



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 272/17

Verkündet am:  
6. Juni 2019  
Preuß  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

BGB §§ 398, 402, 134; StGB § 203 Abs. 1 Nr. 1

Vergütungsforderungen eines Kassenzaharztes gegen seine kassenzahnärztliche Vereinigung können wirksam abgetreten werden, sofern die Informationsrechte des Forderungserwerbers abgedungen sind. Dies ist anzunehmen, wenn der Forderungserwerber den Kassenzahnarzt zur Einziehung der abgetretenen Forderungen ermächtigt.

InsO § 91 Abs. 1; BGB § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2

Eine vor Insolvenzeröffnung von dem Schuldner zur Sicherung vereinbarte Globalabtretung erfasst auch im Fall der zwischenzeitlichen Freigabe der selbständigen Tätigkeit die nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens entstehenden Forderungen des Schuldners.

InsO § 35 Abs. 2, § 91 Abs. 1

Tritt ein als Kassenzahnarzt tätiger Schuldner vor Insolvenzeröffnung ihm zustehende künftige Forderungen gegen seine kassenzahnärztliche Vereinigung zur Sicherung ab und gibt der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung seine selbständige Tätigkeit frei, so fallen diese Forderungen während der Dauer des Insolvenzverfahrens mangels eines wirksamen Erwerbs des Sicherungsnehmers in das frei gegebene Vermögen des Schuldners (Aufgabe von BGH, Urteil vom 18. April 2013 - IX ZR 165/12, WM 2013, 1129).

BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - IX ZR 272/17 - LG Wiesbaden  
AG Wiesbaden

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Grupp, die Richterin Möhring und den Richter Dr. Schoppmeyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Wiesbaden vom 31. August 2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zugunsten des beklagten Landes erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, soweit darüber noch nicht entschieden ist, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist der Vater von C. S. (nachfolgend: Schuldner), dem als freiberuflichem Zahnarzt Vergütungsansprüche gegen die frühere Beklagte zu 2, eine kassenzahnärztliche Vereinigung (nachfolgend: Drittschuldnerin), zustehen. Der Schuldner trat mit Vertrag vom 15. Dezember 1992 gegen die Drittschuldnerin gerichtete Honorarforderungen zur Sicherung an U.

S. (nachfolgend: Erstzessionarin), seine damalige Ehefrau, ab. Durch Vertrag vom 22./25. September 2008 übertrug die Erstzessionarin die ihr abgetretenen Honoraransprüche auf den Kläger.

2 Zwischenzeitlich wurde am 12. September 2008 ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet. Der Insolvenzverwalter gab durch Schreiben vom 1. Oktober 2008 das Vermögen aus der selbständigen Tätigkeit des Schuldners frei.

3 Das beklagte Land erwirkte am 18. Juni 2015 wegen rückständiger Forderungen der Gerichtskasse gegen den Schuldner über 2.444,70 € einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, durch den Ansprüche des Schuldners gegen die Drittschuldnerin gepfändet wurden. Der Kläger hat beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss für unzulässig zu erklären. Das Amtsgericht hat das Begehren abgewiesen. Nach Begleichung der gepfändeten Forderung durch die Drittschuldnerin hat der Kläger im Berufungsrechtszug beantragt, das beklagte Land zur Zahlung von 2.440,70 € zu verurteilen. Die Berufung ist zurückgewiesen worden. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

#### Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

5           Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausge-  
führt:

6           Soweit die Klage nach Auskehr der gepfändeten Forderung auf Zahlung  
umgestellt worden sei, handele es sich um eine sachdienliche Klageänderung  
(§ 533 ZPO). Der Berufung sei jedoch in der Sache der Erfolg zu versagen, weil  
der Beklagte durch die Einziehung der Forderung nicht in die Forderungszu-  
ständigkeit des Klägers eingegriffen habe.

7           Der Beklagte habe wirksam eine dem Schuldner gegen die Drittschuld-  
nerin zustehende Forderung gepfändet. Die klägerseits geltend gemachten Ab-  
tretungen könnten dies nicht ändern, weil sie jeweils wegen eines Verstoßes  
gegen ein gesetzliches Verbot (§ 203 StGB iVm § 134 BGB) nichtig seien.  
Grund hierfür sei, dass selbst bei Abtretung von Honoraransprüchen gegen ei-  
ne kassenzahnärztliche Vereinigung die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB we-  
gen Missachtung von § 203 StGB nur dann vermieden werden könne, wenn die  
Geltung des § 402 BGB, namentlich die den Abtretenden treffende Auskunfts-  
und Urkundenvorlagepflicht, ausgeschlossen werde. Dies sei hier nicht gesche-  
hen.

8           Unbeschadet vorstehender Ausführungen stehe der Wirksamkeit der Ab-  
tretungen § 8 der Abrechnungsordnung der Drittschuldnerin vom 20. Juli 2005  
entgegen, die verhindere, dass die Forderung uneingeschränkt fungibel entste-  
he. Bei einer Globalzession sei zwischen Forderungen, deren Rechtsboden  
bereits gelegt sei, und Forderungen zu unterscheiden, deren Rechtsgrund erst  
noch geschaffen werden müsse. Da die hier betroffenen Forderungen auf im

jeweiligen Abrechnungszeitraum geschlossenen Verträgen beruhen, sei der Rechtsboden der Forderungen im Zeitpunkt der Zession noch nicht gelegt worden. Folglich trete ein Durchgangserwerb bei dem Schuldner ein, so dass einer Zession, die den Vorgaben des § 8 der Abrechnungsordnung nicht genüge, unwirksam sei. Im Blick auf den Erlass der Abrechnungsordnung begründe weder das Gesetz noch die Hauptsatzung der Drittschuldnerin ein Genehmigungserfordernis als Wirksamkeitsvoraussetzung.

## II.

9            Diese Ausführungen halten in entscheidenden Punkten rechtlicher Prüfung nicht stand. Der Kläger kann die gegen die Drittschuldnerin gerichteten Vergütungsforderungen des Schuldners im Wege der Abtretung wirksam erworben haben. Eine Abtretung der gegen die Drittschuldnerin gerichteten Vergütungsforderungen scheitert nicht an dem Verstoß gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB, § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB), weil der Informationsanspruch des Abtretungsempfängers aus § 402 BGB wirksam abbedungen wurde.

10           1. Soweit das Bundessozialgericht in einer vergleichbaren Konstellation die Abtretung von Vergütungsforderungen gegen eine kassen(zahn)ärztliche Vereinbarung ohne weiteres als gültig eingestuft und angenommen hat, der Vertragszahnarzt werde eine Weitergabe der Patientendaten ablehnen (BSG, Urteil vom 27. Juni 2018 - B 6 KA 38/17 R, GesR 2018, 729 Rn. 16), kann dieser Würdigung nicht beigetreten werden.

11           a) Wegen der aus § 402 BGB folgenden umfassenden Informationspflicht gegenüber dem neuen Gläubiger hat die Abtretung von Honorarforderungen von Ärzten gleichermaßen wie die von Rechtsanwälten in aller Regel die Preis-

gabe von anvertrauten Geheimnissen zur Folge und ist deshalb bei fehlender Einwilligung der Patienten oder Mandanten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Regel wegen Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 StGB gemäß § 134 BGB nichtig (BGH, Urteil vom 10. Juli 1991 - VIII ZR 296/90, BGHZ 115, 123, 124 ff; Beschluss vom 17. Februar 2005 - IX ZB 62/04, WM 2005, 850, 851 mwN; Urteil vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 11; vom 10. Februar 2010 - VIII ZR 53/09, NJW 2010, 2509 Rn. 11). Der Schuldner kann seine Verpflichtung, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweis der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern, ohne Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB) nicht erfüllen (BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 11. Juli 2007 - 1 BvR 1025/07, NJW 2007, 3707, 3708; BGH, Urteil vom 25. März 1993 - IX ZR 192/92, BGHZ 122, 115, 117 f; vom 21. Januar 2010, aaO; vom 10. Oktober 2013 - III ZR 325/12, NJW 2014, 141 Rn. 9). Durch die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit eines solchen Vertrags (§ 134 BGB) sollen die Patienten und Mandanten vor einer Weitergabe von "Geheimnissen", die sie einem Angehörigen der genannten Berufsgruppe anvertraut haben, ohne Vorliegen einer entsprechenden Zustimmungserklärung geschützt werden. Auf diese Weise wird zugleich dem durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Recht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung getragen (BGH, Urteil vom 13. Juni 2001 - VIII ZR 176/00, BGHZ 148, 97, 101 f; vom 11. November 2004 - IX ZR 240/03, NJW 2005, 507 f).

- 12           aa) Der Bundesgerichtshof hat wiederholt entschieden, dass ohne Zustimmung des Mandanten die Abtretung der Honorarforderung eines Rechtsanwalts wegen der damit nach § 402 BGB verbundenen umfassenden Pflicht (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2013 - III ZR 200/11, NJW 2013, 1092 Rn. 14;

ebenso BVerfG, aaO), dem Zessionar die zur Geltendmachung der abgetretenen Forderung notwendigen Auskünfte zu erteilen, grundsätzlich wegen Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB nichtig ist. Nichts anderes gilt für die Abtretung der Honorarforderungen eines Arztes, den § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB in gleicher Weise zur Verschwiegenheit verpflichtet. Dabei ist anerkannt, dass es für den Verstoß gegen § 203 StGB weder darauf ankommt, ob im Zusammenhang mit der Abtretung tatsächlich Tatsachen offenbart werden, die der Schweigepflicht unterliegen, oder sich dies im Einzelfall etwa wegen eines Geständnisses des Schuldners erübrigt, noch maßgeblich ist, ob die Pflicht zur Information zwischen Zedent und Zessionar ausdrücklich vereinbart ist oder sich als gesetzliche Folge der Forderungsabtretung aus § 402 BGB ergibt (BGH, Urteil vom 13. Mai 1993 - IX ZR 234/92, NJW 1993, 1912; vom 5. Dezember 1995 - X ZR 121/93, NJW 1996, 775 mwN). Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass es die Erteilung der zur Geltendmachung einer solchen Honorarforderung - etwa zum Nachweis der Erfüllung eines bestimmten Gebührenbestandes - notwendigen Auskünfte (§ 402 BGB) typischerweise erfordert, nicht nur das Mandantschafts- oder Patientenverhältnis als solches, sondern auch die Erledigung einer ganz bestimmten Angelegenheit gegenüber dem Zessionar offenzulegen, was nicht ohne Mitteilung persönlicher Daten geschehen kann, die dem Schweigepflichtigen von seinem Auftraggeber unter dem Schutz der Verschwiegenheitspflicht anvertraut worden sind (BGH, Urteil vom 20. Mai 1996 - II ZR 190/95, NJW 1996, 2576).

- 13           bb) Der Umfang der gesetzlichen Informationspflicht, die im Fall einer Mehrfachabtretung zugunsten des Letztzessionars im Verhältnis zu dem Erstzedenten fortwirkt (Staudinger/Busche, BGB, 2017, § 402 Rn. 5; Erman/Westermann, BGB, 15. Aufl., § 402 Rn. 2), wird auch nicht durch § 203 StGB inzident auf solche Tatsachen begrenzt, deren Offenbarung nicht tatbestands-

mäßig und daher straffrei ist. Sie umfasst - ungeachtet ihrer strafrechtlichen Relevanz - vielmehr alle diejenigen Informationen, die der Zessionar benötigt, um die abgetretene Forderung mit Erfolg gegen den Schuldner durchsetzen zu können (BGH, Urteil vom 8. Juli 1993 - IX ZR 12/93, NJW 1993, 2795; vom 5. Dezember 1995, aaO). Entscheidend für den Verstoß gegen das Verbotsgesetz des § 203 StGB ist die mit der Abtretung eingegangene Verpflichtung zur Offenbarung von Geheimnissen. Ob es später tatsächlich erforderlich ist, der Verschwiegenheitspflicht unterliegende Tatsachen zu offenbaren, oder ob sich dies erübrigt, ist ohne Bedeutung (BGH, Urteil vom 13. Mai 1993 - IX ZR 234/92, NJW 1993, 1912; vom 5. Dezember 1995, aaO). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die in § 402 BGB normierten Informationspflichten des Schuldners ausdrücklich oder stillschweigend abbedungen worden sind (BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 11).

14            b) Diese im Blick auf die Abtretung einer ärztlichen oder zahnärztlichen Honorarforderung an eine gewerbliche Verrechnungsstelle entwickelte Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1991 - VIII ZR 296/90, BGHZ 115, 123, 124 ff) ist auf den vorliegenden Fall der Abtretung von Vergütungsforderungen eines Kassenzahnarztes gegen seine kassenzahnärztliche Vereinigung grundsätzlich zu übertragen (aA BSG, Urteil vom 27. Juni 2018 - B 6 KA 38/17 R, GesR 2018, 729 Rn. 16). Da auch bei einer solchen Gestaltung die Offenbarung von Patientendaten nicht ausgeschlossen werden kann, erweist sich die Abtretung gemäß § 134 BGB, § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Regel als unwirksam.

15            aa) Eine generelle Unterscheidung zwischen der Abtretung von privatärztlichen Vergütungsansprüchen eines Arztes gegen seine Patienten und der Abtretung von Gebührenforderungen eines Arztes gegen seine kassen(zahn)



ärztliche Vereinigung ist nicht angezeigt. Rechtlich ist nicht ausschlaggebend, dass die Gebührenforderung aus einer privatärztlichen Behandlung gegen den Patienten selbst und die Gebührenforderung aus einer vertrags(zahn)ärztlichen Behandlung gegen die kassen(zahn)ärztliche Vereinigung gerichtet ist. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass in einem Praxiskaufvertrag eine Bestimmung gemäß § 134 BGB, § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB als unwirksam anzusehen ist, die den Veräußerer verpflichtet, ohne Einwilligung der betroffenen Patienten die Patienten- und Beratungskartei dem Praxiskäufer zu übergeben (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1991 - VIII ZR 4/91, BGHZ 116, 268, 272). Dabei steht es gleich, ob Patientenunterlagen einem Praxisnachfolger oder einer Verrechnungsstelle offenbart werden (BGH, aaO). Die Unwirksamkeit tritt folglich unabhängig davon ein, ob durch die Abtretung einer gegen den Patienten gerichteten Forderung oder durch die Abtretung einer sonstigen Forderung Patientendaten offenbart werden. Der Verbotstatbestand wird durch die Verletzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Patienten verwirklicht.

16           bb) Die Wirksamkeit der Abtretung kann nicht daraus hergeleitet werden, dass weder im Honorarbescheid noch in den Mitteilungen über die Abschlagszahlungen Informationen über bestimmte Patienten enthalten sind, die nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafrechtlich geschützt sind (in diesem Sinne aber BSG, Urteil vom 27. Juni 2018 - B 6 KA 38/17 R, GesR 2018, 729 Rn. 16).

17           (1) Unabhängig von dem - späteren - Inhalt der Bescheide kann der Zessionar von dem Kassen(zahn)arzt vorab die Erteilung sämtlicher Informationen verlangen, die zur Geltendmachung und Durchsetzung der Forderung gegen die kassen(zahn)ärztliche Vereinigung notwendig sind (BGH, Urteil vom 8. Juli 1993 - IX ZR 12/93, NJW 1993, 2795; vom 5. Dezember 1995 - X ZR 121/93, NJW 1996, 775). Dazu gehören auch die für die Vergütung bedeutsamen nähe-

ren Umstände über die Behandlung der einzelnen Patienten (BSG, Urteil vom 27. Juni 2018 - B 6 KA 38/17 R, GesR 2018, 729 Rn. 16; vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2013 - III ZR 200/11, NJW 2013, 1092 Rn. 14; vom 14. Juni 2012 - III ZR 227/11, NJW 2012, 2582 Rn. 11). Der Zessionar benötigt diese Daten, um die abgetretene Forderung mangels einer dem Kassen(zahn)arzt erteilten Einzugsermächtigung selbst gegenüber der kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung geltend zu machen.

- 18           (2) Die dem Zessionar zu offenbarende Abrechnung eines Kassen(zahn)arztes hat insbesondere die Behandlungsart, die Diagnose oder den Behandlungsgrund, die Gebührennummer, das Datum der Leistungserbringung sowie die Arztidentifikation und die Betriebsstättennummer auszuweisen (Schnappe/Wigge/Steinhilper, Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl., § 16 Rn. 10). Der Vertragszahnarzt ist verpflichtet, über jeden behandelten Kranken Aufzeichnungen zu führen, aus denen die einzelnen Leistungen, die behandelten Zähne und, soweit erforderlich, der Befund sowie die Behandlungsdaten ersichtlich sein müssen (Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 27. Mai 2015 - L 4 KA 50/12, Rn. 168). Folglich können - wie auch das Bundessozialgericht einräumt - Probleme hinsichtlich personenbezogener Daten von Patienten auftreten, wenn im Streit über Honorarberichtigungen oder Maßnahmen der vertrags(zahn)ärztlichen Wirtschaftlichkeitsprüfung Einzelfälle in Rede stehen und der Zessionar vom Vertragszahnarzt gestützt auf § 402 BGB entsprechende personenbezogene Informationen mit der Begründung verlangt, er könne sonst seinen Honoraranspruch in der ihm vermeintlich zustehenden Höhe nicht durchsetzen (BSG, Urteil vom 27. Juni 2018 - B 6 KA 38/17 R, GesR 2018, 729 Rn. 16).

19 (3) Entscheidend für den Verstoß gegen das Verbotsgesetz ist die mit der Abtretung eingegangene Verpflichtung zur Offenbarung von Geheimnissen. Für den Verstoß gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist es ohne Bedeutung, ob es später tatsächlich erforderlich ist, der Verschwiegenheitspflicht unterliegende Tatsachen zu offenbaren, oder ob sich dies erübrigt. Der Auskunftsanspruch des § 402 BGB gegenüber dem Kassen(zahn)arzt als Zedenten hängt nicht davon ab, ob es zum Streit zwischen dem Zessionar und dem Drittschuldner über Bestand oder Höhe der Forderung kommt (BGH, Urteil vom 13. Mai 1993 - IX ZR 234/92, NJW 1993, 1912; vom 5. Dezember 1995 - X ZR 121/93, NJW 1996, 775). Der Auskunftsanspruch kann etwa zu dem Zweck ausgeübt werden, die ordnungsgemäße Abrechnung der Leistungen durch den Kassen(zahn)arzt zu überprüfen. Deswegen wäre der Auskunftsanspruch selbst dann begründet, wenn sich die Abtretung auf die von der Drittschuldnerin tatsächlich abgerechneten Forderungen beschränken würde. Eine solche einschränkende Auslegung käme vorliegend indessen nicht in Betracht, weil die Abtretung ausweislich der Abtretungsurkunde nicht nur die abgerechneten, sondern die "zur Abrechnung gelangenden" Forderungen in voller Höhe umfasst. Vor diesem Hintergrund greift die Überlegung zu kurz, der Zessionar benötige zum Einzug der Forderung lediglich die abstrakte Mitteilung über die Anzahl der Scheine und die ausgeführten Einzelleistungen (vgl. OLGR Hamm 1999, 168, 170). Tatsächlich ist der Zessionar gemäß § 402 BGB berechtigt, umfassende Auskunftsrechte gegenüber dem Kassen(zahn)arzt durchzusetzen.

20 (4) Zudem ist der Arzt nach § 402 BGB verpflichtet, die zum Beweis der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern; dies ist ohne Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB) nicht möglich (BGH, Urteil vom 25. März 1993 - IX ZR 192/92, BGHZ 122, 115, 117 f; vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184,

101 Rn. 11; vom 10. Oktober 2013 - III ZR 325/12, NJW 2014, 141 Rn. 9). Dem Begehren auf Herausgabe von Urkunden ist zu genügen, ohne dass der Zessionar ein besonderes Bedürfnis darzulegen hat (BGH, Urteil vom 22. Dezember 1988 - VII ZR 266/87, NJW-RR 1989, 467, 468; MünchKomm-BGB/Roth/Kieninger, 8. Aufl., § 402 Rn. 8). Die Pflicht zur Auslieferung von Urkunden umfasst auch Schriftstücke, die, wie Ausschreibungsunterlagen, Leistungsverzeichnisse, Korrespondenzen, Zeichnungen und Rechnungen, indirekt zum Beweis des Bestehens und der Höhe einer Forderung geeignet sind (Erman/Westermann, BGB, 15. Aufl., § 402 Rn. 5; MünchKomm-BGB/Roth/Kieninger, aaO; Rosch in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 402 Rn. 19). Bei dieser Sachlage könnte der Zessionar einer kassen(zahn)ärztlichen Vergütungsforderung von dem Kassenarzt auch die Herausgabe der jeweiligen geheimhaltungspflichtigen Patientenunterlagen beanspruchen, welche als Nachweis der Vergütungsforderung zur Abrechnung gegenüber der kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung geeignet sind.

21                    2. Jedoch scheidet im Streitfall ein Verstoß gegen § 134 BGB, § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB aus, weil die Informationsrechte des Klägers aus § 402 BGB im Rahmen einer Abtretungsvereinbarung stillschweigend auf Dauer außer Kraft gesetzt wurden.

22                    a) Der Verbotstatbestand des § 134 BGB, § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB greift nicht ein, wenn die Informationspflichten des § 402 BGB ausdrücklich abbedungen wurden und folglich die Offenbarung sensibler Patientendaten ausgeschlossen ist (BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 11). Die Regelung des § 402 BGB kann auch stillschweigend aufgehoben werden. Dies ist etwa anzunehmen, wenn dem Zedenten im Rahmen einer stillen Zession die Einziehungsbefugnis vorbehalten ist (BGH, Urteil vom 8. Juli

1993 - IX ZR 12/93, NJW 1993, 2795, 2796; vom 21. Januar 2010, aaO; vom 5. Februar 2015 - VII ZR 315/13, NJW 2015, 1300 Rn. 14). Ist die Bestimmung des § 402 BGB vertraglich abbedungen, erlangt der Zessionar durch den grundsätzlich eröffneten freien Widerruf der Einziehungsermächtigung (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1981 - VIII ZR 269/80, BGHZ 82, 283, 290) nicht den Zugriff auf die Patientendaten zurück. Gegen die Wirksamkeit einer derartigen Abtretung bestehen grundsätzlich keine Bedenken, wenn eine Bezeichnung der abgetretenen Forderung in der Weise möglich ist, dass - wie im Streitfall hinsichtlich der gegen die Drittschuldnerin gerichteten Vergütungsforderungen - dadurch noch keine Geheimnisse verraten werden (BGH, Urteil vom 8. Juli 1993, aaO).

23                    b) Soll die Abtretung vertrags(zahn)ärztlicher Honorarforderungen Wirksamkeit entfalten, bedarf es einer vertraglichen Gestaltung, die dem Zedenten die Forderungseinziehung zuweist und dadurch zugleich dem Zessionar die gesetzlichen Informationsrechte aus § 402 BGB versagt. Dieses Ziel kann verwirklicht werden, indem der Zessionar der Vergütungsforderungen dem Kassen (zahn)arzt als Zedent eine Einzugsermächtigung zwecks Erhebung der Forderungen gegenüber der kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung erteilt.

24                    aa) Zur Geltendmachung eines Anspruchs ist berechtigt, wem die materiell-rechtliche Befugnis zur Verfügung über den Gegenstand zusteht. Diese Verfügungsbefugnis besitzt nach ständiger Rechtsprechung auch derjenige, der aufgrund einer Einziehungsermächtigung berechtigt ist, ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend zu machen, also Zahlung an sich zu verlangen. Bei der Einziehungsermächtigung handelt es sich um ein abgespaltenes Gläubigerrecht, das dem Ermächtigten die Sachlegitimation verschafft, Leistung an sich selbst zu verlangen (BGH, Urteil vom 23. März 1999 - VI ZR 101/98, NJW 1999,

2110, 2111; vom 3. April 2014 - IX ZR 201/13, NJW 2014, 1963 Rn. 18). Eine solche Einziehungsermächtigung kann auch mit einer Sicherungsabtretung verbunden sein, wenn dem Zedenten trotz Abtretung des Vollrechts die Befugnis eingeräumt wird, die Forderung im eigenen Namen einzuziehen (BGH, Urteil vom 23. März 1999, aaO).

25           bb) Im Prozess darf ein Kläger ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend machen, wenn ihm der Berechtigte eine entsprechende Ermächtigung erteilt hat und wenn er an der Durchsetzung des Rechts ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat (sog. gewillkürte Prozessstandschaft; vgl. BGH, Urteil vom 19. März 1987 - III ZR 2/86, BGHZ 100, 217, 218; vom 22. Dezember 1988 - VII ZR 129/88, NJW 1989, 1932, 1933 jeweils mwN). Ein solches Interesse des Zedenten ist anzuerkennen, wenn eine Sicherungsabtretung - wie im Streitfall - zur Rückführung eines Darlehens bestimmt ist (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1989 - VII ZR 49/89, NJW 1990, 1117; vom 19. September 1995 - VI ZR 166/94, NJW 1995, 3186).

26           cc) Für die gewillkürte Prozessstandschaft wird grundsätzlich verlangt, dass die Prozessführungsbefugnis in den Tatsacheninstanzen offengelegt wird, weil im Prozess klar sein muss, wessen Recht verfolgt wird. Dies gilt jedoch nicht für die Prozessstandschaft im Falle einer stillen Sicherungsabtretung (BGH, Urteil vom 23. März 1999, aaO). Haben die Beteiligten die Nichtaufdeckung der Abtretung vereinbart, handelt es sich um eine sogenannte stille Zession, die den Zedenten berechtigt, Leistung an sich selbst zu verlangen. Lediglich im Falle der offenen Sicherungsabtretung muss er Zahlung an den Abtretungsempfänger verlangen (BGH, Urteil vom 11. Februar 1960 - VII ZR 206/58, BGHZ 32, 67, 71), wobei die spätere Offenlegung im Prozess der von vornherein offenen

Abtretung gleichsteht (BGH, aaO; vom 22. Dezember 1988 - VII ZR 129/88, NJW 1989, 1932, 1933).

27 c) Durch die von der Erstzessionarin dem Schuldner eingeräumte Einziehungsermächtigung wurden im Streitfall die Informationsrechte des § 402 BGB abbedungen. Die Ermächtigung zur Prozessführung im eigenen Namen braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sie kann sich aus schlüssigem Verhalten des Rechtsinhabers ergeben (BGH, Urteil vom 26. September 1957 - II ZR 267/56, BGHZ 25, 250, 260; vom 21. März 1985 - VII ZR 148/83, BGHZ 94, 117, 122; vom 22. Dezember 1988 - VII ZR 129/88, NJW 1989, 1932, 1933).

28 aa) Die ursprüngliche Abtretungsvereinbarung zwischen dem Schuldner und seiner damaligen Ehefrau als Erstzessionarin ist im Jahre 1992 geschlossen worden. In der Abtretungsurkunde ist geregelt, dass die "zur Abrechnung gelangenden Forderungen" sicherungshalber in voller Höhe an die Erstzessionarin abgetreten werden. Danach oblag ersichtlich dem Schuldner als Kassen(zahn)arzt die Abrechnung der Forderungen gegenüber der kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung ebenso wie deren Einziehung. Die Abtretungsvereinbarung wurde zudem gegenüber der Drittschuldnerin nicht aufgedeckt. Während des seither verstrichenen Zeitraums von rund 25 Jahren wurden die abgetretenen Forderungen ausschließlich von dem Schuldner, wie dies bei einer stillen Zession üblich ist, gegenüber der Drittschuldnerin geltend gemacht. Spätere Vorgänge können zwar den objektiven Vertragsinhalt nicht mehr beeinflussen, aber Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten zulassen (BGH, Urteil vom 24. Juni 1988 - V ZR 49/87, NJW 1988, 2878, 2879; Versäumnisurteil vom 6. Juli 2005 - VIII ZR 136/04, NJW 2005, 3205, 3207; Beschluss vom 13. Oktober 2011

- VII ZR 222/10, ZfBR 2012, 138 f; Urteil vom 11. Oktober 2012 - IX ZR 30/10, NJW-RR 2013, 51 Rn. 14). Vor diesem Hintergrund ist die Annahme gerechtfertigt, dass die Erstzessionarin dem Schuldner in konkludenter Weise eine Einziehungsermächtigung erteilt hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 1957, aaO; vom 21. März 1985, aaO; vom 22. Dezember 1988, aaO).

29

bb) In diesem Zusammenhang kann ferner nicht außer Betracht bleiben, dass das Bundessozialgericht bislang die Frage ausdrücklich offengelassen hat, ob ein Zessionar, der keinen Bezug zur (zahn)ärztlichen Behandlung hat und auch selbst nicht einer berufsbezogenen Schweigepflicht aus § 203 Abs. 1 StGB unterliegt, den an ihn abgetretenen Honoraranspruch vor den Sozialgerichten überhaupt verfolgen kann (BSG, aaO Rn. 16). Angesichts dieser Rechtsunsicherheit liegt es im wohlverstandenen objektiven Interesse des Zessionars einer kassen(zahn)ärztlichen Gebührenforderung, dem Kassen(zahn)-arzt als Zedenten für deren Geltendmachung eine Einziehungsermächtigung zu erteilen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die abgetretene Forderung von niemandem zugunsten des Zessionars durchgesetzt werden könnte. In Anerkennung dieser Sachlage hat der Schuldner mit seinem bis zu dem Bundessozialgericht verfolgten Begehren gegenüber der Drittschuldnerin die Feststellung verlangt, dass der Kläger aufgrund einer wirksamen Abtretung Gläubiger der gegen sie gerichteten Forderungen ist (BSG, Urteil vom 27. Juni 2018 - B 6 KA 38/17 R, GesR 2018, 729 Rn. 5). Damit wurde die stille Zession aufgedeckt, ohne dass der Schuldner seine nunmehr zugunsten des Zessionars geltend zu machenden Einziehungsrechte verlor (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 1988 - VII ZR 129/88, NJW 1989, 1932, 1933; vom 23. März 1999 - VI ZR 101/98, NJW 1999, 2110, 2111).



30 d) Das Einziehungsrecht des Schuldners blieb erhalten, sofern er nach Freigabe seiner selbständigen Tätigkeit durch den Insolvenzverwalter gegen die Drittschuldnerin gerichtete Vergütungsforderungen an den Kläger abgetreten hat. Zwischen dem Schuldner und dem Kläger als seinem Vater bestehen ähnlich enge persönliche Beziehungen wie zwischen dem Schuldner und seiner früheren Ehefrau als Erstzessionarin der Vergütungsforderungen. Die zwischen dem Schuldner und der Erstzessionarin geübte Einziehungspraxis wurde nach einem Forderungserwerb seitens des Klägers uneingeschränkt aufrechterhalten. Deswegen bestand eine die Anwendung des § 402 BGB ausschließende Einziehungsbefugnis des Schuldners auch nach einem Forderungserwerb des Klägers fort.

31 3. Die Abtretung der gegen die Drittschuldnerin gerichteten Vergütungsforderungen an den Kläger scheitert nicht gemäß § 399 BGB an dem in § 8 Satz 2 der Abrechnungsordnung der Drittschuldnerin (AbrO) enthaltenen Abtretungsverbot.

32 a) Die Regelung des § 8 Satz 2 AbrO sieht vor, dass die Abtretung einer kassen(zahn)ärztlichen Gebührenforderung nur zulässig ist, wenn sie der Drittschuldnerin schriftlich angezeigt wird und Abtretungsgläubiger ein Kreditinstitut ist. Dem Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich nicht verwehrt werden, durch Vereinbarung eines Verbots oder zumindest einer Beschränkung der Abtretungsmöglichkeit die Vertragsabwicklung übersichtlich zu gestalten und damit zu verhindern, dass ihm eine im Voraus nicht übersehbare Vielzahl von Gläubigern entgegentritt (BGH, Urteil vom 30. Oktober 1990 - IX ZR 239/89, NJW-RR 1991, 763; vom 17. April 2012 - X ZR 76/11, NJW 2012, 2107 Rn. 9 mwN). In Einklang mit dieser Rechtsprechung, die formularmäßige Abtretungsverbote

nicht erst gestattet, wenn eine Vielzahl von Abtretungen konkret zu befürchten sind, bildet den Zweck der Regelung des § 8 Satz 2 AbrO die Ersparnis von Verwaltungskosten, wenn sich die Drittschuldnerin nur mit ihren Mitgliedern oder mit Kreditinstituten über die Honorarzahungen auseinandersetzen muss (vgl. BSG, aaO Rn. 26). Diese Besorgnis ist indessen nicht gerechtfertigt, wenn der Kassen(zahn)arzt eine abgetretene Forderung kraft einer Einzugsermächtigung für den Zessionar geltend macht. In dieser Lage sieht sich die Drittschuldnerin bei der Abwicklung von Honoraransprüchen nicht rechtsunkundigen und unerfahrenen Dritten gegenüber. Diese Gestaltung wird von § 8 Satz 2 AbrO, weil die Geltendmachung durch den Kassen(zahn)arzt dem Zweck des Abtretungsverbots entspricht, nicht erfasst (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 1992 - IX ZR 57/91, NJW 1992, 1881, 1883; vom 16. September 1999 - VII ZR 385/98, NJW 1999, 3707, 3708).

33            b) Das Bundessozialgericht erachtet die Bestimmung des § 8 Satz 2 AbrO für nichtig, weil sie mangels Konkretisierung der Gefahr, sich im Falle der Zulässigkeit von Abtretungen mit einer Vielzahl von Zessionaren auseinanderzusetzen zu müssen, gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoße (BSG, Urteil vom 27. Juni 2018 - B 6 KA 38/17 R, GesR 2018, 729 Rn. 23 ff). Ob dieser Erwägung zu folgen ist, bedarf nach den vorstehenden Ausführungen keiner näheren Prüfung.

34            4. Allerdings ist zu beachten, dass dem Kläger die im Streit stehenden Vergütungsforderungen gegen die Drittschuldnerin - abweichend von der auf dem Senatsurteil vom 18. April 2013 (IX ZR 165/12, WM 2013, 1129 Rn. 20 ff) beruhenden rechtlichen Würdigung der Vordergerichte und der Parteien - nicht von der Erstzessionarin wirksam abgetreten wurden. Bereits der Erwerb der Forderungen durch die Erstzessionarin von dem Schuldner scheiterte an der

auch im Stadium der Freigabe der selbständigen Tätigkeit (§ 35 Abs. 2 Satz 1 InsO) maßgeblichen Regelung des § 91 Abs. 1 InsO. Zudem bildete sich mit der Freigabe der selbständigen Tätigkeit eine gesonderte, den Neugläubigern vorbehaltene Haftungsmasse. Bei dieser Sachlage erfordert ein Forderungsübergang auf den Kläger eine Abtretung seitens des Schuldners.

35 a) Die im Jahre 1992 vereinbarte Vorausabtretung der Vergütungsforderungen durch den Schuldner an die Erstzessionarin ist gemäß § 91 InsO ab Insolvenzeröffnung unwirksam geworden. Das Erwerbsverbot blieb auch während des Zeitraums der Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners (§ 35 Abs. 2 Satz 1 InsO) erhalten, so dass die Erstzessionarin die Vergütungsforderungen nicht - wie der Senat bisher angenommen hat (BGH, Urteil vom 18. April 2013 - IX ZR 165/12, WM 2013, 1129 Rn. 20 ff; kritisch etwa Hmb-Komm-InsO/Lüdtke, 7. Aufl., § 35 Rn. 274; HK-InsO/Ries, 9. Aufl., § 35 Rn. 83; Heinze, DZWIR 2013, 385 ff; v. Gleichenstein, ZVI 2013, 409, 419 ff; zustimmend Smid, DZWIR 2014, 201, 222 f; Hofmann, EWiR 2013, 551 f) - infolge Konvaleszenz (§ 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB) erlangt hat, sondern vielmehr als Nichtberechtigte außerstande war, die Forderungen wirksam an den Kläger abzutreten. Deshalb kann der Kläger, worauf der Senat die Parteien hingewiesen hat, die Forderungen nur durch eine nach Freigabe der selbständigen Tätigkeit erfolgte Übertragung seitens des Schuldners empfangen haben.

36 aa) Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens konnten Vergütungsforderungen des Schuldners gegen die Drittschuldnerin gemäß § 91 Abs. 1 InsO nicht kraft einer vor Verfahrenseröffnung geschlossenen Globalabtretung auf die Erstzessionarin übergehen. Folglich erweist sich die nachfolgende Abtretung dieser Forderungen durch die Erstzessionarin an den Kläger als unwirksam.

- 37 Laut Inhalt der angeführten Vorschrift können nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Rechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse nicht wirksam erworben werden, auch wenn keine Verfügung des Schuldners und keine Zwangsvollstreckung für einen Insolvenzgläubiger zugrunde liegt. Entsteht die im Voraus abgetretene Forderung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, kann der Gläubiger gemäß § 91 Abs. 1 InsO kein Forderungsrecht zu Lasten der Masse mehr erlangen (BGH, Urteil vom 18. April 2013 - IX ZR 165/12, WM 2013, 1129 Rn. 17). Eine das Erwerbsverbot des § 91 Abs. 1 InsO verdrängende gesicherte Rechtsposition an Honoraransprüchen eines Kassenarztes wird zugunsten des Zessionars frühestens begründet, nachdem der Arzt, woran es vorliegend fehlt, vergütungsfähige Leistungen erbracht hat (BGH, aaO Rn. 19; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Februar 2019 - IX ZR 246/17, DB 2019, 659 Rn. 29 ff).
- 38 bb) Die Globalabtretung des Schuldners an die Erstzessionarin und die darauf aufbauende Abtretung der Erstzessionarin an den Kläger können erst mit der Beendigung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners Rechtswirkung erzeugen.
- 39 (1) Der Insolvenzbeschluss endet mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 200 InsO) oder mit einer anderen Form der Verfahrensbeendigung (§§ 207 ff InsO). Ab diesem Zeitpunkt erhält der Schuldner die volle Verfügungsbefugnis über sein Vermögen zurück (BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2007 - IX ZB 229/06, WM 2008, 305 Rn. 7). Dank der wieder gewonnenen Verfügungsmacht des Schuldners erfasst eine von ihm vor Verfahrenseröffnung erteilte Globalzession nach Verfahrensaufhebung begründete Forderungen (vgl.

BGH, aaO). Dies gilt auch im Falle einer zwischenzeitlichen Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners (§ 35 Abs. 2 Satz 1 InsO).

40

(2) Es ist anerkannt, dass unwirksame Verfügungen des Schuldners entsprechend § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB ex nunc als gültig erstarken, wenn der Schuldner Berechtigter geblieben und das Insolvenzverfahren beendet ist (BGH, Urteil vom 19. Januar 2006 - IX ZR 232/04, BGHZ 166, 74 Rn. 20; Urteil vom 18. April 2013 - IX ZR 165/12, WM 2013, 1129 Rn. 25 f; Jaeger/Windel, InsO, 2007, § 81 Rn. 30; Schmidt/Sternal, InsO, 19. Aufl., § 81 Rn. 16; Münch-Komm-InsO/Ott/Vuia, 3. Aufl., § 81 Rn. 18). Mit Rücksicht auf den Prioritätsgrundsatz darf die Gültigkeit von dem Schuldner vor Verfahrenseröffnung getroffener Verfügungen nicht durch etwaige im Laufe des Insolvenzverfahrens erfolgte Zwischenverfügungen mit Wirkung für den Zeitraum nach Verfahrensbeendigung vereitelt werden (vgl. HK-InsO/Kayser, 9. Aufl., § 81 Rn. 28). Darum beschränkt sich die Wirksamkeit von Verfügungen über Vermögen des Schuldners aus einer frei gegebenen selbständigen Tätigkeit (§ 35 Abs. 2 Satz 1 InsO) auf den Zeitraum der Freigabe, der notwendigerweise mit der Verfahrensaufhebung abläuft. Eine vor Verfahrenseröffnung vereinbarte Globalabtretung erstreckt sich deshalb auf nach Verfahrensaufhebung und zeitgleicher Beendigung der Freigabe der selbständigen Tätigkeit zugunsten des Schuldners begründete Forderungen. Diese Forderungen gehen, ohne dass es einer weiteren Verfügung bedarf, auch im Falle einer zwischenzeitlichen Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners mit Verfahrensaufhebung auf den Zessionar über (vgl. v. Gleichenstein, ZVI 2013, 409, 420). Vorliegend werden Rechte an Forderungen des Schuldners beansprucht, die nach Freigabe seiner selbständigen Tätigkeit während des schwebenden Insolvenzverfahrens begründet wurden. Mangels einer Verfahrensaufhebung bedarf es keiner näheren Prüfung dahin, ob die Forderungen des Schuldners noch während des Insol-

venzverfahrens oder erst nach dessen Beendigung entstanden sind (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2019 - IX ZR 246/17, WM 2019, 550 Rn. 25 ff).

41 cc) Im Streitfall wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners nicht aufgehoben (§ 200 InsO), sondern lediglich seine selbständige Tätigkeit frei gegeben (§ 35 Abs. 2 Satz 1 InsO). Mangels einer Verfahrensbeendigung hinderte das - entgegen der früheren Würdigung des Senats (BGH, Urteil vom 18. April 2013 - IX ZR 165/12, WM 2013, 1129 Rn. 24 ff) - weiter einschlägige Erwerbsverbot des § 91 InsO einen Übergang der Vergütungsforderungen auf die Erstzessionarin. Nur dieses Verständnis wird Sinn und Zweck der Regelung des § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO gerecht, dem Schuldner durch die Freigabe noch vor Abschluss des Insolvenzverfahrens dank des tatsächlichen Erwerbs neuer Vermögenswerte einen wirtschaftlichen Neustart zu eröffnen.

42 (1) Mit Hilfe von § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO wollte der Gesetzgeber eine Rechtsgrundlage statuieren, um den Schuldner bereits während des laufenden Insolvenzverfahrens zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu motivieren und zugleich eine Gefährdung der Masse zu verhindern (BT-Drucks. 16/3227, S. 11). Dadurch sollte das anerkennungswürdige Interesse des Schuldners, sich durch eine gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit eine neue wirtschaftliche Existenz zu schaffen, gefördert werden (BT-Drucks., aaO S. 17; BGH, Urteil vom 9. Februar 2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 Rn. 14). Als Weg, dem Insolvenzschnldner die Möglichkeit einer selbständigen Tätigkeit außerhalb des Insolvenzverfahrens zu eröffnen, hat der Gesetzgeber eine Art "Freigabe" des Vermögens, das der gewerblichen Tätigkeit gewidmet ist, einschließlich der dazu gehörenden Vertragsverhältnisse vorgesehen (BT-Drucks., aaO; BGH, aaO; Urteil vom 21. Februar 2019 - IX ZR 246/17, DB 2019, 659 Rn. 20).

43 (2) Der Gesetzgeber hat zutreffend darauf hingewiesen, dass freiberufliche Einkünfte, die ein selbständig tätiger Schuldner während des laufenden Insolvenzverfahrens erzielt, grundsätzlich gemäß § 35 InsO in vollem Umfang als Neuerwerb zur Insolvenzmasse gehören und die mit dem Neuerwerb verbundenen Verbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten darstellen (BT-Drucks., aaO). Angesichts dieses Befunds geht das gesetzliche Regelungsmodell dahin, mit dem Instrument der Freigabe 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 (BGH, Urteil vom 9. Februar 2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 Rn. 14). Zur Erreichung dieses Zwecks verzichtet der Insolvenzverwalter mit der Freigabe des Vermögens aus der selbständigen Tätigkeit endgültig und unbedingte auf seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich dieser Vermögenswerte (BT-Drucks., aaO).

44 (3) Die von der Freigabe erfassten Gegenstände scheiden folglich aus der Insolvenzmasse aus und unterliegen ebenso wie das insolvenzfremde Vermögen der uneingeschränkten Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners (BGH, Urteil vom 18. April 2013 - IX ZR 165/12, WM 2013, 1129 Rn. 22; vom 21. Februar 2019 - IX ZR 246/17, DB 2019, 659 Rn. 20). Der Schuldner gewinnt mit der Freigabe seiner selbständigen Tätigkeit durch den Insolvenzverwalter (§ 35 Abs. 2 Satz 1 InsO) unmittelbar und unbelastet von nach Verfahrenseröffnung unbeachtlichen (§ 91 Abs. 1 InsO) Vorausverfügungen die Verfügungsbefugnis über gegen Drittschuldner gerichtete Vergütungsforderungen zurück. An den aus der Masse freigegebenen Vermögenswerten können wegen der bis zur Verfahrensbeendigung maßgeblichen Erwerbssperre des

§ 91 InsO keine Rechte von Gläubigern auf der Grundlage vorinsolvenzlicher Verfügungen anerkannt werden. Für eine Konvaleszenz entsprechend § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB ist kein Raum, weil die Regelung des § 91 Abs. 1 InsO auch während des Zeitraums der Freigabe der selbständigen Tätigkeit eingreift. Deshalb bezweckt die Regelung des § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO gerade nicht den Schutz von Zessionaren, denen über eine Vorausabtretung Forderungen des Schuldners aus der Zeit nach Verfahrenseröffnung abgetreten sind (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2010 - IX ZR 61/09, WM 2010, 267 Rn. 2).

45 (4) Infolge der Freigabe geht die Verfügungsbefugnis an von der Freigabe erfassten Vermögenswerten von dem Insolvenzverwalter unmittelbar ohne die Möglichkeit eines Zwischenerwerbs Dritter auf den Schuldner über. Zwar kann der Schuldner über Forderungen aus der freigegebenen Tätigkeit nach eigenem Ermessen - auch zugunsten eines durch § 91 Abs. 1 InsO an einem Forderungserwerb gehinderten Zessionars - verfügen. Die Anwendung der Vorschrift des § 91 Abs. 1 InsO stellt aber sicher, dass vor Verfahrenseröffnung bewirkte Verfügungen des Schuldners nicht gegen dessen Willen nach der Freigabe zu einer Auszehrung des Vermögens aus der selbständigen Tätigkeit führen. Nur durch die umfassende und effektive Freigabe des Vermögens an den Schuldner ohne die Möglichkeit eines durch § 91 Abs. 1 InsO versagten vorrangigen Zwischenerwerbs der Altgläubiger kann der Zweck des § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO, dem Schuldner einen wirtschaftlichen Neuanfang außerhalb des Insolvenzverfahrens zu ermöglichen, umgesetzt werden.

46 b) Durch die Freigabe wird zudem eine von der Insolvenzmasse getrennte, den Neugläubigern aus der freigegebenen selbständigen Tätigkeit des Schuldners vorbehalten Haftungsmasse geschaffen. Deswegen können Alt-



gläubiger während des laufenden Insolvenzverfahrens nicht kraft einer gemäß § 91 Abs. 1 InsO unbeachtlichen Vorausverfügung Rechte an Forderungen oder sonstigen Werten erwerben, die dieser Vermögensmasse zuzuordnen sind.

47           aa) Den Neugläubigern, also den Gläubigern, die nach Eröffnung des Verfahrens mit dem Schuldner kontrahiert haben, stehen, sofern eine entsprechende Erklärung des Verwalters vorliegt, als Haftungsmasse die durch die selbständige Tätigkeit erzielten Einkünfte zur Verfügung (BT-Drucks. 16/3227, S. 17). Die von dem Schuldner ab Wirksamwerden einer Freigabeerklärung aus der selbständigen Tätigkeit erzielten Einkünfte bilden als ihm gehörendes Vermögen zugunsten der Gläubiger, deren Forderungen erst nach der Freigabeerklärung entstanden sind, einen separaten Haftungsfonds (BGH, Urteil vom 18. April 2013 - IX ZR 165/12, WM 2013, 1129 Rn. 23). Der Neuerwerb aus der selbständigen Tätigkeit haftet während des eröffneten Erstverfahrens also nur den Neugläubigern, nicht den Altinsolvenzgläubigern (BGH, Urteil vom 9. Februar 2012 - IX ZR 75/11, BGHZ 192, 322 Rn. 28; vom 21. Februar 2019 - IX ZR 246/17, DB 2019, 659 Rn. 19). Mit der Freigabe werden folglich voneinander abgetrennte Haftungsmassen geschaffen (BGH, Urteil vom 21. Februar 2019, aaO Rn. 22). Begründet die Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners (§ 35 Abs. 2 Satz 1 InsO) eine eigenständige, den Neugläubigern des Schuldners vorbehaltene Haftungsmasse, können Zessionare mit Rücksicht auf § 91 Abs. 1 InsO an diesem Vermögensfonds während des laufenden Insolvenzverfahrens auf der Grundlage einer Vorausverfügung keine Rechte erwerben.

48           bb) Da der nach Freigabe einer selbständigen Tätigkeit vom Schuldner durch diese Tätigkeit erzielte Neuerwerb während des eröffneten Erstverfah-

rens grundsätzlich nur den Neugläubigern, nicht aber den Insolvenzgläubigern haftet (BGH, Beschluss vom 9. Juni 2011 - IX ZB 175/10, WM 2011, 1344 Rn. 11), ist auch ein gesondertes zweites Insolvenzverfahren, das nur der Befriedigung der Neugläubiger dient, rechtlich möglich (BGH, Beschluss vom 9. Juni 2011 - IX ZB 175/10, WM 2011, 1344 Rn. 7). Die gerade in dieser Gestaltung zu beachtende Trennung beider Vermögensmassen verbietet es, Altgläubigern einen Zugriff auf das durch die frei gegebene Tätigkeit geschaffene Vermögen zu gewähren. Da die Altmasse für Verbindlichkeiten der Neugläubiger nicht haftet, ist es allein folgerichtig, umgekehrt Altgläubigern entsprechend dem Erwerbsverbot des § 91 Abs. 1 InsO jeglichen Zugriff auf die Neumasse zu verwehren. Sie können nicht mit einer identischen Forderung an dem Altverfahren und einem möglicherweise nach Freigabe der selbständigen Tätigkeit eröffneten Neuverfahren teilnehmen. Der Grundsatz, dass die Einkünfte aus der freigegebenen Tätigkeit allein den Gläubigern, deren Forderungen erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, als Haftungsmasse zur Verfügung stehen, darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass Altgläubiger auf der Grundlage einer ohne die Freigabe nach § 91 InsO unwirksamen Vorausverfügung an dieser Haftungsmasse partizipieren.

### III.

49 Die Sache ist mangels Entscheidungsreife an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Es bedarf tatrichterlicher Feststellungen, ob der Schuldner seine gegen die Drittschuldnerin gerichteten Vergütungsforderungen nach Freigabe seiner selbständigen Tätigkeit durch den Insolvenzverwalter (§ 35 Abs. 2 Satz 1 InsO) entsprechend dem Sachvortrag in den sozialgerichtlichen Verfahren an den Kläger abgetreten hat. Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, ihren

Tatsachenvortrag im Blick auf die geänderte Senatsrechtsprechung zu ergänzen. Sofern eine wirksame Abtretung des Schuldners an den Kläger vorliegen sollte, wird Folgendes zu beachten sein:

50           1. Im Falle einer rechtsgültigen Abtretung der Vergütungsforderungen steht dem Kläger ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen das beklagte Land zu.

51           Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass der Gläubiger, der in eine schuldnerfremde Sache vollstreckt und den Erlös erhält, dem Rechtsinhaber nach Bereicherungsgrundsätzen gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB zur Herausgabe des Erlöses verpflichtet ist (BGH, Urteil vom 25. Februar 1987 - VIII ZR 47/86, BGHZ 100, 95, 99 f). Ein Sicherungsnehmer, dem zur Sicherung eines Kredits durch stille Zession die Forderungen des Schuldners abgetreten wurden, kann, nachdem ein anderer Gläubiger diese Forderung gepfändet hat, von diesem die eingezogenen Beträge aus ungerechtfertigter Bereicherung herausverlangen (BGH, Urteil vom 25. März 1976 - VII ZR 32/75, BGHZ 66, 150, 151 ff). In dieser Weise verhält es sich im Streitfall, sofern der Kläger aufgrund einer wirksamen Abtretung Inhaber der Forderung ist, in die das beklagte Land mit Erfolg vollstreckt hat.

52           2. Dem Kläger können lediglich gemäß § 288 Abs. 1 Satz 2, § 291 Satz 2 BGB Rechtshängigkeitszinsen ab Zustellung der mit Schriftsatz vom 6. Juli 2016 auf Zahlung umgestellten Klage zuerkannt werden (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2003 - IX ZR 218/02, NJW-RR 2003, 1490, 1492 f). Ein weitergehender Zinsanspruch aus Verzug ist bereits nicht substantiiert dargetan. Zudem dürfte es im hier gegebenen Falle einer Sicherungsabtretung für die Beurteilung des Verzugschadens, falls der Schuldner seinen Verpflichtungen gegenüber dem

Kläger nachkam, grundsätzlich nicht auf die Person des Klägers und Zessionars, sondern auf die Verhältnisse bei dem Schuldner als Geschädigten ankommen (BGH, Urteil vom 9. Februar 2006 - I ZR 70/03, NJW 2006, 1662 Rn. 8, 11).

Kayser

Gehrlein

Grupp

Schoppmeyer

Röhl

Vorinstanzen:

AG Wiesbaden, Entscheidung vom 03.05.2016 - 91 C 2863/15 (84) -

LG Wiesbaden, Entscheidung vom 31.08.2017 - 9 S 24/16 -