

5 Schriften zum Zivilverfahrensrecht
und Insolvenzrecht

Herausgegeben von Martin Ahrens

Steffen Gotter

Die selbstständige Tätigkeit
im Insolvenzverfahren
und die Negativerklärung
gemäß § 35 II 1 InsO

Einführung

In den vergangenen Jahren rief eine insolvenzrechtliche Norm immer wieder juristische Diskurse hervor: § 35 II InsO. Der Gesetzgeber hat mit ihr auf die erheblichen Probleme der Insolvenzpraxis im Umgang mit einer selbstständigen Tätigkeit des Schuldners im laufenden Insolvenzverfahren reagiert. Der Sammelbegriff „selbstständige Tätigkeit“ umfasst dabei jede nachhaltig auf Erwerb abzielende Tätigkeit in nicht abhängiger Stellung, das heißt gewerbliche, freiberufliche, künstlerische und landwirtschaftliche Unternehmungen.¹ Sie sind in der Insolvenzpraxis keine Seltenheit, dennoch enthielt die Insolvenzordnung lange Zeit kaum zugehörige Regelungen. Infolgedessen entwickelte sich die selbstständige Tätigkeit zu einem Streitfall für Literatur und Rechtsprechung. Eine Vielfalt kaum noch zu überblickender Meinungen und Ansichten füllte die Lücke, die einer gesetzlichen Ausgestaltung bedurfte hätte. Erst im Jahre 2007 hat sich der Gesetzgeber dieser vielfach beklagten² Regelungslücke angenommen und sie mit dem in der vorliegenden Arbeit unter anderem zu untersuchenden § 35 II InsO ausgefüllt.

A. Problemaufriss

Anerkanntermaßen verliert der selbstständig tätige Schuldner mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens weder seine berufliche Qualifikation noch seine Geschäftsfähigkeit.³ Zudem kann dem Schuldner infolge der Verweisung des § 36 I 1 InsO auf § 811 I Nr. 5 und Nr. 7 ZPO auch im Insolvenzverfahren ein beträchtlicher Vermögensteil verbleiben. Als Folge dieser rechtlichen Rahmenbedingungen ist es dem Schuldner – auch im Hinblick auf Art. 12 GG – möglich, trotz eines laufenden Insolvenzverfahrens weiterhin einer selbstständigen Tätigkeit nachzugehen.

Ist der Schuldner aber trotz eines laufenden Insolvenzverfahrens selbstständig tätig, stellen sich vor allem drei elementare Fragen: Wie ist mit den erwirtschafteten Erträgen des Schuldners aus der selbstständigen Tätigkeit umzugehen, an

1 MünchKomm/*Ganter/Lohmann* § 3 Rn. 7; MünchKomm/*Ott/Vuia* § 304 Rn. 52 f.; siehe auch BT-Drs. 12/2443, 110 (zu § 3 RegE-InsO).

2 Siehe nur *Andres/Pape* NZI 2005, 141 (147): „Die derzeitige Situation ist ... auf Grund der rechtlichen und tatsächlichen Probleme unhaltbar“; *Grote/Pape* ZInsO 2004, 993 (996): „kaum lösbar[e] Fragen“; *Jaeger/Henckel* InsO § 35 Rn. 126 f.; *Tetzlaff* ZInsO 2005, 393 (395).

3 Siehe nur *Windel* AP 2009 § 35 InsO Nr. 1, Blatt 838 (839).

wen können sich Neugläubiger zur Befriedigung ihrer Forderungen wenden und was geschieht mit unternehmensbezogenen Alt-Verträgen, die schon vor Verfahrenseröffnung bestanden haben? Zudem kann es geschehen, dass sich der Schuldner in Ausübung seiner selbstständigen Tätigkeit neu verschuldet, was die Frage aufwirft, inwieweit seinen neuen Gläubigern die Möglichkeit eines zweiten Insolvenzverfahrens gegeben ist.

Diese eben aufgezeigten Fragen waren bis zum Jahre 2007 größtenteils noch nicht geklärt. Das führte schließlich auch dazu, dass der Gesetzgeber mit § 35 II InsO die selbstständige Tätigkeit im Insolvenzverfahren erstmals auf eine gesetzliche Grundlage gestellt hat. Gemäß § 35 II 1 InsO hat der Insolvenzverwalter zu erklären, *ob* das Vermögen des Schuldners aus der selbstständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und *ob* Ansprüche aus dieser Tätigkeit im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Erklärt der Verwalter, Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit gehöre zur Insolvenzmasse und Ansprüche hieraus könnten im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden, so spricht man von einer *Positiverklärung*.⁴ Das Gegenstück hierzu ist die sogenannte *Negativerklärung*.⁵ Mit ihr erklärt der Verwalter, dass Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit nicht zur Insolvenzmasse gehört und Ansprüche aus dieser Tätigkeit nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Die selbstständige Tätigkeit des Schuldners wird mit dieser Erklärung vom eigentlichen Insolvenzverfahren also gleichsam abgekoppelt. Diese Abkoppelung soll ausweislich der Materialien „den Schuldner zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit [...] motivieren und zugleich eine Gefährdung der Masse [...] verhindern.“⁶

B. Untersuchungsziel

§ 35 II InsO und die darin angelegte Möglichkeit für den Verwalter, eine Negativerklärung abzugeben, wurden geschaffen, um Rechtsfragen im Zusammenhang mit der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners während des Insolvenzverfahrens zu klären. Besieht man sich jedoch den Diskurs, den die Norm in Literatur und Rechtsprechung ausgelöst hat, möchte man meinen, dass der Gesetzgeber mit seinem Anliegen gescheitert ist. Denn obwohl bezüglich der selbstständigen Tätigkeit nunmehr eine gesetzliche Regelung vorliegt, bestehen viele alte Fragen, wengleich durch § 35 II InsO modifiziert und erweitert, im Falle einer Negativerklärung nach wie vor fort.

4 M. Ahrens NZI 2007, 622 (623).

5 M. Ahrens NZI 2007, 622 (623).

6 BT-Drs. 16/3227, 11 unter 5.

Das liegt zum einen daran, dass schon die Reichweite der Negativerklärung uneinheitlich beurteilt wird, sodass bereits unklar ist, welches Vermögen des Schuldners nach der Negativerklärung nicht mehr zur Masse gehört und von welchen Ansprüchen die Masse freigestellt wird. Dies hat seine Ursache darin, dass der Wortlaut des § 35 II 1 InsO offen für verschiedene Interpretationen ist und auch der mit dieser Norm verfolgte Regelungszweck unterschiedlich bewertet wird.

Doch ist nicht nur die eigentliche Reichweite der Negativerklärung in dieser Arbeit zu untersuchen; der Negativerklärung folgt nämlich eine Vielzahl weiterer Rechtsfragen. Diese ergeben sich daraus, dass der Gesetzgeber in § 35 II 2 InsO und § 35 II 3 InsO für den Fall der Negativerklärung Anordnungen getroffen hat, die in ihren Rechtswirkungen nur sehr allgemein umschrieben sind. § 35 II 2 InsO etwa verweist auf die entsprechende Geltung des § 295 II InsO, sodass infolge der Negativerklärung dem Schuldner – ähnlich der Wohlverhaltensphase – ein Zahlungsgebot an die Masse auferlegt wird. Mit der Anordnung einer „entsprechenden“ Anwendung des § 295 II InsO hat der Gesetzgeber aber letzten Endes die Konkretisierung dessen, was der Schuldner wann an die Masse zu zahlen hat, an Rechtsprechung und Literatur weitergegeben.

Besonders augenfällig wird die nur allgemeine Umschreibung der Rechtsfolgen durch den Gesetzgeber in § 35 II 3 InsO: Dort heißt es lediglich, das Insolvenzgericht könne auf Antrag der dort benannten Gläubigerorgane die „Unwirksamkeit“ der (Negativ-)Erklärung anordnen. Dabei hat der Gesetzgeber aber weder geregelt, innerhalb welches Zeitrahmens dies geschehen kann, noch vorgegeben, welche Rechtsfolgen eine Unwirksamkeitserklärung überhaupt hat.

Schließlich sind mit der Möglichkeit des Verwalters, Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit an den Schuldner freizugeben, insbesondere zwei alte Fragen weiterhin klärungsbedürftig: zum einen die Frage, inwieweit der Schuldner mit diesem Vermögen unternehmensbezogene Alt-Verträge fortsetzen kann, die er bereits vor dem Verfahren abgeschlossen hat und auf die er für seine Tätigkeit angewiesen ist; und zum zweiten die Frage, ob für den Fall einer erneuten Zahlungsunfähigkeit des Schuldners parallel zu dem bereits laufenden Insolvenzverfahren ein weiteres Verfahren eingeleitet werden kann, und zwar über das freigegebene Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit.

Infolge dieser eben skizzierten Fragen und Probleme verwundert es auch nicht, wenn mit Blick auf § 35 II InsO von „Spekulationen in vermintem Terrain“⁷ oder von einem „dornenvollen Anfang“⁸ die Rede ist. Das wissenschaftliche Ziel

7 Zipperer ZVI 2008, 47 (48).

8 Häsemeyer Insolvenzrecht Rn. 9.27a.

dieser Arbeit besteht deshalb darin, sich den aufgezeigten Fragen und Problemen zuzuwenden und § 35 II InsO, um im Bilde zu bleiben, die Dornen zu nehmen.

C. Gang der Darstellung

Bevor sich die Untersuchung im Einzelnen § 35 II InsO zuwendet, wird im **Ersten Teil** zunächst einleitend und orientierend näher aufgezeigt, welche Fragen eine selbstständige Tätigkeit im Insolvenzverfahren vor Einführung des § 35 II InsO aufgeworfen hat und wie man in Literatur und Rechtsprechung diese Fragen beantwortete. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Neuregelung von § 35 InsO einordnen.

Nach diesem historischen Abriss orientiert sich der Gang der Darstellung für die Teile zwei bis fünf unmittelbar an § 35 II InsO und dessen Einzelregelungen (Sätze eins bis drei). So richtet sich im **Zweiten** und **Dritten Teil** der Fokus zunächst auf § 35 II 1 InsO und die unmittelbaren Wirkungen der Negativerklärung, das heißt der Erklärung, dass Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit nicht zur Insolvenzmasse gehört und Ansprüche aus dieser Tätigkeit nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Dabei geht es zum einen um die gegenständliche Reichweite der Erklärung, zum anderen um die zeitliche. Anschließend wird im **Vierten Teil** Fragen nachgegangen, die mit der Verweisung des § 35 II 2 InsO auf § 295 II InsO zusammenhängen. Im **Fünften Teil** geht es alsdann darum, welche Rechtsfolgen es nach sich zieht, wenn das Insolvenzgericht die Negativerklärung gemäß § 35 II 3 InsO für unwirksam erklärt.

Die **Teile Sechs und Sieben** widmen sich im Anschluss der bereits vor Einführung des § 35 II InsO bestehenden und im historischen Abriss näher dargestellten Problematik, wie für die Tätigkeit des Schuldners relevante Alt-Verträge zu behandeln sind, die dieser bereits vor Verfahrenseröffnung abgeschlossen hat und für die grundsätzlich §§ 103 ff. InsO gelten würden. Dabei soll auch geklärt werden, inwieweit sich die Neuregelung des § 35 II InsO auf diesen Themenkomplex auswirkt.

Im **Achten Teil** schließlich stehen „Parallelverfahren“ im Mittelpunkt des Interesses, das heißt Insolvenzverfahren, die parallel zu einem bereits laufenden Verfahren eröffnet werden. Denn diese sind als Folge der Negativerklärung und der damit verbundenen Schaffung einer insolvenzfreien Vermögensmasse denkbar.

All die gefundenen Ergebnisse werden anschließend in der **Schlussbetrachtung** noch einmal zu einem Gesamtbild zusammengeführt.