

Jurakompakt

Insolvenzrecht

mit internationalem Insolvenzrecht

Bearbeitet von
Von Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M. (Berkeley)

3. Auflage 2017. Buch. XIII, 147 S. Softcover
ISBN 978 3 406 70647 9
Format (B x L): 11,8 x 18,0 cm
Gewicht: 168 g

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Insolvenzrecht,
Unternehmenssanierung](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

keit vereitelt. § 82 adressiert diejenige Situation, in der ein Dritter nach Verfahrenseröffnung an den Schuldner leistet, obgleich die Leistung der Masse gebührt und damit an den Verwalter hätte entrichtet werden müssen. Die Erfüllungswirkung hängt demnach von dem guten Glauben des Leistenden hinsichtlich der Verfahrenseröffnung ab.

Testfragen zu Kapitel VII

1. Was versteht man unter „automatic stay“?
2. Führt eine Postsperre dazu, dass auch die Emails zuerst an den Verwalter weitergeleitet werden müssen?
3. Warum benötigt man während des Eröffnungsverfahrens Schutzmaßnahmen? Welche gibt es?

VIII. Zusammenstellung der Masse

- 131** Was zunächst einmal den massebezogenen Aufgabenkomplex des Verwalters anbelangt, so muss er nach eingebürgertem Sprachgebrauch die „**Ist-Masse**“ in die „**Soll-Masse**“ transformieren; das ist in der Vorschrift des § 148 angedeutet, indem sie dem Verwalter auferlegt, die gesamte Masse unmittelbar nach Eröffnung des Verfahrens in Besitz und Verwaltung zu nehmen.
- 132** Wie schon weiter oben erwähnt (Rn. 16), versteht man unter dem Terminus Ist-Masse dasjenige Vermögen, das sich zur Zeit der Verfahrenseröffnung gerade im Gewahrsam des Schuldners befindet – also auch all diejenigen Dinge, die ihm vielleicht gar nicht gehören und sich nur zufällig in seinem Bereich befinden. Die Soll-Masse ist demgegenüber dasjenige Vermögen des Schuldners, das von derartigen Zufälligkeiten bereinigt ist und seinen Gläubigern als Haftungsmasse gebührt. Dieser „Bereinigungsvorgang“ erfolgt auf verschiedene Arten und ist keineswegs gleichbedeutend mit einer Abschichtung der Ist-Masse; vielmehr kann diese Masse auch mit Hilfe bestimmter Mechanismen angereichert werden (dazu anschließend Rn. 141 ff.).

1. Minderung der Ist-Masse

a) Gläubigerklassen

- 133** Soweit zunächst der besagte Vorgang der Masseminderung anzusprechen ist, kann auf bereits Dargestelltes verwiesen werden: Da sind zunächst einmal die zur **Aussonderung** berechtigten Gläubiger der §§ 47 ff. (s. oben Rn. 15 ff.). Sie können die ihnen gehörenden bzw.

gebührenden Gegenstände aus der Ist-Masse entfernen, indem sie ihren Anspruch etwa aus § 985 BGB oder einen ihnen sonst zustehenden Herausgabeanspruch geltend machen. Anders ist das dagegen bei denjenigen Gläubigern, die gemäß den §§ 49 ff. lediglich ein Recht auf **abgesonderte Befriedigung** haben (s. oben Rn. 20 ff.): Sofern sie nicht die Sicherungsgegenstände – wie etwa beim klassischen Pfandrecht der §§ 1204 ff. BGB – ohnedies in Händen halten, müssen sie sie in der Masse belassen; davon sind also vornehmlich Sicherheiten wie Sicherungsübereignung oder Sicherungszession erfasst. In Fällen wie diesen kommt es zwar zu einer Minderung der Ist-Masse, doch obliegt die Verwertung dem Insolvenzverwalter nach Maßgabe der weiter unten (Rn. 252 ff.) noch darzustellenden §§ 165 ff.

Was schließlich die ebenfalls schon erwähnten **Massegläubiger** 134 (s. oben Rn. 25 f) anbelangt, so gehören sie nicht in den vorliegenden Kontext. Denn auch wenn sie die Masse mindern, so betrifft das doch nicht die Ist-Masse, sondern (nur) die Soll-Masse. Denn all die in den §§ 54 f genannten Forderungen sind gerade aus dem Vermögen des Schuldners zu erfüllen und damit aus der **all** seinen Gläubigern haftenden Masse. Gleiches gilt für die ebenfalls schon angesprochene (Rn. 96, 98) **Freigabe**: Mit ihrer Hilfe kann der Verwalter die auf ihn mit Verfahrenseröffnung übertragene (§ 80) Verfügungsbefugnis über einen bestimmten Gegenstand auf den Schuldner zurück übertragen, wenn oder soweit dieser Gegenstand nicht verwertbar ist – Prototyp dafür ist das schon erwähnte, „bis über die Halskrause“ mit Sicherheiten belastete Grundstück.

b) Aufrechnung

Eine praktisch wie theoretisch hoch bedeutsame Masseminderung 135 ergibt sich aus der in den §§ 94–96 partiell zugelassenen Aufrechnung durch einen Insolvenzgläubiger. Das berührt ein notorisch hoch komplexes und immer wieder Schwierigkeiten aufwerfendes Problem.

Ausgangspunkt sind die §§ 387 ff. BGB. Das Gesetz hat dort bekanntlich eine eigentümliche Regelung getroffen, nach der (aus historisch leicht verqueren Gründen) unterschieden werden muss zwischen einerseits dem Entstehen der Aufrechnungslage, § 389 BGB, und andererseits der Erklärung der Aufrechnung, § 388 BGB, durch eine der beteiligten Parteien. Aufgrund dieser zeitlichen Differenz, die es zu Zeiten des Gemeinen Rechts wegen der damals von Rechts wegen geltenden automatischen Aufrechnung (ipso iure compensatur) gar nicht gab, entstehen nunmehr Situationen, in denen die Aufrechnungslage vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entstanden ist, die Erklärung dagegen erst danach vorgetragen wird. Einige Rechtsordnungen schließen eine Aufrechnung

in einem laufenden Verfahren zur Wahrung der *par condicio creditorum* aus: Denn immerhin kann sich auf diese Art und Weise ein aufrechnungsberechtigter Gläubiger eine Sonderbefriedigung verschaffen, wenn er nur dazu bereit und in der Lage ist, in Gestalt der Hingabe seiner eigenen Forderung ein „Bauernopfer“ darzubringen.

137 Der hiesige Gesetzgeber hat sich aber – wie viele andere auch – dazu entschlossen, eine solche Aufrechnungsmöglichkeit in den §§ 94–96 zu regeln, wobei er danach differenziert, wann die Aufrechnungslage entstanden ist: Bestand sie bereits bei Verfahrenseröffnung, so ist die Aufrechnung grundsätzlich auch weiterhin möglich; genau andersherum dagegen im entgegengesetzten Fall. Bei aller Einschränkung ist damit gleichwohl ein Privileg begründet, das in seiner Durchsetzungsfähigkeit noch über die Wirkungskraft von Absonderungsrechten hinaus reicht. Während diese nämlich nach näherer Maßgabe der §§ 165 ff. nur eingeschränkt von dem Sicherungsnehmer realisiert werden können, darf sich der Aufrechnungsberechtigte unbeeindruckt von irgendwelchen Erwägungen des Insolvenzverwalters jederzeit „bedienen“; er braucht insbesondere seine Forderung nicht in dem Feststellungstermin anzumelden. Eine derartige Freiheit haben ansonsten nur die Aussonderungsberechtigten; in den USA etwa unterfallen die Aufrechnungsberechtigten dem „automatic stay“, d.h. auch sie müssen grundsätzlich zuwarten, bis ihnen die Ausübung ihres Rechts vom Verwalter explizit gestattet wird (s. noch Rn. 155).

138 Nun aber zu den Details: § 94 spricht den schon erwähnten Grundsatz aus, dass ein Gläubiger auf eine einmal entstandene Aufrechnungsmöglichkeit soll vertrauen dürfen, auch wenn über das Vermögen seines Gegenparts (d.h. des Schuldners des Insolvenzverfahrens und zugleich Gläubigers einer gleichartigen Gegenforderung) ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Vorausgesetzt ist dabei natürlich, dass eine Aufrechnung nach näherer Maßgabe der §§ 387 ff. BGB überhaupt zulässig ist. Eine weitere Besonderheit des § 94 verdient hervorgehoben zu werden. Nach ihrem Wortlaut ist eine Aufrechnung zulässig nicht nur für kraft Gesetzes entstandene Aufrechnungslagen, sondern auch für solche „auf Grund einer Vereinbarung zur Aufrechnung“. Das bedeutet im Klartext, dass das jetzige Recht auch noch innerhalb eines Insolvenzverfahrens die Aufrechnung von „Äpfeln mit Birnen“ gestattet. Die im Wirtschaftsleben immer wichtiger werdenden Netting-Vereinbarungen oder Konzernverrechnungsklauseln sind danach also an und für sich insolvenzfest. Gleichwohl aber hat der *BGH* den eindeutigen Wortlaut zurückgestutzt und gestattet allenfalls vertragliche Erweiterungen der gesetzlichen Aufrechnungsbefugnis.

139 § 95 fügt der Grundaussage des § 94 einige Modifikationen hinzu. Den angesprochenen Fällen ist gemeinsam, dass der Gläubiger bei Ver-

fahrensbeginn bereits eine Gegenforderung hatte, die allerdings noch bestimmter Transformationen bedarf, um zur Aufrechenbarkeit nach Maßgabe des § 387 BGB vorzustoßen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass nach Abs. 1 S.2 diese Transformation nicht mit Hilfe der §§ 41 und 45 erfolgen kann. Eine weitere Einschränkung enthält der nachfolgende Satz: Ist die Forderung des Schuldners schon uneingeschränkt einforderbar, bevor es die Forderung des aufrechnungswilligen Gläubigers nach Maßgabe des § 95 wird, gibt es kein Aufrechnungsprivileg. Anderenfalls würde der Gläubiger entgegen dem Grundsatz des § 91 noch nach Verfahrenseröffnung ein Recht auf bevorzugte Befriedigung erlangen.

Letztere Aussage leitet auf den Regelungsgehalt des § 96 über, der das Aufrechnungsprivileg in seinen beiden ersten Alternativen dann ausschließt, wenn die Aufrechnungslage zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht besteht – sei es, weil die Hauptforderung erst nachträglich entstanden ist, sei es, weil die Gegenforderung erst nachträglich in das Vermögen des Gläubigers gelangt. Entsprechendes gilt gemäß Nr. 4 folgerichtig auch dann, wenn die Insolvenzmasse durch die Aufrechnung nur ihre Forderung verlieren würde und nicht auch zugleich Befreiung von einer damit korrespondierenden Verbindlichkeit. Darüber hinaus ist die Aufrechnung auch dann ausgeschlossen – und zwar auch und insbesondere im Falle einer bereits vor Verfahrenseröffnung entstandenen Aufrechnungslage –, wenn der Gläubiger die Möglichkeit zur Aufrechnung mit Hilfe einer nach Maßgabe der §§ 129 ff. anfechtbaren Rechtshandlung (dazu im Einzelnen Rn. 172 ff.) erlangt hat. Diese Vorschrift spielt in der Praxis eine erhebliche Rolle, u.a. auch deswegen, weil die Rechtsfolge des § 96 automatische Unwirksamkeit ist und somit die Erklärung der Anfechtung überflüssig macht. 140

Testfragen zu Abschnitt 1

1. Woraus rechtfertigt sich die insolvenzrechtliche Sonderbehandlung einer Aufrechnungslage?
2. Können die absonderungsberechtigten Gläubiger mit Eröffnung des Verfahrens auf das ihnen zugewiesene Vermögensgut des Schuldners zugreifen?

2. Mehrung der Ist-Masse

Das Arsenal zur Mehrung der Masse ist ungleich umfangreicher als das der Minderung. Das gilt zumindest nach Maßgabe des gesetzlichen Angebots; ob es in praxi denn auch tatsächlich zur Anwendung kommen kann, ist naturgemäß eine von diesem Befund zu trennende Frage. 141

a) Neuerwerb

- 142 Auch hier kann zunächst auf schon Gesagtes verwiesen werden: Als Haftungsmasse behandelt die Insolvenzordnung nicht nur dasjenige Vermögen des Schuldners, das ihm gerade im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gehört, sondern gemäß § 35 auch den nachträglichen Erwerb (s. Rn. 99 f.). Während das unter dem früheren Recht noch als ein vom konkursrechtlichen Beschlag ausgenommenes Vermögen behandelt wurde, wird es nunmehr den Insolvenzgläubigern zugewiesen und dient damit der Vergrößerung der Soll-Masse.

b) Realisierung von Forderungen

- 143 Zum Vermögen des Schuldners und damit zur Masse gehören üblicherweise auch Forderungen – also Rechte, von einem anderen bspw. eine Leistung zu verlangen. Durch den Eröffnungsbeschluss, der den Schuldner des Schuldners gemäß § 30 II zugestellt worden ist, sind diese darüber informiert, dass sie von jetzt an mit befreiender Wirkung nunmehr an den Verwalter leisten können. Demgemäß gehört es zu dessen Pflicht zur Inbesitznahme und Sammlung der Masse (§ 148), dass er derartige Forderungen auch tatsächlich einzieht.
- 144 Über diese seit jeher bestehende Standardaufgabe hinaus hat die Insolvenzordnung aber mit den §§ 92 und 93 Instrumentarien zur Vermehrung der Sollmasse geschaffen, die es zumindest in dieser Form zuvor noch nicht gegeben hat. Zunächst einmal sieht § 92 vor, dass ein sog. Gesamtschaden allein vom Verwalter – und damit natürlich zu Gunsten der Masse – geltend gemacht werden kann. Entsprechendes hat es vereinzelt in gesellschaftsrechtlichen Gesetzen wie etwa § 171 II HGB oder § 93 V 4 AktG schon seit längerem gegeben; doch nunmehr ist diese Vorgehensweise einheitlich für jedes Insolvenzverfahren vorgesehen. Die Besonderheit liegt hier darin, dass diese geltend gemachten Forderungen nicht etwa zur Masse gehören, sondern den einzelnen Gläubigern zugewiesen sind. § 92 geht also über den § 148 hinaus, indem er dem Verwalter auch das ausschließliche Einziehungsrecht hinsichtlich dieser Gläubigerforderungen einräumt und deren Ertrag so zur Masse hinzufügt; sind allerdings nicht alle Insolvenzgläubiger zugleich Geschädigte, muss der Verwalter eine Sondermasse bilden.
- 145 Entscheidend ist nach dem Wortlaut des § 92, dass gerade die Insolvenzgläubiger i.S.d. §§ 38 f. (bzw. ein Teil von ihnen) den Schaden erleiden. Ein solcher kann bspw. aus einer verspäteten Antragstellung nach § 15a resultieren, aus der Verletzung von Geschäftsführerverpflichtungen nach § 43 GmbHG oder auch aus einer Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters während des bereits eröffneten Verfahrens.

Für den letztgenannten Fall sieht S. 2 des § 92 eigens vor, dass ein neuer Verwalter bestellt sein muss.

Vollständiges Neuland betritt dagegen § 93: Er räumt dem Verwalter im Falle der Insolvenz einer Personengesellschaft die ausschließliche Befugnis ein, die **die Gesellschafter betreffende persönliche Einstandspflicht** geltend zu machen. Das betrifft also Haftungen wie etwa die des § 128 HGB beim OHG-Gesellschafter, bezieht sich aber auch auf die KG, die KGaA, die EWIV, die PartnerschG oder auch die GbR, sofern diese eine Außengesellschaft im Sinne der neueren Rechtsprechung des *BGH* ist. Der einleuchtende Grund für diese gesetzgeberische Neuerung ist, dass durch eine derartige Realisierungsbündelung die früher noch zugelassene Praxis ausgeschlossen wird, dass sich einzelne Gläubiger bei einem persönlich haftenden Gesellschafter eine Sonderbefriedigung außerhalb des Insolvenzverfahrens über die Gesellschaft verschaffen und damit letzten Endes dem Grundsatz der *par condicio creditorum* Hohn sprechen. 146

Der Verwalter kann sich dementsprechend auch an ausgeschiedene Gesellschafter wenden oder an den Kommanditisten, soweit deren Haftung gegenüber grundsätzlich allen Gesellschaftsgläubigern eben reicht. Eines der vielen mit dieser Vorschrift verbundenen, neuartigen Probleme betrifft die Frage, in welchem **Umfang** der Verwalter die **Haftung** geltend machen kann und darf: Wenn er gleich zu Beginn des Verfahrens einen Anspruch in Höhe des Gesamtvolumens sämtlicher Insolvenzforderungen minus geschätztem Wert der versilberbaren Masse geltend macht, ist wohl regelmäßig eine Folgeinsolvenz des Gesellschafters vorprogrammiert. Das mag man – vielleicht gar aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – bedauern und als störend empfinden, ist aber im Grunde genommen nichts anderes als die zwangsläufige Folge der rechtstechnischen Ausgestaltung der persönlichen Haftung bei den in Frage stehenden Gesellschaften. Folge dessen ist dann freilich auch, dass dank dieser Zugriffsmöglichkeit eine etwaige Masselosigkeit (und die damit drohende Nicht-Eröffnung) des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens überwunden werden kann. 147

c) Führung von Prozessen

Es wurde schon oben im Zusammenhang mit dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter erwähnt (Rn. 126), dass eine Konsequenz des § 80 auch die ist, dass der Verwalter nunmehr die **Prozessführungsbefugnis** für masserelevante Prozesse eingeräumt wird. Er ist als Partei kraft Amtes zuständig sowohl für Führung von Aktiv- und Passivprozessen (für letztere eröffnet § 19a ZPO einen allgemeinen Gerichtsstand). Um diesen 148

Statuswechsel sicherzustellen, sieht § 240 ZPO vor, dass massebezogene Prozesse unterbrochen werden, sobald über das Vermögen einer der beiden Parteien das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Diese Unterbrechung dauert an, bis das Insolvenzverfahren beendet ist oder der Prozess gemäß der Insolvenzordnung wieder aufgenommen wird. Letzteres ist ein Verweis auf die §§ 85 und 86.

- 149 Diese beiden Vorschriften differenzieren danach, ob es sich bei dem unterbrochenen Prozess um einen Aktiv- oder um einen Passivprozess handelt. Diese Einordnung richtet sich nicht etwa danach, ob der Schuldner in dem Prozess Kläger oder Beklagter war, sondern danach, ob ein Vermögensrecht in Anspruch genommen wird, das zur Masse gehört bzw. gehören wird (dann **Aktivprozess**), oder ob es sich in dem Prozess darum dreht, dass aus der Masse eine Leistung zu erbringen sein wird (dann **Passivprozess**).
- 150 Im erstgenannten Fall, also im Falle eines **Aktivprozesses**, steht es im alleinigen Ermessen des Verwalters, ob er den Prozess aufnehmen will oder nicht (zur technischen Durchführung der Aufnahme s. § 250 ZPO). Richtschnur für diese Entscheidung wird regelmäßig die wirtschaftliche Abwägung sein, ob überhaupt bzw. inwieweit die Fortführung des Prozesses voraussichtlich zur Vergrößerung der Soll-Masse beitragen kann und wird. Ist das nicht mit der hinreichenden Wahrscheinlichkeit gewährleistet, wird der Verwalter die Aufnahme ablehnen – mit der Folge, dass an seiner statt nunmehr die ursprünglichen Parteien den Prozess fortführen können.
- 151 Handelt es sich dagegen um einen **Passivprozess**, muss man anpassen. Wird nämlich mit ihm ein Anspruch geltend gemacht, der in insolvenzrechtlicher Diktion eine Insolvenzforderung i.S.d. § 38 darstellt, gilt § 87: Danach können Insolvenzforderungen nur nach Maßgabe der Insolvenzordnung – und damit eben nicht mehr im Einzelklageweg – geltend gemacht werden. Dieser Prozess ruht damit solange, als er nicht eventuell nach näherer Maßgabe des § 180 II in einem späteren Stadium des Verfahrens wieder aufgenommen wird (s. dazu unten Rn. 203 ff.).
- 152 Ist Streitgegenstand dagegen eine **andere Forderung**, also etwa die in § 86 I benannte Masseforderung, ein Absonderungs- oder Aussonderungsrecht, dann können sowohl der Verwalter als auch der Gegner den Prozess aufnehmen. Im zuletzt genannten Fall kann sich der Verwalter dem ihm gewissermaßen aufoktroierten Prozess allenfalls dadurch entziehen, dass er den Klageanspruch gemäß § 307 ZPO sofort anerkennt. Dadurch verliert er zwar den Prozess, die damit einhergehende Kostenerstattungspflicht (vgl. § 91 ZPO), begründet aber in diesem Fall nicht etwa eine Masseschuld, sondern gilt als Insolvenzforderung.

d) Nicht vollständig erfüllte Verträge

Da die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in den aller seltensten Fällen der „harmonische“ Abschluss einer längeren Entwicklung ist, sondern vielmehr eine gewissermaßen aus dem Leben gerissene Momentaufnahme darstellt, ist es nahezu zwangsläufig, dass in diesem Moment **Vertragsbeziehungen** des Schuldners bestehen, die noch nicht abgewickelt sind. Solche Vertragsbeziehungen können unterschiedlichster Provenienz sein: Kauf- oder Mietverträge, Arbeits-, Stromnutzungs- oder Lizenzverträge oder was es sonst noch an Verträgen geben mag. Das Insolvenzrecht trifft für diese Fälle eine in der Praxis hoch bedeutsame Regelung in den §§ 103–128, sofern es sich bei diesen Verträgen um gegenseitige i.S.d. §§ 320 ff. BGB handelt. 153

aa) Ausgangslage

Im Ausgangspunkt fragt man bei ihnen zunächst einmal danach, ob **eine der beiden Parteien bereits vollständig erfüllt** hat. Ist das der Fall, trifft man folgende Unterscheidung: Hat der Schuldner bereits vor Verfahrenseröffnung das Seine vollständig erfüllt (§ 362 BGB), so kann der Insolvenzverwalter das von der anderen Seite noch Geschuldete naturgemäß für die Masse einfordern. Hat dagegen die andere Seite das Ihre bereits vollständig geleistet, der Schuldner das Seine dagegen noch nicht, so ist jene andere Seite dem Insolvenzrisiko erlegen. Denn ihre noch offene Forderung kann sie – auch wenn sie auf eine Sachleistung gerichtet ist – nurmehr in Gestalt einer Geldforderung (§ 45) geltend machen. Das Insolvenzrecht hält diesem Vertragspartner den ebenso althergebrachten („trau, schau wem“) wie altklugen Hinweis entgegen, dass er durch seine Vorleistung Kredit gewährt und deswegen die Konsequenzen daraus zu tragen habe. Angesichts dieses Risikos wird verständlich, dass der beste Insolvenzschutz nach wie vor der des Zug-um-Zug-Austausches ist (§§ 274, 322 BGB). Bei ihm allein nämlich ist das Insolvenzrisiko durch die zeitliche Koinzidenz von Leistung und Gegenleistung gewissermaßen auf Null reduziert. 154

Eine ganz eigene Regelung hält die Insolvenzordnung jedoch für den – in der Praxis außerordentlich häufig vorkommenden – Fall bereit, dass **beide Vertragsparteien** zur Zeit der Verfahrenseröffnung das ihnen Obliegende **noch nicht vollständig geleistet** haben. Deswegen spielt die Frage, ob noch weitere Handlungen für die endgültige Erfüllung vorzunehmen sind, in der Praxis eine ganz außerordentlich große Rolle; in § 433 I 2 BGB hat der Gesetzgeber beispielsweise einen diesbezüglichen, lang währenden Streit zu Gunsten des Käufers entschieden – wie insgesamt bei jedem einschlägigen Vertrag genau der Pflichtumfang des zu Leistenden herauszuarbeiten ist. Die Ausgangssitu- 155

ation des § 103 ist in jedem Fall insoweit mit der einer bestehenden Aufrechnungslage (s. oben Rn. 135 ff) vergleichbar, als sich hier wie dort zwei Personen in wechselseitiger Forderungsverbundenheit gegenüberstehen; beide sind einander zur Leistung verpflichtet und zur Forderung berechtigt. Während aber § 94 dem Gläubiger, der kraft Gesetzes oder vertraglicher Vereinbarung ein Recht zur Aufrechnung hat, ein auf sein Vertrauen gestütztes Handlungsrecht (und damit ein Privileg) einräumt, verweigert § 103 eine vergleichbare Vertrauensposition und statuiert eine abweichende Grundregel zum Vorteil der Masse:

- 156 Danach hat der Insolvenzverwalter ein **Wahlrecht**. Er kann entscheiden, ob er den Vertrag fortführen oder aber seine weitere Erfüllung ablehnen will. Wie schon bei der Frage nach der Aufnahme eines durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochenen Prozesses ist auch hierbei Grundlage seiner Entscheidung, dass der Verwalter die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile abwägt und sich dann zu Gunsten der für die Massemaximierung besseren Alternative entscheidet. Bei dieser Abwägung kommt ihm (bzw. der Masse) § 105 noch hilfreich entgegen, indem er im Falle einer teilbaren Leistung den vom Vertragspartner bereits erbrachten Teil nicht bevorzugt befriedigen muss, sondern der andere insoweit auf eine eigens anzumeldende Insolvenzforderung verwiesen ist.
- 157 Wählt der Verwalter also die **Erfüllung** des – je nachdem gesamten oder (im Fall des § 105) noch offenen – Vertrags, ist dieser unverändert und in Einklang mit den vertraglichen bzw. vertragsrechtlichen Vorgaben weiterhin durchzuführen; der Vertragspartner erhält dann freilich hinsichtlich seines Anspruchs eine bevorzugte Stellung als Massegläubiger (vgl. § 55 I Nr. 2). Entscheidet sich der Verwalter jedoch für die entgegengesetzte Option, so liegt in dieser **Aufkündigung des weiteren Vertragsaustausches**, vertragsrechtlich gesehen, eine regelmäßig zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung. Auf eben diesen Anspruch nimmt § 103 II 1 Bezug, indem er diese Forderung zur Insolvenzforderung erklärt. Weil demnach die Wahl des Verwalters auch für die andere Partei von erheblichem Interesse ist – geht es doch um Vertragserfüllung oder Insolvenzausfall –, gestattet § 103 II 2 ihr, den Verwalter mit seiner Wahl unter Zugzwang zu setzen.
- 158 Die Frage, wie dieses **Wahlrecht dogmatisch** zu verstehen ist, ist keineswegs rein akademischer Natur; der hierum geführte und vom 9. Senat des *BGH* selbst durch eine durchaus mäandernde Rechtsprechung aktiv angestoßene und gestaltete Streit belegt das eindrucklich. Der heute vorherrschende Stand der Diskussion geht davon aus, dass die offenen Forderungen aus dem betreffenden Vertrag mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht etwa erlöschen, sondern nur ihre Durchsetzbarkeit verlieren. Wenn sich der Verwalter nunmehr zu Gunsten

der Erfüllung entscheidet, so erlangen diese Forderungen damit ihre Durchsetzbarkeit – und zwar in Gestalt von originären Masseforderungen bzw. -verbindlichkeiten – zurück. Das ist gegenüber der vorhergehenden „Erlöschentheorie“ nicht wirklich eine Novität; doch ist damit für die Masse der Vorteil verbunden, dass diese phoenixgleiche Wiedererstarkung im laufenden Verfahren die Forderungen von eventuellen Gegenrechten der anderen Vertragspartei befreit. So scheidet eine Aufrechnung an § 96 I Nr. 1 und die Abtretung an § 91.

Beispiele für erfasste Vertragstypen: Kauf-, Werk- oder Werklieferungsverträge; Kommissionsvertrag; Rückabwicklungsschuldverhältnisse bei Rücktritt nach § 346 ff. BGB; für Miet-, Pacht- oder Leasingverträge beachte die Sonderregelungen der §§ 108 ff. Nach zunehmend schwankender hM fallen auch Lizenzverträge in diese Kategorie; das hat freilich gesamtwirtschaftlich relevante Auswirkungen, so dass schon seit langem ein harter Kampf um die Insolvenzfähigkeit von diesen Verträgen ausgefochten wird. 159

bb) Sonderregelungen

(1) Vormerkung

Aus unterschiedlichen Gründen enthält das Gesetz in den dem § 103 160 folgenden Vorschriften eine Reihe von Modifikationen oder Durchbrechungen dieser Grundregel, die allesamt einen Ausgleich zwischen bestimmten, als schützenswert erachteten Drittinteressen und dem Gläubigerinteresse an optimaler Massemaximierung anstreben. So ist nach § 106 ein mit Hilfe einer Vormerkung gemäß den §§ 883 ff. BGB gesicherter Anspruch „insolvenzfest“, auch wenn im Übrigen die Voraussetzungen des § 103 vorliegen würden. Darin liegt die wohl bedeutsamste **Sicherungsfunktion** der Vormerkung. Der Verwalter kann sich also von einem entsprechenden Vertrag allenfalls mit Hilfe des bürgerlich-rechtlichen Instrumentariums, etwa des § 323 BGB, nicht aber durch den § 103 lösen.

(2) Fixgeschäfte etc.

Das Wahlrecht des Verwalters ist außerdem gemäß § 104 bei Fixgeschäften und Finanztermingeschäften (besonders wichtig und für die Finanzindustrie vorteilhaft ist hier das **close-out netting**) ausgeschlossen und auf die Geltendmachung einer Schadensersatzforderung reduziert. Ebenfalls kein Wahlrecht gibt es grundsätzlich bei Aufträgen, Geschäftsbesorgungsverträgen und Vollmachten, §§ 115–117. 161

(3) Eigentumsvorbehaltskauf

162 § 107 betrifft einen fast schon klassischen Anwendungsfall des beidseitig nicht vollständig erfüllten, gegenseitigen Vertrags – nämlich den Kauf unter Eigentumsvorbehalt, bei dem der Käufer also noch nicht Eigentümer geworden ist, weil er den Kaufpreis noch nicht vollständig entrichtet hat. Zum besseren Verständnis dieser Norm sollte man sich noch einmal in Erinnerung rufen, dass die aus den §§ 160 ff. BGB herausgelesene Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers zwischenzeitlich den unangefochtenen Status eines **Anwartschaftsrechtes** erlangt hat, dem im Grunde genommen ein dinglicher Charakter zukommt. Dieser herausgehobenen Stellung soll Rechnung getragen werden, auch wenn einer der beiden Kontrahenten in die Insolvenz fällt.

163 § 107 unterscheidet zu diesem Zweck zwischen der Insolvenz von Verkäufer und Käufer. Im ersten Fall dreht Abs. 1 den Mechanismus des § 103 um und gewährt dem anwartschaftsberechtigten Käufer das Recht, auf der Erfüllung des Vertrags zu bestehen. Es versteht sich von selbst, dass er natürlich auch seinerseits seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommen muss. Im entgegengesetzten Fall, wenn also der Anwartschaftsberechtigte der Insolvenzschuldner ist, müsste der Verkäufer an sich auf Grund seines vorbehaltenen Eigentums die Sache aussondern können. § 107 II hält dem aber entgegen, dass der Verwalter das Wahlrecht des § 103 hat und folglich zwischen Erfüllung des Vertrages und seiner Ablehnung entscheiden kann. Nur im letzteren Fall kommt es dann zur Aussonderung. § 107 II geht aber noch einen Schritt weiter, indem er dem vom Vorbehaltsverkäufer gedrängten Verwalter nicht etwa eine unverzügliche Entscheidung über seine Wahl abfordert, sondern ihm Zeit bis unmittelbar nach dem Berichtstermin (dazu Rn. 206) gibt.

(4) Dienst- und Mietverhältnisse sowie Darlehen

164 Die §§ 108 ff. adressieren Dienst- und Miet- (bzw. Pacht-) verhältnisse und spielen demgemäß in der Praxis eine ganz erhebliche Rolle. Was zunächst die **Miet- und Pachtverhältnisse** anbelangt, so enthalten die §§ 108–111 eine recht ausführliche und von dem Grundmuster des § 103 erheblich abweichende Regelung, die allerdings nur dann Anwendung findet, wenn die gemieteten bzw. gepachteten Gegenständen unbewegliche Gegenstände – Immobilien also – sind (für bestimmte bewegliche Gegenstände s. allerdings die umstrittene Sonderregelung des § 108 I 2 für Leasing-Verträge). Das ist gegenüber dem früheren Recht eine nicht recht nachvollziehbare Einschränkung, weil dadurch auch etwa Lizenzen (sie werden üblicherweise insolvenzrechtlich als Mietverträge verstanden, vgl. Rn. 159) dem Schicksal des

§ 103 unterworfen sind; im Falle von Insolvenzen von Filmlizenzgebern, Arzneimittelproduzenten oder gar Softwareherstellern kann das u.U. zu volkswirtschaftlich unerwünschten Konsequenzen führen (gegen die man sich möglichst mittels vertraglicher Absicherung wappnen sollte). Nur in den §§ 109 I, 112 gibt es Regelungen, die für jedweden Miet- oder Pachtvertrag gelten, wenn nur der Schuldner Mieter oder Pächter ist: Der Vermieter kann eine eventuelle Kündigung nicht mehr auf die beiden angegebenen Gründe stützen, sobald ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt ist; die Kündigungsfrist beträgt maximal drei Monate.

Die in § 108 auch mit angesprochenen **Immobilien-Verträge** bestehen unbeschadet der Verfahrenseröffnung fort; ein Wahlrecht steht dem Verwalter damit also gerade nicht zu. Wenn der Schuldner Mieter bzw. Pächter ist, modifiziert § 109 eine eventuelle Kündigungsvereinbarung dergestalt, dass der Verwalter in jedem Fall unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen kann. Ist der Schuldner dagegen Vermieter bzw. Verpächter, bleibt der Vertrag bestehen; der Verwalter wird also Miet- oder Pachtzins zur Masse einziehen. Nur für den Fall, dass der Schuldner zuvor schon über diesen Zins verfügt haben sollte, begrenzt § 110 die Dauer dieser zukünftigen Verfügung. Will der Verwalter das vermietete bzw. verpachtete Grundstück insgesamt „zu Geld machen“, kann er es (auch) freihändig veräußern (vgl. § 160 II Nr. 1) und dessen Attraktivität (und damit den Preis) dadurch steigern, dass der Erwerber das Miet- bzw. Pachtverhältnis ggf. mit der in § 111 genannten Frist kündigen kann. Darin liegt eine Parallele zu § 57a ZVG und eine Modifikation des § 566 BGB.

Sofern der Schuldner als Darlehensgeber den dargeliehenen Gegenstand bereits dem Darlehensnehmer übergeben hatte, besteht auch ein **Darlehensvertrag** weiter fort.

(5) Arbeitsverträge

Es leuchtet unmittelbar ein und man erfährt nahezu tagtäglich aus den Medien, dass Arbeitnehmer die wohl am dramatischsten von einem Insolvenzfall Betroffenen sind. Es wurde schon erwähnt, dass sie hinsichtlich ihrer Lohnforderungen unter der Ägide des § 38 keine privilegierten Insolvenzgläubiger mehr sind (s. oben Rn. 27 ff.). Sie erfahren aber nach wie vor aus naheliegenden sozialpolitischen Erwägungen hinsichtlich ihrer Verträge eine Sonderbehandlung, indem diese aus dem an sich glasklar bestehenden Anwendungsbereich des § 103 herausgenommen sind und durch die §§ 108, 113, 120 ff. eine Spezialregelung erfahren.

Weil § 108 auch Dienst- und damit eben auch Arbeitsverhältnisse nennt, bestehen diese mit Wirkung für die Masse fort (§ 108). Ein

Wahlrecht des Verwalters ist mithin auch hier ausgeschlossen, und die weiteren Bezüge der Arbeitnehmer rangieren – anders als die rückständigen Löhne (vgl. § 108 III) – gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO als Masselforderungen (erinnert sei hier noch einmal an die Regelung des Insolvenzgeldes, dazu oben Rn. 107 ff.; s. außerdem für die betrieblichen Renten noch die §§ 7 und 14 BetrAVG). Allerdings muss es aus nahe liegenden Gründen eine Beendigungsmöglichkeit auch für Arbeitsverträge geben – dies umso mehr, als einer der durchaus weit verbreiteten, Insolvenzen auslösenden Gründe eine zu große Arbeitnehmerschaft ist. Letztere Erkenntnis darf freilich nicht zu dem Gegenausschlag des Pendels führen, dass ein Insolvenzverfahren gezielt dafür benutzt wird, sich unliebsamer Arbeitsverträge zu entledigen; diesem früher nicht einmal selten beschrittenen Weg hat § 613a BGB einen Riegel vorgeschoben (s. noch Rn. 240). Das Gesetz muss also, mit anderen Worten, ganz besonders sorgsam einen Mittelweg zwischen den Extrempositionen finden.

169 Dieser Mittelweg sieht zunächst so aus, dass Arbeitsverträge unbeschadet entgegenstehender Vereinbarungen auf jeden Fall mit einer Frist von drei Monaten **gekündigt werden können (§ 113)**. Damit ist eine Maximalfrist statuiert, nicht aber eine Befreiung von den herkömmlichen arbeitsrechtlichen Kündigungsvoraussetzungen. An sie ist auch der Verwalter gebunden; auch er muss also eine Sozialauswahl im Rahmen des § 1 KSchG beachten. Eine vergleichbare, vorsichtige Modifikation der arbeitsrechtlichen Vorschriften bezüglich der Kündigung von Betriebsvereinbarungen, vgl. § 77 V BetrVG, findet sich in § 120 sowie bezüglich der in § 141 BetrVG geregelten Betriebsänderungen und ihrer notwendigen vorhergehenden Einigung in den §§ 121 und 122. Für Kündigungen im Rahmen kollektiv-arbeitsrechtlicher Instrumentarien enthalten ferner die §§ 125–127 einige insolvenzbedingte Abweichungen; auf sie verweist auch § 128, der im Übrigen implizit ausspricht, dass der § 613a BGB auch bei einer Unternehmensveräußerung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens mit gewissen Modifikationen anzuwenden ist.

170 Hervorzuheben ist schließlich noch § 123, der für den Abschluss eines Sozialplans (vgl. § 112 BetrVG) betragsmäßig eine relative (zweieinhalb Monatsverdienste) und eine absolute (ein Drittel der Masse) Obergrenze vorsieht.

(6) Zwingendes Recht

171 Als letzte der gesondert anzusprechenden Normen aus dem Komplex „Erfüllung der Rechtsgeschäfte“ ist seiner erheblichen praktischen Bedeutung wegen noch § 119 zu nennen. Indem diese Vorschrift nämlich die Unabdingbarkeit der §§ 103–118 statuiert, reagiert sie auf

eine vielfach und vielerorts versuchte Umgehungsstrategie der in diesen Normen angeordneten Rechtsfolgen. Die entsprechenden Vertragsklauseln heißen hierzulande „**Lösungsklauseln**“, andernorts etwa „ipso-facto-Klauseln“. Sie versuchen, insbesondere das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 dadurch auszuhebeln, dass sie für den Fall der Stellung eines Insolvenzantrags oder gar der Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Vertrag als aufgelöst behandeln und einen Ausgleich ermöglichen wollen. Nach umstrittener, aber wohl überwiegender Ansicht sind diese Versuche auf Grund des besagten § 119 zum Scheitern verurteilt.

Prüfungsschema 2: Abwicklung nicht vollständig erfüllter Verträge, §§ 103 ff.

I. Voraussetzungen

- 1. Gegenseitiger Vertrag, d.h. hauptsächlich §§ 320 ff. BGB**
- 2. Keine vollständige Erfüllung des Vertrages** von beiden (!) Vertragsparteien zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung
- 3. Kein Eingreifen von Ausschlussstatbeständen, §§ 104 ff.**
 - a) § 104: *Finanztermin- und Fixgeschäfte*
Kein Anspruch auf Erfüllung (aus Insolvenzmasse)
 - b) § 105: *Teilbarkeit*
Kein Zurückverlangen bereits vorerbrachter Leistungen
 - c) § 106: *vormerkungsgesicherter Anspruch*
Anspruch auf Erfüllung (aus Insolvenzmasse)
 - d) § 107: *Eigentumsvorbehalt*
§ 107 I: Insolvenz des Verkäufers
→ Anspruch des Käufers auf Erfüllung (aus Insolvenzmasse)
§ 107 II: Insolvenz des Käufers
→ abhängig vom Wahlrecht des Insolvenzverwalters
 - e) § 108: *Miet- und Pachtverhältnisse über Immobilien sowie Dienst- und sonstige bestimmte Schuldverhältnisse*
Schuldverhältnisse bestehen fort
 - f) §§ 115-117: *Aufträge, Geschäftsbesorgungsverträge, Vollmachten*
Erlöschen durch die Insolvenzeröffnung

II. Rechtsfolge: Wahlrecht des Insolvenzverwalters, § 103 I, II

1. Erfüllungsverlangen, § 103 I

Der Insolvenzverwalter kann anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen

a) Folgen für den Gläubiger

→ unveränderte Vertragsdurchführung

→ Stellung als Massegläubiger, § 55 I Nr. 2

b) Schicksal der Forderung

→ Zurückerlangung der Durchsetzbarkeit

2. Erfüllungsablehnung, § 103 II 1

a) Folgen für den Gläubiger

→ Ausgleichsanspruch wegen Vertragsverletzung (Insolvenzforderung)

b) Schicksal der Forderung

→ kein Zurückerlangen der Durchsetzbarkeit

e) Anfechtung

aa) Ausgangslage

172 Es ist in den vorangegangenen Abschnitten schon mehrfach angeklungen, dass die Anfechtbarkeit einer gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlung eine außerordentlich wichtige insolvenzrechtliche Kategorie darstellt. Sie ist allerdings selbst unter (nicht spezifisch insolvenzrechtlich ausgerichteten) Juristen eine große Unbekannte. Mit der **Insolvenzanfechtung** kann die Masse teilweise erheblich angereichert werden, da ihre Besonderheit darin liegt, dass sie – auf uralte und urmenschliche Verhaltensweisen reagierend – bestimmte Rechtshandlungen annulliert bzw. rückabwickelt, die der Schuldner oder ein Dritter noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen haben und die sich im nunmehr eröffneten Insolvenzverfahren als Nachteil für die Insolvenzmasse (und damit für die Befriedigung der Gläubiger) herausstellen. Die einzelnen Tatbestände statuieren unterschiedliche Rückwirkungsfristen (auch Suspektsperiode genannt), die zwischen 3 Monaten und 10 Jahre liegen (s. Übersicht 6).

173 Schon immer und überall neigen Schuldner dazu, angesichts ihrer sich am Horizont abzeichnenden Insolvenz wenigstens ein paar (regelmäßig wertvolle) Vermögensgegenstände an bestimmte (oftmals nahestehende) Personen zu übertragen, um sie so aus ihrem haftenden Vermögen in das eines anderen zu transferieren. Ebenso alt ist der

Verhaltensmechanismus, dem zufolge bestimmte Gläubiger dazu tendieren, sobald sie von einer sich abzeichnenden Insolvenz ihres Schuldners erfahren, diesen unter Druck zu setzen und zu einer geschwinden Befriedigung zu drängen, bevor das Verfahren beantragt und eröffnet wird. Es sei am Rande vermerkt, dass in dem **Anfechtungsgesetz** (AnfG) ein dem hier zu beschreibenden Regelungsmechanismus weitgehend entsprechendes Gesetz existiert, das bereits dann eingreift, wenn ein einzelner Gläubiger in der Zwangsvollstreckung leer ausgeht; er kann dann die dort sog. Gläubigeranfechtung durchführen.

bb) Regelungsmechanismus

Auf jene fast schon archetypischen Reaktionsmuster (und auch noch auf einige weitere) antwortet die Insolvenzanfechtung der §§ 129 ff. – die unbeschadet ihres gleichen Namens streng von der aus dem BGB bekannten Anfechtung wegen Irrtums zu trennen ist – dergestalt, dass sie dem Verwalter im Falle eines schließlich eröffneten Verfahrens die Möglichkeit einräumt, diese Gläubigerbenachteiligung im Nachhinein rückgängig zu machen. Dazu erhält er gegen den Begünstigten einen eigenen **Rückgewähranspruch** (§ 143), der immer dann eingreift, wenn einer der Tatbestände der §§ 129 i.V.m. 130–137 erfüllt ist. 174

In Anbetracht einer in der Praxis verstärkt wahrnehmbaren Haltung, der zufolge die Masseanreicherung mittels Insolvenzanfechtung als ein immer weiter zu steigender Selbstzweck angesehen wird, ist es geboten, an dieser Stelle ein wenig innezuhalten und sich **Sinn und Zweck** der Insolvenzanfechtung vor Augen zu führen. Natürlich geht es dabei um die Anreicherung der Masse, indem nachträglich Rechtshandlungen in ihren für die Gläubigerschaft nachteiligen Wirkungen annulliert werden. Aber das ist nur die eine Seite: Die andere ist eine massive Beeinträchtigung des regulären Geschäftsverkehrs. Eine Studie des Internationalen Währungsfonds bringt dies ebenso schön wie schlicht auf den Punkt: „On the one hand, the stronger such avoidance rules, the greater the increase in the value of the estate for the advantage of the common creditors. [...] On the other hand, it should be borne in mind that very broad avoidance powers may undermine the predictability of contractual relations. This is particularly the case where the transactions and transfers are perfectly normal, but are voidable simply because they occurred in the proximity of the commencement of the proceedings.“ 175

Anders als das Gesetz erliegt die Praxis auch und besonders des *BGH* nicht einmal selten der Gefahr, diese Balance aus einer allzu einseitig ausgerichteten Massemaximierungsperspektive aus den Augen zu verlieren. 176