Enthaftung der Masse oder Haftungsfalle für den Verwalter? Aktuelle Rechtsprobleme rund um die Freigabe

Berlin/ Brandenburger Arbeitskreis für Insolvenzrecht e.V.

30. Oktober 2019

Einführung

- Gesetzlich nur in Ansätzen geregelt
- Selbstverständliches Instrument des Insolvenzrechts
- Es gibt nicht die „Freigabe“ => verschiedenste Rechtsinstitute mit teils unterschiedlichen Rechtsfolgen
- Fachgerechte Nutzung der Freigabe verlangt neben guten wirtschaftlichen Verständnis eine sichere Rechtskenntnis

Enthaftung der Masse oder Haftungsfalle für den Verwalter? Aktuelle Rechtsprobleme rund um die Freigabe

Berlin/
Brandenburger
Arbeitskreis für
Insolvenzrecht e.V.

30. Oktober 2019

Einführung

Arten der Freigabe:

- Freigabe der selbständigen Tätigkeit gemäß § 35 Abs. 2 InsO
- echte Freigabe
- unechte Freigabe
- Modifizierte Freigabe
- Ablehnung der Aufnahme eines Rechtsstreits nach § 85 Abs. 2 InsO
- Freigabe des Mietverhältnisses, § 109 Abs. 1 S. 2 InsO
- Kontenfreigabe –seit Einführung des „P-Kontos“ nicht mehr relevant
- Datenfreigabe nach DSGVO, Thole ZIP 2018, 1001, 1008; Bornheimer/Park NZI 2018, 877, 879: Freigabe der Daten/Datenträge aus der Insolvenzmasse befreit von (weiterer) Verantwortlichkeit nach DSGVO; es ist aber sicherzustellen, dass keinerlei Daten mehr beim Insolvenzverwalter verbleiben
- Freigabe im Eröffnungsverfahren

Kontenfreigabe

- Kontenfreigabe –seit Einführung des „P-Kontos“ nicht mehr relevant, aber Quellenfreigabe bzw. Freigabebeschluss

- „*Ist das Arbeitseinkommen des Schuldners gepfändet, wird daher auf ein Pfändungsschutzkonto des Schuldners vom Arbeitgeber monatlich nur der unpfändbare Betrag überwiesen und weicht dieser ständig in unterschiedlichem Maße von den Sockelbeträgen des § 850k Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 3 ZPO ab, kann das Vollstreckungsgericht den Freibetrag gemäß § 850k Abs. 4 ZPO durch Bezugnahme auf das vom Arbeitgeber monatlich überwiesene pfändungsfreie Arbeitseinkommen festsetzen.*“ BGH, Beschl v. 10.11.2011, VII ZB 64/10

Kontenfreigabe

Tenor:

Die Forderung des Schuldners auf Auszahlung des Kontoguthabens bei der Drittschuldnerin bezüglich Lohn/Gehalt, welche von XY auf das gepfändete Konto überwiesen wird, ist in ihrer jeweiligen Höhe **von der Kontopfändung auszunehmen**.

oder:

…wird der auf Grund des Eröffnungsbeschlusses des Insolvenzgerichts vom (…) ausgebrachte **Insolvenzbeschlag** betreffend die Forderung des Schuldners auf Auszahlung des Kontoguthabens betreffend das Konto mit der Bezeichnung (…) bei der o. g. Drittschuldnerin

(Alt. 1.) bezüglich sämtlicher Gutschriften, die auf das betroffene Konto überwiesen werden, in Höhe des nach §§ 850 ff., insbesondere § 850c ZPO unpfändbaren Teils gemäß § 850k ZPO i.V.m. § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO **aufgehoben**, soweit das Konto die erforderliche Deckung ausweist.

(Alt. 2.) mit der Maßgabe **aufgehoben**, dass der pfändungs- bzw. beschlagnahmefreie Betrag dem monatlichen Betrag entspricht, welcher von der Fa. (…) jeweils auf das o.g. Konto überwiesen wird.

Freigabe von Altlastengrundstücken

Enthaftung möglich, soweit Ordnungspflicht (Zustandsstörer) an tatsächliche Sachherrschaft anknüpft,

z.B. §§ 5, 22 BImschG an Betreiben der Anlage, § 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchg und § 11 iVm § 3 Abs. KrW-/AbfG an die tatsächliche Sachherrschaft an.

In diesen Fällen kann der IV sich durch Freigabe von seinen öffentlich-rechtlichen Pflichten befreien (BVerwG ZIP 2004, 2145; BVewG ZIP 1984, 722; Thole, ZIP 2018, 1001, 1007), da die Ersatzvornahmekosten Masseverbindlichkeiten sind.

Freigabe von Altlastengrundstücken

Aber: Soweit Nachsorgepflichten bestehen, etwa nach erfolgter Betriebsfortführung nach § 5 Abs. 3 Nr. 2 BImSchG.

Die Inbesitznahme als solche genügt aber idR nicht, soweit der Zustand bereits vor Verfahrenseröffnung bestanden hat oder der Verwalter nicht dazu beigetragen hat (Thole, ZIP 2018, 1001, 1007;BGHZ 150. 305 = NZI 2002, 425, 426).

Letztlich ist hier genau anhand des Wortlautes des § 55 Abs.1 Nr. 1 InsO zu subsummieren: „durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden“.

Freigabe von Grundstücken mit potentieller Ertragssteuerbelastung

Pr.: Grundstück ist mit valutierender Grundschuld belastet:

Ist keine freie Spitze zu erwarten => Freigabe, sofern nicht im Wege einer Verwertungsvereinbarung Beteiligung der Masse erreicht werden kann

Freigabe von Grundstücken mit potentieller Ertragssteuerbelastung

Ist freie Spitze zu erwarten =>Grundsatz: Verwertung, es sei denn:

Die zu erwartende Steuerlast übersteigt den Erlös für die Masse,

Dies kann passieren, aufgrund von BFH, Urt. v. 16.5.2013 – IV R 23/11, ZInsO 2013, 1536,

denn eine etwaige **Steuerlast** (Einkommensteuer bei Privatvermögen innerhalb der 10-jährigen Spekulationsfrist) oder Besteuerung bei Betriebsvermögen (zB Gewerbesteuer, Körperschaftssteuer, soweit nicht hinreichende Verlustvorträge existieren)

bemisst sich nach dem Verkaufserlös, nicht nach dem, was der Masse i.E. zufließt.

Freigabe von Grundstücken mit potentieller Ertragssteuerbelastung

Fallbeispiel von Fassin/Tömp, ZInsO 2019, 1921, 1923:

Ein GS wurde vom Schuldner am 1.1.2009 für 260.000 erworben, der Kaufpreis verteilt sich zu 20% auf Boden und 80% auf das Gebäude. Die jährliche Abschreibung betrug 4.160 € (= 2% der Gebäudeanschaffungskosten von 208.000 €).

Das vermietete GS hat Verkehrswert 250.000 € und ist zu 100% belastet. IV veräußert am 30.12.2017 (also nach 8 Jahren) zu vereinbartem Massekostenbeitrag von 3% (=7.500 EUR). Veräußerungskosten entstehen nicht.

Freigabe von Grundstücken mit potentieller Ertragssteuerbelastung

Rechenbeispiel:

Veräußerungspreis:	250.000 €
./. Anschaffungspreis:	260.000 €
Zwischenwert:	-10.000 €
Veräußerungsgewinn ohne Abschreibungen:	0 €
Berücksichtigung von Abschreibungen nach § 23 Abs. 3 S. 4 EStG	37.440 €

Veräußerungsgewinn:	27.440 €

Freigabe von Grundstücken mit potentieller Ertragssteuerbelastung

Hierauf sind bei

Est-Satz von 35%, Soli 5,5% und 9% Kirchensteuer (von 35%) (=Gesamtsteuerbelastung 40,08%) insg. 10.997,95 € Steuern zu zahlen.

Dies übersteigt den Massebeitrag von 7.500 € deutlich.

Der freihändige Verkauf aus der Masse ist i.E. sogar masseschädigend.

Freigabe von Grundstücken mit potentieller Ertragssteuerbelastung

Lösung: Freigabe?

Nach überwiegender Ansicht führt Freigabe zu einer Enthaftung und damit dazu, dass Steuern bei Verkauf nach Freigabe den **Schuldner aus seinem insolvenzfreien Vermögen** treffen, also keine Masseverbindlichkeit mehr sind, andererseits eine Restschuldbefreiung faktisch vereiteln können.

Freigabe von Grundstücken mit potentieller Ertragssteuerbelastung

Lösung: Freigabe?

Nach einer Gegenansicht, die sich auf BFH, Urtl. V. 16.8.2001 – V R 59/99, ZInsO 2002, 222, stützt, könnte der Verkauf auch nach Freigabe eine Masseverbindlichkeit begründen, da durch die Ablösung des Grundpfandrechts die Forderungen gegen den Schuldner reduziert und damit die Masse entlastet wird (so die zur Ust unter Geltung der KO ergangene Entscheidung).

Freigabe von Grundstücken mit potentieller Ertragssteuerbelastung

Dies überzeugt nicht, da ja die Masse nicht gemehrt wurde (in diese Richtung wohl auch die Instanzrechtsprechung)

- ⇒ Freigabe dürfte zur Enthaftung führen
- ⇒ Alternativ: Vereinbarung mit Grundpfandgläubiger über Erstattung anfallender Steuern (wohl kaum durchsetzbar)

- ⇒ Näher zum Ganzen: Fassin/Tömp, Freihändiger Verkauf von grundpfandrechtsbelasteten Grundstücken im Insolvenzverfahren – eine Haftungsfalle?, ZInsO 2019, 1921 ff.

Freigabe von GS bei verbleibendem Grundpfandrecht – freie Spitze

BGH, Beschl. v. 27.04.2017 – IX ZB 93/16. Dortige Ausgangssituation:

Der Schuldner war Eigentümer eines dinglich belasteten Grundstück. Der Verwalter gab das Grundstück aus der Insolvenzmasse frei. Nach Aufhebung des Verfahrens wurde die Immobilie versteigert. Es ergab sich ein Übererlös zugunsten des Schuldners.

Der Insolvenzverwalter beantragte hinsichtlich des Mehrerlöses die Anordnung der Nachtragsverteilung. Der BGH bestätigte diese Vorgehensweise.

Freigabe von GS bei verbleibendem Grundpfandrecht – freie Spitze

BGH, Beschl. v. 27.04.2017 – IX ZB 93/16.:

(…) Ein Grundstückseigentümer, der Sicherungsgrundschulden bestellt, hat aus dem Sicherungsvertrag gegen den Sicherungsnehmer einen durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten schuldrechtlichen Anspruch auf Abtretung, auf Verzicht oder auf Aufhebung des nicht valutierten Teils der Grundschulden (BGH, Urteil vom 24. März 2016 – IX ZR 259/13, NJW 2016, 3239 Rn. 8)

(…) der Inhalt des Rückgewähranspruchs des Sicherungsgebers nach dem Zuschlag in einen Anspruch auf Auszahlung des entsprechenden Teils des Versteigerungserlöses umgewandelt hat

Freigabe von GS bei verbleibendem Grundpfandrecht – freie Spitze

BGH, Beschl. v. 27.04.2017 – IX ZB 93/16.:

Der hat Insolvenzverwalter allein das Grundstück freigegeben, nicht jedoch etwaige Eigentümerpfandrechte oder etwaige in die Masse gefallenen Ansprüche der Schuldnerin aus einem Sicherungsvertrag. Die entsprechende Auslegung der Freigabeerklärung durch das Beschwerdegericht ist nicht zu beanstanden (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 1978 – V ZR 153/76, WM 1978, 986, 987 unter II.1.).

Freigabe von PKW

Steuerrechtliche Problematiken stellen sich aber auch in anderen Zusammenhängen, zB PKW im Eigentum der Schuldnerin:

Fall: Schuldnerin war seit 1998 Halterin eines Omnibusses, dieser ist bei einem Brand im September 2001 zerstört worden, die Versicherung hat reguliert. Im Jahr 2012 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet, erst im Mai 2016 hat der Insolvenzverwalter das Fahrzeug bei der Straßenverkehrszulassungsbehörde abgemeldet.

Das FA begehrt KFZ-Steuer für die Zeit von Eröffnung des Verfahrens bis zur Abmeldung.

Freigabe von PKW

BFH, Urt. v. 21.3.2019 – III R 30/18, ZInsO 2019, 1669, mit Anm. de Weerth

Die nach Insolvenzeröffnung entstandene Kraftfahrzeugsteuer ist eine Masseverbindlichkeit i.S. von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, wenn das Fahrzeug, für denn Halten die Kraftfahrzeugsteuer geschuldet wird, Teil der Insolvenzmasse ist.

Ein Fahrzeug, das bereits vor Insolvenzeröffnung untergegangen ist, fällt nicht unter den Insolvenzbeschlag gemäß § 35 Abs. 1 InsO.

=> Hier keine KFZ-Steuer geschuldet.

Freigabe von PKW

- KFZ-Steuer entsteht tageweise, daher ist Entrichtungszeitraum vor und nach EÖ abzugrenzen.
- Bloße EÖ reicht aber nicht, damit Steuer Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs.2 InsO wird. Die Steuer muss der Masse auch zuzurechnen sein. Das ist spätestens mit Inbesitznahme durch den IV (§§ 148, 151 InsO) der Fall.
- Ob der Gegenstand wertlos ist, ist dabei unerheblich.

- **Durch Freigabe kann der IV sich der Steuerschuld für die Zukunft (!) entziehen**

- **Bis zur Wertermittlung KFZ ggf. stilllegen, damit keine weiteren Steuerforderungen anfallen und dann erst über Freigabe entscheiden**

Freigabe im Eröffnungsverfahren?

FK-InsO/Schmerbach, § 22 Rn. 58:

Einheitliche Geltung für »starken« und »schwachen« vorläufigen Verwalter. Ist ein Gegenstand für die Masse wertlos und besteht ein Aussonderungsrecht wie Eigentum, werde der vorläufige Verwalter den Gegenstand **herausgeben** bzw. der Herausgabe zustimmen, um Belastungen der Masse zu vermeiden (s. Rdn. 58).

Nicht zulässig sei dagegen die **Freigabe** einer selbständigen Tätigkeit des Schuldners **analog § 35 Abs. 2 InsO**.

Freigabe im Eröffnungsverfahren?

HambKomm-InsO/Schröder, § 22 Rn. 38:

Der starke vorläufige Verwalter sei wie der endgültige Verwalter auch zur **Freigabe** einzelner Vermögensgegenstände berechtigt, wenn dadurch das vorläufig verwaltete Vermögen entlastet wird, z.B. bei Altlastenproblematik. Hierbei sei für den vorläufigen Verwalter jedoch Zurückhaltung geboten.

Freigabe im Eröffnungsverfahren?

HK-InsO/Laroche, § 22 Rn. 9:

Das Recht zur Freigabe wertloser Vermögensgegenstände aus der verwalteten Masse sollte dem starken vorl. IV – ggf nach Zustimmung des InsGer – zugestanden werden, weil sein Auftrag ähnlich umfassend wie der des endgültigen IV nach § 80 Abs 1 ist (**aA** *Jaeger/Gerhardt* § 22 Rn 35 – Freigabe sei nur in Ausnahmefällen vom Sicherungszweck gedeckt).

Zustimmungsverfordernis des Insolvenzgerichts, soweit der vorl IV – insb durch Freigabe aus der (vorl) InsMasse oder Veräußerung erheblichen Anlagevermögens – seinen Aufgabenbereich iE verändert will.

=> Auch Einzelermächtigung zur Freigabe bei schwacher vorl. IV? Nicht nötig, da keine Masseverbindlichkeiten entstehen können

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO

Übt 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.

§ 295 Absatz 2 gilt entsprechend. (Anm.: Redaktionsversehen im Gesetzestext – Verweis auf Abs. 3 – geändert zum 26.06.2017 iRd Durchführungsgesetzes zur EuInsVO)

Auf Antrag des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, der Gläubigerversammlung ordnet das Insolvenzgericht die Unwirksamkeit der Erklärung an.

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO

- Die Freigabe ist gegenüber dem Schuldner zu erklären (empfangsbedürftige Willenserklärung, wie auch bei der Freigabe von Immobilien), daher Zustellung ratsam.
- Freigabeerklärung ist bedingungsfeindlich und unwiderruflich.
- § 35 Abs. 3 InsO: Die Erklärung des Insolvenzverwalters ist dem Gericht gegenüber anzuzeigen. Das Gericht hat die Erklärung und den Beschluss über ihre Unwirksamkeit öffentlich bekannt zu machen. **Keine Wirksamkeitsvoraussetzung!**
- Zur Haftungsvermeidung sollte die Freigabe dem Finanzamt sowie den Sozialversicherungsträgern ggf. auch Vertragspartner des Schuldners mitgeteilt werden.

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Wirkung

Beschränkung auf bestimmtes Tätigkeitsfeld, einen bestimmten Geschäftszweig oder ein bestimmtes Marktsegment möglich?

Wortlaut ist unklar: Ist „eine“ die Betonung einer bestimmten Tätigkeit? Oder Gattungsbeschreibung?

„ übt (…) eine selbstständige Tätigkeit aus oder beabsichtigt er, demnächst eine solche auszuüben (…) ob Ansprüche aus dieser Tätigkeit “

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Wirkung

Der Streit ist nicht entschieden:

Für umfassende Wirkung der Freigabe: *Berger*, ZInsO 2008, 1101, 1103; *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Auflage, § 35 Rz. 98 (aber jetzt einschränkend: „…jedenfalls dann nicht, wenn es sich nicht um verschiedene klar abgrenzbare selbstständige Tätigkeiten des Schuldners handelt.“)

a. A. *Haarmeyer* ZInsO 2007, 696, 698, der davon ausgeht, dass Gegenstand und Umfang der Freigabe der selbständigen Tätigkeit begrenzbar seien); unklar, aber wohl auch: *Nawroth/Steinbach*, ZInsO 2018, 700, 701 (ohne nähere Begründung)

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Wirkung

Formulierung der Freigabeerklärung:

In der Praxis angetroffen: „*Gemäß § 35 Abs. 2 InsO erkläre ich die Freigabe der selbständigen Tätigkeit als Geschäftsführer der X-GmbH*“

„*Gemäß § 35 Abs. 2 InsO erkläre ich die Freigabe der selbständigen Tätigkeit als als IT-Berater*“?

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Formulierung

Vorschlag: Eng am Wortlaut orientieren:

„Ich erkläre, dass Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit nicht zur Insolvenzmasse gehört und dass Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren nicht geltend gemacht werden können (Freigabe gemäß § 35 Abs. 2 InsO).“

(Vorteil: Klarheit: Beachte hierzu den Meinungsstreit *Gehrlein*, ZInsO 2016, 825 ff; 1238 ff. gegen *Schmidt*, ZInsO 2016, 1235 ff.)

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Wirkung

- Neugläubiger können ab der Freigabe in durch die selbstständige Tätigkeit erwirtschafteten Vermögenswerte des Schuldners als eigenständige Haftungsmasse zugreifen.

- Den Altgläubigern ist hingegen gem. § 89 InsO eine Vollstreckung in diese Vermögensgegenstände verwehrt (BGH, Beschl. v. 25.1.2018 – IX ZA 19/17, NZI 2018, 275, 276 Rz. 10).

- Nach **Zugang der Freigabeerklärung** gemäß § 35 Abs. 2 InsO an den Schuldner, ist der Insolvenzverwalter in Bezug auf die freigegebene Tätigkeit **nicht mehr Arbeitgeber** im beitragsrechtlichen Sinne (*SG München*, Teilurt. v. 21.3.2016 – S 15 R 582/14, BeckRS 2016, 67314).

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Wirkung

- Umsätze des Schuldners sind nicht mehr massebefangen und müssen vom Schuldner daher nicht abgeführt werden.

- **Freigabe erfasst auch betriebliche Dauerschuldverhältnisse** (Arbeits-, Miet-, Versorgungsverträge etc.).

- Die aufgrund der selbstständigen Tätigkeit nach der Wirksamkeit der Freigabe entstehenden **Neuverbindlichkeiten**

  - aus der selbstständigen Tätigkeit,
  - aber auch zur Deckung des Unterhalts

sind **allein aus dem Neuerwerb** zu befriedigen (*BGH*, Beschl. v. 25.1.2018 – IX ZA 19/17, NZI 2018, 275, 276 Rz. 10).

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Wirkung

- Begriff des Vermögens in § 35 Abs. 2 InsO meint nur Neuerwerb, nicht vorhandenes (Betriebs-)vermögen (Gehrlein, ZInsO 2016, 825, 827).

- Nicht von der Freigabe erfasst sind deshalb Werkzeuge, Maschinen etc. Diese sind aber vielfach bereits nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unpfändbar und deshalb nicht Teil der Insolvenzmasse.

(§ 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO: „Folgende Sachen sind der Pfändung nicht unterworfen: (…) bei Personen, die aus ihrer körperlichen oder geistigen Arbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen, die zur Fortsetzung dieser Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenstände“)

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Wirkung

Instruktiv zur Verdeutlichung der Freigabewirkungen ist *BFH*, Urt. V. 26.11.2014 – VII R 32/13, NZI 2015, 386:

1. Wird eine selbständige Tätigkeit gemäß § 35 II InsO aus dem Insolvenzbeschlag freigegeben, ist ein Einkommensteuererstattungs-anspruch, der auf Vorauszahlungen beruht, die erst nach der Freigabe festgesetzt und allein nach den zu erwartenden Einkünften aus der freigegebenen Tätigkeit berechnet sind, nicht iSd § 96 I Nr. 1 InsO der Insolvenzmasse geschuldet.

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.

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Wirkung

Problem im Fall ist, dass der Einkommensteuererstattungsanspruch keine betriebliche Einnahme und damit kein Vermögen aus selbständiger Tätigkeit ist, aber:

Freigabe erstreckt sich auf Gesamtheit von Gegenständen und Werten, die der freigegebenen Tätigkeit gewidmet sind bzw. auf dieser Tätigkeit beruhen, dh infolge der freigegebenen Tätigkeit entstehen oder vereinnahmt werden. Eine Zuordnung zum steuerlichen Betriebsvermögen ist zwar die Regel, aber nicht zwingend erforderlich (…).

Ausreichend ist, wenn die Vorauszahlungen nach der Freigabe aus Mitteln geleistet wurden, die zum freigegebenen Vermögen gehören. In diesem Fall muss auch ein etwaiger Erstattungsanspruch wieder in das freigegebene Vermögen gelangen (*BFH*, Urt. V. 26.11.2014 – VII R 32/13, NZI 2015, 386, 387 Rz. 18, 20).

Pr.: Ärztlicher Honoraranspruch

Eine Honorarforderung eines Zahnarztes gegen einen Privatpatienten gehört zum Vermögen des Schuldners, sobald die Leistung erbracht ist und ein Gebührentatbestand erfüllt ist.

Eine Honorarforderung eines Vertragszahnarztes gegen die Kassenzahnärztliche Vereinigung gehört mit Abschluss des Quartals, in dem der Vertragszahnarzt vertragszahnärztliche Leistungen erbracht hat, und der Vorlage der entsprechenden Abrechnung bei der Kassenzahnärztlichen Vereinigung zum Vermögen des Schuldners. Für die Zuordnung von Abschlagszahlungen der Kassenzahnärztlichen Vereinigung kommt es auf den Zeitpunkt ihrer Zahlung an (Anschluss an BSGE 118, 30 Rn. 34; teilweise Aufgabe von BGHZ 167, 363 Rn. 7).

BGH, Urt. v. 21. 2. 2019 – IX ZR 246/17, ZInsO 2019, 678

Pr.: Ärztlicher Honoraranspruch

Die Freigabe von Vermögen aus der selbständigen Tätigkeit erfasst Forderungen, die vor Wirksamwerden der Freigabeerklärung entstanden sind, auch dann nicht, wenn sie auf die bisherige selbständige Tätigkeit des Schuldners zurückgehen.

BGH, Urt. v. 21. 2. 2019 – IX ZR 246/17, ZInsO 2019, 678

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Wirkung

Aber: Gleichwohl hat die Erklärung der rückwirkenden Freigabe auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Rechtswirkungen!

Es handelt sich insoweit für die vergangenen Zeiträume nicht um Freigabe nach § 35 II InsO sondern um eine an keine zeitlichen Voraussetzungen geknüpfte **Einzelfreigabe für die bis dahin entstandenen Forderungen** (*BGH*, Beschl. v. 25.1.2018 – IX ZA 19/17, NZI 2018, 275, 276 Rz. 7; *BGH*, NZI 2013, 641 Rz. 9).

Beachte: Die Freigabe betrifft dann einzelne Vermögenswerte – Vertragsverhältnisse werden dadurch nicht rückwirkend freigegeben.

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Konvaleszenz

Rechtsprechung bis 06.06.2019:

Sicherungsrechte, die aus einer durch den Insolvenzverwalter freigegebenen selbstständigen Tätigkeit des Schuldners herrühren, insb. auch Vorausabtretungen erlangen in Folge Konvaleszenz ihre Wirksamkeit zurück (*BGH*, Urt. v. 18.4.2013 – IX ZR 165/12, ZInsO 2013, 1146 Rz. 24 ff.; *Gehrlein*, ZInsO 2016, 825, 827; kritisch: *Schmidt*, ZInsO 2016, 1235 f.)

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Konvaleszenz

Kritik an dieser Rechtsprechung (vgl. Pape, ZInsO 2019, 1613, 1614):

- Schuldner, insb. Ärzte, müssen sich vor Freigabe fürchten, wenn die Honorare schon vor Eröffnung des Verfahrens an eine Bank vorausabgetreten sind.
- Aufgrund des Wiederauflebens der Abtretung ist eine selbständige Tätigkeit faktisch nicht mehr möglich.
- Durch die Vorausabtretung fehlen die zur Fortführung der Praxis nötigen Mittel.
- Außerdem kann Schuldner seiner Abführungspflicht nach § 295 Abs. 2 InsO nicht nachkommen.

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Konvaleszenz

BGH hat Kritik aufgegriffen und Rechtsprechung geändert. Nunmehr gilt:

BGH, Urt. v. 6.6.2019 IX ZR 272/17, ZInsO 2019, 1414

Tritt ein als Kassenzahnarzt tätiger Schuldner vor Insolvenzeröffnung ihm zustehende künftige Forderungen gegen seine kassenzahnärztliche Vereinigung zur Sicherung ab und gibt der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung seine selbständige Tätigkeit frei, **so fallen diese Forderungen während der Dauer des Insolvenzverfahrens mangels eines wirksamen Erwerbs des Sicherungsnehmers in das frei gegebene Vermögen des Schuldners** (Aufgabe von BGH, Urteil vom 18.4.2013 – IX ZR 165/12, WM 2013, 1129).

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Konvaleszenz

Begründung der neuen Rechtsprechung:

1. Zulässigkeit der Abtretung:
2. Grundsätzlich kann ein Abtretungsverbot nach § 203 StGB § 134 BGB greifen, weil der Zedent iRd Abtretung nach § 402 BGB verpflichtet ist, zum Beweis der Forderung dienende Unterlagen, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern.
3. Das geht nicht ohne Verletzung der Schweigepflicht, weshalb die Nichtigkeitsfolge greift.
4. Diese greift nicht, wenn der Patient in die Weitergabe der Informationen eingewilligt hat
5. Die Nichtigkeitsfolge greift auch dann nicht, wenn Zedent und Zessionar (ggf. stillschweigend) § 402 BGB dauerhaft außer Kraft gesetzt haben. Dies ist insb. denkbar, wenn eine stille Zession mit Einziehungsbefugnis besteht

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Konvaleszenz

Die Einziehung der Forderung durch den Insolvenzverwalter ist zulässig. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten steht insoweit hinter dem Befriedigungsrecht der Gläubiger aus Art. 14 GG zurück (vgl. BGH 17.02.2005, ZInsO 2005, 436 Rn. 14 ff.; Pape ZInsO 2019, 1613, 1616)

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Konvaleszenz

Nach Freigabe oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens erhält Schuldner seine Verfügungsbefugnis über die Forderung zurück: die zunächst unwirksame Verfügung erstarkt entsprechend § 185 II S. 1 Fall 2 BGB. Die Abtretung ist wirksam.

⇒<u>Nunmehr aber (neu)</u>: § 91 InsO – Ausschluss sonstigen Rechtserwerbs – steht dem bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens entgegen.

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Konvaleszenz

Pr.: Was ist während der Wohlverhaltensphase?

Grundsätzlich greift Konvaleszenz, aber: § 294 InsO?

- (1) Zwangsvollstreckungen für einzelne Insolvenzgläubiger in das Vermögen des Schuldners sind in dem Zeitraum zwischen Beendigung des Insolvenzverfahrens und dem Ende der Abtretungsfrist nicht zulässig.
- (2) Jedes Abkommen des Schuldners oder anderer Personen mit einzelnen Insolvenzgläubigern, durch das diesen ein Sondervorteil verschafft wird, ist nichtig.
- (3) Eine Aufrechnung gegen die Forderung auf die Bezüge, die von der Abtretungserklärung erfasst werden, ist nicht zulässig.
- Konsequent, die Rspr. Hierauf zu erstrecken (Pape, ZInsO 2019, 1613, 1618; vgl. auch Leithaus, NZI 2019, 745 ff.)

Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO - Konvaleszenz

Ist Aufleben der Sicherungsrechte Widerspruch zum Verfahrensziel der Restschuldbefreiung?

⇒ Aber: Nach erteilter RSB dürfte die Vorausabtretung nicht mehr durchsetzbar sein

So Gehrlein, ZInsO 2016, 825, 829: Arg: Zugriff auf die im Voraus abgetretene Forderung scheidet aus, 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.**

Wann erfolgt die Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO?

Prognoseentscheidung des Verwalters.

Wesentliche Prognosekriterien:

- Haftungsrisiken im Hinblick auf potentielle Masseverbindlichkeiten.
- Umsatz-/Gewinnerwartung.
- Art der Tätigkeit: Personenbezogene Erlaubnispflicht? Spezielles Knowhow erforderlich?

Wann erfolgt die Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO?

Risiken der Prognoseentscheidung:

- <u>Keine Freigabe:</u>

  Risiko, dass der Schuldner Verluste erwirtschaftet. Diese wären dann aus der Masse zu regulieren.

- <u>Freigabe wird erteilt:</u>

  Risiko, dass der Schuldner überdurchschnittlich hohe Umsätze/Gewinne erzielt. Diese stehen nach erfolgter Freigabe nicht mehr der Masse zu. Stattdessen muss der Schuldner nur Zahlungen nach dem Maßstab des § 295 II InsO an die Masse leisten.

In beiden Fällen Haftung nach § 60 InsO denkbar.

Freigabe von pfändungsfreien Gegenständen?

Pr.: Der Schuldner ist selbständiger Taxiunternehmer und betreibt das Gewerbe mit einem eigenen Taxi. Die selbständige Tätigkeit wurde freigeben.

Das Taxi ist nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unpfändbar.

„Folgende Sachen sind der Pfändung nicht unterworfen: (…)

bei Personen, die aus ihrer körperlichen oder geistigen Arbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen, die zur Fortsetzung dieser Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenstände; “

Freigabe von pfändungsfreien Gegenständen?

- ⇒ Wird die selbständige Tätigkeit eingestellt, entfällt der Pfändungsschutz. Das Taxi gehört zur Masse (Gehrlein, ZInsO 2016, 825; Wipperfürth, ZInsO 2019.977,984, 989).

- ⇒ Pr.: Was geschieht bei Verkauf des Taxis im laufenden Geschäftsbetrieb (z.B. Inzahlungnahme bei Kauf eines neuen Taxis?)

- ⇒ => Pfändungsschutz setzt sich nicht am Surrogat fort. Verkaufserlös fällt in die Masse! (Bei Zweitverfahren in die erste Masse!)

Abschließender Literaturtipp:

Wipperfürth, La liberté de choisir: Freigabe, Freigabe oder Freigabe?!, ZInsO 2019, 977 ff