BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 75/11

Verkündet am:
9. Februar 2012
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO § 35 Abs. 2 Satz 1

Gibt der Insolvenzverwalter das Vermögen des Schuldners aus einer selbständigen Tätigkeit frei, können auf die selbständige Tätigkeit bezogene vertragliche Ansprüche von Gläubigern, die nach dem Zugang der Erklärung beim Schuldner entstehen, nur gegen den Schuldner und nicht gegen die Masse verfolgt werden.

InsO § 61 Abs. 1 Satz 1

Versäumt der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung die Kündigung eines von dem Schuldner begründeten Dauerschuldverhältnisses, trifft ihn eine Schadensersatzpflicht nur für solche Verbindlichkeiten, die nach dem Zeitpunkt entstehen, zu dem bei einer frühestmöglichen Kündigungserklärung der Vertrag geendet hätte.

BGH, Urteil vom 9. Februar 2012 - IX ZR 75/11 - OLG Dresden
LG Leipzig

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 4. Mai 2011 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig vom 23. Juni 2010 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittel fallen der Klägerin zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte zu 1 ist Verwalter in dem über das Vermögen des K. (nachfolgend: Schuldner) am 20. Januar 2009 eröffneten Insolvenzverfahren.

2 Die Klägerin vermietete dem Schuldner durch Vertrag vom 5./9. März 1998 für eine Miete in Höhe von zuletzt 420,07 € in L. gelegene Räumlichkeiten, in denen der Schuldner eine Autoreparaturwerkstatt betreibt. Am 19. Februar 2009 gab der Beklagte zu 1 durch Erklärung gegenüber dem Schuldner

das Vermögen aus dessen freiberuflicher Tätigkeit frei. Von dieser Maßnahme setzte der Beklagte zu 1 das Insolvenzgericht mit Schreiben vom 27. Februar 2009 in Kenntnis.

3 Nachdem die Klägerin wegen rückständiger Miete am 24. September 2009 einen Mahnbescheid gegen den Schuldner erwirkt hatte, unterrichtete sie der Beklagte zu 1 am 8. Oktober 2009 über das gegen den Schuldner eröffnete Insolvenzverfahren. Mit Rücksicht auf die von der Klägerin als Masseverbindlichkeit beanspruchte laufende Miete kündigte der Beklagte zu 1 das Mietverhältnis durch Schreiben vom 16. Oktober 2009 ordentlich sowie hilfsweise außerordentlich. Der Beklagte zu 1 zeigte am 24. Februar 2010 Masseunzulänglichkeit an.

4 Die Klägerin, nach deren Auffassung das Mietverhältnis infolge der Kündigung des Beklagten zu 1 zum 30. Juni 2010 endete, begehrt gegenüber dem Beklagten zu 1 als Insolvenzverwalter die Feststellung der laufenden Miete vom 20. Januar 2009 bis zum 24. Februar 2010 in Höhe von 5.563,38 € als Masseverbindlichkeit sowie die Zahlung der laufenden Miete vom 25. Februar 2010 bis zum 30. Juni 2010 in Höhe von 1.740,28 € als Neumasseverbindlichkeit. Ferner nimmt sie den Beklagten zu 2 persönlich im Wege des Schadensersatzes auf Zahlung der offenen Miete über insgesamt 7.303,73 € in Anspruch.

5 Das Landgericht hat der Klage lediglich dahin stattgegeben, dass der Beklagte zu 1 verpflichtet ist, die Miete für den Zeitraum vom 20. Januar 2009 bis einschließlich 19. Februar 2009 in Höhe von 447,54 € als Altmasseverbindlichkeit gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO festzustellen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht festgestellt, dass der Beklagte zu 1 verpflichtet ist, an die Klägerin 5.563,38 € zu zahlen, ferner hat es den Beklagten zu 1 ver-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

urteilt, an die Klägerin die laufende Miete für den Zeitraum vom 25. Februar 2010 bis 30. Juni 2010 in Höhe von 1.740,28 € als Neumasseverbindlichkeit zu bezahlen. Den Beklagten zu 2 hat es verurteilt, an die Klägerin 2.470,72 € zu bezahlen. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihr Begehren auf Zurückweisung der Berufung der Klägerin weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet und führt zur Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

I.

7 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, zwar fehle für eine Zahlungsklage, die auf die Begleichung von Neumasseverbindlichkeiten gerichtet sei, das Rechtsschutzbedürfnis, wenn eine die Verfahrenskosten deckende Masse nicht vorhanden sei. Diese Feststellung könne vorliegend aber nicht mit der erforderlichen Sicherheit getroffen werden.

8 In der Sache meint das Berufungsgericht, die Negativerklärung gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO führe nicht dazu, dass Verbindlichkeiten aus einem bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Mietverhältnis für die Zeit nach der Freigabe ohne die Notwendigkeit einer Kündigung ihren Charakter als Masseverbindlichkeiten verlören. Zu dem Vermögen, das aus der Insolvenzmasse ausscheide, gehöre nach dem Wortlaut des § 35 Abs. 2 Satz 1

InsO lediglich dasjenige Vermögen, das der Schuldner nach Verfahrenseröffnung aufgrund seiner selbständigen Tätigkeit erwerbe. Die Erklärung sei nach ihrem Wortlaut und Regelungszusammenhang nur auf die Zuordnung des Neuerwerbs des Schuldners zu beziehen, gebiete indessen nicht die Herauslösung des vollständigen, der selbständigen Tätigkeit des Schuldners gewidmeten Vermögens. Die Vorschrift des § 35 Abs. 2 InsO wolle verhindern, dass die von dem Schuldner für den Neuerwerb begründeten Verbindlichkeiten aus der Insolvenzmasse zu begleichen seien. Von dieser Zielsetzung sei dagegen nicht die Zuordnung des gesamten der Erwerbstätigkeit gewidmeten Schuldnervermögens gedeckt. Sinn und Zweck der Regelung rechtfertigten nicht, die Insolvenzmasse unabhängig von den Bestimmungen der §§ 108 f InsO von der Haftung für Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen freizustellen. Der Erklärung gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO könne nicht die Wirkung einer Erklärung nach § 109 Abs. 1 InsO zugesprochen werden, weil Empfänger dieser Erklärung der Vermieter sei, der sich auf die Beendigung des Mietverhältnisses einstellen könne. Vor diesem Hintergrund verbleibe es für den Zeitraum vom 20. Januar 2009 bis zum 30. Juni 2010 bei einer Verpflichtung der Masse.

9 Der Anspruch gegen den Beklagten zu 2 auf Zahlung von 2.470,72 € ergebe sich aus § 61 InsO. Der Beklagte zu 2 habe eine Masseverbindlichkeit begründet, weil er es unterlassen habe, von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO Gebrauch zu machen. Da eine Kündigung frühestens zum 30. April 2009 möglich gewesen sei, erstrecke sich die Schadensersatzpflicht auf die danach bis zum Wirksamwerden der ordentlichen Kündigung am 30. Juni 2010 entstandenen Mietzahlungsansprüche.

II.

10 Der rechtlichen Würdigung des Berufungsgerichts kann in der Sache nicht beigetreten werden. Der Klägerin stehen gegen den Beklagten zu 1 aufgrund der von ihm gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO abgegebenen Freigabeerklärung lediglich die von dem Landgericht bis zur Erteilung dieser Erklärung am 19. Februar 2009 zuerkannten Mietforderungen als Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, § 108 Abs. 1 Satz 1, § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO) zu. Für einen wegen der Nichterfüllung einer Masseverbindlichkeit auf § 61 InsO gestützten Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2 ist kein Raum.

11 1. Der von der Klägerin gegen den Beklagten zu 1 verfolgte Zahlungsantrag für die Miete vom 25. Februar 2010 bis 30. Juni 2010 als Neumasseverbindlichkeit ist entgegen der Auffassung der Revision zulässig.

12 Nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit ist die Leistungsklage eines Neumassegläubigers (§ 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO) gegen den Insolvenzverwalter unzulässig, wenn er aus der freien Masse nicht befriedigt werden kann, ohne dass daneben die Kosten des Insolvenzverfahrens gedeckt sind (BGH, Urteil vom 13. April 2006 - IX ZR 22/05, BGHZ 167, 178 Rn. 25 ff). Das Berufungsgericht vermochte auf der Grundlage des Beklagtenvorbringens nicht festzustellen, dass eine die Verfahrenskosten deckende Masse nicht vorhanden ist. Diese tatbestandliche Feststellung (§ 314 ZPO) ist mangels eines von dem Beklagten zu 1 gestellten Tatbestandsberichtigungsantrags für das Revisionsverfahren bindend (BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 - IX ZR 206/08, WM 2010, 136 Rn. 11).

13 2. Die Klägerin kann nach Abgabe der Erklärung gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO durch den Beklagten zu 1 die gegen den Schuldner im Zeitraum vom 20. Februar 2009 bis 30. Juni 2010 begründeten Mietforderungen nicht als Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 2, § 108 Abs. 1 Satz 1, § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO) verfolgen. Neben der Erklärung nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO erforderte die Enthaftung der Masse nicht außerdem die Kündigung des Mietverhältnisses des Schuldners zu der Klägerin durch den Beklagten zu 1.

14 a) Übt der Schuldner als natürliche Person eine selbständige Tätigkeit aus, kann der Insolvenzverwalter gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO erklären, dass Vermögen aus der selbständigen Tätigkeit des Schuldners nicht zur Insolvenzmasse gehört und Ansprüche aus dieser Tätigkeit nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Der Gesetzgeber trägt mit dieser Regelung dem Interesse des Schuldners Rechnung, sich durch eine gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit eine neue wirtschaftliche Existenz zu schaffen (BT-Drucks. 16/3227, S. 17). Zu diesem Zweck soll dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet werden, außerhalb des Insolvenzverfahrens einer selbständigen Tätigkeit nachzugehen. Es handelt sich um eine Art Freigabe des Vermögens, welches der gewerblichen Tätigkeit gewidmet ist, einschließlich der dazu gehörenden Vertragsverhältnisse (BGH, Beschluss vom 9. Juni 2011 - IX ZB 175/10, WM 2011, 1344 Rn. 7). Das gesetzliche Regelungsmodell geht dahin, einerseits die aus seiner fortgesetzten gewerblichen Tätigkeit erzielten Einkünfte des Schuldners den (Neu-)Gläubigern, die nach Verfahrenseröffnung mit dem Schuldner kontrahiert haben, als selbständige Haftungsmasse zur Verfügung zu stellen und andererseits die Masse des bereits eröffneten Verfahrens von Verbindlichkeiten des Schuldners aus seiner weiteren gewerblichen Tätigkeit freizustellen (BT-Drucks., aaO).

15 b) In Rechtsprechung und Schrifttum wird kontrovers beurteilt, gegen wen nach einer Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters Forderungen aus von dem Schuldner vor Insolvenzeröffnung begründeten und im Rahmen seiner selbständigen Tätigkeit fortgesetzten Dauerschuldverhältnissen geltend gemacht werden können. Teils wird - in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht - angenommen, dass Verbindlichkeiten aus den von dem Schuldner eingegangenen Dauerschuldverhältnissen auch nach einer Freigabeerklärung bis zu einer wirksamen Kündigung durch den Insolvenzverwalter die Masse treffen (Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., § 35 Rn. 101; HK-InsO/Eickmann, 6. Aufl., § 35 Rn. 59; FK-InsO/Schumacher, 6. Aufl., § 35 Rn. 20; BK-InsO/Amelung/Wagner, § 35 Rn. 139; Wischemeyer/Schur, ZInsO 2007, 1240, 1242 ff; Gutsche, ZVI 2008, 41, 44 ff; Berger, ZInsO 2008, 1101, 1107; Smid DZWiR 2008, 133, 140 f; Wischemeyer, ZInsO 2009, 937, 942 f; 2009, 2121, 2124 f). Die wohl überwiegende Meinung geht demgegenüber davon aus, dass kraft der Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen ohne die Notwendigkeit weiterer, insbesondere auf eine Vertragskündigung gerichteter Erklärungen des Insolvenzverwalters nur noch gegen den Schuldner und nicht mehr gegen die Masse durchgesetzt werden können (LG Krefeld, NZI 2010, 485 f; ArbG Berlin, ZIP 2010, 1914; HmbKomm-InsO/Lüdtke, 3. Aufl., § 35 Rn. 262, 263; Holzer in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2007, § 35 Rn. 114, 115; Braun/Bäuerle, InsO, 4. Aufl., § 35 Rn. 84; Smid/Leonhardt in Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, 3. Aufl., § 35 Rn. 36; Pannen/Riedemann, NZI 2006, 193, 196; Ahrens, NZI 2007, 622, 624 f; Haarmeyer, ZInsO 2007, 696, 697; Holzer, ZVI 2007, 289, 292; Heinze ZVI 2007, 349, 354 f; Zipperer, ZVI 2007, 541, 542; Ries, ZInsO 2009, 2030, 2033 f; Stiller, ZInsO 2010, 1374 ff).

16 3. Zutreffend ist die zuletzt angeführte Auffassung.

17 a) Bereits den Gesetzesmaterialien ist - wie auch Vertreter der Gegenansicht einräumen (Uhlenbruck/Hirte, aaO) - zu entnehmen, dass Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen, die nach Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners durch den Insolvenzverwalter entstehen, unabhängig von einer Kündigungserklärung nicht mehr dem Insolvenzverfahren unterliegen und auf den Schuldner übergeleitet werden.

18 aa) Der Gesetzgeber hat ausdrücklich angenommen, dass die Freigabe des Vermögens aus der selbständigen Tätigkeit damit verbundene Vertragsverhältnisse einschließt. Diese Rechtsfolge entspricht zudem allein Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung.

19 (1) Die Bestimmung des § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO soll dem Schuldner nach der Vorstellung des Gesetzgebers ermöglichen, im Einverständnis mit dem Insolvenzverwalter eine selbständige Tätigkeit aufzunehmen oder fortzusetzen. Die Freigabe erstreckt sich folgerichtig auf das Vermögen des Schuldners, das seiner gewerblichen Tätigkeit gewidmet ist, "einschließlich der dazu gehörenden Vertragsverhältnisse" (BT-Drucks., aaO; vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juni 2011, aaO; HmbKomm-InsO/Lüdtke, aaO, § 35 Rn. 262). Die freigabeähnliche Erklärung nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO betrifft demnach im Unterschied zu der in § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO als zulässig vorausgesetzten echten Freigabe nicht nur einzelne Vermögensgegenstände, sondern eine Gesamtheit von Gegenständen und Werten (BT-Drucks., aaO, S. 26 f). Die Freigabe verwirklicht sich ohne die Notwendigkeit zusätzlicher Erklärungen bereits mit dem Zugang der Freigabeerklärung bei dem Schuldner (Haarmeyer, aaO, S. 697; Ries, aaO, S. 2033; HmbKomm-InsO/Lüdtke, aaO, § 35 Rn. 257). Allein die Erklärung nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO zerschneidet das rechtliche Band zwischen der Insolvenzmasse und der durch den Schuldner ausgeübten selbstän-

digen Tätigkeit (vgl. Holzer, ZVI 2007, 289, 292; Haarmeyer, aaO) und leitet die der selbständigen Tätigkeit dienenden Vertragsverhältnisse von der Masse auf die Person des Schuldners über (vgl. Zipperer, aaO).

20 (2) Die endgültige Fassung des § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO beruht auf einem Änderungsvorschlag des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages. Im Unterschied zu dem in dem Regierungsentwurf dem Insolvenzverwalter durch das Tatbestandsmerkmal "kann" eingeräumten Ermessen, sich zu einer selbständigen Tätigkeit des Schuldners zu erklären, sieht der Wortlaut des § 35 Abs. 1 Satz 1 InsO durch den anstelle von "kann" eingefügten Begriff "hat" nunmehr ausdrücklich vor, dass der Insolvenzverwalter eine Erklärung abgeben muss, ob Vermögen aus einer selbständigen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört oder nicht. Der Rechtsausschuss befürchtete, im Falle der bloßen Duldung einer selbständigen Tätigkeit durch den sich einer Erklärung enthaltenden Insolvenzverwalter könnten Zweifel hinsichtlich der grundsätzlichen Entstehung von Masseverbindlichkeiten und deren Höhe aufkommen. Durch die Verpflichtung zur Abgabe einer Erklärung soll demgegenüber zweifelsfrei klargestellt werden, ob im Rahmen der selbständigen Tätigkeit des Schuldners begründete Verbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten darstellen oder nicht (BT-Drucks. 16/4194, S. 14). Auf diese Weise hat der Gesetzgeber im Zuge seiner Beratung abermals zum Ausdruck gebracht, dass bereits allein der Inhalt der Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters darüber entscheidet, ob aus der selbständigen Tätigkeit des Schuldners weitere Masseverbindlichkeiten erwachsen.

21 bb) Zu Unrecht meint das Berufungsgericht im Anschluss an eine Stellungnahme des Schrifttums (Wischemeyer, ZInsO 2009, 2121, 2124; siehe aber Wischemeyer/Schur, ZInsO 2007, 1240, 1242), der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers zur Freigabe auch beste-

hender Vertragsverhältnisse habe im Wortlaut des § 35 Abs. 2 Satz 1 keinen hinreichenden Ausdruck gefunden.

22 Bei der Auslegung dieser Vorschrift ist zu berücksichtigen, dass die Befugnis des Insolvenzverwalters, einzelne Vermögensbestandteile aus dem Insolvenzbeschlag zu Gunsten des Schuldners freizugeben, seit jeher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung anerkannt war (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2005 - IX ZR 281/03, BGHZ 163, 32, 34 mwN; BT-Drucks., aaO; Holzer, aaO). Während sich die gewohnheitsrechtlich gebilligte Freigabe auf bestimmte Vermögensgegenstände bezieht (BT-Drucks., aaO), erfasst die Erklärung nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO eine Gesamtheit von Gegenständen und Werten (BT-Drucks., aaO, S. 26 f). Da die in § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO geregelte Freigabe im Unterschied zur Freigabe einzelner Vermögensgegenstände umfassender Natur ist, bestehen keine Bedenken, die in § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO gestattete Freigabe von "Vermögen aus einer selbständigen Tätigkeit" auch auf bestehende Vertragsverhältnisse zu erstrecken (vgl. Stiller, aaO, S. 1375 f).

23 cc) Soweit der Gesetzgeber hinsichtlich der Rechtsfolgen der Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 Satz 1 die Regelung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO anführt (BT-Drucks., aaO, S. 17), kann daraus entgegen Äußerungen des Schrifttums (Uhlenbruck/Hirte, aaO, § 35 Rn. 101; Wischemeyer/Schur, aaO, S. 1242 f; Gutsche, aaO, S. 44 ff) nicht die Notwendigkeit einer zusätzlichen Kündigungserklärung des Insolvenzverwalters zum Zweck der Beendigung von Dauerschuldverhältnissen mit Wirkung für die Masse hergeleitet werden.

24 Durch den Hinweis auf § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO hat der Gesetzgeber lediglich beispielhaft die auch in anderem Zusammenhang bestehende Möglichkeit einer Enthaftung der Insolvenzmasse betont, aber gerade nicht die dort

geregelten Kündigungsfristen für verbindlich erklärt. Tatsächlich ergibt sich aus § 35 Abs. 3 Satz 1 und 2 InsO, wonach die Erklärung des Insolvenzverwalters dem Gericht anzuzeigen und von diesem öffentlich bekannt zu machen ist, die Entbehrlichkeit auf eine Vertragsbeendigung gerichteter Kündigungserklärungen. Die Freigabe tritt zwar - wie dargelegt - ohne die Notwendigkeit zusätzlicher Erklärungen bereits mit dem Zugang der Freigabeerklärung bei dem Schuldner ein. Folglich ist die anschließende Veröffentlichung der Freigabeerklärung keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Freigabe und rein deklaratorischer Natur (HmbKomm-InsO/Lüdtke, aaO; § 35 Rn. 268; Haarmeyer, aaO, S. 698). Die Bekanntmachung der Freigabeerklärung erleichtert vielmehr den Nachweis, dass der Verwalter hinsichtlich des Vermögens aus der selbständigen Tätigkeit endgültig und unbedingt auf seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verzichtet hat, und informiert die Neugläubiger und allgemein den Geschäftsverkehr, dass die Masse nicht für die Verbindlichkeiten aus der selbständigen Tätigkeit des Schuldners haftet (BT-Drucks., aaO). Bei Verfahrensbeteiligten und Dritten können mithin keine Unklarheiten im Zusammenhang mit den durch den Schuldner im Rahmen seiner selbständigen Tätigkeit abgegebenen Erklärungen auftreten (BT-Drucks. 16/4196, aaO). Dient die Bekanntmachung dem Zweck, die Gläubiger zeitnah darüber zu unterrichten, dass die Masse für Verbindlichkeiten des Schuldners aus seiner selbständigen Tätigkeit nicht mehr haftet (Smid/Leonhardt, aaO, § 35 Rn. 44), bedarf es keiner weiteren auf die Beendigung von Vertragsverhältnissen gerichteten Erklärungen des Insolvenzverwalters. Nach Sinn und Zweck der Regelung haben die Anzeige gegenüber dem Insolvenzgericht und die Veröffentlichung unverzüglich zu erfolgen. Verzögerungen können Schadensersatzansprüche des Gläubigers begründen.

25 b) Nur eine solche Auslegung des § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO, derzufolge bereits aufgrund der Freigabeerklärung die mit der selbständigen Tätigkeit in Zusammenhang stehenden Vertragsverhältnisse unter Vermeidung einer Kündigung auf den Schuldner übergehen, trägt den Belangen der Beteiligten angemessen Rechnung und schafft in der gebotenen Klarheit den rechtlichen Rahmen für die Aufnahme oder Fortsetzung einer selbständigen Tätigkeit des Schuldners.

26 aa) Zur Wahrnehmung einer selbständigen Tätigkeit ist der Schuldner auf den Fortbestand bestimmter Dauerschuldverhältnisse wie insbesondere Miet-, Pacht- oder Dienstverträge (vgl. Berger, aaO, S. 1107) zwingend angewiesen. Die Vorschrift des § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO verleiht dem Insolvenzverwalter die Gestaltungsmacht, derartige Dauerschuldverhältnisse, die er im Interesse der Gläubigergemeinschaft zur Verringerung der Masseverbindlichkeiten andernfalls kündigen müsste, zu Gunsten des einer selbständigen Tätigkeit nachgehenden Schuldners freizugeben (Braun/Bäuerle, aaO). Müsste der Insolvenzverwalter die von Gläubigern mit dem Schuldner geschlossenen Verträge zur Verwirklichung einer Enthaftung der Masse kündigen, wäre nicht erklärlich, inwieweit der Schuldner aus diesen Verträgen zum Zweck der Ausübung seiner selbständigen Tätigkeit gegenüber den Vertragspartnern Rechte herleiten könnte. Nach einer wirksamen Kündigung durch den Insolvenzverwalter würden sich die Vertragspartner des Schuldners wegen dessen Insolvenz vielfach nicht entschließen, mit ihm neue Vertragsbeziehungen anzuknüpfen. Damit würden dem Schuldner die für eine Fortführung seiner Tätigkeit unentbehrlichen Betriebsgrundlagen entzogen (HmbKomm-InsO/Lüdtke, aaO, § 35 Rn. 263; Heinze, aaO, S. 354; Stiller, aaO, S. 1375).

27 bb) Die mit der Freigabeerklärung verbundene allgemeine Überleitung der Vertragsverhältnisse von der Masse auf den Schuldner ermöglicht eine klare Abgrenzung der die Masse und der den Schuldner treffenden, aus der selbständigen Tätigkeit herrührenden Verbindlichkeiten. Da die Freigabeerklärung mit dem Zugang an den Schuldner wirksam wird, sind danach entstehende Verbindlichkeiten allein gegen ihn zu verfolgen.

28 (1) Sofern der Insolvenzverwalter das Vermögen aus der selbständigen Tätigkeit des Schuldners freigibt, können die Neugläubiger, die nach der Freigabeerklärung Forderungen gegen den Schuldner erworben haben, auf die ab diesem Zeitpunkt durch die selbständige Tätigkeit erwirtschafteten Vermögenswerte des Schuldners als eigenständige Haftungsmasse zugreifen. Den Altgläubigern ist hingegen gemäß § 89 InsO eine Vollstreckung in diese Vermögensgegenstände verwehrt (BT-Drucks. 16/3227, S. 17; HmbKomm-InsO/ Lüdtke, aaO, § 35 Rn. 258). Wird dem Schuldner eine selbständige Tätigkeit gestattet, kann überdies - wie der Senat durch Beschluss vom 9. Juni 2011 entschieden hat (IX ZB 175/10, WM 2011, 1344, Rn. 7 ff) - auf Antrag eines Neugläubigers ein auf dieses Vermögen beschränktes zweites Insolvenzverfahren gegen den Schuldner eröffnet werden. Die von dem Schuldner aus der selbständigen Tätigkeit von der Freigabeerklärung an erzielten Einkünfte stehen den Gläubigern, deren Forderungen erst nach der Freigabeerklärung entstanden sind, als Haftungsmasse zur Verfügung (BGH, aaO, Rn. 7). Der Neuerwerb haftet während des eröffneten (Erst-)Verfahrens nur den Neugläubigern, nicht den (Alt-)Insolvenzgläubigern (BGH, aaO, Rn. 11).

29 (2) Mit Rücksicht sowohl auf die Befugnis einer Vollstreckung allein der Neugläubiger in die durch die selbständige Tätigkeit des Schuldners geschaffene Haftungsmasse als auch die Möglichkeit der Eröffnung eines Insolvenzver-

fahrens über diese Haftungsmasse im Interesse der Neugläubiger bedarf es einer eindeutigen Abgrenzung, inwieweit Gläubiger ihre Verbindlichkeiten entweder gegen die Altmasse oder den Schuldner beziehungsweise die Masse eines Zweitinsolvenzverfahrens zu verfolgen haben. Die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO ermöglicht die im Interesse der Rechtssicherheit gebotene klare Unterscheidung.

30 Wird dem Schuldner die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit eröffnet, so ist zu berücksichtigen, dass der Schuldner zum Aufbau einer neuen wirtschaftlichen Existenz regelmäßig eine Vielzahl von Verträgen schließen muss. Soweit derartige Verträge, die vor Insolvenzeröffnung vereinbart wurden und mit der Eröffnung nicht in Wegfall geraten sind, im Zuge der selbständigen Tätigkeit von dem Schuldner fortgesetzt werden sollen, kann nicht auf eine klare zeitliche Zäsur verzichtet werden, wann Rechte und Pflichten von der Masse auf den Schuldner übergehen. Da es sich dabei regelmäßig um ein Bündel von Rechtsbeziehungen handelt, wäre es kaum praktikabel, auf die dem Insolvenzverwalter im Rahmen der §§ 103 ff InsO eröffneten, höchst unterschiedlich ausgestalteten Lösungsrechte abzustellen. Bei diesem Verständnis würde § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO weitgehend seiner Funktion beraubt, einen einheitlichen Übergang des der selbständigen Tätigkeit dienenden Vermögens einschließlich der darauf bezogenen Vertragsverhältnisse von der Masse auf den Schuldner zu bewirken. Vielmehr werden Unklarheiten weitgehend vermieden, indem kraft der mit dem Zugang bei dem Schuldner wirksam werdenden Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters sämtliche noch fortbestehenden, der selbständigen Tätigkeit dienenden Vertragsverhältnisse und daraus sich ergebende Verbindlichkeiten auf den Schuldner übergeleitet werden (vgl. Ries, aaO, S. 2033 f). Die Anknüpfung an den Zugang der Freigabeerklärung bei dem Schuldner gestattet insoweit eine eindeutige zeitliche Differenzierung.

31 (3) Würden Vertragsverhältnisse erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist auf den Schuldner übergehen, wäre der Insolvenzverwalter zwecks Entlastung der Masse von den zwischenzeitlich entstehenden Verbindlichkeiten gehalten, vor der Freigabe mit dem Schuldner eine Nutzungsvereinbarung zu schließen (vgl. Stiller, aaO, S. 1375). Käme der Schuldner seiner Zahlungspflicht nicht nach und würde im Blick auf seine selbständige Tätigkeit ein weiteres Insolvenzverfahren eröffnet, würde die Erstmasse als Gläubigerin an diesem Verfahren teilnehmen. Dann würde das an die Freigabe der selbständigen Tätigkeit geknüpfte Vertrauen der Neugläubiger beeinträchtigt, nicht in eine Konkurrenz mit Ansprüchen der Altmasse treten zu müssen. Auch diese Verfahrenskomplikation wird vermieden, wenn die Vertragsverhältnisse mit Zugang der Freigabeerklärung auf den Schuldner übergehen.

III.

32 Schadensersatzansprüche der Klägerin aus § 61 InsO wegen der Nichterfüllung einer Masseverbindlichkeit sind gegen den Beklagten zu 2 nicht begründet.

33 1. Die Regelung des § 61 InsO eröffnet zu Gunsten von Vertragsgläubigern einen Schadensersatzanspruch gegen den Insolvenzverwalter, der durch den Abschluss von Verträgen Verbindlichkeiten eingeht, obwohl diese - wie er erkennen kann - aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden können. Die Ersatzpflicht greift auch ein, wenn der Insolvenzverwalter eine rechtlich zulässige Kündigung von Dauerschuldverhältnissen versäumt (HK-InsO/Lohmann, aaO, § 61 Rn. 3; HmbKomm-InsO/Weitzmann, aaO, § 61 Rn. 7). In diesem Fall

kommt eine Ersatzpflicht aber nur für die Verbindlichkeiten in Betracht, die nach dem Zeitpunkt entstehen, zu dem bei einer frühestmöglichen Kündigungserklärung der Vertrag geendet hätte (HK-InsO/Lohmann, aaO, § 61 Rn. 8; Hmb-Komm-InsO/Weitzmann, aaO; Uhlenbruck/Sinz, aaO, § 61 Rn. 6; vgl. auch BGH, Urteil vom 3. April 2003 - IX ZR 101/02, BGHZ 154, 358, 364).

34 2. Im Streitfall ist lediglich die im Zeitraum der Verfahrenseröffnung am 20. Januar 2009 bis zum Wirksamwerden der Freigabeerklärung am 20. Februar 2009 entstandene Mietforderung über 447,54 € als Masseforderung offen geblieben. Der Beklagte zu 2 hätte das Mietverhältnis zu der Klägerin nach Verfahrenseröffnung gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO mangels einer anderweitigen mietvertraglichen Abrede nur mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende kündigen können. Bei dieser Sachlage scheidet eine Ersatzpflicht des Beklagten zu 2 aus, weil die offene Forderung der Klägerin auch bei sofortiger Ausübung des Kündigungsrechts wegen der zu beachtenden Kündigungsfrist nicht vermeidbar war.

IV.

35 Auf die begründete Revision der Beklagten ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da es keiner weiteren Feststellungen bedarf, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts zurückweisen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Kayser Gehrlein Vill

Lohmann Fischer

Vorinstanzen:
LG Leipzig, Entscheidung vom 23.06.2010 - 1 O 359/10 -
OLG Dresden, Entscheidung vom 04.05.2011 - 13 U 1007/10 -