

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

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XIII
Einführung	1
A. Problemaufriss	1
B. Untersuchungsziel	2
C. Gang der Darstellung	4
Erster Teil: Der historische Hintergrund des § 35 II InsO	5
A. Neuerwerb und Neuverbindlichkeiten	5
I. Nettovermögenstheorie	5
II. Masseverbindlichkeiten	6
1. Stimmen der Literatur.....	7
2. Die herrschende Meinung.....	7
3. Die obergerichtliche Rechtsprechung.....	8
4. Kritik an der Rechtsprechung.....	9
III. Freigabe des Neuerwerbs.....	10
B. Bei Verfahrenseröffnung bestehende Alt-Verträge.....	11
I. Dauerschuldverhältnisse im Sinne des § 108 I 1 InsO.....	11
II. Verträge im Sinne des § 103 InsO	13
C. Ruf nach dem Gesetzgeber	14
Zweiter Teil: Die Negativerklärung und ihre Reichweite	15
A. Meinungsstand.....	16
I. Weite Auslegung	16
II. Enge Auslegung.....	18
III. Vermittelnde Auslegung	19
IV. Sonderproblem Alt-Verträge.....	20
1. Alt-Verträge im Sinne des § 103 I InsO	20
2. Alt-Verträge im Sinne des § 108 I 1 InsO.....	21
B. Stellungnahme.....	21
I. Der Wortlaut des § 35 II 1 InsO.....	22
1. Die Präposition „aus“	22
2. Verträge als „Vermögen“?.....	23
II. Historisch-teleologische Auslegung.....	24

III. Systematische Auslegung.....	26
1. Die Negativerklärung als „Freigabe“ des Unternehmens en bloc	26
a) Entscheidungsprärogative der Insolvenzgläubiger.....	26
b) Folgerung für § 35 II 1 InsO.....	28
2. Die Negativerklärung als „Freigabe“ der Alt-Verträge	31
a) Der hinkende Vergleich mit § 109 I 2 InsO	31
b) Perpetuierung versus Sanierung.....	32
IV. Ergebnis.....	35
C. Vertiefung: Neuerwerb aus der selbstständigen Tätigkeit.....	36
I. Vermögen, das der selbstständigen Tätigkeit „gewidmet“ ist.....	36
1. Widmungsbefugnis	36
2. Mischnutzung	37
II. Neuerwerb aus unerfüllten insolvenzfremden Alt-Verträgen.....	38
III. Neuerwerb aus der Verwertung von Alt-Umlaufvermögen	39
D. Zusammenfassung.....	42

Dritter Teil: Die zeitliche Dimension der Negativerklärung

A. Meinungsstand.....	43
B. Stellungnahme.....	46
I. Die Materialien	46
II. Keine Masseverbindlichkeiten aus der selbstständigen Tätigkeit	47
1. § 55 I Nr. 1 Alt. 1 InsO: Duldung der selbstständigen Tätigkeit	48
2. Duldungs- und Anscheinsvollmacht	49
3. Schweigen als Positiverklärung.....	50
III. Ergebnis.....	51

Vierter Teil: Die „entsprechende“ Anwendung des

§ 295 II InsO	53
A. Pflicht oder Obliegenheit.....	53
I. Meinungsstand.....	54
II. Stellungnahme.....	55
B. Die abstrakte Höhe der Zahlungen	56
I. Meinungsstand.....	56
II. Stellungnahme.....	57
C. Die konkrete Höhe der Zahlungen.....	59
I. Meinungsstand.....	59
II. Stellungnahme.....	61
1. Bestimmungspflicht des Verwalters.....	61

2.	Prozessuale Möglichkeiten für den Verwalter	62
a)	Beweiserleichterung gemäß § 287 II ZPO	62
b)	Stufenklage.....	63
c)	Feststellungsklage des Verwalters.....	64
3.	Feststellungsklage des Schuldners	65
D.	Fälligkeit der Zahlungen.....	66
I.	Meinungsstand.....	66
1.	„Quasi-Fälligkeit“ in der Wohlverhaltensphase.....	66
2.	Fälligkeit im Insolvenzverfahren	68
II.	Stellungnahme.....	69
1.	Monatliche Zahlungen.....	70
2.	Fälligkeit bei entschuldigten Rückständen	71
E.	Die Zahlungspflicht und der Schlusstermin	73
I.	Die Zahlungen des Schuldners und „laufendes Einkommen“	73
II.	Zahlungsrückstände und der Schlusstermin	74
F.	Dauer der Abfuhrpflicht	75
I.	Beginn der Abfuhrpflicht	76
II.	Ende der Abfuhrpflicht.....	76
G.	Vollstreckungsschutz gegen Zugriffe der Neugläubiger	76
I.	Vorrang der Masse.....	78
1.	Kein Vorrang der Insolvenzgläubiger in der Wohlverhaltensphase	78
2.	Vorrang der Insolvenzgläubiger im Insolvenzverfahren	79
II.	Pfändungsschutz für den Schuldner	80
1.	Pfändungsschutz gemäß § 811 I Nr. 5 und Nr. 7 ZPO.....	80
2.	Pfändungsschutz gemäß §§ 850i I, 850f I lit. b ZPO	80
III.	Vollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe für den Verwalter.....	81
1.	Zulässigkeit von Sicherungsübereignung und Sicherungszession	82
2.	Einzelheiten	83
a)	Die Sicherungsabrede.....	83
aa)	Bewegungsfreiheit des Schuldners	83
bb)	Sicherungsfähiger Anspruch.....	84
cc)	Bestimmtheit.....	84
(1)	Sicherungszession.....	84
(2)	Sicherungsübereignung	85
dd)	Zwischenergebnis	86
b)	Verwertungsreife.....	86
H.	Die Zahlungspflicht und § 290 I Nr. 5 InsO.....	87
I.	Zusammenfassung.....	88

Fünfter Teil: Die Unwirksamkeit der Negativerklärung	91
A. Meinungsstand.....	91
I. Unwirksamkeit ex nunc.....	91
II. Unwirksamkeit ex tunc.....	93
B. Stellungnahme.....	94
I. Die dogmatische Grundlage der bisherigen Auffassungen.....	94
II. Rechtsfolgen der gebundenen Positiverklärung.....	94
1. Der Wortlaut des § 35 II 1 InsO.....	94
2. Teleologische Betrachtungen.....	95
3. Zwischenergebnis.....	96
III. Folgefragen.....	96
1. Noch nicht (vollständig) erfüllte Verträge.....	97
2. Rückabwicklungen.....	98
3. Anfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO analog.....	99
a) Allgemeine Voraussetzungen für eine Analogie.....	99
aa) Planwidrige Regelungslücke.....	99
bb) Vergleichbare Interessenlage.....	100
(1) Vergleichbarkeit der gebundenen Positiverklärung mit einer Verfahrenseröffnung.....	100
(2) Ziele des Anfechtungsrechts.....	100
(a) Gläubigergleichbehandlung.....	101
(b) Vermögensverschiebungen.....	102
b) Die Tatbestände der §§ 130 ff. InsO.....	102
aa) Die Anfechtungstatbestände der §§ 130 – 132 InsO.....	102
(1) Analogie zu § 132 InsO.....	102
(2) Analogie zu §§ 130, 131 InsO.....	103
bb) Die allgemeine Anfechtung gemäß §§ 133, 134 InsO.....	104
(1) Analogie zu § 133 InsO.....	104
(2) Analogie zu § 134 InsO.....	105
C. Zusammenfassende Würdigung.....	105
 Sechster Teil: Alt-Verträge im Sinne des § 108 I 1 InsO	 107
A. Allgemeines.....	107
B. Bisherige Lösungsvorschläge.....	109
I. § 109 I 2 InsO analog.....	109
1. Hintergrund des § 109 I 2 InsO.....	110
2. Unterschiede zwischen Wohnraum und beruflich genutzten Dauerschuldverhältnissen.....	110
II. „Relative Kündigung“.....	111

III. Analoge Anwendung des § 613a BGB	111
1. Eingeschränkte Anwendbarkeit.....	112
2. Fehlende Unterscheidung zwischen Produktions- und Dienstleistungsbetrieben	113
3. Miet- und Pachtverträge.....	114
C. Eigener Lösungsvorschlag	116
I. Das Ausgleichsmodell	117
1. Die §§ 35 II 2, 295 II InsO als Grundlage für einen Ausgleich.....	117
2. Ausgleichsanspruch gegen den Schuldner	118
II. Das Freigabemodell.....	118
1. Freigabe des Unternehmens	119
a) Bestimmtheit der Freigabe	119
aa) „Unternehmen“ als Sammelbegriff.....	120
bb) Die Grundsätze eines Raumsicherungsvertrags.....	120
b) Erforderliche Zustimmungen	121
aa) Zustimmung des Schuldners.....	121
bb) Zustimmung der Insolvenzgläubiger	122
2. Übergang der vertraglichen Rechte und Pflichten	122
a) Interessen des Vertragspartners.....	123
b) Kein systematischer Bruch mit § 109 I 2, 3 Alt. 2 InsO	125
D. Zusammenfassung.....	126

Siebter Teil: Alt-Verträge im Sinne des § 103 InsO

A. Verwalter wählt Erfüllung	130
B. Verwalter lehnt Erfüllung ab.....	131
I. Recht des Schuldners zur Vertragsdurchführung auf eigene Rechnung.....	132
1. Meinungsstand.....	133
2. Stellungnahme.....	133
II. Die Leistung des Vertragspartners	135
1. Die Gegenleistung als „Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit“	136
2. Anspruch des Schuldners auf Freigabe seines Anspruchs	137
3. Reichweite der Freigabe – oder: das Problem der Teilleistung.....	138
III. Sonderproblem Mietverträge.....	140

Achter Teil: Parallelverfahren.....

A. Antrags- und Teilnahmebefugnis.....	144
I. Neugläubiger	144
1. Neugläubiger aus beruflich veranlassten Schuldverhältnissen.....	144

2.	Neugläubiger aus privaten Geschäften	145
II.	Altgläubiger aus dem Erstverfahren.....	146
1.	Die Konkursordnung und das Parallelverfahren.....	146
2.	Stellungnahme.....	148
a)	Das Erstverfahren ist noch im Gange	148
b)	Das Erstverfahren ist ohne Restschuldbefreiung beendet.....	149
III.	Ergebnis.....	150
B.	Zulässigkeit des Eröffnungsantrags.....	150
I.	Fremdantrag	150
1.	Meinungsstand.....	150
a)	Die „Dresdner“ Auffassung.....	150
b)	Die herrschende Meinung.....	152
2.	Stellungnahme.....	153
3.	Zwischenergebnis	155
II.	Eigenantrag.....	155
C.	Die Masse des Parallelverfahrens	156
I.	Die Abführpflicht gemäß §§ 35 II 2, 295 II InsO	157
1.	Abgesonderte Befriedigung § 51 Nr. 1 InsO	158
2.	Masseverbindlichkeit	158
3.	Der lakonische Hinweis des Bundesgerichtshofs	160
II.	Unwirksamkeitsbeschluss gemäß § 35 II 3 InsO im Erstverfahren	161
D.	Restschuldbefreiung	163
I.	Parallelverfahren als Sonderinsolvenz?	163
II.	Kein (zulässiger) Antrag auf Restschuldbefreiung im Erstverfahren	165
1.	Die restriktive Rechtsprechung.....	165
2.	Stellungnahme.....	167
3.	Ergebnis.....	169
III.	Beantragte Restschuldbefreiung im Erstverfahren	169
1.	Versagung der Restschuldbefreiung gemäß § 290 I InsO	171
2.	Antragsrücknahme im Erstverfahren	173
a)	Zulässigkeit der Antragsrücknahme	173
b)	Nutzanwendung der gefundenen Ergebnisse auf Parallelverfahren nach einer Negativerklärung.....	177
3.	Ergebnis.....	178
E.	Zusammenfassung des Achten Teils	178
	Schlussbetrachtung	181