

1. Einführung	15
1.1 Problemaufriss	15
1.2 Gang der Untersuchung	17
2. Historische Einordnung der Neuregulierung	19
2.1 Insolvenzverwalterliche Praxis vor der „Psychologinnen“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs	19
2.2 „Psychologinnen“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs	20
2.2.1 Sachverhalt und rechtliche Würdigung des Bundesgerichtshofs	20
2.2.2 Folgen der Rechtsprechung	22
2.3 Lösungsansätze zur Neugläubigerproblematik	24
2.3.1 Teleologische Reduktion des § 35 InsO a. F.	25
2.3.2 Neuerwerb als Nettoerwerb oder Reinerwerb	26
2.3.3 Verpflichtungs-/Fähigungsmacht des Schuldners	27
2.3.4 Beschränkung der Rechtsmacht im Außenverhältnis	28
2.3.5 Genehmigung nach § 185 Abs. 2 S. 1 BGB analog	29
2.3.6 Anfechtung des Abfließens des Neuerwerbs	30
2.3.7 Einwendungen und Einreden der Neugläubiger	30
2.3.8 Zurückweisungsrecht nach § 333 BGB analog	30
2.3.9 Möglichkeit der Aufrechnung	31
2.4 Stellungnahme	31
3. Tatbestand des § 35 Abs. 2 S. 1 InsO	33
3.1 Vorbemerkung: Intention des Gesetzgebers	33
3.2 Selbstständige Tätigkeit	35
3.3 Zeitlicher Geltungsbereich	36
3.4 Erklärender	36
3.4.1 Streitstand	36
3.4.2 Analoge Anwendung auf den vorläufigen Insolvenzverwalter	37
(a) Erklärung mit Wirkung für das vorläufige Insolvenzverfahren	37

(b) Erklärung im vorläufigen Insolvenzverfahren mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens	40
3.5 Zugang der Erklärung	42
3.6 Zeitpunkt und mögliche Frist zur Abgabe	45
3.6.1 Keine starre Frist	45
3.6.2 Erklärung vor Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit	47
(a) Meinungsstand	48
(b) Eigene Ansicht	49
3.6.3 Erklärung nach Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit	51
3.6.4 Exkurs: Abgabe einer pauschalen Erklärung	52
3.7 Natürliche Person	56
3.7.1 Allgemeines	56
3.7.2 Exkurs: Auskunftspflicht des Schuldners	58
3.8 Formerfordernis und Erklärungsformen	60
3.8.1 Formerfordernis	60
3.8.2 Ausdrückliche Erklärung	61
3.8.3 Konkludente Erklärung	61
3.8.4 Duldung und Unterlassen	63
3.8.5 Erklärung gegenüber einem Gläubiger	64
3.9 Zustimmungspflicht des Gläubigerausschusses nach § 160 Abs. 1 S. 1 InsO	65
3.10 Anzeigepflicht nach § 35 Abs. 3 S. 1 InsO	68
3.11 Zusammenfassung	69
4. Inhalt der Erklärung und Entscheidungsfindung	71
4.1 Entscheidungsfindung des Verwalters	71
4.1.1 Handlungsoptionen des Insolvenzverwalters	71
4.1.2 Entscheidungsfindung i. R. d. § 35 Abs. 2 S. 1 InsO	73
4.2 Bestimmtheit	76
4.2.1 Allgemeines	76
4.2.2 Ausschluss bestimmter Vermögensgenstände von der Negativerklärung	77

4.2.3 Bestimmung umfasster Vertragsverhältnisse.....	79
(a) Kriterien für die Bestimmung	79
(b) Ausschluss bestimmter Verträge von der Wirkung der Positiv-/ Negativerklärung	80
(c) Einvernehmliche Bestimmung der Altverträge	81
4.2.4 Mehrere selbstständige Tätigkeiten	82
(a) Problemstellung	82
(b) Lösungsansatz.....	84
4.3 Gestaltungsmöglichkeiten nach wirksamer Erklärung.....	86
4.3.1 Gestaltungsrechte	87
4.3.2 Erneute Abgabe.....	88
4.3.3 Neuaufnahme und Abänderung der Tätigkeit.....	89
4.4 Begründungs- und Hinweispflicht.....	91
4.5 Zusammenfassung	93
5. Rechtsfolge der Erklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 InsO	95
5.1 Allgemeines	95
5.2 Zeitliche Wirkung.....	95
5.2.1 Streitstand.....	96
5.2.2 Stellungnahme.....	96
(a) Wortlaut	96
(b) Systematische Gesichtspunkte	97
(c) Historische Gesichtspunkte.....	98
(d) Teleologische Gesichtspunkte	101
(1) Neugläubigerinteressen	101
(2) Insolvenzgläubigerinteressen.....	103
(3) Schuldnerinteressen.....	104
(4) Durchführbarkeit	105
(5) Beschleunigung der Abgabe der Erklärung	106
(e) Zwischenergebnis	107
5.2.3 Keine Begründung von Masseverbindlichkeiten bis zur Erklärung	107
(a) Streitstand.....	108
(b) Stellungnahme.....	109
5.2.4 Ergebnis.....	114

5.3 Wirkung der Erklärung auf Vermögensgegenstände	114
5.3.1 Neuerwerb	114
(a) Bestimmung des Neuerwerbs	114
(b) Mischnutzung	116
5.3.2 Vermögensgegenstände der Insolvenzmasse	117
(a) Streitstand	117
(b) Stellungnahme	118
(c) Tätigkeiten außerhalb des Anwendungsbereichs des § 811 Abs. 1	
Nr. 5 und 7 ZPO	122
5.3.3 Ergebnis	123
5.4 Wirkung der Erklärung auf Vertragsverhältnisse	123
5.4.1 Streitstand	123
5.4.2 Allgemeine Wirkung auf Vertragsverhältnisse	124
5.4.3 Wirkung der Negativerklärung auf „Altverträge“	126
(a) Streitstand und Stellungnahme	126
(b) Sonderprobleme	132
(1) Beiderseitig nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge, § 103 InsO	132
(2) Verträge gem. §§ 108 f. InsO	134
(3) Dienstverhältnisse, § 113 InsO	135
(4) Aufträge-/Geschäftsbesorgungsverträge, Vollmachten §§ 115 - 117 InsO	136
(c) Keine Überleitung vor Aufnahme der Tätigkeit	136
(d) Ergebnis	137
5.4.4 Wirkung der Erklärung auf „Neuverträge“	138
5.4.5 Folgen für den Schuldner	141
5.4.6 Folgen für den Insolvenzverwalter	142
(a) Ausübung von Gestaltungsrechten vor Erklärung	142
(b) Ausübung von Gestaltungsrechten nach Negativerklärung	144
(c) Zugriff auf das insolvenzfreie Vermögen	145
5.4.7 Folgen für den Vertragspartner	146
(a) Haftung	146

(1) Streitstand und Stellungnahme	146
(2) Eigener Ansatz.....	149
(3) Sonderproblem: § 103 Abs. 2	
S. 1 InsO/§ 109 Abs. 1 S. 3 InsO.....	151
(4) Sonderproblem: § 613a Abs. 2 und 6	
BGB (analog).....	151
(5) Sonderproblem: Erklärung vor	
Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit	154
(b) Aufrechnungsverbot.....	154
(c) Auswirkung auf insolvenzrechtliche	
Sonderrechte/-beschränkungen	155
5.4.8 Zusammenfassung.....	158

6. Rechtliche Einordnung der Erklärung nach

§ 35 Abs. 2 S. 1 InsO.....	159
6.1 Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht nach § 80	
Abs. 1 InsO	159
6.2 Die echte Freigabe	160
6.2.1 Die klassische echte Freigabe	160
(a) Ansicht der Bundesregierung.....	160
(b) Ansicht der Bundesarbeitsgerichts.....	161
(c) Stellungnahme.....	162
6.2.2 Unterfälle der echten Freigabe.....	164
6.2.3 Unechte Freigabe	165
6.3 Verwertung von Sicherungsgut nach § 170 Abs. 2 InsO	165
6.4 Sonderkündigungsrecht nach § 109 Abs. 1 S. 1 und § 113	
S. 1 InsO	166
6.5 Erklärung nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO	166
6.6 Wahlrecht nach §§ 103 ff. InsO.....	167
6.7 Ergebnis	168

7. Die entsprechende Anwendung des § 295 Abs. 2 InsO

gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 InsO	169
7.1 Allgemeines	169
7.2 Rechtspflicht oder Obliegenheit.....	170
7.2.1 Streitstand.....	171
7.2.2 Stellungnahme.....	172

7.3 Die Abführungshöhe.....	174
7.3.1 Erfolgsunabhängigkeit der Abführungshöhe	175
(a) Meinungsstand	175
(b) Eigene Ansicht	176
7.3.2 Höhe der Ausgleichszahlung im Einzelfall.....	179
7.3.3 Beginn und Ende der Zahlungspflicht	180
7.3.4 Fälligkeit der Ausgleichszahlung.....	183
7.4 Nebenfolgen der Missachtung der Zahlungspflicht nach § 35 Abs. 2 S. 2 InsO i. V. m. § 295 Abs. 2 InsO	184
7.4.1 Aufhebung der Stundungsabrede nach § 4c Nr. 3 und 4 InsO	185
7.4.2 Versagung der Restschuldbefreiung	186
(a) Nach § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO.....	187
(b) Nach § 296 Abs. 1 S. 1 InsO (analog)	188
7.5 Exkurs: Zweitinsolvenzverfahren im Falle der Negativerklärung	189
7.5.1 Allgemeines.....	189
7.5.2 Berücksichtigung des Anspruchs aus § 35 Abs. 2 S. 2 InsO i. V. m. § 295 Abs. 2 InsO im Zweitinsolvenzverfahren.....	192
7.6 Zusammenfassung	193
8. Der Unwirksamkeitsbeschluss nach § 35 Abs. 2 S. 3 InsO	195
8.1 Voraussetzungen.....	195
8.1.1 Antrag des Gläubigerorgans.....	195
8.1.2 Exkurs: Auskunftspflicht des Schuldners	196
8.1.3 Begründungspflicht/Überprüfung durch das Gericht.....	198
8.1.4 Frist.....	200
8.2 Veröffentlichung	201
8.3 Wirksamkeit der Erklärung	201
8.4 Rechtsfolgen	203
8.4.1 Zeitliche Wirkung	203
8.4.2 Keine gebundene Erklärungspflicht des Insolvenzverwalters	204
8.4.3 Folgen für die Haftung gegenüber Vertragspartnern.....	207

8.4.4 Insolvenzrechtliche Sonderrechte nach Unwirksamkeit der Negativerklärung.....	208
8.5 Rechtsmittel gegen den Beschluss.....	209
8.6 Zusammenfassung	209
9. Die Haftung des Insolvenzverwalters im Rahmen des	
§ 35 Abs. 2 S. 1 InsO.....	211
9.1 Haftung gegenüber den Insolvenzgläubigern.....	211
9.1.1 Haftung nach § 60 InsO	211
(a) Pflichtverletzung	212
(1) Verspätete Erklärung	213
(2) Unterlassene Erklärung.....	214
(3) Masseungünstige Entscheidung.....	214
(b) Kausalität und Verschulden	215
(1) Allgemeiner Verschuldensmaßstab	215
(2) Verschulden	216
(A) Verspätete Erklärung.....	216
(B) Unterlassene Erklärung	217
(C) Masseungünstige Entscheidung	217
(D) Mitverschulden durch unterlassene Antragstellung nach § 35 Abs. 2	
S. 3 InsO	219
(i) Antragsrecht der Gläubigerversammlung	219
(ii) Antragsrecht des Gläubigerausschusses	220
(c) Schaden	221
(1) Verspätete und unterlassene Erklärung	221
(2) Masseungünstige Entscheidung.....	222
(d) Anwendung des § 92 InsO.....	222
9.1.2 Ergebnis.....	223
9.2 Haftung gegenüber dem Schuldner	223
9.3 Haftung gegenüber den Neugläubigern.....	226
9.3.1 Haftung nach § 61 InsO	227
9.3.2 Haftung nach § 60 InsO	228
9.3.3 Haftungstatbestände außerhalb der InsO	229
9.3.4 Ergebnis.....	230

9.4 Zusammenfassung	230
<u>10. Zusammenfassung der Ergebnisse.....</u>	<u>233</u>