

**Universität Mannheim
Fakultät für Rechtswissenschaft**

Vorlesung Insolvenz und Sanierung

**V. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters,
Insolvenzarbeitsrecht
Frühjahrssemester 2021**

Diese Arbeitsunterlage ist unvollständig ohne den begleitenden mündlichen Vortrag.

Vortrag und Arbeitsunterlage sind urheberrechtlich geschützt.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Georg Streit, München

Wahlrecht, §§ 103 ff. InsO, Grundsätze (I)

- Sind bei Insolvenzeröffnung **gegenseitige Verträge** (§ 320 BGB, **Synallagma**) von **beiden** Vertragspartnern nicht/nicht vollständig erfüllt, gelten bezüglich der Abwicklung die §§ 103 ff. InsO.
- **§ 103 InsO** ist **Generalnorm: Wahlrecht** des **Insolvenzverwalters** (keine analoge Anwendung auf vorläufigen Insolvenzverwalter).
- **§§ 104 ff. InsO** enthalten **Spezialvorschriften** für Sonderfälle (Ausnahmen).
- **Nicht erfasst** sind Verträge **ohne Synallagma** (einseitig verpflichtende Verträge, z.B. Schenkung, unentgeltliche Bürgschaft, unverzinsliches Darlehen) und unvollkommen zweiseitige Schuldverhältnisse (Leihe).
- **§§ 103 ff. InsO** sind **unanwendbar** auf synallagmatische Verträge, die **von einer Seite** schon **vollständig erfüllt** worden sind. Es kommt auf die Hauptleistungspflichten an, Nebenpflichten und Mängelgewährleistungsrechte sind für die Frage der Anwendbarkeit nicht relevant (BGH, Urt. v. 16.05.2019 – IX ZR 44/18).

Wahlrecht, §§ 103 ff. InsO, Grundsätze (II)

Beispiele:

1. V verkauft der S-GmbH eine Maschine, die nach Anzahlung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der S-GmbH geliefert und übereignet, jedoch nicht mehr vollständig bezahlt wurde.

Zwar liegt ein synallagmatischer und von der S-GmbH bei Insolvenzeröffnung noch nicht vollständig erfüllter Vertrag vor. Jedoch hat V voll erfüllt, so dass § 103 InsO nicht eingreift und V den Restkaufpreisanspruch nur zur Insolvenztabelle anmelden kann, während die Maschine in die Masse fällt (vgl. § 105 S. 2 InsO).

2. Wie Beispiel 1, jedoch hat die S-GmbH die Maschine vor Insolvenzeröffnung vollständig bezahlt, die von V noch nicht geliefert wurde.

Auch hier greift kein Wahlrecht des Insolvenzverwalters. V kann (soweit keine Anfechtbarkeit gem. §§ 129 ff. InsO gegeben ist) das Geld behalten, die Insolvenzmasse hat jedoch einen Anspruch auf Lieferung der Maschine, den der Insolvenzverwalter geltend machen bzw. „verkaufen“ wird.

Dogmatik und Zweck des Wahlrechts gem. § 103 InsO (I)

Ist ein **gegenseitiger Vertrag** von **beiden Parteien** noch **nicht vollständig erfüllt**, wäre vor dem Hintergrund der bloß quotalen Befriedigung der Insolvenzgläubiger die **Leistungspflicht der Vertragspartner des Schuldners unbillig**.

- Der Leistende hat nicht durch Vorleistung ein „Kreditierungsrisiko“ übernommen.
- Bei isolierter Betrachtung der Ansprüche aus synallagmatischen Verträgen könnte der Insolvenzverwalter Erfüllung zur Masse fordern, während der Vertragspartner seinen Anspruch zur Insolvenztabelle (quotale Befriedigung) anmelden müsste.
- Ähnlich wie im Bereicherungsrecht („Saldotheorie“) setzt sich die **Verknüpfung gegenseitiger Ansprüche** durch das **Synallagma** auch im Insolvenzrecht zumindest teilweise durch und vermeidet Ungerechtigkeiten.

Dogmatik und Zweck des Wahlrechts gem. § 103 InsO (II)

Die rechtstechnische **Funktionsweise** des **§ 103 InsO** wird nicht einheitlich beurteilt:

- Erste Ansicht: **Insolvenzeröffnung lässt Erfüllungsansprüche unberührt**, Erfüllungsablehnung wandelt Vertrag um und führt zu einseitigem Anspruch des Vertragspartners auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (Teile Lit.).
- Zweite Ansicht: **Insolvenzeröffnung führt zum Fortfall der gegenseitigen Erfüllungsansprüche**, Erfüllungsablehnung hat deklaratorische und Erfüllungswahl rechtsgestaltende Bedeutung (frühere Rspr.).
- **BGH** (Urt. v. 25.04.2002 – IX ZR 313/99, NJW 2002, 2783): „Die **Eröffnung** des Insolvenzverfahrens **bewirkt kein Erlöschen** der Erfüllungsansprüche aus gegenseitigen Verträgen ... (diese) **verlieren** vielmehr ihre **Durchsetzbarkeit** ... **wählt** der Verwalter **Erfüllung**, so erhalten die zunächst nicht durchsetzbaren Ansprüche die Rechtsqualität von **originären Forderungen** der und gegen die Masse.“

Die Ausübung des Wahlrechts

- Wahlrechtsausübung erfolgt durch formfreie **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung** gegenüber dem Vertragspartner, Wirksamkeit mit Zugang (§ 130 BGB).
- **Unwiderruflichkeit**, allerdings ggf. Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB, Bedingungsfeindlichkeit.
- Wahlrechtsausübung **auch konkludent** möglich (z.B. Inanspruchnahme von Leistungen nach Verfahrenseröffnung).
- Schutz des Vertragsgegners: **Aufforderung** zur Erfüllungswahl, **§ 103 Abs. 2 S. 2 InsO** → Unverzögliche bindende Wahlrechtsausübung, sonst Ablehnungsfiktion (§ 103 Abs. 2 S. 3 InsO). Keine feste Frist, Fallumstände maßgeblich.
- **Ohne Wahlrechtsausübung/Fiktion** nach Aufforderung ergibt sich ein **Schwebezustand**, der Vertragspartner bleibt Insolvenzgläubiger, muss seinerseits jedoch auch nicht erfüllen.

Rechtswirkungen der Wahlrechtsausübung

- Verlangt der Insolvenzverwalter **Erfüllung**, so wird die Forderung des Vertragspartners zur **Masseschuld**, § 55 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. InsO.
- **Lehnt** der Insolvenzverwalter die **Erfüllung ab bzw.** tritt die **Fiktionswirkung** des § 103 Abs. 2 S. 3 InsO ein, so bleibt der beiderseitig nicht voll erfüllte synallagmatische Vertrag zwar bestehen, der **Anspruch der Masse auf Erfüllung kommt jedoch in Fortfall** und der **Anspruch des Vertragspartners** ist nunmehr (einseitig) auf **Schadensersatz** wegen Nichterfüllung gerichtet, § 103 Abs. 2 S. 1 InsO.
- § 103 Abs. 2 S. 1 InsO ist **Rechtsgrundverweisung** (str.). Der Schadensersatzanspruch folgt aus den BGB-Vorschriften, ersatzfähig (als Insolvenzforderung, Anmeldung zur Tabelle!) ist das Erfüllungsinteresse gem. §§ 249 ff. BGB (auch entgangener Gewinn).

Reichweite des Wahlrechts (I)

Die **BGH-Rechtsprechung** zur Reichweite des Wahlrechts ist **verwalterfreundlich**. Die Ausübung des Wahlrechts soll nur Ansprüche des Vertragspartners auf **Entgelt für ausstehende Leistungen** erfassen.

- **Erfüllungswahl:**

Ein dem Vertragspartner zustehender **Anspruch**, der bereits **vor Verfahrenseröffnung** durch Leistung des Vertragspartners „**werthaltig**“ wurde, **bleibt** trotz Erfüllungswahl **Insolvenzforderung**.

→ **Vorleistungen** vor Verfahrenseröffnung erfolgten „**auf eigenes Risiko**“ des Leistenden.

- **Erfüllungsablehnung:**

Die Erfüllung soll nicht gänzlich ausgeschlossen sein; der Masse soll anteiliges **Entgelt für Vorleistungen des Insolvenzschuldners** zustehen (BGH, Urt. v. 04.05.1995 – IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 340, NJW 1995, 1966). **Vorleistungen des Vertragspartners** begründen dagegen eine zur Tabelle anzumeldende **Insolvenzforderung** (nicht mit dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu verwechseln, der ggf. neben diesen Entgeltanspruch tritt und auch zur Insolvenztabelle anzumelden ist).

Reichweite des Wahlrechts (II)

Beispielsfall zur Wahlrechtsausübung:

Die S-GmbH vereinbart Renovierungsarbeiten mit Hauseigentümer A zum Festpreis von EUR 60.000, die von ihr bei Insolvenzeröffnung zur Hälfte durchgeführt und von A abgenommen, diesem aber noch nicht in Rechnung gestellt sind. Der Insolvenzverwalter der S-GmbH lehnt die weitere Vertragsdurchführung ab und verlangt EUR 30.000,00 für die erbrachte Teilleistung.

Für A wird der Wechsel zu einem anderen Bauunternehmen nach Beginn der Arbeiten teuer (Mehrkosten EUR 20.000,00).

Frage: Wie ist die Rechtslage und was sollte A tun?

Reichweite des Wahlrechts (III)

Lösung:

Der **Werklohnanspruch** und der **Anspruch auf Werkerstellung** (Renovierung) sind (je nach dogmatischer Auffassung) entweder mit Insolvenzverfahrenseröffnung in Fortfall gekommen bzw. undurchsetzbar geworden oder aber spätestens aufgrund der Erfüllungsablehnung hinfällig (§ 103 Abs. 1 und 2 S. 1 InsO).

Nach der BGH-Dogmatik soll der **Masse** wegen ihrer **teilweisen Vorleistung** das **anteilige Entgelt** (trotz Erfüllungsablehnung) zustehen (BGH, Urt. v. 04.05.1995 – IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 340, NJW 1995, 1966, 1967).

A steht **aufgrund** der **Erfüllungsablehnung** ein **Schadensersatzanspruch** wegen Nichterfüllung zu, dessen Herleitung („zivilrechtlich“, **Rechtsgrundverweisung** in § 103 InsO bzw. „insolvenzrechtlich“, **Rechtsfolgenverweisung**) strittig ist. Unabhängig von dem Theorienstreit sind die **Mehrkosten** aufgrund der Nichterfüllungswahl als Nichterfüllungsschaden **ersatzfähig**.

A kann mit seinem **Schadensersatzanspruch** gem. **§ 94 InsO aufrechnen** (str., a.A. = § 95 Abs. 1 S. 3 InsO, vertretbar). Grund: Forderung resultiert aus vor Insolvenzeröffnung geschlossenem Vertrag, BGH, Urt. v. 07.06.1991 – V ZR 17/90, ZIP 1991, 945 ff.

Ergebnis: A schuldet der Masse (nur) EUR 10.000,00.

Schutz des Wahlrechts, § 103 InsO, durch § 119 InsO

§ 119 InsO regelt ausdrücklich, dass **Vereinbarungen** im Vorfeld der Insolvenz, die einen **Ausschluss des Wahlrechts** des Insolvenzverwalters vorsehen, **unwirksam** sind.

→ Die **Wirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln** (kein ausdrücklicher Ausschluss des Wahlrechts) vor dem Hintergrund des § 119 InsO ist in der Praxis sehr umstritten. Beispiele häufig verwendeter und umstrittener Klauseln sind:

- Auflösende Bedingungen
 - Rücktrittsrechte
 - Kündigungsrechte
- } → Im Fall von Insolvenzgrund,
Eröffnungsantrag oder
Insolvenzverfahrenseröffnung

→ Beispiel: BGH, Urt. v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, NJW 2013, 1159: Unwirksam sind Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an Insolvenzantrag oder Insolvenzeröffnung anknüpfen.

→ **Lösungsklausel** in § 8 Nr. 2 VOB/B: Nicht unwirksam gemäß § 119 InsO (BGH, Urt. v. 07.04.2016 – VII ZR 56/15).

Übersicht zum Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach BGH-Rechtsprechung (I)

Gegenseitiger Vertrag	Wahlrecht	Rechtslage bzw. Folgen der Ablehnung	Folgen der Erfüllungswahl
Vom Partner (P) voll erfüllt	Nein	Für P Insolvenzananspruch auf Gegenleistung	
Vom Schuldner (S) voll erfüllt	Nein	Für Verwalter Anspruch auf Gegenleistung (einklagbar!)	
Von niemandem voll erfüllt	Ja	Für P Insolvenzananspruch auf Schadensersatz	Erfüllungsansprüche für Verwalter und P (Masseanspruch); einklagbar, Zug-um-Zug

(nach Foerste)

Übersicht zum Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach BGH-Rechtsprechung (II)

Gegenseitiger Vertrag	Wahlrecht	Rechtslage bzw. Folgen der Ablehnung	Folgen der Erfüllungswahl
Nur von P zu 1/3 erfüllt	Nur für restl. 2/3	Für P Insolvenzanspruch auf Gegenleistung i.H.v. 1/3, im Übrigen auf Schadensersatz	Für P Insolvenzanspruch auf Gegenleistung i.H.v. 1/3, Masseanspruch auf restliche 2/3
Nur von S zu 1/3 erfüllt	Nur für restl. 2/3	Für Verwalter Anspruch auf Gegenleistung i.H. v. 1/3 (einklagbar!); Für P Insolvenzanspruch auf Schadensersatz	Für Verwalter Anspruch auf volle Gegenleistung, für P Masseanspruch auf restl. Leistung
Von P wie von S zu 1/3 erfüllt	Nur für restl. 2/3	Für P Insolvenzanspruch auf Schadensersatz für übrige 2/3	Erfüllungsansprüche auf restl. 2/3 für Verwalter wie für P (Masseanspruch); einklagbar, Zug-um-Zug

(nach Foerste)

Einschränkungen des Wahlrechts/Besonderheiten

Einschränkungen und Besonderheiten in Bezug auf das Wahlrecht gelten bei folgenden Sachverhalten:

- Kauf unter **Eigentumsvorbehalt**.
- **Fixgeschäfte** und Finanztermingeschäfte.
- **Vormerkungsgesicherte Ansprüche**.
- **Miet- und Pachtverträge** (Immobilien).
- Sowie insbesondere in Bezug auf **Dienst- und Arbeitsverhältnisse**.

Kauf unter Eigentumsvorbehalt, § 107 InsO

- **Insolvenz des Vorbehaltskäufers:** Es bleibt beim Wahlrecht des Verwalters, § 107 Abs. 2 InsO:
 - **Nichterfüllungswahl** lässt Besitzrecht entfallen, **Aussonderungsrecht** des Verkäufers (§§ 985 BGB, 47 InsO).
 - **Erfüllungswahl** macht **Kaufpreisanspruch** des Verkäufers zur **Masseschuld**, soweit die Masse nicht erfüllt, Rücktrittsrecht des Verkäufers mit Aussonderungsrecht.
- **Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers:** Der Käufer (Anwartschaftsrecht!) wird dadurch geschützt, dass dem Verwalter kein Wahlrecht zusteht, § 107 Abs. 1 InsO. Das **Anwartschaftsrecht** ist folglich **insolvenzfest** und erstarkt zum Eigentum des Vorbehaltskäufers bei Erfüllung des (restlichen) Kaufpreisanspruchs der Masse. Bei Nichtzahlung des Vorbehaltskäufers gelten die allgemeinen Regelungen: Rücktritt, Herausgabeverlangen des Verwalters.

Fixgeschäfte, Finanzleistungen, vertragliches Liquidationsnetting, § 104 InsO

- **Fixgeschäfte** über Lieferung von **Waren mit Markt- oder Börsenpreis** müssen zu einem genau bestimmten Termin erfüllt werden. Ein **Wahlrecht** (mit entsprechenden Verzögerungen) ist unangemessen, daher **ausgeschlossen** (vgl. § 104 Abs. 1 InsO).
→ **Preisunterschied** ggf. **Insolvenzforderung** des Geschäftsgegners.
- **Finanztermingeschäfte**: Auch hier gibt es **kein Verwalterwahlrecht**, vgl. § 104 Abs. 1 S. 2 InsO. Devisen und Indextermingeschäfte, Termingeschäfte mit Wertpapieren und Gold sowie Optionen werden **mit Insolvenzeröffnung** als **beendet** angesehen und **saldiert** (vgl. § 104 Abs. 1 S. 2, 3 InsO). Folglich **kann der Insolvenzverwalter nicht** durch (verzögerte) Ausübung bzw. Nichtausübung seines Wahlrechts auf Kosten des Vertragspartners **spekulieren**.
- BGH, Urt. v. 09.06.2016 – IX ZR 314/14, ZIP 2016, 1226: **Vertragliche Nettingklausel** weicht von § 104 InsO ab und ist **unwirksam** gemäß § 119 InsO.
- **Reaktion des Gesetzgebers: Novellierung des § 104 InsO** durch Art. 3 und Art. 5 Gesetz zur Änderung der InsO und zur Änderung des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung vom 22.12.2016 (BGBl. I 2016, 3147). Dadurch **Beseitigung der Rechtsunsicherheit** (vgl. Bretthauer/Garbers/Streit, NZI 2017, 953). Neu § 104 Abs. 4: **Abweichende Vereinbarungen im Einzelfall zulässig**.

Vormerkung, § 106 InsO

- **Vormerkungsgesicherte Ansprüche** müssen **aus der Masse erfüllt** werden, § 106 Abs. 1 S. 1 InsO, es besteht **kein Wahlrecht** (Grund: „Die Vormerkung“ muss insolvenzfest sein, um dieses Rechtsinstitut, das gerade für den Krisenfall geschaffen ist, funktionsfähig zu machen).
- **Sonderfall:** Neben dem vormerkungsgesicherten Anspruch (regelmäßig Übereignung) bestehen **weitere Leistungspflichten** des insolventen Schuldners. § 106 Abs. 1 S. 2 InsO klärt das Verhältnis zu § 103 InsO zu Gunsten der **Vormerkung**, die **trotz des Wahlrechts** des Insolvenzverwalters **bezüglich** der **übrigen Leistungen „insolvenzfest“** ist:

Beispiel: Bauträgervertrag, Errichtung eines Wohnhauses auf vom insolventen Bauträgerunternehmen zu übereignendem Grundstück unter Finanzierung durch den Käufer (Teilzahlungen nach Baufortschritt vor Eigentumsumschreibung) mit Absicherung durch Vormerkung. Insolvenzeröffnung vor Baufertigstellung und Eigentumsumschreibung. Rechtslage?

Lösung des Beispielfalls (Insolvenz des Bauträgers)

Der durch die **Vormerkung gesicherte Anspruch** auf **Übereignung** des Grundstücks ist **insolvenzfest** (§ 106 Abs. 1 S. 1 InsO). Dass neben der Übereignung auch die Errichtung und Fertigstellung des Bauwerks geschuldet wurde, ändert hieran nichts, § 106 Abs. 1 S. 2 InsO.

Der **Vormerkungsschutz** bezieht sich jedoch **nur auf das Grundstücksrecht**. Das werkvertragliche Element (**Bauwerkerrichtung**) wird **nicht geschützt**, dieser „Teil des Anspruchs“ des K ist nicht insolvenzfest.

- Der Insolvenzverwalter kann Erfüllung wählen oder die Erfüllung ablehnen, § 103 InsO (betrifft nur die Bauleistung, im Einzelnen ist vieles streitig, grundlegend: BGH, Urt. v. 07.11.1980 – V ZR 163/79, BGHZ 79, 103, NJW 1981, 991).

Miet- und Pachtverträge, §§ 108 ff. InsO (I)

Mobilien (bewegliche Sachen):

- Insoweit besteht grundsätzlich das **Insolvenzverwalterwahlrecht** gem. § 103 InsO, das **Kündigungsrecht** des Vermieters aufgrund **Verzugs** mit Mietzinszahlungen **vor Eröffnungsantrag** und wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse ist gem. § 112 InsO **eingeschränkt**: *nach* Eröffnungsantrag kann bei Insolvenz des Mieters nicht gekündigt werden (strittig: Kündigungssperre wegen Zahlungsverzug mit Mietzinsraten *nach* Eröffnungsantrag? Richtig wohl: Insoweit keine Kündigungssperre (vgl. BGH, Urt. v. 18.07.2002 – IX ZR 195/01, NJW 2002, 3326, 3330 f.)).
- **Ausnahme vom Verwalterwahlrecht** bei beweglichen Sachen in der Vermieterinsolvenz: **refinanzierte Vermietungen/Verpachtungen (Leasing!)**, vgl. **§ 108 Abs. 1 S. 2 InsO**.

Miet- und Pachtverträge, §§ 108 ff. InsO (II)

Immobilien:

Miet- und Pachtverhältnisse über Immobilien bestehen fort,

§ 108 Abs. 1 S. 1 InsO, insoweit besteht kein Insolvenzverwalterwahlrecht.

Besonderheiten:

- **Vermieterinsolvenz: Vertragsfortbestand, Mietzinsansprüche** fallen in die Masse (größtenteils auch im Fall von Abtretung, Verpfändung oder Pfändung, § 110 Abs. 1 u. 2 InsO, Aufrechnungseinschränkung, § 110 Abs. 3 InsO).
- **Mieterinsolvenz: Vor Übergabe** der Immobilie **Rücktrittsrecht** beider Teile, § 109 Abs. 2 InsO; **nach Übergabe Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters** innerhalb gesetzlicher Frist auch im Fall von Festlaufzeiten, § 109 Abs. 1 S. 1 InsO (nach Vertragsende Aussonderung des Vermieters, soweit er Eigentümer ist, § 47 InsO).

Aufträge und Geschäftsbesorgungsverträge

- **Aufträge** und **Geschäftsbesorgungsverträge**, die der Schuldner erteilt bzw. geschlossen hat, **erlöschen** mit der Insolvenzeröffnung, §§ 115 Abs. 1, 116 InsO.
Beispiele: Verträge mit Rechtsanwälten, Architekten, Spediteuren, Vermögensverwaltern.
Gegenbeispiel: **Doppelnützige Sanierungstreuhand hat Bestand** (BGH, Urt. v. 24.09.2015 – IX ZR 272/13, NZG 2016, 187).
- Bei **Notgeschäftsführung** (§ 672 BGB) und bei Unkenntnis des Geschäftsbesorgers/Beauftragten vom Insolvenzverfahren gilt das Auftragsverhältnis als fortbestehend, § 115 Abs. 2, 3 InsO.
- Noch offene Vergütungsansprüche sind regelmäßig Insolvenzforderungen. Wie stets gilt: Die **Honorarvorlage** (§ 9 RVG, auch für „voraussichtlich entstehende“ Honorarforderungen!) **ist der Eigentumsvorbehalt des Anwalts!**
 - Vom Schuldner erteilte **Vollmachten**, die sich auf die Insolvenzmasse beziehen, **erlöschen** (vgl. § 117 Abs. 1 InsO, § 168 S. 1 BGB). Sonderregelung zum Schutz „gutgläubiger“ Vertreter: § 117 Abs. 3 InsO (keine Haftung gem. § 179 BGB).

Grds. keine Insolvenzfestigkeit von Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers (I)

Frühere Rechtslage unter der Konkursordnung:

- Konkursfestigkeit von Lizenzen. Wahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 17 Abs. 1 KO. Ausnahme: Lizenzen hiervon analog § 21 Abs. KO nicht erfasst.

Rechtslage seit der Insolvenzordnung vom 01.01.1999: Grds. keine Insolvenzfestigkeit von Lizenzen:

- § 21 Abs. 1 KO wurde durch § 108 Abs. 1 S.1 InsO ersetzt. Dieser bezieht sich aber nur noch auf **unbewegliche Gegenstände**.
- **Folge:** Wahlrecht gemäß § 103 Abs. 1 InsO gilt grds. auch für Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers.
- Versuche, durch **vorinsolvenzliche vertragliche Gestaltungen** eine Insolvenzfestigkeit einer Lizenzvereinbarung herbeiführen zu wollen, scheitern grds. an § 119 InsO: Doppeltreuhand, Sicherungsabtretung, Sicherungsnießbrauch, Nießbrauch (vgl. Rektorschek/Nauta, BB 2016, 264), Pfandrecht, Lizenzeinräumung als Einmalakt, insolvenzunabhängige Kündigungsklausel mit aufschiebend bedingter Lizenzeinräumung etc.

Grds. keine Insolvenzfestigkeit von Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers (II)

Insolvenzfestigkeit einer Lizenzvereinbarung wurde vom BGH lediglich in eng begrenzten **Ausnahmefällen** anerkannt:

- Ein Lizenzvertrag ist im Falle eines **Lizenzkaufs** regelmäßig beiderseits **vollständig erfüllt (§ 103 Abs. 1 InsO)**, wenn die **gegenseitigen Hauptleistungen erbracht sind**, also der Lizenzgeber die Lizenz erteilt und der Lizenznehmer den **Kaufpreis gezahlt** hat (BGH, Urt. v. 21.10.2015 – I ZR 173/14, GRUR 2016, 201 – „Ecosoil“).
- Gewährung einer ausschließlichen Lizenz und gleichzeitige Übertragung des geschützten Rechts gegen **einmalige** angemessene Vergütung – fällig bei Kündigung – aufschiebend bedingt durch Kündigung aus wichtigem Grund, bei gleichem Kündigungsrecht beider Teile (BGH, Urt. v. 17.11.2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915).

Grds. keine Insolvenzfestigkeit von Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers (III)

- **Fortbestand der Unterlizenz bei Erlöschen der ausschließlichen Hauptlizenz** in Folge Ausübung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters gem. § 103 InsO (BGH, Urt. v. 26.03.2009 – I ZR 153/06, BGHZ 180, 344, NJW-RR 2010, 186 – „**Reifen Progressiv**“) oder in Folge einvernehmlicher Aufhebung des Hauptlizenzvertrags (BGH, Urt. v. 19.07.2012 – I ZR 24/11, NJW-RR 2012, 1127 – „**Take Five**“) oder in Folge wirksamer Kündigung des Hauptlizenzvertrags wegen Zahlungsverzugs (BGH, Urt. v. 19.07.2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301 – „**M2Trade**“).
- **Bedürfnis einer gesetzlichen Regelung:**
 - Nach derzeit geltendem Recht kann der Insolvenzverwalter in der Insolvenz des Lizenzgebers grds. die weitere Erfüllung des Lizenzvertrags ablehnen und Lizenzen neu vergeben oder Hauptrechte an einen Dritten (Investor) übertragen.
 - **Folge:** Mögliche Existenzgefährdung von Lizenznehmern (Automobilindustrie, Pharmahersteller, Musikverlage, Nutzer von Computerprogrammen).
 - Mehrfach gescheiterte **Reformvorhaben** zur Einführung eines neuen § 108a InsO (Gesetzesentwürfe vom 22.08.2007, 18.01.2012).

Insolvenzarbeitsrecht, §§ 113 ff. InsO (I)

Grundnorm: § 108 Abs. 1 S. 1 InsO: Dienstverhältnisse (**Arbeitsverhältnisse**) **bestehen** nach Insolvenzeröffnung **fort**, ein Wahlrecht des Insolvenzverwalters gem. § 103 InsO ist nicht gegeben.

- **§ 113 Abs. 1 S. 1, 2 InsO** gewährt jedoch Arbeitnehmern wie Arbeitgebern ein **besonderes Kündigungsrecht**.
- **Lohn- und Gehaltsansprüche:**
 - Ansprüche aus der Zeit **vor Insolvenzeröffnung: Insolvenzforderungen**, § 108 Abs. 3 InsO, jedoch **Insolvenzgeld durch Bundesagentur für Arbeit** für die letzten drei Monate vor Insolvenzeröffnung (§§ 165 ff. SGB III, cessio legis, regelmäßig: Vorfinanzierungslösung).
 - Ansprüche für die Zeit **nach Insolvenzeröffnung** bei Weiterbeschäftigung und Freistellung bis Kündigungswirksamkeit: **Masseverbindlichkeiten**, § 55 Abs. 1 Nr. 2, 2 Alt. InsO, auch wenn wegen **Freistellung** Arbeitslosengeld gezahlt wird (cessio legis → Arbeitsamt, daneben Anspruch auf Aufstockungslohn).

Insolvenzarbeitsrecht, §§ 113 ff. InsO (II)

- **Kündigung:** Die Arbeitsverhältnisse bestehen fort, vgl. oben, die **Insolvenzeröffnung** stellt **keinen wichtigen Grund für a.o. Kündigungen** dar. Ordentliche (**betriebsbedingte**) **Kündigungen** sind möglich. **Fristgemäße Kündigungen** sind **auch bei vereinbarter Unkündbarkeit/Festvertragszeiten** mit Frist von drei Monaten zum Monatsende möglich, § 113 Abs. 1 S. 2 InsO. Vertragliche kürzere Fristen gehen vor.
 - **Jedenfalls innerhalb von drei Monaten kann der Insolvenzverwalter die Arbeitnehmer „freisetzen“.** Die Kündigungsbestimmungen gelten grundsätzlich (Beteiligung des Betriebsrats, Kündigungsschutzgesetz, Mutterschutzgesetz; Kündigungsschutzklage innerhalb von Drei-Wochen-Frist, § 4 S. 1 KSchG bzgl. *aller* Kündigungsgründe mit Ausnahme der Geltendmachung der Nichtigkeit einer Kündigung wegen mangelnder Schriftform (§ 623 BGB).
 - Aber: Keine Zuständigkeit eines Konzernbetriebsrats für Interessenausgleichsverhandlungen nach Insolvenzeröffnung (LAG Stuttgart, Urt. v. 23.06.2015 – 22 Sa 61/14, ZIP 2016, 232).
 - **Kündigungsrecht** bzgl. **belastender Betriebsvereinbarungen**, § 120 InsO (3 Monate nach vorheriger Beratung über Herabsetzung), auch betriebliche Altersvorsorge, BAG, Urt. v. 11.05.1999 – 3 AZR 21/98, NZA 2000, 322.

Insolvenzarbeitsrecht, §§ 113 ff. InsO (III)

- **Kündigungserleichterungen** zu Gunsten des Insolvenzverwalters gem. **§ 125 InsO** bei geplanter **Betriebsänderung** unter **Interessenausgleich** mit **Namensliste** (= Betriebsvereinbarung, § 111 BetrVG):
 - Vermutung **dringender betrieblicher Erfordernisse** bei Kündigung.
 - Eingeschränkte **Sozialauswahl**, eingeschränkte **Überprüfung (Vorsicht: Anhörung BR gem. § 102 Abs. 1 BetrVG bleibt erforderlich!)**.
- **Erleichtertes Beschlussverfahren** zum Kündigungsschutz gem. **§ 126 InsO** bei Nichtzustandekommen eines Interessenausgleichs innerhalb von drei Wochen nach Aufforderung zur Aufnahme von Verhandlungen.
- **Sozialplan** (= Betriebsvereinbarung) bei Betriebsstilllegung oder Betriebsänderung gem. §§ 111 ff. BetrVG mit Ergänzung durch **§ 123 InsO** als Spezialnorm: **2,5 Monatslöhne** aller zu entlassender Arbeitnehmer sowie **ein Drittel der Aktivmasse** als **Obergrenze**.
- **Widerrufsrecht** gem. **§ 124 InsO** für in den letzten drei Monaten **vor Verfahrenseröffnung vereinbarte Sozialpläne** (offene Forderungen aus noch älteren Sozialplänen sind Insolvenzforderungen, § 38 InsO).

Insolvenzarbeitsrecht, §§ 113 ff. InsO (IV)

- Vorsicht: **Ohne** Versuch des **Interessenausgleichs** gem. §§ 111 BetrVG wird bei Kündigung aufgrund Betriebsänderung **Nachteilsausgleich** gem. § 113 Abs. 3 BetrVG fällig.
- Nachteilsausgleich begründet **Masseschuld**, Schutz der Gläubiger durch **Verwalterhaftung** gem. § 60 Abs. 1 InsO. Dies gilt auch bei nur geringer Masse. Diese bleibt bei der Bemessung des Nachteilsausgleichs außer Betracht.

Insolvenzarbeitsrecht, §§ 113 ff. InsO (V)

- BAG hält **Erleichterungen der InsO für abschließend** (Urt. v. 22.07.2003 – 1 AZR 541/02, NZA 2004, 93):
 - Abschließend ist daher Recht des Verwalters gem. § 122 InsO, bei Nichtzustandekommen eines Interessenausgleichs die Zustimmung des ArbG zur Betriebsänderung einzuholen (Ersatz für Schutz des Verwalters bei Kündigung nach Interessenausgleich mit Namensliste gem. § 125 InsO ist dann § 126 InsO).
 - Wegen unterschiedlicher Zielsetzungen von Interessenausgleich (Regeln *für* Betriebsänderung) und Sozialplan (Ausgleich von Nachteilen *aus* Betriebsänderung) ist ersterer auch erforderlich, wenn Mittel für Sozialplan fehlen.
- **Vorsicht:** Auch bei **Interessenausgleich mit Namensliste** ist **Anhörung des Betriebsrats** vor den Kündigungen **notwendig** (§ 102 BetrVG), wenn diese fehlt drohen trotz § 125 InsO erfolgreiche Kündigungsschutzklagen. Allerdings dürfen Informationsanforderungen dabei nicht überspannt werden, wenn Betriebsrat wg. Verhandlungen über Interessenausgleich schon notwendige Kenntnisse hat.

Betriebsrenten, BetrAVG

Betriebsrenten (Ansprüche, unverfallbare Anwartschaften für Versorgungsfall Alter/Tod/Invalidität) sind im Fall der Arbeitgeberinsolvenz regelmäßig durch das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung von 1974 (**BetrAVG**) geschützt. Bei Insolvenzverfahrenseröffnung bzw. Antragsabweisung mangels Masse (§ 7 ff. BetrVG) besteht ein **Anspruch gegen den Pensionssicherungsverein (PSV)**, dem alle Arbeitgeber beitragspflichtig angehören, die eine betriebliche Altersversorgung gewähren (§ 10 BetrVG). Pflichtmitgliedschaft, „Beliehener“.

Akzessorischer Anspruch gg. PSV gem. § 7 Abs. 1 BetrAVG (Empfänger) bzw. Abs. 2 (Anwartschaftsberechtigte) führt gem. § 9 BetrAVG zu einer **cessio legis**, PSV meldet als Insolvenzgläubiger übergegangene Forderungen/Anwartschaften an (diese werden gem. **§ 45 InsO** wie fällige Ansprüche behandelt, ggf. unter Abzinsung, so BAG, teilw. a.A. BGH, jedoch § 9 Abs. 2 S. 3 BetrAVG) und zahlt Betriebsrenten weiter (Empfänger) bzw. ab dem Versorgungsfall (Anwartschaften).

Betriebsübergang, § 613a BGB

- Besonders im Fall der übertragenden Sanierung ist bedeutsam, dass **§ 613a BGB auch im Insolvenzverfahren** gilt. Die Arbeitsverhältnisse gehen daher bei einer Veräußerung der wesentlichen Betriebsgrundlagen („Asset Deal“) auf den Erwerber über, § 613a Abs. 1 BGB. Wichtig ist auch die **Kündigungsschutzbestimmung** des § 613a Abs. 4 BGB.
- Dies sind **Sanierungshindernisse**, die durch die **Haftungsbeschränkung des Erwerbers** (keine Haftung für Lohnrückstände aus der Zeit *vor* der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, BAG, Urt. v. 16.02.1993 – 3 AZR 347/92, NJW 1993, 2259) nicht ausreichend kompensiert werden.
- Die Praxis behilft sich mit **Transfergesellschaften/Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften** (BQG nach dem Modell des „Dörries-Scharmann-Urteils“, BAG, Urt. v. 10.12.1998 – 8 AZR 324/97, ZIP 1999, 320 ff.; vgl. aber BAG, Urt. v. 25.10.2012 – 8 AZR 572/11, ZInsO 2013, 946: Dreiseitige Vereinbarung über Wechsel in BQG wegen Umgehung des § 613a BGB unwirksam, wenn es für den Arbeitnehmer klar war, dass alsbald seine Neueinstellung durch den späteren Betriebserwerber erfolgen wird).

Hinweise zur Vertiefung

Anm.: Zwischenzeitliche Reformen bei der Lektüre beachten!

- *Dahl/Schmitz*, NZI 2013, 631, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.02.2013 – IX ZR 218/11, Der Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters nach der Wahl der Nichterfüllung gem. § 103 InsO.
- *Pleister/Wündisch*, ZIP 2018, 1792, Lizenzen in der Insolvenz – eine unendliche Geschichte?
- *Wißler/Walterscheid*, DB 2020, 2633-2637, Insolvenz in Eigenverwaltung – Chancen und Risiken aus arbeitsrechtlicher Sicht anhand einer Case Study.
- Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschl. v. 27.09.2010 – GmS-OGB 1/09, Klage des Insolvenzverwalters gegen einen Arbeitnehmer des Schuldners auf Rückgewähr verdienten Arbeitsentgelts nach § 143 Abs. 1 InsO.