

Praxisfragen der „Freigabe“

Leipziger Insolvenzrechtstag
24.02.2020

Dr. Matthias Hofmann
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht

Übersicht

- Rückwirkende Negativerklärung – z.B. zum Stichtag der Verfahrenseröffnung?
- Umgang mit pfändbarem betriebsnotwendigen Vermögen im Rahmen der Freigabe gemäß § 35 Abs. 2 InsO
- (Unentgeltliche) Freigabe von Waren- oder gar Geldbeständen als „Mitgift“ zur Vermeidung einer Betriebseinstellung?
- Zusammenspiel von § 91 InsO und § 35 Abs. 2 InsO
- (Un-) Zulässigkeit einer Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss bei Anordnung der Eigenverwaltung?

Rückwirkende Negativerklärung – z.B. zum Stichtag der Verfahrenseröffnung (I)

- Problemstellung:
 - Information über Verfahrenseröffnung und Bestellung des Insolvenzverwalters teils erst einige Tage nach Verfahrenseröffnung
 - bei Soforteröffnungen (kurzer) Prüfungszeitraum nötig zur Entscheidung über Erklärung gemäß § 35 Abs. 2 InsO
- h.M.: Negativerklärung gemäß § 35 Abs. 2 InsO wirkt ausschließlich **ex nunc** mit Zugang beim Schuldner

Rückwirkende Negativerklärung – z.B. zum Stichtag der Verfahrenseröffnung (II)

- BGH, Urt. v. 21.2.2019 – IX ZR 246/17 Rz. 23:
 - Die Wirkungen treten erst mit Wirksamkeit der Erklärung ein; die Erklärung hat grundsätzlich keine Rückwirkung (BAGE 145, 163 Rn. 51; Holzer, aaO Rn. 119). Ob der Insolvenzverwalter darüber hinaus eine rückwirkende Einzelfreigabe hinsichtlich bestimmter Vermögenswerte erteilen kann (vgl. BGH, Urteil vom 18. April 2013 - IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181 Rn. 9), muss im Streitfall entschieden werden.
- etwaige Differenzierung dogmatisch unklar
- in der Praxis Bedarf jedenfalls für kurzfristige Rückbeziehung
- **Praxiserfahrungen? Gesetzgebungsbedarf?**

Umgang mit pfändbarem betriebsnotwendigen Vermögen im Rahmen der Freigabe gemäß § 35 Abs. 2 InsO (I)

- Negativerklärung gemäß § 35 Abs. 2 InsO erfasst nur künftiges Vermögen aus selbstständiger Tätigkeit (Neuerwerb)
- gem. § 811 ZPO unpfändbares Vermögen bleibt unpfändbar und wird nicht Teil der Insolvenzmasse
- Folge/Umkehrschluss: pfändbares Vermögen bleibt auch bei Negativerklärung Insolvenzmasse, obwohl Schuldner ggf. hierauf angewiesen ist (so auch BGH,
 - Beispiele: Warenbestände, Werkzeuge/Betriebsausstattung bei mehreren Mitarbeitern (ab gewisser Größe) usw.

Umgang mit pfändbarem betriebsnotwendigen Vermögen im Rahmen der Freigabe gemäß § 35 Abs. 2 InsO (II)

- in der Praxis Verwertung (vgl. § 159 InsO) auch durch „Verkauf“ an Schuldner
 - Schuldner verpflichtet sich zu **Ablösezahlung** an Insolvenzmasse in zu vereinbarenden Höhe
 - Insolvenzverwalter verpflichtet sich zu **Freigabe** aus Insolvenzbeschlagn

(Unentgeltliche) Freigabe von Waren- und Geldbeständen als „Mitgift“ zur Vermeidung einer Betriebseinstellung? (I)

- Ziel des § 35 Abs. 2 InsO: Erhaltung der Lebensgrundlage des Schuldners auch in Fällen, in denen Insolvenzverwalter Betrieb ggf. einstellen würde
- Aufgabe des Insolvenzverwalters: Bestmögliche Verwertung der Insolvenzmasse im Interesse der Gläubiger (vgl. auch § 1 InsO)
- Problemfall:
 - Schuldner kann – mangels Vorfinanzierung – nicht fortführen
 - Einstellung des Geschäftsbetriebs führt zu (teurer) Abwicklung wegen Masseverbindlichkeiten

(Unentgeltliche) Freigabe von Waren- und Geldbeständen als „Mitgift“ zur Vermeidung einer Betriebseinstellung? (II)

- Lösungsansatz: in Abstimmung mit Schuldner Negativerklärung unter gleichzeitiger Freigabe von Waren- oder sogar Geldbeständen zur Ermöglichung der Betriebsfortführung
 - Leitlinie BGH, Beschl. v. 20.3.2003 – IX ZB 388/02: Entscheidend ist, ob die selbständige Tätigkeit „im Interesse der Insolvenzgläubiger“ liegt.
 - allein Entlastung der Insolvenzmasse von Masseverbindlichkeiten gemäß § 108 InsO oftmals ausreichende Rechtfertigung für Weggabe von Waren/Geld in bestimmtem Umfang
- **Praxiserfahrungen?**

Zusammenspiel von § 91 InsO und § 35 Abs. 2 InsO: Der BGH zwischen Dogmatik und Pragmatismus?

- BGH, Urt. v. 18.4.2013 – IX ZR165/12: Gemäß § 91 InsO zunächst unwirksame Vorausabtretung von Forderungen aus selbstständiger Tätigkeit wird mit Negativerklärung infolge Konvaleszenz wieder wirksam
- BGH, Urt. v. 6.6.2019 – IX ZR 272/17 (Rechtsprechungsänderung): § 91 InsO gilt auch nach Negativerklärung
- nach wie vor keine „Lösung“ für Zeit nach Verfahrensaufhebung
- **Rechtsprechungsänderung (6.6.2019) in Widerspruch zu Dogmatik und ratio des § 91 InsO**

Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss bei Anordnung der Eigenverwaltung (I)

- Grundkonzeption der Eigenverwaltung gemäß §§ 270 ff. InsO:
 - Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners
 - kein Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf einen Insolvenzverwalter
 - Überwachung des Schuldners durch gerichtlich bestellten (vorl.) Sachwalter
 - Erfüllung der Aufgaben des Insolvenzverwalters im Wesentlichen durch den Schuldner
 - im Eröffnungsverfahren vorläufige Eigenverwaltung gemäß § 270a InsO oder Schutzschirmverfahren gemäß § 270b InsO

Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss bei Anordnung der Eigenverwaltung (II)

- BGH, Urt. v. 9.3.2017 – IX ZR 177/15:

Ein Insolvenzverwalter kann einzelne Gegenstände aus der Masse freigeben. Diese Befugnis wird in § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO vorausgesetzt. Sie folgt aus der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Verwalters gemäß § 80 InsO. Die Freigabe wird gegenüber dem Schuldner erklärt. Sie hat zur Folge, dass der Insolvenzbeschluss erlischt und der Schuldner die Verfügungsbefugnis zurück erhält (BGH, Urteil vom 21. April 2005 - IX ZR 281/03, BGHZ 163, 32, 34 f; vom 9. Februar 2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 Rn. 22; vgl. auch BTDrucks. 16/3227, S. 17). **Ist Eigenverwaltung angeordnet, können diese Grundsätze schon deshalb nicht gelten, weil der Sachwalter nicht verwaltungs- und verfügungsbefugt ist (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO). Eine Erklärung, nach welcher der Schuldner die Verfügungsbefugnis über einen Gegenstand zurück erhält, ist überdies sinnlos, weil der Schuldner die Befugnis, die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen, nicht verloren hat (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO).**

Freigabe aus dem Insolvenzbeschlag bei Anordnung der Eigenverwaltung (III)

- Problem: fehlende Freigabemöglichkeit im Einzelfall ggf. als Nachteil i.S.v. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO?
- Denkbarer Lösungsansatz: Möglichkeit der Freigabe als Ausfluss der nach § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO angeordneten Geltung der allgemeinen Vorschriften, sofern §§ 270 ff. InsO nichts Abweichendes regeln
 - Zuständigkeit für Freigabe allenfalls bei Sachwalter (Gedanke ggf.: ungeschriebene Aufgabe, die dem Sachwalter im Interesse der Gläubiger obliegt – ähnlich z.B. im Fall des § 78 InsO, vgl. BGH, Beschl. v. 22.6.2017 – IX ZB 82/16)
 - aber: Rechtszuständigkeit nach Freigabe völlig unklar, Begründung von Masseverbindlichkeiten?

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Matthias Hofmann

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht

Pohlmann Hofmann Insolvenzverwalter Rechtsanwälte Partnerschaft

München | Augsburg | Ulm

www.pohlmannhofmann.de, m.hofmann@pohlmannhofmann.de

Dr. Matthias Hofmann

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Insolvenzrecht

Matthias Hofmann ist Partner der Kanzlei Pohlmann Hofmann, die mit insgesamt rund 60 Mitarbeitern – davon 20 Rechtsanwälten, Wirtschaftsjuristen und Betriebswirten – an den Standorten München, Augsburg und Ulm in den Bereichen Insolvenzverwaltung und Restrukturierung tätig ist. Er gehört zu den meistbestellten Insolvenzverwaltern und Sachwaltern in Unternehmensinsolvenzverfahren im süddeutschen Raum und wurde seit 2007 in bislang über 800 Unternehmensinsolvenzen als Gutachter, (vorl.) Insolvenzverwalter und (vorl.) Sachwalter bestellt.

Matthias Hofmann ist Lehrbeauftragter an der Hochschule für Wirtschaft und Umwelt Nürtingen-Geislingen und Prüfer in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung. Zu seinen Veröffentlichungen zählen neben etlichen Aufsätzen und Urteilsanmerkungen das ZIP-Praxisbuch *Eigenverwaltung* (3. Auflage als ZRI-Praxisbuch in Vorbereitung), die Kommentierung der §§ 91-96 und 159-173 InsO im *Graf-Schlicker*, InsO, die Bearbeitung verschiedener Themen aus dem Bereich der Eigenverwaltung im *Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz* (Hrsg. Kübler) und die Bearbeitung des Kapitels Insolvenzplan im *Handbuch des Fachanwalts für Insolvenzrecht* des Luchterhand-Verlags.

