

Aktuelle Entwicklungen zur Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO

RiBGH Dr. Heinrich Schoppmeyer

21. Leipziger Insolvenzrechtstag - 24. Februar 2020

Gliederung

I. Problembeschreibung

II. Die Regel des § 35 Abs. 2 InsO

1. Erklärung
2. Erfasstes Vermögen, Wirkungen und Zeitpunkt
3. Beziehungen Schuldner – Masse nach Freigabe

III. Aktuelle Rechtsprechung

1. Das weiterbenutzte Girokonto, BGH v. 21.2.2019 – IX ZR 246/17
2. Die Vorausabtretung von Vergütungsansprüchen, BGH v. 6.6.2019 – IX ZR 272/17

IV. Offene Fragen

Erwerbstätigkeit des Schuldners

- Die Arbeitskraft des Schuldners gehört nicht zur Masse, § 36 Abs. 1 InsO (BGHZ 167, 363 Rn. 16; ; v. 13.3.2014 – IX ZR 43/12, WM 2014, 751 Rn. 22 mwN)
- Kein Einfluss des Insolvenzverwalters auf eine Erwerbstätigkeit des Schuldners!
 - Keine Möglichkeit, den Schuldner zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu zwingen (BGHZ 167, 363 Rn. 16) oder diese zu untersagen (Art. 12 GG).
 - Keine Möglichkeit, dem Schuldner Weisungen für Arbeitstätigkeit zu erteilen.
- Es gibt allerdings Obliegenheit des Schuldners, angemessene Erwerbstätigkeit auszuüben.
 - § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO: In der Wohlverhaltensphase
 - § 287b InsO (gilt ab 1. Juli 2014): Auch im Insolvenzverfahren
 - Folge eines Verstoßes: Versagung der Restschuldbefreiung, § 290 Abs. 1 Nr. 7, § 296 InsO

Der selbständig tätige Schuldner

- Welche Folgen hat eine selbständige Erwerbstätigkeit des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach den allgemeinen Regeln?
- Gemäß § 35 Abs. 1 InsO gehört auch der Neuerwerb des Schuldners zur Insolvenzmasse. Daher alle Ansprüche, die durch selbständige Tätigkeit zugunsten des Schuldners entstehen, Neuerwerb der Masse!
- Schutzgrenze für Schuldner nur die Pfändungsschutzvorschriften, § 36 Abs. 1 InsO, ua §§ 850a ff ZPO und § 850i ZPO.
- Durch Schuldner neu begründete Verbindlichkeiten (Neugläubiger)
 - gehören grundsätzlich nicht zu den Insolvenzforderungen. Sie können daher nur gegen das insolvenzfreie Vermögen geltend gemacht werden,
 - es sei denn, die Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind erfüllt.

Grundsatz: Umfassender Insolvenzbeschluss

- § 35 Abs. 1 InsO bestimmt, dass auch das Vermögen des Schuldners zur Insolvenzmasse gehört, das er während des Verfahrens erlangt.
- Wie stehen der Neuerwerb des Schuldners und insbesondere die mit ihm verbundenen Aufwendungen zur Insolvenzmasse?
- BGH, Beschluss vom 20. März 2003 – IX ZB 388/02, NZI 2003, 389:
- Der Fall: Schuldnerin ist als Diplom-Psychologin selbständig tätig. Die selbständige Tätigkeit führt sie nach Eröffnung des (Verbraucher-) Insolvenzverfahrens weiter und führt daraus aufgrund Vereinbarung mit Treuhänder 250 DM „als Vorauszahlung auf pfändbares Einkommen“ auf ein Treuhandkonto ab. Das Insolvenzgericht versagt die Restschuldbefreiung, weil die Schuldnerin Einkommen und Ausgaben nicht nachvollziehbar dargelegt habe und Mitwirkungspflichten verletzt habe.

Neuerwerb ohne Abzüge

- Erste Frage: In welchem Umfang wird der Neuerwerb erfasst?
- BGH, v. 20. März 2003 – IX ZB 388/02:
 - Ausgangspunkt: Es gab keine Freigabeerklärung; § 35 Abs. 2 InsO galt noch nicht. Treuhänder sollte pfändbaren Teil des Einkommens ermitteln, Schuldnerin sollte monatliche Abrechnungen über Einnahmen und Ausgaben vorlegen.
 - Hierzu BGH juris Rn. 25: Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit gehören in vollem Umfang zur Masse und nicht etwa nur der sich aus der Verminderung der Einnahmen um die betrieblich veranlassten Ausgaben ergebende Gewinn aus der selbständigen Tätigkeit.
- Bestätigt von BGH, v. 18.5.2004 – IX ZB 189/03, WM 2004, 1589, juris Rn. 7; v. 1.2.2007 – IX ZR 178/05, WM 2007, 977 Rn. 11.

Finanzierung der Aufwendungen des Schuldners?

- Zweite Frage: Darf der Insolvenzverwalter die selbständige Tätigkeit des Schuldners aus der Masse finanzieren?
 - BGH, v. 20.3.2003 – IX ZB 388/02, aaO juris Rn. 29: Es ist möglich, dass Insolvenzverwalter die für die Fortführung der selbständigen Tätigkeit erforderlichen Mittel aus der bereits vorhandenen Insolvenzmasse oder aus den zukünftigen, in die Masse fallenden Einkünften dem Schuldner zur Verfügung stellt.
 - Leitlinie: Entscheidend ist, ob die selbständige Tätigkeit „im Interesse der Insolvenzgläubiger“ liegt.
- Dritte Frage: Gibt es einen Schutz des Schuldners?
 - BGH, v. 20.3.2003, aaO juris Rn. 26: Schuldner kann hinsichtlich seiner Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit nur Pfändungsschutz nach § 850i ZPO verlangen. Dieser bemisst sich aber nicht nach der Höhe notwendiger beruflich bedingter Ausgaben, sondern nur nach dem Unterhaltsbedarf.
 - Zur Reichweite des § 850i ZPO insb. BGH, v. 26.6.2014 – IX ZB 88/13, WM 2014, 1485 (alle eigenständig erwirtschafteten Einkünfte), v. 7.4.2016 – IX ZB 69/15, ZIP 2016, 1078 (unpfändbar nur in Höhe der Grundbeträge nach § 850c Abs. 1, 2a ZPO).

Regel des § 35 Abs. 2, 3 InsO

- § 35 Abs. 2 InsO: 1Übt der Schuldner eine selbstständige Tätigkeit aus oder beabsichtigt er, demnächst eine solche Tätigkeit auszuüben, hat der Insolvenzverwalter ihm gegenüber zu erklären, ob Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und ob Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. 2§ 295 Absatz 2 gilt entsprechend. 3Auf Antrag des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, der Gläubigerversammlung ordnet das Insolvenzgericht die Unwirksamkeit der Erklärung an.
- § 35 Abs. 3 InsO: 1Die Erklärung des Insolvenzverwalters ist dem Gericht gegenüber anzuzeigen. 2Das Gericht hat die Erklärung und den Beschluss über ihre Unwirksamkeit öffentlich bekannt zu machen.

Einordnung des § 35 Abs. 2 InsO

- InsO kennt drei Arten der Herauslösung aus der Insolvenzmasse:
 - Einzelfreigabe (allgemein anerkannt; arg. § 32 Abs. 3 Satz 2 InsO)
 - Freigabe des Wohnraummietverhältnisses, § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO
 - „Freigabe“ der selbständigen Tätigkeit, § 35 Abs. 2 InsO.
- Gemeinsamkeiten der drei Freigabearten:
 - Kein Anspruch auf Freigabe durch den Insolvenzverwalter
 - Freigabe erfordert eine entsprechende Erklärung des Insolvenzverwalters
 - Freigabe führt zur „Trennung des rechtlichen Bandes“
- Unterschiede bestehen
 - hinsichtlich Art und Umfang des betroffenen Vermögens
 - hinsichtlich der Auswirkungen
 - hinsichtlich der Erklärungspflicht des Verwalters

Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO

- Erklärung kann zwei Richtungen haben:
 - Erklärung, ob Vermögen aus der selbständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und ob Ansprüche aus der selbständigen Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können.
 - Positiverklärung (gehört zur Masse) und Negativerklärung („Freigabe“)
- Art der Erklärung: Gegenüber Schuldner
 - Ausdrückliche Erklärung
 - Pflicht des Insolvenzverwalters, sich zur Freigabe zu erklären („hat“, vgl. BGH, v. 9.2.2012 – IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 Rn. 20). Anders § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO: nur Recht des Verwalters; Einzelfreigabe: Belieben des Verwalters
 - Durch stillschweigende Erklärung? Sehr problematisch!
- Wann könnte die Duldung einer selbständigen Tätigkeit des Schuldners eine (stillschweigende) Positiverklärung darstellen?
 - Unkenntnis Insolvenzverwalter genügt nicht, vgl. BFHE 265, 294 = ZIP 2019, 2420 Rn. 16 ff.
 - Fortlaufende Einziehung der Forderungen aus selbständiger Tätigkeit durch Insolvenzverwalter?
 - Nutzung von massezugehörigen Gegenständen durch Schuldner?

Anfechtung Freigabeerklärung?

- Erklärung ist bedingungsfeindlich. InsVerw. kann nur endgültig und unbedingt die Freigabe der selbständigen Tätigkeit erklären, vgl. BGH, v. 18.4.2013 - IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181 Rn. 23; v. 25.1.2018 – IX ZA 19/17, WM 2018, 525 Rn. 6.
- Gestalten kann Insolvenzverwalter Zeitpunkt der Erklärung und zu welchem (künftigen) Zeitpunkt nach Zugang der Erklärung die Freigabe eintreten soll.
- Anfechtung nach § 35 Abs. 2 Satz 3 InsO, sowohl der Positiv- wie der Negativerklärung.
 - Erforderlich Antrag Gläubigerausschuss oder Gläubigerversammlung
 - Auf entsprechenden Antrag hat Gericht Unwirksamkeit der Erklärung anzuordnen. Nach dem Gesetzestext kein inhaltliches Prüfungsrecht.
 - Erst Anordnung Gericht führt zur Unwirksamkeit. Diese tritt nur ex nunc ein, vgl. BSGE 118, 30 ff = ZIP 2015, 1079 Rn. 24 ff.

Art und Umfang des betroffenen Vermögens

- „Freigabe des Vermögens, welches der gewerblichen Tätigkeit gewidmet ist, einschließlich der dazu gehörenden Vertragsverhältnisse“ (BT-Drucks. 16/3227 S. 17), vgl. BGH, v. 9.6.2011 – IX ZB 175/10, ZIP 2011, 1326 Rn. 7; v. 9.2.2012 – IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 Rn. 14; v. 21.2.2019 – IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212 Rn. 19).
- Wie ist dies zu verstehen?
 - Die Erklärung hat keine materiell-rechtlichen Auswirkungen auf die Rechtsverhältnisse. Es geht allein um eine Überleitung/Herauslösung aus der Insolvenz.
 - Freigabe betrifft nicht nur einzelne Vermögensgegenstände, sondern „eine Gesamtheit von Gegenständen und Werten“, BGH v. 9.2.2012 – IX ZR 75/10, BGHZ 192, 322 Rn. 19, 22.

Bestimmung des freigegebenen Vermögens

- Gesetz legt Inhalt nicht näher fest.
 - Ist die Erklärung teilbar in massegünstige und massenachteilige Folgen? BGH, v. 21.2.2019 – IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212 Rn. 23: Wirkungen der Erklärung können nur einheitlich herbeigeführt werden.
 - Nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unpfändbare Gegenstände fallen ohnehin nicht in Masse.
 - Welches Vermögen „gewidmet“ ist, lässt sich kaum anhand objektiver Umstände rechtssicher festlegen. Daher am besten ausdrückliche Erklärung InsVerw.
- Hat Insolvenzverwalter ein Bestimmungsrecht hinsichtlich des Umfangs des freigegebenen Vermögens?
 - Soweit Freigabe bestimmte Vermögensgegenstände betrifft (Eigentum, Forderung), ist dies rechtlich jedenfalls als Einzelfreigabe möglich.
 - Insolvenzverwalter sollte auch bestimmte Vermögensgegenstände, die der selbständigen Tätigkeit „gewidmet“ sind, von der Freigabe ausnehmen können.
- Surrogate aus freigegebenem Vermögen sind ebenfalls insolvenzfrem, vgl. BGH, v. 21.4.2005 - IX ZR 281/03, BGHZ 163, 32, 37 zur Einzelfreigabe.

Wirkungen der Freigabeerklärung

- Trennung der Vermögensmassen
 - Insolvenzbeschlag endet, soweit die Freigabeerklärung reicht.
 - Schuldner erlangt Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zurück, vgl. BGH, v. 16.3.2017 – IX ZB 45/15, NZI 2017, 444 Rn. 7; v. 18.4.2013 – IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181 Rn. 22
 - Schuldner ist uneingeschränkt prozessführungsbefugt, BGH, v. 18.4.2013, aaO Rn. 12.
- Das der selbständigen Tätigkeit zugeordnete Vermögen wird einschließlich der darauf entfallenden Verbindlichkeiten nach einer Freigabe insolvenz- und zwangsvollstreckungsrechtlich verselbständigt.
 - Möglichkeit der Zweitinsolvenz, BGH, v. 9.6.2011 – IX ZB 175/10, ZIP 2011, 1326.
 - Zwangsvollstreckung für Neugläubiger nicht durch § 89 Abs. 1 InsO gehindert
 - Keine Vollstreckung durch Altgläubiger, vgl. BGH v. 12.2.2009 – IX ZB 112/06, WM 2009, 807, Rn. 8, 12: Freigegebenes Vermögen ist „sonstiges Vermögen des Schuldners“ iSd § 89 Abs. 1 InsO.

Wirkung Freigabe für Mietverhältnisse

- BGH, v. 9.2.2012 – IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 = NZI 2012, 409
- Sachverhalt: Schuldner betreibt Autoreparaturwerkstatt. Seit 1998 Gewerbemietvertrag mit Klägerin. 20. Jan. 2009 Eröffnung Insolvenzverfahren. InsVerw. (Beklagter) gibt Vermögen Schuldner aus freiberuflicher Tätigkeit mit Erklärung vom 19. Feb. 2009 frei. Kläger verlangt von Bekl. Miete ab 20. Jan. 2009 als Masseverbindlichkeit. Bekl. kündigt Mietverhältnis am 16. Okt. 2009, 24. Feb. 2010 Anzeige Masseunzulänglichkeit.
- Geht Mietverhältnis ohne Weiteres auf Schuldner über?

Lösung des BGH - Autowerkstatt

- Keine Kündigung Mietverhältnis durch Ins.Verw. erforderlich, wenn selbständige Tätigkeit freigegeben wird. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO gilt nicht bei Freigabe selbständiger Tätigkeit.
- Schuldner ist auf Fortbestand bestimmter Dauerschuldverhältnisse angewiesen, wenn er selbständige Tätigkeit fortführen will, aaO Rn. 26.
- Mit Freigabe ist allgemeine Überleitung der Vertragsverhältnisse von Masse auf Schuldner verbunden, aaO Rn. 27
- Im Interesse der Neugläubiger eindeutige Abgrenzung erforderlich, aaO Rn. 29.
- Einheitlicher Übergang liegt auch im Interesse des Schuldners. Anwendung der §§ 103 ff InsO unpraktikabel, aaO Rn. 30.
- Für Arbeitsverhältnisse gilt nach der Rechtsprechung des BAG das Gleiche, vgl. BAGE 146, 295 ff = ZIP 2014, 339 Rn. 19 ff.

Zeitpunkt der Wirkungen

- BGH, v. 9.2.2012 – IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 Rn. 19: Freigabe verwirklicht sich ohne weiteres mit Zugang der Erklärung beim Schuldner.
- Veröffentlichung nach § 35 Abs. 3 InsO ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung, BGH, v. 9.2.2012, aaO Rn. 24.
- Rückwirkung der Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 InsO?
 - Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 InsO hat grundsätzlich keine Rückwirkung, BGH, v. 21.2.2019 – IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212 Rn. 23. Wirkungen treten ex nunc ein, frühestens, wenn Erklärung dem Schuldner zugeht.
 - Hinsichtlich einzelner Vermögenswerte ist grundsätzlich eine an keine zeitliche Voraussetzungen geknüpfte Einzelfreigabe möglich, BGH, v. 18.4.2013 – IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181 Rn. 9 (betraf Eröffnung am 22.4., Erklärung Freigabe am 28.4.): Streit zwischen Schuldner und Bank um abgetretene Honorarforderungen.
 - Ob im Wege Einzelfreigabe rückwirkende Freigabe von Rechtsverhältnissen möglich ist, hat BGH, v. 21.2.2019 – IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212 Rn. 23 ausdrücklich offengelassen.

Beziehungen Schuldner zur Masse?

- Abführungspflicht nach § 295 Abs. 2 InsO, § 35 Abs. 2 Satz 2 InsO.
- Im Zweitinsolvenzverfahren: Abführungspflicht bleibt bestehen, gegebenenfalls muss Insolvenzverwalter des ersten Verfahrens Anspruch auf Abführung im Zweitverfahren anmelden, vgl. BGH, v. 9.6.2011 – IX ZB 175/10, ZIP 2011, 1326 Rn. 9.
- Besteht eine Pflicht, ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis bei mangelndem Erfolg der selbständigen Tätigkeit aufzunehmen?
 - Verneint von BGH, v. 13.3.2013 – IX ZB 38/10, NZI 2013, 797 (Eröffnung März 2008); v. 13.3.2014 - IX ZR 43/12, WM 2014, 751 Rn. 22 (Eröffnung 2008).
 - Gibt es nach Einführung § 287b InsO eine entsprechende Obliegenheit?

Abführungspflicht Schuldner

- § 35 Abs. 2 Satz 2 InsO begründet einen Anspruch des Insolvenzverwalters auf Zahlung eines sich nach § 295 Abs. 2 InsO ergebenden Betrags, BGH, v. 13.6.2013 – IX ZB 38/10, NZI 2013, 797 Rn. 20; v. 13.3.2014 – IX ZR 43/12, WM 2014, 751 Rn. 17.
- Ist echte Rechtspflicht Schuldner, keine bloße Obliegenheit, BGH, v. 13.6.2013 – IX ZB 38/10, NZI 2013, 797 Rn. 20 mwN
 - Rn. 11: 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.
 - Rn. 16: Maßstab der Abführungspflicht ist das nach § 295 Abs. 2 InsO zu bestimmende fiktive Nettoeinkommen.
 - Rn. 17: Abführungspflicht des gesamten Gewinns widerspricht dem Ziel der Freigabe.
- Im Regelfall Anspruch auf jährliche Zahlung, BGH, v. 13.3.2014 – IX ZR 43/12, aaO Rn. 18

Der selbständige Zahnarzt im Rentenalter

- BGH, v. 12.4.2018 – IX ZB 60/17, DB 2018, 1588
- Sachverhalt: Schuldner (Jahrgang 1946) ist Zahnarzt. 1.6.2009 Eröffnung Insolvenzverfahren, Praxisbetrieb mit Wirkung zum 15.11.2011 freigegeben. Insolvenzverwalter vereinbart mit Schuldner, dass dieser ab 1. Juli 2012 monatlich 738,52 € an Masse zahlt. Schuldner kommt dem nicht nach. Versagung der Restschuldbefreiung?
- Lösung: Verstoß gegen Pflichten nach § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO?
 - nur die nach Gesetz, nicht die kraft Vereinbarung mit Insolvenzverwalter.
 - Abführungspflicht nach § 35 Abs. 2 Satz 2 InsO soll Besserstellung Schuldner verhindern. Daher greift Abführungspflicht immer ein, wenn Schuldner erwerbstätig ist, auch wenn er bereits Renteneintrittsalter überschritten hat. Entscheidend ist die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit.
 - Maßstab daher auch bei selbständiger Tätigkeit im Rentenalter, welches Nettoeinkommen durch eine angemessene abhängige Tätigkeit erzielt werden konnte und welche Einkünfte durch die selbständige Tätigkeit tatsächlich erzielt wurden.

Pfändungsschutz nach Freigabe?

- BGH, v. 25.1.2018 – IX ZA 19/17, WM 2018, 525
- Sachverhalt: Schuldner (Orthopäde) verlangt nach Freigabe selbständiger Tätigkeit durch Insolvenzverwalter vom Insolvenzgericht Pfändungsschutz gemäß § 850i ZPO bezüglich Honorarforderungen. Zur Begründung stützt er sich auf den Aufwand für die Praxis und den Unterhalt. Antrag hat keinen Erfolg:
- Pfändungsschutz nach Freigabe kann nicht gegenüber Masse verlangt werden:
 - Soweit sich Pfändungsschutz auf freigegebenes Vermögen bezieht, besteht kein Interesse an einem Pfändungsschutz gegenüber Masse.
 - Soweit Honorarforderungen noch zur Masse gehören (weil von Freigabe nicht erfasst) begründen Umstände aus der Zeit nach der Freigabe keinen Pfändungsschutz hinsichtlich massezugehöriger Forderungen.
- Stets möglich Unterhaltsansprüche des Schuldners gegen die Masse, § 100 InsO.

Das weiterbenutzte Girokonto

- BGH, v. 21.2.2019 – IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212 = ZIP 2019, 577
- Sachverhalt: Kläger ist Zahnarzt. Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. Okt. 2014; Beklagter Insolvenzverwalter. Beklagter gibt selbständige Tätigkeit „mit Wirkung zum 1. Dez. 2014“ frei. Ab Freigabe der Tätigkeit nutzt Kläger ein Girokonto bei der Bank, das er bei der Bank bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingerichtet hatte.
- Auf dieses Girokonto fließen ab 1. Dez. 2014 Zahlungen der KZÄV (rund 12.500 €) sowie Zahlungen einer privatärztlichen Verrechnungsstelle (rund 20.000 €). Kläger überweist von diesem Konto rund 21.000 € an Dritte. Ende Dez. 2014 fordert Beklagter die Bank auf, das Konto zu sperren. Bank kommt dem nach und überweist Restbestand von 12.521,59 € auf Sonderkonto des Beklagten.
- Kläger verlangt vom Beklagten Auszahlung dieses Betrags. Berufungsgericht gibt der Klage in Höhe von 11.721,59 € statt. Dagegen richtet sich Revision Bekl.

Auswirkungen der Freigabe auf das Konto

- Streitgegenstand Klage ist Erstattung des auf Girokonto befindlichen Betrags; Anspruchsgrundlage § 816 Abs. 2 BGB:
- Grundsatz: Auch Ansprüche gegen Bank aus Girovertrag sind Neuerwerb.
- Anders nur dann, wenn Girovertrag von Freigabeerklärung Bekl. erfasst war oder Schuldner Girovertrag nach Freigabe innerhalb der selbständigen Tätigkeit neu begründet hätte oder Konto ausschließlich insolvenzfrees Vermögen betraf (etwa nach § 850k ZPO).
- Girokonto wird aufgrund eines Zahlungsdiensterahmenvertrags geführt. §§ 115, 116 InsO ordnen Erlöschen von Aufträgen und Geschäftsbesorgungsverhältnissen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens an.
- Freigabeerklärung hat keine Auswirkungen auf die materielle Rechtslage.
 - Damit entscheidend, ob Konto vor oder nach der Freigabeerklärung neu begründet wurde.
 - Das kann auch durch konkludentes Verhalten geschehen.
 - Beachte: Auch Schuldner kann neue Vertragsverhältnisse begründen!

Wie kann Konto freigegeben werden?

- Ausdrückliche Erklärung Ins.Verw., dass sich Freigabe der selbständigen Tätigkeit auch auf das Girokonto erstreckt. Im Fall des BGH lag keine solche Erklärung vor.
- Sofern das Konto bei Freigabeerklärung bestand, ist es Auslegungsfrage, ob die Freigabeerklärung das Konto erfasste.
 - Da Freigabeerklärung – sofern keine besonderen Erklärungen abgegeben werden - kraft Gesetzes alles erfasst, was der selbständigen Tätigkeit „gewidmet“ ist, kann sich dies auch auf ein Konto erstrecken, das ausschließlich der selbständigen Tätigkeit dient.
 - Richtet sich nach den objektiven Umständen zum Zeitpunkt der Freigabeerklärung.
- Kann Ins.Verw. Konto von der Freigabe der selbständigen Tätigkeit ausdrücklich ausnehmen?

Die Zuordnung der Honoraransprüche

- Vermögen, das dem Schuldner bereits vor Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 InsO gehört, ist Bestandteil der Masse und wird von Freigabeerklärung nicht erfasst, BGH, v. 21.2.2019 aaO Rn. 24.
- Freigabeerklärung hat keine Rückwirkung, sondern trennt die bisherige Vermögensmasse von der zukünftigen, BGH, aaO Rn. 23, 27.
 - Zu unterscheiden zwischen dem Übergang der Rechtsverhältnisse (ex nunc) und den aus den Rechtsverhältnissen bestehenden Vermögenswerten.
 - Abgrenzung richtet sich nach § 35 Abs. 1 InsO: Maßgeblich ist, ob Erwerbstatbestand im Zeitpunkt Freigabeerklärung bereits vollendet ist, BGH, aaO Rn. 26
- Entscheidend daher, ob die Ansprüche bereits vor der Freigabeerklärung oder erst nach Freigabeerklärung „entstanden“ sind.

Wann entstehen Honoraransprüche Arzt?

- Ansprüche aus privatärztlicher Tätigkeit richten sich nach bürgerlichem Recht (BGH, v. 21.2.2019, aaO Rn. 31 ff).
 - Vergütungsfähige Leistungen nach GOZ; entscheidend Zeitpunkt der Leistungserbringung.
 - Abtretung der Honoraransprüche an privatärztliche Verrechnungsstelle unerheblich
- Ansprüche gegen Kassenärztliche Verrechnungsstelle richten sich in diesem Punkt nach Sozialrecht (BGH, v. 21.2.2019, aaO Rn. 35 ff).
 - Honorarforderung Arzt richtet sich nur gegen KZ(Ä)V
 - Die Zuordnung der Forderung aus dem (abschließenden) Honorarbescheid für Abrechnungsquartal richtet sich nach Ende des Quartals und Zeitpunkt der Vorlage der Abrechnung des Arztes bei KZ(Ä)V
 - Zuordnung Abschlagszahlungen richtet sich nach Zeitpunkt der Zahlung
 - Fehlt es an einer sozialrechtlichen Zuordnung, kommt es auf Leistungserbringung Arzt an (BGH, aaO Rn. 40).

Abtretung der Vergütungsansprüche? Grundsätze

- § 91 Abs. 1 InsO: Rechte an Gegenständen der Insolvenzmasse können nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden, auch wenn keine Verfügung des Schuldners [...] zugrunde liegt.
- BGH, v. 11.5.2006 – IX ZR 247/03, BGHZ 167, 363 = NZI 2006, 457
 - Sachverhalt: Zahnarzt tritt seine künftigen Honoraransprüche gegen KZV an beklagte Bank ab. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlangt der InsVerw von Bank Auszahlung der nach Eröffnung vereinnahmten Zahlungen der KZV
 - Entscheidung erging noch zu § 114 InsO aF
 - Rn. 7: Allgemeiner Grundsatz, dass Anspruch auf Vergütung für geleistete Dienste nicht vor der Dienstleistung entsteht, gilt auch für Vergütungsanspruch Kassenarzt gegen kassenärztliche Vereinigung.
- BGH, v. 18.10.2010 – IX ZR 61/06, ZIP 2010, 587 Rn. 2: Vorausverfügungen über künftige Ansprüche sind für die Zeit nach Verfahrenseröffnung unwirksam, auch wenn der Insolvenzverwalter die selbständige Tätigkeit nicht freigibt, sondern die Arztpraxis des Schuldners fortführt.

Abtretung der Vergütungsansprüche - Entwicklung der Rechtsprechung

- BGH, v. 18.4.2013 – IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181: Vorausabtretung künftiger, nach Verfahrenseröffnung entstehender Forderungen erlangt infolge Konvaleszenz ihre Wirksamkeit zurück, wenn diese aus einer durch den Insolvenzverwalter freigegebenen selbständigen Tätigkeit des Schuldners herrühren.
- Neu: BGH, v. 6.6.2019 – IX ZR 272/17, WM 2019, 1269:
 - Sachverhalt: Schuldner ist Zahnarzt. 1992 Abtretung Honoraransprüche an damalige Ehefrau, 12. Sept. 2008 Eröffnung Insolvenzverfahren, 25. Sept. 2008 Abtretung der Honoraransprüche durch Ehefrau an Kläger (= Vater des Schuldners). Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners zum 1. Okt. 2008. Beklagte pfändet 2015 Ansprüche Schuldner gegen KZ(Ä)V, Kläger erhebt Drittwiderspruchsklage.
 - Hier soll nur eine Frage interessieren: Ist Vorausabtretung hinsichtlich der nach Freigabe entstehenden Forderungen wirksam? Hierzu BGH, aaO Rn. 34 ff.

Abtretung der Vergütungsansprüche

- neue Rechtsprechung und neue Fragen

- Grundsätzlich gilt § 91 InsO für die Dauer des Insolvenzverfahrens, BGH v. 6.6.2019, aaO Rn. 35.
- Freigabe selbständiger Tätigkeit führt nicht zur Beendigung Insolvenzverfahren und damit greift § 91 InsO auch bzgl. Neuerwerb nach Freigabe, BGH v. 6.6.2019, aaO Rn. 41 ff:
 - Schuldner nur insoweit Verfügungsbefugt, als Vermögen freigegeben wurde.
 - Freigabe führt zur Trennung der Vermögensmassen
 - Demgemäß bleibt Erwerbsverbot des § 91 InsO für Altgläubiger auch nach Freigabe wirksam, solange Insolvenzverfahren nicht aufgehoben wird.
 - Hierfür spricht auch das gesetzgeberische Ziel, dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, sich mit der Freigabe eine neue wirtschaftliche Existenz aufzubauen.
- Auswirkungen der Beendigung des Insolvenzverfahrens?

Etliche Offene Fragen!

- Möglichkeit einer stillschweigenden Positiv- oder Negativerklärung?
- Rückwirkende Freigabe von Vermögensgegenständen und Rechtsverhältnissen?
 - BGH, v. 21.2.2019 – IX ZR 246/17, BGHZ 221, 212 Rn. 23 lässt dies ausdrücklich offen.
- (Einzel-)Freigabeerklärung auch in der Eigenverwaltung?
 - Sachwalter ist nicht verwaltungs- und verfügungsbefugt, § 270 Abs. 1 Satz 1 InsO
 - Offen gelassen von BGH, v. 9.3.2017 – IX ZR 177/15, WM 2017, 673 Rn. 9
- Pflicht des Schuldners zur Aufnahme einer abhängigen Tätigkeit bei fehlendem Erfolg?
- Haftung des Insolvenzverwalters nach §§ 60, 61 InsO?