

Unternehmensinsolvenz in der Rechtsprechung des BGH

Bearbeitet von
Prof. Dr. Markus Gehrlein

2. Auflage 2016. Buch. Rund 250 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 68509 5
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

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

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

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
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.

schlag genommen worden ist, so ist die Verfügung ihm gegenüber nach § 1124 Abs. 1 Satz 1 BGB wirksam. Die Erstreckung des Grundpfandrechts auf die Miet- oder Pachtforderung gemäß § 1123 Abs. 1 BGB erlischt. Ist die Beschlagnahme bewirkt worden, setzt sich das nach § 1123 Abs. 1 BGB erstreckte Grundpfandrecht im Wege der Surrogation an dem eingezogenen Erlös nach Maßgabe der §§ 155, 156 ZVG fort. Ist die Zwangsverwaltung infolge Antragsrücknahme indes vorbehaltlos aufgehoben worden, wird der noch vorhandene Erlösüberschuss für den Eigentümer des bisher zwangsverwalteten Grundbesitzes frei. Die hypothekarische Pfandhaft des Erlöses zugunsten der beteiligten Verfahrensgläubiger erlischt ebenso wie ein Pfändungspfandrecht nach Aufhebung der Pfändungsanordnung. Der äußere Tatbestand, dass der vormalige Zwangsverwalter die eingezogenen Mieten zunächst noch in Händen hat, ist rechtlich für die Stellung der Gläubiger ohne Bedeutung, wenn keine Verteilung dieser Masse nach den §§ 155, 156 ZVG vorbehalten und die Beschlagnahme insoweit aufrechterhalten geblieben ist. Hiernach stand die Vollstreckungsgläubigerin zur Zeit ihrer Pfändung des Herausgabeanspruchs der Insolvenzverwalterin gegen den vormaligen Zwangsverwalter auf den Erlösüberschuss weder an diesem Anspruch selbst noch an dessen Gegenstand ein Recht zur absonderten Befriedigung gemäß § 49 InsO zu. Die Forderungspfändung sollte ein solches Recht vielmehr erst begründen. Dem stand § 89 Abs. 1 InsO entgegen. Die Vollstreckungsgläubigerin hätte, um dieses Ergebnis zu vermeiden, die Zwangsverwaltung nur mit Wirkung für die Zukunft und unter Vorbehalt ihres durch die Beschlagnahme bereits entstandenen Erlöspfandrechts aufheben lassen dürfen.²⁰²

e) Zinsen

Nach Insolvenzeröffnung fällig werdende Ansprüche auf Kosten und Zinsen werden von dem Recht auf abgesonderte Befriedigung erfasst.²⁰³ Bei der Verwertung von Absonderungsrechten gilt die Anrechnungsvorschrift des § 367 Abs. 1 BGB auch für die **seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** laufenden Zinsen. Der Erlös aus der Verwertung des Grundstücks ist nicht kraft Gesetzes **vorrangig auf die Hauptforderung** (einschließlich der bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens angefallenen Kosten und Zinsen) anzurechnen. Vielmehr gilt auch bei der Berechnung des bei der Verwertung des Absonderungsgutes entstandenen Ausfalls (§ 52 Satz 2 InsO) die **Anrechnungsvorschrift des § 367 BGB**, nach welcher eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet wird. Etwas anderes folgt nicht aus dem Wortlaut des § 50 Abs. 1 InsO. Die Aufzählung „Hauptforderung, Zinsen und Kosten“ kann **kaum als Anordnung einer Rangfolge** verstanden werden, sondern dürfte eher zum Ausdruck bringen, dass die abgesonderte Befriedigung aus dem Pfandrecht nicht nur wegen der Hauptforderung, sondern auch wegen der Zinsen und Kosten stattfindet. Andere gesetzliche Bestimmungen, welche

131

²⁰² BGH, Beschl. v. 10.10.2013 – IX ZB 197/11, NJW 2013, 3520 Rn. 7 ff.

²⁰³ BGH, Urt. v. 17.7.2008 – IX ZR 132/07, WM 2008, 1660.

die Anrechnung einer Zahlung regeln, zählen nicht nur Forderungsarten auf, sondern machen deutlich, welche Forderung „zunächst“, welche Forderung „dann“ und welche Forderung „zuletzt“ befriedigt wird. Die Gesetzgebungsgeschichte bestätigt diesen Befund. Der Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung sah ausdrücklich vor, dass der Erlös aus der Verwertung eines Pfandrechts „zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf das Kapital“ anzurechnen ist. Der Rechtsausschuss schlug eine Streichung dieses Satzes vor, weil die genannten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und des damals noch geltenden Verbraucherkreditgesetzes anwendbar seien, ohne dass es „einer ausdrücklichen Wiederholung der Tilgungsreihenfolge im Bereich des Insolvenzrechts“ bedürfe. Nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO stellen die seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens laufenden Zinsen nachrangige Forderungen dar, die erst nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger berichtet werden. Die Vorschriften der §§ 49 bis 52 InsO, insbesondere diejenige des § 50 Abs. 1 InsO, regeln jedoch nicht die Befriedigung der Insolvenzgläubiger, sondern die Befriedigung der Absonderungsgläubiger aus dem Absonderungsgut.²⁰⁴

f) Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters an verpfändeten Aktien

- 132** Der Insolvenzverwalter ist nicht zur Verwertung von Inhaberaktien, die vom Schuldner an einen Dritten verpfändet worden und in einer in Verwahrung einer Wertpapiersammelbank befindlichen Sammelurkunde verbrieft sind, berechtigt, wenn der Schuldner zwar zunächst Inhaber der verbrieften Mitgliedschaftsrechte geblieben war und der Aktienbesitz eine Unternehmensbeteiligung repräsentierte, er die Mitgliedschaftsrechte aber wegen ihrer Übertragung auf einen Treuhänder nicht wahrnehmen kann und darf, und die Übertragung auch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens Bestand hat.

aa) Besitz

- 133** Seinem Wortlaut nach setzt § 166 Abs. 1 InsO den Besitz des Insolvenzverwalters voraus. Darunter fällt grundsätzlich auch der mittelbare Besitz. Vor der Verpfändung der Aktien war der Schuldner mittelbarer Eigenbesitzer zweiter Stufe. Die Regelung des § 166 Abs. 1 InsO soll den Gläubigern den Zugriff auf die wirtschaftliche Einheit des Schuldnerunternehmens verwehren. Vorhandene Chancen für eine zeitweilige oder dauernde Fortführung des Unternehmens sollen so erhalten und dem Verwalter darüber hinaus ermöglicht werden, durch eine gemeinsame Verwertung zusammengehöriger, aber für unterschiedliche Gläubiger belasteter Gegenstände einen höheren Verwertungserlös zu erzielen. Ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters nach § 166 Abs. 1 InsO ist danach dann anzunehmen, wenn die bewegliche Sache im maßgeblichen Zeitpunkt zur wirtschaftlichen Einheit des Schuldnerunternehmens gehört. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, dieses Erfordernis unmittelbar als Tatbestandsvoraussetzung zu regeln, und stattdessen an

²⁰⁴ BGH, Urt. v. 17.2.2011 – IX ZR 83/10, ZInsO 2011, 630.

den Besitz angeknüpft. Nach dem Wortlaut des § 166 Abs. 1 InsO würde ein jeglicher Besitz das Verwertungsrecht begründen. Der Gesetzgeber ist aber selbst davon ausgegangen, dass es mittelbare Besitzlagen gibt, die ein Verwertungsrecht nicht begründen, etwa den vom Sicherungsgläubiger vermittelten Besitz. Der Anwendungsbereich des § 166 Abs. 1 InsO ist daher nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift zu begrenzen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist dabei nach Möglichkeit auf eine typisierende Betrachtung abzustellen.²⁰⁵ Ein Verwertungsrecht des Verwalters ist bei nur mittelbarem Besitz jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Schuldner eine sicherungsübereignete Sache gewerblich vermietet oder verleast hat. Andererseits ist ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters trotz mittelbarem Besitzes zu verneinen, wenn der Absonderungsberechtigte selbst unmittelbarer Besitzer ist.²⁰⁶

bb) Ausübung der Mitgliedschaftsrechte bei Unternehmensbeteiligung

Die Anwendung des § 166 Abs. 1 InsO auf verpfändete Inhaberaktien, die in einer in Verwahrung einer Wertpapiersammelbank befindlichen Sammelurkunde verbrieft sind, hat besitzrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen. Durch die Verpfändung begibt sich der Aktieninhaber grundsätzlich nicht der verbrieften Mitgliedschaftsrechte. Der Pfandgläubiger ist regelmäßig nur zur Befriedigung aus dem Pfandgegenstand nach Eintritt der Pfandreife berechtigt, nicht zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte.²⁰⁷ Regelmäßig richtet sich die Zugehörigkeit einer beweglichen Sache zur wirtschaftlichen Einheit des Schuldnervermögens zwar nach den Besitzverhältnissen. Ohne eine Besitzposition, die auf eine Zugehörigkeit des Gegenstands zur wirtschaftlichen Einheit schließen lässt, kann ein Verwertungsrecht des Verwalters nicht angenommen werden. Hier steht aber die Herleitung des Verwertungsrechts bei lediglich mittelbarem Besitz wegen der erforderlichen einschränkenden Auslegung des § 166 Abs. 1 InsO gegenüber dem ein besseres Besitzrecht ausübenden Pfandgläubiger über die dem Aktieninhaber trotz Verpfändung verbleibenden Mitgliedschaftsrechte in Rede. Gelangt man zu einem Verwertungsrecht nur über die zusätzlich zum mittelbaren Besitz verbliebenen Mitgliedschaftsrechte, ist eine Verwertungsbefugnis des Verwalters durch Sinn und Zweck des § 166 Abs. 1 InsO nicht gedeckt, wenn der fragliche Aktienbesitz gar nicht durch die Mitgliedschaftsrechte geprägt ist, sondern allein der Vermögensanlage dient. Die dem Aktieninhaber verbliebenen Mitgliedschaftsrechte sind dann für den konkreten Aktienbesitz ohne Bedeutung.²⁰⁸ Ein Verwertungsrecht kann demgegenüber angenommen werden, wenn der Aktienbesitz eine Unternehmensbeteiligung repräsentiert. Eine bestimmte Anteilsquote ist grundsätzlich nicht erforderlich. Allerdings gelten nach § 271 Abs. 1 Satz 3 HGB im Zweifel als Beteiligung Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die insgesamt den fünften Teil des Nennkapitals dieser Gesell-

²⁰⁵ BGH, Urteil vom 24.9.2015 – IX ZR 272/13, WM 2015, 2273 Rn. 20 ff.

²⁰⁶ BGH, Urteil vom 24.9.2015 – IX ZR 272/13, WM 2015, 2273 Rn. 24.

²⁰⁷ BGH, Urteil vom 24.9.2015 – IX ZR 272/13, WM 2015, 2273 Rn. 28.

²⁰⁸ BGH, Urteil vom 24.9.2015 – IX ZR 272/13, WM 2015, 2273 Rn. 30.

schaft überschreiten. Diese Zweifelsregel kann auch für das Verwertungsrecht nach § 166 Abs. 1 InsO herangezogen werden.²⁰⁹

cc) Besonderheit eines Treuhandvertrages

- 135** Im Streitfall scheidet ein Verwertungsrecht des Verwalters nach § 166 Abs. 1 InsO trotz der Höhe der Unternehmensbeteiligung des Schuldners aus, weil dieser durch Treuhandvertrag noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens die ihm trotz der Verpfändung verbliebenen Mitgliedschaftsrechte auf einen Treuhänder übertragen hatte und dieser bei der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte grundsätzlich keinen Weisungen des Schuldners unterlag. Damit fehlte es in seiner Person an dauerhaften Mitgliedschaftsrechten, die ein Verwertungsrecht des Verwalters hätten begründen können.²¹⁰ Dieser Treuhandvertrag ist wegen seines drittschützenden Charakters nicht gemäß §§ 115, 116 InsO mit Verfahrenseröffnung erloschen. Schon die Verwaltung der Gesellschaftsanteile durch den Treuhänder liegt im Interesse der Drittbegünstigten und begründet die Mehrseitigkeit der Treuhand. Eine Sanierungstreuhand im mehrseitigen Interesse ist schon dann anzunehmen, wenn Kreditgeber oder sonstige Beteiligte ihren Beitrag zur Sanierung oder Restrukturierung der Gesellschaft von der Übertragung der Gesellschaftsanteile auf einen Treuhänder abhängig machen, um eine vom Einfluss des Treugebers unabhängige Durchführung der Sanierungs- oder Restrukturierungsmaßnahme zu gewährleisten. Hält ein Dritter einen Vermögensgegenstand treuhänderisch sowohl für den späteren Schuldner als auch für einen oder mehrere Drittbegünstigte, stehen die §§ 115, 116 InsO jedenfalls nicht einer vertraglich vorgesehenen Verwertung des Vermögensgegenstands durch den Treuhänder zugunsten des oder der Drittbegünstigten entgegen.²¹¹

3. Aufrechnung

a) Darlegung einer Aufrechnungslage

- 136** Der Provisionsanspruch des Versicherungsverreters entsteht erst, sobald das Geschäft ausgeführt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt liegt keine erfüllbare Forderung vor, gegen die aufgerechnet werden kann (§ 387 BGB). Hieraus folgt, dass gegen eine Abschlussprovision erst aufgerechnet werden kann, wenn das vermittelte Geschäft mit der Versicherung abgeschlossen ist. Gegen Folgeprovisionen kann dagegen aufgerechnet werden, wenn der vermittelte Vertrag bei Verfahrenseröffnung bereits abgeschlossen ist und keine weiteren Rechtshandlungen erforderlich sind, um die Provision zu verdienen. Nicht der **Insolvenzverwalter**, sondern der aufrechnende **Schuldner hat darzulegen und zu beweisen**, dass die **Aufrechnungslage schon vor Verfahrenseröffnung** entstanden ist. Das hat der Bundesgerichtshof zu § 7 Abs. 5 GesO entschieden. Die Aufrechnung mit Wirkung in der Insolvenz ist von vornherein nur zulässig, wenn die Aufrechnungslage im Zeitpunkt der Verfahrenseröff-

²⁰⁹ BGH, Urteil vom 24.9.2015 – IX ZR 272/13, WM 2015, 2273 Rn. 33.

²¹⁰ BGH, Urteil vom 24.9.2015 – IX ZR 272/13, WM 2015, 2273 Rn. 34.

²¹¹ BGH, Urteil vom 24.9.2015 – IX ZR 272/13, WM 2015, 2273 Rn. 37 ff., 43.

nung besteht; allein die in diesem Zeitpunkt bestehende Aufrechnungsbefugnis ist eine gesicherte Rechtsstellung, die der Gläubiger durch die Verfahrenseröffnung nicht verliert, auf die er vielmehr vertrauen darf. Deshalb gehört der Zeitpunkt des Bestehens einer Aufrechnungslage zu den Voraussetzungen jeder insolvenzrechtlichen Aufrechnungswirkung. Sie ist von demjenigen zu beweisen, der in der Insolvenz aufrechnen will. Demgegenüber obliegt es dem Insolvenzverwalter nur, den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung darzutun und notfalls zu beweisen. Diese Grundsätze sind auf § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO, dessen Inhalt dem des § 55 Abs. 1 Nr. 1 KO entspricht, zu übertragen.²¹²

b) Aufrechnung gegen Forderung aus fortgesetztem Dauerschuldverhältnis

Leistungen der Insolvenzmasse sind so abzugelten, dass die **Masse nicht verkürzt** wird. Deshalb ist bei gesetzlicher Fortführung bestimmter Dauerschuldverhältnisse durch den Insolvenzverwalter § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO anzuwenden.

137

BGH, Urt. v. 20.10.2011 – IX ZR 10/11, WM 2011, 2294

Erfüllt der Insolvenzverwalter ein Dienstverhältnis des Schuldners weiter, so kann gegen die Entgeltforderung der Masse nicht mit einer Insolvenzforderung aufgerechnet werden. Ein Dienstverhältnis des Schuldners besteht nicht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort, wenn die Dienstleistung nur durch Begründung erheblicher Masseschulden erbracht werden kann.

Sachverhalt: Der von Schuldnerin betriebenen Privatschule gewährten die Beklagten ein Elterndarlehen. Mit dem Rückzahlungsanspruch rechnen sie gegen die nach Verfahrenseröffnung begründeten Schuldgeldansprüche auf. Die Klage auf Zahlung des Schuldgeldes hatte Erfolg.

Entscheidungsgründe: § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO, der die Fortführung von Dienstverhältnissen nach Verfahrenseröffnung anordnet, greift nach seinem **Regelungszweck** nicht ein, wenn der Dienstvertrag vom Insolvenzverwalter unter **Begründung von Masseverbindlichkeiten** mit den Mitteln eines zur Masse gehörenden Dienstleistungsunternehmens erfüllt werden muss. Das gilt gerade auch für Privatschulen und andere Ausbildungsunternehmen. So musste hier der Kläger, um die Schulverträge nach Insolvenzeröffnung fortführen zu können, zwangsläufig für die Entlohnung der Lehrkräfte und Unterhaltung der Schulräume erhebliche Aufwendungen aus der Masse erbringen. Das **gesetzliche Wahlrecht** konnte dem Kläger aus diesem Grund nicht versagt werden und er war berechtigt, gemäß § 103 Abs. 1 InsO die Schulgeldzahlung von den Beklagten zur Masse zu verlangen. Gegen diese Verbindlichkeit war die Aufrechnung der Beklagten nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO ausgeschlossen.

Selbst wenn man § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO als einschlägig ansieht, wäre die Aufrechnung der Beklagten gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO unzulässig. Wären schuldrechtliche Forderungen auf Miete und Dienstlohn schon mit dem **Abschluss des Vertrags für dessen gesamte Laufzeit**, wenn auch zunächst betagt, entstanden und demgemäß bereits **vor Insolvenzeröffnung eine Aufrechnungslage** begründet worden, müsste ebenfalls § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO angewendet werden. Der **Mieter** oder **Dienstberechtigte** ist in einem solchen Fall ebenso wie nach Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters mit seinem Anspruch nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO nicht Insolvenzgläubiger, sondern kann **volle Erfüllung seines Vertrags**

²¹² BGH, Urt. v. 26.4.2012 – IX ZR 149/11, WM 2012, 1205 Rn. 10 ff.

verlangen. Dann gebührt der Masse nach dem Grundgedanken des § 103 Abs. 1 InsO auch die ungeschmälernte Gegenleistung.

c) Aufrechnung mit einer nach dem Insolvenzplan erlassenen Forderung

- 138 Ein bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehendes **Aufrechnungsrecht** bleibt auch dann erhalten, wenn die **aufgerechnete Gegenforderung** nach einem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan als **erlassen** gilt. Die Aufrechnung mit einer Forderung, die nach dem Insolvenzplan als erlassen gilt, bleibt gemäß § 94 InsO möglich, wenn die Aufrechnungslage bereits zur **Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** bestand. Nach § 94 InsO wird das bei Verfahrenseröffnung bestehende Recht eines Insolvenzgläubigers zur Aufrechnung „durch das Verfahren nicht berührt“. Bereits unter der Geltung der Konkursordnung, der Vergleichsordnung und der Gesamtvollstreckungsordnung konnte eine bei Eröffnung des Verfahrens bestehende Aufrechnungsmöglichkeit auch noch im Verfahren ausgeübt werden (§ 53 KO, § 54 Satz 1 VglO, § 7 Abs. 4 GesO). Von den Wirkungen eines Vergleichs wurde dieses Recht nicht berührt (§ 54 Satz 2 VglO). An dieser Rechtslage wollte der Gesetzgeber der Insolvenzordnung festhalten. Eine vor Insolvenzeröffnung erworbene Aufrechnungsbefugnis und die daraus folgende **Selbstexekutionsbefugnis** sind eine von der Rechtsordnung weitgehend geschützte Rechtsstellung (vgl. §§ 389, 392, 406 BGB), die auch im Insolvenzverfahren uneingeschränkt anerkannt bleiben soll. Letztlich erscheint ausschlaggebend, dass mit der Insolvenzordnung die nach früherem Recht bestehenden Aufrechnungsmöglichkeiten nicht beschränkt werden sollten.²¹³

IV. Rechtliche Behandlung vom Schuldner geschlossener Verträge

1. Behandlung beiderseits nicht erfüllter Verträge

a) Austauschvertrag

- 139 Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt **kein Erlöschen der Erfüllungsansprüche** aus gegenseitigen Verträgen im Sinne einer materiell-rechtlichen Umgestaltung. Vielmehr verlieren die noch offenen Ansprüche im Insolvenzverfahren ihre **Durchsetzbarkeit**. Die Verfahrenseröffnung hat bei **nicht erfüllten Austauschverträgen** wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden der Vertragspartner (§ 320 BGB) zur Folge, dass diese ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche **nur durchsetzen** können, soweit es sich um Ansprüche auf die Gegenleistung für **schon erbrachte Leistungen** handelt. Falls der **Vertragspartner** vor Insolvenzeröffnung im Unterschied zu dem Schuldner eine **Teilleistung** bewirkt hat, steht dem Vertragspartner ein der **Teilleistung entsprechender Anspruch** auf die Gegenleistung als **Insolvenzforderung** zu; in diesem Fall kann der Insolvenzverwalter einen Anspruch gegen den Vertragspartner nicht geltend machen. Sofern der **Schuldner** vor Verfah-

²¹³ BGH, Urt. v. 19.5.2011 – IX ZR 222/08, WM 2011, 1182 Rn. 9 ff.

renseröffnung anders als sein Vertragspartner teilweise geleistet hat, kann der Insolvenzverwalter grundsätzlich eine der **tatsächlich bewirkten Leistung entsprechende anteilige Vergütung** beanspruchen. Von **beiden Vertragspartnern** vor Insolvenzeröffnung erbrachte **gleichwertige Teilleistungen** werden in ihrer Wirksamkeit von der Insolvenzeröffnung nicht berührt. Haben beide Seiten bis zur Insolvenzeröffnung keine Teilleistungen erbracht, steht dem Insolvenzverwalter mangels eines Erfüllungsverlangens wegen der Einrede aus § 320 BGB kein durchsetzbarer Anspruch gegen seinen Vertragspartner zu.²¹⁴ Das Wahlrecht nach § 103 Abs. 1 InsO wird durch eine **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung** ausgeübt. Eine bestimmte Form schreibt das Gesetz nicht vor, so dass der Verwalter auch durch schlüssiges Verhalten die Erfüllung des Vertrages wählen kann. Für die Auslegung seines Verhaltens ist maßgebend, welche Bedeutung ihm der Vertragsgegner nach der Verkehrssitte und den Gesamtumständen beimessen musste. An ein konkludentes Erfüllungsverlangen sind hohe Anforderungen zu stellen. Die Veräußerung von Vorbehaltsware bedeutet nicht zwingend, dass der Verwalter die Erfüllung des Kaufvertrages mit dem Vorbehaltslieferanten wählt.²¹⁵

Durch die vorbehaltlose Fortsetzung vereinbarter Lieferungen wählt der Insolvenzverwalter konkludent die Erfüllung des (gesamten) Vertrags. § 103 Abs. 1 InsO gibt dem Insolvenzverwalter nicht die Möglichkeit, nur die teilweise Erfüllung eines beiderseits noch nicht erfüllten Vertrages oder die Erfüllung nur einzelner Ansprüche zu wählen. Er kann lediglich durch Wahl der Erfüllung an die Stelle des Schuldners treten und muss dann das Schuldverhältnis in der Lage hinnehmen, in der es sich bei Insolvenzeröffnung befindet; er kann für die Masse keine anderen Rechte beanspruchen, als sie dem Schuldner zustanden.²¹⁶ Eine spätere Erklärung des Verwalters, mit der er die Vertragserfüllung unter Bezugnahme auf § 103 Abs. 1 InsO ausdrücklich ablehnt, vermag an der Wirksamkeit der vorangegangenen (konkludenten) Gestaltungserklärung nichts mehr zu ändern. Die darin liegende Vertragsverletzung berechtigt den Vertragspartner, ohne weitere Fristsetzung Deckungskäufe für die nicht gelieferte Ware zu tätigen und dem Verwalter die Mehrkosten nach § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1, 2 BGB zu berechnen.²¹⁷ Die Erfüllung eines Konsignationslagervertrages kann dadurch gewählt werden, dass der Verwalter dem Lager im Eigentum des Vertragspartners stehendes Material entnehmen und im Betrieb des Schuldners verarbeiten lässt. In einer vom BGH entschiedenen Sache sah der Vertrag vor, dass die Klägerin ihr gehörende Kunststoffgranulate unter Eigentumsvorbehalt bei der Schuldnerin einlagerte. Die Schuldnerin entnahm Material, um es weiter zu verarbeiten. Mit der jeweiligen Entnahme kam ein Kaufvertrag über die entnommene Menge zustande, aufgrund dessen die Schuldnerin den vereinbarten Kaufpreis zu entrichten hatte (§ 433 Abs. 2 BGB). Gezahlt wurde durch

²¹⁴ BGH, Urt. v. 17.12.2009 – IX ZR 214/08, ZInsO 2010, 284 Rn. 11 f.

²¹⁵ BGH, Urt. v. 13.2.2014 – IX ZR 313/12, WM 2014, 667 Rn. 12.

²¹⁶ BGH, Urt. v. 17.7.2013 – VIII ZR 163/12, NZI 2013, 891 = ZInsO 2013, 1838 Rn. 24.

²¹⁷ BGH, Urt. v. 17.7.2013 – VIII ZR 163/12, NZI 2013, 891 = ZInsO 2013, 1838 Rn. 25.

Verrechnung mit den Warenlieferungen der Schuldnerin an die Klägerin.²¹⁸ Das Berufungsgericht hat die Erfüllungswahl zutreffend daraus hergeleitet, dass der Beklagte nicht nur wusste, dass die bei der Schuldnerin lagernden Kunststoffgranulate im Eigentum der Klägerin standen, sondern dass er auch mit der zuständigen Mitarbeiterin der Klägerin über die Fortsetzung der Produktion gesprochen hat. Nach eigener Darstellung des Beklagten sind auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entnommene Mengen gemeldet und daraufhin in Rechnung gestellt worden. Mit der Entnahme von Material kam jeweils ein Kaufvertrag über dieses zustande.²¹⁹

BGH, Urt. v. 7.2.2013 – IX ZR 218/11, ZInsO 2013, 494

Lehnt der Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Grundstückskäufers die Erfüllung des Kaufvertrages ab und sondert der Verkäufer das Grundstück aus, hat der Verwalter Anspruch auf Rückzahlung der vom Schuldner vor der Eröffnung geleisteten Anzahlung auf den Kaufpreis abzüglich des Nichterfüllungsschadens des Verkäufers.

Sachverhalt: Die Schuldnerin kaufte mit notariellem Vertrag von der Beklagten ein Grundstück zu einem Preis von 103.360 €, auf den sie eine Zahlung über 83.360 € entrichtete. Nach Verfahrenseröffnung erklärte der klagende Insolvenzverwalter die Ablehnung der Erfüllung des Kaufvertrages. Die Beklagte verkaufte das von der Klägerin teilweise bebaute, zwischenzeitlich geteilte Grundstück anderweitig. Der Kläger verlangt Rückzahlung der von der Schuldnerin angezahlten 83.360 € sowie Ersatz der durch die Bebauung bewirkten Werterhöhung des Grundstücks abzüglich bereits erhaltener Zahlungen. Das Berufungsgericht hat der Klage stattgegeben. Die gegen die Verurteilung zur Zahlung von 83.360 € gerichtete Revision hatte Erfolg.

Entscheidungsgründe: Die Abwicklung des Kaufvertrages richtet sich nach § 103 InsO, weil der Grundstückskaufvertrag im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels vollständiger Kaufpreiszahlung und Eigentumsübertragung von **keiner Vertragspartei vollständig erfüllt** worden war. Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, bleibt der **Vertrag in der Lage bestehen**, in welcher er sich bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens befand. Der Vertragspartner des Schuldners kann einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Insolvenzforderung zur Tabelle anmelden (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO). Sieht er davon ab, bleibt ihm der – während der Dauer des Insolvenzverfahrens nicht durchsetzbare – Erfüllungsanspruch erhalten; er kann ihn nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens als solchen gegen den Schuldner geltend machen.

Einen Anspruch auf **Rückzahlung der vom Schuldner vor der Eröffnung erbrachten Teilleistungen** lösen danach in aller Regel weder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch die Erfüllungsablehnung des Verwalters aus. Ein Rückzahlungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil der Vertrag mit der Ablehnung der Erfüllung in der Lage vom Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestehen blieb. Einen Rückzahlungsanspruch wegen Wegfalls des Interesses des Verwalters an der Durchführung des beiderseits nicht vollständig erfüllten Vertrages hat der Senat lediglich im **Sonderfall der beiderseits teilbaren Leistungen der Vertragsparteien** erwogen, um dem Verwalter die Erfüllungsablehnung auch des insolvenzrechtlich

²¹⁸ BGH, Urt. v. 13.2.2014 – IX ZR 313/12, WM 2014, 667 Rn. 9.

²¹⁹ BGH, Urt. v. 13.2.2014 – IX ZR 313/12, WM 2014, 667 Rn. 13 f.