

Insolvenzgläubiger-Handbuch

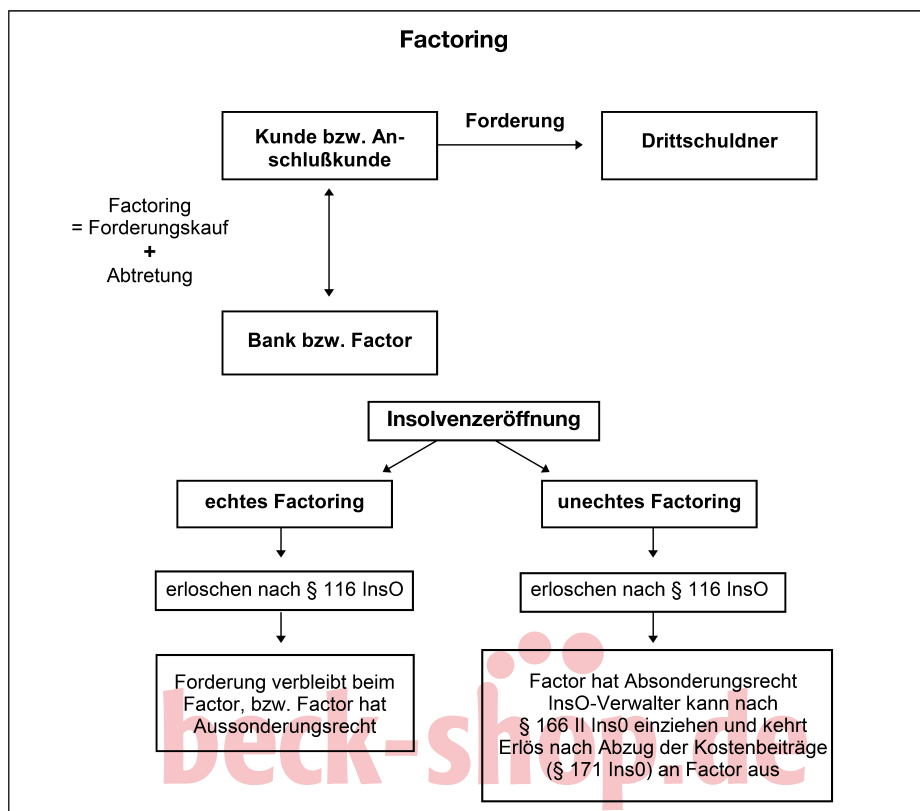
Gogger / Fuhst

4. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-74366-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.



Zunächst erlöschen nach hM sowohl der echte als auch der unechte Factoring-Vertrag durch die Insolvenzeröffnung, da beide Verträge als Geschäftsbesorgungsverträge iSd § 116 InsO qualifiziert werden.²⁰⁷ Allerdings behält der Factor beim echten Factoring die abgetretenen Forderungen und kann diese auch nach Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Anschlusskunden einziehen.²⁰⁸ Diese Vorausabtretungen beim echten Factoring werden der Masse gegenüber aber nur wirksam, wenn die Abtretungsvereinbarung vor Verfahrenseröffnung erfolgt ist und die abgetretenen Forderungen des Anschlusskunden gegen den Dritten vor Verfahrenseröffnung entstehen. Wegen der Insolvenz des Anschlusskunden kommt aber zusätzlich noch weiter darauf an, ob der Vertrag zwischen dem Anschlusskunden und dem Dritten im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zumindest von einer Vertragsseite voll erfüllt wurde; andernfalls findet § 103 InsO Anwendung mit der Folge, dass die abgetretene Forderung bis zu einer Erfüllungswahl des Verwalters nicht durchsetzbar ist und damit sich auch aus der Abtretung für den Factor keine realisierbaren Rechte ergeben.²⁰⁹

Erfolgte die Abtretungsvereinbarung wie üblich vor Verfahrenseröffnung, ist die Forderung gegenüber dem Dritten aber erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden, so ist die Vorausabtretung der Masse gegenüber unwirksam (§ 91 InsO).

²⁰⁷ Hess §§ 115, 116 Rn. 5.

²⁰⁸ Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, S. 873 Rn. 7.93 ff.

²⁰⁹ MüKoInsO/Vuia § 116 Rn. 15.

- 190 Anders ist die Lage beim unechten Factoring. Hier wird dem Factor in der Insolvenz des Anschlusskunden lediglich ein Absonderungsrecht zugebilligt.²¹⁰ Nach wirtschaftlicher Betrachtung liegt nämlich beim unechten Factoring eher ein Kreditgeschäft vor, weil der Factor das Recht hat, die angekaufte Forderung bei seinem Anschlusskunden zurückzube-lasten, wenn diese tatsächlich nicht realisierbar ist. Dies führt nach der Insolvenzordnung dazu, dass der Verwalter nach § 166 II InsO grundsätzlich berechtigt ist, die Forderung einzuziehen und entsprechende Kostenbeiträge auch zu vereinnahmen.

IX. Bürgschaft

- 191 Der Übernahme einer Bürgschaft liegt grundsätzlich ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) zugrunde, der den Bürgen zur Übernahme einer Bürgschaft sowie zur Zahlung bei Eintritt des Garantiefalles verpflichtet.²¹¹ War zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung die Bürgschaft noch nicht übernommen, und somit der zugrundeliegende Geschäftsbesor-gungsvertrag noch nicht ausgeführt, so erlischt die Bürgschaft nach §§ 116, 115 I InsO.²¹² Ein Wahlrecht des Verwalters besteht nicht.
- 192 Hatte der Bürge die Bürgschaft jedoch bereits übernommen, so wird die Bürgschaft durch die Verfahrenseröffnung grundsätzlich nicht berührt.²¹³ Dies bedeutet, dass der Bürge im Verhältnis zu dem Begünstigten grundsätzlich zur Zahlung verpflichtet ist, wenn die Voraussetzungen seiner Inanspruchnahme vorliegen. Sicherte die Bürgschaft einen Til-gungskredit des Schuldners, so gilt nach § 41 InsO die Darlehensforderung mit Verfahrenseröffnung als fällig. Dies gilt jedoch nur im Innenverhältnis zwischen Bank und Schuldner und bewirkt nicht zugleich auch die Fälligkeit der Forderung gegenüber dem Bürgen.²¹⁴ Vielmehr setzt dies grundsätzlich voraus, dass die Bank gegenüber dem Schuldner den Darlehensvertrag ordnungsgemäß kündigt. Dieser Darlehensvertrag unterfällt allerdings der Regelung des § 103 InsO.²¹⁵ Eine Kündigung seitens der Bank ist daher nach Verfahrenseröffnung nicht mehr möglich, es sei denn der Insolvenzverwalter hat die Erfüllung des Darlehensvertrages gewählt.
- 193 Eine Besonderheit ergibt sich aus der **Akzessorietät** der Bürgschaft. Die Bürgschaft ist vom Bestehen und Umfang der Hauptschuld abhängig. Lehnt nun der Insolvenzverwalter im Rahmen eines beiderseits nicht erfüllten Vertrages zwischen dem Schuldner und seinem Vertragspartner die Erfüllung dieses Vertrages ab, so steht dem Vertragspartner nunmehr ein Schadensersatzanspruch zu (§ 103 InsO). Hatte die Bank eine Erfüllungsbürgschaft oder eine Anzahlungsbürgschaft gegeben, so decken diese Bürgschaften grundsätzlich auch den Schadensersatzanspruch, der bei Erlöschen des vertraglichen Erfüllungsanspruches nach § 103 InsO entsteht, falls der Gläubiger diesen Anspruch zur Insolvenztabelle anmeldet. Wählt jedoch der Verwalter die Erfüllung des Vertrages, so werden nach hM die beidersei-tigen Erfüllungsansprüche erst zu diesem Zeitpunkt durchsetzbar.²¹⁶ Es ist umstritten, ob die Bürgschaft als akzessorisches Recht von diesen Vorgängen berührt wird. Da nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das durch die Bürgschaft abgesicherte Ver-tragsverhältnis materiell-rechtlich weder durch die Insolvenzeröffnung noch durch die Erfüllungsablehnung oder Erfüllungswahl umgestaltet wird, bleibt die Bürgschaft unbe-rührt.
- 194 Wichtig ist auch, dass sich der in Anspruch genommene Bürge einredeweise auf die Verjährung der Hauptschuld berufen kann. Dem Gläubiger ist daher zu raten die Ver-

²¹⁰ Gottwald/Adolphsen, InsO-HdB, § 43 Rn. 65.

²¹¹ BGH WM 1982, 1324; ZIP 1984, 1326.

²¹² BGHZ 168, 276 = NZI 2006, 637 ff.

²¹³ MüKoInsO/Vita § 116 Rn. 32aa.

²¹⁴ OLG Karlsruhe NJW-RR 2013, 1270 (1271); Obermüller NZI 2001, 225, 226.

²¹⁵ Vgl. § 3 A I 2.

²¹⁶ BGH ZInsO 2002, 577 ff.; 2001, 1100; ebenso Kirchhof, Insolvenzrecht, S. 71.

jähung seines Anspruchs gegen den Schuldner durch Anmeldung der Forderung zur Insolvenztabelle zu unterbrechen (§ 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB).

Erfüllt der Bürge bereits **vor Eröffnung** des Insolvenzverfahrens die Bürgschaft, so erwirbt er nach § 774 I BGB den Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner und kann mit diesem Anspruch und gegebenenfalls mit seinem Aufwendungsersatzanspruch aus dem Innenverhältnis zum Schuldner gegen eine mögliche Forderung des Schuldners auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufrechnen.²¹⁷ Hat der Bürge allerdings erst **nach Verfahrenseröffnung** seine Bürgschaftsschuld erfüllt, so ist im Rahmen einer möglichen Aufrechnung²¹⁸ des Bürgen gegenüber dem Schuldner die Regelung des § 95 I S. 3 InsO zu beachten. Der Bürge kann daher dann nicht aufrechnen, wenn die Gegenforderung des Schuldners fällig war, bevor der Regressanspruch auf ihn übergegangen bzw. sein Aufwendungsersatzanspruch entstanden ist.²¹⁹ Zu beachten ist dabei, dass der Bürge zwar nach § 774 BGB auch die Forderung des Gläubigers erwirbt, aber eben erst nach Insolvenzeröffnung und daher wegen § 38 InsO insoweit kein Insolvenzgläubiger ist. Die Regelungen der §§ 94 ff. InsO betreffend daher diese übergegangene Forderung nicht, sondern lediglich die Forderung des Bürgen aus dem Innenverhältnis zum Schuldner.

Für den Bürgen ist weiterhin die Regelung des § 301 InsO nachteilig. Obwohl die Hauptforderung mit einer erteilten Restschuldbefreiung erloschen ist, können die Insolvenzgläubiger gegen den Bürgen weiter vorgehen. Dagegen verliert der Bürge seinerseits die Rückgriffsansprüche gegen den Schuldner.²²⁰

X. Unerlaubte Handlungen

Gesetzliche Ansprüche aus unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB) werden in der Insolvenzzordnung nicht gesondert behandelt.

Für den Schuldner ist die Regelung des § 302 Nr. 1 InsO wichtig, wonach Verbindlichkeiten des Schuldners aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung von einer möglichen Restschuldbefreiung ausgenommen werden.²²¹ Dies bedeutet, dass der Schuldner nach Durchführung eines Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahrens nicht von derartigen Verbindlichkeiten befreit werden kann. Hier ist allerdings die wichtige Einschränkung zu beachten, dass der Gläubiger die entsprechende Forderung unter Angabe des Rechtsgrundes angemeldet haben musste. Der Gläubiger kann also nicht lediglich eine Forderung aus Vertrag zur Insolvenztabelle anmelden und dann nach Abschluss des Insolvenzverfahrens wegen eines angeblichen Eingehungsbetruges (§§ 823 BGB, 263 StGB) des Schuldners nunmehr in Höhe des Forderungsausfalls aus einer unerlaubten Handlung vorgehen. Vielmehr wird auch diese Forderung aus unerlaubter Handlung dann von der Restschuldbefreiung erfasst.

Andererseits stellt die Regelung des § 302 Nr. 1 InsO klar, dass Forderungen der Neugläubiger aus unerlaubter Handlung nicht von einer Restschuldbefreiung erfasst werden. Hat also beispielsweise der Schuldner **nach Insolvenzeröffnung** eine unerlaubte Handlung gegenüber einem Dritten begangen, so ist dessen Forderungen von einer Restschuldbefreiung nicht betroffen.²²²

²¹⁷ Gottwald/*Adolphsen*, InsO-HdB, § 45 Rn. 61.

²¹⁸ BGH NJW 1974, 2000, 2001; ZIP 1990, 112; OLG München WM 1988, 1896.

²¹⁹ Gottwald/*Adolphsen*, InsO-HdB, § 45 Rn. 62; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, S. 669 Rn. 5427 a.

²²⁰ MüKoBGB/*Habersack* § 774 Rn. 20.

²²¹ Nerlich/*Römermann/Römermann* § 302 Rn. 3.

²²² MüKoInsO/*Stephan* § 302 Rn. 80.

C. Familien- und Unterhaltsrecht

I. Familienrechtliche Ansprüche

- 200 Da das Insolvenzrecht Haftungsverwirklichung zugunsten der Gläubiger sein soll (§ 1 InsO) und die §§ 35, 36 InsO festlegen, dass das gesamte der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners dieser Haftungsverwirklichung dient, werden familienrechtliche Ansprüche vom Insolvenzverfahren grundsätzlich nicht berührt. Sowohl der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§§ 1363, 1390 BGB) und die Gütertrennung (§ 1414 BGB) verändern die haftungsrechtliche Zuordnung der Vermögensmassen der Ehegatten nicht. Wenn der ausgleichsverpflichtete Ehegatte während des Verfahrens in die Insolvenz geht, wird die Zugewinnngemeinschaft nicht beendet. Die Ausgleichsforderung des Zugewinnausgleichsberechtigten stellt eine Insolvenzforderung nach § 38 InsO dar, sofern sie vor Verfahrenseröffnung entstanden ist. Im umgekehrten Fall, also in der Insolvenz des Ausgleichsberechtigten fällt der Anspruch eines Ehegatten auf Zugewinnausgleich (§§ 1363 II 2, 1371 ff. BGB) in die Insolvenzmasse, sofern die Ausgleichsforderung mit der Beendigung des Güterstandes entstanden ist (§ 1378 III 1 BGB).¹ Nicht entschieden ist aber bislang, ob der ausgleichsberechtigte Ehegatte auch diesen höchstpersönlichen Anspruch gerichtlich geltend machen muss, soweit er nicht von der Gegenseite anerkannt wird.²

II. Besonderheiten bei der Gütergemeinschaft

- 201 § 37 InsO hat jedoch für die Gütergemeinschaft eine besondere Regelung getroffen, weil im Rahmen der Gütergemeinschaft Gesamtgut, Sondergut (§§ 1416, 1417 I, II BGB) und Vorbehaltsgut (§ 1418 I, II BGB) gebildet werden kann. Nach § 37 I InsO gehört das Gesamtgut zur Insolvenzmasse, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Ehegatten eröffnet wird, der das Gesamtgut alleine verwaltet. Wird jedoch die Insolvenz über das Vermögen des Ehegatten eröffnet, der das Gesamtgut nicht verwaltet, so fällt nach § 37 I S. 3 InsO dessen Anteil am Gesamtgut und an den zum Gesamtgut gehörenden Sachen nicht in die Insolvenzmasse. Zur Insolvenzmasse gehören in diesem Fall somit nur das Sonder- und Vorbehaltsgut des nichtverwaltenden Ehegatten.³
- 202 Verwalten beide Ehegatten das Gesamtgut gemeinschaftlich, so wird das Gesamtgut durch das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Ehegatten nicht berührt (§ 37 II InsO). §§ 333 ff. InsO regeln jedoch die Möglichkeit, ein Insolvenzverfahren über das Gesamtgut einer Gütergemeinschaft durchzuführen, die von beiden Ehegatten gemeinschaftlich verwaltet wird.
- 203 Problematisch ist die Regelung des § 37 InsO deshalb, weil die Entscheidung über die Frage, ob das Gesamtgut in die Insolvenzmasse fällt, lediglich davon abhängt, ob der Schuldner intern auch das Gesamtgut verwaltet hat.⁴ Diese Verwaltungszuständigkeit hat jedoch mit der haftungsrechtlichen Zuordnung an sich nichts zu tun. Anders als bei der BGB-Gesellschaft, die nunmehr insolvenzfähig ist, stellt das Gesetz bei der Gütergemeinschaft allein auf die Verwaltungszuständigkeit ab. Damit besteht durch die Verlagerung dieser Verwaltungszuständigkeit zwischen den Ehegatten die Möglichkeit, das Gesamtgut nicht in die Insolvenzmasse fallen zu lassen und damit den Zugriff der Gesamtheit der Gläubiger zu schmälern.⁵

¹ OLG Jena NJOZ 2013, 626.

² Perleberg-Kölbl, Zugewinn und Nebengüterrecht in der Insolvenz, FuR 2017, 432.

³ Haarmeyer/Wutzke/Förster HdB Kap 10 Rn. 117; Nerlich/Römermann/Andres § 37 Rn. 10.

⁴ MüKoInsO/Schumann § 37 Rn. 20.

⁵ Braun/Bauerle § 3 Rn. 7.

Der Bundesgerichtshof⁶ sieht allerdings güterrechtliche Vereinbarungen innerhalb von zwei Jahren vor Insolvenzantrag kritisch und unterstellt sie der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO: **204**

„Auch im Zusammenhang mit güterrechtlichen Verträgen, die der Schuldner mit einer nahestehenden Person nicht früher als zwei Jahre vor dem Eröffnungsantrag schließt, werden sein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die Kenntnis des anderen Teils hiervon widerleglich vermutet.“ **205**

III. Unterhaltsansprüche Dritter

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass ein zahlungsunfähiger Unterhaltsschuldner wegen seiner minderjährigen Kinder (§ 1603 II BGB) grundsätzlich die Obliegenheit hat, für sich ein Verbraucherinsolvenzverfahren zu beantragen.⁷ Diese Pflicht besteht aber nicht bei von ihm geschuldeten Trennungs- oder nachehelichem Unterhalt.⁸ **206**

Familienrechtliche Unterhaltsansprüche, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig geworden waren (Rückstände), sind als Insolvenzforderungen anzumelden. Nach § 40 InsO können vom Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens an Unterhaltsansprüche im Insolvenzverfahren grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht werden. Weiterhin bestimmt § 89 II S. 2 InsO, dass Unterhaltsgläubiger von diesem Zeitpunkt an nur noch auf den Unterschiedsbetrag zugreifen können, nämlich den Differenzbetrag der Pfändungsgrenzen nach §§ 850c, 850d ZPO.

Damit hat die Insolvenzordnung die Situation der Unterhaltsgläubiger im Gegensatz zur Konkursordnung erheblich verschlechtert.⁹ Entscheidend ist, dass nach § 35 InsO auch der Neuerwerb des Schuldners in die Insolvenzmasse fällt. Dies war unter Geltung der Konkursordnung nicht der Fall, so dass Unterhaltsgläubiger wegen ihrer Ansprüche, die nach Eröffnung des Konkursverfahrens entstanden waren, auch in den Neuerwerb des Schuldners vollstrecken konnten. Unter Geltung der Insolvenzordnung ist dies nicht mehr möglich. Vielmehr kann der Unterhaltsgläubiger jetzt seine Unterhaltsansprüche, die gegen den Schuldner **vor Eröffnung** des Insolvenzverfahrens entstanden sind, als Insolvenzgläubiger geltend machen. **207**

Diejenigen Unterhaltsansprüche, die jedoch **nach Eröffnung** des Verfahrens fällig werden, können nur dann gegen den Schuldner im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden, soweit der Schuldner als Erbe des Verpflichteten haftet. Dies bedeutet, dass der Unterhaltsgläubiger grundsätzlich, von dieser Ausnahmesituation abgesehen, seine Unterhaltsansprüche gegen den Schuldner nicht durchsetzen kann, soweit diese nach Eröffnung des Verfahrens fällig wurden.¹⁰ **208**

Ihm verbleibt lediglich die Möglichkeit, nach § 89 II S. 2 InsO den Differenzbetrag zwischen den Pfändungsgrenzen nach §§ 850c und 850d ZPO auszunutzen. **209**

Eine gewisse Besserstellung gegenüber anderen Gläubigern erlangt jedoch der Unterhaltsgläubiger für den Fall, dass dem Schuldner nach Durchführung des Insolvenzverfahrens **Restschuldbefreiung** gewährt wird. Nach § 301 InsO wirkt der Beschluss über die Restschuldbefreiung nur gegenüber den Insolvenzgläubigern. Da jedoch die Unterhaltsgläubiger mit ihren Ansprüchen, die erst **nach Eröffnung** des Verfahrens entstehen, keine Insolvenzgläubiger sind, werden sie auch von dieser Restschuldbefreiung nicht erfasst.¹¹ Letztlich bedeutet dies, dass Unterhaltsgläubiger nach Abschluss des Insolvenzverfahrens und durchgeführter Restschuldbefreiung ihrerseits wegen der aufgelaufenen Unterhalts- **210**

⁶ BGH NZI 2010, 738; kritisch *Klühs* NZI 2010, 921.

⁷ BGH NJW 2005, 1279; 2008, 227.

⁸ BGH NZI 2008, 193.

⁹ MüKoInsO/*Schumann* § 40 Rn. 1.

¹⁰ Nerlich/Römermann/*Andres* § 40 Rn. 5.

¹¹ MüKoInsO/*Stephan* § 301 Rn. 16.

ansprüche gegen des Schuldner vollstrecken bzw. erneut die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners beantragen können.

- 211 Wesentlich ist weiterhin, dass der Schuldner im Rahmen des Verbraucherinsolvenzverfahrens bei Vorlage des Schuldenbereinigungsplans (§ 305 I Nr. 4 InsO) auch die familiären Verhältnisse zu schildern hat und dabei insbesondere den Unterhaltsverpflichtungen vorrangig Bedeutung zukommt.
- 212 Jedoch ist zu beachten, dass gerade Unterhaltsvereinbarungen im Rahmen des Schuldenbereinigungsplans an besondere Voraussetzungen geknüpft sind. So kann ein gesetzlicher Forderungsübergang nach § 91 BSHG vorliegen, und Verzichtvereinbarungen für künftigen Unterhalt sind nur eingeschränkt möglich (§§ 1585c, 1614 BGB).¹²

IV. Unterhaltsansprüche des Schuldners

- 213 Eine Besonderheit gilt auch für Unterhaltsansprüche des Schuldners selbst. Zwei wesentliche Aspekte sind zu trennen. Nämlich zum einen die Frage, ob Unterhaltsansprüche des Schuldners selbst Teil der Insolvenzmasse werden und die Frage, ob der Schuldner selbst einen Unterhaltsanspruch gegen die Insolvenzmasse geltend machen kann.
- 214 Bei Unterhaltsansprüchen des Schuldners, die dieser gegen Dritte hat, entspricht es der hM, dass nach §§ 35, 36 InsO unpfändbare und unübertragbare Forderungen nicht in die Insolvenzmasse fallen und bei Unterhaltsforderungen, die in der Regel lediglich bedingt pfändbar sind, ebenso zu entscheiden ist. Grundsätzlich fallen damit Unterhaltsansprüche des Schuldners, die nach § 850b I, II BGB nur bedingt pfändbar sind, nicht in die Insolvenzmasse.¹³
- 215 Weiterhin besteht die Möglichkeit, dass die Gläubigerversammlung nach § 100 InsO beschließt, ob und in welchem Umfang dem Schuldner und seiner Familie Unterhalt aus der Insolvenzmasse gewährt wird. Nach hM hat der Schuldner auf eine solche Unterhaltsgewährung jedoch keinen Anspruch, sondern ist notfalls auf Sozialhilfe angewiesen.¹⁴

D. Bank- und Kreditrecht

I. Der Bankvertrag

- 216 Im Bereich des Bank- und Kreditgeschäftes gibt es schon wegen der geringen Eigenkapitalausstattung deutscher Unternehmen vielfältige Bezüge zum Insolvenzrecht. Daher ist eine Unterscheidung der verschiedenen vertraglichen Vereinbarungen und sonstigen Haftungstatbestände notwendig.
- 217 Im Rahmen des Bankvertrages und den Kontobeziehungen des Schuldners zu seiner Bank ist zunächst zwischen dem allgemeinen Bankvertrag und den sonstigen einzelnen Kontoverträgen zu unterscheiden.
- 218 Der sog. Bankvertrag ist ein allgemeiner Rahmenvertrag, der die Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden begründet und losgelöst von den einzelnen Geschäftsbeziehungen die Pflicht der Vertragspartner begründet, die gegenseitigen Vermögensinteressen zu wahren und beispielsweise das Bankgeheimnis des Kunden zu achten.¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs² ist allerdings auch bei einer längeren Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden im Rahmen von Giro- oder Darlehens-

¹² Vgl. zu Unterhaltsvereinbarungen *Kohte* Kölner Schrift, S. 628 ff.

¹³ BGH NJW-RR 2010, 474.

¹⁴ Nerlich/Römermann/Wittkowski § 100 Rn. 2a.

¹ Baumbach/Hopt/Hopt (7) Bankgeschäfte, Rn. A7; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, S. 163 Rn. 2.2.

² BGH NJW 2002, 3695.

verträgen grundsätzlich nicht von der Existenz eines solchen allgemeinen Bankvertrages auszugehen.

Nach den allgemeinen Regelungen der Insolvenzordnung bleiben auch die im Rahmen der finanziellen Krise abgeschlossenen Verträge des späteren Insolvenzschuldners bestehen. Daher erfährt der Bankvertrag im Insolvenzantragsverfahren keine Änderungen, auch dann, wenn ein allgemeines Verfügungsverbot erlassen wurde.³ **219**

Kommt es dagegen zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens, endet ein bereits bestehender Bankvertrag mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Bankvertrag ist ein auf Geschäftsbesorgung iSd § 675 BGB gerichteter Dienstvertrag und derartige Verträge erlöschen mit der Eröffnung des Verfahrens nach §§ 116, 115 InsO.⁴ **220**

Stark vereinfacht kann die Entwicklung des Bankvertrages im Vorfeld und während des laufenden Insolvenzverfahrens wie folgt skizziert werden: **221**

Allgemeine Rechte des Kunden in der Insolvenz	
	Zeitraum der finanziellen Krise: grds. keine Auswirkung auf Rechtsstellung des Kunden
	Insolvenzantrag über Vermögen des Kunden: grds. keine Auswirkung auf Rechtsstellung des Kunden
	Erlass eines Verfügungsverbots gegen den Kunden durch das Insolvenzgericht: <ul style="list-style-type: none"> – Verfügungen des Kunden sind unwirksam – Vorläufiger Verwalter handelt an Stelle des Kunden; Bankvertrag und sonstige Verträge bestehen fort; – Girokonto ist auf den Tag des Erlasses des Verfügungsverbots abzurechnen
	Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Kunden: <ul style="list-style-type: none"> – Bankvertrag erloschen – Girovertrag erloschen – Verwalter handelt an Stelle des Kunden

II. Der Kontokorrentvertrag

1. Grundlagen

Im Gegensatz zum Bankvertrag hat bereits das Insolvenzantragsverfahren erhebliche Auswirkungen auf Kontokorrentverträge. In der Regel handelt es sich bei einem Zahlungsdiensterahmenvertrag nach § 675 f II BGB (Girovertrag) um einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, §§ 675 Abs 1, 611, und eine Kontokorrentabrede enthält (§ 355 HGB). So ist im Rahmen des Kontokorrentvertrags üblicherweise vereinbart, dass die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen nicht selbstständig geltend gemacht und getilgt werden, sondern in ein von der Bank geführtes Konto mit täglicher Erfassung der Gutschriften und Belastungen eingestellt und in regelmäßigen Abständen, zumeist vierteljährlich, miteinander verrechnet werden (§ 355 HGB).⁵ **222**

Im Rahmen des Insolvenzantragsverfahrens greift nun ein Verfügungsverbot in diese Vereinbarung ein. Wird ein **Verfügungsverbot** erlassen, so wird zwar nicht die Kontokorrentvereinbarung, aber die darin enthaltene antizipierte Verfügungs- und Verrechnungsvereinbarung beendet.⁶ Der Saldo ist auf den Tag der Anordnung des Verfügungsverbots zu **223**

³ LG Stuttgart WM 1996, 154.

⁴ BGH NJW 1976, 1845.

⁵ Heublein ZIP 2000, 162; Steinhoff ZIP 2000, 1142.

⁶ Obermüller ZInsO 2010, 8; Gottwald/Kuder, InsO-HdB, § 99 Rn. 6.

ziehen.⁷ Die Verrechnungsabrede gilt nun nicht mehr. Daher darf die Bank keine Ausgänge vom Konto mehr zulassen. Besteht ein Guthaben, dann kann der vorläufige Insolvenzverwalter die Auszahlung an sich verlangen. Besteht ein Saldo zu Lasten des Schuldners, so steht der Bank mit Eröffnung des Verfahrens eine Insolvenzforderung zu.⁸

- 224 Hatte das Gericht kein Verfügungsverbot erlassen, dann bleibt das Kontokorrentverhältnis vor der Verfahrenseröffnung unberührt und der Schuldner kann weiterhin verfügen.⁹ Nur dann, wenn das Gericht anstelle eines Verfügungsverbots dem schwachen vorläufigen Verwalter ausdrücklich die Verfügungsbefugnis über das Konto übertragen hatte (§ 21 I InsO), kann dieser vorläufige Verwalter auch Auszahlung an sich verlangen.¹⁰ Mit Insolvenzeröffnung endet der Zahlungsdiensterahmenvertrag (§ 675 f II BGB; sog. Girovertrag) und damit auch die Kontokorrentverrechnung.¹¹
- 225 Der Gesetzgeber bezweckt mittels des **Pfändungsschutzkontos** (§ 850k ZPO) einen automatischen Pfändungsschutz (ohne Antragstellung beim Vollstreckungsgericht) für Kontoguthaben in Höhe eines monatlichen Freibetrages unabhängig von der Art der Einkünfte. Das geschützte Guthaben fällt auch nicht in die Insolvenzmasse (§ 36 I S. 2 InsO). Für Guthaben auf einem Pfändungsschutzkonto (§ 850k I ZPO) ist damit der Freibetrag des Schuldners vor dem Zugriff des Insolvenzverwalters geschützt.¹²

2. Die Überweisung und Lastschrift

- 226 Die Überweisung wird nicht als eigenständiger Vertrag, sondern als Weisung innerhalb des Rahmenvertrages, des Zahlungsdiensterahmenvertrags nach § 675 f II BGB (Girovertrag) eingeordnet, die die Bank mit der Übermittlung des Überweisungsbetrags an die Bank des Empfängers ausführt.¹³
- 227 Da die Bank grundsätzlich verpflichtet ist die Weisungen des Kunden auszuführen, ist entscheidend in welcher Phase der Krise oder Insolvenz sich der Kunde befindet. **Nach Insolvenzeröffnung** ohne Kenntnis davon ausgeführte Überweisungen sind ebenso zu behandeln.
- 228 Ein Anfechtungsrisiko hinsichtlich der ausgeführten Überweisungen hat die Bank des Schuldners grundsätzlich nicht zu befürchten, weil sie hierdurch keine Sicherung oder Befriedigung im Sinne des Anfechtungsrechts erlangt hat.¹⁴

a) Insolvenz des Überweisungsauftraggebers

- 229 **Vor Zahlungsunfähigkeit und vor Insolvenzantrag** hat die Bank die Überweisung auszuführen bzw. die Empfängerbank den Betrag gutschreiben. **Nach Zahlungsunfähigkeit und nach Insolvenzantrag**, aber vor Sicherungsmaßnahmen und vor Insolvenzeröffnung verbleibt es bei dieser Rechtslage, denn die §§ 675f Abs. 2, 675o Abs. 2 BGB konstituieren eine grundsätzliche Ausführungspflicht für Zahlungsaufträge. Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirkt sich nicht auf den Bestand des Zahlungsdiensterahmenvertrags, des Giroverhältnisses oder des Kontokorrentverhältnisses aus (vgl. §§ 116, 115 Abs. 1 InsO).¹⁵ Die Bank ist zudem ohne ausreichende Kreditlinie des Kunden nicht verpflichtet die Überweisung auszuführen (§ 675 II BGB).

⁷ BGH KTS 1977, 235.

⁸ Gottwald/Obermüller/Kuder, InsO-HdB, § 98 Rn. 6.

⁹ Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, S. 164 Rn. 2.3.

¹⁰ Gottwald/Obermüller/Kuder, InsO-HdB, § 98 Rn. 8.

¹¹ BGH NJW 2005, 3214.

¹² Allgemein zum Pfändungsschutzkonto, Remmert NZI 2008, 70; Schumacher ZVI 2009, 313.

¹³ Staudinger/Martinek §§ 675 f-675i Rn. 41 ff.

¹⁴ Ganter NZI 2010, 835.

¹⁵ BGH NZI 2013, 249.