

Zur Freigabe wertausschöpfend belasteten Grundbesitzes

Rückgabe immer obligationsgemäß?

*Friedrich Bacmeister**

Wie der BGH in seinem Urteil vom 21. April 2005¹ feststellt, durfte der Insolvenzverwalter (zukünftig: Verwalter) unter der Geltung der Konkursordnung (= KO) Massegegenstände an den Schuldner zurückgeben („Freigabe“), wenn diese wertlos sind oder Kosten verursachen, welche den zu erwartenden Veräußerungserlös möglicherweise übersteigen. Dies gelte insbesondere bei wertausschöpfend belasteten oder erheblich kontaminierten Grundstücken; in diesem Aufsatz möchte ich solche als überlastete Grundstücke zusammenfassen.

Die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung geht dahin, solche Freigaben auch unter Geltung der InsO für zulässig anzusehen²; einzig die Verwaltungsgerichte wollten die Vergesellschaftung der Ersatzvornahmekosten nicht hinnehmen³, haben zwischenzeitlich aber auch kapituliert⁴. Die Möglichkeit einer Freigabe im Sinn einer Rückübertragung der Verfügungsbefugnis an eine insolvente juristische Person wurde allerdings schon unter Geltung der KO bestritten; diese Kritik ist auch nach dem Systemwechsel zur InsO nicht erloschen⁵. In dem eben zitierten Urteil bestätigt der BGH demgegenüber die Fortgeltung dieser Rechtsprechung für juristische Personen, was kritisch zu beleuchten ist (dazu III). Zur Freigabe von überlastetem Grundbesitz von natürlichen Personen, also Menschen, hat sich der BGH noch nicht positioniert; hier sind weitere Aspekte zu berücksichtigen (dazu II u. IV).

I. Freigabe von Immobilien in der Insolvenz schafft Neuschulden

* Dr. iur. *Friedrich Bacmeister*, Rechtsanwalt, Steuerberater in Bergisch Gladbach.

¹ IX ZR 281/03; BGHZ 163, 32 ff.; NJW 2005, 2015; NZI 2005, 387.

² So BGH aaO (Fn. 1); MüKo InsO/*Peters*, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 84; *Nerlich* in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt (= MHLS) Komm z GmbHG § 60 Rn. 165; zuletzt: *Beck/Depre-Krämer* Praxis der Insolvenz (2017) § 13 Rn. 167 unter Verweis auf *Uhlenbruck/Hirte* InsO § 35 Rn. 74.

³ U.A. BVerwG ZInsO 2006, 495 f.; OVG Lüneburg ZInsO 1998, 188; näher bei MüKo InsO/*Peters* aaO (Fn. 2), Rn. 96 f.

⁴ Zusammenfassung bei *K. Schmidt* NJW 2010, 1489 ff.

⁵ Ausführliche Darstellung bei *Mezger*: Die vollständige Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften (Diss. 2011), S. 93 ff.

Verfasser möchte die Freigabe von Immobilien in Insolvenzen von Menschen (außerhalb des Anwendungsbereichs des § 35 Abs. 2 InsO) nach mehreren Erfahrungen in Frage stellen. U.A. vertrat er einen Insolvenzschuldner in einer Konstellation, die an dieser Wertung deutliche Zweifel sät: Der Schuldner hatte zum Zweck der Altersvorsorge in den Achtzigerjahren Wohneigentum in einer damals gut bewerteten Wohngegend erworben und sich dahingehend beraten lassen, dass er die Fremdfinanzierung durch eine Lebensversicherung zurückführe, während der 30-jährigen Laufzeit nur Zinsen zahle. Inzwischen ist diese Wohngegend zum Problemviertel mutiert; anstelle von Wertsteigerungen gab es einen Wertverlust um mindestens 50%; die Versicherung konnte aufgrund des rapiden Rückgangs der Zinsen nicht den in Aussicht gestellten Wert erreichen.

Da der Eigentümer zudem wegen der Insolvenz seines Unternehmens in Anspruch genommen wurde, meldete er persönlich Insolvenz an; der Verwalter gab sofort die Immobilie frei. Bis zur Zwangsversteigerung liefen erhebliche Hausgeldzahlungen auf, zumal in dem Gebäude noch ein Schwimmbad untergebracht ist. Im Ergebnis blieb nach Ablösung des Kredites noch ein Überhang von 30.000 Euro übrig, der durch den Verkauf des Wohneigentums nicht ausgeglichen werden konnte. Die neuen Hausgeldzahlungen, die aufgrund der Verschlechterung des Umfeldes nicht mehr aus der Miete erlöst werden konnten (wenn diese denn überhaupt gezahlt wurde), summierten sich auf eine mittlere 4-stellige Summe.

Nicht zuletzt, um angesichts überlasteter Immobilien einen Schlussstrich zu ziehen, melden sich private Schuldner in die Insolvenz. Zeitnah nach Eröffnung der Insolvenz geben die Verwalter idR die Grundstücke frei. Der Schuldner ist in der WE-Gemeinschaft gefangen, er kann diese nicht verlassen: § 11 WEG. Das Hausgeld wird ihm per Mehrheitsbeschluss auferlegt (§ 28 Abs. 1 Nr. 2 iV Abs. 5 WEG) – beendend wirkt nur ein Zuschlag in der Zwangsversteigerung, der häufig erst nach 18–24 Monaten erfolgt. In anderen Fällen drücken die Kommunalabgaben – auch aus Altzeiten, da diese an dem Grundstück haften: z.B. § 12 GrStG.

II. Freigabe bei Privatinsolvenz konterkariert Restschuldbefreiung

Der Gemeinschuldner (zukünftig: Schuldner) hat regelmäßig Antrag auf Restschuldbefreiung gestellt; durch die Freigabe des Wohnungseigentums fallen ihm nunmehr die überschießenden Kosten (Abgaben und WEG-Haushalt) und Zinsen aus den Schulden aus diesem Engagement seit Freigabe als Neuschulden "vor die Füße"; Trotz einer Restschuldbefreiung muss er spätestens nach Abschluss der Privatinsolvenz diese Schulden begleichen, sonst ist er neuen Zwangsbeitreibungen ausgesetzt. Der beabsichtigte Neuanfang wird dadurch deutlich konterkariert.

Somit stellt sich die Frage, ob der jeweilige Verwalter im Rahmen seines Amtes handelt, wenn er einem Schuldner, der Restschuldbefreiung beantragt hat, die überlastete Immobilie „wieder aufdrückt“.

Ähnliche Fragen stellen sich, wenn der Verwalter einer kapitalistischen GmbH&Co KG eine (bspw. wegen Kontamination) überlastete Immobilie an die geschäftsführende GmbH (im Zweifel ebenfalls in Insolvenz) herausgibt. Zweifelhaft scheint mir auch eine Überantwortung überlasteter Immobilien einer juristischen Person an deren Geschäftsführer – der ist nicht der Schuldner.

III. Analyse der gesetzlichen Regelungen

Wie eingangs aufgeführt, sind diese Vorgehensweisen durch eine langjährige Rechtsprechung derzeit gedeckt. Aber lassen sie sich auch aus dem Gesetz ableiten? Im Urteil v. 9. Februar 2012⁶ bezeichnet der BGH „die Freigabe einzelner Gegenstände“ als „seit jeher geltendes Gewohnheitsrecht“ – demnach steht die Freigabe auf unsicherem Rechtsgrund! Zwischenzeitlich könnte sich der gesetzliche Rahmen durch Gesetzänderungen verändert haben? Diesen Fragen geht die nachfolgende Abhandlung nach.

Die derzeitige Praxis beruft sich auf drei Vorschriften:

- § 32 Abs. 3 InsO: das Insolvenzgericht muss ebenso wie die Eröffnung einer Insolvenz auch die Freigabe oder Veräußerung in den Grundbüchern des Schuldners eintragen lassen;
- § 85 InsO: die Aufnahme oder „Freigabe“ von Prozessen durch den Verwalter – und
- seit 2007: § 35 Abs. 2 InsO: die Freigabe freiberuflichen Vermögens⁷.

1. Freigabe durch § 32 InsO gedeckt?

§ 32 InsO behandelt die Auswirkungen einer Insolvenz auf das Grundbuch: das Insolvenzgericht ist gehalten, die Eröffnung in den (ihm bekannt gewordenen) Grundbüchern des Schuldners einzutragen, um den öffentlichen Glauben an der Verfügungsbefugnis des Schuldners zu zerstören⁸.

Abs. 3 behandelt (schon seit 1999) die Grundbuchfolgen für den Fall, dass der Verwalter ein Grundstück oder grundbuchliches Recht „freigibt oder veräußert“.

§ 32 InsO enthält somit keinesfalls eine Befugnis des Verwalters, ein Grundstück freizugeben, sondern setzt voraus, dass solches erfolgen kann⁹.

⁶ IX ZR 75/11; BGHZ 192, 322 Rn. 28.

⁷ So bspw. *Uhlenbruck/Hirte* § 35 Rn. 71; *MüKo InsO-Peters* § 35 Rn. 84

⁸ Näher *Vallender NZI* 2004, 401 ff. unter III.2a.

⁹ BGH IX ZR 281/03 (Fn. 1); allg. Meinung, s. *MüKo InsO-Ott/Vuia* § 80 Rn. 65 mwN.

Dabei bleibt offen, was eine Freigabe bewirkt – die herrschende Lehre sieht dies als Umkehrung des § 80 InsO, so dass das Grundstück aus der Verfügungsgewalt des Verwalters ausscheidet in die des Eigentümers¹⁰, also der Schuldners, der wieder die Lasten zu tragen hat.

Alternativ könnte der Verwalter auch das Eigentum am Grundstück gemäß § 928 Abs. 1 BGB (Dereliktion) aufgeben, sodass es herrenlos wird, wie es schon Th. Wolff bei juristischen Personen zur KO vertreten hat¹¹. Eine Dereliktion stellt eine Rechtsänderung am Eigentum des Schuldners dar – auch dazu ist der Verwalter berechtigt. Denn auch die Veräußerung bewirkt eine Rechtsänderung am Eigentum – und der Verwalter hat alle Möglichkeiten der Veräußerung, insbesondere die freihändige wie die durch Einleitung der Zwangsversteigerung – und eben die Dereliktion¹². Vallender empfiehlt dem Verwalter sogar, mit dieser Dereliktion „zu winken“, um die finanzierende Bank / Grundschuldgläubiger zu einer Beteiligung an den Verwaltungskosten zu bewegen¹³.

Wenn Dereliktion in der Macht des Verwalters liegt und diese – nicht bestreitbar – eine Befreiung der Masse von damit verknüpften Verbindlichkeiten bedeutet, muss dies als zweite Form der Freigabe angesehen werden. Dies haben BGH und Literatur bislang nicht „gesehen“, obwohl der BGH konzidiert, dass die Freigabe in § 32 InsO nicht definiert wird. Vallender definiert die Freigabe in Schritt eins richtig als Verzicht auf die Massezugehörigkeit des Grundstücks, knüpft daran aber die Schlussfolgerung, dass die Immobilie in das „insolvenzfreie Vermögen des Insolvenzschuldners gelangt“, was hier nicht für zwangsläufig gehalten wird – allerdings ist zu konzidieren, dass Vallender nur „Wohneigentum in der Insolvenz“ betrachtet, mit Schwerpunkt auf Wohnungseigentum, für das eine Dereliktion gegen § 11 WEG – die Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht auflösbar – verstoßen würde¹⁴.

Zwar wird behauptet, eine Dereliktion wäre verfahrenszweckwidrig und deshalb dem Verwalter untersagt¹⁵. Dem ist jedoch zu widersprechen: bezogen auf den (alten) Verfahrenszweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung ist nur erforderlich, dass der überlastete Grundbesitz aus der Masse ausscheidet, was sowohl mit der Rückgabe wie durch Dereliktion erreicht wird. Zudem lassen sich durch die Dereliktion negative steuerliche Folgen für die Masse aus nachfolgender Verwertung¹⁶ vermeiden.

Auch der von Mezger propagierte Zweitzweck der Insolvenz: „Vollabwicklung insolventer Handelsgesellschaften“¹⁷ wird mit der Dereliktion sogar unproblematischer erreicht als bei einer

¹⁰ BGH IX ZR 286/12 v. 11.7.2013 Tz. 19; *Uhlenbruck/Hirte* § 35 Rn. 82; *MüKo InsO-Peters* § 35 Rn. 103; *Gehlich* in Reul/Heckschen/Wienberg, *Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis*, 2. Aufl. 2018, § 8B Rn. 124.

¹¹ *Wolff KO* (2. Aufl. 1921) § 162 Anm. 4; nähere Darstellung bei *Mezger aaO* (Fn. 5), S. 93.

¹² *Vallender aaO* (Fn. 7) unter II.4. f. unter Verweis auf BGHZ 35, 180 u. ZIP 1993, 1247.

¹³ *Vallender aaO* (Fn. 7).

¹⁴ *Vallender aaO* (Fn. 7); Zitat aus III.4. f.

¹⁵ *Lüke* in *Kübler/Prütting/Bork Komm InsO* § 80, Rn.88; ihm folgend *Uhlenbruck/Hirte* § 35 Rn. 74.

¹⁶ Dazu *Uhlenbruck/Hirte* § 35 Rn. 84.

¹⁷ *Mezger aaO* (Fn. 5), S. 3 ff, 316 f.

Rückgabe an den Schuldner, wenn diese eine juristische Person oder kapitalistische Handelsgesellschaft ist.

Bei alleiniger Interpretation der Freigabe als Rückgabe der Verfügungsbefugnis über die Immobilie an den Schuldner entsteht bei GmbH, Genossenschaft und AG etc. das Problem, wer denn für diesen Rechtsträger handeln soll.

Mit der Insolvenzeröffnung verliert nämlich eine juristische Person ihre Handlungsfähigkeit: Wenn § 60 Abs. 1 GmbHG die Eröffnung der Insolvenz als 4. Auflösungsgrund statuiert – und in § 66 GmbHG ausdrücklich bestimmt, dass – nur im Fall eines Insolvenzverfahrens abweichend – kein Liquidator zu bestimmen ist, so folgt daraus, dass der Verwalter (auch) der „Liquidator“ der GmbH für diesen Fall ist – zumal am Ende des Insolvenzverfahrens die Löschung der GmbH nach § 394 FamFG steht¹⁸.

Das wird zwar in der Literatur meist nicht konsequent abgeleitet; aber Nerlich, der sich bei § 60 GmbHG umfassend mit den Wirkungen der Insolvenzeröffnung bei einer GmbH auseinandersetzt, konzidiert, dass der Verwalter „an die Stelle der Geschäftsführer tritt und u. A. deren Befugnisse verdrängt“¹⁹. Der Verwalter wird von Teilen der Literatur als Organ sui generis der GmbH gesehen²⁰ – der BGH sieht den Verwalter qua Amt als unmittelbar legitimiert, im eigenen Namen mit unmittelbarer Wirkung für bzw. gegen den Schuldner zu handeln²¹. Ergebnisabweichungen zwischen den bisherigen Ableitungen sind nicht zu erkennen²², so dass die Deutung des Verwalters als zugleich geborener Liquidator in der Insolvenz zumindest zulässig ist – wobei nicht verkannt werden soll, dass der Verwalter in erster Linie die Interessen der Gläubiger zu wahren hat²³.

Die Kompetenzen des Verwalters gehen über die eines Liquidators sogar hinaus, da ersterer ohne Beteiligung der Gesellschafter das Unternehmen einschließlich Firma – oder wesentlicher Teile entgegen der „Holzmüller“-Rechtsprechung – und einschließlich (unpfändbarer!) Immaterialwirtschaftsgüter verkaufen kann²⁴ – die Anstellung der Geschäftsführer beenden kann²⁵ und gegebenenfalls auch die Firma des zurückgebliebenen Rest-Unternehmens im Handelsregister ändern darf²⁶.

Dem Geschäftsführer bleibt allerdings – neben dem Verwalter – ein Rest-Aufgabenbereich:

¹⁸ So ausführlich *Mezger*, dessen Diss. S. 316 zu dem Ergebnis kommt: „Dem Insolvenzverwalter obliegt ... daher vorbehaltlich einer Sanierung oder Reorganisation *ebenso wie einem Liquidator* (die vollständige Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften)“.

¹⁹ In *MHLS* (Fn. 2), Rn. 169.

²⁰ So *Scholz/Bitter GmbHG-Komm* vor § 64 Rn. 128; *Kilger/K. Schmidt Komm z KO* § 6 Anm. 2a.

²¹ St. Rspr.: *BGHZ* 24 (393) 396; 88 (331) 334.

²² So *Nerlich aaO* (Fn. 2), Rn. 170.

²³ *Mezger aaO* (Fn. 5), *passim*; zu Unterschieden des Verwalters gegenüber einem Liquidator s. S. 245 ff.

²⁴ *Nerlich aaO* (Fn. 2), Rn. 166, also auch Warenzeichen, Nießbrauch, beschränkt pers. Dienstbarkeiten.

²⁵ *Nerlich aaO* (Fn. 2), Rn. 155.

²⁶ *Nerlich aaO* (Fn. 2), Rn. 178.

- Vertretung gegenüber dem Handelsregister (soweit nicht der Verwalter handelt bzw. solange nicht die Handlungsfreiheit des Verwalters beschnitten wird)²⁷;
- Wahrung der Rechte der Schuldnerin im Insolvenzverfahren²⁸;
- Erfüllung der inner-gesellschaftlichen Organisation mit Gesellschaftern oder Aufsichtsrat (Einberufung von Gesellschafterversammlungen; Satzungsänderung, soweit nicht das Verwalterhandeln beschnitten wird: bspw. Kapitalerhöhung)²⁹

Diese Residualkompetenzen des Geschäftsführers dürften den Charakter des Amtes des Verwalters als Insolvenz-Liquidator nicht infrage stellen³⁰.

Herkömmlicherweise wird auch die Verwaltung nicht insolvenzgebundenen Vermögens zu den Residualkompetenzen des Geschäftsführers gezählt³¹ – dies missachtet aber einen Paradigmenwechsel zwischen KO und InsO. Nach altem (KO)-Recht war die Verwaltung von Neuvermögen eine Aufgabe der Geschäftsführer, weil damals Neuerwerbe nicht in die Insolvenzmasse fielen – mit der Regel des § 35 Abs. 1 InsO entfällt dies; auch dies muss – wird aber bislang nicht – bei der Neubestimmung der „Freigabe“ berücksichtigt werden.

Auch bei Eröffnung der Insolvenz einer AG (§ 262 Nr. 3 AktG) wird ausnahmsweise – anders als bei der Liquidation – kein Abwickler bestimmt: § 264 Abs. 1 S. 2 AktG. Auch hier ergibt sich ein vergleichbares Bild: die Insolvenz läuft – in Abkehr von der KO, wo die AG auf Antrag der Abwickler/Vorstände gelöscht wurde – auf die Löschung der AG gemäß § 394 FamFG hinaus; J. Koch³² folgert unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte daraus, dass die Vollabwicklung vom Verwalter anzustreben ist (wenn nicht eine Sanierung nach den ESUG-Regeln gelingt).

Zwar bleiben auch hier die Vorstände erhalten, um ihre innergesellschaftliche Rolle und die Vertretung gegenüber dem Handelsregister auszuüben, aber sie verlieren sämtliche Kompetenzen hinsichtlich des Vermögens der Schuldnerin: in Ableitung der Überlegungen von Friedrich Weber über die Funktionszuordnung zwischen Verwalter und Gesellschaftsorganen³³ ergibt sich für das Vermögen eine Alleinzuständigkeit des Verwalters³⁴, sog. „Verdrängungsbereich“.

Für die Vorstände verbleiben die Vertretung der AG gegenüber dem Verwalter, die „insolvenzneutralen gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeiten“ sowie – hier bestritten – die Verwaltung neutralen Vermögens³⁵.

²⁷ Nerlich aaO (Fn. 2), Rn. 150.

²⁸ Nerlich aaO (Fn. 2), Rn. 149.

²⁹ Nerlich aaO (Fn. 2), Rn. 150.

³⁰ Ebenso Mezger aaO (Fn. 5) S. 305 ff, 313.

³¹ Nerlich aaO (Fn. 2), Rn. 165.

³² In MüKo AktG § 264 Rn. 35.

³³ Dazu J. Koch aaO (Fn. 32), Rn. 44 f.

³⁴ J. Koch aaO (Fn. 32), Rn. 45; ähnlich Mezger aaO (Fn. 5), S. 307 ff.

³⁵ J. Koch aaO (Fn. 32), Rn. 62 (ff.).

Daneben gibt es wie bei der GmbH einen „Überschneidungsbereich“: die Gesellschaftsorgane dürfen tätig werden, solange sie die Handlungsfreiheit des Verwalters nicht einschränken³⁶. Wie bei der GmbH ergeben sich Kompetenzen des Verwalters – insbesondere bei der Verwertung der Masse, die über die Kompetenzen des Abwicklers hinausgehen: Verkauf des Unternehmens oder wesentlicher Teile (entgegen Holzmüller) – mit oder ohne Firma – ohne Beteiligung der Gesellschafter/Aufsichtsrat³⁷, Auflösung aller Arbeitsverhältnisse – einschl. der der Vorstände³⁸.

Gegen die Funktion des Verwalters als Insolvenz-Liquidator kann – und wird – einzig die Möglichkeit einer Freigabe von Vermögen angeführt – und daraus ein Nebeneinander von Insolvenzverfahren und Abwicklung gefolgert³⁹. Erneut ist darauf hinzuweisen, dass diese Argumentation aus KO-Zeiten stammt, in denen Neuerwerb nicht in die Masse fiel. Unter Geltung des § 35 Abs. 1 InsO ist massefreies Vermögen hingegen ein Fremdkörper.

➤ Die Interpretation der Freigabe als Dereliktion vermeidet dieses Problem.

Grundsätzlich gilt: Wirtschaftsgüter werden über das Eigentum einer Person zugeordnet; für die von einem Rechtsträger eingegangenen Verpflichtungen haftet deren gesamtes Vermögen, also sämtliche Wirtschaftsgüter.

Wie K. Schmidt vor kurzem plastisch dargestellt⁴⁰ hat, gilt dieser Grundsatz uneingeschränkt bei juristischen Personen und bei (kapitalistischen⁴¹) Handelsgesellschaften. Konsequenterweise wird mit Insolvenzeröffnung auch das gesamte Vermögen des Schuldners Insolvenzmasse: § 35 Abs. 1 InsO.

Einschränkungen dieses Grundsatzes kennt das Handelsrecht nur für den Kaufmann, bei dem zwischen Unternehmens- und Privatvermögen unterschieden⁴² wird sowie das Gesellschaftsrecht nur für den Kommanditisten; Versuche einer Haftungsbegrenzung auf das Vermögen einer GbR hat die Rechtsprechung nach Erstreckung des § 128 HGB auf GbR-Gesellschafter auf Ideal-GbRs, Massen-GbRs und Individualabreden (außerhalb des öffentlichen Rechts) beschränkt⁴³. Bei Menschen sind zudem die Beschränkungen der §§ 850 ff. ZPO zu beachten – da deren Geltung im Insolvenzrecht in §§ 35 ff. InsO geregelt ist, soll dieser Frage im Zusammenhang mit der Freigabe an Selbstständige vertieft nachgegangen werden.

An sich folgt aus diesem grundsätzlichen Befund, dass der Verwalter das Unternehmen einer juristischen Person einschließlich der überlasteten Teile (insbesondere Immobilien) abzuwickeln

³⁶ J. Koch aaO (Fn. 32), Rn. 78 (ff.).

³⁷ J. Koch aaO (Fn. 32), Rn. 56 f.

³⁸ J. Koch aaO (Fn. 32), Rn. 54, 58.

³⁹ J. Koch aaO (Fn. 32), Rn. 36 unter Hinweis auf die hier kritisierten BGH-Judikate sowie *Uhlenbruck / Hirte* § 35 Rn. 72.

⁴⁰ K. Schmidt JuS 2017, 809 (810 f.) unter Verweis auf *ders.* Handelsrecht (2014) § 3 Rn. 44 ff.

⁴¹ Da der Fokus der Darstellung von K. Schmidt im Herausarbeiten der Nachteile des Einzelunternehmers liegt, hat er die Hybrid-Formen der Personenhandelsgesellschaften nicht differenziert.

⁴² Dazu K. Schmidt JuS 2017, 811

⁴³ Näher MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 714 Rn. 58 ff., 66 f.

hat, wie Karsten Schmidt unter Hinweis auf die derzeitige Vergesellschaftung von Abwicklungskosten zugunsten der Gläubiger der insolventen juristischen Person engagiert vertritt⁴⁴. Dies ist auch häufig machbar: Peters weist darauf hin, dass die Hauptgruppe: Altlastenbeseitigung, nur zu (anzumeldenden) Insolvenzforderungen führt, so dass hier eine Freigabe nicht erforderlich ist⁴⁵.

In einer Planinsolvenz muss die Altlasten-Kontamination (ebenso wie eine Überschuldung) eines Grundstücks im Plan im Einzelnen geregelt werden.

Liegen solche Konstellationen nicht vor – und will man dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit zum Ausscheiden der überlasteten Immobilie aus der Masse einräumen, so wäre die Annahme, dass die Freigabe bei einer juristischen Person zur Dereliktion (§ 928 BGB) führt, angesichts des Fehlens eines handlungsfähigen Schuldners⁴⁶ die systematisch richtigere Wirkung der „Freigabe“; die Annahme, es gäbe auch bei juristischen Personen ein „übriges“, insolvenzfrees Vermögen, durchbricht die Grundregeln des Gesellschaftsrechts.

Bei Menschen (und personalistischen Handelsgesellschaften) ist zu konzедieren, dass es ein Vermögen neben der in die Insolvenz gefallenen Masse geben kann.

2. Freigabe von Prozessen: §§ 85 f. InsO

Als Fall einer Freigabe wird die Regelung in § 85 InsO angesehen, obwohl der Begriff dort nicht genutzt wird⁴⁷. Nach § 85 Abs. 1 InsO darf der Insolvenzverwalter einen Rechtsstreit um eine Forderung, die der spätere Schuldner für sein Vermögen reklamierte, (nach Unterbrechung gemäß § 240 ZPO) wieder aufnehmen und für die Insolvenzmasse beanspruchen. Nimmt er einen Aktivprozess (meist wegen zu hohen Prozessrisikos) nicht wieder auf, so ergibt sich aus der Regelung des § 85 Abs. 2, dass die vom Schuldner behauptete Forderung dann „vom Schuldner“ weiterverfolgt werden kann.

Der eingangs zitierten BGH-Entscheidung lag ein solcher Fall zugrunde. Das Berufungsgericht hatte entschieden, „eine Personengesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter weder eine natürliche Person noch eine nicht insolvente juristische Person sei“, könne kein übriges Vermögen haben, deshalb könne der Insolvenzverwalter den Rechtsstreit nicht an den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH abgeben. Dieser Ansicht hat der BGH widersprochen und die Fortführung des Prozesses angeordnet.

⁴⁴ K. Schmidt NJW 2010, 1489 ff.; ihm folgend: Hans-Fr. Müller, NZI 2013, 803 f.

⁴⁵ MüKoInsO/Peters aaO (Fn. 2), InsO § 35 Rn. 98 f.

⁴⁶ Will man nicht § 199 S. 2 InsO auch hier anwenden; dazu gleich u. III.2.

⁴⁷ So ebenfalls BGH v. 21.4.2005, IX ZR 281/03 und v. 7.12.2006, IX ZR 161/04.

Kritisch anzumerken bleibt, dass der BGH in seiner Begründung nicht zwischen Menschen, Personengesellschaften und juristische Personen unterschieden hat – insbesondere hat er nicht thematisiert, dass nach § 85 Abs. 2 InsO ein solcher Prozess an den „Schuldner“ freizugeben ist.

Bei juristischen Personen wird der Schuldner mit Insolvenzeröffnung jedoch – vermögensrechtlich allein – durch den Insolvenzverwalter vertreten – eine Freigabe an sich selbst kann somit nicht helfen. Das vom BGH für diese Lösung angeführte Prozesskosten-Risiko würde nicht entstehen, wenn man die Regelung des § 86 Abs. 2 InsO – keine Kosten für die Masse bei sofortigem Anerkenntnis – auf eine Ablehnung des Insolvenzverwalters nach § 85 Abs. 2 InsO für anwendbar hält.

Mit der hier hergeleiteten⁴⁸ Interpretation, dass fallierte Gesellschaften durch den Insolvenzverwalter vertreten werden, bliebe allerdings § 85 Abs. 2 InsO bei juristischen Personen ohne Anwendung. Folglich wäre der Prozess – in entsprechender Anwendung des § 199 S. 2 InsO zur Überschussverteilung – an die Gemeinschaft der Anteilseigner abzugeben.

Bei § 199 InsO hat der Gesetzgeber in Satz 1 angeordnet, dass ein nach Befriedigung der Gläubiger verbleibender Überschuss an den Schuldner auszukehren ist; und hat in Satz 2 geregelt, dass „wenn der Schuldner keine natürliche Person ist, der Überschuss an die Anteilseigner „wie bei einer Abwicklung außerhalb des Insolvenzverfahrens“ zu verteilen ist. Somit hat er gesehen, dass bei juristischen Personen diese durch die Insolvenz aufgelöst werden und „der Schuldner“ nicht mehr Träger von Rechten werden kann. Dieser Gedanke fehlt bei § 85 Abs. 2 und kann aus § 199 InsO ergänzt werden, weil beide Situationen vergleichbar sind; in beiden Fällen soll etwas aus der Insolvenzmasse an den ursprünglichen Träger des Unternehmens zurückgewährt werden. Mit dem Hinweis auf § 199 S. 2 InsO hat der BGH auch das Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellung eines Widerspruchs gegen einen gerichtlichen Titel gemäß § 184 Abs. 2 InsO seitens einer GmbH begründet⁴⁹, so dass der Rechtsgedanke aus § 199 nicht auf das Ende der Insolvenz beschränkt ist⁵⁰.

Gleichzeitig erübrigt sich damit das widersprüchliche Konstrukt des BGH⁵¹, dass eine juristische Person in Abwicklung plötzlich ein übriges Vermögen zugeordnet wird, für das der berufene Verwalter nicht zuständig sein soll. Nach der hier vertretenen Lösung wird „der Schuldner“ bei § 85 InsO damit bei juristischen Personen nicht durch den (die Insolvenz erzeugt habenden) Geschäftsführer vertreten, sondern ist durch deren Anteilseigner bzw. die Gemeinschaft dieser zu ersetzen.

In casu ergibt der mitgeteilte Sachverhalt jedoch, dass es um eine GmbH & Co KG, mithin eine Personengesellschaft ging, für die auch nach hier vertretener Ansicht ein „übriges Vermögen“ in

⁴⁸ Siehe III.1.

⁴⁹ BGH v. 11.7.2013 (IX ZR 286/12); leider ergibt sich aus der Veröffentlichung nicht, wer seitens der GmbH geklagt hat.

⁵⁰ So aber *Mezger* aaO (Fn. 5), S. 251

⁵¹ So BGH aaO (Fn. 49) Rn. 18 f.; kritisch dazu *Hans-Fr. Müller* NZI 2013, 801, 803 f.

der Hand der Gesellschafter – und durch diese vertreten, möglich ist. Die Gesamthftung der Gesellschafter nach §§ 128 f. HGB ermöglicht es, den Komplementär als „Schuldner“ iS dieser Vorschrift anzusehen – sollte die Komplementär-GmbH selbst in Insolvenz gefallen sein, so kann auch deren Verwalter selbstständig entscheiden, ob er den Prozess weiterführt.

Eine Anwendung des § 199 S. 2 InsO führt indes zum gleichen Ergebnis. Eine Erstreckung dieser Regelung auf Personengesellschaften ohne persönlich haftenden Menschen entspricht der Systematik der §§ 15 f. InsO, die für juristische Personen und Personengesellschaften ohne persönlich haftenden Menschen gleiche Anforderungen stellt.

3. Stützt § 35 Abs. 2 InsO die herrschende Auffassung?

Seit 2007 kann die herrschende Ansicht vom Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Schuldner auf § 35 Abs. 2 InsO verweisen⁵². Dort ist ein Fall der Freigabe ausdrücklich geregelt – die Freigabe des für eine selbstständige Tätigkeit nützlichen Vermögens. Zwar wird auch dort der Begriff Freigabe nicht verwendet, aber der Insolvenzverwalter scheidet dabei Vermögensgegenstände aus der Insolvenzmasse aus. Sinnvollerweise müssen diese in die Verfügungsgewalt des Selbstständigen überwechseln, sonst könnte letzterer seine „selbstständige Erwerbstätigkeit“ nicht fortsetzen oder (wieder) aufnehmen⁵³. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung dem Interesse des Schuldners Rechnung tragen, sich durch eine gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit eine neue wirtschaftliche Existenz zu schaffen⁵⁴. Dazu sollen einerseits die aus seiner fortgesetzten gewerblichen Tätigkeit erzielten Einkünfte des Schuldners den (Neu-)Gläubigern, die nach Verfahrenseröffnung mit dem Schuldner kontrahiert haben, als selbstständige Haftungsmasse zur Verfügung stehen und andererseits die Masse des bereits eröffneten Verfahrens von Verbindlichkeiten des Schuldners aus seiner weiteren gewerblichen Tätigkeit freigestellt werden⁵⁵.

Im Urteil vom 9. Februar 2012 hat sich der BGH ausführlich mit der Abgrenzung zwischen Massezugehörigkeit und freigegebenem Vermögen – und Vertragsverhältnissen auseinandergesetzt, um festzustellen, dass ein Mietverhältnis, welches der selbstständigen Tätigkeit dient, durch die Freigabe automatisch übergeleitet wird⁵⁶. Die weitere Entscheidung, dass eine vor Insolvenzeröffnung vereinbarte Globalzession mit der Freigabe wieder in Wirkung erwächst⁵⁷, wird wohl auch vom Senatsvorsitzenden als unglücklich eingeschätzt, weil sie den beabsichtigten Neustart konterkariert.

⁵² So bspw. BGH IX ZR 165/12 v. 18.4.2013, NZI 2013, 641 ff., Rn. 23.

⁵³ So BGH IX ZR 165/12, Rn. 23 (Fn. 52); BGH NZI 2011, 633, Rn. 11.

⁵⁴ BT-Drucks. 16/3227, S. 17.

⁵⁵ BT-Drucks., aaO.

⁵⁶ BGH IX ZR 75/11 v. 9.2.2012 (BGHZ 192, 322 ff.).

⁵⁷ BGH-Urteil v. 18.4.2013, IX ZR 165/12 (s. Fn. 52).

In der jüngsten Entscheidung v. 25. Januar 2018 hat der Senat sein Verständnis noch einmal dahin zusammengefasst⁵⁸:

„Die Erklärung nach § 35 Abs. 2 S. 1 zerschneidet das rechtliche Band zwischen der Insolvenzmasse und der durch den Schuldner ausgeübten selbständigen Tätigkeit und leitet die der selbständigen Tätigkeit dienenden Vertragsverhältnisse von der Masse auf die Person des Schuldners über (BGH v. 9.2.2012). Die Neugläubiger, die nach der Freigabe Forderungen gegen den Schuldner erworben haben, können 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.“

Wer Selbständiger ist, wird meist nicht definiert; nur Jilek⁵⁹ weist darauf hin, dass dies neben Freiberuflern⁶⁰ (Selbständigen iS § 18 EStG) auch Gewerbetreibende und Unternehmer seien, Berufsgruppen, die ihren Broterwerb nicht im Angestelltenverhältnis ausüben. Meines Erachtens müssten auch Land- und Forstwirte hier aufgeführt werden (also die in § 2 Nr. 1 EStG unter Verweis auf §§ 13, 15, 18 EStG aufgeführten Berufsgruppen).

Die folgenden §§ 36 und 37 InsO regeln weitere Fälle, in denen Teile des Schuldnervermögens nicht Bestandteil der Insolvenzmasse werden, so dass es daneben noch ein „übriges Vermögen“ geben kann. Eine Durchsicht der §§ 35 (Abs. 2) – 37 InsO⁶¹ ergibt jedoch, dass diese Regelungen nur bei Menschen, also natürlichen Personen greifen⁶²:

§ 36 InsO nimmt folgende Gegenstände aus der Insolvenzmasse heraus:

- Unpfändbare Gegenstände und Forderungen (insbesondere Grundlohn gemäß §§ 850c ff. ZPO und pfändungsgeschützte Alterseinkommen: § 851c ZPO)
- Hausrat, insbesondere wenn ein möglicher Erlös zum Wert für den Schuldner außer Verhältnis stünde

§ 37 InsO enthält Regeln für den Fall eines Gesamtgutes von Ehegatten.

Es ergibt sich somit, dass diese Regeln nicht für eine Erweiterung / Analogie bei Personengesellschaften oder gar juristischen Personen offen sind. Damit bleibt es bei der Grundregel des § 35 Abs. 1 InsO: das gesamte Vermögen des Schuldners wird als Insolvenzmasse erfasst und gemäß § 80 InsO unter die Verfügungsgewalt des Insolvenzverwalters gestellt.

⁵⁸ BGH IX ZA 19/17 Rn. 10 (hier zitiert nach BGH-internet-Ausdruck: ECLI:DE: BGH:2018:250118: BIXZA19.17.0).

⁵⁹ BeckOK InsO/Jilek InsO § 35 Rn. 69.

⁶⁰ BGH v. 18.4.2013, IX ZR 165/12 (NZI 2013, 641) betraf einen solchen Fall eines Orthopäden.

⁶¹ Ebenso wie §§ 83, 100, 278 InsO.

⁶² Darauf weist K. Schmidt Jus 2015, 809, 815 nachdrücklich hin.

Die Sonderregeln der §§ 35 Abs. 2 – 37 korrelieren mit dem Befund, dass nur Menschen (auch bei Zusammenschluss in Handelsgesellschaften) mehrere Vermögen haben können; wie es auch in § 343 HGB nur für den Einzelkaufmann zum Ausdruck kommt⁶³.

4. Schlussfolgerungen

Eine Freigabe außerhalb der §§ 35 Abs. 2 ff. oder 85 f. InsO erfolgt seit dem Systemwechsel in § 35 Abs. 1 InsO *contra lege lata* – und ist nicht mehr durch eine gewohnheitsrechtliche Freigabe gedeckt: § 35 Abs. 2 InsO ist eine Ausnahmeregel und keine Klarstellung einer allgemeinen Freigabe – entgegen dem obiter dictum im BGH-Beschluss vom 25. Januar 2018⁶⁴. Daher bedarf jede Freigabe einer sorgfältigen Begründung. Dabei hilft die Erwähnung bei § 32 Abs. 3 InsO seit 2007 nicht weiter, weil die damit aufgezeigte Möglichkeit der Freigabe von Immobilien auch als Verweis auf § 35 Abs. 2 InsO gedeutet werden kann; jedenfalls ist dort auch die Rückgabe einer Praxisimmobilie denkmöglich, so dass es schon einer Begründung bedarf, diesen Verweis darüber hinaus anzuwenden. Hier ist allerdings zu konzedieren, dass die historische Auslegung (§ 32 Abs. 3 InsO gilt unverändert seit 1999) dazu führt, dass ein solcher Anwendungsbereich eröffnet ist, wenn die Freigabe den Zielen der Insolvenz dient (dazu IV).

Eine Erstreckung der Freigabe gemäß § 35 Abs. 2 InsO dahingehend, dass bei Gesellschaften „ohne Rechtspersönlichkeit“, also der GbR und den Handelsgesellschaften, Vermögen an Gesellschafter ausgehändigt wird, lässt sich auf die Regelung des § 84 InsO stützen, wonach die Auseinandersetzung einer solchen Gesellschaft außerhalb der Insolvenz stattfindet – sowie auf die umfassende Haftung der Gesellschafter von Personengesellschaften gemäß §§ 128 f. HGB, 708, 714 BGB auch mit dem nichtunternehmerischen Vermögen.

Anwendungsfall dieser Ansicht wäre beispielsweise die Übergabe einer in Insolvenz gefallenen Gemeinschaftspraxis an die fallierten Ärzte bzw. einige davon.

Somit ergibt sich aus § 35-37 InsO, dass natürliche Personen und deren Zusammenschlüsse mehrere Vermögen haben können; hier wäre also neben der Dereliktion auch die Übertragung an den Schuldner möglich. Ob die Freigabe an den privaten Schuldner obligationsmäßig ist, muss sich anhand weiterer Regelungen, insbesondere den Zielen gemäß § 1 InsO entscheiden.

5. Zwischenergebnis

Insgesamt ergibt die Analyse der einzelnen Vorschriften zur Freigabe (und ergänzender Vorschriften), dass die InsO nach Personengruppen differenziert: Menschen können (auch bei Zusammenschluss zu Personengesellschaften) übriges Vermögen haben; juristische Personen dagegen seit 1999 nicht (mehr) – entgegen der ständigen Rechtsprechung. Eine Interpretation der in §

⁶³ Anschaulich K. Schmidt JuS 2015, 809, 810 f.

⁶⁴ IX ZA 19/17, Rn. 6, aaO (Fn. 58); wie hier Mezger aaO (Fn. 5), S. 138 und 236.

32 Abs. 3 InsO erwähnten Freigabe als unmittelbare Dereliktion von überlastetem Grundbesitz würde diesen Bruch bei kapitalistischen Rechtsträgern⁶⁵ vermeiden – ebenso wie die Folgefrage, wer für eine insolvente juristische Person handeln kann.

§ 85 InsO behandelt mit der Freigabe von Aktivprozessen eine andere, spezielle Fallgruppe. Wenn dort in Abs. 2 ein Übergang auf den Schuldner ausgesprochen wird, so ermöglicht eine Heranziehung des § 199 S. 2 InsO bei kapitalistischen Rechtsträgern eine saubere Fortführung nach § 240 ZPO unterbrochener Aktivprozesse.

Für ein Restvermögen neben der Insolvenzmasse eines insolventen kapitalistischen Rechtsträgers findet sich somit kein Ansatz im Gesetz⁶⁶. Es bleibt bei dem Befund: die Freigabe eines Grundstücks einer GmbH / AG etc. müsste unmittelbar in die Dereliktion führen.

Insgesamt ergibt sich, dass eine juristische Person nach Insolvenzeröffnung in Bezug auf ihr Vermögen nur noch vom Verwalter vertreten wird; Immobilien, die dieser obligationsgemäß freigibt, sind herrenlos gemäß § 928 BGB.

Ob bei natürlichen Personen und Personenzusammenschlüssen die Rückübertragung der Verfügungsbefugnis eine obligationsmäßige Form der Freigabe ist, konnte anhand der untersuchten Paragraphen noch nicht entschieden werden, da diesen Personen ein „übriges Vermögen“ zugebilligt wird – allerdings mit der Zielrichtung, ihre menschlichen Grundbedürfnisse zu befriedigen: eine Ausprägung des Sozialstaatsprinzips⁶⁷.

IV. Einordnung nach den Zwecken des § 1 InsO

Abschließend soll dieses Zwischenergebnis noch anhand der Ziele des Insolvenzverfahrens gemäß § 1 InsO überprüft werden, um insbesondere die Frage zu entscheiden, ob die Aussonderung überlasteten Grundbesitzes sich in den Grenzen obligationsmäßigen Ermessens des Insolvenzverwalters hält.

Nach § 1 InsO sind die Ziele des Insolvenzverfahrens zwar einerseits – nach dem eingangs zitierten BGH-Urteil: Hauptzweck⁶⁸ – die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös (gleichmäßig) verteilt wird. Nach Satz 2 soll indessen auch „dem redlichen Schuldner Gelegenheit gegeben werden, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien“. Dieses Ziel wird durch die beschriebene Freigabe-Entscheidung des Insolvenzverwalters durchkreuzt.

⁶⁵ Juristische Personen und GmbH&Co KG; vereinzelt auch GmbH&Co beschränkt haftende oHG.

⁶⁶ Inkonsequent hier *Mezger* aaO (Fn. 5), S. 233 ff.

⁶⁷ Art. 20, 28 GG; so z.B. OLG Köln, NZI 2000, 529; ebenso *Mezger* aaO (Fn. 5), S. 227 mit umfangreichen Nachweisen.

⁶⁸ BGH v. 21.4.2005 aaO (Fn. 1).

Es soll hier nicht verkannt werden, dass es einen grundsätzlichen Konflikt – insbesondere bei Grundstücken, die überlastet sind – gibt: der Konflikt zwischen dem kaufmännisch rationalen Verhalten, per Saldo negatives Vermögen aus der Masse auszuschneiden, und deren doppelter Folge, im ersten Schritt Belastung des Insolvenzschuldners mit diesen Schulden; bei Kontamination meist mit der weiteren Folge, dass die Allgemeinheit auf den Beseitigungskosten sitzen bleibt.

Bei der rechtlichen Einwertung ist zu berücksichtigen, dass sich – mit der Erweiterung um die Verbraucherinsolvenz und die Restschuldbefreiung auch die Ziele eines Insolvenzverfahrens erweitert haben; zu unterscheiden ist zwischen fallierten Menschen und fallierten Unternehmen:

§ 1 InsO normiert – seit 1999 – drei Ziele des Insolvenzverfahrens:

1. Zunächst einmal die *gemeinschaftliche Befriedigung aller Insolvenzgläubiger*⁶⁹,
2. daneben die *abweichende Regelung in einem Insolvenzplan*, in erster Linie die Unternehmensfortführung durch Sanierung sowie
3. die Restschuldbefreiung für den redlichen Schuldner (nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode).

Bei der Unternehmensinsolvenz müssen also die Gläubiger-Interessen mit dem Ziel der Erhaltung des Unternehmens ausgeglichen werden, wobei das Gesetz hier Regeln an die Hand gibt; im Zweifel kann das Gericht die Zustimmung einzelner Gläubiger zum Insolvenzplan ersetzen, wenn diese keine Nachteile gegenüber der Abwicklung erleiden: §§ 244 ff. InsO⁷⁰. Mit dem ESUG⁷¹ sind die Sanierungselemente noch einmal verstärkt worden. Hier wird deutlich, dass die Erhaltung des Unternehmens durch den Insolvenzplan der exekutorischen Funktion gleichgestellt ist⁷²; meines Erachtens ist damit die vom BGH 2005 bekräftigte Rangfolge der Ziele (seit 2012) obsolet, wenn eine Sanierung erfolgsversprechend ist.

Bei der Privatinsolvenz sind ebenfalls zwei Ziele miteinander auszugleichen; das gilt gleichermaßen für die Verbraucherinsolvenz wie für die Regelinsolvenz. Es ist zwar teilweise bezweifelt worden, ob die Restschuldbefreiung ein gleichrangiges Ziel ist⁷³. Da 2013 auch die Möglichkeiten der Restschuldbefreiung noch einmal verstärkt wurden⁷⁴, insbesondere durch die Verkürzung

⁶⁹ Von *Karsten Schmidt* in ders., *KommInsO*, 19. Aufl. 2016, § 1 Rn. 4-6 als „Exekutorische Funktion“ bezeichnet.

⁷⁰ Ebenso: *MüKo InsO-Ganter/Lohmann*, 3. Aufl. 2013, InsO § 1 Rn. 85.

⁷¹ Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen v. 7.12.2011 (BGBl I 2582 ff.).

⁷² *Ganter/Lohmann* aaO (Fn 70) wollen dies auf Fälle einschränken, in denen eine Sanierung möglich ist.

⁷³ Dazu umfassend – und kritisch: *MüKoInsO-Ganter/Lohmann* aaO (Fn. 70), InsO § 1 Rn. 97–99.

⁷⁴ Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte; BGBl. 2013 I 2379 ff.

der Wohlverhaltensperiode bei bestimmter wirtschaftlicher Zielerreichung, ist davon auszugehen, dass die Restschuldbefreiung des redlichen Schuldners ein gleichrangiges Ziel ist⁷⁵.

Damit ist jedoch eine Freigabe zulasten eines Insolvenzschuldners, der Restschuldbefreiung beantragt hat und dessen Verhalten bis dato nicht zu dem Schluss berechtigt, dass eine solche zu versagen sei, der sich also redlich verhält, nicht zu vereinbaren.

Anders als unter der KO hat der Insolvenzverwalter mehrere Ziele im Auge zu behalten und darf sich nicht einseitig auf die Optimierung der Masse zugunsten der Gläubiger positionieren. Auch hier werden die Gläubiger durch die Abwicklung des überlasteten Grundstücks nicht schlechter gestellt, sondern nur – nicht besser – gestellt als vor der Insolvenz.

Solange sich der Schuldner redlich verhält, hat der Insolvenzverwalter diesem gegenüber die Verpflichtung, ihm einen schuldenfreien Neustart zu ermöglichen; er darf ihn nicht mit Neuschulden belasten. Die Rückgabe überlasteten Grundbesitzes als „Freigabe“ an den Schuldner scheidet dann aus.

Da die Freigabe (zur Verwirklichung des exekutorischen Ziels) denktheoretisch sowohl durch Dereliktion als auch durch Rückgabe der Verfügungsbefugnis an den Schuldner ausgeübt werden kann, müssen diese Alternativen an dem Ziel der Restschuldbefreiung gemessen werden. Hier ergibt sich die klare Entscheidung zugunsten einer direkten Dereliktion bei überlastetem Grundbesitz; der Verwalter darf also dem redlichen Schuldner die Immobilie, die diesen gar in die Insolvenz getrieben haben mag, nicht wieder aufbürden – und ihm dann inoffiziell darauf hinweisen, dieser könne sich ja notfalls durch Dereliktion davon lösen, sondern muss diese Aufgabe selbst erledigen!

V. Zusammenfassung

Unter Geltung der KO ließ sich die Freigabe überlasteten Grundbesitzes als Rückgabe in die Verfügungsgewalt des Schuldner für Menschen unproblematisch ableiten, da damals der Neuerwerb nicht in die Insolvenzmasse fiel und folglich diese ein Vermögen außerhalb der Insolvenz besitzen konnten; zudem einziges Ziel des Konkurses die möglichst umfassende Befriedigung der Gesamtheit der Gläubiger war. Die Anwendung dieser Regel auf juristische Personen war auch damals schon umstritten.

Aus den neuen Zielen der InsO ergibt sich, dass „überlasteter Grundbesitz“ in aller Regel durch Aufgabe des Eigentums gemäß § 928 BGB zu entsorgen ist, wenn der Verwalter zur Einschätzung kommt, dass sich kein positiver Beitrag zur Masse daraus erwarten lässt.

⁷⁵ Ebenso *K. Schmidt* aaO (Fn. 69), Rn. 10.

Bei der Insolvenz einer juristischen Person folgt das schon daraus, dass diese kein „übriges Vermögen“ außerhalb der Insolvenzmasse haben kann; im Übrigen – insbesondere bei Aktivprozessen, sollte der § 199 S. 2 InsO „lückenfüllend“ angewendet werden: „Schuldner“-Nachfolger sind demnach die Anteilseigner. Sofern diese eine abweichende Einschätzung zur „Wertausschöpfung“ haben, können diesen Grundstück oder Prozess überlassen werden.

Auch bei Insolvenz eines Menschen ist die Masse insgesamt abzuwickeln, solange der Schuldner sich redlich verhält; der Insolvenzverwalter ist nicht nur den Gläubigern verpflichtet, sondern soll dem redlichen Schuldner auch zu einem Neustart verhelfen. Da eine Rückgabe überlasteter Vermögensegegenstände diesen Neustart nach Restschuldbefreiung durchkreuzt, ist stattdessen die Dereliktion zu wählen; anderenfalls könnte dies einen Schadensersatz nach § 60 InsO zur Folge haben⁷⁶ – eine Freigabe kommt nur dann in Betracht, wenn eine Restschuldbefreiung nicht (mehr) in Aussicht ist – bei Wohnungseigentum sind die Vorteile einer Freigabe gegen die Nachteile dieser für den Schuldner abzuwägen; im Zweifel ist eine schnelle (ggfs. zwangsweise) Veräußerung anzustreben.

Bei Regelinsolvenzen von Freiberuflern besteht (als Ausnahme) die Möglichkeit, diesen schon sofort einen Neustart zu ermöglichen (gegen Abführung eines fiktiven pfändbaren Gehalts) durch Freigabe des Betriebsvermögens, welches auch Grundbesitz umfassen kann. Überlasteter Grundbesitz darf auch hier dem Schuldner nur dann in seine Verwaltung/ Verantwortung freigegeben werden, wenn eine Restschuldbefreiung ausgeschlossen ist.

⁷⁶ Vgl. den Hinweis des BGH im Urteil v. 21.4.2005 aaO (Fn. 1).