

7. Mannheimer Insolvenzrechtstag

Gegenseitige Verträge in der Insolvenz – Dogmatik und Beispiele

Prof. Dr. Florian Jacoby
Mannheim, 17. Juni 2011

- § 87 InsO:
Die **Insolvenzgläubiger** können ihre Forderungen nur **nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen.**
- § 38 InsO:
Die Insolvenzmasse dient zur Befriedigung der persönlichen Gläubiger, die einen **zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch** gegen den Schuldner haben (**Insolvenzgläubiger**).

Zur Struktur der §§ 103 ff. InsO

- Vertragspartner des Schuldners drohen nach § 38 InsO lediglich Insolvenzgläubiger zu sein, weil ihr Anspruch vor Verfahrenseröffnung begründet wurde.
- §§ 103 ff. InsO schützen aber das Synallagma:
 - Durch Vertragsbeendigung
 - §§ 115 f. InsO: Auftrag und Geschäftsbesorgung
 - § 104 InsO: Fixgeschäft
 - Durch Fortsetzung mit Masse, § 108 InsO:
 - Mietverträge/Leasing über unbewegliche Sachen
 - Dienst-/Arbeitsverhältnisse
 - Sonst durch Wahlrecht des Verwalters

- I. Kernaussage des BGH (bei Erfüllung)
- II. Zur Modifizierung durch § 110 InsO (und § 114 InsO)
- III. Die Wirkungen von Eröffnung und Nichterfüllungswahl
- IV. Lösungsklauseln – sind sie insolvenzfest?
- V. Sonderproblem Schiedsklauseln

I. Kernaussage des BGH (bei Erfüllung)

- Grundsatz:

Der Masse muss die Gegenleistung zustehen für die von ihr erbrachte Leistung.

(st. Rspr. seit BGHZ 106, 238, 234, etwa BGHZ 116, 156, 159 f.; 129, 336, 339; 135, 25, 27; 138, 179, 187; 155, 87, 98)

- Anwendungsfälle

Keine Beeinträchtigung der Gegenleistung durch:

- Vorleistungen des Vertragspartners (§ 105 Satz 1 InsO)
- Aufrechnung des Vertragspartners (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO)
- Vorrang von Absonderungsberechtigten (§ 91 InsO)

1. Globalzessionsverträge sind auch hinsichtlich der zukünftig entstehenden Forderungen grundsätzlich nur als **kongruente Deckung** anfechtbar.
2. Das **Werthaltigmachen zukünftiger Forderungen** aus Globalzessionen ist als selbstständige Rechtshandlung **anfechtbar**, wenn es dem Vertragsschluss zeitlich nachfolgt; insoweit handelt es sich ebenfalls um eine **kongruente Deckung**, wenn dies für das Entstehen der Forderung zutrifft.
3. Die Insolvenzanfechtung von global abgetretenen, zukünftig entstehenden Forderungen scheitert grundsätzlich **nicht** am Vorliegen eines **Bargeschäfts**.

Beispiel 1 (BGHZ 147, 28)

- Bauvertrag U->B 14 Mio.

- Gegenforderung B->U über 2 Mio.

- (Insolvenz des U)

Insolvenz-
antrag

Insolvenz-
eröffnung

Eröffnungsverfahren

Insolvenzverfahren



- Werthaltigmachen: 6 Mio.
- Teilzahlung: 5,5 Mio.

- Werthaltigmachen: 1 Mio.
- Teilzahlung: -

- Werthaltigmachen: 7 Mio.
- Teilzahlung: 6,5 Mio.

Aufrechnung iHv 0,5 Mio.
insolvenzfest

Aufrechnungsverbot: 1 Mio.
§§ 96 Abs. 1 Nr. 3, 129 f. InsO

Aufrechnungsverbot: 0,5 Mio.
§ 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO

B darf nur iHv 0,5 Mio. aufrechnen, muss 1,5 Mio. Werklohn zahlen.

II. Zur Modifizierung durch § 110 InsO (und § 114 InsO)

- (1) **Hatte** der Schuldner als **Vermieter** oder Verpächter **eines unbeweglichen Gegenstands** oder von Räumen vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens **über die Miet- oder Pachtforderung** für die spätere Zeit **verfügt**, so ist diese **Verfügung** nur **wirksam**, soweit sie sich auf die Miete oder Pacht für den zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens **laufenden Kalendermonat** bezieht. Ist die Eröffnung nach dem fünfzehnten Tag des Monats erfolgt, so ist die Verfügung auch **für den folgenden Kalendermonat** wirksam.
- (2) Eine Verfügung im Sinne des Absatzes 1 ist insbesondere die Einziehung der Miete oder Pacht. **Einer rechtsgeschäftlichen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt.**
- (3) Der Mieter oder der Pächter kann gegen die Miet- oder Pachtforderung für den in Absatz 1 bezeichneten Zeitraum eine Forderung aufrechnen, die ihm gegen den Schuldner zusteht. Die §§ 95 und 96 Nr. 2 bis 4 bleiben unberührt.

Beispiel 2 (BGHZ 182, 264)

Pfändung der Grund-
stücksmieten durch
Grundpfandgläubiger

Insolvenz-
antrag

Insolvenz-
eröffnung

Eröffnungsverfahren

Insolvenzverfahren

Einzug von Mieten durch
Gläubiger

anfechtbar nach
§§ 129, 131, 140 Abs. 1 InsO?

- (1) Eine Rechtshandlung gilt als in dem Zeitpunkt vorgenommen, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten.
- (2) ...
- (3) Bei einer bedingten oder befristeten Rechtshandlung bleibt der Eintritt der Bedingung oder des Termins außer Betracht.

1. Pfändet ein Gläubiger eine künftige Mietforderung des Schuldners gegen einen Dritten, richtet sich der für die Anfechtung des Pfändungspfandrechts maßgebliche Zeitpunkt nach dem Beginn des Nutzungszeitraums, für den die Mietrate geschuldet war.
2. Ist das durch Pfändung der Mietforderung entstandene Pfandrecht anfechtbar, weil der Nutzungszeitraum, für den die Mieten geschuldet sind, in der anfechtungsrelevanten Zeit begonnen hat, führt es nicht zur Annahme eines masseneutralen Sicherheitentauschs, dass die Mietforderung zugleich in den Haftungsverband einer Grundschuld fällt.

Beispiel 2 – zweifelnder Exkurs

Pfändung der Grundstücksmieten durch Grundpfandgläubiger

Insolvenz-antrag

Insolvenz-eröffnung

Eröffnungsverfahren

Insolvenzverfahren

Einzug von Mieten durch Gläubiger

Einzug der Miete des laufenden Monats durch Gläubiger

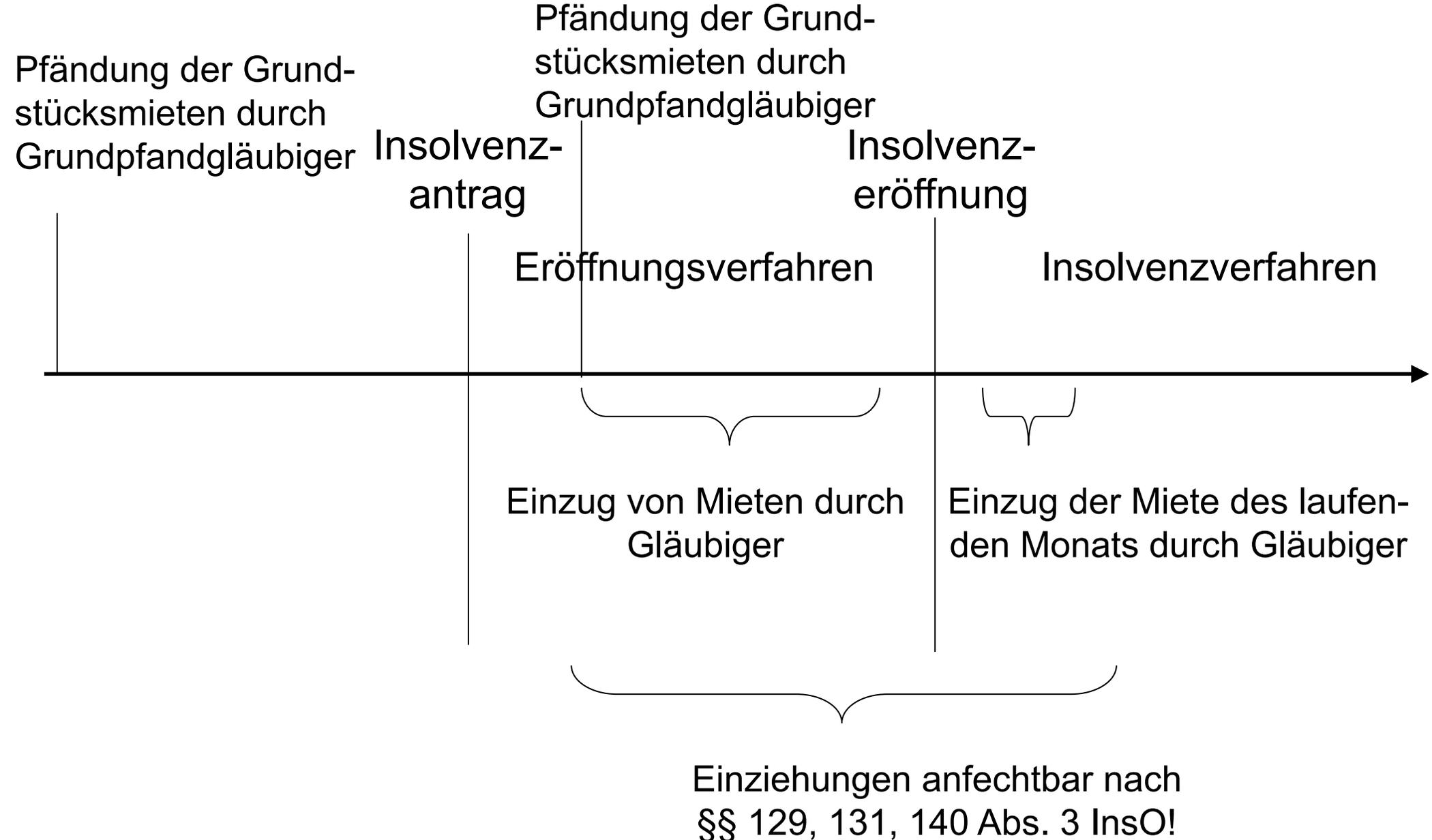
anfechtbar nach §§ 129, 131, 140 Abs. 1 InsO

insolvenzfest wegen § 110 InsO

Jacoby, LMK 299366:
§ 110 InsO verlangt der Sache nach Anwendung von § 140 Abs. 3 InsO

← →
Widerspruch?!!

Beispiel 2 – klarstellender Exkurs



III. Die Wirkungen von Eröffnung und Nichterfüllungswahl

- BGHZ 150, 353, 359:
Die Verfahrenseröffnung bewirkt keine materiellrechtliche Umgestaltung des gegenseitigen Vertrages, sondern hat wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden der Vertragspartner (**§ 320 BGB**) nur zur Folge, daß diese ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche, soweit es sich nicht um Ansprüche auf die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt, nicht durchsetzen können.
- Insolvenzrechtliche Verortung der Durchsetzungssperre
 - Für Gläubiger: **§ 87 InsO**
 - Für Insolvenzverwalter: **§ 103 Abs. 1 InsO**

Entgelt für Vorleistungen des Vertragspartners als Insolvenzforderung

§ 108 InsO:

- (1) Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners über unbewegliche Gegenstände oder Räume sowie Dienstverhältnisse des Schuldners bestehen mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort.
- (2) ...
- (3) Ansprüche für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der andere Teil nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.

§ 105 Satz 1 InsO: Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der andere Teil die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung Insolvenzgläubiger, auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt.

Beispiel 3

- A hat lange schon keinen Lohn vom insolventen AG erhalten
 - Insolvenzverfahren über Vermögen des AG wird eröffnet
 - Insolvenzausfallgeld reicht nicht, um Forderungen des A zu decken
 - A verweigert, ohne nach § 113 InsO zu kündigen, gegenüber fortführendem Verwalter seine Mitarbeit unter Hinweis auf Altrückstände, mit Recht?
- Nein, § 108 Abs. 3 InsO in Verbindung mit § 87 InsO verweist den AN wegen seiner Altforderung auf die Anmeldung seiner Forderung zur Insolvenztabelle. Dann kann der AN wegen dieser Forderung auch kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

Beispiel 4 (BGH ZIP 2009, 428)

- Anspruch des Käufers (vom Bauträger) wird durch Vormerkung gesichert
 - Käufer zahlt Kaufpreis
 - Vor Auflassung tritt Käufer wegen Mängeln zurück
 - Insolvenzverfahren über Vermögen des Verkäufers wird eröffnet
 - Insolvenzverwalter nimmt Käufer auf Löschung der Vormerkung in Anspruch, mit Recht?
- Ja, Gegen den Anspruch auf Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB) kann sich Käufer mit bloßer Insolvenzforderung (§ 346 BGB) wegen § 87 InsO nicht verteidigen.

Abgrenzung zur Erfüllungswahl

- § 103 Abs. 1 InsO:
Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so **kann der Insolvenzverwalter** anstelle des Schuldners den Vertrag **erfüllen und die Erfüllung** vom anderen Teil **verlangen**.
- § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO:
Masseverbindlichkeiten sind weiter die Verbindlichkeiten: (...)
aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird (...).

Beispiel 5 (BGH ZIP 2007, 778)

- Schuldnerin hatte Fahrzeuge von K geleast
 - Insolvenzverfahren wird eröffnet
 - Insolvenzverwalter nutzt Leasingfahrzeuge
 - Insolvenzverwalter lehnt Erfüllung ab
 - Steht K ein Nutzungsersatzanspruch (§ 546a BGB) als Masseforderung zu?
- § 546a Abs. 1 BGB:
Gibt der Mieter die Mietsache nach **Beendigung des Mietverhältnisses** nicht zurück, so kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung die vereinbarte Miete (...) verlangen.

- Entsprechende Anwendung von § 546 BGB:
 - In der Insolvenz des Mieters einer beweglichen Sache kann der Vermieter den Anspruch auf Zahlung der Mieten nicht mehr durchsetzen.
 - Gleiches gilt für den Anspruch des Mieters auf die (weitere) Überlassung der Mietsache.
 - Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters einer beweglichen Sache endet sein Besitzrecht.
 - Der Insolvenzverwalter hat die Mietsache folglich an den Vermieter herauszugeben, wenn er nicht die Erfüllung des Mietvertrages wählt.
 - Einer Kündigung bedarf es nicht.
- Kommt der Verwalter seiner Pflicht zur Herausgabe der Mietsache nicht nach, kann der Vermieter entsprechend § 546a BGB für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung die vereinbarte Miete verlangen.
- Ergreift der Verwalter für die Masse Besitz an der Mietsache und schließt er zugleich den Vermieter gegen dessen Willen gezielt aus, begründet er eine Masseverbindlichkeit (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

IV. Lösungsklauseln – sind sie insolvenzfest?

Beispiel: § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B

Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren (§§ 14 und 15 InsO) beziehungsweise ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist, **ein solches Verfahren eröffnet wird** oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.

Regelungen im Vergleich

- § 119 InsO:
Vereinbarungen, durch die im voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind unwirksam.
- § 112 InsO:
Ein Miet- oder Pachtverhältnis, das der Schuldner als Mieter oder Pächter eingegangen war, **kann** der andere Teil nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens **nicht kündigen** (...)
- § 13 KredReorgG:
Schuldverhältnisse mit dem Kreditinstitut können ab dem Tag der Anzeige nach § 7 Absatz 1 bis zum Ablauf des folgenden Geschäftstages im Sinne des § 1 Absatz 16b des Kreditwesengesetzes nicht beendet werden. **Eine Kündigung gegenüber dem Kreditinstitut ist in diesem Zeitraum ausgeschlossen.** (...)

Andeutungen des BGH

- BGHZ 155, 87, 95: Auf die umstrittene Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Lösungsklausel **wirksam** bzw. **anfechtbar** ist, kommt es daher nicht an.
- BGHZ 155, 87, 95: Eine **insolvenzabhängige Lösungsklausel** liegt vor, wenn einer der Parteien für den Fall der Zahlungseinstellung, des Insolvenzantrages oder der Insolvenzeröffnung das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen.
- BGH ZIP 2006, 87 Rn. 26: Die **Kündigungsbefugnis knüpfte nicht an die Insolvenzeröffnung** und auch nicht an die Ausübung des Wahlrechts aus § 103 InsO an. Kündigungsgrund war vielmehr das Vorliegen von Tatsachen, aufgrund derer die Fortsetzung des Vertrags unzumutbar war. Solche Tatsachen konnten auch und gerade außerhalb einer Insolvenz gegeben sein.

- Rechtspolitische Diskussion:
Ausschluss von Lösungsklauseln ist ambivalent (Vergleich mit Sicherheiten): Zu weitgehender Ausschluss beschränkt ex ante Vertragsgestaltung vor Verfahrenseröffnung.
- Keine Unwirksamkeit nach § 119 InsO
Auch insolvenzabhängige Lösungsklauseln verstoßen nicht gegen § 119 InsO, weil die nur den Gegenstand des Wahlrechts, aber nicht das Wahlrecht selbst betreffen.
- Anfechtbarkeit nach § 133 InsO
§ 133 InsO ist teleologisch zu reduzieren. Anfechtung darf nur greifen, wenn Lösungsklausel aus Ex-ante-Sicht zu missbilligen ist.

V. Sonderproblem Schiedsklauseln

BGH ZInsO 2004, 88:

- Der Insolvenzverwalter ist anerkanntermaßen an eine Schiedsabrede, die noch der Schuldner getroffen hat, gebunden.
- Er muss grundsätzlich die Rechtslage übernehmen, die bei Eröffnung des Verfahrens besteht; es kommt nicht darauf an, ob das Schiedsgericht bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits angerufen war.
- Die Schiedsabrede ist weder ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des § 103 InsO, noch ein Auftrag im Sinne des § 115 InsO; dementsprechend kann der Insolvenzverwalter weder die Erfüllung ablehnen (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) noch erlischt der Schiedsvertrag gemäß § 115 Abs. 1 InsO durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Florian Jacoby

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und
Gesellschaftsrecht,

Universität Bielefeld
Universitätsstr. 25 33615 Bielefeld

florian.jacoby@uni-bielefeld.de
www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/