. 12).

### **Frage:**

Ändert § 287b InsO diese Rechtslage?

Künftig wird sich der Schuldner – wie schon in der Wohlverhaltensphase - nachweisbar wie ein Beschäftigungsloser um eine abhängige Beschäftigung bemühen müssen, ohne allerdings verpflichtet zu sein, seine selbständige Tätigkeit sofort aufzugeben (*Grote/Pape*, ZInsO 2013, 1433, 1443).

# Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

**BGH** v. 13.3.2014 – IX ZR 43/12, NZI 2014, 461

## Leitsätze

1. Der Schuldner ist nach Freigabe seiner selbständigen Tätigkeit im eröffneten Insolvenzverfahren verpflichtet, aus einem tatsächlich erwirtschafteten Gewinn dem Insolvenzverwalter den pfändbaren Betrag nach dem fiktiven Maßstab des § 295 Abs. 2 InsO abzuführen (Fortführung von BGH v. 13.6.2013 – IX ZB 38/10, WM 2013, 1612).

2. Der wegen der Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners von diesem an die Masse abzuführende Betrag ist vom Insolvenzverwalter auf dem Prozessweg geltend zu machen.

3. Zur Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Voraussetzungen für die Feststellung der Höhe des an die Masse abzuführenden Betrags.

# Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschlagn gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

## Sachverhalt

Mit Beschluss des Amtsgerichts vom 12. September 2008 wurde über das Vermögen des Beklagten, eines Zahnarztes (künftig auch: Schuldner), das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Schreiben vom 30. März 2009 gab der Kläger gegenüber dem Beklagten dessen Vermögen aus seiner selbständigen Tätigkeit als Zahnarzt ab dem 30. März 2009, 24.00 Uhr, frei und forderte den Beklagten auf, nach § 295 Abs. 2 InsO Zahlungen zu leisten. Mit Schreiben vom 1. April 2009 stellte der Kläger klar, dass die Freigabe ab 31. März 2009, 24.00 Uhr, habe erfolgen sollen. Der Kläger verlangt vom Beklagten für die Zeit ab 1. April 2009 bis 30. Juni 2010 Zahlung von 1.638,01 € monatlich, zusammen 24.570,15 €. Der selbständig tätige Beklagte habe als angestellter Zahnarzt einen monatlichen Bruttoverdienst von 6.005,57 € erzielen können, was einem

## Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

Nettogehalt von 3.233,69 € entspreche. Hiervon sei ein Betrag von 1.638,01 € pfändbar. Den pfändbaren Betrag müsse der Schuldner an die Masse abführen. Der Beklagte meint, dass der Kläger keinen Anspruch auf Abführung fiktiver Einkünfte besitze. Mit seiner selbständigen Tätigkeit als Zahnarzt erziele er keine Einnahmen in der genannten Höhe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht

### **BGH:**

Die vom Schuldner begehrte Zahlung bezieht sich jedoch nicht auf einen vom Insolvenzbeschluss erfassten Gegenstand. Infolge der Freigabe fiel der Neuerwerb des Schuldners aus der freiberuflichen Tätigkeit ab dem 1. April 2009 nicht mehr in die

## Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

Masse (BGH, Urteil vom 18. April 2013, aaO mwN). Die von dem Schuldner ab Wirksamwerden der Freigabeerklärung aus der selbständigen Tätigkeit erzielten Einkünfte stehen deshalb als ihm gehörendes Vermögen grundsätzlich nur den Neugläubigern, deren Forderungen nach Wirksamwerden der Freigabeerklärung entstanden sind, als Haftungsmasse zur Verfügung (BGH WM 2011, 1344; Urteil vom 9. Februar 2012 – IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 Rn. 28). Der Kläger muss deshalb seinen Anspruch gegen den Beklagten im Klageweg verfolgen.

— Der einfachere Weg der Entscheidung durch das Insolvenzgericht nach § 36 Abs. 4 InsO ist ihm verwehrt. Schon der Streit zwischen Insolvenzverwalter und Schuldner über die Massezugehörigkeit von Gegenständen kann nur im Wege des Rechtsstreits vor dem Prozessgericht entschieden werden, wenn er keine Vollstreckungshandlung und keine Anordnung des Vollstreckungsgerichts betrifft (BGH ZIP 2012, 1371 Rn. 6 mwN). Ob das Insolvenzgericht als

## Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschlagn gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

Vollstreckungsgericht gemäß § 36 Abs. 4 InsO oder das Prozessgericht in einem Rechtsstreit entscheidet, hängt davon ab, ob die Auseinandersetzung um die Massezugehörigkeit als solche geführt wird - dann gehört der Rechtsstreit vor das Prozessgericht - oder ob über die Zulässigkeit der Vollstreckung gestritten wird - dann entscheidet das Insolvenzgericht - im Rahmen des § 36 Abs. 4 S. 1 InsO. Erst recht ist die Frage, ob und in welcher Höhe sich ein Anspruch des Verwalters gegen den Schuldner aus der gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 InsO entsprechenden Anwendung des § 295 Abs. 2 InsO ergibt, von dem Prozessgericht zu entscheiden.

## Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschlagn gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

### **Zur Auskunftspflicht sowie Darlegungs- und Beweislast:**

Der Schuldner ist dem Insolvenzverwalter gegenüber umfassend auskunftspflichtig hinsichtlich der Umstände, die für die Ermittlung des fiktiven Maßstabs erforderlich sind, aus denen sich die ihm mögliche abhängige Tätigkeit und das anzunehmende fiktive (Netto-)Einkommen ableiten lassen (BGH ZInsO 2009, 1268).

Im vorliegenden Prozess hat der Kläger für seine Leistungsanträge die hierfür erforderlichen Voraussetzungen, insbesondere

- die dem Schuldner mögliche Tätigkeit in abhängiger Stellung, darzulegen und zu beweisen. Das schließt auch die Frage ein, ob entsprechende Stellen auf dem Arbeitsmarkt verfügbar sind.
- Hinsichtlich seiner Qualifikation und Leistungsfähigkeit trifft den Beklagten jedoch im Umfang seiner im Insolvenzverfahren bestehenden Auskunftspflicht eine sekundäre Darlegungslast.

# Probleme bei der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gemäß § 35 Abs. 2, 3 InsO

## BGH

Liegt der tatsächliche Gewinn aus der selbständigen Tätigkeit im fraglichen Zeitraum unterhalb des pfändbaren Betrages bei abhängiger Tätigkeit, besteht, wie dargelegt, keine Abführungspflicht.

Außerhalb des Rechtsstreits **ist der Schuldner in diesem Falle hinsichtlich seiner Gewinnermittlung dem Verwalter umfassend auskunftspflichtig** (BGH, Beschluss vom 13. Juni 2013, aaO Rn. 21).

Im Streitverfahren trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast, dass sein Gewinn unterhalb des ermittelten pfändbaren Betrages bei abhängiger Tätigkeit bleibt und er deshalb von der Abführungspflicht entsprechend § 295 Abs. 2 InsO befreit ist.

## § 35 Abs. 2 InsO und Steuerrecht

BFH v. 26.11.2014 – VII R 32/13, ZIP 2015, 532

### *Leitsätze*

**1. Wird eine selbständige Tätigkeit gemäß § 35 Abs. 2 InsO aus dem Insolvenzbeschluss freigegeben, ist ein Einkommensteuererstattungsanspruch, der auf Vorauszahlungen beruht, die erst nach der Freigabe festgesetzt und allein nach den zu erwartenden Einkünften aus der freigegebenen Tätigkeit berechnet worden sind, nicht i.S. des § 96 Abs.1 Nr. 1 InsO der Insolvenzmasse geschuldet (vgl. auch Senatsbeschluss vom 6. März 2014 VII S 47/13 (PKH), BFH/NV 2014, 1013).**

**2. Darüber hinaus ist ein Einkommensteuererstattungsanspruch auch dann nicht der Insolvenzmasse geschuldet, wenn er auf Vorauszahlungen beruht, die nach der Freigabe aus Mitteln geleistet worden sind, die zum freigegebenen Vermögen gehören.**

## § 35 Abs. 2 InsO und Steuerrecht

### Sachverhalt

Mit Beschluss vom 29.02.2008 eröffnete das Amtsgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Insolvenzschuldners und bestellte den Kläger zum Insolvenzverwalter. Mit Schreiben vom 16.04.2008 teilte dieser dem beklagten Finanzamt mit, dass er das Einzelunternehmen des Insolvenzschuldners aus dem Insolvenzbeschluss freigebe.

Am 01.10.2009 erließ das Finanzamt einen Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2008. Der Insolvenzschuldner hatte in diesem Jahr ausschließlich gewerbliche Einkünfte aus seiner Tätigkeit als Einzelunternehmer erzielt. Seine mit ihm zusammen veranlagte Ehefrau hatte keine Einkünfte. Aufgrund der vom Insolvenzschuldner im Jahr 2008 geleisteten Einkommensteuervorauszahlungen ergab sich ein Guthaben in Höhe von insgesamt 1.420,40 Euro.

## § 35 Abs. 2 InsO und Steuerrecht

Hinsichtlich desjenigen Teils des Guthabens, das zeitanteilig auf die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entfiel (1.185,80 Euro), erklärte das Finanzamt gegenüber dem Insolvenzschuldner die Aufrechnung mit Insolvenzforderungen (Einkommensteuer 2003). Hinsichtlich des restlichen Guthabens (234,60 Euro) erklärte das Finanzamt gegenüber dem Kläger die Aufrechnung mit Insolvenzforderungen (ebenfalls Einkommensteuer 2003).

Mit an den Kläger gerichtetem Abrechnungsbescheid vom 19.04.2010 ordnete das Finanzamt das Guthaben in Höhe von 1.420,40 Euro unter Hinweis auf die fehlenden Einkünfte der Ehefrau vollständig dem Insolvenzschuldner zu, teilte es anschließend mit den oben genannten Beträgen zeitanteilig auf die Zeit vor und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf und stellte das Erlöschen dieser Beträge durch Aufrechnung fest.

## § 35 Abs. 2 InsO und Steuerrecht

Den Einspruch des Klägers, mit dem er die Aufrechnung hinsichtlich des auf den nachinsolvenzlichen Zeitraum entfallenden Betrags in Höhe von 1.185,80 Euro angriff, wies das Finanzamt als unzulässig zurück, da der Kläger wegen der Freigabe des Betriebs aus dem Insolvenzbeschluss nicht befugt sei, Rechtsmittel einzulegen. Außerdem sei der Einspruch unbegründet. Insbesondere greife kein Aufrechnungsverbot gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO, da der Erstattungsanspruch aus den überzahlten Einkommensteuervorauszahlungen nicht in die Insolvenzmasse falle.

Der **BFH** hat die Aufrechnung durch das FA für zulässig und begründet angesehen,. Ein Aufrechnungsverbot (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO) stehe der Aufrechnung durch das FA nicht entgegen.

## § 35 Abs. 2 InsO und Steuerrecht

**BFH:**

**Rn. 18**

Der Senat hat entschieden, dass ein Umsatzsteuervergütungsanspruch, den der Insolvenzschuldner durch eine gemäß § 35 Abs. 2 InsO aus dem Insolvenzbeschluss freigegebene selbständige Tätigkeit erworben hat, nicht i.S. des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO der Insolvenzmasse geschuldet wird und das FA gegen diesen Anspruch mit vorinsolvenzlichen Steuerschulden aufrechnen kann (bestätigt durch den Senatsbeschluss vom 23. August 2011, BFH/NV 2011, 2115). Mit Beschluss vom 6. März 2014 VII S 47/13 (PKH) (BFH/NV 2014, 1013) hat der Senat diese Rechtsprechung auf Einkommensteuererstattungsansprüche ausgedehnt, die auf Vorauszahlungen beruhen, bei deren Berechnung nur die Einkünfte aus der freigegebenen Tätigkeit zu Grunde gelegt worden sind.

## § 35 Abs. 2 InsO und Steuerrecht

Dies ergibt sich bereits aus der weiten Formulierung "Vermögen aus der selbständigen Tätigkeit", aus der sich entgegen der Auffassung des Klägers keine Beschränkung auf Betriebssteuern bzw. auf Betriebseinnahmen und Betriebsausgaben ableiten lässt. Vielmehr erstreckt sich die Freigabe auf eine Gesamtheit von Gegenständen und Werten, die der freigegebenen Tätigkeit gewidmet sind (vgl. BGHZ 192, 322) bzw. die auf dieser Tätigkeit beruhen, d.h. infolge der freigegebenen Tätigkeit entstehen oder vereinnahmt werden. Eine Zuordnung zum steuerlichen Betriebsvermögen ist zwar die Regel, aber nicht zwingend erforderlich.

## § 35 Abs. 2 InsO und Steuerrecht

### Zusammenfassende Bewertung

Wird eine selbständige Tätigkeit gemäß § 35 Abs. 2 InsO aus dem Insolvenzbeschlagnahme freigegeben, ist ein Einkommensteuererstattungsanspruch, der auf Vorauszahlungen beruht, die erst nach der Freigabe festgesetzt und allein nach den zu erwartenden Einkünften aus der freigegebenen Tätigkeit berechnet worden sind, nach dem vorgenannten Urteil nicht i.S. des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO der Insolvenzmasse geschuldet.

Darüber hinaus ist ein Einkommensteuererstattungsanspruch auch dann nicht der Insolvenzmasse geschuldet, wenn er auf Vorauszahlungen beruht, die nach der Freigabe aus Mitteln geleistet worden sind, die zum freigegebenen Vermögen gehören.

In diesem Fall muss auch ein etwaiger Erstattungsanspruch wieder in das freigegebene Vermögen gelangen. Denn Mittel, die einmal zum freigegebenen Vermögen gehört haben, können nicht nachträglich wieder der Insolvenzmasse zugeordnet werden.

## § 35 Abs. 2 InsO und Steuerrecht

Für die Zuordnung eines Einkommensteuererstattungsanspruchs zum insolvenzfreien Vermögen reicht es aus, wenn die den Erstattungsanspruch verursachenden Vorauszahlungen nach der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss aus Mitteln geleistet werden, die zum freigegebenen Vermögen gehören.

## § 35 Abs. 2 InsO und Steuerrecht

### Auswirkungen auf die Praxis

Aufrechnungen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens sind grundsätzlich gegenüber dem Insolvenzverwalter zu erklären. Dies gilt aber dann nicht, wenn die Hauptforderung, gegen die aufgerechnet wird, nicht unter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters gemäß § 80 Abs. 1 InsO fällt, sondern zum insolvenzfreien Vermögen i.S.d. § 35 Abs. 2 InsO gehört.

## § 35 Abs. 2 InsO und Steuerrecht

Sächsisches Finanzgericht v. 14.1.2015 – 8 K 1573/14

### *Leitsätze*

**1. Gibt der Insolvenzverwalter keine Freigabe-Erklärung i.S. des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO ab, verbleibt es bei der Rechtslage, wie sie vor Einfügung des Abs. 2 und 3 in § 35 InsO durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens (BGBl I 2007, 509) bestanden hatte: Einnahmen einer selbstständigen Tätigkeit des Schuldners nach der Insolvenzeröffnung fallen nach § 35 InsO in die Insolvenzmasse, während die damit im Zusammenhang stehenden Ausgaben und Verbindlichkeiten nur dann Masseverbindlichkeiten sind, wenn die Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO gegeben sind. Liegen diese nicht vor, ist die vom Insolvenzschuldner in Rechnungen offen ausgewiesene und möglicherweise nach § 14c UStG geschuldete Umsatzsteuer keine Masseverbindlichkeit i.S. des § 55 InsO.**

## **§ 35 Abs. 2 InsO und Steuerrecht**

**2. Selbst im Falle einer pflichtwidrigen Nichtabgabe der Erklärung i.S. von § 35 Abs. 2 S. 1 InsO durch den Insolvenzverwalter ist es nicht Sache der Prozessgerichte, die Tatbestände der Masseverbindlichkeiten über § 55 InsO hinaus auszudehnen; vielmehr ist es Aufgabe der Insolvenzgerichte, die Tätigkeit des Insolvenzverwalters zu beaufsichtigen und ihn ggf. zur Abgabe dieser Erklärung anzuhalten (§ 58 f InsO).**

## § 35 Abs. 2 InsO und Sozialrecht

**BSG** v. 10.12.2014 – B 6 KA 45/13, ZIP 2015, 1079

### ***Leitsätze***

- 1. Der Beschluss, mit dem das Insolvenzgericht die Freigabe einer selbstständigen Tätigkeit durch den Insolvenzverwalter für unwirksam erklärt, wirkt nur für die Zukunft (ex nunc) und nicht auf den Zeitpunkt der Freigabe zurück (ex tunc).**
- 2. Die Begründetheit einer allein von einem Beigeladenen eingelegten Revision setzt voraus, dass das angegriffene Urteil auch dessen subjektiven Rechte verletzt.**

## **§ 35 Abs. 2 InsO und Sozialrecht**

### ***Orientierungssatz***

- 1. Handelt es sich bei einer - noch nicht durch Vorschusszahlungen erfüllten - vertragszahnärztlichen Honorarforderung um Neuerwerb aus der Zeit nach der Freigabe der selbstständigen Tätigkeit, ist diese nicht Bestandteil der Insolvenzmasse geworden und steht dementsprechend auch nicht dem Insolvenzverwalter zu.**
- 2. Für die Zuordnung von Abschlagszahlungen kommt es auf den Zeitpunkt ihrer Zahlung an, der seine Grundlage in den Regelungen des Honorarverteilungsvertrags bzw -maßstabs oder der Abrechnungsrichtlinie findet.**

## § 35 Abs. 2 InsO und Sozialrecht

### BSG

#### Wirkung der Freigabe

Die Frage, ob der Beschluss des Insolvenzgerichts, mit dem die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit für unwirksam erklärt wird, auf den Zeitpunkt der Freigabe zurückwirkt und die Wirkung der Erklärung des Insolvenzverwalters von Anfang (ex tunc) an beseitigt oder ob der Beschluss nur für die Zukunft (ex nunc) wirkt, ist in der insolvenzrechtlichen Literatur umstritten. Der Wortlaut des § 35 Abs. 2 S. 3 InsO ist nicht eindeutig und wird teilweise eher in Richtung einer Rückwirkung der Entscheidung des Insolvenzgerichts interpretiert (Lüdtke in Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 4. Aufl 2012, § 35 RdNr 267; OLG Koblenz Beschluss vom 18.3.2013 - 12 W 90/13 – unveröffentlicht). Eine § 34 Abs. 3 S. 2 InsO vergleichbare ausdrückliche Regelung, nach der die Wirkungen bestimmter Rechtshandlungen aus der Zeit vor der Beschlussfassung unberührt bleiben, ist in § 35 Abs. 2 InsO jedenfalls nicht getroffen worden. Der systematische Zusammenhang sowie der erkennbare Zweck der Regelung sprechen jedoch eindeutig gegen eine **Wirkung ex tunc**.

## § 35 Abs. 2 InsO und Sozialrecht

### BSG

#### Neuerwerb

Als Neuerwerb, der nicht in die Masse fällt, sind diejenigen Einkünfte zu qualifizieren, welche der Schuldner von der Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters an aus der freigegebenen selbstständigen Tätigkeit erzielt (*BGHZ 192, 322 RdNr 28; BGH NZI 2013, 641 RdNr 23*). Das Honorar für das Quartal III/2008, das die Beklagte im Januar 2009 an den Beigeladenen gezahlt hat, hat der Kläger im Zeitraum der Freigabe erzielt. Dem steht nicht entgegen, dass es um Honorar für zahnärztliche Leistungen geht, die der Kläger teilweise - nämlich bezogen auf den Zeitraum zwischen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Beschluss des AG Montabaur vom 12.9.2008 (*vgl § 27 InsO*) und der Freigabe der selbstständigen Tätigkeit als Zahnarzt nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO durch die Erklärung des Beigeladenen vom 30.9.2008 - erbracht hat. Maßgebend für die zeitliche Zuordnung des Erwerbs ist der Zeitpunkt, in dem der Erwerbsgrund bereits so weit verwirklicht ist, dass das betroffene Recht als Vermögensbestandteil dem Schuldner zugeordnet werden kann.

## § 35 Abs. 2 InsO und Sozialrecht

### Kernaussagen

Das Gericht rezipiert die von der zivilrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Leitlinien zur Negativerklärung.

Erstmals liegt mit dem Urteil des BSG eine höchstrichterliche Entscheidung dahingehend vor, dass die vom Gericht angeordnete Unwirksamkeit nur ex nunc wirkt (zustimmend *Kayser*, ZIP 2015, 1083).

Die Vertragspartner des Schuldners werden solange geschützt, bis eine öffentliche Bekanntgabe des Beschlusses über die Unwirksamkeit der Freigabe erfolgt ist (§ 35 Abs. 3 S. 2 InsO).

Im Ergebnis hat das Gericht festgestellt, dass Zahlungsansprüche eines Vertragsarztes gegen die Kassen(zahn)ärztliche Vereinigung in dem Zeitpunkt entstehen, in dem die Honorarrechnung vorgelegt wird. Bei Abschlägen ist laut BSG auf den Zahlungszeitpunkt abzustellen.

## § 35 Abs. 2 InsO und Sozialrecht

**SG** München v. 17.3.2016 – S 15 R 582/14, ZInsO 2016, 859

### ***Leitsatz***

**Nach Zugang einer Freigabeerklärung gemäß § 35 Abs. 2 InsO an den Schuldner, ist der Insolvenzverwalter in Bezug auf den freigegebenen Betrieb nicht mehr Arbeitgeber im beitragsrechtlichen Sinne.**

**Anschluss an BAG** v. 21.11.2013 - 6 AZR 979/11, NZI 2014, 324

## § 35 Abs. 2 InsO und Sozialrecht

### SG

„Die Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO verwirklicht sich bereits mit dem Zugang der Freigabeerklärung beim Schuldner ohne die Notwendigkeit zusätzlicher Erklärungen. Allein diese Erklärung zerschneidet das rechtliche Band zwischen der Insolvenzmasse und der durch den Schuldner ausgeübten selbständigen Tätigkeit und leitet die der selbständigen Tätigkeit dienenden Vertragsverhältnisse von der Masse auf die Person des Schuldners über (BAG NZI 2014, 324 unter Verweis auf BGH v. 9.2.2012 – IX ZR 75/11 Rn. 19). Die Veröffentlichung durch das Insolvenzgericht hat hierbei lediglich deklaratorische Wirkung, so dass bezüglich der Rechtswirkungen der Freigabeerklärung auf den Zugang beim Schuldner (dh. beim Beigeladenen zu 1.) am 01.01.2009 abzustellen ist. Die Kammer schließt sich der arbeits- und zivilrechtlichen Rechtsprechung an, wonach die Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 S: 1 InsO auch Arbeitsverhältnisse umfasst, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung bereits begründet waren.“