

**Die Verjährung eines Anspruchs auf Rückgewähr eines überzahlten Vorschusses beginnt grundsätzlich erst mit dem Vergütungsfestsetzungsbeschluss des Insolvenzgerichts zu laufen, aus dem sich die Überzahlung ergibt.**

BGH, Urt. v. 29.6.2023 - IX ZR 152/22

**Kurz besprochen:** In dem Verfahren hatte der erste Insolvenzverwalter im Oktober 2009 die Genehmigung zur Entnahme eines Vorschusses erhalten. Er entnahm rund 61.000 € und wurde im Februar 2010 entlassen. Sein Vergütungsantrag wurde zurückgewiesen, da das Insolvenzgericht eine Verwirkung des Vergütungsanspruchs feststellte. Der aktuelle Verwalter forderte den entnommenen Betrag zuzüglich Zinsen zurück.

Der BGH bejahte den Rückforderungsanspruch der Masse gegen den ersten Insolvenzverwalter. Anspruchsgrundlage hierfür ist § 667 BGB (Herausgabepflicht des Geschäftsführers eines Geschäftsbesorgungsvertrags). Gegenüber einem Anspruch auf Rückforderung eines Vorschusses entsprechend § 667 BGB kann sich ein Insolvenzverwalter nicht auf Entreicherung berufen. Die Verjährung eines Anspruchs auf Rückzahlung eines gemäß § 9 InsVV gewährten Vorschusses beginnt grundsätzlich auch erst mit dem Vergütungsfestsetzungsbeschluss des Insolvenzgerichts zu laufen, da erst mit dieser Entscheidung bestimmt wird, welche Vergütung dem Insolvenzverwalter überhaupt zusteht. Die Zustimmung des Insolvenzgerichts, dass der Insolvenzverwalter gemäß § 9 InsVV einen Vorschuss auf die Vergütung und die Auslagen aus der Masse entnehmen kann, ist keine bindende Entscheidung über die gemäß § 64 Abs. 1 InsO, § 8 Abs. 1 InsVV festzusetzende Vergütung. Für den Beginn einer möglichen Verjährung des Anspruchs auf Rückzahlung eines gemäß § 9 InsVV erhaltenen Vorschusses ist daher immer erforderlich, dass ein Vergütungsfestsetzungsbeschluss vorliegt.

## Kurz erklärt: ,Die insolvenzrechtliche Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO‘

von Dipl.-Rpflin Sylvia Wipperfürth, LL.M. (com.)

### A wie Abführungspflicht

Nach einer Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners trifft diesen eine Pflicht zur Abführung eines fiktiv pfändbaren Einkommensanteils, §§ 35 Abs. 2 Satz 2, 295a InsO.

### B wie Bestimmung des Abführungsbetrags

Der fiktiv pfändbare Einkommensanteil ist grds. vom Schuldner zu bestimmen, §§ 35 Abs. 2, 295a InsO.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BT-Drucks. 19/25333, S. 18

## C wie Check durch den Insolvenzverwalter

Der Schuldner ist verpflichtet, den Abführungsbetrag (§ 295a InsO) der Höhe nach zu bestimmen. Den Insolvenzverwalter trifft aufgrund seiner Pflicht, die Insolvenzmasse vollständig zu realisieren, auch die Verpflichtung, zu prüfen ob und in welcher Höhe sich ein Abführungsbetrag ergibt.

## D wie Durchsetzung der Abführungspflicht

Die (streitige) Frage, ob und in welcher Höhe sich ein Anspruch des Verwalters gegen den Schuldner aus der gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 InsO entsprechenden Anwendung des § 295 Abs. 2 InsO aF bzw. § 295a InsO nF ergibt, ist erforderlichenfalls von dem Prozessgericht zu entscheiden (Klagebefugnis des Insolvenzverwalters).<sup>1</sup>

## E wie Einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung

Die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters gem. § 35 Abs. 2 InsO ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit Zugang beim richtigen Erklärungsempfänger wirksam wird (siehe auch § 130 BGB).

## F wie Festsetzung

In allen Verfahren mit Antragstellung ab dem 31.12.2020 gilt gem. § 295a Abs. 2 Satz 1, 2 InsO, dass das Gericht den Betrag auf Antrag des Schuldners feststellt, der den Bezügen aus dem nach Absatz 1 zugrunde zu legenden Dienstverhältnis entspricht. Dem Schuldner wird das Recht eingeräumt, eine gerichtliche Feststellung der fiktiven Bezüge aus einem angemessenen Dienstverhältnis zu erwirken; auf Grundlage dieser Feststellung kann der Schuldner den pfändbaren Anteil am Nettoeinkommen und damit die Höhe der ihn treffenden Abführungsobliegenheit errechnen.<sup>1</sup>

## G wie Gegenstand

Gegenstand der Freigabe gem. § 35 Abs. 2 ist das „künftig aus der selbstständigen Tätigkeit zu erwerbende Vermögen einschließlich der auf diese Tätigkeit bezogenen Vertragsverhältnisse“.<sup>2</sup>

## H wie Höhe des Abführungsbetrags

Das fiktiv pfändbare Einkommen gem. § 295a ZPO richtet sich nach einem fiktiv angenommenen Dienstverhältnis. Die Zahlungshöhe ist unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg der selbstständigen Tätigkeit, also nicht nach dem tatsächlichen Gewinn zu bemessen.<sup>3</sup>

## I wie Information

Der Schuldner hat den Insolvenzverwalter unverzüglich über die Aufnahme oder Fortführung einer selbstständigen Tätigkeit zu informieren, § 35 Abs. 3 Satz 1 InsO.

## J wie Jährliche Zahlung

Für Verfahren mit Antragstellung ab dem 31.12.2020 gilt gem. § 295a Abs. 1 Satz 2 InsO eine jährliche Abführungspflicht. Für Insolvenzverfahren mit Antragstellung ab dem 31.12.2020 ist ebenfalls regelmäßig eine jährliche Zahlung geboten.<sup>4</sup>

## K wie Klagebefugnis

Soweit sich nach der Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO eine Abführungspflicht ergibt und der Schuldner nicht



**Dipl.-Rpfli Sylvia Wipperfürth, LL.M.** ist Leiterin des SIIW Sachverständigen-Instituts für Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, Referentin, Autorin und Mediatorin BM® sowie gerichtlich bestellte Sachverständige (Schlussrechnungsprüfung).

<sup>1</sup> BGH v. 13.3.2014 - IX ZR 43/12

<sup>2</sup> BGH v. 9.2.2012 - IX ZR 75/11; Gehrlein, ZInsO 2016, 825 (829); BAG v. 21.11.2013 - 6 AZR 979/11; BGH v. 21.2.2019 - IX ZR 246/17 unter Hinweis auf Wipperfürth, ZInsO 2015, 2305, 2307; BGH v. 16.9.2021 - IX ZR 213/20

<sup>3</sup> BGH v. 5.4.2006 - IX ZB 50/05, Rn. 13

<sup>4</sup> Vgl. BGH v. 19.6.2012 - IX ZB 188/09; BGH v. 13.6.2013 - IX ZB 38/10; BGH v. 13.3.2014 - IX ZR 43/12

leistet, besteht eine Klagebefugnis des Insolvenzverwalters.<sup>1</sup>

## L wie Leistungsunfähigkeit

Eine fehlende Leistungsfähigkeit begründet keine Abführungspflicht. Der Schuldner ist nur dann verpflichtet, einen fiktiv pfändbaren Betrag abzuführen, wenn er tatsächlich einen Gewinn aus der selbstständigen Tätigkeit erzielt hat, der den unpfändbaren Betrag bei unselbstständiger Tätigkeit übersteigt.<sup>1</sup>

## M wie Mehrere selbstständige Tätigkeiten

Die Freigabeerklärung gem. § 35 Abs. 2 InsO bezieht sich grds. nur auf eine konkret benannte Tätigkeit. Führt der Schuldner mehrere selbstständige Tätigkeiten parallel oder nacheinander aus, ist der Insolvenzverwalter gehalten, die Freigabeoption für jede einzelne zu prüfen und bedarfsbezogen eine Freigabe zu erklären.

## N wie Negativerklärung

Der Schuldner hat das Recht, den Insolvenzverwalter um Freigabe zu ersuchen (§ 35 Abs. 3 Satz 2 InsO für Verfahren mit Antrag ab dem 31.12.2020). Daraufhin hat sich der Insolvenzverwalter unverzüglich, spätestens nach einem Monat zu dem Ersuchen zu erklären, § 35 Abs. 3 Satz 2 InsO. Diese Erklärung kann auch eine Negativerklärung sein, d.h. dass der Insolvenzverwalter sich gegen eine Freigabe entscheidet (was gleichbedeutend ist mit der Fortführung der selbstständigen Tätigkeit über die Insolvenzmasse).

## O wie Obliegenheit

§ 295a InsO gilt gesetzessystematisch im Restschuldbefreiungsverfahren als Obliegenheit des Schuldners bei Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit. Die Vorschrift gilt nach einer Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO im Hauptverfahren entsprechend (§ 35 Abs. 2 Satz 2 InsO); in diesem Fall handelt es sich um eine eigenständige Abführungspflicht, auf

deren Einhaltung der Insolvenzverwalter einen unmittelbaren Anspruch hat.<sup>2</sup>

## P wie Pausencrown\*in

Pausencrown\*in ist kein Beruf und damit keine selbstständige Tätigkeit iSv § 35 Abs. 2 InsO; das Gendern ändert an dieser Wertung nichts.

## Q wie Quartalszahlung

§ 295a Abs. 1 Satz 2 InsO gilt nach einer Freigabe gem. § 35 Abs. 2 Satz 2 InsO entsprechend. Danach ist das fiktiv pfändbare Einkommen kalenderjährlich bis zum 31. Januar des Folgejahres zu leisten. Dies ist der späteste Zahlungszeitpunkt; quartalsweise (und damit früher) geleistete Zahlungen sind zulässig.

## R wie Restschuldbefreiungsverfahren

Begründet der Schuldner im Restschuldbefreiungsverfahren eine selbstständige Tätigkeit, bedarf es keiner Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO; die Abführungsobliegenheit gem. § 295a InsO greift unmittelbar.

## S wie Sondermasse

Die Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO begründet eine insolvenzfreie Sondermasse.<sup>3</sup>

## T wie Treuhänder

Der Treuhänder im Restschuldbefreiungsverfahren kann und muss keine Freigabeerklärung gem. § 35 Abs. 2 InsO abgeben. Er nimmt die vom Schuldner gem. § 295a InsO abgeführten (fiktiv pfändbaren) Beträge entgegen und verteilt diese einmal jährlich an die Gläubiger, § 292 Abs. 1 InsO.

## U wie Unterhalb der Untergrenze

Den Schuldner trifft die Darlegungs- und Beweislast, dass sein Gewinn unterhalb des ermittelten pfändbaren Betrages bei abhängiger Tätigkeit bleibt und er deshalb von der Abführungspflicht befreit ist.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Vgl. BGH v. 19.6.2012 - IX ZB 188/09; BGH v. 13.6.2013 - IX ZB 38/10; BGH v. 13.3.2014 - IX ZR 43/12

<sup>2</sup> BGH v. 13.6.2013 - IX ZB 28/10; BGH v. 13.3.2014 - IX ZR 43/12

<sup>3</sup> BGH v. 13.6.2013 - IX ZB 28/10; BGH v. 13.3.2014 - IX ZR 43/12

<sup>4</sup> BGH v. 13.3.2014 - IX ZR 43/12

## V wie Verfahrensablauf

Die Freigabeerklärung gem. § 35 Abs. 2 InsO kommt nur in dem Verfahrensabschnitt des Hauptverfahrens in Betracht, da sie – wie jede insolvenzrechtliche Freigabe – einen Insolvenzbeschluss des betreffenden Vermögens voraussetzt. Eine Freigabe im Insolvenzeröffnungs- oder im Restschulbefreiungsverfahren ist weder rechtlich möglich noch erforderlich.

## W wie Wiederholung

Nach der Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO entsteht eine nicht vom Insolvenzbeschluss des Erstverfahrens erfasste Sondermasse, daher ist ein Zweitinsolvenzverfahren grds. zulässig<sup>1</sup>; noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob eine erneute/wiederholte Freigabe auch in diesem Zweitverfahren zulässig ist.

## X wie ex nunc

Die Freigabeerklärung gem. § 35 Abs. 2 InsO wird mit Zugang der Erklärung beim Schuldner wirksam und wirkt ex nunc (lat.: ab jetzt, von nun an); sie entfaltet keine Rückwirkung.<sup>2</sup>

## Y wie Yogalehrer

Auch die (Neben-)Tätigkeit als Yogalehrer kann eine selbstständige Tätigkeit iSv § 35 Abs. 2 InsO darstellen. Dies gilt nur dann, wenn die Nebentätigkeit einen nennenswerten Umfang erreicht und sich organisatorisch verfestigt hat; eine nur gelegentlich ausgeübte Tätigkeit, die sich nicht zu einer einheitlichen Organisation verdichtet hat, ist keine selbstständige Erwerbstätigkeit.<sup>3</sup>

## Z wie Zusammenrechnung

Eine Zusammenrechnung von Einkünften aus einer Festanstellung und solchen aus einer selbstständigen Nebentätigkeit ist nicht möglich, da § 850e Nr. 2 InsO auf die Einnahmen aus einer selbstständigen Tätigkeit nicht anwendbar ist. Hat der Insolvenzverwalter die selbstständige Tätigkeit des Schuldners freigegeben und erzielt der Schuldner zusätzlich Einkünfte aus abhängiger Beschäftigung, kann das Insolvenzgericht nicht anordnen, dass der unpfändbare Betrag in erster Linie den Einkünften des Schuldners aus seiner selbstständigen Tätigkeit oder den fiktiven Einkünften aus dem angemessenen Dienstverhältnis zu entnehmen ist.<sup>4</sup> Zwar kann der vom selbstständig tätigen Schuldner an die Masse abzuführende Betrag dadurch berechnet werden, dass sowohl das fiktive Einkommen des Schuldners aus einem angemessenen Dienstverhältnis gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2, § 295a InsO als auch tatsächlich erzielte Arbeitseinkommen oder Renten entsprechend § 850e Nr. 2 ZPO zusammengerechnet werden (§ 36 Abs. 1 Satz 2 InsO); der Schuldner muss die der Masse zufließenden Einkünfte dann um den entsprechenden Betrag aufstocken.<sup>5</sup>

### Vorträge mit Sylvia Wipperfurth:

**Die insolvenzrechtliche Freigabe: ausgewählte Themen intensiv beleuchtet** am 26.2.2024, online beim Fortbildungsinstitut der RAK Stuttgart

**Steuerrechtliche Aspekte der Freigabe** zusammen mit Prof. Dr. Schmittmann am 30.4.2024, online bei RWS Seminare

**FAQ Freigabe – Welche DOs & DON'Ts sind eigentlich vom Insolvenzverwalter zu erledigen?** am 8.5.2024, online bei AGV Seminare

<sup>1</sup> BGH v. 09.6.2011 - IX ZB 175/10

<sup>2</sup> BGH v. 21.2.2019 - IX ZR 246/17, Rn. 23 ff.; BGH v. 20.10.2022 - III ZA 23/21

<sup>3</sup> BGH v. 24.3.2011 - IX ZB 80/11 zu § 304 InsO

<sup>4</sup> BGH v. 29.9.2022 - IX ZB 48/21

<sup>5</sup> Vgl. BGH v. 29.9.2022 - IX ZB 48/21; BGH v. 5.4.2006 - IX ZB 50/05, Rn. 13