

Wolfgang Marotzke

Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht

Dritte, völlig
neubearbeitete Auflage

Luchterhand

Marotzke, Wolfgang:
Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht / Wolfgang Marotzke. – 3. Aufl. –
Neuwied ; Kriftel : Luchterhand, 2001
ISBN 3-472-04879-4

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 by Hermann Luchterhand Verlag GmbH, Neuwied, Kriftel, Berlin.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Umschlag- und Einbandgestaltung: Ute Weber Design, Geretsried

Satz: Hümmer GmbH, Waldbüttelbrunn

Druck: Betz-Druck, Darmstadt

Bindung: Buchbinderei Schaumann, Darmstadt

Printed in Germany, August 2001

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfreiem und alterungsbeständigem Papier.

Vorwort zur dritten Auflage

Seit Erscheinen der zweiten Auflage im Januar 1998 hat das Insolvenzrecht eine stürmische Entwicklung erlebt. Inzwischen sind sechs Kommentare zur InsO publiziert und vier neue Fachzeitschriften gegründet worden, die alle das Wort Insolvenz im Titel führen. Rechtsprechung und Gesetzgeber haben das Ihre zur Fortbildung des Insolvenzrechts beigetragen. Die Entscheidung, eine Neuauflage der »Gegenseitigen Verträge« herauszubringen, fiel vor diesem Hintergrund nicht schwer.

Der Textteil der zweiten Auflage gliederte sich in zwölf Paragraphen. Für die dritte Auflage sind zwei weitere Paragraphen hinzugetreten:

Der neue § 13 untersucht das Schicksal des vergleichsrechtlichen Gegenseitigkeitsprivilegs in Deutschland und Österreich (Rn. 13.7 ff.). Zugleich enthält er wichtige Hintergrundinformationen zur Entstehungsgeschichte des § 105 InsO (Rn. 13.66 ff., 13.108 ff.) und des § 103 II 1 InsO (Rn. 13.126 ff.).

In den ersten beiden Auflagen fehlte eine zusammenhängende Darstellung des Vertragsrechts des *Eröffnungsverfahrens*. Mit dem neu eingefügten § 14, dessen Ergebnisse der Verfasser auf der diesjährigen Frühjahrstagung der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung im Deutschen Anwaltverein vorgetragen und mit den Teilnehmern diskutiert hat, wird diesem Mangel abgeholfen. Näher beleuchtet werden nun insbesondere die vertragsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten eines vorläufigen Insolvenzverwalters.

In allen Teilen wurde das Buch inhaltlich überprüft und aktualisiert. Es befindet sich nun auf dem Stand vom 1. 4. 2001. Der Gedanke, vor der Drucklegung das für 2002 geplante Schuldrechtsmodernisierungsgesetz abzuwarten, wurde verworfen. In welcher Gestalt dieses Reformwerk Gesetzeskraft erlangen wird, ist noch ungewiß. Auch ist noch immer nicht auszuschließen, daß die Schuldrechtsreform nicht en bloc, sondern nur schrittweise je nach »europarechtlicher Dringlichkeit« und Entscheidungsreife der betroffenen Rechtsmaterien verwirklicht werden kann. Vielleicht können im Zusammenhang mit der Reform des Leistungsstörungsrechts oder im Zuge einer etwaigen »Reform der Insolvenzrechtsreform« auch die Vorschläge Beachtung finden, die das vorliegende Buch bei Rn. 7.19 ff., 7.29, 7.63 (Fn. 150) und Rn. 9.95 ff. bereithält.

Tübingen, im Mai 2001

Wolfgang Marotzke

Inhaltsübersicht

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	XIX
§ 1. Gegenstand und Plan der Arbeit	1
§ 2. Das Recht des Insolvenzverwalters, gem. § 103 InsO zu erfüllen und Erfüllung zu verlangen	9
§ 3. Beruht auch das Recht zur »Erfüllungsablehnung« auf § 103 InsO?	58
§ 4. Anwendungsbereich der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	90
§ 5. Erfüllungs- und Ersatzansprüche des Vertragspartners bei negativer oder unterlassener Wahlrechtsausübung des Insolvenzverwalters	187
§ 6. Ergebniskontrolle zu § 5 vor dem Hintergrund der Sondervorschriften über Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse (§§ 108 ff. InsO)	278
§ 7. Rückforderungsrecht des Vertragspartners bei insolvenzbedingter Nichterfüllung seiner Gegenforderung?	297
§ 8. Einfluß der Erfüllungsablehnung auf den Erfüllungsanspruch der Masse	361
§ 9. Die Erfüllungsablehnung als Mittel zur Rückerlangung von Vorleistungen des Schuldners?	386
§ 10. Erfüllungsablehnung und Vormerkung (§ 106 InsO)	440
§ 11. Insolvenz beider Vertragsparteien	453
§ 12. Insolvenzplan	460
§ 13. Das vergleichsrechtliche Gegenseitigkeitsprivileg	479
§ 14. Das Vertragsrecht des Eröffnungsverfahrens	531
§ 15. Materialien und Verzeichnisse	586
	VII

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	S. XIX
	Rn.
§ 1. Gegenstand und Plan der Arbeit	1.1
I. Problemskizze und normative Vorgaben	1.1
II. Übergangsrecht	1.10
§ 2. Das Recht des Insolvenzverwalters, gem. § 103 I InsO zu erfüllen und Erfüllung zu verlangen	2.1
I. Die gesetzliche Regelung	2.1
II. Sinn und Zweck der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	2.6
1. Vorbemerkung	2.6
2. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gegners . . .	2.8
a) Insolvenzfestigkeit aufgrund §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO?	2.8
b) Insolvenzfestigkeit unabhängig von §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO!	2.12
c) Insolvenzfestigkeit des § 320 BGB trotz unterstellter Hinfälligkeit des § 273 BGB?	2.26
aa) Bedeutung der Frage	2.26
bb) Insolvenzspezifische Unterschiede zwischen § 320 und § 273 BGB?	2.30
cc) Ergebnis	2.44
d) Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gegners	2.46
aa) Meinungsstand	2.46
bb) Würdigung	2.48
cc) Ergebnis	2.69
e) Konsequenzen für Insolvenzfestigkeit des § 320 BGB	2.73
3. Abschließende Definition von Sinn und Zweck der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	2.76
III. Exkurs: Bleibt der Schuldner zur Erfüllung berechtigt? . . .	2.85
1. Unabhängiges Erfüllungsrecht des Insolvenzverwalters .	2.85
2. Schuldner- und Drittinteressen an der Befriedigung des Vertragspartners	2.87
3. Gibt es Gründe, das Erfüllungsrecht des Schuldners an den Willen des Insolvenzverwalters zu binden?	2.89
a) Das sog. »Ablehnungsrecht« des Insolvenzverwalters?	2.89
b) Die Konkursfreiheit von Neuerwerb?	2.90
4. Verträge auf nicht vertretbare Leistungen des Schuldners	2.96
a) Das Erfüllungsrecht	2.96
b) Die Zuordnung der Gegenforderung	2.97

§ 3. Beruht auch das Recht zur »Erfüllungsablehnung« auf § 103 InsO?	3.1
I. Problemstellung	3.1
II. Die Situation vor BGHZ 103, 250	3.2
III. Kritische Würdigung	3.5
1. Wortlaut und Motive der §§ 17 I, 26 KO, 103 InsO	3.5
2. Nachträgliche Bestätigung der h. M. durch den Gesetzgeber?	3.11
a) Ausdrückliche Erwähnung von Erfüllungsablehnung und Wahlrecht in §§ 103 II, 107 II InsO	3.11
b) Verlagsgesetz	3.13
c) §§ 106 I 2, 107 I 2 InsO	3.19
d) §§ 50, 52 VerglO	3.25
3. Rechtfertigt der Umstand, daß auch der Vertragspartner noch nicht vollständig erfüllt hat, besondere Eingriffsbefugnisse des Insolvenzverwalters?	3.35
4. Stützt § 103 II 3 InsO die h. M.?	3.37
IV. Die neue Rspr. seit BGHZ 103, 250	3.42
V. Abschließende Stellungnahme	3.48
§ 4. Anwendungsbereich der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	4.1
I. Ein Blick auf die Rechtsfolgen	4.1
1. Ausscheidung der mit dem Recht zur Erfüllungsablehnung zusammenhängenden Probleme	4.1
2. Deklaratorische und konstitutive Funktionen der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	4.5
II. Kritische Fallgruppen	4.10
1. Mangelnde Forderungszuständigkeit des Insolvenzverwalters	4.10
a) Forderungen mit beschlagsfreiem Inhalt	4.11
b) Vor Verfahrenseröffnung erfolgte Abtretung oder Verpfändung oder Pfändung	4.16
aa) Die rechtliche Behandlung vor BGHZ 106, 236	4.16
bb) Die neue Rspr. seit BGHZ 106, 236	4.17
cc) Stellungnahme	4.27
dd) Konsequenzen	4.45
α) Grundlinien	4.45
β) Weitere Details	4.55
2. Forderungsvernichtende Gegenrechte des Vertragspartners	4.58
a) Die Problematik im allgemeinen	4.58
b) Die Aufrechnung im besonderen	4.59
aa) Darstellung und Lösung der Aufrechnungsproblematik	4.59
bb) Abschließende Würdigung der »Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie« des BGH	4.77

3. Vorleistungspflichtiger oder -williger Vertragspartner . . .	4.83
4. Der Schuldner hat schon vollständig oder fast vollständig oder unter Eigentumsvorbehalt erfüllt	4.88
5. Unerfüllte Abnahme- und Nebenpflichten	4.92
6. Der Vertragspartner hat schon vollständig oder fast vollständig oder unter Eigentumsvorbehalt erfüllt	4.101
7. Rückabwicklungsschuldverhältnisse	4.114
8. Die Forderung der Masse und die Zug-um-Zug-Einrede des Gegners beruhen nicht auf demselben oder nicht auf einem gegenseitigen Vertrag	4.133
a) Sinngemäße Anwendung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO?.	4.133
aa) Eine juristische Falle	4.133
bb) Ausweg	4.136
cc) Analoge Anwendung des § 103 I InsO	4.137
dd) Analoge Anwendung des § 103 II InsO	4.142
ee) § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	4.144
b) Sukzessivlieferungsvertrag und Wiederkehrschuldver- hältnis	4.146
aa) Definitionen	4.147
bb) Rechtliche Behandlung nach der KO	4.148
cc) Rechtliche Behandlung nach § 105 InsO	4.158
dd) Exkurs: Das Wort »soweit« in § 55 I Nr. 2 InsO . .	4.165
9. Insolvenz des Käufers beim erweiterten Eigentums- vorbehalt	4.166
III. Zweckmäßiges Verhalten des Insolvenzverwalters bei unsicherer Entscheidungsgrundlage	4.175

**§ 5. Erfüllungs- und Ersatzansprüche des Vertragspartners bei
negativer oder unterlassener Wahlrechtsausübung des
Insolvenzverwalters**

I. Der Vertragspartner als Insolvenzgläubiger	5.1
II. Sofortiges Teilnahmerecht?	5.10
III. Rechtsnatur und Inhalt der in § 103 II 1 InsO erwähnten »Forderung wegen der Nichterfüllung«	5.14
IV. Verfahrensteilnahme mit dem Erfüllungsanspruch	5.31
1. Zur Frage des »Ob«	5.31
2. Zur Frage des »Wie«	5.34
a) Keine automatische Berücksichtigung der noch uner- füllten Gegenforderung der Masse	5.34
b) Differenzmethode	5.40
c) Austauschmethode	5.50
aa) Grundsätzliche Zulässigkeit	5.50
bb) Ausnahmen	5.58
cc) Details	5.62

V.	Hat der Vertragspartner Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung?	5.64
	1. Die üblichen Antworten	5.64
	2. Gegenargumente	5.66
	3. Grundannahmen der eigenen Lösung	5.72
	4. Bürgerlichrechtliche Anspruchsgrundlagen	5.76
	a) Unmöglichkeit und Unvermögen (§§ 280, 325, 275 II BGB)	5.76
	aa) Unvermögen des Schuldners trotz Erfüllungsmöglichkeit des Verwalters?	5.76
	bb) Problemfälle	5.85
	cc) Übertragung der Ergebnisse auf verwalterlose Verfahren	5.90
	b) Verzug (§§ 284 ff., 326 BGB)	5.91
	c) Schadensersatz auch bei betagter Primärforderung?	5.104
	d) Die Frage des »Vertretenmüssens«	5.109
VI.	Die Verfolgbarkeit als Insolvenzforderung	5.113
	1. Wertungswiderspruch zu § 45 Satz 1 InsO?	5.113
	2. Wertungswiderspruch zu § 104 III InsO?	5.117
	3. Wertungswiderspruch zu §§ 38, 39 I Nr. 1, 81 I 1, 91 I InsO?	5.123
	4. Verträge auf nicht vertretbare Leistungen des Schuldners	5.139
VII.	Zusammenfassung	5.143
§ 6.	Ergebniskontrolle zu § 5 vor dem Hintergrund der Sondervorschriften über Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse (§§ 108 ff. InsO)	6.1
	I. Insolvenzrechtlicher Status der Erfüllungsansprüche	6.1
	II. Schadensersatzansprüche des Vertragspartners wegen vorzeitiger Vertragsbeendigung durch Insolvenzverwalter oder Ersteher	6.14
	1. Eindeutig geregelte Fälle (§§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO)	6.14
	2. Der Fall des § 111 InsO	6.21
	III. Schlußbetrachtung	6.36
§ 7.	Rückforderungsrecht des Vertragspartners bei insolvenzbedingter Nichterfüllung seiner Gegenforderung?	7.1
	I. Das Interesse des Vertragspartners	7.1
	II. Zur Sperrwirkung des bisherigen § 26 Satz 1 KO gegenüber »an sich« begründeten Rückgewähransprüchen	7.3
	1. Sinn und Zweck des § 26 Satz 1 KO	7.3
	2. Vorschlag einer Neuformulierung	7.19
	III. Substanzielle Unterschiede zwischen § 26 Satz 1 KO und § 105 Satz 2 InsO?	7.21

1.	Verengte Fassung des § 105 Satz 2 InsO als »halber § 26 Satz 1 KO«	7.21
2.	Was gilt in den vom Wortlaut des § 105 Satz 2 InsO nicht erfaßten Fällen des bisherigen § 26 Satz 1 KO?	7.26
3.	Vorschlag einer »Reform der Reform«	7.29
IV.	Rückforderung einer noch nicht in das Eigentum des Schuldners gelangten Leistung	7.30
1.	Aussonderung kraft schuldrechtlichen oder dinglichen Rechts	7.30
2.	Einfluß der Erfüllungsablehnung auf das Besitzrecht des Verwalters	7.35
a)	Praktische Bedeutung der Frage	7.35
b)	Ein bürgerlichrechtlicher Lösungsversuch für den Fall des Eigentumsvorbehalts	7.38
c)	Insolvenzrechtliche Lösung	7.42
d)	Bestätigung durch bisherigen § 44 KO	7.50
e)	Genauer Zeitpunkt des Besitzrechtswegfalls	7.54
f)	Das Schicksal des Kaufvertrages	7.59
V.	Echte und scheinbare Ausnahmen von § 26 Satz 1 KO bzw. § 105 Satz 2 InsO	7.68
1.	Das »Verfolgungsrecht« des Versandungsverkäufers und des Einkaufskommissionärs	7.68
a)	Sinn und Unsinn des § 44 I KO	7.68
b)	Die Abwendungsbefugnis des Konkursverwalters nach §§ 17, 44 II KO	7.75
c)	Abschaffung des Verfolgungsrechts für nach dem 31. 12. 1998 beantragte Insolvenzverfahren	7.84
2.	Die Rückforderung von Leistungen, die erst nach Verfahrenseröffnung in die Masse gelangt sind	7.87
a)	Unanwendbarkeit des § 26 Satz 1 KO bzw. § 105 Satz 2 InsO	7.87
b)	Die Anspruchsvoraussetzungen	7.91
3.	Die Rückforderung der »Gegenleistung« in den Fällen der §§ 81, 129 ff. InsO	7.110
a)	§ 81 I 3 InsO	7.113
b)	§ 144 II InsO	7.120
VI.	Wechselseitige Rückgewähransprüche	7.132
§ 8.	Einfluß der Erfüllungsablehnung auf den Erfüllungsanspruch der Masse	8.1
I.	Keine Freigabewirkung	8.1
II.	Hat die Masse Anspruch auf den einer etwaigen Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung?	8.10
1.	Der Fall RGZ 73, 58 ff.	8.10

2.	Was kann als Gegenleistung gefordert werden, wenn dem Gläubiger die eigene Leistung infolge eines von ihm selbst zu vertretenden Umstandes teilweise unmöglich wurde?	8.15
3.	Anwendung dieser Grundsätze im Insolvenzverfahren	8.19
a)	Verfahrenseröffnung nach Eintritt der Teilunmöglichkeit	8.19
b)	Verfahrenseröffnung bei noch vorhandener Leistungsfähigkeit des Schuldners	8.22
aa)	Der Standpunkt des RG	8.22
bb)	Kritik und eigene Auffassung	8.25
cc)	Die Rechtslage bei feststehender Unzulänglichkeit des »freien« Schuldnervermögens	8.30
4.	Teil-Erfüllungsverlangen und Anwendbarkeit der §§ 55 I Nr. 2 Alt. 1, 103 II InsO	8.36
III.	Ergebnis und Schlußfolgerungen	8.40

§ 9.	Die Erfüllungsablehnung als Mittel zur Rückerlangung von Vorleistungen des Schuldners?	9.1
I.	Die Ansicht des BGH und ihre historische Entwicklung	9.1
II.	Die Gesetzesmaterialien	9.6
III.	Die Anspruchsgrundlagen im einzelnen	9.14
1.	Methodische Vorbemerkung	9.14
2.	Schuldrechtliche Anspruchsgrundlagen	9.16
a)	Condictio ob causam finitam?	9.16
b)	Condictio ob rem, Wegfall der Geschäftsgrundlage?	9.18
c)	Abrechnungsverhältnis nach § 326 BGB?	9.26
d)	Abrechnungsverhältnis »wie« nach § 326 BGB?	9.31
e)	Analogie zu § 323 III BGB?	9.33
aa)	Die Ansicht von HENCKEL	9.33
bb)	Kritik	9.36
f)	Das »blinde Auge« des BGB-Leistungsstörungsrechts	9.42
g)	Eigene Lösung	9.45
aa)	Rekapitulation der Zwischenergebnisse	9.45
bb)	Problemfälle	9.47
cc)	Vorzüge der »bürgerlichrechtlichen« Lösung	9.52
dd)	Doppelinsolvenz	9.57
3.	Besonderheiten bei Insolvenzen eines Vorbestandskäuferes oder im Fall des § 44 KO?	9.58
4.	Der dingliche Anspruch aus § 985 BGB	9.68
5.	Das Anfechtungsrecht aus §§ 129 ff. InsO	9.83
IV.	Abschließende Beurteilung de lege lata	9.85
V.	Vorschlag de lege ferenda	9.95

§ 10. Erfüllungsablehnung und Vormerkung (§ 106 InsO)	10.1
I. Wirkungsweise des § 106 InsO	10.1
II. Konsequenzen für die Rückabwicklungsproblematik nach Erfüllungsablehnung	10.14
III. Anfechtung durch Insolvenzverwalter	10.18
§ 11. Insolvenz beider Vertragsparteien	11.1
I. Beide Insolvenzverwalter verlangen Erfüllung	11.2
II. Beide Insolvenzverwalter lehnen Erfüllung ab	11.3
III. Die Insolvenzverwalter treffen gegensätzliche Ent- scheidungen	11.8
IV. Vergleichsverfahren	11.21
§ 12. Insolvenzplan (früher: konkursbeendender Zwangsvergleich)	12.1
I. Grundzüge der gesetzlichen Regelung	12.1
II. Anwendung auf von § 103 erfaßte Verträge	12.4
1. Positive Wahlrechtsausübung des Verwalters	12.6
2. Negative Wahlrechtsausübung des Verwalters	12.7
a) Der Vertragspartner als Planbetroffener	12.7
b) Schutz des Synallagma	12.13
3. Unterlassene Wahlrechtsausübung des Verwalters	12.19
a) Lösung des Falles	12.19
b) Alternativen	12.25
§ 13. Das vergleichsrechtliche Gegenseitigkeitsprivileg	13.1
I. Grundzüge und praktische Bedeutung der vergleichs- rechtlichen Regelung	13.1
1. Grundzüge	13.1
2. Praktische Bedeutung nach 1998	13.7
II. Sinn und Zweck des § 36 I VerglO	13.9
1. Die Absicht des historischen Gesetzgebers	13.9
2. Kritik	13.33
III. Nichtigkeit des § 36 I VerglO	13.37
1. Unvereinbarkeit mit Art. 3 GG	13.37
2. Nichtigkeit	13.79
IV. Konsequenzen	13.88
1. Analogie zum konkursbeendenden Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan	13.88
2. Analoge Anwendung der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 279 Satz 1, 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	13.89
3. Verträge über teilbare Leistungen	13.108
a) Verfestigung der Insolvenzgläubigerstellung (§ 36 II 1 VerglO / § 105 Satz 1 InsO)	13.108
b) Rücktritts- bzw. Rückforderungsausschluß (§ 36 II 2 VerglO / § 105 Satz 2 InsO)	13.115

4. Mangelhafte Leistungen (§ 36 III VerglO)	13.119
5. §§ 26 Satz 2 KO, 103 II 1 InsO statt § 52 I 1 VerglO	13.126
6. De lege ferenda	13.140

§ 14. Das Vertragsrecht des Eröffnungsverfahrens

I. Ein Fall aus der Praxis	14.1
II. Lösungsansätze	14.5
1. Masseschuld begründung im Eröffnungsverfahren	14.5
2. Die inkongruente Willenserklärung des vorläufigen Insolvenzverwalters	14.10
3. Die kongruenten Erklärungen des vorläufigen Insolvenz- verwalters	14.13
a) Die Entscheidung des LG Lübeck	14.13
b) Stellungnahme	14.17
aa) Kritik der Ausführungen zu § 115 InsO	14.17
bb) Kritik der sonstigen Entscheidungsgründe	14.21
III. Wechselwirkungen zwischen § 55 II InsO und §§ 103, 55 I Nr. 2 InsO?	14.26
1. Vergleich der einschlägigen Normenkomplexe	14.28
a) Masseschuld begründung durch Neuabschluß (§ 55 I Nr. 1, II 1 InsO)	14.28
b) Masseschuld begründung durch Bezugnahme auf einen bereits vorhandenen Vertrag (§§ 103, 55 I Nr. 2, II 2 InsO)	14.30
2. Voraussetzungen der Masseschuld begründung durch Gegenleistungsinanspruchnahme (§ 55 II 2 InsO)	14.35
a) Dauerschuldverhältnis	14.35
b) Inanspruchnahme	14.47
aa) Das voluntative Element	14.49
bb) Das Erfolgselement	14.51
c) Exkurs: rechtsgrundloser Erwerb	14.68
3. Masseschuld begründung durch Erfüllungszusage	14.72
a) Wirkungsweise der Erfüllungszusage	14.72
b) Einfluß auf das Insolvenzverwalterwahlrecht (§ 103 InsO)	14.79
4. Rechtsgrundverstärkende Leistungsbewirkung	14.84
a) Nachwirkungen der Masseschuld-Begründungskom- petenz	14.84
b) Anfechtungsrechtliche Aspekte	14.87
5. Rechtsgrundverstärkende Mitwirkung an Erfüllungsg- eschäften des Schuldners	14.95
a) Verfügungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter	14.95
b) Zustimmungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter	14.96
6. Wahlrecht und Erklärungsobliegenheit des vorläufigen Insolvenzverwalters analog § 103 II InsO?	14.105

7. Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie wie bei § 103 InsO?	14.111
8. Vorwirkungen des Anfechtungsrechts analog §§ 129 ff. InsO?	14.115
9. Rückgewähr- bzw. Teilvergütungsanspruch der vor- läufigen Insolvenzmasse »aus Erfüllungsablehnung analog § 103 InsO«?	14.118
IV. Wer hat Masseschuld-Begründungskompetenz?	14.122
§ 15. Materialien und Verzeichnisse	15.1
I. Wortlaut der thematisch einschlägigen Bestimmungen der preußischen Konkursordnung vom 8. 5. 1855	15.1
II. Wortlaut der thematisch einschlägigen Bestimmungen der oesterreichischen Concursordnung vom 25. 12. 1868	15.4
III. Verzeichnis des ausgewerteten Schrifttums	15.7
IV. Stichwortverzeichnis	15.8

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	am Anfang
a. a. O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861; Bundesgesetz vom 5. 6. 1869
a. E.	am Ende
AG	Die Aktiengesellschaft (Jahr, Seite)
AG	Aktiengesellschaft (bzw. Amtsgericht)
AktG	Aktiengesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Alt.	Alternative
a. M.	anderer Meinung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnnSächsOLG	Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden (Band, Seite)
AO	Abgabenordnung
AO (öst.)	Ausgleichsordnung (österreichische)
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht (Band, Seite)
ArbG	Arbeitsgericht
arg.	argumentum
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BA	Bundesanstalt für Arbeit
BadAnn	Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte (Band, Seite)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
Bearb.	Bearbeiter (bzw. Bearbeitung)
B/B/G/BEARBEITER	BREUTIGAM/BLERSCH/GOETSCH, Insolvenzrecht, Lose- blatt-Kommentar, Stand Sept. 1999
Begr.	Begründung
Bem.	Bemerkung
Betrieb	Der Betrieb (Jahr, Seite)
Bd.	Band

BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Jahr, Teil, Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen (Band, Seite)
Bl.	Blatt
Bolze	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen (Jahr, laufende Nr.), bearbeitet von A. Bolze
BR-Drucks.	Bundratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BStBl.	Bundessteuerblatt (Teil, Jahr, Seite)
BT	Besonderer Teil (oder: Bundestag)
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BuW	Betrieb und Wirtschaft (Jahr, Seite)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des BVerfG (Band, Seite)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz i. d. F. vom 3. 2. 1971
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des BVerwG (Band, Seite)
bzw.	beziehungsweise
c. c.	code civil
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DJ	Deutsche Justiz (Jahr, Seite)
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (Jahr, Seite)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
Drucks.	Drucksache
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (Jahr, Seite)
E	(Gesetzes-)Entwurf
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
EGInsO	Einführungsgesetz zur InsO
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
erg.	ergänzend
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz vom 24. 4. 1998 (BGBI. I S. 730)
EV	Eigentumsvorbehalt
evtl.	eventuell
XX	

EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Kurzkommentare)
f. (ff.)	folgende (mehrere folgende) Seiten oder Paragraphen
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Festschr. f.	Festschrift für
FK-InsO/BEARBEITER	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 1999
Fn.	Fußnote
G (Ges.)	Gesetz
gem.	gemäß
GeschäftsaufsichtsVO	Verordnung (Bekanntmachung) über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses (dazu unten Rn. 3.32 Fn. 91 und Rn. 12.30)
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung (dazu unten Rn. 1.13)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf. (ggfls.)	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
Gruchot	Gruchot's Beiträge (Band, Seite)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-InsO/BEARBEITER	Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2001
h. M. (h. L.)	herrschende Meinung (Lehre)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, laufende Nr.)
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
INDat – Report	INDat-Report – Verwalter, Verfahren, Gerichte (Heft/Jahr, Seite)
InsO	Insolvenzordnung
InVo	Insolvenz und Vollstreckung (Jahr, Seite)
i. S. d.	im Sinne des (der)
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Jahr, Seite)
JherJb	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band, Seite)

JMBINRW	Justizministerialblatt von Nordrhein-Westfalen (Jahr, Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
K/P/BEARBEITER	KÜBLER/PRÜTTING, Kommentar zur Insolvenzordnung, Loseblatt-Ausgabe Stand März 2001
Komm	Kommentar
KrVJSchr	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Jahr, Seite)
KS-InsO ¹	Kölner Schrift zur InsO, 1. Aufl. 1997
KS-InsO ²	Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000
KTS	1927 begründete Fachzeitschrift mit dem Titel »Konkurs- und Treuhandwesen KuT«, seit 1955 fortgeführt mit dem Titel »Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen KTS«, 1989 umbenannt in »KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht – Konkurs.Treuhand.Sanierung« (Jahr, Seite)
KuT	Konkurs- und Treuhandwesen (Jahr, Seite; vgl. auch »KTS«)
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier/Möhring, Nachschlagewerk des BGH
LS	Leitsatz
lt.	laut
LZ	Leipziger Zeitschrift (Jahr, Spalte)
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung vom 7. 11. 1990 (BGBl. I, 2479)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
m. E.	meines Erachtens
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (Jahr, Seite)
MünchKomm-BGB/ BEARBEITER	Münchener Kommentar zum BGB
MünchKomm-ZPO/ BEARBEITER	Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)

N/R/BEARBEITER	NERLICH/RÖMERMANN, Kommentar zur Insolvenzordnung, Loseblatt-Ausgabe Stand Nov. 2000
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Jahr, Seite)
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (Jahr, Seite)
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (Jahr, Seite)
o.	oben
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv (Jahr, Seite)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Jahr, Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts (Band, Seite; ab 1900), herausgegeben von B. Mugdan und R. Falkmann
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Jahr, Seite; ab 1966)
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrALR	vgl. bei ALR
PrKO	Preußische KO vom 8. 5. 1855
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von E. Rabel (Jahr, Seite)
Recht	Das Recht (Jahr, laufende Nr.)
RegEInsO	Regierungsentwurf einer InsO
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt (Jahr, Teil, Seite)
RGZ	Entscheidungssammlung des RG (Band, Seite)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Jahr, Seite)
Rn.	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht, auch: Entscheidungen des ROHG (Band, Seite)
Rpflerger	Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr, Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
RWS	Verlag Kommunikationsforum Recht-Wirtschaft-Steuer, Köln
S.	Satz, Seite
s.	siehe
SächsA	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß; ab 1906: SächsA für Rechtspflege; ab 1924: SächsA für

	Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt (Band, Seite)
SächsOLG	Königlich Sächsisches Oberlandesgericht zu Dresden
SchlHAnz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Jahr, Seite)
SchlHOLG	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
SeuffA	Seufferts Archiv (Band, Seite)
SeuffBl	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Band, Seite)
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Jahr, Seite)
sog.	sogenannt
Sp. (l., r.)	Spalte (linke, rechte)
str.	streitig
Striethorsts Archiv	Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind, herausgegeben von Theodor Striethorst (Band, Seite)
u.	und, unten
u. a.	unter anderem (auch: und andere)
umstr.	umstritten
unstr.	unstreitig
u. U.	unter Umständen
v.	von
Var.	Variante
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz vom 17. 12. 1990 (BGBl. I, 2840)
VergIO (VgIO)	Vergleichsordnung
VersR	Versicherungsrecht (Jahr, Seite)
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOB/B	Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführungen von Bauleistungen, DIN 1961, Fassung 2000
Vorbem.	Vorbemerkung
WarnRspr.	Warneyer, Rechtsprechung des RG in Zivilsachen (Jahr, laufende Nr.)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr, Seite)
WP	Wahlperiode
WPrax	Wirtschaftsrecht und Praxis (Jahr, Seite)
WuB	Wirtschafts- und Bankrecht (Jahr, Seite)
WürttJb	Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege (Band, Seite)

ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
z. B.	zum Beispiel
ZfG	Zeitschrift für Gesetzgebung (Jahr, Seite)
ZfHK	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (Band, Seite)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Band, Seite)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (Jahr, Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1980 begründet unter dem Titel »Insolvenzrecht-Zeitschrift für die gesamte Insolvenzpraxis«, später zunächst fortgeführt als »Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis«) (Jahr, Seite)
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (Jahr, Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung
z. T.	zum Teil
zutr.	zutreffend
zust.	zustimmend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Zwangsversteigerungsgesetz) vom 24. 3. 1897
z. Z.	zur Zeit
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Band, Seite)

Inhaltsübersicht

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	XIX
§ 1. Gegenstand und Plan der Arbeit	1
§ 2. Das Recht des Insolvenzverwalters, gem. § 103 InsO zu erfüllen und Erfüllung zu verlangen	9
§ 3. Beruht auch das Recht zur »Erfüllungsablehnung« auf § 103 InsO?	58
§ 4. Anwendungsbereich der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	90
§ 5. Erfüllungs- und Ersatzansprüche des Vertragspartners bei negativer oder unterlassener Wahlrechtsausübung des Insol- venzverwalters	187
§ 6. Ergebniskontrolle zu § 5 vor dem Hintergrund der Sonder- vorschriften über Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse (§§ 108 ff. InsO)	278
§ 7. Rückforderungsrecht des Vertragspartners bei insolvenz- bedingter Nichterfüllung seiner Gegenforderung?	297
§ 8. Einfluß der Erfüllungsablehnung auf den Erfüllungsanspruch der Masse	361
§ 9. Die Erfüllungsablehnung als Mittel zur Rückerlangung von Vorleistungen des Schuldners?	386
§ 10. Erfüllungsablehnung und Vormerkung (§ 106 InsO)	440
§ 11. Insolvenz beider Vertragsparteien	453
§ 12. Insolvenzplan	460
§ 13. Das vergleichsrechtliche Gegenseitigkeitsprivileg	479
§ 14. Das Vertragsrecht des Eröffnungsverfahrens	531
§ 15. Materialien und Verzeichnisse	586
	VII

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	S. XIX
	Rn.
§ 1. Gegenstand und Plan der Arbeit	1.1
I. Problemskizze und normative Vorgaben	1.1
II. Übergangsrecht	1.10
§ 2. Das Recht des Insolvenzverwalters, gem. § 103 I InsO zu erfüllen und Erfüllung zu verlangen	2.1
I. Die gesetzliche Regelung	2.1
II. Sinn und Zweck der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	2.6
1. Vorbemerkung	2.6
2. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gegners	2.8
a) Insolvenzfestigkeit aufgrund §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO?	2.8
b) Insolvenzfestigkeit unabhängig von §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO!	2.12
c) Insolvenzfestigkeit des § 320 BGB trotz unterstellter Hinfälligkeit des § 273 BGB?	2.26
aa) Bedeutung der Frage	2.26
bb) Insolvenzspezifische Unterschiede zwischen § 320 und § 273 BGB?	2.30
cc) Ergebnis	2.44
d) Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gegners	2.46
aa) Meinungsstand	2.46
bb) Würdigung	2.48
cc) Ergebnis	2.69
e) Konsequenzen für Insolvenzfestigkeit des § 320 BGB	2.73
3. Abschließende Definition von Sinn und Zweck der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	2.76
III. Exkurs: Bleibt der Schuldner zur Erfüllung berechtigt?	2.85
1. Unabhängiges Erfüllungsrecht des Insolvenzverwalters	2.85
2. Schuldner- und Drittinteressen an der Befriedigung des Vertragspartners	2.87
3. Gibt es Gründe, das Erfüllungsrecht des Schuldners an den Willen des Insolvenzverwalters zu binden?	2.89
a) Das sog. »Ablehnungsrecht« des Insolvenzverwalters?	2.89
b) Die Konkursfreiheit von Neuerwerb?	2.90
4. Verträge auf nicht vertretbare Leistungen des Schuldners	2.96
a) Das Erfüllungsrecht	2.96
b) Die Zuordnung der Gegenforderung	2.97

§ 3. Beruht auch das Recht zur »Erfüllungsablehnung« auf § 103 InsO?	3.1
I. Problemstellung	3.1
II. Die Situation vor BGHZ 103, 250	3.2
III. Kritische Würdigung	3.5
1. Wortlaut und Motive der §§ 17 I, 26 KO, 103 InsO	3.5
2. Nachträgliche Bestätigung der h. M. durch den Gesetzgeber?	3.11
a) Ausdrückliche Erwähnung von Erfüllungsablehnung und Wahlrecht in §§ 103 II, 107 II InsO	3.11
b) Verlagsgesetz	3.13
c) §§ 106 I 2, 107 I 2 InsO	3.19
d) §§ 50, 52 VerglO	3.25
3. Rechtfertigt der Umstand, daß auch der Vertragspartner noch nicht vollständig erfüllt hat, besondere Eingriffsbefugnisse des Insolvenzverwalters?	3.35
4. Stützt § 103 II 3 InsO die h. M.?	3.37
IV. Die neue Rspr. seit BGHZ 103, 250	3.42
V. Abschließende Stellungnahme	3.48
§ 4. Anwendungsbereich der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	4.1
I. Ein Blick auf die Rechtsfolgen	4.1
1. Ausscheidung der mit dem Recht zur Erfüllungsablehnung zusammenhängenden Probleme	4.1
2. Deklaratorische und konstitutive Funktionen der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	4.5
II. Kritische Fallgruppen	4.10
1. Mangelnde Forderungszuständigkeit des Insolvenzverwalters	4.10
a) Forderungen mit beschlagsfreiem Inhalt	4.11
b) Vor Verfahrenseröffnung erfolgte Abtretung oder Verpfändung oder Pfändung	4.16
aa) Die rechtliche Behandlung vor BGHZ 106, 236	4.16
bb) Die neue Rspr. seit BGHZ 106, 236	4.17
cc) Stellungnahme	4.27
dd) Konsequenzen	4.45
α) Grundlinien	4.45
β) Weitere Details	4.55
2. Forderungsvernichtende Gegenrechte des Vertragspartners	4.58
a) Die Problematik im allgemeinen	4.58
b) Die Aufrechnung im besonderen	4.59
aa) Darstellung und Lösung der Aufrechnungsproblematik	4.59
bb) Abschließende Würdigung der »Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie« des BGH	4.77

3. Vorleistungspflichtiger oder -williger Vertragspartner . . .	4.83
4. Der Schuldner hat schon vollständig oder fast vollständig oder unter Eigentumsvorbehalt erfüllt	4.88
5. Unerfüllte Abnahme- und Nebenpflichten	4.92
6. Der Vertragspartner hat schon vollständig oder fast vollständig oder unter Eigentumsvorbehalt erfüllt	4.101
7. Rückabwicklungsschuldverhältnisse	4.114
8. Die Forderung der Masse und die Zug-um-Zug-Einrede des Gegners beruhen nicht auf demselben oder nicht auf einem gegenseitigen Vertrag	4.133
a) Sinngemäße Anwendung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO?.	4.133
aa) Eine juristische Falle	4.133
bb) Ausweg	4.136
cc) Analoge Anwendung des § 103 I InsO	4.137
dd) Analoge Anwendung des § 103 II InsO	4.142
ee) § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	4.144
b) Sukzessivlieferungsvertrag und Wiederkehrschuldver- hältnis	4.146
aa) Definitionen	4.147
bb) Rechtliche Behandlung nach der KO	4.148
cc) Rechtliche Behandlung nach § 105 InsO	4.158
dd) Exkurs: Das Wort »soweit« in § 55 I Nr. 2 InsO . .	4.165
9. Insolvenz des Käufers beim erweiterten Eigentums- vorbehalt	4.166
III. Zweckmäßiges Verhalten des Insolvenzverwalters bei unsicherer Entscheidungsgrundlage	4.175
§ 5. Erfüllungs- und Ersatzansprüche des Vertragspartners bei negativer oder unterlassener Wahlrechtsausübung des Insolvenzverwalters	5.1
I. Der Vertragspartner als Insolvenzgläubiger	5.1
II. Sofortiges Teilnahmerecht?	5.10
III. Rechtsnatur und Inhalt der in § 103 II 1 InsO erwähnten »Forderung wegen der Nichterfüllung«	5.14
IV. Verfahrensteilnahme mit dem Erfüllungsanspruch	5.31
1. Zur Frage des »Ob«	5.31
2. Zur Frage des »Wie«	5.34
a) Keine automatische Berücksichtigung der noch uner- füllten Gegenforderung der Masse	5.34
b) Differenzmethode	5.40
c) Austauschmethode	5.50
aa) Grundsätzliche Zulässigkeit	5.50
bb) Ausnahmen	5.58
cc) Details	5.62

V.	Hat der Vertragspartner Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung?	5.64
1.	Die üblichen Antworten	5.64
2.	Gegenargumente	5.66
3.	Grundannahmen der eigenen Lösung	5.72
4.	Bürgerlichrechtliche Anspruchsgrundlagen	5.76
a)	Unmöglichkeit und Unvermögen (§§ 280, 325, 275 II BGB)	5.76
aa)	Unvermögen des Schuldners trotz Erfüllungsmöglichkeit des Verwalters?	5.76
bb)	Problemfälle	5.85
cc)	Übertragung der Ergebnisse auf verwalterlose Verfahren	5.90
b)	Verzug (§§ 284 ff., 326 BGB)	5.91
c)	Schadensersatz auch bei betagter Primärforderung?	5.104
d)	Die Frage des »Vertretenmüssens«	5.109
VI.	Die Verfolgbarkeit als Insolvenzforderung	5.113
1.	Wertungswiderspruch zu § 45 Satz 1 InsO?	5.113
2.	Wertungswiderspruch zu § 104 III InsO?	5.117
3.	Wertungswiderspruch zu §§ 38, 39 I Nr. 1, 81 I 1, 91 I InsO?	5.123
4.	Verträge auf nicht vertretbare Leistungen des Schuldners	5.139
VII.	Zusammenfassung	5.143
§ 6.	Ergebniskontrolle zu § 5 vor dem Hintergrund der Sondervorschriften über Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse (§§ 108 ff. InsO)	6.1
I.	Insolvenzrechtlicher Status der Erfüllungsansprüche	6.1
II.	Schadensersatzansprüche des Vertragspartners wegen vorzeitiger Vertragsbeendigung durch Insolvenzverwalter oder Ersteher	6.14
1.	Eindeutig geregelte Fälle (§§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO)	6.14
2.	Der Fall des § 111 InsO	6.21
III.	Schlußbetrachtung	6.36
§ 7.	Rückforderungsrecht des Vertragspartners bei insolvenzbedingter Nichterfüllung seiner Gegenforderung?	7.1
I.	Das Interesse des Vertragspartners	7.1
II.	Zur Sperrwirkung des bisherigen § 26 Satz 1 KO gegenüber »an sich« begründeten Rückgewähransprüchen	7.3
1.	Sinn und Zweck des § 26 Satz 1 KO	7.3
2.	Vorschlag einer Neuformulierung	7.19
III.	Substanzielle Unterschiede zwischen § 26 Satz 1 KO und § 105 Satz 2 InsO?	7.21

1.	Verengte Fassung des § 105 Satz 2 InsO als »halber § 26 Satz 1 KO«	7.21
2.	Was gilt in den vom Wortlaut des § 105 Satz 2 InsO nicht erfaßten Fällen des bisherigen § 26 Satz 1 KO?	7.26
3.	Vorschlag einer »Reform der Reform«	7.29
IV.	Rückforderung einer noch nicht in das Eigentum des Schuldners gelangten Leistung	7.30
1.	Aussonderung kraft schuldrechtlichen oder dinglichen Rechts	7.30
2.	Einfluß der Erfüllungsablehnung auf das Besitzrecht des Verwalters	7.35
a)	Praktische Bedeutung der Frage	7.35
b)	Ein bürgerlichrechtlicher Lösungsversuch für den Fall des Eigentumsvorbehalts	7.38
c)	Insolvenzrechtliche Lösung	7.42
d)	Bestätigung durch bisherigen § 44 KO	7.50
e)	Genauer Zeitpunkt des Besitzrechtswegfalls	7.54
f)	Das Schicksal des Kaufvertrages	7.59
V.	Echte und scheinbare Ausnahmen von § 26 Satz 1 KO bzw. § 105 Satz 2 InsO	7.68
1.	Das »Verfolgungsrecht« des Versandungsverkäufers und des Einkaufskommissionärs	7.68
a)	Sinn und Unsinn des § 44 I KO	7.68
b)	Die Abwendungsbefugnis des Konkursverwalters nach §§ 17, 44 II KO	7.75
c)	Abschaffung des Verfolgungsrechts für nach dem 31. 12. 1998 beantragte Insolvenzverfahren	7.84
2.	Die Rückforderung von Leistungen, die erst nach Verfahrenseröffnung in die Masse gelangt sind	7.87
a)	Unanwendbarkeit des § 26 Satz 1 KO bzw. § 105 Satz 2 InsO	7.87
b)	Die Anspruchsvoraussetzungen	7.91
3.	Die Rückforderung der »Gegenleistung« in den Fällen der §§ 81, 129 ff. InsO	7.110
a)	§ 81 I 3 InsO	7.113
b)	§ 144 II InsO	7.120
VI.	Wechselseitige Rückgewähransprüche	7.132
§ 8.	Einfluß der Erfüllungsablehnung auf den Erfüllungsanspruch der Masse	8.1
I.	Keine Freigabewirkung	8.1
II.	Hat die Masse Anspruch auf den einer etwaigen Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung?	8.10
1.	Der Fall RGZ 73, 58 ff.	8.10

2. Was kann als Gegenleistung gefordert werden, wenn dem Gläubiger die eigene Leistung infolge eines von ihm selbst zu vertretenden Umstandes teilweise unmöglich wurde?	8.15
3. Anwendung dieser Grundsätze im Insolvenzverfahren . . .	8.19
a) Verfahrenseröffnung nach Eintritt der Teilunmöglichkeit	8.19
b) Verfahrenseröffnung bei noch vorhandener Leistungsfähigkeit des Schuldners	8.22
aa) Der Standpunkt des RG	8.22
bb) Kritik und eigene Auffassung	8.25
cc) Die Rechtslage bei feststehender Unzulänglichkeit des »freien« Schuldnervermögens	8.30
4. Teil-Erfüllungsverlangen und Anwendbarkeit der §§ 55 I Nr. 2 Alt. 1, 103 II InsO	8.36
III. Ergebnis und Schlußfolgerungen	8.40

§ 9. Die Erfüllungsablehnung als Mittel zur Rückerlangung von Vorleistungen des Schuldners?	9.1
I. Die Ansicht des BGH und ihre historische Entwicklung . . .	9.1
II. Die Gesetzesmaterialien	9.6
III. Die Anspruchsgrundlagen im einzelnen	9.14
1. Methodische Vorbemerkung	9.14
2. Schuldrechtliche Anspruchsgrundlagen	9.16
a) <i>Condictio ob causam finitam</i> ?	9.16
b) <i>Condictio ob rem</i> , Wegfall der Geschäftsgrundlage? . .	9.18
c) Abrechnungsverhältnis nach § 326 BGB?	9.26
d) Abrechnungsverhältnis »wie« nach § 326 BGB?	9.31
e) Analogie zu § 323 III BGB?	9.33
aa) Die Ansicht von HENCKEL	9.33
bb) Kritik	9.36
f) Das »blinde Auge« des BGB-Leistungstörungsrechts .	9.42
g) Eigene Lösung	9.45
aa) Rekapitulation der Zwischenergebnisse	9.45
bb) Problemfälle	9.47
cc) Vorzüge der »bürgerlichrechtlichen« Lösung	9.52
dd) Doppelinsolvenz	9.57
3. Besonderheiten bei Insolvenz eines Vorbestandskäufers oder im Fall des § 44 KO?	9.58
4. Der dingliche Anspruch aus § 985 BGB	9.68
5. Das Anfechtungsrecht aus §§ 129 ff. InsO	9.83
IV. Abschließende Beurteilung <i>de lege lata</i>	9.85
V. Vorschlag <i>de lege ferenda</i>	9.95

§ 10. Erfüllungsablehnung und Vormerkung (§ 106 InsO)	10.1
I. Wirkungsweise des § 106 InsO	10.1
II. Konsequenzen für die Rückabwicklungsproblematik nach Erfüllungsablehnung	10.14
III. Anfechtung durch Insolvenzverwalter	10.18
§ 11. Insolvenz beider Vertragsparteien	11.1
I. Beide Insolvenzverwalter verlangen Erfüllung	11.2
II. Beide Insolvenzverwalter lehnen Erfüllung ab	11.3
III. Die Insolvenzverwalter treffen gegensätzliche Ent- scheidungen	11.8
IV. Vergleichsverfahren	11.21
§ 12. Insolvenzplan (früher: konkursbeendender Zwangsvergleich)	12.1
I. Grundzüge der gesetzlichen Regelung	12.1
II. Anwendung auf von § 103 erfaßte Verträge	12.4
1. Positive Wahlrechtsausübung des Verwalters	12.6
2. Negative Wahlrechtsausübung des Verwalters	12.7
a) Der Vertragspartner als Planbetroffener	12.7
b) Schutz des Synallagma	12.13
3. Unterlassene Wahlrechtsausübung des Verwalters	12.19
a) Lösung des Falles	12.19
b) Alternativen	12.25
§ 13. Das vergleichsrechtliche Gegenseitigkeitsprivileg	13.1
I. Grundzüge und praktische Bedeutung der vergleichs- rechtlichen Regelung	13.1
1. Grundzüge	13.1
2. Praktische Bedeutung nach 1998	13.7
II. Sinn und Zweck des § 36 I VerglO	13.9
1. Die Absicht des historischen Gesetzgebers	13.9
2. Kritik	13.33
III. Nichtigkeit des § 36 I VerglO	13.37
1. Unvereinbarkeit mit Art. 3 GG	13.37
2. Nichtigkeit	13.79
IV. Konsequenzen	13.88
1. Analogie zum konkursbeendenden Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan	13.88
2. Analoge Anwendung der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 279 Satz 1, 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO	13.89
3. Verträge über teilbare Leistungen	13.108
a) Verfestigung der Insolvenzgläubigerstellung (§ 36 II 1 VerglO / § 105 Satz 1 InsO)	13.108
b) Rücktritts- bzw. Rückforderungsausschluß (§ 36 II 2 VerglO / § 105 Satz 2 InsO)	13.115

4. Mangelhafte Leistungen (§ 36 III VerglO)	13.119
5. §§ 26 Satz 2 KO, 103 II 1 InsO statt § 52 I 1 VerglO	13.126
6. De lege ferenda	13.140
§ 14. Das Vertragsrecht des Eröffnungsverfahrens	
I. Ein Fall aus der Praxis	14.1
II. Lösungsansätze	14.5
1. Masseschuld begründung im Eröffnungsverfahren	14.5
2. Die inkongruente Willenserklärung des vorläufigen Insolvenzverwalters	14.10
3. Die kongruenten Erklärungen des vorläufigen Insolvenz- verwalters	14.13
a) Die Entscheidung des LG Lübeck	14.13
b) Stellungnahme	14.17
aa) Kritik der Ausführungen zu § 115 InsO	14.17
bb) Kritik der sonstigen Entscheidungsgründe	14.21
III. Wechselwirkungen zwischen § 55 II InsO und §§ 103, 55 I Nr. 2 InsO?	14.26
1. Vergleich der einschlägigen Normenkomplexe	14.28
a) Masseschuld begründung durch Neuabschluß (§ 55 I Nr. 1, II 1 InsO)	14.28
b) Masseschuld begründung durch Bezugnahme auf einen bereits vorhandenen Vertrag (§§ 103, 55 I Nr. 2, II 2 InsO)	14.30
2. Voraussetzungen der Masseschuld begründung durch Gegenleistungsinanspruchnahme (§ 55 II 2 InsO)	14.35
a) Dauerschuldverhältnis	14.35
b) Inanspruchnahme	14.47
aa) Das voluntative Element	14.49
bb) Das Erfolgselement	14.51
c) Exkurs: rechtsgrundloser Erwerb	14.68
3. Masseschuld begründung durch Erfüllungszusage	14.72
a) Wirkungsweise der Erfüllungszusage	14.72
b) Einfluß auf das Insolvenzverwalterwahlrecht (§ 103 InsO)	14.79
4. Rechtsgrundverstärkende Leistungsbewirkung	14.84
a) Nachwirkungen der Masseschuld-Begründungskom- petenz	14.84
b) Anfechtungsrechtliche Aspekte	14.87
5. Rechtsgrundverstärkende Mitwirkung an Erfüllungs- geschäften des Schuldners	14.95
a) Verfügungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter	14.95
b) Zustimmungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter	14.96
6. Wahlrecht und Erklärungsobliegenheit des vorläufigen Insolvenzverwalters analog § 103 II InsO?	14.105

7. Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie wie bei § 103 InsO?	14.111
8. Vorwirkungen des Anfechtungsrechts analog §§ 129 ff. InsO?	14.115
9. Rückgewähr- bzw. Teilvergütungsanspruch der vorläufigen Insolvenzmasse »aus Erfüllungsablehnung analog § 103 InsO«?	14.118
IV. Wer hat Masseschuld-Begründungskompetenz?	14.122
§ 15. Materialien und Verzeichnisse	15.1
I. Wortlaut der thematisch einschlägigen Bestimmungen der preußischen Konkursordnung vom 8. 5. 1855	15.1
II. Wortlaut der thematisch einschlägigen Bestimmungen der oesterreichischen Concursordnung vom 25. 12. 1868	15.4
III. Verzeichnis des ausgewerteten Schrifttums	15.7
IV. Stichwortverzeichnis	15.8

§ 1. Gegenstand und Plan der Arbeit

I. Problemskizze und normative Vorgaben

Es gibt wohl kaum ein Insolvenzverfahren, in dem nicht der Verwalter gegenseitige Verträge – meist Kaufverträge – vorfindet, die bisher weder vom Schuldner noch vom anderen Teil vollständig erfüllt worden sind. Für den Insolvenzverwalter stellt sich dann die Frage, ob er die Forderung, die der Schuldner gegen den Vertragspartner hat, Zug um Zug (§§ 320, 322 BGB) gegen Erbringung der vollständigen (§§ 103 I, 55 I Nr. 2 InsO) Gegenleistung realisieren oder ob er von seinem Recht Gebrauch machen soll, die Erfüllung abzulehnen und den Vertragspartner auf die Quote zu verweisen (§§ 38, 103 II 1 InsO). Der Insolvenzverwalter wird sich bei seiner Entscheidung davon leiten lassen, welche der beiden Möglichkeiten für die Masse, die er gem. §§ 80 I, 159 InsO zu verwalten und zu verwerten hat, günstiger ist. Um diese Vorfrage beantworten zu können, muß er wissen, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn er sich dafür entscheidet, den Vertragspartner auf die Quote zu verweisen. Zu dieser Entscheidungsmöglichkeit, die man üblicherweise als »Nichterfüllung« oder »Erfüllungsablehnung« bezeichnet¹, äußerte sich die (für vor dem 1. 1. 1999 beantragte Konkursverfahren noch immer maßgebliche²) KO nur in § 26:

»¹Wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergebenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. ²Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgeordnete Befriedigung zusteht.« **1.2**

Diese Vorschrift ließ mehr Fragen offen, als sie beantwortete: Weder § 26 Satz 2 **1.3** KO noch dessen Nachfolgebestimmung in § 103 II 1 InsO

»Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so kann der andere Teil eine Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.«

geben Auskunft darüber, wie der enttäuschte Vertragspartner seine »Forderung wegen der Nichterfüllung« berechnen darf³, auf welchem Rechtsgrund sie beruht⁴, in welchem Verhältnis sie zu dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch steht (insbesondere ob sie dessen weitere Verfolgung ausschließt)⁵ und ob der Gegenanspruch der Masse, den der Insolvenzverwalter nach seiner Erfüllungsablehnung

1 Dazu u. Rn. 3.1 ff. (besonders 3.48 ff.), 5.1 ff.

2 Vgl. Art. 103 EGIInsO und u. Rn. 1.11.

3 Dazu u. Rn. 5.31 ff.

4 Dazu u. Rn. 3.1 ff., 5.14 ff.

5 Dazu u. Rn. 3.1 ff., 5.14 ff.

nicht mehr durchsetzen kann (arg. § 17 II 2 KO / § 103 II 3 InsO), von dem Vertragspartner – oder an dessen Stelle von einem Dritten – noch freiwillig erfüllt werden kann⁶. Ebenso wenig äußern sich § 26 KO und die an seine Stelle getretenen Bestimmungen der InsO (§§ 103 II 1, 105 Satz 2) zu der Frage, ob der Insolvenzverwalter im Falle der »Nichterfüllung« berechtigt ist, vom Vertragspartner eine evtl. schon erbrachte Teilleistung des Schuldners zurückzufordern⁷.

1.4 Für die Praxis der *Konkursverwaltung* stellte die Behandlung dieser Fragen während mehrerer Jahrzehnte kein besonderes Problem dar: Man hatte sich damit abgefunden, daß es zur Auslegung der §§ 17, 26 KO eine – jedenfalls in den Grundzügen – geradezu überwältigende h. M. gab. Diese h. M. verband mit der Erklärung des Konkursverwalters, daß er die Nichterfüllung des Vertrages wähle, zwingend das Erlöschen der beiderseitigen Erfüllungsansprüche⁸. Sie nahm an, daß sich der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners infolge der Ablehnungserklärung des Verwalters endgültig, trotz § 164 I KO (§ 201 I InsO) auch über den Konkurs hinaus, in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verwandele⁹. Dieser *Schadensersatzanspruch* sei gemeint, wenn § 26 Satz 2 KO (§ 103 II 1 InsO) von einer »Forderung wegen der Nichterfüllung« spreche¹⁰. Der Gläubiger könne seinen Schaden gegen den Willen des Konkursverwalters, dem er die dem Schuldner versprochene Leistung nicht aufdrängen dürfe¹¹, nicht nach der Surrogations-, sondern nur nach der Differenzmethode geltend machen¹². Der Konkursverwalter erwerbe durch seine Erfüllungsablehnung das Recht, etwaige Teilleistungen des Schuldners zurückzufordern, soweit sie den Betrag des dem Vertragspartner erwachsenen Schadens übersteigen¹³. Ein entsprechendes Rückforderungsrecht des *Vertragspartners* scheitere i. d. R. an § 26 Satz 1 KO¹⁴ (der mit einer letztlich wohl unbeabsichtigten Verengung als § 105 Satz 2 InsO weiterlebt¹⁵).

1.5 Obwohl § 17 KO – anders als der spätere § 103 II 1 InsO – die *Erfüllungsablehnung* des Verwalters mit keiner Silbe erwähnt, glaubte man also, in dieser Vorschrift eine gesetzliche Grundlage dafür gefunden zu haben, daß der Konkursver-

6 Die Frage, ob die beiderseitigen Primärforderungen noch erfüllbar sind, kann praktisch werden, wenn von der Erfüllung ein rechtlicher Vorteil des Leistenden abhängt, also z. B. im Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Vorbehaltsverkäufers (Vgl. u. Rn. 4.2, 9.81), im Insolvenzverfahren eines Vorbehaltskäufers, wenn dieser schon vor Eintritt der seinen Eigentumserwerb aufschiebenden Bedingung weiterverfügt hatte (vgl. Rn. 4.107 Fn. 272, Rn. 7.59 ff.), oder bei Mithaftung eines Bürgen oder eines sonstigen Dritten (vgl. Rn. 2.88, 5.51, 5.61, 8.7, 8.2 Fn. 7). Vgl. des weiteren Rn. 5.54, 9.21 (Gläubigerverzug).

7 Dazu u. Rn. 9.1 ff.

8 Nachweise u. Rn. 3.2 Fn. 3.

9 Nachweise bei Rn. 5.2.

10 Dazu u. Rn. 5.14 ff.

11 RGZ 64, 334, 338; SERICK Bd. I § 13 III 3; MENTZEL/KUHN KO⁸ § 17 Rn. 36; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 37; differenzierend HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 430 ff.

12 JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 42 (S. 285/286); vgl. auch u. Rn. 5.40 ff., 5.50 ff.

13 Nachweise u. bei Rn. 3.2.

14 JAEGER/LENT KO⁸ § 26 Rn. 3.

15 Vgl. u. Rn. 7.21 ff.

walter durch Erklärung der »Erfüllungsablehnung« rechtsgestaltend in das Vertragsverhältnis eingreifen könne und dürfe (dieselbe Gestaltungswirkung schreibt man seit dem Jahre 1988 bereits der Konkureröffnung als solcher zu¹⁶). Auf der Grundlage dieser h. M. erging am 29. 10. 1976 ein vielbeachtetes Urteil des BGH¹⁷, in welchem dieser die Auffassung vertrat, daß bei einem Vertrag, der den (später in Konkurs gefallenen) Verkäufer eines Grundstücks neben der Über-eignung noch zu weiteren Leistungen – im konkreten Fall zur Errichtung eines Eigenheims – verpflichtete, eine getrennte Behandlung der verschiedenen Ver-pflichtungen im Rahmen des § 17 KO nicht möglich sei und der Konkursverwalter deshalb die Erfüllung des gesamten Vertrages (also auch der Übereignungspflicht) ablehnen könne, ohne daran durch die für den Anspruch auf Übertragung des Eigentums eingetragene Vormerkung (vgl. § 24 Satz 1 KO) gehindert zu sein. Diese Entscheidung fand ein äußerst lebhaftes Echo nicht nur in der juristischen Literatur, sondern auch in der allgemeinen Presse-, Rundfunk- und Fernsehbe-richterstattung¹⁸. Sie traf auf fast einhelligen Widerspruch¹⁹ und rief – nach einem Vorstoß der Bundes-Notarkammer²⁰ – eine geradezu hektische Reaktion des Ge-setzgebers hervor²¹, der die Konkursfestigkeit der Vormerkung durch Schaffung der neuen §§ 24 Satz 2 KO, 50 IV 2 VerglO (jetzt: § 106 I 2 InsO) wiederherstellen wollte. Ob ihm dies gelungen oder ob vielmehr die in einem renommierten Kom-mentar zur Konkursordnung²² getroffene Feststellung richtig ist, daß § 24 Satz 2 KO (§ 106 I 2 InsO) »letztlich nichts über die Bestandskraft der Vormerkung im

16 Die Initialzündung dieser neuen Theorie erfolgte in der Entscheidung des BGH vom 11. 2. 1988. Vgl. BGHZ 103, 250, 252, 254 = EWiR § 17 KO 2/1988, 285 f. mit abl. Kommentar MAROTZKE; ausführlich u. Rn. 3.42 ff., 4.17 ff., 4.59 ff., 4.77 ff.

17 BGH WM 1976, 1360 ff. = BB 1976, 1629 f. = MittBayNot 1976, 214 f. = DNotZ 1977, 234 f. (je mit ausführlichem Tatbestand) = NJW 1977, 146 f. = JZ 1977, 61 = Rpfleger 1977, 17 f. = Betrieb 1977, 161 f. = KTS 1977, 116.

18 Unter der Überschrift »Die Bombe aus Karlsruhe« wurde die Entscheidung von H. OTTE in der Deutschen Zeitung vom 4.3. 1977 (S. 16) behandelt. Vgl. ferner R. GERHARDT in der FAZ vom 9.4. 1977 (Nr. 83) S. 12. Auf einen Artikel im Handelsblatt bezog sich der Abgeordnete KLEINERT in der 15. Sitzung des 8. Deutschen Bundestages am 2.3. 1977 (Plenarprotokoll 8/15, Bd. 100 der stenographischen Berichte, S. 726).

19 Aus der juristischen Fachliteratur vgl. ERTL Rpfleger 1977, 81, 89 f.; HÄSEMAYER NJW 1977, 737 ff.; JAKOBS Betrieb 1977, 757 ff.; LICHTENBERGER NJW 1977, 519 ff.; MA-ROTZKE JZ 1977, 552 ff.; RAPP MittBayNot 1977, 1 ff.; SCHMIDT BB 1977, 164 ff.; WEIT-NAUER DNotZ 1977, 225 ff. **Dem BGH zustimmend jedoch** BASSENGE JR 1977, 203 ff.; GÖTTE NJW 1977, 524 ff.; FEHL BB 1977, 524, 526.

20 Vgl. deren in DNotZ 1977, 193 f. auszugsweise veröffentlichtes Schreiben an den Bundes-minister der Justiz.

21 Vgl. dazu die Mitteilungen der DNotZ a. a. O.; R. GERHARDT a. a. O. (o. Fn. 18); JAKOBS Betrieb 1977, 757; KISSEL NJW 1977, 1760, 1762 f.; Verhandlungen des Deutschen Bun-destages, 8. Wahlperiode, Plenarprotokoll 8/15 (= Stenographische Berichte Bd. 100 S. 723–726) und Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drucksache 8/359 S. 1 f., 9–11, 12 f. ad I, III, 14); Stenographische Protokolle des BT-Rechtsausschus-ses 1977 Nr. 5 S. 15 ff., Nr. 7 S. 39 ff.

22 MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 24 Rn. 7 (S. 254); ebenso DIECKMANN, Festschr. f. von Caemmerer S. 95, 118; nicht aber auch die 10. und die 11. Aufl. des »KUHN/UHLEN-BRUCK«.

Konkurs« aussage, mag vorläufig dahingestellt bleiben²³. Jedenfalls hat die Entscheidung des BGH Folgewirkungen gezeigt, die – weit über den entschiedenen Fall hinausreichend – die grundsätzliche Bedeutung des § 17 KO (§ 103 InsO) und insbesondere des dem Konkursverwalter zustehenden Ablehnungsrechts betreffen. Denn mittelbar gab diese Entscheidung der – damals kaum bekannten – Auslegung Auftrieb, nach der die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters nicht automatisch die beiderseitigen Erfüllungsansprüche (und damit zugleich die den einen von ihnen sichernde Vormerkung²⁴) vernichtet²⁵, sondern nur der Klarstellung dient, daß es bei den von den speziellen Voraussetzungen des § 17 KO (§ 103 InsO) völlig unabhängigen Folgen verbleibt, welche die Konkursöffnung für die Verbindlichkeiten des Schuldners nun einmal nach sich zieht. Da zu diesen Folgen nicht nur der in § 3 I KO (jetzt: §§ 1 Satz 1, 38 InsO) ausgesprochene Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger (also deren Verweisung auf die Konkursquote), sondern auch die hiervon in § 24 Satz 1 KO (§ 106 I 2 InsO) gemachte Ausnahme zugunsten vormerkungsbewahrter Ansprüche gehört, wäre die so heftig kritisierte Entscheidung des BGH auf der Grundlage *dieser* Auslegung des § 17 KO (§ 103 InsO) überhaupt nicht denkbar gewesen. Deshalb hatte ich die erwähnte BGH-Entscheidung zum Anlaß genommen, diejenige Auslegung des § 17 KO, die in dieser Vorschrift nur das Recht zur (vollständigen) Erfüllung, nicht hingegen auch ein Recht zur vertragsumgestaltenden »Nichterfüllung« verankert sieht, in einem 1977 veröffentlichten Aufsatz anhand der Gesetzesmaterialien zu begründen und gegenüber der damals ganz herrschenden Gegenansicht zu verteidigen²⁶. Wenig später machte MUSIELAK in seinem Beitrag über »Die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters« einen Vorstoß in dieselbe Richtung²⁷. Schließlich unternahm dann HENCKEL den bemerkenswerten Schritt, in der 9. Auflage des Kommentars zur KO, dessen Begründer JAEGER einer der einflußreichsten Streiter *für* die Anerkennung einer rechtsumgestaltenden Wirkung der Erfüllungsablehnung war²⁸, eben diese Gestaltungswirkung zu verneinen und die Erfüllungsablehnung als »die bloße Mitteilung« zu qualifizieren, »daß es bei den normalen konkursrechtlichen Folgen²⁹ verbleibe und der

23 Näheres u. Rn. 10.3 ff.

24 Denn die Vormerkung ist streng akzessorisch; vgl. STAUDINGER/GURSKY, 1996, BGB¹³ § 883 Rn. 16 ff.

25 So aber die damals herrschende Meinung; Vgl. u. Rn. 3.2 ff., 10.1 ff.

26 MAROTZKE JZ 1977, 552 ff. Damals wurde diese Ansicht bereits vertreten von HUBER BB 1964, 731, 734 (bei Fn. 32, 33), 735 (ad V); PAGENSTECHE/GRIMM, Der Konkurs S. 51/52 (in diesem Sinne schon im Jahre 1927–und damals noch viel ausführlicher – GRIMM, Begründete Vermögensansprüche S. 71 ff.); wohl auch PLETZSCH S. 60, 73 (Fn. 2), 116 (vgl. aber auch seine S. 111/112, 114). Weitere, noch erheblich ältere Nachweise zu dieser Ansicht u. Rn. 3.10 Fn. 30.

27 MUSIELAK AcP 179 (1979) 189 ff.

28 Vgl. JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 30, 40, 43 ff. (ähnlich sämtliche Voraufagen); die 8. Aufl. im gleichen Sinne fortgeführt von LENT: § 17 Rn. 30, 40 ff.

29 Gemeint war die Folge des § 3 I KO (jetzt § 38 InsO), »daß der Vertragspartner mit seiner schuldrechtlichen Forderung Konkursgläubiger ist« (so JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 115).

Konkursverwalter nicht beabsichtige, diese durch sein Erfüllungsverlangen dahin abzuändern, daß der Vertrag trotz des Konkurses voll abgewickelt werden solle³⁰.

Spätestens seit dieser sehr ausführlich begründeten (wenn auch nicht ganz konsequent durchgehaltenen³¹) Richtungsänderung des JAEGERschen Kommentars hatte die Auseinandersetzung um die »richtige« Auslegung des § 17 KO, an der sich die Gerichte und die einschlägigen Kommentare während eines halben Jahrhunderts nur in der Weise beteiligt hatten, daß sie ein Eingehen auf die Argumente der eine Gestaltungswirkung verneinenden Ansicht vermieden³², eine neue Aktualität und nicht zuletzt auch Qualität erlangt. Andererseits war aber auch eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstanden, welche sich nicht nur in den zahlreichen Veröffentlichungen widerspiegelte, die seitdem das Schrifttum bereichert haben, sondern auch in einer am 11. 2. 1988 beginnenden Serie von Entscheidungen des BGH, in welcher alle Gestaltungswirkungen, die man bisher der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters zugeschrieben hatte, bereits auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung vorverlegt werden³³.

Weitere Veränderungen ergaben sich, als am 1. 1. 1999 die InsO in Kraft trat, deren §§ 103 ff. zwar mit den §§ 17 ff. KO im Grundsatz übereinstimmen, jedoch in mancherlei Hinsicht eigene Akzente setzen³⁴. Es bedarf deshalb auch mit Blick

30 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 149 ff. Im wesentlichen zustimmend RIMMELSPACHER Rn. 515, 520, 525 (1. Aufl.) bzw. Rn. 515, 520, 523 (2. Aufl.); STÜRNER ZZP 94 (1981) 263, 299; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 36; LUTHER S. 54; vgl. auch BAUR/STÜRNER, Sachenrecht¹⁶ § 59 III 1 a bb; F. MÜLLER S. 7 Fn. 26 und – weniger deutlich – BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 1, 9 (anders die noch von BÖHLE-STAMMSCHRÄDER selbst bearbeitete 12. Aufl.; ausweichend die von K. SCHMIDT bearbeitete 17. Aufl. = KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetz, 1997, KO § 17 Rn. 1, 4 c, 9).

31 Vgl. z. B. u. Rn. 9.33 ff., 12.8 ff. Eine weitere Inkonsequenz liegt darin, daß HENCKEL einerseits sagte, die Erfüllungsablehnung belasse es nur »bei der normalen konkursrechtlichen Folge, daß der Vertragspartner mit seiner schuldrechtlichen Forderung Konkursgläubiger ist« (§ 17 Rn. 115), und daß er andererseits wie selbstverständlich von der Richtigkeit der in allen früheren Auflagen des JAEGERschen Kommentars vertretenen Ansicht ausging, daß das Recht zur Erfüllungsablehnung seinen Rechtsgrund in § 17 KO finde und somit nur in Fällen bestehe, auf die § 17 KO anwendbar sei (Vgl. z. B. § 17 Rn. 44, 52, 64, 78, 165, 213, § 20 Rn. 13, § 24 Rn. 32, 34; etwas vorsichtiger schon RIMMELSPACHER, 1. und 2. Aufl., jeweils Rn. 515: das »sog. Wahlrecht« des Verwalters beruhe »nicht schlechthin« auf § 17 KO). Inkonsequent ist dies, weil die »normale konkursrechtliche Folge«, daß jemand Konkursgläubiger (Insolvenzgläubiger) ist, sicher nicht davon abhängt, daß sein Anspruch aus einem Vertrag i. S. des § 17 KO / § 103 InsO herrührt (arg. § 3 I KO / § 38 InsO). Wer diese Inkonsequenz vermeiden will (so später auch HENCKEL in ZZP 99 [1986] 419, 428, 434), muß allerdings einen Weg einschlagen, der auf den ersten Blick sehr radikal erscheint (Vgl. u. Rn. 4.1 ff.).

32 Als letzter Kommentator hatte sich im Jahre 1931 JAEGER (KO⁶⁷ § 17 Rn. 40, 43) argumentativ mit dieser Auffassung auseinandergesetzt.

33 Erstes Glied dieser Kette ist BGHZ 103, 250, 252, 254 (dazu MAROTZKE EWiR § 17 KO 2/1988, 285 f.); das vorläufig letzte Glied bildet BGH NJW 2001, 367, 368 (ad II 2 a) = ZIP 2000, 2207, 2209 (m. Anm. SCHMITZ). Stellungnahme hierzu u. Rn. 3.42 ff., 4.17 ff., 4.59 ff., 4.77 ff.

34 Z. B. in §§ 55 I Nr. 2 (»soweit«), 55 II, 103 II 1 (erwähnt anders als § 17 KO auch die Erfüllungsablehnung), 104 II, 105 Satz 1, 107 ff., 279 f., 312 III, 313 I, II InsO.

auf das neue Recht einer umfassenden Untersuchung und Darstellung des Einflusses, den das Insolvenzverfahren auf vor Verfahrenseröffnung geschlossene gegenseitige Verträge des Schuldners ausübt. Der Autor befindet sich in der glücklichen Lage, wesentliche Teile dieser Darstellung bereits im Rahmen der ihm übertragenen Bearbeitung der §§ 103 ff. InsO für den »Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung« (im folgenden: HK-InsO) vorgelegt zu haben, der Anfang 2001 in zweiter Auflage erschienen ist. Wer eine Antwort auf Spezialfragen oder weiterführende Hinweise sucht, wird dort oder in einem anderen der inzwischen zur Verfügung stehenden InsO-Kommentare³⁵ fündig werden. Jedoch kann die Kommentarliteratur die vielen komplizierten, oft auch rechtshistorischen Argumentationszusammenhänge, deren Kenntnis für das Verständnis des neuen Insolvenzrechts genauso unverzichtbar ist wie für die Auslegung des bisherigen, in aller Regel nur andeuten. Sie kann eine weiter ausholende, monographische Darstellung nicht ersetzen, sondern nur ergänzen und von störenden Details entlasten. Dies hat mich bewogen, auf der Basis des neuen Insolvenzrechts eine aktualisierte und Satz für Satz neu durchdachte zweite und nunmehr sogar dritte Auflage meiner 1985 erschienenen Habilitationsschrift vorzulegen, die damals noch den Titel »Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich« trug. Da die Konkurs- und die Vergleichsordnung am 1. 1. 1999 außer Kraft getreten und durch eine einheitliche Insolvenzordnung ersetzt worden sind, mußten Inhalt und Titel des Buches geändert werden in »Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht«. Erstmals in der dritten Auflage wird nun auch das Vertragsrecht des *Eröffnungsverfahrens* detailliert dargestellt (s. u. § 14).

- 1.8** Wie die noch auf dem Konkurs- und dem Vergleichsrecht beruhende erste widmet sich auch die hiermit vorgelegte dritte Auflage des Buches nicht nur den – nach wie vor wichtigen – Grundsatzfragen, ob die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters (oder sogar schon die Verfahrenseröffnung selbst³⁶) rechtsgestaltend wirkt und ob das vielzitierte Ablehnungsrecht des Insolvenzverwalters seine Grundlage in § 17 / § 103 oder in anderen Vorschriften der KO / InsO findet, sondern in gleichem Maße auch den von diesen (Vor-)Fragen abhängigen Konsequenzen, die selbst von denen, die eine vertragsumgestaltende Wirkung der Verfahrenseröffnung oder der Erfüllungsablehnung – mit Recht – verneinen, nicht immer einheitlich beurteilt werden. Ausgangspunkt der Untersuchung kann ohnehin nicht *die* Entscheidungsalternative des Insolvenzverwalters sein, die als *Erfüllungsablehnung* lediglich auf der *Tatbestandsseite* des § 103 II 1 InsO erscheint und die in § 17 KO überhaupt noch nicht erwähnt war, sondern nur *die* Entscheidungsalternative, die in § 103 I InsO (und zuvor schon in § 17 I KO) als *Rechtsfolge* des Vorliegens eines beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertra-

35 Z. B. Frankfurter Kommentar zur InsO (im folgenden: FK-InsO), 2. Aufl. 1999; HESS, InsO, 1. Aufl. 1999; BREUTIGAM/BLERSCH/GOETSCH (im folgenden: B/B/G), Insolvenzrecht (Loseblatt-Kommentar); KÜBLER/PRÜTTING (Hrsg.; im folgenden: K/P), Kommentar zur InsO (Loseblatt); NERLICH/RÖMERMANN (Hrsg.; im folgenden: N/R), InsO (Loseblatt-Kommentar); SMID (Hrsg.), Insolvenzordnung, 1. Aufl. 1998.

36 Vgl. Rn. 1.5, 1.6 bei Fn. 16, 33.

ges besonders hervorgehoben ist: *das Recht des Insolvenzverwalters, solche Verträge anstelle des Schuldners zu erfüllen und dafür den Vertragspartner auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen*. Nur wenn über Inhalt, Sinn und Zweck dieses Rechts Klarheit besteht, kann man sinnvoll darüber diskutieren, welche (ungeschriebenen) Rechtsfolgen § 103 InsO dem Insolvenzverwalter vielleicht sonst noch bescheren will. Es wird sich zeigen, daß sich schon hinsichtlich des *Erfüllungsrechts* Vorstellungen als herrschend durchgesetzt haben (und zwar zum Teil erst nach der ersten Auflage dieses Buches³⁷), die mit dem Willen des historischen Gesetzgebers nichts mehr gemein haben, sondern ihn fast ins Gegenteil verkehren³⁸.

Zur Klarstellung sei hinzugefügt, daß als »historischer Gesetzgeber« i. S. dieser Bemerkung noch immer die Schöpfer der *Konkursordnung* in Betracht kommen. Die Verfasser der Insolvenzordnung haben bewußt darauf verzichtet, den Meinungsstreit um die richtige Interpretation des § 17 KO abschließend zu entscheiden³⁹. Man beschränkte sich auf einige wenige (aber keineswegs unwichtige) Spezialvorschriften für besonders gelagerte Fälle und auf Randkorrekturen⁴⁰, die im folgenden als solche kenntlich gemacht sind. Im Prinzip jedoch lautet der Befund⁴¹: »Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters bei gegenseitigen Verträgen wird inhaltlich unverändert aus dem geltenden Konkursrecht übernommen (§ 17 KO; vgl. auch § 9 Abs. 1 GesO).« Daß man mit dieser Anlehnung an das *Konkursrecht* die von diesem abweichenden Pfade des *Vergleichsrechts* weitgehend verlassen hat, steht auf einem anderen Blatt⁴². 1.9

II. Übergangsrecht

Soweit nichts anderes bestimmt ist (vgl. etwa Art. 110 III EGInsO hinsichtlich des mit »Finanztermingeschäfte« überschriebenen Art. 105 EGInsO⁴³ und Art. 6 des Beschäftigungsförderungsgesetzes⁴⁴ hinsichtlich der §§ 113, 120, 121, 122, 125, 126, 127, 128 InsO⁴⁵), traten die InsO und das EGInsO, dessen Art. 2 u. a. die 1.10

37 Vgl. o. Rn. 1.6 (Schlußsatz und Fn. 33).

38 Vgl. u. Rn. 2.6 ff.

39 Vgl. den Bericht über eine mit Vertretern des Bundesministeriums der Justiz geführten Diskussion in: Leopold (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Umbruch* (Würzburger Arbeitstagung der Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer zum Referentenentwurf einer Insolvenzordnung) 1991, S. 283. Teilnehmer der Tagung waren die aaO. S. 273 Fn. 1 f. Genannten.

40 Vgl. z. B. die in Fn. 34 zitierten Vorschriften.

41 Vgl. Begründung des RegEInsO in BT-Drucks. 12/2443 S. 145 (zu § 117 des Entwurfs).

42 Näheres bei Rn. 3.25 ff., 12.12, 12.30 ff., 13.37 ff.

43 Dieser Vorläufer von § 104 II, III InsO trat bereits am Tage nach der am 18. 10. 1994 erfolgten (BGBl. I, 2911) Verkündung der EGInsO in Kraft.

44 Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz) vom 25. 9. 1996, BGBl. I, 1476. Vgl. auch ZIP 1996, 1722.

45 Das Beschäftigungsförderungsgesetz trat aufgrund seines Art. 13 am 1. 10. 1996 in Kraft. Der hier einschlägige Art. 6 hat folgenden Wortlaut: »Die §§ 113 und 120 bis 122 sowie 125 bis

Aufhebung von VerglO, KO und GesO beinhaltet, am 1. 1. 1999 in Kraft (Art. 110 I EGIInsO). In einem Insolvenzverfahren, das nach dem 31. 12. 1998 beantragt wird, gelten InsO und EGIInsO auch für solche Rechtsverhältnisse⁴⁶ und Rechte, die vor dem 1. 1. 1999 begründet worden sind (Art. 104 EGIInsO).

- 1.11** Jedoch sind auf Konkurs-, Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsverfahren, die vor dem 1. 1. 1999 beantragt wurden, und auch auf die *Wirkungen* solcher Verfahren weiter die bisherigen gesetzlichen Vorschriften anzuwenden (Art. 103 Satz 1 EGIInsO). Gleiches gilt für Anschlußkonkursverfahren, bei denen der dem Verfahren vorausgehende Vergleichsantrag vor dem 1. 1. 1999 gestellt wurde (Art. 103 Satz 2 EGIInsO). Es gibt also noch immer Konkurs-, Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsverfahren, die nach altem Insolvenzrecht abzuwickeln sind, und vor allem noch immer sehr viele »Wirkungen« solcher Verfahren, die sich ebenfalls nach altem Recht richten. Das alte Recht wird noch für viele Jahre praxisrelevant bleiben und deshalb auch weiterhin der wissenschaftlichen Begleitung und aktualisierenden Darstellung bedürfen. Soweit es zum Verständnis des neuen Rechts erforderlich oder für Altfälle weiterhin praktisch relevant ist, geht die folgende Darstellung deshalb auch auf die Rechtslage ein, die sich bei Zugrundelegung der KO und der VerglO ergibt⁴⁷.
- 1.12** Verzichtet wurde allerdings auf eine komplette Fortschreibung des mit »Gesetzgebungsvorschlag« überschriebenen § 14 der ersten Auflage; die noch immer aktuellen Aspekte sind nunmehr bei Rn. 4.164, 5.17, 5.71, 7.19 ff., 7.29, 9.95 ff., 13.80 ff., 13.102 ff., 13.108 ff., 13.115 ff., 13.125, 13.126 ff. im jeweiligen Sachzusammenhang berücksichtigt.
- 1.13** Abgesehen wurde des weiteren von einer Einarbeitung der GesO, die für das Gebiet der sog. »neuen« Bundesländer erst nach der ersten Auflage dieses Buches geschaffen wurde und die hinsichtlich des Außerkrafttretens das Schicksal von KO und VerglO teilt⁴⁸. Wer sich über die GesO informieren möchte, kann auf eine reichhaltige einschlägige Kommentarliteratur⁴⁹ zugreifen.

128 der Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Juli 1996 (BGBl. I S. 1013) geändert worden ist, sind im Geltungsbereich der Konkursordnung bis zum Inkrafttreten der Insolvenzordnung mit der Maßgabe anzuwenden, daß jeweils das Wort »Insolvenzverwalter« durch das Wort »Konkursverwalter«, das Wort »Insolvenzgläubiger« durch das Wort »Konkursgläubiger«, das Wort »Insolvenzmasse« durch das Wort »Konkursmasse« und das Wort »Insolvenzverfahren« durch das Wort »Konkursverfahren« ersetzt wird.«

46 »Rechtsverhältnisse« sind auch die in §§ 17 ff. KO bzw. §§ 103 ff. InsO angesprochenen »Verträge«.

47 Vgl. z. B. Rn. 2.74 (Fn. 159 f.), 2.90 ff., 3.25 ff., 4.148 ff., 7.3 ff., 7.50 ff., 7.68 ff., 9.58 ff., 12.12, 12.30 ff., 13.7 ff.

48 Vgl. o. Rn. 1.10 f.

49 Zu nennen sind – jeweils als Kommentare zur GesO – HAARMEYER/WUTZKE/FÖRSTER, 4. Aufl. 1998; HESS/BINZ/WIENBERG, 4. Aufl. 1998; SMID (Hrsg.), 3. Aufl. 1996/97; vgl. auch GOTTWALD (Hrsg.), Nachtrag »GesamtvollstreckungsO« zum Insolvenzrechts-Handbuch, 1993; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze (KO, VglO, GesO), 1997, S. 819 ff.

§ 2. Das Recht des Insolvenzverwalters, gem. § 103 I InsO zu erfüllen und Erfüllung zu verlangen

I. Die gesetzliche Regelung

Der im Mittelpunkt dieser Arbeit stehende § 103 InsO bestimmt im ersten Absatz: **2.1**

»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.«

Soweit der Verwalter »vom anderen Teil« Erfüllung verlangt, muß er dessen Gegenforderung als Masseverbindlichkeit erfüllen; das bestimmt § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO im Anschluß an den allerdings das Wort »soweit« noch nicht enthaltenden § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO¹. Für den Fall, daß der Gegenstand der dann entstehenden Masseverbindlichkeit² einen Wert von mehr als 300 DM hatte, mußte der Verwalter nach bisherigem Recht vor Abgabe der Erklärung, daß er die Erfüllung des Vertrages verlange, die Genehmigung eines etwa bestellten Gläubigerausschusses einholen (§ 133 Nr. 2 KO) und dem Gemeinschuldner, »sofern derselbe ohne Aufschub zu erlangen« war, vor der Beschlußfassung des Gläubigerausschusses oder, falls ein solcher nicht bestellt war, vor Abgabe der auf Vertragserfüllung gerichteten Erklärung von seiner Absicht Mitteilung machen (§ 135 I KO). An die Stelle dieser viel zu kleinlichen Regelung (300 DM!) sind am 1. 1. 1999 die §§ 160 ff. InsO getreten. Ein Erfüllungsverlangen, das der Insolvenzverwalter unter Mißachtung dieser Vorschriften oder sogar unter Verstoß gegen einen gerichtlichen Untersagungsbeschluß³ ausspricht, ist aber nicht ohne weiteres unwirksam. Es ist sehr wohl geeignet, die Gegenverbindlichkeit des Schuldners in eine Masseverbindlichkeit zu verwandeln (§§ 55 I Nr. 2 Alt. 1, 164 InsO). **2.2**

Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ab, »so kann der andere Teil eine Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen« (§ 103 II 1 InsO). Fordert der andere Teil den Verwalter zur Ausübung seines Wahlrechts auf, so hat der Verwalter »unverzüglich« – im Fall des § 107 II 1 InsO unverzüglich nach dem Berichtstermin – zu erklären, »ob er die Erfüllung verlangen will« (§ 103 II 2 InsO). Unterläßt er dies, »so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen« (§ 103 II 3 InsO). Diese Regelungen der InsO entsprechen (sieht man von § 107 II InsO ab) im wesentlichen den bisherigen §§ 17 II, 26 Satz 2 KO. **2.3**

1 Zu den praktischen Konsequenzen dieses Unterschieds Vgl. u. Rn. 4.165 und HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 46.

2 Vgl. FITTING³ S. 48 Fn. 6.

3 Vgl. §§ 78, 161 InsO und zum bisherigen Recht KG OLGE 35, 259; JAEGER/LENT KO⁸ § 136 Rn. 3.

- 2.4** Für unzumutbare Wahlrechtsausübung haftet der Insolvenzverwalter den Gläubigern nach Maßgabe des § 60 InsO. Hierbei handelt es sich um eine Nachfolgebestimmung zu § 82 KO.
- 2.5** Eine Errungenschaft der Insolvenzrechtsreform ist § 61 InsO: Kann eine Masseverbindlichkeit, die durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden ist, aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden, so ist der Verwalter persönlich dem Massegläubiger zum Schadensersatz verpflichtet; es sei denn, für den Verwalter war bei Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennbar, daß die Masse voraussichtlich zur Erfüllung nicht ausreichen würde. § 61 InsO ist entsprechend anzuwenden auf den Fall, daß der Insolvenzverwalter die Erfüllung eines dem § 103 InsO unterliegenden Vertrages verlangt und dadurch eine Masseverbindlichkeit erzeugt (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO)⁴. Verlangt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages erst nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit, so erwirbt der Vertragspartner die bevorrechtigte Stellung eines Neumassegläubigers (§ 209 II Nr. 1 InsO).

II. Sinn und Zweck der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO

1. Vorbemerkung

- 2.6** Schon kurz nach Inkrafttreten der KO war umstritten, wessen Interessen die Rechtsfolge des § 171 KO, daß »der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen« kann, zu dienen bestimmt ist. Dieser Streit ist bis heute nicht verstummt und wird auf den mit § 171 KO in allen wesentlichen Punkten wortgleichen § 103 I InsO überspringen. Während die einen sagen, § 171 KO (§ 103 I InsO) wolle in erster Linie und möglichst lange den Vertragspartner des Schuldners schützen⁵, meinen andere, daß diese Vorschrift allein⁶ oder zumindest in gleichem Maße⁷ das

⁴ So auch die Begründung des RegEInsO in BT-Drucks. 12/2443 S. 129 f.: »Der Begründung einer neuen Verbindlichkeit durch den Verwalter steht es gleich, wenn der Verwalter die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages wählt (§ 117 Abs. 1 des Entwurfs) oder von der möglichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses absieht. Er hat auch in diesen Fällen unter den Voraussetzungen des § 72 (jetzt § 61 InsO) persönlich dafür einzustehen, daß die Masseverbindlichkeiten, deren Entstehung er hätte vermeiden können, erfüllt werden.«

⁵ BGHZ 58, 246, 249; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 9; BLEY/MOHRBUTTER VergIO⁴ § 36 Rn. 1; vgl. auch BGHZ 68, 379, 383; 96, 392, 396 (dazu MAROTZKE EWIR § 17 KO 2/1986, 385 f.); BROX JuS 1984, 657, 668; Manfred WOLF ZZP 83 (1970) 230, 232 f.

⁶ HUBER BB 1964, 731, 733 f. ad II; wohl auch BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 1 (anders die noch von BÖHLE-STAMMSCHRÄDER bearbeitete 12. Aufl.).

⁷ So in etwa BGH NJW 1983, 1619 (dazu u. Rn. 9.94 mit Fn. 272); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 5–9; HESS InsO¹ § 103 Rn. 8; BORK, Festschrift f. Zeuner, 1994, S. 297, 309; STRACKE S. 117/118. Vgl. auch BGHZ 135, 25, 27 = LM GesO Nr. 24 = JZ 1998, 154 = ZIP 1997, 688, 689 ad II 1 (dazu Rn. 4.149 a. E.): »Diese Neuorientierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung findet ihre Rechtfertigung in einer gegenüber der bisherigen Praxis konsequenteren Anwendung der § 171 KO zugrundeliegenden Gedanken des Masseschutzes und der Gleichbehandlung der Konkursgläubiger.« Den neuen Ansatz des BGH bestätigend

Interesse der Insolvenzmasse wahren solle. Da die Auslegung eines Gesetzes wesentlich von dem Zweck beeinflusst wird, den man ihm zuschreibt, darf der Frage nach Sinn und Zweck des § 171 KO bzw. § 103 I InsO nicht ausgewichen werden.

Als gedanklicher Ausgangspunkt bietet sich eine Rückbesinnung auf die dem Insolvenzverwalter durch §§ 80 I, 148 ff., 159 InsO auferlegte Verpflichtung an, die Insolvenzmasse zu verwalten und zu verwerten. Zur Insolvenzmasse (§ 35 InsO) gehören auch Erfüllungsansprüche, die dem insolventen Schuldner aus von ihm geschlossenen gegenseitigen Verträgen z. Z. der Verfahrenseröffnung zustehen. Diese Ansprüche unterliegen also dem Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters. Der Verwalter wird versuchen, die vom Vertragspartner noch geschuldete Leistung einzufordern. In dem von § 103 InsO nicht erfaßten Fall, daß der insolvente Schuldner die ihm obliegende Gegenleistung bereits vollständig erbracht hat und dem Vertragspartner auch sonst nichts schuldig ist, ergeben sich insoweit keine besonderen Probleme. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Schuldner dem Vertragspartner in *demselben* oder in einem damit in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden *anderen* Vertrag⁸ eine Leistung versprochen, diese aber noch nicht (vollständig) bewirkt hat und der Vertragspartner deshalb gegenüber dem Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) oder die Einrede⁹ des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) geltend macht oder gar versucht, sich seiner Leistungspflicht durch Rücktritt zu entziehen (Vgl. z. B. §§ 325 I, 326 BGB). Dann stellt sich die Frage, ob diese Verteidigungsmöglichkeiten auch dem Insolvenzverwalter entgegengesetzt werden können und wenn ja, ob der Verwalter berechtigt ist, sie dadurch auszuschalten, daß er die noch geschuldete Leistung vertragsgemäß erbringt. Sinn und Zweck der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO lassen sich am besten erschließen, indem man diese Fragen zunächst *unabhängig* von den genannten Vorschriften zu beantworten versucht.

2. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gegners

a) Insolvenzfestigkeit aufgrund §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO?

Gehört zur Insolvenzmasse eine auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruhende Forderung, verlangt der Insolvenzverwalter vom Vertragspartner Erfüllung und gäbe es in dieser Situation keine Sondervorschriften mit dem Inhalt der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, so würde sich der Vertragspartner nach einer weit verbreiteten Ansicht nicht auf die ihm an sich zustehende Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB berufen können, sondern den

und weiter vertiefend KREFT (inzwischen Vorsitzender des für das Insolvenzrecht zuständigen IX. Zivilsenats des BGH) in Festschr. f. Uhlenbruck, 2000, S. 387, 393 ff.

⁸ Vgl. das Beispiel u. Rn. 2.58 f. mit Fn. 119.

⁹ Zur Rechtsnatur des § 320 BGB als Einrede Vgl. u. Rn. 2.35 f., 5.36 ff.

Vertrag ungeachtet dessen, daß er seinerseits nur die Quote beanspruchen könnte, *vollständig* erfüllen müssen¹⁰.

- 2.9 Vor diesem Hintergrund wird den §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO unterstellt, eine derart unausgewogene Rechtslage dadurch vermeiden zu wollen, daß sie die Gegenforderung des vom Insolvenzverwalter auf Erfüllung in Anspruch Genommenen aus dem Rang einer Insolvenzforderung (§ 38 InsO) in den einer Masseverbindlichkeit erheben¹¹.
- 2.10 Dabei scheint die Vorstellung mitzuschwingen, daß der vom Insolvenzverwalter in Anspruch Genommene die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) nur deshalb auch gegenüber dem Verwalter geltend machen könne, weil der sie begründende Gegenanspruch nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer Masseverbind-

10 In diesem Sinne – jeweils noch zu §§ 171, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO – RGZ 140, 156, 162; OFFTERMATT S. 3/4, 125; MünchKomm-BGB/EMMERICH³ § 320 Rn. 5; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang Rn. 156; PLANDER JZ 1973, 45, 47 ad I 2 b; FEHL BB 1977, 524, 526 ad 4; KÖRBER S. 43; MAAS S. 9/10; MEDICUS¹⁸ Rn. 233; MEHRING S. 2; JAEGER KO⁶⁷ § 17 Anm. S. 43 (S. 334), 55 (gegen Ende); JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Einl. 3 und Rn. 11 (S. 261); HEILMANN S. 68 Rn. 205; H. LEHMANN, Festschr. f. R. Schmidt S. 346, 351; WIRTZ S. 7 f.; **wohl auch** RGZ 84, 228, 234 (unter Berufung auf die u. Rn. 2.16 f., 2.83, 3.6 auszugsweise wiedergegebenen Seiten 66, 67 der KO-Motive); ferner BGHZ 58, 246, 249; RÜHL ZZZP 56 (1931) 154, 168 und BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 36 Rn. 1 (die alle meinen, § 17 KO wolle in erster Linie und möglichst lange den Vertragspartner des Gemeinschuldners schützen; in diesem Sinne auch JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 9); BLEY Judicium 1932, 199, 202; BROX JuS 1984, 657, 668; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 6 und – deutlicher – Rn. 40, 54; HENCKEL ZZZP 99 (1986) 419, 421, 436; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER KO¹² § 17 Anm. 1; BAUR/STÜRNER, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Bd. II (Insolvenzrecht) 12. Aufl. 1990, Rn. 93; FISCHER S. 437; GLÜCK S. 7; JAUERNIG²⁰ § 48 II; SACHS S. 23; SCHAD S. 126; SERICK Bd. I S. 336/337; STRACKE S. 117/118, 121; UNGER S. 13 f., 26; Manfred WOLF ZZZP 83 (1970) 230, 232.

A. M. das OLG Hamburg OLGE 19, 206 und FITTING^{1/2} § 39 Fn. 8 (vgl. zu beiden noch Fn. 11); HUBER BB 1964, 731, 733 f.; KAATZ S. 4 f.; OETKER ZZZP 14 (1890) 1, 15–18; PETZSCH S. 47 ff.; von OLSHAUSEN DR 1975, 969, 974 (1. Sp. und Fn. 73); MARKMANN S. 12 ff., 17 (der aber zu Unrecht – Vgl. u. Rn. 3.48 ff., 5.1 ff. – annimmt, daß die Gegenverbindlichkeit des Gemeinschuldners als Masseschuld erfüllt werden müßte, wenn es § 17 KO nicht gäbe); MAROTZKE JZ 1977, 552, 554 Fn. 20 b; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 199 f.; MELLWIG S. 44 f.; LUTHER S. 42 ff. (jedoch mit gewichtigen Ausnahmen auf S. 48, 67 f., 131); HESS InsO¹ § 103 Rn. 9; **wohl auch** BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. I (in Abweichung von der bis zur 12. Aufl. von BÖHLE-STAMMSCHRÄDER vertretenen Ansicht); SEUFFERT S. 189 i. V. m. seinen die Konkursfestigkeit des § 273 BGB betreffenden Ausführungen von S. 112.

Widersprüchlich MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 1 im ersten Absatz (wie h. M.) und Rn. 19 im ersten Absatz (gegen h. M.).

Offen gelassen wird die Frage bei WIESER NJW 1970, 913, 916 f.; vgl. auch JAUERNIG²¹ § 49 II; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 17 Anm. 1 a.

11 So z. B. BGHZ 106, 236, 244 und die in Fn. 10 genannten Vertreter der bei Rn. 2.8 beschriebenen Rechtsauffassung. Das OLG Hamburg (OLGE 19, 206) ist dieser üblichen Sinndeutung des § 171 KO / § 103 I InsO nur für den Fall gefolgt, daß dem Mitkontrahenten »nicht das Recht auf Zug-um-Zugleistung oder sogar Vorleistung des Gemeinschuldners zustand« (sachlich übereinstimmend FITTING^{1/2} S. 39 Fn. 8); vgl. dazu u. Rn. 2.22 ff. mit Fn. 37. Widersprüchlich MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK (Vgl. o. a. E. der Fn. 10).

lichkeit aufgewertet worden sei¹². Genährt wird diese Vorstellung durch die folgende Passage aus den Motiven des dem § 51 InsO entsprechenden § 49 (früher § 41) KO¹³. Dort ist ausgeführt:

»... mag es dahingestellt bleiben, ob im Allgemeinen das Retentionsrecht die *exceptio non impleti contractus* umfaßt und ob dasselbe an Forderungen und Rechten des Gegners ausgeübt werden kann. Die Frage, ob einem Gläubiger im Konkurse das Retentionsrecht verbleiben oder abgesprochen werden soll, hat allein zur Voraussetzung, daß der Anspruch des Inhabers – die Gegenforderung – sich als eine *Konkursforderung* darstellen würde Der Anspruch des Kontrahenten auf die Gegenleistung des Gemeinschuldners aus einem vor der Konkurseröffnung geschlossenen Verträge, dessen Erfüllung der Verwalter von jenem nach Maßgabe der §§ 15 ff. des Entwurfs¹⁴ verlangt, ist *keine* Konkursforderung, sondern ein Masseanspruch, und *deshalb* kann der Verkäufer die auf Grund des Kaufs vom Verwalter begehrte Sache, selbst nach französischem Recht¹⁵ unzweifelhaft so lange zurückhalten, bis der Verwalter die Kaufverbindlichkeiten des Gemeinschuldners erfüllt hat. – Für eine *Konkursforderung* hingegen darf der Inhaber das Retentionsrecht im Konkurse nicht ausüben.«

Der Gedanke, daß nur derjenige seine (primär gegen den insolventen Schuldner gerichtete) Zug-um-Zug-Einrede auch gegenüber dem Insolvenzverwalter erheben könne, der zuvor den Rang eines Massegläubigers erlangt habe, klingt auch in einer allgemein akzeptierten Entscheidung des RG¹⁶ an, nach der sich der vom Verwalter auf Erfüllung in Anspruch genommene Vertragspartner wegen einer konnexen Gegenforderung aus einem *anderen* Vertrag schon deshalb nicht auf die – mit § 320 BGB vergleichbare¹⁷ – Einrede des § 273 BGB berufen kann, weil § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO (damals noch § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO) nicht auch die Gegenforderung aus dem *anderen* Vertrag zu einer Masseverbindlichkeit verstärkt. **2.11**

b) Insolvenzfestigkeit unabhängig von §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO!

Einige Autoren¹⁸ haben der h. M., die den §§ 17 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) unterstellt, der Einrede des § 320 BGB Insolvenzschutz verleihen zu wollen, entgegengehalten, daß die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB auch *ohne* diese Vorschriften insolvenzfest wäre. Die dies leugnende h. M. sei **2.12**

12 Vgl. JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 34 (soweit zu RGZ 77, 439; 84, 234), 43 (S. 334), 55 (S. 345).

13 MOTIVE zur KO S. 212 f. = HAHN Bd. IV S. 205 (Hervorhebungen von mir). Dazu u. Rn. 2.51 ff.

14 Es handelt sich um Vorläufer der späteren §§ 17 ff. KO / §§ 103 ff. InsO.

15 An dieser Stelle verweisen die MOTIVE auf: »Pardessus No. 1287, Rénouard II. p. 371–375, Französisches Fallimentsgesetz art. 577, 578.«

16 RGZ 77, 436, 439 f. Zustimmend JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 34; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 34; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 136; HENCKEL ZJP 99 (1986) 419, 421 ff., 428 f.; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 23 c; vgl. ferner u. Rn. 2.47 Fn. 86.

17 Vgl. u. Rn. 2.30 ff.

18 MARKMANN S. 12 ff., 17 f.; HUBER BB 1964, 731, 733 f.; KAATZ S. 5; PLETZSCH S. 47 ff.; von OLSHAUSEN MDR 1975, 969, 974 (I. Sp. und Fn. 73); ders. in Festschr. f. Gaul, 1997, 497, 513 Fn. 81; MAROTZKE JZ 1977, 552, 554 Fn. 20 b; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 199 f.; LUTHER S. 42 ff.; HESS¹ InsO § 103 Rn. 9.

weder mit den Gesetzesmaterialien¹⁹ noch mit dem allgemein anerkannten²⁰ Grundsatz zu vereinbaren, daß Einreden, die einem Anspruch des insolventen Schuldners entgegenstehen, i. d. R. auch dann wirksam erhoben werden können, wenn der betreffende Anspruch nunmehr durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht wird.

- 2.13** Wendet man diesen Grundsatz auf die Einrede des § 320 BGB an, so ist der Vertragspartner des Schuldners auf den Schutz des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nur dann angewiesen, wenn er hinsichtlich der vom Insolvenzverwalter begehrten Erfüllung vorleistungspflichtig ist. Denn eine Zug-um-Zug-Leistung, auf die er sich andernfalls beschränken darf (§§ 320, 322 BGB), bedeutet *auch gegenüber einem Insolvenzverwalter des Gläubigers* »vertragsmäßige Leistung gegen vertragsmäßige Leistung«, nicht »vertragsmäßige Leistung gegen *Insolvenzquote*«²¹. Das folgt aber nicht – wie die h. M. anscheinend annimmt²² – daraus, daß der vom Insolvenzverwalter auf Erfüllung in Anspruch genommene Vertragspartner mit seinem Gegenanspruch wegen § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO überhaupt nicht auf die Quote beschränkt ist (denn solch eine Beschränkung würde nur die *Haftung der Masse*, nicht auch die *persönliche Schuld des Schuldners* betreffen²³), sondern daraus, daß § 35 InsO zur Insolvenzmasse nur solche Vermögenswerte rechnet, die dem insolventen Schuldner wirklich gehören, und daß folglich eine Einrede, die einem Anspruch des insolventen Schuldners entgegensteht, ihre Wirksamkeit nicht dadurch verlieren kann, daß der betreffende Anspruch nunmehr aufgrund gesetzlicher Ermächtigung (§ 6 II KO / § 80 I InsO) vom Insolvenzverwalter erhoben wird.
- 2.14** Dies alles gilt grundsätzlich auch für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages²⁴. Sieht man einmal ab von dem erst bei Rn. 2.74 behandelten Sonderfall, daß eine an den insolventen Schuldner verkaufte, aber noch nicht übergebene Sache bereits in dessen Eigentum übergegangen ist, so kann man die hier beschriebene Behandlung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur als »selbstverständlich« bezeichnen. Dies tat übrigens auch schon die Begründung des KO-Entwurfs von 1875, indem sie ausführte²⁵:

19 Vgl. sogleich Rn. 2.14 ff.

20 Vgl. KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 6 Rn. 42, 45; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 6 Rn. 147 (wo eine grundsätzliche »Bindung des Verwalters an die Rechtsstellung des Gemeinschuldners« anerkannt wird), § 17 Rn. 140; von THUR Bd. I S. 303; OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 362, 364 f. = ZIP 1987, 44, 47; BGHZ 96, 392, 397 (letzterer in bezug auf Verrechnungsmöglichkeiten des Anspruchsgegners); BGH JZ 1995, 569, 570 f.

21 Vgl. HUBER BB 1964, 731, 733; MARKMANN S. 14; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 199; OETKER ZZP 14 (1890) 1, 17/18; PLETZSCH S. 48 f., 77.

22 Vgl. o. Rn. 2.8 ff.

23 Arg. §§ 12, 14, 164 I KO bzw. §§ 87 ff., 201 f. InsO; vgl. auch PLETZSCH S. 77.

24 So auch HUBER, KAATZ, MUSIELAK, PLETZSCH und von OLSHAUSEN (je a. a. O.), die ersten beiden Auflagen von FITTING S. 39 Fn. 8 und OLG Hamburg OLGE 19, 206; vgl. ferner MARKMANN S. 12 ff., 17; OETKER a. a. O. (mit Formulierungen, die zumindest mißverständlich sind).

25 MOTIVE zur KO S. 69 (zu § 15 = späterer § 17 KO = heutiger § 103 InsO) = HAHN Bd. IV S. 88.

»Verlangt der Verwalter die Erfüllung, so muß er natürlich seinerseits die von dem Gemeinschuldner noch rückständige Leistung *vollständig* vornehmen. In dieses, nach allen Rechtssystemen begründete Recht des Mitkontrahenten, die von ihm geforderte Erfüllung seiner Leistungen abzulehnen, wenn ihm nicht die Gegenleistung gewährt wird, soll *selbstverständlich nicht eingegriffen*²⁶ werden. *Der Verwalter hat die Leistung gleich dem Gemeinschuldner zu bewirken.* Danach richtet es sich, ob Leistung und Gegenleistung *Zug um Zug*, oder ob und welche von ihnen *vorgängig* erfolgen muß. Konnte der Mitkontrahent von dem Gemeinschuldner Kautionspflicht für die Erfüllung verlangen, so muß der Verwalter die *Sicherheit* leisten. Dies gilt auch von einer gesetzlichen Kautionspflicht²⁷ des Gemeinschuldners (Vgl. z. B. code civil 1613)«²⁸.

Diese Passage aus der Begründung zu § 17 KO zeigt, daß der Gesetzgeber die Insolvenzfestigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages wohl auch *ohne* die §§ 17 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) bejaht hätte und daß es ihm bei der Schaffung der genannten Vorschriften weniger darum ging, diesen Schutz des Vertragspartners besonders hervorzuheben, als vielmehr darum, den Insolvenzverwalter für berechtigt zu erklären, dieser – ganz »selbstverständlich« insolvenzfesten – Einrede des Vertragspartners durch vollständige (also nicht bloß quotenmäßige) Erbringung der noch offenen Gegenleistung die Grundlage zu entziehen. **2.15**

Nur scheinbar widerspricht dieser Deutung eine Äußerung auf S. 66 der MOTIVE zur KO²⁹: **2.16**

»Der Mitkontrahent kann die Leistung seiner Verbindlichkeit nicht unter dem Vorgeben verweigern, daß ihm eine Gegenleistung zustände. Denn soweit die letztere noch rückständig ist, muß der Verwalter ihm für dieselbe gerecht werden.«

Diese beiden Sätze, die zunächst den Eindruck erwecken, als sei der Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB gegenüber dem Insolvenzverwalter des Gegners trotz (!) § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO die Wirksamkeit versagt, betreffen in Wirklichkeit aber gar nicht diese spezielle Einrede³⁰, sondern die ganz andere, grundsätzlichere Frage, »ob die Eröffnung des Konkursverfahrens selbst ein Grund zur *Aufhebung* des Vertrages zu Gunsten des Mitkontrahenten abgeben soll«³¹. Diese Frage beantworteten die MOTIVE unmittelbar im Anschluß an die o. zitierte Passage der S. 66 wie folgt: **2.17**

»Die Ausführung der Gegenleistung durch (den *Konkursverwalter*) giebt dem Mitkontrahenten im Allgemeinen keinen Grund, vom Verträge zurückzutreten. ... Es würde von Seiten des Mitkontrahenten offenbar eine Chikane sein, wenn er eine Leistung des Verwalters zurückwei-

26 Dieses Recht wird also als konkursfest *vorausgesetzt*.

27 Vgl. heute z. B. § 321 BGB und dazu u. Rn. 2.24 f. Fn. 43 f. und Rn. 4.85 f.

28 Sämtliche Hervorhebungen von mir. Fortsetzung des Zitats folgt u. bei Rn. 2.23.

29 Hier zitiert nach HAHN Bd. IV S. 86.

30 Zu ihr vgl. die bei Rn. 2.14 wiedergegebene Passage aus S. 69 der MOTIVE sowie das bereits bei Rn. 2.10 wiedergegebene Zitat aus S. 212 f. der MOTIVE zur KO.

31 MOTIVE S. 66 = HAHN Bd. IV S. 86. Hervorhebungen von mir.

sen wollte, die ihm ganz dasselbe gewährt, was er durch die Leistung des Gemeinschuldners haben würde«

- 2.18** Und ebenfalls auf S. 66 stellen die MOTIVE klar, daß das Konkursverfahren ein schon bei seiner Eröffnung begründetes Recht des Vertragspartners, wegen Verzuges des Schuldners vom Vertrag zurückzutreten³², *nicht* berühre (ab 1. 1. 1999 wird man freilich zu ergänzen haben: soweit sich aus Sinn und Zweck der §§ 107 II, 112 InsO nichts anderes ergibt)³³.
- 2.19** Dies zeigt, daß die MOTIVE auch hier von der Konkursfestigkeit aller Rechte ausgehen, die dem Vertragspartner aufgrund der Tatsache zustehen, daß die ihm gebührende Gegenleistung noch nicht bewirkt ist. Durch Schaffung der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) wollte der Gesetzgeber die Konkursfestigkeit solcher Rechte also nicht erst *herbeiführen*, sondern nur auf die *ohnehin schon bestehende* Rechtslage reagieren, daß dem Insolvenzverwalter die Einziehung von Forderungen, die auf einem auch seitens des insolventen Schuldners noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruhen, i. d. R. nur möglich sein wird, wenn er die Gegenforderung des Vertragspartners nicht mit der Quote abspeist, sondern vertragsgemäß und vollständig erfüllt. Das *Recht* des Insolvenzverwalters, dies zu tun und dafür auch selbst Erfüllung zu verlangen, konnte aus der Sicht des historischen Gesetzgebers zweifelhaft erscheinen. Dies zeigt ein bemerkenswerter Hinweis in den MOTIVEN zur KO. Dort heißt es in den Vorbemerkungen³⁴:
- 2.20** »Nach Lage mancher Prozeßgesetze wird angenommen, daß im Wege der Zwangsvollstreckung die Anweisung oder Ueberweisung einer Forderung des Schuldners aus einem zweiseitigen Verträge gar nicht mit rechtlicher Wirkung erfolgen könne, sofern nicht der Vertrag von Seiten des Exequenden bereits vollständig erfüllt sei³⁵ – und der Entwurf der Civilprozeßordnung (§ 690)³⁶ hält es wenigstens für nöthig, für den Fall, daß die Einziehung einer überwiesenen Forderung von einer Gegenleistung abhängig sei, eine andere Art der Verwerthung zuzulassen.«
- Zweck des § 17 KO (jetzt § 103 InsO) sei es, die diesen *einzelzwangsvollstreckungsrechtlichen* Fragen entsprechenden Probleme des Konkursrechts (also der *Gesamtvollstreckung*) zu lösen.
- 2.21** Die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO lösen die erwähnten Probleme in der Weise, daß sie den Insolvenzverwalter ermächtigen, den bereits bei Verfahrenseröffnung begründet gewesenen, deshalb eigentlich (§ 38 InsO) als Insolvenzforderung zu qua-

32 Man denke z. B. an § 326 BGB.

33 Vgl. auch u. Rn. 7.11 f. und speziell zu § 107 II InsO sowie zur Analogiefähigkeit des § 112 InsO meine Ausführungen in JZ 1995, 803, 813, in HK-InsO² § 107 Rn. 29 ff., § 112 Rn. 16 ff. und u. Rn. 7.58 Fn. 136 m.w.N.

34 MOTIVE S. 63 = HAHN Bd. IV S. 83.

35 In einer Fußnote verweisen die MOTIVE hier auf die Erkenntnisse des Preußischen Obertribunals vom 26. 6. 1837 (Präjudiz-Buch S. 345 Nr. 319; vgl. auch Striethorsts Archiv Bd. 7 S. 321 und 319 mit Fn.) und vom 11. 11. 1852 (Striethorsts Archiv Bd. 7 S. 318 ff.) sowie auf § 17 des Preußischen Gesetzes vom 20. 3. 1854.

36 Jetzt: § 884 ZPO.

lizierenden und als solche den in §§ 45, 87 ff., 174 ff., 187 ff. InsO genannten Beschränkungen unterliegenden Anspruch des Vertragspartners mit Mitteln der Masse vollständig zu erfüllen, um so der dem eigenen Erfüllungsbegehren entgegenstehenden Einrede des nicht erfüllten Vertrages Rechnung tragen zu können.

Dies führt dann allerdings zu der Frage, weshalb § 103 InsO die Ermächtigung des 2.22
Verwalters, den Vertrag vollständig zu erfüllen, nicht auf Fälle beschränkt, in denen dem Gegner wirklich eine Zug-um-Zug-Einrede zusteht. Muß § 103 InsO (§ 17 KO) nach der soeben ermittelten ratio legis nicht unanwendbar sein, wenn der Vertragspartner *vorleistungspflichtig* ist und, was trotz § 321 des (erst nach der KO geschaffenen) BGB vorkommen kann³⁷, nicht einmal das Recht hat, die geschuldete Vorleistung bis zur Erbringung einer die Gegenleistung deckenden Sicherheit zu verweigern? Die MOTIVE zu § 17 (damals § 15) KO verneinen dies eher beiläufig im Zusammenhang mit der Vorfrage, »ob der Mitkontrahent allgemein, auch wenn der Gemeinschuldner nicht kautionspflichtig³⁸ ist, gegen das Recht des Verwalters auf Erfüllung dadurch geschützt werden soll, daß ihm das Gesetz das Recht auf Sicherheitsleistung beilegte«³⁹:

»Es mag sein, daß mitunter die Konkursmasse nicht zureicht, um alle Masseschulden zu bezahlen, daß insofern also der Mitkontrahent nicht unbedingt gesichert erscheinen möchte. 2.23
(Diese Situation wird übrigens seit Inkrafttreten des § 61 InsO seltener vorkommen als unter der Herrschaft der KO⁴⁰.) Im Allgemeinen aber wird die Lage desselben in dem vorausgesetzten Falle, daß der Verwalter die Erfüllung verlangt, durch die Konkurseröffnung eine günstigere, als sie vorher war. Der Mitkontrahent steht nicht mehr dem zahlungsunfähigen Gemeinschuld-

37 Selbst wenn es § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nicht gäbe (zu dessen den § 321 BGB beschränkender Funktion vgl. u. Rn. 4.85), würde § 321 BGB jedenfalls demjenigen nicht zu einer Zug-um-Zug-Einrede verhelfen, der seine Vorleistungspflicht zu einem Zeitpunkt übernommen hat, in dem die Vermögensverhältnisse der anderen Vertragspartei bereits konkursreif waren (vgl. STAUDINGER/OTTO, 200I, BGB¹⁴ § 321 Rn. 10; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 23 d; **einschränkend** JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 138; völlig **a. M.** RG Recht 1905 Nr. 269; differenzierend demnächst wohl das **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz**, dessen Entwurf bei § 321 BGB das Kriterium der Erkennbarkeit einführen will). Das folgt aus dem Erfordernis der *nachträglichen* Vermögensverschlechterung, die entgegen der vom RG (a. a. O.) vertretenen Auffassung nicht schon darin gesehen werden kann, daß die Konkurseröffnung den insolventen Schuldner hindert, »selbst durch Verfügung über sein Vermögen die Lage desselben (zu) verbessern«. In der Sache übereinstimmend wohl OLG Hamburg OLGE 19, 206: »Während sonst nach Konkursrecht . . . der andere Teil, *soweit ihm nicht das Recht auf Zug-um-Zugleistung* oder sogar Vorleistung des Gemeinschuldners zustand (was das OLG also trotz § 321 BGB nicht für selbstverständlich hielt! Anm. und Hervorhebungen von mir), zur Konkursmasse erfüllen müßte und für seine Gegenforderung nur konkursmäßige Befriedigung verlangen könnte, ist der Billigkeit entsprechend in § 17 vorgeschrieben, daß der Verwalter nur dann von ihm Erfüllung verlangen könne, wenn er die Konkursmasse zur vollen, noch ausstehenden Gegenleistung verpflichtet . . .«

38 Das Wort »kautionsfähig« bei HAHN Bd. IV S. 88 ist ein Druckfehler; vgl. Verhandlungen des Deutschen Reichstages, 2. Legislaturperiode, II. Session 1874/75 Aktenstück zu Nr. 200.

39 MOTIVE S. 69 = HAHN Bd. IV S. 88 (direkt im Anschluß an die o. bei Rn. 2.14 wiedergegebene Passage, aber natürlich ohne den in Klammern gesetzten Hinweis nach dem ersten Satz des nun folgenden Zitats).

40 Zur persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters nach § 61 InsO vgl. schon o. Rn. 2.5.

ner gegenüber und hat nicht mehr die Konkurrenz aller anderen Gläubiger zu befürchten, er erhebt jetzt seinen Anspruch gegen den Verwalter und als Masseanspruch. Eine allgemeine Pflicht zur Sicherheitsleistung würde das Recht des Verwalters auf Erfüllung geradezu verteilen; und in besonderen Fällen dieses Recht von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, würde der Willkür Vorschub leisten und in der praktischen Durchführung auf unlösliche Schwierigkeiten stoßen.«

2.24 Diese Begründung für die Ablehnung einer *allgemeinen* – d. h. allein schon im Hinblick auf den Verfahrensakt der Konkurseröffnung begründeten – Kautionspflicht des die Vertragserfüllung begehrenden Konkursverwalters macht deutlich, aus welchem Grunde die §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) den Insolvenzverwalter zur vollständigen Erfüllung auch solcher gegenseitiger Verträge ermächtigen, die den anderen Teil zur Vorleistung verpflichten: weil der Gegenanspruch des vorleistungspflichtigen Vertragspartners ohne die Aufwertung, die er infolge des Erfüllungsverlangens des Verwalters gem. §§ 59 I Nr. 2 Alt. 1, 57 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1, 53 InsO) erfährt, derart gefährdet wäre, daß der Gesetzgeber kaum umhin gekommen wäre, dem vorleistungspflichtigen Vertragspartner das Recht, dem Insolvenzverwalter die geforderte Vorleistung bis zur Erbringung einer die Gegenleistung deckenden Sicherheit zu verweigern, selbst dann zu gewähren, wenn der zu erfüllende Vertrag derartiges nicht vorsieht. Insofern dient also das Recht des Insolvenzverwalters, die Gegenforderung auch eines *vorleistungspflichtigen* Vertragspartners in den Rang einer Masseverbindlichkeit zu erheben (§§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO), ebenfalls der Abwendung einer die Forderungseinziehung durch den Insolvenzverwalter hindernden Einrede. Eine »kleine« Besonderheit besteht allerdings darin, daß es diese Einrede dort, wo sie nicht besonders vereinbart wurde⁴¹, eigentlich gar nicht gibt, weil der Gesetzgeber im Hinblick auf die dem Vertragspartner durch § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) gewährte anderweitige Sicherung (die seit dem 1. 1. 1999 sogar noch durch § 61 InsO verstärkt wird⁴²), bewußt davon abgesehen hat, sie als zwingendes oder wenigstens dispositives Recht einzuführen⁴³.

2.25 *Allein wegen des schwebenden Insolvenzverfahrens* darf der Vertragspartner die Erfüllung einer etwaigen Vorleistungspflicht also nicht von einer Sicherheitsleistung des Verwalters abhängig machen. Nur soweit dem Vertragspartner das Recht, seine Leistung zu verweigern, bis ihm für die Gegenleistung Sicherheit geleistet wird, *unabhängig* von der Verfahrenseröffnung zusteht, kann er diese Einrede auch gegenüber dem Insolvenzverwalter des Gegners durchsetzen (verwehrt ist ihm das allerdings u. U. in bezug auf die Einrede aus § 321

41 Was übrigens u. U. mit § 119 InsO kollidieren würde!

42 Vgl. o. Rn. 2.5.

43 § 321 des (erst nach der KO geschaffenen) BGB gewährt der vorleistungspflichtigen Vertragspartei das Recht, die eigene Leistung zu verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt »oder Sicherheit für sie geleistet wird«, nicht allein schon wegen des (tatbestandlich gar nicht vorausgesetzten) Insolvenzverfahrens des Gegners (s. o. Fn. 37). Im Gegenteil: Das Insolvenzverfahren und der in ihm wirkende Mechanismus des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO können dazu führen, daß der Vertragspartner des insolventen Schuldners die evtl. bereits vorher erworbene Einrede des § 321 BGB ex nunc wieder verliert (vgl. Fn. 44).

BGB)⁴⁴. Der Insolvenzverwalter kann den Anspruch gegen den Vertragspartner dann also nur Zug um Zug gegen Erbringung der Sicherheit durchsetzen. Das Recht des Verwalters, diese Sicherheit trotz der §§ 38, 45, 87 ff., 174 ff., 187 ff. InsO vollständig zu erbringen, ist ein Minus zu dem Recht, die zu sichernde *Leistung* zu bewirken, und folgt deshalb wie dieses »zumindest auch« aus § 103 I InsO⁴⁵.

c) Insolvenzfestigkeit des § 320 BGB trotz unterstellter Hinfälligkeit des § 273 BGB?

aa) Bedeutung der Frage

Die oben angestellten Überlegungen zu Sinn und Zweck der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO gingen von dem Grundsatz aus, daß der Insolvenzverwalter den Vertragspartner des insolventen Schuldners nur unter denselben Voraussetzungen in Anspruch nehmen kann, unter denen dies der insolvente Schuldner selbst tun könnte, wenn ein Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden wäre. Hieraus folgte bereits völlig unabhängig von den §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, daß der Vertragspartner an den Insolvenzverwalter i. d. R. nur Zug um Zug gegen Bewirkung der vollen vertragsmäßigen Gegenleistung zu leisten braucht. Daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) insolvenzfest ist, wurde also *nicht als Rechtsfolge der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO* angesehen, sondern *als »selbstverständlich«*⁴⁶ vorausgesetzt. In Übereinstimmung mit der bei Rn. 2.14 ff. auszugsweise wiedergegebenen Begründung des KO-Entwurfs wurde das heute in § 103 I InsO verbrieftete Recht des Insolvenzverwalters, den beidseitig noch nicht voll erfüllten gegenseitigen Vertrag anstelle des insolventen Schuldners (vollständig) zu erfüllen, als ein Mittel der Masseverwertung interpretiert: Es soll den Insolvenzverwalter durch Befreiung von dem grundsätzlich bestehenden Verbot⁴⁷, den Vertragspartner hinsichtlich seiner Gegenforderung besser zu behandeln als andere Insolvenzgläubiger, in die Lage versetzen, die in dem eigenen Anspruch der Masse liegende Erwerbchance unter Respektierung der dem Vertragspartner zustehenden Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu realisieren.

44 Vgl. den bei Rn. 2.23 wörtlich wiedergegebenen Teil der Begründung zu den §§ 17 ff. KO sowie HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 28 a. E. (zu BGH LM KO § 54 Nr. 9 = NJW 1994, 1659 f. = ZIP 1994, 714 f.; vgl. auch MÜNCH EWiR § 54 KO 1/1994, 591 f.; OLG Hamm NJW-RR 1997, 1242 f). Eine Ausnahme vom Fortbestehensgrundsatz macht man bei der Einrede des § 321 BGB, falls der Verwalter die Gegenleistung wegen § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO aus der Masse *vollständig* erbringen muß und das auch kann (vgl. u. Rn. 4.85 sowie ergänzend o. Fn. 37).

45 Zu der Frage, ob dieses Recht auch ohne § 103 InsO anzuerkennen wäre, Vgl. u. Rn. 2.79.

46 Vgl. auch die MOTIVE zur KO, auszugsweise zitiert bei Rn. 2.14.

47 Zu der Frage, ob es zur Befreiung von diesem Verbot überhaupt des § 103 InsO bedarf, vgl. u. Rn. 2.79.

- 2.27** Wer dies als Sinn und Zweck des § 17 I KO bzw. § 103 I InsO ansieht⁴⁸, muß sich mit einem gewichtigen Einwand auseinandersetzen: Wie kann man an der These, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) auch ohne die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO insolvenzfest wäre, festhalten, wo doch andererseits nahezu unbestritten ist⁴⁹, daß das mit ihr eng verwandte allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB gegenüber einem Insolvenzverwalter des Einredegegners i. d. R. versagt?
- 2.28** HUBER, PLETZSCH, MUSIELAK und HENCKEL haben diesen Einwand mit dem Argument zu entkräften versucht, daß zwischen § 273 BGB einerseits und § 320 BGB andererseits so gravierende Unterschiede bestünden, daß die Hinfalligkeit der ersten Einrede der Annahme, daß die zweite auch *ohne* §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO insolvenzfest wäre, nicht widerspreche⁵⁰. Wie sogleich⁵¹ zu zeigen sein wird, kann dieser Differenzierungsversuch aber nicht als gelungen bezeichnet werden. Deshalb soll anschließend⁵² der Frage nachgegangen werden, ob denn überhaupt die Prämisse zutrifft, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB im Insolvenzverfahren des Gegners stets versagt. Sollte die Prämisse falsch sein, steht der Annahme, daß die verwandte Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB ihre Insolvenzfestigkeit nicht erst den §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO verdankt⁵³, nichts mehr entgegen.
- 2.29** Allerdings drängt sich dann sogleich die weitere Frage auf, ob nicht der Insolvenzverwalter durch das aus den §§ 38, 45, 87 ff., 174 ff., 187 ff. InsO folgende grundsätzliche⁵⁴ Verbot, bereits bei Verfahrenseröffnung begründet gewesene Verbindlichkeiten des Schuldners *voll* zu erfüllen, an der Einziehung von Ansprüchen des insolventen Schuldners gehindert ist, wenn der Gegner sie wegen § 273 BGB nur Zug um Zug gegen *vollständige* Befriedigung einer ihm zustehenden konnexen Gegenforderung zu erfüllen braucht und diese konnexe Gegenforderung »Insolvenzforderung« i. S. d. § 38 InsO ist. Insoweit wird sich ergeben, daß der Insolvenzverwalter von dem Gebot, alle Insolvenzgläubiger mit der Quote abzuspeisen, ausnahmsweise suspendiert ist, wenn nur bei *vollständiger* Befriedigung eines bestimmten Insolvenzgläubigers eine gegen diesen gerichtete höherwertige For-

48 So HUBER BB 1964, 731, 733 f.; PLETZSCH S. 47 ff., 54 ff.; von OLSHAUSEN MDR 1975, 969, 974 (1. Sp. und Fn. 73); MAROTZKE JZ 1977, 552, 553/554; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 199 f., 212 f.; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 1; **andere** die o. Rn. 2.8 ff. dargestellte h. M.; vgl. auch MARKMANN S. 18 (nach dessen Auffassung nicht das Erfüllungs-, sondern das Ablehnungsrecht des Verwalters aus § 17 KO folgen soll; vgl. auch o. Rn. 2.8 Fn. 10 unter »A. M.«).

49 Nachweise u. Rn. 2.46 f.

50 HUBER BB 1964, 731, 733; PLETZSCH S. 50 f.; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 199 f.; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 423 f.; vgl. auch LUTHER S. 45; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 7.

51 Rn. 2.30 ff.

52 Rn. 2.46 ff.

53 So daß diese Vorschriften etwas anderes bezwecken müssen, als § 320 BGB überhaupt erst insolvenzfest zu machen.

54 Zu den immanenten Schranken dieses Verbots vgl. u. Rn. 2.79.

derung der Masse realisiert werden kann. Damit stellt sich die Frage einer *analogen* Anwendbarkeit der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO⁵⁵.

bb) Insolvenzspezifische Unterschiede zwischen § 320 und § 273 BGB?

HUBER, PLETZSCH, MUSIELAK und HENCKEL⁵⁶ gehören zu den Autoren, welche die Ansicht, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) auch ohne die §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO insolvenzfest wäre⁵⁷, für vereinbar halten mit der heute ganz herrschenden Auffassung, die dem allgemeinen Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB die Wirkung im Insolvenzverfahren des Gegners versagt. **2.30**

Auch die MOTIVE zum BGB deuten in einem Nebensatz an, daß die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB im Konkurs des Gegners möglicherweise anders wirken könnte als das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB⁵⁸. Eine Konkretisierung dieses Gedankens erfolgt dort aber nicht, und in den späteren Beratungen des BGB blieb die insolvenzrechtliche Behandlung des § 273 BGB bis zum Schluß kontrovers – und ungeklärt⁵⁹. **2.31**

Gegen die Vereinbarkeit der beiden Annahmen, daß das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB gegenüber einem Insolvenzverwalter des Gegners i. d. R. versage, während die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) auch dann insolvenzfest wäre, wenn es die §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nicht gäbe, spricht der Umstand, daß beide Einreden außerhalb eines Insolvenzverfahrens sehr ähnlich wirken: Durch Erhebung der einen wie der anderen Einrede kann die rücksichtslose, mit Treu und Glauben und dem wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang unvereinbare einseitige Anspruchsdurchsetzung blockiert werden. Sowohl im Fall des § 273 als auch in dem des § 320 BGB hat die Erhebung der entsprechenden Einrede zur Folge, daß der Einredoberechtigte nur zur Zug-um-Zug-Leistung verurteilt werden darf (§§ 274 I, 322 I BGB). Und für die Zwangsvollstreckung aus einer Zug-um-Zug-Verurteilung finden die §§ 274 II BGB, 756, 765, 894 I 2 ZPO unabhängig davon Anwendung, ob die Zug-um-Zug-Einrede aufgrund des § 273 oder des § 320 BGB erhoben wurde (vgl. auch § 322 III BGB). **2.32**

55 Vgl. u. Rn. 4.133 ff.

56 Vgl. o. Rn. 2.28 Fn. 50.

57 Vgl. o. Rn. 2.12 ff.

58 Vgl. MOTIVE zum BGB Bd. II S. 42/43: »Dieses Recht (gemeint ist die Einrede des § 320 BGB) ist, wenn man es auch als Zurückbehaltungsrecht im weiteren Sinne bezeichnen kann, doch von dem in §§ 233 ff. (jetzt §§ 273 ff. BGB) geordneten Rechte verschieden. Praktisch zeigt sich dies vor Allem, abgesehen von der Wirkung im Konkurs (KonkO § 15 [später § 17; jetzt InsO § 103]) darin, daß das hier behandelte Retentionsrecht, da es nur zum Zwecke der Sicherung des Gegenanspruchs besteht, durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann (§ 234 Satz 2; jetzt § 273 II BGB), während das aus der Einrede des nicht erfüllten Vertrages fließende ähnliche Recht ein unbeschränktes ist.«

59 Vgl. u. Rn. 2.66 mit Fn. 140 f.

- 2.33** Angesichts dieser engen und in fast allen Kommentaren zum BGB betonten⁶⁰ Verwandtschaft zwischen § 273 und § 320 BGB fällt es schwer zu glauben, daß es mit dieser Ähnlichkeit vorbei sein soll, sobald über das Vermögen des Einredegegners ein Insolvenzverfahren eröffnet ist.
- 2.34** Allein der Umstand, daß die Einrede des § 320 BGB nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann (weil § 320 I 3 BGB den § 273 III BGB für unanwendbar erklärt), rechtfertigt eine bereits im Grundsatz unterschiedliche insolvenzrechtliche Behandlung nicht.
- 2.35** HUBER⁶¹ meint allerdings, ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB und der spezielleren Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB liege darin, daß § 273 BGB nur ein *der Ausübung bedürftiges* Einrederecht enthalte, während beim gegenseitigen Vertrag Leistung und Gegenleistung *von vornherein* im Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit stünden. Ein Verkäufer schulde nicht »Lieferung schlechthin«, sondern nur »Lieferung gegen Bezahlung«.
- 2.36** Sollte HUBER damit ausdrücken wollen, daß § 320 BGB gar keine Einrede im technischen Sinn enthalte⁶², sondern die beiderseitigen Ansprüche aus dem gegenseitigen Vertrag a priori inhaltlich beschränkt seien, so wäre dem mit PLETZSCH⁶³ entgegenzuhalten, daß die Begründung zur KO die Konkursfestigkeit des dem Vertragspartner »nach allen Rechtssystemen« zustehenden Rechts, »die von ihm geforderte Erfüllung seiner Leistungen abzulehnen, wenn ihm nicht die Gegenleistung gewährt wird«, als »selbstverständlich«⁶⁴ bezeichnet, *obwohl* sie an anderer Stelle – aber noch zu § 17 KO (jetzt § 103 InsO) – einräumt⁶⁵: es sei gleichgültig, ob man sage, »die Leistung sei durch die Gegenleistung bedingt, oder: die Gegenleistung sei eine Minderung der Leistung, oder: sie sei ein Äquivalent für die Leistung, oder sogar⁶⁶: Leistung und Gegenleistung seien zwei von einander selbständige Obligationen . . .«. Die Verfasser der KO hätten die Konkursfestigkeit des § 320 BGB also wohl auch dann bejaht, wenn sie sich entsprechend der heute herrschenden Ansicht⁶⁷ dahin entschieden hätten, daß § 320 BGB lediglich eine *Einrede* gewähre.

60 ERMAN/BATTES BGB¹⁰ § 320 Rn. 1; PALANDT/HEINRICHS BGB⁶⁰ § 320 Rn. 1; STAUDINGER/KADUK BGB¹¹ § 320 Rn. 9; nur wenig zurückhaltender STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 320 Rn. 46 m. w. N.; unentschieden die MOTIVE der KO S. 212 f. = HAHN Bd. IV S. 205 (vor Inkrafttreten des BGB). **Gegenteiliger Ansicht** jedoch LARENZ¹⁴ Bd. I § 16 (S. 211 mit Fn. 1); vgl. auch OESTERLE S. 232.

61 HUBER BB 1964, 731, 733.

62 Dafür spricht, daß HUBER sich in Fn. 27 auf LARENZ⁶ Bd. I § 18 S. 199 ff. (vgl. auch § 15 S. 204 ff. und S. 211 f. mit Fn. 1 der 14. Aufl.) beruft, dagegen jedoch, daß er von der »Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB« spricht.

63 PLETZSCH S. 48 ff.

64 MOTIVE zur KO S. 69 = HAHN Bd. IV S. 88 (wörtlich wiedergegeben o. Rn. 2.14).

65 MOTIVE S. 65 = HAHN Bd. IV S. 84/85.

66 Hervorhebung von mir.

67 Vgl. § 202 II BGB; BGH NJW 1999, 53 = ZIP 1998, 1965, 1966 (zust. LORENZ EWiR § 320 BGB 1/1998, 1069) und STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 320 Rn. 40 ff., § 322 Rn. 3 ff. und Einl. 14 ff. zu §§ 320 ff.

Deshalb versuchen PLETZSCH⁶⁸ und MUSIELAK⁶⁹, eine Rechtfertigung für die insolvenzrechtliche Ungleichbehandlung von § 273 und § 320 BGB daraus herzuleiten, daß »die Bindung der Ansprüche im Synallagma ... jedenfalls wesentlich enger (sei) als die Abhängigkeit in einem »einheitlichen Lebensverhältnis«, die als Voraussetzung des § 273 BGB ausreichen soll« (PLETZSCH). Den »entscheidenden Unterschied« sieht MUSIELAK darin, daß in den Fällen des § 273 BGB »die vorher nicht vorhandene gegenseitige Abhängigkeit von Anspruch und Gegenanspruch durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts erst hergestellt« werde, während »sie bei einem synallagmatischen Vertrag aus dem Wesen der vertraglichen Vereinbarung mit Notwendigkeit« folge. Im Falle des § 273 BGB werde »lediglich zur Sicherung eines sonst ungesicherten Anspruchs auf eine Gegenforderung zurückgegriffen«, während »aufgrund des Vertrages von vornherein nur Leistung gegen Leistung geschuldet« werde⁷⁰. **2.37**

Diese Ausführungen vermögen nicht zu überzeugen. Letztlich klingt auch bei ihnen ein Gesichtspunkt an, den PLETZSCH mit Recht als im vorliegenden Zusammenhang unerheblich bezeichnet hat, nämlich die Frage, ob § 320 BGB wie § 273 BGB lediglich eine Einrede im technischen Sinn gewährt oder bereits eine inhaltliche Beschränkung der beiderseitigen Vertragsansprüche darstellt. Sieht man deshalb von dieser Streitfrage ab, so bleibt von der Argumentation nur noch der Aspekt übrig, daß die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung in den Fällen des § 320 BGB insofern eine engere ist als bei § 273 BGB, als beim gegenseitigen Vertrag das Verpflichtetwerden auch der Gegenseite gerade das *Motiv* für das Eingehen der eigenen Verbindlichkeit ist (Prinzip des »do ut des«). Dieser Besonderheit trägt das Gesetz aber schon in den §§ 320 I 3, 323, 325, 326 BGB Rechnung. Da die erwähnte Besonderheit überhaupt keinen speziellen Bezug zum Insolvenzrecht aufweist, würde es zu weit gehen, ihretwegen die Frage der Insolvenzfestigkeit des § 273 einerseits und des § 320 BGB andererseits unterschiedlich – ja geradezu gegensätzlich – zu beurteilen. **2.38**

PLETZSCH und MUSIELAK führen aber auch ein Argument mit spezifisch insolvenzrechtlichem Einschlag an⁷¹. Sie meinen, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Insolvenzgläubiger (§§ 1 Satz 1, 38 InsO) zwar durch die Geltendmachung des § 273 BGB, nicht hingegen durch die Berufung des Gläubigers auf § 320 BGB beeinträchtigt würde: »Insbesondere kann nicht mit Hilfe der Einrede nach § 320 der Konkursverwalter zur vollständigen Befriedigung des gegen den Gemeinschuldner gerichteten Anspruchs gezwungen werden, wie dies möglich wäre, wenn das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB im Konkurs Bestand hätte. Vielmehr setzt das Geltendmachen des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB gerade das Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters voraus.«⁷² **2.39**

68 PLETZSCH S. 50 f.

69 MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 199 f.

70 MUSIELAK; ähnlich auch schon PLETZSCH (beide a. a. O.).

71 PLETZSCH S. 51 f.; MUSIELAK a. a. O. S. 200.

72 MUSIELAK a. a. O. S. 200; ähnlich schon PLETZSCH S. 51 f.

- 2.40** M. E. sind diese Unterschiede zwischen § 273 und § 320 BGB aber nur scheinbare. Denn wie § 320 gewährt auch § 273 BGB nicht ein Angriffs-, sondern bloß ein Verteidigungsrecht («... kann ... verweigern»). Und wie die Einrede des § 320 BGB wird auch die des § 273 BGB erst praktisch, wenn der Anspruch, gegen den sie gerichtet ist, tatsächlich erhoben wird.
- 2.41** HENCKEL geht in seiner Rezension der ersten Auflage dieses Buches zutreffend davon aus, daß die These, die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB halte im Insolvenzverfahren des Gegners völlig unabhängig von §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO stand, voraussetzt, daß »sich dieses Zurückbehaltungsrecht von dem des § 273 BGB in einer für den Konkurs relevanten Weise unterscheidet«⁷³.
- 2.42** HENCKEL sieht solch einen Unterschied darin, »daß § 320 BGB dem Vertragspartner des Gemeinschuldners keine Privilegierung im Konkurs verschafft, während ein konkursfestes Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB dem Berechtigten eine Vorzugsstellung verschaffen würde«. Denn der Wert des beiderseits nicht erfüllten gegenseitigen Vertrages bestehe aus Sicht des Vertragspartners des Gemeinschuldners nur in der Differenz, um welche die ihm gebührende Gegenleistung seine noch nicht erbrachte eigene Leistung übersteige. Nur hinsichtlich dieser Differenz werde er vom Insolvenzverfahren betroffen, wenn der Insolvenzverwalter nicht die Erfüllung des Vertrages wähle. Das Zurückbehaltungsrecht *des § 320 BGB* diene dem Vertragspartner nur als Sicherheit dafür, »daß er allenfalls diese Differenz verliert, wenn die ihm gebührende Leistung ausbleibt«, aber nicht dazu, »die Realisierung der Differenz durchzusetzen«. Hinsichtlich der Differenz werde der Vertragspartner im Insolvenzverfahren des Schuldners nicht privilegiert; er könne diese nur als einfache Insolvenzforderung geltend machen (vgl. § 26 Satz 2 KO bzw. § 103 II 1 InsO). Der *nach § 273 BGB* Zurückbehaltungsberechtigte hingegen werde vom Insolvenzverfahren nicht nur hinsichtlich der Wertdifferenz zwischen seinem Anspruch und dem Gegenstand der eigenen Leistungspflicht betroffen. Vielmehr stünden sich zwei Forderungen gegenüber, die anders als im Fall des § 320 BGB »nicht synallagmatisch miteinander verbunden« seien. Wegen Fehlens einer synallagmatischen Verbindung sei die Forderung des Gemeinschuldners mit »vollem« Wert, die Gegenforderung des Zurückbehaltungsberechtigten hingegen nur mit dem Wert einer Insolvenzforderung zu veranschlagen. Und dennoch könnte der nach § 273 BGB Zurückbehaltungsberechtigte, wenn sein Zurückbehaltungsrecht insolvenzfest wäre, den Insolvenzverwalter zur Erfüllung seiner Forderung zwingen (jedenfalls wenn die Forderung der Masse einen höheren Wert habe als die Gegenforderung und deshalb vom Insolvenzverwalter realisiert werden müsse). Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB sei also »ein Zwangsmittel zur Durchsetzung einer eigenen Forderung, die nicht vertraglich in eine Wertrelation zu der Gegenforderung des Gemeinschuldners gesetzt« sei. Zwangsmittel aber könnten gegen die Insolvenzmasse grundsätzlich nicht durchgesetzt werden; Ausnahmen bedürften besonderer gesetzlicher Zulas-

73 Vgl. hierzu und zum folgenden HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 423 f.

sung, wie sie die KO (und jetzt auch die InsO) in bezug auf Absonderungsrechte und Aufrechnungsbefugnisse enthalte.

Dieser Argumentation möchte ich widersprechen. Denn der Satz, daß Zwangsmittel gegen die Insolvenzmasse grundsätzlich nicht durchgesetzt werden dürfen, gilt zwar für »unmittelbaren Zwang«, wie er in von Insolvenzgläubigern beantragten Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung zum Ausdruck kommen würde (vgl. § 14 KO bzw. § 89 I InsO), nicht aber auch für lediglich »mittelbaren«, insbesondere wirtschaftlichen Erfüllungszwang, wie er in manchen Fällen auch von einer insolvenzfesten Sicherungsübereignung oder von sonstigen Absonderungsrechten ausgehen kann⁷⁴. Und HENCKELS These, daß die Forderung des Gemeinschuldners trotz eines ihr nach § 273 BGB entgegenstehenden Zurückbehaltungsrechts mit »vollem« Wert zu veranschlagen sei, setzt das, was sie beweisen soll (nämlich daß das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB gegenüber dem Insolvenzverwalter nicht wirke), nach Art eines Zirkelschlusses selbst voraus. Die dafür angeführte Begründung, daß Forderung und Gegenforderung hier anders als im Fall des § 320 BGB »nicht synallagmatisch miteinander verbunden« seien und die Forderung des nach § 273 BGB Zurückbehaltungsberechtigten »nicht vertraglich in eine Wertrelation zu der Gegenforderung des Gemeinschuldners gesetzt« sei, ist nur auf den ersten Blick überzeugend. Ihr ist entgegenzuhalten, daß bei der Bewertung einer Forderung nicht nur vertragliche, sondern auch gesetzliche Negativfaktoren zu berücksichtigen sind. Der Unterschied, daß Forderung und Gegenforderung zwar im Fall des § 320, nicht aber auch im Fall des § 273 BGB »vertraglich in eine Wertrelation . . . gesetzt« sind, fällt insolvenzrechtlich ebenfalls nicht ins Gewicht, da der Vertrag, um den es sich hier nur handeln kann, ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters geschlossen wurde und zudem auf ihn sowohl § 320 BGB als auch §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nicht nur dann anwendbar sind, wenn Forderung und Gegenforderung noch *völlig* unerfüllt sind, sondern auch dann, wenn sich die ursprüngliche, also die »vertraglich« in Kauf genommene Wertrelation durch mehr oder weniger umfängliche Teilleistungen der einen und/oder anderen Seite grundlegend verändert hat.

cc) Ergebnis

Nach alledem bestätigt sich also die Vermutung, daß zwischen der Einrede des § 273 BGB und der des § 320 BGB keine derart gewichtigen Unterschiede bestehen, daß es miteinander vereinbar wäre, im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gegners der ersten Einrede die Wirksamkeit allgemein zu versagen, die zweite hingegen schon *unabhängig* von den §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO für insolvenzfest zu erklären. Dieser Befund scheint für die Richtigkeit der h.M.⁷⁵ zu sprechen, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ihren Fortbestand gegenüber dem Insolvenzverwalter des Gegners allein den §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO verdanke

⁷⁴ Vgl. insoweit meine Ausführungen in JA 1988, 117, 126.

⁷⁵ Nachweise o. Rn. 2.8 Fn. 10.

und die erwähnten Vorschriften somit dem Schutz des Vertragspartners des im Insolvenzverfahren befindlichen Schuldners zu dienen bestimmt seien. Wäre dies so, dann könnte an dem oben⁷⁶ in Anlehnung an die Gesetzesmaterialien entwickelten Verständnis der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO kaum festgehalten werden.

- 2.45** Die Unvereinbarkeit einer allgemeinen Insolvenzhinfälligkeit des § 273 BGB mit der – in der Begründung zu § 17 KO als »selbstverständlich« vorausgesetzten⁷⁷ – Insolvenzfestigkeit des § 320 BGB spricht aber nur dann für die heute herrschend gewordene Auslegung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, wenn die bisher noch gar nicht überprüfte Prämisse zutrifft, daß dem Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB gegenüber dem Insolvenzverwalter des Gegners jede Wirksamkeit versagt sei. Dieser Frage soll nun nachgegangen werden.

d) Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gegners

aa) Meinungsstand

- 2.46** Fast alle Autoren und Gerichte, die sich zum Thema äußern, gehen heute davon aus, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB im Insolvenzverfahren des Gegners grundsätzlich nicht durchsetzbar sei⁷⁸. Diese Ansicht teilen sogar diejenigen, die die Insolvenzfestigkeit des § 320 BGB nicht aus den §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO herleiten, sondern als selbstverständlich erachten⁷⁹.
- 2.47** Wenn man von der durch die Voraufgaben dieses Buches ausgelösten Diskussion einmal absieht, muß man immerhin ca. 100 Jahre zurückblicken, um auf Literaturstimmen zu stoßen, die – ohne Begründung – meinten, daß das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB auch im Konkurs des Gegners wirksam bleibe⁸⁰. Heute wird das – zumindest in Deutschland⁸¹ – nur noch für den Fall ohne weitere Vorbehalte zugestanden, daß der Gegenanspruch, auf den der vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommene Schuldner des Gemeinschuldners sein Zurückbehaltungsrecht stützt, nicht eine normale Insolvenzforderung (oder sogar nur eine von der Gel-

76 Rn. 2.12 ff.

77 Vgl. das Zitat o. Rn. 2.14.

78 Vgl. die Nachweise in Fn. 84.

79 HUBER BB 1964, 731, 733; PLETZSCH S. 36, 50 f.; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 199 f.; vgl. auch BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 1, § 49 Anm. 8. Einschränkend von OLSHAUSEN (s. u. Fn. 85).

80 SEUFFERT (1899) § 18 S. 112; PETERSEN/KLEINFELLER (4. Aufl. 1900) KO § 49 Anm. 34 mit unzutreffender (vgl. Th. WOLFF LZ 1908, 36, 37/38) Berufung auf RG BadAnn 63, 293, 297 (Urteil vom 9. 4. 1897, wo der dem Zurückbehaltungsrecht ausgesetzte Anspruch des Gemeinschuldners jedoch nicht während des Konkurses von dem Verwalter, sondern nach Aufhebung des Verfahrens von dem – ehemaligen – Gemeinschuldner geltend gemacht und die Wirksamkeit des Zurückbehaltungsrechts schon deshalb bejaht worden war). Vgl. ferner die u. Rn. 2.66 in Fn. 144 Genannten.

81 Völlig anders wird die Rechtslage hingegen in Österreich beurteilt; s. u. Rn. 2.57 Fn. 113, 115.

tendmachung im Konkurs ausgeschlossene⁸² Forderung), sondern Masseverbindlichkeit ist⁸³. Obwohl etliche Vertreter der h. M. ihre These, daß das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB im übrigen – und das heißt: grundsätzlich – nicht insolvenzfest sei⁸⁴, verbal auf den Fall beschränken, daß es um die Zurückbehaltung von *zur Insolvenzmasse gehörenden* Gegenständen geht⁸⁵, findet man

- 82 Vgl. § 63 KO. Die Forderungen, die nach dieser Vorschrift im Konkurs *nicht* geltend gemacht werden konnten, können nach neuem Insolvenzrecht (§ 39 InsO) sehr wohl geltend gemacht werden, allerdings nur als »nachrangige« Insolvenzforderungen.
- 83 JAEGER/LENT KO⁸ § 49 Rn. 42 (S. 732 Mitte); vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 136, § 21 Rn. 22; MOTIVE zu § 49 (früher 41) KO S. 213 = HAHN Bd. IV S. 205 (auszugsweise zitiert bei Rn. 2.10 u. 2.51); Th. WOLFF LZ 1908, 36, 41 f., 43 (der aber, vgl. a. a. O. S. 107 ff. und soeben Fn. 82, die Zurückbehaltung u. U. auch wegen solcher Forderungen zulassen wollte, die der Konkursverwalter an sich nicht zu berücksichtigen brauchte).
- 84 So die in Fn. 86 Genannten (vgl. auch Rn. 4.161 Fn. 417) und außerdem S. 140 der Begründung des RegEInsO in BT-Drucks. 12/2443 (zu § 107 RegE / § 95 InsO [übrigens in teilweisem Wertungswiderspruch zu wichtigen anderen Grundsatzentscheidungen der InsO, s. hierzu u. Rn. 2.63 f., 4.160 f. mit Fn. 420]); BGH JZ 1995, 569, 571; OLG Dresden ZIP 1998, 1154, 1155 (dazu ECKERT EWiR § 9 GesO 1/1998, 651 f.); OLG Düsseldorf ZIP 1982, 471, 472; LG Essen ZIP 1996, 1878; BAG ZIP 1999, 1638, 1642 (dazu Rn. 2.70 Fn. 150 a); OLG Stuttgart ZIP 2001, 82, 86 (ad A I 3); FK-InsO/JONELEIT/IMBERGER² § 51 Rn. 29; FK-InsO/WEGENER² § 115 Rn. 19, § 116 Rn. 27 f.; K/P/TINELNOT InsO § 103 Rn. 7, 28, 79 f., § 105 Rn. 16 (aber auch §§ 115, 116 Rn. 9?); GOTTWALD in Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 42 Rn. 48 S. 582; HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 18.20 S. 317 (der allerdings einen Wertungswiderspruch zu den Aufrechterhaltungsvorschriften konzediert); DERNBURG Bd. II 1 § 58 ad V; ENDEMANN § 38 I; KOHLER, Leitfaden . . . S. 108; MARKMANN S. 101 f.; B. MAYER KuT 1929, 182, 184 (r.Sp.); von OLSHAUSEN, Festschr. f. Gaul, 1997, S. 497, 506; WILHELM JZ 1995, 574; SCHLEGELBERGER, Das Zurückbehaltungsrecht . . . S. 185 (dazu noch u. Rn. 2.70 sowie etliche ältere Dissertationen (Nachweise bei Th. WOLFF a. a. O. S. 42 Fn. 10); vgl. ferner BLEY ZAKDR 1937, 41, 43; ders. VerglO² § 26 Anm. 33 (kürzer BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 26 Rn. 33) und GUTEWISS S. 27/28.
- 85 K. MEYER SeuffBl 68 (1903) 6, 10; von THUR Bd. I S. 303 f.; Th. WOLFF LZ 1908, 36, 44 a. E.; DERNBURG Bd. II 1 § 58 ad V; ENDEMANN § 38 I; JAEGER/LENT KO⁸ § 49 Rn. 42 (am Anfang); vgl. auch von OLSHAUSEN MDR 1975, 969, 974 (kein Ausschluß von Zurückbehaltungsrechten, soweit diese sich auf Gegenstände beziehen, »deren Verwertung für die Gesamtheit der Konkursgläubiger ohnehin ausgeschlossen« sei); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 136 (großzügigere Formulierung aber in Rn. 22 zu § 21): § 273 versage im Konkurs des Gegners deshalb, weil sich das Zurückbehaltungsrecht sonst ähnlich wie ein Absonderungsrecht – also wie ein Recht an einem *Massegegenstand* (arg. §§ 4 I, 48, 127 I KO / §§ 50 I, 165 ff. InsO) – auswirken würde (ebenso § 17 Rn. 34 der von LENT besorgten Voraufgabe und KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 23 c, § 49 Rn. 24; F. MÜLLER S. 15; vgl. auch HESS InsO¹ § 51 Rn. 31; HANISCH S. 217; WEISS KuT 1927, 119, 121 ad II 2). **Ausdrücklich anders** jedoch FRIEDLÄNDER LZ 1909, 272, 276 und SCHLEGELBERGER, Das Zurückbehaltungsrecht S. 185, nach deren Ansicht § 273 BGB schon dann versagen soll, wenn der *Anspruch* auf die zurückbehaltene Leistung zur Insolvenzmasse gehört (dazu u. Rn. 2.70). Vgl. auch HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 422; LUTHER S. 45 f. Fn. 202 und KEPPLINGER S. 72 ff., 124 f., 133 f., 201 f., 205 f., 315, 348 ff., 353, die der bereits in der ersten Auflage des vorliegenden Buches vertretenen Ansicht, ein auf § 273 BGB begründetes Zurückbehaltungsrecht an *eigenen* Sachen sei insolvenzfest, ausdrücklich widersprechen (wobei jedoch KEPPLINGER ihren Widerspruch auf die Zeit nach Inkrafttreten der *InsO* beschränkt und für den *Konkurs* der u. Rn. 2.63 ff. vertretenen Ansicht folgt).

die am 1. 12. 1911 ergangene Entscheidung RGZ 77, 436 ff., die einer Insolvenzgläubigerin die Zurückbehaltung von »aus ihren Beständen auszusonderndem« (RGZ 77, 436, 439), also noch *nicht* zur Insolvenzmasse gehörendem Zucker versagte, nur zustimmend zitiert⁸⁶. Die hier zutage tretenden Ungereimtheiten legen es nahe, besonders kritisch nach den Gründen zu fragen, die einer Fortwirkung des § 273 BGB im Insolvenzverfahren des Gegners entgegenstehen können. Dabei wird sich zeigen, daß die h. M. bezüglich des Bereichs, in dem sie § 273 BGB die Insolvenzfähigkeit versagt, weit über das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel hinauschießt.

bb) Würdigung

- 2.48** Die h. M. beruht auf einem Umkehrschluß aus § 51 Nrn. 2 und 3 InsO (§ 49 I Nrn. 3 und 4 KO)⁸⁷. Nach dieser Vorschrift stehen den in § 50 InsO (§ 48 KO) bezeichneten und mit einem Recht auf abgesonderte Befriedigung ausgestatteten Pfandgläubigern gleich:

»(2.) Gläubiger, denen ein Zurückbehaltungsrecht an einer Sache zusteht, weil sie etwas zum Nutzen der Sache verwendet haben, soweit ihre Forderung aus der Verwendung den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigt«,

und

»(3.) Gläubiger, denen nach dem Handelsgesetzbuch ein Zurückbehaltungsrecht zusteht«.

Durch *Zurückbehaltungsrechte* gesicherte Gläubiger können also *unter den in § 51 Nr. 2 oder 3 InsO genannten Voraussetzungen* wie Pfandgläubiger abgesonderte Befriedigung verlangen. Abgesonderte Befriedigung erfolgte nach der KO »unabhängig vom Konkursverfahren« (vgl. den weder ausdrücklich noch sinngemäß in die InsO übernommenen § 4 II KO). Die Unabhängigkeit war und ist aber nur eine begrenzte. Zwar steht das Recht, den zurückbehaltenen Gegenstand zu verwerten, mangels ausreichender besitzrechtlicher Nähe⁸⁸ des Insolvenzverwalters (§ 166 I InsO) nicht diesem, sondern dem Inhaber des Zurückbehaltungs-

⁸⁶ RGZ 149, 93, 94; GOTTWALD (o. Fn. 84) § 42 Rn. 48 Fn. 96; JAEGER⁶⁷ und JAEGER/LENT⁸ KO § 17 Rn. 34, § 49 Rn. 42; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 136; HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419, 422; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 23 c, § 49 Rn. 24; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetz, 1997, KO¹⁷ § 49 Anm. 8; MünchKomm-BGB/KELLER³ § 273 Rn. 103; HUBER BB 1964, 731, 733 Fn. 2; F. MÜLLER S. 15 Fn. 73; PLETZSCH S. 36 Fn. 5, S. 50 Fn. 2; WEISS a. a. O.; vgl. ferner ADEN S. 100 f. und HANISCH S. 217 (die diese Entscheidung des RG zwar nicht ausdrücklich zitieren, ihr aber in der Sache folgen); jedenfalls nicht ablehnend auch BGH KTS 1965, 155, 156 (= WM 1965, 408, 410/411); HESS InsO¹ § 51 Rn. 31; KIESOW VergIO § 4 Rn. 20; SERICK Bd. I S. 359 Fn. 102; STAUDINGER/SELB, 1995, BGB¹³ § 273 Rn. 41. **Kritisch** jedoch KEPPLINGER S. 70 ff. im Anschluß an die Voraufgaben dieses Buches.

⁸⁷ Vgl. statt aller FK-InsO/JONELEIT/IMBERGER² § 51 Rn. 29; JAEGER/LENT KO⁸ § 49 Rn. 42; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 21 Rn. 22; HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419, 422; LG Essen ZIP 1996, 1878; BGH JZ 1995, 569, 571.

⁸⁸ MAROTZKE ZZZ 109 (1996) 429, 443 bei Fn. 66.

rechts zu (§ 173 I InsO). Jedoch kann das Insolvenzgericht auf Antrag des Verwalters und nach Anhörung des Zurückbehaltungsberechtigten eine Frist bestimmen, innerhalb derer der Inhaber des Zurückbehaltungsrechts sein Verwertungsrecht ausgeübt haben muß (§ 173 II 1 InsO). Nach fruchtlosem Ablauf der Frist geht das Verwertungsrecht auf den Insolvenzverwalter über (§ 173 II 2 InsO); der bisher zur Zurückbehaltung Berechtigte muß den Gegenstand jetzt ohne Widerrede an den Verwalter herausgeben und sich mit dem ihm nach §§ 170 f. InsO zustehenden Anteil am Verwertungserlös zufrieden geben.

Hier zeigt sich: Wie die KO⁸⁹ läßt auch die an ihre Stelle tretende InsO die in § 51 Nrn. 2 und 3 InsO erwähnten Zurückbehaltungsrechte nicht unangetastet, sondern unterwirft sie vollständig den für Absonderungsrechte geltenden Sondervorschriften. Daraus folgert man im Gegenschluß, daß all diejenigen Zurückbehaltungsrechte, die in § 51 Nrn. 2 und 3 InsO nicht eigens erwähnt sind, *nicht* zur absonderten Befriedigung berechtigen⁹⁰. Angesichts der §§ 4 I, 12 KO, § 87 InsO war und ist dieser Schluß zwingend. **2.49**

Problematisch⁹¹ ist jedoch die weitergehende Schlußfolgerung der h. M., daß alle in § 51 Nrn. 2 und 3 InsO nicht genannten Zurückbehaltungsrechte nicht nur kein Absonderungsrecht begründen, sondern gegenüber dem Insolvenzverwalter überhaupt nicht – also auch nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt als rein defensive Leistungsverweigerungsrechte (vgl. § 273 BGB) – geltendgemacht werden können⁹². Zutreffend ist diese Auffassung nur, wenn und soweit es sich um Zurückbehaltungsrechte an *zur Insolvenzmasse gehörenden* Gegenständen handelt, nicht hingegen auch in bezug auf die Frage, ob der vom Insolvenzverwalter auf Leistung eines noch *nicht* zur Masse gehörenden Gegenstandes in Anspruch genommene Schuldner des Gemeinschuldners sich wegen eines konnexen Gegenanspruchs auf § 273 BGB berufen kann⁹³. Diese Unterscheidung ergibt sich aus den Materialien zu § 49 I Nrn. 3 und 4 KO (jetzt § 51 Nrn. 2 und 3 InsO) und zu § 273 BGB. **2.50**

89 Vgl. MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 25; dens. JA 1988, 117f. (jeweils mit Ausführungen auch zu dem inzwischen durch §§ 166 ff. InsO ersetzten § 127 KO); Th. WOLFF LZ 1908, 36, 39; JAEGER/LENT KO⁸ § 49 Rn. 42 (S. 732 Mitte).

90 KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 49 Anm. 8; JAEGER/LENT KO⁸ § 49 Rn. 42; FK-InsO/JONELEIT/IMBERGER² § 51 Rn. 29.

91 Vgl. auch die Kritik von Th. WOLFF LZ 1908, 36, 39 ff.

92 Vgl. z. B. JAEGER/LENT KO⁸ § 49 Rn. 42 (= S. 732): »... in anderer Art aber als durch Verleihung der Absonderungskraft (§ 49 Nr. 3, 4) erkennt das Gesetz die Wirksamkeit bei Konkursbeginn bestehender Zurückbehaltungsrechte (vom § 17 abgesehen) überhaupt nicht an.«

93 Konsequenz in diesem Sinne wohl nur K. MEYER, von THUR, Th. WOLFF, vielleicht auch DERNBURG und ENDEMANN, jeweils a. a. O. (o. Fn. 85). Wie hier jetzt auch SOERGEL/M. WOLF BGB¹² § 273 Rn. 48 bei Fn. 38; vgl. auch SCHWÖRER Rn. 217 ff. und KEPPLINGER S. 68 ff. (die aber für das *neue* Insolvenzrecht dennoch der h. M. folgt). A. M. die im übrigen allgemein akzeptierte – vgl. o. Rn. 2.47 mit Fn. 86 – Entscheidung RGZ 77, 436 ff., 439 (die Beklagte schuldete die Leistung von »aus ihren Beständen auszusonderndem«, also noch nicht zur Insolvenzmasse gehörendem Zucker).

2.51 Hinzuweisen ist zunächst auf die im Jahre 1875 veröffentlichten MOTIVE zu dem Entwurf einer KO, die zu § 41 (später § 49 KO, nunmehr § 51 InsO) unter der Überschrift »V. Das Retentionsrecht in gewissen Fällen« ausführen⁹⁴:

»Alle Rechtssysteme nehmen für die Beurtheilung des Retentionsrechts im Konkurse denselben Ausgangspunkt; alle fassen das Retentionsrecht lediglich auf als eine Anwendung der *exceptio doli generalis*; sein Zweck und Inhalt soll der *Schutz des Inhabers einer Sache* gegen den Gegner sein, der die Sache beansprucht, ohne seiner Verbindlichkeit – die Gegenforderung des Retentionsberechtigten – zu genügen⁹⁵ . . . mag es dahingestellt bleiben, ob . . . das *Retentionsrecht . . . an Forderungen und Rechten des Gegners* ausgeübt werden kann. Die Frage, ob einem Gläubiger im Konkurse das Retentionsrecht verbleiben oder abgesprochen werden soll, hat allein zur Voraussetzung, daß der Anspruch des Inhabers – die Gegenforderung – sich als eine Konkursforderung darstellen würde. Auszuscheiden sind daher die nicht hierher gehörigen Fälle . . . (An dieser Stelle wird u. a. der Fall genannt, daß die Gegenforderung gem. § 59 I Nr. 2 KO bzw. § 55 I Nr. 2 InsO Masseschuld wird⁹⁶) . . . Für eine Konkursforderung hingegen darf der Inhaber das Retentionsrecht im Konkurse nicht ausüben. Das Retentionsrecht ist als solches *kein dingliches Recht*, die *Sache* haftet dem Inhaber nicht; er hat kein Recht, sich aus ihr zu befriedigen; der Inhaber retiniert, weil die Abforderung der *Sache* von dem Schuldner *dolos* ist. Aber die Abforderung zur Konkursmasse durch den Konkursverwalter und für die Konkursgläubiger ist nicht *dolos*⁹⁷. Man sagt, die Konkursgläubiger haben nicht mehr Rechte, als der Gemeinschuldner; das ist nicht richtig; sie haben den Anspruch, daß alle nicht dinglich verhafteten *Sachen des Gemeinschuldners* zur gleichmäßigen Vertheilung für alle Konkursforderungen dienen (§ 2 des Entwurfs⁹⁸). Das Retentionsrecht macht die Gegenforderung des Inhabers nicht zu einer bevorzugten; es würde tatsächlich zu einem Vorrecht führen, könnte der Inhaber sie durch Retention der Verwendung für Alle entziehen. Der Inhaber muß die *Sache* abliefern und seine Forderung wie jeder andere Konkursgläubiger liquidiren. . . . Die Billigkeit, auf welche der Inhaber sich für die Retention gegen den Schuldner würde berufen können, werden in noch höherem Maße die übrigen Konkursgläubiger, die vom Gemeinschuldner Betrogenen, Bestohlenen oder sonst Benachtheiligten dafür anrufen können, daß der Inhaber die ihnen Allen gemeinschaftlich *haftende Sache* zur Konkursmasse abliefern. – Diese Auffassung bedingt, wie die Regel, so die Ausnahmen⁹⁹, welche der Entwurf aufstellt . . . «

2.52 Diese Begründung des Standpunkts der Gesetzesverfasser, daß niemand wegen einer einfachen Konkursforderung (Insolvenzforderung) ein Zurückbehaltungsrecht gegen den Konkursverwalter geltend machen könne, ist ersichtlich¹⁰⁰ auf den Spezialfall zugeschnitten, daß der vom Konkursverwalter erhobene Anspruch auf Herausgabe eines bereits *zur Konkursmasse gehörenden* Gegenstandes gerichtet ist. Das belegen auch die – hier aus Platzgründen nicht wiedergegebenen – Beispiele, die die Begründung zu § 41 KO (späterer § 49 KO, heutiger § 51 InsO) anführt.

94 MOTIVE S. 212, 213 = HAHN Bd. IV S. 204, 205 (sämtliche Hervorhebungen von mir).
Gegen den Widerstand von GOLDSCHMIDT bestätigt durch die Reichstagskommission; vgl.
Protokolle S. 40 f. = HAHN Bd. IV S. 549 ff.

95 Nachweise hier in einer Fußnote der MOTIVE.

96 Die entsprechende Passage ist schon o. bei Rn. 2.10 wiedergegeben worden.

97 A. M. von SCHRUTKA-RECHTENSTAMM S. 24.

98 Später § 3 KO, nunmehr § 38 InsO.

99 Vgl. § 49 I Nrn. 3 und 4 KO, nunmehr sinngemäß übernommen in § 51 Nrn. 2 und 3 InsO.

100 Vgl. die (von mir) *kursiv* gesetzten Worte.

Nur scheinbar wird dieser Eindruck widerlegt durch diejenigen Sätze der MOTIVE, die schon bei Rn. 2.10 wörtlich wiedergegeben (und vorhin z. T. weggelassen¹⁰¹) worden sind: Auf den ersten Blick scheint es zwar, als seien diese Formulierungen so gemeint, daß gegenüber dem Konkursverwalter auch hinsichtlich *nicht* zur Konkursmasse gehörender Gegenstände (in dem von den MOTIVEN a. a. O. gebildeten Beispiel: hinsichtlich der dem Gemeinschuldner verkauften, aber noch nicht übergebenen Sache) ein Zurückbehaltungsrecht nur dann geltend gemacht werden könne, wenn die es begründende Gegenforderung *Masseschuld* sei. Dieser Schluß wäre jedoch übereilt. Denn mit der Erwähnung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages wollten die MOTIVE nur einen *der* Fälle bezeichnen, in denen sich die Frage, ob die Zurückbehaltung auch gegenüber einem Konkursverwalter statthaft ist, überhaupt nicht stelle, weil bereits die *Frage(!)* voraussetze, daß der das Zurückbehaltungsrecht außerhalb des Konkurses begründende Gegenanspruch Konkursforderung, also nicht Masseschuld sei¹⁰². Dem Sinne nach ist die bei Rn. 2.10 zitierte Äußerung so zu verstehen, daß die Zug-um-Zug-Einrede des Verkäufers »schon« wegen § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) konkursfest sei. 2.53

Außerdem fällt auf, daß die Äußerung der MOTIVE auf Verträge gemünzt ist, die sich »nach französischem Recht« richten. Im Gebiete des Code civil, den die Verfasser der KO in dem hier interessierenden Punkte respektieren wollten¹⁰³, stellte sich das Recht, die Übergabe der verkauften Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, anders als nach unserem heutigen BGB als das Recht zur Zurückbehaltung einer bereits im Eigentum des *Käufers* (Gemeinschuldners) stehenden Sache dar. Denn nach Art. 711, 1138, 1583 des Code civil erwirbt der Käufer einer beweglichen Speziessache das Eigentum schon durch den Abschluß des Kaufvertrages¹⁰⁴. Demnach bietet die Begründung der KO auch an dieser Stelle keinen Anhalt dafür, daß sie die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten auch dann beschränken wollte, wenn diese sich auf etwas anderes beziehen als auf Gegenstände, die bereits zur Konkursmasse gehören (also auf erst noch zu übergebende Sachen). 2.54

Gegen eine derartige Deutung würde zudem sprechen, daß das heute in § 273 I BGB verankerte Recht, nicht nur *Sachen des Gegners*, sondern auch an diesen erst noch zu erbringende *Leistungen* zurückzubehalten, in den bei Schaffung der KO¹⁰⁵ bereits vorhandenen sonstigen Kodifikationen kaum eine Rolle spielte¹⁰⁶. Erst später, durch das BGB, wurde das Zurückbehaltungsrecht in dieser weitgehenden Gestalt umfassend kodifiziert. Deshalb sahen sich die MOTIVE¹⁰⁷ zum E I des BGB 2.55

101 Vgl. soeben Rn. 2.51 bei Fn. 96.

102 Vgl. den zweiten Satz der bei Rn. 2.10 wiedergegebenen Passage aus den MOTIVEN.

103 MOTIVE zur KO S. 65/66 = HAHN Bd. IV S. 85.

104 Vgl. MOTIVE a. a. O.; STADLER S. 29 ff. und – zum Einfluß einer Nichterfüllung des Kaufpreisanspruchs auf die dingliche (!) Rechtslage – u. Rn. 7.14, 7.73.

105 Die KO wurde bereits unter dem 10. 2. 1877 veröffentlicht (RGBl. Nr. 10 S. 351 ff.).

106 Etwas anders war die Situation offenbar im »gemeinen« Recht; Vgl. u. Rn. 2.56 bei Fn. 111.

107 MOTIVE zum BGB, Bd. II der amtlichen Ausgabe von 1888, S. 42.

veranlaßt, ausdrücklich auf die Besonderheit hinzuweisen, daß E I § 233 BGB (der Vorläufer des heutigen § 273 BGB) die in Frage stehende Befugnis »nicht, wie dies im modernen Rechte geschieht¹⁰⁸, auf die Zurückbehaltung fremder Sachen gegenüber dem Ansprüche auf Herausgabe« beschränke: »Auch Rechte, Handlungen, sowie die eigenen Sachen, zu deren Verschaffung, Vornahme, Übergabe der in Anspruch Genommene verpflichtet ist, können geeignetenfalls, d. h. wenn Konnexität begründet ist, zurückgehalten werden¹⁰⁹«.

2.56 Auch die II. Kommission widmete diesem Punkte besonderes Augenmerk. Die PROTOKOLLE führen aus¹¹⁰:

»Die Mehrheit trat in sachlicher Beziehung dem Entw. darin bei, daß beim Vorhandensein fälliger und konnexer Gegenansprüche dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht *ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der geschuldeten Leistung* zu gewähren sei und daneben das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes wegen Verwendungen oder wegen eines durch den Letzteren zugefügten Schadens als ein besonders häufiger und wichtiger Anwendungsfall ausdrückliche Erwähnung verdiene. Diese Regelung enthalte zwar *gegenüber den Bestimmungen der meisten neueren Kodifikationen eine Erweiterung* (vgl. preuß. ALR. I 20 §§ 536, 542, sächs. GB. §§ 767, 769, HGB Art. 313, schweiz. Obl. R. Art. 224), stehe aber mit der im gemeinen Rechte herrschenden Ansicht¹¹¹ in Einklang (vergl. Wächter, Pand. II, S. 337, Dernburg, Pand. I § 138 S. 317, RG 14 S. 233 ff.)«.

2.57 Wohl unter dem Eindruck der zitierten »neueren Kodifikationen« machte eine Minderheit der II. Kommission gegen die beabsichtigte Neuregelung im BGB –

108 Die MOTIVE zitieren an dieser Stelle in einer Fußnote: »ALR. I 20 §§ 536, 542; Eccius I § 119 lit. b; Entsch. des ROHG. 21 S. 34; sächs. GB. §§ 767, 769; dresd. Entw. aO.; vgl. HGB. 313, schweiz. ObligR. 224, für das franz. Recht Zachariä I §§ 464, 465.«

109 Fußnote der MOTIVE a. a. O.: »S. Goldschmidt, Handbuch I 2 §§ 94, 95; vgl. z. B. Entw. §§ 1020, 301 a. Entw., 695 Satz 3, 699 Satz 2.«

110 PROTOKOLLE zum BGB Bd. I S. 310 f. = MUGDAN Bd. II S. 526. Hervorhebungen von mir.

111 Ob man insoweit wirklich von einer »herrschenden« Ansicht sprechen darf (in diesem Sinne außer der zitierten Passage der PROTOKOLLE auch HENCKEL ZZP 99 [1986] 419, 421 f.), ist sehr fraglich. Von den in den PROTOKOLLEN angeführten drei Belegen (WÄCHTER, Pandekten Bd. II, 1881, S. 337; DERNBURG, Pandekten Bd. I § 138 S. 317; RGZ 14, 231, 233 ff.) ist nämlich nur das DERNBURG-Zitat unmittelbar einschlägig (zumindest »halbwegs« S. 314 f. der 1884 erschienenen 1. Aufl.; deutlicher S. 321 der 1900 erschienenen 6. Aufl., wo als »Hauptfall« des Retentionsrechts aber immer noch die Zurückbehaltung einer *fremden* Sache genannt wird), während die zitierte WÄCHTER-Stelle ausdrücklich hervorhebt, daß die Gegenforderung des Zurückbehaltungsberechtigten »aus derselben Obligation ... (z. B. aus einem Kauf)« folgen müsse (a. a. O. ad 2 c), womit dann wiederum die in RGZ 14, 231, 233 (Urteil vom 26. 10. 1885) mitgeteilte Ansicht des OLG Jena harmoniert, »daß die Einrede des Retentionsrechts nichts weiter als eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages« und deshalb »nur der *vertragsmäßigen Gegenleistung*, also keinesfalls Leistungen gegenüber statthaft (sei), welche einem anderen Verträge entspringen«. Das RG hat diese Ansicht des OLG Jena zwar als mit den Rechtsgrundsätzen über das gemeinrechtliche Retentionsrecht unvereinbar verworfen, dies scheint jedoch seine erste diesbezügliche Grundsatzentscheidung gewesen zu sein (die KO war damals schon in Kraft). Zudem betraf die Entscheidung des RG einen Fall, in dem die zurückbehaltenen Gegenstände offenbar nicht im Eigentum des Zurückbehaltungsberechtigten, sondern im Eigentum des *Gegners* standen (dieser hatte sie dem später das Zurückbehaltungsrecht geltend machenden Besitzer nur geliehen).

erfolglos – geltend, daß das Zurückbehaltungsrecht »begrifflich und dem Sprachgebrauche nach in Übereinstimmung mit dem HGB auf die Zurückhaltung geschuldeter Sachen gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe zu beschränken« sei¹¹². Auch dieser Hinweis auf den damaligen Sprachgebrauch (der übrigens im *österreichischen* Recht bis heute maßgeblich geblieben ist¹¹³), deutet darauf hin, daß mit den Ausführungen, welche die bereits im Jahre 1875 veröffentlichten¹¹⁴ MOTIVE der KO hinsichtlich der konkursrechtlichen Behandlung von »Retentionsrechten« enthalten, nur die Zurückbehaltung von *zur Konkursmasse gehörenden Sachen* gemeint sein konnte¹¹⁵.

Dennoch ist das RG in der bereits erwähnten¹¹⁶ Entscheidung vom 1. 12. 1911 **2.58** einen Schritt weiter gegangen und hat einem Konkursgläubiger wegen seiner Forderung auch die Zurückbehaltung eigener – also *nicht* zur Konkursmasse gehörender -Sachen versagt¹¹⁷:

Im November 1906 hatte der Kläger von der Beklagten 500 000 kg und im Februar 1907 weitere 600 000 kg Zucker gekauft. Wenig später, im Mai 1907, war über das Vermögen des Klägers das Konkursverfahren eröffnet worden. Der Konkursverwalter hatte von der Beklagten die Erfüllung des – bis dahin beiderseits noch unerfüllten – *zweiten* Geschäfts verlangt. Die Beklagte

112 PROTOKOLLE ZUM BGB Bd. I S. 311 = MUGDAN Bd. II S. 526. Zu der in der zitierten Formulierung postulierten »Übereinstimmung mit dem HGB« vgl. noch: Entwurf eines Handelsgesetzbuches und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift (Reichtagsvorlage), Berlin 1897, Denkschrift S. 226. Dort ist ausgeführt, eine dem heutigen § 369 I 2 HGB (dazu MAROTZKE JA 1988, 125 Fn. 74) entsprechende Praxis habe es bis dahin nicht gegeben; vielmehr habe die Rspr. das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach Art. 313 ADHGB »ausschließlich an Sachen des Schuldners« anerkannt (wobei mit »Schuldner« nicht der Zurückbehaltungsberechtigte, sondern der Schuldner seiner Gegenforderung gemeint ist; vgl. auch den heutigen § 369 I HGB).

113 Vgl. z. B. § 471 I des österreichischen ABGB (dessen inhaltliche Enge man freilich inzwischen durch analoge Anwendung des § 1052 ABGB zu überwinden versucht; s. KEPPLINGER S. 129 ff.; AICHER in RUMMEL, Kommentar zum ABGB Bd. I, 1983, § 1052 Rn. 4 m. w. N.) und KEPPLINGER S. 125 ff.; DEIXLER-HÜBNER in KONECNY/SCHUBERT, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, Sept. 1998, KO § 10 Rn. 31; BARTSCH/POLLACK, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung und deren Einführungsverordnung, 2. Aufl. 1927, KO § 10 Rn. 16, 22 (S. 97 ff.); etwas großzügiger APATHI in BARTSCH/POLLACK/BUCHEGGER, Österreichisches Insolvenzrecht Bd. I, 4. Aufl. 2000, KO § 10 Rn. 16.

114 Fundstelle s. o. Rn. 2.22 Fn. 38.

115 Ebenso für Österreich BARTSCH/POLLACK, 2. Aufl. a. a. O. (mit dem allerdings sehr gravierenden Unterschied, daß das österreichische Insolvenzrecht nicht nur in bezug auf einige wenige, sondern hinsichtlich *sämtlicher* Zurückbehaltungsrechte vorschreibt, sie »wie Pfandrechte zu behandeln«; vgl. § 10 II öst. KO, § 10 II öst. AO und hierzu AICHER a. a. O. ABGB § § 471 Rn. 11; BRAUMÜLLER S. 91 ff., 121 f.).

116 S. o. Rn. 2.47.

117 RGZ 77, 436 ff.; mehr oder weniger deutlich zustimmend die o. Rn. 2.47 in Fn. 86 Genannten, davon besonders deutlich JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 34; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 136; HENCKEL ZZZP 99 (1986) 419, 422; MünchKomm-BGB/KELLER³ § 273 Rn. 103 und HANISCH S. 217, die jedoch alle zu wenig berücksichtigen, daß ein Absonderungsrecht (auf das § 273 BGB nicht hinauslaufen dürfe) begrifflich voraussetzt, daß der betreffende Gegenstand zur Insolvenzmasse gehört (vgl. §§ 4 I, 48, 127 I KO bzw. §§ 50 I, 165 ff. InsO).

hatte sich jedoch geweigert zu liefern und auch eine ihr vom Konkursverwalter unter der Androhung, bei Nichterfüllung Schadensersatz zu fordern, gesetzte Nachfrist verstreichen lassen. Nachdem das Konkursverfahren infolge Zwangsvergleichs beendet war, verlangte der Kläger Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Demgegenüber machte die Beklagte geltend, durch die Verweigerung der Lieferung deshalb nicht in Verzug geraten zu sein, weil sie gem. § 273 BGB berechtigt gewesen sei, die Erfüllung des zweiten Kaufvertrages so lange zu verweigern, bis ihr fälliger und zur Konkurstabelle festgestellter Kaufpreisanspruch aus dem *ersten* Geschäft erfüllt werde.

- 2.59** Das RG¹¹⁸ stellte zunächst fest, daß das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen sei, daß die beiden Kaufverträge i. S. von § 273 I BGB als »dasselbe rechtliche Verhältnis« anzusehen seien¹¹⁹ und daß sich die Beklagte deshalb ohne den Konkurs auf § 273 BGB hätte berufen können.
- 2.60** Im Konkurs sei das jedoch anders: Aus den §§ 47–49 KO (§§ 49–51 InsO) ergebe sich, »daß im Konkurse Zurückbehaltungsrechte nicht schon auf § 273 gestützt werden, sondern nur im Rahmen des § 49 KO Wirksamkeit beanspruchen können«. Zurückbehaltungsrechten, bei denen die Voraussetzungen des § 49 KO (nunmehr § 51 InsO) nicht vorliegen, sei im Konkursverfahren die Berücksichtigung zu versagen¹²⁰. Als Konkursgläubigerin¹²¹ – und dies sei sie hinsichtlich des Kaufpreises aus dem *ersten* Vertrag geblieben¹²² – habe die Beklagte nach dem das Konkursrecht beherrschenden Grundsatz völligen Gleichstehens aller nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger ein außerhalb des Verfahrens gegebenes Zurückbehaltungsrecht nicht ausüben können.

118 RGZ 77, 436, 438.

119 Das Berufungsgericht hatte dazu ausgeführt (hier zitiert nach RGZ 77, 436, 437 f.): »wenn auch die beiderseitigen Ansprüche nicht auf einem und demselben Verträge beruhen, so sei doch das in § 273 aufgestellte Erfordernis der Konnexität, des rechtlichen Zusammenhangs zwischen Anspruch und Gegenanspruch gegeben. Die Parteien hätten in eine dauernde Geschäftsverbindung miteinander treten und eine einheitliche Grundlage schaffen wollen, auf der sie in Zukunft zeitlich getrennte Geschäfte auf Lieferung gleichartiger Waren unter denselben Bedingungen abzuschließen gedachten; die einzelnen beabsichtigten Geschäfte seien von ihnen von vornherein als in einem engen Zusammenhang miteinander stehend gedacht, derart, daß jedes neue Geschäft als Fortsetzung des früheren aufzufassen sei. Diesen ihren Absichten gemäß hätten die Parteien tatsächlich gehandelt, als sie den Vertrag vom 23. November 1906 und sodann, vor voller Erledigung der Lieferungen aus diesem, den Vertrag vom 1. Februar 1907 geschlossen hätten. Es müsse daher als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen, wenn von der Beklagten Lieferung auf Grund des zweiten Schlusses verlangt, ihr aber die ihr aus dem ersten Schluß geschuldete Leistung nicht gewährt worden sei«.

120 RGZ 77, 436, 438 f. Auf S. 439 wird die Anwendbarkeit von § 49 I Nr. 4 KO und § 369 HGB mit der Begründung verneint, daß die Beklagte »nicht die Zurückgabe oder die Zurückübertragung von Sachen des Klägers« geschuldet habe, »sondern die Leistung von aus ihren Beständen auszusonderndem Zucker«.

121 Vgl. § 3 I KO bzw. § 38 InsO.

122 Hinsichtlich des zweiten Vertrages galt hingegen § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO).

Zur Begründung berief sich das RG¹²³ auf die o. Rn. 2.51 auszugsweise wiedergegebenen MOTIVE des § 49 KO sowie auf folgende Überlegungen¹²⁴: **2.61**

»... (die Beklagte) würde sonst besondere, sie vor den anderen Konkursgläubigern bevorzugende, demgemäß diese anderen Konkursgläubiger benachteiligende Rechte erlangen. Es sei dabei noch darauf hingewiesen, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB darauf beruht, daß der Gläubiger (im Falle der Voraussetzungen des § 273) arglistig handelt, wenn er von dem Schuldner eine Leistung verlangt, aber die diesem gebührende Leistung nicht bewirkt. Ein arglistiges Handeln steht nicht in Frage, wenn nach Ausbruch des Konkurses der Konkursverwalter alles das zur Konkursmasse zieht, *was zu ihr gehört*¹²⁵, ... der Konkursverwalter erfüllt damit nur seine Pflicht, dem Zweck des Konkurses gemäß unter den Konkursgläubigern eine gleichmäßige Verteilung der Masse herbeizuführen.«

Dieser Begründung ist zu bescheinigen, daß sie sich mit den MOTIVEN des § 49 KO (§ 51 InsO) deckt¹²⁶. Das besagt aber noch nicht, daß das RG auch den zu entscheidenden Sachverhalt richtig beurteilt hat. Denn wie die MOTIVE des § 49 KO setzt auch die vom RG gegebene Begründung voraus, daß Gegenstände zurückbehalten werden sollen, die juristisch schon *zur Konkursmasse* gehören (vgl. die von mir kursiv hervorgehobene Wendung in der Argumentation des RG). Wie in anderem Zusammenhang¹²⁷ auch das RG festgestellt hat, lag der von ihm zu entscheidende Fall jedoch anders: »Die Beklagte schuldete nicht die *Zurückgabe* oder die *Zurückübertragung* von Sachen des *Klägers*, sondern die *Leistung* von aus *ihren* Beständen auszusonderndem Zucker; an dieser *Leistung* will die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht gehabt haben« (Hervorhebungen von mir). **2.62**

Das RG hat der Beklagten also mit einer Begründung, die nur auf die Zurückbehaltung von *zur Konkursmasse* gehörenden Gegenständen zutrifft, die Zurückbehaltung *eigener* Sachen versagt¹²⁸! Damit stellt es denjenigen, der an der betreffenden Sache volles Eigentum hat, schlechter als denjenigen, dem an einer dem *Gemeinschuldner* gehörenden Sache lediglich ein Pfandrecht, also nur ein vom Eigentum »abgesplittertes« Recht, zusteht. Denn der Pfandgläubiger könnte wenigstens abgesonderte Befriedigung verlangen (§ 48 KO bzw. § 50 InsO). Ebenso gesteht die h. M. demjenigen ein Absonderungsrecht zu, der die betreffende, an den Gemeinschuldner verkaufte (und von diesem schon vor Verfahrenseröffnung bezahlte¹²⁹) Sache *bereits übergeben* und unter der – noch schwebenden – aufschiebenden Bedingung der Bezahlung auch der aufgrund früherer Verträge gelieferten Ware, also unter sog. »erweitertem Eigentumsvorbehalt«, *übereignet* **2.63**

123 RGZ 77, 436, 439.

124 RGZ 77, 436, 440.

125 Hervorhebung von mir.

126 Vgl. o. Rn. 2.51.

127 Vgl. soeben Fn. 120.

128 Denselben Fehler begehen LENT, HANISCH und HENCKEL (vgl. o. Rn. 2.58 Fn. 117) und überhaupt fast alle Vertreter der h. M.

129 Zur Fragwürdigkeit dieser von SERICK und HENCKEL aufgestellten Voraussetzung vgl. u. Rn. 4.170 ff.

hat¹³⁰. Abgesonderte Befriedigung seiner Gegenforderung muß demnach das Mindeste sein, was auch derjenige, dem nach § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht an einer eigenen, dem Gemeinschuldner bislang *weder* übergebenen *noch* aufschiebend bedingt übereigneten Sache zusteht, im Insolvenzverfahren verlangen kann.

2.64 M. E. muß er darüber hinaus sogar in gleicher Weise wie außerhalb des Insolvenzverfahrens gem. § 273 BGB zur *Zurückbehaltung* seiner Sache berechtigt sein¹³¹. Der von der Gegenansicht gegebene Hinweis auf die nur schuldrechtliche Natur des § 273 BGB¹³² geht fehl, wenn man bedenkt, daß auch der Eigentums- und Besitzverschaffungsanspruch der Insolvenzmasse keinen dinglichen Charakter hat. Selbst dann, wenn nicht der Zurückbehaltungsberechtigte, sondern ein Dritter Eigentümer ist, gibt es keinen Grund, der Insolvenzmasse hinsichtlich der – ihr ja noch nicht gehörenden! – Sache ein das Zurückbehaltungsrecht des Verschaffungspflichtigen verdrängendes Recht zuzugestehen. Angemessener und mangels einer entgegenstehenden Gesetzesvorschrift allein maßgeblich ist auch hier der – im übrigen allgemein anerkannte¹³³ – Grundsatz, daß ein Schuldner die Einreden, die ihm gegen seinen Gläubiger zustehen, auch gegenüber dessen Insolvenzverwalter durchsetzen kann¹³⁴.

2.65 Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Begründung des § 49 (damals § 41) KO den Satz, daß die Konkursgläubiger nicht mehr Rechte als der Gemeinschuldner haben könnten, mit den bereits bei Rn. 2.51 wiedergegebenen Worten kommentiert: »... das ist nicht richtig; sie haben den Anspruch, daß alle nicht dinglich verhafteten Sachen des Gemeinschuldners zur gleichmäßigen Vertheilung für alle Konkursforderungen dienen (§ 2 des Entwurfs¹³⁵).« Zwar könnte man versucht sein, diese Äußerung der MOTIVE in dem Sinne zu interpretieren, daß es *schon im Prinzip* nicht richtig sei, daß die Konkursgläubiger nicht mehr Rechte haben als der Gemeinschuldner. Diese Deutung würde jedoch dem ganz selbstverständlichen Prinzip zuwiderlaufen, daß zur Konkursmasse nur solches Vermögen zählt, das dem Gemeinschuldner wirklich gehört (vgl. § 1 I KO bzw. § 35 InsO). Aus diesem Grundsatz folgt, daß ein Schuldner des Gemeinschuldners alle Einreden, die ohne den Konkurs gegen den Gemeinschuldner begründet wären, im Konkurs auch gegenüber dem Verwalter erheben kann. Die soeben zitierte Äußerung der MOTIVE ist demgegenüber so zu verstehen, daß dieser Grundsatz *nur insoweit* »nicht richtig« ist, wie seine strikte Anwendung den Anspruch der Konkursgläu-

130 Vgl. u. Rn. 4.170.

131 Zustimmung SCHWÖRER Rn. 217 ff.; SOERGEL/M. WOLF BGB¹² § 273 Rn. 48 bei Fn. 38 und – jedoch nicht auch für das *neue* Insolvenzrecht (s. u. Fn. 144) – KEPPLINGER S. 68 ff.

132 Vgl. MünchKomm-BGB/KELLER³ § 273 Rn. 103; STAUDINGER/SELB, 1995, BGB¹³ § 273 Rn. 41; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 49 Rn. 24; JAEGER/LENT KO⁸ § 49 Rn. 42; OLG Düsseldorf ZIP 1982, 471, 472.

133 Vgl. o. Rn. 2.12 Fn. 20.

134 A. M. HANISCH S. 217 (aber wohl hauptsächlich für die Fälle des § 17 KO / § 103 InsO); vgl. dazu u. Rn. 4.133 Fn. 353.

135 Später § 31 KO, nunmehr § 38 InsO.

biger, »daß alle nicht dinglich verhafteten Sachen *des Gemeinschuldners*¹³⁶ zur gleichmäßigen Vertheilung für alle Konkursgläubiger dienen«, beeinträchtigen würde. Das trifft für die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten gegenüber dem Konkursverwalter aber nur dann zu, wenn der Gegenstand, den der Konkursgläubiger wegen seiner Forderung zurückhält, bereits zur Konkursmasse gehört.

In allen anderen Fällen schließt die Begründung zur KO die Konkursfestigkeit des § 273 BGB weder ausdrücklich noch dem Sinne nach aus¹³⁷. Weder die KO-Novelle von 1898, welche die Bestimmungen der seit 1879 geltenden alten KO an die des inzwischen geschaffenen BGB anpassen sollte¹³⁸ und deshalb Veranlassung gehabt hätte, zur Frage der Konkursfestigkeit des erst durch das BGB¹³⁹ allgemein eingeführten Zurückbehaltungsrechts an »Leistungen« (also nicht nur an Sachen des Gegners) Stellung zu nehmen, noch das BGB oder sein Einführungsgesetz¹⁴⁰ haben insoweit eine Änderung gebracht¹⁴¹. Entsprechendes gilt für die InsO¹⁴², die am 1. 1. 1999 an die Stelle der KO getreten ist. Deshalb muß es hinsichtlich des Rechts zur Zurückbehaltung von Leistungen und von Gegenständen, die nicht

136 Hervorhebung von mir.

137 Ebenso Th. WOLFF LZ 1908, 36, 44; vgl. auch JAEGER/LENT KO⁸ § 49 Rn. 42 (am Anfang), der bei KO § 17 Rn. 34 aber dennoch RGZ 77, 436, 439 f. zustimmt (ebenso JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 136). Unrichtig FRIEDLÄNDER LZ 1909, 272, 276 und SCHLEGELBERGER, Das Zurückbehaltungsrecht S. 185: § 273 BGB sei schon dann ausgeschlossen, wenn der *Anspruch* auf die zurückbehaltene Leistung zur Konkursmasse gehöre (dazu u. Rn. 2.71).

138 *Begründung* S. 21 = HAHN Bd. VII S. 230 f. Vgl. auch Art. 1 EGBGB, der bestimmt, daß die KO-Novelle gleichzeitig mit dem BGB am 1. 1. 1900 in Kraft trat.

139 Vgl. o. Rn. 2.55 ff.

140 Eine ausdrückliche Regelung fehlt. In den MOTIVEN zum BGB (Bd. III S. 417) wird zwar die »Regel« anerkannt, »daß das Retentionsrecht im Konkurse nicht wirkt«, und auch die MOTIVE zu Art. 13 § 41 des EGBGB-Entwurfs erster Lesung (enthält eine später in § 49 KO bzw. § 51 InsO aufgegangene Änderung des alten § 41 KO) führen auf S. 113 aus: »Das Zurückbehaltungsrecht wirkt seiner Natur nach nicht im Konkurse ...«. Beide Äußerungen betreffen aber den heutigen § 1000 BGB, also (§ 985 BGB) nur die Zurückbehaltung von Sachen, die zur *Konkursmasse* gehören. Das übersieht JAEGER KO¹ § 49 Anm. 42, der unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien ausführt, daß *sämtliche* nach § 273 BGB denkbaren Zurückbehaltungsrechte dem Konkursverwalter gegenüber unwirksam seien (vgl. auch dens. KO¹ § 21 Anm. 15). – Zu Bd. II S. 42/43 der MOTIVE zum BGB s. o. Rn. 2.31 mit Fn. 58.

141 Auch der – ohne Erfolg – von Hamburg bei der Beratung des heutigen § 273 BGB im Justizausschuß des Bundesrates gestellte Antrag, »dem Retentionsrechte des BGB im Konkurse die gleiche Bedeutung und Tragweite einzuräumen wie dem kaufmännischen Retentionsrechte« (vgl. JAKOBS/SCHUBERT S. 208 f.), hat ersichtlich (vgl. § 369 I 1 HGB und den später in § 49 I Nr. 4 KO bzw. § 51 Nr. 3 InsO aufgegangenen Art. 13 § 41 Ziff. 4 des ersten Entwurfs zum EGBGB) nur die Zurückbehaltung von Sachen des (Gemein-)Schuldners, also von *Massegegenständen*, im Auge (zu dem dieser These scheinbar entgegenstehenden § 369 I 2 HGB vgl. MAROTZKE JA 1988, 125 Fn. 74). Über die Konkursfestigkeit des durch § 273 BGB außerdem noch gewährten Rechts, auch »Leistungen« bzw. noch *nicht* zur Konkursmasse gehörende – also z. B. *eigene* – Sachen zurückzubehalten, scheint man auch dort nicht nachgedacht zu haben.

142 A. M. KEPPLINGER S. 72 ff., 124 f., 133 f., 201 f., 205 f., 315, 348 ff., 353 (dazu sogleich Fn. 144). Vgl. zu § 104 II 3 InsO u. Rn. 4.157 und zu § 105 Satz 1 InsO u. Rn. 4.158 ff.

Bestandteil der Insolvenzmasse sind¹⁴³, bei dem allgemeinen Grundsatz bleiben, daß Einwendungen, die einer Forderung entgegenstehen, auch gegenüber dem Insolvenzverwalter des Gläubigers geltend gemacht werden können¹⁴⁴.

- 2.67** Dafür spricht auch die Wertung, die den insolvenzrechtlichen Vorschriften über die *Aufrechnung* zugrunde liegt. Ist ein Insolvenzgläubiger zur Zeit der Verfahrenseröffnung zur Aufrechnung befugt, so wird dieses Recht »durch das Verfahren nicht berührt« (§ 94 InsO). Selbst auf eine erst nach Verfahrenseröffnung eingetretene Aufrechnungslage kann sich ein Insolvenzgläubiger u. U. berufen (§ 95 InsO, Ausnahmen in §§ 95 I 3, 96 InsO). Eine Rechtsordnung, die einem einfachen Insolvenzgläubiger so großzügig das Recht beläßt, sich durch Aufrechnung eine eigenmächtige *Vorabbefriedigung* aus der Insolvenzmasse zu verschaffen, wird auch die Insolvenzfestigkeit des § 273 BGB nicht generell verneinen dürfen¹⁴⁵: Hier wie dort paßt die in der Begründung der §§ 53 ff. KO¹⁴⁶ getroffene Feststellung, daß es eine »durchaus unrichtige Idee« sei, daß »im Konkurse soweit möglich zu Gunsten der Masse entschieden und das Recht Dritter auf *alle* Weise beschränkt werden müßte«.
- 2.68** Umgekehrt müssen aber auch die *Beschränkungen*, die das Insolvenzrecht in bezug auf die Aufrechnung vorsieht, sinngemäß auf das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB erstreckt werden. Soweit § 96 InsO die Aufrechnung für unzulässig erklärt, wird man dem Gläubiger also auch das Recht versagen müssen, sich gegenüber dem Insolvenzverwalter bis zur vollständigen Berichtigung der eigenen Forderung auf § 273 BGB zu berufen¹⁴⁷.

143 Ohne diese Einschränkung SEUFFERT u. PETERSEN/KLEINFELLER a. a. O. (Rn. 2.47 Fn. 80).

144 Wie hier – jedoch noch zum *Konkursrecht* – K. MEYER SeuffBl. 68 (1903) 6, 10; von THUR Bd. I S. 303 f.; Th. WOLFF LZ 1908, 36, 44 a. E.; SCHWÖRER Rn. 217 ff.; SOERGEL/M. WOLF BGB¹² § 273 Rn. 48 bei Fn. 38; vgl. auch DERNBURG (o. Rn. 2.47 Fn. 85). Bemerkenswert auch GEHRE, Kommentar zum StBerG, 4. Aufl. 1999, § 66 Rn. 15 f. und LG Düsseldorf ZIP 1997, 1657 (soweit zum Zurückbehaltungsrecht des Steuerberaters an seinen »Arbeitsergebnissen«; vgl. ergänzend HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 9, § 115 Rn. 6). **Anders** jedoch die ganz h. M. (s. o. Rn. 2.47 mit Fn.) und auch KEPPLINGER S. 72 ff., 124 f., 133 f., 201 f., 205 f., 315, 348 ff., 353, die zwar für das *Konkursrecht* der hier vertretenen Ansicht folgt, jedoch für das *neue* Insolvenzrecht die These vertritt, daß sich das Unwirksamwerden von Zurückbehaltungsrechten aus Sinn und Zweck des § 105 Satz 1 InsO ergebe – und zwar ganz allgemein, also über den eigentlichen Anwendungsbereich der Vorschrift hinaus (was aber wegen der u. Rn. 4.161 [mit Fn. 419 f.] beschriebenen Wertungswidersprüche zu anderen Bestimmungen der InsO nicht akzeptiert werden kann).

145 Gegen dieses Argument wenden sich – m. E. zu Unrecht (vgl. JA 1988, 117, 125) – HENCKEL in ZZZ 99 (1986) 419, 422 und LUTHER S. 46 Fn. 202. Vgl. auch u. Fn. 147.

146 MOTIVE zur KO S. 225/226 = HAHN Bd. IV S. 215 (Hervorhebung des Wortes »alle« von mir). Noch weitergehend setzt die Begründung des RegEInsO; BT-Drucks. 12/2443, S. 140 (zu § 107 RegE/§ 95 InsO) in Übereinstimmung mit der o. Rn. 2.46 erwähnten h. M. einen *nicht auf die Situation des Aufrechnungsausschlusses beschränkten* Ausschluß des § 273 BGB voraus. Begründet wird das jedoch nicht; vgl. auch o. Rn. 2.47 Fn. 84.

147 Vgl. auch u. Rn. 4.156 und BGH NJW 2001, 367 ff. (ad II 2, 3) = ZIP 2000, 2207 ff. m. Anm. SCHMITZ. Die Entscheidung des BGH betraf einen Fall, auf den man nach *neuem* Recht den § 96 I Nr. 3 InsO anwenden müßte.

cc) Ergebnis

Entgegen der h. M. sind also nicht nur Massegläubiger, sondern auch Insolvenzgläubiger berechtigt, ein Zurückbehaltungsrecht, das ihnen § 273 BGB gegenüber einer Forderung des insolventen Schuldners gewährt, *auch gegenüber dem Insolvenzverwalter* geltend zu machen. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz¹⁴⁸, daß der Insolvenzverwalter von dem insolventen Schuldner nicht mehr Rechte herleiten kann, als diesem selbst zustehen. **2.69**

Allerdings gilt dieses Prinzip nicht schrankenlos; es wird begrenzt durch das allen Insolvenzgläubigern nach § 3 I KO bzw. § 38 InsO zustehende Recht auf gleichmäßige Befriedigung aus dem Vermögen des insolventen Schuldners¹⁴⁹. Diese Einschränkung zwingt dazu, einem Insolvenzgläubiger – nicht hingegen einem Massegläubiger¹⁵⁰ – die Zug-um-Zug-Einrede des § 273 BGB gegenüber dem eine Gegenforderung der Masse erhebenden Insolvenzverwalter dann zu versagen, wenn der Gegenstand, den der Gläubiger zurückbehalten möchte, zur Insolvenzmasse gehört^{150a}. **2.70**

Daß der *Anspruch* auf die zurückbehaltene Leistung zur Insolvenzmasse gehört, genügt zum Ausschluß des § 273 BGB nicht¹⁵¹, sondern ist nur eine (durch Einziehungsermächtigung ersetzbare) Voraussetzung dafür, daß der Insolvenzverwalter diesen Anspruch überhaupt erheben und dadurch die Frage nach der Insolvenzfestigkeit des § 273 BGB praktisch werden lassen kann. **2.71**

Wenn und soweit ein Zurückbehaltungsrecht auch im Insolvenzverfahren des Gegners wirkt, stellt sich die Frage, ob und auf welche Weise der Insolvenzverwalter die mit diesem Recht behaftete Forderung der Masse einziehen kann. Diese Frage ist bei Rn. 4.133 ff. behandelt. **2.72**

148 Vgl. o. Rn. 2.12 Fn. 20.

149 MOTIVE zur KO S. 213 = HAHN Bd. IV S. 205. Vgl. dazu o. Rn. 2.51 ff., 2.65.

150 MOTIVE zur KO S. 212 f. = HAHN a. a. O. (wörtlich wiedergegeben o. Rn. 2.10, 2.51).

150a Um einen *Massegegenstand* handelte es sich z. B. bei dem Versicherungsschein im Fall BAG ZIP 1999, 1638 ff., 1642 = NZI 2000, 341 ff., 343. Leider hat das BAG jedoch nicht die entscheidungserhebliche (s. o. bei Fn. 150) Frage untersucht, ob »die durch den Widerruf des Bezugsrechts ausgelösten arbeitsrechtlichen Schadensersatzansprüche« wirklich nur *Insolvenzforderungen* waren. Die §§ 20, 59 I Nr. 1 und Nr. 2 Alt. 2 KO (§§ 108 I 1, 55 I Nr. 1 und Nr. 2 Alt. 2 InsO) sprachen im konkreten Fall eher für die Einordnung als *Masseverbindlichkeiten*.

151 So aber SCHLEGELBERGER, Das Zurückbehaltungsrecht S. 185; FRIEDLÄNDER LZ 1909, 272, 276 und in der Sache auch RGZ 77, 436, 439 f.; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 34; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 136, § 21 Rn. 22; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 421 ff.; LUTHER S. 46 Fn. 202; MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 23; B. MEYER KuT 1929, 182, 184 (r.Sp.).

e) Konsequenzen für Insolvenzfestigkeit des § 320 BGB

- 2.73** Nach allem löst sich der Widerspruch¹⁵² zwischen der den MOTIVEN zur KO zugrunde liegenden Ansicht, daß die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB im Konkurs des Gegners »selbstverständlich« (also nicht erst infolge der §§ 171, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) wirksam bleibt¹⁵³, und der herrschenden Meinung, die die verwandte Zug-um-Zug-Einrede des § 273 BGB für nicht konkursfest erklärt¹⁵⁴, auf eine ebenso eindeutige wie überraschende Weise: durch eine Korrektur der These, daß sich ein Insolvenzgläubiger gegenüber einer vom Verwalter geltend gemachten Forderung der Masse selbst dann nicht auf § 273 BGB berufen könne, wenn diese Zug-um-Zug-Einrede schon vor Verfahrenseröffnung gegenüber dem Gemeinschuldner begründet war. Im Prinzip sind nämlich nicht nur *Masse*gläubiger, sondern auch einfache *Insolvenz*gläubiger berechtigt, ein Zurückbehaltungsrecht, das ihnen § 273 BGB gegenüber einer Forderung des Gemeinschuldners gewährt, auch dem Insolvenzverwalter entgegenzuhalten. Und dies spricht für die Richtigkeit der Ansicht, daß auch die verwandte Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB i. d. R. selbst dann insolvenzfest wäre, wenn die zugrundeliegende Forderung *nicht* nach Maßgabe des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO in eine *Masse*verbindlichkeit verwandelt würde.
- 2.74** Nur wenn die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB auf die Zurückbehaltung eines bereits zur *Insolvenzmasse* gehörenden Gegenstandes hinausläuft (die einem einfachen Insolvenzgläubiger nicht erlaubt wäre¹⁵⁵), hängt ihre Insolvenzfestigkeit davon ab, daß der die Einrede begründende Gegenanspruch nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer *Masse*verbindlichkeit aufgewertet wird. (Übrigens wird ein geschickter Insolvenzverwalter eine solche Aufwertung zu vermeiden wissen, indem er z. B. eine von dem insolventen Schuldner nach § 930 BGB zu Eigentum erworbene, aber noch nicht vollständig bezahlte Kaufsache von dem noch im Besitz befindlichen Verkäufer keinesfalls aufgrund des Kaufvertrages¹⁵⁶, dessen Erfüllung er zur Klarstellung ausdrücklich ablehnen mag, sondern nur aufgrund des Eigentums der Insolvenzmasse und des bei der Übereignung vereinbarten Besitzmittlungsverhältnisses¹⁵⁷ herausverlangt¹⁵⁸ – was ihm freilich,

152 Vgl. o. Rn. 2.26 ff.

153 Vgl. o. Rn. 2.12 ff.

154 Vgl. o. Rn. 2.46 ff.

155 Vgl. o. Rn. 2.50 ff.

156 Was in der Praxis ohnehin selten akut werden wird; denn darin, daß der Käufer sich auf eine Übereignung nach § 930 BGB einläßt, wird oft eine nachträgliche Abdingung der Übergabepflicht aus § 433 I 1 BGB, verbunden mit deren Ersetzung durch das im Rahmen des § 930 BGB vereinbarte Besitzmittlungsverhältnis zu sehen sein; vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 46.

157 Das i. d. R. kein »gegenseitiger« Vertrag i. S. der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, sondern ein Leihvertrag sein wird.

158 Vorausgesetzt bei LANDFERMANN RabelsZ 1970, 523, 540 (o.); vgl. auch FÖRSTER/ECCIUS Bd. II § 141 Fn. 121 unmittelbar nach dem Hinweis auf »unten Anm. 191«. A. M. anscheinend JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 46 im drittletzten Satz: »... ist das Wahlrecht für den Konkursverwalter insofern von Bedeutung, als er die Besitzübertragung zur Masse nur

solange noch § 44 KO galt¹⁵⁹, gegenüber einem Versandungsverkäufer i. d. R. verwehrt war¹⁶⁰.)

verlangen kann, wenn er den Kaufpreis aus der Masse bezahlt (§ 59 I Nr. 2).« Dieser Satz findet zwar eine Bestätigung in den MOTIVEN zur KO; dies jedoch nur für den Fall, daß sich der Kaufvertrag nach französischem Recht richtete (MOTIVE zur KO S. 213 = HAHN Bd. IV S. 205; wörtlich zitiert und kommentiert o. Rn. 2.10, 2.54), der Verkäufer einer Speziessache sein Eigentum also bereits mit dem Kaufabschluß verlor (Vgl. o. Rn. 2.54) und deshalb eines besonderen Schutzes bedurfte (zu weiteren Rücksichten der Gesetzgeber auf das französische Recht Vgl. u. Rn. 7.13 ff., 7.73). Nach dem nun im gesamten Geltungsbereich der KO (InsO) geltenden BGB hat es der Verkäufer aber in der Hand, sich sein Eigentum bis zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises vorzubehalten (Trennungsprinzip und § 455 BGB). Unterläßt er dies, so mag er auch die Konsequenzen seiner Vorleistung tragen. Ebenso übrigens auch HENCKEL a. a. O. für den Fall, daß darin, daß der Käufer (jetzige Gemeinschuldner) sich auf eine Übereignung in der Form des § 930 BGB einließ, eine nachträgliche Abdingung der kaufvertraglichen Übergabepflicht, verbunden mit deren Ersetzung durch das im Rahmen des § 930 BGB vereinbarte Besitzmittlungsverhältnis, zu sehen sei (Konsequenz: Unanwendbarkeit der §§ 17, 59 I Nr. 2 KO / §§ 103, 55 I Nr. 2 InsO). Dann aber darf die Insolvenzmasse auch in dem Fall nicht schlechter stehen, daß sie ihren Herausgabeanspruch nicht nur auf § 985 BGB und das Besitzmittlungsverhältnis, sondern auch auf den – ausnahmsweise nicht abbedungenen – § 433 I 1 BGB stützen könnte (so aber HENCKEL, der a. a. O. ausführt, daß der Konkursverwalter die Besitzübertragung in diesem Falle »nur« mit der Konsequenz des § 59 I Nr. 2 KO verlangen könne).

159 Eine dem § 44 KO entsprechende Vorschrift wurde in die am 1. 1. 1999 in Kraft getretene InsO nicht aufgenommen. Zum Übergangsrecht s. u. Rn. 7.84 ff.

160 Denn wer sein bereits auf den Gemeinschuldner übergegangenes (vgl. u. Rn. 4.106, 7.69 ff.) Eigentum nach § 44 I KO (der jedoch nicht in die InsO übernommen wurde) zurückverlangen kann, falls die Ware erst während des Konkurses »an dem Orte der Ablieferung angekommen« ist, muß konsequenterweise auch als berechtigt angesehen werden, dann, wenn er die beabsichtigte Versendung noch gar nicht vorgenommen hat, das auf § 985 BGB gestützte Herausgabeverlangen des Konkursverwalters bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung zurückzuweisen. Ebenso, wenn auch nicht unter besonderer Hervorhebung des (heute) in § 930 BGB normierten Erwerbstatbestandes: BLEYER KO § 44 Anm. 3 a; v. VÖLDERNDORFF KO § 36 Anm. e mit Fn. 30; KOHLER, Lehrbuch ... S. 174; OETKER, Das Verfolgungsrecht S. 131 f.; wohl auch MOTIVE zur KO S. 170 = HAHN Bd. IV S. 170. A. M. jedoch KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 44 Anm. 3; JAEGER/LENT KO⁸ § 44 Rn. 13; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 44 Rn. 6 a; FITTING³ S. 265 Fn. 12; RIETMEYER S. 21; WILLENBÜCHER/GÜNTHER KO § 44 Rn. 4; vgl. auch die nur mittelbar einschlägige Entscheidung RG JW 1910, 394 Nr. 17. Die Vertreter der Gegenseite wollen der Entscheidung RGZ 33, 23 ff. entnehmen, daß eine Anwendung des § 44 KO ausgeschlossen sei, wenn der Verkäufer in der Form des § 930 BGB an den Gemeinschuldner übereignet habe (anders aber z. B. BAUR/STÜRNER¹² Bd. II Rn. 14.34). Dabei wird jedoch vernachlässigt, daß diese Entscheidung gar nicht zu § 44 KO, sondern zu dem die Untersuchungs- und Rügepflicht (!) des Käufers betreffenden Art. 347 des damaligen ADHGB ergangen ist, der in seinen ersten beiden Absätzen bestimmte (vgl. GAREIS/FUCHSBERGER S. 723):

»(I) Ist die Ware von einem anderen Orte übersendet, so hat der Käufer ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach dem ordnungsgemäßen Geschäftsgange thunlich ist, die Ware zu untersuchen, und wenn sich dieselbe nicht als vertragsmäßig oder gesetzmäßig (Artikel 335) ergibt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen.

(II) Versäumt er dies, so gilt die Ware als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sorgfältigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange nicht erkennbar waren.«

2.75 Jedoch sind Fälle, in denen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auf die Zurückbehaltung eines bereits zur *Insolvenzmasse* gehörenden Gegenstandes hinausläuft, seit Inkrafttreten des zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft streng trennenden BGB¹⁶¹ und mit der zunehmenden Verbreitung des Eigentumsvorbehalts so selten geworden¹⁶², daß in dieser Besonderheit eher eine die Regel der Insolvenzfestigkeit des § 320 BGB bestätigende Ausnahme als eine Stütze der h. M. gesehen werden kann, die den Grund für die Insolvenzfestigkeit des § 320 BGB generell in den §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO / §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO erblickt.

3. Abschließende Definition von Sinn und Zweck der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO

2.76 Außer in den bei Rn. 2.74 erwähnten Sonderfällen hat sich die heute herrschende Ansicht¹⁶³, daß die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB ohne die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nicht insolvenzfest wäre, als unzutreffend erwiesen: Selbst wenn es die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nicht gäbe, könnte der Insolvenzverwalter den Vertragspartner des insolventen Schuldners i. d. R. nicht zwingen, seinerseits voll zur Masse zu erfüllen und sich wegen der Gegenforderung mit der Quote zu begnügen. Folglich können die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie den ihnen von der h. M.¹⁶⁴ zugeschriebenen Zweck verfolgen, dem Vertragspartner diese (in der Tat unzumutbare) Zwangslage zu ersparen. Die ratio legis muß also eine andere sein.

2.77 Da sich die in den MOTIVEN zu §§ 17 ff. KO vertretene Auffassung, daß die Konkursfestigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages geradezu »selbstverständlich« sei¹⁶⁵, als im wesentlichen zutreffend erwiesen hat, bestehen keine Bedenken dagegen, Sinn und Zweck der den §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO nachempfundenen §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auch heute noch im Lichte dieser Ausgangsthese zu interpretieren. Das bedeutet:

2.78 In den die Regel bildenden Fällen, in denen der Vertrag ohne das Insolvenzverfahren nur Zug um Zug zu erfüllen wäre und der von dem Vertragspartner des

M. E. geht es zu weit, die zu dieser Bestimmung ergangene Rspr. ohne weiteres auf den einen ganz anderen Interessenwiderstreit regelnden § 44 KO zu übertragen.

161 Da das Eigentum an einer verkauften Sache nach dem *BGB* nicht schon durch den Kaufvertrag, sondern erst infolge der dinglichen Verfügung auf den Käufer übergeht, läuft die Zug-um-Zug-Einrede des auf Herausgabe der unbezahlten Ware in Anspruch genommenen Verkäufers heute i. d. R. auf die Zurückbehaltung einer noch *nicht* im Eigentum des Käufers (Gemeinschuldners) stehenden Sache hinaus. Anders das in den MOTIVEN zu § 49 KO besonders erwähnte *französische* Recht (vgl. das wörtliche Zitat o. Rn. 2.10 und ergänzend Rn. 2.54, 2.74 Fn. 158).

162 Vgl. aber immerhin Rn. 2.74 und Rn. 4.128 (bei Fn. 341).

163 Nachweise o. Rn. 2.8 Fn. 10.

164 Nachweise o. Rn. 2.9 Fn. 11.

165 Vgl. o. Rn. 2.14 f.

insolventen Schuldners zu leistende Gegenstand noch nicht¹⁶⁶ zur Insolvenzmasse gehört, wollen die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nicht den Vertragspartner vor der (ihm hier bereits durch § 320 BGB ersparten) Zumutung bewahren, den Vertrag vollständig erfüllen und sich selbst mit der Quote begnügen zu müssen, sondern einzig und allein dem Interesse der übrigen Insolvenzgläubiger dienen¹⁶⁷, denen daran gelegen sein muß, daß der Insolvenzverwalter zu ihren Gunsten auch solche Ansprüche der Masse realisieren kann, deren Schicksal von einer noch nicht erbrachten Gegenleistung abhängt¹⁶⁸.

Besonders deutlich kommt diese Intention in jener Passage der MOTIVE¹⁶⁹ zum Ausdruck, die den §§ 17 ff. KO die Aufgabe zuweist, ähnliche Schwierigkeiten zu lösen wie jene, die im Bereich der Einzelzwangsvollstreckung aufgrund einiger der damals geltenden Prozeßgesetze dazu geführt hatten, daß die »Anweisung oder Überweisung« einer Forderung des Schuldners aus einem von diesem noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag als nicht möglich angesehen wurde, und in deren Anbetracht die Verfasser der – damals bereits im Entwurf vorliegenden – ZPO es immerhin für nötig hielten, für den Fall, daß die Einziehung einer überwiesenen Forderung von einer Gegenleistung abhängig ist, eine »andere Art der Verwertung« zuzulassen (vgl. heute § 844 ZPO). Diese bereits in der Einzelzwangsvollstreckung aufgetretenen Schwierigkeiten werden nämlich noch übertriffen von denen, die sich bei der Einziehung einer von einer Gegenleistung abhängigen Forderung durch einen *Insolvenzverwalter* des Gläubigers ergeben. **2.79**

166 Andernfalls gilt das bei Rn. 2.74 Ausgeführte.

167 Etwas anders JAEGER/HENCKEL⁹; zwar diene das *Wahlrecht*, das § 17 KO dem Konkursverwalter einräume, nicht dem Schutz des Vertragspartners, sondern dem der Masse (KO § 17 Rn. 7). Die §§ 17, 59 I Nr. 2 KO *selbst* hingegen dienen *sowohl* dem Schutze des Vertragspartners, indem sie dessen Zug-um-Zug-Einrede aus § 320 BGB mit Konkursfestigkeit versähen (KO § 17 Rn. 6, 40, 54), *als auch* dem Interesse der Konkursmasse. Vgl. in letzterer Hinsicht JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 8 ff., besonders Rn. 9 (und dazu sogleich Fn. 168): »Daß der Konkursverwalter die schuldrechtliche Forderung des Vertragspartners, die an sich Konkursforderung i. S. des § 3 ist, nach §§ 17, 59 I Nr. 2 als Masseschuld erfüllen darf, hat seinen Grund darin, daß die aus dem gegenseitigen Vertrag ausstehende Leistung des Gemeinschuldners noch zur Masse gehört. Der Konkursverwalter muß den Leistungsgegenstand deshalb verwerten. Stellt er fest, daß die günstigste Verwertung dadurch erreicht wird, daß er den Gegenstand dem Vertragspartner des Gemeinschuldners zu der von diesem versprochenen Gegenleistung überläßt, so kann und soll er nach § 17 die Erfüllung des Vertrages wählen.«

168 Zu eng definiert HENCKEL den Schutzzweck des § 17 KO (§ 103 InsO) nicht im Hinblick auf die Verwertung des der *Insolvenzmasse* zustehenden Leistungsanspruchs, sondern im Hinblick auf die Verwertung des dem *anderen* Vertragsteil vom Gemeinschuldner versprochenen Leistungsgegenstandes (vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 9, wörtlich zitiert soeben in Fn. 167), dessen Zugehörigkeit zu der für den Verwalter verfügbaren Masse deshalb Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 17 KO / § 103 InsO sei (JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 35, 52, 64; ähnlich MELLWIG S. 62, 68 ff., 72, 137, 140). Die Zugehörigkeit des Leistungsgegenstandes zur Insolvenzmasse kann aber schon deshalb nicht Voraussetzung des § 17 KO bzw. § 103 InsO sein, weil die Vorschrift den Verwalter ggf. auch zur Erfüllung solcher Verbindlichkeiten ermächtigt, die sich auf erst noch zu beschaffende Gegenstände richten (vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 23).

169 MOTIVE zur KO S. 63 = HAHN Bd. IV S. 83; wörtlich wiedergegeben o. Rn. 2.20.

Denn während es jemandem, der sich eine Forderung seines Schuldners pfänden und überweisen ließ, oft möglich sein wird, die dem Drittschuldner das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB gewährende Gegenforderung dadurch zum Erlöschen zu bringen, daß er die Gegenleistung anstelle seines Schuldners gem. § 267 BGB selbst bewirkt, wäre ein Insolvenzverwalter, gäbe es die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nicht, in einer schwierigeren Lage. Er könnte der Zug-um-Zug-Einrede des Vertragspartners nur dadurch Rechnung tragen, daß er etwas tut, was ihm nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, auf denen auch die §§ 38 ff., 45, 87, 174 ff., 187 ff. InsO (§§ 3 I, 12, 61 ff., 69, 138 ff., 149 ff. KO) beruhen, eigentlich verboten ist: Er müßte die bereits bei Verfahrenseröffnung begründet gewesene und deshalb an sich nur eine Insolvenzforderung (§ 38 InsO) darstellende Gegenforderung des Vertragspartners vertragsgemäß und vollständig erfüllen (statt sie nur mit der Quote abzuspiesen). Für den Insolvenzverwalter ist deshalb wichtig zu wissen, ob er an das Verbot, einem Insolvenzgläubiger mehr als die auf ihn entfallende Quote zu gewähren, auch dann gebunden ist, wenn die strikte Befolgung die Einziehung eines zur Insolvenzmasse gehörenden Gegenanspruchs vereiteln und sich somit für die übrigen Insolvenzgläubiger, die das Verbot an sich schützen will, nachteilig auswirken würde.

2.80 M. E. wäre die Frage im Wege teleologischer Reduktion dieses Verbots selbst dann zu verneinen, wenn es die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nicht gäbe¹⁷⁰. Dafür spricht auch § 55 I Nr. 1 InsO¹⁷¹: Wenn der Insolvenzverwalter nach dieser Vorschrift sogar völlig *neue* Masseverbindlichkeiten begründen kann und darf, falls dies im Interesse der Insolvenzgläubiger liegt, muß ihm auch erlaubt sein, eine einfache Insolvenzforderung *wie* eine Masseverbindlichkeit zu erfüllen, wenn nur so eine (höherwertige) Gegenforderung der Masse realisiert werden kann. Die Verfasser der KO hielten diese Fragen allerdings für so schwierig, daß es ihnen »bedenklich« erschien, »die Lösung dieser Schwierigkeiten lediglich der Anwendung allgemeiner Grundsätze des bürgerlichen Rechts und des Konkursrechts zu

170 Im Ergebnis ebenso LETZGUS S. 69; STRACKE S. 106; vgl. ferner MünchKomm-BGB/H.P. WESTERMANN³ § 455 Rn. 85 bei Fn. 229; STAUDINGER/HONSELL BGB¹⁵ § 455 Rn. 49; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang Rn. 157; GEORGIADIS S. 144; FLUME AcP 161 (1962) 385, 405; LUTHER S. 47; MARKMANN S. 14 (der aber zu Unrecht annimmt, daß die Gegenverbindlichkeit des Gemeinschuldners von vornherein Masseschuld wäre, wenn es § 17 KO nicht gäbe); a. M. PLETZSCH S. 55; WIESER NJW 1970, 913, 915 Fn. 26; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 7, 51 (etwas relativierend ders. in ZZP 99 [1986] 419, 421); wohl auch GLÜCK S. 37 f.; HUBER BB 1964, 731, 733 (bei Fn. 30), 735 (vor Fn. 40 a); KEPPLINGER S. 76 f., 119 f.; die Frage offen lassend KOZIOL ÖBA 1998, 745, 753. Die Äußerung der MOTIVE zur KO (S. 68 = HAHN Bd. IV S. 87, zitiert bei HUBER a. a. O. in Fn. 30), nach der der Verwalter »nicht die Willkür« haben soll, »die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners als Masseschuld zu erfüllen«, ist auf den – hier nicht interessierenden – Fall gemünzt, daß der Vertragspartner bereits voll erfüllt hat. In den MOTIVEN zu dem Entwurf einer Deutschen *Gemeinschuldordnung* (Bd. I S. 91) heißt es übrigens noch: »... das Wahlrecht des Verwalters ist nicht von dem Gesetz ihm zu verleihen, sondern als einfache Konsequenz des allgemeinen Rechts zu bestätigen.«

171 Vgl. LETZGUS und STRACKE, beide a. a. O.

überlassen«¹⁷². Sie schufen deshalb in Gestalt der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) ausdrückliche Bestimmungen, die *klarstellen*¹⁷³, daß der Insolvenzverwalter von der Pflicht, den Vertragspartner hinsichtlich seiner bereits zur Zeit der Verfahrenseröffnung begründet gewesenen Forderung mit der Quote abzuspensen, entbunden sein soll¹⁷⁴ wenn dies notwendig erscheint, um die in dem Gegenanspruch des insolventen Schuldners liegende Erwerbschance unter Respektierung der dem anderen Teil zustehenden Einreden (§§ 320 ff. BGB) für die Masse zu realisieren.

Dieser Gesetzeszweck erklärt auch, weshalb § 103 InsO dem Insolvenzverwalter **2.81** das Erfüllungsrecht nur für den Fall ausdrücklich zugesteht, daß auch der andere Teil seine vertraglichen Pflichten noch nicht vollständig erfüllt hat: Hat der Vertragspartner bereits vollständig erfüllt, so gibt es ja überhaupt keinen Anspruch mehr, den der Insolvenzverwalter noch geltend machen könnte und zu dessen Durchsetzung er des Rechts zur vertragsgemäßen Erfüllung des Gegenanspruchs bedürfte.

Nicht nur § 103 I, sondern auch § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, der die Gegenforderung **2.82** des vom Insolvenzverwalter auf Erfüllung in Anspruch genommenen Vertragspartners zu einer Masseverbindlichkeit aufwertet und deshalb primär *dessen* Interessen zu dienen scheint, erweist sich bei näherer Betrachtung als eine Bestimmung, die zumindest *auch* den Interessen der *Insolvenzmasse* dient: Die Existenz des § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (nunmehr § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) war eine wichtige Grundbedingung für die Entscheidung des Gesetzgebers, dem Vertragspartner, der nach den getroffenen Vereinbarungen ja vorleistungspflichtig sein kann, in diesem Fall nicht allein schon wegen der Verfahrenseröffnung das Recht zuzugestehen, dem Verwalter die Vorleistung bis zur Bewirkung einer die Gegenleistung deckenden Sicherheit zu verweigern¹⁷⁵.

Eine nicht unwesentliche Bedeutung hat § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 **2.83** InsO) auch für die sehr massefreundliche Entscheidung der in den MOTIVEN zur KO¹⁷⁶ aufgeworfenen Frage gehabt, ob de lege ferenda vielleicht schon die bloße Tatsache der Konkursöffnung als Grund angesehen werden sollte, dem Vertragspartner des Schuldners das Recht zuzugestehen, sich von dem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrag loszusagen und auf diese Weise der Leistungspflicht einseitig zu entledigen. Der Gesetzgeber hat diese Frage, die sich besonders

172 MOTIVE zur KO S. 63 = HAHN Bd. IV S. 83.

173 Vgl. auch die MOTIVE zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung a. a. O. (o. Fn. 170 a. E.) und RIMMELSPACHER² Rn. 515.

174 Vgl. aber § 133 Nr. 2 KO / § 160 I InsO, wonach der Verwalter u. U. die Genehmigung des Gläubigerausschusses bzw. der Gläubigerversammlung einzuholen hat. Dazu schon o. Rn. 2.2.

175 Dazu o. Rn. 2.22 ff.

176 MOTIVE S. 66 f. = HAHN Bd. IV S. 86 (zu § 15 des Entwurfs = § 17 KO = § 103 InsO); MOTIVE S. 86 ff. = HAHN Bd. IV S. 102 ff. (zu § 21 des Entwurfs = späterer § 26 KO, dem z. T. die heutigen §§ 103 II 1, 105 Satz 2 InsO entsprechen).

für einen vorleistungspflichtigen und deshalb nicht schon durch § 320 BGB¹⁷⁷ geschützten Vertragspartner stellt, in erster Linie deshalb verneint, weil § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) den Konkursverwalter, der gem. § 17 I KO (§ 103 I InsO) die Vertragserfüllung verlangt, für verpflichtet erklärt, den Gegenanspruch des Vertragspartners, der an sich nur einfache Konkursforderung wäre, als *Masseverbindlichkeit* zu erfüllen. Die MOTIVE führen aus¹⁷⁸:

»Denn abgesehen davon, daß eine Veränderung der Umstände – eigentlich nach allen Rechtssystemen – überhaupt nicht eine Aufhebung des Vertrages begründet, darf eine solche Veränderung gewiß nicht in dem Eintritt des Konkursverfahrens gefunden werden. Es würde von Seiten des Mitkontrahenten offenbar eine Chikane sein, wenn er eine Leistung des Verwalters zurückweisen wollte, die ihm ganz dasselbe gewährt, was er durch die Leistung des Gemeinschuldners haben würde.«

- 2.84** Auch hier erweist sich der den Gegenanspruch des Vertragspartners zu einer Masseverbindlichkeit aufwertende § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) als eine Vorschrift, die – zumindest auch – den Interessen der *Insolvenzmasse* dient: Die Existenz dieser Vorschrift war der letztlich wohl sogar ausschlaggebende Grund für die Entscheidung des Gesetzgebers, dem Vertragspartner gegenüber dem die Erfüllung verlangenden Konkursverwalter keine weiteren Rücktritts- und sonstigen Leistungsverweigerungsrechte zuzugestehen als diejenigen, die ihm aus einem »vor der Eröffnung des Konkursverfahrens oder unabhängig von diesem begründeten Umstände, z. B. wegen . . . Verzuges«¹⁷⁹, erwachsen sind. Die InsO geht sogar noch einen Schritt weiter und unterwirft in § 107 II und § 112 selbst solche Rücktritts-, Kündigungs- und ähnliche Vertragsauflösungsrechte speziellen insolvenzrechtlichen Schranken, die im Einzelfall durchaus auch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder unabhängig von diesem (z. B. wegen Verzuges) entstanden sein können¹⁸⁰.

III. Exkurs: Bleibt der Schuldner zur Erfüllung berechtigt?

1. Unabhängiges Erfüllungsrecht des Insolvenzverwalters

- 2.85** Indem § 103 I InsO den Insolvenzverwalter für berechtigt erklärt, beiderseits noch nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge des Schuldners an dessen Stelle zu erfüllen, ähnelt er § 268 I BGB. Wie dieser verdrängt er die Bestimmung des

177 Zu § 321 BGB vgl. Rn. 2.22 ff. Fn. 37, 43 f. und u. Rn. 4.85 f.

178 MOTIVE zur KO S. 66 f. (zu § 15 des Entwurfs = § 17 KO = § 103 InsO) = HAHN Bd. IV S. 86.

179 MOTIVE a. a. O. (Fn. 178). Zur Behandlung von Leistungsstörungen, die erst *während* des Insolvenzverfahrens eintreten, vgl. u. Rn. 8.29 Fn. 81 und – für den hier noch nicht interessierenden Fall, daß der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages *nicht* verlangt – u. Rn. 5.64 ff., 7.3 ff., 8.25 ff.

180 Einzelheiten (auch zu den erwähnten »sonstigen Vertragsauflösungsrechten«) bei HK-InsO/MAROTZKE² § 107 Rn. 29 ff., 37 ff., § 112 Rn. 7 ff., 16 ff., § 119 Rn. 2 ff. und u. Rn. 3.46, 4.113, 7.56 ff. (mit Fn. 136), 7.66, 14.45, 14.50, 14.78, 14.108.

§ 267 II BGB, aus der sich sonst u. U. ergeben würde, daß der andere Vertragsteil die Leistung des Insolvenzverwalters ablehnen könnte, wenn der (im Insolvenzverfahren befindliche) Schuldner widerspricht. Es kann also dahinstehen, ob sich die Anwendung des § 267 II BGB auch dadurch vermeiden ließe, daß man den Insolvenzverwalter nicht als »Dritten« i. S. dieser Bestimmung ansieht¹⁸¹ oder das in § 267 II BGB vorausgesetzte Widerspruchsrecht des Schuldners, soweit es sich gegen Erfüllungsversuche seines Insolvenzverwalters richten würde, zur Insolvenzmasse rechnet¹⁸²: Im Ergebnis wird von niemandem bestritten, daß der Insolvenzverwalter sein Erfüllungsrecht ohne Rücksicht auf den Willen des Schuldners ausüben kann.

Rechtsprechung und Schrifttum erörtern denn auch nicht, ob der Schuldner seinen Insolvenzverwalter, sondern nur, ob der Insolvenzverwalter den Schuldner (oder interessierte Dritte) an der Erfüllung der dem § 103 InsO unterliegenden Verträge hindern kann. Da weder die Tatsache der Verfahrenseröffnung (str.¹⁸³) noch die an ein etwaiges Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters geknüpfte Rechtsfolge, daß die Forderung des Vertragspartners als Masseverbindlichkeit erfüllt werden muß (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO), geeignet sind, den ins Insolvenzverfahren Geratenen aus seiner Position als Schuldner der dem Vertragspartner versprochenen Leistung zu verdrängen¹⁸⁴, spielt § 267 II BGB für diese nun zu behandelnde Frage keine Rolle¹⁸⁵.

2.86

181 So KEPLINGER S. 181. Da der Insolvenzverwalter die Verbindlichkeit des Schuldners nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer *Masseverbindlichkeit* erheben kann, kommt eine zumindest analoge (vgl. Fn. 184) Anwendung des Grundsatzes in Betracht, daß »keine Drittleistung« i. S. des § 267 BGB vorliegt, »wenn einer der Schuldner konkurrierender Verbindlichkeiten leistet und damit eine allseitige Tilgung herbeiführt« (vgl. STAUDINGER/SELB. 1995, BGB¹³ § 267 Rn. 9 m. w. N.).

182 Gegen eine Zurechnung zur Masse würde sprechen, daß das sich aus § 267 II BGB ergebende Widerspruchsrecht des Schuldners nach wohl h. M. (STAUDINGER/SELB. 1995, BGB¹³ § 267 Rn. 17) nicht gepfändet werden kann und Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, auch nicht zur Insolvenzmasse gehören (§ 36 I InsO).

183 Vgl. die bei Rn. 3.42 ff. erörterte neue Rspr. des BGH.

184 Manfred SCHMIDT S. 120; SIEVEKING S. 13, 22, 56 ff.; KEPLINGER S. 181; vgl. auch LIPPMANN JherJb 41 (1900) 112, 223, 229 ff.; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 57 Anm. 2; JAEGER/LENT KO⁸ § 57 Rn. 2 ff. (m. w. N.) sowie die Autoren, die in der Rechtsfolge des § 59 I Nr. 2 KO / § 55 I Nr. 2 InsO einen *Schuldbeitritt* der Konkursmasse oder der »Gläubigerschaft« sehen (vgl. u. Rn. 8.28 f. mit Fn. 80). A. M. jedoch HANISCH S. 216 f., der meint, daß der Gemeinschaftschuldner aus dem Vertragsverhältnis verdrängt werde, wenn der Konkursverwalter gem. § 17 I KO die Erfüllung verlange. Diese Ansicht findet aber keine Stütze im Gesetz; vielmehr widerspricht sie dem aus den MOTIVEN ersichtlichen Willen des Gesetzgebers (MOTIVE zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschaftschuldordnung S. 84, 91, 118 f.; MOTIVE zur KO S. 68, 90 = HAHN Bd. IV S. 87, 105). Unrichtig auch BENDIX ArchBürgR 38 (1913) 93, 94 u., nach dessen Ansicht der Gemeinschaftschuldner bereits zur Zeit der Konkursöffnung aus seiner Verpflichtung zur Erfüllung der dem § 17 KO unterliegenden Verträge entlassen sein soll (vgl. auch u. Rn. 4.52 Fn. 147).

185 Das gilt auch im Verhältnis zu einem erfüllungsbereiten »Dritten«: Selbst wenn man als Schuldner der im Falle des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstehenden Masseverbindlichkeit nicht den Schuldner des Insolvenzverfahrens, sondern die Insolvenzmasse oder die Gläu-

2. Schuldner- und Drittinteressen an der Befriedigung des Vertragspartners

2.87 Bis heute ist nicht einwandfrei geklärt, ob das dem Insolvenzverwalter in § 103 InsO zuerkannte Wahlrecht das Recht des Schuldners, seinen Vertrag selbst zu erfüllen, ganz verdrängt¹⁸⁶, oder ob der Schuldner trotz des über seinem Vermögen schwebenden Insolvenzverfahrens und trotz § 103 InsO berechtigt bleibt, den Vertrag ohne Rücksicht auf die Entscheidung des Insolvenzverwalters zu erfüllen¹⁸⁷ – was jedoch im Hinblick auf §§ 80 I, 81, 90 InsO nur mit nicht zur Insolvenzmasse gehörenden Mitteln¹⁸⁸ oder durch Einsatz der eigenen Arbeitskraft geschehen könnte. Ein Interesse daran, daß seine Vertragspflichten notfalls auch gegen den Willen des Insolvenzverwalters ordnungsgemäß erfüllt werden, kann der Schuldner z. B. unter dem Gesichtspunkt haben, daß eine Pflicht zum Ersatz von Verzugs- oder Nichterfüllungsschäden, die sonst auf ihn zukommen könnte¹⁸⁹ (jedenfalls wenn man die bei Rn. 3.42 ff. dargestellte neue »Erlöschentheorie« des BGH für unrichtig hält), u. U. belastender wäre als eine ordnungsmäßige Erfüllung der Primärschuld. Aktuell wird dieses Interesse z. B. im Nachlaßinsolvenzverfahren, wenn der in der Schuldnerposition befindliche Erbe¹⁹⁰ für eine auf einem gegenseitigen Vertrag beruhende Nachlaßverbindlichkeit trotz §§ 1975, 1989 BGB auch mit seinem Eigenvermögen haftet (z. B. wegen §§ 1994 I 2, 2005 I, 2006 III BGB oder § 780 I ZPO oder weil es sich um eine

bigerschaft ansähe (vgl. Fn. 184), könnte der Insolvenzverwalter der Leistung des Dritten, soweit sie sich auf die – noch bestehende (Fn. 184) – Schuld des *Insolvenzschuldners* bezieht, nicht mit der Folge des § 267 II BGB widersprechen (vgl. auch Fn. 182).

- 186 So möglicherweise JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 1 Rn. 138 (wörtlich wiedergegeben u. in Fn. 205; vgl. aber auch Fn. 187 a. E.). A. M. JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 49: »Wohl kann der Gemeinschuldner, wenn ihm ausreichende konkursfreie Mittel zu Gebote stehen, solange die beiderseitigen Erfüllungsansprüche noch nicht infolge einer Ablehnung des Verwalters erloschen sind« – vgl. dazu aber u. Rn. 3.1 bis 3.58 – »aus eigenen Mitteln für Rechnung der Masse erfüllen (vgl. sogar § 267 BGB). Den Anspruch auf die Gegenleistung vermag er aber damit der Masse nicht zu entziehen.«
- 187 Vorausgesetzt wohl bei MENTZEL/KUHN KO⁶ § 15 Rn. 9 (deren sachenrechtlichen Erwägungen aber nicht zuzustimmen ist). Einschränkend JAEGER/LENT a. a. O.: Erfüllen könne der Gemeinschuldner nur, solange der Konkursverwalter die Erfüllung nicht nach § 17 KO abgelehnt habe. Vgl. aber auch GERLAND KrVJSchr 46 (1905) 29, 36: Die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters wirke »nur relativ, so daß der Gemeinschuldner außerhalb des Konkurses ohne Weiteres erfüllen« könne (i. E. ebenso HANISCH S. 217/218 und – für den Fall, daß der Vertragspartner keine Konkursforderung anmeldet – JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 154 ff.).
- 188 Die ist ein unter der InsO nur selten vorkommender Fall, da § 35 InsO im Gegensatz zum bisherigen § 1 I KO auch solches Vermögen zur Insolvenzmasse rechnet, das der Schuldner erst *während* des Verfahrens erlangt.
- 189 Vgl. § 286 bzw. § 326 BGB und dazu u. Rn. 5.89, 5.91 ff. Zu Inhalt und Rechtsnatur der in § 26 Satz 2 KO bzw. § 103 II 1 InsO erwähnten »Forderung wegen der Nichterfüllung« vgl. u. Rn. 5.14 ff., 13.126 ff.
- 190 Diesem weist die h. M. im Nachlaßinsolvenzverfahren vor dem Hintergrund des § 1967 BGB die Schuldnerrolle zu (vgl. HK-InsO/MAROTZKE² Rn. 7 f. vor §§ 315 ff.; JAEGER/WEBER KO⁸ § 214 Rn. 7 m. w. N. auch zur Gegenansicht).

Nachlaßeigenschuld^{190a} des Erben handelt), und vielleicht auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer OHG (§ 11 II Nr. 1 InsO), für deren Verbindlichkeiten die Gesellschafter (deren Qualifizierung als »Schuldner« des über dem Vermögen der Gesellschaft schwebenden Insolvenzverfahrens aber kaum zu halten sein wird¹⁹¹) gem. §§ 128 ff. HGB persönlich haften¹⁹²: Hier haben der Erbe bzw. die Gesellschafter sogar schon *während*¹⁹³ des Insolvenzverfahrens etwas zu verlieren, das nicht zur – ihnen praktisch ohnehin schon entzogenen – Masse gehört.

Aber nicht nur der im Insolvenzverfahren befindliche Schuldner oder ein als persönlich haftender Gesellschafter Beteiligter (mag dieser nun als »Schuldner« anzusehen sein oder nicht¹⁹⁴), sondern auch ein Dritter kann u. U. daran interessiert sein, daß eine dem § 103 InsO unterliegende Verbindlichkeit trotz des Verfahrens und ohne Rücksicht auf den Willen des Verwalters ordnungsgemäß erfüllt wird. So z. B. jemand, der für diese Verbindlichkeit eine bewegliche Sache verpfändet hat und, sobald der jetzt im Insolvenzverfahren befindliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist, gem. § 1223 II BGB das Recht hat, *gegen Befriedigung des Gläubigers* die Rückgabe des Pfandes zu verlangen. Entsprechendes gilt wegen § 1142 BGB für denjenigen, der dem Vertragspartner des insolventen Schuldners zur Sicherung seiner Forderung ein Grundpfandrecht bestellt hat. Beide Sicherungsgeber haben trotz § 1225 bzw. § 1143 I BGB¹⁹⁵ ein Interesse, zum Zwecke der Rückerlangung des als Sicherheit Gegebenen nur die Primärverbindlichkeit des Hauptschuldners und nicht auch etwaige Verzugszinsen¹⁹⁶ und evtl. Vertragsstra-

190 a Dazu STAUDINGER/MAROTZKE, 1996, BGB¹³ § 1967 Rn. 5 ff., 42.

191 Unter der KO wurden im Gesellschaftskonkurs meist die *Gesellschafter* als Gemeinschaftsschuldner angesehen (vgl. BGHZ 34, 293, 297; JAEGER/WEBER KO⁸ §§ 209, 210 Rn. 18 m. w. N. auch zur Gegenansicht). Auf die InsO läßt sich das aber wohl nicht übertragen (vgl. z. B. §§ 93, 101 I, 138 II Nr. 1, 227 II InsO; K. SCHMIDT KS-InsO² S. 1199, 1202 Rn. 6; BORK² Rn. 33; WELLKAMP KTS 2000, 331 ff.; NOACK, Gesellschaftsrecht [= Sonderband I zu K/P InsO], 1999, Rn. 38; a. M. HÄSEMAYER² Rn. 31.10; N/R/MÖNNING InsO § 11 Rn. 13; unentschieden HK-InsO/KIRCHHOF, 2. Aufl. 2001, § 11 Rn. 19).

192 Diese – nunmehr durch § 93 InsO zusätzlich reglementierte – Mithaftung besteht auch für einen erst während des Insolvenzverfahrens entstehenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (vgl. BGHZ 48, 203 ff., wo allerdings zu Unrecht – vgl. u. Rn. 3.5 ff., 3.48 ff., 5.40 ff., 5.64 ff. – davon ausgegangen wird, daß § 17 KO / § 103 InsO den Insolvenzverwalter ermächtigt, den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners in einen derartigen Schadensersatzanspruch umzuwandeln; vgl. auch die u. Rn. 8.7 Fn. 28 erwähnten Ausführungen von WISSMANN).

193 Vgl. zur Inanspruchnahme des *Erben* STAUDINGER/MAROTZKE, 1996, Vorbem. 29 ff. zu §§ 1967 ff. BGB und zur Inanspruchnahme persönlich haftender *Gesellschafter* § 93 InsO. Die Vollstreckungssperre des § 14 KO / § 89 I InsO schützt im *Sondervermögensinsolvenzverfahren* nur das Sondervermögen; vgl. Rn. 5.93; JAEGER KO⁸ § 1 Rn. 70 (LENT), § 14 Rn. 23 (LENT), § 214 Rn. 10 (WEBER); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 1 Rn. 157, § 14 Rn. 48; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 14 Rn. 8; K/P/LÜKE InsO § 89 Rn. 15 f.; N/R/WITTKOWSKI InsO § 89 Rn. 5.

194 S. o. Fn. 191.

195 Diese Legalzessionen sind wertlos, wenn der Schuldner kein Vermögen hat.

196 Die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters hebt die beiderseitigen Vertragspflichten nicht auf und schließt somit auch einen Verzug des insolventen Schuldners nicht aus. Vgl. u. Rn. 3.5 ff., 3.48 ff., 5.91 ff.

fen (vgl. §§ 1210, 1118 BGB) zahlen zu müssen. Ähnlich ist wegen § 767 I BGB das Interesse dessen zu beurteilen, der sich für die vom insolventen Schuldner versprochene Leistung verbürgt hat. Schließlich ist noch an den Fall zu denken, daß der Schuldner vor der Verfahrenseröffnung eine Sache unter Eigentumsvorbehalt erworben und seine Eigentumsanwartschaft aus der bedingten Übereignung auf einen Dritten übertragen hat: Auch dieser Dritte kann daran interessiert sein, die letztlich *seinen* Eigentumserwerb aufschiebende Bedingung aus dem Erstgeschäft (nämlich die Erfüllung der Kaufpreisforderung des Erstverkäufers gegen den im Insolvenzverfahren befindlichen Erstkäufer) notfalls auch gegen den Willen des Insolvenzverwalters eintreten zu lassen¹⁹⁷.

3. Gibt es Gründe, das Erfüllungsrecht des Schuldners an den Willen des Insolvenzverwalters zu binden?

a) Das sog. »Ablehnungsrecht« des Insolvenzverwalters?

- 2.89** Vom Standpunkt der lange Zeit herrschend gewesenen, vom BGH inzwischen aber stark modifizierten¹⁹⁸ Ansicht, daß § 17 KO / § 103 InsO den Insolvenzverwalter nicht nur zur *Erfüllung* des Vertrages, sondern – alternativ hierzu – auch zur einseitigen *Aufhebung* der beiderseitigen Erfüllungsansprüche ermächtigt¹⁹⁹, könnte man argumentieren, daß weder der im Insolvenzverfahren befindliche Schuldner noch irgendein Dritter berechtigt sein dürfe, dem Insolvenzverwalter dieses Recht, sich *gegen* die Durchführung des Vertrages zu entscheiden, durch eigenmächtiges Bewirken der auf seiten des Schuldners noch ausstehenden Leistung aus der Hand zu schlagen. Aber auch dieses Anliegen würde nicht dazu zwingen, dem Schuldner das Recht abzusprechen, die seinerseits versprochene Leistung mit massereifen Mitteln schuldbefreiend zu erbringen. Denn § 103 InsO könnte im Hinblick auf die Verwendung der Worte »zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens« ohne weiteres so ausgelegt werden, daß das in dieser Vorschrift (unrichtigerweise²⁰⁰) vermutete Recht des Insolvenzverwalters, die Erfüllungsansprüche durch einseitige Erklärung zu vernichten, bereits dann entsteht, wenn der Vertrag *zur Zeit der Verfahrenseröffnung* beiderseits noch nicht vollständig erfüllt ist, und daß eine ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters bewirkte *nachträgliche* Vertragserfüllung den *Fortbestand* des bereits bei Verfahrenseröffnung entstandenen Gestaltungsrechts nicht berührt²⁰¹. Fraglich ist also nicht, ob sich ein Erfüllungsrecht des Schuldners mit einem sog. *Ablehnungsrecht* seines Insolvenzverwalters, sondern nur: ob es sich mit dem *Erfüllungsrecht* des Verwalters verträgt.

197 Zur Lösung dieses Falles vgl. u. Rn. 4.107 (mit Fn. 272), 7.59 ff.

198 Vgl. u. Rn. 3.42 ff. (mit dem Ergebnis, daß die Ansicht des BGH, die sich übrigens auch im vorliegenden Zusammenhang nicht bewähren würde, abzulehnen ist).

199 Vgl. u. Rn. 3.2 ff.

200 Vgl. u. Rn. 3.5 ff., 3.48 ff.

201 Vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 44 und SANDROCK S. 54 (beide für den Fall einer nach Verfahrenseröffnung bewirkten Leistung der *anderen* Vertragspartei).

b) Die Konkursfreiheit von Neuerwerb?

Auf den ersten Blick scheint es geradezu selbstverständlich zu sein, daß ein Erfüllungsrecht des Schuldners mit dem seines Insolvenzverwalters nicht kollidieren würde. Wenn § 17 KO (§ 103 InsO) dem Insolvenzverwalter das Recht, den Vertrag zu erfüllen, in erster Linie deshalb gewährt, damit dieser die dem Vertragspartner zustehende Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) ausschalten und den eigenen Anspruch der Masse einziehen kann²⁰², dann müßte der Insolvenzverwalter doch eigentlich froh sein, wenn dieses Ziel im Einzelfall schon dadurch erreicht wird, daß der Insolvenzschuldner diese Einrede mit massefreien Mitteln selbst beseitigt. **2.90**

Aber würde dieses Ziel wirklich erreicht? Soweit noch die KO Anwendung findet²⁰³, könnte man Zweifel anmelden wegen der Regel des § 1 I KO, nach der das Konkursverfahren nur solches Vermögen umfaßt, welches dem Schuldner bereits zur Zeit der Verfahrenseröffnung gehörte, nach der also (anders als nach neuem Recht²⁰⁴) späterer »Neuerwerb« des Schuldners konkursfrei ist. Wenn man den Vergütungsanspruch für eine vor Konkurseröffnung versprochene Leistung des Schuldners dann, wenn dieser sie erst nach Konkurseröffnung mit massefreien Mitteln oder durch Einsatz seiner Arbeitskraft erbringt, als konkursfreien Neuerwerb anzusehen hätte, wäre ein Erfüllungsrecht des Schuldners mit dem des Konkursverwalters schon deshalb nicht zu vereinbaren, weil die vom Schuldner ausgehende Erfüllung zwar die Einrede des nicht erfüllten Vertrages beseitigen, zugleich aber der Konkursmasse den (nunmehr einredefreien) Anspruch gegen den Vertragspartner entziehen würde²⁰⁵. **2.91**

Die Frage, wann ein sich erst nach Konkurseröffnung vollendender Rechtserwerb des Schuldners in die Masse fällt und wann er als Neuerwerb konkursfrei ist, ist **2.92**

202 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

203 Vgl. o. Rn. 1.10 f.

204 Vgl. § 35 InsO.

205 Dieser Gedankengang klingt an bei JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 1 Rn. 138: »Führt der Gemeinschuldner ein vor der Konkurseröffnung versprochenes Werk (§§ 631 ff. BGB) während des Konkurses selbst aus, so gehört der Vergütungsanspruch zum konkursfreien Neuerwerb. *Freilich bleibt ihm die Möglichkeit der Erfüllung nur dann, wenn die Werkleistung unersetzbar ist und deshalb kein Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO besteht, oder der Konkursverwalter im Einverständnis mit dem Vertragspartner die Vertragsbeziehung freigibt, nicht dagegen schon wenn der Konkursverwalter nach § 17 die Erfüllung ablehnt*« (Hervorhebungen von mir). Vgl. aber auch HENCKEL a. a. O. Rn. 144: »... ist zu unterscheiden, ob die Gegenleistungen vom Konkursverwalter ausgehen, oder vom Gemeinschuldner und nur von diesem, nicht aber vom Verwalter erbracht werden können. Konkursfreier Neuerwerb des Gemeinschuldners liegt nur im zweiten Falle vor, die Gegenleistungen, die der Verwalter neu bewirkt, fallen in den Rahmen der §§ 17 ff.« Ferner ders. KO § 17 Rn. 148: »Entscheidet sich der Konkursverwalter für Erfüllung des gegenseitigen Vertrages, so schließt er damit den Gemeinschuldner von der persönlichen Geltendmachung der Vertragsrechte aus. Der Gemeinschuldner kann daher, auch wenn er aus konkursfreien Mitteln sofortige Erfüllung bietet, das Schuldverhältnis vom Konkursbeschlagnicht lösen (Abs. 1 in Konsequenz der §§ 1, 6, 7).«

nicht immer leicht zu beantworten²⁰⁶. Als gesichert kann jedoch gelten, daß vermögensrechtliche Forderungen des Schuldners aus einem vor Konkurseröffnung geschlossenen Vertrag auch dann nach § 1 I KO zur Masse gehören, wenn die vom Schuldner versprochene Gegenleistung zwar noch nicht erbracht ist, wohl aber in vertragsgemäßer Weise²⁰⁷ auch von einem Konkursverwalter bewirkt werden könnte²⁰⁸. Auf dieser Annahme beruht auch § 17 KO (§ 103 InsO), der ja gerade den Zweck verfolgt, dem Konkursverwalter die Einziehung von Ansprüchen aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Verträgen des Schuldners, deren Zugehörigkeit zur Konkursmasse also vorausgesetzt wird²⁰⁹, zu ermöglichen oder jedenfalls zu erleichtern. Gehört aber die dem Grunde nach bereits entstandene Forderung des Schuldners erst einmal zur Konkursmasse, so steht schon § 15 KO (§ 91 InsO) der Annahme entgegen, daß diese Forderung automatisch wieder aus der Konkursmasse ausscheidet und konkursfreier »Neuerwerb« des Schuldners wird, wenn dieser die Gegenforderung seines Vertragspartners nach Konkurseröffnung mit massefreien Mitteln oder durch Einsatz seiner Arbeitskraft wirksam erfüllt²¹⁰.

2.93 Es gibt also keinen Grund, den Schuldner infolge der Konkurseröffnung über sein Vermögen das Recht verlieren zu lassen, seine Verpflichtungen aus dem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag mit der schuldbeitragenden Wirkung des § 362 I BGB zu erfüllen. Die Zwecke des Konkurses (§ 3 I KO) und die des Insolvenzverfahrens neuen Rechts (§§ 1, 38 InsO) gebieten es nicht, dieses Recht des Schuldners vom Willen des Verwalters abhängig zu machen. Auch etwaige an einer Erfüllung interessierte Dritte²¹¹ sollte der Insolvenzverwalter m. E. nicht an der Leistungsbewirkung hindern können.

2.94 Dies gilt jedenfalls dann, wenn man – wie hier – der Versuchung widersteht, der Leistung des Gemeinschuldners oder des Dritten außer der schuldbeitragenden Wirkung noch die (nach neuem Insolvenzrecht ohnehin nicht mehr vertretbare²¹²) weitere Folge zuzuschreiben, daß der Anspruch auf die von der anderen Vertrags-

206 Vgl. dazu JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 1 Rn. 122 ff.

207 Zu der Frage, ob auch der Anspruch auf Vergütung einer allein durch die Person des Gemeinschuldners erbringbaren (also nicht ersetzbaren) Leistung zur Konkursmasse gehört, vgl. sogleich Rn. 2.97 ff.

208 Vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 111 ff., bes. 113. S. ferner u. Rn. 2.96 ff. zu den Sonderfällen, in denen der Insolvenzverwalter *kein* Recht zur Leistungsbewirkung hat.

209 Vgl. MOTIVE zur KO S. 66 = HAHN Bd. IV S. 86: »... gewährt der zweiseitige Vertrag dem Gemeinschuldner ein Recht. Dieses unterliegt wie jedes andere Recht der Ausübung durch den Verwalter und der Verwerthung und Einziehung zur Konkursmasse« (direkte Fortsetzung des Zitats o. Rn. 2.16).

210 Zst. KEPPLINGER S. 185. A. M. aber wohl JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 1 Rn. 138 (wörtlich wiedergegeben o. in Fn. 205), der – anscheinend deshalb – der Leistung des Gemeinschuldners die schuldbeitragende Wirkung abspricht. Richtig jedoch *ders.* KO § 1 Rn. 144, § 17 Rn. 148 (vgl. dazu jeweils o. Fn. 205); JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 49 (wörtliche Wiedergabe o. Rn. 2.87 Fn. 186).

211 Vgl. o. Rn. 2.88.

212 Vgl. die Schlußworte des § 35 InsO.

partei geschuldete Gegenleistung in konkursfreien Neuerwerb verwandelt werde²¹³.

Eine Verpflichtung der Konkursmasse, dem Gemeinschuldner den Vorteil, den sie durch dessen freiwillige Vertragserfüllung über den Zuweisungsgehalt des § 1 I KO²¹⁴ hinaus erlangt²¹⁵, nach Bereicherungsrecht zu vergüten (§§ 812 ff., 818 II BGB, § 59 I Nr. 4 KO, § 55 I Nr. 3 InsO), dürfte nicht bestehen. Denn jeder Vermögensvorteil, den die Masse aus dem freien Vermögen des Schuldners erlangt, kommt letztlich den Insolvenzgläubigern zugute und steht diesen selbstverständlich mit Rechtsgrund zu (vgl. auch §§ 164 KO, 201 InsO)²¹⁶. Dieses Argument versagt allerdings, wenn nicht der Gemeinschuldner, sondern ein unbeteiligter Dritter dessen Verbindlichkeit während des Konkurses tilgt. Denn der Dritte schuldet den Insolvenzgläubigern nichts. Jedoch wird man eine Bereicherungsschuld der Masse (§ 59 I Nr. 4 KO / § 55 I Nr. 3 InsO) hier nur unter der Voraussetzung anerkennen dürfen, daß der Konkursverwalter den (durch die Leistung des Dritten von der Einrede des § 320 BGB befreiten) vertraglichen Erfüllungsanspruch der Masse wirklich geltend macht. Solange der Konkursverwalter den Vertragspartner nicht in Anspruch nimmt, wäre ja auch dessen Gegenforderung – wenn sie noch bestünde – nicht Masseschuld, sondern einfache Insolvenzforderung²¹⁷. Entsprechendes muß deshalb auch für den Bereicherungsanspruch des Dritten gelten, der diese Forderung während des Konkurses²¹⁸ anstelle des Gemeinschuldners erfüllt²¹⁹.

213 Zu den Sonderfällen, in denen der Verwalter kein Erfüllungsrecht hat, vgl. Rn. 2.96 ff.

214 Nach dieser Vorschrift erfaßt das Konkursverfahren nur solches Vermögen, welches dem Gemeinschuldner bereits »zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens« gehört (anders nummehr § 35 InsO).

215 Der Vorteil besteht darin, daß die vom Gemeinschuldner erfüllte Verbindlichkeit die Masse fortan weder als Konkursforderung (§§ 3 I, 26 S. 2 KO) noch als Masseschuld (§§ 17 I, 59 I Nr. 2 KO) belasten kann.

216 Zust. KEPPLINGER S. 186. Vgl. auch MÜLLER NJW 1968, 225, 230: Wegen § 128 HGB stehe dem Gesellschafter einer OHG, der während des Konkurses der Gesellschaft eine Verbindlichkeit der letzteren erfüllt (was im Insolvenzverfahren neuen Rechts wegen § 93 InsO wohl nur gegenüber dem Insolvenzverwalter geschehen kann), ein in dem Verfahren zu berücksichtigender Bereicherungsanspruch nicht zu. **Kritisch** zu dem o. im Text angeführten Argument jedoch HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 425 für den Fall, daß der Gemeinschuldner seine Leistung deshalb erbrachte, weil er die Gegenleistung nicht für die Masse, sondern »für sich« (»für sein freies Vermögen«) erwerben wollte. Dies wird jedoch nach Inkrafttreten des § 35 InsO, der abweichend vom bisherigen § 1 I KO auch Neuerwerb zur Masse rechnet, nur noch höchst selten Erfolg haben.

217 Vgl. §§ 3 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 38, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) und u. Rn. 5.1 ff.

218 Hat der Dritte bereits vor Verfahrenseröffnung erfüllt, so kann sein Bereicherungsanspruch nicht Masseschuld nach § 59 I Nr. 4 KO bzw. § 55 I Nr. 3 InsO sein; vgl. u. Rn. 7.90.

219 Vgl. BGH NJW 1962, 1200 ff. ad 4.; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 59 Rn. 16 a; von OLSHAUSEN ZIP 1995, 1950, 1952 m. w. N. in Fn. 21; zust. KEPPLINGER S. 186.

4. Verträge auf nicht vertretbare Leistungen des Schuldners

a) Das Erfüllungsrecht

2.96 In ihren Vorbemerkungen zu den §§ 17 ff. KO (früher §§ 15 ff. KO, nunmehr §§ 103 ff. InsO) betonen die MOTIVE, daß diese Vorschriften nicht angewendet werden können »auf solche zweiseitige Verträge, welche den Konkursverhältnissen überhaupt nicht unterliegen«²²⁰. Als Beispiele nennen die MOTIVE²²¹ Verträge, deren Natur es nicht zulasse, daß die vertragsmäßige Leistung entweder statt *durch* den Gemeinschuldner durch dessen Konkursverwalter²²² oder statt *an* den Gemeinschuldner an den Konkursverwalter erbracht werde. Zu der ersten Kategorie (die zweite ist bei Rn. 4.11 ff. behandelt) zählen die MOTIVE alle Verträge, bei denen »die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners nur von ihm persönlich erfüllt werden kann«, wie z. B. die Ausführung eines schriftstellerischen oder künstlerischen Werkes oder die Erteilung von Unterricht²²³:

»Hier würde die Erfüllung durch den Verwalter entweder unmöglich, oder wenigstens die Leistung eine derart andere sein, daß sie den Kontrakt zu einem anderen machen würde. Der Verwalter hat in solchem Falle weder das Recht noch die Pflicht, die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners zu erfüllen²²⁴. Dieselbe kann oder muß entweder nach wie vor Eintritt des Konkurses gegen die Person des Schuldners verfolgt (vgl. die Motive zu §§ 8, 9 Eing.²²⁵), oder es mag gegen die Konkursmasse das Interesse wegen Nichterfüllung als Konkursforderung liquidirt werden.«²²⁶

Hat der Insolvenzverwalter demnach weder das Recht noch die Pflicht, nicht ersetzbare Handlungen des Schuldners gem. § 17 I KO bzw. § 103 I InsO an dessen Stelle auszuführen, so muß man ihm konsequenterweise auch die Befugnis versagen, den Schuldner an der Erfüllung seiner Vertragspflichten zu hindern^{226a}. Schon aus diesem Grunde wird das Recht des Schuldners, seine vertraglichen Pflichten selbst zu erfüllen, durch das über sein Vermögen eröffnete Insolvenzverfahren in den hier in Frage stehenden Fällen in keiner Weise berührt²²⁷.

220 MOTIVE zur KO S. 64 = HAHN Bd. IV S. 84.

221 MOTIVE a. a. O.

222 Dazu außerdem MOTIVE S. 67 = HAHN Bd. IV S. 86.

223 MOTIVE S. 64 = HAHN Bd. IV S. 84. Weitere Beispiele bei JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 108. Vgl. auch KEPPLINGER S. 50 f.

224 Auch heute unbestritten; vgl. JAEGER/HENCKEL a. a. O.; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 13; KEPPLINGER S. 50 f.

225 = S. 41 der MOTIVE und HAHN Bd. IV S. 65. Die erwähnten §§ 8, 9 des Entwurfs sind Vorläufer der späteren §§ 10, 11 KO bzw. §§ 85, 86 InsO.

226 MOTIVE a. a. O. (o. Fn. 223); zu der im letzten Satz erwähnten Möglichkeit der Verfahrensteilnahme als Insolvenzgläubiger vgl. u. Rn. 5.139 ff.

226a Zust. KEPPLINGER S. 51.

227 Unstr.; vgl. statt aller JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 1 Rn. 138 (dazu o. Rn. 2.91 Fn. 205).

b) Die Zuordnung der Gegenforderung

Wie bei Rn. 2.87 f. ausgeführt worden ist, kann der Schuldner trotz des Insolvenzverfahrens, das über seinem Vermögen schwebt, interessiert sein, den Vertrag selbst zu erfüllen, weil auf diese Weise die Entstehung von Schadensersatzpflichten vermieden werden kann, die u. U. schwerer wiegen würden als die Primärleistungspflicht. Bei *unvertretbaren* Leistungen könnte sich für den Schuldner ein zusätzlicher Anreiz, diese trotz des schwebenden Verfahrens noch zu erbringen, dann ergeben, wenn der Anspruch auf die Gegenleistung nicht – wie jedoch der Vergütungsanspruch für vertretbare Leistungen²²⁸ – in die Insolvenzmasse fiele, sondern »konkursfrei« bliebe. Bei der Beantwortung dieser Vorfrage wird wie folgt zu differenzieren sein: **2.97**

Bestandteil der Masse ist der Anspruch des Insolvenzschuldners auf Vergütung seiner – gleich ob vertretbaren oder höchstpersönlichen – Leistung ohne Zweifel dann, wenn der Vertrag auf seiten des Insolvenzschuldners schon vor Verfahrenseröffnung vollständig erfüllt war²²⁹. **2.98**

Ebenso zweifelsfrei wird die Massezugehörigkeit des Vergütungsanspruchs nach früherem²³⁰ (nicht auch nach neuem²³¹) Insolvenzrecht zu *verneinen* sein, wenn der Gemeinschuldner die seinerseits versprochene, unvertretbare Leistung bei Verfahrenseröffnung noch nicht einmal begonnen hatte: Wenn wegen der höchstpersönlichen Natur der vom Gemeinschuldner übernommenen Verpflichtung ein Recht des Konkursverwalters, diese gem. § 17 I KO »an Stelle des Gemeinschuldners« zu erfüllen, von vornherein ausgeschlossen ist, steht fest, daß der latente Vermögenswert (§ 1 I KO), den der Vergütungsanspruch des Gemeinschuldners zur Zeit der Verfahrenseröffnung hatte, nur durch *persönliche* Tätigkeit des *Gemeinschuldners* aktualisiert werden kann. Einen nach Verfahrenseröffnung erfolgenden »Erwerb des Gemeinschuldners durch persönliche Tätigkeit«²³² will § 1 I KO jedoch aus dem Konkursverfahren heraushalten, indem er (anders als der ihm im übrigen entsprechende § 35 InsO²³³) nur dasjenige Vermögen zur Masse rechnet, welches dem Gemeinschuldner »zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens« gehört. Der Anspruch auf Vergütung einer nicht durch einen Konkursverwalter ersetzbaren, höchstpersönlichen Tätigkeit des Gemeinschuldners ist deshalb nach der KO jedenfalls dann dem *konkursfreien* Vermögen des Gemeinschuldners zuzurechnen, wenn dieser seine Leistung bei Verfahrenseröffnung noch nicht einmal begonnen hatte²³⁴. **2.99**

228 Vgl. o. Rn. 2.90 ff.

229 Vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 108; v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE KO⁶ Anm. 2 vor § 17; AMON S. 43 f.

230 Vgl. § 1 I KO und Fn. 214 zu Rn. 2.94.

231 Vgl. § 35 InsO und Fn. 188 zu Rn. 2.87.

232 MOTIVE zur KO S. 21 = HAHN Bd. IV S. 49.

233 Vgl. Rn. 2.87 Fn. 188.

234 Unstr.; vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 108; AMON S. 2/3, 17, 44; FITTING³ S. 55. Vgl. auch S. 64 der MOTIVE zur KO = HAHN Bd. IV S. 84, wo ausgesprochen ist, daß Verträge, deren Natur es nicht zuläßt, daß die vertragsmäßige Leistung an Stelle des Ge-

- 2.100** Problematisch wird es jedoch (wiederum nach der KO, nicht nach der InsO), wenn der Gemeinschuldner die seinerseits versprochene, nicht vertretbare Leistung teils vor, teils nach Verfahrenseröffnung erbracht hat. Hier wird zu differenzieren sein: Soweit für die vor Verfahrenseröffnung geleistete Tätigkeit eine Teilvergütung fällig wird (z. B. gem. § 641 I 2 BGB), gehört der Vergütungsanspruch zur Masse. Hingegen ist der Anspruch auf Vergütung der *nach* Verfahrenseröffnung geleisteten Tätigkeit konkursfrei (§ 1 I KO; anders nunmehr § 35 InsO).
- 2.101** Hat der Vertragspartner nicht schon für jeweils einzelne Teilleistungen, sondern erst für die Gesamtleistung eine Vergütung zu zahlen, so wird man, die grundsätzliche Anwendbarkeit der KO vorausgesetzt²³⁵, den Vergütungsanspruch nach billigem Ermessen entsprechend dem Wertverhältnis der vom Gemeinschuldner vor und nach Konkurseröffnung erbrachten Teilleistungen zwischen der Konkursmasse einerseits und dem konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners andererseits aufteilen und dem zahlungspflichtigen Vertragspartner wegen der mit der Berechnung der Teilungsquote verbundenen Schwierigkeiten in zumindest analoger Anwendung des § 372 Satz 2 BGB das Recht zur Hinterlegung zugestehen müssen. Solange der Gemeinschuldner die ihm obliegende Leistung nicht vollständig erbracht hat, kann sich der Vertragspartner aber auch gegenüber dem Konkursverwalter auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) berufen²³⁶; die Konkursfestigkeit dieser Einrede ist selbstverständlich und nicht erst eine Folge der – hier unanwendbaren – §§ 17, 59 I Nr. 2 KO²³⁷.
- 2.102** Das Vorstehende gilt entsprechend, wenn der Gemeinschuldner ein nur durch ihn persönlich herzustellendes Werk (§ 631 BGB) vor der Konkurseröffnung vollendet und während des Konkurses nachgebessert hat. Hier gehört der Teil des Vergütungsanspruchs (der übrigens erst unter den Voraussetzungen der §§ 641 I 1, 646 BGB²³⁸ fällig wird und, falls fällig, bis zur Nachbesserung der Einrede des § 320 BGB²³⁹ ausgesetzt ist), den der Besteller unter den Voraussetzungen des § 634 BGB als Minderungsbetrag hätte ansetzen dürfen (§§ 634 IV, 472 BGB)²⁴⁰, nicht zur Konkursmasse, sondern zum »freien« Vermögen des Gemeinschuldners²⁴¹ (anders das

meinschuldners durch den Konkursverwalter aus der Masse erfolgt, »den Konkursverhältnissen überhaupt nicht unterliegen«.

235 Vgl. o. Rn. 2.99.

236 Ebenso JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 104.

237 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.73 ff.

238 Vgl. nunmehr auch § 632 a BGB.

239 Vgl. nunmehr auch § 641 III BGB und PALANDT/SPRAU BGB⁶⁰ § 641 Rn. 10 ff.; STAUDINGER/PETERS, 2000, BGB § 641 Rn. 35 ff.

240 Da es hier um *unersetzbare* Handlungen des Gemeinschuldners geht, kommt § 633 III BGB (Kosten der Ersatzvornahme) als Bewertungsmaßstab für den konkursfreien Teil der Werklohnforderung nicht in Betracht.

241 A. M. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 105 a. E., weil das nachzubessernde Werk bei der Konkurseröffnung schon hergestellt gewesen sei und der Werklohnanspruch sich nicht teilen lasse in einen massezugehörigen Anteil für das mangelhafte Werk und einen konkursfreien Anteil für die Nachbesserung.

neue Insolvenzrecht²⁴²). Kann sogar die völlige Neuherstellung des Werkes verlangt werden²⁴³, so gehört der Vergütungsanspruch niemals, auch nicht teilweise, zur Konkursmasse²⁴⁴. Wohl aber gehört er, *falls schon die InsO anzuwenden ist*²⁴⁵, zur »Insolvenzmasse« i. S. des auch etwaigen Neuerwerb des Schuldners einbeziehenden § 35 InsO.

242 S. o. Fn. 188, 214 (zu Rn. 2.87, 2.94).

243 Dazu grundlegend BGHZ 96, 111 ff. = NJW 1986, 717 ff. = JZ 1986, 291 ff. m. Anm. KÖHLER; vgl. auch STAUDINGER/PETERS, 2000, BGB § 633 Rn. 177.

244 Ebenso JAEGER/HENCKEL a. a. O.

245 S. o. Rn. 1.10 ff.

§ 3. Beruht auch das Recht zur »Erfüllungsablehnung« auf § 103 InsO?

I. Problemstellung

- 3.1 Nachdem nun Sinn, Zweck und Wirkungsweise des dem Insolvenzverwalter gewährten Erfüllungsrechts geklärt sind (s. o. § 2) scheint einer Erörterung der zahlreichen Streitfragen, die sich um den Anwendungsbereich des § 17 KO bzw. § 103 InsO ranken, nichts mehr im Wege zu stehen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß derartige Diskussionen sehr häufig unter dem Gesichtspunkt geführt werden, ob der Insolvenzverwalter berechtigt ist, die Erfüllung des Vertrages *abzulehnen*. Man nimmt also an, daß nicht nur das Recht, den Vertrag anstelle des insolventen Schuldners zu erfüllen und die andere Vertragspartei auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen, sondern auch das Recht, die Erfüllung des Vertrages *abzulehnen*, dem Insolvenzverwalter nur unter den Voraussetzungen des § 17 KO bzw. § 103 InsO zustehe. Sollte diese Auslegung zutreffen, dann müßte bereits *vor* Eintritt in die Diskussion über die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 103 InsO auf Sinn, Zweck und Wirkungsweise des Rechts zur Erfüllungsablehnung eingegangen werden. Denn vor der tatbestandlichen Konkretisierung eines Gesetzes sollte man sich Klarheit über Art und Sinn seiner Rechtsfolgen verschaffen.

II. Die Situation vor BGHZ 103, 250

- 3.2 Bis zu dem in BGHZ 103, 250 veröffentlichten und u. Rn. 3.42 ff. näher beschriebenen Urteil des BGH vom 11. 2. 1988 interpretierten sowohl die Rspr. als auch die im Schrifttum vorherrschende Auffassung die sog. »Erfüllungsablehnung« des Insolvenzverwalters als ein von den Voraussetzungen des § 103 InsO (damals noch 17 KO) abhängiges Gestaltungsrecht¹. Die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters bringe zwar nicht das Vertragsverhältnis², wohl aber die aus ihm ent-

1 Noch in BGHZ 98, 160, 169 wird wie selbstverständlich davon ausgegangen, »daß ... § 17 KO dem Konkursverwalter nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Recht verleiht, durch Wahl der Nichterfüllung des Vertrages umgestaltend auf diesen einzuwirken.« Vertreten wurde diese Ansicht auch von JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 41, 49 a. E.; MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 6 Rn. 42, § 17 Rn. 36 (anders aber a. a. O. Rn. 19); ENDEMANN S. 154, 165 f., 191; GLÜCK S. 8 f.; HÄSEMAYER NJW 1977, 737 ff. ad II; KIPPENBERG S. 55 ff., 65 ff.; MARKMANN S. 18, 29, 48; MEHRING S. 10 ff.; OFFTERMATT S. 25 ff.; RAPP MittBayNot 1977, 1 f. (ad II 3 b, 4 a); SACHS S. 9 f., 19 a. E., 33/34; SANDROCK S. 94 f., 103 f.; SCHAD S. 127; WEITNAUER DNotZ 1977, 225, 229; WIRTZ S. 8 ff., 12; OLG Köln JMBINRW 1970, 53 f.; BGHZ 48, 203, 205; BGH NJW 1983, 1619 (dazu u. Rn. 9.94 mit Fn. 272); BFH BStBl 1978 Teil II S. 483, 485 (ad 3); vgl. auch BGH NJW 1977, 146 f. = DNotZ 1977, 234 f. und dessen anschließende Korrektur durch Einfügung des § 24 Satz 2 KO/§ 106 I 2 InsO (vgl. o. Rn. 1.5 und u. Rn. 3.19 ff., 10.3 ff.).

2 BGHZ 68, 379, 380; 74, 258, 271; OLG Köln a. a. O. (Fn. 1) S. 54; KILGER KO¹⁵ § 17 Anm. 4 c; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 41; KROPSHOFER in HESS/KROPSHOFER KO¹ § 17 Rn. 15;

springenden beiderseitigen Erfüllungsansprüche zum Erlöschen³. Der Erfüllungsanspruch der anderen Vertragspartei verwandele sich infolge der Ablehnungserklärung des Verwalters endgültig, also trotz § 164 I KO (§ 201 I InsO) auch über den Konkurs hinaus⁴, in einen Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens, dessen Grundlage man bald in § 17 KO⁵ (§ 103 InsO), bald in § 26 Satz 2 KO⁶ (§ 103 II 1 InsO), bald in allgemeinen Grundsätzen des Konkursrechts⁷, bald in den bürgerlich-rechtlichen Regeln über Leistungsstörungen⁸ erblickte oder einfach dahinstehen ließ⁹.

-
- MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 36, § 26 Rn. 18; DATHE S. 30, 33 f.; DIECKMANN in Festschr. f. v. Caemmerer S. 95, 101; GLÜCK S. 8; KIPPENBERG S. 65 f.; MARKMANN S. 48; MEHRING S. 26 ff.; RAPP a. a. O. (Fn. 1) ad II 4 a; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang Rn. 141; UNGER S. 16 f.; WIRTZ S. 13 ff.
- 3 RGZ 135, 167, 172; BGHZ 15, 333, 335/336 = JZ 1955, 285 ff. m. zust. Anm. v. A. BLOMEYER; BGHZ 48, 203, 205; 96, 392, 394 f. (dazu MAROTZKE EWiR § 17 KO 2/1986, 385 f.); BGH NJW 1977, 146 f. = DNNotZ 1977, 234 f.; BGH NJW 1982, 768 f.; 1983, 1619; BFH a. a. O. (o. Fn. 1); OLG Köln a. a. O. (Fn. 1) S. 54; KILGER, JAEGER/LENT, KROPSHOFER, MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK, SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL, DATHE, ENDEMANN, GLÜCK, KIPPENBERG, MARKMANN, MEHRING und RAPP (jeweils a. a. O.), LICHTENBERGER NJW 1977, 519, 521; UNGER S. 18 ff.; WIRTZ S. 11.
- A. M. aber JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 71, 115, 149 ff.; vgl. auch BGHZ 68, 379, 381 (wo offengelassen wird, ob der Konkursverwalter für Teilleistungen des Gemeinschuldners eine Teilvergütung verlangen kann) und die u. Rn. 3.40 Fn. 131 Genannten.
- 4 RGZ 79, 209, 211 f.; BGH NJW 1962, 2296, 2297; 1982, 768 f.; BFH a. a. O. (o. Fn. 1); OLG Köln a. a. O. (Fn. 1) S. 54; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 48 (m. w. N.); KROPSHOFER a. a. O. (o. Fn. 2); MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 36; DIECKMANN a. a. O. (o. Fn. 2); BAUR in Festschr. f. Weber S. 41, 43 f. (zweifelnd anscheinend BAUR/STÜRNER, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Bd. II, 12. Aufl. 1990, Rn. 9.9); KALTER KTS 1980, 215, 221 f.; DATHE S. 30, 33 f.; GLÜCK S. 8 f.; KIPPENBERG S. 66; MARKMANN S. 63 f.; MEHRING S. 14 ff.; MELLWIG S. 31 ff. (dazu u. Rn. 3.41); OFFTERMATT S. 22, 143 ff.; PLÜNDER S. 76 ff.; SCHAD S. 127 f.; WIRTZ S. 40 ff.
- A. M. die u. Rn. 3.40 Fn. 131 Genannten.
- 5 BGHZ 96, 392, 396 (dazu MAROTZKE EWiR § 17 KO 2/1986, 385 f.); DATHE S. 34, 89 f.; KIPPENBERG S. 99; PLETZSCH S. 89; PLONSKI S. 20; vgl. auch MAAS S. 20/21 (aus »dem Zusammenhänge und der Bedeutung der §§ 17 ff. KO zu folgen«); SACHS S. 22 f. (nennt die §§ 17, 18 KO); SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang Rn. 141 (»aus den §§ 17 ff. KO herzuleiten«).
- 6 OETKER ZZP 14 (1890) 1, 49; KAATZ S. 17 f.; MEHRING S. 69 ff.; SPERLING S. 48 (er beruft sich zu Unrecht auf RGZ 22, 112); UNGER S. 30; wohl auch BRACHMANN S. 35–39 und RGZ 79, 209, 211.
- 7 LENT in Festschr. f. H. Lehmann S. 837 ff.; ders. in JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 41. Vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 171 und WIRTZ S. 15 ff. sowie aus neuerer Zeit PALANDT/HEINRICHS, 2001, BGB⁶⁰ § 276 Rn. 114; STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 219.
- 8 RGZ 135, 167, 170; BGH NJW 1962, 153, 155; BFH a. a. O. (o. Fn. 1); BÖHLE-STAMMSCHRÄDER KO¹² § 17 Anm. 4 c (unklar die von KILGER besorgte 15. Aufl.); MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 26 Rn. 9 m. w. N.; BAUR/STÜRNER, o. Fn. 4, Rn. 9.9; GRUNSKY, Grundlagen³ Rn. 183; HONSDORF S. 152 ff.; LUTHER S. 56; OFFTERMATT S. 151 ff. (der hilfsweise sogar noch § 904 Satz 2 BGB heranzieht!); vgl. auch PLÜNDER S. 36 ff., 82 f. (es handele sich um einen auch ohne gesetzliche Anerkennung zu rechtfertigenden Fall der Haftung ohne Verschulden, deren Rechtsfolgen dieselben seien, wie wenn dem Gemeinschuldner die Weitererfüllung aus einem von ihm zu vertretenden Umstände unmöglich geworden wäre).
- 9 ENDEMANN S. 166; BGHZ 68, 379, 380 ad 1; OLG Köln ZIP 1999, 495, 496.

- 3.3** Weiterhin nahm man an, daß infolge einer Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters der Rechtsgrund für bereits erbrachte Teilleistungen¹⁰ entfallen und derartige Leistungen des Gemeinschuldners, soweit sie den Nichterfüllungsschaden des Vertragspartners übersteigen¹¹, vom Konkursverwalter gem. §§ 812 ff. BGB zurückgefordert werden könnten¹². Ein entsprechendes Rückforderungsrecht der anderen Vertragspartei ließ man während des Konkurses an § 26 Satz 1 KO (nunmehr stark verkümmert als § 105 Satz 2 InsO fortlebend) scheitern¹³.
- 3.4** Beeinflußt von dieser Deutung des Rechts, gegenseitige Verträge des Gemeinschuldners *nicht* zu erfüllen, sind auch die Zwecke, die man dem Recht zur Erfüllungsablehnung zusprach und auch heute noch zuspricht (zu den Zwecken des Rechts, sich *für* die Erfüllung zu entscheiden, s. o. Rn. 2.6 ff., 2.76 ff.). Der »Kernpunkt« des Ablehnungsrechts soll nach RGZ 64, 334, 338 darin bestehen, »daß dem Verwalter die Erfüllung des Vertrages von seiten des ›anderen Teiles‹ nicht aufgedrängt werden« könne¹⁴. Gegen den Willen des Verwalters sollen Ansprüche des insolventen Schuldners aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen nicht mehr wirksam erfüllt werden können¹⁵. § 17 KO (§ 103 InsO) wolle den Verwalter in die Lage versetzen, die vor Verfahrenseröffnung begründete Leistungspflicht des insolventen Schuldners zu »annullieren«¹⁶ und eine etwa schon erbrachte Teilleistung des Schuldners zurückzufordern, falls dies – z. B. wegen des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung – im Interesse der Masse liege¹⁷. Obwohl demnach das Recht des Verwalters zur Erfüllungsablehnung in erster Linie dem Interesse der Insolvenzgläubiger diene¹⁸,

10 So z. B. BGH NJW 1977, 146, 147 hinsichtlich einer bereits eingetragenen Auflassungsvormerkung (vom Gesetzgeber später durch Einfügung des § 24 Satz 2 KO / § 106 I 2 InsO korrigiert; vgl. o. Rn. 1.5 und u. Rn. 3.19 ff., 10.3 ff.).

11 Vgl. u. Rn. 9.17 mit Fn. 43–45.

12 RGZ 135, 167, 172; BGHZ 15, 333, 335/336 = JZ 1955, 285 ff. m. zust. Anm. v. A. BLOMEYER; LG Köln JMBINRW 1970, 53, 54; HESS KO⁵ § 17 Rn. 58, 61; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL a. a. O. (o. Fn. 2); den Rechtsgrund des Rückgewähranspruchs offenlassend OLG Düsseldorf ZIP 1982, 724, 726 und – dieses Urteil bestätigend – BGH ZIP 1983, 709 f. (dazu auch Rn. 9.94 mit Fn. 272); zwischen Bereicherungs- und Teilerfüllungsanspruch schwankend BGHZ 68, 379 ff. ad 3–5. Viele weitere Nachweise auch zu divergierenden Auffassungen u. Rn. 9.1 ff., 9.14 ff.

13 JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 17. Zur Auslegung des § 26 Satz 1 KO und der viel zu eng gefaßten Nachfolgebemerkung des § 105 Satz 2 InsO vgl. u. Rn. 7.3 ff., 7.21 ff.

14 Vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 173; a. M. MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 201 f. Eigene Stellungnahme u. Rn. 5.50 ff., besonders Rn. 5.54 ff.

15 LEMPENAU S. 92; SERICK Bd. I § 13 III 3. Zu den Konsequenzen dieser Ansicht beim Eigentumsvorbehalt vgl. MAROTZKE, Das Anwartschaftsrecht ... S. 76 ff.

16 Vgl. HÄSEMAYER NJW 1977, 737, 738/739.

17 HÄSEMAYER a. a. O. und in KTS 1973, 2, 9; vgl. auch PLANDER JZ 1973, 45, 47.

18 Vgl. z. B. BAUR in Festschr. f. Weber S. 41, 43: »... das Ablehnungsrecht ist dem Verwalter eingeräumt, um die Masse vor Schaden zu bewahren, der sich aus der Erfüllung eines nach Konkurseröffnung möglicherweise sinn- und zwecklosen Vertrages ergäbe.« Zweifelfnd später ders. in BAUR/STÜRNER, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl. 1983, § 55 III 3 a (Rn. 993).

schütze es doch auch¹⁹ den Vertragspartner, da dieser infolge der Erfüllungsablehnung einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erwerbe: »Für ihn ist es unter Umständen nicht gleichbedeutend, ob er nur den Wert der ausstehenden Gegenleistung als Konkursforderung oder aber den Ersatz des durch die Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schadens, wenn auch gleichfalls nur als Konkursforderung, geltend machen kann«²⁰.

III. Kritische Würdigung

1. Wortlaut und Motive der §§ 17 I, 26 KO, 103 I InsO

Das Recht des Konkursverwalters, die Erfüllung der beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträge des Schuldners *abzulehnen*, wurde in § 17 KO, aus dem die h. M. dieses Recht vor Inkrafttreten der InsO herleiten und von dessen Voraussetzungen sie es abhängig machen wollte, mit keiner Silbe erwähnt: Nach seinem Wortlaut gewährte § 17 KO dem Konkursverwalter lediglich das Recht, den Vertrag anstelle des Gemeinschuldners zu erfüllen (und seinerseits die Erfüllung von dem anderen Teil zu verlangen). Nun ist zwar unbestreitbar, daß damit konkludent vorausgesetzt war, daß der Konkursverwalter i. d. R. auch das Recht hatte, den Vertrag *nicht* (vollständig) zu erfüllen. Unzutreffend ist jedoch die weitergehende Schlußfolgerung, daß dem Konkursverwalter auch dieses letztere Recht nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 17 KO zugestanden habe: Der dem Konkursverwalter lediglich das Recht zur *Erfüllung* ausdrücklich zubilligende (und im Falle des Abs. 2 Satz 2 wieder entziehende²¹) Wortlaut des § 17 KO rechtfertigte diesen Schluß nicht²², und die Begründung der Vorschrift steht der auf dieser Schlußfolgerung beruhenden Annahme sogar entgegen. Ausdrücklich heißt es in den MOTIVEN zu § 17 KO²³:

»Ist einerseits der Verwalter nicht verpflichtet, die persönlichen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, andererseits aber berechtigt, die Forderungen desselben nach eröffnetem Konkurse

19 Vgl. BGH NJW 1983, 1619. Überzogen RGZ 142, 296, 300: »... in gleichem Maße, wenn nicht überwiegend ...«

20 RG a. a. O. S. 300; vgl. auch JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 13 S. 263/264 und u. Rn. 5.65, 13.126 ff.

21 Dazu noch u. Rn. 3.36 ff.

22 A. M. JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 40 (ähnlich MARKMANN S. 18): »Da nun der § 17 die Folgen der Erfüllung gar nicht selber regelt, sondern dies dem § 59 Nr. 2 überläßt, mußte sich ... die Erkenntnis Bahn brechen, daß der unausgesprochene Gedanke des § 17 – die Befugnis des Verwalters, die Erfüllung schwebender Austauschverträge abzulehnen – gerade das Besondere an der Vorschrift sei. Denn diese Ablehnungsbefugnis versteht sich keineswegs von selbst. ... Indem unser Abs. I bestimmt, der Verwalter ›kann‹ erfüllen, wird dieser ganz offenbar ermächtigt: entweder zu erfüllen oder nicht zu erfüllen d. h. die Erfüllung abzulehnen.« Hiergegen schon GRIMM S. 74/75. Zu der Diskrepanz zwischen JAEGERS Auffassung und der von mir in JZ 1977, 552 ff. formulierten Gegenposition vgl. auch HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, S. 200 ff.

23 MOTIVE zur KO S. 67 = HAHN Bd. IV S. 86. Hervorhebungen auch im Original.

zur Ausführung zu bringen, so ist damit das *Wahlrecht des Verwalters* gegeben, die *Erfüllung des Vertrages zu verlangen oder es bei der Nichterfüllung desselben zu belassen*. Des letzteren braucht das Gesetz nicht Erwähnung zu thun; die Nichterfüllung ist die unmittelbare Folge der Konkursöffnung; das Gesetz braucht nur auszusprechen, daß der Verwalter befugt ist, auf der beiderseitigen Vertragserfüllung zu bestehen.«

- 3.7** Nach Auffassung der Gesetzesväter sollte also nicht das Recht des Konkursverwalters zu einer – wie auch immer zu verstehenden²⁴ – Nichterfüllung, sondern nur das Recht, zwischen Erfüllung und Nichterfüllung zu *wählen*, von der Anwendbarkeit des § 17 KO abhängen.
- 3.8** Auch sollte dieses »Wahlrecht« des Verwalters nicht darin bestehen, den Vertrag des Gemeinschuldners entweder vollständig zu erfüllen oder ihn durch einseitige Erklärung kraft des § 17 KO in ein – der aus § 26 Satz 1 KO ersichtlichen Beschränkung unterliegendes – Rückabwicklungsschuldverhältnis zu verwandeln (so aber die h. M. bis unmittelbar vor BGHZ 103, 250²⁵), sondern darin, den Vertrag entweder »an Stelle des Gemeinschuldners« (§ 17 I KO) zu erfüllen oder aber es bei dem zu »belassen«, was auch ohne § 17 KO gelten würde. Was mit dieser zweiten, von den MOTIVEN etwas mißverständlich²⁶ als »Nichterfüllung« bezeichneten Alternative gemeint ist, wird noch zu erörtern sein²⁷. Völlig unabhängig davon läßt sich schon jetzt feststellen, daß nicht nur der Wortlaut des § 17 KO, sondern auch dessen Begründung gegen die h. M. sprach, daß § 17 KO dem Konkursverwalter ein besonderes, über die normalen Konkursfolgen hinausgehendes Recht zur Erfüllungsablehnung gewähre.
- 3.9** Auch § 26 Satz 1 KO bezeichnete die »Nichterfüllung einer Verbindlichkeit . . . des Gemeinschuldners« als eine Folge nicht des § 17 KO, sondern der Konkursöffnung als solcher und machte seine für diesen Fall ausgesprochene Feststellung, daß der andere Teil nicht berechtigt ist, »die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen«, nicht davon abhängig, daß die »infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens« nicht erfüllte »Verbindlichkeit . . . des Gemeinschuldners« auf einem *beiderseits* noch nicht vollständig erfüllten Vertrag i. S. des § 17 KO beruhte.
- 3.10** Obwohl demnach Wortlaut und MOTIVE der §§ 17, 26 KO sehr deutlich in dieselbe Richtung wiesen, wurde die zugrundeliegende Auffassung, daß das Recht des Konkursverwalters zur »Nichterfüllung« nichts anderes sei als die Befugnis, es bei dem Rechtszustand zu »belassen«²⁸, der schon unmittelbar infolge der Konkursöffnung²⁹ und unabhängig von den Voraussetzungen des

24 Vgl. u. Rn. 3.48 ff., 5.14 ff.

25 Vgl. o. Rn. 3.2 ff. und zu der erwähnten Entscheidung des BGH u. Rn. 4.59 ff.

26 Vgl. u. Rn. 3.48 ff.

27 Vgl. u. Rn. 3.48 ff.

28 So die vorhin zitierte Passage der MOTIVE.

29 So RGZ 11, 136, 139 (dazu noch u. Rn. 4.37); 84, 228, 233/234 (wo allerdings wenig später – S. 234 Mitte – dennoch von einer »nach § 17 KO« eintretenden Nichterfüllung die Rede

§ 17 KO³⁰ eingetreten war, im Zeitpunkt des Erscheinens der ersten Auflage dieses Buches (1985) nur noch ganz vereinzelt vertreten³¹. Die damals herrschende Gegenansicht war vor allem auf die große Autorität zurückzuführen, die JAEGER als einer ihrer eifrigsten Verfechter genoß³². Dennoch war es ausgerechnet der von JAEGER begründete Großkommentar zur KO, der, nach Übernahme der Bearbeitung durch HENCKEL, als erster³³ neuerer KO-Kommentar zu der auch den MOTIVEN zugrundeliegenden³⁴ Ansicht zurückkehrte, nach der sich die Bedeutung der Erfüllungsablehnung auf die (bindende) Mitteilung beschränkt, daß es bei der normalen konkursrechtlichen Folge, daß der Vertragspartner mit seiner schuldrechtlichen Forderung Konkursgläubiger ist (§ 3 I KO / § 38 InsO), verbleibe

- ist); OLG Dresden SächsA 6 (1896) 381, 382 = AnnSächsOLG 17, 414, 416/417; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 1 (anders noch die von BÖHLE-STAMMSCHRÄDER bearbeitete 12. Auflage); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 115, 149 (mit umfangreichen älteren Nachweisen aus der Rspr., die aber zu der – auch von HENCKEL nicht ganz konsequent beantworteten [s. o. Rn. 1.6 Fn. 31] – Frage, ob das Ablehnungsrecht des Verwalters nun gerade in § 17 KO begründet ist, nichts besagen), 162 (a. M. die von JAEGER und LENT bearbeiteten Voraufagen); MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 19 im ersten Absatz (anders jedoch a. a. O. in § 17 Rn. 36, § 24 Rn. 7, § 6 Rn. 42); STIEGLITZ Vorbem. B zu §§ 15 ff. KO; v. WILMOWSKI KO⁵ § 15 Anm. 3; v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE KO⁶ § 17 Anm. 6; Th. WOLFF KO² § 17 Anm. 1; BENDIX ArchBürgR 38 (1913) 93, 94; COHN S. 17; FITTING³ S. 52 mit Fn. 15, S. 54 mit Fn. 19 (vgl. aber auch a. a. O. S. 50 Fn. 11); GRIMM S. 71 ff.; GRÜNWARD S. 19; HELLENBROICH S. 7 f., 19; HUBER BB 1964, 731, 734 (bei Fn. 32, 33), 735 (ad V); J. LEHMANN S. 22 f. (dazu u. Rn. 5.45); LIPPMANN JherJb 41 (1900) 112, 230; MAROTZKE JZ 1977, 552 ff.; MUSIELAK ACP 179 (1979) 189 ff., 212 f. (besonders im letzten Absatz; nicht entgegenstehend seine in Wirklichkeit nur die Auslegung des Begriffs »Nichterfüllung« betreffenden Ausführungen von S. 194); PLETZSCH S. 59 f. (ad 3.), 73 (Fn. 2), 116 (vgl. aber auch a. a. O. S. 111/112, 46 f., 114); RIMMELSPACHER² Rn. 515; STÜRNER ZZZ 94 (1981) 263, 298 f.; ZELCK S. 28, 38 f.; wohl auch PAGENSTECHER/GRIMM S. 51/52; F. MÜLLER S. 7 Fn. 26.
- 30 In diesem Sinne längst nicht alle der in Fn. 29 Genannten, sondern wohl nur GRIMM a. a. O. (besonders S. 74 f.); HUBER, MAROTZKE, MUSIELAK und STÜRNER (jeweils a. a. O.); RIMMELSPACHER² Rn. 515 (anders aber in Rn. 520); ZELCK S. 15, 28; MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 19 im ersten Absatz (anders jedoch in § 17 Rn. 36, § 24 Rn. 7, § 6 Rn. 42; vgl. auch u. Rn. 4.1 Fn. 1); Th. WOLFF a. a. O.; anscheinend auch FITTING^{1/2} S. 38 f. (der insoweit aber später – 3. Aufl. S. 50 ff. – resignierend der h. M. gefolgt ist); PAGENSTECHER/GRIMM S. 51/52 (anders aber auf S. 56 ad III A); PLETZSCH S. 59 f. (ad 3.), 73 (vgl. aber auch dort S. 111/112); UNGER S. 19 ff.; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 1 (auf der Gegenansicht beruhen aber KILGERS Anm. 3 b [a. E.] zu § 17 und Anm. 8 zu § 24 KO); nicht ganz eindeutig auch HENCKEL (Vgl. o. Rn. 1.6 Fn. 31).
- 31 Viele der in Fn. 28 und 30 zitierten Stellungnahmen sind älteren Datums; so z. B. die von COHN (1909), FITTING (die 3. Aufl. war 1904 erschienen), GRIMM (1927), GRÜNWARD (1889), HELLENBROICH (1897), HUBER (1964), v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE (1906), Th. WOLFF (1921), J. LEHMANN (1957), PAGENSTECHER/GRIMM (1968), STIEGLITZ (1879), v. WILMOWSKI (1896), ZELCK (1889).
- 32 Diesen Zusammenhang betont auch HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419. Vgl. im übrigen JAEGER KO^{6/7} § 17 Rn. 40 (dazu schon o. Rn. 3.5 Fn. 22), 43, § 26 Rn. 9, JAEGER/LENT KO⁵ § 17 Rn. 41, 49, § 26 Rn. 9.
- 33 Von den u. Rn. 4.1 Fn. 1 erwähnten, nicht ganz eindeutigen Äußerungen von KUHN/UHLENBRUCK¹¹, die im wesentlichen auch schon in der 1979 erschienenen 9. Aufl. enthalten waren, sei hier einmal abgesehen.
- 34 Vgl. u. Rn. 3.48 ff.

und der Erklärende nicht beabsichtige, diese durch ein Erfüllungsverlangen dahin abzuändern, daß der Vertrag trotz des Konkurses voll abgewickelt werden solle³⁵. Spätestens seit Erscheinen dieser Neuauflage des JAEGERschen Kommentars war die Diskussion um Rechtsgrundlage und Wirkungen der Erfüllungsablehnung wieder in das Bewußtsein einer breiteren Öffentlichkeit gelangt³⁶. In Anbetracht der Tatsache, daß die von der h. M. bis dahin vertretene Auslegung des § 17 KO mehr als ein Dreivierteljahrhundert Zeit gehabt hatte, sich in der Praxis zu bewähren, konnte diese Diskussion nunmehr auf breiterer Basis geführt werden als zu der Zeit, als sich die Rspr. auf ihre (inzwischen sogar noch weiter verschärfte³⁷) Sicht der Erfüllungsablehnung festgelegt hatte. Im Mittelpunkt der folgenden Erörterungen steht die Frage, ob die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers wirklich so konfus und die davon abweichenden Auffassungen wirklich so klar und überzeugend sind³⁸, daß es gerechtfertigt erscheint, sich über den Willen des historischen Gesetzgebers hinwegzusetzen. Zuvor ist aber auf die Frage einzugehen, ob der Wille des historischen Gesetzgebers nicht schon deshalb als überholt angesehen werden muß, weil er durch die spätere Gesetzgebung im Sinne der heutigen h. M. »authentisch« (um)interpretiert worden ist.

2. Nachträgliche Bestätigung der h. M. durch den Gesetzgeber?

a) Ausdrückliche Erwähnung von Erfüllungsablehnung und Wahlrecht in §§ 103 II, 107 II InsO

- 3.11** Im Unterschied zu §§ 17, 26 KO spricht die InsO ausdrücklich von einem »Wahlrecht« des Insolvenzverwalters (§§ 103 II 2, 107 II 1). Ebenfalls im Unterschied zu §§ 17, 26 KO erwähnt die InsO (§ 103 II 1) nunmehr ausdrücklich auch den Fall, daß der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages nicht verlangt, sondern sie ablehnt. Beide Umstände sind im Schrifttum als Indizien dafür gewertet worden, daß die herkömmliche Deutung der Erfüllungsablehnung als Geltendmachung eines von den Voraussetzungen des § 17 KO abhängigen Gestaltungsrechts³⁹ nicht nur dem bisherigen, sondern »erst recht« auch dem neuen Insolvenzrecht zugrunde liege⁴⁰. Diese Beweisführung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Schon ganz

35 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 115, 149 ff. mit ausführlicher Begründung und vielen Nachweisen (in Rn. 149), von denen jedoch nur RGZ 84, 228, 233/234 (trotz der soeben in Fn. 29 zitierten Wendung), MUSIELAK (AcP 179 [1979] 189 ff., 194, 212 f.), PLETZSCH (S. 46 f., 59–61) und ich (Das Anwartschaftsrecht . . . S. 76 ff.) deutlich ausgesprochen haben, daß es im Falle der »Nichterfüllung« – was immer man darunter verstehen mag (vgl. u. Rn. 3.48 ff.) – bei dem Rechtszustand verbleibt, der bereits unmittelbar infolge der Konkurseröffnung eingetreten ist.

36 Vgl. z. B. die Besprechungen von UHLENBRUCK (NJW 1981, 161 f.) und STÜRNER (ZZP 94 [1981] 263, 298 f.) sowie die Unterschiede zwischen der 12. und der erstmals von KILGER bearbeiteten 13. Auflage des »BÖHLE-STAMMSCHRÄDER« (jeweils KO § 17 Anm. 1).

37 Vgl. u. Rn. 3.42 ff.

38 Vgl. z. B. OFFTERMATT S. 13–17, 145 f.

39 S. o. Rn. 3.2 ff.

40 Vgl. JAUERNIG, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl. 1999, § 49 II (S. 226); BRUNS ZZP 110 (1997) 305, 312 f.

allgemein läßt sich ihr entgegenhalten, daß die Verfasser der InsO bewußt darauf verzichtet haben, den Streit um die »richtige« Interpretation des bisherigen § 17 KO abschließend zu entscheiden⁴¹. Hinzu kommt, daß der Ausdruck »Wahlrecht« auch schon in den MOTIVEN zu § 17 KO verwendet worden ist (s. Rn. 3.6) und daß die Verfasser dieser Passage dennoch nicht die Absicht hatten, damit einem von den Voraussetzungen des § 17 KO (§ 103 InsO) abhängigen Gestaltungsrecht mit dem Namen »Erfüllungsablehnung« das Wort zu reden.

Mit den Worten »Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab«, beginnt allerdings der im übrigen an § 26 Satz 2 KO erinnernde § 103 II 1 InsO. Doch handelt es sich auch hier nicht um die Normierung einer von den Voraussetzungen des § 103 InsO abhängigen *Rechtsfolge*, sondern um einen erst noch mit einer Rechtsfolge («so kann der andere Teil eine Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen») zu verknüpfenden Lebenssachverhalt auf *Tatbestandsseite* des § 103 II 1 InsO. Eine ausdrückliche Bestimmung, die mit diesem Lebenssachverhalt (Erfüllungsablehnung) eine Gestaltungswirkung der bei Rn. 3.2 ff. beschriebenen Art verbinden würde, ist der InsO genauso fremd wie der KO⁴².

b) Verlagsgesetz

Wird über das Vermögen eines Verlegers ein Insolvenzverfahren eröffnet, so findet § 103 InsO auf die schwebenden Verlagsverträge »auch dann Anwendung, wenn das Werk bereits vor der Eröffnung des Verfahrens abgeliefert worden war«. Dies bestimmt § 36 I VerlagsG i. d. F. des Art. 59 EGInsO. Die im Jahre 1900 veröffentlichte Begründung des heutigen § 36 I VerlagsG ergibt, daß man mit dieser Bestimmung lediglich klarstellen wollte, daß die vertraglichen Ansprüche des Verfassers auch in diesem Fall nach § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) zu Masseschulden werden, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages verlangt⁴³. Dementsprechend befaßt sich der zweite Absatz des § 36 VerlagsG ausschließlich mit dem Fall, daß der Insolvenzverwalter auf der *Erfüllung* des Vertrages besteht (und die Rechte des Verlegers auf einen anderen überträgt). Der dritte und zugleich letzte Absatz des § 36 VerlagsG gewährt dem Verfasser für den Fall, daß zur Zeit der Verfahrenseröffnung mit der Vervielfältigung des Werkes noch nicht begonnen war, ein Rücktrittsrecht. Der im vorliegenden Zusammenhang allein interessierende Fall, daß nicht der Verfasser zurücktritt, sondern der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung des Verlagsvertrags im Fall des § 103 InsO (bzw. des § 36 I VerlagsG) *ablehnt*, wird vom VerlagsG nicht ausdrücklich erwähnt. Die Begründung dieses Gesetzes⁴⁴ macht aber auch insoweit einige Ausführungen:

41 Vgl. Rn. 1.9.

42 ZUST. KEPPLINGER S. 81.

43 Reichstagsdrucksache 1900/02 Nr. 97 S. 428 zu § 38 des Entwurfs (= jetzt § 36 VerlagsG).

44 Vgl. Fn. 43.

- 3.14** »Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so ist diese Erklärung auch dem Gemeinschuldner gegenüber bindend. Weder er noch der Konkursverwalter kann für die Zukunft die Rechte aus dem Vertrag, insbesondere die Befugniß geltend machen, das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten; andererseits ist dann der Verfasser darauf beschränkt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen und diesen Anspruch als Konkursgläubiger zu verfolgen (§ 26 der Konkursordnung). Da im Uebrigen das Vertragsverhältniß beendet ist, so erlischt nach § 10 Abs. 1 des Entwurfs⁴⁵ das Verlagsrecht für die Zukunft.«
- 3.15** Im Hinblick auf diese Passage aus der Begründung zu § 36 VerlagsG könnte man auf den Gedanken kommen, daß sich der Gesetzgeber damals in einer die künftige Rechtsanwendung bindenden Weise für die Ansicht entschieden habe, daß der Konkursverwalter durch seine Ablehnung, einen dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrag zu erfüllen, nicht nur sich selbst, sondern auch den Gemeinschuldner und dessen Vertragspartner endgültig um das Recht bringe, jemals wieder auf die ursprünglichen Erfüllungsansprüche zurückzugreifen. Von daher wäre es nur konsequent, in § 17 KO (§ 103 InsO) die Grundlage eines besonderen, dem Konkursverwalter nicht schon nach anderen Bestimmungen zustehenden Gestaltungsrechts zu erblicken.
- 3.16** Gegenüber solch einer Argumentation, für die sich mehr oder weniger deutliche Ansätze in den Arbeiten von JAEGER, SANDROCK und WIRTZ finden⁴⁶, wäre allerdings einzuwenden, daß die einem Gesetzesentwurf beigefügte Begründung niemals selbst Gesetzeskraft erlangt, sondern allenfalls als Auslegungshilfe von Bedeutung sein kann⁴⁷.
- 3.17** Außerdem ist die Frage, zu deren Bewältigung die bei Rn. 3.14 zitierte Passage aus der Begründung des Verlagsgesetzes (vielleicht) etwas beizusteuern vermag, nicht die, welche Wirkungen der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters *im allgemeinen* zukommen, sondern die, ob im Insolvenzverfahren über das Vermögen eines *Verlegers* die Erfüllungsablehnung des Verwalters für sich allein ein Grund ist, *im Sinne des § 9 I VerlagsG*⁴⁸ von einer »Beendigung des Vertragsverhältnisses« zu sprechen. Und selbst hier wird man zu beachten haben, daß die Begründung eines Gesetzes grundsätzlich nicht geeignet ist, »als Ersatz dessen zu dienen, was (im Gesetz) nicht ausgesprochen ist, weil es irrtümlich als selbstverständlich oder als Folge des Ausgesprochenen angesehen wurde«⁴⁹.
- 3.18** Trotz der bei Rn. 3.14 zitierten Passage aus der Begründung des § 36 VerlagsG kann man also, sollten sachliche Gründe das gebieten, die Auffassung vertreten, daß die Frage, ob der Verleger (Schuldner) das Verlagsrecht nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens ungeachtet der Erfüllungsablehnung des Verwalters wieder

45 Jetzt § 9 I VerlagsG: »Das Verlagsrecht entsteht mit der Ablieferung des Werkes an den Verleger und erlischt mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses.«

46 JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 50 (S. 342), 62 (S. 351); SANDROCK S. 111; WIRTZ S. 43 f.

47 Insoweit immer noch mustergültig RGZ 33, 149, 162.

48 Vgl. o. Fn. 45.

49 RG a. a. O.

geltend machen kann, nicht ohne weiteres⁵⁰, sondern nur dann zu verneinen ist, wenn sich der Verfasser mit einer nach der Differenzmethode berechneten »Forderung wegen der Nichterfüllung« (§ 26 Satz 2 KO, § 103 II 1 InsO) am Verfahren beteiligt⁵¹ oder auf andere Weise⁵² vom Vertrag gelöst hat⁵³. Ein unüberwindbarer Zwang zur Anerkennung der These, daß § 103 InsO dem Insolvenzverwalter ein besonderes, nicht schon aufgrund anderer Bestimmungen bestehendes Ablehnungsrecht gewähre und ihm hierdurch über das Verfahrensende hinaus die einseitig-autoritäre »Beendigung des Vertragsverhältnisses« (§ 9 I VerlagsG) ermögliche, geht also weder von den Bestimmungen des Verlagsgesetzes noch von deren Begründung aus^{53 a}.

c) §§ 106 I 2, 107 I 2 InsO

Etwas schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob nicht die dem § 24 KO nachgebildeten §§ 106, 107 I InsO zur Anerkennung der h. M. zwingen: **3.19**

Wie sich aus den §§ 38, 45 InsO ergibt, können zur Zeit der Verfahrenseröffnung schon begründet gewesene Forderungen, die nicht auf einen bestimmten Geldbetrag gerichtet sind, im Insolvenzverfahren des Schuldners grundsätzlich⁵⁴ nur mit ihrem Schätzwert in Geld angemeldet werden. Das gilt auch für Ansprüche auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück. Ist jedoch zur Sicherung eines derartigen Anspruchs eine Vormerkung (§ 883 BGB) im Grundbuch eingetragen, so kann der Gläubiger von dem Insolvenzverwalter gem. § 106 InsO (früher § 24 KO) die Befriedigung seines Anspruchs verlangen. Im Jahre 1977 wurde diese die §§ 38, 45 InsO (damals §§ 3, 69 KO) verdrängende Vorschrift (damals noch § 24 KO) um einen Satz 2 ergänzt⁵⁵, der sinngemäß bestimmt, daß Satz 1 auch dann gilt, wenn sich der vormerkungsbewehrte Anspruch auf einen beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag i. S. des § 17 KO gründet und dieser Vertrag auf seiten des Gemeinschuldners auch abgesehen von dem vorgemerkten Anspruch noch nicht vollständig erfüllt ist. Diese gesetzgeberische Maßnahme, deren Ergebnis heute als § 106 I 2 InsO weiterlebt und sogar in § 107 I 2 InsO (Eigentumsvorbehalt) auf weitere Fallgruppen erstreckt⁵⁶ wurde,

50 So aber JAEGER⁶⁷ und JAEGER/LENT⁸ KO § 17 Rn. 62; RIEZLER LZ 1910, 641, 645; RIPPNER ZHR 68 (1910) 98, 133; SANDROCK S. 111 f.; vgl. auch LEISS VerlagsG § 36 Anm. 16; SCHRICKER VerlagsG³ § 36 Rn. 22.

51 So JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 240; KAATZ S. 38; vgl. auch u. Rn. 3.36 ff.

52 Z. B. nach § 36 III VerlagsG oder §§ 325 ff. BGB; zu großzügig bei der Anerkennung eines »Kündigungsrechts« KOHLER, Urheberrecht S. 325 (dazu RIPPNER a. a. O. S. 133 ff.).

53 Auch KOHLER (a. a. O. und Leitfaden S. 101) sieht den Grund für ein etwaiges Erlöschen des Verlagsrechts nicht allein in der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters, sondern in der Reaktion des Verfassers darauf.

53 a Zust. KEPLINGER S. 81 f.

54 Vgl. aber § 55 I Nr. 2, II InsO.

55 Art. 6, 7 und 8 § 4 des Gesetzes vom 22. Juni 1977 (BGBl. I S. 998).

56 Vgl. hierzu meine Kritik in JZ 1995, 803, 808 ff. und in HK-InsO² § 107 Rn. 1, 3, 6, 8, 10.

erfolgte als Reaktion auf ein Urteil des BGH vom 29. 10. 1976⁵⁷. Der BGH vertrat darin die Auffassung, daß der Konkursverwalter die Erfüllung einer vor Konkursöffnung eingegangenen und durch eine Vormerkung gesicherten Pflicht des Gemeinschuldners zur Übereignung eines Grundstücks *aufgrund des dem § 24 KO angeblich vorgehenden § 17 KO* verweigern könne, wenn der dieser Verpflichtung zugrundeliegende und von der Gegenseite noch nicht vollständig erfüllte Vertrag den Gemeinschuldner außerdem noch zur Errichtung eines Gebäudes verpflichtete und auch diese Pflicht noch nicht vollständig erfüllt sei. Man könnte nun sagen, daß sich der Gesetzgeber, indem er durch Satz 2 des § 24 KO klarstellte, daß die in § 24 Satz 1 KO ausgesprochene *Erfüllungspflicht* des Konkursverwalters auch in Fällen besteht, in denen der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrag i. S. des § 17 KO beruht, mittelbar zu der damals ganz herrschenden Auffassung bekannt habe, daß § 17 KO dem Konkursverwalter nicht nur ein Recht zur Erfüllung, sondern über den Gesetzeswortlaut hinaus auch ein – nicht schon nach anderen Vorschriften begründetes – Recht zur *Erfüllungsablehnung* gewähre. Denn nur wenn § 17 KO (§ 103 InsO) die gesetzliche Grundlage eines irgendwie gearteten Rechts zur *Erfüllungsablehnung* ist, kann eine Anwendung dieser Vorschrift zu Kollisionen mit der in § 24 Satz 1 KO (§ 106 I 1 InsO) statuierten *Erfüllungspflicht* führen und somit ein Bedürfnis für eine legislative Entscheidung des Konkurrenzverhältnisses zwischen § 17 und § 24 KO (§ 103 und § 106 InsO) bestehen⁵⁸.

- 3.20** Trotz dieser Anzeichen sollte man aber aus der Existenz des – ein solches Konkurrenzverhältnis offenbar entscheiden wollenden – § 24 Satz 2 KO (§ 106 I 2 InsO) nicht folgern, daß der Gesetzgeber mit der Schaffung dieser Vorschrift zugleich eine Stellungnahme zu der Frage abgeben wollte, ob das Recht des Insolvenzverwalters zur *Nichterfüllung* gegenseitiger Verträge in § 17 KO (§ 103 InsO) oder an *anderer* Stelle verwurzelt ist und welchen *Inhalt* dieses Recht ggfls. hat.
- 3.21** Denn auf den Gedanken, daß § 17 KO insoweit *nicht* einschlägig sein könnte, war man bei der Auseinandersetzung mit der später durch § 24 Satz 2 KO »korrigierten« Entscheidung des BGH überhaupt nicht gekommen (anders nur meine Kritik in JZ 1977, 552 ff.⁵⁹). Mit einer angesichts des Wortlauts des § 17 KO geradezu verblüffenden Selbstverständlichkeit war man davon ausgegangen, daß § 17 KO dem Konkursverwalter ein Ablehnungsrecht gewähre, welches in den Fällen des § 24 KO in Widerspruch zu der dort ausgesprochenen Erfüllungspflicht des Konkursverwalters treten könne⁶⁰. Die Väter des § 24 Satz 2 KO waren sich also gar

57 Vgl. schon o. Rn. 1.5 mit Fn. 17.

58 So schon MAROTZKE JZ 1977, 552 ff.

59 Dieser Beitrag wurde von der JZ erst *nach* Inkrafttreten des § 24 Satz 2 KO veröffentlicht.

60 Vgl. z. B. Holger SCHMIDT BB 1977, 164 ff.; FEHL BB 1977, 524 ff.; LICHTENBERGER NJW 1977, 519 ff. (vgl. aber immerhin a. a. O. S. 520 bei Fn. 3); GÖTTE NJW 1977, 524; HÄSEMEYER NJW 1977, 737 ff.; JAKOBS Betrieb 1977, 757 ff.; WEITNAUER DNotZ 1977, 225, 228 ff.; ERTL Rpfleger 1977, 81, 84; BASSENGE JR 1977, 203 ff.; Schreiben der *Bundesnotarkammer* an den Bundesminister der Justiz (vgl. DNotZ 1977, 193 f.).

nicht bewußt, mit dem angeblichen Spannungsverhältnis zwischen § 17 und § 24 KO möglicherweise nur ein »Scheinproblem«⁶¹ entschieden zu haben.

Aber selbst wenn sie dieses Bewußtsein gehabt hätten, wäre die legislatorische Reaktion auf die ein derartiges Spannungsverhältnis annehmende Entscheidung des BGH vom 29. 10. 1976⁶² wohl kaum anders ausgefallen. Denn den Schöpfern des § 24 Satz 2 KO ging es nicht etwa darum, letztverbindlich die – ihnen offenbar gar nicht bekannt gewesene – Frage zu beantworten, ob das Ablehnungsrecht des Konkursverwalters seine Grundlage nun gerade in § 17 KO oder aber in anderen Vorschriften der KO findet, sondern nur darum, ein für allemal klarzustellen, daß ein Ablehnungsrecht jedenfalls dann *nicht* besteht, wenn der fragliche Anspruch durch eine Vormerkung gesichert ist. **3.22**

Nichts zeigt dies deutlicher als die Begründung, die ein Vertreter des Bundesjustizministeriums (Ministerialrat KAUFMANN) in der Sitzung des Bundestags-Rechtsausschusses vom 25. 3. 1977⁶³ dafür gab, daß die – mit dem späteren § 24 Satz 2 KO wortgleiche – Formulierungshilfe seines Ministeriums so weit gefaßt war, daß sie dem Wortlaut nach auch Ansprüche aus *einseitig* verpflichtenden Verträgen mitumfaßte: Zwar habe eine Beschränkung des § 24 Satz 2 KO (§ 106 I 2 InsO) auf *zweiseitig* verpflichtende Verträge nahegelegen, da nur dort der § 17 KO (§ 103 InsO) in Betracht komme⁶⁴. Gegen eine derart enge Fassung des § 24 Satz 2 KO (§ 106 I 2 InsO) seien aber Bedenken aufgetaucht⁶⁵. Denn wenn der Gesetzgeber die Neuregelung nur für gegenseitige Verträge treffe, könne die Meinung aufkommen, daß eine Vormerkung, die auf einem anderen Rechtsgeschäft beruhe, nicht durchgreife⁶⁶. Diese Meinung sei zwar falsch, es könne aber nicht schaden, ihr durch eine weite Fassung des § 24 Satz 2 KO vorzubeugen⁶⁷. **3.23**

Als Fazit ist festzuhalten, daß sich Sinn und Zweck des § 24 Satz 2 KO sowie des diesem nachgebildeten § 106 I 2 InsO in der Klarstellung erschöpfen, daß alle denkbaren Erfüllungsablehnungsrechte des Insolvenzverwalters, gleich aus welchen Vorschriften findige Juristen sie jetzt oder künftig noch herleiten werden, gegenüber vormerkungsbewehrten Ansprüchen nicht wirken sollen^{67a}. Eine »authentische« Interpretation des § 17 KO (§ 103 InsO) in dem Sinne, daß diese Vorschrift dem Insolvenzverwalter jedenfalls hinsichtlich *nicht* vormerkungsbewehrter Ansprüche ein besonderes – nicht bereits nach anderen Vorschriften begründetes – Recht zur Erfüllungsablehnung gewähre, war mit § 24 Satz 2 KO ebenso wenig beabsichtigt wie die durch die absichtlich weit gefaßte Formulierung des § 24 Satz 2 KO (§ 106 I 2 InsO) denkmöglich gewordene Schlußfolgerung, daß ein **3.24**

61 Vgl. MAROTZKE JZ 1977, 552 ff.

62 Vgl. o. Rn. 1.5 mit Fn. 17.

63 Rechtsausschuß, Nr. 5 S. 16 ff. der Stenographischen Protokolle 1977 (8. WP).

64 Protokolle a. a. O. S. 16/17.

65 Eine Landesjustizverwaltung soll diese Bedenken »sehr nachdrücklich« vertreten haben; vgl. Protokolle a. a. O. S. 18.

66 Protokolle a. a. O. S. 17.

67 Protokolle a. a. O. S. 16/17.

67a Zust. KEPPLINGER S. 83 f.

Recht des Insolvenzverwalters, den Erfüllungsanspruch des Gläubigers durch einseitige Ablehnungserklärung für immer zu vernichten, auch gegenüber Gläubigern aus nur *einseitig* verpflichtenden Verträgen bestehe, soweit dieses Gestaltungsrecht nicht im Hinblick auf eine zugunsten des Gläubigers eingetragene Vormerkung durch § 24 Satz 2 KO (§ 106 I 2 InsO) ausgeschlossen werde.

d) §§ 50, 52 VerglO

- 3.25** Möglicherweise enthielt aber schon die (gemeinsam mit der KO zum 1. 1. 1999 außer Kraft getretene⁶⁸) *Vergleichsordnung* in § 50 (der ausdrücklich von einem Recht zur Erfüllungsablehnung handelt) und § 52 I 1 (der den § 50 VerglO ausdrücklich als die gesetzliche Grundlage dieses Ablehnungsrechts bezeichnet) eine »authentische Interpretation« des Inhalts, daß das in § 26 KO angedeutete Recht des Konkursverwalters zur »Nichterfüllung« in gleicher Weise von den Voraussetzungen des § 17 KO abhängt wie im Vergleichsverfahren das (angeblich⁶⁹) inhaltsgleiche Ablehnungsrecht des Schuldners von denen des § 50 VerglO. Eine methodisch sehr ähnliche Überlegung findet sich bei JAEGER, der seine unzutreffende⁷⁰ Ansicht, daß § 17 KO den Konkursverwalter ermächtigt, den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners durch einseitige Erklärung in einen Anspruch auf »Schadensersatz wegen Nichterfüllung«⁷¹ zu verwandeln, u. a. mit dem Hinweis zu begründen versuchte, daß § 17 KO durch § 30 Satz 1 (später § 52 I 1) der VerglO nachträglich in diesem Sinne »authentisch« interpretiert worden sei⁷².
- 3.26** Der Gedanke, daß § 17 KO in gleicher Weise wie § 50 VerglO die *gesetzliche Grundlage* eines Ablehnungsrechts dargestellt habe und daß im Fall des § 17 KO nur der *Inhaber* dieses Rechts ein anderer gewesen sei (Konkursverwalter statt Vergleichsschuldner) könnte etwa folgendermaßen entwickelt werden:
- 3.27** Nach herrschender, auch in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommender Auffassung hatte eine durch § 50 VerglO gedeckte Erfüllungsablehnung zur Folge, daß die beiderseitigen Erfüllungsansprüche erloschen und die Gegenseite selbst nach einem späteren Scheitern des Vergleichsverfahrens⁷³ nicht mehr ihren ursprünglichen Erfüllungsanspruch, sondern nur noch einen etwaigen Schadensersatzanspruch aus § 52 VerglO geltend machen konnte. Wegen des »innigen Zusammenhangs« der §§ 50, 52 VerglO mit § 17 KO, so könnte man im Anschluß an

68 Vgl. hierzu und zum Übergangsrecht o. Rn. 1.10 f. und u. Rn. 13.7 f.

69 Dazu u. Rn. 3.28 ff., 12.30, 13.9 ff.

70 Vgl. Rn. 3.35 ff., 5.1 ff.

71 Zu Rechtsnatur und Inhalt der in § 26 Satz 2 KO bzw. § 103 II 1 InsO erwähnten »Forderung wegen der Nichterfüllung« vgl. u. Rn. 5.14 ff.

72 JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 43 (S. 334). Hiergegen schon GRIMM S. 75 Fn. 39; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 202 und, den nachfolgenden Ausführungen weitgehend zustimmend, KEPPLINGER S. 84 ff., 90.

73 Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses nebst Begründung (Reichstag, III. Wahlperiode 1924/26, Anlage Nr. 2340) S. 24 (zu § 24 des Entwurfs); BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 50 Rn. 32; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, VerglO § 50 Anm. 3; KEPPLINGER S. 87 ff.

JAEGER⁷⁴ argumentieren, habe nach damaligem Insolvenzrecht nichts anderes gelten dürfen, wenn die Erfüllungsablehnung nicht im Vergleichsverfahren vom Schuldner, sondern in dessen Konkurs vom Verwalter ausgegangen sei⁷⁵. Da aber der endgültige, den Konkurs überdauernde Wegfall des der anderen Vertragspartei zustehenden Erfüllungsanspruchs als *allgemeine* Folge des Konkurses mit § 164 I KO (vgl. auch § 201 I InsO) nicht zu vereinbaren war, bedurfte er der Verankerung in einer *besonderen* Bestimmung⁷⁶. Als solche könnte man den § 17 KO in Betracht ziehen.

Etwaige Einwände, die sich daraus ergeben konnten, daß § 17 KO ein Recht, die Erfüllung des Vertrages *abzulehnen*, mit keiner Silbe erwähnte (anders jetzt § 103 II 1 InsO⁷⁷), sondern daß § 17 I KO gerade umgekehrt das Recht, den Vertrag (vollständig) zu *erfüllen*, als das eigentlich Besondere hervorhob⁷⁸, konnte man durch den Hinweis zu zerstreuen versuchen, daß der Gesetzgeber bei der Formulierung der §§ 36, 50, 52 I VerglO nachweislich⁷⁹ darauf bedacht gewesen war, für das Vergleichsverfahren, das ja leicht in ein Konkursverfahren »übergleiten« konnte⁸⁰, eine mit den §§ 59 I Nr. 2, 17, 26 KO harmonisierende Regelung zu schaffen, und daß er sich, indem er in § 50 VerglO die gesetzliche Grundlage für die Erfüllungsablehnung im *Vergleichsverfahren* schuf, konkludent zu der – schon damals herrschend gewesenen – Auslegung des § 17 KO bekannt hatte, nach der diese Vorschrift die Ermächtigungsgrundlage für die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters war⁸¹.

Diese Beweisführung lag zwar ganz auf der Linie der damals vorherrschenden Auffassung, war aber nicht überzeugend. Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, daß der Wille, eine bestimmte Regelung (die §§ 36, 50, 52 I VerglO) so zu gestalten, daß sie mit einer anderen (den §§ 59 I Nr. 2, 17, 26 KO) nicht kollidiert, nicht notwendig den Willen einschließt, diese andere Regelung authentisch umzuinterpretieren. Hinzu kommt, daß die von JAEGER⁸² – aber nicht nur von ihm, sondern

74 JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 43 S. 334.

75 Vgl. auch JAEGER a. a. O. und in Rn. 40, dem es dort jedoch noch nicht auch um die – von ihm an anderer Stelle bejahte (§ 17 Rn. 50) – Frage ging, ob der Wegfall des Erfüllungsanspruchs den Konkurs überdauert.

76 Das sehen auch JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 51 (S. 343/344); JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 49 a. E.; OFFTERMATT S. 143 ff. (jeweils ohne § 164 I KO ausdrücklich zu erwähnen).

77 S. o. Rn. 3.11, 3.12.

78 Vgl. o. Rn. 3.5 mit Fn. 22.

79 Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses nebst Begründung (Reichstag, III. Wahlperiode 1924/26, Anlage Nr. 2340) S. 17 (zu § 2 des Entwurfs) und S. 24 (zu §§ 23–25 des Entwurfs); Entwurf einer Vergleichsordnung nebst Einführungsgesetz und Begründung (Berlin 1933) S. 47. Vgl. zu diesen Entwürfen auch u. Rn. 13.9 ff.

80 S. 17 der Begründung des Entwurfs von 1926 (vgl. auch u. Rn. 13.15).

81 Vgl. z. B. S. 24 zu § 25 des Entwurfs von 1926 (Fundstelle o. Fn. 79): »... kann der Konkursverwalter freilich gemäß § 17 der Konkursordnung die Erfüllung ablehnen.« Hervorhebungen von mir.

82 Vgl. o. Fn. 74.

auch von den Verfassern der VergIO⁸³ – behauptete Rechtsähnlichkeit zwischen den §§ 50, 52 VergIO auf der einen und den §§ 17, 26 KO auf der anderen Seite nur eine scheinbare war. In Wirklichkeit diene § 50 VergIO ganz anderen Zwecken als § 17 KO⁸⁴. Das ging in aller Deutlichkeit aus § 50 II VergIO hervor. Diese Vorschrift machte das Recht des im Vergleichsverfahren befindlichen Schuldners zur Erfüllungsablehnung von einer Ermächtigung des Vergleichsgerichts abhängig und bestimmte, daß diese Ermächtigung »nur« erteilt werden solle, wenn die Erfüllung oder die weitere Erfüllung des Vertrages das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs gefährden würde (und die Ablehnung der Erfüllung dem Vertragsgegner keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt). Im Vergleichsverfahren diene das Ablehnungsrecht also der Ermöglichung eines Vergleichs und damit letztlich (§ 1 VergIO) der Abwendung des Konkurses. Eine Anwendung des § 17 KO kam hingegen überhaupt nur in Betracht, wenn die Abwendung des Konkurses entweder niemals angestrebt (also ein Vergleichsverfahren gar nicht versucht) oder aber fehlgeschlagen war. Schon deshalb wird man kaum von einer Rechtsähnlichkeit zwischen § 17 KO und § 50 VergIO sprechen können.

- 3.30** Ähnlich sind nicht einmal die Ausgangssituationen, auf die im Vergleichsverfahren der Schuldner nach § 50 VergIO und im Konkurs der Verwalter nach § 17 KO einwirken konnte: Während ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruhte, durch das Vergleichsverfahren an sich nicht berührt wurde (so der allerdings schon in der ersten Auflage dieses Buches⁸⁵ für nichtig befundene § 36 I VergIO), unterlag er im Konkurs von vornherein allen Beschränkungen, die das Gesetz auch den übrigen Konkursgläubigern auferlegte (vgl. Rn. 3.48 ff., 5.1 ff.). Diese gänzlich verschiedenen Ausgangspunkte sind auch der Grund, weshalb die Vergleichsordnung das Recht, den Gläubiger in das Verfahren *einzu beziehen* (§§ 50, 52 I 2 VergIO), die Konkursordnung hingegen das Recht, den Gläubiger von den verfahrensmäßigen Beschränkungen *auszunehmen* (§§ 17 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO), jeweils in der Form spezialgesetzlicher Ausnahmetatbestände zum Ausdruck brachte. Und während § 133 Nr. 2 KO den Konkursverwalter verpflichtete, die Genehmigung eines etwa bestellten Gläubigerausschusses einzuholen, wenn er den Vertrag *erfüllen* wollte (und wertmäßig mehr als 300 DM auf dem Spiel standen⁸⁶), war im Vergleichsverfahren genau umgekehrt das Recht (des Schuldners) zur Erfüllungsablehnung von einer Ermächtigung (des Vergleichsgerichts) und diese wiederum davon abhängig gemacht, daß die Ablehnung der Erfüllung vom Verfahrenszweck gefordert wurde und »dem Vertragsgegner keinen unverhältnismäßigen Schaden

83 Vgl. aus der Begründung zu §§ 23–25 (S. 24) des Entwurfs von 1926 (Fundstelle o. Fn. 79): »Der Entwurf sieht daher die Möglichkeit einer Abwicklung gegenseitiger Verträge vor. Seine Vorschriften lehnen sich an die Bestimmungen der Geschäftsaufsichtsverordnung (§§ 9 bis 11, 13 Abs. 2) an, die ihrerseits wieder auf den Bestimmungen der Konkursordnung (§§ 17 ff.) beruhen.« Dazu auch u. Rn. 12.30, 13.11 ff., 13.15 ff.

84 Richtig GRIMM S. 75 Fn. 39.

85 Vgl. MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 426 ff. und nunmehr auch u. Rn. 12.30, 12.34 ff., 13.79 ff.

86 Zum Standpunkt des *neuen* Insolvenzrechts vgl. o. Rn. 2.2.

bringt« (§ 50 II VerglO). Der Umstand, daß die KO eine derartige Rücksichtnahme auf den »Vertragsgegner« nicht vorschrieb (was übrigens auch die InsO nicht tut), war m. E. ein deutliches Indiz dafür, daß die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters nicht die weitreichenden Gestaltungswirkungen haben konnte, die man der Erfüllungsablehnung des Schuldners im Vergleichsverfahren zuschrieb.

Wegen der aufgezeigten Unterschiede zwischen den §§ 36, 50 VerglO auf der einen und den §§ 59 I Nr. 2, 17, 133 Nr. 2 KO auf der anderen Seite war es zu keiner Zeit gerechtfertigt, die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters aufgrund *vergleichsrechtlicher* Überlegungen als ein Recht zur einseitigen, den Konkurs überdauernden Umgestaltung des Vertrages aufzufassen und dieses Recht sodann, da es als *allgemeine* Folge des Konkurses mit § 164 I KO (§ 201 I InsO) nicht zu vereinbaren war, in die *besondere* Vorschrift des § 17 KO (§ 103 InsO) hineinzuinterpretieren⁸⁷. **3.31**

Gegen die hier kritisierte vergleichsrechtsorientierte Uminterpretation des § 17 KO sprach auch noch ein weiterer Grund: die Unrichtigkeit der herrschenden⁸⁸ Meinung, daß der von einer Ablehnungserklärung des Vergleichsschuldners (§ 50 VerglO) betroffene Erfüllungsanspruch des Vertragspartners auch dann nicht mehr geltend gemacht werden könne, wenn das Vergleichsverfahren gescheitert und vielleicht sogar ein Anschlußkonkurs durchgeführt worden ist. Diese Auslegung beinhaltete eine weder vom Wortlaut noch von Sinn und Zweck des § 50 VerglO gebotene Mißachtung der Gläubigerrechte: Nach dem in § 50 II 5 VerglO zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers sollte der Schuldner durch die Erfüllungsablehnung verhindern können, daß das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs dadurch gefährdet wird, daß der Schuldner den gegenseitigen Vertrag gem. § 36 I VerglO erfüllen muß^{89,90}. Dazu hätte es aber genügt, die Gestaltungswirkung der Erfüllungsablehnung nur unter der auflösenden Bedingung anzuerkennen, daß das Vergleichsverfahren trotz der Einbeziehung auch dieses einen Vertragsgläubigers scheitert⁹¹. Jede weitergehende Beeinträchtigung der Gläubigerrechte mußte über das Ziel des Vergleichsverfahrens – den Vergleich und seine Erfüllung – hinauschießen⁹² und insoweit die Gläubiger aus beiderseits **3.32**

87 Zust. KEPPLINGER S. 84 ff., 90.

88 Vgl. o. Rn. 3.27.

89 S. 23 der Begründung zu §§ 23–25 des VerglO-Entwurfs von 1926 (Fundstelle: o. Rn. 3.27 Fn. 73).

90 Vgl. zu dem erwähnten § 36 I VerglO den folgenden Text (bei Fn. 93, 94).

91 Bereits vor Schaffung der VerglO ist das von TISCHBEIN S. 73/74 richtig erkannt worden. Und hinsichtlich der dem späteren § 50 VerglO entsprechenden Bestimmung des § 9 GeschäftsaufsichtsVO vom 14. 12. 1916 (s. u. Rn. 13.17) meinte schon BERES, Frankfurter Zeitung und Handelsblatt vom 29. 12. 1916 Nr. 359 (Abendblatt) S. 4: »Mindestens hätte man die Vorschrift auf Verträge, die vor dem Kriege abgeschlossen waren, und auf den Fall des Zwangsvergleichs beschränken sollen. Mißbräuche und Irrtümer liegen hier nahe.« Vgl. auch CAHN GeschäftsaufsichtsVO § 9 Anm. A 2.

92 Vgl. außer den in Fn. 91 Genannten noch HOHLOCH ZGR 1982, 145, 198: Ein *de lege ferenda* anstelle der VerglO einzuführendes »Sanierungsverfahren« (herausgekommen ist dann schließlich das Insolvenzplanverfahren der §§ 217 ff. InsO) müsse zwar »sowohl in

noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen ohne sachlichen Grund⁹³ schlechter stellen als Gläubiger, die bereits voll vorgeleistet hatten. Die letzten mußten – obwohl tatbestandlich überhaupt nicht unter das Privileg des (in die InsO nicht übernommenen⁹⁴) § 36 I VerglO fallend – beim Fehlschlagen des Vergleichsversuchs keine Rechtseinbuße erleiden⁹⁵ und konnten sich ihre Ansprüche ohne jede inhaltliche Veränderung sogar über einen Anschlußkonkurs hinaus bewahren (§ 164 KO). Es ist nicht einzusehen, warum der Gläubiger, der noch *nicht* voll vorgeleistet hat, insoweit größeren Beeinträchtigungen (§§ 50, 52 I VerglO) ausgesetzt sein soll.

- 3.33** Anders als den Verfassern der KO, die auch in den Fällen des § 17 KO die »Umwandlung« des dem Vertragspartner zustehenden Erfüllungsanspruchs in einen »Schadensersatzanspruch« als nur verfahrensmäßige Folge aus § 69 KO verstanden⁹⁶, waren diese Zusammenhänge den Verfassern der VerglO wohl trotz des dem § 69 KO entsprechenden § 34 VerglO nicht mehr bewußt⁹⁷. Da der Gesetzgeber in §§ 50, 52 I VerglO aber nicht besonders zum Ausdruck gebracht hat, daß die dort ermöglichte Umwandlung gegenseitiger Verträge unabhängig von der späteren Bestätigung des Vergleichs wirken sollte, erscheint es legitim, hier der anderen, sachgerechteren Auslegung den Vorzug zu geben, die darin besteht, daß die §§ 50, 52 I VerglO zwar die Beseitigung des Privilegs aus § 36 I VerglO (sofern dieses überhaupt als geltendes Recht anerkannt werden durfte⁹⁸), keinesfalls aber eine noch weitere Beeinträchtigung der Gläubigerrechte ermöglichten.

Richtigerweise hätte man für das Verfahren nach der VerglO also annehmen müssen, daß die Umwandlung der Erfüllungsansprüche aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen genauso wie die Forderungsumrechnung nach § 34 VerglO unter dem Vorbehalt steht, daß ein Vergleich zustande kommt⁹⁹, und daß sie andernfalls spätestens mit der Aufhebung oder Einstellung eines et-

die Rechtsposition des Schuldners als auch in die Rechtspositionen sämtlicher Gläubiger eingreifen dürfen«. Die den Beteiligten abverlangten Opfer müßten aber »stets unter der Bedingung der Sanierungsfähigkeit des Schuldners gesehen werden«. Werde diese im Verlauf des Verfahrens verneint, so müßten »alte Rechte wieder aufleben und im anschließenden Liquidationsverfahren ihren gewohnten Rang haben« (ähnlich HENCKEL ZIP 1981, 1296, 1303 ad XIV 3).

93 A. M. KEPPLINGER S. 89 (vgl. u. Rn. 3.41 mit Fn. 136).

94 Vgl. dazu u. Rn. 12.30 a. E. mit Fn. 80.

95 Vgl. BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 34 Rn. 3, § 50 Rn. 32; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, VerglO § 34 Anm. 5.

96 Vgl. u. Rn. 3.48 ff., 5.14 ff. Dem damaligen § 69 KO entspricht der heutige § 45 InsO.

97 Zum Standpunkt der h. M. vgl. BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 50 Rn. 32.

98 Die Frage ist zu verneinen; vgl. u. Rn. 12.30, 12.34 ff., 13.37 ff., 13.79 ff.

99 **Ausdrücklich a. M.** die Begründung zum VerglO-Entwurf von 1926 (s. o. Fn. 73 zu Rn. 3.27); BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 50 Rn. 32; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, VerglO § 50 Anm. 3; KEPPLINGER S. 87 ff. Mit der o. im Text vorausgesetzten Auslegung des § 34 VerglO stimmen überein BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 34 Rn. 3; KILGER/SCHMIDT a. a. O. VerglO § 34 Anm. 5 und auch KEPPLINGER S. 87 ff.

waigen Anschlußkonkursverfahrens entfällt (es sei denn, der Gläubiger hätte sich auf diese Umwandlung freiwillig und bindend eingelassen¹⁰⁰).

Folgt man dem, so entfällt zugleich die Ausgangsbasis der These, daß § 17 KO schon wegen des – angeblich vergleichbaren – § 50 VerglO als die gesetzliche Grundlage eines dem Konkursverwalter nicht schon nach anderen Vorschriften zustehenden Rechts zur *Erfüllungsablehnung* angesehen werden müsse. Denn wenn schon die Erfüllungsablehnung nach § 50 VerglO das Schuldverhältnis nicht gegen den Willen des Vertragspartners über einen etwaigen Anschlußkonkurs hinaus umzugestalten vermag, dann kann jedenfalls der Wunsch nach Einklang zwischen VerglO und KO kein Grund sein, der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters im Falle des § 17 KO die Wirkung beizulegen, daß die beiderseitigen Erfüllungsansprüche endgültig – also über den Konkurs hinaus – erlöschen und der Vertragspartner auf einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung beschränkt ist. Die VerglO zwingt also nicht dazu, ein derartiges Recht des Konkursverwalters, das als *allgemeine* Folge des Konkurses mit § 164 I KO nicht zu vereinbaren wäre¹⁰¹, in die *besondere* Vorschrift des § 17 KO hineinzudeuten¹⁰². Da die h. M. dennoch so verfährt (was übrigens für das *neue* Insolvenzrecht ohne Bedeutung ist, da dieses die hier kritisierten vergleichsrechtlichen Vorgaben nicht übernommen hat¹⁰³), liegt es nahe, ihr die folgende Frage zu stellen:

3. Rechtfertigt der Umstand, daß auch der Vertragspartner noch nicht vollständig erfüllt hat, besondere Eingriffsbefugnisse des Insolvenzverwalters?

Die h. M. folgert aus § 103 InsO ein Recht des Insolvenzverwalters, den Erfüllungsanspruch der anderen Vertragspartei durch einseitige Ablehnungserklärung endgültig – also nicht nur für die Dauer des Verfahrens – zu vernichten bzw. in einen Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens zu verwandeln und auf diese Weise zugleich auch etwaigen Teilleistungen des insolventen Schuldners den Rechtsgrund (§ 812 BGB) zu entziehen, soweit ihr Wert den Nichterfüllungsschaden des Vertragsgegners übertrifft¹⁰⁴. Unbestritten ist, daß ein derartiges Gestaltungsrecht des Insolvenzverwalters (nach neuerer Rspr. des BGH: eine derartige Gestaltungswirkung des das Insolvenzverfahren eröffnenden Gerichtsbeschlus-

100 Z. B. durch erfolgreiche Konkursteilnahme, vgl. u. Rn. 3.36 ff. mit Fn. 129, 132 und Rn. 5.94 mit Fn. 325–332.

101 Vgl. auch die in Fn. 76 zu Rn. 3.27 Genannten. Übersehen worden ist diese Bedeutung des § 164 I KO von FITTING³ S. 52 ff., der hier gegen seine eigene Überzeugung (S. 50 f.; vgl. auch S. 38 f. der Vorauflagen) grundsätzlich der h. M. folgt, die von dieser befürwortete Anspruchsumwandlung jedoch *entgegen* der damals herrschend gewesenen Meinung (zur *neuen* Rspr. des BGH vgl. u. Rn. 3.42 ff.) als *unmittelbare* Folge der Konkurseröffnung bezeichnet (FITTING S. 52 Fn. 15, S. 54 Fn. 19).

102 Ebenso GRIMM und MUSIELAK; a. M. JAEGER (jeweils a. a. O.; s. o. Fn. 72, 74).

103 Vgl. u. Rn. 12.30 a. E., 13.7 ff., 13.126 ff.

104 Vgl. o. Rn. 3.2 ff.

ses¹⁰⁵) dann nicht besteht, wenn der Vertragspartner die eigene Leistung schon vor Verfahrenseröffnung vollständig bewirkt hat und ein Fall des § 103 InsO somit nicht vorliegt: Hier kann der Insolvenzverwalter den Vertragspartner nicht hindern, sich als Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) mit seinem *Erfüllungsanspruch* am Verfahren zu beteiligen. Nur in Ansehung dieser Verfahrensteilnahme ist der Gläubiger durch § 45 InsO genötigt, seinen Erfüllungsanspruch, wenn dieser nicht auf einen bestimmten Geldbetrag gerichtet ist, auf den Schätzwert umzustellen. Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem seinerseits schon vollständig erfüllten Vertrag beruht, Anspruch auf Ersatz seines vollen, den Schätzwert (§ 45 InsO) seiner Primärforderung u. U. übersteigenden Nichterfüllungsschadens erwerben¹⁰⁶ und als Insolvenzgläubiger geltend machen¹⁰⁷ kann, ist umstritten. Fest steht jedoch, daß solch ein Gläubiger die verfahrenstechnische Umwandlung seines primär vielleicht gar nicht auf Geld gerichteten Erfüllungsanspruchs in eine Geldforderung (§ 45 InsO) durch Nichtteilnahme am Verfahren vermeiden und in diesem Fall seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens wieder unbeschränkt gegen den Schuldner geltend machen kann (§ 201 I InsO), soweit diesem die Leistung noch möglich¹⁰⁸ und nicht durch Insolvenzplan (s. u. § 12) oder Restschuldbefreiung (§§ 201 III, 286 ff. InsO) erlassen ist.

- 3.36** Soll das alles nicht gelten, wenn der Vertragspartner des Schuldners auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hat? Soll der Insolvenzverwalter in diesem Fall allein deshalb, weil hier der Tatbestand des § 103 InsO gegeben ist, das Recht haben, den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners selbst gegen den Willen der übrigen Beteiligten (des Schuldners, des Vertragspartners) in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verwandeln? Ist der Umstand, daß der Vertragspartner vorsichtig war und deshalb keine einseitige Vorleistung (oder nur eine unvollständige Vorleistung) erbracht hat, ein sachlicher Grund, ihn nun mit einem Gestaltungsrecht des Insolvenzverwalters zu konfrontieren, durch dessen Ausübung der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners endgültig, auch über das Verfahrensende hinaus, vernichtet und durch einen nur auf Geld gerichteten Schadensersatzanspruch ersetzt würde? Mit HENCKEL¹⁰⁹ ist das zu verneinen: Unabhängig davon, ob der Vertragspartner seinerseits bereits vollständig erfüllt hat oder nicht, wäre es eine durch den Zweck des Insolvenzverfahrens nicht zu begrün-

105 Vgl. u. Rn. 3.42 ff.

106 Dazu u. Rn. 5.64–6.36.

107 Dazu u. Rn. 5.113 ff.

108 Dazu u. Rn. 5.77 ff., 8.25 ff. – Ein der nachträglichen Unmöglichkeit gem. § 275 II BGB gleichstehendes Unvermögen des insolventen Schuldners liegt i. d. R. vor, wenn er dem Gläubiger eine Speziessache verkauft und der Insolvenzverwalter diese verwertet hat. Zu der Frage, ob der Schuldner sein Unvermögen in diesem Falle »zu vertreten« (§ 325 BGB) hat, vgl. u. Rn. 5.86 f., 5.109 ff.

109 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 160 (gegen sämtliche Voraufgaben); vgl. auch LIPPMANN JherJb 41 (1900) 112, 231 Fn. 148.

dende Entrechtung und Bevormundung¹¹⁰ des Vertragspartners, wenn ihn der Insolvenzverwalter gegen seinen Willen nicht nur für den Fall der Verfahrensteilnahme, sondern auch sonst¹¹¹ auf einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung beschränken¹¹² könnte. Allein der Wunsch nach einer schnellen »Gesamtvereinbarung« des Vertragsverhältnisses rechtfertigt solch eine Bevormundung des Vertragspartners nicht (vgl. Rn. 3.41).

4. Stützt § 103 II 3 InsO die h. M.?

JAEGER und LENT¹¹³ haben sich für ihre Ansicht, daß § 17 KO dem Konkursverwalter in dem dort vorausgesetzten Fall eines *beiderseits* noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrages ein vertragsumgestaltendes Ablehnungsrecht gewähre, auch auf § 17 II KO berufen. Dieser Vorschrift entspricht nunmehr § 103 II 2, 3 InsO. Danach verliert der Insolvenzverwalter das Recht, auf Erfüllung des Vertrages zu bestehen, wenn er dem Vertragspartner auf Anfrage nicht unverzüglich mitteilt, ob er die Erfüllung verlangen will. Ebenso¹¹⁴ muß er diese Befugnis in dem (in § 17 KO nicht, in § 103 II 1 InsO aber sehr wohl erwähnten¹¹⁵) Fall verlieren, daß er die Erfüllung des Vertrages ausdrücklich ablehnt, wobei es keine Rolle spielen kann, ob dieser Ablehnung eine Anfrage des Vertragspartners vorausging oder nicht¹¹⁶. 3.37

JAEGER und LENT¹¹⁷ meinten nun aber, daß in all diesen Fällen nicht nur der Verwalter, sondern auch der Schuldner niemals mehr – weder während des Verfahrens noch nachher – Erfüllung verlangen könne¹¹⁸. Und daraus wiederum folgerten sie, daß auch der Vertragspartner des Schuldners niemals mehr Erfüllung verlangen könne. 3.38

110 Ähnlich KAATZ S. 34; LIPPANN a. a. O.; GRIMM S. 73 f. Fn. 36; MEHL S. 14 f.; PLETZSCH S. 66 ff., 72 f. Vgl. auch u. Rn. 3.40 f.

111 Besondere Regeln gelten jedoch bei Zustandekommen eines Insolvenzplans oder einer Restschuldbefreiung. Vgl. schon Rn. 3.35 a. E. und u. Rn. 3.40 a. E.

112 Zu der weniger weitgehenden Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vertragspartner *berechtigt* ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, vgl. u. Rn. 5.64 ff.

113 JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 50; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 84.

114 Vgl. auch UNGER S. 17 (»erst recht«); BGH NJW 1987, 1702 ad II 1; BGH ZIP 1988, 1474, 1475 (Schlußsatz); KEPPLINGER S. 177.

A. M. offenbar JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 152: Der Schutz des § 17 II 2 KO »versage«, wenn der Konkursverwalter – mit oder ohne Aufforderung des Vertragspartners – erkläre, daß er die Erfüllung ablehne. M. E. muß § 17 II 2 KO bzw. § 103 II 3 InsO auf diesen Fall *analog* angewendet werden.

115 Von Bedeutung ist dieser Unterschied der Formulierung jedoch nicht. Vgl. Rn. 3.11, 3.12.

116 Ebenso COHN S. 41; UNGER S. 14, 17 und, wenn auch mit anderer Begründung, die h. M. (vgl. Rn. 3.2 Fn. 3). Einschränkend aber HENCKEL a. a. O. und in RWS-Skript 125, 2. Aufl. 1984, S. 40.

117 Jeweils a. a. O.

118 Ebenso BGH NJW 1982, 768 f. ad II 1: »Ein Erfüllungsanspruch war damit endgültig ausgeschlossen (§ 17 II 2 KO).«

- 3.39** Dieser Schlußfolgerung wäre zuzustimmen, wenn man § 103 II InsO wirklich entnehmen dürfte, daß der Insolvenzverwalter durch seine Säumnis bzw. durch seine ausdrückliche Erfüllungsablehnung nicht nur sich selbst, sondern auch dem Schuldner des Insolvenzverfahrens das Recht entzieht, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen. Der Wortlaut des § 103 II InsO schweigt. Unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks, den die MOTIVE¹¹⁹ dahin umschreiben, daß der Vertragspartner in der Lage sein müsse, den Schwebezustand zu beenden und »seine etwaige Entschädigungsforderung¹²⁰ rechtzeitig zur Konkursmasse anzumelden«, wird man jedoch anzuerkennen haben, daß die Gegenforderung des Insolvenzschuldners sowohl in der in § 17 II 2 KO bzw. § 103 II 3 InsO bezeichneten Säumnissituation als auch dann, wenn der Verwalter die Erfüllung des Vertrages ausdrücklich ablehnt, sowohl für den Verwalter als auch für den Insolvenzschuldner¹²¹ undurchsetzbar sein muß¹²².
- 3.40** Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Forderung des Insolvenzschuldners für diesen über das Verfahrensende hinaus undurchsetzbar *bleibt*¹²³: Eine *Dauerwirkung* dieser Art, die dann gleichermaßen auch für den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners gelten müßte, läßt sich aus dem Zweck des § 103 II 3 InsO nur¹²⁴ herleiten, wenn der Vertragspartner sein durch diese Bestimmung geschütztes Interesse, sich mit einer nach der Differenzmethode¹²⁵ berechneten »Forderung wegen der Nichterfüllung« (§ 103 II 1 InsO)¹²⁶ am Insolvenzverfahren zu beteiligen, wirklich wahrgenommen hat und deshalb¹²⁷ auch nach Verfahrensende auf diesen Differenzanspruch – mit dem ein Fortbestand des Erfüllungsanspruchs des Insolvenzschuldners in der Tat nicht zu vereinbaren wäre – beschränkt ist. Da das Ge-

119 MOTIVE zur KO S. 68 = HAHN Bd. IV S. 87.

120 Vgl. hierzu u. Rn. 5.14 ff.

121 Ebenso RGZ 41, 133 ff.; BGH a. a. O. (o. Fn. 118); BLEYER KO § 17 Anm. 2 c; BROKELMANN S. 33, 36; JAEGER und LENT (je a. a. O.); AMON S. 20; FELDHAUS JZ 1956, 313, 315; v. MANDRY/GEIB S. 453; MARKMANN S. 51–63; MEHL S. 10; MOHRBUTTER NJW 1968, 1125, 1126 (ad 3.); SANDROCK S. 105 ff.; STIEGLITZ KO § 15 Anm. V; UNGER S. 18–24; WILLENBÜCHER/GÜNTHER KO § 17 Rn. 6; WIRTZ S. 42 f.; a. M. HELLMANN S. 267; KOHLER, Lehrbuch S. 135 (Erfüllungsablehnung als Rücktritt vom »Beschlagsrecht«), 133 (Konsequenzen); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 154 ff. (der seine Ansicht, daß der Gemeinschuldner die dem Vertragspartner obliegende Leistung gegen Angebot der Gegenleistung schon während des Konkurses einfordern könne, aber immerhin auf den Fall beschränkt, daß der Vertragspartner davon absieht, seinen etwaigen Differenzschaden zur Konkurstabelle anzumelden); vgl. auch SMID InsO¹ § 103 Rn. 39 a. E.

122 Zu der von der Durchsetzbarkeit zu unterscheidenden Frage der Erfüllbarkeit und der einredeweisen (§ 320 BGB) Geltendmachung vgl. u. Rn. 4.123 f., 5.36, 7.59 ff., 8.6 ff.

123 So aber der BGH und BLEYER, JAEGER, LENT, AMON, MARKMANN (S. 63 f.), MOHRBUTTER, SANDROCK, UNGER, WILLENBÜCHER/GÜNTHER, WIRTZ; **nicht** hingegen auch BROKELMANN und HENCKEL (jeweils a. a. O.); vgl. auch HÄSEMAYER, Insolvenzrecht² Rn. 20.07, 20.16, 25.14 ff.; KEPPLINGER S. 95 f.

124 Ebenso JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 159 ff. (aber ohne den Rückgriff auf § 17 II 2 KO/§ 103 II 3 InsO).

125 Dazu u. Rn. 5.40 ff.

126 Dazu u. Rn. 5.14 ff.

127 Vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 161.

setz aber keinen Insolvenzgläubiger¹²⁸ zwingt, sich am Verfahren zu beteiligen und auf diese Weise z. B. der in § 45 InsO vorgeschriebenen Umstellung seiner Forderung zu unterwerfen, hängt es auch dann, wenn ein Fall des § 103 II 3 InsO vorliegt oder der Insolvenzverwalter die Erfüllung eines dem § 103 InsO unterliegenden Vertrages ausdrücklich ablehnt, vom Willen der anderen Vertragspartei ab, ob sie sich mit der in § 103 II 1 InsO erwähnten »Forderung wegen der Nichterfüllung« am Verfahren beteiligt und deshalb spätestens¹²⁹ nach Empfang einer anteiligen Abschlagszahlung nicht mehr auf ihren ursprünglichen Erfüllungsanspruch zurückgreifen kann, oder ob sie von einer Verfahrensteilnahme absieht und sich dadurch – soweit sich aus einem Insolvenzplan (§§ 217 ff. InsO) oder den Vorschriften über die Restschuldbefreiung (§§ 201 III, 286, 294, 301 InsO) nichts anderes ergibt¹³⁰ – den ursprünglichen Erfüllungsanspruch über das Verfahrensende hinaus bewahrt¹³¹ (und dann selbstverständlich auch dem Schuldner verpflichtet bleibt¹³²).

Auch aus § 103 II InsO läßt sich also nicht herleiten, daß der Insolvenzverwalter einem Gläubiger, dessen Forderung auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruht, den auf Erfüllung gerichteten Primäranspruch durch einseitige Ablehnungserklärung für alle Zukunft entziehen könne.

Aber nicht nur rechtsdogmatisch, sondern auch *rechtspolitisch* spricht nichts¹³³ **3.41** dafür, der Erklärung des Insolvenzverwalters, den Vertrag nicht (vollständig) erfüllen zu wollen, im Fall des § 103 InsO eine den Erfüllungsanspruch des Vertrags-

128 Also auch nicht solche, deren Forderungen aus Verträgen i. S. des § 17 KO bzw. § 103 InsO resultieren; vgl. OLG Jena SeuffA 47 Nr. 87 S. 126; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 154–163; KAATZ S. 12; MEHL S. 15; PLETZSCH S. 73; a. M. BRACHMANN S. 37/38.

129 Der genaue Zeitpunkt ist selbst unter den sogleich in Fn. 131 genannten Autoren umstritten; vgl. auch u. Rn. 5.94 mit Fn. 327–329.

130 Vgl. u. § 12 (zum Insolvenzplan).

131 Mit Unterschieden im Detail (vgl. Fn. 129) ebenso: OLG Jena SeuffA 47 [1892] Nr. 87; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 159 ff.; BORK, Festschr. f. Zeuner, 1994, S. 297, 307 ff., 315; BROCKELMANN S. 28 f., 32 ff.; FELDHAUS JZ 1956, 313, 315 f.; FÖRSTER/ECCIUS § 117 Fn. 3; GRIMM S. 72 ff. mit Fn. 36; HÄSEMAYER, Insolvenzzrecht² Rn. 20.07, 20.16, 25.14 ff.; KAATZ S. 10, 18, 30/31; KEPPLINGER S. 92 f., 102 f.; KOHLER, Lehrbuch S. 134/135; LIPPIMANN JherJb 41 (1900) 112, 230 f. mit Fn. 148; MAROTZKE JZ 1977, 552, 554; MEHL S. 15 ff.; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 195 f., 211 ff.; OETKER, Das Verfolgungsrecht S. 104 ff. (i. V. m. S. 45 f.); ders., Grundbegriffe Bd. I S. 215 ff., 450; PLETZSCH S. 63 ff., 73; SEUFFERT S. 190; SMID InsO¹ § 103 Rn. 39; v. VÖLDERNORFF KO § 15 Anm. V (S. 233); ZELCK S. 38; vgl. auch BRANDES in: Prütting (Hrsg.), RWS-Forum 9, 1997, S. 1, 10 (allerdings ohne ausdrückliche Erwähnung der »Erfüllungsablehnung«) und MÜLLER NJW 1968, 225, 228 f., 2231 (der an sich der herrschenden Auslegung des § 17 KO folgt, aber dennoch annimmt, daß im Konkurs einer OHG der Verwalter einen Gesellschaftsgläubiger, dessen Anspruch auf einem dem § 17 KO unterliegenden Vertrag beruht, durch seine Erfüllungsablehnung nicht hindern könne, von den *Gesellschaftern* aufgrund des § 128 HGB Erfüllung zu verlangen [vgl. aber nunmehr § 93 InsO]).

132 Dies aber nur vorbehaltlich seines etwaigen (vgl. Rn. 7.3 ff., 7.10 ff., 7.17 ff., 7.23 f., 7.66, 7.97 ff.) Rechts, sich gemäß §§ 325 ff. BGB vom Vertrag zu lösen.

133 Vgl. auch schon Rn. 3.35 f.

partners vernichtende Gestaltungswirkung zuzuerkennen, obwohl eine derartige Gestaltungswirkung in dem nicht unter § 103 InsO subsumierbaren Fall, daß der Gläubiger dem Insolvenzschuldner zu nichts mehr verpflichtet ist, nach einheitlicher und unbestreitbarer Auffassung nicht in Betracht kommt. Es mag zwar sein, daß das Interesse des insolventen Schuldners und seiner übrigen Gläubiger an einer möglichst schnellen und endgültigen »Gesamtbereinigung« des Vertragsverhältnisses im ersten Fall tendenziell größer ist als im zweiten¹³⁴. Das hängt jedoch sehr von der konkreten Situation ab (z. B. von Art und Umfang der beiderseits noch nicht erbrachten Leistungen¹³⁵) und ist deshalb kein Grund für eine *generelle* Ungleichbehandlung der beiden Vergleichsfälle¹³⁶.

IV. Die neue Rechtsprechung seit BGHZ 103, 250

3.42 Der negative Befund, der sich bei Rn. 3.41 ergab, lenkt hoffnungsvolle Erwartungen auf eine im Jahre 1988 beginnende Serie von Urteilen des BGH¹³⁷, in welchen auch der BGH selbst von seiner bis dato ständig vertretenen¹³⁸ Ansicht abgerückt ist, daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters (damals noch: Konkursverwalters) das Vertragsverhältnis in der soeben kritisierten Weise umgestalte. Wer jedoch meint, daß mit dieser neuen Rechtsprechung endlich der Weg zu einer angemesseneren Handhabung des § 17 KO bzw. § 103 InsO beschritten sei¹³⁹, wird bei näherem Hinsehen eines anderen belehrt: Die vom BGH vertretene neue Auslegung des § 17 KO (§ 103 InsO) ist vom richtigen Wege noch weiter entfernt als diejenige, die durch sie ersetzt wurde.

3.43 In vier Punkten läßt sich die neue Interpretation zusammenfassen:

- (1) Der BGH gibt seine bisherige Ansicht, daß die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters rechtsgestaltend in das Vertragsverhältnis eingreife, auf.
- (2) Der BGH folgt nunmehr der bereits in der ersten Auflage dieses Buches¹⁴⁰ vertretenen Ansicht, daß sich die Bedeutung der Erfüllungsablehnung im wesentlichen in einer für den Konkursverwalter bindenden Bekräftigung des rechtlichen Zustandes erschöpft, in den das Vertragsverhältnis bereits durch den Verfahrensakt der Konkurseröffnung versetzt wurde.
- (3) Jedoch definiert der BGH den rechtlichen Zustand, in welchen der dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegende Vertrag schon infolge der Verfahrenseröff-

134 Vgl. MELLWIG S. 35 ff.; KEPPLINGER S. 87 ff. (mit Fn. 439, 446), 92 ff., 96.

135 In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, daß dem § 17 KO/§ 103 InsO auch solche Fälle unterliegen, in denen beide Vertragsparteien schon erhebliche Teilleistungen erbracht haben.

136 A. M. MELLWIG S. 35 ff. und z. T. auch KEPPLINGER (s. o. Fn. 93, 134).

137 Vgl. Rn. 1.6 Fn. 33.

138 Vgl. das Zitat aus BGHZ 98, 160, 169 in Fn. 1 zu Rn. 3.2.

139 So zunächst HENCKEL ZZP 99 (1986) 419 f. (allerdings in bezug auf die etwas ältere Entscheidung in BGHZ 89, 189, 194 f.).

140 MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 70 ff., 73 ff.

nung versetzt wird, genauso wie die Rechtslage, die er *bisher* als Rechtsfolge der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters ausgab. Z. B. geht der BGH nun davon aus, daß *bereits die Verfahrenseröffnung als solche* die beiderseitigen Erfüllungsansprüche (endgültig?¹⁴¹) zum Erlöschen bringe und schon erbrachten Teilleistungen des Gemeinschuldners den Rechtsgrund entziehe.

- (4) Aus dem in § 17 I KO bzw. § 103 I InsO verbrieften Recht des Insolvenzverwalters, die Erfüllung des Vertrages zu verlangen, wird auf diese Weise unversehens das Recht, die (angeblich ja schon infolge der Verfahrenseröffnung erloschenen) Erfüllungsansprüche durch einseitige, rechtsgestaltende Willenserklärung neu zu begründen.

Diese neue Auslegung des § 17 KO (§ 103 InsO) stimmt weder mit dem Gesetz überein, noch ist sie, dies ergibt eine wertende Betrachtung der zur Lösung anstehenden Sachfragen¹⁴², aufgrund höherrangiger Gerechtigkeitspostulate geboten. Weder in § 17 noch in § 26 KO ist davon die Rede, daß Erfüllungsansprüche aus beiderseits nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung erlöschen. Erlöschensanordnungen der hier interessierenden Art trifft die KO nur, konkludent, in § 18 KO für Fixgeschäfte (auch Finanztermingeschäfte einbeziehend nunmehr § 104 InsO) und, ausdrücklich, in § 23 KO (§§ 115, 116 InsO) für Aufträge und Geschäftsbesorgungsverträge des Gemeinschuldners, soweit diese sich auf die Masse beziehen. Hätte der Gesetzgeber sol-

141 Vgl. zu diesem Aspekt u. Rn. 12.15 Fn. 23 und Rn. 12.20 Fn. 46.

142 Zu nennen sind vor allem die bei Rn. 4.16 ff. erörterte Abtretungsproblematik, die bei Rn. 4.59 ff. erörterte Aufrechnungsproblematik, die bei Rn. 7.54 ff. erörterte Besitzrechtsproblematik, die bei Rn. 7.61 ff. erörterte Rechtsstellung des Anwartschafts-Zweiterwerbers, die bei Rn. 9.1 ff. erörterte Frage eines Rückgewähranspruchs des Insolvenzverwalters sowie die spannende Frage nach dem Schicksal akzessorischer Sicherungsrechte (vgl. MAROTZKE EWiR § 55 KO 1/1992, 71 f. [ad 3.]; UHLENBRUCK JZ 1992, 426; BORK, Festschr. f. Zeuner, 1994, S. 297, 313 f.; KREFT, Festschr. f. Fuchs, 1996, S. 115, 129 f. [nochmals veröffentlicht in ZIP 1997, 865, 870 f.]; s. auch den Diskussionsbericht in Prütting [Hrsg.], RWS-Forum 9, 1997, S. 339 f. sowie u. Rn. 5.51, 5.61 mit Fn. 209). Von Bedeutung ist die neue Rspr. des BGH des weiteren im Zusammenhang mit Zeitbürgschaften (vgl. das auch in Fn. 29 zu Rn. 7.12 erwähnte Urteil OLG Frankfurt/M ZIP 1995, 369 ff.) und für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Insolvenzverwalter Anspruch auf den Rückkaufswert einer vom Schuldner als Versicherungsnehmer abgeschlossenen Lebensversicherung hat (vgl. BGH KTS 1993, 447 ff. = ZIP 1993, 600 ff.; dazu BLOMEYER EWiR § 17 KO 1/1993, 473 f.; UHLENBRUCK WuB VI B. § 17 KO 1.93; BRANDES, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 105 f.; OLG Düsseldorf = NJW 1998, 3572 f. = ZIP 1998, 1037 = EWiR § 17 KO 2/1998, 953 [HUNTERMANN]). Die Auswirkungen auf Zessionen und Avale untersucht auch OBERMÜLLER in der Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 985 ff. Unberührt von seiner neuen Auslegung des § 17 KO/§ 103 InsO bleiben nach Ansicht des BGH etwaige Abtretungsverbote i. S. d. § 399 Alt. 2 BGB (BGH NJW 1997, 3434, 3436 f. = ZIP 1997, 1072, 1075 f. = LM § 399 BGB Nr. 36 m. Anm. M. WOLF = JZ 1998, 255, 257 f. m. Anm. WAGNER; dazu auch VOSS EWiR 1977, 739 f.). Auswirkungen auf sog. »Lösungsklauseln« werden sehr kühn behauptet von BRUNS ZZP 110 (1997) 305, 329 ff. (Stellungnahmen hierzu: u. Rn. 4.114 Fn. 296; HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 11 a. E., § 119 Rn. 3 a. E.; N/R/BALTHASAR InsO § 119 Rn. 14; SCHWÖRER Rn. 290 ff.).

che Erlöschungsanordnungen auch in bezug auf *andere* Vertragstypen oder sogar als *allgemeinen* Grundsatz normieren wollen, so wäre es ihm ein Leichtes gewesen, dies durch entsprechende Formulierungen zum Ausdruck zu bringen. § 17 KO sagt aber nicht, daß die Erfüllungsansprüche infolge der Konkurseröffnung erlöschen und erst dann wieder aufleben, wenn der Konkursverwalter ein entsprechendes Gestaltungsrecht ausübt. Vielmehr heißt es in § 17 I KO: »... so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen«. *Anstelle des Gemeinschuldners erfüllen* kann man aber nur, was dieser (auch jetzt noch) *schuldet*. Und vom Vertragspartner des Gemeinschuldners *verlangen* sollte ein Insolvenzverwalter nur solche Leistungen können, die der Vertragspartner trotz der Verfahrenseröffnung noch *schuldet*. Auch setzt die Bestimmung, die Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Masse verlangt wird, zu *Masseverbindlichkeiten* erklärt (§ 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO), entgegen einer im Schrifttum¹⁴³ vertretenen Auffassung nicht das vorherige Erlöschen, sondern den *Fortbestand* der Verbindlichkeit voraus. Diese Verbindlichkeit wird durch die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters also nicht etwa neu begründet¹⁴⁴, sondern nur mit einem besonderen Vorrecht verbunden¹⁴⁵.

- 3.45** Auch im *neuen* Insolvenzrecht findet die neue Rechtsprechung des BGH keine Stütze. § 103 InsO weicht in den hier interessierenden Punkten nicht von § 17 KO ab. Zwar findet sich in der Begründung der dem heutigen § 108 InsO entsprechenden Bestimmung des Regierungsentwurfs der Hinweis¹⁴⁶, daß Miet- und Pachtverhältnisse über *bewegliche* Sachen aus der Regelung über das »Fortbestehen« von Dauerschuldverhältnissen (§ 108 InsO) ausgenommen seien (zu ergänzen ist: soweit sich aus dem erst später eingefügten § 108 I 2 InsO nichts anderes ergibt¹⁴⁷) mit der Konsequenz, daß solche Miet- und Pachtverhältnisse »mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens« endeten, wenn der Insolvenzverwalter nicht gemäß § 103 InsO die Erfüllung wähle. Im Gesetzestext hat sich diese (unrichtige) Betrachtungsweise jedoch nicht niedergeschlagen.
- 3.46** Im Gegenteil: § 107 II 1 InsO geht sogar wie selbstverständlich davon aus, daß die Verfahrenseröffnung das Vertragsverhältnis zunächst einmal unberührt läßt. Der hier angesprochene § 107 II 1 InsO betrifft den Fall, daß vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Schuldner eine bewegliche Sache unter Eigentumsvorbehalt gekauft und vom Verkäufer den Besitz an der Sache erlangt hat. Auf der Rechtsfolgesseite wird bestimmt: »... so braucht der Insolvenzverwalter, den der Verkäufer zur Ausübung des Wahlrechts aufgefordert hat, die Erklärung nach § 103 Abs. 2 Satz 2 erst unverzüglich nach dem Berichtstermin abzugeben.« Ausweis-

143 Vgl. UHLENBRUCK/SINZ WM 1989, 1113, 1115; SINZ, Factoring in der Insolvenz, 1997, Rn. 217.

144 So jedoch UHLENBRUCK und SINZ a. a. O.

145 Vgl. auch Rn. 5.8 f.

146 BT-Drucks. 12/2443, S. 146 (zu § 122 des Entwurfs).

147 Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 108 Rn. 9 ff.

lich der Begründung des Regierungsentwurfs¹⁴⁸ soll diese Bestimmung verhindern, daß unter Eigentumsvorbehalt gelieferte bewegliche Sachen schon kurz nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus dem Unternehmen des insolventen Käufers herausgezogen werden. Der Insolvenzverwalter soll deshalb mit der Ausübung des ihm nach § 103 InsO zustehenden Wahlrechts warten dürfen, bis die Gläubiger im Berichtstermin (§§ 156 ff. InsO) über das weitere Schicksal des Unternehmens entschieden haben. Dahinter steht der Gedanke, daß bei vielen Verträgen die weitere Erfüllung wirtschaftlich nur sinnvoll ist, wenn feststeht, daß das Unternehmen des insolventen Käufers zumindest vorübergehend fortgeführt werden kann und soll. Außerdem wollte der Gesetzgeber den Insolvenzverwalter durch Gewährung des Aufschubs bis zum Berichtstermin in die Lage versetzen, Gegenstände, die er im Falle der Unternehmensfortführung benötigt, »auch dann zunächst in der Insolvenzmasse (zu) behalten, wenn ihm in der ersten Phase des Insolvenzverfahrens keine ausreichende Liquidität für die Wahl der Erfüllung des Kaufvertrages zur Verfügung steht«. Das im letzten Satz angesprochene Ziel ist nur dann zu erreichen, wenn man den eigens zu diesem Zweck geschaffenen § 107 II 1 InsO durch eine analoge Anwendung des § 112 InsO ergänzt¹⁴⁹ und im übrigen *nicht* der Rechtsprechung des BGH folgt, nach der Erfüllungsansprüche aus Verträgen, die dem § 103 InsO unterliegen, *im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung zunächst einmal erlöschen*. Denn aufgrund eines *erloschenen* Erfüllungsanspruchs wird man den Insolvenzverwalter kaum für berechtigt halten dürfen, der Vindikation des Verkäufers bis zum Berichtstermin entgegenzutreten.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die seit BGHZ 103, 250 praktizierte **3.47** neue Auslegung des § 17 KO bzw. § 103 InsO weder mit dem bisherigen¹⁵⁰ noch mit dem neuen¹⁵¹ Insolvenzrecht in Einklang steht. Auch die Ziele, die der BGH mit seiner neuen Auslegung verfolgt, sind nicht die des Gesetzes; dies ist weiter unten im jeweiligen Sachzusammenhang näher dargelegt¹⁵². Für die nun anste-

148 BT-Drucks. 12/2443 S. 146 (zu § 121 des Entwurfs); wörtlich wiedergegeben u. bei Rn. 7.57.

149 Ausf. MAROTZKE JZ 1995, 803, 813; vgl. ergänzend u. Rn. 7.56 ff., mit Fn. 136.

150 So schon MAROTZKE EWiR § 17 KO 2/1988, 285 f.; ders. LM § 17 KO Nr. 31 (Anmerkung zu BGHZ 129, 336); HÄSEMAYER JR 1992, 423 f.; BORK, Festschr. f. Zeuner, 1994, S. 297 ff.; HENCKEL, Festschr. f. Lüke, 1997, S. 237, 252; ders. JZ 1998, 155, 157; RINGSTMEIER S. 69 ff.; DAHNCKE S. 141 ff.; vgl. auch KEPPLINGER S. 96 ff., 258, 270 ff., 292 ff. Sehr kritisch auch OBERMÜLLER in: Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 985 ff. sowie die Diskussionsbeiträge von HENCKEL, KÜBLER und GERHARDT in: Prütting (Hrsg.), RWS-Forum 9, 1997, S. 340 f. **Dem BGH zustimmend jedoch** PAPE EWiR § 17 KO 1/1989, 283 f.; UHLENBRUCK/SINZ WM 1989, 1113, 1114 f.; vgl. auch ACKMANN EWiR § 21 KO 1/1990, 174 f.

151 Vgl. auch TINTELNOT ZIP 1995, 616, 618 f.; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 8 ff., 11 f.; HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 40, § 107 Rn. 29, § 108 Rn. 5 f.; SCHWÖRER Rn. 169 ff. GOTTWALD, Insolvenzsrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 45 Rn. 46 S. 657 f.; BORK² Rn. 160; HÄSEMAYER, Insolvenzsrecht² Rn. 20.07; Herbert ROTH, Festschr. f. Rölland, 1998, S. 305 ff.; ADAM DZWIR 1999, 217 f.; KEPPLINGER a. a. O.; a. M. PAPE, Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 531, 540 Rn. 11 ff.

152 Vgl. Rn. 4.35 ff., 4.70 ff., 4.77 ff.

hende *abschließende* Stellungnahme zu der Frage, ob mit § 103 InsO vertrags- umgestaltende Wirkungen im Sinne eines Erlöschens der beiderseitigen Erfüllungsansprüche verknüpft sind, ist es im übrigen gleichgültig, ob man solche Wirkungen wie *vor* BGHZ 103, 250 der Erfüllungsablehnung des Verwalters oder wie *seit* BGHZ 103, 250 bereits der Verfahrenseröffnung als solcher zuschreibt. Alle Argumente, die sich gegen eine Gestaltungswirkung der Erfüllungsablehnung anführen lassen, können im Wege des Erst-Recht-Schlusses auch der neuen Rechtsprechung des BGH entgegengehalten werden, da diese ja die schon früher behauptete Gestaltungswirkung nicht leugnet oder wenigstens abschwächt¹⁵³, sondern sogar zusätzlich verschärft, indem sie den Zeitpunkt ihres Eintritts auf den der Verfahrenseröffnung vorverlegt.

V. Abschließende Stellungnahme

- 3.48** Da sich für die These, daß § 103 InsO dem Insolvenzverwalter ein besonderes, nicht schon nach allgemeinen Grundsätzen bestehendes Recht zur Erfüllungsablehnung gewähre¹⁵⁴, keine überzeugenden Gründe anführen lassen¹⁵⁵, und da Entsprechendes auch für die den Zeitpunkt der Gestaltungswirkung auf den der Verfahrenseröffnung vorverlegende neuere Rspr. des BGH¹⁵⁶ gilt, liegt nichts näher, als nun auch einmal die MOTIVE der §§ 17 ff. KO (§§ 103 ff. InsO) zu Wort kommen zu lassen und zu fragen, was *sie* unter der in § 26 KO (§ 103 II 1 InsO) erwähnten »Nichterfüllung« verstehen. Dabei wird sich herausstellen, daß auch die MOTIVE nicht ganz frei von Widersprüchen sind. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den inneren Widersprüchen der Rspr., die in § 17 KO bzw. § 103 InsO eine rechtsgestaltende Wirkung der Erfüllungsablehnung (seit BGHZ 103, 250 sogar eine inhaltsgleiche Gestaltungswirkung bereits der Verfahrenseröffnung) angelegt sieht, und denen der Gesetzesmaterialien liegt jedoch darin, daß man die letzteren weitgehend auflösen kann, wenn man bereit ist, sich um das Verstehen auch mißverständlicher Formulierungen zu bemühen. Die nun folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb nicht darauf, den Standpunkt der MOTIVE zu referieren, sondern sie versuchen, in größtmöglicher Anlehnung sowohl an die MOTIVE als auch an den Wortlaut und die Systematik des Gesetzes einen eigenen Standpunkt zu entwickeln:
- 3.49** Die MOTIVE der KO definieren das dem Konkursverwalter im Falle des § 17 KO (§ 103 InsO) zustehende Wahlrecht dahin, »die Erfüllung des Vertrages zu verlangen oder es bei der Nichterfüllung desselben zu belassen«¹⁵⁷. Die »Nichterfüll-

153 Zu einer möglichen Ausnahme vgl. Fn. 23 zu Rn. 12.15 und Fn. 46 zu Rn. 12.20.

154 Vgl. o. Rn. 3.2.

155 Vgl. soeben Rn. 3.11–3.47.

156 Vgl. soeben Rn. 3.42 ff.

157 Vgl. o. Rn. 3.6.

lung« wird sowohl im nächstfolgenden Satz der MOTIVE¹⁵⁸ als auch in der KO selbst (§ 26 Satz 1) nicht als ein dem Konkursverwalter durch § 17 KO besonders eingeräumtes Recht, sondern als eine Folge bereits der Konkursöffnung als solcher bezeichnet (nur wenig anders nunmehr § 103 II 1 InsO¹⁵⁹). Wie schon FITTING richtig erkannt hat¹⁶⁰, kann schlichtes Nichterfülltsein des Vertrages nicht gemeint sein, da dieser Umstand ja schon vor der Konkursöffnung gegeben war, also keine Verfahrensfolge ist. Mit »Nichterfüllung« meinen die MOTIVE zu § 17 KO und der dieses Wort ausdrücklich verwendende § 26 KO (vgl. auch §§ 103 II 1, 105 Satz 2 InsO) demnach etwas anderes.

Einen Anhaltspunkt dafür, was die *letztgenannte* Vorschrift unter »Nichterfüllung« verstand, bietet die folgende Passage aus der Begründung¹⁶¹ des § 26 Satz 1 KO (§ 105 Satz 2 InsO):

»... bestand die rückständige Gegenleistung des Gemeinschuldners in Geld, so tritt der Fall einer kontraktlichen Nichterfüllung, eines Kontraktbruches im eigentlichen Sinn überhaupt nicht ein. Der Vertrag wird weder in seinem Inhalt noch Gegenstand irgendwie geändert. Der Mitkontrahent, welcher die verkaufte Sache übergeben oder welcher die ausbedungene Arbeit geliefert hat, liquidirt den vertragsmäßigen Preis... in voller Höhe, und es ist gerade der Zweck des Konkursverfahrens, daß er für den Preis aus dem Vermögen des Gemeinschuldners befriedigt werde. Reicht dieses nicht zur Befriedigung aller Gläubiger aus, – was sich von vornherein nicht übersehen läßt, und was, wenn auch in der Regel, so doch nicht nothwendig der Fall ist, – und erhält der Gläubiger aus der Konkursmasse nicht sein volles Geld, so liegt dieser Umstand nicht in der zwischen ihm und dem Gemeinschuldner bestehenden Obligation, sondern in seinem Rechtsverhältniß zu den übrigen konkurrierenden Gläubigern. – Die Obligation erleidet eine Veränderung nur, wenn die Gegenleistung des Gemeinschuldners einen anderen Gegenstand als Geld hatte. ... dieses (gemeint ist: das Konkursrecht¹⁶²) verwandelt gesetzlich ohne Zuthun des Schuldners jede Forderung aus ein- wie zweiseitigen Verträgen in eine Geldforderung... Die Umwandlung der Gegenleistung in Geld hebt nicht die Obligation auf, ändert auch nicht den Inhalt, sondern nur den Gegenstand derselben und beruht gerade auf ihrem Fortbestehen.«

Diese Passage der MOTIVE des § 26 Satz 1 KO zeigt, daß die Vorschrift mit »Nichterfüllung« in erster Linie (»im eigentlichen Sinn«) die Rechtsfolge des § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) meint, nach der »jede« nicht auf einen Geldbetrag gerichtete Insolvenzforderung im Verfahren nur mit ihrem Schätzwert in Geld verfolgt werden kann.

158 Vgl. o. Rn. 3.6.

159 Im Unterschied zu § 26 KO erwähnt § 103 II 1 InsO zwar jetzt auch die *Erfüllungsablehnung* des Insolvenzverwalters. Jedoch wird weder gesagt, daß das Ablehnungsrecht nur unter den Voraussetzungen des § 103 InsO bestehe (vgl. schon Rn. 3.11 f.), noch, daß die Nichterfüllung, deretwegen eine »Forderung« geltend gemacht werden könne, nicht schon vor der Ablehnungserklärung des Insolvenzverwalters vorgelegen habe.

160 FITTING (1. Aufl. 1881) S. 39 Fn. 8. Ebenso die unveränderte 2. Aufl.; vgl. auch S. 50 Fn. 11 der 3. Aufl. (1904).

161 MOTIVE zur KO S. 89 = HAHN Bd. IV S. 104 f.

162 Anmerkung von mir.

- 3.52** Dieser enge Begriff der »Nichterfüllung« hätte für das im Falle des § 17 KO (§ 103 InsO) bestehende Wahlrecht, wenn man dieses mit den MOTIVEN¹⁶³ als ein solches zwischen »Erfüllung« und »Nichterfüllung« definierte, die auf den ersten Blick befremdliche Konsequenz, daß der Insolvenzverwalter dann, wenn sich die Forderung des Vertragspartners von vornherein auf einen bestimmten Geldbetrag richtet (eine »Nichterfüllung« in dem soeben umschriebenen »eigentlichen Sinn« also nicht möglich ist¹⁶⁴), nur die »Erfüllung« des Vertrages »wählen« könnte.
- 3.53** Auf den *zweiten* Blick erweist sich jedoch, daß mit dieser Schlußfolgerung noch gar nicht viel gesagt wäre, da ja nicht nur die vollständige, sondern vielleicht auch die bloß konkursquotenmäßige Berichtigung einer Geldforderung als »Erfüllung« bezeichnet werden darf, *wenn* man – wie die MOTIVE zu § 26 KO – unter »Nichterfüllung« in erster Linie die in § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) für Nichtgeldschulden vorgesehene Änderung der Erfüllungsart versteht. Dem § 17 KO bzw. § 103 InsO muß man nach seinem Sinn und Zweck¹⁶⁵ aber unterstellen, daß er mit einer »Erfüllung« der Forderung des Vertragspartners nur deren *vollständige* und *vertragsmäßige*¹⁶⁶ Erfüllung meint¹⁶⁷ und daß somit auch bei Geldschulden etwas denkbar ist, das *nicht* dem Erfüllungsbegriff des § 17 KO bzw. § 103 InsO entspricht. Deshalb wäre es methodisch unzulässig, in Anwendung des den MOTIVEN zu § 26 Satz 1 KO zugrundeliegenden und möglicherweise¹⁶⁸ *engeren* Begriffs der »Nichterfüllung« aus § 17 KO bzw. § 103 InsO herleiten zu wollen, daß der Insolvenzverwalter den Vertrag dann, wenn die rückständige Leistung des Verfahrensschuldners von vornherein in Geld zu erbringen war, stets *vollständig* erfüllen müsse. Nicht nur diese Schlußfolgerung, sondern auch ihr Ergebnis wäre so abwegig, daß sich gewiß kein Befürworter finden wird.
- 3.54** Zuzustimmen ist hier vielmehr den MOTIVEN, soweit sie zu § 15 KO (später § 17 KO bzw. 103 InsO) ausführen¹⁶⁹:

163 MOTIVE zur KO S. 67 = HAHN Bd. IV S. 86 (wörtlich wiedergegeben o. Rn. 3.6).

164 So ausdrücklich die bei Rn. 3.50 wiedergegebene Passage der MOTIVE.

165 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.75 ff.

166 Denn nur durch *vollständige* und *vertragsmäßige* Erfüllung der Gegenforderung kann der auf sie gestützte Einrede des § 320 BGB die Grundlage entzogen werden.

167 FITTING, 1. u. 2. Aufl. S. 51 Fn. 37; 3. Aufl. S. 51 Fn. 12, S. 67 Fn. 63. Vgl. auch MOTIVE zur KO S. 62 = HAHN Bd. IV S. 83: »Es kann nur in Frage kommen, ob und inwieweit ein solches Rechtsverhältnis, wenn es vor der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erfüllt war, nach derselben in der *vertragsmäßigen* Weise noch erfüllt werden kann oder muß.« Ähnlich schon die MOTIVE zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung (Bd. I S. 84): »Die Frage ist daher nur die: ob der Verwalter berechtigt oder verpflichtet erscheint, die *durch den Vertrag bedungene* Leistung an Stelle des Gemeinschuldners zur Ausführung zu bringen?« (Hervorhebungen jeweils von mir.)

168 Auffällig ist allerdings, daß die MOTIVE zu § 26 Satz 1 KO nicht schlicht von »Nichterfüllung«, sondern von einer »Nichterfüllung ... im eigentlichen Sinn« sprechen (vgl. o. Rn. 3.50).

169 MOTIVE zur KO S. 65 = HAHN Bd. IV S. 85 (Hervorhebungen von mir). Dazu auch u. Rn. 13.33 ff.

»Der Umstand, daß der Gläubiger aus einem zweiseitigen Verträge auf Grund desselben zugleich eine Verbindlichkeit zu erfüllen haben würde oder schon erfüllt hat, kann wohl den Betrag seiner Gegenforderung vermindern oder erhöhen, giebt ihm aber *kein Recht, auf der vollen, vertragsmäßigen Vollstreckung derselben zu beharren*. Besteht seine Forderung gegen den Gemeinschuldner in *Zahlung einer Geldsumme*, so konkurriert er für diese mit allen übrigen persönlichen Gläubigern; sollte ihm die Summe voll aus der Konkursmasse gezahlt werden müssen, so würde man ihn mit Unrecht aus der Reihe der Konkursgläubiger zu einem Massegläubiger erheben. Besteht seine Forderung in der *Leistung einer Handlung*, so kann er nur sein Interesse in Geld liquidieren; denn jeder obligatorische Anspruch verwandelt sich bei der schließlichen Vollstreckung in eine Geldforderung (vgl. § 69 KO¹⁷⁰). . . . Sofern der Gläubiger aus dem zweiseitigen Verträge nur eine persönliche Forderung hat, ist der Konkursverwalter *nicht verpflichtet, den Vertrag zu erfüllen*¹⁷¹.« (Anschließend folgt die Begründung für das dem Konkursverwalter durch § 17 KO / § 103 InsO eingeräumte *Recht*, den Vertrag »an Stelle des Gemeinschuldners« zu erfüllen.)

Aus dem ersten und dem auf Geldforderungen gemünzten zweiten Satz dieses Zitats ergibt sich, daß der Begriff der »Nichterfüllung« bei § 17 KO (§ 103 InsO) in einem weiteren Sinne zu verstehen ist als der in den MOTIVEN zu § 26 Satz 1 KO (§ 105 Satz 2 InsO) verwendete Begriff der »kontraktlichen Nichterfüllung«, des »Kontraktbruchs im eigentlichen Sinn«: nämlich nicht nur als eine – wenig glückliche¹⁷² – Umschreibung der Rechtsfolge des § 69 KO (§ 45 InsO), sondern in dem viel allgemeineren Sinne einer (auch bei *Geldforderungen* die Regel bildenden) Verweisung und Beschränkung des Gläubigers auf das, was ihm als *Insolvenzgläubiger*¹⁷³ zusteht. Alles, was darüber hinaus oder – z. B. im Fall des erwähnten § 69 KO (§ 45 InsO) – davon abweichend verlangt wird, braucht der Insolvenzverwalter »nicht zu erfüllen«.

In der Sache nichts anderes, aber leichter verständlich und deshalb vorzugswürdig ist es, das dem Insolvenzverwalter im Fall des § 17 KO (§ 103 InsO) zustehende Wahlrecht abweichend vom Sprachgebrauch der MOTIVE nicht als ein solches zwischen »Erfüllung« und einer wie immer auch zu definierenden »Nichterfüllung« zu bezeichnen, sondern als ein solches zwischen *vollständiger, vertragsmäßiger* Erfüllung einerseits und bloß *quotenmäßiger* Erfüllung¹⁷⁴ andererseits,

170 Anmerkung von mir.

171 Dieser zusammenfassende Satz findet sich auf S. 66 der MOTIVE = HAHN a. a. O. (Schlußsatz).

172 So auch FITTING (S. 39/40 Fn. 8 der ersten beiden Auflagen, S. 50 Fn. 11 der 3. Aufl.); PLETZSCH S. 41 ff.; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 193 ff.

173 Vgl. § 3 I KO bzw. § 38 InsO und u. Rn. 5.1 ff.

174 Ebenso (mit Unterschieden im Detail) wohl nur JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 115, 149 (vgl. aber auch dessen Rn. 162, 212: nicht konkursquotenmäßige *Erfüllung*, sondern quotenmäßiger Schadensersatz wegen *Nichterfüllung*); GRIMM S. 72–83 (gegen ihn JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 40 [»im Gesetz . . . keine Stütze«] und 43 a. E. [»unhaltbar«]); HUBER BB 1964, 731, 734 (ad II), 735 (ad V); PLETZSCH S. 47, 59–61; MAROTZKE JZ 1977, 552 f. ad II; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 198, 213; STÜRNER ZZP 94 (1981) 263, 298 f.; KEPPLINGER S. 98 ff.; FITTING¹⁷² S. 38 f., 51 Fn. 37 (der sich aber in der 3. Aufl. – S. 50 ff. – resignierend auf den Boden der h. M. stellt, die unter »Nichterfüllung« die endgültige Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung versteht) und vielleicht auch RIMMELSPACHER² Rn. 515 (problematisch wegen seiner Rn. 513, 514, 517, 520).

wobei die *quotenmäßige* »Erfüllung« zwar in der Regel, aber eben doch nicht notwendig¹⁷⁵ auf eine teilweise oder sogar völlige Nichterfüllung – diesmal verstanden in dem allgemeinen, auch außerhalb des Insolvenzrechts gebräuchlichen Wortsinn – hinauslaufen wird.

- 3.57** Rechtsgrund und Wesen der *insolvenzrechtlichen* »Nichterfüllung« ergeben sich also auch dann, wenn die betreffende Verbindlichkeit des Schuldners auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruht, nicht aus der Sonderbestimmung des § 103 InsO (§ 17 KO), sondern aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 1 Satz 1, 38, 87 InsO (§§ 3 I, 12 KO)^{175 a} und dem in diesen Normen verankerten Grundsatz, daß Gläubiger, deren Forderungen gegen den insolventen Schuldner bereits zur Zeit der Verfahrenseröffnung begründet waren, aus der Insolvenzmasse nur »gemeinschaftlich« – i. d. R. also unvollständig – zu befriedigen sind.
- 3.58** Nicht gesetzeskonform ist die über viele Jahre hinweg ganz herrschend¹⁷⁶ gewesene Auffassung, daß § 17 KO (§ 103 InsO) den Verwalter in dem vorausgesetzten Fall eines beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrages ermächtigt, den Vertrag in *dem* Sinne »nicht zu erfüllen«, daß der Gläubiger seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch völlig verliert (mit diesem also nicht einmal mehr Insolvenzgläubiger ist¹⁷⁷) und insoweit endgültig, auch über das Verfahrensende hinaus, auf einen Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens beschränkt ist. Erst recht¹⁷⁸ unhaltbar ist die bei Rn. 3.42 ff. erwähnte neuere Rspr. des BGH, die solch eine – ebenfalls endgültige?¹⁷⁹ – Gestaltungswirkung nicht erst

175 Z. B. dann nicht, wenn die Forderung des Gläubigers von vornherein auf einen bestimmten Geldbetrag gerichtet war (arg. § 69 KO / § 45 InsO) und die Insolvenzmasse zur Berichtigung aller Schulden ausreicht. Letzteres ist ein zwar ganz seltener, aber von den Gesetzesvätern durchaus ernsthaft erörterter Fall (vgl. das bei Rn. 3.50 wiedergegebene Zitat aus den Motiven der KO).

175 a Zust. KEPPLINGER S. 98 ff. und die u. Rn. 4.1 Fn. 1 Genannten. Vgl. auch o. Rn. 1.5 Fn. 26.

176 Nachweise bei Rn. 3.2 f.

177 Vgl. dazu noch Rn. 5.14 ff., 5.31 ff.

178 Vgl. o. Rn. 3.47.

179 Vgl. die in Fn. 23 zu Rn. 12.15 und Fn. 46 zu Rn. 12.20 erwähnten, einschränkenden Bemerkungen von BRANDES (damals Vorsitzender des Konkursenats des BGH), die inzwischen von KREFT (dem gegenwärtigen Vorsitzenden des Insolvenzrechtssenats des BGH) aufgegriffen und vertieft worden sind. In der Festschrift für Uhlenbruck, 2000, S. 387, 393 f. Fn. 22 führt KREFT aus, daß der BGH »nie in Frage gestellt« habe, daß »der Bestand der Erfüllungsansprüche im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander außerhalb des Konkursverfahrens durch die Konkursöffnung grundsätzlich nicht berührt« werde. Die Erlöschentheorie, die im Schrifttum »Verwirrung« gestiftet habe, wolle »nicht mehr besagen, als daß es ohne ein Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters keine Erfüllungsansprüche des Vertragspartners *gegen die Masse* (Hervorhebung nicht bei KREFT) und keine – über Gegenleistungen für erbrachte Leistungen des Gemeinschuldners hinausgehende – Erfüllungsansprüche des Konkursverwalters – der Masse – gegen den Vertragspartner« gebe. Derartige Ansprüche werden nach KREFT »erst durch das Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters begründet«. Sie seien »mit den außerhalb des Konkursverfahrens grundsätzlich weiterbestehenden Erfüllungsansprüchen der Vertragsparteien

der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters, sondern (auflösend bedingt durch ein Erfüllungsverlangen des Verwalters) bereits der Verfahrenseröffnung als solcher zuspricht¹⁸⁰. Betrachtet man die Konsequenzen der bisherigen und erst recht der neuen Gestaltungstheorie des BGH¹⁸¹, so kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß § 17 KO bzw. § 103 InsO benutzt wird, um die als zu eng empfundenen Grenzen des Anfechtungsrechts (§§ 29 ff. KO bzw. §§ 129 ff. InsO) zu überwinden¹⁸². Das war aber schon nach bisherigem Insolvenzrecht unzulässig und ist es erst recht seit Inkrafttreten der InsO. Enthielte § 103 InsO ein »Superanfechtungsrecht«, dann hätte der Gesetzgeber grob widersprüchlich gehandelt, als er dennoch die §§ 106 I 2, 107 I 2 InsO schuf¹⁸³ und für den Fall, daß gem. §§ 270 f. InsO Eigenverwaltung angeordnet wurde, zwar das »normale« Anfechtungsrecht beim Sachwalter monopolisierte (§ 280 InsO), hingegen das Wahlrecht aus § 103 InsO dem Schuldner überließ (§ 279 InsO): Würde es sich bei dem Wahlrecht aus § 103 InsO um ein *Superanfechtungsrecht* handeln, so hätte *erst recht dieses* dem Schuldner entzogen und dem Sachwalter überantwortet werden müssen!

nicht wesensgleich, sondern (hätten) – als Ansprüche der und gegen die Masse – eine andere Qualität«. Diese rechtfertige und gebiete es, in ihnen mit der Eröffnung des Konkursverfahrens (Druckfehler?) entstandene *neue* Ansprüche zu sehen »mit allen Folgen, welche die jüngere Rechtsprechung des BGH daran knüpft«. M. E. ist auch dies keine tragfähige Begründung für die erwähnte »jüngere Rechtsprechung des BGH«. Abzuwarten bleibt jedoch die (gegenwärtig noch nicht vorliegende) schriftliche Begründung des BGH-Urteils vom 15. 2. 2001, IX ZR 191/98.

180 Gegen diese Rspr. auch die in Fn. 150 f. Genannten (soweit dort nichts anderes vermerkt ist). Vgl. ferner u. Rn. 4.17 ff., 4.59 ff., 4.77 ff.

181 Vgl. zum Einfluß auf vorkonkursliche Zessionen u. Rn. 4.17 ff., zum Einfluß auf Aufrechnungsbefugnisse des Vertragspartners u. Rn. 4.59 ff. und zum Einfluß auf bereits erbrachte Vorleistungen des Insolvenzschuldners u. Rn. 9.4, 9.14 ff.

182 Vgl. MAROTZKE ZfG 1989, 138, 146 ff. und u. Rn. 9.93 ff. mit Fn. 264, 272.

183 Vgl. u. Rn. 10.14 ff.

§ 4. Anwendungsbereich der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO

I. Ein Blick auf die Rechtsfolgen

1. Ausscheidung der mit dem Recht zur Erfüllungsablehnung zusammenhängenden Probleme

- 4.1** Die Ausführungen in § 3 haben ergeben, daß das Recht des Insolvenzverwalters, die vollständige Erfüllung gegenseitiger Verträge des Schuldners *abzulehnen*, überhaupt nicht auf § 103 InsO, sondern auf *allgemeinen* Grundsätzen beruht. Für die nun anstehenden Überlegungen zum Anwendungsbereich des § 103 InsO bedeutet dies, daß sämtliche Wertungsgesichtspunkte, die mit der Angemessenheit einer *Erfüllungsablehnung* zusammenhängen, von vornherein außer Betracht bleiben müssen¹. Zahlreiche Streitfragen, die üblicherweise im Zusammenhang mit § 17 KO bzw. § 103 InsO erörtert werden, haben mit dieser Vorschrift in Wirklichkeit nichts zu tun.
- 4.2** Man denke z. B. an die lebhaft umstrittenen Fälle, in denen der Schuldner sämtliche seinerseits erforderlichen Leistungshandlungen bereits vor Verfahrenseröffnung erbracht hat und bloß der *Erfolg* einer von ihm bereits insolvenzfest vorgenommenen (§§ 158 I, 161 I 2 BGB) oder eingeleiteten (§§ 878, 883 II 2 BGB) Verfügung noch aussteht. Die Vertreter der h. M., die dem Insolvenzverwalter das Recht zur Erfüllungsablehnung nur unter den Voraussetzungen des § 103 InsO zugesteht, versuchen auf vielfältige Weise² zu begründen, daß § 103 InsO hier nicht anwendbar sei. Ziel dieser dogmatischen Bemühungen ist es zu verhindern, daß eine durch § 161, § 878 oder § 883 BGB geschützte Anwartschaft des Vertragspartners mit Hilfe des § 103 InsO zerstört werden kann³. Folgt man jedoch der

1 Zustimmung HENCKEL ZZZP 99 (1986) 419, 425, 428; PFLUG Die AG 1986, 305, 310. Vgl. auch RIMMELSPACHER² Rn. 515 »... ist ... darauf hinzuweisen, daß das sog. Wahlrecht des Verwalters nicht schlechthin auf § 17 KO beruht ... Will ... der Konkursverwalter einen Konkursgläubiger, der Partner eines gegenseitigen Vertrages ist, gar nicht durch Erfüllung des Vertrages befriedigen, dann braucht § 17 KO nicht herangezogen zu werden.« Sachlich übereinstimmend STÜRNER ZZZP 94 (1981) 263, 299 Fn. 171; wohl auch KEPPLINGER S. 98 ff., 307 f.

Inkonsequent KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 (wo in Rn. 19 ausgeführt ist, daß sich das Recht des Konkursverwalters zur Erfüllungsablehnung nicht aus § 17, sondern aus den §§ 3, 61, 138 ff. KO »von selbst« ergebe, während in Rn. 18 c ff. gewisse Restriktionen des § 17 KO befürwortet werden, um in bestimmten Fällen ein Ablehnungsrecht des Konkursverwalters verneinen zu können). Die gleiche Inkonsequenz findet sich bei BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 1 einerseits und § 17 Anm. 3 b (a. E.), § 24 Anm. 8 andererseits (z. T. wesentlich umgeschrieben in den beiden von Karsten SCHMIDT bearbeiteten Folgeauflagen).

2 Vgl. z. B. die Übersicht bei KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 18 c ff.

3 RAISER S. 95 f.; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 18 c ff.; KILGER KO¹⁵ § 17 Anm. 3 b mit vielen Nachweisen (auch zur Gegenansicht); MünchKomm/WACKE BGB³ § 878 Rn. 23; STAUDINGER/GURSKY, 2000, BGB § 878 Rn. 69. Der BGH allerdings hatte sich diesem Ziel

in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht, daß § 103 InsO dem Insolvenzverwalter kein Recht zur »Nichterfüllung« verleiht, das er nicht schon ohne diese Vorschrift hätte⁴, so ist die Insolvenzfestigkeit einer dem Vertragspartner bereits zustehenden Anwartschaft *im Rahmen des § 103 InsO* kein Thema: Dann ist z. B. die Insolvenzfestigkeit der Anwartschaft des Vorbehaltskäufers unabhängig davon zu bejahen, ob man § 103 InsO im Insolvenzverfahren des Verkäufers⁵ für anwendbar hält⁶ bzw. ob es gelingt, den konkreten Fall unter den neuen § 107 I InsO zu subsumieren (der zwar das Anwartschaftsrecht des Käufers schützen will, aber diesen Schutz davon abhängig macht, daß der Schuldner dem Käufer bereits vor Verfahrenseröffnung »den Besitz an der Sache übertragen« hat)⁷. Denn bei Eintritt der den Eigentumserwerb des Käufers aufschiebenden Bedingung würde jede beeinträchtigende Zwischenverfügung des Insolvenzverwalters unwirksam gem. § 161 I 2 BGB. Den in § 161 I BGB vorausgesetzten Bedingungseintritt kann der Insolvenzverwalter – außer bei Zahlungsverzug des Käufers, § 455 I BGB – nicht verhindern, weil er weder durch § 103 noch durch eine andere Vorschrift der InsO ermächtigt wird, den Kaufpreisanspruch, von dessen Erfüllung der Eigentumserwerb des Käufers gem. § 158 I BGB nur noch abhängt, durch einseitige

in st. Rspr., die jedoch für die Fälle des § 878 BGB am 19. 3. 1998 korrigiert wurde (s. BGHZ 138, 179 f., 186 f.), beharrlich verweigert. Vgl. BGH NJW 1962, 2296 f.; BGHZ 98, 160, 168 f. = JZ 1987, 355, 358 mit insoweit abl. Anm. HENCKEL (Konkurs eines Vorbehaltsverkäufers; in § 107 I InsO nunmehr ausdrücklich geregelt im Sinne eines vormerkungsähnlichen Käuferschutzes) und BGH DNotZ 1977, 234 f. (vom Gesetzgeber sofort korrigiert durch § 24 S. 2 KO / § 106 I 2 InsO; Vgl. o. Rn. 1.5, 3.19 ff. und u. Rn. 10.1 ff.); kritisch – im Zusammenhang mit § 878 BGB – auch K. MÜLLER JZ 1980, 554 ff.

4 Vgl. o. § 3.

5 Zur Insolvenz des Vorbehaltskäufers Vgl. u. Rn. 4.107 mit Fn. 272 und Rn. 4.166 ff.

6 In diesem Sinne – also losgelöst von § 17 KO bzw. § 103 InsO – schon früher MAROTZKE, Das Anwartschaftsrecht . . . S. 76 ff., 82 f.; ebenso FLUME, Rechtsgeschäft § 42, 4 g; ders. in AcP 161 (1962) 383, 404, 405; HUBER BB 1964, 731, 736; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 210; vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 53; HENCKEL JZ 1987, 359 ff. (zu BGHZ 98, 160 ff.); PFLUG AG 1986, 305, 309 f. und die Andeutungen bei BAUR/StÜRNER, Sachenrecht¹⁶ § 59 III 1 a bb. Zum *Besitzrecht* des Anwärters Vgl. u. Rn. 9.81.

7 Was eigentlich meint § 107 II InsO mit Besitzübertragung? Genügt auch mittelbarer (§868 BGB) Besitz und falls ja: genügt Verschaffung mittelbaren Besitzes auch dann, wenn der Veräußerer nicht aus dem Besitzverband ausscheidet, sondern, wie z. B. bei einer Übereignung nach § 930 BGB, bis auf weiteres sogar noch *unmittelbarer* Besitzer bleibt? Und wie steht es um den Insolvenzschutz des Käufers in Fällen, in denen es nach bürgerlichem Recht möglich ist, eine bewegliche Sache zu übereignen, *ohne* dem Erwerber irgendeine Form des Besitzes zu verschaffen, oder in denen das bürgerliche Recht zwar Besitz des Erwerbers voraussetzt, nicht aber, daß dieser *auf Veranlassung des Veräußerers* erlangt wurde? Zu denken ist insbesondere an § 929 S. 2 BGB, an § 931 BGB, vielleicht auch an die verschiedenen Varianten des sog. Geheißerwerbs sowie an die nach *Handelsrecht* bestehende Möglichkeit, eine *bürgerlichrechtlich* erforderliche Übergabe der zu übereignenden Sache durch Übergabe eines Traditionspapiers (§§ 424, 450, 650 HGB) zu ersetzen. Soll, wenn in diesen Fällen ein Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde, der Insolvenzschutz des Erwerbers wirklich davon abhängen, daß die Kaufvertragsparteien auf besitzrechtlicher Ebene mehr Aufwand betrieben haben, als das bürgerliche Recht und das Handelsrecht im Zusammenhang mit dem Eigentumserwerb vorschreiben? Vgl. zu diesen Fragen MAROTZKE JZ 1995, 803, 810 f.; HK-InsO/MAROTZKE² § 107 Rn. 6.

Erklärung zum Erlöschen zu bringen⁸. (Wäre dies anders oder folgte man der bei Rn. 3.42 ff. abgelehnten Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie des *BGH*, so müßte u. U. die Frage thematisiert werden, ob wegen des Abstraktionsprinzips vielleicht auch die Zahlung eines *nicht mehr geschuldeten* Kaufpreises zum Eigentumsübergang führt^{8a}). Im Insolvenzverfahren eines Vorbehaltsverkäufers, der schon alle seinerseits erforderlichen Leistungshandlungen erbracht hat, ist § 103 InsO also nicht deshalb als unanwendbar – richtiger: als gegenstandslos – anzusehen, weil schutzwürdige Belange des Käufers dies gebieten würden, sondern deshalb, weil § 103 InsO ein besonderes *Ablehnungsrecht* ohnehin nicht gewährt und für ein *Erfüllungsrecht* des Insolvenzverwalters kein Bedürfnis besteht, wenn sämtliche Erfüllungshandlungen bereits vom Schuldner in »konkursfester« Weise erbracht worden sind und der Insolvenzverwalter den Eintritt des Leistungserfolgs (des Eigentumsübergangs) sowieso nicht mehr verhindern kann.

- 4.3** Nur wenn der Insolvenzverwalter die bereits in Gang gesetzte Leistung des Schuldners noch zurückrufen kann (man denke z. B. an eine im Rahmen eines Versandungsverkaufs, § 447 BGB, vom Schuldner zur Bahn gebrachte, aber noch nicht beim Käufer angekommene Sache⁹)¹⁰, verbleibt ihm die Möglichkeit, den Käufer auf die Quote zu verweisen. Hier besteht also noch

8 Der o. Rn. 3.37 ff. behandelte § 103 II 3 InsO entzieht dem Insolvenzverwalter, der dem Vertragspartner auf Erfordern nicht unverzüglich erklärt, ob er die Erfüllung verlangen will, zwar das Recht, *selbst* auf Erfüllung zu »bestehen«. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß nun auch der Vertragspartner nicht mehr (freiwillig) erfüllen *könnte*. Vgl. zu diesen Fragen u. Rn. 4.123, 5.36, 5.54 (Fn. 179), 9.21.

8a In diesem Sinne MAROTZKE AcP 186 (1986) 490, 510 ff.; RINKE, Die Kausalabhängigkeit des Anwartschaftsrechts aus Eigentumsvorbehalt, 1998, S. 113 ff., 260 ff.; abl. GURSKY AcP 199 (1999) 373 ff. im Rahmen einer Rezension zu MINTHE, Die Übertragung des Anwartschaftsrechts durch einen Nichtberechtigten, 1998.

9 Beispiel nach OERTMANN LZ 1927, 9, 10 und JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 40. Die nach § 929 Satz 1 BGB erforderliche Einigung über den Eigentumsübergang – erst recht also das noch nicht angenommene Übereignungsangebot – kann bis zur Übergabe der Sache frei widerrufen werden (vgl. MEDICUS¹⁸ Rn. 33 ff. m. w. N.). Daran zeigt sich, daß die auf dem Weg zum Käufer befindliche Sache zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch nicht aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden war und deshalb nach dem auch hier anwendbaren (ohne substantiierte Begr. a. M. OERTMANN a. a. O. Sp. 16 Fn. 3; SANDROCK S. 82) § 15 Satz 1 KO / § 91 I InsO selbst dann in der Insolvenzmasse »hängenbleibt«, wenn ein Widerruf der dinglichen Einigung unterbleibt. Jedoch kann der Insolvenzverwalter der Übereignung durch seine Zustimmung zur Wirksamkeit verhelfen (JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 15 Rn. 105); gem. § 103 I InsO *darf* er dies, wenn die beiderseitige Erfüllung des Vertrages im Interesse der Masse liegt (vgl. dazu noch Rn. 4.9 Fn. 32, 33).

10 Zu der Frage, ob der Insolvenzverwalter im Falle des § 878 BGB einen vom *Schuldner* (Veräußerer) vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellten Eintragungsantrag zurücknehmen kann, vgl. DIECKMANN in Festschr. f. v. Caemmerer S. 95, 124; K. MÜLLER JZ 1980, 554, 556 (II 5 a. E.), 558 (je m. w. N. zum Streitstand); STAUDINGER/ERTL BGB¹² § 878 Rn. 29 (bei Verfahrenseröffnung werde der Eintragungsantrag des Schuldners von selbst unwirksam!); STAUDINGER/GURSKY, 2000, BGB § 878 Rn. 69 a. E.

Raum für eine Anwendung des § 103 InsO¹¹, der es dem Insolvenzverwalter freistellt¹², von dem – an sich möglichen – Rückruf der Leistung abzusehen und dafür auch selbst auf Vertragserfüllung zu bestehen.

Entsprechendes gilt selbst dann, wenn der Schuldner auch den *Leistungserfolg* 4.4 schon vor Verfahrenseröffnung herbeigeführt hat, sein Erfüllungsgeschäft jedoch nach §§ 129 ff. InsO angefochten werden kann¹³. Hier wird der Insolvenzverwalter durch § 103 I InsO ermächtigt, von der an sich möglichen Anfechtung des Erfüllungs- und vielleicht auch des Kausalgeschäfts abzusehen, falls es im Interesse der Masse liegt, daß um diesen Preis ihr Anspruch auf die noch nicht erbrachte Gegenleistung des Vertragspartners realisiert wird. Sobald der Verwalter die Gegenleistung vom Vertragspartner verlangt, verwandelt sich dessen eigener Erfüllungsanspruch nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO in eine Masseverbindlichkeit und damit in einen Behaltensgrund für die zwar in anfechtbarer Weise erlangte, nun aber nachträglich anfechtungsfest gewordene Leistung des Schuldners¹⁴.

2. Konstitutive und deklaratorische Funktionen der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO

Gewährt § 103 InsO dem Insolvenzverwalter kein besonderes, nicht schon nach 4.5 anderen Bestimmungen begründetes Recht zur *Erfüllungsablehnung*¹⁵, so beschränkt sich die Bedeutung der Vorschrift auf die Feststellung, daß der Insolvenzverwalter berechtigt ist, den Anspruch des Vertragspartners, der an sich Insolvenzforderung nach § 38 InsO ist¹⁶, vollständig zu erfüllen und dafür auch seinerseits auf Erfüllung des Vertrages zu bestehen.

Die Bedeutung des *zweiten* Absatzes des § 103 InsO besteht im wesentlichen darin, daß einige Erlöschensgründe des dem Insolvenzverwalter zustehenden Erfüllungsrechts definiert werden (Sätze 2, 3) und darüber hinaus klargelegt wird, daß der Vertragspartner eine etwaige »Forderung wegen der Nichterfüllung« nur als *Insolvenzgläubiger* geltend machen kann (Satz 1). Selbst hinsichtlich des im ersten Absatz anerkannten *Erfüllungsrechts* des Insolvenzverwalters ist die Bedeutung des § 103 InsO geringer als es scheint: Daß der Insolvenzverwalter die Erfüllung der beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträge des Schuldners verlangen kann, ergibt sich nicht erst aus § 103 InsO, sondern folgt schon 4.6

11 ZUST. KEPPLINGER S. 319. Vgl. auch RAISER S. 96 f., der dabei aber das – seiner Ansicht nach aus § 17 KO (§ 103 InsO) folgende – Recht zur *Nichterfüllung* im Auge hat. A. M. OERTMANN LZ 1927, 9 ff. und SANDROCK S. 82, die wie RAISER aber nur das – angeblich aus § 17 KO (§ 103 InsO) folgende – Recht zur *Nichterfüllung* behandeln.

12 Vgl. aber Rn. 2.2.

13 Vgl. auch SCHAD S. 125: Anwendung des § 17 KO (§ 103 InsO) auch dann, »wenn einseitig zwar erfüllt, aber die Erfüllung rechtsgültig rückgängig gemacht werden kann«.

14 Zum Verhältnis der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu den §§ 129 ff. InsO vgl. noch u. Rn. 4.107 (Fn. 263), 7.130 f. mit Nachweisen aus der Rspr. des BGH.

15 Dies war das Ergebnis der Ausführungen unter § 3.

16 Vgl. o. Rn. 3.48 ff. und u. Rn. 5.1 ff.

daraus, daß der Erfüllungsanspruch des Schuldners zur Insolvenzmasse gehört (§§ 35, 36 I InsO i. V. m. §§ 828 ff. ZPO¹⁷) und deshalb gem. § 80 I InsO dem Verfügungsrecht des Verwalters unterliegt.

- 4.7** In erster Linie deklaratorischer Natur ist auch die Aussage des § 103 I InsO, daß der Insolvenzverwalter berechtigt sei, den Vertrag anstelle des Schuldners vollständig zu erfüllen. Denn wenn der Vertragspartner keine Vorleistungspflicht übernommen hat¹⁸ und sich folglich auf die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB berufen kann, wäre der Insolvenzverwalter im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern auch *ohne* § 103 I InsO berechtigt, den diese Einrede begründenden Anspruch des Vertragspartners vollständig zu erfüllen¹⁹, um die zur Masse gehörende Gegenforderung realisieren zu können (sofern das nach Lage des Falles wirtschaftlich sinnvoll ist).
- 4.8** Angesichts der weitgehend *deklaratorischen* Funktion des § 103 InsO drängt sich natürlich die Frage auf, ob eine zahlreiche Buchseiten füllende Untersuchung zum Thema, in welchen Fällen § 103 InsO anwendbar ist und in welchen nicht, den damit verbundenen Aufwand lohnt. Denn wenn das Recht des Insolvenzverwalters zur »Erfüllungsablehnung« überhaupt nicht von den Voraussetzungen des § 103 InsO abhängt und das Recht des Verwalters, den Vertrag anstelle des insolventen Schuldners vollständig zu erfüllen und auch selbst Erfüllung zu verlangen, in den meisten Fällen unabhängig von § 103 InsO besteht, dann fehlt der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Tatbestand des § 103 InsO als erfüllt anzusehen ist, in vielen Fällen jegliche praktische Relevanz.
- 4.9** Trotzdem gibt es gute Gründe, sich über die Voraussetzungen des § 103 InsO Klarheit zu verschaffen. Denn *konstitutiv* wirken zumindest *die letzten beiden Sätze des zweiten Absatzes* des § 103 InsO²⁰. Des weiteren bedürfen die Fälle der näheren Betrachtung, in denen der *erste* Absatz des § 103 InsO nach seinem Wortlaut einschlägig ist und – wenn man nicht zu dem Mittel der teleologischen Reduktion greift – den Insolvenzverwalter selbst dann zur vollständigen Leistungsbewirkung an den Vertragspartner ermächtigt, wenn der Gegenanspruch, der dadurch von der Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB befreit würde, überhaupt nicht oder nur mit erheblichen Vorbelastungen²¹ zur Insolvenzmasse gehört (z. B. weil er verfahrensfreies Vermögen des Schuldners darstellt²² oder weil der Schuldner ihn vor Verfahrenseröffnung unanfechtbar – aber vielleicht »rückholbar« durch ein Erfüllungsverlangen des

17 Die durch § 844 ZPO positiv entschiedene Frage, ob auch Forderungen, die von einer Gegenleistung abhängen, der Zwangsvollstreckung unterliegen (und deshalb gem. § 1 I KO zur Konkursmasse gehören) können, war früher einmal streitig (Vgl. o. Rn. 2.20).

18 Andernfalls Vgl. o. Rn. 2.22 ff.; 2.82 f. und u. Rn. 4.83 ff.

19 Vgl. o. Rn. 2.79 f.

20 Vgl. Rn. 4.6.

21 Letzteres gilt in den bei Fn. 23 f. angesprochenen Zessionsfällen, sofern die Abtretung der Sicherung eines Anspruchs diene und deshalb – ihre Insolvenzfestigkeit unterstellt – nicht zu einem Aus-, sondern nur zu einem Absonderungsrecht des Zessionars führt (vgl. §§ 51 Nr. 1, 166 II, 170 f. InsO).

22 Dazu u. Rn. 4.11 ff.

Verwalters gem. § 103 I InsO?²³ – an einen Dritten abgetreten hatte²⁴). Zu denken ist ferner an die – vom Wortlaut der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO mitumfaßten – Fälle, in denen die Forderung gegen den Vertragspartner zwar zur Insolvenzmasse gehört, aber infolge eines dem Vertragspartner zustehenden Gestaltungsrechts (sofern man dieses nicht an § 103 I InsO oder aus anderen Gründen²⁵ scheitern läßt²⁶) undurchsetzbar ist²⁷, oder an den für den Insolvenzverwalter weitaus erfreulicheren Fall, daß sich der Vertragspartner auf die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB, deren vertragsgemäße Berücksichtigung § 103 I InsO dem Insolvenzverwalter ermöglichen möchte²⁸, nicht berufen kann²⁹ oder will³⁰. In all diesen Fällen läßt sich nicht ohne weiteres behaupten, daß der Insolvenzverwalter auch schon ohne die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO berechtigt wäre, den Gegenanspruch des Vertragspartners trotz § 38 InsO als *Masseverbindlichkeit* zu erfüllen. Denn die Überlegung, daß der Insolvenzverwalter dieses Rechts bedürfe, um einen gegen den Vertragspartner gerichteten Erfüllungsanspruch der Masse durchsetzen zu können, trifft in den genannten Situationen nicht bzw. nicht zweifelsfrei³¹ zu. Dennoch nimmt der Gesetzeswortlaut diese Fälle nicht von der in §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO aufgestellten Regel aus, daß der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages *verlangen kann*, daß er den Vertrag *auch selbst erfüllen kann*³² (und dann u. U. auch *darf*³³) und daß er den Vertrag sogar als Masseverbindlichkeit erfüllen *muß*, wenn und soweit er seinerseits die Erfüllung verlangt. Da sich dies in den o. genannten Sonder- und Zweifelsfällen nicht ohne Rückgriff auf §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO begründen läßt, kommt es entscheidend darauf an, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen als erfüllt anzusehen sind. Diesen und einigen anderen Fragen soll nun unter besonderer Berücksichtigung der bei Rn. 2.76 ff. dargestellten Gesetzeszwecke nachgegangen werden.

II. Kritische Fallgruppen

1. Mangelnde Forderungszuständigkeit des Insolvenzverwalters

Da die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO dem Insolvenzverwalter die Einziehung von **4.10** Forderungen aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Ver-

23 So in der Tat die bei Rn. 4.17 ff., 4.27 ff., 4.79 ff. kritisierte neue Rspr. des BGH!

24 Dazu u. Rn. 4.16 ff.

25 Vgl. z. B. § 112 und § 119 InsO und dazu u. Rn. 4.58 (Fn. 161), 4.113, 4.115, 7.58, 7.66.

26 So in der Tat die u. Rn. 4.59 ff., 4.78, 4.80 kritisierte Rspr. des BGH hinsichtlich der *Aufrechnung*.

27 Dazu unter besonderer Berücksichtigung der *Aufrechnung* u. Rn. 4.58 ff.

28 Vgl. o. Rn. 2.76 ff.

29 Dazu u. Rn. 4.84 ff.

30 Dazu u. Rn. 4.87.

31 Einige der Zweifelsfragen wurden bereits bei Fn. 23, 25 f. angedeutet.

32 Der Begriff des »Könnens« ist hier wie in § 267 I 1 BGB auf die schuldrechtliche Ebene (Frage der Tilgungswirkung) zu beziehen; vgl. Rn. 2.83 a. E. (Schlußsatz des MOTIVE-Zitats) und Rn. 2.85.

33 Im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern ist der Insolvenzverwalter verpflichtet, die für die Masse günstigste Alternative zu wählen. Vgl. auch Rn. 2.2, 2.4 f., 4.98, 4.100 f.

trägen des Schuldners ermöglichen oder zumindest erleichtern wollen³⁴, liegt es nahe, die Vorschriften nicht anzuwenden, wenn der Insolvenzverwalter die Forderungen, die dem Schuldner aus dem Vertrag erwachsen sind, selbst dann nicht (zumindest teilweise) einziehen könnte, wenn die Gegenleistung bereits vor Verfahrenseröffnung vollständig bewirkt worden wäre. Das kann zum einen deshalb der Fall sein, weil diese Forderungen wegen ihres Gegenstandes nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen und aus diesem Grunde nicht zur Insolvenzmasse gehören³⁵, zum anderen deshalb, weil der Schuldner sie bereits vor Verfahrenseröffnung einem Dritten abgetreten bzw. verpfändet hatte oder weil die Forderungen bei Verfahrenseröffnung bereits gepfändet waren³⁶.

a) Forderungen mit beschlagsfreiem Inhalt

- 4.11** Schon die Motive heben in ihren Vorbemerkungen zu §§ 15 ff. KO (später §§ 17 ff. KO, jetzt §§ 103 ff. InsO) hervor, daß diese Vorschriften »nicht angewendet werden (können) auf solche zweiseitige Verträge, welche den Konkursverhältnissen überhaupt nicht unterliegen«³⁷. Als Beispiel nennen die Motive Verträge, deren Natur es nicht zulasse, daß die vertragsmäßige Leistung entweder statt *durch* den Gemeinschuldner durch den Konkursverwalter oder statt *an* den Gemeinschuldner an dessen Konkursverwalter erbracht werde. Zu der zweiten Kategorie (die erste wurde bereits bei Rn. 2.96 ff. behandelt und bleibt fortan außer Betracht) zählen die Motive alle an die Person des Gemeinschuldners geknüpften »rein persönlichen« Rechte; diese gehörten »schon an sich« nicht zur Konkursmasse. Darüber hinaus könnten aber auch diejenigen Ansprüche nicht durch den Verwalter für die Konkursmasse ausgeübt werden, »deren Leistung nur an und für die Person des Gemeinschuldners ohne eine Beziehung auf das die Konkursmasse bildende Vermögen desselben auszuführen, und deren Verwerthung daher für die Konkursmasse ausgeschlossen ist (§ 1)«. Deshalb sei die Anwendung des § 17 KO (§ 103 InsO) auf ein Vertragsverhältnis des Gemeinschuldners mit seinem Hausarzt oder mit einer Amme oder mit den Erziehern seiner Kinder von vornherein ausgeschlossen³⁸. Ob diese Verträge *gegenüber dem Gemeinschuldner* bestehen bleiben, bestimme sich allein nach bürgerlichem Recht (und – so ist nunmehr zu ergänzen – ggf. nach §§ 108, 113 InsO³⁹). Für die Konkursmasse und das

34 Vgl. o. Rn. 2.12 ff.; 2.76 ff.

35 Dazu sogleich bei Rn. 4.11 ff.

36 Dazu sogleich bei Rn. 4.16 ff. Zu beachten ist allerdings der hier meist einschlägige und dann zu einer Einziehungsbefugnis des Insolvenzverwalters führende § 166 II InsO; s. u. Rn. 4.47 ff., 4.55 f.

37 MOTIVE zur KO S. 64 = HAHN Bd. IV S. 84. Ebenso JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 106; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 14; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetz, 1997, KO¹⁷ § 17 Anm. 1 a (im letzten Absatz); K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 48; HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 14 ff.; KEPPLINGER S. 49 ff.

38 MOTIVE a. a. O. Ebenso noch immer die ganz h. M.; vgl. statt aller JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 106; a. M. jedoch ZELCK S. 34 ff.

39 Die in den MOTIVEN (a. a. O. und S. 83) vertretene Ansicht, daß nicht nur § 15 KO (späterer § 17 KO / § 103 InsO), sondern auch § 19 KO (späterer § 22 KO / § 113 InsO) unanwend-

Konkursrecht hätten solche Verträge nur die Bedeutung, daß die Mitkontrahenten

bar sei, wenn die vom Vertragspartner zu erbringende Leistung an die Person des Gemeinschuldners geknüpft sei, hat sich nicht durchsetzen können. Vgl. den abblendenden Standpunkt der Reichstagskommission (Protokolle erster Lesung S. 17 f. = HAHN Bd. IV S. 530 ff., 532) sowie JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 106, § 22 Rn. 9; KIPPENBERG S. 34 ff., 87; Th. WOLFF ZZZ 22 (1896) 207, 318 f. Fn. 205; ZELCK S. 34 ff.; a. M. DATHE S. 67 f. (alle m. w. N.). Der heutige h. M. ist vor allem deshalb zuzustimmen, weil der Insolvenzverwalter des in § 113 InsO gewährten **Kündigungsrechts** auch dann bedarf, wenn die vom Vertragspartner versprochene Dienstleistung nur für den Insolvenzschuldner, nicht auch für die Insolvenzmasse von Interesse ist. Gerade wenn von vornherein feststeht, daß die vom Vertragspartner versprochene Leistung wegen ihrer Natur nicht nur für die Masse *uninteressant*, sondern *an* die Masse bzw. ihren Verwalter *überhaupt nicht erbringbar* ist, muß dem Insolvenzverwalter ein Behelf zur Seite stehen, mit dem er die Masse vor weiteren Vergütungspflichten bewahren kann. (Der Betrag des Schadensersatzanspruchs, der gem. §§ 22 II, 26 Satz 2 KO bzw. gem. § 113 I 3 InsO als Insolvenzforderung angemeldet werden kann, wenn der Verwalter vorzeitig kündigt, wird den der Primärforderung längst nicht immer erreichen; vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 22 Rn. 39 f.) Jedoch ist die Annahme, daß derartige Vergütungspflichten, soweit sie auf nach Verfahrenseröffnung an den Schuldner persönlich geleistete Dienste entfallen, nicht bloß einfache **Insolvenzforderungen** gem. § 3 I KO / § 38 InsO, sondern **Masseschulden** gem. § 59 I Nr. 2 Alt. 2 KO / § 55 I Nr. 2 Alt. 2 InsO seien (so Th. WOLFF ZZZ 22 [1896] 207, 318 f.; JAEGER/LENT KO⁸ § 22 Rn. 4, § 59 Rn. 9; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 22 Rn. 9), aus demselben Grunde abzulehnen, aus dem man darin übereinstimmt, daß § 17 KO / § 103 InsO hier nicht anwendbar ist (der Insolvenzverwalter den Vertrag also *nicht* als Masseschuld erfüllen darf!): weil die hier in Frage stehenden Dienste ihrer Art nach überhaupt nicht »zur Insolvenzmasse« (§ 59 I Nr. 2 KO / § 55 I Nr. 2 InsO) erbracht werden können und somit von vornherein feststeht, daß der Masse selbst dann, wenn diese Dienste voll vergütet würden, kein Gegenwert zufließen könnte (entgegen JAEGER/LENT KO⁸ § 59 Rn. 9 ergibt »die Fassung« des § 59 I Nr. 2 KO / § 55 I Nr. 2 InsO nicht, daß »Fall 2 . . . anders als Fall 1« *nicht* voraussetze, daß die Erfüllung »zur Konkursmasse« zu erfolgen habe). Der Vergütungsanspruch für derartige Dienste ist also auch insoweit, wie er auf erst *während* des Verfahrens erbrachte Dienstleistungen entfällt, nur einfache Insolvenzforderung (zur Übertragung dieses Gedankens auf den **Mietzins für vom Schuldner persönlich bewohnte Räume** vgl. die u. Fn. 41 a Genannten). – Das Vorstehende gilt auch, wenn das Dienstverhältnis zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch nicht »angetreten« war. Das bedurfte der Begründung, solange noch § 22 I KO maßgeblich war, da dessen Wortlaut ein »angetretenes« Dienstverhältnis voraussetzte. Diese Einschränkung ist in den neuen §§ 108, 113 InsO nicht mehr enthalten. Auch **nicht angetretene** Dienstverhältnisse kann der Insolvenzverwalter also gem. § 113 I InsO mit gesetzlicher Frist kündigen, um die Masse vor der Verpflichtung zur (quotenmäßigen) Vergütung weiterer Dienste zu schützen (zu dem umgekehrten Fall, daß der *Dienstpflichtige* die Auflösung des Vertrages begehrt, vgl. u. Rn. 6.10 Fn. 19). Demgegenüber nahmen BRACHMANN (S. 60), JAEGER/LENT (KO⁸ § 17 Rn. 25) und JAEGER/HENCKEL (KO⁹ § 17 Rn. 106, § 22 Rn. 12) an, daß der Anspruch auf Vergütung von Diensten, die wegen ihrer Art überhaupt nicht an die Masse geleistet werden können und deshalb nach der Konkursöffnung an den Gemeinschuldner persönlich erbracht worden sind, im Konkurs überhaupt nicht – also nicht einmal als Konkursforderung – verfolgt werden könne, falls das Dienstverhältnis zur Zeit der Konkursöffnung noch nicht »angetreten« (§ 22 I 1 KO) gewesen sei. Dagegen spricht jedoch, daß der Anspruch bereits zur Zeit der Verfahrenseröffnung »begründet« i. S. des § 3 I KO / § 38 InsO war (a. M. WOLFF a. a. O. S. 320); denn hier kommt es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an (vgl. auch §§ 65–67, 154 KO / §§ 41 f., 191 InsO und für *Werkverträge* BGH JZ 1984, 240 ad I [zu § 55 Nr. 1 KO / § 96 Nr. 1 InsO]). Soweit LENT zur Begründung seiner Ansicht auf seine Rn. 10 zu § 3 KO verweist, ist noch anzumerken, daß es dort um nicht ersetzbare *Handlungen des Gemein-*

des Gemeinschuldners ihre durch eine Nichterfüllung oder Aufhebung (mit Blick auf § 22 KO bzw. § 113 InsO ist zu ergänzen: oder durch eine Kündigung) des Vertrages etwa entstandene Entschädigungsforderung gem. § 26 Satz 2 KO (zu ergänzen: bzw. gem. §§ 22 II KO, 113 I 3 InsO) nur als Konkursgläubiger⁴⁰ geltend machen könnten.

- 4.12** Dieser Auffassung ist mit der kleinen Einschränkung, daß die in § 26 Satz 2 KO (§ 103 II 1 InsO) erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung« nicht notwendig eine Schadensersatz- oder Entschädigungsforderung sein muß, sondern auch mit dem ursprünglichen Vergütungsanspruch identisch sein kann⁴¹, zuzustimmen.
- 4.13** Richtig ist insbesondere auch die – im Zusammenhang mit der Wohnraummiete lange unbeachtet gebliebene^{41a} – Feststellung der MOTIVE, daß Forderungen des Gemeinschuldners, bei denen »die Leistung nur an und für die Person des Gemeinschuldners ohne eine Beziehung auf das die Konkursmasse bildende Vermögen desselben auszuführen« ist, nicht zur Masse gehören⁴². Denn hier handelt es sich i. d. R. um Leistungen bzw. um Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, und diese gehören schon nach § 36 I InsO nicht zur Insolvenzmasse. Unter diese Ausnahme fällt auch der Anspruch des zur Miete wohnenden Insolvenzschuldners gegen seinen Vermieter auf Weitergewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs. Gem. § 851 ZPO ist dieser Anspruch unpfändbar, da er gem. § 399 Alt. 1 BGB nicht übertragen werden kann und auch der geschuldete Gegenstand (das ist nicht die Wohnung, sondern die Möglichkeit des vertragsgemäßen Gebrauchs) nicht der Pfändung unterliegt. Folglich unterliegt der Anspruch nicht der Verfügungsgewalt des Insolvenzverwalters, sondern ist »insolvenzfrei« (str.^{42a}).
- 4.14** Aus dem Zusammenspiel von § 36 I InsO und § 851 ZPO folgt zugleich, daß eine Vereinbarung des Inhalts, daß die Abtretung einer auf einen pfändbaren Gegenstand gerichteten Forderung ausgeschlossen sein solle (§ 399 Alt. 2 BGB), grundsätzlich nicht die Kraft hat, die Forderung einem späteren Insolvenzverfah-

schuldners geht, wozu jedoch die Pflicht zur Vergütung von *an* den Gemeinschuldner zu leistenden Diensten nicht gehört.

40 Vgl. auch Fn. 39.

41 Vgl. dazu u. Rn. 5.14 ff., 5.31 ff., 5.64 ff. sowie ergänzend o. Fn. 39.

41 a Der von mir erst in HK-InsO, 1. Aufl. 1999, § 109 Rn. 3, 10 (inzwischen 2. Aufl. 2001, § 109 Rn. 6 ff., 26) und dann in KTS 1999, 269 ff. sowie zeitgleich auch von SCHLÄGER ZMR 1999, 522 ff. unternommene Versuch, das zu ändern, hat ein lebhaftes Echo hervorgerufen. Vgl. GROTE NZI 2000, 66 ff.; VALLENDER/DAHL NZI 2000, 247 ff.; K/P/TINTELOT, 8. Lfg. 11/2000, InsO § 109 Rn. 7 ff.; AG Duisburg NZI 2000, 415; KOTHE FS Uhlenbruck, 2000, S. 217 ff.; DELHAES, ebenda, S. 585 ff.; WIMMER, ebenda, S. 605 ff. (mit einem Art. 1 Nr. 11 des späteren Regierungsentwurfs [BT-Drucks. 14/5680 vom 28. 3. 2001] entsprechenden Änderungsvorschlag zu § 109 InsO; direkt dazu MAROTZKE KTS 2001, 67 ff.).

42 Vgl. MOTIVE a. a. O. (o. Rn. 4.11 Fn. 37).

42 a Vgl. die Nachweise in Fn. 41 a. Zu beachten ist des weiteren, daß Mietverträge über unbewegliche Gegenstände unter § 108 InsO fallen und *schon deshalb* dem Anwendungsbereich des § 103 InsO entzogen sind.

ren⁴³ über das Vermögen des Gläubigers und den sie begründenden Vertrag der Anwendung des § 103 InsO zu entziehen⁴⁴. (Ob diese Kraft auch der Abtretung selbst fehlt, wenn die Abtretbarkeit im konkreten Fall *nicht* gem. § 399 BGB ausgeschlossen war, ist bei Rn. 4.16 ff. erörtert.)

Nicht zur Insolvenzmasse gehören gem. § 36 I InsO Ansprüche des Schuldners auf Verschaffung oder Herausgabe unpfändbarer Sachen⁴⁵. Wie bei JAEGER/HENCKEL zutreffend ausgeführt ist⁴⁶, findet § 17 KO (§ 103 InsO) deshalb keine Anwendung auf den Kauf der zur persönlichen Tätigkeit von Künstlern, Gelehrten, Schriftstellern oder Handwerkern unentbehrlichen Arbeitsgegenstände oder auf den Kauf eines Rollstuhls für den gebrechlichen Schuldner (vgl. § 811 Nrn. 5 und 12 ZPO). In all diesen Fällen ergibt sich die Unanwendbarkeit der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO aus der Überlegung, daß der Zweck dieser Vorschriften, dem Insolvenzverwalter die Einziehung auch solcher Ansprüche zu ermöglichen, die von einer Gegenleistung abhängig sind⁴⁷, nur dann erreicht werden kann, wenn der Anspruch des insolventen Schuldners zur Masse gehört⁴⁸. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so kann der Insolvenzverwalter die Forderung des Schuldners weder aufgrund des § 80 I InsO noch aufgrund des – diesen Fall allerdings nicht ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausschließenden – § 103 I InsO durchsetzen: Ein Erfüllungsverlangen des Verwalters wäre unbegründet und deshalb nicht geeignet, die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auszulösen. Einem Verlangen des Vertragspartners nach vertragsmäßiger und vollständiger Erfüllung müßte sich der Insolvenzverwalter widersetzen. Auch hier zeigt sich, daß das Recht des Insolvenzverwalters, die (vollständige) Erfüllung des Vertrages zu *verweigern*⁴⁹ und den Vertragspartner auf die Quote zu verweisen, seine Rechtsgrundlage nicht – wie die h. M. aber annimmt⁵⁰ – in § 103 InsO haben kann (den bei sog. »verfahrensfreien Verträgen« auch die h. M. nicht anwenden will⁵¹), sondern eine von § 103 InsO unabhängige, unmittelbare Folge bereits der Verfahrenseröffnung als solcher darstellt⁵².

43 BGHZ 56, 228, 233.

44 Vgl. § 851 II ZPO (i. V. m. § 36 I InsO). Zu der in dieser Arbeit nicht näher behandelten Frage, ob und inwieweit die Anwendbarkeit des § 17 KO / § 103 InsO zur Disposition der Vertragsparteien steht, vgl. SCHWÖRER Rn. 115 ff.; HK-InsO/MAROTZKE² § 119 Rn. 3 ff. m. w. N.

45 Vgl. § 36 I InsO und JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 1 Rn. 70.

46 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 107. Vgl. auch KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 14; KEPPLINGER S. 50.

47 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

48 Gleiche oder zumindest ähnliche Begründung anscheinend nur bei BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 1.

49 Zum Begriff der »Nichterfüllung« Vgl. o. Rn. 3.48 ff.

50 Vgl. o. Rn. 3.1 ff.

51 Vgl. Rn. 4.11 (Fn. 37), 4.15 (bei Fn. 46).

52 Vgl. schon Rn. 3.1–3.58.

b) Vor Verfahrenseröffnung erfolgte Abtretung, Verpfändung oder Pfändung

aa) Die rechtliche Behandlung vor BGHZ 106, 236

- 4.16** Der Wortlaut des § 103 I InsO macht das Recht des Insolvenzverwalters, den Vertragspartner des Schuldners auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen, nicht davon abhängig, daß die gegen den Vertragspartner gerichtete Forderung zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch dem Schuldner zustand. Dennoch waren Rechtsprechung und Schrifttum bis weit in das Jahr 1988 hinein nahezu einhellig der Auffassung, daß aus der weiten Fassung des (dem § 103 I InsO entsprechenden) § 17 I KO nicht der Schluß gezogen werden dürfe, daß diese Norm einer vor Verfahrenseröffnung erfolgten Abtretung, Verpfändung oder Pfändung des Anspruchs gegen den Vertragspartner im Verhältnis zum Insolvenzverwalter die Wirksamkeit entziehen wolle⁵³.

bb) Die neue Rechtsprechung seit BGHZ 106, 236

- 4.17** Obwohl die bei Rn. 4.16 erwähnte Rechtsauffassung über viele Jahrzehnte hinweg nahezu widerspruchslos praktiziert worden war⁵⁴, erging am 20. 12. 1988 eine Grundsatzentscheidung des BGH⁵⁵, in welcher »aus heiterem Himmel« der Versuch unternommen wurde, vorkonkursliche Forderungsabtretungen des späteren Gemeinschuldners unter Berufung auf § 17 I KO (jetzt § 103 I InsO) auszuhebeln.
- 4.18** In dem vom BGH entschiedenen Fall war Konkurs eröffnet worden über das Vermögen einer GmbH & Co. KG, die Möbel herstellte und verkaufte. Der Konkursverwalter sah sich mit mehr als fünfhundert⁵⁶ beiderseits noch unerfüllten Kaufverträgen zwischen der Gemeinschuldnerin und ihren Abnehmern konfrontiert. Im Rahmen einer vorläufigen Betriebsfortführung erfüllte der Konkursverwalter diese Verträge, indem er die von den Kunden der Gemeinschuldnerin bestellten Möbel vertragsgemäß auslieferte. Im Gegenzuge verlangte und erhielt der Konkursverwalter von den meisten dieser Kunden den noch zwischen ihnen und der späteren Gemeinschuldnerin vereinbarten Kaufpreis von insgesamt über 1,25

53 Vgl. RGZ 11, 49, 51 f. (Pfändung und Überweisung); 73, 58 f., 61 (Abtretung); RG KuT 1935, 86 (Abtretung); OLG Frankfurt LZ 1913, 324 (Abtretung); LG Bielefeld ZIP 1983, 1319 ff. ad I 3 (Abtretung); OLG Hamm ZIP 1985, 298, 300 (in derselben Sache wie das LG Bielefeld a. a. O.); KILGER KO¹⁵ § 17 Anm. 4 b; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 145; HESS in HESS/KRÖPFSHOFER KO³ § 17 Rn. 47; KUHN/UHLENBRUCK KO¹⁰ § 17 Rn. 34; AMON S. 19 (etwas anders ders. S. 50); DATHE S. 33; JANBERG ZAKDR 1938, 22 f.; KIPPENBERG S. 64; MAROTZKE ZIP 1987, 1293, 1294 f.; SANDROCK S. 101 f.; WILLENBÜCHER/GÜNTHER KO § 17 Rn. 4; ZELCK S. 30 ff.; vgl. auch RASSOW Gruchot 28 (1884) 747, 748/749. A. M. jedoch RGZ 11, 136, 138 f. (hiergegen MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 87 f.); **ausweichend** RGZ 63, 361, 363 (Pfändung und Überweisung; die in dieser Entscheidung noch erwähnten Urteile RGZ 6, 109 ff.; 33, 45, 49 betreffen Sachverhalte, die heute anhand des § 110 InsO zu entscheiden wären).

54 Vgl. soeben Fn. 53.

55 BGHZ 106, 236 ff. = LM § 15 KO Nr. 7.

56 Vgl. BGHZ 106, 236, 240.

Mill. DM. Daraufhin wurde er von einer Sparkasse aufgefordert, alle Kaufpreisbeträge, die er von den Kunden der Gemeinschuldnerin eingezogen hatte, an sie herauszugeben. Die Sparkasse hatte der Gemeinschuldnerin vor Konkurseröffnung umfangreiche Kredite gewährt und ihren Anspruch auf Rückzahlung und Zinsen dadurch abgesichert, daß sie sich von der späteren Gemeinschuldnerin alle Forderungen abtreten ließ, die dieser gegen ihre Kunden mit den Anfangsbuchstaben A-V gegenwärtig und zukünftig zustehen würden.

Für die rechtliche Beurteilung des Falles, der hier stark vereinfacht dargestellt ist, **4.19** kommt es darauf an, ob die vom Konkursverwalter eingezogenen Kaufpreisforderungen der Sparkasse oder der Konkursmasse zustanden.

Befragte man bis etwa 1988 die Kommentare und das übrige konkursrechtliche **4.20** Schrifttum⁵⁷, so konnte man erfahren, daß seit langem so gut wie unstrittig war, daß die Kaufpreisforderungen in Fällen wie dem geschilderten allein der Sparkasse zustehen würden, der sie ja schon vor Konkurseröffnung als dem Grunde nach bereits bestehende Forderungen wirksam abgetreten worden waren. Man meinte zu Recht, es sei nicht Zweck des § 17 KO, dem Konkursverwalter auch dort einen Erfüllungsanspruch zu verschaffen, wo der Gemeinschuldner diesen bereits vor Konkurseröffnung wirksam abgetreten habe.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 20. 12. 1988⁵⁸ mit dieser ganz h. M. gebrochen **4.21** und als Instrument hierzu eine neue Auslegung des § 17 KO eingesetzt, die sehr wahrscheinlich auf § 103 InsO überspringen wird. Der streng dogmatische Teil seiner Argumentation besteht aus einer (mindestens) viergliedrigen Kette:

(1.) Da die an die Sparkasse abgetretenen Kaufpreisforderungen auf Verträgen **4.22** beruhten, die schon vor Konkurseröffnung zustandegekommen waren, wurde die Abtretung an sich auch schon vor Konkurseröffnung wirksam. Natürlich änderte dies nichts daran, daß die Kunden der Gemeinschuldnerin berechtigt waren, die Zahlung des vereinbarten Kaufpreises bis zum Erhalt der bestellten Möbel zu verweigern (vgl. §§ 320, 404 BGB).

(2.) Da die Verträge, auf denen die abgetretenen Kaufpreisforderungen beruhten, **4.23** auch auf seiten der Gemeinschuldnerin noch nicht erfüllt waren (diese hatte die Möbel noch nicht geliefert), fand § 17 KO Anwendung. Dies hatte nach einer neuen Theorie, die der BGH erstmals mit Urteil vom 11. 2. 1988 aufgestellt hatte⁵⁹, zur Folge, daß die beiderseitigen Erfüllungsansprüche im Zeitpunkt der Konkurseröffnung erloschen. Folgt man dem⁶⁰, so wurde die eigentlich schon vor Konkurseröffnung wirksam gewordene Abtretung der Kaufpreisansprüche im nachhinein gegenstandslos.

57 Vgl. die Nachweise in Fn. 53 (zu Rn. 4.16).

58 BGHZ 106, 236 ff. = LM § 15 KO Nr. 7.

59 Vgl. BGHZ 103, 250, 251, 254.

60 Hiergegen schon o. Rn. 3.44 ff., 3.58.

- 4.24** (3.) Wurde die Abtretung bei Konkursöffnung gegenstandslos, dann war der Konkursverwalter nach Ansicht des BGH nicht gehindert, gem. § 17 I KO (eine dem § 166 II InsO⁶¹ entsprechende Vorschrift existierte damals noch nicht) aufgrund eigener Zuständigkeit die Erfüllung des Vertrages, im konkreten Fall also Kaufpreiszahlung, zu verlangen.
- 4.25** (4.) Machte der Konkursverwalter von diesem Recht Gebrauch, so lebten die beiderseitigen Erfüllungsansprüche, die nach Ansicht des BGH infolge der Konkursöffnung zunächst erloschen waren, automatisch wieder auf. Zu diesen wiederauflebenden Erfüllungsansprüchen zählte der BGH auch die Kaufpreisforderungen, welche die Gemeinschuldnerin vor Konkursöffnung an die Sparkasse abgetreten hatte. Das Wiederaufleben auch dieser Kaufpreisforderungen hatte nach Ansicht des BGH aber nicht die naheliegende Folge, daß die durch deren vorheriges Erlöschen gegenstandslos gewordene Abtretung ihren Gegenstand zurückerhielt und nun ebenfalls wieder auflebte. Hiergegen sprach nach Ansicht des BGH, daß das Wiederaufleben der abgetretenen Forderungen allein auf der Erklärung des Konkursverwalters beruhe, daß er die zugrundeliegenden Verträge erfüllen wolle und auch selbst Erfüllung verlange. Da die Abgabe dieser Erklärung gem. § 17 I KO (§ 103 I InsO) allein dem Konkursverwalter zustehe und allein von *seinem* Willen abhängen, müßten auch die durch sie wieder ins Leben gerufenen Kaufpreisforderungen der Konkursmasse zugute kommen und nicht der Sparkasse, an welche die Gemeinschuldnerin die Forderungen vor Konkursöffnung abgetreten hatte. Letztlich handle es sich hier um einen bisher vernachlässigten Anwendungsfall der seit Jahrzehnten praktizierten Rechtsprechung⁶², welche die Wirksamkeit von Forderungsabtretungen an § 15 Satz 1 KO (§ 91 I InsO) scheitern läßt, wenn die veräußernde Partei in Konkurs fällt und die abgetretene Forderung dem Grunde nach erst während des Konkurses entsteht.
- 4.26** Sollte es dem BGH mit dieser verschlungenen Argumentation tatsächlich gelungen sein, eine schon *vor* Konkursöffnung wirksam gewordene Abtretung einer dem Grunde nach bereits *bestehenden* Forderung mit Mitteln des § 17 KO (§ 103 InsO) umzuwandeln in eine *an § 15 Satz 1 KO (§ 91 I InsO) scheiternde* Abtretung einer *künftigen*, weil erst *nach* Konkursöffnung begründeten Forderung?

61 Nach dieser Vorschrift darf der Insolvenzverwalter eine Forderung, die der Schuldner *zur Sicherung eines Anspruchs* abgetreten hat, einziehen oder in anderer Weise verwerten. An der Wirksamkeit der Zession und am Absonderungsrecht des Zessionars (§§ 51 Nr. 1, 170 InsO) ändert sich hierdurch freilich nichts; es sei denn, man folgte auch in dem bei Rn. 4.25 erwähnten Punkt der neuen Rspr. des BGH.

62 Grundlegend und in BGHZ 106, 236, 241 ausdrücklich zitiert: BGH NJW 1955, 544 (dazu teils zustimmend, teils kritisch MAROTZKE, Das Anwartschaftsrecht – ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung? 1977, S. 67 ff.; ders. KTS 1979, 40 f., 46 ff.).

cc) Stellungnahme

Ein Versuch, die neue Rechtsprechung des BGH kritisch zu würdigen, sollte mit einem Blick auf die Folgen beginnen. Diese waren in dem vom BGH entschiedenen Fall durchaus akzeptabel. Denn der Fall lag offenbar so, daß sich aus den von der späteren Gemeinschuldnerin getätigten und dann vom Konkursverwalter erfüllten Möbelverkäufen keine Gewinnspanne ergab. Die Kaufpreisforderungen, welche die spätere Gemeinschuldnerin der Sparkasse abgetreten hatte, waren bei Konkurseröffnung praktisch wertlos gewesen, da die Käufer die Bezahlung der Möbel bis zu deren Auslieferung verweigern konnten und die zur Ausschaltung dieses Leistungsverweigerungsrechts erforderlichen Möbel mindestens ebensoviel kosteten, wie die der Sparkasse abgetretenen Kaufpreisforderungen nach Auslieferung wert gewesen wären. Erfolgt die Lieferungen, durch welche die der Sparkasse abgetretenen Kaufpreisforderungen überhaupt erst werthaltig wurden, *nach* Konkurseröffnung durch den Verwalter, so läßt sich mit guten Gründen vertreten, der Vorteil, daß die Käufer die Bezahlung nun nicht mehr verweigern können, müsse nicht der Sparkasse als der Zessionarin, sondern der Konkursmasse zugute kommen, auf deren Kosten der Verwalter die Verträge ja letztlich erfüllt hatte. **4.27**

Die Beurteilung ändert sich jedoch, wenn man den vom BGH entschiedenen Fall variiert. Die Fallabwandlung besteht (außer in der terminologischen und juristischen Umstellung auf das *neue* Insolvenzrecht) darin, daß der Kaufvertrag, dessen Erfüllung der Insolvenzverwalter verlangt, von dem in der Rolle des Verkäufers befindlichen Schuldner schon weitgehend erfüllt worden ist. Als Beispiel läßt sich denken, daß der (jetzt im Insolvenzverfahren befindliche) Schuldner ein ganzes Haus komplett zu möblieren hatte und er dieser Verpflichtung bis zur Verfahrenseröffnung schon so weit nachgekommen war, daß jetzt nur noch eine kleine Kommode im Werte von 2 % des Gesamt-Auftragsvolumens fehlt. Der Insolvenzverwalter weiß, daß der Käufer von dem geschuldeten Gesamtpreis noch nichts gezahlt hat und daß der Schuldner die Kaufpreisforderung vor Verfahrenseröffnung an die Sparkasse abgetreten hatte. Der Insolvenzverwalter kennt ferner die neue Rechtsprechung des BGH, nach der man derartige Abtretungen über § 17 KO bzw. § 103 InsO aus den Angeln heben kann. Er verlangt deshalb vom Käufer unter Berufung auf § 103 I InsO die Erfüllung des Vertrages (Zahlung des Kaufpreises). **4.28**

Denkt man die bei Rn. 4.21 ff. dargestellte Argumentation des BGH konsequent zu Ende, so ist es dem Insolvenzverwalter in diesem Falle möglich, gegen Lieferung der noch fehlenden und vergleichsweise geringwertigen Kommode den *gesamten* noch ausstehenden Kaufpreis einzufordern (und zwar *unabhängig* von der ihm durch das neue Insolvenzrecht besicherten gesetzlichen Einziehungsermächtigung des § 166 II InsO!⁶³) und bei der Verwendung des eingeforderten Betrages die schon vor Verfahrenseröffnung wirksam gewordene Abtretung (die doch zu einem Absonderungsrecht gem. §§ 51 Nr. 1, 170 InsO geführt haben könnte!) zu igno- **4.29**

63 Vgl. schon Rn. 4.24 Fn. 61.

rieren. Und dies, obwohl die an die Sparkasse sicherungszedierte Kaufpreisforderung vor Verfahrenseröffnung schon einen Wert erlangt hatte, welcher zu dem Wert der vom Insolvenzverwalter nachgelieferten Kommode im Verhältnis von 98 zu 2 steht!

- 4.30** Dieses Ergebnis kann nicht richtig sein. Nach der bei Rn. 4.21 ff. beschriebenen, inzwischen allerdings deutlich relativierten⁶⁴ Argumentation des BGH-Urteils vom 20. 12. 1988 ist es aber kaum zu vermeiden, da § 17 KO (§ 103 InsO), dessen sich der BGH bedient hat, nicht nur dann anwendbar ist, wenn beide Vertragsparteien *noch nichts* geleistet haben, sondern auch dann, wenn eine oder beide Parteien bereits Teilleistungen erbracht haben. Allenfalls könnte man erwägen, ob eine Anwendung des § 103 InsO in dem gebildeten Kommoden-Fall nicht wegen der relativen Geringfügigkeit der vom Insolvenzschuldner noch geschuldeten Teilleistung (der Kommode) ausscheiden muß⁶⁵. Diese Erwägung wird jedoch gegenstandslos, wenn man sich anstelle der bei Verfahrenseröffnung noch fehlenden und erst vom Insolvenzverwalter nachgelieferten Kommode im Wert von 2 % der Auftragssumme in ein Luxusschlafzimmer im Wert von 50 % der Auftragssumme denkt. Zumindest dann ist eine Anwendung des § 103 InsO unausweichlich. Nach der bei Rn. 4.21 ff. beschriebenen Argumentation des BGH-Urteils vom 20. 12. 1988 hätte dies zur Folge, daß die Sparkasse die an sie abgetretene Kaufpreisforderung trotz des Umstands, daß sie vor Verfahrenseröffnung schon zu 50 % ihres Nennbetrages »werthaltig« geworden war, *verliert*, da diese Forderung ja angeblich bei Verfahrenseröffnung automatisch erlischt und dann vom Insolvenzverwalter durch ein Erfüllungsverlangen i. S. des § 103 I InsO *zessionsfrei* wiederbegründet werden könnte.
- 4.31** Die Urteilsgründe des BGH enthalten allerdings den Hinweis, daß dem Insolvenzverwalter dann, wenn er die Erfüllung des Vertrages *nicht* wähle, u. U. ein Anspruch gegen den Vertragspartner auf Rückgewähr der vom Schuldner bereits erbrachten Teilleistungen (im Beispiel also auf Rückgewähr der bereits gelieferten Möbel) zustehe und daß *dieser* Anspruch von einer vor Verfahrenseröffnung vorgenommenen Abtretung insolvenzfest erfaßt werden könne⁶⁶. Selbst wenn dies richtig wäre (gerade hier bestehen erhebliche Bedenken⁶⁷ wegen des anfechtungsähnlichen Charakters⁶⁸ des von der Rspr.⁶⁹ gewährten Rückgabeanspruchs), könnte der Insolvenzverwalter den Abtretungsempfänger (die Sparkasse) ganz einfach dadurch ausmanövrieren, daß er sich dann eben nicht gegen, sondern für die Erfüllung des Vertrages entscheidet. Denn nach der neuen Rechtsprechung des BGH begründet er ja durch die Erklärung, die Erfüllung des Vertrages zu verlan-

64 Vgl. u. Rn. 4.32 ff.; ferner o. Rn. 3.58 Fn. 179.

65 Vgl. dazu u. Rn. 4.51, 4.90 ff.

66 BGHZ 106, 236, 242; vorsichtiger BGH LM § 15 KO Nr. 9 (m. Anm. GRUNSKY) = NJW 1991, 2897 f. = ZIP 1991, 945, 947 = EWiR § 15 KO 1/1991, 907 f. (MAROTZKE). Vgl. auch BGH ZIP 1997, 1072, 1076 I.Sp.

67 Vgl. MAROTZKE EWiR § 15 KO 1/1991, 907 f.

68 Vgl. o. Rn. 3.58 a. E. und u. Rn. 9.93 ff. mit Fn. 264.

69 Vgl. u. Rn. 9.4 ff., 9.16 ff.

gen, die beiderseits noch unerfüllten Ansprüche neu mit der Folge, daß er den noch unerfüllten Kaufpreisanspruch des Schuldners trotz der Abtretung erwirbt und für die Masse realisieren kann. Es liegt aber doch auf der Hand, daß der Insolvenzmasse die bereits vor Verfahrenseröffnung wirksam abgetretene Kaufpreisforderung dem Werte nach höchstens zu dem Prozentsatz gebühren kann, zu dem die dem Vertragspartner zustehende Gegenleistung (die Möbel) vom *Insolvenzverwalter* erbracht wurde⁷⁰. Im Kommoden-Beispiel (Rn. 4.28) darf der Wert der Kaufpreisforderung also höchstens zu 2 %, im Schlafzimmer-Fall (Rn. 4.30) höchstens zu 50 % als absonderungsrechtsfreier⁷¹ Bestandteil der Insolvenzmasse angesehen werden⁷². Die im BGH-Urteil vom 20. 12. 1988 vertretene neue Interpretation des § 17 KO bzw. § 103 InsO kann dieses in der Sache richtige Ergebnis nicht erklären.

Auch der BGH hat inzwischen eingesehen, daß eine starre Anwendung der in seinem Urteil vom 20. 12. 1988 entwickelten Grundsätze⁷³ zu ungerechten Ergebnissen führen kann. In einem erneuten Grundsatzurteil vom 4. 5. 1995 hat er sich deshalb zu einer »einschränkenden Klarstellung« entschlossen⁷⁴ und diese in folgenden Leitsatz gefaßt:

»Hat der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung die ihm aufgrund eines gegenseitigen Vertrages obliegende Leistung teilweise erbracht, so wird der dieser Teilleistung entsprechende Anspruch auf die Gegenleistung durch die Verfahrenseröffnung nicht berührt; ...«⁷⁵.

Was mit diesem Leitsatz gemeint ist, wird deutlich, wenn man anstelle der Worte »durch die Verfahrenseröffnung« liest: »durch die neue Rechtsprechung des BGH, die die Verfahrenseröffnung in Ansehung der beiderseitigen Erfüllungsansprüche als Erlöschensgrund und das auf § 17 KO (§ 103 InsO) gestützte Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters als Neubegründungsakt interpretiert und auf diese Weise vor Verfahrenseröffnung wirksam gewordene Zessionen des Schuldners⁷⁶

70 Sähe man das anders (so z. B. RINGSTMEIER S. 120), so könnte man sich dafür jedenfalls nicht auf § 103 InsO berufen. Denn § 103 InsO ist zumindest dann unanwendbar, wenn der Schuldner (Verkäufer) bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens schon *vollständig* erfüllt hatte. Vorkonkursliche *vollständige* Erfüllung durch den Schuldner (Verkäufer) müßte die Kaufpreisabtretung also auch nach Ansicht des BGH gegenüber etwaigen Gefahren aus § 103 InsO immunisieren.

71 Gedacht ist an Belastungen der in §§ 51 Nr. 1, 170 InsO bezeichneten Art.

72 So schon MAROTZKE JR 1990, 331, 334; zust. KEPPLINGER S. 273.

73 Vgl. o. Rn. 4.21 ff.

74 BGHZ 129, 336, 338 = JZ 1996, 49 mit Anm. BORK = LM KO § 17 Nr. 31 mit Anm. MAROTZKE.

75 BGH a. a. O. (soeben Fn. 74). Der o. im Text weggelassene zweite Halbsatz des Leitsatzes lautet: »... der Vertragspartner kann gegen diesen Anspruch mit vorkonkurslichen Forderungen aufrechnen (Einschränkung von BGHZ 116, 156).« Die Aufrechnungsproblematik ist u. bei Rn. 4.59 ff. behandelt.

76 Auf die Zessionsproblematik geht das neue Grundsatzurteil des BGH zwar nicht im Leitsatz, wohl aber in der Begründung ein (BGHZ 129, 336, 340).

(und auch Aufrechnungsbefugnisse des Vertragspartners⁷⁷) zerstört«. Aufgrund des derart verdeutlichten Leitsatzes ist zu erwarten, daß der BGH seine in dem früheren Urteil vom 20. 12. 1988 vertretene Auslegung des § 17 KO⁷⁸ nicht dazu benutzen wird, dem Zessionar des (jetzt im Insolvenzverfahren befindlichen) Schuldners auch den Teil der bereits vor Verfahrenseröffnung auf ihn übergegangenen Forderung gegen den Vertragspartner zu entziehen, der schon vor Verfahrenseröffnung durch eine entsprechende Teil-Gegenleistung des Insolvenzschuldners an den Vertragspartner werthaltig geworden war. Dennoch bleiben einige Fragen offen:

- 4.34** Der BGH selbst thematisiert in den Gründen seines Urteils vom 4. 5. 1995 die Frage, »wie sich die Rechtslage im Fall einer *unteilbaren* Gegenleistung darstellt«⁷⁹. Soll die vor Verfahrenseröffnung erfolgte Abtretung des Anspruchs gegen den Vertragspartner dann doch wieder in *vollem* Umfang an § 17 KO bzw. § 103 InsO scheitern, soll also die vom BGH nunmehr befürwortete »Einschränkung der Folgen von Verfahrenseröffnung und Erfüllungsverlangen«⁸⁰ voraussetzen, daß die Gegenleistung des Insolvenzschuldners nicht nur rein tatsächlich, sondern auch im Rechtssinne »teilbar« ist? Der BGH hat diese Frage in seinem Urteil zwar angesprochen, aber nicht beantwortet, da sie (zum Glück?) »im Streitfall keiner Entscheidung« bedürfe. Angenommen, er würde die Frage irgendwann einmal bejahen (was m. E. nicht sachgerecht wäre⁸¹): Nach welchen normativen Vorgaben soll dann über die Teilbarkeit befunden werden? Dringend zu warnen ist in diesem Zusammenhang vor einer – wie immer auch begründeten – Anknüpfung an den sehr eigenartigen⁸², in dem Urteil des BGH vom 4. 5. 1995 allerdings ausdrücklich zitierten⁸³ § 105 InsO: Der schon von § 36 II VerglO her bekannte Streit, ob der Begriff der »Teilbarkeit« weit oder eng auszulegen sei⁸⁴, wird sehr bald auf

77 Vgl. Fn. 75.

78 Vgl. o. Rn. 4.21 ff.

79 BGHZ 129, 336, 343. Hervorhebung des Wortes »unteilbaren« von mir.

80 BGHZ 129, 336, 343.

81 Vgl. Rn. 4.39 sowie die kritischen Diskussionsbeiträge von HENCKEL, KÜBLER und GERHARDT in Prütting (Hrsg.), RWS-Forum 9, 1997, S. 340 f. Bundesrichter KREFT, der an dem Urteil des BGH mitgewirkt hat und jetzt Vorsitzender des zuständigen IX. Zivilsenats des BGH ist, hat jedoch an anderer Stelle (Festschr. f. Fuchs, 1996, S. 115, 129 = ZIP 1997, 865, 870) ausgeführt: »Daß insoweit – gemeint ist der Fall einer unteilbaren Gegenleistung – »andere Erwägungen am Platze sind als bei teilbaren Leistungen, kann keinem Zweifel unterliegen. Auch § 36 II VerglO und § 105 InsO gehen davon aus.« Allerdings vertritt KREFT einen *ganz besonders weiten* Teilbarkeitsbegriff (s. u. Fn. 85).

82 Vgl. u. Rn. 4.158 ff., 7.21 ff.

83 BGHZ 129, 336, 342. Vgl. auch die in Fn. 81 wiedergegebene Bemerkung von KREFT.

84 Für *weite* Auslegung RGZ 155, 306, 312 f.; BGHZ 67, 242, 247; BGHZ 125, 270, 274 = ZIP 1994, 715, 717; BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 36 Rn. 48 ad b; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetz, 1997, VerglO § 36 Anm. 6; a. M. LANGHEIN ZIP 1985, 385, 388 ff. (bes. 390, 394 – jeweils l. Sp.). Vgl. zum Stellenwert dieser Streitfrage auch u. Rn. 13.71 ff. (besonders bei Fn. 150 f.). »Überlegungen zur Teilbarkeit der Leistung im Sinne von BGHZ 129, 336« (Untertitel) finden sich bei KRULL InVo 1998, 180 ff.

§ 105 InsO überspringen⁸⁵. Zudem dient § 105 InsO sehr speziellen Zwecken, die mit der hier zur Entscheidung anstehenden Frage der Insolvenzfestigkeit von Forderungsabtretungen nichts zu tun haben (s. u. Rn. 4.158 ff.).

Eine sich an § 105 InsO orientierende Beschränkung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO mit dem Ziel, die zerstörerische Wirkung auf vor Verfahrenseröffnung vorgenommene Zessionen zu begrenzen, wäre aber nicht nur methodisch verfehlt, sondern auch völlig überflüssig. Denn unrichtig ist bereits die Ausgangsthese des BGH, daß Erfüllungsansprüche aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlöschen würden und daß ein auf § 103 I InsO gestütztes Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters den Erfüllungsanspruch des Schuldners in der Weise neu begründe, daß er von einer bereits vor Verfahrenseröffnung erfolgten Zession nicht mehr erfaßt werde. Diese »Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie« findet im Gesetz keine Stütze⁸⁶. Sie stellt eine reine Zweckkonstruktion⁸⁷ dar, wobei die verfolgten Zwecke wohl nicht wirklich dem Gesetz entnommen, sondern eher von außen an § 17 KO bzw. § 103 InsO herangetragen worden sind. **4.35**

Der BGH hat sich zwar in seinem Urteil vom 4. 5. 1995 um die bisher fehlende Rückkoppelung zum Gesetz bemüht und gemeint, die Richtigkeit seiner Ansicht ergebe sich »im Wege eines Umkehrschlusses« aus § 59 I Nr. 2 KO (jetzt § 55 I Nr. 2 InsO). Wenn nach dieser Vorschrift Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Masse verlangt wird, aus dieser befriedigt werden müßten, dann könne »umgekehrt auch Erfüllung zur Konkursmasse verlangt werden, wenn diese die Gegenleistung erbringt«⁸⁸. Dieser Umkehrschluß steht jedoch auf schwachen Füßen. Ihm läßt sich nämlich nicht weniger überzeugend entgegenhalten, daß doch wohl nicht jedes, sondern nur ein *berechtigtes* Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters zur Folge hat, daß die Gegenforderung des Vertragspartners gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO als Masseverbindlichkeit erfüllt werden muß⁸⁹, und daß das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters in diesem Sinne nur dann als »berechtigt« angesehen werden darf, wenn der Anspruch gegen den Vertragspart **4.36**

85 Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 8 ff. Einen *ganz besonders weiten* Teilbarkeitsbegriff vertritt KREFT, Festschr. f. Uhlenbruck, 2000, S. 387 ff., 396: Werkleistungen seien »fast immer« teilbar i. S. d. § 105 InsO. Anders sei es nur dann, »wenn es sich um eine höchstpersönliche Leistung handelt, die sich durch einen Dritten nicht fertigstellen läßt«. Das geht m. E. zu weit (s. HK a. a. O.). Skeptisch wohl auch GANTER in Hadding/Hopt/Schimansky (Hrsg.), Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung Bd. 16, 2000, S. 27, 40 f.

86 Vgl. o. Rn. 3.42 ff.

87 Zust. KEPPLINGER S. 274. Von einem »Trick« spricht BORK JZ 1996, 51. Ähnlich die Bewertung durch BAUR/STÜRNER, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Bd. II (Insolvenzrecht), 12. Aufl. 1990, Rn. 8.14 Fn. 21 und Rn. 9.7 Fn. 17. Vgl. auch u. Rn. 4.77 ff.

88 BGHZ 129, 336, 341.

89 Vgl. MAROTZKE LM § 17 KO Nr. 31 Bl. 4 (Rückseite); ausführlicher ders. ZIP 1987, 1293, 1298 f.; (zust. ADAM DZWIR 1999, 217, 218 f.; KEPPLINGER S. 274); a. M. die in Fn. 54 meines ZIP-Beitrags Genannten; vgl. auch u. Rn. 4.52 Fn. 147. Im Ergebnis wie hier jedoch Herbert ROTH (s. u. Rn. 4.43 Fn. 117).

ner bei Verfahrenseröffnung nicht irgendeinem Zessionar des Schuldners, sondern noch dem Schuldner selbst zustand. (In den Zessionsfällen greift jetzt freilich meist der noch zu ergänzenden Überlegungen⁹⁰ Anlaß gebende § 166 II InsO.)

- 4.37** Noch weniger überzeugend als der Umkehrschluß aus § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO (Rn. 4.36) ist das folgende Argument des BGH⁹¹: Der Zweck des Insolvenzverwalterwahlrechts, dem Vorteil der Gesamtheit der Gläubiger zu dienen, »würde vereitelt und in sein Gegenteil verkehrt, wenn der Gemeinschuldner (Konkursverwalter) im Fall eines nicht erfüllten gegenseitigen Vertrages seine Leistung aus Mitteln der Masse erbrächte, der Anspruch auf die Gegenleistung aber . . . infolge einer vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vereinbarten Abtretung oder einer Aufrechnung mit vorkonkurslichen Forderungen der Masse nicht zugute käme«. Dieses Argument ist nicht neu. Bereits das RG hatte in einer Entscheidung, die damals kaum Gefolgschaft fand⁹², ausgeführt, die »im Interesse der Gläubiger erfolgte Entschließung« des Konkursverwalters könne unmöglich »die Wirkung haben, statt eines Vorteils der Gläubigerschaft die Deckung eines einzelnen Gläubigers zur Wirksamkeit zu bringen, die der Gemeinschuldner für den Fall seiner Erfüllung gewollt hatte«⁹³. Zuzugeben ist, daß das gegenteilige Ergebnis – der Insolvenzverwalter befreit mit Mitteln der Masse einen nicht dieser, sondern einem Dritten zustehenden Anspruch von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages – dem Interesse der Insolvenzgläubiger zuwiderlaufen würde. Die institutionelle Unerwünschtheit dieses Ergebnisses ist ein Gesichtspunkt, der den Insolvenzverwalter, *der von der Abtretung weiß*, davon abhalten sollte, den Vertrag anstelle des Schuldners zu erfüllen. Sie ist des weiteren ein Grund, einmal darüber nachzudenken, ob man dem Insolvenzverwalter, der den Vertrag *in Unkenntnis der Abtretung* erfüllt (oder der sich der Erfüllung selbst bei Kenntnis der Abtretung nicht entziehen könnte^{93a}), evtl. nach Surrogationsgrundsätzen zu einem Anspruch auf die Gegenleistung verhelfen kann⁹⁴. Keinesfalls jedoch ist sie für sich allein ein Grund, der es rechtfertigen könnte, § 103 I InsO über seinen eigentlichen Zweck⁹⁵ hinaus in ein Mittel zur Annullierung von Verfügungen umzufunktionieren, die der Schuldner vor Verfahrenseröffnung wirksam über seine gegen den Vertragspartner gerichtete Forderung getroffen hat⁹⁶. Inwiefern die Interessen der Insolvenzgläubiger vor benachteiligenden Rechtshandlungen (also auch Zessionen) des Schuldners geschützt sind, ist nicht in § 103, sondern z. B. in §§ 110, 114, 129 ff. InsO thematisiert⁹⁷. Soweit diese Regelung nicht greift, kann es durchaus sein, daß die

90 Vgl. u. Rn. 4.55 f.

91 BGHZ 129, 336, 339 (vgl. auch a. a. O. S. 340 f.).

92 Die hier angesprochene Entscheidung RGZ 11, 136 ff. ist in Fn. 53 (zu Rn. 4.16) als Beleg für eine damals nur ganz vereinzelt vertretene »Mindermeinung« angeführt.

93 RGZ 11, 136, 139. Dagegen mit Recht OETKER ZJP 14 (1890) 1, 31.

93a Gedacht ist hier z. B. an Fälle, in denen sich ein Erfüllungszwang aus § 106 oder § 107 Abs. 1 InsO ergibt (vgl. auch u. Rn. 4.41 und Rn. 4.44 Fn. 119).

94 Dazu u. Rn. 4.38 ff. (besonders Rn. 4.44 mit Fn. 119).

95 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

96 Heute h. M.; vgl. die o. in Fn. 53 (zu Rn. 4.16) Genannten.

97 Vgl. OLG Frankfurt LZ 1913, 324.

Vertragserfüllung durch den Insolvenzverwalter – leider – dem *Zessionar* zugute kommt. Das wurde in späteren Urteilen auch vom RG nicht mehr bestritten⁹⁸. Bis zu der bei Rn. 4.17 ff. besprochenen Entscheidung des BGH vom 20. 12. 1988 war so gut wie unstrittig, daß die §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) keine Handhabe bieten, eine vor Verfahrenseröffnung wirksam gewordene Abtretung des gegen den Vertragspartner gerichteten Anspruchs auszuhebeln⁹⁹. Das Interesse verlagerte sich deshalb auf die Frage, ob man die für die Insolvenzmasse unerfreuliche Situation, daß ein Insolvenzverwalter den Vertrag in Unkenntnis des Umstands erfüllt, daß der Anspruch auf die Gegenleistung statt der Masse einem Zessionar zusteht, mit den Instrumentarien des Bereicherungsrechts¹⁰⁰ oder unter Zuhilfenahme des Surrogationsprinzips¹⁰¹ verbessern könne. Logisch vorrangig zu diskutieren, weil unmittelbar die Zuordnung des abgetretenen Anspruchs betreffend, ist der letztgenannte Lösungsansatz:

Surrogation bedeutet für den Juristen, daß ein Gegenstand anstelle eines anderen oder neben einen anderen in dieselbe Rechtslage eintritt, in der sich bis dahin dieser andere Gegenstand befand. In dem bei Rn. 4.18 ff. behandelten »Möbel-Fall« würde eine Anwendung des Surrogationsgedankens ergeben, daß die vom Gemeinschuldner vor Konkursöffnung abgetretenen Kaufpreisforderungen schon deshalb zur Konkursmasse gehörten, weil auch die Möbel, durch deren Lieferung der Konkursverwalter den Kaufpreisanspruch überhaupt erst durchsetzbar gemacht hatte, zur Konkursmasse gehört hatten. Im Ergebnis könnte mit dem Surrogationsgedanken also dasselbe erreicht werden, was der BGH durch seine neue Auslegung des § 17 KO (§ 103 InsO) zu erreichen versucht hat, nämlich daß die Kaufpreisforderungen trotz des Umstands, daß der Gemeinschuldner sie vor Konkursöffnung an die Sparkasse abgetreten hatte, nicht der Sparkasse, sondern der Konkursmasse zugeordnet werden. **4.38**

Darüber hinaus leistet der Surrogationsgedanke aber noch erheblich mehr als der bei § 17 KO bzw. § 103 InsO liegende Lösungsansatz des BGH. Der Surrogationsgedanke führt nämlich auch dann zu angemessenen Ergebnissen, wenn der jetzt im Insolvenzverfahren befindliche Schuldner die ihm obliegende Leistung bei Verfahrenseröffnung bereits teilweise erbracht hatte und diese Leistung vom Insolvenzverwalter dann nur noch *vervollständigt* wird: Während der BGH nur mit Mühe¹⁰² einen (zudem mit den Unwägbarkeiten des Teilbarkeitsbegriffs belasteten¹⁰³) Weg gefunden hat, die Kaufpreisforderung in Fällen wie diesem nicht in *vollem* Umfang der Insolvenzmasse zusprechen und den Zessionar nicht *völlig* leer ausgehen lassen zu müssen, wäre es aufgrund des Surrogationsgedankens *ohne weiteres* möglich, die Kaufpreisforderung, soweit sie schon bei Verfahrens-

98 Vgl. o. Rn. 4.16 Fn. 53.

99 Vgl. o. Rn. 4.16 Fn. 53.

100 Dazu u. Rn. 4.43.

101 MAROTZKE JR 1990, 331, 334; vgl. demnächst auch HARDER, Insolvenzzrechtliche Surrogation, ca. 2002 erscheinend.

102 Vgl. o. Rn. 4.32 ff.

103 Vgl. o. Rn. 4.34.

eröffnung werthaltig war, dem Zessionar zu belassen und sie der Insolvenzmasse nur insoweit zuzusprechen, als ihr eine *nach* Verfahrenseröffnung erbrachte Leistung *des Insolvenzverwalters* gegenübersteht. In dem bei Rn. 4.28 gebildeten Kommodenbeispiel würde die Kaufpreisforderung also zu 98 % der Sparkasse (Zessionarin) und nur zu 2 % der Insolvenzmasse, in dem alternativ dazu gebildeten Schlafzimmer-Fall würde sie je zur Hälfte der Sparkasse und der Insolvenzmasse zustehen. Diese Aufteilung der Kaufpreisforderung würde unabhängig davon eintreten, ob die teils vor Verfahrenseröffnung vom Schuldner und teils nach Verfahrenseröffnung vom Insolvenzverwalter erbrachte *Gegenleistung* nicht nur rein tatsächlich, sondern auch im Rechtssinne »teilbar« war. Mir erscheint das sachgerecht¹⁰⁴. Denn nicht die dem Vertragspartner zustehende Gegenleistung, sondern die gegen ihn gerichtete Kaufpreisforderung würde ja kraft dinglicher Surrogation zwischen Zessionar und Insolvenzmasse aufgeteilt. (Bei Schwierigkeiten hinsichtlich der Feststellung der genauen »Trennungslinie« ist – soweit der Insolvenzverwalter nicht durch § 166 II InsO zur Einziehung auch des dem Zessionar verbliebenen Forderungsteils ermächtigt wird – an ein Hinterlegungsrecht des Vertragspartners nach § 372 Satz 2 BGB zu denken.) Aber selbst wenn *die erst von der Zession und dann von der Teil-Surrogation erfaßte Forderung gegen den Vertragspartner* auf eine unteilbare Leistung gerichtet ist, ist im Verhältnis zwischen Zessionar und Insolvenzmasse eine Aufteilung *jedenfalls dem Werte nach* möglich: durch Annahme einer gemeinschaftlichen Berechtigung i. S. der §§ 432 I, 741 ff. BGB, 84 InsO. Diente die Zession der Sicherung eines Anspruchs, so werden die genannten Vorschriften allerdings überlagert durch §§ 166 II, 170 InsO. Diese ändern an der wertmäßigen Aufteilung der zedierten Forderung nichts (wenn man von den in §§ 170 f. InsO erwähnten Kostenbeiträgen einmal absieht), monopolisieren jedoch die Einziehungsbefugnis abweichend von § 432 I BGB beim Insolvenzverwalter. Im übrigen ist in allen hier zu diskutierenden Surrogationslagen an eine analoge Anwendung der §§ 720, 1473 II, 2019 II, 2041 Satz 2, 2111 I 2 BGB zu denken; auf diese Weise läßt sich sicherstellen, daß der Vertragspartner als Schuldner der von der Surrogation erfaßten Forderung mit befreiender Wirkung an den Zessionar leisten kann, solange ihm – dem Vertragspartner – die Surrogation (also der völlige oder teilweise Übergang der Forderung vom Zessionar auf die Insolvenzmasse) unbekannt ist. Dies gilt allerdings nicht, wenn die Zession der Sicherung eines (anderen) Anspruchs diene (was sehr oft der Fall sein wird) und das Recht, die abgetretene Forderung einzuziehen, deshalb gem. § 166 II InsO auch dann *allein dem Insolvenzverwalter* zustehen würde, wenn die Zession im übrigen vollwirksam geblieben wäre.

- 4.40** Zu *keiner* irgendwie gearteten Massezugehörigkeit der Kaufpreisforderung würde der Surrogationsgedanke übrigens führen, wenn und soweit die erst vom Insolvenzverwalter geleisteten Gegenstände überhaupt nicht zur Insolvenzmasse, son-

104 Anders – jedoch abgefedert durch einen *sehr weiten* Teilbarkeitsbegriff – KREFT a. a. O. (o. Fn. 81 zu Rn. 4.34).

dem einem zur Aussonderung berechtigten Dritten¹⁰⁵ gehörten (mag dieser sein Eigentum jetzt gem. § 932 BGB verloren haben oder nicht¹⁰⁶). Daß dies so ist, habe ich bereits in KTS 1979, 40, 46 ff. ausführlich begründet¹⁰⁷. Die dort vorgetragene Argumentation bezog sich auf den Fall, daß der Kaufvertrag, auf dem die abgetretene Erlösforderung beruht, nicht schon vor Verfahrenseröffnung vom Schuldner persönlich, sondern erst nach Verfahrenseröffnung vom Insolvenzverwalter geschlossen wurde. Wenn sogar in *diesem* Fall die Wirksamkeit der vor Verfahrenseröffnung vorgenommenen Zession nicht an § 15 Satz 1 KO bzw. § 91 I InsO scheitert, soweit die Gegenstände, mit denen der Insolvenzverwalter den Kaufvertrag erfüllt, nicht zur Insolvenzmasse gehören¹⁰⁸, dann muß die Zession *erst recht dann* insolvenzfest sein, wenn die abgetretene Forderung bereits vor Verfahrenseröffnung bestanden hat und ihre juristische Schwäche lediglich in der Zug-um-Zug-Einrede lag, die der Käufer ihr gem. § 320 BGB entgegenhalten konnte. Denn im letztgenannten Fall hat die Abtretung sogar schon *vor* Verfahrenseröffnung zum Übergang der (in diesem Zeitpunkt bereits real existierenden) Gläubigerstellung auf den Zessionar geführt. Hier kann es deshalb überhaupt nicht darum gehen, ob § 91 I InsO im späteren Insolvenzverfahren das *Wirksamwerden* der Abtretung verhindert, sondern nur noch darum, ob der schon vor Verfahrenseröffnung erfolgte Übergang der Gläubigerstellung auf den Zessionar *hinfällig* wird, wenn die der abgetretenen Forderung entgegenstehende Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB *erst vom Insolvenzverwalter des Zedenten* auf dem in § 103 I InsO vorgezeichneten Weg der freiwilligen^{108a} Erfüllung ausgeschaltet wird. Und diese Frage darf – wenn überhaupt¹⁰⁹ – nur bejaht werden, wenn und soweit die Mittel, die der Insolvenzverwalter zur Erfüllung der Gegenforderung verwendet hat, aus der Insolvenzmasse stammten und weder mit einem Aus- noch mit einem den Wert dieser Gegenstände erschöpfenden Absonderungsrecht belastet waren (wobei es genügen dürfte, daß der Insolvenzverwalter den Aus- bzw. Absonderungsgläubiger mit dessen Einverständnis *nachträglich abfindet* bzw. daß er das Absonderungsrecht durch *Erfüllung* der durch dieses gesicherten Forderung nachträglich zum Erlöschen bringt). Auch insoweit ist der Surrogationsgedanke also

105 Z. B. einem durch Eigentumsvorbehalt gesicherten Vorlieferanten, der bereits gem. § 455 I BGB zurückgetreten war.

106 Zu ergänzen ist: oder mag er es, wenn die vom Insolvenzverwalter vorgenommene Weiterverfügung unter Eigentumsvorbehalt steht, *bei Bedingungseintritt (§§ 158 I, 455 I BGB) verlieren* (vgl. BGHZ 10, 69, 72 ff.; MAROTZKE, Das Anwartschaftsrecht ..., S. 120 ff.) oder nicht.

107 Im wesentlichen zustimmend JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 15 Rn. 44 ff. (besonders Rn. 47).

108 Denn in diesem Fall würde der Anspruch auf die Gegenleistung selbst bei Unwirksamkeit der Abtretung nicht zur Soll-Masse gehören. Vielmehr unterliegt er, sofern er wenigstens in die Ist-Masse gelangt und in dieser noch vorhanden ist, der Ersatzaussonderung nach § 48 InsO. Zur Frage einer analogen Anwendung des § 48 InsO auf die Verletzung von Absonderungsrechten vgl. MAROTZKE ZZP 109 (1996) 429, 434 ff.; HÄCKER, Abgesonderte Befriedigung aus Rechten, 2001, Rn. 160 ff.; HARDER, KTS 2001, 97, 100 ff.

108 a Zu den Rechtsfolgen einer »unfreiwilligen« Erfüllung vgl. sogleich Rn. 4.41 und HARDER, Insolvenzzrechtliche Surrogation, ca. 2002 erscheinend, wahrscheinlich in Kap. 4 Abschn. C.

109 Dazu sogleich Rn. 4.42 ff. (besonders Rn. 4.44 Fn. 119).

leistungsfähiger als die bei § 17 KO bzw. § 103 InsO ansetzende »Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie« des BGH.

- 4.41** Ein weiterer Vorteil des Surrogationsgedankens liegt darin, daß er u. U. auch dort funktionieren würde, wo die bei § 103 InsO ansetzende Rechtsprechung des BGH schon deshalb versagen müßte, weil das in den Fällen des § 103 InsO bestehende Recht des Insolvenzverwalters, zwischen Erfüllung und Nichterfüllung des Vertrages zu *wählen*, durch Spezialvorschriften ausgeschlossen und durch eine Erfüllungspflicht ersetzt worden ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn und soweit die Rechte des Vertragspartners durch eine Vormerkung (§ 106 InsO)¹¹⁰, durch eine Anwartschaft in der Situation des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt (§ 107 I InsO)¹¹¹ oder durch den dogmatisch etwas aus der Rolle fallenden § 108 I 2 InsO¹¹² gesichert sind.
- 4.42** Trotz aller Vorzüge, die der Surrogationsgedanke im Vergleich zu der bei § 17 KO bzw. § 103 InsO ansetzenden Lösung des BGH aufzuweisen hat, bestehen Bedenken, ob der Weg über die Surrogation gangbar ist. Die Zweifel, die man anmelden kann, sind sowohl formaler als auch wertungsmäßiger Natur. Formale Bedenken bestehen deshalb, weil Surrogationsregeln nach ganz h. M. nur dort gelten, wo sie gesetzlich besonders angeordnet sind¹¹³; allenfalls eine Analogie soll u. U. möglich sein¹¹⁴. Speziell im Insolvenzrecht wurde die Geltung des Surrogationsgedankens vor einigen Jahren noch so gut wie allgemein abgelehnt¹¹⁵; erst in neuerer Zeit mehrten sich Stimmen, die dafür eintreten, einige Surrogationsregeln, die im Einzelzwangsvollstreckungsrecht oder in bezug auf Sondervermögen ausdrücklich normiert sind (z. B. § 204 I BGB), im Insolvenzverfahren analog anzuwenden¹¹⁶.

110 Vgl. für diesen Fall BGH LM Nr. 91 zu § 387 BGB = NJW 1996, 1056 f., 1057 = ZIP 1996, 426, 428 ad II 4 (bedient sich des die »Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie« konkludent als unanwendbar hinstellenden Arguments, daß »die Kaufpreisforderung vor Konkurseröffnung begründet war«) und HK-InsO/MAROTZKE² § 106 Rn. 6 (zu BGHZ 138, 179 = NJW 1988, 2134 = ZIP 1998, 836).

111 Vgl. zu dieser Vorschrift MAROTZKE JZ 1995, 803 ff. sowie speziell zur Zessionsproblematik in diesem Zusammenhang MAROTZKE EWiR § 17 KO 1/1996, 179 f. (Kurzkomentar zu OLG Düsseldorf ZIP 1996, 337 ff.).

112 Dazu HK-InsO/MAROTZKE² § 108 Rn. 8 ff. (speziell zum Surrogationsgrundsatz dort Rn. 12, 14). Mit § 110 InsO ist hier nicht zu helfen, da dieser voraussetzt, daß der vom Schuldner vermietete oder verpachtete Gegenstand ein »unbeweglicher« ist. Das paßt zu § 108 I 1, nicht aber auch zu § 108 I 2 InsO. Vgl. auch HK-InsO/MAROTZKE² § 110 Rn. 6 f.

113 Vgl. RGZ 70, 227; BGHZ 30, 149, 152; 64, 312, 314 f.

114 Vgl. z. B. RGZ 138, 132, 133 f.

115 Vgl. JAEGER/LENT KO⁸ § 1 Rn. 60 (Abs. 5) und Vorbem. X 2 zu §§ 6–9 KO.

116 So z. B. MANFRED WOLF JuS 1975, 646, 715; ders. JuS 1976, 105; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 6 Rn. 37, § 15 Rn. 45–47; MAROTZKE KTS 1979, 40, 46 ff.; ders. AcP 191 (1991) 177, 197 ff.; HÄSEMAYER, Insolvenzrecht² Rn. 9.20, 9.28 f., 11.19, 18.69 f.; HARDER, KTS 2001, 97, 106 ff.; ders., Insolvenzrechtliche Surrogation, ca. 2002 erscheinend; vgl. auch TINTELNOT JZ 1990, 782 ff. ad II 2, 4 und den zweiten Absatz der amtl. Begründung zu RegE § 42 / InsO § 35 (BT-Drucks. 12/2443 S. 122). **Gegen** Surrogation jedoch KEPP-LINGER S. 275 ff. in direkter Auseinandersetzung mit der Voraufgabe dieses Buches (s. auch u. Rn. 4.44 Fn. 120).

Neben diesen eher formalen Gesichtspunkt tritt noch ein wertungsmäßiges Bedenken. Denn der Surrogationsgedanke bietet der Insolvenzmasse nur einen unvollständigen Schutz, wenn der Schuldner, wie nicht selten vor der Insolvenz, mit Verlust verkauft hat und die Restleistung, die der Insolvenzverwalter mit Mitteln der Masse erbringt, deshalb mehr wert ist als der auf sie entfallende Kaufpreisanteil. In solchen Fällen fährt die Insolvenzmasse möglicherweise besser, wenn man ihr einen Bereicherungsanspruch entweder gegen den Vertragspartner als den Leistungsempfänger¹¹⁷ oder – was bisher ganz h. M. war¹¹⁸ – gegen den Zessionar gewährt.

Hier fehlt der Raum, um alle Argumente gebührend zu würdigen, die vor einer Entscheidung zwischen dem Surrogationsmodell und einer bereicherungsrechtlichen Lösung (oder vor einer *Kombination* dieser beiden unterschiedlichen Lösungsansätze¹¹⁹) gründlichst gegeneinander abgewogen werden müßten. Eines läßt sich jedoch schon jetzt feststellen: Der vom BGH vertretenen neuen Auslegung des § 17 KO bzw. § 103 InsO wären in den Abtretungsfällen *sowohl* das Surrogationsmodell *als auch* eine bereicherungsrechtliche Lösung überlegen¹²⁰.

117 So MAROTZKE ZIP 1987, 1293 ff. ad III 3, 4; Herbert ROTH, Festschr. f. Rolland, 1998, S. 305, 315 f.; vgl. auch KOZIOL ÖBA 1998, 745, 754 f.; KEPPLINGER S. 291 und die (allerdings nicht speziell auf § 17 KO bzw. § 103 InsO eingehenden) Ausführungen von Peter MOHRBUTTER, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, 1998, S. 29 ff. zur Rückgewährpflicht eines versehentlich wie ein *Massegläubiger* befriedigten Insolvenzgläubigers.

118 So z. B. RGZ 63, 361, 363 f.; RG KuT 1935, 86 f.; OLG Frankfurt LZ 1913, 324; JAEGER/HENCKEL, KO⁹ § 17 Rn. 145; GERHARDT EWiR § 17 KO 2/1987, 269 (unter 3.1.); K/P/TINTELOT InsO § 103 Rn. 88 ff.; DAHNCKE S. 127 ff., 198; s. ferner die Diskussionsbeiträge von HENCKEL und GERHARDT in: Prütting (Hrsg.), RWS-Forum 9, 1997, S. 340 f. Sympathie für diese bereicherungsrechtliche Lösung bekundet auch OBERMÜLLER in: Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 985, 1008 Rn. 96 f. Weitere Nachweise gibt von OLSHAUSEN MDR 1975, 969, 976 Fn. 91, der selbst aber Bedenken erhebt, weil diese h. M. auf die vom BGB abgelehnte Versionsklage hinauslaufe. Kritisch bis ablehnend auch KOZIOL ÖBA 1998, 745, 748 f.; KEPPLINGER S. 275, 282 f.

119 Die Kombination könnte z. B. in der Weise geschehen, daß man den Surrogationsgedanken dann und nur dann anwendet, wenn der Insolvenzverwalter zu der Zeit, als er mit der Folge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO die Erfüllung des Vertrages verlangte (die bei Rn. 4.36 postulierte Voraussetzung eines *berechtigten* Erfüllungsverlangens wird nicht selten wegen § 166 II InsO gegeben sein), von der Abtretung noch nichts wußte (Beweislast beim Ins-Verw.). Hatte er hingegen diese Kenntnis, so wird es – außer in den o. Rn. 4.37 bei Fn. 93 a angesprochenen Fällen – wesentlich schwerer fallen, der von ihm verwalteten Masse nicht nur »schuldrechtlich« nach §§ 812 ff. BGB, sondern sogar »dinglich« durch Anwendung des Surrogationsgedankens zu helfen (vgl. auch Rn. 4.37). Für Surrogation auch in diesem Fall ließe sich aber immerhin anführen, daß eine solche in den hier zu diskutierenden Zusammenhängen wie eine Legalzession wirken würde (zum Schuldnerschutz s. Rn. 4.39) und deshalb vielleicht lieber doch nicht von einer subjektiven Voraussetzung, die für den »verlierenden Teil« nur schwer erkennbar ist, abhängig gemacht werden sollte. Ich persönlich würde mich durch dieses Argument letztlich jedoch nicht überzeugen lassen. Denn der Gedanke, daß jemand eine ihm zustehende Forderung je nach Kenntnisstand einer handelnden dritten Person entweder behält oder verliert, ist dem geltenden Recht keineswegs fremd (vgl. §§ 406 ff., 720, 1473 II, 2019 II, 2041 Satz 2, 2111 I 2 BGB).

120 Insoweit zust. KEPPLINGER S. 275 ff., 282 f. (die aber, vorbehaltlich ihrer Ausführungen auf S. 291, *beide* Alternativlösungen als nicht gesetzeskonform verwirft).

Die Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie des BGH sollte also nicht nur deshalb aufgegeben werden, weil sie der gesetzlichen Grundlage entbehrt¹²¹, sondern auch deshalb, weil es – gerade bei ergebnisorientierter Betrachtung – leistungsfähigere Alternativen gibt.

dd) Konsequenzen

α) Grundlinien

- 4.45** Die Untersuchung hat ergeben, daß § 103 InsO dem Insolvenzverwalter gegenüber dem Vertragspartner des Schuldners nicht mehr Rechte einräumen will, als zur Zeit der Verfahrenseröffnung dem Schuldner selbst zustanden. Die Vorschrift soll den Verwalter nur in die Lage versetzen, der Abhängigkeit der Forderung gegen den Vertragspartner von einer noch ausstehenden Gegenleistung Rechnung zu tragen¹²². Ungeschriebene Voraussetzung des § 103 I InsO ist also, daß der Insolvenzverwalter die Forderung gegen den Vertragspartner aufgrund einer *unabhängig von § 103 I InsO* bestehenden Einziehungsermächtigung (i. d. R. also gem. § 80 I InsO) ganz oder wenigstens zu einem Teil¹²³ geltend machen könnte (str.¹²⁴). Daran fehlt es (vorbehaltlich des zum Surrogationsgedanken Ausgeführten¹²⁵), wenn der Schuldner diese Forderung schon vor Verfahrenseröffnung vollständig und unanfechtbar (§§ 129 ff. InsO) an einen Dritten (z. B. an eine Factoring-Bank) zediert hat und diese Zession nicht i. S. des § 166 II InsO der »Sicherung eines Anspruchs« dient (dieser Sicherungszweck fehlt typischerweise beim *echten* Factoring¹²⁶). In solchen Fällen wäre ein Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters i. d. R.¹²⁷ unbegründet, ohne daß es darauf ankommt, ob der Vertrag auf seiten des Insolvenzschuldners bereits erfüllt ist oder nicht.
- 4.46** Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Zessionar den später ins Insolvenzverfahren geratenen Zedenten ermächtigt hatte, die Forderung im eigenen Namen einzuziehen. Denn solch eine Einziehungsermächtigung¹²⁸ wird i. d. R. nur unter der auflösenden Bedingung einer Zahlungseinstellung des Zedenten er-

121 Vgl. o. Rn. 3.44 ff. und u. Rn. 4.77 ff.

122 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

123 Vgl. u. Rn. 4.51 ff.

124 Vgl. o. Rn. 4.16 einerseits und 4.17 ff. andererseits (jeweils mit Nachweisen). Der hier vertretenen Ansicht zustimmend ADAM DZWIR 1999, 217, 218 f.; 2000, 89, 90; mit Einschränkungen auch KEPPLINGER S. 277 ff.

125 Vgl. soeben Rn. 4.37 ff. (besonders Rn. 4.44 Fn. 119).

126 Vgl. BGHZ 69, 254, 257; 72, 15, 21 ff.; 82, 50, 60; MAROTZKE KTS 1979, 40, 52; a. M. HÄSEMEYER, Insolvenzrecht² Rn. 11.13, 11.48, 18.50. Als »Kreditgeschäft« sieht der BGH hingegen das *unechte* Factoring an (BGHZ 58, 364, 366 f.; 69, 254, 257; 82, 50, 61); dies führt jedoch wegen der Besonderheit derartiger Geschäfte nicht ohne weiteres zur Anwendung der §§ 51 Nr. 1, 166 II InsO (vgl. KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 23 Rn. 20 e; SINZ, Factoring in der Insolvenz, 1997, Rn. 191 ff.; dens., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 593, 624 Rn. 79; HÄCKER, Abgesonderte Befriedigung aus Rechten, 2001, Rn. 112 ff., 122 und im Ergebnis auch HÄSEMEYER a. a. O. Rn. 18.50).

127 Zu möglichen Ausnahmen vgl. u. Rn. 4.49.

128 Zu deren Zulässigkeit vgl. PALANDT/HEINRICHS BGB⁶⁰ § 398 Rn. 29.

teilt¹²⁹; sie deckt also so gut wie nie eine Einziehung der zedierten Forderung durch den *Insolvenzverwalter*. (Sehr str. ist dies neuerdings hinsichtlich der Forderungseinziehung durch einen für das Eröffnungsverfahren bestellten *vorläufigen* Insolvenzverwalter^{129 a}).

Handelt es sich jedoch – wie meist – um eine *Sicherungszession*, so erledigt sich **4.47** die Frage nach dem Schicksal einer vor Verfahrenseröffnung erteilten rechtsgeschäftlichen Einziehungsermächtigung nach *neuem* Insolvenzrecht¹³⁰ schon dadurch, daß der Insolvenzverwalter in solchen Fällen *bereits nach §§ 51 Nr. 1, 166 II InsO* zur Einziehung der (auf den Zessionar übergegangenen) Forderung berechtigt ist. Für den Fall, daß der insolvente Schuldner vor Verfahrenseröffnung Waren unter verlängertem Eigentumsvorbehalt¹³¹ erworben und an Dritte weiterveräußert hatte, bedeutet dies, daß § 103 I InsO auf die vor Verfahrenseröffnung getätigten Weiterverkäufe trotz des Umstands, daß Gläubiger der dabei erzielten Erlösforderungen aufgrund der »Eigentumsvorbehaltverlängerung«¹³² der *Erstverkäufer* ist, sehr wohl anwendbar ist^{132 a} (wenn diese Verträge noch von *keiner* Seite vollständig erfüllt worden sind).

Entsprechendes gilt, wenn die Erlösforderung aus der vom Schuldner vorgenommenen Veräußerung nicht von dem verlängerten Eigentumsvorbehalt eines Warenkreditgebers (Rn. 4.47), sondern von der zugunsten eines Geldkreditgebers vorgenommenen Sicherungszession erfaßt wird (was bei Bestehen eines konkurrierenden verlängerten Eigentumsvorbehalts aber stets sorgfältiger Prüfung bedarf¹³³). Auch in diesen Fällen steht die Befugnis, die betreffenden Forderungen einzuziehen, nach neuem Insolvenzrecht (§§ 51 Nr. 1, 166 II InsO) nicht dem Zessionar, sondern dem Insolvenzverwalter zu mit der Konsequenz, daß dessen für eine Anwendung des § 103 InsO erforderliche »Forderungszuständigkeit« hier ohne weiteres gegeben ist. **4.48**

Selten, aber nicht undenkbar ist, daß eine vor Verfahrenseröffnung vorgenommene Zession anderen Zwecken diene als der in §§ 51 Nr. 1, 166 II InsO vorausgesetzten »Sicherung eines Anspruchs« (s. Rn. 4.45). In solch einem Fall kann der In- **4.49**

129 Vgl. SERICK Bd. III § 35 III 1 a S. 308; Bd. V § 64 II 1 a S. 456 f.

129 a Vgl. BGHZ 144, 192 ff. = NJW 2000, 1950 = MDR 2000, 848 = LM Nr. 25 zu §§ 46, 106 KO m. Anm. PAPE = DZWIR 2000, 428 m. Anm. GUNDLACH. Weitere, von diesem Spezialproblem unabhängige Überlegungen zur Forderungszuständigkeit des *vorläufigen* Insolvenzverwalters sind dargestellt bei Rn. 14.53 (Fn. 107), 14.63 ff., 14.66 (Fn. 138), 14.112 f., 14.122 ff.

130 Zu der Rechtslage, die sich nach *bisherigem* Insolvenzrecht ergab, vgl. MAROTZKE ZIP 1987, 1293, 1296 f.

131 Also sowohl unter Eigentumsvorbehalt als auch unter Vorausabtretung der Erlösforderungen aus der vom Verkäufer konsentierten (§ 185 I BGB) Weiterveräußerung.

132 Vgl. Fn. 131.

132 a A. M. ADAM DZWIR 1999, 217, 218 f. (»... kann eine lediglich dem Insolvenzverwalter zustehende Einziehungsbefugnis wie die des § 166 II InsO nicht die Anwendung des § 103 InsO begründen«); ders. DZWIR 2000, 89 f.

133 Vgl. zur Kollisionsproblematik BÜLOW, Recht der Kreditsicherheiten⁵ Rn. 505 ff.; RIMMELSPACHER, Kreditsicherungsrecht² Rn. 422 ff.; MAROTZKE KTS 1979, 40, 51 f.

solvenzverwalter die von der Zession betroffene Forderung, auch wenn sie auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag i. S. des § 103 InsO beruht, nur dann einziehen, wenn es gelingt, die Zession rückgängig zu machen (z. B. durch Anfechtung gem. §§ 129 ff. InsO¹³⁴; vielleicht auch durch Anwendung des Surrogationsgedankens¹³⁵) oder – was auch vorkommt¹³⁶ – den Zessionar zu bewegen, den Insolvenzverwalter rechtsgeschäftlich zur Einziehung zu ermächtigen.

- 4.50** Die in § 166 II InsO aufgestellte Voraussetzung, daß die »Sicherung eines Anspruchs« bezweckt ist, trifft nicht nur bei der Sicherungszession, sondern auch auf die *Verpfändung* und auf die *Pfändung* einer Forderung zu. Dennoch soll § 166 II InsO nach dem Willen der Gesetzesverfasser hier nicht anwendbar¹³⁷, der Insolvenzverwalter also jedenfalls nicht schon nach *dieser* Vorschrift zur Einziehung der Forderung berechtigt sein. Folgte man dem¹³⁸, so käme ein berechtigtes Erfüllungsverlangen (§ 103 I InsO) des Insolvenzverwalters hier nur in Betracht, wenn der Verwalter das Recht, die ge- oder verpfändete Forderung einzuziehen, auf dem Wege des § 173 II InsO oder durch rechtsgeschäftliche Einziehungsermächtigung¹³⁹ oder sonstwie¹⁴⁰ *nachträglich* erlangt. Richtigerweise muß man dieses eigenartige Ergebnis jedoch vermeiden und deshalb § 166 II InsO *analog* anwenden, wenn der Schuldner seinen Erfüllungsanspruch vor Verfahrenseröffnung verpfändet (statt zur Sicherheit *abgetreten*) oder ein Gläubiger des Schuldners diesen Anspruch rechtzeitig (§ 88 InsO¹⁴¹) vor Verfahrenseröffnung gepfändet hat¹⁴².
- 4.51** Die hier vertretene Ansicht, daß § 103 I InsO die »Forderungszuständigkeit« des Insolvenzverwalters nicht begründet, sondern als ungeschriebenes Tatbestands-

134 Zu der Frage, ob diese »dinglich« oder nur »schuldrechtlich« wirkt, vgl. MAROTZKE ZfG 1989, 138, 140 ff. und u. Rn. 7.120 Fn. 334.

135 Vgl. Rn. 4.37 ff. (besonders Rn. 4.44 Fn. 119).

136 Vgl. z. B. den Fall, der den Entscheidungen LG Bielefeld ZIP 1983, 1319 ff. und OLG Hamm ZIP 1985, 298 ff. zugrundelag.

137 Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs in BT-Drucks. 12/2443 S. 178 f. und des Rechtsausschusses in BT-Drucks. 12/7302 S. 176 (jeweils zu § 191 II des Entwurfs).

138 So OBERMÜLLER WM 1994, 1829, 1873; HESS/OBERMÜLLER, Die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten nach der InsO, 1996, Rn. 1231 ff.; KLASMEYER/ELSNER/RINGSTMEIER, Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 1083, 1085 Rn. 9; KEPPLINGER S. 285; HÄCKER, Abgesonderte Befriedigung aus Rechten, 2000, Rn. 483 ff., 618 ff., 747 ff., 755 ff. (der jedoch eine analoge Anwendung des § 166 I [nicht: II] InsO in Betracht zieht, wenn die verpfändete oder gepfändete Forderung nicht auf Geld gerichtet ist); LG Tübingen NZI 2001, 263 f.

139 Vgl. schon Rn. 4.49.

140 Zu denken ist noch an eine *Freigabe* der Forderung durch den Pfandgläubiger oder an einen nachträglichen *Wegfall* des Pfandrechts gem. §§ 1252, 1273 II BGB.

141 Auf die rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Einwände, die gegenüber § 88 InsO erhoben werden können, ist hier nicht einzugehen. Vgl. jedoch die Hinweise bei MUTH KTS 1997, 347, 356; MAROTZKE LM GesO Nr. 11 Bl. 4 und dens. in LM § 400 BGB Nr. 10 a Bl. 4 unter 3.

142 Ausführliche Begründung dieser Analogie bei MAROTZKE ZZP 109 (1996) 429, 447 ff.

merkmal *voraussetzt* (s. Rn. 4.45), bedarf noch einer weiteren Konkretisierung: Selbstverständlich setzt die Anwendbarkeit des § 103 I InsO nicht voraus, daß die Forderung gegen den Vertragspartner *in vollem Umfang* dem Einziehungsrecht des Insolvenzverwalters unterliegt¹⁴³. Nach seinem Sinn und Zweck¹⁴⁴ darf § 103 I InsO nicht schon deshalb außer Betracht bleiben, weil der Schuldner vor der Verfahrenseröffnung einen *Teil* seiner Forderung an einen Dritten zediert hat. Zwar kann der wirksam zedierter Teil der Forderung auch über § 103 I InsO nicht dem Recht des Insolvenzverwalters unterstellt werden (wohl aber u. U. durch § 166 II InsO!¹⁴⁵). Jedoch kann es für die Insolvenzmasse auch in derartigen Fällen vorteilhaft sein, daß der Verwalter *den ihr verbliebenen Teil* der Forderung Zug um Zug gegen Bewirkung der – vielleicht nur zu einem ganz geringen Teil noch offenen – Gegenleistung einzieht (vgl. ergänzend Rn. 4.57).

Völlig unanwendbar ist § 103 I InsO also nur, wenn der Insolvenzverwalter vom Vertragspartner selbst dann *nichts* verlangen könnte, wenn er dessen Gegenforderung vollständig erfüllte¹⁴⁶. Mit einem Erfüllungsverlangen, welches der Insolvenzverwalter in solch einem Fall *trotzdem* ausspricht, wird man grundsätzlich auch die in § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO vorgesehene Umwandlung der Gegenforderung in eine Masseverbindlichkeit nicht rechtsfolgemäßig verbinden dürfen¹⁴⁷.

Anders ist jedoch zu entscheiden, wenn der Vertragspartner dem Erfüllungsverlangen des Verwalters in Unkenntnis der Abtretung entspricht¹⁴⁸. In Erweiterung

143 A. M. ADAM DZWIR 1999, 217, 218.

144 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

145 Vgl. o. Rn. 4.47 ff.; a. M. ADAM a. a. O.

146 Zu der Frage, ob die Erfüllung der Gegenforderung u. U. nach *Surrogationsgrundsätzen* zu einer Forderungszuständigkeit des Insolvenzverwalters führt, s. o. Rn. 4.37 ff. (besonders Rn. 4.44 Fn. 119).

147 S. o. Rn. 4.36 bei Fn. 89. **Anders** jedoch **die h. M.**; z. B. HELLMANN S. 273; HENCKEL ZFP 99 (1986) 419, 426 f. (direkt dazu MAROTZKE ZIP 1987, 1293, 1298 ff.; KOZIOL ÖBA 1998, 745, 752 ff.; KEPPLINGER S. 278 ff.); wohl auch KIPPENBERG S. 64; OETKER ZFP 14 (1890) 1, 30 f.; WILLENBÜCHER/GÜNTHER KO § 17 Rn. 4; vgl. ferner JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 145 a. E.: »Unkenntnis der Tatsache, daß der Gegenanspruch des Schuldners zur Zeit der Wahlbetätigung bereits (durch Verfügung oder Zwangszugriff) aus dem Schuldnervermögen ausgeschieden war, kann dem Verwalter nach h. M. die Befugnis verleihen, seine Erklärung wegen Irrtums anzufechten.« – M. E. bedarf es hier keiner Anfechtung, da ein Erfüllungsverlangen von vornherein wirkungslos wäre. Entsprechend der o. im Text vertretenen Ansicht muß die infolge eines (begründeten!) Erfüllungsverlangens *bereits eingetretene* Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO *wieder entfallen*, wenn der Vertragspartner dem ihr zugrundeliegenden Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters durch *Aufrechnung* mit einer bereits vor der Verfahrenseröffnung entstandenen anderweitigen Gegenforderung vollständig und rückwirkend (§ 389 BGB) die Grundlage entzieht (vgl. z. B. den Fall BGH WM 1984, 231 ff. = JZ 1984, 420 ff. m. krit. Anm. BAUR; dazu auch u. Rn. 7.131 Fn. 366). Folgt man dem (Einzelheiten u. Rn. 4.74 ff.), so erledigt sich der Haupteinwand, den BENDIX in ArchBürgR 38, 93 ff. (dazu schon o. Rn. 2.86 Fn. 184) gegen die Zulässigkeit solch einer Aufrechnung erhoben hat. Anders jetzt freilich die **Rspr. des BGH** (vgl. u. Rn. 4.59 ff.).

148 Vgl. hierzu auch die unterschiedlichen Standpunkte von HENCKEL ZFP 99 (1986) 419, 426 ff. einerseits und MAROTZKE ZIP 1987, 1293, 1299 f. andererseits.

des § 407 BGB und entsprechend dem Verbot des »venire contra factum proprium« wird man das zwar unberechtigte, aber trotzdem von Erfolg gekrönte Erfüllungsverlangen des Verwalters hinsichtlich des Einflusses auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Vertragspartner und der Insolvenzmasse (also auch hinsichtlich des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) einem *berechtigten* Erfüllungsverlangen gleichstellen müssen. Die Insolvenzmasse wird dadurch nicht unzumutbar belastet, da die dem Vertragspartner nach Maßgabe des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu bewirkende Gegenleistung den gegen die Masse gerichteten Bereicherungsanspruch des Zessionars (§§ 816 II BGB, 55 I Nr. 3 InsO) gem. § 818 III BGB mindert^{148 a}.

- 4.54** Abgesehen von diesem durch § 407 BGB beeinflussten Sonderfall (Rn. 4.53) und abgesehen auch von den Fällen des § 166 II InsO (Rn. 4.47 ff.) setzt die Anwendbarkeit der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO aber grundsätzlich voraus, daß die Forderung gegen den Vertragspartner wenigstens teilweise zur Insolvenzmasse gehört und insoweit dem Einziehungsrecht des Verwalters unterliegt. Die h. M. erkennt das zwar nur für die bereits bei Rn. 4.11 ff. behandelten Fälle an, in denen die Forderung gegen den Vertragspartner schon deshalb nicht zur Insolvenzmasse gehört, *weil sie wegen ihres Inhalts keiner Zwangsvollstreckung unterliegt*. Nichts anderes kann jedoch gelten, wenn die Forderung gegen den Vertragspartner deshalb nicht zur Insolvenzmasse gehört, weil sie zur Zeit der Verfahrenseröffnung nicht einmal zum *unpfändbaren*, sondern *überhaupt nicht* zum Vermögen des Schuldners zählte, da sie bereits vollständig auf einen Dritten übergegangen war¹⁴⁹ (wobei hier zunächst unterstellt sei, daß die diesen Übergang bewirkende Zession nicht i. S. des § 166 II InsO der »Sicherung eines Anspruchs« dient). Beide Fallgruppen stimmen in dem entscheidenden, eine Anwendung des § 103 I InsO von vornherein ausschließenden¹⁵⁰ Punkt überein, daß der Insolvenzverwalter auch

148 a Kritisch DAHNCKE S. 100 f.

149 **Ebenso** ADAM DZWIR 1999, 217, 218; 2000, 89, 90; Herbert ROTH, Festschr. f. Rolland, 1998, S. 305, 313 ff. und – bis zum Erscheinen der ersten Auflage dieses Buches anscheinend als einziger – SCHLOTTER LZ 1911, 49, 50 (dem es aber nur darauf ankam, das – m. E. ohnehin nicht auf § 103 InsO beruhende [vgl. o. Rn. 3.1 ff.] – Recht zur Erfüllungsablehnung zu verneinen).

Anders die ganz h. M., die § 17 KO bzw. § 103 InsO hier anwenden will (ohne daraus aber eine Forderungszuständigkeit des Insolvenzverwalters herzuleiten). So z. B. JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 36 ff.; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 145 f.; HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419, 426 ff.; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 50; HELLMANN S. 273; OETKER ZZZ 14 (1890) 1, 30; wohl auch v. OLSHAUSEN MDR 1975, 969, 972 und RG KuT 1935, 86 sowie die u. Fn. 153 sonst noch Genannten (KOZIOL, KEPPLINGER, DAHNCKE). Weitere Nachweise bei MAROTZKE ZIP 1987, 1293, 1297 Fn. 36 (dort und in HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 17 auch Stellungnahme zu dem Bestreben, den Anwendungsbereich des § 103 InsO *deshalb* so weit zu interpretieren, weil die Vorschrift den Insolvenzverwalter auch ermächtigt, den Vertrag *seinerseits* zu erfüllen; s. erg. o. Rn. 2.80, 4.7 und u. Rn. 4.55 Fn. 153). Für *anwendbar* halten § 17 I KO bzw. § 103 I InsO selbstverständlich auch alle Vertreter der bei Rn. 4.17 ff. dargestellten neuen **Rspr. des BGH**, deren Clou ja gerade darin besteht, die Wirksamkeit der vorkonkurslichen Anspruchsabtretung an § 17 I KO / § 103 I InsO *scheitern* zu lassen.

150 Vgl. o. Rn. 4.45, 4.51 f.

nach vollständiger eigener Leistungsbewirkung¹⁵¹ nicht berechtigt wäre, die noch ausstehende Gegenleistung des Vertragspartners ganz oder wenigstens teilweise einzufordern. In der letztgenannten Fallgruppe läßt sich die Anwendbarkeit der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auch nicht mit der Überlegung begründen, daß der Insolvenzverwalter im »Interesse der Rechtssicherheit ... bei der einmal abgebenen Erklärung festgehalten« werden müsse und er »sich nicht den Folgen derselben durch den Hinweis auf frühere Zession, Pfändung etc. entziehen« dürfe¹⁵². Denn *auch der Vertragspartner* ist ja in der Lage, sich dem auf § 103 InsO gestützten Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters durch den besagten Hinweis zu entziehen.

β) Weitere Details

Die Grundzüge der eigenen Lösung sind damit (Rn. 4.45 ff.) entwickelt. Wegen **4.55** weiterer Details kann auf meine Ausführungen in ZIP 1987, 1293 ff. verwiesen werden¹⁵³, die auf denselben Prämissen beruhen, die auch in der vorliegenden Arbeit vertreten werden. Noch nicht die Rede war damals allerdings von einer Vorschrift mit dem Inhalt des § 166 II InsO; dieser ist also gedanklich zu ergänzen¹⁵⁴. Entsprechendes gilt hinsichtlich der nunmehr erwogenen¹⁵⁵ Möglichkeit, dem Insolvenzverwalter, der den Vertrag in Unkenntnis der vor Verfahrenseröffnung vorgenommenen Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung erfüllt, nach *Surrogationsgrundsätzen* zu einem Recht auf die Gegenleistung zu verhelfen.

Aufgrund des § 166 II InsO, zu dem es im bisherigen Insolvenzrecht keine Parallele gab, kann es vorkommen, daß das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters auch dann ein berechtigtes ist und deshalb die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auslöst, wenn Inhaber des gegen den Vertragspartner gerichteten Anspruchs auf Vertragserfüllung nicht der Insolvenzschuldner, sondern ein – gem. § 51 Nr. 1 InsO zur abgesonderten Befriedigung aus dem Erfüllungsanspruch berechtigter – Sicherungszessionar ist^{155 a}. Jedoch wird man den Insolvenzverwalter, **4.56**

151 Sofern diese in der letztgenannten Fallgruppe nicht zur Anwendung des Surrogationsprinzips führt; s. o. Rn. 4.37 ff. (besonders Rn. 4.44 Fn. 119).

152 So aber OETKER ZJP 14 (1890) 1, 30.

153 Das gilt vor allem hinsichtlich des Rechts des Insolvenzverwalters, den Vertrag u. U. trotz fehlender Forderungszuständigkeit *wie eine Masseverbindlichkeit zu erfüllen* (dazu MAROTZKE ZIP 1987, 1293, 1297 f.; KOZIOL ÖBA 1998, 745, 753 ff.; KEPPLINGER S. 278 ff.; DAHNCKE S. 110 ff., 124 f., 197; K/P/TINTELNOT § 103 Rn. 50 und – auf die Vorgenannten replizierend – HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 17; vgl. erg. o. Rn. 2.80, 4.7 und u. Rn. 4.137 ff.), hinsichtlich des Schicksals einer in Unkenntnis der Abtretung erbrachten Gegenleistung des Insolvenzverwalters (ZIP a. a. O. S. 1300 f.), hinsichtlich der Rechtsstellung des Zessionars und zur Behandlung des Falles, daß auch über das Vermögen des Zessionars ein Insolvenzverfahren eröffnet wird (ZIP a. a. O. S. 1301), hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 17 II KO bzw. § 103 II 2, 3 InsO im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Zedenten (ZIP a. a. O. S. 1301 ff.) sowie schließlich hinsichtlich des Rechts, die Erfüllung des Vertrages *abzulehnen* (ZIP a. a. O. S. 1303 f.).

154 Vgl. o. Rn. 4.47 ff. und Rn. 4.56.

155 Vgl. o. Rn. 4.37 ff., besonders Rn. 4.44 mit Fn. 119.

155 a Zust. KEPPLINGER S. 284 ff.; a. M. ADAM DZWIR 1999, 217, 218 f.; 2000, 89 f.

wenn er die Erfüllung des Vertrages in *Unkenntnis* der Sicherungszession verlangt hat, vor der Zumutung zu bewahren haben, nach Kenntniserlangung von der wahren Sachlage sehenden Auges die nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandene Masseverbindlichkeit erfüllen zu müssen, obwohl er die Gegenleistung, die er dann gem. § 166 II InsO einziehen kann, nach Abzug der üblichen Kostenbeiträge (§§ 170 f. InsO) an den Zessionar abführen muß¹⁵⁶. Als Ausweg bietet sich an, dem Insolvenzverwalter in dieser besonderen Situation ausnahmsweise das Recht zuzubilligen, sein in Unkenntnis des bestehenden Absonderungsrechts ausgesprochenes Erfüllungsverlangen zu widerrufen (so daß auch die nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandene Masseverbindlichkeit wieder entfielen) oder – so die restriktivere Lösungsmöglichkeit¹⁵⁷ – sein Erfüllungsverlangen wegen Irrtums anzufechten. Als Anfechtungsgrund kommt § 119 II BGB in Betracht: Die vom Insolvenzverwalter nicht erkannte Belastung des Erfüllungsanspruchs mit dem Absonderungsrecht des Zessionars läßt sich ohne weiteres als »verkehrswesentliche Eigenschaft« des Geschäftsgegenstandes (nämlich des Vertrages, dessen Erfüllung der Insolvenzverwalter zunächst verlangt hatte) begreifen¹⁵⁸.

- 4.57** Das bei Rn. 4.56 Ausgeführte gilt entsprechend, wenn das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters trotz der Abtretung deshalb zu einer Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO geführt hat, weil die Abtretung auf einen *Teil* des Erfüllungsanspruchs beschränkt war. Auch in diesem bereits bei Rn. 4.51 angesprochenen Fall muß dem Insolvenzverwalter, der von der Teilabtretung nichts wußte, zumindest die Anfechtung (§ 119 II BGB) seines Erfüllungsverlangens möglich sein. Alternativ dazu käme zwar in Betracht, wegen des Wortes »soweit« in § 55 I Nr. 2 InsO die Ansicht zu vertreten, daß zu einer Masseverbindlichkeit nur der Teil der Gegenleistungspflicht des Schuldners erhoben werde, der *dem von der Abtretung nicht erfaßten Teil* des vom Insolvenzverwalter geltend gemachten Erfüllungsanspruchs entspricht¹⁵⁹. Damit wäre das Wort »soweit« aber wohl überinterpretiert (vgl. Rn. 4.165).

156 Wenn der Insolvenzverwalter den Vertrag in *Kenntnis der Abtretung* als Masseverbindlichkeit erfüllt, wird man ihm wohl auch dann nicht zu einem *absonderungsrechtsfreien* Anspruch auf die Gegenleistung verhelfen dürfen, wenn man ansonsten mit dem »Surrogationsgedanken« sympathisiert (vgl. o. Rn. 4.37, 4.44 Fn. 119).

157 Dieser zustimmend KEPLINGER S. 286.

158 Zust. wohl K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 59; KEPLINGER S. 286; zweifelnd KOZIOL ÖBA 1998, 745, 752. Entsprechendes gilt u. U. dann, wenn der Erfüllungsanspruch der Masse mit *Aufrechnungsbefugnissen* belastet ist. Vgl. dazu u. Rn. 4.75 (aber auch Rn. 4.74). Hier wie dort ablehnend ADAM DZWIR 2000, 89 ff. mit sehr enger Auslegung des § 119 Abs. 2 BGB.

159 So anscheinend ADAM DZWIR 1999, 217, 219.

2. Forderungsvernichtende Gegenrechte des Vertragspartners

a) Die Problematik im allgemeinen

Das Recht des Insolvenzverwalters, gem. § 103 I InsO Erfüllung zu verlangen, kann nicht nur durch vor Verfahrenseröffnung vorgenommene Zessionen, Verpfändungen und Pfändungen des Erfüllungsanspruchs¹⁶⁰, sondern auch durch spezielle *Gegenrechte des Vertragspartners* beeinträchtigt werden. Soweit deren Ausübung dem Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters nachträglich die Berechtigung entzieht, sind auch Auswirkungen im Rahmen des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu erwarten. Beide Aspekte werden Rechtswissenschaft und -praxis vor allem im Zusammenhang mit der Aufrechnung, der Berufung auf sog. Lösungsklauseln und der Geltendmachung sonstiger Gestaltungsrechte nachhaltig beschäftigen. Die vorliegende Darstellung beschränkt sich auf die in letzter Zeit besonders umstrittene Aufrechnungsproblematik, im übrigen müssen einige weiterführende Hinweise¹⁶¹ genügen.

b) Die Aufrechnung im besonderen

aa) Darstellung und Lösung der Aufrechnungsproblematik

Im Zusammenhang mit der Aufrechnungsproblematik hat der BGH erstmals, wenn auch zunächst nur beiläufig und ohne die Veränderung des dogmatischen Ansatzes als solche auszuweisen und zu rechtfertigen¹⁶², seine bereits bei Rn. 3.42 ff., 4.17 ff. kritisierte neue Interpretation des § 17 KO bzw. § 103 InsO zum Einsatz gebracht. Seinem Urteil vom 11. 2. 1988¹⁶³ lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die spätere Gemeinschuldnerin (es handelte sich um eine GmbH, die eine Gießerei betrieb) hatte mit einem Kunden einen Vertrag geschlossen, der sie zur Herstellung und Lieferung von sechs Walzen zu einem bestimmten Festpreis verpflichtete. Der Vertrag war bei Konkurseröffnung beiderseits noch unerfüllt. Der Konkursverwalter erklärte dem Kunden, daß er die sechs Walzen nur ausliefern werde, wenn der Kunde gegen Einräumung eines 5%igen Preisnachlasses auf etwaige Gewährleistungsansprüche verzichte. Der Kunde ließ sich auf diese Vertragsänderung ein, erhielt daraufhin die sechs Walzen und zahlte den um 5% reduzierten Preis bis auf einen Teilbetrag von 53.300 DM. In Höhe dieses Teilbetrages rechnete er mit einem Schadensersatzanspruch auf, der ihm etwa zwei Monate vor Konkurseröffnung

¹⁶⁰ Dazu o. Rn. 4.16 ff.

¹⁶¹ Vgl. hinsichtlich der sog. »Lösungsklauseln« SCHWÖRER, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, 2000; HK-InsO/MAROTZKE² § 119 Rn. 2 ff.; u. Rn. 4.114 (Fn. 296) und zu den sonstigen Gestaltungsrechten und den Folgen ihrer Geltendmachung HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 19, § 107 Rn. 29 ff., § 112 Rn. 3 ff., § 119 Rn. 2 ff. (u. a. zur VOB) sowie u. Rn. 4.113, 4.115, 4.125 ff., 5.102, 7.56 ff. (mit Fn. 136), 7.66, 14.45, 14.50, 14.78, 14.108.

¹⁶² Vgl. BGHZ 103, 250, 252 (Schlußsatz des Abschnitts I), 254 (zweiter Satz des Abschnitts II 3).

¹⁶³ BGHZ 103, 250 ff. = LM § 17 KO Nr. 22 = EWiR § 17 KO 2/1988, 285 f. (MAROTZKE).

nung gegen den Gemeinschuldner erwachsen war. Der Konkursverwalter hielt die Aufrechnung für unwirksam und erhob Zahlungsklage. Zur Begründung berief er sich auf § 55 Satz 1 Nr. 1 KO. Nach dieser sinngemäß auch in § 96 I Nr. 1 InsO enthaltenen Bestimmung kann sich jemand, der *nach* Eröffnung des Verfahrens etwas *zur Masse* schuldig geworden ist, von dieser Schuld nicht dadurch befreien, daß er mit einer ihm *gegen den Gemeinschuldner* zustehenden (Insolvenz-)Forderung aufrechnet. Für die Entscheidung des Rechtsstreits kam es also darauf an, ob der Beklagte den vom Konkursverwalter eingeforderten Werklohn schon vor oder erst nach Verfahrenseröffnung »zur Masse schuldig geworden« war. Im ersten Fall wäre die Aufrechnung zulässig gewesen und der Beklagte deshalb von seiner Zahlungspflicht frei geworden, im zweiten hingegen nicht.

4.61 Der BGH entschied sich für die zweite Alternative. Zur Begründung führte er aus, daß der zwischen dem Gemeinschuldner und dem Beklagten (dem Kunden) geschlossene Vertrag über die sechs Walzen bei Verfahrenseröffnung noch beiderseits unerfüllt gewesen sei. Es sei deshalb § 17 KO (§ 103 InsO) anzuwenden mit der Folge, daß die beiderseitigen Erfüllungsansprüche bei Verfahrenseröffnung weggefallen seien. Die ursprünglichen Erfüllungsansprüche seien auch dadurch nicht wieder aufgelebt, daß der Konkursverwalter nach § 17 KO die Erfüllung des Vertrages verlangt habe. Denn der Konkursverwalter habe bei Ausübung seines Wahlrechts erklärt, daß er dem Beklagten die sechs Walzen nur liefern werde, wenn dieser gegen Einräumung eines 5%igen Preisnachlasses auf etwaige Gewährleistungsansprüche verzichte. Erfüllungsverlangen unter solchen Vorbehalten seien als Erfüllungsablehnungen zu behandeln mit der Konsequenz, daß die – nach der neuen Theorie des BGH bereits bei Konkurseröffnung erloschenen – beiderseitigen Erfüllungsansprüche nun für immer erloschen blieben. Als sich der Beklagte (Kunde) mit den vom Kläger (Konkursverwalter) verlangten neuen Vertragsbedingungen einverstanden erklärt habe, seien also nicht die *alten* Erfüllungsansprüche wieder aufgelebt, sondern aufgrund eines *neuen* Vertrages inhaltsgleiche *neue* Erfüllungsansprüche begründet worden. Hieraus ergebe sich, daß der Beklagte den Werklohn erst *nach* Konkurseröffnung zur Masse schuldig geworden sei und sein Versuch, sich von der Werklohnschuld durch Aufrechnung mit einem ihm gegen den Gemeinschuldner zustehenden vorkonkurslichen Schadensersatzanspruch zu befreien, an § 55 Satz 1 Nr. 1 KO (§ 96 I Nr. 1 InsO) scheitern mußte.

4.62 Gegen diese Argumentation ist eine ganze Reihe von Einwänden zu erheben¹⁶⁴. Einzuwenden ist,

– daß die Eröffnung des Konkursverfahrens (Insolvenzverfahrens) nach geltendem Recht *nicht* zum automatischen Erlöschen der Erfüllungsansprüche führt¹⁶⁵,

¹⁶⁴ Vgl. MAROTZKE EWiR § 17 KO 2/1988, 285 f.; zust. KEPPLINGER S. 294.

¹⁶⁵ Vgl. o. Rn. 3.44 ff.

– daß solch eine Gestaltungswirkung nach geltendem Recht *nicht einmal einer ausdrücklich erklärten Erfüllungsablehnung des Verwalters* zukäme¹⁶⁶, und schließlich, **4.63**

– daß in dem vom BGH entschiedenen Fall der Beklagte den Werklohn auch deshalb nicht erst *nach* Verfahrenseröffnung »zur Masse schuldig geworden« sein kann, weil der seine Zahlungspflicht begründende Vertrag schon *vor* Konkursöffnung zustandegekommen war und die dem Beklagten obliegende Verpflichtung zur Bezahlung der sechs Walzen während des Verfahrens nicht *neu begründet*, sondern nur um die gegen Gewährleistungsverzicht nachgelassenen 5% *ermäßigt* wurde¹⁶⁷. Da man im Zweifel davon ausgehen kann, daß der Gewährleistungsverzicht die 5% Preisnachlaß nach den insoweit maßgeblichen Vorstellungen der Beteiligten auch wert war, wäre es lebensfremd zu sagen, daß der vor Konkursöffnung geschlossene Vertrag *insgesamt* hinfällig geworden sei. Hinfällig wurden vielmehr nur die beiderseits nachgelassenen 5% des Leistungsumfangs. Nicht richtig ist deshalb die These des BGH, daß die Erklärung des Konkursverwalters, den Vertrag nur nach solch einer Reduzierung des Leistungsumfangs erfüllen zu wollen, auch dann als eine gegen den *gesamten* Vertrag gerichtete Erfüllungsablehnung anzusehen sei, wenn der Vertragspartner der gewünschten 5%igen Reduzierung des ursprünglichen Leistungsprogramms zustimme. **4.64**

In späteren Urteilen hat der BGH denn auch gar nicht mehr versucht, zumindest hilfsweise noch eine gegen den bisherigen Vertrag gerichtete Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters und den *einvernehmlichen Abschluß* eines neuen Vertrages zu konstruieren. Schon der *einseitigen* Erklärung des Verwalters, daß er die Erfüllung des Vertrages verlange, soll nunmehr novierende Kraft zukommen. Typisch für die neue Sichtweise sind die folgenden Ausführungen in dem Urteil des BGH vom 21. 11. 1991¹⁶⁸: **4.65**

»Durch die Konkursöffnung wird das Rechtsverhältnis . . . umgestaltet. . . Der Erfüllungsanspruch ist erloschen . . . Allein die Willenserklärung des Konkursverwalters, den Vertrag zu erfüllen oder – was dem gleichsteht – Erfüllung zu verlangen, läßt den untergegangenen Anspruch gegen den Vertragspartner wieder erstehen . . . Diese Erklärung hat daher nicht nur rechtsgestaltende Wirkung (. . .), sie begründet den Anspruch aus dem Schuldverhältnis – mit dem bisherigen Inhalt – neu. . . Die anspruchsbegründende Wirkung der Erklärung nach § 17 KO hat demnach zur Folge, daß der Anspruch des Konkursverwalters gegen den Vertragsgegner erst nach Eröffnung des Verfahrens entstanden« und – so ist der Gedan- **4.66**

166 Vgl. o. Rn. 3.5 ff. (besonders 3.37 ff., 3.48 ff.) und u. Rn. 5.31 ff., 8.1 ff., 9.6 ff. m. w. N. auch zur abweichenden Rspr.

167 Vgl. MAROTZKE EWiR § 17 KO 2/1988, 285 f.; BAUR/STÜRNER, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Bd. II (Insolvenzrecht), 12. Aufl. 1990, Rn. 16.16 Fn. 36.

168 BGHZ 116, 156, 158 f. (dazu MAROTZKE EWiR § 55 KO 1/1992, 71 f.) = LM § 17 KO Nr. 29 mit Anm. STÜRNER = JR 1992, 422 mit Anm. HÄSEMAYER = JZ 1992, 424 mit Anm. UHLENBRUCK; ähnlich BGHZ 129, 336, 338 = LM KO § 17 Nr. 31 mit Anm. MAROTZKE = JZ 1996, 49 mit Anm. BORK.

kengang des BGH im Hinblick auf § 55 Satz 1 Nr. 1 KO bzw. § 96 I Nr. 1 InsO zu ergänzen¹⁶⁹ – der Vertragspartner die Erfüllung dieses Anspruchs erst *nach* Verfahrenseröffnung »zur Masse schuldig geworden« ist.

4.67 Dementsprechend lautet der dem Urteil des BGH vorausgeschickte Leitsatz¹⁷⁰:

»Gegen eine Forderung aufgrund eines Erfüllungsverlangens des Konkursverwalters nach § 17 KO kann nicht mit einem vor Eröffnung des Konkursverfahrens und außerhalb des Vertragsverhältnisses begründeten Anspruchs aufgerechnet werden.«

4.68 Einige Jahre später erging dann das – im Hinblick auf die mitbetroffene Zessionsproblematik bereits bei Rn. 4.32 ff. angesprochene – Urteil des BGH vom 4. 5. 1995, das dem bei Rn. 4.67 wiedergegebenen Leitsatz ebenfalls in Leitsatzform die folgende »einschränkende Klarstellung«¹⁷¹ hinzufügte:

»Hat der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung die ihm aufgrund eines gegenseitigen Vertrages obliegende Leistung teilweise erbracht, so wird der dieser Teilleistung entsprechende Anspruch auf die Gegenleistung durch die Verfahrenseröffnung nicht berührt; der Vertragsgegner kann gegen diesen Anspruch mit vorkonkurslichen Forderungen aufrechnen (Einschränkung von BGHZ 116, 156).«

4.69 Diese neuere Entscheidung des BGH ist zu begrüßen, soweit sie den in BGHZ 116, 156 gebildeten Leitsatz für unanwendbar erklärt. Jedoch geht sie nicht weit genug. Denn richtigerweise hätte der in BGHZ 116, 156 gebildete Leitsatz nicht nur für bestimmte Fallkonstellationen (und dazu noch belastet mit den Unwägbarkeiten des Erfordernisses einer *teilbaren* Leistung¹⁷²), sondern *insgesamt* aufgegeben werden müssen¹⁷³:

4.70 Die These, der Vertragspartner sei die Leistung, die er dem Schuldner schon vor Verfahrenseröffnung rechtsgültig versprochen hatte, erst *nach* Verfahrenseröffnung zur Masse schuldig geworden und deshalb durch § 55 Satz 1 Nr. 1 KO (§ 96 I Nr. 1 InsO) gehindert, sich von dieser Schuld durch Aufrechnung mit einer Insolvenzforderung zu befreien, ist vom BGH im wesentlichen aus seiner o. kritisierten Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie hergeleitet worden. Da diese Theorie

169 Vgl. sogleich Rn. 4.67.

170 BGHZ 116, 156.

171 BGHZ 129, 336, 338. Nochmals bekräftigt wird die in diesem Urteil vertretene Linie in BGH NJW 2001, 367 ff. = ZIP 2000, 2207 ff. m. Anm. SCHMITZ. Einen Aufrechnungsfall betrifft auch das a. E. der Rn. 4.82 erwähnte BGH-Urteil vom 15. 2. 2001.

172 Das bei Rn. 4.34 Ausgeführte gilt hier entsprechend.

173 MAROTZKE EWiR § 55 KO 1/1992, 71 f.; ders. LM § 17 KO Nr. 31 (Anmerkung zu BGHZ 129, 336); BORK, Festschr. f. Zeuner, 1994, S. 297 ff., 310 ff.; ders. JZ 1996, 51 ff.; HÄSEMEYER JR 1992, 423 ff.; GOTTWALD in Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 45 Rn. 46 S. 657 f.; KEPPLINGER S. 294 f. A. M. und dem BGH im Ergebnis zustimmend jedoch ADAM DZWIR 1999, 217, 218; ders. DZWIR 2000, 89 ff., 94; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 83 ff., 88. Vgl. auch die o. Fn. 171 erwähnten *neueren* Urteile des BGH.

als nicht gesetzeskonform verworfen werden mußte¹⁷⁴, kann sie einen eventuellen Aufrechnungsausschluß nicht rechtfertigen. An die Stelle dieser eher formalistisch wirkenden Theorie, die abzulehnen war, hat deshalb die Abwägung von Sachargumenten zu treten.

Z. B. könnte man fragen¹⁷⁵, ob der den Weg zu § 103 InsO überhaupt erst eröffnende Umstand, daß auch der jetzt im Insolvenzverfahren befindliche Schuldner den Vertrag noch nicht vollständig erfüllt hat, es rechtfertigen kann, der *anderen* Vertragspartei eine Aufrechnungsbefugnis abzuschneiden, die ihr bereits *vor* Verfahrenseröffnung zustand (und deren Bestehen vielleicht sogar *conditio sine qua non* für das Zustandekommen des Vertrages war). Daß diese Frage nicht mit »Ja« beantwortet werden kann, scheint mir evident zu sein. **4.71**

Hören läßt sich immerhin das in anderem Zusammenhang schon bei Rn. 4.37 erörterte Argument des BGH, daß es dem Zweck des Insolvenzverwalterwahlrechts, dem Vorteil der Gesamtheit der Gläubiger zu dienen, zuwiderlaufen würde, wenn der Insolvenzverwalter »im Fall eines nicht erfüllten gegenseitigen Vertrages seine Leistung aus Mitteln der Masse erbrächte, der Anspruch auf die Gegenleistung aber infolge . . . einer Aufrechnung mit vorkonkurslichen Forderungen der Masse nicht zugute käme«. Auch dieses Argument rechtfertigt es jedoch nicht, dem Vertragspartner die Aufrechnungsbefugnis einfach zu entziehen. Statt den Vertragspartner mit sachlich nicht begründbaren¹⁷⁶ »Sonderopfern« zu belasten¹⁷⁷, sollte man lieber dem Insolvenzverwalter raten, die Erfüllung des Vertrages nur zu betreiben, wenn dies für die Masse selbst dann von Vorteil ist, wenn der Vertragspartner sich von dem Erfüllungsanspruch der Masse ganz oder zum Teil durch Aufrechnung befreien kann. **4.72**

Natürlich muß dafür gesorgt werden, daß der Insolvenzverwalter nicht in allen Fällen, in denen seinem Erfüllungsverlangen eine Aufrechnung entgegengesetzt wird, an die gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandene Masseverbindlichkeit gebunden bleibt. Um dieser Bindung zu entgehen, kommen mehrere Wege in Betracht¹⁷⁸. **4.73**

Läßt man die vom Vertragspartner erklärte Aufrechnung abweichend von den bei Rn. 4.61 ff., 4.65 ff. erwähnten Stellungnahmen des BGH nicht an § 55 Satz 1 Nr. 1 KO bzw. § 96 I Nr. 1 InsO scheitern, so bewirkt sie gem. § 389 BGB, daß die Forderungen, soweit sie sich deckten, »als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind«. Die- **4.74**

174 Vgl. Rn. 3.42 ff., 3.58.

175 Vgl. schon MAROTZKE EWiR § 55 KO 1/1992, 72 f. ad 3.

176 Vgl. soeben Rn. 4.71.

177 Hiergegen auch BORK, Festschr. f. Zeuner, 1994, S. 297, 310 ff.

178 Vgl. schon meine Urteilsanmerkung in LM § 17 KO Nr. 31. Nicht erkannt werden die nunmehr darzustellenden Mittel, die nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandene Masseverbindlichkeit abzuschütteln, von ADAM S. 79 ff. (vgl. auch dens. in NJW 1995, 3103 f.), der die Lösung deshalb in einem – begrenzten – Ausschluß der Aufrechnung sieht.

ser Zeitpunkt liegt i. d. R. vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens¹⁷⁹. Gilt deshalb der Erfüllungsanspruch der jetzt im Insolvenzverfahren befindlichen Vertragspartei *insgesamt* als vor Verfahrenseröffnung erloschen (was voraussetzt, daß die zur Aufrechnung verwendete Gegenforderung des Vertragspartners mindestens genauso groß war wie die Forderung der Masse¹⁸⁰), so ist das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters im Nachhinein als ein *unbegründetes* zu qualifizieren mit der Konsequenz¹⁸¹, daß auch die nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandene Masseverbindlichkeit rückwirkend entfällt¹⁸², genauer: daß sie in den Rang einer normalen Insolvenzforderung (§ 38 InsO) zurückfällt. Sollte der Insolvenzverwalter die Masseverbindlichkeit, die infolge der Aufrechnungserklärung des Vertragspartners rückwirkend beseitigt wurde, zuvor bereits ganz oder teilweise erfüllt haben, so kann er das Geleistete nach Bereicherungsrecht zurückverlangen¹⁸³. Dieser Anspruch umfaßt, übrigens ganz im Sinne der völlig anders »konstruierenden« Entscheidung des BGH vom 4. 5. 1995¹⁸⁴, auch solche Leistungen, die zu Lasten der Insolvenzmasse während des Zeitraums zwischen Verfahrenseröffnung und Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters erbracht wurden.

- 4.75** Nur wenig schwieriger ist die rechtliche Beurteilung, wenn die zur Aufrechnung benutzte Gegenforderung des Vertragspartners auf einen geringeren Betrag lautete als der vom Insolvenzverwalter gem. § 103 I InsO geltend gemachte Erfüllungsanspruch der Masse. Da die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auch eintritt, wenn das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters bloß *teilweise* begründet war¹⁸⁵, kann der Insolvenzverwalter die infolge seines Erfüllungsverlangens entstandene Masseverbindlichkeit nur beseitigen, wenn ihm ein spezielles Gestaltungsrecht zur Seite steht. M. E. sollte man dem Insolvenzverwalter in dieser besonderen Situation¹⁸⁶ ausnahmsweise das Recht zum *Widerruf* seines Erfüllungsverlangens zugestehen¹⁸⁷ oder, wenn man das als zu weitgehend verwirft¹⁸⁸, ihm wenigstens die – durch § 122 BGB abgefederte – Anfechtung wegen Irrtums ge-

179 Denn unter den Voraussetzungen des § 387 BGB (»sobald er die ihm obliegende Leistung bewirken kann«) darf der Vertragspartner auch dann aufrechnen, wenn die Gegenforderung des Schuldners noch nicht fällig oder – typisch für die Situation des § 103 InsO! – noch mit der Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB behaftet ist. Dies ergibt ein Gegenschluß aus § 390 Satz 1 BGB.

180 Andernfalls gilt das bei Rn. 4.75 Ausgeführte.

181 Denn § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO setzt ein *berechtigtes* Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters voraus. Vgl. o. Rn. 4.36, 4.52, 4.56 f.

182 So schon MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 92 Fn. 47; ders. LM § 17 KO Nr. 31 (Urteilsanmerkung).

183 Vgl. zu der entsprechenden Rechtslage in den Zessionsfällen o. Rn. 4.52 i. V. m. Rn. 4.43 Fn. 117.

184 BGHZ 129, 336, 344 f. in Abschnitt II 3.

185 Vgl. o. Rn. 4.51 f., 4.57.

186 Vgl. zu vergleichbaren Situationen auch o. Rn. 4.56 f. und u. Rn. 4.135 f., 4.169.

187 Vgl. ergänzend Rn. 4.176 ff.

188 So z. B. KEPPLINGER S. 295. Nicht strenger, sondern sogar noch großzügiger verfährt hingegen HÄSEMAYER JR 1992, 423 ff., indem er – m. E. zu Unrecht (so auch ADAM S. 79 ff.; HENCKEL, Festschr. f. Lüke, 1997, S. 237, 256) – aus der Konkurszweckwidrigkeit des Erfüllungsverlangens auf dessen *automatische* Unwirksamkeit schließt.

statten¹⁸⁹. Als Anfechtungsgrund kommt § 119 II BGB in Betracht: Die vom Insolvenzverwalter nicht erkannte Möglichkeit des Vertragspartners, den Erfüllungsanspruch der Masse durch Aufrechnung zu reduzieren, läßt sich ohne Zwang als »verkehrs wesentliche Eigenschaft« des Geschäftsgegenstandes (nämlich des Vertrages, dessen Erfüllung der Insolvenzverwalter mit der Folge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO verlangt hat) begreifen.

Einen entsprechenden Schutz bedarf dann aber auch der Vertragspartner. Denn dieser hat seine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung ja nur deshalb »geopfert«, weil er davon ausging, daß er die Forderung der Masse, gegen die sich seine Aufrechnung richtete, sonst durch reales Bewirken der geschuldeten Leistung hätte erfüllen müssen. Diese Annahme wird jedoch hinfällig, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages nun nicht mehr verlangt, sondern sie mit der Folge des § 103 II 3 InsO¹⁹⁰ ablehnt. Dem »ius variandi«, das dem Insolvenzverwalter in den Aufrechnungsfällen soeben zugestanden wurde (mag es nun »automatisches Unwirksamwerden« des Erfüllungsverlangens, »Widerruf« oder »Anfechtung« heißen¹⁹¹), ist dann ein ebenso exceptionelles ius variandi des Vertragspartners gegenüberzustellen: Sobald der Insolvenzverwalter zulässigerweise (Rn. 4.73 ff.) vom Erfüllungsverlangen zur Erfüllungsablehnung übergeht, darf auch der Vertragspartner entsprechend reagieren, d. h. seine durch das ursprüngliche Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters provozierte Aufrechnungserklärung widerrufen und die dadurch wiederauflebende Forderung als Insolvenzforderung anmelden. **4.76**

bb) Abschließende Würdigung der »Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie« des BGH

Die vorangegangenen Ausführungen haben ergeben, daß die zu § 17 KO (§ 103 InsO) entwickelte Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie des BGH¹⁹² auch im Zusammenhang mit der Aufrechnungsproblematik zu zwar massfreundlichen, aber letztlich dennoch falschen Weichenstellungen geführt hat. Es ist deshalb nur schwer zu verstehen, daß diese Theorie vom BGH nicht komplett aufgegeben, sondern zunächst einmal nur mit der bei Rn. 4.32 ff., 4.68 erwähnten Einschränkung versehen worden ist. Offenbar muß es einen weiteren, bisher ungenannten Grund geben, der es aus richterlicher Sicht erstrebenswert erscheinen läßt, an dieser Theorie zumindest im Prinzip festzuhalten. Ist Motor der neuen Interpretation des § 17 KO bzw. § 103 InsO vielleicht das Streben nach einer durch nicht allzu strenge Gesetzesbindung behinderten »Beweglichkeit« bei der Einzelfallbeurteilung? **4.77**

189 So MAROTZKE LM § 17 KO Nr. 31 Bl. 5.; zust. KEPPLINGER S. 295; vgl. auch K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 59, 86 (dessen Ausführungen jedoch nur hilfswiese gemeint sind [s. o. Rn. 4.69 Fn. 173]); a. M. ADAM DZWIR 1999, 217, 218; 2000, 89 ff. mit sehr enger Auslegung des § 119 II BGB.

190 Vgl. o. Rn. 3.37.

191 Vgl. Rn. 4.73 ff.

192 Vgl. Rn. 3.42 ff., 4.21 ff., 4.59 ff.

lung? Der Gedanke mag überraschen, liegt aber keineswegs fern. Ein nochmaliger Blick auf den bei Rn. 4.60 ff. geschilderten »Walzen-Fall« mag das verdeutlichen:

- 4.78** Bereits in seiner früheren Eigenschaft als Sequester¹⁹³ hatte der Konkursverwalter versucht, den Vertragspartner des Gemeinschuldners zu einem Gewährleistungsverzicht sowie zum Verzicht auf etwaige Aufrechnungsbefugnisse und Rückbehaltungsrechte zu bewegen¹⁹⁴. Erfolg hatte er mit diesem Ansinnen aber nur hinsichtlich des Gewährleistungsverzichts. Über den zunächst ebenfalls erstrebten Aufrechnungsverzicht und wohl auch über einen Rückbehaltungsverzicht war während der entscheidenden Phase anscheinend nicht mehr gesprochen worden. Gleichwohl fand der BGH durch seine neue, den Weg zu dem Aufrechnungshindernis des § 55 Satz 1 Nr. 1 KO eröffnende Auslegung des § 17 KO einen Weg, den Konkursverwalter so zu stellen, *als ob* er auch den zunächst erstrebten Aufrechnungsverzicht tatsächlich durchgesetzt hätte. Die neue Auslegung des § 17 KO entpuppt sich so als ein Instrument, unzulängliche Verhandlungsergebnisse des Konkursverwalters im Interesse der Gläubigerschaft (aber zu Lasten des Vertragspartners!) kraft Richterspruchs nachzubessern¹⁹⁵.
- 4.79** Eine ähnliche Funktion übernahm die neue Auslegung des § 17 KO in dem bei Rn. 4.18 ff. erörterten »Möbel-Fall«. Das Berufungsgericht hatte die Frage, ob die vom Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung vorgenommene Abtretung seiner Kaufpreisforderungen sittenwidrig und deshalb nach § 138 BGB nichtig sei, verneint. Der BGH ließ es sich nicht nehmen, in seinem Urteil darauf hinzuweisen¹⁹⁶, daß das Berufungsgericht diese Ansicht »nicht näher erläutert« und die Revision sie (leider?) »hingenommen« habe. Über seine neue Auslegung des § 17 KO fand der BGH dann aber trotzdem einen Weg, den Fall im Ergebnis ebenso zu lösen, wie wenn die Forderungsabtretungen von vornherein unwirksam gewesen wären¹⁹⁷.
- 4.80** Die vom BGH vertretene neue Auslegung des § 17 KO eignet sich also ganz hervorragend, bewußt oder unbewußt als Instrument der Fehlerkompensation verwendet zu werden. Über § 17 KO »kompensiert« wurden im Walzen-Fall der Fehler des Konkursverwalters, der es versäumt hatte (oder dem es nicht gelungen war), gegenüber dem Vertragspartner des Gemeinschuldners neben dem Gewährleistungsverzicht auch einen Aufrechnungsverzicht durchzusetzen (Rn. 4.78), und des weiteren der wirkliche oder vermeintliche Fehler des Berufungsgerichts, das

193 Allgemein zur Sequestration KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 106 Rn. 6 ff. Das *neue* Insolvenzrecht hat die Stellung des bisherigen Sequesters unter der Überschrift »Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters« in § 22 InsO geregelt und aufgewertet (vgl. auch u. Rn. 14.44, 14.82).

194 Vgl. hierzu und zum folgenden die Sachverhaltsdarstellung in BGHZ 103, 250, 251.

195 Das ist natürlich nicht zu loben (vgl. aber UHLENBRUCK JZ 1992, 426; BRANDES, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 90 ff.; dens., RWS-Forum 9, 1997, S. 1, 5), sondern zu kritisieren.

196 Vgl. BGHZ 106, 236, 238 ad 1.

197 Dazu schon MAROTZKE ZfG 1989, 138, 149 Fn. 38.

hier auch nicht durch die Annahme eines »stillschweigenden« Aufrechnungsverzichts half¹⁹⁸.

Im »Möbel-Fall«, in dem die Konkursfestigkeit einer vorkonkurslichen Zession zur Debatte stand, kompensierte die neue Handhabung des § 17 KO im Ergebnis den wirklichen oder vermeintlichen Mißgriff des Berufungsgerichts, das die zugunsten der Sparkasse erfolgte Kaufpreisabtretung nicht schon an § 138 BGB scheitern ließ¹⁹⁹, des weiteren den wirklichen oder vermeintlichen Fehler des Konkursverwalters, dessen Revisionsbegründung diesen Lösungsansatz des Berufungsgerichts unwidersprochen hingenommen hatte²⁰⁰, und vielleicht sogar die wirkliche oder vermeintliche Unmöglichkeit, Fälle wie den vorliegenden *überhaupt* mit § 138 BGB »in den Griff« zu bekommen. **4.81**

Zugespitzt kann man also sagen, daß § 17 KO bzw. § 103 InsO infolge der neuen Interpretation durch den BGH zu einer Art Zauberformel²⁰¹ geworden ist, mit der sich selbst die verfahrensten Situationen zum vermeintlich Besseren wenden und Insolvenzmassen in bisher nicht gekanntem Ausmaß auf Kosten Dritter anreichern lassen. Die Methode ist ebenso einfach wie wirkungsvoll: Schon früher wurden beiderseits noch nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge des Gemeinschuldners gern etwas nebulös als »unfertige« oder »schwebende« Verträge bezeichnet²⁰², wobei man teils an so etwas ähnliches wie eine »schwebende Unwirksamkeit«, teils aber auch an so etwas ähnliches wie eine »schwebende Wirksamkeit« dachte. Der BGH beschreibt den »Schwebezustand« nun dahingehend, daß die Erfüllungsansprüche, die den beiden Vertragsparteien vor Konkurseröffnung erwachsen sind, infolge der Verfahrenseröffnung zunächst erlöschen, daß jedoch das in § 17 KO bzw. § 103 InsO verbrieftete Recht des Insolvenzverwalters, die Erfüllung des Vertrages zu *verlangen*, zugleich das Recht beinhalte, die erloschenen Erfüllungsansprüche neu zu begründen (vgl. Rn. 3.43, 4.23 ff., 5.9 Fn. 28). *In welchem Zustand* die Erfüllungsansprüche dann neu entstehen, insbesondere ob die neubegründeten Erfüllungsansprüche mit den infolge der Verfahrenseröffnung erloschenen alten Ansprüchen identisch sind oder ob sie diesen rechtlich zumindest gleichstehen, ist im Gesetz natürlich ebensowenig geregelt wie das unterstellte automatische Erlöschen der *ursprünglichen* Erfüllungsansprüche. Wir stehen hier vor einer hausgemachten Gesetzeslücke, deren Ausmaße es nahelegen, das nebulöse alte Bild von den »schwebenden« Verträgen nun auch auf das ein- **4.82**

198 Kommentar des BGH (ZIP 1988, 322, 324; insoweit nicht mit abgedruckt in BGHZ 103, 250 ff.): »Die Auslegung des Trichters ist rechtlich möglich und für das Revisionsgericht deshalb bindend (...).«

199 Vgl. Rn. 4.79.

200 Was für den BGH aber keine unübersteigbare Hürde bedeuten mußte, vgl. § 559 II 1 ZPO.

201 Von einem »Trick« spricht BORK JZ 1996, 51, und als »eigenwillige Auslegung« wird die Theorie des BGH bezeichnet von HENCKEL, Festschr. f. Lüke, 1997, S. 237, 252. Vgl. auch HÄSEMAYER JR 1992, 423; STÜRNER LM § 17 KO Nr. 29 Bl. 4; ADAM DZWIR 1999, 217, 218; KEPPLINGER S. 274.

202 Vgl. u. Rn. 5.6, 5.8 f., 13.40 ff.; TISCHBEIN S. 71 (Fn. 6), 73; ADEN S. 53; kritisch PLETZSCH S. 37 ff.

schlägige Recht zu übertragen: Auch das für die schwebenden Verträge geltende *Recht* ist plötzlich in eine »Schwebelage« versetzt worden, die dem zu seiner Anwendung berufenen höchsten Gericht eine Flexibilität²⁰³ ermöglicht, wie man sie sonst nur im Zusammenhang mit § 242 BGB kennt. Es wäre gut, wenn dieser unsichere Zustand bald beendet würde. (Unberücksichtigt blieb bei den vorstehenden Ausführungen das **BGH-Urteil vom 15. 2. 2001 [IX ZR 191/98]**, da dessen Begründung noch nicht schriftlich vorliegt.)

3. Vorleistungspflichtiger oder -williger Vertragspartner

- 4.83** Von Sinn und Zweck der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, dem Insolvenzverwalter die Einziehung gegenleistungsbedingter Ansprüche des Schuldners zu ermöglichen oder wenigstens zu erleichtern²⁰⁴, wäre es nicht gedeckt, wenn man die genannten Vorschriften auch auf solche Verträge anwendete, bei denen der Insolvenzverwalter vom Vertragspartner selbst dann nichts verlangen könnte, wenn die Gegenleistung bereits vollständig zu Lasten der Insolvenzmasse erbracht worden wäre. Das wurde bereits bei Rn. 4.10 ff., 4.58 ff. ausführlich dargelegt.
- 4.84** Aus umgekehrtem Blickwinkel könnte man nun fragen, ob eine Anwendung der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nicht auch dann ausgeschlossen sein muß, wenn die Forderung gegen den Vertragspartner zwar voll dem Einziehungsrecht des Insolvenzverwalters, nicht aber auch einer Zug-um-Zug-Einrede des Vertragspartners unterliegt, etwa weil dieser im konkreten Fall vorleistungspflichtig ist und – was vorkommen kann²⁰⁵ – nicht einmal den Schutz des § 321 BGB genießt. Hier liegt der Gedanke nicht fern, daß es an der Abhängigkeit der dem Einziehungsrecht des Insolvenzverwalters unterliegenden Forderung von einer erst noch zu erbringenden Gegenleistung fehle und die §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO deshalb nach ihrem Sinn und Zweck nicht anwendbar seien.
- 4.85** Die h. M. hat sich diese Schlußfolgerung bisher nicht zu eigen gemacht²⁰⁶ und ist gut beraten, wenn sie auch künftig auf ihrem – meist nicht näher begründeten²⁰⁷ – Standpunkt beharrt, daß eine Vorleistungspflicht des Vertragspartners die Anwendung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nicht ausschließt. Denn die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO haben nicht nur dann Bedeutung, wenn dem Vertragspartner die

203 Zu flexibel erscheinen mir auch die o. Rn. 3.58 Fn. 179 wiedergegebenen Formulierungen von KREFT.

204 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

205 Vgl. o. Rn. 2.22 Fn. 37, Rn. 2.24 f. Fn. 43 f. und sogleich im Text.

206 Vgl. SEUFFERT S. 189 Fn. 2; JAEGER KO¹ § 17 Anm. 8; JAEGER/HENCKEL KO³ § 17 Rn. 6; HENCKEL ZZZP 99 (1986) 419, 424; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 23 d; OLG Hamburg OLGE 19, 206 (wörtlich o. Rn. 2.22 Fn. 37); FITTING^{1/2} S. 39 Fn. 8; a. M. möglicherweise PLETZSCH S. 108, 111.

207 Eine Begründung geben nur das OLG Hamburg, FITTING und HENCKEL (jeweils a. a. O.). Vgl. hinsichtlich der beiden Erstgenannten o. Rn. 2.9 Fn. 11. Nach HENCKEL (ZZP a. a. O.) »ist es das auch bei einer Vorleistungspflicht bestehende Synallagma, wie es den §§ 320–327 BGB zugrunde liegt, das in §§ 17, 59 I Nr. 2 KO seine konkursrechtliche Konsequenz findet«.

Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB zusteht²⁰⁸, sondern sie bewahren die Insolvenzmasse u. U. auch vor synallagmatischen Gegenrechten eines an sich *vorleistungspflichtigen* Vertragspartners. Man denke z. B. an den Fall, daß dieser wegen verschlechterter Vermögensverhältnisse des Schuldners schon vor Verfahrenseröffnung die Einrede des § 321 BGB erworben hatte. Hier schützt § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO das Interesse des Insolvenzverwalters, die Vorleistung des Vertragspartners auch ohne gleichzeitiges Anbieten der Gegenleistung oder einer sie deckenden Sicherheit einfordern zu können, in der Weise, daß er dem Vertragspartner die Einrede des § 321 BGB entzieht, wenn und sobald die in § 321 BGB vorausgesetzte Gefährdung des Gegenanspruchs durch dessen Umwandlung in eine *Masseverbindlichkeit* behoben ist²⁰⁹. (Hinzu kommen nach *neuem* Insolvenzrecht u. U. sogar eine persönliche Haftung des Verwalters analog § 61 InsO²¹⁰ sowie in bezug auf Miet-, Pacht- und wohl auch Kaufverträge²¹¹ die »Kündigungssperre« des § 112 Nr. 2 InsO²¹².)

Außerdem ist daran zu erinnern²¹³, daß die an das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters geknüpfte Aufwertung der Gegenforderung zu einer *Masseverbindlichkeit* (§ 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO / § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) einer der tragenden Gründe dafür war, daß die Verfasser der KO den Gedanken verwarfen, dem vorleistungspflichtigen Vertragspartner die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in der Variante eines *rein konkursbedingten* Rechts, die geschuldete (Vor-)Leistung bis zur Erbringung einer die Gegenleistung deckenden Sicherheit zu verweigern oder gar (wiederum allein wegen des Konkurses) vom Vertrag zurückzutreten, von Gesetzes wegen zu gewähren. Dieser trotz § 321 des (erst nach der KO geschaffenen) BGB bis heute wirksam gebliebene²¹⁴ Zusammenhang verlangt die Anwendung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auch in dem – vom Wortlaut ohnehin mitumfaßten – Fall, daß der Vertragspartner dem Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters trotz des Umstands, daß auch seine (Gegen-)Forderung noch nicht (vollständig) erfüllt ist, kein Leistungsverweigerungsrecht entgegensetzen kann. Auch hier wird also die Gegenforderung des vom Verwalter auf Erfüllung in Anspruch genommenen Vertragspartners gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zur Masseverbindlichkeit.

208 Insoweit zutreffend BGHZ 58, 246, 250 (vgl. zu diesem Urteil aber auch Rn. 4.93 ff. und Rn. 13.72 ff. mit Fn. 147).

209 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 137; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 23 d; STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 321 Rn. 10, 17, 28 (jeweils m. w. N. auch zur Gegenansicht).

210 Vgl. o. Rn. 2.5.

211 Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 107 Rn. 31 f., 40 und § 112 Rn. 19; SCHWÖRER Rn. 358 ff., 377 ff., 425 ff., 451 f., 472 ff.; a. M. N/R/BALTHASAR InsO § 112 Rn. 16.

212 Diese »Sperre« besteht aber wohl nicht nur gegenüber Kündigungs-, sondern auch gegenüber vergleichbaren sonstigen Gestaltungsrechten des Vertragspartners. Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 112 Rn. 17 und u. Rn. 7.58 Fn. 136 m. w. N.

213 Vgl. schon o. Rn. 2.22 ff., 2.82 ff.

214 Denn die Einrede des § 321 BGB *beruht* nicht auf der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. o. Rn. 2.22 Fn. 37, Rn. 2.24 f. Fn. 43 f.), sondern *versagt* oftmals gerade wegen dieses Umstandes (vgl. soeben Rn. 4.85).

4.87 Ebensowenig empfiehlt sich eine teleologische Reduktion des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auf Fälle, in denen der Vertragspartner die ihm obliegende Leistung im Hinblick auf seine gleichfalls noch nicht (vollständig) erfüllte Gegenforderung *tatsächlich* verweigert: Hätte der Gesetzgeber das wirklich gewollt, so hätte er die Rechtsfolge, daß die noch unerfüllte Gegenverbindlichkeit der im Insolvenzverfahren befindlichen Vertragspartei Masseverbindlichkeit wird, nicht schon an das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters, sondern erst an die negative Reaktion des Vertragspartners geknüpft. Darin läge aber eine kaum zu rechtfertigende Benachteiligung gerade des besonders *gutwilligen* Vertragspartners.

4. Der Schuldner hat schon vollständig oder fast vollständig oder unter Eigentumsvorbehalt erfüllt

4.88 Ist der Vertrag seitens der im Insolvenzverfahren befindlichen Partei vollständig erfüllt, so besteht normalerweise selbst dann kein Grund für eine Anwendung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, wenn diese Erfüllung erst *während* des Verfahrens (z. B. mit »freiem« Vermögen des Schuldners oder eines Dritten²¹⁵) erfolgte, der Vertrag *zur Zeit der Verfahrenseröffnung* also noch ein beiderseits nicht vollständig erfüllter i. S. des – ausdrücklich auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung abstellenden – § 103 I InsO war. Denn wenn die Gegenleistung des insolventen Schuldners bereits vollständig bewirkt ist, kann der Insolvenzverwalter die von der anderen Vertragspartei zu erbringende Leistung verlangen, *ohne* seinerseits noch eine Gegenleistung erbringen zu müssen. Und wenn keine Gegenverbindlichkeit des Insolvenzschuldners mehr besteht, kann eine solche auch nicht gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer Masseverbindlichkeit verstärkt werden. Es ist also nicht zu kritisieren, daß der Wortlaut des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO im Gegensatz zu dem des § 103 I InsO keine ausdrückliche Bezugnahme auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung enthält.

4.89 Als der besonderen juristischen Betrachtung bedürftig werden auch die Fälle angesehen, in denen der insolvente Schuldner zwar schon alle seinerseits erforderlichen *Leistungshandlungen* erbracht hat (z. B. eine an den Vertragspartner verkaufte Sache diesem bereits vor Verfahrenseröffnung übergeben und unter Eigentumsvorbehalt übereignet hat), jedoch der *Erfolg* dieser Handlungen noch nicht (insolvenzfest) eingetreten ist. Wie diese Sonderfälle der »fast vollständigen« Erfüllung rechtlich zu beurteilen sind, wurde bereits bei Rn. 4.1 ff. ausgeführt.

4.90 Ebenfalls umstritten ist die Anwendbarkeit der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, wenn die noch offene Restleistung des insolventen Schuldners so gering ist, daß § 320 II BGB dem Vertragspartner schon jetzt die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 I BGB entzieht. M. E. sollte man die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auch in

²¹⁵ Zu dem Recht des Schuldners oder Dritter, den Vertrag auch noch während des Insolvenzverfahrens zu erfüllen, vgl. o. Rn. 2.85 ff.

solchen Fällen anwenden²¹⁶. Zwar scheinen diese Bestimmungen nach ihrem Sinn und Zweck, dem Insolvenzverwalter die Einziehung einer von einer Gegenleistung abhängigen Forderung der Insolvenzmasse zu ermöglichen bzw. zu erleichtern²¹⁷, nicht einschlägig zu sein, wenn die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung durch § 320 II BGB aufgehoben wird²¹⁸. Jedoch darf nicht übersehen werden, daß bei der gem. § 320 II BGB »nach den Umständen« anzustellenden Billigkeitsprüfung auch die Tatsache der Verfahrenseröffnung und die mit ihr (bei Nichtanwendung des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) verbundene Beschränkung des Vertragspartners auf die Quote zu berücksichtigen wären und daß die Berücksichtigung des letztgenannten Umstandes i. d. R. dazu führen müßte, dem Vertragspartner zu gestatten, sich gegenüber dem Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters auch wegen einer nur *geringfügigen* Gegenforderung auf die – ja gerade für den Insolvenzfall bedeutsame – Zug-um-Zug-Einrede des § 320 I BGB zu berufen. Hat das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters hingegen zur Folge, daß sich der – nur noch geringfügige – Gegenanspruch des Vertragspartners gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO in eine Masseverbindlichkeit verwandelt, dann kann es auch im Insolvenzverfahren bei dem in § 320 II BGB normierten Ausschluß der Zug-um-Zug-Einrede des Vertragspartners bleiben²¹⁹. Unter diesem Aspekt liegt es durchaus im Interesse der Insolvenzmasse, daß das Erfüllungsverlangen des Verwalters auch in Fällen dieser Art die – für die Masse hier also nur scheinbar nachteilige – Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nach sich zieht. Deshalb sollte der Umstand, daß der Vertrag seitens des im Insolvenzverfahren befindlichen Schuldners schon sehr weitgehend (aber noch nicht vollständig) erfüllt worden ist, nicht als ein die Anwendung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO ausschließender Grund anerkannt werden.

Selbst wenn sich die noch unerfüllte Restverbindlichkeit der im Insolvenzverfahren befindlichen Vertragspartei in der aus § 433 II BGB herzuleitenden²²⁰ Pflicht erschöpft, das Eigentum an einem ihr vom Vertragspartner verkauften und nach vollständiger Bezahlung übergebenen Grundstück durch Mitwirkung an der Auflassung und Herbeiführung der Eigentumsumschreibung »abzunehmen«, bestehen m. E. keine durchschlagenden Bedenken gegen eine Anwendung der §§ 103,

216 Zust. N/R/BALTHASAR InsO § 103 Rn. 32. **A. M.** – aber sehr zurückhaltend und nicht pauschal für alle hier in Betracht kommenden Fälle – JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 69; MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 18 (i); wohl auch BGHZ 58, 246, 251. Eine nähere Begründung geben die Genannten nicht; nur HENCKEL deutet vage an: »... mit Rücksicht auf den Zweckzusammenhang ...«. Übrigens haben HENCKEL und UHLENBRUCK ihre Ansicht inzwischen im Sinne der o. im Text vertretenen geändert. Vgl. HENCKEL ZJP 99 (1986) 419, 428; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 18 s.

217 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

218 Ein ähnliches Argument wurde bereits o. bei Rn. 4.84 ff. geprüft und im Ergebnis verworfen.

219 Denn als Massegläubiger steht der Vertragspartner sogar noch besser als ohne das Insolvenzverfahren; vgl. MOTIVE zur KO S. 69 = HAHN Bd. IV S. 88 (wörtlich wiedergegeben o. Rn. 2.23).

220 Vgl. BGHZ 58, 246, 247 ff. und BGH ZIP 1983, 709 (dazu auch Rn. 9.94 Fn. 272); **a. M.** OLG Stuttgart WürtJb 18, 62, 64.

55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO (str.²²¹): Verlangt der Insolvenzverwalter hier die Erfüllung des Vertrages (d. h. die Übereignung des Grundstücks), dann ist es nur konsequent, daß die Verpflichtung des Insolvenzschuldners, das nunmehr vom Insolvenzverwalter beanspruchte Eigentum auch wirklich zu erwerben, gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer Masseverbindlichkeit verstärkt wird. Selbstverständlich kann der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung solch eines Vertrages aber auch *ablehnen*; die Ablehnungsbefugnis besteht unabhängig von den – hier vorliegenden – Voraussetzungen des § 103 InsO²²² und verleiht dem Verwalter nicht das Recht, den vom Schuldner schon vollständig bezahlten Kaufpreis zurückzuverlangen (str.)²²³. Wer in letzterer Hinsicht anders entscheidet und der Erfüllungsablehnung für den Fall der Anwendbarkeit des § 103 InsO die Wirkung zuschreibt, daß der Insolvenzverwalter den einen etwaigen Nichterfüllungsschaden des Vertragspartners übersteigenden Betrag des bereits vor Verfahrenseröffnung gezahlten Kaufpreises zurückverlangen kann²²⁴, hat allerdings allen Grund, die Anwendbarkeit des § 103 InsO hier in Frage zu stellen²²⁵. Mit derartigen Versuchen befaßt sich in etwas anderem Zusammenhang (wenn sich der Insolvenzschuldner in der Rolle des Verkäufers befindet) der nun folgende Abschnitt.

5. Unerfüllte Abnahme- und Nebenpflichten

- 4.92** Die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO gewähren dem Insolvenzverwalter das Recht, bereits bei Verfahrenseröffnung begründet gewesene Verbindlichkeiten des Schuldners trotz § 38 InsO *vollständig* zu erfüllen, nur für den Fall, daß diese Verbindlichkeiten auf einem auch vom Gläubiger noch nicht vollständig erfüllten »gegenseitigen« Vertrag beruhen²²⁶. Dies ist der Grund für die auch heute noch lebhaft diskutierte Streitfrage, ob die §§ 17, 59 I Nr. 2 KO bzw. §§ 103, 55 I Nr. 2 InsO wirklich immer schon dann anwendbar sind, wenn auf beiden Seiten *irgendeine* der vertraglichen Pflichten noch nicht vollständig erfüllt ist, oder ob die Vorschriften voraussetzen, daß die beiderseits noch ausstehenden Leistungen im funktionellen Synallagma, d. h. im Gegenseitigkeitsverhältnis, stehen.

221 Wie hier die jedoch aus anderen Gründen (Rn. 9.86, 9.94 Fn. 272) gleichwohl zu kritisierende Entscheidung BGH ZIP 1983, 709 (= Bestätigung von OLG Düsseldorf ZIP 1982, 724 ff.); N/R/BALTHASAR InsO § 103 Rn. 33 f.; a. M. K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 37 f., 76. Vgl. bei umgekehrten Parteirollen auch u. Rn. 4.95 ff. (dort Nachweise zur Gegenansicht).

222 Vgl. o. § 3.

223 Vgl. u. § 9 (besonders Rn. 9.86, 9.94 mit Fn. 272); a. M. direkt zu diesem Fall das OLG Düsseldorf und der BGH (jeweils a. a. O.; vgl. soeben Fn. 221).

224 Vgl. Fn. 223.

225 Dennoch *für* die Anwendung des § 17 KO / § 103 InsO das OLG Düsseldorf und der BGH (vgl. soeben Fn. 221, 223).

226 Die §§ 17, 59 I Nr. 2 KO sprachen noch von »zweiseitigen« Verträgen. Gemeint waren aber auch schon damals nur »gegenseitige« Verträge i. S. der §§ 320 ff. BGB. Vgl. statt aller MOTIVE zur KO S. 63, 85 f. = HAHN Bd. IV S. 83, 101 f. und JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 11.

Das RG²²⁷ und der BGH²²⁸ haben sich zu der ersten, ein nicht unwesentlicher Teil des Schrifttums²²⁹ hat sich zu der zweiten Alternative bekannt. **4.93**

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall²³⁰ hatte der Kläger ein Grundstück gekauft, bezahlt und vertragsgemäß in Besitz genommen. Die Auflassung war aber noch nicht erfolgt und anscheinend²³¹ auch nicht durch Eintragung einer Vormerkung gesichert worden. In diesem Stadium kam es zur Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Verkäufers. Das Verfahren führte zu einem gerichtlich bestätigten Liquidationsvergleich. Dessen ungeachtet begehrte der Kläger von dem Verkäufer die Auflassung des Grundstücks: Da der Anspruch auf einem gegenseitigen Vertrag beruhe, welcher noch von keiner Seite vollständig erfüllt und dessen Erfüllung auch nicht nach § 50 VerglO abgelehnt worden sei, werde er gem. § 36 I VerglO durch den Vergleich nicht berührt. **4.94**

Der BGH hat die Auffassung des Klägers, daß ein Grundstückskaufvertrag auch vom Käufer nicht vollständig erfüllt sei, solange die Auflassung noch ausstehe, bestätigt: Aufgrund seiner Pflicht, das gekaufte Grundstück abzunehmen (§ 433 II BGB), habe der Käufer an der Auflassung mitzuwirken²³². Auch wenn der Käufer den Kaufpreis bereits vollständig bezahlt habe, sei der Kaufvertrag auf Käuferseite als nicht vollständig erfüllt i. S. des § 36 I VerglO anzusehen, solange der Käufer seiner Abnahmepflicht nicht nachgekommen sei. Dies gelte unabhängig davon, ob sich die Abnahmepflicht im konkreten Fall als Hauptpflicht oder als bloße Nebenpflicht darstelle²³³, und für § 17 KO (§ 103 InsO) ebenso wie für den in dem entschiedenen Fall einschlägigen § 36 I VerglO (der übrigens heute nur noch in Österreich und vielleicht auch in einigen anderen ausländischen Rechtsordnungen eine inhaltliche Entsprechung findet²³⁴). Diese Ansicht wird nicht nur in der Rspr.²³⁵, sondern auch von einem Teil des Schrifttums vertreten²³⁶.

227 RGZ 142, 296, 299 f. (ergangen zwar zu § 4 [späterer § 36] VerglO, aber mit Ausführungen zu § 17 KO / § 103 InsO).

228 BGHZ 58, 246 ff. m. w. N. (a. M. aber wohl BGH Betrieb 1979, 2415 f. ad II).

229 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 7 a. E., 8, 69; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 424; HÄSEMEYER KTS 1973, 2, 5 f.; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 37 f., 76 und §§ 115, 116 Rn. 9 Fn. 22; vgl. ferner die u. in Fn. 237–239 Genannten.

230 BGHZ 58, 246 ff.

231 Wäre dem Kläger vor der Kaufpreiszahlung eine Vormerkung bestellt worden (was üblich ist), hätte er des Schutzes des in der BGH-Entscheidung so eingehend behandelten § 36 I VerglO überhaupt nicht bedurft (vgl. §§ 26 I, 50 IV VerglO). Übrigens wurde § 36 I VerglO aus guten Gründen nicht in die InsO übernommen (vgl. u. Rn. 12.30, 13.7 ff., 13.37 ff. und für das *österreichische* Recht Rn. 13.8).

232 A. M. die zu § 17 KO ergangene Entscheidung OLG Stuttgart WürtJb 18, 62, 64.

233 BGHZ 58, 246, 249.

234 Vgl. soeben Fn. 231 a. E.

235 Vgl. speziell zu § 17 KO (§ 103 InsO) die in Fn. 221 ff. zu Rn. 4.91 erwähnte Entscheidung des OLG Düsseldorf und die bestätigende Entscheidung des BGH in ZIP 1983, 709 (Gemeinschuldner in der Rolle des Käufers).

236 So bezüglich des hier interessierenden § 17 KO (§ 103 InsO): PAPE, Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 531, 545 Rn. 19; MARKMANN S. 39; KUHN/UHLENBRUCK¹¹ Rn. 18 p, 18 r; JAEGER/LENT⁸ Rn. 13 (hier allerdings mit der Begründung: »Die Abnahme ist eine

- 4.96** Nicht wenige Autoren aber halten § 17 KO bzw. § 103 InsO in Fällen wie dem bei Rn. 4.94 geschilderten für nicht²³⁷ bzw. für nur dann anwendbar, wenn die noch nicht erfüllte Abnahmepflicht des Käufers mit der – gleichfalls noch nicht erfüllten – Übereignungspflicht des Verkäufers (Schuldners) ausnahmsweise im Gegenseitigkeitsverhältnis steht²³⁸. HÄSEMEYER will § 17 KO bzw. § 103 InsO nicht einmal dann anwenden, wenn die Vertragspartner die Abnahmepflicht als Hauptpflicht i. S. der §§ 320 ff. BGB angesehen und deshalb als selbständigen, kaufpreismindernden Posten im Äquivalenzverhältnis berücksichtigt haben²³⁹.
- 4.97** M. E. sind hier mehrere Fragen zu unterscheiden. Die erste lautet: *Kann* der Insolvenzverwalter von dem Käufer, der die Sache zwar bezahlt, aber noch nicht abgenommen hat, die Erfüllung der Abnahmepflicht verlangen? Diese Frage ist schon unabhängig von § 103 InsO zu bejahen, weil der auf »Abnahme« gerichtete Anspruch des Schuldners gegen den Käufer zur Insolvenzmasse gehört und folglich gem. § 80 I InsO dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Insolvenzverwalters unterliegt.
- 4.98** Zweitens ist zu fragen, ob der Insolvenzverwalter *den übrigen Gläubigern gegenüber* im Sinne eines *Dürfens* berechtigt ist, von dem Käufer die Erfüllung der Abnahmepflicht zu verlangen. Das wird fast immer zu verneinen sein²⁴⁰. Denn es liegt normalerweise nicht im Interesse »der« Insolvenzgläubiger, daß der Verwalter *einem* von ihnen einen zur Insolvenzmasse gehörenden Gegenstand aufdrängt, ohne dafür eine über den bisherigen Vollzug hinausgehende sonstige Leistung in die Masse zu bekommen. Für die Insolvenzgläubiger wäre es günstiger, wenn der Verwalter nicht nur den bereits in der Masse befindlichen Kaufpreis, sondern obendrein auch die zwar bereits verkaufte, aber noch immer zur Masse gehörende Sache zu ihrer Befriedigung verwenden und die Ansprüche des Käufers in dem ihnen durch § 38 InsO zugewiesenen Rang normaler Insolvenzforderungen belassen würde. Der Insolvenzverwalter *kann* also zwar die Erfüllung der dem Käufer obliegenden Abnahmepflicht verlangen (Rn. 4.97), er *darf* dies jedoch im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern fast nie und macht sich ihnen gegenüber i. d. R. ersatzpflichtig gem. § 60 InsO, wenn er gegenüber dem Vertragspartner auf der Abnahme der Sache besteht. (Vgl. erg. Rn. 4.91 zu dem spiegelbildlichen Kor-

Hauptverbindlichkeit [daher bei Versäumung Schuldnerverzug!] ...<); K. MÜLLER JZ 1980, 554, 557; vgl. auch N/R/BALTHASAR InsO § 103 Rn. 32 ff.; BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 36 Rn. 28 (mit gleicher Begründung wie LENT a. a. O.) und – zugleich für Österreich – KEPPLINGER S. 316 ff., 327 f. Fn. 1525 mit Hinweis auf die gegenteilige Ansicht des österreichischen OGH.

237 HÄSEMEYER KTS 1973, 2, 6; ders., Insolvenzrecht² Rn. 20.14; PAGENSTECHE/GRIMM § 14 IV Fn. 6; vgl. auch OLG Stuttgart a. a. O. (Rn. 4.95 Fn. 232) und die – durch RGZ 142, 296, 300 jedoch überholte – Entscheidung des RG in WarnRspr 1926 Nr. 115 S. 163 (dort wurde die noch unerfüllte Abnahmepflicht aber wohl schlicht übersehen).

238 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 8; vgl. auch JACOBSON JR 1929, 96 f.

239 HÄSEMEYER KTS 1973, 2, 6 (insoweit unschärfer sein Buch »Insolvenzrecht«, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.14); vgl. auch LÜKE S. 82 ff.

240 Vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 8; KEPPLINGER S. 327 f. Fn. 1526.

respondenzfall, in dem sich nicht der insolvente Schuldner, sondern dessen Vertragspartner in der Rolle des Verkäufers befindet.)

Klärungsbedürftig ist des weiteren die Frage, ob schon die erstmalige Aufforderung des Insolvenzverwalters an den in der Käuferposition befindlichen Vertragspartner, die bereits bezahlte Sache nun auch abzunehmen, zur Folge hat, daß sich die Pflicht des Insolvenzschuldners zur Eigentumsübertragung auf den Käufer gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO endgültig in eine Masseverbindlichkeit verwandelt. Die Antwort hängt davon ab, ob der erwähnte Sachverhalt unter § 103 InsO fällt. Denn dann wäre das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters unwiderruflich²⁴¹ und die ein solches voraussetzende Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO endgültig. Gegen eine Anwendung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO ist von einigen Autoren geltend gemacht worden, daß die Abnahme der Sache durch den Käufer und die Übereignung an ihn i. d. R. nicht im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stünden²⁴² und daß es für die Insolvenzgläubiger nur nachteilig wäre, wenn der Insolvenzverwalter die Sache an den Käufer übereignen würde, statt von seinem Recht Gebrauch zu machen, sowohl die Sache als auch den vom Käufer bereits vor Verfahrenseröffnung gezahlten Kaufpreis zur gleichmäßigen Befriedigung *aller* Insolvenzgläubiger zu verwenden²⁴³.

Diesem Einwand läßt sich jedoch entgegenhalten, daß die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nicht immer schon dann unanwendbar sind, wenn die Ausübung des durch sie gewährten Erfüllungsrechts den Interessen der Insolvenzgläubiger an einer möglichst umfangreichen Masse zuwiderliefe²⁴⁴. Deshalb sollte man auch die Fälle nicht aus dem Anwendungsbereich des § 103 InsO herausnehmen, in denen die beiderseits noch offenen Pflichten nicht im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen, sondern für die Anwendung des § 103 InsO genügen lassen, daß auf beiden Seiten *irgendeine* Vertragspflicht noch nicht vollständig erfüllt ist. Da § 103 InsO den Insolvenzverwalter nicht *zwingt*, die Vertragserfüllung zu verlangen und dadurch den Gegenanspruch des Vertragspartners gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer Masseverbindlichkeit aufzuwerten, besteht kein zwingender Grund, die Vorschrift entgegen ihrem Wortlaut auf die Fälle zu beschränken, in denen die beiderseits noch offenen Leistungen im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Hier wie auch sonst ist es Sache des Insolvenzverwalters, im konkreten Fall allein oder im Benehmen mit Gläubigerausschuß oder Gläubigerversammlung (§ 160 I InsO) zu entscheiden und gegenüber den am Verfahren beteiligten Gläubigern zu verantworten (§§ 60 f., 71 InsO), ob er von der ihm durch die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1

241 Vgl. u. Rn. 4.176 mit Fn. 483.

242 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 8; vgl. auch PAGENSTECHER/GRIMM § 14 IV Fn. 6.

243 Vgl. JAEGER/HENCKEL a. a. O.

244 Man denke z. B. an den Fall, daß der Käufer die noch im Eigentum des insolventen Verkäufers stehende Sache schon zu 95 % bezahlt hat: Hier stehen die noch nicht bzw. nicht vollständig erfüllten Vertragspflichten – Kaufpreis gegen Übereignung – sicher im Synallagma, und dennoch sollte der Insolvenzverwalter des Verkäufers besser nicht nach §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO Erfüllung wählen. Auch nach *Treu und Glauben* ist der Insolvenzverwalter hier zur vollständigen Erfüllung nicht verpflichtet; vgl. u. Rn. 4.101 f.

InsO zuerkannten Wahlmöglichkeit, »anstelle des Schuldners den Vertrag (zu) erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil (zu) verlangen«, Gebrauch macht, oder ob er das besser unterläßt und z. B. versucht, hinsichtlich der noch nicht erbrachten Restleistung des Vertragspartners (z. B. Einweisung in die Bedienung einer bereits gelieferten und übereigneten Maschine²⁴⁵) zu einem neuen, für beide Seiten vorteilhaften Vertragsschluß zu gelangen.

6. Der Vertragspartner hat schon vollständig oder fast vollständig oder unter Eigentumsvorbehalt erfüllt

- 4.101** Aus den bei Rn. 4.97 ff. genannten Gründen sollte man auch die Fälle nicht aus dem Anwendungsbereich der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO ausklammern, in denen die beiderseits noch offenen Leistungen zwar im Synallagma stehen, der Leistungsrückstand des Vertragspartners im Verhältnis zu dem des Schuldners aber so gering ist, daß es nicht im Interesse der Insolvenzmasse läge, wenn ihr Verwalter mit der Folge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO die Erfüllung des Vertrages verlangen würde²⁴⁶. Denn § 103 InsO beläßt dem Insolvenzverwalter ja das Recht, die Erfüllung *nicht* zu verlangen, also die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu vermeiden.
- 4.102** In einem Fall, in welchem die noch rückständige Teilleistung des Vertragspartners (Käufers) in der Einlösung von Wechseln bestand, die er dem Schuldner (Verkäufer) zahlungshalber gegeben und die dieser vor der Konkurseröffnung diskontiert hatte, hat das RG allerdings die Ansicht vertreten, daß auch das Recht des Konkursverwalters zur *Erfüllungsablehnung* begrenzt werden müsse: Wegen des in § 320 II BGB²⁴⁷ zum Ausdruck kommenden und angeblich auch dem § 17 KO (§ 103 InsO) zugrundeliegenden Prinzips, daß eine Erfüllungsablehnung nicht gegen Treu und Glauben verstoßen dürfe, habe der Verwalter die Erfüllung des Vertrages nur unter der Bedingung ablehnen können, daß die Einlösung der bei Konkurseröffnung noch offenen Wechsel nicht erfolgen werde²⁴⁸. Diese Entscheidung des RG beruht auf den beiden Prämissen, daß dem Konkursverwalter das Recht zur »Nichterfüllung« nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 17 KO zustehe (so daß es durch eine sich an § 320 II BGB orientierende Restriktion des § 17 KO beschränkt werden könne) und daß die Ausübung dieses Rechts grundsätzlich zur Folge habe, daß der Vertragspartner eine bereits empfangene (Teil-)Leistung selbst dann zur Masse zurückgewähren muß, wenn er die seinerseits versprochene Leistung noch ordnungsgemäß erbringt²⁴⁹. Da aber die erste Prämisse völlig (s. o. § 3) und die zweite jedenfalls dann unzutreffend ist, wenn der Schuldner dem Vertragspartner die diesem bereits übergebene Ware auch schon -unbedingt oder unter der

245 Ebenso LUTHER S. 52 Fn. 231 und schon vorher MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 104.

246 Zustimmend HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 430; KEPPLINGER S. 316.

247 Dazu schon o. Rn. 4.90 f.; vgl. ferner u. Rn. 5.51 Fn. 160.

248 RGZ 140, 156, 162 f.

249 RG a. a. O. S. 162.

aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung – übereignet hatte und diese Verfügung nicht dem Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters unterliegt²⁵⁰, erweist sich die vom RG befürwortete Einschränkung des § 17 KO (§ 103 InsO) bzw. des in dieser Vorschrift vermuteten Rechts zur »Nichterfüllung« als unnötig. Wenn das Recht des Insolvenzverwalters, den Vertrag *nicht* als Masseverbindlichkeit zu erfüllen, überhaupt nicht auf § 17 KO bzw. § 103 InsO beruht, sondern z. B. auch dann besteht, wenn der Vertragspartner seinerseits schon vor Verfahrenseröffnung vollständig erfüllt hatte²⁵¹, dann muß dieses Recht auch für den irgendwo dazwischen liegenden Fall anerkannt werden, daß der Vertragspartner seine Verbindlichkeit *fast* vollständig erfüllt hat. Auch dann ist der Insolvenzverwalter berechtigt und gegenüber den übrigen Insolvenzgläubigern i. d. R. sogar verpflichtet²⁵², den Vertragspartner insoweit, wie seitens des Schuldners noch nicht insolvenzfest verfügt wurde²⁵³, mit der Quote abzuspeisen²⁵⁴ und eine dem Vertragspartner bereits übergebene, aber noch nicht (wenn auch nur unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Bezahlung) übereignete Sache gem. § 985 BGB zurückzuverlangen²⁵⁵. Die Ansicht des RG, daß die vom Konkursverwalter ausgesprochene Erfüllungsablehnung von selbst unwirksam geworden sei, als der Vertragspartner die dem Gemeinschuldner zahlungshalber gegebenen und von diesem diskontierten Wechsel eingelöst habe, ist also nicht deshalb richtig, weil eine Erfüllungsablehnung des Verwalters von nun an gegen Treu und Glauben verstoßen hätte, sondern deshalb, weil der Gemeinschuldner in dem entschiedenen Fall schon unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung verfügt hatte und die Einlösung der Wechsel durch den Vertragspartner der dessen Eigentumserwerb aufschiebend bedingenden Kaufpreiszahlung gleichsteht: Nach Eintritt dieser Bedingung besaß die Konkursmasse gar nichts mehr, was ihr Verwalter dem Vertragspartner noch hätte vorenthalten können²⁵⁶.

Nach ihrem Wortlaut setzen die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO voraus, daß der Vertragspartner seine Leistung zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch nicht vollständig bewirkt hat. Diese Fassung des Gesetzes entspricht dem Befund, daß § 103 InsO den Insolvenzverwalter deshalb für berechtigt erklärt, seinerseits zu erfüllen, weil er ihn in die Lage versetzen will, eine auf demselben Vertrag beruhende Gegenforderung des Insolvenzschuldners für die Masse zu realisieren²⁵⁷. Grundsätzlich wird diese Gegenforderung also als zumindest teilweise noch unerfüllt vorausgesetzt.

250 Vgl. o. Rn. 4.1 ff. und u. Rn. 9.81 ff.

251 Vgl. o. § 3.

252 Das bei Rn. 4.98 ff. Ausgeführte gilt hier entsprechend.

253 Vgl. §§ 161 I 2, 883 II 2 BGB, 24 KO, 26 I, 50 IV VerglO, 106, 107 I InsO.

254 So auch JACOBSON JR 1928, 96, 97 (allerdings gleichfalls mit unschlüssiger Berufung auf den auch vom RG a. a. O. – in einem ganz anderen Sinne! – beanspruchten § 320 II BGB).

255 Zur Frage eines Anspruchsausschlusses gem. § 986 BGB vgl. u. Rn. 9.69 ff.

256 Vgl. auch o. Rn. 4.2 (auch zu § 107 I InsO).

257 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

- 4.104** Dennoch sind Fälle denkbar, in denen eine Anwendung des § 17 KO bzw. § 103 InsO auch dann in Betracht kommt, wenn der Vertragspartner seinerseits bereits vollständig erfüllt hat.
- 4.105** Zum Beispiel bestimmte § 44 KO (der nicht in die InsO übernommen wurde und deshalb nur noch für vor dem 1. 1. 1999 beantragte Konkursverfahren von Bedeutung ist²⁵⁸):
- »(1) Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind.
- (2) Die Bestimmungen des § 17 finden Anwendung.«
- 4.106** Es ist anerkannt, daß das Rückforderungsrecht, welches § 44 I KO dem Versendungsverkäufer (und dem Einkaufskommissionär) gewährte, auch dann nicht ausgeschlossen war, wenn die betreffende Ware vor oder nach der Konkursöffnung in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen war. Selbst wenn der Verkäufer alle seine Vertragspflichten schon vor dem Konkurs vollständig erfüllt hatte, konnte er nach § 44 I KO zur Rückforderung der Ware berechtigt sein²⁵⁹. Und selbst für diese Fälle galt die in § 44 II KO ausgesprochene Verweisung auf § 17 KO (str.²⁶⁰), der dem Verkäufer das Recht gewährte, »die Waare unter Erfüllung des Kaufgeschäfts (zu) behalten«²⁶¹. In den Fällen des § 44 KO stand dem Konkursverwalter das Recht, den Vertrag anstelle des Gemeinschuldners zu erfüllen (§ 17 I KO), also nicht nur dann zu, wenn er dieses Rechts bedurfte, um eine etwa noch ausstehende Leistung des Verkäufers zu verlangen, sondern auch dann, wenn der Verkäufer alles, was von ihm aufgrund des Vertrages verlangt werden konnte, bereits erbracht hatte: In diesem Fall verwandelte sich das Recht des Verwalters, die Leistung des Vertragspartners gegen Bezahlung des Kaufpreises zu *verlangen*, in das Recht, das bereits Erlangte gegen Bezahlung zu *behalten*.
- 4.107** Analog dem Vorbild des (aus ganz anderen Gründen nicht in die InsO übernommenen²⁶²) § 44 KO sollte man eine Anwendung des § 103 InsO auf Fälle, in denen der Vertragspartner seinerseits schon vollständig erfüllt hat, immer dann in Betracht ziehen, wenn der Vertragspartner für den Fall, daß ihm die Gegenleistung nicht voll-

258 Vgl. Rn. 7.34 ff.

259 Vgl. u. Rn. 7.69, 7.76 ff.

260 Nach h. M. setzte die Anwendbarkeit des § 17 KO auch in den Fällen des § 44 KO voraus, daß der Vertragspartner wenigstens »zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens« noch nicht vollständig erfüllt hatte; nur ein *späterer* Eigentumsübergang sollte die Anwendung des § 17 KO nicht hindern. Diese Differenzierung ist jedoch abzulehnen; vgl. u. Rn. 7.76 ff.

261 MOTIVE zur KO S. 165 = HAHN Bd. IV S. 166.

262 Vgl. u. Rn. 7.68 ff., 7.84 (Fn. 223), 9.67.

ständig gewährt (oder belassen!²⁶³) wird, Anspruch auf Rückgewähr des seinerseits Geleisteten hat^{264, 265}. Im Insolvenzverfahren eines Vorbehaltskäufers, der die ihm aufschiebend bedingt übereignete Ware noch nicht vollständig bezahlt hat, müßte die – in § 107 II InsO übrigen als selbstverständlich vorausgesetzte – Anwendbarkeit des § 103 InsO also auch von denen²⁶⁶ bejaht werden, die sich (um die Unanwendbarkeit des § 17 KO bzw. § 103 InsO zu begründen!) auf den Standpunkt stellen, daß der Verkäufer seinerseits schon dann vollständig erfüllt habe, wenn er dem Käufer die Sache übergeben und unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung übereignet habe. Entscheidend ist hier nicht der begriffliche Streit um das Wort »Erfüllung«, sondern der Umstand, daß der Insolvenzverwalter des Rechts, den noch offenen Kaufpreis vollständig zu zahlen (§ 103 I InsO), u. U. auch deshalb bedarf, um die bei Nichtzahlung des Preises drohende²⁶⁷ Vindikation des Verkäufers abwenden zu können²⁶⁸. Die Parallele zu dem den § 17 KO (jetzt § 103 InsO) ausdrücklich für anwendbar erklärenden § 44 KO drängt sich geradezu auf²⁶⁹. Aber auch die Funktion des Eigentumsvorbehalts, die sich umschreiben läßt als eine »Automatisierung« des Rechts, dem Käufer das Eigentum bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung zu verweigern (§§ 320, 322 BGB)²⁷⁰, spricht für die Anwendbarkeit des § 103 InsO, dessen primärer Zweck es ja gerade ist, dem Insolvenzverwalter die Realisierung auch solcher Erwerbsaussichten zu ermöglichen, die von einer Gegenleistung abhängen²⁷¹. Im Insolvenzverfahren des Vorbehaltskäufers ist § 103 InsO also auch dann anwendbar, wenn der Verkäufer schon alle seinerseits erforderlichen Leistungshandlungen erbracht hat und nur ihr *Erfolg* noch aussteht²⁷².

263 Vgl. §§ 7 I, 29, 37 KO bzw. §§ 81 I 1, 129, 143 InsO.

264 Z. B. nach §§ 323 III, 325 ff., 985 BGB (dazu u. Rn. 5.101 f. [mit Fn. 359 ff.], 7.3 ff., 7.87 ff. [auch zu § 26 Satz 1 KO / § 105 Satz 2 InsO] oder nach §§ 7 II, 38 KO / §§ 81 I 3, 144 II InsO [dazu o. Rn. 4.4 und u. Rn. 7.110 ff.]).

265 Wenn die Leistung des Vertragspartners erst *während* des Insolvenzverfahrens erfolgt (zur Tilgungswirkung vgl. § 8 KO / § 82 InsO), handelt es sich sogar um eine *unmittelbare* Anwendung des § 17 KO bzw. § 103 InsO. Dazu auch u. Rn. 7.93 f.

266 Vgl. z. B. ERMAN/WEITNAUER BGB⁸ § 455 Rn. 6, 15 ff. (anders jetzt ERMAN/GRUNEWALD BGB¹⁰ § 455 Rn. 8, 21); LEHMANN in Festschr. f. R. Schmidt S. 346, 348 ff.; LETZGUS S. 66 ff.; RÜHL ZZP 56 (1931) 154, 164, 166 ff., die aber nicht das Recht zur Erfüllung, sondern das Recht zur Erfüllungsablehnung in § 17 KO bzw. § 103 InsO verankert sehen (vgl. auch u. Fn. 272).

267 Ausführlicher u. Rn. 7.30 ff.

268 Vgl. auch STIEGLITZ KO § 15 Anm. II 3 (S. 88), der allerdings anzunehmen scheint, daß der Konkursverwalter des Vorbehaltskäufers das Wahlrecht des § 17 KO (§ 103 InsO) erst dann habe, »wenn der Kontrahent Aussonderung verlangt«.

269 Vgl. auch Rn. 4.108, 7.50 ff., 7.74 ff., 7.89, 7.94.

270 Unrichtig STRACKE S. 122: § 17 KO sei »nach einer bedingten Übereignung nicht anwendbar . . . denn die Pflichten zwischen Vorbehaltsverkäufer und -käufer (stünden) nicht mehr in Abhängigkeit voneinander, wie es die §§ 320, 322 BGB voraussetzen und § 17 KO innerhalb des Konkursverfahrens fortsetzen« wolle.

271 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

272 I. E. ebenso BGH BB 1967, 1537 f. = KTS 1967, 160, 162; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 56; MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 18 (c 2); BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 3 c.; ERMAN/GRUNEWALD BGB¹⁰ § 455 Rn. 8, 21.

A. M. in bezug auf § 17 KO (also vor der Existenz einer Vorschrift mit dem Inhalt des § 107

4.108 Bestätigt wird dieses Ergebnis sowohl durch § 107 II InsO (der wie selbstverständlich von der Anwendbarkeit des § 103 InsO ausgeht und nur den § 103 II 2 InsO situationsbedingt modifiziert) als auch durch die MOTIVE der KO, die zu § 17 (früher § 15) KO ausführen²⁷³:

»Wenn . . . der zweiseitige Vertrag vor der Konkurseröffnung von dem Mitkontrahenten vollständig erfüllt war und nur die Leistung des Gemeinschuldners ganz oder theilweise rückständig ist, so kann der Mitkontrahent . . . seine Forderung auf diese nur als Konkursgläubiger liquidiren; der Verwalter hat nicht die Willkür, die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners als Masseschuld zu erfüllen. *Sollte der Mitkontrahent, der beispielsweise verkauft hatte, nach allgemeinem Gesetze Eigentümer der von ihm dem Gemeinschuldner übergebenen Sache geblieben und daher zur Vindikation derselben berechtigt oder auf Grund besonderer Bestimmung (vergl. Entwurf § 36)*²⁷⁴ befugt sein, die Sache zurückzufordern, ohne aber vom Verträge abgehen zu können, so würde allerdings der Verwalter seinerseits die Erfüllung des Vertrages begehren dürfen, jedoch eben deshalb, weil und sofern der Mitkontrahent das Rechtsverhältniß in die Lage bringt²⁷⁵, als ob auch er noch nicht erfüllt hätte.«

4.109 Falls der Vertragspartner seinerseits keine Leistungshandlung mehr schuldet, kann der Insolvenzverwalter die Vornahme einer solchen allerdings auch dann nicht »verlangen«, wenn § 103 InsO anwendbar ist. Ein dennoch ausgesprochenes Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters wäre unberechtigt und deshalb²⁷⁶ nicht geeignet, die Gegenverbindlichkeit des Insolvenzschuldners nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO in eine Masseverbindlichkeit zu verwandeln. Auch sollte man nicht die Weigerung des Insolvenzverwalters, die bereits empfangene Leistung des Vertragspartners zurückzugewähren, im Rahmen des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO einem

II InsO) die o. in Fn. 266, 270 Genannten sowie SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang Rn. 156; MünchKomm-BGB/H. P. WESTERMANN³ § 455 Rn. 85; STAUDINGER/HONSELL, 1995, BGB¹³ § 455 Rn. 50 (dort weitere Nachweise) und STRACKE S. 113 ff., 129.

Wenn BAUKNECHT (NJW 1956, 1177, 1180), RAISER S. 96, STRACKE S. 123 f. und H. P. WESTERMANN (a. a. O.) geltend machen, daß die Anwendung des § 17 KO im Käuferkonkurs zu unbilligen Ergebnissen führe, wenn der Gemeinschuldner seine Anwartschaft vor Konkurseröffnung auf einen Dritten übertragen habe, so beruht dies auf der o. Rn. 3.1 ff., 3.35 ff. kritisierten h. M., daß § 17 KO den Konkursverwalter ermächtigt, den Kaufpreisanspruch durch Ablehnung der Erfüllung zum Erlöschen zu bringen (vgl. dazu meine Dissertation »Das Anwartschaftsrecht – ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung?« S. 76 ff. bei Fn. 69 und S. 78; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 57 sowie ergänzend u. Rn. 7.59 ff.).

Wegen weiterer Einzelheiten zum Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Vorbehaltskäufers vgl. u. Rn. 4.108 ff., 4.119 ff., 4.166 ff., 7.30 ff., 7.37 ff., 7.73 ff., 9.58 ff.

273 MOTIVE zur KO S. 68 = HAHN Bd. IV S. 87 (Hervorhebungen nicht im Original).

274 § 36 des Entwurfs entsprach dem späteren § 44 KO. Dieser wurde nicht in die InsO übernommen (vgl. u. Rn. 7.84 ff.).

275 M. E. muß § 103 InsO in den genannten Fällen aber schon anwendbar sein, bevor der Verkäufer die gelieferte Sache zurückverlangt (oder gar zurückerhält). Vgl. u. Rn. 9.81.

276 Vgl. o. Rn. 4.36.

Erfüllungsverlangen gleichstellen²⁷⁷. In Betracht kommt hier ohnehin nur eine *analoge* Anwendung des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, und gegen eine solche spricht, daß die Weigerung des Verwalters, dem Vertragspartner dessen Leistung zurückzugewähren, nicht typischerweise zugleich Ausdruck der Bereitschaft ist, den Vertrag anstelle des Schuldners zu erfüllen, sondern ebensogut von dem Willen getrieben sein kann, den angeblichen Rückgewähranspruch des Gegners zu bestreiten. Erst wenn der Insolvenzverwalter ausdrücklich oder sinngemäß erklärt, daß er die bereits erbrachte Leistung des Vertragspartners behalten *und* dafür die noch offene Gegenleistung des Schuldners erbringen wolle, wird man annehmen dürfen, daß die Verbindlichkeit des letzteren analog § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO als Masseverbindlichkeit erfüllt werden muß.

Fordert der Vertragspartner den Insolvenzverwalter zur Ausübung seines Wahlrechts auf, so hat der Verwalter unverzüglich – gegenüber einem durch Eigentumsvorbehalt gesicherten Verkäufer i. d. R. erst »unverzüglich nach dem Berichtstermin« (§ 107 II InsO) – zu erklären, »ob er die Erfüllung verlangen will«. Der dies bestimmende § 103 II 2 InsO bedarf in Fällen, in denen der Vertragspartner alle seinerseits erforderlichen Leistungshandlungen bereits erbracht hat (und erst recht natürlich dann, wenn auch ihr *Erfolg* schon eingetreten ist²⁷⁸), einer Modifizierung dahingehend, daß der Insolvenzverwalter erklären muß, ob *er* den Vertrag erfüllen will. Lehnt er dies ab oder erklärt er sich nicht »unverzüglich«, so verliert er gem. § 103 II 3 InsO das Recht, auf der Erfüllung zu bestehen. In den hier zu erörternden Fällen, in denen der Vertragspartner schon alles seinerseits Erforderliche getan hat, ist diese Negation des Rechts, den *Vertragspartner* zu weiteren Leistungsbemühungen anzuhalten, praktisch bedeutungslos. Im Hinblick auf den von 103 II 2, 3 InsO (§ 17 II KO) verfolgten Zweck, den Vertragspartner vor einer Verzögerung der vom Insolvenzverwalter zu treffenden Wahl zu schützen und ihn in die Lage zu versetzen, »seine etwaige Entschädigungsforderung²⁷⁹ rechtzeitig zur Konkursmasse anzumelden«²⁸⁰, wird man dem Vertragspartner aber das Recht zugestehen müssen, eine Leistung des Insolvenzverwalters oder eines Dritten (z. B. eines Zweiterwerbers der Eigentumsanwartschaft), die dem Vertragspartner erst angeboten wird, *nachdem* der Verwalter die Erfüllung des Vertrages abgelehnt oder auf eine Anfrage nach § 103 II 2 InsO unnötig lange geschwiegen hat, wegen Verstoßes gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* zurückzuweisen²⁸¹, dadurch den Eintritt der Bedingung, die seinen Eigentumsvorbehalt (bei Zugrunde-

277 Vgl. aber KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 44 Rn. 17: »Unter Umständen kann schon darin, daß der Konkursverwalter die Ware für die Masse in Anspruch nimmt, die stillschweigende Erklärung gefunden werden, daß er Erfüllung verlange.« Ähnlich STIEGLITZ KO § 36 Anm. IV 4 und Fn. b zu Anm. I.

278 Von praktischer Bedeutung war dies vor allem in den Fällen des § 44 KO, der im zweiten Absatz auf § 17 KO verwies. Allerdings wurde § 44 KO nicht in die InsO übernommen (vgl. u. Rn. 7.84 ff.).

279 Zu Rechtsnatur und Inhalt dieser Forderung vgl. u. Rn. 5.14 ff.

280 MOTIVE zur KO S. 68 = HAHN Bd. IV S. 87.

281 Zust. KEPPLINGER S. 184 (vorbehaltlich ihrer Ausführungen auf S. 309 f.); a. M. wohl RINKE S. 218 f., 260 f. in bezug auf das Leistungsangebot des o. im Text erwähnten An-

legung der KO: oder sein Rückforderungsrecht aus § 44 I KO) beenden würde, auf eine nicht zu der Fiktion des § 162 I BGB führende Weise zu verhindern und die bereits gelieferte Ware nach § 985 BGB²⁸² (oder nach § 44 I KO) zurückzuerlangen.

4.111 Jedoch kann das Recht des Verkäufers, eine sein potenzielles Rückforderungsrecht vereitelnde Kaufpreiszahlung zurückzuweisen, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages zuvor bereits abgelehnt hatte, nicht weiter reichen als die ratio legis, die bei Rn. 4.110 bemüht werden mußte, um das in § 103 II 3 InsO nicht ausdrücklich erwähnte Zurückweisungsrecht des Verkäufers zu begründen. Das Zurückweisungsrecht muß also erlöschen, wenn das Insolvenzverfahren aufgehoben wird, ohne daß der Verkäufer die für die Teilnahme am Insolvenzverfahren erforderliche Feststellung²⁸³ einer »Entschädigungsforderung« erlangt hat, da dann das Ziel, zu dessen Absicherung dem Verkäufer das Zurückweisungsrecht oben zugestanden wurde, endgültig verfehlt wurde²⁸⁴. In diesem Fall können die beiderseitigen Erfüllungsansprüche und -rechte wieder unbeschränkt geltend gemacht werden (natürlich nur vorbehaltlich eines etwaigen Insolvenzplans oder einer Restschuldbefreiung)²⁸⁵. Schon aus diesem Grunde wird der Verkäufer, falls ihm eine anmeldbare »Entschädigungsforderung« nicht zusteht (etwa weil seine noch unerfüllte Kaufpreisforderung den Wert der seinem Rückforderungsrecht unterliegenden Ware nicht erreicht), gut daran tun, den Kaufpreis, der ihm nach der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters doch noch angeboten wird, nicht auszuschlagen, sondern anzunehmen und somit noch während des Insolvenzverfahrens die weitere Durchführung des Vertrages zu ermöglichen.

4.112 Günstiger wäre für den Verkäufer allenfalls ein Rücktritt vom Vertrag. Dazu bedarf es jedoch auch in den Fällen des § 103 InsO²⁸⁶ eines besonderen *Rücktrittsgrundes*, der seinerseits normalerweise²⁸⁷ einen Verzug des Käufers voraussetzt (vgl. §§ 326, 455 I BGB). Ein solcher wird oft, aber doch nicht notwendig schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten sein. Befand sich der Schuldner bei Verfahrenseröffnung noch nicht in Verzug, so kann er jedenfalls dann, wenn er

wirtschafts-Zweiterwerbers. Vgl. zu der Rechtsstellung eines solchen Zweiterwerbers auch u. Rn. 7.59 ff. und HK-InsO/MAROTZKE² § 107 Rn. 41 f. m. w. N.

282 Zum Besitzrecht (§ 986 BGB) des Vertragspartners vgl. u. Rn. 7.35 ff.

283 Genauer u. Rn. 5.94 mit Fn. 329.

284 Unhaltbar ist die Auffassung von v. VÖLDERNDORFF (KO § 15 Anm. V S. 234) und PLETZSCH (S. 105), aus § 17 II KO (§ 103 II 2, 3 InsO) ergebe sich, daß der Vertragspartner immer schon dann, wenn sich der Konkursverwalter gegen die Erfüllung des Vertrages entscheide, berechtigt sei, sich durch einseitige Erklärung – also nicht notwendig durch Teilnahme am Konkursverfahren! – vom Vertrag zu lösen. Dennoch stimmen mit ihm zumindest im Ergebnis überein: FELDHAUS JZ 1956, 313, 316; FITTING^{1/2} S. 39; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 207 (dazu noch u. Rn. 5.96 mit Fn. 343); WIECHERS S. 32 ff. (der m. E. das Institut der positiven Forderungsverletzung überdehnt); wohl auch MARKMANN S. 66 f., 69, 75, 87 f., 90 (dazu noch u. Rn. 5.96 mit Fn. 344).

285 Vgl. o. Rn. 3.37 ff.

286 **Str.**; vgl. soeben Fn. 284.

287 Zu den Fällen, in denen der Kauf dem Verbraucherkreditgesetz (demnächst wohl §§ 491 ff., 499 ff. BGB) unterliegt, vgl. u. Rn. 7.63 ff.

über genügend freies Vermögen zur Befriedigung des Gläubigers verfügt²⁸⁸, nicht allein dadurch in Verzug geraten, daß der *Insolvenzverwalter* die Erfüllung ablehnt²⁸⁹. Befindet sich der Käufer trotz der Erfüllungsablehnung »seines« Insolvenzverwalters noch nicht in Verzug und bietet er (oder ein Dritter²⁹⁰) den noch offenen Kaufpreis aus nicht zur Insolvenzmasse gehörendem Vermögen an, so kann der Käufer selbstverständlich auch dadurch nicht in Verzug geraten, daß der Verkäufer ihm gegenüber (oder gegenüber dem Dritten) von seinem infolge der Erfüllungsablehnung des Verwalters entstandenen Recht, den nun doch noch angebotenen Kaufpreis zurückzuweisen (Rn. 4.110), Gebrauch macht. Denn wenn der Verkäufer die Zahlung des Schuldners (oder des Dritten) zurückweist, erklärt er damit konkludent sein Einverständnis mit dem Ausbleiben des (Rest-)Kaufpreises. Man mag darüber streiten, ob in diesem Einverständnis eine Rücknahme der zum Eintritt des Verzugs erforderlichen Mahnung oder kalendermäßigen Zeitbestimmung liegt. Zumindest wird man anerkennen müssen, daß der Schuldner das Unterbleiben der Kaufpreiszahlung dann, wenn die Nichtzahlung vom Einverständnis des Gläubigers gedeckt ist, nicht zu vertreten hat. Auch daran müßte der Verzugseintritt gem. § 285 BGB scheitern.

Völlig unabhängig von derartigen Überlegungen hat sich für nach dem 31. 12. 1998 beantragte²⁹¹ Insolvenzverfahren über das Käufervermögen insofern eine besondere Rechtslage ergeben, als das Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers nach Sinn und Zweck der §§ 107 II 1, 112 Nr. 1 InsO nunmehr ausgeschlossen²⁹² sein muß, soweit der in § 455 I BGB vorausgesetzte Verzug bereits vor dem Insolvenzantrag eingetreten war und durch den Rücktritt ein noch nicht erloschenes Recht des Insolvenzverwalters, sich *für* die Erfüllung des Vertrages zu entscheiden, vereitelt würde. **4.113**

7. Rückabwicklungsschuldverhältnisse

Nach einer im Grundsatz unbestrittenen Auffassung soll § 17 KO bzw. nunmehr § 103 InsO nicht nur auf beiderseits nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge, sondern auch auf die Erfüllung der aus gegenseitigen Verträgen hervorgegangenen und beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Rückabwicklungsschuldverhältnisse anzuwenden sein²⁹³. In Betracht kommen beiderseits noch **4.114**

288 Ein seit Einbeziehung des »Neuerwerbs« (dazu o. Rn. 2.87 Fn. 188) eher seltener Fall!

289 Dazu u. Rn. 5.91 ff., besonders Rn. 5.95 ff.

290 Z. B. jemand, dem er vor der Verfahrenseröffnung seine Anwartschaft aus der bedingten Übereignung übertragen hat (vgl. u. Rn. 7.61 ff. und zur dogmatischen Konstruktion der sog. »Anwartschaftsübertragung« MAROTZKE, Das Anwartschaftsrecht ... S. 18–44).

291 Zum Übergangsrecht Vgl. o. Rn. 1.10 f.

292 Vgl. auch Rn. 3.46, 7.58 (mit Fn. 136), 7.66.

293 RG LZ 1915 Sp. 217 Nr. 17; BGH WM 1961, 482, 485 f. (ad 5.); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 28, 90 ff. (auch JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 19); HENCKEL JZ 1987, 361; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 17 Anm. 2 c; HESS KO⁵ § 17 Rn. 13; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 21, 31; GUTEWORT S. 40 f.; KAEHLER S. 311 f.; KEPPLINGER S. 336 ff.; KIPPENBERG S. 50 f., 62 f.; KÖRBER S. 43; LARENZ in Festschr. f. Michaelis

nicht erfüllte Schuldverhältnisse aus Rücktritt (§§ 346 ff., 327 BGB), aus Wandelung (§§ 462, 465, 467 BGB) und – soweit nicht die Anwendung der Saldotheorie zu einem einseitigen (Geld-)Anspruch nur einer der Parteien führt²⁹⁴ – aus ungerichtfertiger Bereicherung (§§ 812 ff. BGB). Da solche Rückabwicklungsschuldverhältnisse Nachwirkungen der ihnen vorausgegangenen – wenn auch vielleicht von vornherein unwirksamen – gegenseitigen Verträge darstellen und i. d. R. ebenso wie diese Zug um Zug zu erfüllen sind²⁹⁵, läßt sich gegen eine (analoge) Anwendung des § 103 I InsO im Prinzip nichts einwenden. Denn Hauptzweck des § 103 InsO ist ja gerade, dem Insolvenzverwalter die Einziehung von Forderungen der Masse zu ermöglichen, die der Gegner nur Zug um Zug gegen eine Leistung des Verfahrensschuldners (bzw. des Insolvenzverwalters) zu erfüllen braucht²⁹⁶. Wie so oft, steckt aber auch bei der analogen Anwendung des § 103 InsO auf Rückabwicklungsschuldverhältnisse der Teufel im Detail:

- 4.115** Angenommen, der Schuldner hat vor Eintritt der Insolvenz Waren gekauft, die ihm umgehend geliefert und ohne Eigentumsvorbehalt übereignet werden. Ein Insolvenzverfahren ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht eröffnet²⁹⁷. Da der Schuldner (Käufer) nach einer Anzahlung von 10 % des Warenwertes in Verzug gerät und eine ihm nach § 326 I BGB bestimmte und mit Ablehnungsandrohung verbundene Nachfrist versäumt, tritt der Verkäufer vom Kaufvertrag zurück. Erst dann wird Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners

-
- S. 193, 208, 211; H. LEHMANN in Festschr. f. R. Schmidt S. 343, 357 f.; LETZGUS S. 73; MARKMANN S. 42; MELLWIG S. 145 ff.; OFFTERMATT S. 121 (ad f.), 124 ff.; SANDROCK S. 89; SERICK Bd. I § 13 II 2 a (S. 341); SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang 143; STRACKE S. 103; WARNEYER KO § 17 Anm. I; WÖERLE JW 1934, 663, 664 f.; STAUDINGER/KESSAL-WULF, 1998, VerbrKrG § 10 Rn. 101; vgl. auch v. OLSHAUSEN MDR 1975, 969, 972 ff. (der dies aber nicht für den Fall anerkennt, daß die rückgängig zu machende Leistung des Gemeinschuldners in einer Verfügung besteht, die ihre Wirksamkeit nur den §§ 932 ff. BGB verdankt); dens. in Festschr. f. Gaul, 1997, S. 497, 514 ff.
- 294 Was aber längst nicht immer der Fall ist (vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 28; LARENZ, Schuldrecht Bd. II, 12. Aufl. 1981, § 70 III S. 582; BGH NJW 1963, 1870 f.; auch u. Rn. 5.48).
- 295 Für das infolge Rücktritts oder Wandelung entstandene Schuldverhältnis folgt das aus §§ 320, 322 i. V. m. §§ 348, 467 S. 1 BGB; für das bereicherungsrechtliche Schuldverhältnis entweder aus der Saldotheorie (BGH und LARENZ jeweils a. a. O.; WILHELM JZ 1995, 575 f.) oder, falls diese nicht anwendbar ist (vgl. LARENZ a. a. O.; MEDICUS¹⁸ Rn. 227 ff.), aus § 273 BGB (vgl. MEDICUS¹⁸ Rn. 225) bzw. aus einer analogen Anwendung des § 348 BGB (vgl. LARENZ/CANARIS, Schuldrecht Bd. II 2, 13. Aufl. 1994, § 73 III 2 c S. 325 – mit grundsätzlicher Ablehnung der Saldotheorie ad § 73 III 7 S. 334 ff.).
- 296 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff. Weder durch den Wortlaut noch durch den soeben bezeichneten Zweck des § 103 I InsO ist die kühne These von BRUNS (ZZP 110 [1997] 305, 329 ff.) gedeckt, daß der Insolvenzverwalter ein auf einem insolvenzbedingten Lösungsrecht des Vertragspartners beruhendes und beiderseits noch nicht vollständig erfülltes Rückabwicklungsschuldverhältnis dadurch, daß er die Erfüllung wähle, wieder in das ursprüngliche Primärschuldverhältnis zurückverwandeln könne (vgl. hiergegen schon HK-InsO/MAROTZKE² § 119 Rn. 3; SCHWÖRER Rn. 29 ff.).
- 297 Also kein Fall des – in das neue Insolvenzrecht ohnehin nicht übernommenen – § 44 I KO!

(Käufers) gestellt²⁹⁸. Der Antrag hat Erfolg. In diesem Fall wird sich der Insolvenzverwalter hüten, den Verkäufer auf Kaufpreisrückzahlung in Anspruch zu nehmen und dadurch den dem Verkäufer zustehenden Gegenanspruch auf Rückgewähr der Ware, der eigentlich nur als Insolvenzforderung (§§ 38, 45 Satz 1 InsO) geltend gemacht werden kann, analog § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer Masseverbindlichkeit aufzuwerten. Der Insolvenzverwalter wird die Erfüllung des Rückgewährschuldverhältnisses also nicht verlangen, sondern ablehnen.

Nach OFFTERMATT soll der Verkäufer in diesem Fall »nur einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Rückgewährschuldverhältnisses als Konkursforderung nach § 26 Satz 2« KO (jetzt § 103 II 1 InsO) haben, auf den er sich die ihm verbleibende Anzahlung des insolventen Käufers anrechnen lassen müsse²⁹⁹. Dieser Ansicht liegt die Vorstellung zugrunde, daß ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem dem § 17 KO bzw. § 103 InsO unterliegenden Vertrag beruht, nach einer Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters stets berechtigt sei, gemäß oder analog § 325 BGB (oder § 326 BGB) Ersatz seines etwaigen Differenzschadens zu verlangen³⁰⁰. Ob diese Prämisse in allen Fällen zutrifft, braucht hier noch nicht entschieden zu werden³⁰¹. Denn die zu den §§ 325, 326 BGB entwickelten Grundsätze können schon deshalb nicht ohne weiteres zur Berechnung der dem Verkäufer zustehenden Insolvenzforderung herangezogen werden, weil das BGB etwaige Störungen des infolge Rücktritts entstandenen *Rückgewährschuldverhältnisses* nicht den §§ 325, 326 unterstellt³⁰², sondern in § 347 BGB besonders regelt³⁰³, und weil § 348 BGB die zu den §§ 325, 326 BGB entwickelte Differenzmethode im Rahmen der §§ 346 ff. BGB jedenfalls insoweit, wie sich ein Anspruch auf Schadensersatz nicht aus § 283 BGB herleiten läßt³⁰⁴, durch die aus-

298 Bei dieser Fallgestaltung (Insolvenzantrag erst nach der Rücktrittserklärung des Verkäufers) stellt sich nicht die bei Rn. 4.113 angesprochene Frage einer analogen Anwendbarkeit des § 112 Nr. 1 InsO.

299 OFFTERMATT S. 127; sachlich übereinstimmend STRACKE S. 104; vgl. auch RG LZ 1915 Sp. 217 Nr. 17; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 90; LARENZ in Festschr. f. Michaelis S. 193, 211; TINTELNOT ZIP 1989, 144, 152; UHLENBRUCK, Gläubigerberatung S. 281 f.

300 OFFTERMATT S. 151 ff.

301 Vgl. zu dieser Frage u. Rn. 5.14 ff., 5.31 ff., 5.64 ff., 5.113 ff.

302 Vgl. z. B. RGZ 93, 47 ff. (keine Anwendung des § 326 BGB auf das infolge Wandelung entstandene Rückgewährschuldverhältnis).

303 Hat der insolvente Schuldner – wie in dem gebildeten Fall – eine Sache zurückzugewähren, so wird ihm diese Leistung zwar i. d. R. unmöglich werden, wenn der Insolvenzverwalter seine Mitwirkung verweigert (vgl. u. Rn. 5.76 ff.). Ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers aus §§ 347 Satz 1, 989 BGB wird aber meist daran scheitern, daß den insolventen Schuldner kein Verschulden trifft. Der u. Rn. 5.86 f. angesprochene § 279 BGB hilft bloß dort weiter, wo das Gesetz nicht »Verschulden«, sondern nur »Vertretenmüssen« verlangt.

304 Zu diesem Sonderfall, der nicht allein schon durch eine Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters herbeigeführt werden kann, vgl. RGZ 66, 61, 67 ff.; 96, 20, 23. Die in diesen Entscheidungen bejahte Anwendbarkeit der zu § 325 BGB entwickelten Differenzmethode auf den im konkreten Fall aus § 283 BGB folgenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Rückgewähranspruchs aus Wandelung ist wegen § 467 Satz 1 BGB nicht unbedenklich. Vgl. auch PALANDT/HEINRICHS BGB³⁶ § 348 Rn. 1;

drückliche Bestimmung ausschließt, daß »die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien« – also solche aus § 346 und aus § 347 BGB – »Zug um Zug zu erfüllen« sind³⁰⁵. Im Insolvenzverfahren des Rückgewährschuldners (Käufers) würde eine Beschränkung des Gläubigers (Verkäufers) auf einen bloß Zug um Zug zu erfüllenden Rückgewähranspruch freilich bedeuten, daß er die auf den Schätzwert (§ 45 Satz 1 InsO) seines Rückgewähranspruchs entfallende *Quote* (§§ 38, 103 II 1 InsO) nur erhält, wenn er dem Insolvenzverwalter die vom Schuldner bereits geleistete Anzahlung *vollständig* erstattet (wozu er ohne weiteres *berechtigt*, aber schon unabhängig von § 103 InsO³⁰⁶ nur Zug um Zug gegen *volle* Rückgewähr der Ware *verpflichtet* ist).

- 4.117** Vor dieser Zumutung bewahrte den Gläubiger (Verkäufer) nach *bisherigem* Insolvenzrecht der § 54 IV KO. Diese Vorschrift eröffnete dem Gläubiger die Möglichkeit, mit seiner Schätzwertforderung gegen den Rückzahlungsanspruch der Masse aufzurechnen und dann ohne weiteres die auf den verbleibenden Restanspruch entfallende Konkursquote zu verlangen. Allerdings versagte dieser Ausweg, wenn nicht der Gemeinschuldner, sondern sein Vertragspartner die Position des Käufers innehatte und – z. B. aufgrund schon vor der Konkurseröffnung vollzogener (§ 465 BGB) Wandelung³⁰⁷ – den Kaufpreis für die mangelhafte und daher meist zu teuer bezahlte Ware zurückverlangte. Denn nach § 54 IV KO konnte zwar »eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers«, nicht aber auch eine solche des Gemeinschuldners »zum Zwecke der Aufrechnung« auf einen Geldbetrag umgestellt werden³⁰⁸. Konnte der Käufer die auf seinen Rückzahlungsanspruch entfallende Konkursquote demnach nur gegen vollständige Rückgewähr der Ware verlangen? In der 1985 erschienenen ersten Auflage dieses Buches hatte ich mich auf S. 114 dafür ausgesprochen, diese Frage trotz des scheinbar naheliegenden Umkehrschlusses aus § 54 IV KO³⁰⁹ zu verneinen und dem Vertragspartner (Rückgewährgläubiger) des Gemeinschuldners auch hier das Recht zugestehen, sich die Zumutung, die auf den eigenen Rückgewähranspruch entfallende Konkursquote(!) nur Zug um Zug gegen vollständige(!) Befriedigung des gegnerischen Rückgewähranspruchs verlangen zu können, durch Kürzung der eigenen Forderung um den Wert der gegnerischen zu ersparen. Denn es gebe keinen Grund, dem Gläubiger dieses Recht nur deshalb zu versagen, weil er nicht eine mit einer auf *Geld*

STAUDINGER/KADUK BGB¹² § 348 Rn. 10 und RGRK/BALLHAUS BGB § 348 Rn. 3, die diese Urteile ohne zustimmende Stellungnahme bloß referieren.

305 Selbst für den Sonderfall, daß Forderung und Gegenforderung übereinstimmend auf Geld gerichtet sind, verweist STAUDINGER/KAISER, 1995, BGB¹³ § 348 Rn. 4 lediglich auf die hier bestehende Aufrechnungsmöglichkeit und fügt hinzu: »Keinesfalls richtet sich der Anspruch des Rückgewährgläubigers nach der Differenzmethode von vornherein auf die Differenz (a. A. OLG Hamm MDR 1982, 141; SOERGEL/HADDING [BGB § 348] Rn. 2).«

306 Vgl. §§ 320, 348 BGB und o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

307 Dazu JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 90 ff.

308 Mit Recht hat HÄSEMEYER dies als »eine kaum verständliche, allenfalls im Blick auf §§ 69 KO, 34 VerglO erklärbare Inkonsequenz« bezeichnet (KTS 1973, 2, 9 Fn. 26).

309 Überwiegende Gründe sprachen freilich *gegen* solch einen Umkehrschluß. Vgl. MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 176 f. Fn. 78.

gerichteten Gegenverpflichtung »belastete« *Sachforderung* (hier hätte § 54 IV KO geholfen), sondern eine mit einer auf eine *Sache* gerichteten Gegenverbindlichkeit »belastete« *Geldforderung* an den Gemeinschuldner hat (hier versagte § 54 IV KO³¹⁰).

Nach *neuem* Insolvenzrecht geht diese Argumentation ins Leere. Denn abweichend vom bisherigen § 54 IV KO schließt § 95 I 2 InsO die Möglichkeit, eine Nichtgeldforderung zum Zwecke der Aufrechnung auf Geld umzustellen, kategorisch aus. Dem Gerechtigkeitsempfinden und den bei Rn. 5.42 angeführten zusätzlichen Argumenten entspricht es aber, auch nach Inkrafttreten der InsO der bis dahin³¹¹ ganz herrschend gewesenen Meinung insofern zu folgen, als auch sie³¹² dem Rückgewährgläubiger die Abwicklung nach der Differenzmethode ohne weiteres (insbesondere ohne Aufrechnungserklärung) erlaubt, und ihr nur insofern zu widersprechen, als sie wie selbstverständlich³¹³ unterstellt, daß es sich bei diesem Differenzanspruch nicht um einen um den Wert der eigenen Rückgewährpflicht geminderten und in den Fällen des § 45 Satz 1 InsO mit seinem Schätzwert anzumeldenden *Rückgewähr-*, sondern um einen (u. U. weitergehenden!³¹⁴) *Schadensersatzanspruch* handele³¹⁵.

Wenn die an den Schuldner gelieferte Ware noch einem *Eigentumsvorbehalt* des Vertragspartners unterliegt, kann der Insolvenzverwalter die Erfüllung des infolge wirksamen³¹⁶ Rücktritts entstandenen Rückabwicklungsschuldverhältnisses *nicht* ablehnen, soweit die auf seiten des Insolvenzschuldners entstandene Rückgewährpflicht denselben Inhalt hat wie der mit Aussonderungskraft ausgestattete dingliche Anspruch aus § 985 BGB. Denn insoweit ist auch der *schuldrechtliche* Rückgewähranspruch des Vertragspartners keine *Insolvenzforderung* (vgl. § 47 Satz 1 InsO), sondern nur eine weitere Anspruchsgrundlage neben dem zur Aussonderung berechtigenden § 985 BGB. Eine Erfüllungsablehnung kommt hier also nur hinsichtlich etwaiger Ansprüche auf Schadensersatz wegen vor Verfahrenseröffnung verschuldeter Verschlechterung der Sache (§§ 347 Satz 1, 989 BGB) oder auf Vergütung der bis zur Verfahrenseröffnung gezogenen oder schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen in Betracht (vgl. §§ 347 Satz 2, 987 BGB), keinesfalls aber hinsichtlich des die Sache selbst betreffenden Herausgabeanspruchs³¹⁷.

310 Dazu Fn. 308.

311 Ausführliche Stellungnahmen neueren Datums sind nicht ersichtlich (nur sehr knapp z. B. KEPLINGER S. 339, die wohl die in der vorliegenden Arbeit vertretene Ansicht teilt).

312 Vgl. die vorhin in Fn. 299 Genannten sowie v. OLSHAUSEN MDR 1975, 969, 972 (ad a).

313 Vgl. wiederum die vorhin in Fn. 299 Genannten.

314 Vgl. z. B. § 252 BGB. Anders nunmehr jedoch HENCKEL ZJP 99 (1986) 419, 432 (vgl. u. Rn. 5.19 Fn. 51 a. E.).

315 Soweit es um eine *bereicherungsrechtliche* Rückabwicklung geht, wird diese Unterstellung übrigens von manchen Autoren vermieden. Vgl. z. B. KAEHLER S. 312; LARENZ a. a. O. (soeben Fn. 299); v. OLSHAUSEN MDR 1975, 969, 972 (ad a) und – der o. im Text vertretenen Ansicht auch für *sonstige* Rückabwicklungsschuldverhältnisse zustimmend – KEPLINGER S. 339.

316 Vgl. hierzu unbedingt Rn. 4.113.

317 Ebenso SERICK Bd. I § 14 II 4 a S. 389 (zu § 50 VerglO); MELLWIG S. 147.

- 4.120** Nicht richtig ist die Auffassung, daß der Insolvenzverwalter durch seine Erklärung, das Rückabwicklungsschuldverhältnis nicht erfüllen zu wollen, zwar nicht das auf § 985 BGB beruhende dingliche Aussonderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers³¹⁸, wohl aber den konkurrierenden *schuldrechtlichen* Rückgewähranspruch aus § 346 Satz 1 BGB zum Erlöschen bringe³¹⁹ und an dessen Stelle eine Insolvenzforderung (§ 26 Satz 2 KO bzw. § 103 II 1 InsO) auf Ersatz des etwaigen Nichterfüllungsschadens treten lasse³²⁰. Denn so weit der trotz der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters fortbestehende dingliche Herausgabeanspruch des Vorbehaltsverkäufers reicht, kann ein Wegfall der konkurrierenden schuldrechtlichen Anspruchsgrundlage (§ 346 Satz 1 BGB) überhaupt nicht zu einem Nichterfüllungsschaden führen. Außerdem ist daran zu erinnern, daß § 103 InsO dem Insolvenzverwalter niemals ein Recht zur einseitigen Aufhebung oder Umgestaltung des gegnerischen Erfüllungsanspruchs (Rückgewähranspruchs) gewährt³²¹, sondern dem Verwalter nur das etwaige Recht »beläßt«, den Vertragspartner nach allgemeinen Grundsätzen³²² mit der Quote abzuspeisen³²³. Soweit aber jemand einen mit Aussonderungskraft versehenen dinglichen Herausgabeanspruch hat, kann er nach keiner Bestimmung der KO oder InsO zugleich auf die Rechte eines *Insolvenzgläubigers* (also auf die Quote) beschränkt sein. Davon geht auch § 47 InsO (§ 43 KO) aus, der klar und deutlich bestimmt: Wer auf Grund eines dinglichen »oder persönlichen« Rechts³²⁴ geltend machen kann, daß ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört, »ist kein Insolvenzgläubiger« (Satz 1). Sein Anspruch auf Aussonderung des Gegenstandes bestimmt sich »nach den Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten« (Satz 2).
- 4.121** Da also der Insolvenzverwalter des Käufers den dinglichen Herausgabeanspruch, der dem Vorbehaltsverkäufer im Fall des Rücktritts zusteht, durch Ablehnung der Erfüllung des Rückabwicklungsschuldverhältnisses nicht abwenden kann³²⁵, wird er sich i. d. R. *für* die Erfüllung des Rückabwicklungsschuldverhältnisses entscheiden.
- 4.122** Ablehnen wird der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Rückgewährschuldverhältnisses bei vernünftiger Würdigung des Falles nur, wenn auf seiten des in der Position des Käufers befindlichen Insolvenzschuldners Sekundärpflichten aus § 347 BGB (Schadensersatz wegen Verschlechterung der Ware, Nutzungsvergütung) entstanden sind und diese den Betrag der bereits geleisteten Anzahlung übersteigen³²⁶.

318 Insoweit gehen durchaus zutreffend nicht nur die in Fn. 317 Genannten, sondern auch OFFTERMATT S. 111 f., 122 und STRACKE S. 103 vom Fortbestehen aus.

319 So aber OFFTERMATT S. 111 f., 127; wohl auch MELLWIG S. 147 Fn. 7.

320 So aber OFFTERMATT S. 111, 121; STRACKE S. 104.

321 Vgl. o. Rn. 3.35 ff.

322 Früher §§ 3 I, 12, 26 Satz 2, 61 ff., 69, 138 ff., 149 ff. KO; nunmehr §§ 38 ff., 45, 87, 174 ff., 187 ff. InsO.

323 Vgl. o. Rn. 3.48 ff.

324 Dazu u. Rn. 7.30 mit Fn. 80.

325 Unstr.; vgl. die soeben in Fn. 317, 318 Genannten.

326 Vgl. SERICK a. a. O. (o. Fn. 317).

Lehnt der Insolvenzverwalter des Käufers die Erfüllung des Rückgewährschuldverhältnisses ab, obwohl – genau umgekehrt – die vom Insolvenzschuldner geleistete Anzahlung den Betrag seiner Sekundärpflichten (§ 347 BGB) übersteigt, so kann er zwar nicht mehr auf Erfüllung des Rückzahlungsanspruchs »bestehen« (§ 103 II 3 InsO). Wohl aber kann er die dem Vorbehaltsverkäufer nach § 985 BGB i. V. m. § 47 InsO geschuldete Rückgabe der schon gelieferten Ware davon abhängig machen, daß dieser im Gegenzug auch die bereits empfangene Anzahlung – freiwillig – zurückgewährt (§§ 273, 320, 348 BGB³²⁷). Da es sich bei dieser einredeweisen Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs nicht um ein »Bestehen auf Erfüllung«, sondern bloß um ein »Verweigern« (§§ 273, 320 BGB) der im Gegenzug geschuldeten Warenrückgewähr handelt, steht § 103 II 3 InsO nicht entgegen³²⁸.

Wird allerdings auch über das Vermögen des Vorbehaltsverkäufers ein Insolvenzverfahren eröffnet, so verliert der Insolvenzverwalter des Käufers seine die eigene Rückgewährpflicht beschränkende Zug-um-Zug-Einrede. Denn nun würde diese Einrede auf die Zurückbehaltung einer zur *Insolvenzmasse des Verkäufers gehörenden* Sache hinauslaufen. Dieses Recht hätte der Käufer (bzw. sein Insolvenzverwalter) aber nur, wenn der Rückzahlungsanspruch, bis zu dessen Erfüllung er die Herausgabe der Ware verweigern will, von dem Insolvenzverwalter des Gegners als *Masseverbindlichkeit*³²⁹ erfüllt werden müßte; daran fehlt es in dem hier (Rn. 4.122) erörterten Fall, daß der Insolvenzverwalter des Käufers die Erfüllung des Rückgewährschuldverhältnisses nicht verlangt, sondern ablehnt.

Mit Recht erkennt man an, daß § 17 KO bzw. § 103 InsO auch auf solche (beiderseits noch nicht vollständig erfüllten) Rückabwicklungsschuldverhältnisse Anwendung findet, die durch eine erst *während* des Insolvenzverfahrens abgegebene Rücktrittserklärung entstanden sind³³⁰. Denn auch in diesen Fällen gehört der auf seiten des Insolvenzschuldners entstandene Rückgewähranspruch zur Masse³³¹, und der Insolvenzverwalter kann ihn nur Zug um Zug gegen *vollständige* Erfül-

327 Zu der Streitfrage, ob es sich bei diesen Gegenrechten um Besitzrechte i. S. des § 986 BGB handelt, vgl. STAUDINGER/GURSKY, 1999, BGB § 986 Rn. 28.

328 Vgl. auch u. Rn. 5.36 a. E., 8.6 (bei Fn. 21), 10.7.

329 Vgl. o. Rn. 2.47 (mit Fn. 83), Rn. 2.70 (mit Fn. 150) und sogleich Rn. 4.128 mit Fn. 342.

330 RG LZ 1915 Sp. 217 Nr. 17 (für den Fall, daß der Rücktrittsgrund des § 455 I BGB schon vor Verfahrenseröffnung erfüllt war); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 28; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 31; KEPPLINGER S. 337, 341 f.; KÖRBER S. 51 ff.; LETZGUS S. 73; OFFTERMATT S. 128; WARNEYER KO § 17 Anm. I; vgl. ferner MARKMANN S. 42; WÖERLE JW 1934, 663, 664/665 (für die nach Verfahrenseröffnung erklärte Wandelung); von OLSHAUSEN Festschr. f. Gaul, 1997, 497, 515 (für den Fall einer vom Insolvenzverwalter durchgesetzten Vertragsaufhebung).

A. M. KIPPENBERG S. 51, 63. Vgl. auch RG JR 1927 II, 323 f. Nr. 574: »Einer Anwendung des § 17 stand im vorliegenden Falle schon der Umstand entgegen, daß der Wiederkauf nach § 497 BGB erst mit der Erklärung der Kl., daß sie ihr Wiederkaufsrecht ausübe, gegenüber dem Konkursverwalter zustande kam, so daß zur Zeit der Konkurseröffnung ein teilweise unerfüllter zweiseitiger Vertrag nicht vorlag.«

331 Vgl. auch RG LZ a. a. O.

lung der auf seiten des Insolvenzschuldners entstandenen Rückgewährpflicht durchsetzen.

- 4.126** Soweit sich die auf seiten des Schuldners entstandene Rückgewährpflicht auf schon vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistungen des Vertragspartners bezieht, ist sie, auch wenn der Rücktritt vom *Insolvenzverwalter* erklärt wurde, nur dann Masseverbindlichkeit, wenn der Insolvenzverwalter analog §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO die Erfüllung des Rückgewährschuldverhältnisses verlangt. Zwar zählt § 55 I Nr. 1 InsO zu den Masseverbindlichkeiten auch die Verbindlichkeiten, »die durch Handlungen des Insolvenzverwalters . . . begründet werden . . .«, und es liegt auch nicht fern, die Ausübung eines Rücktrittsrechts als eine »Handlung« i. S. dieser Vorschrift anzusehen. Dennoch wäre die Annahme verfehlt, daß der infolge Rücktritts des Insolvenzverwalters entstandene Rückgewähranspruch des Vertragspartners Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 1 InsO sei³³². Denn dieser Anspruch entsteht ja nicht nur deshalb, weil der Insolvenzverwalter vom Vertrag zurücktritt, sondern er resultiert aus dem Zusammenwirken *zweier* Umstände: aus dem Rücktritt *und* aus der – meist schon vor Verfahrenseröffnung erfüllten – Voraussetzung, daß der Vertragspartner überhaupt schon Leistungen erbracht hat. Diese Besonderheit gebietet es, die Frage, ob der Rückgewähranspruch des Vertragspartners von vornherein als Masseverbindlichkeit entsteht, nicht anhand der Nr. 1, sondern in Analogie zu der die Verbindlichkeiten »aus einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse« betreffenden Nr. 3 des § 55 I InsO³³³ und folglich dahingehend zu beantworten, daß eine Masseverbindlichkeit zunächst einmal³³⁴ nur hinsichtlich der *nach* Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen vorliegt³³⁵. Soweit es um *vor* Verfahrenseröffnung erbrachte Leistungen geht, ist der Rückgewähranspruch bloß Insolvenzforderung, da er insoweit unter der aufschiebenden Bedingung (§§ 77 III Nr. 1, 191, 237 I 1 InsO), daß eine der Vertragsparteien zurücktritt, bereits vor dem nach § 38 InsO maßgeblichen Zeitpunkt durch die tatsächliche Bewirkung dieser Leistungen »begründet« worden ist³³⁶ und schon deshalb³³⁷ nicht von § 55 I Nr. 1 InsO erfaßt werden kann.

332 So aber wohl KIPPENBERG S. 51, der jedoch etwas ungenau formuliert und zitiert (der Verwalter müsse »gemäß § 59 I KO . . . aus der Masse herausgeben«). Wie oben im Text hingegen von OLHAUSEN a. a. O. (soeben Fn. 330); KEPPLINGER S. 342.

333 Zum Verhältnis beider Bestimmungen zueinander vgl. HK-InsO/EICKMANN² § 55 Rn. 25; K/P/PAPE InsO § 55 Rn. 63; N/R/ANDRES InsO § 55 Rn. 123; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 59 Anm. 6; JAEGER/LENT KO⁸ § 59 Rn. 12; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 59 Rn. 19 ff.

334 Vgl. jedoch die sogleich zu prüfenden §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO.

335 Ansprüche aus einer schon *vor* Verfahrenseröffnung eingetretenen Bereicherung der (späteren) Masse werden von § 55 I Nr. 3 InsO nicht erfaßt. Vgl. u. Rn. 7.90 mit Fn. 233; allerdings auch Rn. 14.68 ff.

336 Dazu ausführlich u. Rn. 7.17 mit Fn. 44 f.

337 »Auch wenn ein Anspruch zur Zeit der Konkurseröffnung nur bedingt entstanden war, ist § 59 I Nr. 1 unanwendbar« (so KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 59 Rn. 6; vgl. auch KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 3 Anm. 4, § 59 Anm. 1 vor a; JAEGER/LENT KO⁸ § 59 Rn. 1 S. 812 im zweiten Absatz).

Es ist allerdings behauptet worden, daß ein vom *Insolvenzverwalter* erklärter Rücktritt zugleich die Wahl der Erfüllung des Rückgewährschuldverhältnisses beinhalte und somit über § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer Masseverbindlichkeit führe³³⁸. Auch das ist in dieser Pauschalität aber nicht richtig. Denn ein Rücktritt vom gegenseitigen Vertrag muß nicht notwendig von dem Bestreben getragen sein, eine bereits erbrachte Leistung zurückzuerhalten, sondern er kann u. U. auch lediglich zu dem Zweck erfolgen, den Erklärenden von noch unerfüllten Leistungspflichten aus dem ursprünglichen Vertrag zu befreien. Hatte z. B. der jetzt im Insolvenzverfahren befindliche Schuldner Waren im Wert von 30.000 DM zum Preis von 20.000 DM verkauft und den gesamten Kaufpreis schon nach Auslieferung der halben Bestellung erhalten, so kann ein Rücktritt des Insolvenzverwalters – etwa aufgrund eines vertraglichen Vorbehalts – vernünftigerweise nicht den Sinn haben, das infolge dieser Erklärung entstehende Rückgewährschuldverhältnis vollständig erfüllen zu wollen, sondern nur den Zweck, der (nach § 45 Satz 1 InsO mit ihrem Geldwert von 15.000 DM anzumeldenden) Forderung des Käufers auf die Restlieferung die Grundlage zu entziehen und den Käufer auf den um 10.000 DM niedrigeren, weil sich auf den Unterschied zwischen dem bereits gezahlten Kaufpreis (20.000 DM) und dem Wert der schon empfangenen Ware (15.000 DM) richtenden Differenzanspruch aus dem beiderseits noch unerfüllten Rückabwicklungsschuldverhältnis zu beschränken. **4.127**

Als weiteres Beispiel könnte man sich vorstellen, daß der jetzt im Insolvenzverfahren befindliche Schuldner Waren unter Eigentumsvorbehalt veräußert und geliefert hatte, der Insolvenzverwalter sodann vom Vertragspartner die Begleichung des noch offenen Restkaufpreises verlangt³³⁹ und – nachdem dieser damit in Verzug gerät – gem. § 455 I BGB vom Kaufvertrag zurücktritt. Wäre dieser Rücktritt zugleich als das Verlangen nach Erfüllung des nun entstehenden Rückgewährschuldverhältnisses zu werten, könnte der Insolvenzverwalter die vom Schuldner gelieferte Ware nur Zug um Zug gegen volle Rückerstattung der bereits geleisteten Anzahlung des Vertragspartners von diesem zurückverlangen (arg. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, § 348 BGB). Enthält der Rücktritt des Insolvenzverwalters hingegen kein nach §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu beurteilendes Verlangen nach Erfüllung des sich aus §§ 346 ff. BGB ergebenden Rückgewährschuldverhältnisses, so steht es dem Verwalter frei, nach Erklärung des Rücktritts die Herausgabe der bereits an den Käufer gelieferten Ware unter Vermeidung jeglicher (wegen § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO gefährlicher!) Berufung auf die *schuldrechtliche* Basis **4.128**

338 MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 4; UHLENBRUCK, Gläubigerberatung S. 281; OFFTERMATT S. 129; JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 19; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 28, 53 (S. 500); der o. im Text vertretenen Gegenansicht zuneigend jetzt aber wohl HENCKEL ZJP 99 (1986) 419, 428; vgl. auch von OLSHAUSEN, Festschr. f. Gaul, 1997, S. 497, 515 f. und KEPPLINGER S. 342 (anders jedoch S. 337).

339 Dieses Erfüllungsverlangen bezieht sich nur auf den primären Vertrag und ist deshalb nicht geeignet, die Verbindlichkeit des insolventen Schuldners aus dem erst später entstehenden Rückabwicklungsschuldverhältnis nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer Masseverbindlichkeit zu erheben (vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 94; a. M. Th. WOLFF KO² § 17 Anm. 6).

(§ 346 BGB) allein aufgrund des (ja noch nicht auf den Käufer übergegangenen) *dinglichen* Rechts zu verlangen und dem Einwand des Käufers, daß er die gem. § 985 BGB geschuldete Herausgabe der Ware bis zur vollständigen Rückerstattung seiner Anzahlung verweigere (§§ 320, 348 BGB), mit dem Hinweis entgegenzutreten, daß dieser Rückerstattungsanspruch Insolvenzforderung (§ 38 InsO) geblieben sei und deshalb³⁴⁰ die Zurückbehaltung von zur Insolvenzmasse gehörenden³⁴¹ Sachen nicht rechtfertige³⁴².

- 4.129** Diese beiden Beispiele dürften genügen, um die These, daß der Rücktritt des Insolvenzverwalters stets auch als ein (zu der Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO führendes) Verlangen nach Erfüllung des gem. §§ 346 ff. BGB entstehenden Rückgewährschuldverhältnisses aufzufassen sei, zu widerlegen. Ob die Rücktrittserklärung des Insolvenzverwalters ein derartiges Erfüllungsverlangen in sich schließt, kann nur von Fall zu Fall unter Würdigung aller Umstände entschieden werden.
- 4.130** Völlig außerhalb der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO steht übrigens das beidseitig verpflichtende Rückabwicklungsschuldverhältnis, welches sich aus §§ 143 I, 144 II InsO³⁴³ ergeben kann, wenn der Insolvenzverwalter eine Rechtshandlung des Schuldners, für die bereits eine Gegenleistung erbracht wurde, gem. §§ 129 ff. InsO anfecht. Denn nach § 144 II 1 InsO ist dem Anfechtungsgegner die Gegenleistung »aus der Insolvenzmasse« nur insoweit zu erstatten, wie sie »in dieser noch unterscheidbar vorhanden ist oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist«. Ergänzend bestimmt § 144 II 2 InsO: »Darüber hinaus kann der Empfänger der anfechtbaren Leistung die Forderung auf Rückgewähr der Gegenleistung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.« Es wäre absurd, wenn diese Bestimmung

340 Vgl. o. Rn. 2.47 mit Fn. 83, Rn. 2.70 mit Fn. 150.

341 Vgl. o. Rn. 2.50 ff., 2.70 f.

342 **Im Ergebnis ebenso** MELLWIG S. 146 f. Vgl. auch o. Rn. 2.74 sowie LARENZ in Festschr. f. Michaelis S. 193, 210 Fn. 29 (für den Fall eines *nichtigen* Vorbehaltskaufs) und – für das spezielle Rückabwicklungsschuldverhältnis, das angeblich (dazu u. § 9) schon infolge einer negativen Ausübung des dem Insolvenzverwalter nach § 17 KO bzw. § 103 InsO zustehenden Wahlrechts (und damit unabhängig von den Voraussetzungen des § 455 I BGB!) entsteht – SERICK Bd. I § 13 III 3, nach dessen Ansicht der Ausschluß der Zurückbehaltung jedoch nicht eingreifen soll, wenn und soweit die Gegenansprüche des die Ware zurückhaltenden Käufers ihre Grundlage in dem – inzwischen durch das Verbraucher kreditgesetz ersetzten – Abzahlungsgesetz finden (eine durchaus fragwürdige Annahme; Nachweise zum damaligen Streitstand bei SERICK a. a. O.; kritisch auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 53).

Vgl. andererseits aber auch HÄSEMAYER KTS 1973, 2, 15: Der Vorbehaltskäufer dürfe »die Sache zurückhalten, solange ihm nicht – bis zur Wertgrenze der Anwartschaft – die Anzahlung zurückerstattet und für Nichterfüllungsschaden Ersatz geleistet« sei. Gemünzt ist diese Aussage (wie auch die von SERICK) nicht auf den Fall des auf § 455 I BGB gestützten – also vom Käufer zu vertretenden! – Rücktritts des Insolvenzverwalters, sondern auf den Fall, daß der Insolvenzverwalter die Vorbehaltsware zurückverlangt, nachdem er den Kaufvertrag aufgrund des § 17 KO bzw. § 103 InsO »annulliert« (HÄSEMAYER a. a. O.) hat – was er jedoch allein aufgrund des § 17 KO bzw. § 103 InsO gar nicht kann (vgl. o. Rn. 3.5 ff., 3.48 ff., 4.1 ff., 9.14 ff. und – direkt zu HÄSEMAYER – JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 52, 55).

343 Vgl. zu § 144 II InsO u. Rn. 7.120 ff.

gerade in ihrem Hauptanwendungsfall³⁴⁴, in dem der Insolvenzverwalter von dem Anfechtungsgegner die »Erfüllung« der Rückgewährpflicht aus § 143 I InsO verlangt, durch § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO verdrängt würde.

Ebenso verhält es sich in den Fällen des – mit § 144 II 1 InsO zweckverwandten³⁴⁵ **4.131** – § 81 I 3 InsO³⁴⁶. Das Verlangen des Insolvenzverwalters nach Rückgewähr eines Gegenstandes, über den der Schuldner nach Verfahrenseröffnung unwirksam (§ 81 I 1 InsO) verfügt hat, kann unmöglich zur automatischen Folge haben, daß eine etwaige Verpflichtung zur Rückgewähr der Gegenleistung über das in § 81 I 3 InsO bezeichnete Maß hinaus zu einer Masseverbindlichkeit erhoben wird. Auch hier ist also kein Raum für eine (analoge) Anwendung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO.

Ausgeschlossen ist eine analoge Anwendung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO in **4.132** beiden Fällen (Rn. 4.130 f.) selbst insoweit, als es darum gehen könnte, dem Insolvenzverwalter wenigstens das *Recht* zu verschaffen, etwaige auf Rückgewähr der eigenen Leistung gerichtete Ansprüche des Empfängers der gem. § 81 I 1 InsO unwirksamen oder anfechtbaren (§§ 129 ff. InsO) Leistung des Schuldners über den sich aus § 81 I 3 bzw. § 144 II 1 InsO ergebenden Rahmen hinaus als *Masseverbindlichkeit* zu erfüllen. Denn für das von § 103 I InsO verfolgte Anliegen, dem Insolvenzverwalter die Einziehung von Ansprüchen zu ermöglichen, die von der (vollständigen) Erfüllung einer Gegenverbindlichkeit abhängen³⁴⁷, besteht in den Fällen der §§ 81, 143, 144 InsO schon deshalb kein Bedürfnis, weil der Empfänger der unwirksamen bzw. anfechtbaren Leistung des Schuldners deren Rückgabe an den Insolvenzverwalter nur insoweit³⁴⁸ von der Erfüllung eines etwaigen Gegenanspruchs auf Rückerstattung einer selbst schon erbrachten Gegenleistung abhängig machen darf, wie dieser nach Lage des Falles als Aussonderungsanspruch oder zumindest als Masseverbindlichkeit »aus der Insolvenzmasse« (§§ 81 I 3, 144 II 1 InsO) erfüllt werden muß³⁴⁹.

344 Vielleicht müßte man sogar sagen: »... einzigen Anwendungsfall ...«. Vgl. JAEGER/LENT KO⁸ § 38 Rn. 3, wo die Auffassung vertreten wird, daß der rechtliche Grund der vom Anfechtungsgegner erbrachten Gegenleistung nicht schon zur Zeit der Anfechtungserklärung (so aber wohl COSACK S. 279 f.), sondern erst bei Erfüllung des auf § 37 KO (jetzt § 143 InsO) beruhenden Rückgewähranspruchs der Masse wegfallt.

345 Vgl. u. Rn. 7.120 ff.

346 Zu dieser dem bisherigen § 7 II KO entsprechenden Bestimmung vgl. u. Rn. 7.113 ff.

347 Zu diesem Gesetzeszweck vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

348 Für die Fälle des § 7 KO (§ 81 InsO) sogar noch strenger BLEYER KO § 7 Anm. 4: Wegen § 15 Satz 1 KO (§ 91 I InsO) könne dem Konkursverwalter die Rückgewähr nicht einmal bis zur Berichtigung der Masseschuld aus § 7 II KO (§ 81 I 3 InsO) verweigert werden.

349 Das folgt aus dem Wesen dieser speziellen Rückabwicklungsschuldverhältnisse (vgl. den »Sofern-Nicht«-Satz des § 273 I BGB) und der Abgrenzungsfunktion der §§ 7 II, 38 KO bzw. §§ 81 I 3, 144 II InsO (die gerade in dem Normalfall, daß der Insolvenzverwalter eine unwirksame Leistung des Schuldners zurückverlangt, nicht über § 273 I BGB zu Lasten der Masse vereitelt werden darf). Im Ergebnis ebenso COSACK S. 279 f., 282; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetz, 1997, KO¹⁷ § 38 Anm. 3, 4; JAEGER/LENT KO⁸ § 38 Rn. 4, 8; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 38 Rn. 11, 15; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 38 Rn. 3, 5; FK-InsO/DAUERNHEIM² § 144 Rn. 9; N/R/NERLICH InsO § 144 Rn. 11, 13; SMID/ZEUNER InsO¹ § 144 Rn. 6, 9; K/P/PAULUS InsO § 144 Rn. 8 f.; vgl. auch BLEYER KO § 38 Anm.

8. Die Forderung der Masse und die Zug-um-Zug-Einrede des Gegners beruhen nicht auf demselben oder nicht auf einem gegenseitigen Vertrag

a) Sinngemäße Anwendung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO?

aa) Eine juristische Falle

4.133 Die Ausführungen bei Rn. 2.8 ff. haben ergeben, daß die verbreitete These, das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB könne gegenüber dem Insolvenzverwalter des Gegners nicht geltend gemacht werden, wenn die es begründende Forderung bloß Insolvenzforderung sei, nur unter der Voraussetzung zutrifft, daß der zurückbehaltene Gegenstand (bereits jetzt) zur Insolvenzmasse gehört³⁵⁰. Die Entscheidung des RG³⁵¹, daß sich jemand, der dem späteren Gemeinschuldner mit zwei in Fortsetzungszusammenhang stehenden Verträgen Waren (Zucker) verkauft habe, gegenüber dem Anspruch des Insolvenzverwalters auf Erfüllung des *zweiten* Vertrages nicht wegen noch offener Kaufpreisforderungen aus dem *ersten* Vertrag auf § 273 BGB berufen könne, erwies sich deshalb als unzutreffend³⁵². Da die zurückbehaltene Ware in dem vom RG entschiedenen Fall noch nicht zur Insolvenzmasse gehörte, hätte sie bis zur Bezahlung (auch) der mit dem ersten Vertrag verkauften Ware nicht nur gegenüber dem Käufer, *sondern bei dessen Insolvenz auch gegenüber dem Verwalter* zurückbehalten werden können (und zwar unabhängig davon, ob der dem Lieferungsverlangen des Insolvenzverwalters zugrundeliegende – also der zweite – Vertrag auf Käuferseite schon vor Verfahrenseröffnung vollständig erfüllt war oder nicht³⁵³).

2 (und o. Fn. 348). **Unklar** Hess KO⁶ § 38 Rn. 8 (die von ihm bei § 38 Satz 2 KO erwähnte Entscheidung BGH WM 1986, 841 ff. = ZIP 1986, 787 ff. = NJW-RR 1986, 991 ff. besagt m. E. nur, daß der Anspruch aus § 38 Satz 1 KO zur Anwendung des § 273 BGB führen kann); ders. InsO¹ § 144 Rn. 24.

350 Vgl. besonders Rn. 2.46 bis 2.71.

351 RGZ 77, 436 ff.

352 Vgl. o. Rn. 2.47, 2.58 ff.

353 Der Umstand, daß der Insolvenzschuldner nicht nur den ersten, sondern auch den mit dem Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters geltend gemachten *zweiten* Vertrag noch nicht vollständig erfüllt hat, ist kein sachlicher Grund, der es rechtfertigen könnte, die Insolvenzmasse hinsichtlich der auf den *ersten* Vertrag gestützten Zug-um-Zug-Einrede des Verkäufers besser zu stellen, als sie stünde, wenn der Insolvenzschuldner den zweiten Vertrag bereits vor Verfahrenseröffnung vollständig erfüllt hätte. Auch Sinn und Zweck der – nur im ersten Fall anwendbaren – §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO (s. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.) erfordern solch eine Ungleichbehandlung nicht. **A. M.** aber wohl HANISCH S. 219: »Das Zusammenspiel der Wahlbefugnis nach § 17 KO, die dem Schuldner nicht zusteht, mit der Umwandlung der Vertragspflichten in Masseschulden nach § 59 Nr. 2 KO löst den Vertrag aus dem Schuldner-Bezug . . . Die Nachfolge der Masse in den konkreten Vertrag, dessen Erfüllung der Konkursverwalter gewählt hat, begrenzt . . . die Gegenrechte des Vertragsgegners. Deshalb kann dieser der Masse gegenüber nicht das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB wegen einer im weitesten Sinne konnexen, aber nicht aus diesem Vertragsverhältnis entspringenden Forderung geltend machen.« Allerdings folgt dann so gleich das *nicht* auf die Fälle des § 17 KO / § 103 InsO beschränkte Argument: »Das

Akzeptiert man dies, so stellt sich die Frage, wie der Insolvenzverwalter des Käufers vorgehen soll, wenn er gem. § 103 InsO die Erfüllung des zweiten Kaufvertrages verlangt hat und dann plötzlich mit einer auf den *ersten* Kaufvertrag gestützten Zug-um-Zug-Einrede des Verkäufers konfrontiert wird: Gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO sind die noch offenen Kaufpreisschulden des Insolvenzschuldners aus dem Vertrag, dessen Erfüllung der Verwalter verlangt hat, nun Masseverbindlichkeiten. Wenn der Insolvenzschuldner nicht vorleistungspflichtig ist, braucht der Verwalter diese Masseverbindlichkeiten (Kaufpreis) gem. § 320 BGB nur Zug um Zug gegen Bewirkung der vertraglichen Gegenleistung (Ware) zu erfüllen³⁵⁴. Und diese Gegenleistung wiederum kann der Vertragspartner gem. § 273 BGB verweigern, bis ihm die mit dem *ersten* Vertrag verkaufte Ware vollständig bezahlt wird, wozu der Insolvenzverwalter des Käufers aber gar nicht verpflichtet ist, weil er ja bloß die Erfüllung des *zweiten* Vertrages gewählt und deshalb nicht auch die Kaufpreisschuld aus dem *ersten* Vertrag gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO in eine Masseverbindlichkeit verwandelt hat³⁵⁵. Obwohl der Insolvenzverwalter zur Erfüllung des ersten Vertrages nicht verpflichtet ist, gerät er aber hinsichtlich der von ihm verlangten Erfüllung des *zweiten* Vertrages in Gläubigerverzug, wenn er zwar die ihm aufgrund dieses Vertrages angebotene Leistung des Verkäufers anzunehmen bereit ist, die verlangte Bezahlung (auch) der mit dem *ersten* Vertrag verkauften Ware jedoch nicht anbietet (§ 298 BGB³⁵⁶). In diesem Fall verliert der Insolvenzverwalter gem. §§ 322 III, 274 II BGB das ihm an sich nach § 320 BGB zustehende Recht, die gem. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO gewählte Erfüllung des zweiten Vertrages seinerseits bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern.

Der Insolvenzverwalter des Käufers scheint sich hier also in der unglücklichen Lage zu befinden, den *zweiten* Vertrag als Masseverbindlichkeit erfüllen zu müssen, obwohl er die auf demselben Vertrag beruhende Gegenforderung der Masse, durch deren Geltendmachung er die Rechtsfolge gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO überhaupt erst ausgelöst hat, nur Zug um Zug gegen Erfüllung auch des *ersten* Vertrages durchsetzen kann.

bb) Ausweg

M. E. sollte man dieses Ergebnis nicht hinnehmen. Einem Insolvenzverwalter, der gem. § 103 InsO Erfüllung verlangt und dann mit einer Zug-um-Zug-Einrede kon-

würde zu einer unerträglichen absonderungsähnlichen Wirkung führen« (vgl. dazu o. Rn. 2.58 Fn. 117, Rn. 2.63 mit Fn. 128).

354 Daß wegen anderer Forderungen (hier: wegen der Kaufpreisforderungen aus dem *ersten* Vertrag; vgl. sogleich im Text) auch diese Gegenleistung zurückbehalten werden darf, steht einer Zurückbehaltung der Leistung nicht entgegen; vgl. RGZ 118, 295, 299 f. und STAUBINGER/SELB, 1995, BGB¹⁵ § 273 Rn. 12 (je zu § 273 BGB). S. auch BGHZ 90, 354 ff.

355 Insoweit zutreffend RGZ 77, 436, 439 f.; vgl. auch u. Rn. 4.144.

356 Diese Bestimmung setzt nicht voraus, daß der Gläubiger (hier: der Insolvenzverwalter bzw. die Masse) die Leistung, bis zu deren Bewirkung der Schuldner seine Leistung verweigern kann, wirklich selbst schuldet, sondern muß z. B. auch dann anwendbar sein, wenn die Zug-um-Zug-Einrede des Schuldners nur mittelbar über § 404 BGB wirkt.

frontiert wird, die auf einem anderen Vertrag beruht als sein Erfüllungsverlangen, muß man vielmehr das Recht zubilligen, die nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandene Masseverbindlichkeit durch einen Widerruf – zumindest jedoch durch eine Anfechtung³⁵⁷ – des zuvor erklärten Erfüllungsverlangens zu beseitigen. Die in der Zubilligung dieses Rechts liegende Einschränkung des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO ist methodisch unbedenklich. Als man § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO schuf, dachte man nicht an den hier erörterten Sonderfall, sondern an den durch diese Vorschrift nahezu inhaltsgleich³⁵⁸ übernommenen bisherigen § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO, der seinerseits identisch ist mit § 52 I Nr. 2 Alt. 1 der ursprünglichen KO von 1877. Im Jahre 1877 war die nach § 273 I des – erst am 1. 1. 1900 in Kraft getretenen – BGB bestehende Möglichkeit »vertragsübergreifender« Zurückbehaltungsrechte an noch nicht im Eigentum des Gegners (Insolvenzschuldners) stehenden Gegenständen und Leistungen zumindest dem *kodifizierten* Recht derart fremd³⁵⁹, daß die Verfasser der KO auf sie keine Rücksicht nahmen. Nachdem sich dieser bürgerlichrechtliche Bezugsrahmen mit Inkrafttreten des BGB und seines weitgehend *insolvenzfesten* (weil nicht nur zur Zurückbehaltung von dem *Gegner* gehörenden Gegenständen berechtigenden) § 273 I geändert hat, muß hierauf mit einer »harmonisierenden« Auslegung des § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO reagiert werden. Mit Gesetzesungehorsam, der zu tadeln wäre, hat das nichts zu tun (vgl. auch Rn. 4.56 f., 4.75 f. sowie zur Frage eines Anspruchs der Masse auf Rückgewähr bereits erbrachter Leistungen des Insolvenzverwalters oder des Schuldners Rn. 4.74 bei Fn. 183 und Rn. 9.88).

cc) Analoge Anwendung des § 103 I InsO

- 4.137** Eine andere Frage ist, ob der Insolvenzverwalter ein etwaiges Widerrufs- oder Anfechtungsrecht tatsächlich ausüben sollte. Die Antwort hängt zum einen von der Wertrelation der beiderseits noch ausstehenden Leistungen und zum anderen davon ab, ob der Insolvenzverwalter rechtlich überhaupt imstande ist, die durch sein Erfüllungsverlangen geltend gemachte Forderung aus dem *zweiten* Vertrag auch dann durchzusetzen, wenn der Gegner gem. § 273 I BGB berechtigt ist, seine Leistung bis zur vollständigen Befriedigung der ihm aufgrund des *ersten* Vertrags zustehenden Gegenforderung zu verweigern. Erhebt der Gegner eine derartige Zug-um-Zug-Einrede, so kann der Insolvenzverwalter den Erfüllungsanspruch der Masse nur durchsetzen, wenn er in der Lage ist, die Gegenforderung ungeachtet dessen, daß sie nicht auf *demselben* Vertrag beruht, vollständig – also nicht nur quotenmäßig – zu erfüllen und so der Einrede des § 273 BGB Rechnung zu tragen.

357 Als *Anfechtungsgrund* kommt § 119 Abs. 2 BGB in Betracht (s. o. Rn. 4.75; ebenso wohl die sich auf die Zeit vor Inkrafttreten der InsO beziehende Bemerkung von KEPPLINGER S. 349).

358 Neu ist allerdings die Einfügung des Wortes »soweit«. Zur Bedeutung dieser textlichen Änderung vgl. u. Rn. 4.165.

359 Vgl. o. Rn. 2.55 ff., 2.66.

Für den Fall, daß auch der *andere* Vertrag, auf dem die den Grund der Zurückbehaltung bildende Gegenforderung des Vertragspartners beruht, ein beiderseits noch nicht vollständig erfüllter gegenseitiger Vertrag ist, ergibt sich das Erfüllungsrecht des Insolvenzverwalters ohne weiteres aus § 103 I InsO. **4.138**

Schwieriger liegen die Dinge, wenn der Vertragspartner den Vertrag, auf dem seine zur Anwendung des § 273 BGB führende Gegenforderung beruht, seinerseits bereits vollständig erfüllt hat (z. B. durch Übergabe und Übereignung der verkauften Ware). Denn dann fällt dieser Vertrag nicht unter den Wortlaut des § 103 I InsO, und man könnte deshalb auf den Gedanken kommen, der Vorschrift im Umkehrschluß zu entnehmen, daß der Insolvenzverwalter hier unter keinen Umständen berechtigt sei, die (an sich nur eine Insolvenzforderung gem. § 38 InsO darstellende) Forderung des Vertragspartners *vollständig* zu erfüllen³⁶⁰. **4.139**

Dieser Schluß wäre jedoch übereilt. Denn Hauptzweck des § 103 InsO ist ja gerade, dem Insolvenzverwalter die Einziehung auch solcher Ansprüche zu ermöglichen, die der Verpflichtete nur Zug um Zug gegen eine Gegenleistung zu erfüllen braucht³⁶¹. Bei Schaffung der KO von 1877 kamen hier – abgesehen vielleicht vom gemeinen Recht³⁶² – nur Ansprüche aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen in Betracht. Andere Zurückbehaltungsrechte als das des heutigen § 320 BGB gewährten die damaligen Kodifikationen nur in bezug auf Sachen des *Gegners*³⁶³, und hinsichtlich dieser Zurückbehaltungsrechte war man sich einig, daß sie im Konkurs des Gegners *wegen der Massezugehörigkeit ihres Gegenstandes* ohnehin nicht geltend gemacht werden konnten (wenn die Gegenforderung, der durch die Zurückbehaltung Nachdruck verliehen werden sollte, nur Konkursforderung gem. § 3 I KO / § 38 InsO war)³⁶⁴. Die Zurückbehaltung anderer Gegenstände als solcher des Gegners, insbesondere die Zurückbehaltung von aus dem *eigenen* Vermögen zu erbringenden »Leistungen« (vgl. § 273 I BGB), wurde für die Fälle, in denen die einander gegenüberstehenden Ansprüche nicht auf einem und demselben Vertrag beruhen, erst mit Inkraftsetzung des BGB zu einer allgemein anerkannten (und bei Massefremdheit des zurückbehaltenen Gegenstandes auch konkursfesten³⁶⁵) Möglichkeit³⁶⁶. Die Begründung, die die Motive der KO dafür geben, daß ein außerhalb des Konkurses begründetes Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Konkursverwalter grundsätzlich nicht geltend gemacht werden könne, trifft auf *diese* Zurückbehaltungsrechte mangels Konkurs-

360 Vgl. etwa HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419, 422 f.; KEPPLINGER S. 348 ff. mit Fn. 1642 (die die hier vorgeschlagene analoge Anwendung des § 17 KO bzw. § 103 InsO ausdrücklich ablehnen); SERICK Bd. V S. 688 im vorletzten Absatz (zu einer ähnlich liegenden [vgl. u. Rn. 4.168] Problematik bei erweitertem Eigentumsvorbehalt).

361 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

362 Vgl. dazu o. Rn. 2.55 Fn. 106 und Rn. 2.56 Fn. 111.

363 Vgl. o. Rn. 2.51 ff.

364 Vgl. o. Rn. 2.51 ff.

365 Sehr streitig! Vgl. o. Rn. 2.47 bei Fn. 85, 86.

366 Vgl. o. Rn. 2.55 ff.

befangenen ihres Gegenstandes i. d. R. nicht zu³⁶⁷. Somit ist die rechtliche Möglichkeit, daß einem Anspruch der Insolvenzmasse auch andere Zug-um-Zug-Einreden als die des nicht erfüllten gegenseitigen Vertrages entgegengehalten werden können, größtenteils erst durch das BGB geschaffen worden. Man hat es jedoch versäumt, die alte KO – oder wenigstens die inzwischen an ihre Stelle getretene InsO – in dieser Hinsicht auf das BGB abzustimmen³⁶⁸. Dadurch hat sich eine systemwidrige *Gesetzeslücke* ergeben, die man in Anlehnung an den Rechtsgedanken schließen sollte, der in § 17 KO / § 103 InsO bezüglich der Zug-um-Zug-Einrede *des § 320 BGB* zum Ausdruck kommt. Ebenso wie § 103 InsO den Insolvenzverwalter für berechtigt erklärt, bereits bei Verfahrenseröffnung begründet gewesene Vertragspflichten des insolventen Schuldners an dessen Stelle vollständig zu erfüllen, um dafür den auf *demselben* Vertrag beruhenden Gegenanspruch der Insolvenzmasse einzuziehen zu können³⁶⁹, muß der Verwalter auch berechtigt sein, *andere* Insolvenzforderungen *voll* zu erfüllen, wenn ihretwegen gegenüber einem höherwertigen Anspruch der Masse die Zug-um-Zug-Einrede des § 273 BGB erhoben werden kann (und tatsächlich erhoben wird). Denn auch hier ist der hinter § 103 I InsO stehende Rechtsgedanke³⁷⁰ anwendbar, daß der Insolvenzverwalter an seine Verpflichtung, bereits bei Verfahrenseröffnung begründet gewesene Ansprüche gegen den insolventen Schuldner mit der Quote abzuspeisen, nicht gebunden ist, wenn nur um den Preis einer *vollständigen* Befriedigung des Gläubigers ein gegen diesen gerichteter (höherwertiger) Gegenanspruch der Masse realisiert werden kann. Da dieser Rechtssatz selbst dann anerkannt werden müßte, wenn es § 103 InsO nicht gäbe³⁷¹, bestehen keine Bedenken, ihn auch auf den vom Wortlaut des § 103 InsO nicht mitumfaßten Fall anzuwenden, daß die Zug-um-Zug-Einrede des Gegners auf einem seinerseits bereits vollständig erfüllten *anderen* Vertrag beruht als dem, dessen Erfüllung vom Insolvenzverwalter verlangt wird.

- 4.141** Konsequenterweise wird man dem Insolvenzverwalter das Recht, der einer Forderung der Masse entgegenstehenden Zug-um-Zug-Einrede des § 273 BGB durch *vollständige* Erfüllung der Gegenforderung Rechnung zu tragen, selbst dann zugestehen müssen, wenn weder Forderung noch Gegenforderung auf einem »gegenseitigen« Vertrag i. S. des § 103 I InsO beruhen. So z. B. in dem von mir bereits in JA 1988, 117, 118 ff. ausführlich erörterten Fall, daß jemand im Auftrag³⁷² eines anderen (über dessen Vermögen später das Insolvenzverfahren eröffnet wird), aber dennoch im eigenen Namen und ohne Stellvertretungsabsicht³⁷³ ein wertvolles

367 Vgl. o. Rn. 2.51 ff.

368 Die zusammen mit dem BGB in Kraft getretene KO-Novelle schweigt insoweit. Vgl. auch o. Rn. 2.66 nebst zugehörigen Fußnoten.

369 Zu diesem Gesetzeszweck vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

370 Vgl. o. Rn. 2.15 ff., 2.77 ff.

371 Vgl. o. Rn. 2.80.

372 Dieser ist als unentgeltlicher (§ 662 BGB) kein *gegenseitiger* Vertrag i. S. des § 103 InsO; vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 32.

373 Sinn dieser Unterstellung: Eigentümer des Bildes wird zunächst der Handelnde selbst, nicht sein Auftraggeber. Das ist wichtig, weil sich der Beauftragte als Insolvenzgläubiger

Gemälde für 21.000 DM erworben und bezahlt hatte und sich nun gegenüber dem Insolvenzverwalter des Auftraggebers zu Recht³⁷⁴ weigert, das Bild vor Begleichung des ihm nach § 670 BGB zustehenden Aufwendersersatzes – der sich in dem erwähnten Fall nach Abzug eines vom Schuldner bereits gezahlten Vorschusses von 20.000 DM auf 1.000 DM belief – herauszugeben und zu übereignen. Auch in solch einem Fall muß der Insolvenzverwalter berechtigt sein, durch *vollständige* Erfüllung³⁷⁵ der an sich nur eine Insolvenzforderung darstellenden Verbindlichkeit des Schuldners die Zug-um-Zug-Einrede zu beseitigen, die dem Gegner *bis* zu dieser Erfüllung gem. § 273 BGB zusteht.

dd) Analoge Anwendung des § 103 II InsO

In all diesen Fällen muß auch der *zweite* Absatz des § 103 InsO analog anwendbar sein. Hinsichtlich des § 103 II 1 InsO folgt aus dieser Feststellung unmittelbar nichts. Denn die Vorschrift hat ohnehin nur deklaratorischen Charakter³⁷⁶. Von Bedeutung sind jedoch die beiden nachfolgenden Sätze des § 103 II InsO: Analog § 103 II 2 InsO muß der Insolvenzverwalter auf Anfrage des Gegners unverzüglich erklären, ob er (auch) die den letzteren zur Erhebung der Zug-um-Zug-Einrede des § 273 I BGB berechtigende Forderung aus dem *anderen* Vertrag erfüllen will, und das Schweigen oder die ausdrückliche Ablehnungserklärung des Verwalters muß analog § 103 II 3 InsO zur Folge haben, daß er nun nicht mehr auf Erfüllung der zur Insolvenzmasse gehörenden Forderung bestehen kann. **4.142**

Erklärt der Insolvenzverwalter hingegen auf Anfrage oder ungefragt, auch die Forderungen vollständig erfüllen zu wollen, die seinem Erfüllungsverlangen aufgrund eines *anderen* Vertrages gem. § 273 I BGB entgegeng gehalten werden, so verliert er das ihm bei Rn. 4.136 für die dort behandelte Ausnahmesituation zu- **4.143**

wegen eines *bereits zur Insolvenzmasse gehörenden* Gegenstandes nicht auf § 273 BGB berufen könnte. Auch nach Treuhandsgrundsätzen kann das Bild hier nicht zur Masse gerechnet werden; vgl. KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 1 Rn. 89 (Unmittelbarkeitsprinzip).

374 Vgl. § 273 BGB sowie speziell zur Frage der Insolvenzfestigkeit o. Fn. 373 und v. TUHR Bd. I S. 304: »Verlangt z. B. der Konkursverwalter mit der a. mandati Herausgabe einer Sache, welche von B im Auftrag des Gemeinschuldners angeschafft ist, aber sich noch nicht im Eigentum des B befindet, so steht dem B die Retention wegen seiner Auslagen in vollem Maße zu.«

Zum gleichen Ergebnis gelangten FÖRSTER/ECCIUS Bd. II § 141 Fn. 121 durch eine Abkehr von der – m. E. aber zutreffenden – h. M., daß § 17 (damals § 15) KO mit »zweiseitigen« Verträgen nur »gegenseitige« Verträge i. S. der heutigen §§ 320 ff. BGB meine (vgl. soeben Fn. 372). Überhaupt nicht mehr von »zweiseitigen«, sondern nur noch von »gegenseitigen« Verträgen ist nunmehr in §§ 103 I, 55 I Nr. 2 InsO die Rede. Dennoch stimmt der o. im Text vertretenen Ansicht zu: K/P/TINTELNOT § 103 Rn. 28 i. V. m. §§ 115, 116 Rn. 9 f., 18; weitere Nachweise bei HK-InsO/MAROTZKE² § 115 Rn. 3, 7 f.; a. M. FK-InsO/WEGENER² § 115 Rn. 11, 19 f., § 116 Rn. 1, 27 f.

375 I. E. übereinstimmend die in Fn. 374 Genannten (außer WEGENER). Für FÖRSTER/ECCIUS würde sich das Recht des Verwalters, den Aufwendersersatzanspruch des Beauftragten vollständig zu erfüllen, sogar aus einer *unmittelbaren* Anwendung des § 17 KO ergeben (vgl. soeben Fn. 374).

376 Vgl. o. Rn. 3.11 f., 3.55 ff., 4.6 und u. Rn. 5.14 ff.

gestandene Recht, eine infolge seines Erfüllungsverlangens entstandene Masseverbindlichkeit (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) durch einseitige Widerrufs- bzw. Anfechtungserklärung in eine Insolvenzforderung (§ 38 InsO) zurückzuverwandeln.

ee) § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO

4.144 § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO ist zwar eine Korrespondenzvorschrift zu § 103 InsO. Dies hat jedoch keine Bedeutung für die Beurteilung der Analogiefähigkeit. Eine analoge Anwendung etwa in dem Sinne, daß *alle denkbaren* Forderungen, die einem Anspruch der Insolvenzmasse gem. § 273 BGB entgegengehalten werden können, durch das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters automatisch zu Masseverbindlichkeiten werden, ginge entschieden zu weit. Gegen solch eine Analogie spricht nicht nur, daß der Insolvenzverwalter vor gesetzlich nicht eindeutig fixierten und vielleicht sogar überraschenden Konsequenzen seines Erfüllungsverlangens geschützt werden muß. Mindestens gleich schwer wiegt, daß überhaupt kein das Mittel der Analogie rechtfertigendes Bedürfnis für eine Ausdehnung des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auf die Fälle besteht, in denen Forderung und Gegenforderung nicht auf demselben oder zwar auf demselben, aber nicht dem Erfordernis der »Gegenseitigkeit« genügenden Vertrag beruhen³⁷⁷. Denn die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO ist selbst in ihren primären Anwendungsfällen, in denen Forderung und Gegenforderung in einem und demselben gegenseitigen Vertrag synallagmatisch verbunden sind, weniger für solche Vertragspartner von Interesse, die ohnehin nur Zug um Zug zu leisten brauchen (und deshalb des Schutzes durch § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO meist überhaupt nicht bedürfen³⁷⁸), als vielmehr für einen vorleistungspflichtigen Vertragspartner³⁷⁹: Diesem gewährt die durch § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO an das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters geknüpfte Aufwertung des Gegenanspruchs zu einer Masseverbindlichkeit einen Ersatz für die ihm *nicht* zustehende Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB und das ihm von den Verfassern der KO absichtlich nicht gewährte Recht, allein schon wegen des Konkurses (Insolvenzverfahrens) die eigene Leistung bis zur Erbringung einer die Gegenleistung deckenden Sicherheit zu verweigern³⁸⁰ oder gar – wiederum allein wegen des Insolvenzverfahrens – vom Vertrag zurückzutreten und sich der eigenen Leistungspflicht auf diese Weise gänzlich zu entledigen³⁸¹. Erweist sich also die eigentliche Bedeutung des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO gerade dann, wenn die nach dieser Vorschrift zu einer Masseverbindlichkeit aufgewertete Gegenforderung *kein* Leistungsverweigerungsrecht begründet, so besteht kein Grund, die Vorschrift in dem Sinne auszudehnen, daß alle Forderungen, die irgendeinem Anspruch der Insolvenzmasse über § 273 BGB entgegengehalten werden können, durch das Erfüllungsverlangen des Verwalters automatisch zu Masseverbindlich-

377 Für den letzteren Fall möglicherweise **a. M.** FÖRSTER/ECCIUS (soeben Fn. 374, 375).

378 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.73 ff.

379 So auch OLG Hamburg OLGE 19, 206 und FITTING^{1/2} S. 39 Fn. 8 (vgl. o. Rn. 2.9 Fn. 11).

380 Vgl. o. Rn. 2.22 ff., 2.82.

381 Vgl. o. Rn. 2.16 ff., 2.83 f.

keiten aufgewertet werden: Soweit § 273 BGB auch ohne analoge Anwendung des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO insolvenzfest ist, folgt die Unzulässigkeit der Analogie aus dem Fehlen eines sie erfordernden Bedürfnisses. Soweit § 273 BGB ohne diese Analogie *nicht* insolvenzfest ist (das ist der Fall, wenn der zurückbehaltene Gegenstand schon zur Insolvenzmasse gehört³⁸²), darf diese sachlich wohlbegründete Wertung nicht durch eine analoge Anwendung des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO ins Gegenteil verkehrt werden.

Festzuhalten ist also: Der Anwendungsbereich des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO darf in den hier interessierenden Fällen nicht im Wege der Analogie erweitert, sondern er muß u. U. sogar teleologisch reduziert werden (s. Rn. 4.136). **4.145**

b) Sukzessivlieferungsvertrag und Wiederkehrschuldverhältnis

Eine weitere Auswirkung der hier vertretenen These, daß das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB grundsätzlich auch vom Insolvenzverwalter des Gegners zu respektieren ist³⁸³, betrifft die insolvenzrechtliche Relevanz der manchmal sehr spitzfindigen Unterscheidung zwischen Sukzessivlieferungsverträgen und Wiederkehrschuldverhältnissen. **4.146**

aa) Definitionen

Während man unter einem Sukzessivlieferungsvertrag *einen* Vertrag versteht, der vereinbarungsgemäß nur »sukzessive« erfüllt werden soll (z. B. Lieferung einer feststehenden Gesamtmenge Kohle in einzeln abzurufenden Teilmengen), bezeichnet man als Wiederkehrschuldverhältnis ein »Schuldverhältnis, das kraft einer, wäre es auch nur stillschweigenden, *Wiederholung des Vertragsabschlusses* fort und fort für weitere Zeitabschnitte oder für weitere Bezugsmengen neu entsteht, also nicht ein für allemal begründet ist«³⁸⁴. **4.147**

bb) Rechtliche Behandlung nach der KO

Der *konkursrechtliche* Unterschied zwischen einem Sukzessivlieferungsvertrag und einem Wiederkehrschuldverhältnis betraf in erster Linie die Anwendung des § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO, der Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird, unterschiedslos zu Masseschulden erklärte. **4.148**

Verlangte der Konkursverwalter die Erfüllung eines vom Gemeinschuldner als Käufer geschlossenen Sukzessivlieferungsvertrages, so mußte er, da § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO im Gegensatz zum neuen § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO noch nicht das die Rechtsfolge einschränkende Wort »soweit« enthielt und auch eine dem § 105 **4.149**

382 Vgl. o. Rn. 2.50 ff., 2.70 f.

383 Vgl. o. Rn. 2.48 ff., 4.133 ff.

384 RGZ 148, 326, 330.

Satz 1 InsO entsprechende Bestimmung in der KO noch nicht enthalten war³⁸⁵, *sämtliche* vom Gemeinschuldner noch nicht bezahlten Lieferungen als Masseschulden bezahlen³⁸⁶ (anders jedoch seit dem 27. 2. 1997 der BGH im Vorgriff auf das neue Insolvenzrecht³⁸⁷).

- 4.150** Anders war die Rechtslage, wenn es sich um ein Wiederkehrschuldverhältnis handelte. Dann konnte der Konkursverwalter sein Erfüllungsverlangen auf einzelne der »wiederkehrenden« Verträge beschränken mit der Folge, daß etwaige Gegenansprüche, die dem Vertragspartner aus *anderen* Elementen dieser Vertragsreihe zustanden, nicht nach § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO zu Masseschulden wurden³⁸⁸ – ein Standpunkt, der übrigens auch nach neuem Insolvenzrecht richtig ist (s. o. Rn. 4.144).
- 4.151** Zu kritisieren ist jedoch, daß bei der rechtlichen Beurteilung von Wiederkehrschuldverhältnissen – meist stillschweigend³⁸⁹ – vorausgesetzt wurde, daß der Vertragspartner (Lieferant) des Gemeinschuldners einem Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters, das auf einen oder einzelne der mehreren (und i. S. des § 273 I BGB konnexen³⁹⁰) »Wiederkehrverträge« beschränkt ist, etwaige Zug-um-Zug-Einreden nur entgegenhalten könne, soweit die sie begründenden Gegenforderungen nach § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO zu Masseschulden erstarkt seien. Diese Annahme beruht auf der bei Rn. 2.48 ff. widerlegten These, daß die Zug-um-Zug-Einrede des § 273 BGB auch dann, wenn der auf ihrer Grundlage zurückbehaltene Gegenstand (noch) nicht im Eigentum des Gegners steht, im Konkurs des letzteren versage, wenn und soweit die Gegenforderung des Zurückbehaltungswilligen nur *Konkursforderung* sei.
- 4.152** Mit dem Begriff des Wiederkehrschuldverhältnisses wollte man ursprünglich erreichen, daß der Konkursverwalter Bezugsverträge des Gemeinschuldners über

385 Zur Bedeutung dieser beiden Besonderheiten des neuen Insolvenzrechts vgl. u. Rn. 4.158 ff., 4.165.

386 RG a. a. O.; vgl. auch BGHZ 81, 90, 91; 83, 359, 362 f.; 97, 87, 90; LUTHER S. 60 f.; a. M. jedoch FENYVES, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis, 1982, S. 122 ff., 148 ff.; Hartmut OETKER, Das Dauerschuldverhältnis ..., S. 130 ff. und – allerdings bereits in der sicheren Erwartung des baldigen Inkrafttretens von § 105 Satz 1 InsO (dazu u. Rn. 4.158 ff.) – BRANDES in Prütting (Hrsg.), RWS-Forum 9, 1997, S. 1, 9; KREFT in Festschr. f. Fuchs, 1996, S. 115, 128 f. = ZIP 1997, 865, 870; OLG Dresden ZIP 1996, 715, 716 f. und seit 1997 auch der BGH (s. Fn. 387).

387 BGHZ 135, 25 ff. = LM GesO Nr. 24 m. krit. Anm. MAROTZKE = JZ 1998, 154 f. m. krit. Anm. HENCKEL = DZWIR 1998, 64 ff. m. zust. Anm. OETKER = ZIP 1997, 688 ff. m. zust. Kurzkomentar HUBER EWIR § 9 GesO 1/1997, 517 f.

388 RGZ 77, 436, 439 f.; 148, 326, 330; BGHZ 83, 359, 362. Unrichtig oder zumindest sehr mißverständlich HESS KO⁵ § 17 Rn. 42 Satz 1.

389 Z. T. aber auch ausdrücklich; s. etwa die o. Rn. 2.58 ff. behandelte Entscheidung RGZ 77, 436 ff. (wo es in der Sache um ein Wiederkehrschuldverhältnis ging; vgl. o. Rn. 2.58 f. mit Fn. 119); WEISS KuT 1927, 119, 120 f. (der seine Ansicht u. a. auf die o. Rn. 3.5 ff., 3.48 ff. widerlegte These stützt, daß die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters im Falle des § 17 KO zur »Vernichtung« des gegnerischen Erfüllungsanspruchs führe); B. MAYER KuT 1929, 182, 184 (r. Sp.).

390 Vgl. o. Rn. 2.59 mit Fn. 119.

Wasser, Heizung, Gas und elektrischen Strom mit dem bisherigen Lieferanten, der oft ein Monopol hat, fortsetzen kann, ohne sämtliche vom Gemeinschuldner noch nicht bezahlten Rechnungen für frühere Lieferungen vollständig begleichen zu müssen³⁹¹. Dieses Anliegen verdiente im Prinzip Zustimmung³⁹². Andererseits hatten aber auch diejenigen Autoren und Gerichte recht, die darauf hinwiesen, daß es einem Energielieferanten, der dem Gemeinschuldner mit Rücksicht auf den Umfang des Vertrages einen besonders günstigen Preis gewährt habe, nicht zuzumuten sei, den Konkursverwalter *zu demselben Vorzugspreis* weiterzubeliefern und gleichzeitig sich selbst hinsichtlich seiner Restforderungen aus der Zeit vor der Konkurseröffnung mit der Quote zu begnügen³⁹³. In den Jahren vor Inkrafttreten der InsO trug man dieser Billigkeitserwägung Rechnung, indem man derartige Energielieferungsverträge, soweit ihr Inhalt es zuließ³⁹⁴, nicht mehr als Wiederkehrschuldverhältnisse, sondern als Sukzessivlieferungsverträge qualifizierte³⁹⁵ und den Konkursverwalter vor die Wahl stellte, entweder deren weitere Erfüllung (zu dem mit dem Gemeinschuldner vereinbarten Preis!) zu verlangen und dafür *sämtliche* rückständigen Raten des Gemeinschuldners als Masseschulden zu erfüllen (§§ 17 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO), oder aber mit dem – i. d. R. einem Kontrahierungszwang unterliegenden³⁹⁶ – Versorgungsunternehmen einen völlig neuen Vertrag abzuschließen, dessen Erfüllung das Unternehmen nicht von der vollständigen Bezahlung aller früheren Lieferungen abhängig machen könne.

391 So z. B. RGZ 148, 326, 334 f.; FIKENTSCHER⁹ Rn. 37; HEILMANN S. 68. Vgl. dazu JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 85 f.; GRUNSKY Grundzüge⁵ Rn. 193 ff. und LARENZ¹⁴ Bd. I § 2 VI Fn. 45, die zwar nicht das vom RG verfolgte Ziel, wohl aber die zu seiner Erreichung angewandte Methode als zu begriffsjuristisch verwerfen.

392 A. M. FUCHS-WISSEMAN NJW 1984, 27 f. ad III.

393 HÄSEMAYER KTS 1973, 2, 10 ff.; HENCKEL ZZP 84 (1971) 447, 461; ders. JZ 1998, 157 I. Sp.; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 85; LUTHER S. 60 f.; MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 27 (anders die noch von KUHN bearbeitete Voraufgabe); LG Kassel ZIP 1983, 970, 971; a. M. KREFT in Festschr. f. Fuchs, 1996, S. 115, 126 Fn. 30 = ZIP 1997, 865, 869 Fn. 30; OLG Dresden ZIP 1996, 715, 717 und das in Fn. 387 erwähnte Urteil des BGH.

394 Sehr zurückhaltend aber FUCHS-WISSEMAN a. a. O. S. 28.

395 BGH LM § 17 KO Nr. 3 ; BGHZ 81, 90 ff.; 97, 87, 90 = JZ 1986, 691 ff. mit Anm. HENCKEL (es handelte sich jeweils um *Sonderkundenverträge* mit Elektrizitätsversorgungsunternehmen); OLG Frankfurt Betrieb 1981, 2072 f.; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 85 f.; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 27; a. M. noch FIKENTSCHER a. a. O.; HEILMANN a. a. O.; einschränkend auch FUCHS-WISSEMAN a. a. O.; die Frage offenlassend HÄSEMAYER a. a. O. (vgl. dazu noch u. Fn. 400) und – für einen zu *normalen* Tarifbedingungen geschlossenen Stromabnahmevertrag – BGHZ 83, 359, 361 ff.

396 Vgl. § 10 (vormals § 6) EnWG, § 20 I (vormals § 26 II) GWB, § 826 BGB; Ulrich SCHOLZ, Kontrahierungszwang in der Versorgungswirtschaft, Baden-Baden 1997 (jedoch ohne die insolvenzrechtlichen Bezüge); BGH LM § 17 KO Nr. 3; LG Kassel a. a. O. (o. Fn. 393); JAEGER/HENCKEL a. a. O. Rn. 86. **Kritisch bis ablehnend** jedoch FUCHS-WISSEMAN (o. Fn. 392); MICHALSKI JA 1979, 401, 408; FENYVES a. a. O. S. 150 f.; STRASSBURG in: Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung (Stand 1996), EnWG § 6 Rn. 138 ff.; nicht aber wohl DANNER in: Obernolte/Danner, Energievertragsrecht (Stand 2000), EnWG § 10 Rn. 27.

4.153 M. E. hätte man das Ziel, dem Energielieferanten die Belieferung des Konkursverwalters zu dem mit dem Gemeinschuldner vereinbarten *Vorzugspreis* zu ersparen, wenn ihm nicht die bereits an den Gemeinschuldner erbrachten Lieferungen *vollständig* vergütet werden, unabhängig davon erreichen können, ob man die den unbezahlten Rechnungen zugrundeliegende Rechtsbeziehung als Wiederkehrschuldverhältnis oder als Sukzessivlieferungsvertrag auffaßt. Da die Zug-um-Zug-Einrede des § 273 BGB in Wirklichkeit³⁹⁷ genauso insolvenzfest ist wie die des § 320 BGB (deren Insolvenzfestigkeit im *Ergebnis* außer Streit steht), kam der oftmals schwierigen³⁹⁸ Abgrenzung zwischen Sukzessivlieferungsverträgen (die i. d. R. zur Anwendung des § 320 BGB führen^{398a}) und Wiederkehrschuldverhältnissen (zwischen denen i. d. R. Konnexität i. S. des § 273 BGB besteht³⁹⁹) schon vor Inkrafttreten der InsO nicht die große Bedeutung zu, die ihr meist zugeschrieben wurde: So oder so hätte man dem Lieferanten eigentlich das Recht zubilligen müssen, die vom Konkursverwalter verlangte Erfüllung des noch vom Gemeinschuldner geschlossenen Vertrages bis zur Begleichung der alten Rechnungen zu verweigern⁴⁰⁰. So oder so hätte es für die Konkursmasse deshalb von Vorteil sein können, daß ihr Verwalter nicht die weitere Erfüllung oder Fortsetzung des (wenn auch vielleicht Vorzugsbedingungen gewährenden) alten Vertrages des Gemeinschuldners verlangte, sondern auf dem Abschluß eines völlig neuen, von den bisherigen Rechtsbeziehungen zwischen dem Gemeinschuldner und dem (meist versorgungs- bzw. kontrahierungspflichtigen⁴⁰¹) Versorgungsunternehmen unabhängigen Vertrages bestand.

4.154 Die bei Rn. 2.46 ff. näher begründete Ansicht, nach der die Zug-um-Zug-Einrede des § 273 BGB, soweit sie schon vor dem Konkurs gegenüber dem Gemeinschuldner begründet war, grundsätzlich auch gegenüber dessen Konkursverwalter erhoben werden kann, hätte ebensowenig wie die diese Frage im gegenteiligen Sinne entscheidende h. M. zu der unliebsamen Konsequenz führen müssen, daß das Versorgungsunternehmen die Erfüllung seiner Kontrahierungspflicht bzw. eines aufgrund dieser Pflicht bereits geschlossenen neuen Vertrages mit dem Konkursverwalter bis zur Begleichung der Zahlungsrückstände aus den alten, noch mit dem Gemeinschuldner geschlossenen Verträgen verweigern durfte⁴⁰². Denn diese

397 Vgl. o. Rn. 2.46 ff.

398 Vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 85 f.; Hartmut OETKER, Das Dauerschuldverhältnis . . . , S. 127 ff. (jeweils m. w. N.) und FUCHS-WISSEMANN NJW 1984, 27 f.

398 a Vgl. Hartmut OETKER, Das Dauerschuldverhältnis . . . , S. 410 ff., 416 ff. (mit Nachweisen auch zur abweichenden Ansicht).

399 Vgl. o. Rn. 2.59 mit Fn. 119.

400 Ebenso HÄSEMAYER KTS 1973, 2, 10/11 (obwohl er a. a. O. S. 8/9 die Konkursfestigkeit des § 273 BGB *verneint*) und KEPPLINGER S. 68 ff. (die ihre bei Rn. 2.66 Fn. 144 erwähnte Gegenansicht auf das *neue* Insolvenzrecht beschränkt). **Ausdrücklich a. M.** WEISS KuT 1927, 119, 120 f., falls und soweit die diesen Rechnungen zugrundeliegenden Ansprüche nicht nach § 59 I Nr. 2 KO zu Masseschulden geworden seien (vgl. auch schon o. Fn. 389 und sogleich Fn. 402).

401 Vgl. soeben Fn. 396.

402 **A. M.** OLG Hamm KuT 1929, 137, 138 (»... und praktisch bedeutet die Weigerung des Abschlusses eines neuen Vertrages lediglich die berechnigte ... Konsequenz aus dem Lei-

neuen Verpflichtungen des Versorgungsunternehmens entstehen ja erst *nach* der Konkureröffnung und dann gleich im unmittelbaren Interesse der Masse; gegenüber der Person des Gemeinschuldners waren sie bis dahin nicht einmal als aufschiebend bedingte entstanden, geschweige denn mit der Zug-um-Zug-Einrede des § 273 BGB behaftet. Eine Anwendung des Satzes, daß alle Einreden, die gegenüber einer Forderung des Gemeinschuldners vor dem Konkurs begründet waren, nach dem Übergang der Einziehungsbefugnis auf einen Konkursverwalter auch diesem wirksam entgegengesetzt werden können⁴⁰³, schied hier also von vornherein aus. Deshalb hätte sich das Energieversorgungsunternehmen wegen der Zahlungsrückstände des Gemeinschuldners aus den alten Verträgen gegenüber dem Anspruch des Verwalters auf Abschluß und Erfüllung eines neuen Vertrages nur dann auf § 273 BGB berufen können, wenn diese Ansprüche im Verhältnis der Gegenseitigkeit und der Konnexität gestanden hätten. Problematisch ist schon die Gegenseitigkeit⁴⁰⁴. Denn *vom Konkursverwalter* konnte das Versorgungsunternehmen wegen der Zahlungsrückstände des Gemeinschuldners nicht *volle* Befriedigung, sondern nur konkursmäßige Berücksichtigung verlangen (§§ 3 I, 12 KO / §§ 38, 87 InsO)⁴⁰⁵. Nur bis zur Befriedigung *dieses* Anspruchs konnte also ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch des Konkursverwalters auf Abschluß und Erfüllung eines neuen Vertrages in Betracht kommen. Und gerade insoweit ergab sich, was übrigens § 273 I BGB ausdrücklich als zu respektierende Ausnahme erwähnt, »aus dem Schuldverhältnis ein anderes«. Denn die Abwicklung des Konkurses durch den amtlich bestellten Verwalter gewährt dem Anspruch auf die *Quote* eine so hohe Sicherheit, daß daneben ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers, auf diese Forderung ein Zurückbehaltungsrecht zu stützen, nach dem Rechtsgedanken des § 273 III BGB (wonach die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann) nicht anzuerkennen ist⁴⁰⁶. Zudem dürfte, zumindest für die Dauer des Konkurses, der für § 273

stungsverweigerungsrechte«). Vgl. auch WEISS KuT 1927, 119, 121 ad II 3 (die von ihm abgelehnte Ansicht, daß die Zug-um-Zug-Einrede des § 273 BGB grundsätzlich konkursfest sei – so aber o. Rn. 2.12 ff., 2.46 ff. –, »würde dazu führen, den den Abschluß eines neuen Vertrages fordernden Verwalter oder Gemeinschuldner gegenüber dem Monopol des Gaswerks rechtlos zu machen«) und AG Barmen KuT 1929, 159 (das – im konkreten Fall bejahte – Recht der Stromabspernung bei Zahlungsverzug des Abnehmers entspreche »dem Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB«, dessen Konkursfestigkeit das Gericht mit der nach Lage des Falles äußerst kühnen Feststellung begründete, daß der Konkursverwalter gem. §§ 17 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO die Erfüllung des alten Vertrages verlangt habe).

403 Vgl. o. Rn. 2.12, 2.69.

404 Vgl. z. B. HANISCH S. 107, 335 ff., 340; kritisch dazu JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 6 Rn. 40 (beide allerdings nicht zur Zurückbehaltung, sondern zur Aufrechnung).

405 Nach JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 6 Rn. 40 (S. 195) ist dies auch der Grund, weshalb § 55 Satz 1 Nr. 1 KO (§ 96 Nr. 1 InsO) einem Konkursgläubiger die *Aufrechnung* gegen eine erst während des Konkurses entstandene Forderung der Masse verwehrt.

406 Von einer »ungeschriebenen, aber anerkannten Regel, wonach die Zurückbehaltung unzulässig ist, wenn der Retentionswillige bereits anderweitig genügend gesichert ist«, spricht in anderem Zusammenhang STAUDINGER/GURSKY, 2000, BGB §§ 387 ff. Vorbem. 12.

BGB und deshalb^{406 a} auch für eine Stromsperre erforderliche enge natürliche und wirtschaftliche Zusammenhang⁴⁰⁷ zwischen den noch offenen Forderungen des Versorgungsunternehmens aus der Zeit vor der Konkursöffnung und dem (nicht von dem Gemeinschuldner abgeleiteten!) Anspruch des Konkursverwalters auf Abschluß und Erfüllung eines neuen Vertrages fehlen. Denn im Verhältnis zum Energielieferanten ist der auf einem *neuen* Vertrag bestehende Insolvenzverwalter nicht einfach nur Repräsentant des Schuldners, sondern eher ein dem Schuldner weitgehend verdrängender (und unter den Voraussetzungen des § 61 InsO sogar persönlich haftbarer) »Übernehmer« des auf die Stromlieferungen angewiesenen Betriebes. Wie jedem *dritten* Betriebsübernehmer sollte deshalb auch dem Insolvenzverwalter der Abschluß eines neuen Vertrages nicht allein schon wegen der Zahlungsrückstände des »Vorgängers« verweigert werden dürfen⁴⁰⁸.

- 4.155** Die vorangegangenen Überlegungen haben einen wichtigen Grundgedanken freigelegt. Dieser besagt: Ein Zurückbehaltungsrecht, das einer Forderung des insolventen Schuldners bereits *vor* der Verfahrenseröffnung entgegengehalten werden konnte, besteht gegenüber dem Insolvenzverwalter i. d. R. fort (Rn. 2.46 ff., 2.50 ff.). Jedoch darf niemand der Masse eine dieser erst *während* des Verfahrens schuldig gewordene, fällige Leistung mit der Begründung vorenthalten (§ 273 BGB), daß ihm ein noch unerfüllter Gegenanspruch mit dem Rang einer Insolvenzforderung (§ 3 I KO / § 38 InsO) zustehe.
- 4.156** Eine konsequente Anwendung dieses Grundgedankens verringert nicht nur völlig unabhängig von dem sogleich zu erörternden § 105 InsO die insolvenzrechtliche Relevanz der Unterscheidung zwischen Sukzessivlieferungsverträgen und Wiederkehrschuldverhältnissen⁴⁰⁹, sondern harmonisiert auch bestens mit den Wertungen, die das Gesetz für den (der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts in mancherlei Hinsicht vergleichbaren⁴¹⁰) Fall der Aufrechnung bereithält: Während ein Insolvenzgläubiger fast immer aufrechnen kann, wenn die Aufrechnungslage schon vor der Verfahrenseröffnung bestanden hat⁴¹¹, wird ihm die Aufrechnung gegen eine erst nach Verfahrenseröffnung begründete Forderung der Masse durch § 55 Satz 1 Nr. 1 KO bzw. § 96 Nr. 1 InsO verwehrt.
- 4.157** Auch die durch § 104 II 3 InsO bewirkte insolvenzrechtliche Verklammerung mehrerer Finanztermingeschäfte zu einem einheitlichen Ganzen erscheint vor dem Hintergrund der hier vertretenen Ansicht wertungskonformer als vom Standpunkt

406 a Vgl. BGHZ 115, 99 ff.

407 Vgl. STAUDINGER/SELB, 1995, BGB¹³ § 273 Rn. 13 m. w. N.

408 Nicht unmittelbar einschlägig, aber gleichwohl sehr beachtenswert sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen in BGHZ 115, 99 ff. und BGH ZIP 2000, 1061, 1066 ad III 2.

409 Vgl. soeben Rn. 4.148 ff.; besonders Rn. 4.153 f.

410 Vgl. o. Rn. 2.67 f.; MAROTZKE JA 1988, 117, 124 f.; STAUDINGER/SELB, 1995, BGB¹³ § 273 Rn. 30 ff.; STAUDINGER/GURSKY, 2000, BGB § 394 Rn. 13 und Vorbem. 11 f., 95 f. zu §§ 387 ff.

411 Vgl. §§ 53 f. KO (§ 94 InsO); allerdings auch § 55 Satz 1 Nr. 3 KO (§ 96 I Nr. 3 InsO).

der die Insolvenzfestigkeit des § 273 BGB grundsätzlich bestreitenden Gegenansicht⁴¹².

cc) Rechtliche Behandlung nach § 105 InsO

Der Reformgesetzgeber hat versucht, die insolvenzrechtlichen Unterschiede zwischen Sukzessivlieferungsverträgen und Wiederkehrschuldverhältnissen auf andere Weise aufzuheben. Seine Lösung unterscheidet sich von der, die soeben auf der Grundlage des Konkursrechts vorgeschlagen wurde⁴¹³, ganz erheblich. Sedes materiae ist § 105 Satz 1 InsO (zu Satz 2 vgl. u. Rn. 7.21 ff.). Die Vorschrift lautet:

»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.«

Wendet man diese Vorschrift auf vom Vertragspartner schon teilweise erfüllte Sukzessivlieferungsverträge an (für die sie in erster Linie gedacht ist⁴¹⁴), so kommt ein anderes Ergebnis heraus als nach bisherigem § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO. Während sich aus § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO ergab, daß das gegenüber dem Sukzessivlieferanten erklärte Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters *sämtliche* auf demselben Vertrag beruhenden Gegenforderungen des Vertragspartners in *voller* Höhe zu Masseschulden erhob (s. Rn. 4.149), nimmt § 105 Satz 1 InsO den Betrag der Gegenleistung, der der bereits vor Verfahrenseröffnung erbrachten Teilleistung des Vertragspartners entspricht, von dieser – nunmehr in § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO geregelt und durch das Wort »soweit« entsprechend relativierten⁴¹⁵ – Rechtsfolge aus (was jedoch nicht ausschließt, bei Vorliegen der in § 55 II InsO bezeichneten Verhaltensweisen eines *vorläufigen* Insolvenzverwalters dennoch von einer Masseverbindlichkeit auszugehen^{415 a}). Zur weiteren Effektivierung dieser Abweichung vom bisherigen Konkursrecht stellt § 105 Satz 2 InsO (in eigenartiger und wohl kaum durchdachter Verengung⁴¹⁶ des bisher nicht auf »teilbare« Leistungen beschränkten § 26 Satz 1 KO) klar, daß der Vertragspartner auch »nicht berechtigt (ist), wegen der Nichterfüllung seines Anspruchs auf die Gegenleistung die Rückgabe einer vor der Eröffnung des Verfahrens in das Vermögen des Schuldners übergebenen Teilleistung aus der Insolvenzmasse zu verlangen«.

Nicht ausdrücklich abgesprochen wird dem Vertragspartner in § 105 InsO das Recht, dem Insolvenzverwalter, der die weitere Erfüllung des Vertrages verlangt

412 Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 104 Rn. 6 f.

413 Vgl. Rn. 4.153 ff.

414 Vgl. die Begründung des mit § 105 InsO wortgleichen § 119 RegEInsO in BT-Drucks. 12/2443 S. 145 f.

415 Vgl. u. Rn. 4.165.

415 a Vgl. u. Rn. 14.42 mit Fn. 78.

416 Vgl. u. Rn. 7.21 ff.

(also z. B. weitere Lieferungen abrufen), diese gemäß § 273 oder sogar § 320 BGB zu verweigern, bis auch der Teil seines Anspruchs auf die Gegenleistung *vollständig* erfüllt wird, der wegen § 105 Satz 1 InsO Insolvenzforderung geblieben ist. Hat der Vertragspartner dieses Recht nun, oder hat er es nicht?

- 4.161** M. E. hat der Vertragspartner dieses Zurückbehaltungsrecht sehr wohl⁴¹⁷. Es mag zwar sein und liegt sogar nahe, daß die Verfasser des § 105 InsO stillschweigend von der herrschenden Ansicht ausgingen, daß Zug-um-Zug-Einreden (§§ 273, 320 BGB), die auf eine *Insolvenzforderung* gestützt werden, gegenüber dem Insolvenzverwalter nach allgemeinen Grundsätzen auch dann hinfällig werden, wenn die Gegenstände und Leistungen, die der Vertragspartner bis zur Erfüllung seiner Gegenforderung zurückbehalten möchte, noch gar nicht zur Insolvenzmasse gehören. Diese Ansicht ist jedoch unzutreffend⁴¹⁸ und müßte, konsequent zu Ende gedacht, erst recht zur insolvenzrechtlichen Unbeachtlichkeit von Pfandrechten, Sicherungseigentum und allen Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts führen⁴¹⁹. Lehnt man sie deshalb ab⁴²⁰, so muß man selbst in Fällen des § 105 Satz 1 InsO zu dem von dieser Bestimmung gewiß nicht intendierten Ergebnis kommen, daß der Sukzessivlieferant dem Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung des Vertrages gemäß § 273 oder § 320 BGB verweigern kann, bis dieser den *gesamten* Kaufpreis – also auch den durch § 105 Satz 1 InsO auf dem Stand einer Insolvenzforderung »eingefrorenen« Teil – *vollständig* bewirkt. Da der Sukzessivlieferant seinen Preis i. d. R. unter Berücksichtigung des *gesamten* Geschäftsumfanges berechnet haben wird, ist dieses Ergebnis angemessener⁴²¹ als das mit § 105 Satz 1 InsO verfolgte Ziel, den Insolvenzverwalter in die Lage zu versetzen, »Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie im Insolvenzverfahren zu

417 Das hatte ich bereits vor endgültiger Verabschiedung der InsO dargelegt in Leipold (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Umbruch*, 1991, S. 183, 189 f. **Gegen** ein auch vom Insolvenzverwalter zu respektierendes Zurückbehaltungsrecht des Vertragspartners wenden sich jedoch im Hinblick auf Sinn und Zweck des § 105 InsO BRANDES in: Prütting (Hrsg.), *RWS-Forum* 9, 1997, S. 1, 9; PAPE, *Kölner Schrift zur InsO*, 2. Aufl. 2000, S. 531, 557 f. Rn. 38 a. E.; FK-InsO/WEGENER² § 105 Rn. 19; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 7, § 105 Rn. 16, § 108 Rn. 26 f., § 109 Rn. 4 Fn. 9; KEPPLINGER S. 72 ff., 124 f., 133 f., 201 f., 205 f., 315 f., 348 ff., 353 (s. hierzu o. Rn. 2.66 Fn. 142, 144) und – noch im Zusammenhang mit § 36 II VerglO (dazu u. Rn. 13.108 ff.) – GUTEWORT S. 31. Unentschieden SCHWÖRER Rn. 217 ff., 223.

418 Vgl. o. Rn. 2.46 ff., 4.153 ff.

419 Ausführlich MAROTZKE, *Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich*, 1985, S. 485 ff.; ders. JA 1988, 117 ff., besonders S. 126 (Funktionsvergleich zwischen Sicherungseigentum und »zurückbehaltenem Eigentum«), 176 ff. (Konsequenzen), 182 f. (Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers). Vgl. auch o. Rn. 2.63 f.; inkonsequent KEPPLINGER S. 315 f.

420 Die Alternative, den drohenden Wertungswiderspruch dadurch zu vermeiden, daß man auch Pfandrechte, Sicherungseigentum und alle Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts für nicht insolvenzfest erklärt, kommt angesichts der klaren Regelungen in §§ 49, 50, 51 Nr. 1, 165 ff. InsO nicht ernstlich in Betracht. Vgl. auch Rn. 2.63 f., 4.170 mit Fn. 458; KEPPLINGER S. 315 f.

421 Vgl. schon o. Rn. 4.152 bei Fn. 393.

den gleichen Bedingungen⁴²² fortzusetzen«. Gegenüber Lieferanten, die eine marktbeherrschende Stellung innehaben, ist der Insolvenzverwalter durch den dann eingreifenden Kontrahierungszwang⁴²³, der von den Lieferanten nicht durch das Stellen diskriminierender Bedingungen unterlaufen werden darf, genügend geschützt.

Übrigens würden sich gerade *die* Lieferanten, die § 105 InsO besonders treffen will, den vor allem die Fortgeltung etwaiger Vorzugspreise betreffenden Folgen der neuen Vorschrift durch eine phantasievolle Gestaltung ihrer Geschäftsbedingungen zu entziehen wissen. Wenn Anknüpfungspunkt der zu erwartenden neuen Vertragsklauseln nicht die Insolvenz⁴²⁴, sondern der eine solche nicht notwendig voraussetzende Zahlungsverzug des Kunden ist, läßt sich hiergegen kaum etwas ausrichten⁴²⁵. **4.162**

Außerdem werden die Lieferanten die Chance zu nutzen wissen, die sich daraus ergibt, daß § 105 InsO im Gegensatz zu dem im übrigen als Vorbild genommenen bisherigen § 36 II 2 VerglO auf den Versuch verzichtet, ihnen die Ausübung etwaiger auf Zahlungsverzug des Kunden beruhender Rücktrittsrechte vom Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung an zu verbieten (vgl. Rn. 7.23 f.), und daß die Kündigungssperre des § 112 InsO dem Wortlaut nach nur in bezug auf Miet- und Pachtverhältnisse gilt (was aber eine analoge Anwendung auf andere Rechtsverhältnisse nicht ausschließt⁴²⁶) und zudem nach Sinn und Zweck voraussetzt, daß der Vertragsgegenstand dem Schuldner bereits überlassen war⁴²⁷. Einem Rücktritt des Lieferanten mit dem Ziel, zu den *ursprünglich* vereinbarten Konditionen keine weiteren Leistungen an den Insolvenzverwalter erbringen zu müssen, steht bei Erfüllung der bürgerlichrechtlichen Voraussetzungen (z. B. § 326 BGB oder vertraglicher Vorbehalt i. S. des § 346 Satz 1 BGB) nichts entgegen: § 105 Satz 2 InsO schließt zwar die Rückforderung bereits erbrachter Teilleistungen aus der Masse, nicht aber auch die übrigen Rücktrittsfolgen aus. So steht denn zu befürchten, daß Sukzessivlieferanten ihre auf Zahlungsverzug des Schuldners beruhenden Rücktritts- oder Kündigungsrechte künftig rücksichtsloser ausüben werden als vor **4.163**

422 Die Begründung des mit § 105 InsO wortgleichen § 119 RegEInsO, aus der hier zitiert wurde, erwähnt an dieser Stelle (BT-Drucks. 12/2443 S. 146) ausdrücklich auch den Fall, daß dem Schuldner vor Verfahrenseröffnung »Sonderkonditionen« eingeräumt worden waren.

423 Vgl. o. Rn. 4.152 mit Fn. 396.

424 Sonst kommt es auf die bei HK-InsO/MAROTZKE² § 119 Rn. 3 f. behandelten Streitfragen an.

425 Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 6, § 119 Rn. 2; Michael HUBER in Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 36 Rn. 11 S. 502. Optimistischer hingegen K/P/TINTELNOT InsO § 105 Rn. 17; KEPPLINGER S. 356 ff. Vgl. zum Ganzen auch SCHWÖRER Rn. 201 ff., 223, 454 ff., 478 ff., 486 ff.

426 Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 107 Rn. 31 f., § 112 Rn. 19 und auch u. Rn. 7.66.

427 Vgl. MAROTZKE, Festschr. f. Zöllner, 1998, Bd. II S. 1193, 1195 ff.; HK-InsO/MAROTZKE² § 112 Rn. 5; FK-InsO/WEGENER² § 112 Rn. 3; N/R/BALTHASAR InsO § 112 Rn. 10 f.; SCHWÖRER Rn. 390 ff.; a. M. ECKERT ZIP 1996, 897, 899; BÖRSTINGHAUS NZM 2000, 326; CEPL NZI 2000, 357, 359; differenzierend K/P/TINTELNOT InsO § 112 Rn. 4.

Schaffung des § 105 InsO. Da nicht alle Sukzessivlieferanten, deren Leistungen für das schuldnerische Unternehmen lebenswichtig sind, einem Kontrahierungszwang unterliegen, kann sich dies sehr nachteilig auswirken⁴²⁸.

- 4.164** Ein Gesetz, das an so gravierenden Fehlern leidet wie § 105 Satz 1 InsO, ist möglicherweise nicht nur »völlig verfehlt«⁴²⁹, sondern vielleicht sogar nichtig (zu beachten wäre jedoch das Verwerfungsmonopol des BVerfG). Im Hinblick auf den vom Reformgesetzgeber zum Vorbild genommenen § 36 II 1 VerglO, der allerdings im Kontext mit dem nicht in die InsO übernommenen § 36 I VerglO zu sehen war (vgl. Rn. 13.108 ff.), wurde durchaus schon partielle Nichtigkeit⁴³⁰ bzw. Obsoletheit⁴³¹ geltend gemacht. Es bleibt abzuwarten, ob und ggfls. mit welchen Konsequenzen § 105 Satz 1 InsO als geltendes Recht respektiert wird. Der *BGH* ist anscheinend bereit, die mit § 105 Satz 1 InsO verbundenen Vorstellungen des Gesetzgebers zu akzeptieren⁴³². *Geboten ist jedoch eine verfassungskonforme Auslegung im Lichte des allgemeinen Willkürverbots des Art. 3 I GG*. Danach kann nur eine solche Auslegung Bestand haben, die den bei Rn. 4.161 aufgezeigten Wertungswiderspruch vermeidet, also dem § 105 Satz 1 keinen negativen Einfluß auf etwaige Zurückbehaltungsrechte des Vertragspartners zuerkennt^{432a}. Nur dann, wenn der Vertragspartner eine marktbeherrschende Stellung genießt oder der Schuldner bzw. der Insolvenzverwalter aus anderen Gründen keine Möglichkeit des zeitnahen Ausweichens auf einen altforderungslosen und deshalb auch zurückbehaltungsrechtslosen Dritten hat, kann vielleicht eine Ausnahme zugelassen werden. Selbst das ist jedoch zweifelhaft (s. Rn. 4.161 a. E.).

ee) Exkurs: Das Wort »soweit« in § 55 I Nr. 2 InsO

- 4.165** Bereits bei Rn. 4.149 wurde darauf hingewiesen, daß § 55 I Nr. 2 InsO vom bisherigen § 59 I Nr. 2 KO insofern abweicht, als er eine Masseverbindlichkeit nur entstehen läßt, »soweit« Vertragserfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird (oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muß). Das Wort »soweit« darf jedoch nicht zu dem Schluß verleiten, daß der Insolvenzverwalter abweichend vom bisherigen Insolvenzrecht ganz unabhängig von der Zustim-

428 Vgl. meine Warnung in Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 183, 190 f.; skeptisch auch Michael HUBER in Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 36 Rn. 11 S. 502.

429 In diesem Sinne HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 1. Aufl. 1992, S. 407 Fn. 45 (»völlig verfehlt«); ders., 2. Aufl. 1998, Rn. 20.27 (»grundsätzlich fragwürdig«); vgl. auch HENCKEL JZ 1988, 155, 158; KEPPLINGER S. 135.

430 MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 453 f.

431 HENCKEL ZJP 99 (1986) 419, 442 f.; vgl. auch u. Rn. 13.110 f.

432 Vgl. das bei Rn. 4.149 Fn. 387 erwähnte BGH-Urteil vom 27. 2. 1997 und auch schon BGHZ 129, 336, 342 unter II 1 b cc = LM § 17 KO Nr. 31 mit Anm. MAROTZKE = JZ 1996, 49, 50 mit Anm. BORK. S. ferner KREFT, Festschr. f. Fuchs, 1996, S. 115, 125 f., 128 f. = ZIP 1997, 865, 869 f.; Wolfgang LÜKE EWiR 1996, 117, 118 sowie den letztlich nicht überzeugenden Rechtfertigungsversuch von TINTELNOT ZIP 1995, 616, 619 r.Sp.

432a A. M. K/P/TINTELNOT InsO § 105 Rn. 2 und offensichtlich auch KEPPLINGER S. 72 ff., 124 f., 133 f., 201 f., 205 f., 315, 348 ff., 353.

mung des Vertragspartners und auch unabhängig vom Bestehen eines Teilkündigungs- oder ähnlichen Gestaltungsrechts des Schuldners stets befugt sei, durch Erklärung eines auf *Teile* des noch unerfüllten Leistungsprogramms beschränkten Erfüllungsverlangens eine entsprechend *reduzierte* Gegenleistungs-Masseverbindlichkeit zu erzeugen und die Erfüllung des Vertrages *im übrigen* abzulehnen⁴³³. Ebenso wenig wäre m. E. der Schluß gerechtfertigt, daß dann, wenn der Vertragspartner bereits vor Verfahrenseröffnung teilweise erfüllt hat und er nun vom Insolvenzverwalter auf die noch fehlende Restleistung in Anspruch genommen wird, nur *der* Teil der Gegenleistung zur Masseverbindlichkeit wird, der auf die vom Insolvenzverwalter verlangte Restleistung entfällt⁴³⁴. Solch eine Aufspaltung des einheitlichen Vertragsverhältnisses ist von der ursprünglichen Willensübereinstimmung der Vertragsparteien nicht gedeckt und deshalb nur dort anzuerkennen, wo das Gesetz sie ausdrücklich zuläßt, also z. B.^{434 a} in Fällen des § 105 InsO (vom Vertragspartner des Schuldners⁴³⁵ bereits teilweise erfülltes Geschäft über teilbare Leistungen)⁴³⁶ und wohl auch in denen des § 108 II InsO (bestimmte Dauerschuldverhältnisse). Im übrigen muß es trotz des Wortes »soweit« dabei bleiben, daß *alle* Verpflichtungen des Schuldners aus dem Vertrag (im Fall des § 105 InsO: aus dem abtrennbaren Vertragsteil), dessen Erfüllung der Insolvenzverwalter verlangt, zu Masseverbindlichkeiten werden^{436 a}. Dies gilt auch, wenn ein unbeschränkt ausgesprochenes Erfüllungsverlangen nur zum Teil berechtigt ist. Letzteres kann vorkommen, wenn der Schuldner vor Verfahrenseröffnung einen *Teil* seines Erfüllungsanspruchs wirksam abgetreten hatte⁴³⁷ (und die Abtretung nicht i. S. des § 166 II InsO »zur Sicherung eines Anspruchs« erfolgte) oder wenn der Vertragspartner das Erfüllungsverlangen des Verwalters mit einer nur einen *Teil* des Erfüllungsanspruchs erfassenden Aufrechnung beantwortet⁴³⁸.

433 **A. M.** wohl SCHMITZ EWiR 2000, 641 f. ad. 3.2. Hinsichtlich der Rechtsfolgen solch eines unzulässig beschränkten Erfüllungsverlangens gilt das bei Rn. 4.177 Ausgeführte. Vgl. auch Rn. 8.20, 8.36 ff.

434 **A. M.** wohl KREFT, Festschr. f. Fuchs, 1996, S. 115, 128 f. = ZIP 1997, 865, 870.

434 a Nicht hierher gehören die §§ 106 I 2, 107 I 2 InsO. Denn diese Vorschriften führen nicht bei einer positiven, sondern nur bei einer negativen Wahlrechtsausübung des Insolvenzverwalters und bei Nichtausübung des Wahlrechts zu einer Aufspaltung des Vertrages in einen zu erfüllenden und einen nicht zu erfüllenden Teil. Näheres bei Rn. 10.4 ff. und HK-InsO/MAROTZKE² § 106 Rn. 1, § 107 Rn. 10.

435 Von § 105 InsO unberührt bleibt der Fall, daß nicht der Vertragspartner, sondern der Schuldner vorgeleistet hatte. Konsequenzen: u. Rn. 8.20, 8.36 f.

436 Vgl. soeben Rn. 4.158 ff.

436 a Grds. wie hier K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 67 f., jedoch Einschränkungen a. a. O. Rn. 76.

437 Vgl. Rn. 4.51, 4.57 sowie zu der sehr umstrittenen Vorfrage, ob die Abtretung des Erfüllungsanspruchs überhaupt wirksam sein kann, o. Rn. 4.16 ff.

438 Vgl. Rn. 4.75 ff. sowie zu der sehr umstrittenen Vorfrage, ob die Aufrechnung des Vertragspartners überhaupt wirksam sein kann, o. Rn. 4.59 ff.

9. Insolvenz des Käufers⁴³⁹ beim erweiterten Eigentumsvorbehalt

- 4.166** Hatte der Schuldner vor Verfahrenseröffnung eine Sache gekauft und unter Eigentumsvorbehalt übereignet erhalten, so ist der Insolvenzverwalter berechtigt, durch *vollständige* Begleichung des Restkaufpreises den Eintritt der den Eigentumserwerb des Schuldners aufschiebenden Bedingung (§§ 158 I, 455 I BGB) herbeizuführen. Denn der Zweck des § 103 InsO, dem Insolvenzverwalter die Realisierung einer von einer Gegenleistung abhängigen Erwerbsaussicht der Masse zu ermöglichen, ist auch hier relevant⁴⁴⁰. Ist § 103 InsO demnach (mit den sich aus § 107 II InsO ergebenden Besonderheiten⁴⁴¹) auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Vorbehaltskäufers anwendbar⁴⁴², so hat die Erklärung des Insolvenzverwalters, daß er den Vertrag anstelle des Schuldners durchführen wolle, zur Folge, daß er den Kaufpreisanspruch gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO als Masseverbindlichkeit erfüllen muß.
- 4.167** In diesem Zusammenhang kann die Frage praktisch werden, ob der Insolvenzverwalter des Käufers beim *erweiterten* Eigentumsvorbehalt, mit dem der Verkäufer seine Sicherung auf *andere* ihm gegen den Käufer (Insolvenzschuldner) zustehende Forderungen erstreckt, *alle* gesicherten Forderungen gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO als Masseverbindlichkeiten erfüllen muß, auch wenn er sich für die Erfüllung nur *eines* der mehreren Vertragsverhältnisse entscheidet. Mit Recht beschränkt HENCKEL die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO (damals noch § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO) auch hier⁴⁴³ auf die Kaufpreisforderung aus dem einzelnen Vertrag, dessen Erfüllung vom Insolvenzverwalter verlangt wird⁴⁴⁴ (was allerdings bei Sukzessivlieferungsverträgen⁴⁴⁵ dennoch – und zwar auch nach *neuem* Insolvenzrecht⁴⁴⁶ – darauf hinauslaufen kann, daß *sämtliche*⁴⁴⁷ durch den erweiterten Eigentumsvorbehalt gesicherten Forderungen zu Masseverbindlichkeiten wer-

439 Zur Insolvenz des Verkäufers s. o. Rn. 4.2.

440 Vgl. o. Rn. 4.107 f.

441 Dazu MAROTZKE JZ 1995, 803, 811 ff.; ders. in HK-InsO² § 107 Rn. 18 ff.; ferner s. o. Rn. 3.46 und u. Rn. 7.58 mit Fn. 136.

442 Vgl. schon o. Rn. 4.107 ff.

443 Vgl. schon o. Rn. 4.144, 4.150.

444 JAEGGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 62; HENCKEL RWS-Skript Nr. 125, 2. Aufl. 1984, S. 11 ff. Ebenso BÖHLE-STAMMSCHRÄDER KO¹² § 17 Anm. 3 a; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 79; BRAUN S. 177, 190 f., 229, 231 f.; SERICK Bd. V S. 688 f., 690 ff.; KEPPLINGER S. 313 f.; HUBER in Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 36 Rn. 34 S. 508.

445 Zur Terminologie s. o. Rn. 4.147.

446 Etwas anderes könnte sich höchstens aus § 105 Satz 1 InsO (dazu Rn. 4.158 ff.) und dem Wort »soweit« in § 55 I Nr. 2 InsO ergeben. Voraussetzung wäre jedoch nach dem bei Rn. 4.165 Ausgeführten, daß ein Fall des § 105 Satz 1 InsO vorliegt, daß also die geschuldeten Leistungen »teilbar« sind (was oft der Fall sein wird) und daß der Vertragspartner (hier: der Verkäufer) die ihm obliegende Leistung bei Verfahrenseröffnung »bereits teilweise erbracht« hat (was wegen des noch bestehenden Eigentumsvorbehalts zu verneinen sein wird; vgl. hierzu HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 15 mit Begründung und Nachweisen zu den verschiedenen Ansichten).

447 Vgl. o. Rn. 4.149.

den). Dabei kommt dann das Ergebnis heraus, daß der Insolvenzverwalter trotz seines Eintritts in den Vertrag nicht verpflichtet ist, *sämtliche* Forderungen, deren Erfüllung zur Bedingung (§ 158 I BGB) des Eigentumsübergangs auf den Schuldner erhoben wurde, als Masseverbindlichkeiten zu berichtigen⁴⁴⁸.

Bezahlt der Insolvenzverwalter in solch einem Fall nur die Waren, die Gegenstand des einen Kaufvertrages sind, zu dessen Erfüllung er sich gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO verpflichtet hat, so bleibt das Eigentum wegen des noch immer nicht vollständig vorliegenden Bedingungseintritts zunächst weiterhin beim Verkäufer (str.⁴⁴⁹). Im Hinblick auf die Funktion des verlängerten Eigentumsvorbehalts als eine durch den Mechanismus des § 158 I BGB »automatisierte« Form eines vertraglichen Zurückbehaltungsrechts am Eigentum (am *Leistungserfolg*)⁴⁵⁰ stellt sich hier dieselbe Frage, die bereits bei Rn. 2.58 ff. ausführlich erörtert worden ist: ob Zurückbehaltungsrechte, die einem Schuldner der im Insolvenzverfahren befindlichen Person in bezug auf Gegenstände zustehen, die noch nicht in das Eigentum des Insolventen übergegangen sind, gegenüber dem Insolvenzverwalter auch dann wirken, wenn die ihnen zugrundeliegenden Forderungen auf anderen Verträgen beruhen als dem, zu dessen Erfüllung sich der Insolvenzverwalter gem. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO verpflichtet hat. Da diese Frage zu bejahen war⁴⁵¹, mußte der Insolvenzverwalter analog § 103 I InsO für berechtigt erklärt werden, solchen Zurückbehaltungsrechten dort, wo dies im Interesse der Masse liegt, durch vollständige Erfüllung der sie begründenden Gegenforderungen Rechnung zu

4.168

448 Vgl. BÖHLE-STAMMSCHRÄDER KO¹² § 17 Anm. 3 a: »Zahlungsrückstände aus anderen Lieferungsverträgen mögen für den Eigentumserwerb des Käufers Bedeutung haben; sie sind jedoch unerheblich für die Frage nach der Vollerfüllung der Käuferpflichten aus diesem speziellen Verträge.« In den von KILGER besorgten späteren Auflagen jenes Kommentars fehlt dieser Satz, ebenso in den von K. SCHMIDT bearbeiteten Folgeauflagen.

449 Zumindest i. E. wie hier GOTTWALD in Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 43 Rn. 22 f. S. 619 f. und KEPPLINGER S. 315 f. (die sich beide für ein Absonderungsrecht des Verkäufers aussprechen). A. M., jedoch SERICK Bd. V S. 695 und ders. in BB 1978, 1477, 1483 f., weil er den erweiterten Eigentumsvorbehalt wie einen mit einer antezipierten Sicherungs-Rücküberreignung verbundenen *einfachen* Eigentumsvorbehalt behandelt. Diese Betrachtungsweise, der KILGER in Böhle/Stamschräder (KO¹⁴ § 17 Anm. 3 a, S. 95; zum Standpunkt der 12. Aufl. vgl. soeben Fn. 448) gefolgt ist, wird jedoch nur selten dem Parteiwillen entsprechen (skeptisch auch KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetz, 1997, KO¹⁷ § 17 Anm. 3 d, S. 113: »so jedenfalls Kilger ... im Anschluß an Serick«). Gegen sie BRAUN S. 178, 189, der aber aus anderen Gründen (dazu sogleich Rn. 4.174) ebenfalls den Eigentumsübergang bejaht; i. E. übereinstimmend SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang Rn. 177.

450 BLEY (ZAKDR 1937, 41, 43 ad V) und GUTEWORT (S. 27 f.) erkennen zwar die Parallele zum Zurückbehaltungsrecht; sie leugnen jedoch zu Unrecht (vgl. o. Rn. 2.48 ff.) dessen Konkursfestigkeit und gelangen deshalb zu der Annahme, daß der Eigentumsvorbehalt infolge des Käuferkonkurses automatisch erlösche, soweit er andere Forderungen als den Kaufpreis für die mit ihm belastete Ware sichere. Vgl. auch HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 428 f. sowie die kritischen Bemerkungen von MELLWIG S. 96 Fn. 21. Mit einigen Einschränkungen folgt K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 79 ff., § 107 Rn. 16 der Argumentation der Vorgenannten.

451 Vgl. o. Rn. 2.62 ff.

tragen⁴⁵². Dieser insolvenzrechtlichen Behandlung von Zurückbehaltungsrechten an (noch) nicht im Eigentum des Insolvenzschuldners stehenden Sachen entspricht es, daß der Insolvenzverwalter *auch erweiterte Eigentumsvorbehalte* nur durch eine *vollständige Erfüllung sämtlicher gesicherter Forderungen* beseitigen kann⁴⁵³.

- 4.169** Ob er das auch tun *sollte*, ist eine andere Frage. Da der Insolvenzverwalter durch seinen Eintritt in den Kaufvertrag über die dem Schuldner unter erweitertem Eigentumsvorbehalt gelieferte Sache verpflichtet würde, diesen Vertrag selbst dann als Masseverbindlichkeit (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) zu erfüllen, wenn das allein noch nicht zum Erlöschen des erweiterten Eigentumsvorbehalts führen würde⁴⁵⁴, sollte er von dem ihm nach § 103 InsO zustehenden⁴⁵⁵ Wahlrecht nur sehr vorsichtig Gebrauch machen (insbesondere das bei Rn. 4.175 ff. Ausgeführte beachten) und sich lieber nicht darauf verlassen, daß die Gerichte ihm entsprechend der bei Rn. 4.136 vertretenen Ansicht notfalls das Recht zubilligen werden, eine nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandene Masseverbindlichkeit durch Widerruf oder zumindest Anfechtung seines Erfüllungsverlangens zu beseitigen.
- 4.170** Vorsicht ist selbst dann angezeigt, wenn man mit dem BGH⁴⁵⁶ davon ausgeht, daß sich der erweiterte Eigentumsvorbehalt bei Bezahlung der mit ihm belasteten konkreten Sache in ein Recht auf abgesonderte Befriedigung der durch ihn noch gesicherten übrigen Forderungen verwandelt. Zwar legt dieser – nach früherem Recht nicht selbstverständliche⁴⁵⁷, nach neuem Insolvenzrecht jedoch kaum bestreitbare⁴⁵⁸ – Ausgangspunkt wegen § 4 I KO bzw. § 50 I InsO (»an einem Gegenstand der Insolvenzmasse«) und §§ 165 ff. InsO den Schluß nahe, daß die Vorbehaltsware bereits mit der Bezahlung *ihrer* Kaufpreises – also nicht erst mit Erfüllung auch der übrigen gesicherten Forderungen – Bestandteil der Insolvenzmasse wird⁴⁵⁹. Un-

452 Vgl. o. Rn. 4.137 ff.

453 Etwas anders KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze 1997, KO¹⁷ § 17 Anm. 3 d (S. 113): »... kein Eintrittsrecht nach § 17, sondern nur ein Erwerbsrecht zum Marktwert, nicht in Höhe der gesicherten Forderung ...«.

454 Vgl. soeben Rn. 4.167 f.

455 Vgl. Rn. 4.166.

456 BGH NJW 1971, 799 = JZ 1971, 506; BGH NJW 1978, 632 f. = WM 1977, 1422; BGHZ 98, 160, 170; vgl. auch BRAUN S. 181 ff.; HENCKEL RWS-Skript Nr. 125 S. 10 ff.; SERICK Bd. V S. 673 f., 680 ff. m. w. N.; GOTTWALD (o. Fn. 449) § 43 Rn. 23 S. 619 f.; KEPPLINGER S. 313 ff.; a. M. auf Grundlage der KO GRAF LAMBSDORFF Rn. 537 i. V. m. Rn. 541 und – ohne Begründung – BAUR/STÜRNER Bd. II (Insolvenzrecht), 12. Aufl. 1990, Rn. 14.9 bei Fn. 7.

457 Denn der erweiterte Eigentumsvorbehalt ist eher mit einem (konkursfesten; vgl. Rn. 2.48 ff.) Zurückbehaltungsrecht am Eigentum als mit einer Sicherungsübereignung zu vergleichen, die normalerweise voraussetzen würde, daß das Eigentum schon einmal dem Sicherungsgeber (Käufer) zustand. Das vernachlässigt BGH NJW 1971, 799 (ad 2 a).

458 Vgl. die Begründung des dem heutigen § 51 Nr. 1 InsO entsprechenden § 58 Nr. 1 des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/2443 S. 125.

459 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 1 Rn. 54, § 17 Rn. 62; HENCKEL RWS-Skript Nr. 125 S. 12; SERICK BB 1978, 1477, 1483 (einschränkend ders. in dem 1982 erschienenen V. Band seiner Monographie, vgl. dort S. 683–685, aber auch S. 694).

richtig ist jedoch die von SERICK⁴⁶⁰, HENCKEL⁴⁶¹ und einigen ihrer Argumentation folgenden anderen Autoren⁴⁶² vertretene Ansicht, daß der Vorbehaltseigentümer in diesem Fall *wegen* der zuvor bejahten Massezugehörigkeit der Sache nicht einmal ein Absonderungsrecht erwerben, weil ein solches *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen § 15 Satz 1 KO bzw. § 91 I InsO nicht mehr entstehen könne. (Für den Fall, daß der Kaufpreis bereits *vor* Verfahrenseröffnung beglichen wurde, bestreiten SERICK und HENCKEL das Absonderungsrecht nicht!⁴⁶³) Denn die Voraussetzung des § 15 Satz 1 KO bzw. § 91 I InsO, daß es sich um einen *zur Insolvenzmasse gehörenden* Gegenstand handelt, wurde ja gerade damit begründet, daß sich das Vorbehaltseigentum des Verkäufers in ein Absonderungsrecht verwandelt habe. Als die Kaufsache Massebestandteil wurde, wurde sie dies also von vornherein nur vorbehaltlich der Belastung, die sich in dem zu einem Absonderungsrecht »geschrumpften« ehemaligen Aussonderungsrecht des Verkäufers ausdrückt. Schon deshalb bietet § 15 Satz 1 KO bzw. § 91 I InsO keine Handhabe, dem durch seinen erweiterten Eigentumsvorbehalt gesicherten Verkäufer nicht nur das Aussonderungsrecht, sondern auch das in diesem von vornherein enthalten gewesene (und später allein übriggebliebene) Absonderungsrecht zu versagen und ihn somit voll auf die Quote zu verweisen⁴⁶⁴.

Vorsorglich hat SERICK sein Ergebnis, daß sich der Verkäufer, der den Kaufpreis für die seinem erweiterten Eigentumsvorbehalt unterliegende Ware erst während des Käuferkonkurses vom Verwalter erhält, wegen der übrigen durch den Vorbehalt »gesicherten« Forderungen mit der Quote begnügen müsse, noch auf ein zweites Bein gestellt⁴⁶⁵: SERICK meint, die den erweiterten Eigentumsvorbehalt begründende Vereinbarung bestehe in Wirklichkeit aus zwei »Blöcken«. Der *erste* Block umfasse »die Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts anlässlich der Lieferung jener Vorbehaltsware, die im Konkurs als Sicherheit in Anspruch genommen wird, und die gerade durch sie gesicherte Kaufpreisforderung«. Diesem Block sei die Erweiterungsklausel als *zweite* Vereinbarung nachgeschaltet. Bei dieser handele es sich um ein abgekürztes Sicherungsgeschäft, das – ausführlich verabredet – folgenden Zuschnitt hätte: »Nach Eintritt der Bedingung im Grund-

460 SERICK BB 1978, 1477, 1483 und in Bd. V S. 694 f.

461 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 62 und RWS-Skript Nr. 125 S. 12 ff.

462 KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 18 i im zweiten Absatz; Michael HUBER in Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 36 Rn. 34 S. 508 (anders jedoch a. a. O. Rn. 35 für den Kontokorrentvorbehalt); BÜLOW DB 1999, 2196, 2198 f.; nur zum Teil übereinstimmend K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 79 ff., § 107 Rn. 16.

463 HENCKEL a. a. O. (weitergehend aber wohl ders. in ZZP 99 [1986] 419, 428 f.; s. o. Rn. 4.168 Fn. 450); SERICK Bd. V S. 680 ff., 693/694, 696; vgl. auch BÜLOW a. a. O.; BRAUN S. 177–190; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 3 a S. 95; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang Rn. 177.

464 So aber HENCKEL und SERICK jeweils a. a. O. (o. Fn. 460 f.); jedenfalls ihrem Ergebnis zustimmend BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER a. a. O.; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL a. a. O.; Michael HUBER a. a. O.; BÜLOW DB 1999, 2196, 2198 f. und – trotz Bedenken gegen die soeben kritisierte Argumentation – BRAUN S. 192 f. (zu ihm sogleich Rn. 4.174).

465 SERICK Bd. V S. 692 ff. und BB 1978, 1477, 1483.

geschäft (dem Vorbehaltskauf) erwirbt der Käufer das Eigentum und übereignet es – antezipiert – dem Lieferanten zur Sicherung einer anderen Forderung auflösend bedingt zurück.« Führe nun der Konkursverwalter gem. §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) den Eintritt der im *ersten* Geschäft vereinbarten Bedingung (Bezahlung der konkreten Sache) herbei, so falle das Eigentum in die Masse mit der Folge, daß die Wirksamkeit der als *zweiten* »Block« vereinbarten antezipierten Sicherungs-Rückübereignung an § 15 Satz 1 KO (§ 91 I InsO) scheitere⁴⁶⁶.

4.172 Auch diese Begründung vermag jedoch nicht zu überzeugen⁴⁶⁷. Denn die ihr zugrundeliegende Auffassung, daß der *erweiterte* Eigentumsvorbehalt in Wirklichkeit ein mit einer antezipierten Sicherungs-Rückübereignung verbundener *ein-facher* Eigentumsvorbehalt sei, wird kaum jemals dem Willen der Vertragsparteien entsprechen, denen i. d. R. an einer möglichst einfachen (und vor allem krisenfesten!) Ausgestaltung des Sicherungsgeschäfts gelegen sein wird⁴⁶⁸. Bei unbefangener, von rechtspolitischem Wunschenken freier Betrachtungsweise kann man in dem erweiterten Eigentumsvorbehalt nur ein besonders ausgestaltetes Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers am Eigentum sehen, das erst mit der Erfüllung *sämtlicher* gesicherter Forderungen erlischt und – wenn auch nur als Absonderungsrecht⁴⁶⁹ – bis dahin auch gegenüber dem Insolvenzverwalter des Käufers wirkt⁴⁷⁰.

4.173 Wer dieses Ergebnis nicht akzeptieren will, muß nach dem Gesetzgeber rufen⁴⁷¹. Dieser aber sollte keinem Vorschlag folgen, der die Insolvenzfestigkeit der in den Eigentumsvorbehalt aufgenommenen Erweiterungen davon abhängig macht, ob der Kaufpreis für die mit diesem Vorbehalt belastete Sache schon vor oder erst nach der Verfahrenseröffnung gezahlt wurde. Denn der Betrag, um den das (die

466 Zustimmung BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 3 a S. 95. Sehr zurückhaltend KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetz 1997, KO¹⁷ § 17 Anm. 3 d S. 113 (»so jedenfalls Kilger«). Nur mit Einschränkungen folgt der o. im Text abgelehnten Ansicht K/P/TINELNOT InsO § 103 Rn. 79 ff., § 107 Rn. 16.

467 Vgl. auch BRAUN S. 178; HÄSEMAYER, Insolvenzrecht², Rn. 18.37; MELLWIG S. 103 f.

468 Möglicherweise hält SERICK solch einen Parteiwillen aber aus normativen Gründen für unbeachtlich; denn in Bd. V S. 693 bemerkt er (ähnlich wie bereits in BB 1978, 1477, 1483): »Schon das Reichsgericht hat – nach der eben vorgenommenen Anatomie des erweiterten Eigentumsvorbehalts durchaus zutreffend – die Erweiterungsvereinbarung mit einer antizipierten Sicherungsübereignung verglichen, *um von hier aus auch ihre rechtliche Zulässigkeit zu bejahen*« (Hervorhebungen nicht von SERICK selbst; bei der von ihm erwähnten Entscheidung des Reichsgerichts handelt es sich um RGZ 147, 321, 326).

469 Vgl. o. Rn. 4.170 bei Fn. 458.

470 Vgl. o. Rn. 4.168. Der hier vertretenen Lösung stimmen zumindest im Ergebnis zu: GOTTWALD und KEPPLINGER jeweils a. a. O. (o. Fn. 449); vgl. auch HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 18.37. Kritisch bis ablehnend jedoch MELLWIG S. 96 Fn. 21; K/P/TINELNOT InsO § 103 Rn. 79 ff.

471 Dessen Gestaltungsspielräume sind allerdings nicht sehr groß. Vgl. hierzu den obigen Text (Rn. 4.173) sowie ergänzend meine Ausführungen in JA 1988, 117, 182 f. bzw. in: Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 485 ff.

Insolvenzmasse bildende) Vermögen des Schuldners durch diese Zahlung gemindert wird, ist hier wie dort der gleiche. Gleich muß deshalb hier wie dort auch der Gegenwert sein, der dieser Vermögensmasse aufgrund der aufschiebend bedingten Verfügung des Vertragspartners zufließt. Selbst wenn man die Rechtsstellung des Vorbehaltslieferanten zugunsten der Insolvenzmasse des Käufers beschneiden wollte, gäbe es keinen sachlichen Grund, dies gerade und nur (!) für den Fall zu tun, daß im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung über das Vermögen des Käufers noch nicht einmal die betreffende Sache selbst bezahlt ist⁴⁷². Auch das spricht gegen die insoweit zu einer Ungleichbehandlung führenden Thesen von HENCKEL und SERICK, die das dem Insolvenzverwalter im letzteren Fall nach § 103 I InsO zustehende Recht, die mit dem erweiterten Eigentumsvorbehalt belastete Kaufsache »anstelle des Schuldners« zu bezahlen, umfunktionieren in das *de lege lata* weder dem Schuldner noch dem Verwalter zustehende Recht, den Vertragspartner schon vor vollständigem Eintritt *aller* die Wirksamkeit seiner Verfügung aufschiebenden Bedingungen (Erfüllung *sämtlicher* gesicherter Forderungen) zu enteignen.

Besonders deutlich wird die unzulässige Umfunktionierung des § 103 InsO in eine »Enteignungsermächtigung« bei BRAUN, der die dem insolventen Schuldner unter erweitertem Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware als *Zugriffsobjekt* für die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters bezeichnet und die von SERICK und HENCKEL vertretene Auffassung mit dem Hinweis zu halten versucht, daß der Lieferant sonst – d. h. wenn man ihm das Absonderungsrecht beließe – dem Insolvenzverwalter die Sache, »die doch Grund und Gegenstand der Erfüllungswahl war und wegen der der Verwalter ausnahmsweise volle Befriedigung für die Restkaufpreisforderung als Masseschuld versprochen und dem Verkäufer auch verschafft hat«, wieder entziehen könnte⁴⁷³. Demgegenüber ist jedoch zu sagen, daß der Insolvenzverwalter sich *vor* der ihm nach § 103 InsO zustehenden Entscheidung vergewissern mag⁴⁷⁴, welche Forderungen des Lieferanten noch befriedigt werden müssen⁴⁷⁵,

472 Vgl. schon o. Rn. 4.133 Fn. 353.

473 BRAUN S. 193. Der gleiche Gedanke klingt an bei SERICK Bd. V S. 694 (2. Hälfte) und – in anderem Zusammenhang (§ 103 InsO als Instrument zum Angriff auf Aufrechnungsbefugnisse des Vertragspartners und zum Ausmanövrieren von Zessionaren des Insolvenzschuldners?) – in den o. Rn. 4.27 ff., 4.59 ff. kritisierten Entscheidungen des BGH. BRAUN ergänzt seine Argumentation noch durch die These, daß »durch die Erfüllungswahl innerhalb des Konkursverfahrens die Besitzberechtigung des Vorbehaltskäufers festgeschrieben« werde. M. E. gibt es aber keinen Grund, das Besitzrecht des Käufers (und damit auch des Insolvenzverwalters) in diesem Fall höher zu bewerten als in Fällen, in denen der Käufer die unter erweitertem Eigentumsvorbehalt stehende Sache schon vor Verfahrenseröffnung bezahlt hat. Wer das Absonderungsrecht des Verkäufers im letzteren Fall bejaht (so z. B. BRAUN selbst; vgl. o. Rn. 4.170 mit Fn. 463), darf es folglich auch dann nicht aus besitzrechtlichen Gründen verneinen, wenn der Kaufpreis für die betreffende Sache erst während des Insolvenzverfahrens vom Verwalter beglichen wird (so aber BRAUN S. 193).

474 Zust. KEPLINGER S. 316. Vgl. erg. u. Rn. 4.175 ff.

475 SERICK Bd. V S. 696 ff., 726 f. (ad 9.) nimmt in Fällen, in denen auch er dem durch erweiterten Eigentumsvorbehalt gesicherten Verkäufer nach Bezahlung der »belasteten« Sache ein Absonderungsrecht zugesteht (vgl. o. Rn. 4.170 bei Fn. 463), an, daß der Kon-

wenn der Eintritt der Bedingung, die den Eigentumserwerb des Schuldners nach dem Inhalt der dinglichen Einigung (§ 929 Satz 1 BGB) aufschiebt, herbeigeführt werden soll. Denn der Verwalter *muß* den Vertrag ja nicht erfüllen; § 103 InsO beläßt ihm selbstverständlich das Recht, die weitere Erfüllung abzulehnen. Dieses Recht verliert er erst, wenn er das ihm nach § 103 InsO zustehende Wahlrecht im gegenteiligen Sinne ausübt und dadurch eine Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO erzeugt. Und selbst das gilt in Fällen, in denen er nachträglich mit einer (wenn auch in Gestalt eines erweiterten Eigentumsvorbehalts »automatisierten«) Zug-um-Zug-Einrede konfrontiert wird und diese auf einem anderen Vertrag beruht als dem, dessen Erfüllung er gem. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO verlangt hat, nur vorbehaltlich des ihm hier ausnahmsweise zuzubilligenden⁴⁷⁶ Rechts, die nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandene Masseverbindlichkeit durch einen Widerruf – notfalls durch Anfechtung – des ihr zugrundeliegenden Erfüllungsverlangens zu beseitigen.

III. Zweckmäßiges Verhalten des Insolvenzverwalters bei unsicherer Entscheidungsgrundlage

- 4.175** Wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung eines dem § 103 InsO unterliegenden Vertrages verlangt, muß er die sich auf diesen Vertrag gründende Gegenforderung, die bis dahin nur Insolvenzforderung war (§ 38 InsO), als Masseverbindlichkeit erfüllen (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO). Folglich wird er die Erfüllung des Vertrages nur dann verlangen wollen, wenn ein Wertvergleich der beiderseits noch ausstehenden Leistungen oder ein sonstiger wichtiger Grund^{476a} dies nahelegt. Um einen *Wertvergleich* vornehmen zu können, muß der Verwalter wissen, welche Leistungen beiderseits noch ausstehen. Ebenso wird er wissen wollen, ob dem Vertragspartner auch aufgrund anderer Verträge oder sonstiger Rechtsverhältnisse Ansprüche zustehen, die diesem evtl. eine echte (§ 273 BGB) oder eine durch Vereinbarung eines erweiterten Eigentumsvorbehalts »automatisierte« Zug-um-Zug-Einrede⁴⁷⁷ oder vielleicht sogar eine Aufrechnungsmöglichkeit⁴⁷⁸ gewähren. Auch für eine vor Verfahrenseröffnung erfolgte Abtretung, Pfändung oder Verpfändung des gegen den Vertragspartner gerichteten Erfüllungsanspruchs muß sich der Insolvenzverwalter nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht⁴⁷⁹ interessieren.

kursverwalter berechtigt sei, die betreffende Sache gegen Zahlung ihres Marktpreises für die Masse zu erwerben (zustimmend KILGER/SCHMIDT, Insolvenzzesetze, 1997, KO¹⁷ § 17 Anm. 3 d S. 113). Eine Auseinandersetzung mit dieser Ansicht würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen.

476 Vgl. o. Rn. 4.135 f., 4.169.

476 a Vgl. SCHWÖRER Rn. 196 ff., 258; HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 2, 79, § 107 Rn. 23.

477 Dazu soeben Rn. 4.133 ff. (besonders Rn. 4.167 ff.).

478 Dazu o. Rn. 4.59 ff. und speziell zur *Teilaufrechnung* Rn. 4.75 f.

479 Vgl. o. Rn. 4.16 ff. (besonders Rn. 4.27 ff. sowie speziell zu § 166 II InsO und zur *Teilabtretung* Rn. 4.47 f., 4.50 f., 4.56 f.).

Diese und sonstige für seine Entscheidung wichtige Umstände wird der Insolvenzverwalter zunächst anhand der Auskünfte (§§ 97 f. InsO) und der Geschäftsbücher (§ 36 II Nr. 1 InsO) des Schuldners zu klären versuchen. Beide Hilfsmittel können aber versagen bzw. zu Fehlinformationen führen. Verlangt der Insolvenzverwalter aufgrund falscher Vorstellungen über die beiderseits noch ausstehenden Leistungen die Erfüllung eines dem § 103 InsO unterliegenden Vertrages und ist sein Erfüllungsverlangen zumindest teilweise⁴⁸⁰ begründet, so ist der Verwalter an diese Entscheidung zunächst einmal gebunden. Sein Erfüllungsverlangen stellt nach allgemeiner Auffassung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung dar⁴⁸¹, welche die vertragliche Gegenforderung des anderen Teils gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer Masseverbindlichkeit aufwertet und insoweit rechtsgestaltend wirkt⁴⁸². Eine Beseitigung dieser Gestaltungswirkung durch einseitigen Widerruf wird allgemein als nicht möglich angesehen⁴⁸³. Dem ist – vorbehaltlich der bei Rn. 4.56 f., 4.75, 4.135 f., 4.169, 4.174 diskutierten Ausnahmen – grundsätzlich zuzustimmen. Ob der Insolvenzverwalter sein Erfüllungsverlangen mit der Begründung, daß er sich bei der Abgabe dieser Erklärung über den Umfang der beiderseits noch ausstehenden Leistungen geirrt habe, nach § 119 BGB anfechten kann, ist in Rspr. und Schrifttum noch nicht abschließend geklärt⁴⁸⁴. Entsprechendes gilt hinsichtlich der bei Rn. 4.56, 4.75 befürworteten Anfechtungsmöglichkeiten in einigen der Aufrechnungs- und Zessionsfällen. Wegen dieser Rechtsunsicherheit, wegen der den Verwalter hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen seines (etwaigen) Anfechtungsrechts treffenden Beweislast und nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Schadensersatzpflicht, die der Insolvenzmasse im Falle wirksamer Anfechtung droht (§ 122 BGB) und die ggf. als Masseverbindlichkeit⁴⁸⁵ erfüllt werden müßte, wird ein vorsichtiger Insolvenzverwalter nach Möglichkeiten suchen, das Risiko, aufgrund falscher Vorstellungen über die beiderseits noch ausstehenden Leistungen oder sonstiger »wertbildender Eigenschaften« des Vertrages eine Masseverbindlichkeit zu begründen, auf eine Weise zu reduzieren, die sein Recht, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen, nicht unnötig in Gefahr⁴⁸⁶ bringt.

Um dieses Ziel zu erreichen, bietet sich zunächst eine Ausnutzung des allgemein anerkannten⁴⁸⁷ Satzes an, daß sich der Insolvenzverwalter in seiner Erklärung, daß er die Erfüllung des Vertrages verlange, gegen deren gesetzliche Folge aus § 55 I

480 Vgl. o. Rn. 4.51 ff., 4.56, 4.74 f.

481 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 116.

482 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 114, 131.

483 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 119; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 20, 24; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 53 mit Fn. 136; OLG Hamburg MDR 1952, 754.

484 Vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 120 ff.; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 25; MAROTZKE LM § 17 KO Nr. 31 Bl. 5; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 53 (mit Fn. 136), 59.

485 Vgl. § 59 I Nr. 1 KO bzw. § 55 I Nr. 1 InsO sowie JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 127.

486 Vgl. § 103 II 3 InsO!

487 Vgl. RG JW 1904, 392 Nr. 23; RG JW 1904, 559 Nr. 22 = DJZ 1904, 1138 Nr. 94; BLEYER KO § 17 Anm. 4 d; FRANKENBURGER JW 1925, 546, 561; SchlHOLG SchlHAnz 1956,

Nr. 2 Alt. 1 InsO wirksam verwahren kann. Der Insolvenzverwalter kann also die Gefahr, auch solche Gegenforderungen als Masseverbindlichkeiten erfüllen zu müssen, die ihm zur Zeit seines Erfüllungsverlangens noch nicht bekannt waren oder die er für unbegründet hielt, ganz einfach dadurch ausschließen, daß er sein Erfüllungsverlangen mit einer Erklärung darüber verbindet, welche Gegenleistungen er als Masseverbindlichkeiten zu erbringen bereit ist. Decken sich die in dieser Erklärung genannten Leistungen mit dem, was der Vertragspartner nach einem uneingeschränkt erklärten Erfüllungsverlangen des Verwalters gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO als Massegläubiger beanspruchen könnte, so bestehen gegen die Wirksamkeit der Erklärung keine Bedenken. Bleiben die in der Erklärung des Verwalters bezeichneten Leistungen dagegen hinter dem zurück, was der Schuldner seinem Vertragspartner aufgrund des betreffenden Vertrages noch schuldig ist⁴⁸⁸, so muß das Erfüllungsverlangen des Verwalters wegen der mit ihm verbundenen, den § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO teilweise ausschließenden Erklärung als unbegründet angesehen werden⁴⁸⁹; eine Masseverbindlichkeit entsteht deshalb auch hinsichtlich der in der Erklärung des Verwalters ausdrücklich bezeichneten Leistungen nicht (Rechtsgedanke des § 139 BGB). Einer Erfüllungsablehnung, die zur Folge hätte, daß der Verwalter die Erfüllung nun auch dann nicht mehr verlangen könnte, wenn er seinen (partiellen) Protest gegen die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO aufgäbe⁴⁹⁰, steht diese Erklärung jedoch nicht ohne weiteres⁴⁹¹, sondern nur dann gleich, wenn ihr sicher entnommen werden kann, daß der Verwalter weitere vertragliche Gegenforderungen als die in seiner ersten Erklärung genannten selbst dann nicht zu Masseverbindlichkeiten erheben wird, wenn sie ihm zur Kenntnis gebracht und nachgewiesen werden. Der Insolvenzverwalter sollte also deutlich zum Ausdruck bringen, daß der seinem Erfüllungsverlangen beigegebene Vorbehalt zunächst nur ein vorläufiger sein soll. *Endlos* kann der Vertragspartner auf diese Weise allerdings nicht hingehalten werden (s. Rn. 4.181 f.).

290 f. und – in derselben Sache – BGH WM 1958, 430, 432. Ebenso die u. in Fn. 489 Genannten.

488 Ob das der Fall ist, hat das mit der Erfüllungsklage des Insolvenzverwalters befaßte Gericht m. E. nicht von Amts wegen, sondern nur auf Verlangen des Beklagten zu prüfen. Denn in einem weiteren Sinne geht es ja auch hier um die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (vgl. zu dieser auch u. Rn. 5.36 ff.). Daß der Vertragspartner auf den ihm durch die Automatik des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO gewährten Schutz verzichten kann, ist allgemein anerkannt; vgl. KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 17 Anm. 4 a (S. 115 f.); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 118; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 24; FRANKENBURGER a. a. O.; RGZ 129, 228, 230 f.; RG JW 1904, 559 Nr. 22 = DJZ 1904, 1138 Nr. 94; SCHIHLG SCHIHAnz 1956, 290 f. und – in derselben Sache – BGH WM 1958, 430, 432.

489 Vgl. auch RG JW 1904, 559 Nr. 22 = DJZ 1904, 1138 Nr. 94; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 17 Anm. 4 a; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 118; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 24.

490 Vgl. o. Rn. 3.37.

491 So aber KILGER/SCHMIDT, HENCKEL und UHLENBRUCK jeweils a. a. O. (vgl. soeben Fn. 489) sowie unter ausdrücklicher Einbeziehung sogar des Sonderfalles, daß sich der Vertragspartner auf diesen Vorbehalt einläßt, das von mir in EWIR § 17 KO 2/1988, 285 besprochene Urteil BGHZ 103, 250, 253 f. Offengelassen wird die Frage von den in Fn. 487 Genannten.

Auf einem Weg, der dem soeben beschriebenen ähnelt, kann der Insolvenzverwalter auch den bösen Überraschungen vorbeugen, die sich im Falle eines von ihm *ohne Vorbehalt* erklärten Erfüllungsverlangens ergeben, wenn er erst *nach* dieser Erklärung erkennt, daß er nun zwar alle auf dem betreffenden Vertrag beruhenden Verpflichtungen des Schuldners als Masseverbindlichkeiten erfüllen muß (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO), er die *Gegenleistung* aber nicht bereits gegen Erfüllung *dieser* Verbindlichkeiten, sondern erst Zug um Zug (§ 273 BGB) gegen vollständige Erfüllung auch noch *sonstiger* – z. B. auf *anderen* Verträgen beruhender – und ihm bis dahin unbekannt gebliebener Forderungen des Vertragspartners beanspruchen kann⁴⁹². Diese mißliche Lage kann der Insolvenzverwalter nicht nur durch Ausübung des ihm für diesen besonderen Fall ausnahmsweise zuzubilligenden⁴⁹³ Rechts zum Widerruf (zumindest jedoch zur Anfechtung) seines Erfüllungsverlangens, sondern auch schon *vorbeugend* dadurch vermeiden, daß er die Erfüllung des Vertrages von vornherein nur für den Fall verlangt, daß der Vertragspartner wegen etwaiger Forderungen, die ihm aufgrund anderer Rechtsverhältnisse zustehen, keine (begründete) Zug-um-Zug-Einrede geltend machen wird. Verlangt daraufhin der Vertragspartner, daß der Insolvenzverwalter den Vertrag auch seinerseits als Masseverbindlichkeit erfüllt, so verzichtet er durch diese Inanspruchnahme des – ihm vom Insolvenzverwalter ja nur unter der erwähnten Bedingung zugestandenen – Vorrechts aus § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO konkludent auf sein etwaiges Recht, der Masse die Gegenleistung bis zur Befriedigung seiner außerhalb des betreffenden Vertrages begründeten Forderungen zu verweigern.

4.178

Klagt umgekehrt der Insolvenzverwalter auf Erfüllung, so hat das Gericht den seinem Erfüllungsverlangen beigefügten Vorbehalt erst dann zu beachten, wenn der Beklagte eine Zug-um-Zug-Einrede erhebt, die sich auf eine außerhalb des betreffenden Vertrages liegende Gegenforderung stützt: Wenn der Insolvenzverwalter dann nicht (ohne Protest gegen die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO⁴⁹⁴) erklärt, daß er die Erfüllung des Vertrages auch für den Fall verlange, daß sich diese Einrede als begründet erweisen sollte, muß das Gericht die Klage als unbegründet abweisen, falls es die Einrede des Beklagten für begründet hält. Hält es die Einrede für unbegründet, so erledigt sich der dem Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters beigefügte Vorbehalt von selbst; der Vertragspartner darf also verurteilt werden.

4.179

Ganz ähnlich kann sich der Insolvenzverwalter vor unliebsamen Überraschungen schützen, wenn der Schuldner Ware unter erweitertem Eigentumsvorbehalt erworben hat⁴⁹⁵ und weder der Schuldner selbst noch die Geschäftsbücher zuverlässig Auskunft über den Umfang der in den erweiterten Eigentumsvorbehalt einbezo-

4.180

492 Dazu o. Rn. 4.133 ff.

493 Vgl. o. Rn. 4.136.

494 Vgl. o. Rn. 4.177 bei Fn. 489. Zur Klarstellung sei nochmals hervorgehoben, daß sich die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nur auf solche Verbindlichkeiten bezieht, die in *demselben* Vertrag begründet sind wie der vom Insolvenzverwalter verfolgte Erfüllungsanspruch; vgl. o. Rn. 4.144.

495 Dazu schon o. Rn. 4.167 ff.

genen Forderungen des Verkäufers aus früheren Verträgen geben: Hier mag der Verwalter deutlich die Bedingungen nennen, unter denen der Eigentumsvorbehalt des Verkäufers erlöschen muß, wenn er – der Verwalter – mit der Konsequenz des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO die Erfüllung verlangen soll. Wenn der Verkäufer diese Bedingungen akzeptiert, ist der Insolvenzverwalter an sein von ihnen abhängig gemachtes Erfüllungsverlangen gebunden; andernfalls kann er die Erfüllung des Vertrages noch ablehnen.

- 4.181** Eine Erklärung des Insolvenzverwalters, mit der dieser die Erfüllung des Vertrages zu Bedingungen verlangt, die zu Lasten des (mit ihnen nicht einverstanden) Vertragspartners vom wirklichen Schuldinhalt abweichen, ist grundsätzlich nicht geeignet, dem Verwalter im Falle des § 103 II 2 InsO – also wenn der Vertragspartner ihn zur Ausübung seines Wahlrechts aufgefordert hat – das Recht auf Erfüllung zu erhalten⁴⁹⁶.
- 4.182** Jedoch verliert der Verwalter das Recht, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen, auch im Fall des § 103 II 2 InsO nicht, wenn das in seinem vorerst nur mit Vorbehalten ausgesprochenen Erfüllungsverlangen liegende hinhaltende Taktieren kein »schuldhaftes« Zögern⁴⁹⁷ darstellt. Diese Formel erlaubt eine angemessene Beurteilung des Falles, daß der Insolvenzverwalter nur deshalb zögert, die Erfüllung vorbehaltlos zu verlangen, weil er nicht weiß, welche Gegenforderungen dann unmittelbar (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) oder mittelbar (z. B. über § 273 BGB) auf die Masse zukämen: Hier wird man ein etwaiges Verschulden des *Schuldners*, das darin liegen könnte, daß er seine Geschäftsbücher nicht ordentlich geführt hat und auch selbst nicht mehr zu sachdienlichen Auskünften in der Lage ist, dem Insolvenzverwalter nicht zurechnen dürfen. Wohl aber muß ein (eigenes) Verschulden des Insolvenzverwalters bejaht werden, wenn *er* trotz bestehender Erfolgsaussicht nicht rechtzeitig versucht, die nötigen Auskünfte zu erlangen.
- 4.183** In diesem Zusammenhang kann die Frage praktisch werden, ob vielleicht sogar der *Vertragspartner* dem Insolvenzverwalter zur Auskunftserteilung verpflichtet ist. Hier ist zunächst auf eine gefestigte Rspr. zu verweisen, die »auf der Grundlage besonderer rechtlicher Beziehungen vertraglicher oder außervertraglicher Art . . . einen aus § 242 BGB folgenden Auskunftsanspruch« anerkennt, »wenn sich aus den Besonderheiten der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen ergibt, daß der Auskunftsbegehrende in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, während der Verpflichtete un schwer in der Lage ist, Auskunft zu erteilen«⁴⁹⁸. Aufgrund dieser Rspr. erscheint

496 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 207.

497 Der in §§ 103 II 2, 107 II 1 InsO verwendete Ausdruck »unverzüglich« ist i. S. von »ohne schuldhaftes Zögern« zu verstehen; vgl. § 121 I 1 BGB und die Begründung der dem § 103 InsO entsprechenden Bestimmung des Regierungsentwurfs (§ 117) in BT-Drucks. 12/2443 S. 145.

498 So mit vielen Nachweisen BGH NJW 1982, 1807 f.

es durchaus vertretbar⁴⁹⁹, dem Insolvenzverwalter je nach Lage des Falles zu einem Anspruch gegen den Vertragspartner auf Auskunft über die Umstände zu verhelfen, die für den Stand der zwischen diesem und dem insolventen Schuldner existierenden Rechtsbeziehungen relevant sind.

Für eine Auskunftspflicht spricht auch, daß § 840 ZPO in bezug auf den ähnlich liegenden⁵⁰⁰ Fall, daß die gegen den Vertragspartner gerichtete Forderung des Schuldners nicht aufgrund eines Insolvenzverfahrens dem Verwalter, sondern aufgrund eines Pfändungsbeschlusses einem einzelnen Vollstreckungsgläubiger haftungsrechtlich zugewiesen wurde, ausdrücklich bestimmt, daß der »Drittschuldner« – übertragen auf den Fall des § 103 InsO wäre das der »andere Teil« – dem Gläubiger auf Verlangen zu erklären hat, **4.184**

1. ob und inwieweit er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten⁵⁰¹ bereit sei,
2. ob und welche Ansprüche andere Personen an die Forderung machen⁵⁰²,
3. ob und wegen welcher Ansprüche die Forderung bereits für andere Gläubiger gepfändet sei⁵⁰³.

Zumindest im Sinne einer »Obliegenheit«⁵⁰⁴ wird man den Vertragspartner für verpflichtet erachten müssen, dem Insolvenzverwalter jedenfalls dann, wenn dieser sich die Informationen über die für eine sachgerechte Wahlrechtsausübung (§ 103 InsO) relevanten Umstände nicht vom Schuldner oder aus dessen Geschäftsbüchern beschaffen kann, die erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Folgt man dem⁵⁰⁵, so wird man eine Verzögerung der Wahlrechtsausübung, die dadurch eintritt, daß der Insolvenzverwalter vom Vertragspartner zunächst (aber unverzüglich!) diese Auskünfte erbittet, nicht als »schuldhafte« (§§ 103 II 2, 107 II 1 InsO)⁵⁰⁶ ansehen dürfen. **4.185**

499 Aber keineswegs zwingend! Vgl. für den ähnlich liegenden Fall des § 840 ZPO (dazu sogleich Rn. 4.184): BREHM JZ 1984, 675 f.

500 Vgl. Rn. 2.20, 2.79.

501 Keine »Zahlungsleistung« wäre z. B. eine Aufrechnung. Vgl. zur Aufrechnungsproblematik o. Rn. 4.59 ff.

502 Zur Bedeutung dieser Frage im Rahmen des § 103 InsO vgl. o. Rn. 4.16 ff.

503 Zur Bedeutung dieser Frage im Rahmen des § 103 InsO vgl. o. Rn. 4.16 ff., 4.27 ff., 4.45 ff., zur Frage einer Auskunftspflicht des Pfändungsgläubigers u. Fn. 505 (zu Rn. 4.185).

504 Ob der Auskunftspflicht des (Dritt-)Schuldners auch ein einklagbarer Auskunftsanspruch des (Vollstreckungs-)Gläubigers entspricht, war für den bei Rn. 4.184 erwähnten Vergleichsfall des § 840 ZPO lange umstritten. Der BGH hat die Frage in seinem Grundsatzurteil vom 17. 4. 1984, das auch Nachweise zur Gegenansicht enthält, verneint (BGHZ 91, 126 ff. = JZ 1984, 673 ff. m. Anm. BREHM).

505 Die Frage scheint bislang noch nicht erörtert worden zu sein. Eine gegenüber dem Insolvenzverwalter bestehende Auskunftspflicht dessen, der eine Forderung des Schuldners vor Verfahrenseröffnung pfänden und sich zur Einziehung überweisen ließ, wird jedoch thematisiert in LG Dresden ZIP 1997, 554 f. (dazu JOHLKE/SCHRÖDER EWiR § 7 GesO 1/1997, 299 f.).

506 Vgl. Rn. 4.182 mit Fn. 497.

- 4.186** Wenn der Vertragspartner die Auskunft zwar erteilt, dabei aber nicht alle Leistungen erwähnt, die der Insolvenzverwalter nach einem vorbehaltlos erklärten Erfüllungsverlangen als Masseverbindlichkeit erfüllen müßte, so bedeutet das im Zweifel keinen (teilweisen) Vorausverzicht auf den im Fall eines Erfüllungsverlangens eintretenden Schutz des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO⁵⁰⁷. Nur wenn die Unvollständigkeit der Auskunft zumindest auf Fahrlässigkeit beruht, wird der durch sie zu seinem vorbehaltlosen Erfüllungsverlangen verleitete Insolvenzverwalter gem. § 249 Satz 1 BGB⁵⁰⁸ verlangen können, daß die Masse von der durch sein Erfüllungsverlangen erzeugten Bindung (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) freigestellt wird.
- 4.187** Unabhängig von der Frage, ob der Vertragspartner die Unrichtigkeit seiner Auskunft zu vertreten hat, kann sich der Insolvenzverwalter vor bösen Überraschungen auch dadurch schützen, daß er sein Erfüllungsverlangen von vornherein unter die auflösende Bedingung stellt, daß der Vertragspartner Gegenrechte geltend macht, die schon zur Zeit der Auskunftserteilung begründet, aber in der Auskunft nicht erwähnt waren. Da der Eintritt dieser Bedingung voraussetzt, daß der Vertragspartner seine eigene Auskunft nicht mehr gelten lassen will, wird man in der Situation des § 103 II 2 InsO (§ 107 II InsO) auch ein derart eingeschränktes Erfüllungsverlangen als geeignet ansehen dürfen, dem Insolvenzverwalter das Recht, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen, zu erhalten. Wenn der Vertragspartner den Eintritt dieser auflösenden Bedingung herbeiführt, kann sich der Insolvenzverwalter erneut zwischen Nichterfüllung und beiderseitiger Erfüllung entscheiden.

507 Auch die im Fall des § 840 ZPO (s. Rn. 4.184) abzugebende Drittschuldnererklärung wird i. d. R. nicht als *Willens-*, sondern nur als *Wissenserklärung* angesehen. Vgl. z. B. BGHZ 69, 328 ff.; LAG Berlin DB 1991, 1336.

508 Eigentliche Anspruchsgrundlage ist hier positive Forderungsverletzung oder, wenn man lediglich eine *Auskunftsobliegenheit* des Vertragspartners anerkennen will: positive *Obliegenheitsverletzung*. Daß auch die Verletzung von *Obliegenheiten* zu echten *Ansprüchen* auf Schadensersatz führen kann, zeigt für den bereits bei Rn. 4.184 herangezogenen Parallelfall der Einzelzwangsvollstreckung § 840 II 2 ZPO: »Der Drittschuldner haftet dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung seiner« – vom BGH als bloße *Obliegenheit* interpretierten (s. o. Fn. 504) – »Verpflichtung entstehenden Schaden.« Bemerkenswert ist, daß die Rspr. auch diese Bestimmung nur bei *schuldhafter* Verletzung der Erklärungspflicht – bzw. *Erklärungsobliegenheit* – anwendet (vgl. BGHZ 79, 275, 277 [m. w. N.]; 86, 23, 31), also offenbar ebenfalls eine enge Verwandtschaft mit dem Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung sieht.

§ 5. Erfüllung- und Ersatzansprüche des Vertragspartners bei negativer oder unterlassener Wahlrechtsausübung des Insolvenzverwalters

I. Der Vertragspartner als Insolvenzgläubiger

Bis der Insolvenzverwalter vom Vertragspartner Erfüllung verlangt und dadurch die diesem zustehende Gegenforderung zu einer Masseverbindlichkeit erhebt (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO), bleibt es nach den MOTIVEN¹ der KO bei der »Nichterfüllung«, verstanden im Sinne der unmittelbar infolge der Verfahrenseröffnung eingetretenen Beschränkung des Vertragspartners auf die Quote². Auch für Ansprüche aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen³ gilt demnach bis auf weiteres (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) der allgemeine Grundsatz des § 38 InsO, der besagt, daß persönliche Gläubiger, die einen zur Zeit der Verfahrenseröffnung begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben, Insolvenzgläubiger sind.

Obwohl § 38 InsO (§ 3 I KO) die Qualifikation einer Forderung als *Insolvenzforderung* weder davon abhängig macht, daß der Gläubiger tatsächlich am Verfahren teilnimmt⁴, noch davon, daß der Insolvenzverwalter ihm ausdrücklich erklärt, seine Forderung nicht erfüllen zu wollen, hat es nicht an Versuchen gefehlt, derartige Voraussetzungen für den Fall, daß die Forderung auf einem dem § 103 InsO unterliegenden Vertrag beruht, aufzustellen.

So ist im Schrifttum die Ansicht vertreten worden, daß ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrag beruhe, erst

1 MOTIVE zur KO S. 67 = HAHN Bd. IV S. 86; wörtlich zitiert o. Rn. 3.6.

2 Vgl. Rn. 3.48 ff.

3 MOTIVE zur KO S. 65 = HAHN Bd. IV S. 85 (wörtlich zitiert o. Rn. 3.54; vgl. auch u. Rn. 13.34). Ebenso in Abweichung von der bis dahin ganz herrschend gewesenen Gegenansicht (vgl. sogleich Rn. 5.4 bei Fn. 10) auch der BGH seit BGHZ 89, 189, 194 f. (= WM 1984, 231 f. = JZ 1984, 420 ff. mit Anm. BAUR) und BGH WM 1984, 265 f. Wie hier – jedoch mit Unterschieden im Detail – auch BFHE 148, 346, 350 = ZIP 1987, 119, 121; FITTING, 1. und 2. Aufl. S. 38 f. mit Fn. 8 (stark modifiziert in der 3. Aufl. S. 51 ff. mit Fn. 15, 19); HELLMANN S. 266; HUBER BB 1964, 731, 733; KÖRBER S. 59; LIPPMANN JherJb 41 (1900) 112, 230 f.; MAROTZKE JZ 1977, 552 f.; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 196/197, 198; PLETZSCH S. 116; LUTHER S. 54 f.; HEILMANN KTS 1985, 639, 640; HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.02 f., 20.06 f.; KEPPLINGER S. 77 ff., 216 ff.; vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 7, 9, 115, 149, 162, 209 ff. (dazu sogleich Rn. 5.3); HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 429 ff., 438 ff.; ders. JZ 1987, 360; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 19, 38; STÜRNER ZZP 94 (1981), 263, 299 sowie die u. in Fn. 6 für die »a. M.« Genannten. – Die ange deuteten »Unterschiede im Detail« betreffen in erster Linie die Frage, ob der Gläubiger im Konkurs (im Insolvenzverfahren) seinen ursprünglichen *Erfüllungsanspruch* oder »nur« einen Schadensersatzanspruch anmelden kann (dazu u. Rn. 5.14 ff., 5.31 ff., 5.64 ff., 5.113 ff., 5.143 ff.).

4 Vgl. auch § 193 Satz 1 KO und § 254 I 3 InsO.

dadurch Konkursgläubiger (Insolvenzgläubiger) werde, daß er seine Forderung im Verfahren anmelde⁵. Dies gelte sowohl dann, wenn der Insolvenzverwalter das ihm gem. § 17 KO (§ 103 InsO) zustehende Wahlrecht noch nicht ausgeübt, als auch dann, wenn er die Erfüllung des Vertrages schon abgelehnt habe⁶. Da sich die praktische Bedeutung dieser Restriktion des § 3 I KO bzw. des § 38 InsO auf den Fall des Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans (§ 193 Satz 1 KO, § 254 I 3 InsO) sowie auf einige – in der vorliegenden Arbeit nicht besonders behandelte⁷ – Fragen der Insolvenzanfechtung (§§ 130, 131 InsO) bzw. der Rückschlagsperre (§ 88 InsO) beschränkt, kann auf eine Stellungnahme vorerst verzichtet werden⁸.

- 5.4** Lange Zeit herrschend war die ebenfalls auf eine Reduktion des § 3 I KO (§ 38 InsO) hinauslaufende These, daß ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrag beruht, erst dann – nun aber unabhängig von einer tatsächlichen Verfahrensteilnahme – Konkursgläubiger werde, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehne oder – was insoweit gleichstehen soll⁹ – die von dem Gläubiger nach § 17 II 1 KO (§ 103 II 2 InsO) verlangte Erklärung verweigere oder schuldhaft verzögere¹⁰. Auch diese Reduktion des § 3 I KO (§ 38 InsO) ist jedoch nicht zu rechtfertigen und vom BGH¹¹ lange vor Inkrafttreten der InsO, nämlich schon Ende 1983, zu Recht verworfen worden. Gegen die bis dahin herrschend gewesene Meinung spricht sowohl, daß sie selbst von ihren eigenen Vertretern nicht durchgehalten werden konnte¹², als

5 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 212; vgl. auch KAATZ S. 35 und BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 9. Anders jetzt HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 438 ff.; ders. JZ 1987, 360.

6 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 209 ff. (vgl. aber soeben Fn. 5 a. E.); vgl. auch KAATZ S. 35. Für beide Fälle **a. M.** – nämlich für *sofortige* Zuerkennung der Konkursgläubigerstellung – ROHG 25, 292, 296 ff.; RG Bolze 2 Nr. 1999 (beide noch zur *preußischen* KO); BGH WM 1984, 231 f., 265 f.; GRIMM S. 82; PLETZSCH S. 107, 116; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 19, 38; wohl auch SEUFFERT S. 190; v. WILMOWSKI/KURLBAUM KO⁶ § 30 Anm. 18, § 193 Anm. 4. Noch anders die sogleich bei Rn. 5.4 dargestellte Ansicht.

7 Insoweit sei auf die in Fn. 3 erwähnten Entscheidungen des BGH und – für die m. E. unzutreffende Gegenansicht – auf COSACK S. 172 f. verwiesen.

8 Sie erfolgt erst bei Rn. 12.8 ff.

9 JAEGER KO^{6/7} § 17 Rn. 41; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 51; MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 21, 38.

10 JAEGER KO^{6/7} § 17 Rn. 55 (weniger ausführlich die von LENT besorgte 8. Auflage, gleichfalls Rn. 55); MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 38 (anders jedoch die o. Fn. 6 zitierte 11. Aufl.); COSACK S. 172 f.; DATHE S. 37 f.; MAAS S. 11 f., 17; MAEDER S. 8; OETKER, Grundbegriffe Bd. I S. 215; OFFTERMATT S. 20 ff.; SACHS S. 32; SANDROCK S. 128 f.; STAUB/HEINICHEN HGB¹⁴ § 382 Anhang Rn. 95; v. WILMOWSKI KO⁵ § 178 Anm. 1 (S. 463); v. VÖLDERNDORFF KO § 15 Vorbem. A II und Anm. c, i (letzterer mit der nicht überzeugenden Begründung, daß der Vertragspartner vor Erhalt der Gegenleistung nicht schulde, sondern nur hafte); vgl. auch OLG Königsberg Seuffa 61, 342 ff. = Recht 1906, 311 Nr. 797; OLG Dresden AnnSächsOLG 32, 92, 94; BLEYER KO § 17 Anm. 8; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER KO¹² § 17 Anm. 9; Th. WOLFF KO § 193 Anm. 2 S. 519.

11 Vgl. die in Fn. 3 erwähnten Entscheidungen des BGH.

12 Z. B. war selbst unter den Vertretern dieser Ansicht unbestritten, daß der Vertragspartner dem – an sich nur für Konkursgläubiger geltenden – Vollstreckungsverbot des § 14 KO (jetzt § 89 I InsO) auch schon vor der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters unter-

auch, daß § 26 KO, dessen zweiter Satz dem Vertragspartner für den Fall der »Nichterfüllung« die Stellung eines Konkursgläubigers zuwies, in seinem ersten Satz die »Nichterfüllung einer Verbindlichkeit . . . des Gemeinschuldners« als eine (die MOTIVE sagen: »unmittelbare«¹³) Folge bereits der Konkurseröffnung, nicht erst irgendeiner Handlung des Konkursverwalters bezeichnet (weniger deutlich, aber dennoch nicht¹⁴ zur gegenteiligen Annahme zwingend nunmehr § 103 II 1 InsO). Wie schon bei Rn. 3.48 ff. ausführlich dargelegt worden ist, verstanden die Verfasser der KO unter »Nichterfüllung« der auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruhenden Forderung nichts anderes als die von den Voraussetzungen des § 17 KO (§ 103 InsO) völlig unabhängige Folge der Konkurseröffnung, daß alle Gläubiger, die einen zur Zeit der Verfahrenseröffnung begründeten Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner haben, *Konkursgläubiger* sind (§ 3 I KO / § 38 InsO) und als solche nicht vollständige und vertragsgemäße »Erfüllung«, sondern nur die Konkursquote in Geld (§ 69 KO / § 45 InsO) verlangen können. Für den Fall des § 17 KO (§ 103 InsO) hat das Gesetz nicht den Eintritt, sondern nur die *Dauer* dieser allgemeinen Konkursfolge von einer Bedingung abhängig gemacht: Gem. § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) ist die sich aus §§ 3 I, 26 Satz 2 KO (§§ 38, 103 II 1 InsO) ergebende Rechtsfolge, daß der Vertragspartner vom Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung an *Konkursgläubiger (Insolvenzgläubiger)* ist, durch das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters *auflösend* bedingt.

Theoretisch könnte man sich die Stellung des Vertragspartners als Insolvenzgläubiger zwar auch als durch eine *Erfüllungsablehnung* des Insolvenzverwalters *aufschiebend* bedingt vorstellen (so z. B. die – in dieser Form glücklicherweise¹⁵ nicht in die InsO übernommenen – §§ 36 I, 50, 52 I 2 VerglO für das konkursabwendende Vergleichsverfahren). Jedoch hätte diese Betrachtungsweise angesichts der solch eine Einschränkung nicht machenden §§ 3 I, 26 Satz 2 KO (§ 38 InsO) einer besonderen Begründung bedurft. Dieser Aufgabe entledigten sich die Vertreter dieser Ansicht meist durch eine Berufung auf JAEGER, der das Problem im Zusammenhang mit der Frage behandelt hatte, ob Gläubiger aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen den Wirkungen eines gerichtlich bestätigten konkursbeendenden *Zwangsvergleichs* (jetzt: Insolvenzplans)¹⁶ unterliegen, falls der Konkursverwalter das ihm nach § 17 KO zustehende Wahlrecht weder ausgeübt noch gem. § 17 II KO (§ 103 II 2, 3 InsO) verwirkt hat¹⁷:

»Offenbar muß doch der Zwangsvergleich bereits einen Anspruch . . . als Konkursforderung . . . vorfinden, wenn er ihn nach § 193 – auch für den Fall der Nichtanmeldung¹⁸ – herabmindern

liegt. Vgl. etwa MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 38; OFFTERMATT S. 20/21; KROPSHOFER in Hess/Kropshofer KO¹ § 17 Rn. 18.

13 Vgl. o. Rn. 3.6.

14 Vgl. o. Rn. 3.11 f.

15 Vgl. o. Rn. 1.12 und u. Rn. 13.1 ff.

16 Dazu u. Rn. 12.1 ff.

17 JAEGER KO^{6/7} § 17 Rn. 55. Die nachfolgenden Hervorhebungen stammen von ihm.

18 Vgl. jetzt § 254 I 3 InsO!

soll. Bis zur Konkursbeendigung kann der Verwalter – immer vorausgesetzt, daß keine Anfrage im Sinne des (§ 17) Abs. 2 an ihn ergeht – zwischen Erfüllung und Nichterfüllung wählen. Bis dahin bleibt es *in der Schwebe*, ob der Anspruch der Gegenpartei zu einem Massegläubigerrecht auf Erfüllung oder zu einem Konkursgläubigerrecht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung werden wird. Einstweilen ist er das eine ebensowenig wie das andere¹⁹. Der Zwangsvergleich hat also keineswegs einen Schadensersatzanspruch als aufschiebend bedingte Konkursforderung angetroffen, sondern einen noch unveränderten Erfüllungsanspruch²⁰. . . . *Der Erfüllungsanspruch als solcher bildet keine Konkursforderung*²¹, auch nicht eine ›durch Gegenleistung bedingte‹ oder nach § 69 in Geld zu verfolgende Konkursforderung. Das ist ja gerade der Grundgedanke des § 17, daß bei einem noch beiderseits unerfüllten Austauschvertrage dem Erfüllungsansprüche des Gegners die Deckung nicht entzogen werden darf, die in der Möglichkeit einer Zurückhaltung der eigenen Leistung liegt. Darum erhebt das Gesetz²² den Erfüllungsanspruch über das Niveau bloßer Konkursforderungen.«

- 5.7 Die soeben wiedergegebene und auch andere²³ Äußerungen von JAEGER zeigen, daß er dem Vertragspartner die Eigenschaft als Konkursgläubiger für die Zeit vor einer Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters bloß deshalb absprach, weil er meinte, nur so verhindern zu können, daß der Vertragspartner im Falle eines Zwangsvergleichs (jetzt: Insolvenzplans) genötigt werde, die eigene Leistung *vollständig* zu erbringen und sich selbst mit der *Vergleichsrate* zu begnügen. Es wird jedoch noch auszuführen sein, daß diese Annahme nicht zutrifft²⁴ und der Sonderfall des Zwangsvergleichs (jetzt: Insolvenzplans) folglich kein Grund ist, dem Vertragspartner die Stellung eines Insolvenzgläubigers streitig zu machen, solange der Insolvenzverwalter sein Wahlrecht noch nicht ausgeübt bzw. noch nicht nach § 17 II KO (§ 103 II 3 InsO) verwirkt hat.

19 A. M. JAEGER/HENCKEL KO⁹: Gegenüber der Masse habe der Vertragspartner »von der Konkurseröffnung an« nur einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§ 17 Rn. 162, 210), mit dem er jedoch nicht von vornherein, sondern erst nach Anmeldung im Konkursverfahren Konkursgläubiger sei (§ 17 Rn. 212; etwas anders jetzt HENCKEL in ZZZP 99 [1986] 419, 438 ff. und in JZ 1987, 360).

20 Bis hierher wortgleich JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 55. Zum Standpunkt der von HENCKEL besorgten 9. Aufl. vgl. u. Rn. 12.20 Fn. 45 und ergänzend Rn. 12.26 ff.

21 Ebenso BAPPERT/MAUNZ/SCHRICKER, Verlagsrecht², VerlagsG § 36 Rn. 10 (vor allem im letzten Absatz, der übrigens in die von SCHRICKER bearbeitete 3. Aufl. nicht übernommen wurde); BLEYER KO § 17 Anm. 8; COSACK S. 172 f.; JAEGER/LENT KO⁸ § 30 Rn. 42; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 162, 212 (vgl. aber auch a. a. O. Rn. 115); MAAS S. 11 f., 17; MEHL S. 13 ff.; OFFERMATT S. 22 f.; SACHS S. 32; SANDROCK S. 128 f.; STAUB/HEINICHEN HGB¹⁴ § 382 Anhang Rn. 95; vgl. auch OLG Königsberg SeuffA 61, 342, 344; OLG Dresden AnnSächsOLG 32, 92, 94; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER KO¹² § 17 Anm. 9; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 55; MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 38; UHLENBRUCK/SINZ WM 1989, 1113, 1115; v. WILMOWSKI KO⁵ § 178 Anm. 1 (S. 463); Th. WOLFF KO § 17 Anm. 2 (S. 115), § 193 Anm. 2 (S. 519).

A. M. – direkt zu der zitierten Äußerung von JAEGER – GRIMM S. 82/83 (i. V. m. seinen S. 77 f. und dortiger Fn. 48); vgl. auch die im Zusammenhang mit § 30 Nrn. 1 (HS. 2) und 2 KO (jetzt §§ 130, 131 InsO) stehenden Bemerkungen in BGHZ 89, 189, 194 f. (= WM 1984, 231 ff. = JZ 1984, 420 ff. m. Anm. BAUR); BGH WM 1984, 265 f. sowie u. Rn. 5.33 m. w. N. in Fn. 107.

22 Welche Vorschrift eigentlich genau? Dazu u. Rn. 12.30, 13.26 ff.

23 JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 43 (S. 334), 50.

24 Vgl. u. Rn. 12.19 ff., 12.25 ff.

Unnötige Verwirrung stiftet in diesem Zusammenhang allerdings eine Passage aus den MOTIVEN zu § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (der Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird, zu Masseschulden verstärkt und nunmehr als § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO fortlebt). Diese Passage lautet²⁵: 5.8

»Das Rechtsgeschäft ist zwar vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangen, der Anspruch auf Erfüllung entsteht aber erst nach der Eröffnung zufolge einer Rechtshandlung des Verwalters oder zufolge des Gesetzes. Der Grund, aus welchem der Erfüllungsanspruch Masseschuld wird, liegt in der Wirkung der Konkursöffnung auf die zur Zeit schwebenden Rechtsgeschäfte. Wie zum zweiten Titel erörtert²⁶, sistirt die Konkursöffnung die Erfüllung der noch nicht erfüllten Verträge, der Erfüllungsanspruch löst sich in eine Entschädigungs-, eine Geldforderung wegen Nichterfüllung auf; dies ist die Regel.«

(Sodann befassen sich die MOTIVE mit der Ausnahme, daß der Konkursverwalter nach § 17 KO Erfüllung verlangt.)

Den ersten Satz dieser Ausführungen kann man leicht dahin mißverstehen, daß Gläubiger aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen ihren ursprünglichen Erfüllungsanspruch niemals als Konkursforderung anmelden könnten²⁷, weil dieser Anspruch zu dem nach § 3 I KO (§ 38 InsO) maßgeblichen Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch gar nicht »begründet« sei, sondern erst später durch das Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters – und dann gleich gem. § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) als Masseschuld – entstehe. Gegen diese Deutung, der seit einigen Jahren auch der BGH zu folgen scheint²⁸, spricht jedoch, daß die MOTIVE unter »Erfüllung« nur die vollständige und vertragsmäßige Erfüllung verstanden²⁹ und daß sie das Wesen einer konkursrechtlichen »Nichterfüllung« in erster Linie³⁰ darin erblickten, daß eine nicht auf Geld gerichtete Insolvenzforderung gem. § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) nur nach ihrem Schätzwerte in Geld angemeldet werden kann. Das ist auch mit der Formulierung im dritten Satz der bei Rn. 5.8 wiedergegebenen Passage gemeint, daß die 5.9

25 MOTIVE zur KO S. 245 = HAHN Bd. IV S. 231. Hervorhebungen nicht im Original.

26 Vgl. dazu o. Rn. 3.49 ff.

27 So – wenn auch ohne Bezugnahme auf die erwähnte Passage aus den MOTIVEN – die h. M. (vgl. u. Rn. 5.19 mit Fn. 51) und in letzter Konsequenz auch die erstmals in BGHZ 103, 250 vertretene Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie des BGH (vgl. Fn. 28).

28 S. o. Rn. 3.42 ff. Man vergleiche einmal mit der bei Rn. 5.8 zitierten Passage der MOTIVE die folgenden Sätze aus BGHZ 129, 336, 338 = LM KO § 17 Nr. 31 Bl. I (Rückseite): »Nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH wird ein gegenseitiger Vertrag, der zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens noch nicht erfüllt ist, durch die Verfahrenseröffnung umgestaltet. Der Erfüllungsanspruch erlischt. An seine Stelle tritt der einseitige Anspruch des anderen Teils auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 26 KO), der lediglich eine Konkursforderung nach § 3 KO darstellt. Allein die Willenserklärung des Konkursverwalters, den Vertrag zu erfüllen oder Erfüllung zu verlangen, läßt den untergegangenen Anspruch gegen den Vertragspartner wieder erstehen, indem sie ihn mit dem bisherigen Inhalt neu begründet (BGHZ 103, 250 [252] = NJW 1988, 1790 = LM § 17 KO Nr. 22; BGHZ 106, 236 [242 f.] = NJW 1989, 1282 = LM § 15 KO Nr. 7; BGHZ 116, 156 [158] = NJW 1992, 507 = LM H. 3/1992 § 17 KO Nr. 29).«

29 Vgl. o. Rn. 3.53 mit Fn. 166, 167.

30 Vgl. o. Rn. 3.50 (Nichterfüllung bzw. Kontraktbruch »im eigentlichen Sinn«).

Konkureröffnung i. d. R. zur Folge habe, daß sich der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners in eine »Geldforderung wegen Nichterfüllung« auflöse. Wenn man dies als eine – wenig glückliche – Umschreibung der Rechtsfolge des § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) verstehen darf³¹, so ist damit nichts anderes gesagt, als daß der Vertragspartner mit seinem Erfüllungsanspruch zwar nach § 3 I KO (§ 38 InsO) Konkursgläubiger ist, er diesen Anspruch aber (gerade deshalb!) nicht in seiner ursprünglichen Gestalt, sondern nur mit seinem Schätzwert in Geld anmelden kann. Die Formulierung des ersten Satzes, daß der »Anspruch auf Erfüllung« erst *nach* der Konkureröffnung »zufolge einer Rechtshandlung des Verwalters« entstehe, will also nicht besagen, daß der Vertragspartner trotz des bereits *vor* Verfahrenseröffnung erfolgten Vertragsschlusses mit dem Schuldner nicht Insolvenzgläubiger i. S. des § 3 I KO (§ 38 InsO) sei, sondern nur, daß der Vertragspartner, *weil* er Insolvenzgläubiger ist, einen Anspruch auf (vollständige und vertragmäßige) Erfüllung *gegenüber der Masse* erst erwirbt, wenn der Insolvenzverwalter den im Verhältnis zur Masse zunächst nur auf *quotenmäßige* Erfüllung gerichteten Anspruch gem. § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) zu einer *Masseverbindlichkeit* verstärkt.

II. Sofortiges Teilnahmerecht?

- 5.10** Ist also der Vertragspartner zunächst einmal Insolvenzgläubiger (Rn. 5.1 ff.), so müßte er seine Forderung eigentlich unmittelbar nach Verfahrenseröffnung zur Tabelle anmelden und ihre Feststellung betreiben können (§§ 174 ff. InsO). Allgemein anerkannt ist das aber nur für die Fälle, in denen der Vertragspartner die *ihm* obliegende Leistung bereits vor Verfahrenseröffnung vollständig erbracht und dadurch einer Anwendung des § 103 InsO die Grundlage entzogen hat.
- 5.11** Anders sind möglicherweise die (dem § 103 InsO unterliegenden) Fälle zu beurteilen, in denen der Vertragspartner auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hat. Denn hier ist der Insolvenzverwalter gem. § 103 InsO berechtigt, die rückständige Leistung des Vertragspartners einzufordern; und § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO knüpft an die Ausübung dieses Rechts die Folge, daß die Gegenforderung des Vertragspartners insoweit Masseverbindlichkeit wird. Solange der Insolvenzverwalter dieses Recht weder ausgeübt noch nach § 103 II 3 InsO verloren hat, steht also nicht endgültig fest, ob die Forderung des Vertragspartners einfache Insolvenzforderung bleibt (§§ 38, 103 II 1 InsO) oder gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO Masseverbindlichkeit wird. Angesichts der dem Vertragspartner eröffneten Möglichkeit, die Entscheidung darüber, ob seine Forderung entweder im Rang einer Insolvenzforderung belassen oder aber nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer Masseverbindlichkeit erhoben wird, durch eine entsprechende Anfrage an den Verwalter zu beschleunigen (§ 103 II 2 InsO), und angesichts der Tatsache, daß der Vertragspartner so lange, wie er noch die Chance hat, gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO

31 Vgl. dazu noch Rn. 5.23 ff.

Massegläubiger zu werden, kaum daran interessiert sein wird, seine Rechte bloß als einfache Insolvenzforderungen anzumelden, spricht einiges dafür, ihm das Recht, schon *vor* Beendigung des Schwebezustandes (quotenmäßige) Befriedigung aus der Masse zu verlangen, aus verfahrensökonomischen Gründen zu versagen (so die wohl h. M.³²) bzw. dieses Recht davon abhängig zu machen, daß er die seinerseits noch geschuldete Leistung zuvor vollständig erbringt³³ und den sich aus der Möglichkeit des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO ergebenden Schwebezustand auf *diese* Weise beendet³⁴.

Die Entscheidung zwischen den verschiedenen Denkmöglichkeiten sollte m. E. in erster Linie den Fällen gerecht werden, in denen die Voraussetzung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, daß der Vertragspartner auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hat, zwischen den Parteien *streitig* ist (z. B. bei behaupteter Schlechterfüllung oder unklarer vertraglicher Leistungsbeschreibung): Einem Gläubiger, der meint, den Vertrag seinerseits schon vollständig erfüllt zu haben, wird man nicht zumuten können, den Insolvenzverwalter nach § 103 II 1 InsO zu fragen, ob er die (nochmalige!) Erfüllung verlangen wolle, und bejahendenfalls von einer Verfolgung seiner Gegenforderung als Insolvenzforderung so lange abzusehen, bis ihm in einem Rechtsstreit mit dem Insolvenzverwalter nach Jahren (vielleicht) bestätigt wird, daß dieser gar nichts mehr zu fordern und somit trotz seines Erfüllungsverlangens keine Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO begründet hat. Schon wegen der für den Fall verspäteter Forderungsanmeldung drohenden Rechtsnachteile³⁵ muß der Gläubiger seine Forderung bereits *vor* einer abschließenden Klärung der Frage, ob sie ihre Eigenschaft als *Insolvenzforderung* noch nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO verlieren kann (oder gar schon verloren hat), als Insolvenzforderung verfolgen können³⁶. Ein Streit über die Frage, ob der Gläubiger den Vertrag seinerseits schon vollständig erfüllt hat, kann dann im Feststellungsverfahren (§§ 179 ff. InsO) ausgetragen werden, wo sich der Insolvenzverwalter auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) berufen³⁷ und – zur Vorbereitung der ihm im Fall des § 103 InsO zustehenden Entscheidung –

32 Vertreten von K. MÜLLER NJW 1968, 225, 227; OFFTERMATT S. 20/21; PLETZSCH S. 98/99 und wohl auch all jenen, die meinen, daß der Vertragspartner während des Schwebezustandes nicht Insolvenzgläubiger sei. Vgl. auch MOTIVE zur KO S. 68 = HAHN Bd. IV S. 87, wo zur Begründung des § 17 II KO (§ 103 II 2, 3 InsO) u. a. ausgeführt ist, daß der Gläubiger den Konkursverwalter zur Ausübung des diesem nach § 17 I KO (§ 103 I InsO) zustehenden Wahlrechts anhalten können müsse, damit er – der Gläubiger – »nicht durch die längere Ungewißheit Nachtheilen ausgesetzt werde, und damit er in der Lage sei, seine etwaige Entschädigungsforderung rechtzeitig anzumelden« (Hervorhebungen von mir).

33 Zu der Frage, ob der Gläubiger dazu überhaupt berechtigt ist, vgl. u. Rn. 5.50 ff.

34 Denn wenn der Vertragspartner vollständig erfüllt hat, wäre ein späteres Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters gegenstandslos und deshalb auch nicht geeignet, die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO herbeizuführen (zu einer Ausnahme vgl. u. Rn. 7.94 f.).

35 Vgl. §§ 142 I HS. 2, III, 152, 155 KO bzw. §§ 177 I 2, 189 I, III, 192 InsO.

36 Ein Recht zur *sofortigen* Verfahrensteilnahme wird anerkannt von LUTHER S. 55 und wohl auch von JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 212.

37 Dazu u. Rn. 5.34 ff. mit Ausführungen auch zu dem Fall, daß der Schuldner eigentlich vorleistungspflichtig ist.

widerklegend eine gerichtliche Feststellung (§ 256 II ZPO) der diese Einrede begründenden – und zugleich eine Voraussetzung des § 103 InsO darstellenden – Gegenforderung beantragen mag. Wenn der Vertragspartner insoweit unterliegt, hat der Insolvenzverwalter das Wahlrecht aus § 103 InsO und der Vertragspartner die Möglichkeit, den sich aus diesem Wahlrecht ergebenden Schwebestand auf dem in § 103 II 2, 3 InsO bezeichneten Weg zu beenden und dann je nach Art der vom Insolvenzverwalter getroffenen Entscheidung entweder die Quote in Geld (§§ 38, 103 II 1, 45 InsO) oder vollständige und vertragsmäßige Erfüllung (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) zu verlangen.

- 5.13** *Bis* zur Entscheidung des Insolvenzverwalters wird man den Vertragspartner nicht schlechter behandeln dürfen als einen Insolvenzgläubiger, dessen Forderung unter einer aufschiebenden Bedingung steht und deshalb (immerhin) zu einer Sicherung der ihm möglicherweise gebührenden Quote berechtigt (vgl. §§ 67, 154 KO / § 191 InsO). Da die Stellung des Vertragspartners als *Insolvenzgläubiger* nicht durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters *aufschiebend*, sondern durch das Erfüllungsverlangen des Verwalters *auflösend* bedingt ist³⁸, liegt es sogar nahe, dem Umstand, daß diese Bedingung noch eintreten kann, bei der Behandlung der vom Vertragspartner *während* dieser Schwebezeit geltend gemachten *Insolvenzforderung* überhaupt keine Bedeutung beizumessen (vgl. auch § 42 InsO): Wenn der Verwalter den Vertragspartner nicht als Insolvenzgläubiger akzeptieren will, mag er gem. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO die Erfüllung des Vertrages verlangen. Verlangt der Verwalter die Erfüllung erst, nachdem der Vertragspartner schon Abschlagszahlungen auf die von ihm bis dahin lediglich beanspruchte Quote erhalten hat, so kann die Erfüllung der gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandenen Masseverbindlichkeit bis zur Rückerstattung der bereits geleisteten Abschläge verweigert werden³⁹.

III. Rechtsnatur und Inhalt der in § 103 II 1 InsO erwähnten »Forderung wegen der Nichterfüllung«

- 5.14** Welchen *Inhalt* hat nun die Forderung, mit der sich ein Gläubiger, dessen Stellung auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruht, am Verfahren beteiligen kann, falls der Insolvenzverwalter nicht gem. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO die Erfüllung des Vertrages verlangt?

³⁸ Vgl. Rn. 5.1 f., 5.4 ff.

³⁹ Vgl. § 273 BGB. Der Rückerstattungsanspruch der Masse folgt aus § 812 BGB. Vertreten läßt sich vielleicht auch eine Analogie zu § 159 BGB.

Übrigens gerät der Vertragspartner hinsichtlich der ihm zustehenden Leistung in Gläubigerverzug, wenn er zwar deren Angebot durch den Insolvenzverwalter anzunehmen bereit ist, die im Gegenzug verlangte Rückerstattung der noch als *Insolvenzgläubiger* empfangenen Abschläge aber nicht anbietet (§ 298 BGB). Das kann im Rahmen der §§ 322 III, 274 II BGB bedeutsam werden.

Im zeitlichen Geltungsbereich der *KO* (dazu Rn. 1.10 f.) hat man die Antwort u. a. **5.15** anhand des § 26 Satz 2 *KO* zu geben versucht, der für den in § 26 Satz 1 *KO* erwähnten Fall, daß »infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit (oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses) des Gemeinschuldners eintritt«, folgendes bestimmte: »Er – gemeint war der andere Teil⁴⁰ – kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung (oder der Aufhebung) nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgeordnete Befriedigung zusteht.«

Soweit diese Bestimmung den Gläubiger mit seiner »Forderung wegen der Nichterfüllung« auf die Konkursquote verwies, wiederholte sie nur, was an sich schon aus § 3 I *KO* (nunmehr § 38 *InsO*) folgte⁴¹. Die herrschende Ansicht leugnete dies jedoch und nahm an, daß die erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung« *ohne* § 26 Satz 2 *KO* Masseschuld nach § 59 I Nr. 1 *KO* (§ 55 I Nr. 1 *InsO*) wäre⁴², da sie erst infolge der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters entstehe. Diese Ansicht ist unzutreffend. Sie verkennt, daß die §§ 17, 26 *KO* mit »Nichterfüllung« einer Verbindlichkeit des Gemeinschuldners bloß die schon unmittelbar⁴³ infolge der Konkurseröffnung eintretende und durch eine spätere Erfüllungsablehnung des Verwalters allenfalls zu *bestätigende*⁴⁴ Folge des § 3 I *KO* (§ 38 *InsO*) meinten, daß die Primärforderung des Vertragspartners aus der Konkursmasse »nicht erfüllt« zu werden brauchte, *wenn und soweit* sich die Forderung auf etwas *anderes* als Geld (§ 69 *KO* / § 45 *InsO*) oder auf *mehr* Geld, als nur den Betrag der Konkursquote richtete⁴⁵.

Diese Interpretation kann ohne weiteres auf § 103 II 1 *InsO* übertragen werden. **5.17** Zwar erwähnt diese Bestimmung im Unterschied zum bisherigen § 26 *KO* neben der »Forderung wegen der Nichterfüllung« ausdrücklich auch die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters. Jedoch sagt § 103 II 1 *InsO* nicht, daß die »Forderung wegen der Nichterfüllung« erst im Zeitpunkt der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters und deshalb als *Schadensersatzforderung* entstehe, sondern (sinngemäß) nur, daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters nichts daran ändert, daß diese Forderung bloß *Insolvenzforderung* ist. Nicht ohne Grund⁴⁶ ist verhindert worden, daß der dem § 103 II 1 *InsO* entsprechende § 111 II

40 Vgl. § 26 Satz 1 *KO*.

41 So wohl auch die *MOTIVE* zur *KO* S. 93 = *HAHN* Bd. IV S. 108 und *JAEGER/HENCKEL KO*⁹ § 26 Rn. 19 (i. V. m. § 17 Rn. 115 und einem Gegenschluß aus § 26 Rn. 21, wo der sogleich bei Fn. 42 erwähnten h. M. nur insoweit gefolgt wird, wie es um Ersatzansprüche wegen einer vom Konkursverwalter ausgesprochenen *Kündigung* geht).

42 *JAEGER/LENT KO*⁸ § 26 Rn. 18; *DATHE* S. 91; *GLÜCK* S. 60; *KAATZ* S. 19; *KIPPENBERG* S. 100; *KROPSHOFER* in *Hess/Kropshofer KO*¹ § 26 Rn. 9; *MARKMANN* S. 81 f.; *MEHRING* S. 70; *SACHS* S. 20; *UNGER* S. 31.

43 So die *MOTIVE* zu § 17 *KO*; wörtlich zitiert o. Rn. 3.6.

44 Vgl. o. Rn. 3.5 ff., 3.48 ff.

45 Vgl. o. Rn. 3.54 ff.

46 Vgl. *MAROTZKE* in *Leipold* (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Umbruch* (dazu o. Rn. 1.9 Fn. 38), S. 183, 185 f. und u. Rn. 5.66 ff., 5.71, 13.128 ff.

1 des Referentenentwurfs⁴⁷, der die in § 103 II 1 InsO erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung« ausdrücklich als Anspruch auf »Schadensersatz wegen Nichterfüllung« bezeichnete, in dieser dogmatisch verengten Form Gesetzeskraft erlangen konnte. Die Frage nach Rechtsnatur und Inhalt der »Forderung wegen der Nichterfüllung« ist also im neuen Insolvenzrecht genauso zu beantworten wie unter dem Regime der KO.

- 5.18** § 26 Satz 2 KO sprach – nicht anders als nunmehr § 103 II 1 InsO⁴⁸ – von einer »Forderung wegen der Nichterfüllung«. Das wurde früher und wird auch noch heute fast allgemein in dem Sinne interpretiert, daß damit eine *Schadensersatzforderung* gemeint sei. Hieran ist sicher richtig, daß die weite Formulierung »Forderung wegen der Nichterfüllung« einen *Schadensersatzanspruch* wegen Nichterfüllung, als dessen Grundlage je nach Lage des Falles z. B. die §§ 325, 326 BGB⁴⁹ in Betracht kommen, mitumfassen könnte⁵⁰.
- 5.19** Die h. M. geht jedoch noch einen Schritt weiter und nimmt an, daß das, was der Gläubiger im Falle der »Nichterfüllung« seines dem § 103 InsO unterliegenden Vertrages verlangen könne, *immer* nur Schadensersatz sei, daß also der ursprüngliche Erfüllungsanspruch überhaupt nicht als Insolvenzforderung verfolgt werden könne⁵¹. JAEGER als der wohl einflußreichste Wegbereiter der h. M. hat dies aus

47 Vgl. Bundesministerium der Justiz, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts (Referentenentwurf) mit Allgemeiner Begründung und Begründung zu den einzelnen Vorschriften, Stand 1. November 1989, S. 64.

48 Vgl. soeben Rn. 5.17.

49 Vgl. dazu Rn. 5.76 ff. – Die in § 19 Satz 3 und § 22 II KO ausdrücklich gewährten Schadensersatzansprüche zählen nicht hierher, sondern zu der in § 26 Satz 2 KO außerdem noch erwähnten Kategorie der »Forderung wegen der *Aufhebung*«. Noch treffender ist die in § 109 I 2, II 2 bzw. § 113 I 3 InsO nunmehr verwendete Formulierung »wegen der *vorzeitigen* Beendigung« des Vertragsverhältnisses; vgl. u. Rn. 6.15, 6.18 mit Fn. 57, 60.

50 Zu der Frage, ob derartige Schadensersatzansprüche auch dann als Insolvenzforderungen angemeldet werden können, wenn sie erst aus Anlaß oder während des Insolvenzverfahrens entstanden sind, vgl. u. Rn. 5.72 ff., 5.113 ff.

51 Vgl. z. B. BGHZ 129, 336, 338 (vgl. o. Rn. 5.9 Fn. 28); JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 43 (mit sehr ausführlicher Begründung); JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 41 (weniger ausführlich); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 162, 210, 212 (mit anderer Begründung); BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Rn. 4 c; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 1, 36, 38; BLEYER KO § 17 Anm. 7 a, 8; SARWEY/BOSSERT KO § 26 Anm. 4 S. 131 (sehr hart deshalb a. a. O. S. 129/130: für eine »Forderung wegen der Nichterfüllung« sei kein Raum, wenn der Gemeinschuldner seinen Konkurs nicht verschuldet habe); COSACK S. 172 f.; DATHE S. 33 f., 37 f.; ENDEMANN S. 166; GRÜNWALD S. 20 Fn. 2; KAATZ S. 7 f.; KIPPENBERG S. 57, 65 f., 97 f.; MEHL S. 13 ff.; MEHRING S. 10 ff., 29; OFFTERMATT S. 21; SANDROCK S. 105 f., 113 ff., 129; SCHAD S. 129; UNGER S. 26 ff.; WIRTZ S. 12 ff.; ZELCK S. 39 f.; wohl auch SACHS S. 32 (der ursprüngliche Erfüllungsanspruch sei weder Konkurs- noch Masseforderung); a. M. FISCHER S. 437 f.; die ersten beiden Aufl. von FITTING S. 38 f. (der aber in der 3. Aufl. – S. 49 ff. – resignierend der von ihm nach wie vor für falsch gehaltenen h. M. folgt); GRIMM S. 75 ff., 77; MUSIELAK AcP 179 (1979), 189, 200–205; PFLUG Die AG 1986, 305, 311–313 und wohl auch BGH WM 1984, 231 ff., 265 f. (inzwischen überholt durch BGHZ 129, 336, 338; dazu Rn. 5.8 Fn. 28); HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419, 432 (der hier zwar noch von Schadensersatz spricht, den Anspruch aber inhaltlich derart beschränkt, daß *immer* nur die »Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung« angemeldet werden könn-

dem Zweck des § 17 KO (§ 103 InsO) herzuleiten versucht und dazu folgendes ausgeführt⁵²:

»Der § 17 hat ja gerade den Zweck, der Unbilligkeit vorzubeugen, daß beim unerfüllten Austauschvertrage der andere Teil gegen eine nur *konkursmäßige*⁵³ Erfüllung seinerseits *voll* zu leisten hätte. Auch gegen eine konkursmäßige »Erfüllung« würde er seinerseits »erfüllen« müssen. Nach § 17 dagegen soll er entweder für die Zukunft frei oder mit seinem eigenen Erfüllungsanspruch Massegläubiger . . . sein.« Darum müsse die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters nicht nur zur Folge haben, daß der Vertragsgläubiger nur als Konkursgläubiger befriedigt werde, sondern darüber hinaus, daß weitere Vertragserfüllung von *niemandem* mehr beansprucht werden könne und der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners des Gemeinschuldners sich in einen Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens verwandle⁵⁴.

Diese Begründung vermag aber schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sie auf der unzutreffenden⁵⁵ Prämisse beruht, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) ohne § 17 KO bzw. § 103 InsO nicht konkursfest wäre. **5.20**

JAEGERS Argumentation ist jedoch später von PLETZSCH in einer Weise abgewandelt worden, der allein mit dem Hinweis auf die Konkursfestigkeit⁵⁶ des § 320 BGB nicht begegnet werden kann. PETZSCH meint⁵⁷, daß der Vertragspartner für den Fall, daß der Konkursverwalter ihn nicht durch ein Erfüllungsverlangen nach §§ 17 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) zu einem Massegläubiger erhebe, eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch deshalb bedürfe, weil der Verwalter ihm sonst die Konkurserteilnahme verleiden könne, indem er *seinerseits* die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhebe und so die Ausschüttung der auf den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners entfallenden *Quote* von der *vollständigen* Bewirkung der Gegenleistung abhängig mache. Da dies dem Gläubiger nicht zugemutet werden könne, müßten sich die beiderseitigen Erfüllungsansprüche in eine einseitige, nach der Differenzmethode zu berechnende Schadensersatzforderung verwandeln, die als solche der Einrede des § 320 BGB nicht mehr ausgesetzt sei. **5.21**

PLETZSCH ist zuzugeben, daß ein Weg gefunden werden muß, der dem Vertragspartner diese Zumutung erspart. Unrichtig ist jedoch die stillschweigende Unterstellung, daß dies nur in der Weise geschehen könnte, daß man dem vom Insol- **5.22**

te; vgl. dazu auch u. Rn. 5.40 ff.); ders. JZ 1987, 360 (»Konkursforderung in Höhe der Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung«); SCHWÖRER S. 169 ff., 176 ff. (jedoch z. T. mit ähnlicher Terminologie wie HENCKEL a. a. O.); HÄSEMEYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.06 f.; KEPPLINGER S. 102 f., 216 ff., 247, 257; vgl. auch K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 97 ff.; N/R/BALTHASAR InsO § 103 Rn. 62.

52 JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 43 (S. 334; zu der dort außerdem vertretenen These von der »authentischen Interpretation« der §§ 17, 26 Satz 2 KO durch die §§ 50, 52 I VerglO s. o. Rn. 3.25 ff. und u. Rn. 5.32).

53 Diese und die folgende Hervorhebung stammen von JAEGER selbst.

54 Zustimmend UNGER S. 26.

55 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.69 ff., 2.73 ff., 2.76 ff.

56 Anerkannt wird diese übigens auch von PLETZSCH S. 47 ff., 77.

57 PLETZSCH S. 89/90.

venzverwalter auf die Quote verwiesenen Vertragspartner im Gegensatz⁵⁸ zu all jenen Gläubigern, die den Vertrag ihrerseits bereits vollständig erfüllt (und damit zur Vermehrung der Masse beigetragen) haben oder deren Ansprüche überhaupt nicht auf einem Vertrag beruhen, *ohne weiteres* eine Insolvenzforderung auf Ersatz des vollen Nichterfüllungsschadens einschließlich des evtl. entgangenen Gewinns zugesteh⁵⁹. Näher liegt es doch, dem Gläubiger zunächst einmal nur das Recht zuzugestehen, sich mit seinem *Erfüllungsanspruch* oder, falls dieser nicht auf Geld gerichtet ist, mit einer Forderung auf dessen Schätzwert (§ 69 KO / § 45 InsO) am Verfahren zu beteiligen und der hiergegen erhobenen Einrede des nicht erfüllten Vertrages dadurch die Grundlage zu entziehen, daß er den als Insolvenzforderung anmeldbaren Betrag freiwillig um den Betrag kürzt, den er einspart, wenn er seine Gegenverbindlichkeit nicht mehr erfüllt⁶⁰. Dies entspricht der Differenzmethode. Es wäre widersprüchlich, wenn man diese Methode zwar auf *Schadens-*, nicht aber auch auf *Wertersatzansprüche* anwenden würde.

- 5.23** Die h. M., daß der Gläubiger im Fall der »Nichterfüllung« des dem § 103 InsO unterliegenden Vertrages niemals seinen Erfüllungsanspruch, sondern stets »nur« einen Anspruch auf Ersatz des (vollen!) Nichterfüllungsschadens als Insolvenzforderung anmelden könne, wird auch dadurch nicht bestätigt, daß KO und InsO über die Geltendmachung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs nichts Konkretes sagen, sondern eher davon auszugehen scheinen, daß die Erfüllung »infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens« (§ 26 Satz 1 KO) bzw. im Hinblick auf eine bereits erklärte Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters (§ 103 II 1 InsO) nicht mehr in Betracht kommt. Denn es darf auch in diesem Zusammenhang nicht außer acht gelassen werden, daß die MOTIVE des § 26 KO unter »Nichterfüllung« einer Verbindlichkeit des Gemeinschuldners in erster Linie die in § 69 KO (§ 45 InsO) vorgeschriebene Umstellung von Nichtgeldforderungen auf Geld verstanden⁶¹ und folglich mit der bereits erwähnten »Forderung wegen der Nichterfüllung« ungeachtet dessen, daß dieser Begriff eine etwaige *Schadensersatzforderung* sicher mitumfassen könnte, zunächst einmal den Geldanspruch meinten, den § 69 KO (§ 45 InsO) dem Gläubiger einer an sich nicht auf Geld gerichteten Insolvenzforderung als Ausgleich dafür zugesteh, daß dem Gläubiger die primär geschuldete Leistung allein schon deshalb, weil sie etwas anderes als Geld zum Gegenstand hat, aus der Insolvenzmasse nicht gewährt werden darf. Die MOTIVE formulieren das folgendermaßen: »... kein Gesetz erklärt den Vertrag für unzulässig oder verbietet dessen Erfüllung, es erklärt nur für unzulässig die Herausgabe von Sachen, welche zur gemeinschaftlichen Masse gehören, und substituirt statt dessen einen Geldanspruch«⁶². Im nächstfolgenden Absatz bezeichnen die MOTIVE diesen Sachverhalt ausdrücklich als »Nichterfüllung des Vertrages«: denn die weitere Erfüllung »in der vertragsmäßigen Weise« unterbleibe ja.

58 Vgl. u. Rn. 5.64 ff., 5.72 ff.

59 So aber PLETZSCH a. a. O. und die ganz h. M. (vgl. die Nachweise zu Rn. 5.65).

60 Dazu u. Rn. 5.40 ff.

61 Dazu ausführlich o. Rn. 3.50 f.

62 MOTIVE ZUR KO S. 87 = HAHN Bd. IV S. 102/103.

Auch an anderer Stelle zeigen die MOTIVE, daß sie den Rechtsgrund der »Forderung wegen der Nichterfüllung« letztlich in § 69 KO (§ 45 InsO) sehen. So verweisen sie im Zusammenhang mit der Frage, nach welchen Kriterien der im Rahmen des § 69 KO (§ 45 InsO) für die Anmeldung von Nichtgeldforderungen für maßgeblich erklärte Schätzwert zu ermitteln sei, unter anderem auf das »Beispiel«⁶³ des § 18 II KO (§ 104 III InsO), also auf den Berechnungsmodus für einen Anspruch, den § 18 I KO (§ 104 I InsO) wiederum ausdrücklich als eine »Forderung wegen Nichterfüllung« (dort: eines Fixgeschäfts) bezeichnet. **5.24**

Indem die MOTIVE derart deutlich zu erkennen geben, daß die §§ 18 I, 26 Satz 2 KO (§§ 104 I, 103 II 1 InsO) mit »Forderung wegen der Nichterfüllung« zunächst einmal die Geldforderung meinen, auf die § 69 KO (§ 45 InsO) den Inhaber einer ursprünglich nicht auf Geld gerichteten Forderung für die Verfahrensteilnahme als Insolvenzgläubiger beschränkt, bestätigen sie zugleich die – heute nur noch ganz vereinzelt vertretene⁶⁴ – Auffassung, daß der Vertragspartner durch den Umstand, daß er auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hat, nicht gehindert ist, seinen *Erfüllungsanspruch* als Insolvenzforderung anzumelden, *wenn* er nur die Beschränkungen beachtet, die sich je nach Lage des Falles aus § 69 KO bzw. § 45 InsO ergeben. Damit sollte eigentlich zugleich feststehen, daß sich die »Forderung wegen der Nichterfüllung«, die der auf die Quote beschränkte Gläubiger zur Tabelle anmelden kann, zunächst einmal (d. h. soweit nach BGB noch kein Anspruch auf *Schadensersatz* besteht) nur gemäß § 45 Satz 1 InsO nach dem *Wert* seines noch offenen Erfüllungsanspruchs bemißt (wobei vorläufig offengelassen sei, ob der Wert der noch ausstehenden Gegenleistung des Gläubigers automatisch abzuziehen ist⁶⁵). **5.25**

Leider behandeln die MOTIVE *diese* Frage in einer ziemlich verwirrenden, wenn nicht sogar widersprüchlichen Weise. Das beginnt schon damit, daß sie die im späteren § 18 I KO (§ 104 I InsO) erwähnte »Forderung wegen Nichterfüllung« ungeachtet dessen, daß sie den in § 18 II KO (§ 104 III 1 InsO) vorgeschriebenen Berechnungsmodus im Zusammenhang mit dem späteren § 69 KO (§ 45 InsO) als »Beispiel« für die Berechnung des »Schätzwertes« nicht auf Geld gerichteter Forderungen anführen⁶⁶, als »Entschädigungsforderung« bezeichnen⁶⁷. Beim späteren § 17 KO (§ 103 InsO) bezeichnen sie das, was der Gläubiger einer nicht auf Geld gerichteten Forderung zur Tabelle anmelden könne, als eine Forderung auf das »Interesse in Geld« bzw. auf »Entschädigung«⁶⁸. Zudem beziehen sie diese Formulierungen ausdrücklich auch auf den (dem § 17 KO bzw. § 103 InsO überhaupt nicht unterliegenden) Fall, daß der Gläubiger dem Gemeinschuldner nichts **5.26**

63 MOTIVE zur KO S. 290 = HAHN Bd. IV S. 269.

64 Vgl. Rn. 5.19 mit Fn. 51.

65 Dazu ausführlich Rn. 5.34 ff., 5.40 ff., 5.50 ff.

66 MOTIVE zur KO S. 290 = HAHN Bd. IV S. 268/269.

67 MOTIVE zur KO S. 71 = HAHN Bd. IV S. 90.

68 MOTIVE zur KO S. 65 = HAHN Bd. IV S. 85 (z. T. wörtlich wiedergegeben bei Rn. 3.54). Vgl. ferner die bei Rn. 5.8 wiedergegebene Passage aus der Begründung zu § 59 I Nr. 2 KO (nunmehr § 55 I Nr. 2 InsO).

mehr schuldig ist⁶⁹, wie überhaupt ohne Ausnahme auf alle Fälle, in denen sich eine persönliche Forderung gegen den Gemeinschuldner auf etwas anderes als Geld richtet⁷⁰. Aus diesem Grunde können sie mit der Umwandlung des ursprünglichen Anspruchs in eine Forderung auf das »Interesse in Geld« bzw. auf »Entschädigung« – beim späteren § 26 KO ist sogar von einem Anspruch auf Ersatz des vollständigen Schadens einschließlich des entgangenen Gewinns (!) die Rede⁷¹ – nicht eine auf die Fälle des § 17 KO bzw. § 103 InsO beschränkte Wirkung der Erfüllungsablehnung (so die h. M. vor BGHZ 103, 250⁷²) oder gar der Konkursöffnung als solcher (so die h. M. seit BGHZ 103, 250⁷³), sondern nur den allgemeinen Grundsatz meinen, daß nicht auf Geld gerichtete Insolvenzforderungen, auf welchem Rechtsgrund auch immer sie beruhen mögen, vor ihrer Anmeldung zur Tabelle erst in Geld umgerechnet werden müssen.

- 5.27** Bei diesem Befund drängt sich die Frage auf, mit welchem Recht die MOTIVE die nach § 69 KO zu bildende Umrechnungsforderung als eine *Schadensersatzforderung* bezeichnen. Hat man etwa übersehen, daß § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) als Umrechnungsmaßstab allein den *Wert* der ursprünglichen Forderung nennt? So überraschend es auch erscheinen mag: Diese Annahme ist nicht unbegründet.
- 5.28** So fällt auf, daß die MOTIVE zu den späteren §§ 17 ff. KO (§§ 103 ff. InsO) zwar wiederholt hervorheben, daß sich »jeder obligatorische Anspruch ... bei der schließlichen Vollstreckung in eine Geldforderung« verwandele⁷⁴, daß sie zur Begründung dieser Aussage aber niemals auf § 69 KO (§ 45 InsO) verweisen, sondern nur auf dessen recht fragmentarische (weil dem Wortlaut nach nur Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen erfassende) Vorläufer aus der Preußischen und der Österreichischen KO⁷⁵. Und diese Vorläufer des § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) bezeichnen das, was der Gläubiger einer nicht auf Geld gerichteten Forderung im Konkurs anmelden kann, nun in der Tat als einen Anspruch auf »Entschädigung«⁷⁶, dessen

69 MOTIVE zur KO S. 65 a. E. = HAHN Bd. IV S. 85.

70 Vgl. das Zitat o. bei Rn. 3.54.

71 MOTIVE zur KO S. 93 f. = HAHN Bd. IV S. 108. Vgl. auch S. 39 der Begründung zur KO-Novelle = HAHN Bd. VII S. 237: »... es ist daher in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht und der Rechtsprechung des Reichsgerichts als selbstverständlich zu erachten, daß an die Stelle des Anspruchs auf Erfüllung ein Anspruch auf Schadensersatz tritt.« Dazu u. Rn. 6.16 ff.

72 Vgl. die bei Rn. 5.19 in Fn. 51 Angeführten (soweit zeitlich vor BGHZ 103, 250) und o. Rn. 3.2 ff.

73 Vgl. o. Rn. 3.42 ff. sowie Fn. 28 zu Rn. 5.9.

74 MOTIVE zur KO S. 65 = HAHN Bd. IV S. 85. Vgl. auch MOTIVE S. 86–94, 245 = HAHN Bd. IV S. 102–108, 231.

75 MOTIVE zur KO S. 86, 93 f. = HAHN Bd. IV S. 102, 108.

76 Vgl. § 22 b und c der Oesterreichischen KO vom 25. 12. 1868 und § 15 III der Preußischen KO (PrKO). Von einem »Anspruch auf Entschädigung« bzw. von »Entschädigungsansprüchen« ist auch in folgenden Bestimmungen der PrKO die Rede: § 16 III (für den Fall, daß die Gläubigerschaft in einen beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrag nicht eintritt), § 17 Satz 1 (ein Vorläufer des von einer »Forderung wegen Nichterfüllung« sprechenden § 18 I KO / § 104 I InsO), § 21 (ein Vorläufer des die Worte »Entschädigung« oder gar »Schadensersatz« nicht mehr verwendenden § 26 KO / § 103 II 1 InsO).

Umfang durch § 21 II der Preußischen KO (PrKO) zudem noch auf den entgangenen Gewinn⁷⁷ erstreckt werden sollte⁷⁸.

Nach einer Äußerung in den MOTIVEN zum späteren § 26 Satz 2 KO (§ 103 II 1 InsO) soll die Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns auch weiterhin »im Allgemeinen der Sachlage« entsprechen⁷⁹. Da § 21 II PrKO dieses Ergebnis aber durch eine Bezugnahme auf das PrALR erzielt und somit dessen Geltung vorausgesetzt habe, könne diese Bestimmung nicht in die KO für das gesamte Deutsche Reich übernommen werden. Bezüglich der Höhe des »Schadensersatzanspruchs« verweisen die MOTIVE⁸⁰ deshalb auf die »Natur des einzelnen Falles« und die »Regeln des bürgerlichen Rechts«. Diese Verweisung ist sachgerecht⁸¹, soweit man sie auf die in §§ 19 Satz 3, 22 II KO (jetzt §§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO) erst nachträglich⁸² geschaffenen *Schadensersatzansprüche* wegen der »Aufhebung« (so die KO) bzw. wegen der »vorzeitigen Beendigung« (so die InsO)⁸³ von Rechtsverhältnissen des Gemeinschuldners bezieht. **5.29**

Höchst fragwürdig wäre es hingegen, wenn man versuchen würde, auch den Umfang der doch schon durch § 69 KO (§ 45 InsO) selbst näher – und vielleicht sogar abschließend⁸⁴ – definierten Forderung wegen der »Nichterfüllung« (nicht auf Geld gerichteter Forderungen⁸⁵) durch ergänzenden Rückgriff auf die allgemeinen Schadensersatzgrundsätze des bürgerlichen Rechts zu bestimmen. Man kann sich hier nicht einfach darauf berufen, daß § 21 I PrKO (der Vorläufer des späteren § 26 Satz 2 KO) den Fall des (mittlerweile durch § 69 KO bzw. § 45 Satz 1 InsO ersetzten) § 15 III PrKO **5.30**

– »Besteht die rückständige Gegenleistung des Gemeinschuldners nicht in einer Geldzahlung, so kann der Mitkontrahent die Erfüllung nicht fordern, sondern es findet nur ein Anspruch auf Entschädigung statt.« –

noch ausdrücklich als einen Fall bezeichnet hatte, in welchem der an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs tretende Geldanspruch deshalb gewährt werde, weil das »Rechtsgeschäft durch die Konkurseröffnung aufgehoben wird«. Denn gerade diese der PrKO zugrunde liegende Vorstellung ist von den Verfassern der KO mit aller Deutlichkeit verworfen worden: »Die Umwandlung der Gegen-

Alle hier zitierten Vorschriften der Oesterreichischen und der Preußischen KO sind am Schluß dieses Buches (§ 15 I, II) abgedruckt.

77 Näher dazu u. Rn. 5.116 Fn. 407.

78 So die – zutreffende – Auslegung des am Schluß dieses Buches (§ 15 I) abgedruckten § 21 II PrKO aus der Sicht der MOTIVE des späteren § 26 Satz 2 KO (MOTIVE S. 93 f. = HAHN Bd. IV S. 108).

79 MOTIVE zur KO S. 94 = HAHN Bd. IV S. 108.

80 MOTIVE a. a. O.

81 Anders J. LEHMANN S. 31 ad III.

82 Diese Schadensersatzansprüche wurden erst durch die KO-Novelle von 1898 eingefügt.

83 Vgl. schon Rn. 5.18 Fn. 49 und u. Rn. 6.14 ff.

84 Dazu u. Rn. 5.72 ff., 5.113 ff.

85 Vgl. o. Rn. 3.50 f.

leistung in Geld hebt nicht die Obligation auf, ändert auch nicht ihren Inhalt, sondern nur den Gegenstand derselben und beruht gerade auf ihrem Fortbestehen⁸⁶. Diesem neuen Standpunkt entsprechend sprach § 26 KO ausdrücklich von der »Nichterfüllung« einer Verbindlichkeit *oder* der »Aufhebung« eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners und von etwaigen Forderungen des Gegners »wegen der Nichterfüllung *oder* der Aufhebung« (was übrigens deutlich gegen die von J. LEHMANN vertretene Ansicht spricht, daß sich die »Forderung wegen der *Nichterfüllung*« als »Bereicherungsanspruch für die infolge der Konkursöffnung grundlos weggefallenen Verpflichtungen des Gemeinschuldners« aus den §§ 812, 818 II BGB ergebe⁸⁷). Diese klare, übrigens auch im neuen Insolvenzrecht anzutreffende⁸⁸ Abweichung von der PrKO scheinen die MOTIVE der KO vorübergehend aus dem Auge verloren zu haben, als sie sich unter dem Eindruck des § 21 II PrKO zu der Andeutung verleiten ließen, daß sich die in § 26 Satz 2 KO (§ 103 II 1 InsO) erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung« nach den Grundsätzen des bürgerlichrechtlichen Schadensersatzrechts bemesse und daher »im Allgemeinen ... nicht bloß den wirklichen Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn« umfasse⁸⁹. Man wird also die Frage, wie der Geldanspruch zu bemessen ist, den der Gläubiger einer an sich nicht auf Geld gerichteten Insolvenzforderung anmelden kann, nicht einfach anhand der insoweit zu sehr dem Vorbild des § 21 PrKO verhafteten MOTIVE des späteren § 26 Satz 2 KO zu lösen haben, sondern zunächst einmal anhand des mit Gesetzeskraft ausgestatteten § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO). Und diese Vorschrift spricht nun einmal nicht von einem »Schadensersatzanspruch«, auch nicht – wie jedoch der in ihren MOTIVEN⁹⁰ ausdrücklich erwähnte § 15 III PrKO⁹¹ – von einem Anspruch auf »Entschädigung«, sondern sie besagt, daß Forderungen, die nicht auf einen bestimmten Geldbetrag gerichtet sind, im Insolvenzverfahren mit dem *Wert* geltend zu machen sind, der für die Zeit der Verfahrenseröffnung geschätzt werden kann. Einen Hinweis, daß nach bürgerlichem Recht begründete Ansprüche auf Ersatz eines weitergehenden Schadens »unberührt« bleiben und dann zur Anmeldung eines den *Wert* der ursprünglichen Forderung übersteigenden Betrages berechtigen sollen, geben weder der Wortlaut des § 45 Satz 1 InsO noch die MOTIVE des diesem entsprechenden früheren § 69 KO, sondern einzig und allein die insoweit noch unter dem Eindruck der §§ 15 III, 16 III HS. 2, 21 PrKO geschriebenen⁹² MOTIVE zu § 26 Satz 2 KO. Die hierzu vertretenen Lösungsvorschläge reichen von der These, daß auch in den Fällen des § 17 KO (§ 103 InsO) stets nur ein Anspruch auf die Wertdifferenz zwischen den

86 MOTIVE ZUR KO S. 89 = HAHN Bd. IV S. 105. Vgl. auch MOTIVE S. 67 und 91 = HAHN Bd. IV S. 102/103 und 106.

87 Vgl. J. LEHMANN § 12 und dazu noch u. Rn. 5.45 ff.

88 Vgl. § 103 II 1 InsO auf der einen und §§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO auf der anderen Seite.

89 MOTIVE ZUR KO S. 94 = HAHN Bd. IV S. 108. Ausführlicher dazu u. Rn. 5.116 Fn. 407.

90 MOTIVE ZUR KO S. 290 = HAHN Bd. IV S. 268.

91 Wörtlich wiedergegeben hier in Rn. 5.30.

92 Vgl. o. Rn. 5.27 ff.

beiderseits noch ausstehenden Leistungen verlangt werden könne⁹³, wenn der Verwalter die Vertragserfüllung ablehnt, bis zu der extremen Gegenposition, daß nicht nur im Falle der Erfüllungsablehnung eines dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrages, sondern in *allen* Fällen, in denen eine Nichtgeldforderung wegen § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) nur in Geld verfolgt werden kann, stets ein auch den entgangenen Gewinn mitumfassender Anspruch auf Ersatz des vollen Nichterfüllungsschadens angemeldet werden könne⁹⁴. Auf all diese Probleme soll hier aber erst nach einer Klärung der den *Primäranspruch* betreffenden und daher vorrangigen Frage eingegangen werden, ob und wie jemand, dessen Gläubigerstellung auf einem dem § 103 InsO unterliegenden Vertrag beruht, seinen *ursprünglichen Erfüllungsanspruch* als Insolvenzforderung anmelden kann, wenn der Verwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnt. Schon diese Vorfrage ist umstritten.

IV. Verfahrensteilnahme mit dem Erfüllungsanspruch

1. Zur Frage des »Ob«

Als herrschend muß wohl noch immer die Auffassung⁹⁵ angesehen werden, daß **5.31** jemand, dessen Gläubigerstellung auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruht, seinen *Erfüllungsanspruch* niemals zur Tabelle anmelden könne, da die Erfüllungsverweigerung bzw. die ihr nach § 103 II 3 InsO gleichstehende Säumnis des Insolvenzverwalters einerseits Voraussetzung dafür sei, daß der Vertragspartner überhaupt als Insolvenzgläubiger am Verfahren teilnehmen könne, sie andererseits aber automatisch auch zu der – seit BGHZ 103, 250 allerdings schon der Verfahrenseröffnung als solcher zugeschriebenen⁹⁶ – Konsequenz führe, daß sich der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verwandele. Die erste dieser Prämissen ist soeben widerlegt worden (Rn. 5.1 ff.). Auch die zweite Prämisse konnte bereits widerlegt werden⁹⁷, soweit sie die Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in einen Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens nicht auf die Rechtsbeziehungen des Gläubigers zur Insolvenzmasse beschränkt, sondern dem Gläubiger die Umwandlung auch im Verhältnis zum Schuldner persönlich aufdrängt (sogar über das Insolvenzverfahren hinaus). Und da die Untersuchungen bei Rn. 5.14 ff. ergeben haben, daß § 103 II 1 InsO mit »Forderung wegen der Nichterfüllung« zunächst einmal nur die Rechtsfolge des § 45 Satz 1 InsO meint, kann schon an dieser Stelle entschieden werden, daß die These von der automati-

93 So z. B. GRIMM S. 75 ff., besonders S. 77, 80 Fn. 48; J. LEHMANN S. 32/33, 57; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 432 f.; ders. JZ 1987, 360. Vgl. auch PURPUS (Blätter für Genossenschaftswesen 1916, 19, 20) und die u. Rn. 5.74 Fn. 250 erwähnte Petition, die die Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns aber wohl nur de lege *ferenda* ablehnen.

94 So v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE KO⁶ § 26 Anm. 9 (S. 125); PETERSEN/KLEINFELDER KO § 26 Anm. 6 (S. 118); vgl. auch ZELCK S. 18, 39 ff.

95 S. o. Rn. 3.2 ff., 5.1 ff.

96 Vgl. Rn. 3.42 ff.

97 Vgl. Rn. 3.35 ff., 3.48 ff.

schen Umwandlung des *Erfüllungsanspruchs* in einen Anspruch auf *Schadensersatz* auch insoweit nicht zutrifft, als man unter Berufung auf sie zu dem Ergebnis kommen könnte, daß dem Vertragspartner ein mit seinem »Wert« (§ 45 Satz 1 InsO) zur Tabelle anmeldbarer *Erfüllungsanspruch* nicht mehr zustehen könne⁹⁸.

- 5.32** Nicht überzeugend ist m. E. der Versuch von JAEGER, die hier abgelehnte These durch den Hinweis zu retten, daß § 26 Satz 2 KO durch den erst später geschaffenen § 52 I VerglO in diesem Sinne »authentisch« interpretiert worden sei⁹⁹. Nach Satz 1 dieser Vorschrift konnte »der Vertragsgegner des Schuldners Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen«, wenn »die Erfüllung oder die weitere Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages auf Grund des § 50 abgelehnt« wird. Satz 2 des § 52 I VerglO bestimmte in Abweichung von § 36 I VerglO (der Gläubiger aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen vor der Qualifizierung als »Vergleichsgläubiger« verschonte), daß der Gläubiger mit seinem Ersatzanspruch am Vergleichsverfahren beteiligt sei und vom Vergleich betroffen werde. JAEGER ist zuzugeben, daß die Verfasser der VerglO damit sagen wollten, daß der Vertragspartner niemals mit seinem Erfüllungsanspruch, sondern nur mit dem ihm in § 52 I VerglO für den Fall der Erfüllungsablehnung (dort: des Schuldners) gewährten Anspruch auf »Schadensersatz wegen Nichterfüllung« am Vergleichsverfahren beteiligt sei¹⁰⁰, und daß die Väter der VerglO dies deshalb so regeln wollten, weil sie meinten, auf diese Weise für das Vergleichsverfahren nichts anderes zu bestimmen als das, was sich für die Konkurserteilnahme aus § 26 Satz 2 KO ergebe¹⁰¹. Dazu kann man aber aufgrund der bei Rn. 5.14 ff. gewonnenen Erkenntnis, daß § 26 Satz 2 KO mit der »Forderung wegen der Nichterfüllung« (zumindest auch) die sich aus § 69 KO ergebende Forderung auf den »Schätzwert« an sich nicht auf Geld gerichteter Ansprüche meinte, nur feststellen, daß die Väter des § 52 I VerglO den § 26 Satz 2 KO nicht richtig verstanden haben. Allein der Umstand, daß die Verfasser des § 52 I VerglO schon damals unter dem Eindruck der heute immer noch vorherrschenden Meinung standen, daß Ansprüche aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen im Falle einer Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters erlöschen bzw. zu Schadensersatzansprüchen verwandelt werden, besagt noch nicht, daß man den § 52 I VerglO als eine die herrschende Auslegung des § 26 Satz 2 KO mit Gesetzeskraft versehen »authentische Interpretation« akzeptieren muß¹⁰². Denn die von JAEGER unterstellte Rechtsähnlichkeit zwischen §§ 36, 50, 52 VerglO einerseits und §§ 59 I Nr. 2, 17, 26 KO andererseits war in Wirklichkeit nur eine schein-

98 ZUST. KEPLINGER S. 218 f.; vgl. auch N/R/BALTHASAR InsO § 103 Rn. 62.

99 JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 43 (S. 334); zustimmend PLONSKI S. 20. Vgl. dazu auch schon o. Rn. 3.25 ff.

100 Vgl. Reichstag, III. Wahlperiode 1924/25, Anlage Nr. 2340 (Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses nebst Begründung) S. 17 (zu § 24 des Entwurfs): »Ist die Erfüllung oder die weitere Erfüllung abgelehnt worden, so sind die Erfüllungsansprüche endgültig weggefallen.«

101 Vgl. o. Rn. 3.28 bei Fn. 79 und u. Rn. 13.9 ff.

102 Gegen diesen Gedanken auch GRIMM S. 75 Fn. 39; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 202; KEPLINGER S. 219.

bare¹⁰³. Im Hinblick darauf, daß der Hauptzweck des Vergleichsverfahrens gem. § 1 VerglO gerade in der *Abwendung* des Konkurses bestand, wäre die Vergleichsordnung auch kein sehr geeigneter Ort für die authentische Interpretation solcher Vorschriften der Konkursordnung, die – wie die §§ 17 ff., 26, 59 I Nr. 2 KO – gerade für den Fall Bedeutung erlangten, daß der Konkurs nicht abgewendet, sondern eröffnet wurde. Aus all diesen Gründen wäre JAEGERS Hinweis auf § 52 I 1 VerglO selbst dann nicht geeignet¹⁰⁴, die Kritik an der herrschenden Auslegung des § 26 Satz 2 KO auf das Gleis der Rechtspolitik zu verweisen, wenn man sich über die bereits in der ersten Auflage dieses Buches erhobenen Bedenken gegen die Vereinbarkeit der §§ 36 I, 50, 52 VerglO mit Art. 3 GG¹⁰⁵ hinwegsetzen würde. Gerade das hat der Reformgesetzgeber jedoch *nicht* getan¹⁰⁶.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß jemand, dessen Gläubigerstellung auf einem dem § 103 InsO unterliegenden Vertrag beruht, auch nach einer Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters rechtlich nicht gehindert ist, seinen *Erfüllungsanspruch* als Insolvenzforderung zur Tabelle anzumelden¹⁰⁷. Damit soll nicht behauptet werden, daß der Gläubiger *niemals* einen *Schadensersatzanspruch* anmelden könne¹⁰⁸. Die Kritik richtet sich zunächst nur gegen die These, daß eine Verfahrensteilnahme mit dem – wenn auch nach § 45 InsO umgestellten – *Erfüllungsanspruch* von vornherein ausgeschlossen sei, wenn der Vertragspartner auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hat und deshalb die Situation des § 103 InsO vorliegt. **5.33**

2. Zur Frage des »Wie«

a) Keine automatische Berücksichtigung der noch unerfüllten Gegenforderung der Masse

Erkennt man an, daß jemand, dessen Gläubigerstellung auf einem dem § 103 InsO unterliegenden Vertrag beruht, schon vor der Wahlrechtsausübung des Verwalters Insolvenzgläubiger gem. § 38 InsO ist¹⁰⁹ und als solcher grundsätzlich denselben Beschränkungen unterliegt wie alle übrigen Insolvenzgläubiger¹¹⁰, und erkennt man weiterhin an, daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters das Vertragsverhältnis nicht umgestaltet, sondern es nur in dieser insolvenzrechtlichen Situation beläßt¹¹¹, so ergibt sich ohne weiteres, daß der Gläubiger auch nach einer Erfüllungsablehnung des Verwalters nicht gehindert ist, seinen *Erfüllungs-* **5.34**

103 Vgl. schon Rn. 3.29 f.

104 Ebenso GRIMM, MUSIELAK und KEPPLINGER (s. o. Fn. 102).

105 Vgl. u. Rn. 13.37 ff.

106 Vgl. o. Rn. 3.34, 5.17 und u. Rn. 5.71, 13.7 ff., 13.126 ff.

107 Ebenso die in Fn. 51 zu Rn. 5.19 unter »a. M.« Genannten.

108 Vgl. dazu u. Rn. 5.113 ff.

109 Vgl. o. Rn. 5.1 ff.

110 Vgl. o. Rn. 3.35 ff., 3.48 ff., 5.10 ff., 5.31 ff.

111 Vgl. o. Rn. 3.35 ff., 3.48 ff., 5.31 und JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 115, 149 (gegen sämtliche Voraufgaben).

anspruch – wenn auch erst nach Umstellung auf Geld gem. § 45 InsO – zur Tabelle anzumelden¹¹².

- 5.35** Völlig unabhängig davon, ob die angemeldete Forderung besteht oder nicht besteht¹¹³, gilt die Forderung mit dem angegebenen Inhalt als festgestellt, soweit gegen sie im Prüfungstermin oder im schriftlichen Verfahren (§ 177 InsO) ein Widerspruch weder vom Insolvenzverwalter noch von einem Insolvenzgläubiger erhoben wird (§ 178 I 1 InsO).
- 5.36** Wird die Forderung hingegen vom Insolvenzverwalter oder von einem Insolvenzgläubiger bestritten, so bleibt es dem Gläubiger überlassen, im ordentlichen Klageverfahren (§ 180 InsO) die Feststellung seiner angemeldeten Forderung gegen den Bestreitenden zu betreiben (§ 179 I InsO), wobei die Feststellung nach Grund, Betrag und Rang der Forderung nur in der Weise begehrt werden kann, wie die Forderung in der Anmeldung oder im Prüfungstermin bezeichnet worden ist (§ 181 InsO). Fraglich ist, ob das auf diese Weise mit dem Fall befaßte Prozeßgericht den Umstand, daß der Kläger den die Grundlage seiner Forderung bildenden Vertrag auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hat, von Amts wegen oder nur auf Einrede berücksichtigen muß. Die eher beiläufige Bemerkung in den MOTIVEN zu § 17 KO (§ 103 InsO), daß »der Umstand, daß der Gläubiger aus einem zweiseitigen Verträge auf Grund desselben zugleich eine Verbindlichkeit zu erfüllen haben würde oder schon erfüllt hat, ... den Betrag seiner Gegenforderung vermindern oder erhöhen« könne¹¹⁴, scheint davon auszugehen, daß die synallagmatische Verbundenheit von Forderung und Gegenforderung in solchen Fällen bereits von Amts wegen zu berücksichtigen sei. Zwingend ist diese Deutung jedoch nicht, zumal die MOTIVE die hier zu entscheidende Frage (Berücksichtigung von Amts wegen oder nur auf Einrede?) nirgends deutlich aussprechen und sich – wohl auch wegen der damals noch herrschenden Rechtszersplitterung – bewußt einer Stellungnahme zu der eng verwandten Frage enthalten, ob beim gegenseitigen Vertrag die Gegenleistung als eine »Minderung der Leistung« aufzufassen sei oder ob Leistung und Gegenleistung »zwei von einander selbständige Obligationen« seien¹¹⁵. Seit diese Frage durch das – erst nach der KO geschaffene – BGB grundsätzlich in dem Sinne entschieden worden ist, daß der Umstand, daß der Gläubiger seinerseits ebenfalls noch nicht vollständig erfüllt hat, im Prozeß nicht von Amts wegen, sondern nur dann zu berücksichtigen ist, wenn der Gegner die »Einrede« (§ 202 II BGB) des nicht erfüllten Vertrages wirklich erhebt (§ 322 I BGB)¹¹⁶, sollte man im Prin-

112 Ebenso die in Fn. 51 zu Rn. 5.19 unter »a. M.« Genannten.

113 Zutreffend HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 429.

114 MOTIVE zur KO S. 65 = HAHN Bd. IV S. 85. Dazu auch u. Rn. 5.42, 5.53.

115 MOTIVE a. a. O. = HAHN Bd. IV S. 84/85. Dazu schon o. Rn. 2.36.

116 Vgl. BGH NJW 1999, 53 = ZIP 1998, 1965 ff. = EWiR § 320 BGB 1/1998, 1069 f. [LORENZ]; STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 320 Rn. 40, § 322 Rn. 3 f. und Einl. 14–16 zu §§ 320 ff. BGB; LARENZ¹⁴ Bd. I § 15 I S. 205; OESTERLE S. 231, 233 f. (jeweils m. w. N.); **anders** wohl nur ESSER/SCHMIDT⁸ Bd. I 1 § 16 II 2 und JAHR JuS 1964, 297 f. Fn. 109.

zip¹¹⁷ auch für das Feststellungsverfahren der §§ 179 ff. InsO anerkennen, daß der Gläubiger seine Forderung zunächst einmal ohne Rücksicht auf die Gegenforderung geltend machen kann¹¹⁸. Macht er von diesem Recht Gebrauch (obwohl er selbstverständlich nicht gehindert wäre, der synallagmatischen Verknüpfung von Forderung und Gegenforderung freiwillig sogar schon bei der Anmeldung Rechnung zu tragen), so ist es Sache des Insolvenzverwalters und notfalls der konkurrierenden Gläubiger¹¹⁹, sich darauf zu berufen, daß dem Vertragspartner die (quotenmäßige) Befriedigung seiner Forderung aufgrund der §§ 320, 322 BGB verweigert werden kann, bis dieser die seinerseits noch ausstehende Leistung vollständig (§ 266 BGB) bewirkt oder – was auch (nach h. M. sogar allein) zulässig ist¹²⁰ – seine Forderung um den Betrag der Vermögensopfer kürzt, die er zur Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit noch erbringen müßte. Da in dieser *verteidigungsweisen* Geltendmachung der Forderung der im Insolvenzverfahren befindlichen Vertragspartei kein »Bestehen« auf deren »Erfüllung«, sondern ein »Verweigern« (§ 320 BGB) der auf die Forderung der anderen Vertragspartei entfallenden Quote liegt, ist der Verwalter an solch einem Vorgehen durch § 103 II 3 InsO nicht gehindert¹²¹.

Auf den ersten Blick scheint die hier vertretene Ansicht, daß die synallagmatische Verknüpfung von Forderung und Gegenforderung grundsätzlich nur auf Einrede zu beachten ist, zu ungerechten Ergebnissen zu führen, falls der Insolvenzschuldner vorleistungspflichtig ist. Denn einer vorleistungspflichtigen Vertragspartei steht die Einrede des § 320 BGB nicht zu. Wenn man unterstellt, daß eine Vorleistungspflicht des Schuldners durch die Verfahrenseröffnung nicht berührt wird¹²², hätte dies zur Konsequenz, daß der Gläubiger die quotenmäßige Befriedigung seines vollen (also nicht um den Wert der noch offenen Gegenleistung¹²³ gekürzten) Erfüllungsanspruchs auch gegen den Willen des Insolvenzverwalters durchsetzen

5.37

117 Soweit dieses Prinzip außerhalb des Insolvenzrechts durchbrochen ist, gilt es selbstverständlich auch im Insolvenzverfahren nicht. Man denke z. B. an § 641 I 1 BGB, der bei Werklohnansprüchen bereits die *Fälligkeit* davon abhängig macht, daß das Werk vollendet (vgl. § 646) oder abgenommen worden ist. Wenn der Insolvenzverwalter des Bestellers die Erfüllung des Vertrages ablehnt, hat der andere Vertragsteil aber normalerweise einen sofort fälligen Anspruch aus § 649 BGB.

118 Zust. KEPLINGER S. 220 f. **A. M.** HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 429 f. und wohl auch schon in JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 115.

119 Vgl. für die Verjährungseinrede JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 3 Rn. 10: Sie könne sowohl von dem Konkursverwalter als auch von den übrigen Konkursgläubigern erhoben werden.

120 Vgl. u. Rn. 5.40 ff.

121 Zust. KEPLINGER S. 221. Auch sonstige Hinderungsgründe bestehen nicht. **A. M.** jedoch LUTHER S. 58 und ihm folgend SCHOLLMAYER S. 28 f., weil § 320 BGB »eigene Vertragstreue« des Einredegeschützten voraussetze und es an dieser fehle. Wäre das richtig, so hätten LUTHER und SCHOLLMAYER mit derselben Begründung erst recht der h. M. (s. Rn. 5.50 ff., 5.40 Fn. 129) widersprechen müssen, daß der Vertragspartner *von vornherein* auf die *Differenzmethode* beschränkt sei.

122 Zweifelsfrei richtig und auch in den MOTIVEN zur KO vorausgesetzt ist diese Annahme nur für die Fälle, in denen der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages verlangt (vgl. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO und MOTIVE S. 69 = HAHN Bd. IV S. 88). Vgl. im übrigen sogleich im Text.

123 Genauer: um den Betrag der zu ihrer Bewirkung noch erforderlichen Aufwendungen.

und von diesem dann dennoch nur um den Preis einer vollständigen (also nicht nur quotenmäßigen) Vorleistung in Anspruch genommen werden könnte.

- 5.38** Zwar ermächtigt § 103 InsO den Verwalter, diesen Preis zu zahlen. Nicht im Sinne dieser Vorschrift liegt es jedoch, daß der Vertragspartner auf die nicht ihm, sondern allein dem Insolvenzverwalter¹²⁴ zustehende Entscheidung über Erfüllung oder Nichterfüllung dadurch Einfluß nimmt, daß er zunächst einmal eine – wenn auch nur quotenmäßige – Vorleistung der Masse erzwingt. Auch mit dem alle gegenseitigen Verträge beherrschenden Prinzip des »do ut des« wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der Vertragspartner des vorleistungspflichtigen Schuldners die Masse zunächst auf quotenmäßige Erfüllung in Anspruch nehmen und ihr diese Vorleistung dann wegen ihrer Unvollständigkeit (oder ggf. wegen § 103 II 3 InsO) trotzdem weder vollständig noch anteilig zu vergüten bräuchte. Aus diesen beiden Gründen wird man dem Vertragspartner unter der Voraussetzung, daß der Insolvenzverwalter das ihm durch § 103 I InsO eröffnete Recht zur vollständigen Durchführung des Vertrages nicht ausübt, die Berufung auf eine etwaige Vorleistungspflicht des Schuldners versagen und somit dem Insolvenzverwalter eine dem § 320 BGB entsprechende Einrede zugestehen müssen¹²⁵. In der wohl deutlich überwiegenden Zahl der Fälle, in denen die Vorleistungspflicht des Verfahrensschuldners nicht in einer Geldzahlung, sondern in einer Werkleistung (vgl. § 641 BGB) oder einer Warenlieferung besteht, läßt sich für ihren Wegfall noch ein weiterer Grund anführen: Hier kann der vom Verwalter auf die Quote verwiesene Vertragspartner seine Forderung wegen § 45 Satz 1 InsO gar nicht mit ihrem vertragsmäßigen Inhalt, sondern nur nach ihrem Schätzwert in Geld anmelden. Läßt sich der Vertragspartner durch Anmeldung seiner Forderung auf diese Konsequenz des § 45 Satz 1 InsO ein, so beseitigt er mit dem ursprünglichen Anspruchsinhalt (z. B. Herstellung eines Werkes¹²⁶) in aller Regel auch den Grund für die Vorleistungspflicht des Schuldners und ermöglicht so dem Insolvenzverwalter die Berufung auf die Einrede des § 320 BGB. Meist werden dann Forderung und Gegenforderung gleichermaßen auf Geld gerichtet sein, so daß der Insolvenzverwalter den ursprünglichen Austauschvertrag durch Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) in ein nacktes Differenzgeschäft verwandeln kann.
- 5.39** Die hier vertretene Ansicht, daß die synallagmatische Verknüpfung einer Insolvenzforderung mit einer Gegenforderung nur auf Einrede zu berücksichtigen ist (Rn. 5.36), vermag also auch den Fällen gerecht zu werden, in denen sich die jetzt im Insolvenzverfahren befindliche Vertragspartei zur Vorleistung verpflichtet hatte.

124 MOTIVE ZUR KO S. 68/69 = HAHN Bd. IV S. 88.

125 ZUST. KEPPLINGER S. 221.

126 Vgl. §§ 631, 641, 646 BGB.

b) Differenzmethode

Erhebt der Insolvenzverwalter gegenüber dem zur Tabelle angemeldeten Erfüllungsanspruch des Vertragspartners die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, so müßte der Vertragspartner diesem Leistungsverweigerungsrecht eigentlich die Grundlage entziehen können, indem er dem Insolvenzverwalter die noch ausstehende Gegenleistung vertragsgemäß und vollständig (§ 266 BGB) anbietet¹²⁷. Die herrschende Meinung geht allerdings dahin, dem Vertragspartner diesen (im folgenden mit »Austauschmethode« bezeichneten) Weg bei entgegenstehendem Willen des die Vertragserfüllung ablehnenden Insolvenzverwalters zu versagen und ihn auf das Recht zu beschränken, von der Erbringung der selbst noch rückständigen Leistung abzusehen und sich mit seiner um den Betrag der so ersparten Aufwendungen zu kürzenden eigenen Forderung, die man zudem meist als *Schadensersatzforderung* qualifiziert¹²⁸, am Verfahren zu beteiligen (»Differenzmethode«)¹²⁹. Da der Vertragspartner i. d. R. selbst nicht interessiert sein wird, seine Leistung vollständig zu erbringen und dafür nur die Quote zu erhalten, soll zunächst die Zulässigkeit der für ihn meist günstigeren Differenzmethode ins Auge gefaßt werden.

Hinzuweisen ist hier zunächst auf § 104 InsO, der bei bestimmten Fix- und Finanztermingeschäften überhaupt nur diese eine Möglichkeit der Forderungsberechnung vorsieht und näher ausgestaltet. In allen anderen Fällen bedarf die Zulässigkeit der Differenzmethode aber einer von § 104 InsO unabhängigen Begründung. Eine gängige Argumentation besteht darin, daß man in den Fällen des § 103 InsO entweder schon der Verfahrenseröffnung¹³⁰ oder aber der Erfüllungsablehnung des Verwalters¹³¹ die Wirkung zuschreibt, die beiderseitigen Erfüllungsansprüche zu-

127 Wie hier S. 38/39 der ersten beiden Auflagen von FITTING (zur dritten Auflage Vgl. u. Fn. 129 f.); HELLMANN S. 266; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 201 ff., 205; SCHWÖRER Rn. 168; ähnlich – wenn auch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes – HUBER BB 1964, 731 ff. Fn. 8.

128 Vgl. o. Rn. 3.2, 3.4, 5.14 ff., 5.31 ff.

129 So z. B. BGH WM 1967, 929, 932 (zumindest für den Regelfall; vgl. u. Rn. 5.56 Fn. 192); BLEYER KO § 17 Anm. 7 b; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 42 (S. 285/286); KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 37; COHN § 10; ECK ZHR 28 (1882) 392, 395; ENDEMANN S. 166; LUTHER S. 58 f.; MAAS S. 12; MEHL S. 23; MEHRING S. 12 f., 72 ff.; PLONSKI S. 9; SACHS S. 23 ff., 28 f.; SANDROCK S. 105 f., 122; SCHAD S. 129; SCHOLLMAYER S. 29 f.; WIRTZ S. 13; OLG Hamburg OLGE 19, 206 (nur beiläufig) und auch etliche der h. M. sonst eher kritisch gegenüberstehende Autoren wie z. B. FELDHAUS JZ 1956, 313; GRIMM S. 78; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 173 (vgl. aber auch seine Rn. 90!); HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 429–432 (dort Ausnahmen zulassend); BORK, Festschrift für Zeuner, 1994, S. 297, 309; J. LEHMANN S. 34; KEPPLINGER S. 103, 227, 247, 249, 251 f. (mit Fn. 1164, 1166), 257, 265; PLETZSCH S. 97 f., 98 Fn. 1; PLÜNDER S. 60; TINTELNOT ZIP 1989, 144, 153; N/R/BALTHASAR InsO § 103 Rn. 63; wohl auch FITTING³ S. 52, 54 (anders seine früheren Auflagen; vgl. soeben Fn. 127 und o. Rn. 5.19 Fn. 51).

130 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 162, 210, 212; vgl. auch LIPPMANN JherJb 41 (1900) 112, 230; FITTING³ S. 52 mit Fn. 15 und S. 54 mit Fn. 19 (anders die beiden früheren Auflagen; vgl. soeben Fn. 127 und o. Rn. 5.19 Fn. 51).

131 So fast alle anderen Befürworter der h. M. und sämtliche Voraufgaben des JAEGERschen Kommentars.

mindest insoweit, wie es um deren Verfolgbarkeit durch Teilnahme am Insolvenzverfahren geht¹³², in einen Anspruch des Vertragspartners auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens umzuwandeln, auf den man dann die zu §§ 325, 326 BGB entwickelte Differenztheorie anwendet¹³³. Die Begründung beruht letztlich auf schadensersatzrechtlichen Grundsätzen und versagt somit, falls sich ergeben sollte¹³⁴, daß weder die Tatsache der Verfahrenseröffnung noch die Erfüllungsablehnung des Verwalters den Vertragspartner berechtigen, Ersatz seines etwaigen Nichterfüllungsschadens zu verlangen. Deshalb erscheint es sinnvoll, vorsorglich nach anderen Begründungen zu suchen.

- 5.42** Einen ersten Anhaltspunkt für die Zulässigkeit der Differenzmethode liefert § 103 II 3 InsO. Nach dieser Vorschrift kann der Insolvenzverwalter auf der Erfüllung des Vertrages nicht bestehen, wenn er dem Vertragspartner nach Aufforderung nicht unverzüglich mitteilt, ob er Erfüllung verlangen will. Entsprechendes wird mit Recht für den Fall anerkannt, daß der Verwalter (gefragt oder ungefragt) erklärt, daß er die Erfüllung des Vertrages ablehnen, den anderen Teil also auf die Quote beschränken wolle¹³⁵. Hier wie dort kann eine Bestimmung, nach welcher der Gegenanspruch der Masse jedenfalls für die Dauer des Insolvenzverfahrens¹³⁶ nicht mehr durchgesetzt werden kann, nur den Sinn haben, dem Vertragspartner die Chance zu eröffnen, sich in einer Weise am Verfahren zu beteiligen, die ihm die Erbringung der seinerseits noch offenen Leistung erspart. Die Zulässigkeit solch eines Vorgehens wird auch in der eher beiläufigen Bemerkung der MOTIVE zum späteren § 17 KO (§ 103 InsO) vorausgesetzt, daß »der Umstand, daß der Gläubiger aus einem zweiseitigen Verträge auf Grund desselben zugleich eine Verbindlichkeit zu erfüllen haben würde oder schon erfüllt hat, . . . den Betrag seiner Gegenforderung vermindern oder erhöhen« könne¹³⁷. Im Ergebnis kann also nicht zweifelhaft sein, daß der Vertragspartner im Fall der Erfüllungsablehnung oder der nach § 103 II 3 InsO gleichstehenden Säumnis des Insolvenzverwalters berechtigt ist, der gegen seine Insolvenzforderung erhobenen Einrede des nicht erfüllten Vertrages statt durch tatsächliches Bewirken (§§ 320 I, 322 I BGB) der Gegenleistung dadurch Rechnung zu tragen, daß er den Betrag seiner Insolvenzforderung um den Vermögenswert der Vorteile mindert, die ihm erwachsen, wenn er auch seinerseits nicht mehr erfüllt. Da die Zulässigkeit der Differenzmethode sowohl in § 103 II 3 InsO als auch in den MOTIVEN der KO vorausgesetzt wird, kann insoweit auf weitere Begründungen verzichtet und als Ergebnis festgehalten werden, daß das Recht des Gläubigers, seinen Anspruch nach der Differenzmethode zu beziffern, selbst dann anzuerkennen ist, wenn man der h. M. nicht auch darin folgt, daß dem

132 Mit dieser ihr an sich fremden (vgl. o. Rn. 3.2 bei Fn. 4) Einschränkung wird die h. M. akzeptiert von PLETZSCH S. 73; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 154–163 und wohl auch LIPPMANN JherJb 41 (1900) 112, 230 f.

133 Vgl. z. B. KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 37.

134 Vgl. Rn. 5.64 ff.

135 Nachweise o. Rn. 3.37 Fn. 114 f.

136 Vgl. o. Rn. 3.36 ff.

137 MOTIVE zur KO S. 65 = HAHN Bd. IV S. 85. Dazu auch o. Rn. 5.36 und u. Rn. 5.53.

Gläubiger nach einer Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters ohne weiteres ein Anspruch auf *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* zustehe.

Übrigens hat HENCKEL, der an sich die Ansicht vertritt, daß der Vertragspartner **5.43** *gegenüber der Masse* von vornherein nur einen *Schadensersatzanspruch* habe¹³⁸, die Differenzmethode sogar »zweispurig« begründet: einmal unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes¹³⁹ und ein weiteres Mal unter dem – von ihm an anderer Stelle jedoch ebenfalls als schadensersatzrechtlich ausgewiesenen¹⁴⁰ – Gesichtspunkt eines Wertvergleichs der beiderseits noch ausstehenden *Primärleistungen*. In letzterer Hinsicht führt er aus¹⁴¹:

»*Hat der Vertragspartner eine Sachleistung zu fordern*, so ist sein Anspruch nach § 69 nach ihrem Schätzwert als Geldforderung geltend zu machen. Der Wert dieser Forderung aus dem gegenseitigen Vertrag ist aber nicht identisch mit dem Wert der vom Gemeinschuldner geschuldeten Sache; vielmehr besteht dann nur eine Differenz zwischen dem Wert der Sache und der Gegenleistung, die der Vertragspartner bei ordnungsgemäßer Leistung noch an den Gemeinschuldner hätte erbringen müssen (näher dazu: Anm. 170 ff.). *Hat der Vertragspartner eine Geldleistung zu fordern*, so gilt § 69 entsprechend. Denn der Vertragspartner hat, wenn er seine eigene Leistung nicht erbringt, keine durchsetzbare Forderung auf die Gegenleistung, die ihm der Gemeinschuldner versprochen hat. Seine Forderung hat nur den Wert der Differenz zwischen dem ihm geschuldeten Preis und dem Wert der Sachleistung, die er noch an den Gemeinschuldner zu erbringen hätte.«

Betrachtet man zunächst nur die (die Regel bildenden¹⁴²) Fälle, in denen der Vertragspartner nach der *Differenzmethode* vorgehen **5.44** *will*¹⁴³, so wird man den Ausführungen von HENCKEL im Prinzip zustimmen müssen. Allerdings dürfte sich der Betrag, um den der Vertragspartner seine ursprüngliche Forderung kürzen muß, nicht nach dem Betrag oder dem objektiven Schätzwert der noch nicht erfüllten Gegenforderung des Insolvenzschuldners bestimmen¹⁴⁴, sondern nach dem (evtl. analog § 45 Satz 1 InsO zu schätzenden¹⁴⁵) Betrag der Vorteile, die der Vertrags-

138 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 162, 210, 212; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 432.

139 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 173.

140 HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 432 f.; vorsichtiger wenig später ders. in JZ 1987, 360 (»eine Konkursforderung in Höhe der Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung«) und in der Festschr. f. Lüke, 1997, S. 236, 258 (»der inhaltlich veränderte Erfüllungsanspruch, vermindert um den Wert der Gegenleistung ...«).

141 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 115. Hervorhebungen von mir.

142 Vgl. Rn. 5.40 a. E.

143 Andernfalls gilt das bei Rn. 5.50 ff. Ausgeführte.

144 So sind aber (wohl) die vorhin wiedergegebenen Ausführungen von HENCKEL zu verstehen; vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 196 (dort unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes) und J. LEHMANN S. 54 (auf bereicherungsrechtlicher Grundlage; vgl. hiergegen sogleich Rn. 5.45).

145 J. LEHMANN S. 35, 46 hat gegen zwei ganz ähnliche Vorschläge von KOHLER (Lehrbuch S. 134) und GRIMM (Begründete Vermögensansprüche S. 77 f., 83) eingewandt, daß sie nicht dem Gesetz entsprächen, da § 69 KO / § 45 InsO nur für die Forderung des *Konkursgläubigers* gelte und somit versage, wenn die dem *Gemeinschuldner* versprochene Leistung nicht in einer Geldzahlung bestehe. Dieser Einwand wäre aber nur beachtlich, wenn die Anzeichen für den auf Zulassung der Differenzmethode gerichteten Willen des Gesetzgebers weniger deutlich wären, als sie es nach dem bei Rn. 5.42 Ausgeführten sind. Zu

partner davon hat, daß er auch seinerseits nicht mehr zu erfüllen braucht¹⁴⁶. Das ergibt sich mittelbar aus § 324 I 2 BGB, der Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens ist, daß sich beim gegenseitigen Vertrag die Partei, die ihre Verbindlichkeit aus Gründen, die in der Sphäre der anderen Partei liegen¹⁴⁷, nicht mehr zu erfüllen braucht, auf ihre ursprüngliche (Gegen-)Forderung nur dasjenige anrechnen lassen muß, was sie »infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung (ihrer) Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt«.

- 5.45** In krassem Gegensatz zu allen bisher vertretenen Ansichten wollte J. LEHMANN den Differenzanspruch des Vertragspartners auf die *bereicherungsrechtlichen* Bestimmungen der §§ 812 I 1, 818 II BGB i. V. m. der für die Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge geschaffenen Saldotheorie stützen¹⁴⁸. Er meinte, daß die §§ 18, 20, 23 KO¹⁴⁹ (§§ 104, 109 II, 115 f. InsO) Ausdruck eines allgemeinen und daher auch in den Fällen des § 17 KO (§ 103 InsO) geltenden Rechtsgedankens seien, der besage, »daß mit der Eröffnung des Konkursverfahrens die beiderseitigen Verpflichtungen aus den zu diesem Zeitpunkte noch offenen beiderseits verpflichtenden Rechtsgeschäften entfallen«¹⁵⁰. Da die infolge der Konkursöffnung eingetretene Schuldbefreiung des Gemeinschuldners gegenüber dem Vertragspartner nicht gerechtfertigt sei, müsse der Gemeinschuldner diesem gem. §§ 812 I 1 Alt. 2, 818 II BGB den Wert der – angeblich – erloschenen Forderung ersetzen, von dem nach den Grundsätzen der Saldotheorie der Wert der noch offenen und infolge der Konkursöffnung gleichfalls erloschenen Gegenforderung des Gemeinschuldners abzuziehen sei. Auf diese Weise soll sich nach LEHMANN ein als Konkursforderung verfolgbarer Anspruch des Vertragspartners auf die Wertdifferenz der beiderseits noch offenen Forderungen ergeben.
- 5.46** M. E. ist dieser Lösungsvorschlag nicht haltbar. Gegen ihn sprechen schon die Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn von den beiderseits noch offenen Forderungen diejenige des *Insolvenzschuldners* die höherwertige ist: Soll dann der Insolvenzverwalter, wenn er sein Recht, auf Erfüllung des Vertrages zu bestehen, durch seine Erfüllungsablehnung oder durch eine nach § 103 II 3 InsO gleichstehende Säumnis verloren hat, seinerseits eine Bereicherungsforderung »wegen der

LEHMANNS eigener Begründung für die Zulassung der Differenzmethode vgl. sogleich Rn. 5.45.

146 ZUST. KEPPLINGER S. 223; SCHWÖRER Rn. 167 a. E. Vgl. auch GRIMM S. 78 Fn. 46: Auf die Insolvenzforderung des Vertragspartners werde »lediglich der Wert angerechnet . . . , den die Befreiung des Gläubigers *für diesen selbst*« habe (Hervorhebungen von mir). Interessante Beispielsfälle: u. Rn. 5.51 bei Fn. 160 ff.

147 Dazu würde auch die Verfahrenseröffnung über deren Vermögen und die Nichterfüllung des Vertrages durch den Verwalter gehören.

148 J. LEHMANN § 12.

149 J. LEHMANN § 7.

150 J. LEHMANN S. 23.

Nichterfüllung« geltend machen können? Das würde wohl auf eine unzulässige Verallgemeinerung des § 104 InsO¹⁵¹ hinauslaufen.

Nicht weniger problematisch als dieser Gesichtspunkt ist die Selbstverständlichkeit, mit der LEHMANN (S. 53) unterstellt, daß die »Herausgabe« der (seiner Ansicht nach) von beiden Vertragspartnern erlangten Befreiung von den noch unerfüllten Vertragspflichten »wegen des Zustandes nicht möglich« und deshalb gem. § 818 II BGB Wertersatz in Geld zu leisten sei. Falls die infolge der Verfahrenseröffnung (angeblich) erloschene Nichtgeldschuld den Gemeinschuldner traf, könnte man den Wertersatzcharakter der seinem Vertragspartner deshalb zustehenden Insolvenzforderung noch über § 45 Satz 1 InsO begründen. Doch aus welcher Vorschrift will man herleiten, daß der Vertragspartner auch im umgekehrten Fall, in dem er selbst von einer Nichtgeldschuld befreit wurde, den eigenen Bereicherungsanspruch nicht nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Erlangten (also gegen Neubegründung und Erfüllung seiner Nichtgeldschuld), sondern auch schon nach Abzug des Wertes der auf seiner Seite entfallenen Nichtgeldschuld durchsetzen kann?

LEHMANN (S. 53) will sich hier auf die Grundsätze der Saldotheorie stützen. Das ist aber schon im Ansatz problematisch, weil die Saldotheorie bislang nur für die Rückgewähr der aufgrund nichtiger gegenseitiger Verträge *tatsächlich erbrachten* Leistungen anerkannt ist¹⁵², während es im vorliegenden Fall (nach LEHMANN) um die »Herausgabe« der Befreiung von noch *nicht* erfüllten Verpflichtungen geht. Zudem unterstellt LEHMANN (S. 53) der Saldotheorie den nicht ganz zutreffenden Inhalt, daß »bei der Feststellung der Höhe des Bereicherungsanspruchs von vornherein der Wert der Gegenleistung, im vorliegenden Falle der Wert der weggefallenen Verpflichtung des Konkursgläubigers, in Abzug gebracht« werde. Unzutreffend ist dies insofern, als die Saldotheorie in Fällen, in denen der Bereicherungsgläubiger das seinerseits Erlangte noch in Natur herausgeben kann, gerade *nicht* zu einer Anspruchsminderung um den *Geldwert* des Erlangten führt¹⁵³, sondern zu einer von Amts wegen – nicht erst auf Einrede – zu beachtenden Abhängigkeit des Anspruchs von der Herausgabe dessen, was der Gläubiger selbst erlangt hat¹⁵⁴. Und da diese Herausgabe, soweit möglich, in Natur erfolgen muß (die Befreiung von einer Nichtgeldschuld also durch deren Neubegründung und Erfüllung), muß LEHMANN'S bereicherungsrechtliche Begründung für den Differenzanspruch des Vertragspartners jedenfalls in den Fällen versagen, in denen die dem Verfahrensschuldner versprochene Leistung etwas anderes als Geld zum Gegenstand hatte.

Im übrigen ist LEHMANN'S bereicherungsrechtliche Begründung des Differenzanspruchs aber auch schon deshalb verfehlt, weil sie auf der zwar vom BGH in-

151 Die in diesen Vorschriften erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung« kann u. U. auch dem Insolvenzverwalter zustehen. Vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 18 Rn. 19, 20; HK-InsO/MAROTZKE² § 104 Rn. 9.

152 Vgl. STAUDINGER/LORENZ, 1999, BGB § 818 Rn. 41 ff.

153 Vgl. LARENZ¹² Bd. II § 70 III S. 582.

154 LARENZ a. a. O.; BGH NJW 1963, 1870 f.

zwischen in ganz anderen Zusammenhängen bestätigten¹⁵⁵, aber gleichwohl unzutreffenden¹⁵⁶ Prämisse beruht, daß die beiderseits noch offenen Erfüllungsansprüche im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung automatisch erlöschen würden. An der Zulässigkeit der Differenzmethode ändert die Ablehnung der von LEHMANN angebotenen Begründung jedoch nichts (vgl. Rn. 5.42 ff.).

c) Austauschmethode

aa) Grundsätzliche Zulässigkeit

- 5.50** Hat sich die Differenzmethode im Falle der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters als zulässig erwiesen¹⁵⁷, so schließt sich die weitere Frage an, ob diese Zulässigkeit eine ausschließliche in dem Sinne ist, daß der Insolvenzverwalter darauf bestehen kann, daß der Vertragspartner die seinerseits versprochene Leistung nicht mehr erbringt und den Betrag der auf diese Weise ersparten Aufwendungen von dem seiner Insolvenzforderung abzieht. Die h. M. bejaht dies, spricht also dem Vertragspartner das ihm nach den §§ 320, 322 BGB eigentlich doch zustehende Recht, seine Forderung bei gleichzeitigem Angebot der vollen Gegenleistung ungekürzt (wenn auch nur als *Insolvenzforderung*) geltend zu machen, im Falle der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters ab¹⁵⁸.
- 5.51** Zur Begründung hat man darauf hingewiesen, daß der Vertragspartner i. d. R. selbst nicht interessiert sein werde, seine Leistung vollständig zu erbringen und für sie nur die Quote zu erhalten¹⁵⁹. Dieser Hinweis trifft sicher zu, ist m. E. aber kein Grund, dem Vertragspartner diese den §§ 320, 322 BGB entsprechende Möglichkeit auch dann zu versagen, wenn sie ihm ausnahmsweise vorteilhaft erscheint (z. B. weil er nur noch eine ganz geringe Teilleistung schuldet¹⁶⁰ und deren Gegenstand für ihn persönlich wertlos¹⁶¹ oder sogar lästig¹⁶²

155 Vgl. o. Rn. 3.42 ff., 4.17 ff., 4.59 ff., 5.9 Fn. 28.

156 Vgl. schon Rn. 3.44 ff., 3.58, 4.27 ff., 4.77 ff., 5.30.

157 Vgl. Rn. 5.40 ff.

158 Nachweise zur h. M. in Fn. 129, solche zur Gegenansicht in Fn. 127 (jeweils zu Rn. 5.40).

159 ENDEMANN S. 166; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 173; MAAS S. 12; MEHRING S. 72 f.; SACHS S. 23 f.

160 Wenn der Insolvenzverwalter das Recht, diese Teilleistung einzufordern, gem. § 103 II 3 InsO verloren hat, kann ihre Geringfügigkeit m. E. kein Grund sein, dem Verwalter die Berufung auf die Zug-um-Zug-Einrede aus Billigkeitsgründen (§ 320 II BGB) zu versagen. Denn andernfalls könnte der Vertragspartner für seine *ungekürzte* Forderung quotenmäßige Befriedigung verlangen und anschließend trotzdem nicht gezwungen werden, seinerseits noch etwas an die Masse zu leisten. Vgl. auch o. Rn. 5.42 und zur Anwendbarkeit der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO bei nur geringem Leistungsrückstand o. Rn. 4.90 f., 4.101 ff.

161 Z. B. unbrauchbar oder schlecht verkäuflich. In diesen Fällen wirkt sich übrigens in besonderer Weise aus, daß sich der Abzug, den sich der Gläubiger bei ausschließlicher Anwendbarkeit der Differenzmethode gefallen lassen müßte, nach dem Wert bemißt, »den die Befreiung des Gläubigers für *diesen selbst*« hätte. Vgl. o. Rn. 5.44 mit Fn. 146.

162 Man denke an verderbliche oder gefährliche Gegenstände (z. B. Chemikalien). Vgl. auch Rn. 5.54 und den zweiten Satz der Fn. 161.

ist)¹⁶³. Des weiteren ist zu bedenken, daß es Fälle gibt, in denen der Vertragspartner trotz der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters überhaupt nicht auf die Quote angewiesen ist, etwa weil er sich in der glücklichen Lage befindet, statt der insolventen Masse einen solventen Bürgen in Anspruch nehmen zu können (dessen Regreßanspruch dann allerdings wieder als Insolvenzforderung zu Lasten der Masse ginge¹⁶⁴). In solchen Fällen kann der Gläubiger durchaus interessiert sein, seinen Erfüllungsanspruch nicht nach der Differenzmethode mindern zu müssen, sondern ihn bei gleichzeitigem Angebot der selbst noch geschuldeten Leistung in *voller* Höhe gegen den Bürgen bzw. als Insolvenzforderung gegen die Masse geltend zu machen. Es gibt keine Rechtsvorschrift, die ihm dies verbietet, nur weil der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnt. Aus § 103 II 3 InsO folgt zwar, daß der Insolvenzverwalter nach Erklärung der Erfüllungsablehnung nicht mehr auf der Leistung des Vertragspartners »bestehen« kann, nicht aber, daß der Vertragspartner gehindert wäre, die seinerseits noch geschuldete Leistung *freiwillig* zu erbringen bzw. sie dem Insolvenzverwalter, wenn dieser die Entgegennahme ablehnt (Rn. 5.54), in einer die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs (§§ 293, 322 III, 274 II BGB) begründenden Weise freiwillig anzubieten. Daß durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters nicht nur der Erfüllungsanspruch des Schuldners, sondern, jenseits des Rechenergebnisses der Differenzmethode, auch der der anderen Vertragspartei undurchsetzbar werde (also nicht einmal mehr als *Insolvenzforderung* oder gegen einen *Bürgen* geltend gemacht werden könnte), ergibt sich weder aus § 103 II 3 noch aus § 103 II 1 InsO¹⁶⁵.

Eck hat allerdings gemeint, daß aber doch der Bestimmung des § 17 I KO (§ 103 I InsO), wonach der Verwalter den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teil verlangen kann, im Gegenschluß zu entnehmen sei, »daß der Vertragsgegner dasselbe *nicht* (könne), daß er *nicht* berechtigt (sei), unter Erbieten zur Erfüllung seine Gegenforderung geltend zu machen«¹⁶⁶. Auch das ist jedoch nicht richtig. In diesem Zusammenhang muß nochmals in Erinnerung gerufen werden, daß § 103 InsO mit »Erfüllung« immer nur die *vollständige* und *vertragsmäßige* Erfüllung meint¹⁶⁷ und als einen Fall der »Nichterfüllung« somit schon den der »quotenmäßigen Erfüllung« ansehen würde. Angewiesensein auf die Quote heißt

163 Vgl. auch HELLMANN S. 266 Fn. 5: »Der Vertragsgenosse kann an der Erfüllung seinerseits Interesse haben. Z. B. er hat um 1000 verkauft, der Wert des Kaufgegenstandes ist jetzt auf 300 gesunken; die Masse verspricht 40 % der Konkursforderungen.« In solchen Fällen kann der Verkäufer vor allem dann an der Austauschmethode interessiert sein, wenn der Wertverlust seiner Ware erst nach dem für die Berechnung seiner etwaigen Differenzforderung maßgeblichen Zeitpunkt – nach JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 184, 191 f., 195 f. wäre das der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung (str.) – eingetreten ist.

164 Vgl. §§ 774 BGB, 44 InsO sowie JAEGER/LENT KO⁸ § 67 Rn. 5; FK-InsO/SCHULZ² § 44 Rn. 4 ff. Weitere Einzelheiten zur Bürgschaft u. Rn. 5.61.

165 Vgl. o. Rn. 3.37 ff. (zu § 17 II 2 KO / § 103 II 3 InsO), 5.14 ff. (zu § 26 Satz 2 KO / § 103 II 1 InsO) und u. Rn. 5.61 (zur Bürgschaft).

166 ECK ZHR 28 (1882) 392, 395 (Hervorhebungen von ihm); vgl. auch COHN S. 22; BLEYER KO § 17 Anm. 7 b; GRÜNWALD S. 20 Fn. 2; PLONSKI S. 9; v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE KO⁶ § 17 Anm. 6.

167 Vgl. o. Rn. 3.53 mit Fn. 166, 167.

aber nicht notwendig, daß der Betreffende diese Quote nicht auf der Grundlage seines vollen, sondern nur auf der Basis seines um den Wert der selbst noch geschuldeten Gegenleistung gekürzten Erfüllungsanspruchs verlangen könnte. Entgegen der Argumentation von ECK¹⁶⁸ läßt der Umstand, daß § 103 I InsO das Recht, *selbst* zu erfüllen, nur dem Insolvenzverwalter ausdrücklich zugesteht, nicht den Umkehrschluß zu, daß der Vertragspartner dazu nicht berechtigt sei und deshalb den Wert der seinerseits noch ausstehenden Leistung (genauer: den Betrag der durch deren Nichterbringung ersparten Aufwendungen¹⁶⁹) von seinem Erfüllungsanspruch abziehen müsse. Denn während das Erfüllungsrecht des Insolvenzverwalters als eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß bereits bei Verfahrenseröffnung begründet gewesene Ansprüche aus der Masse nur quotenmäßig in Geld befriedigt werden dürfen, einer besonderen Erwähnung im Gesetz wert war (Rn. 2.79 f.), ergibt sich das Erfüllungsrecht der anderen Vertragspartei (aber auch eine korrespondierende Abnahmepflicht des Insolvenzverwalters¹⁷⁰) ohne weiteres aus ihrer Position als Schuldnerin der fraglichen Verbindlichkeit. Nicht der Fortbestand, sondern ein Untergang des Rechts, gegen Angebot der selbst noch geschuldeten Leistung den vollen Erfüllungsanspruch – wenn auch nur als Insolvenzforderung – geltend zu machen, hätte also der besonderen Erwähnung im Gesetz bedurft. Solch einen Ausspruch enthält die InsO aber nur in den nicht verallgemeinerungsfähigen¹⁷¹ Sonderbestimmungen über Fixgeschäfte, Finanztermingeschäfte und Geschäftsbesorgungsverträge (§§ 104, 115 f. InsO).

- 5.53** Auch die schon erwähnte¹⁷² Bemerkung der MOTIVE, daß »der Umstand, daß der Gläubiger aus einem zweiseitigen Verträge auf Grund desselben zugleich eine Verbindlichkeit zu erfüllen haben würde oder schon erfüllt hat, ... den Betrag seiner Gegenforderung vermindern oder erhöhen« könne, ergibt kein wirklich zwingendes Argument gegen das dem Vertragspartner in seiner Eigenschaft als Schuldner eigentlich (aber: Rn. 5.54) zustehende Recht, durch freiwilliges Erfüllen der ihn selbst treffenden Verbindlichkeit deren beschränkende Wirkung auf seine Gegenforderung zu beseitigen. Entsprechendes gilt für die Bemerkung, daß das »Recht auf Erfüllung« nur dem Verwalter und nicht etwa dem anderen Vertragsteil zustehe¹⁷³: Sie vermag die h. M. schon deshalb nicht zu stützen, weil sie sich sowohl nach ihrem Wortlaut (Recht »auf« Erfüllung) als auch nach dem Sinnzusammenhang (es ging ausschließlich um § 17 II KO bzw. nunmehr § 103 II 2, 3 InsO) nicht auf das Recht bezieht, den Vertrag selbst zu erfüllen, sondern einzig und allein auf das Recht, von der jeweils anderen Vertragspartei bzw. von ihrem Insolvenzverwalter die Erfüllung zu verlangen. Daß aber der Vertragspartner des Insolvenzschuldners einen Anspruch darauf hätte, daß der Insolvenzverwalter von seinem Recht, den Vertrag vollständig (also nicht lediglich quotenmäßig) zu er-

168 ECK a. a. O. (soeben Fn. 166); vgl. auch COHN und PLONSKI (o. Fn. 166).

169 Vgl. o. Rn. 5.44 mit Fn. 146.

170 Dazu sogleich Rn. 5.54.

171 Vgl. Rn. 5.54.

172 Vgl. o. Rn. 5.36, 5.42.

173 MOTIVE zur KO S. 68/69 = HAHN Bd. IV S. 88.

füllen, wirklich Gebrauch macht, ist auch in der vorliegenden Arbeit an keiner Stelle behauptet worden. Es geht nach wie vor nur darum, ob der Insolvenzverwalter für den Fall, daß er den Vertragspartner *nicht* nach §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einem Massegläubiger erhebt, verlangen kann, daß der Vertragspartner seine Forderung zum Zwecke der Verfahrensteilnahme um den Betrag der Aufwendungen, die ihn die Erbringung der eigenen Leistung noch kosten würde, kürzt.

Auf den Prüfstand zu stellen ist des weiteren die in diesem Zusammenhang immer wieder zu hörende These, daß § 103 InsO (§ 17 KO) den Insolvenzverwalter davor bewahren wolle, eine nicht im Interesse der Masse liegende Leistung des Vertragspartners *annehmen und* – wenn auch nur quotenmäßig – *vergüten* zu müssen¹⁷⁴. Man hat versucht, diese These durch eine Verallgemeinerung des nur für bestimmte Fix- und Finanztermingeschäfte geltenden § 104 III InsO (damals noch § 18 II KO) zu erhärten¹⁷⁵. Das vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil § 104 III InsO nicht nur den Vertragspartner des Schuldners, sondern auch den Insolvenzverwalter auf einen Differenzanspruch beschränkt und sich insoweit als eine den § 103 InsO nicht bloß erläuternde, sondern ihn sogar verdrängende Sonderbestimmung¹⁷⁶ erweist. Nicht den Kern der Sache trifft auch der Hinweis von BALTHASAR¹⁷⁷, daß der Vertragspartner dem Insolvenzverwalter nicht durch Aufdrängen der Gegenleistung »zusätzliche Verwertungsarbeit« oder sogar die Verpflichtung aufbürden dürfe, eine dem Vertragspartner lästige oder vielleicht sogar gefährliche Sache »zu entsorgen«. Denn *aufdrängen* kann der Vertragspartner dem Insolvenzverwalter die noch nicht erbrachte Leistung schon deshalb nicht, weil auch eine etwaige *Abnahmepflicht*¹⁷⁸ des Schuldners durch §§ 38, 103 II 1 InsO als Insolvenzforderung qualifiziert würde und deshalb im Insolvenzverfahren nicht in natura »erfüllt«, sondern nur mit der auf ihren Schätzwert entfallenden *Quote* bedient werden müßte (§§ 45 Satz 1, 174 ff. InsO). Sonstige Argumente haben die Vertreter der h. M. bislang nicht angeführt. Das ist auch kaum möglich. Denn der Zweck des § 103 InsO besteht ja nur darin, dem Insolvenzverwalter die *Einziehung* der vom Vertragspartner geschuldeten Leistung zu ermöglichen (s. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.). Das dem Verwalter selbstverständlich auch zustehende

174 Vertreten wird diese These z. B. von COHN S. 22 f.; MAAS S. 12; MEHL S. 23; MEHRING S. 12 f., 75; PLONSKI S. 9; v. VÖLDERNDORFF KO § 15 Fn. 44; vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 173; HENCKEL ZZP 99, (1986) 419, 431 f.; J. LEHMANN S. 20 ff., 34; PLETZSCH S. 98; SACHS S. 28 f.; WIRTZ S. 13.

Das RG hat es in anderem Zusammenhang sogar als »Kernpunkt« des § 17 KO bezeichnet, »daß dem Verwalter die Erfüllung des Vertrages von seiten des ›anderen Teiles‹ nicht aufgedrängt werden« könne (RGZ 64, 334, 338; vgl. auch KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 37; SERICK Bd. 1 § 13 III 3 S. 359; N/R/BALTHASAR InsO § 103 Rn. 63; dazu sogleich im Text).

175 So z. B. J. LEHMANN S. 20 ff. (dazu schon o. Rn. 5.45 ff.), der sich außerdem noch auf die §§ 20, 23 KO (§§ 109 II, 115 f. InsO) berief und damit sicher zu weit ging. Vgl. auch MAAS S. 12 f.; MEHRING S. 13 f.; WIRTZ S. 12 f.

176 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 18 Rn. 1, 7.

177 N/R/BALTHASAR InsO § 103 Rn. 64.

178 Vgl. z. B. § 433 II BGB.

Recht, von der Einziehung dieser Leistung *abzusehen* (z. B. weil er sonst eine zu hohe Gegenleistung als Masseverbindlichkeit, § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, erbringen müßte), schließt aber nicht notwendig die – ggfls. durch Widerspruch bzw. Bestreiten gem. §§ 176 ff. InsO auszuübende – Befugnis ein, den Wert der verschmähten Leistung des Vertragspartners von dessen zur Tabelle angemeldeter Gegenforderung abzuziehen: Wenn der Insolvenzverwalter die ihm vertragsmäßig angebotene Leistung nicht annimmt (was ihm nach dem soeben Ausgeführten freisteht), setzt er die Masse den Folgen des Gläubigerverzuges¹⁷⁹ aus, und zu diesen gehört beim gegenseitigen Vertrag neben § 304 BGB^{179a} nun einmal auch, daß der Gegner seinen Anspruch jetzt »ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen« kann (§§ 274 II, 322 II BGB). Wer im Wege der *Einzelzwangsvollstreckung* seinen Anspruch ohne Bewirkung der Gegenleistung (und ohne Abzug der zu ihrer Bewirkung noch erforderlichen Aufwendungen) durchsetzen kann, darf aber auch im Insolvenzverfahren, das sich nach seiner Funktion als ein *Gesamtvollstreckungsverfahren* begreifen läßt¹⁸⁰, nicht ohne weiteres¹⁸¹ genötigt werden, seine Insolvenzforderung im Hinblick auf die selbst noch nicht erbrachte Gegenleistung zu kürzen. So ist denn auch noch niemand auf den Gedanken gekommen, daß der Insolvenzverwalter den Gläubiger zur Kürzung seiner Forderung zwingen könne, wenn ein (unmittelbarer¹⁸²) Fall des § 103 InsO gar nicht vorliegt, etwa weil die den Insolvenzverwalter zur Leistungsverweigerung berechtigende Gegenforderung des Insolvenzschuldners auf einem ganz anderen Vertrag beruht, der mit dem Rechtsverhältnis, auf das sich die Forderung des Gläubigers gründet, nur durch § 273 BGB verbunden ist. Obwohl der Gläubiger auch in diesem Fall berechtigt sein muß, seine Insolvenzforderung nach der Differenzmethode von der ihr nach bürgerlichem Recht entgegenstehenden Zug-um-Zug-Einrede zu befreien¹⁸³, bleibt es ihm doch

179 Vgl. §§ 293 ff. BGB. Daß der Insolvenzverwalter im Fall des § 103 II 3 InsO seinerseits nicht mehr auf Erfüllung der Forderung des Schuldners »bestehen« kann, bedeutet nur, daß die Erfüllung dieser Forderung während des Verfahrens (s. Rn. 3.40) nicht *erzungen* werden kann, nicht hingegen, daß auch eine *freiwillige* Erfüllung oder die bei ihrer Zurückweisung drohenden Folgen des *Gläubigerverzuges* ausgeschlossen wären.

179a Die in dieser Vorschrift geregelten Ansprüche sind, ebenso wie eine etwaige Abnahmepflicht des Schuldners (s. o. im Text), nicht Masseverbindlichkeiten, sondern Insolvenzforderungen nach §§ 38, 103 II 1 InsO.

180 Vgl. JAEGER/LENT KO⁸ Einleitung III (S. LI). Der Begriff ist hier untechnisch, nicht im Sinne der GesO gemeint.

181 Zu einigen Sonderfällen vgl. u. Rn. 5.58 ff.

182 Die in Fn. 183 und bei Rn. 4.139 ff. vorgeschlagene *mittelbare* Anwendung des § 103 InsO ist anscheinend noch von niemandem in Betracht gezogen worden.

183 Diese Frage scheint bisher noch von niemandem erörtert worden zu sein (wohl aber die o. Rn. 2.46 ff., 4.133 ff. behandelte Frage der Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten *gegen* den Insolvenzverwalter). Aus den §§ 325, 326 BGB läßt sich ein Recht zur Saldierung der noch unerfüllten Ansprüche nicht herleiten, weil diese hier ja auf *verschiedenen* Verträgen beruhen und nicht synallagmatisch, sondern nur durch § 273 BGB miteinander verknüpft sind. Zulässig ist aber wohl eine entsprechende Anwendung der Grundsätze, die in den Fällen des § 103 InsO gelten: Wenn der Insolvenzverwalter sich weigert, von dem ihm analog § 103 I InsO zustehenden Recht, die der Zug-um-Zug-Ein-

unbenommen, dieses Recht nicht auszuüben und stattdessen gegen Angebot der seinerseits noch geschuldeten Leistung die Quote auf der Grundlage seines *ungekürzten* Erfüllungsanspruchs zu verlangen¹⁸⁴. Hier bleibt es also auch im Insolvenzverfahren bei der Wertung des § 274 II BGB. Und da § 322 III BGB die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auch auf die Fälle erstreckt, in denen Forderung und Gegenforderung synallagmatisch in einem und demselben Verträge verbunden sind, darf eine Ablehnung der dem Insolvenzverwalter vertragsgemäß angebotenen Leistung auch in solchen Fällen grundsätzlich¹⁸⁵ nicht zur Folge haben, daß der selbst leistungsbereite Vertragspartner seine Gegenforderung um den Wert der vom Verwalter zurückgewiesenen Leistung kürzen muß.

Daß in dem letztgenannten¹⁸⁶ Fall außerdem noch § 103 InsO eingreift, rechtfertigt in dem hier interessierenden Punkt keine Sonderbehandlung, da dieser Vorschrift für den Fall der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters lediglich entnommen werden kann, daß der *Verwalter* nicht mehr auf Erfüllung bestehen kann (§ 103 II 3 InsO), während der Erfüllungsanspruch des *Vertragspartners* auch hier keinen weitergehenden insolvenzrechtlichen Schranken unterliegt als jede andere Insolvenzforderung¹⁸⁷. Der oft vorgebrachte Einwand, daß § 103 InsO die Masse noch weitergehend vor der Wirkung nachteiliger Verträge des Schuldners schützen wolle¹⁸⁸, ist eine unbewiesene *petitio principii*, die im Ergebnis darauf hinauslaufen würde, den § 103 InsO, der dem Insolvenzverwalter doch nur die Einziehung etwaiger von einer Gegenleistung abhängiger Forderungen des Schuldners ermöglichen will¹⁸⁹, in die Nähe der Anfechtungsvorschriften (§§ 129 ff. InsO) zu rücken¹⁹⁰. Damit wären die Grenzen zulässiger Gesetzesauslegung überschritten¹⁹¹.

Die h. M. fußt aber nicht nur auf einer Überinterpretation des § 103 InsO, sondern auch auf der bereits bei Rn. 5.31 ff. widerlegten Prämisse, daß ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen

rede des § 273 BGB ausgesetzte Forderung *vollständig* zu erfüllen (vgl. Rn. 4.137 ff.), Gebrauch zu machen, verliert er analog § 103 II 3 InsO das Recht, auf Erfüllung der (mit derselben Einrede behafteten) Gegenforderung der Masse zu bestehen (s. Rn. 4.142 f.). In diesem Fall (vgl. Rn. 5.42) muß der Gläubiger der Zug-um-Zug-Einrede des Verwalters in gleicher Weise, wie wenn die Gegenforderung der Masse auf *demselben* Vertrag beruhte, dadurch entgehen können, daß er die eigene Forderung um den Betrag mindert, den ihn die Erfüllung der Gegenforderung noch kosten würde.

184 Auch diese Frage ist – abgesehen von der *insoweit* zustimmenden Bemerkung von HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419, 432 – offenbar noch niemals erörtert worden. Eine gesetzliche Bestimmung, die dem Gläubiger das erwähnte Recht entzieht, ist hier jedoch nicht ersichtlich. Auch § 103 InsO hat diese Wirkung nicht; vgl. Fn. 183 und sogleich Rn. 5.55.

185 Ausnahmen sind denkbar; vgl. sogleich Rn. 5.58 ff.

186 Zur Behandlung des *ersten* Falles vgl. Rn. 5.54 mit Fn. 182 ff.

187 Vgl. o. Rn. 3.35 ff., 3.48 ff., 5.1 ff.

188 So – mehr oder weniger deutlich – die h. M.; vgl. o. Rn. 3.4 und die in Fn. 174 zu Rn. 5.54 Genannten.

189 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

190 Vgl. auch u. Rn. 9.93 mit Fn. 264.

191 Vgl. auch o. Rn. 3.58.

Vertrag beruht, als Insolvenzgläubiger niemals seinen Erfüllungsanspruch, sondern immer nur einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung anmelden könne. Aufgrund dieser Prämisse meint z. B. UHLENBRUCK, daß die Differenztheorie in den Fällen des § 17 KO (§ 103 InsO) genauso¹⁹² oder sogar noch strenger¹⁹³ gelte als im bürgerlichen Recht. Im Rahmen der hier angesprochenen bürgerlichrechtlichen Anspruchsgrundlagen ist heute aber weitgehend anerkannt (vor allem bei § 325 BGB, in geringerem Maße¹⁹⁴ auch bei § 326 BGB), daß der Gläubiger bei der Berechnung seines Schadens nicht auf die Differenzmethode beschränkt, sondern auch berechtigt ist, »wenn er Interesse hat, sich seines Leistungsgegenstandes zu entledigen, seine Vertragsverpflichtung zu erbringen und Ersatz für die ausgebliebene, ihm geschuldete Leistung zu fordern«¹⁹⁵. Es fragt sich, warum dies anders sein soll, wenn sich der Ersatzpflichtige im Insolvenzverfahren befindet (und die Insolvenzforderung des Vertragspartners vielleicht nicht einmal auf Schadens-, sondern nur auf Wertersatz gem. § 45 Satz 1 InsO gerichtet ist). FELDHAUS¹⁹⁶ wollte einen Grund für die insolvenzrechtliche Sonderbehandlung darin sehen, daß der Vertragspartner wegen § 26 Satz 1 KO (§ 105 Satz 2 InsO) nicht berechtigt sei, »die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen«. Demgegenüber hat aber schon MUSIELAK¹⁹⁷ mit Recht eingewandt, daß es bei der Entscheidung zwischen der Differenz- und der Austauschmethode überhaupt nicht um die gesetzlich ausgeschlossene Rückforderung der in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung, sondern um die ganz andere Frage geht, ob der Gläubiger seine eigene Leistung anbieten darf (Austauschmethode)

192 MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 37 unter Hinweis auf BGH WM 1967, 929, 932, wo sich der BGH für die Fälle des § 17 KO (§ 103 InsO) zwar zu der Differenztheorie bekennt, aber immerhin unentschieden läßt, »ob unter besonderen Umständen der Vertragspartner des Gemeinschuldners . . . wie nach allgemeinem bürgerlichen Recht (BGHZ 20, 338, 343) dem Konkursverwalter seine vertragsmäßige Leistung anbieten und seinen Schaden danach in voller Höhe der nicht erbrachten Gegenleistung berechnen könnte«.

193 Vgl. KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 37.

194 Vgl. die Nachweise in Fn. 195. Grund für die dort erwähnte Rechtsprechungsänderung ist in erster Linie die in § 326 BGB vorausgesetzte Ablehnungserklärung des Gläubigers. Oben im Text geht es hingegen nicht um die Rechtsfolgen einer Ablehnungserklärung des *Gläubigers*, sondern um die einer Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters des *Schuldners*; dies ist schon wegen der unterschiedlichen »Herkunft« der Ablehnungserklärung ein völlig anderer Fall.

195 So BGHZ 20, 338, 343; vgl. auch STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 325 Rn. 43 ff., § 326 Rn. 157 und JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 173 (jeweils m. w. N.). In bezug auf § 326 BGB hat der BGH die in BGHZ 20, 338, 343 vertretene Ansicht inzwischen allerdings aufgegeben (BGH NJW 1994, 3351; BGH NJW-RR 1995, 1327, 1329 = MDR 1995, 994, 995; ebenso SOERGEL/WIEDEMANN BGB¹² § 326 Rn. 72 ff.; ERMAN/BATTES BGB¹⁰ § 326 Rn. 41; gegen diese Kursänderung zu Recht STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 157). Vgl. auch Fn. 194.

196 FELDHAUS JZ 1956, 313; zustimmend zitiert in BGH WM 1967, 929, 932 (der BGH gibt aber weder dessen Begründung wieder, noch nennt er eigene Gründe; vgl. auch o. Fn. 192).

197 MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 203; vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 173.

oder sie von seinem Schadensersatzanspruch abziehen muß (Differenzmethode). Dazu besagt § 26 Satz 1 KO (§ 105 Satz 2 InsO) nichts.

Mangels überzeugender Gegenargumente muß es also zumindest im Grundsatz **5.57** dabei bleiben, daß der Insolvenzverwalter den Vertragspartner des Schuldners nicht hindern kann, sich gegen Angebot der selbst noch geschuldeten Leistung, die der Insolvenzverwalter allerdings nicht annehmen muß (s. Rn. 5.54), mit dem *ungekürzten* Gegenanspruch am Insolvenzverfahren zu beteiligen.

bb) Ausnahmen

Der bei Rn. 5.57 mitgeteilte Befund darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß Fälle **5.58** denkbar sind, in denen es gut wäre, wenn der Insolvenzverwalter die Befugnis hätte, die Leistung des Vertragspartners nicht nur zurückzuweisen (dieses Recht hat er ohnehin nach Maßgabe der Ausführungen bei Rn. 5.54), sondern obendrein auch den als Insolvenzforderung angemeldeten Gegenanspruch des Vertragspartners um den Wert der dem Vertragspartner erspart bleibenden eigenen Erfüllungsaufwendungen zu kürzen.

Zu denken ist hier an Fälle, in denen ein Festhalten des Vertragspartners an der Austauschmethode eine grobe Rücksichtslosigkeit gegenüber den übrigen, an einer möglichst großen Quote interessierten Insolvenzgläubigern darstellen würde. **5.59** Einen rechtlichen Ansatzpunkt zur Unterbindung solcher Rücksichtslosigkeiten bietet nicht erst § 242 BGB, sondern auch der schon in den MOTIVEN zur KO erwähnte Gedanke, daß alle Konkursgläubiger infolge der Verfahrenseröffnung in eine »rechtliche Gemeinschaft« treten, die ihr »Verhältniß . . . zu einander und das Konkursverfahren in Unterscheidung von jedem anderen Vertheilungsverfahren charakterisirt«¹⁹⁸. Aus diesem auch im Wortlaut des § 1 Satz 1 InsO anklingenden Gemeinschaftsgedanken läßt sich herleiten, daß »kein Gläubiger rücksichtslos gegen die Anderen sein einzelnes Befriedigungsrecht gegen den Schuldner verfolgen« bzw. »eigensinnig oder eigensüchtig sein Interesse auf Grund formalen Rechts durchsetzen« darf, sondern das Befriedigungsrecht des Einzelnen »durch den entstandenen Konkursanspruch eines Jeden rechtliche Beschränkung« erfährt (so die MOTIVE der KO¹⁹⁹).

Nun ist zwar zuzugeben, daß die Konkretisierung dieser »rechtlichen Beschränkung« in erster Linie Sache des Gesetzgebers ist²⁰⁰. Diese grundsätzliche Rollenverteilung, der ich in der ersten Auflage dieses Buches durch einen Gesetzgebungsvorschlag Rechnung zu tragen versucht hatte²⁰¹, schließt jedoch nicht

198 MOTIVE zur KO S. 18 = HAHN Bd. IV S. 47.

199 MOTIVE a. a. O.; vgl. auch OELRICHS S. 14 ff., 17.

200 Davon gehen offenbar auch die MOTIVE (a. a. O.) aus, wenn sie nach Erwähnung des Gemeinschaftsgedankens und des aus ihm folgenden Gebots gegenseitiger Rücksichtnahme sogleich dessen gesetzliche Konkretisierungen nennen (z. B. §§ 4 I, 12, 14, 90, 94 II, III, 182, 193 KO / §§ 87, 89, 72, 76 II, 244 f., 254 InsO).

201 Vgl. MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 470 f., 477.

aus, den Gemeinschaftsgedanken und das aus ihm folgende Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme dort in die Rechtsfindung einzubringen, wo es an einer eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung – und sei es auch nur durch bewußtes Schweigen – fehlt. Eine klare gesetzgeberische Entscheidung fehlt hinsichtlich der hier anstehenden Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Vertragspartner des Schuldners im Falle der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters ein Vorgehen nach der Austauschtheorie versagt ist: Außer in den nicht verallgemeinerungsfähigen²⁰² §§ 104 III, 116 verbietet die InsO die Austauschmethode weder ausdrücklich noch konkludent; die grundsätzliche Zulässigkeit dieser Methode ergibt sich erst aus einer Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß der Insolvenzverwalter gegenüber einem Gläubiger des insolventen Schuldners nicht mehr Rechte geltend machen kann als der Schuldner selbst²⁰³, auf den Umstand, daß die §§ 274 II, 322 III BGB unmißverständlich davon ausgehen, daß keine Vertragspartei die Gegenpartei durch Ablehnung der von dieser angebotenen Leistung zwingen kann, ihren Gegenanspruch um den Wert dieser Leistung zu kürzen. Diesen Grundsatz zugunsten des Insolvenzverwalters zu durchbrechen, besteht in der Mehrzahl aller Fälle schon deshalb kein Grund, weil der Vertragspartner für seinen Anspruch im Insolvenzverfahren nur die Quote erhält und deshalb nur selten²⁰⁴ bereit sein wird, dafür (§ 320 BGB) die seinerseits noch ausstehende Gegenleistung *vollständig* zu erbringen. Eine Einschränkung des dem Vertragspartner grundsätzlich zustehenden Rechts, sich gegen Angebot der selbst noch geschuldeten Leistung mit seiner *ungekürzten* Forderung am Insolvenzverfahren zu beteiligen, kommt aber dann in Betracht, wenn seine ungekürzte Insolvenzforderung die Masse mit einem die Quote übersteigenden Betrag belasten würde, etwa weil die Forderung durch Absonderungsrechte oder durch die Möglichkeit, gegen eine auf einem anderen Vertrag beruhende Forderung der Masse aufzurechnen (§§ 94 ff. InsO), gesichert ist. Wenn das Festhalten an der Austauschmethode hier zu einer schweren Schädigung der Insolvenzmasse führen würde und der Vertragspartner kein anerkanntes Interesse hat, die ihm obliegende Leistung jetzt noch erbringen oder wenigstens mit den bei Rn. 5.54 beschriebenen Konsequenzen *anbieten* zu dürfen²⁰⁵, wird man dem Insolvenzverwalter ausnahmsweise das Recht zugestehen müssen, den Vertragspartner vor die Wahl zu stellen, entweder auf seine Vorzugsrechte zu verzichten (dann wird die Verfahrensteilnahme mit dem ungekürzten Erfüllungsanspruch für die übrigen Gläubiger wieder zumutbar) oder aber seine Insolvenzforderung entsprechend der Differenzmethode zu mindern. Fälle der hier in Betracht kommenden

202 Vgl. in bezug auf § 104 III InsO o. Rn. 5.54.

203 Diese Regel wird bestätigt durch die Ausnahmebestimmungen in §§ 109, 113 I InsO (so weit diese auch die *vorzeitige* Beendigung bestimmter Vertragsverhältnisse ermöglichen) und §§ 129 ff. InsO (Anfechtung).

204 Vgl. aber immerhin o. Rn. 5.51 mit Fn. 160 ff.

205 Ein derartiges Interesse fehlt z. B., wenn der Vertragspartner den geschuldeten Gegenstand ohne weiteres an einen Dritten veräußern könnte oder wenn er sich den Leistungsgegenstand erst noch von dritter Seite beschaffen müßte und insoweit noch keine vertragliche Bindung eingegangen ist.

Art werden aber die Ausnahme bleiben und den Grundsatz, daß der vom Insolvenzverwalter in der Stellung eines Insolvenzgläubigers belassene Vertragspartner im allgemeinen zwischen der Differenz- und der Austauschmethode wählen kann, nicht ernstlich in Frage stellen²⁰⁶.

Freilich wird der Vertragspartner, wenn ihm der Insolvenzverwalter die Geltendmachung des ungekürzten Erfüllungsanspruchs nur unter der Voraussetzung des Verzichts auf etwaige Sicherungsrechte gestattet, i. d. R. das Interesse an der Austauschmethode verlieren. Jedoch sollte nicht übersehen werden, daß der Insolvenzverwalter dem Vertragspartner einen Verzicht auf Sicherungsrechte gar nicht zumuten kann, wenn die Masse davon keinen Vorteil hat. In Betracht kommen Fälle, in denen die mit den Sicherungsrechten belasteten Gegenstände überhaupt nicht zur Insolvenzmasse gehören oder in denen die Sicherheit in einer von dritter Seite gegebenen Bürgschaft oder Schuldmitübernahme besteht. Hier kann der Vertragspartner durch die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters nicht gehindert werden, wegen seines ungeschmälernten Erfüllungsanspruchs (str.²⁰⁷) den Bürgen in Anspruch zu nehmen, der Zug um Zug (§§ 768, 320 BGB) gegen Bewirkung der Gegenleistung an den Insolvenzverwalter – nicht: an den Schuldner (str.²⁰⁸) – einspringen müßte und dann seinerseits die Masse in Regreß nehmen könnte. Als einfacher Insolvenzgläubiger würde der Bürge insoweit mit der Quote abgespeist, so daß das Interesse der übrigen Gläubiger hier kein Grund ist, den Vertragspartner bzw. den von ihm in Anspruch genommenen Bürgen auf die Differenzmethode zu beschränken²⁰⁹.

cc) Details

Grundsätzlich steht es dem auf die Quote verwiesenen Vertragspartner also frei, 5.62 der ihm gegenüber erhobenen²¹⁰ Einrede des nicht erfüllten Vertrages entweder durch vollständiges Bewirken bzw. Anbieten (s. Rn. 5.54) der seinerseits noch offenen Gegenleistung (Austauschmethode) oder durch eine entsprechende Reduzierung des Betrages seines als Insolvenzforderung angemeldeten Erfüllungs-

206 Genau umgekehrt definiert HENCKEL das Regel-Ausnahme-Verhältnis in ZZP 99 (1986) 419, 431 f.: »Ich würde das« – gemeint ist die Zulässigkeit der Surrogationsmethode – »grundsätzlich verneinen und Ausnahmen nur zulassen, wenn die Masse keinen Nachteil erleidet . . .« Noch strenger KEPPLINGER S. 227, 242, 247, 249, 251 f. (mit Fn. 1164, 1166), 257, 265.

207 Vgl. o. Rn. 3.44 Fn. 142, Rn. 5.51 und u. Rn. 8.7 mit Fn. 26 ff.

208 Vgl. sogleich Fn. 209 und u. Rn. 8.2 ff., 8.10 ff.

209 Ein Vorgehen des Bürgen nach der Austauschmethode ist für die Insolvenzmasse allerdings nur tragbar, wenn die dem Schuldner versprochene Gegenleistung an die Masse – nicht an das *freie* Vermögen des Schuldners – erbracht wird. Auch dies spricht für die Richtigkeit der soeben bei Fn. 208 zugrundegelegten Ansicht, daß sich die Zug-um-Zug-Einrede, die dem Bürgen gegenüber dem Gläubiger zusteht, auf Leistung an die *Insolvenzmasse* richtet (ausführlicher dazu u. Rn. 8.2 ff.). Zudem bezieht das *neue* Insolvenzrecht, im Gegensatz zu § 1 I KO, auch sog. »Neuerwerb« des Schuldners in das Verfahren ein (vgl. die Schlußworte des § 35 InsO).

210 Vgl. o. Rn. 5.36 ff.

anspruchs (Differenzmethode) Rechnung zu tragen. Solange sich der Vertragspartner nicht eindeutig und bindend für die Differenzmethode entschieden hat, wird man ihm bis zu dem Zeitpunkt, in dem er die Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch tatsächliches Bewirken bzw. Anbieten (Rn. 5.54) der seinerseits noch offenen Leistung (deren Gegenstand er sich vielleicht erst noch von dritter Seite beschaffen muß) ausschaltet, wie einen Gläubiger mit aufschiebend bedingter Forderung behandeln und ihm in entsprechender Anwendung des § 191 InsO ein Recht auf sichernde Berücksichtigung bei Abschlagszahlungen zugestehen müssen. Denn wenn § 191 InsO dieses Recht schon dem gewährt, dessen Forderung *von vornherein* aufschiebend bedingt war, dann kann man ein entsprechendes Recht demjenigen nicht versagen, dessen Befriedigung erst nachträglich, durch Geltendmachung einer entgegenstehenden Einrede (§§ 320 I, 322 I BGB), in die Abhängigkeit von einer aufschiebenden Bedingung (der Bewirkung der Gegenleistung) versetzt wurde²¹¹.

- 5.63** Entsprechendes muß m. E. gelten, wenn ein (unmittelbarer²¹²) Fall des § 103 InsO nicht vorliegt, sondern die – jetzt dem Recht des Insolvenzverwalters unterliegende – Gegenforderung des Schuldners auf einem *anderen*, mit dem die Forderung des Gläubigers begründenden Rechtsgeschäft nur *wirtschaftlich* verbundenen Vertrag beruht (arg. §§ 273, 274 BGB)²¹³. Eigenartigerweise scheint die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn *gegenüber einer Insolvenzforderung* ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird²¹⁴, bislang weder von der Rspr. noch in der Literatur behandelt worden zu sein²¹⁵. Verzichten *Insolvenzverwalter* vielleicht aus mehr oder weniger unbewußtem Symmetriedenken auf die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten *gegenüber* Insolvenzgläubigern, weil umgekehrt auch sie selbst – keineswegs immer zu Recht²¹⁶ – davor bewahrt werden, sich

211 Auf diesen Gedanken scheint noch niemand gekommen zu sein. Anerkannt ist jedoch, daß § 191 InsO auch dann anwendbar ist, wenn die Geltung der Bedingung nicht auf einem Rechtsgeschäft, sondern unmittelbar auf dem Gesetz beruht (MOTIVE zur KO S. 279 ff. = HAHN Bd. IV S. 260 ff.; JAEGER/LENT KO⁸ § 67 Rn. 1), sowie auch dann, wenn die Bedingung nicht den Bestand, sondern lediglich die »Verfolgbarkeit« der Forderung beeinträchtigt (JAEGER/LENT a. a. O.). Damit kommt man der *einredeweise* geltend zu machen den Bedingung des Bewirkens einer Gegenleistung (§§ 273, 320 BGB) schon recht nahe. Die MOTIVE zur KO behandeln diese Frage nicht; in anderem Zusammenhang (beim späteren § 17 KO bzw. § 103 InsO) vermeiden sie eine Stellungnahme zu der Frage, ob man beim gegenseitigen Verträge sagen könne, »die Leistung sei durch die Gegenleistung bedingt, oder: die Gegenleistung sei eine Minderung der Leistung, oder: sie sei ein Äquivalent für die Leistung, oder sogar: Leistung und Gegenleistung seien zwei voneinander selbständige Obligationen« (MOTIVE S. 65 = HAHN Bd. IV S. 84 f.).

212 Vgl. aber o. Rn. 4.138 ff., 5.54 mit Fn. 183 f.

213 Einziger Unterschied: Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB kann auch durch Sicherheitsleistung ausgeschaltet werden. Vgl. §§ 273 III, 320 I 3 BGB.

214 Dazu o. Rn. 5.54 mit Fn. 183 f.

215 Erörtert wird stets nur die umgekehrte Frage, ob dem *Insolvenzverwalter* aufgrund einfacher Insolvenzforderungen ein Zurückbehaltungsrecht entgegengesetzt werden kann. Vgl. dazu o. Rn. 2.46 ff.

216 Vgl. o. Rn. 2.46 ff.

mit Zurückbehaltungsrechten von Insolvenzgläubigern auseinandersetzen zu müssen?

V. Hat der Vertragspartner Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung?

1. Die üblichen Antworten

Festzuhalten ist, daß der Vertragspartner des Schuldners auch nach einer Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters grundsätzlich berechtigt bleibt, quotenmäßige Befriedigung seines noch offenen Erfüllungsanspruchs zu verlangen (s. Rn. 5.14 ff., 5.31 ff.). Dies führt zu der weiteren Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Vertragspartner statt seines Erfüllungsanspruchs eine Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung anmelden kann. **5.64**

Die praktische Bedeutung dieser Frage zeigt sich vor allem bei der Behandlung des entgangenen Gewinns, den der Gläubiger, soweit sich dieser Gewinn nicht schon aus dem Wertverhältnis der beiderseits versprochenen Leistungen ergibt, nicht allein aufgrund seines ursprünglichen bzw. gem. § 45 Satz 1 InsO mit seinem »Wert« in Geld anzumeldenden *Erfüllungsanspruchs*, sondern nur im Rahmen eines echten *Schadensersatzanspruchs* geltend machen könnte (§ 252 BGB). Die h. M. vertritt bekanntlich²¹⁷ den Standpunkt, daß der Vertragspartner des Schuldners infolge der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters (nach neuerer Rspr. sogar schon unmittelbar infolge der Verfahrenseröffnung²¹⁸) ohne weiteres einen Anspruch auf Ersatz des vollen Nichterfüllungsschadens erwerbe. Bei allem Streit über die rechtliche Grundlage des Ersatzanspruchs²¹⁹ stimmt man darin überein, daß sich sein *Inhalt* nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts richte²²⁰. Nach BGHZ 96, 392, 395 soll dieser Anspruch »nicht nur einen Ausgleich für die vom Gemeinschuldner nicht erbrachten Leistungen« sondern »daneben« auch Ersatz für »Folgeschäden« des Vertragspartners beinhalten²²¹. Weiterhin ist fast allgemein anerkannt, daß solch ein *allein durch die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters (nach der neuen Rspr. sogar schon durch die Verfahrenseröffnung als solche) erzeugter Schadensersatzanspruch* einen beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag i. S. des § 103 InsO voraussetze²²², daß also **5.65**

217 Vgl. o. Rn. 3.2, 5.14 ff.

218 Vgl. Fn. 28 zu Rn. 5.9.

219 Vgl. o. Rn. 3.2.

220 SCHRICKER, Verlagsrecht³, VerlagsG § 36 Rn. 22 (»... umfasst auch den entgangenen Gewinn, § 252 BGB«); KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 37 (»... umfaßt darum sowohl den positiven Schaden als auch den entgangenen Gewinn«); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 172, 177, 193, 196; STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 219. Einschränkend jedoch HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 432 f.

221 Ähnlich die in Fn. 220 Genannten. Vgl. jedoch zu BGHZ 96, 392 ff. meinen Kurzkomentar in EWiR § 17 KO 2/1986, 385 f.

222 Vgl. z. B. ECK ZHR 28 (1882) 392, 395 f.; JAEGER KO⁶⁷ § 3 Rn. 15, § 26 Rn. 17; JAEGER/LENT KO⁸ § 3 Rn. 15 (ß), § 26 Rn. 16; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 3 Rn. 36; GLÜCK S. 59

keinen derartigen *Schadensersatzanspruch*, sondern nur seinen ursprünglichen, notfalls nach § 45 InsO auf einen seinem *Wert* entsprechenden Geldbetrag umzustellenden Erfüllungsanspruch derjenige als Insolvenzforderung anmelden könne, der seine Gegenleistung bereits vor der Verfahrenseröffnung vollständig erbracht hatte oder dessen Forderung überhaupt nicht auf einem Vertrag, sondern auf einem anderen Rechtsgrund beruht.

2. Gegenargumente

5.66 Die Einmütigkeit, mit der die bei Rn. 5.65 referierten Antworten üblicherweise gegeben werden, entbindet nicht von der Prüfung, ob es wirklich konsequent ist, den Anspruch auf Ersatz des vollen Nichterfüllungsschadens all den Gläubigern, die dem insolventen Schuldner ihrerseits nichts (mehr) schuldig sind, entweder überhaupt nicht oder nur in strenger Abhängigkeit von den Voraussetzungen etwaiger Anspruchsgrundlagen des materiellen Rechts zuzugestehen, und denselben Anspruch *ohne weiteres* all den Gläubigern zu *gewähren*, die ihre dem Schuldner versprochene Gegenleistung zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch *nicht* vollständig erbracht hatten. Diese Frage, die so oder ähnlich schon von GRIMM, FITTING und J. LEHMANN formuliert worden ist²²³, ist von den Vertretern der h. M. bislang meist großzügig übersehen worden.

5.67 Den Versuch einer die h. M. rechtfertigenden Antwort hat ECK unternommen. Im Rahmen einer Besprechung von FITTINGS Lehrbuch zum Konkursrecht führt er aus²²⁴:

»Und wäre es nicht auch unbillig, mit Fitting bei einem noch unerfüllten Verträge den Gegner einfach gleich andern Gläubigern auf den Schätzungswert zu beschränken? Hat er doch nicht, wie diese, dem Gemeinschuldner Kredit gegeben, und wird auch nur durch den Interessenanspruch für ihn ein gewisses Gleichgewicht gegenüber dem Verwalter hergestellt, der ja seinerseits Erfüllung und in deren Ermanglung unzweifelhaft das volle Interesse zu beanspruchen befugt ist.«

5.68 Diese Ausführungen enthalten zwei voneinander unabhängige Argumente. Das erste will besagen, daß derjenige, der einen beim späteren Insolvenzschuldner gekauften, aber infolge des Insolvenzverfahrens nicht gelieferten Gegenstand noch nicht vollständig bezahlt hat, einen Ersatz des ihm durch die Nichterfüllung des Vertrages entgangenen Gewinns eher verdiene als jemand, der in gleicher Lage

(mit Fn. 2), 60/61; KAATZ S. 16; MARKMANN S. 67 f. Deutlich in diesem Sinne auch RGZ 142, 296, 300: »... soll § 17 KO ... die Belange des Gläubigers schützen. Für ihn ist es unter Umständen nicht gleichbedeutend, ob er nur den Wert der ausstehenden Gegenleistung als Konkursforderung oder aber den Ersatz des durch die Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schadens, wenn auch gleichfalls nur als Konkursforderung, geltend machen kann.«

223 GRIMM S. 76 f.; FITTING in den ersten beiden Auflagen § 6 Fn. 8 (besonders S. 40) und in der 3. Auflage § 6 Fn. 11, 16; J. LEHMANN S. 32 f. (ad II.), 47 ff.

224 ECK ZHR 28 (1882) 392, 396.

den Kaufpreis bereits vor Verfahrenseröffnung vollständig bezahlt hat²²⁵. Dabei wird aber der Gedanke des Kreditrisikos zu Schlußfolgerungen benutzt, die mit diesem Risiko nichts gemein haben²²⁶. Mit dem Kreditrisikogedanken läßt sich zwar begründen, daß der Vorleistende den geleisteten Gegenstand nicht zurückbekommt (so ausdrücklich § 26 Satz 1 KO bzw. § 105 Satz 2 InsO), nicht aber auch, daß sich seine vertragliche Gegenforderung, die er als Insolvenzforderung (§ 38 InsO) anmelden kann, hinsichtlich des Elements »entgangener Gewinn« negativ von dem unterscheiden darf oder muß, was der Gläubiger verlangen könnte, wenn er nicht vorgeleistet hätte. Ob und in welcher Höhe dem Insolvenzgläubiger ein sich nicht schon aus dem Wertverhältnis der gegenseitig versprochenen Leistungen ergebender Gewinn entgeht, hängt nicht davon ab, ob und in welchem Maße er die infolge des Insolvenzverfahrens ausgebliebene Lieferung des Schuldners bereits bezahlt hat, sondern z. B. davon, ob und zu welchem Preis der Gläubiger zur Weiterveräußerung des gekauften Gegenstandes in der Lage gewesen wäre. Es wäre geradezu grotesk, wenn ein Gläubiger, dem der Schuldner die Lieferung von Waren zum Kaufpreis von 10.000 DM versprochen hatte, einen Anspruch auf Ersatz des Weiterveräußerungsgewinns von 1.000 DM, der ihm durch den insolvenzbedingten Ausfall der Lieferung entgeht, ohne weiteres als Insolvenzforderung anmelden könnte, wenn er von den 10.000 DM Kaufpreis wenigstens noch eine Mark schuldig geblieben ist, er insoweit aber gänzlich von der Verfahrensteilnahme ausgeschlossen wäre, wenn er diese letzte Mark bereits vor Verfahrenseröffnung gezahlt hätte (so aber die h. M.²²⁷): Was hat die schon oder noch nicht gezahlte letzte Mark mit dem dem Käufer entgangenen Weiterveräußerungsgewinn von 1.000 DM zu tun?

Daß der Vertragspartner die infolge der Verfahrenseröffnung ausgebliebene Lieferung des Schuldners noch nicht vollständig bezahlt hat, ist also *kein* Grund, den Vertragspartner hinsichtlich der (quotenmäßigen) Liquidierung des entgangenen Weiterveräußerungsgewinns besser zu stellen als er stünde, wenn er den Vertrag seinerseits bereits vollständig erfüllt hätte. Mit Recht ist der h. M. entgegengehalten worden, daß sie hinsichtlich des entgangenen Gewinns gerade denjenigen benachteilige, »der durch die Bezahlung der Ware zur Stärkung der Konkursmasse beigetragen hat« (J. LEHMANN²²⁸), und denjenigen begünstige, der »doch infolge der Einbehaltung der eigenen Leistung ohnedies in der Regel am wenigsten ge-

225 Das meint auch GLÜCK S. 61.

226 So auch J. LEHMANN S. 48 f.; nicht ganz so »hart« KEPPLINGER S. 229 f. (mit Fn. 1043, 1047), 260 ff. Vgl. zum argumentativen Wert des Kreditrisikogedankens auch u. Rn. 7.9, 7.17 (Fn. 45), 7.106 ff., 13.51 ff.

227 Die ja danach differenziert, ob ein beiderseits nicht vollständig erfüllter gegenseitiger Vertrag i. S. d. § 103 I InsO vorliegt oder nicht (vgl. soeben Rn. 5.65 bei Fn. 222). Allerdings: Die letztgenannte Variante des o. gebildeten Falles liegt nur dann außerhalb des Anwendungsbereichs des § 103 InsO, wenn man die noch unerfüllte Abnahmepflicht (§ 433 II BGB) des Käufers außer Betracht läßt oder – wenn man das für unzulässig hält (s. o. Rn. 4.92 ff.) – den Fall so variiert, daß die Abnahmepflicht abbedungen worden war.

228 J. LEHMANN S. 33, 48.

schädigt« ist (GRIMM²²⁹). Aus diesen beiden Einwänden darf nun aber nicht der Schluß gezogen werden, daß hinsichtlich der konkursmäßigen Liquidation des entgangenen Weiterveräußerungsgewinns derjenige bevorzugt werden müsse, der seinerseits bereits vollständig bezahlt habe. In Wahrheit hat, das zeigte das bei Rn. 5.68 angeführte Beispiel, die Ersatzfähigkeit des entgangenen Weiterveräußerungsgewinns mit der Frage, ob und inwieweit der Gläubiger den Vertrag seinerseits bereits erfüllt hat, *nichts* zu tun²³⁰.

5.70 ECK hat zur Stützung der h. M. noch geltend gemacht, daß der Gläubiger aus einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag bei Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters auch deshalb einen Anspruch auf Ersatz des vollen Nichterfüllungsschadens einschließlich des entgangenen Weiterveräußerungsgewinns haben müsse, weil nur durch die Anerkennung solch eines Interessenanspruchs »ein gewisses Gleichgewicht gegenüber dem Verwalter hergestellt (werde), der ja seinerseits Erfüllung und in deren Ermanglung unzweifelhaft das volle Interesse zu beanspruchen befugt« sei²³¹. Dazu ist zu sagen, daß der Verwalter in dem hier zu erörternden Fall, in dem er die Erfüllung des Vertrages von vornherein ablehnt bzw. trotz Aufforderung des Gläubigers nicht unverzüglich antwortet, gem. § 103 II 3 InsO auf Erfüllung (oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung) *nicht* bestehen kann. Und in dem entgegengesetzten Fall, daß er den Vertragspartner durch ein auf § 103 InsO gestütztes Erfüllungsverlangen aus der Position eines Insolvenzgläubigers (§ 38 InsO) in die eines Massegläubigers erhebt (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO), kann selbstverständlich nicht nur der Verwalter, sondern unter den entsprechenden Voraussetzungen auch der Vertragspartner über § 326 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erwerben²³². In beiden Fällen ist also kein Ungleichgewicht ersichtlich, das es rechtfertigen könnte, den Vertragspartner, der seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hat, hinsichtlich des Ersatzes des ihm entgehenden Weiterveräußerungsgewinns besser zu stellen als den, der dem Gemeinschuldner zur Zeit der Verfahrenseröffnung nichts mehr schuldig war. Solch eine Differenzierung wäre unsachgemäß und willkürlich, sie wäre deshalb nicht einmal dem Gesetzgeber erlaubt (Art. 3 I, 1 III GG)²³³.

5.71 Der Gesetzgeber hat den gegen die h. M. erhobenen Einwand der Willkürlichkeit inzwischen zur Kenntnis genommen und der Versuchung, die in § 103 II 1 InsO erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung« als *Schadensersatzforderung* zu bezeichnen, mit Absicht widerstanden²³⁴. Aber selbst wenn er das nicht getan hätte, müßte man sich, um dem Vorwurf der Willkürlichkeit zu entgehen, wieder auf den alten Grundsatz besinnen, daß die Teilnahmebedingungen für gleichran-

229 GRIMM S. 76 f.

230 Ebensso GRIMM und J. LEHMANN jeweils a. a. O.; vgl. erg. o. Fn. 226.

231 Vgl. o. Rn. 5.67.

232 Vgl. auch u. Rn. 8.29 mit Fn. 81.

233 Vgl. auch Rn. 13.37 f., 13.75 ff., 13.126 ff. A. M. KEPPLINGER a. a. O. (o. Fn. 226) trotz grundsätzlicher Zustimmung zu den hier vorgetragenen Argumenten gegen die h. M.

234 Vgl. o. Rn. 5.17 mit Nachweisen.

gige Insolvenzforderungen nicht ungleich sein dürfen (§§ 61 II 2, 181 KO, §§ 39 I HS. 1, 226 InsO). Dieser Grundsatz gebietet es²³⁵, die Frage, ob ein Insolvenzgläubiger, dessen Forderung der Verwalter nur mit der Quote in Geld zu berichtigen bereit ist, eine Insolvenzforderung auf Ersatz des ihm durch die Nichterfüllung seiner Primärforderung entstehenden Schadens einschließlich des evtl. entgehenden Weiterveräußerungsgewinns anmelden kann, *unabhängig* davon zu beantworten, ob die nicht vollständig oder nicht in natura erfüllte Forderung des Gläubigers überhaupt auf einem Vertrag beruht und falls ja, ob dieser Vertrag ein gegenseitiger und auch auf seiten des Gläubigers noch nicht vollständig erfüllt ist. In all diesen Fällen muß die Antwort prinzipiell gleich ausfallen²³⁶: Entweder der Gläubiger kann eine Insolvenzforderung auf Ersatz des vollen Nichterfüllungsschadens in *allen* diesen Fällen ohne weiteres geltend machen²³⁷, oder er kann dies in *allen* diesen Fällen unter der Voraussetzung, daß das BGB ihm solch einen Anspruch auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens zuspricht²³⁸, oder er kann dies in *allen* diesen Fällen nur dann, wenn ihm ein derartiger Ersatzanspruch bereits vor der Verfahrenseröffnung erwachsen ist²³⁹.

3. Grundannahmen der eigenen Lösung

Als Ausgangspunkt der nun zu entwickelnden eigenen Lösung ist zunächst nochmals in Erinnerung zu rufen, welche Vorstellungen die *Verfasser der KO* mit der in § 26 Satz 2 KO (jetzt § 103 II 1 InsO²⁴⁰) erwähnten »Forderung wegen der Nichterfüllung« verbanden: Diese dachten in erster Linie an den Geldanspruch, den § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) dem Gläubiger einer an sich nicht auf Geld gerichteten Insolvenzforderung als Ausgleich dafür gewährt, daß ihm die primär geschuldete Leistung allein schon deshalb, weil sie etwas anderes als Geld zum Gegenstand hat, aus der Insolvenzmasse nicht erbracht werden darf²⁴¹. Die Höhe dieses Geldanspruchs bestimmt sich gem. § 45 Satz 1 InsO (bisher § 69 KO) nach dem *Wert* der ursprünglichen Forderung. Mit dieser Aussage des § 45 Satz 1 InsO nicht zu vereinbaren wäre die Annahme, daß der Gläubiger einer nicht auf Geld gerichteten

235 Vgl. J. LEHMANN S. 47, 57.

236 Ebenso wohl nur die in Fn. 237 Genannten. Vgl. auch u. Rn. 13.129 ff. Für Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers jedoch KEPPLINGER S. 229 f. (mit Fn. 1047), 232 (Fn. 1054), 260 ff.

237 So wohl PETERSEN/KLEINFELLER KO § 26 Anm. 6 (S. 118); v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE KO⁶ § 26 Anm. 9 (S. 125); UHLENBRÜCK, Gläubigerberatung S. 282 f. (ad 2.2. und 2.3.6.); ZELCK S. 18, 39 ff.

238 In diesem Sinne u. Rn. 5.72 ff.; zust. PFLUG AG 1986, 305, 313 ff.; KEPPLINGER S. 227 ff.; ebenso wohl GRUNSKY, Grundzüge⁵ Rn. 175, 183; vgl. ferner PETERSEN/KLEINFELLER, v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE und UHLENBRÜCK, die den Standpunkt, für den sie in Fn. 237 genannt sind, mit Vorschriften des BGB (dazu sogleich Rn. 5.76 ff.) begründen.

239 So ausdrücklich oder zumindest in der Konsequenz: GRIMM S. 75 ff.; J. LEHMANN S. 32 f., 47 ff., 57; HÄSEMAYER, Insolvenzzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 16.14, 17.01 ff., 20.06, 20.24; N/R/BALTHASAR InsO § 103 Rn. 62; K/P/TINTELOT InsO § 103 Rn. 99; wohl auch FITTING^{1/2} § 6 Fn. 8.

240 Vgl. o. Rn. 5.17, 5.71.

241 Vgl. o. Rn. 3.54 ff., 5.16 f.

Forderung *ohne weiteres* berechtigt sei, außer dem *Wert* seiner Forderung auch noch einen Anspruch auf Ersatz zusätzlicher Nichterfüllungsschäden als Insolvenzgläubiger anzumelden. Es wäre also sicher falsch, die in der h. M. liegende Ungereimtheit²⁴², daß sie demjenigen, der den seine Forderung begründenden gegenseitigen Vertrag auch selbst noch nicht vollständig erfüllt hat, die Geltendmachung des ihm infolge des insolvenzbedingten Ausbleibens der ihm zustehenden Leistung entgehenden Weiterveräußerungsgewinns ohne weiteres gestattet, während sie das gleiche Recht demjenigen, der den die Grundlage seiner Forderung bildenden Vertrag seinerseits bereits vollständig erfüllt hat, grundsätzlich versagt, ausgerechnet in der Weise beheben zu wollen, daß man die Anmeldung des entgangenen Weiterveräußerungsgewinns hier wie dort *ohne* besondere Anspruchsvoraussetzungen zuläßt.

- 5.73** Wer den in § 45 Satz 1 InsO für die Verfahrensteilnahme mit Nichtgeldforderungen vorgegebenen Maßstab des *Wertes* der Primärforderung nicht in unzulässiger Weise beiseite schieben will, muß die Geltendmachung eines diesen Wert übersteigenden Nichterfüllungsschadens hier wie dort an zusätzliche Voraussetzungen knüpfen, die, soweit die InsO die hier in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen nicht selbst enthält (wie z. B. in §§ 109 I 2, II 2, 113 I 3²⁴³), den einschlägigen Bestimmungen der übrigen Rechtsordnung, insbesondere also des BGB, zu entnehmen sind.
- 5.74** Dieses Verfahren steht in Einklang mit dem Hinweis der MOTIVE zu § 26 Satz 2 KO (§ 103 II 1 InsO), daß »die Beurtheilung der *Höhe* des Schadensersatzanspruchs . . . aus der Natur des einzelnen Falles und *den Regeln des bürgerlichen Rechts* geschöpft werden« müsse²⁴⁴. Denn wenn man berücksichtigt, daß die MOTIVE als eine Forderung auf »Entschädigung« bzw. auf das »Interesse« auch die Schätzwertforderung des § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) bezeichnen²⁴⁵ und daß sie (wohl nur) *deshalb* jedem Gläubiger einer Nichtgeldforderung eine derartige »Interesse-« bzw. »Entschädigungs-«forderung zuerkennen²⁴⁶, so muß man ihre dem *Wortlaut* nach nur hinsichtlich der *Höhe* des »Schadensersatzanspruchs« ausgesprochene Verweisung auf die Regeln des bürgerlichen Rechts nach *heutigem* Sprachgebrauch, der zwischen *Schadens-* und bloßen *Wertersatzansprüchen* zu differenzieren pflegt²⁴⁷, auf die Frage beziehen, *ob* der Gläubiger Anspruch auf Ersatz des den *Wert* (§ 45 Satz 1 InsO) seiner Primärforderung übersteigenden

242 Vgl. soeben Rn. 5.66 ff.

243 Vgl. aber u. Rn. 6.18 f.

244 MOTIVE zur KO S. 94 = HAHN Bd. IV S. 108 (Hervorhebungen nicht im Original). Vgl. dazu auch u. Rn. 5.116 Fn. 407.

245 Vgl. o. Rn. 5.26 ff.

246 Und zwar auch dann, wenn seine Forderung auf einem seinerseits schon vollständig erfüllten Vertrag beruht. Vgl. direkt dazu MOTIVE zur KO S. 65 a. E. (= HAHN Bd. IV S. 85) und im übrigen die o. bei Rn. 3.5, 5.8 wiedergegebenen Auszüge aus den MOTIVEN.

247 Vgl. z. B. §§ 280, 325, 326 BGB einerseits und § 818 II BGB andererseits.

Betrages seines Nichterfüllungsschadens hat²⁴⁸. Sollte sich allerdings herausstellen, daß eine strikte Anwendung der bürgerlichrechtlichen Anspruchsgrundlagen praktisch *jedem* Insolvenzgläubiger zu einem Schadensersatzanspruch verhilft (was nun auf der Basis der Gesetzeslage des Jahres 2001 zu prüfen sein wird^{248 a}), müßte ernsthaft erwogen werden, den § 45 Satz 1 InsO als eine Sonderbestimmung zu interpretieren, die derartige Schadensersatzansprüche von der Verfahrensteilnahme ausschließt, soweit sie den Betrag oder den Wert der (notfalls nach der Differenzmethode reduzierten²⁴⁹) Primärforderung übersteigen²⁵⁰.

248 Vgl. auch RGZ 26, 85, 95 f.: »In bezug auf ihre Geltendmachung im Konkurse modifiziert die Konkursordnung Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind, allerdings im § 63 (späterer § 69 KO / § 45 Satz 1 InsO) dahin, daß sie nach ihrem *Schätzungswerte* geltend zu machen sind. Aber sie führt keineswegs den Grundsatz ein, daß für jeden Fall der Nichterfüllung einer nicht in Geld bestehenden Leistung infolge des Konkurses ein Anspruch auf das *Erfüllungsinteresse* zum Zwecke konkursmäßiger Befriedigung entstehen solle.« Für *diesen* Anspruch sei allein das »bürgerliche« Recht maßgeblich. (Die Entscheidung des RG betraf einen Fall des § 17 KO; Hervorhebungen auch im Original.) A.M. für die Fälle des § 17 KO (§ 103 InsO) JAEGER KO⁶⁷ § 26 Rn. 21 und JAEGER/LENT KO⁸ § 26 Rn. 19: »Nicht für den *Grund* des Entschädigungsanspruchs, sondern für seinen *Umfang* sind die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes maßgebend Die Konkursordnung selbst erkennt den Anspruch dem Grunde nach an, und zwar im Zusammenhange der §§ 17–22 . . .« Die von HENCKEL bearbeitete 9. Auflage des von JAEGER begründeten Kommentars folgt insoweit den Vorauslagen (vgl. dort § 17 Rn. 171).

248 a Vgl. Rn. 5.76 ff., 5.113 ff., 5.143 ff. sowie speziell zu der für 2002 geplanten **Schuldrechtsreform** die Hinweise bei Rn. 5.84, 5.116 und im Vorwort dieses Buches.

249 Vgl. o. Rn. 5.40 ff.

250 Vgl. u. Rn. 5.113 ff. Bemerkenswert auch JAEGER KO⁶⁷ § 26 Rn. 20: Die These, »daß jeder Konkursgläubiger als solcher schadensersatzberechtigt« sei, widerspreche »dem Wesen des Konkurses«. – Dennoch vertrat aber für die Fälle, in denen der Gläubiger den Vertrag auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt und der Konkursverwalter die Erfüllung abgelehnt hatte, auch JAEGER selbst diese von ihm im übrigen als mit dem Wesen des Konkurses unvereinbar bezeichnete Ansicht. Vgl. seine Rn. 45 zu § 17 KO: »Erleidet die Gegenpartei infolge der Ablehnung des Verwalters Schaden, so steht ihr ein Entschädigungsanspruch wegen Nichterfüllung des Schuldvertrages zu. . . . Zu ersetzen ist nicht nur der positive Schaden, sondern auch der entgangene Gewinn, und zwar aller feststehende, nicht nur der voraussehbare Gewinnentgang (§ 252 BGB). Es kann (entgegen GRIMM S. 78 Fn. 48) keine Rede davon sein, daß der Anspruch des Vertragsgenossen den nach § 69 zu veranschlagenden Geldwert des Erfüllungsanspruchs (also z. B. den Schätzungswert einer Kaufsache) nicht übersteigen dürfe. Er kann im Einzelfalle beträchtlich höher sein. Ein Vorschlag, dem Vertragsgegner den Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns zu entziehen (Reichstag II. Session 1909/11 Drucksache Nr. 731 S. 2 [es handelte sich um eine unter dem 3. 5. 1909 an den Reichstag gerichtete und durch eine Eingabe des bayerischen Handwerker- und Gewerbebundes vom 21. 11. 1910 befürwortete Petition der Handwerkskammer von Oberbayern]), fand keine Aufnahme in das Gesetz. Mit Recht. Denn es ist für den Gegner schon empfindlich genug, um der Masse willen auf die Vorteile der Erfüllung verzichten zu müssen. Ihm auch noch den ohnehin nur als Konkursforderung verfolgbaren Entschädigungsanspruch zu verkümmern, hieße die Masse in ganz ungerechtfertigter Weise begünstigen« (ähnlich JAEGER in Bank-Archiv 1916, 333, 335 und schon vor ihm KLEINFELLER in LZ 1911, 409, 414). Die in den beiden letzten Sätzen gegebene Begründung vermag jedoch nicht zu erklären (und versucht dies offenbar auch nicht), warum der auch von JAEGER anerkannte Satz, daß es mit dem »Wesen

5.75 Selbstverständlich ist übrigens, daß keinem Gläubiger eine Insolvenzforderung auf Ersatz *des* Ausfalls zusteht, den er just dadurch erleidet, daß er für seine auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtete (bzw. nach § 45 Satz 1 InsO auf dieses Ziel umgestellte) Forderung nur die Quote erhält²⁵¹. Denn abgesehen davon, daß sich dieser Ausfall meist erst nach der Schlußverteilung beziffern läßt, liefe die Zuerkennung einer auf dessen Ersatz gerichteten Insolvenzforderung, die man vielleicht sogar als »Forderung wegen der Nichterfüllung« unter den Wortlaut des § 103 II 1 InsO bringen könnte, im wirtschaftlichen Ergebnis darauf hinaus, daß der Gläubiger Teile seiner Primärforderung mehrfach geltend machen könnte. Dies widerspräche dem Wesen jeder sinnvollen Insolvenz»ordnung«.

4. Bürgerlichrechtliche Anspruchsgrundlagen

a) Unmöglichkeit und Unvermögen (§§ 280, 325, 275 II BGB)

aa) Unvermögen des Schuldners trotz Erfüllungsmöglichkeit des Verwalters?

5.76 Einige wenige Autoren²⁵² haben die Ansicht vertreten, daß jeder Insolvenzgläubiger, dessen Forderung sich nicht auf Zahlung eines Geldbetrages richte, allein schon deshalb, weil er die vom Schuldner zu erbringende Leistung aus der Insolvenzmasse *nicht in Natur* erhält (§ 45 Satz 1 InsO), Anspruch auf Ersatz des vollen, also ggf. auch des den *Wert* seiner Forderung übersteigenden Nichterfüllungsschadens habe und diesen als Insolvenzgläubiger anmelden könne. Als Anspruchsgrundlage wird § 280 BGB genannt²⁵³. Die dort – und in dem bei gegenseitigen Verträgen schon eher in Betracht kommenden § 325 BGB – aufgestellte Voraussetzung, daß die Unmöglichkeit der Leistung vom Schuldner zu vertreten ist, sei stets erfüllt, da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens immer eine Folge des vom Schuldner ohne Rücksicht auf Verschulden (§ 279 BGB) zu vertretenden Geldmangels sei²⁵⁴. M. E. ist das so einfach nicht:

des Konkurses« unvereinbar wäre, wenn sich »jeder Konkursgläubiger als solcher« mit einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung am Verfahren beteiligen könnte, gerade dann – und zwar *nur* dann – *nicht* gelten soll, wenn die wegen des Konkurses unerfüllt gebliebene (Rest-)Forderung auf einem auch seitens des Gläubigers noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträge beruht. Diese Ausnahme ist willkürlich und deshalb abzulehnen (vgl. o. Rn. 5.66 ff.).

251 AMON S. 61 f.; DATHE S. 90; PETERSEN/KLEINFELLER KO § 26 Anm. 6 (S. 118); v. SARWEY/BOSSERT KO § 26 Anm. 4.3. (S. 130/131); SPERLING S. 45/46; vgl. aber MEHRING S. 37.

252 v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE KO⁶ § 26 Anm. 9 (S. 125); PETERSEN/KLEINFELLER KO § 26 Anm. 6 (S. 117).

253 v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE und PETERSEN/KLEINFELLER; jeweils a. a. O.

254 So v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE a. a. O. Etwas anders PETERSEN/KLEINFELLER a. a. O.: § 279 BGB sei anwendbar, weil der Konkurs alle Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners in Geldschulden verwandele. Diese Begründung ist jedoch unhaltbar (vgl. MEHL S. 20; PLÜNDER S. 27 f.; PLONSKI S. 14/15); zunächst einmal deshalb, weil § 69 KO (§ 45 InsO) nur für die Konkursteilnahme, nicht auch für die persönliche Inanspruchnahme des Gemeinschuldners gilt (dazu noch u. Rn. 5.87), vor allem aber deshalb, weil mit

Problematisch ist schon, ob bereits der Umstand, daß der Gläubiger für seine Nichtgeldforderung nur Geld bekommt (§ 45 Satz 1 InsO), den Weg zu den Vorschriften des BGB über die Unmöglichkeit eröffnet. Die MOTIVE zu der KO mahnen eher zur Vorsicht. Im Zusammenhang mit der (hier allerdings nicht interessierenden und im übrigen sicher zu verneinenden) Frage, ob Verträge, die den Gemeinschuldner zu nicht in der Zahlung von Geld bestehenden Leistungen verpflichten, infolge der Konkursöffnung ungültig werden, führen sie aus²⁵⁵: **5.77**

»Eine thatsächliche Unmöglichkeit der Erfüllung liegt gewiß nicht vor; der Verwalter *könnte* aus der Masse leisten, das *genus* oder die *species*, oder an deren Stelle ein Aequivalent . . . Auch eine rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung ist nicht anzunehmen^{255a}; kein Gesetz erklärt den Vertrag für unzulässig oder verbietet dessen Erfüllung, es erklärt nur für unzulässig die Herausgabe von Sachen, welche zur gemeinschaftlichen Masse gehören und substituiert statt dessen einen Geldanspruch. Darum ändert zufolge des Gesetzes sich nur die *Erfüllungsart*. Nach keinem Rechtssystem aber hebt eine, in der Person des Schuldners entstandene Veränderung der Erfüllungsart die Obligation selbst auf²⁵⁶.« **5.78**

Unter Berufung auf diese Passage haben JAEGER und andere Autoren die Ansicht vertreten, daß der Konkurs die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners *nicht* unmöglich mache und daß folglich die Vorschriften des BGB über die Unmöglichkeit für die Begründung von Schadensersatzansprüchen der Gläubiger nicht in Betracht kämen²⁵⁷. **5.79**

Auch das ist in dieser Pauschalität aber nicht richtig. Wer die MOTIVE genau liest, wird feststellen, daß sie nur besagen, daß dem *Konkursverwalter* die Leistung noch möglich – wenngleich im Interesse der übrigen Gläubiger grundsätzlich nicht gestattet – sei. Es braucht hier nicht auf die Frage eingegangen werden, ob der Insolvenzverwalter auch in den nicht dem § 17 KO bzw. § 103 InsO unterliegenden **5.80**

einer Anwendung des § 279 BGB auf die nach § 69 KO (§ 45 InsO) anzumeldende Geldforderung nicht erklärt ist, warum der Gemeinschuldner auch dafür haftet, daß der Gläubiger jetzt (aus der Insolvenzmasse) nur noch Geld beanspruchen kann.

255 MOTIVE zur KO S. 87 = HAHN Bd. IV S. 102 f. Hervorhebungen auch im Original.

255 a A. M. AG München ZIP 1998, 1884 f. (betr. werkvertragliche Nachbesserung).

256 In einer Fußnote folgt an dieser Stelle der MOTIVE der für die hier zu erörternde Schadensersatzfrage nicht uninteressante Satz: »Selbst das, hierin weitgehende Pr. ALR wandelt nur den Gegenstand der Obligation in einen Schadensanspruch um (§§ 369, 371, I.5)«.

257 JAEGER KO^{6/7} § 26 Rn. 20; KÖRBER S. 41 f.; WIRTZ S. 20 ff. Im Ergebnis ebenso LENT (Festschr. f. H. Lehmann S. 837, 838; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 41); KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 26 Rn. 9 (vgl. aber auch UHLENBRUCK, Gläubigerberatung S. 283 ad 2.2. – hier wie dort ohne Begr.); GERLAND KrVJSchr 1905, 29, 48; KAATZ S. 14 f.; PLÜNDER S. 25 ff., 29; SANDROCK S. 115 f. und – mit anderer Begründung (dazu u. Rn. 5.87) – JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 3 Rn. 36 (anders jedoch ders. für den Fall, daß der Gläubiger seine Forderung nicht anmeldet; vgl. seine Rn. 156, 163 zu § 17 KO).

Vgl. aber auch RG LZ 1908 Sp. 938, 940 f.: Wenn die Gläubigerschaft beschließe, daß die Geschäfte des Gemeinschuldners nicht fortgeführt werden sollen, werde dem *Konkursverwalter* die weitere Erfüllung der auf solche Geschäfte gerichteten Verträge des Gemeinschuldners unmöglich. Aus diesem Grunde verliere der *Gemeinschuldner* nach § 323 BGB für immer seinen Anspruch auf die Gegenleistung (und zwar unabhängig von seinem eigenen Leistungsvermögen!). Vgl. dagegen u. Rn. 8.25 ff. mit Fn. 68 und Rn. 9.22 Fn. 59.

Fällen ohne weiteres die Rechtsmacht hat, die Forderung eines Insolvenzgläubigers wie eine Masseverbindlichkeit zu erfüllen. Denn selbst wenn man diese rechtliche Möglichkeit auch in den (zahlenmäßig überwiegenden²⁵⁸) Fällen bejaht, in denen solch eine bevorzugte Erfüllung dem Zweck des Insolvenzverfahrens zuwiderlaufen würde²⁵⁹, wäre dies kein Hindernis, den *Schuldner*, der ja trotz des Insolvenzverfahrens persönlicher Schuldner seiner Gläubiger geblieben ist²⁶⁰ und gerade *wegen* der Verfahrenseröffnung die Verfügungsmacht über sein die Insolvenzmasse bildendes Vermögen an den Verwalter verloren hat, als zur Leistung unvermögend anzusehen²⁶¹ und dieses nachträgliche Unvermögen über § 275 II BGB der nachträglichen Unmöglichkeit gleichzustellen²⁶².

- 5.81** Von einem Unvermögen des Schuldners und damit (vielleicht²⁶³) auch von einer Anwendung des Unmöglichkeitensrechts kann allerdings nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß der Insolvenzverwalter nicht in der Lage oder nicht bereit ist, die betreffende Verbindlichkeit »anstelle des Schuldners« vollständig zu erfüllen (denn ein Unvermögen des Schuldners läge ja auch dann nicht vor, wenn der Insolvenzverwalter ihm gegenüber zur Freigabe des zu leistenden Gegenstandes

258 Zu Ausnahmen vgl. o. Rn. 2.79 f., 4.138 ff.

259 Die h. M. neigt dazu, dem Verfahrenszweck zuwiderlaufende Verfügungen des Insolvenzverwalters zumindest in Evidenzfällen für unwirksam zu erklären (gute Übersicht über Rspr. und Schrifttum bei JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 6 Rn. 150 ff.; vgl. auch BGH NJW 1983, 2018, 2019 ad 3 a). Die Ansicht von GLÜCK S. 38, daß »jede« nicht bloß quotenmäßig in Geld erfolgende Befriedigung einer Insolvenzforderung (§ 3 I KO / § 38 InsO) durch den Verwalter »konkurszweckwidrig und deshalb unwirksam« sei, verkennt jedoch, daß auch außerhalb des § 17 KO / § 103 InsO Fälle denkbar sind, in denen der Verfahrenszweck es geradezu *erfordert*, daß der Verwalter einen Insolvenzgläubiger wie einen Massegläubiger befriedigt (vgl. o. Rn. 2.79 f., 4.138 ff.).

260 GLÜCK S. 19 f., 32; GRUNSKY, Grundzüge⁵ Rn. 175; SCHNORR v. CAROLSFELD SGB 1974, 105, 106; STÜRNER ZZZP 94 (1981) 263, 294; wohl auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 6 Rn. 67. Vgl. aber auch die für die Fälle des § 17 KO (§ 103 InsO) abweichende Auffassung von BENDIX (o. Rn. 2.86 Fn. 184 a. E.). Nach Ansicht von ERDMANN KTS 1967, 87, 114 stehen »dem Konkursgläubiger . . . in der Art der Gesamtschuldnerschaft sowohl die Konkursmasse als auch der Gemeinschuldner als selbständige Subjekte gegenüber« (ähnlich BÖTTICHER ZZZP 77 [1964] 55, 71).

261 Vgl. z. B. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 156, 163; MEHRING S. 30 ff. und für die nicht dem § 17 KO / § 103 InsO unterliegenden Fälle GLÜCK S. 36; während JAEGER, LENT, GERLAND, PLÜNDER, WIRTZ und das RG – jeweils a. a. O. (o. Fn. 257) – auf das Leistungsvermögen des *Konkursverwalters* abstellen.

262 Nicht überzeugt haben mich die Einwände, die HENCKEL ZZZP 99 (1986) 419, 433 gegen die o. im Text angewandte Methode erhebt, die darin besteht, erst die Voraussetzungen des § 325 BGB im Verhältnis zum insolventen *Schuldner* zu prüfen und dann (u. Rn. 5.113 ff.) im Verhältnis zur *Masse* die Verfolgbarkeit eines nach dieser Vorschrift bestehenden Schadensersatzanspruchs als *Insolvenzforderung* zu untersuchen. Das »Synallagma des gegenseitigen Vertrages« wird durch diesen Lösungsansatz entgegen HENCKEL a. a. O. nicht »gelöst«. Sogar die *Abtretung* von Ansprüchen aus beiderseits noch unerfüllten gegenseitigen Verträgen ist ja ohne weiteres möglich; der Schutz des Synallagma erfolgt in solchen Fällen über § 404 BGB. Vgl. zu HENCKELS Argumentation auch die Kritik von KEPPLINGER S. 248 ff.

263 Dazu sogleich Rn. 5.84 mit Fn. 275 ff.

bereit wäre²⁶⁴). Da der Insolvenzverwalter dazu nicht nur in den Fällen des § 103 InsO, sondern grundsätzlich immer dann berechtigt ist, wenn die vollständige Erfüllung der (an sich nur eine Insolvenzforderung darstellenden) Verbindlichkeit im Interesse der Masse liegt²⁶⁵, wird man dem Schuldner das Leistungsvermögen des Insolvenzverwalters auch dann, wenn der zugrundeliegende Vertrag kein beiderseits noch unerfüllter i. S. des § 103 I InsO ist, zurechnen und somit dem Gläubiger die Rechte aus § 325 BGB vorenthalten müssen, bis positiv feststeht, daß der Insolvenzverwalter nicht vollständig erfüllen wird^{265a}.

Die Klärung, ob der Insolvenzverwalter vollständig erfüllen wird (Rn. 5.81), obliegt m. E. nicht dem Schuldner, sondern dem Vertragspartner, der sich auf § 325 BGB beruft. Für die unmittelbar dem § 103 InsO unterliegenden Fälle folgt dies daraus, daß § 103 II 2 InsO nicht den Schuldner, sondern nur den Vertragspartner für berechtigt erklärt, vom Insolvenzverwalter die (bindende) Erklärung zu verlangen, ob er den Vertrag (vollständig) erfüllen wolle. Diesem Grundschemata entsprechend sollte man dem Gläubiger auch dann, wenn seine Forderung nicht auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag i. S. des § 103 InsO beruht, das Recht zubilligen, den Insolvenzverwalter zur vollständigen Erfüllung aufzufordern und, wenn dieser das gestellte Ansinnen zurückweist oder nicht unverzüglich antwortet (Rechtsgedanke des § 103 II 3 InsO), für die weitere Rechtsverfolgung davon auszugehen, daß das die Insolvenzmasse bildende Vermögen des Schuldners zur *vollständigen* Erfüllung der Forderung nicht in Betracht kommt. **5.82**

Ist die mangelnde *Leistungsbereitschaft* des Insolvenzverwalters in diesem Sinne klargestellt, so gibt es keinen Grund mehr, sein *Leistungsvermögen* weiterhin dem Schuldner zuzurechnen²⁶⁶. Gegen eine Zurechnung spricht nicht nur, daß der Schuldner seine Verfügungsmacht über die Masse gem. § 80 I InsO an den Verwalter verloren hat und dieser folglich nicht als dessen Vertreter, sondern nur aus eigenem Recht wirksam verfügen kann. Noch schwerer wiegt der Umstand, daß der Insolvenzverwalter nach dem Gesetz grundsätzlich²⁶⁷ verpflichtet ist, von seiner Verfügungsmacht nur zum Zwecke der »gemeinschaftlichen« Befriedigung aller Insolvenzgläubiger Gebrauch zu machen (§ 1 Satz 1 InsO), daß also der Schuldner keine Möglichkeit hat, notfalls unter Einschaltung des Insolvenzgerichts darauf hinzuwirken, daß der Verwalter die auf ihn übergegangene Verfügungsmacht dazu ge- bzw. mißbraucht, einzelne Gläubiger vollständig (also **5.83**

264 Vgl. auch GLÜCK S. 39 (Mitte). Anders nur, wenn der Insolvenzverwalter die Freigabe von Bedingungen abhängig macht, die der Schuldner nicht zu erfüllen vermag. Besteht diese Bedingung in der Zahlung einer (angemessenen) Abfindung, so soll das Unvermögen des Schuldners, den erforderlichen Geldbetrag aufzutreiben, nach Ansicht von GLÜCK (a. a. O. und S. 45) nicht zur Anwendung des Unmöglichkeitrechts führen, sondern nach Verzugsgrundsätzen zu beurteilen sein.

265 Vgl. o. Rn. 2.79 f., 4.138 ff.

265 a Zust. KEPPLINGER S. 233 ff., 248 ff.

266 Gegen Zurechnung auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 156, 163.

267 Vgl. aber auch die bei Rn. 2.79 f., 4.137 ff. angesprochenen Ausnahmen.

nicht nur anteilig) und vertragsgemäß (also nicht immer nur in Geld) zu befriedigen²⁶⁸. In bezug auf seine Verfügungsmacht über die Masse steht der Insolvenzverwalter dem Schuldner ebenso fern wie hinsichtlich einer gepfändeten Sache der Gerichtsvollzieher dem Vollstreckungsschuldner²⁶⁹. Ein Unterschied besteht allenfalls insoweit, als der Gerichtsvollzieher und sein Auftraggeber einem Dritten, der gegen den Schuldner einen Anspruch auf (lastenfreie!) Übereignung der gepfändeten Sache hat, i. d. R. zu nichts verpflichtet sind, während hinsichtlich des Insolvenzverwalters bzw. der von ihm verwalteten Masse immerhin die Ansicht vertreten worden ist²⁷⁰, daß sie und der Schuldner den Insolvenzgläubigern »in der Art der Gesamtschuldnerschaft« beide verpflichtet seien. Selbst wer dieser Ansicht zustimmt²⁷¹, kommt aber nicht darüber hinweg, daß sich die Schuld der Masse höchstens auf *anteilige* Befriedigung des Gläubigers richtet²⁷² und daß die Rechtsmacht des Verwalters, die Verbindlichkeit des Schuldners zu erfüllen (gleich ob vollständig oder nur anteilig), dem Schuldner nicht allein schon wegen der unterstellten gesamtschuldnerischen Mithaftung der Masse zugerechnet werden kann (arg. § 425 II BGB).

5.84 Für die hier vertretene These, daß dem Schuldner das Leistungsvermögen des die (vollständige) Erfüllung ablehnenden Insolvenzverwalters nicht zugerechnet werden darf, spricht des weiteren, daß es eine sinnlose Förmelerei wäre²⁷³, wenn der Gläubiger, um Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen zu können, auch dann nach §§ 284, 326 BGB mit Mahnung und Nachfristsetzung vorgehen müßte, wenn feststeht, daß der im Insolvenzverfahren befindliche Schuldner nicht leisten kann und der Insolvenzverwalter nicht (vollständig) erfüllen will²⁷⁴. Selbst wer die (durchaus diskutabile) Auffassung vertritt, daß das tatsächlich vorhandene Unvermögen des Schuldners dann, wenn es lediglich darauf beruht, daß der geschuldete Gegenstand jetzt dem Recht des Insolvenzverwalters unterliegt

268 Vgl. auch S. 84 f. der MOTIVE zum Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung: »Der Verwalter ist nicht Vormund des Gemeinschuldners, er führt eine Kuratel über dessen Vermögen, und Grund, Zweck und Umfang der Kuratel liegen in dem Befriedigungsrecht der Gläubiger . . .« Ähnlich die MOTIVE zur KO S. 16 = HAHN Bd. IV S. 46 und – mit besonderem Hinweis darauf, daß der Konkursverwalter die Verfügungsmacht über die Masse »unabhängig von dem Willen des Gemeinschuldners« ausübe, – MOTIVE zur KO S. 34 = HAHN Bd. IV S. 60.

269 Die Streitfrage, ob der Gerichtsvollzieher die Sache kraft öffentlichen Rechts oder nur auf Grund des für den Gläubiger entstandenen Pfändungspfandrechts verwerten kann (dazu MAROTZKE NJW 1978, 133 ff.), spielt hier keine entscheidende Rolle.

270 Z. B. von ERDMANN und wohl auch von BÖTTICHER; s. o. Fn. 260 (zu Rn. 5.80).

271 Sie hat durchaus einen gewissen Erkenntniswert; vgl. u. Rn. 5.94 (mit Fn. 324 und bei Fn. 330), 5.111 (bei Fn. 386), 8.29 (mit Fn. 81).

272 Vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 6 Rn. 67: Bei ERDMANN bleibe »allerdings unberücksichtigt, daß die Konkursforderung gegen die Masse einen anderen Inhalt (habe) als die Forderung gegen den Mitverpflichteten«.

273 Zust. KEPPLINGER S. 234. Mit fast gleicher Begründung vertraten PETERSEN/KLEINFELDER KO § 26 Anm. 6 die Auffassung, daß die in § 26 Satz 2 KO (§ 103 II 1 InsO) erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung« niemals aus § 326 BGB folgen könne. Das geht aber zu weit; vgl. u. Rn. 5.91 ff., 5.130 ff.

274 Zur Feststellung dieses Willens vgl. o. Rn. 5.82.

und dem Schuldner die zur Beseitigung dieses Verfügungshindernisses erforderlichen Geldmittel fehlen, nicht die Anwendung des Unmöglichkeit^{rechts} rechtfertigt, sondern nur nach *Verzugs*grundsätzen zu einem Schadensersatzanspruch führen könne²⁷⁵, müßte also anerkennen, daß das faktisch vorhandene – wenn auch vielleicht dem Unmöglichkeit^srecht entzogene – Unvermögen des Schuldners ein Umstand ist, der es dem Vertragspartner *ohne*²⁷⁶ *vorherige Mahnung und Nachfristsetzung* erlaubt, Ersatz seines etwaigen Nichterfüllungsschadens zu verlangen. Wenn er von diesem Recht Gebrauch macht (und damit seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch, den ihm die h. M. im Fall eines lediglich auf Geldmangel beruhenden Leistungsunvermögens des Schuldners nicht gegen seinen Willen nehmen will, freiwillig aufgibt), spielt es also keine Rolle, ob man die Grundlage des Schadensersatzanspruchs in § 325 I oder in § 326 I BGB erblickt. Entsprechendes gilt in den einer Anwendung des Unmöglichkeit^srechts nach h. M.²⁷⁷ ebenfalls nicht ohne weiteres zugänglichen Fällen, in denen ein vom insolventen Schuldner zu leistender Gegenstand weder in seinem dem Insolvenzverfahren unterliegenden noch in seinem freien Vermögen vorhanden ist und vom Schuldner nur deshalb nicht beschafft werden kann, weil ihm die dazu erforderlichen (freien) Geldmittel fehlen. Wenn solche oder ähnliche Fälle im folgenden unter § 325 BGB subsumiert werden, so geschieht dies in dem Bewußtsein, daß man vielleicht ebensogut § 326 BGB nennen könnte, daß dieser Unterschied aber für die hier interessierenden Fragen praktisch keine Rolle spielt, wenn das faktisch vorhandene – wenn auch rechtlich vielleicht nicht unter §§ 275 II, 325 BGB subsumierbare – Unvermögen des insolventen Schuldners definitiv fest-

275 GLÜCK S. 39 (Mitte), 45 vertrat diese Auffassung für den Fall, daß der Konkursverwalter bereit ist, den von dem Gemeinschuldner zu leistenden Gegenstand gegen eine angemessene Abfindung, die der Gemeinschuldner aber nicht aufbringen kann, freizugeben. Zu dem Fall, daß es an dieser grundsätzlichen Bereitschaft des Verwalters fehlt, schweigt er. Wer der (herrschenden) Ansicht folgt, nach der ein lediglich auf Geldmangel beruhendes Unvermögen des Schuldners die Anwendung des Unmöglichkeit^srechts nicht rechtfertigt (so z. B. GLÜCK S. 36 ff.; ROTH JuS 1968, 101, 103 ff.; PLANCK/SIBER BGB⁴ § 279 Anm. 2 c; STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 275 Rn. 53, § 279 Rn. 2; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 109; COESTER-WALTJEN AcP 183 [1983] 279, 283–285, 287 f., 292 m. w. N.; a. M. PETERSEN/KLEINFELLER KO § 26 Anm. 6), müßte an sich auch hier die Anwendbarkeit des Unmöglichkeit^srechts verneinen. Denn wenn der im Insolvenzverfahren befindliche Schuldner genügend freie Geldmittel hätte, um alle Insolvenz- und Massegläubiger vollständig zu befriedigen, könnte er den Konkursbeschlagnahme ja auch auf diese Weise beseitigen. Trotzdem tendieren JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 156, 163; COHN S. 45 und v. MANDRY/GEIB S. 453 f. Fn. 6 dazu, das auf dem Fehlen solcher Geldmittel beruhende Unvermögen des insolventen Schuldners nach § 280 bzw. § 325 BGB zu beurteilen.

276 Vgl. STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 275 Rn. 53 (nicht speziell für das Insolvenzverfahren); ausweichend GLÜCK S. 45–47 (wohl wegen der von ihm auf S. 39 f. erwähnten Möglichkeit, daß das Konkursverfahren vorzeitig wieder eingestellt wird und der Gemeinschuldner dann wieder erfüllen kann); ausdrücklich a. M. ROTH JuS 1968, 101, 105 ad b (ohne Begründung und nicht speziell zum *konkursbedingten* Unvermögen).

277 GLÜCK S. 36 ff. und – wenn auch ohne besondere Berücksichtigung des Insolvenzverfahrens – ROTH a. a. O. S. 103 ff.; STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 275 Rn. 53, § 279 Rn. 2; PLANCK/SIBER BGB⁴ § 279 Anm. 2 c (jeweils m. w. N. und sowohl für die Gattung- als auch für die Stückschuld).

steht²⁷⁸. Das für 2002 geplante neue BGB-Leistungsstörungenrecht wird wahrscheinlich ohnehin nicht mehr zwischen nachträglicher Unmöglichkeit und sonstigen Pflichtverletzungen differenzieren, sondern sich, jedenfalls im dogmatischen Ausgangspunkt, einer mehr oder weniger generalklauselartigen Einheitslösung bedienen.

bb) Problemfälle

- 5.85** Daß dem im Insolvenzverfahren stehenden *Schuldner* das Leistungsvermögen des *Verwalters* dann, wenn dieser weder zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners noch zur Freigabe des Leistungsgegenstandes aus der Masse bereit ist, nicht zugerechnet werden darf (Rn. 5.80 ff.), bedeutet nicht, daß der Schuldner infolge der Verfahrenseröffnung *stets* die Möglichkeit verliert, seine Verpflichtungen zu erfüllen²⁷⁹. Insoweit muß jeder Fall besonders geprüft werden.
- 5.86** Sicher ist der Verkäufer einer ihm selbst gehörenden Speziessache zur Erfüllung außerstande, wenn über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, die geschuldete Sache zur Masse gehört (§ 35 f. InsO) und der Insolvenzverwalter weder zur Erfüllung des Vertrages (§ 103 I InsO) noch, notfalls gegen Abfindung, zur Freigabe der Sache zu bewegen ist (z. B. weil es sich um eine Maschine handelt, die in einem Betrieb steht, den der Verwalter en bloc an einen Dritten veräußern will). Die Chance, daß der Insolvenzverwalter über die Sache nicht anderweitig verfügt, daß also die Verfügungsmacht nach Aufhebung des Verfahrens wieder an den Schuldner (Verkäufer) zurückfällt, ist im allgemeinen²⁸⁰ so gering, daß dem Gläubiger i. d. R. schon jetzt²⁸¹ alle Rechte zugestanden werden müssen, die ihm das Gesetz für den Fall einräumt, daß das Unvermögen des Schuldners ein nicht nur vorübergehendes ist²⁸². Und da das Unvermögen in

278 Vgl. auch BOEHMER JZ 1953, 392 (zu einem Fall anfänglicher, dort aber nicht auf Geldmangel beruhender, subjektiver Unmöglichkeit): Die Frage, ob § 325 oder 326 BGB einschlägig sei, sei ausgesprochen »akademisch«. Vom »Standpunkt der Rechtspraxis« ersehe »die kontradiktorische Gegenüberstellung von Unmöglichkeit und Möglichkeit, Unvermögen und Verzug ... als theoretische Spielerei, die der Lebenswirklichkeit nicht gerecht« werde. Hiergegen jedoch ROTH a. a. O. S. 102 mit Fn. 13.

279 So aber wohl v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE KO⁶ § 26 Anm. 9 (S. 125); PETERSEN/KLEINFELLER KO § 26 Anm. 6 S. 117 (dazu auch o. Rn. 5.76 Fn. 254); PLETZSCH S. 88/89 (aber inkonsequent, weil er auf S. 89 meint, daß der Gemeinschuldner wegen seines konkursbedingten Unvermögens nicht in Verzug geraten könne, während er auf S. 88 ausführt: »Dennoch tritt durch die Konkurseröffnung nicht Unmöglichkeit ... seitens des Gemeinschuldners ein.«).

280 Ausnahmen sind sicher denkbar (JAEGER KO^{6/7} § 26 Rn. 20 und PLÜNDER S. 26/27 verweisen auf den Genossenschaftskonkurs) und ggf. über §§ 284 ff., 326 BGB zu lösen. Die Möglichkeit solcher Ausnahmen rechtfertigt aber nicht die pauschale, also nicht lediglich auf diese Ausnahmefälle begrenzte Feststellung, daß »ganz besonders im Konkurs« von einem Unvermögen »nicht die Rede sein« könne, da »ja nicht einmal (feststehe), daß der Schuldner (?) einen Ausfall erleidet«. So aber PLÜNDER a. a. O.

281 Also auch ohne Mahnung und Fristsetzung nach §§ 284 I, 326 BGB; vgl. Rn. 5.84.

282 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 163, 156; vgl. auch COHN S. 45; v. MANDRY/GEIB S. 454 Fn. 6; a. M. PLETZSCH S. 44 (dazu sogleich Fn. 284 f.); PLÜNDER (vgl. soeben Fn. 280).

dem gebildeten Fall eine Folge der Verfahrenseröffnung darstellt (§ 80 I InsO), die ihrerseits wiederum auf dem vom Schuldner analog § 279 BGB ohne Rücksicht auf Verschulden²⁸³ zu vertretenden Geldmangel beruht, kann der Gläubiger gem. §§ 440, 325, 275 II, 279 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (was aber nicht ausschließt, daß er von seinem Recht, das nur *wahrscheinlich* endgültige Unvermögen des Schuldners im Rahmen der §§ 325, 275 II BGB wie ein endgültiges zu behandeln, nicht Gebrauch macht und nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, falls dann die Verfügungsmacht über den geschuldeten Gegenstand wider Erwarten doch noch auf den Schuldner zurückgefallen sein sollte, gem. § 201 I InsO auf Erfüllung seiner Primärforderung besteht^{284,285}).

Nicht uninteressant in diesem Zusammenhang auch BGHZ 83, 197, 200 f. = NJW 1982, 1458 (zu §§ 275, 645 BGB): »Wird die Erfüllung eines Vertrages durch den Ausbruch eines Krieges unmöglich, so ist dieses an sich nur vorübergehende Leistungshindernis in aller Regel als dauernde Unmöglichkeit zu behandeln, weil es etwas wesentlich anderes ist, ob jetzt oder erst nach dem unabsehbaren Ende des Krieges erfüllt wird.«

283 JAEGER/HENCKEL a. a. O. Rn. 163; GLÜCK S. 46/47; MEHL S. 16 f.; WIECHERS S. 17; v. WILMOSWIKI/KURLBAUM/KÜHNE KO⁶ § 26 Anm. 9 (S. 125); OFFTERMATT S. 151 f.; RGZ 75, 335 ff.; 106, 177, 181; RG WarnRspr. 1915 Nr. 278; RG Recht 1927 Nr. 329; RGRK/ALF BGB § 279 Rn. 4; KEPPLINGER S. 240 f.; vgl. auch v. MANDRY/GEIB S. 454 Fn. 6 und COESTER-WALTJEN AcP 183 (1983) 279, 287 f. Daß der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens demnach grundsätzlich auch dann zu vertreten hat, wenn ihn kein Verschulden trifft, ist vielfach übersehen worden; so z. B. von DATHE S. 89; LENT (Festschr. f. H. Lehmann S. 837, 839); MEHRING S. 37 ff.; PLONSKI S. 14 f.; SPERLING S. 47/48; v. SARWEY/BOSSERT KO § 26 Anm. 4 unter 2; WIRTZ S. 20.

PLÜNDER S. 26 bestreitet die Tragfähigkeit der o. befürworteten Analogie zu § 279 BGB mit der – speziell im Hinblick auf § 279 BGB wenig überzeugenden (vgl. MEHL a. a. O.) – Begründung, daß Zahlungsunfähigkeit niemals persönliches Unvermögen i. S. des BGB sei. Er gelangt aber aus anderen Gründen zu dem Ergebnis, daß der Vertragspartner *stets* einen *verschuldensunabhängigen* Schadensersatzanspruch habe, »wenn der Konkursverwalter gemäß § 17 KO die Weitererfüllung ablehnt« (S. 61). Da PLÜNDER in den nicht dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Fällen offenbar anders entscheiden würde, setzt auch er sich dem Einwand aus, sachlich Gleiches ungleich zu behandeln (vgl. o. Rn. 5.66 ff.). Die Analogie zu § 279 BGB vermeidet diesen Fehler.

284 Diese (nach neuem Insolvenzrecht allerdings durch §§ 201 III, 286, 294, 301 InsO erheblich eingeschränkte) Möglichkeit muß dem Gläubiger schon deshalb bleiben, weil das Unvermögen des Schuldners zunächst nur eine Folge des Insolvenzverfahrens darstellt (§ 80 I InsO) und in § 201 I InsO (bisher § 164 I KO) ausdrücklich bestimmt ist, daß die Insolvenzgläubiger »nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens ihre restlichen Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen« können. Insoweit ähnlich GLÜCK S. 45–47 (vom Standpunkt seiner o. Rn. 5.81, 5.84 bei Fn. 264, 275–277 erwähnten verzugsrechtlichen Lösung) und PLETZSCH S. 44 (vgl. ergänzend u. Fn. 285); wohl auch COHN S. 45.

285 Gegen den erwähnten Schadensersatzanspruch wegen konkursbedingten Unvermögens PLETZSCH S. 44, weil sich aus § 164 I KO (§ 201 I InsO) ergebe, daß der Gläubiger nach Aufhebung des Konkursverfahrens wieder Erfüllung verlangen könne (dazu soeben Fn. 284), und dem geltenden Recht eine »Rückverwandlung der Schadensersatzansprüche in die ursprünglichen Erfüllungsansprüche« fremd sei. Dieser Einwand kann die hier vertretene Auffassung aber nicht treffen, weil sie dem Gläubiger den nachkonkurslichen Erfüllungsanspruch nur für den Fall vorbehält, daß er nicht zuvor Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt hat. Die hier vertretene Ansicht läuft also nicht auf eine »Rückverwandlung« von Schadensersatzansprüchen in Erfüllungsansprüche hinaus, sondern auf

- 5.87** Obwohl im Prinzip gleicher Ansicht, will HENCKEL die Anwendbarkeit des § 325 BGB anscheinend auf die Fälle beschränken, in denen sich der Käufer nicht am Insolvenzverfahren beteiligt²⁸⁶. Der Grund für diese Einschränkung, nämlich daß der Erfüllungsanspruch wegen § 69 KO (§ 45 InsO) nur als *Geldforderung* zur Tabelle angemeldet werden könne und daß bei Geldforderungen eine Unmöglichkeit von vornherein ausscheide²⁸⁷, vermag aber nicht zu überzeugen. Zwar gibt es gute Gründe, das (selbstverständlich) auch bei Geldschulden denkbare²⁸⁸ Unvermögen des Schuldners, das dieser analog § 279 BGB ohne Rücksicht auf Verschulden zu vertreten hat²⁸⁹, trotz § 275 II BGB der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit (§§ 280, 325 BGB) *nicht* gleichzustellen²⁹⁰. Gegen HENCKELS Argumentation spricht aber, daß die von ihm herangezogene Bestimmung, daß nicht auf Geld gerichtete Insolvenzforderungen mit ihrem in Geld ausgedrückten Schätzwert geltend zu machen sind (§ 69 KO bzw. § 45 Satz 1 InsO), zunächst einmal nur für die Verfahrensteilnahme gilt²⁹¹, m. a. W. daß ein Gläubiger, der sich am Insolvenzverfahren nicht beteiligt, seinen ursprünglichen, durch § 45 InsO unberührten Erfüllungsanspruch gegen den Schuldner behält²⁹². Und da der Schuldner die Verfügungsmacht über sein Vermögen bereits im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung verliert, ist er normalerweise schon zur Leistung unvermögend und somit nach §§ 325, 275 II, 279 BGB schadensersatzpflichtig geworden, *bevor* sich der Gläubiger durch erfolgreiches Absolvieren des Feststellungsverfahrens (§§ 174 ff. InsO) und Entgegennahme einer Abschlagszahlung²⁹³ auch gegenüber dem Schuldner (also nicht nur gegenüber der Masse) auf einen Geldanspruch beschränkt haben kann. Die Frage, ob auch bei Geldschulden Unmöglichkeit bzw. Unvermögen eintreten kann, stellt sich dann gar nicht.
- 5.88** In dem bei Rn. 5.86 erörterten Beispiel war der Insolvenzverwalter nicht bereit, die vom Schuldner verkaufte und jetzt dem Insolvenzbeschlagnahme unterliegende Sache freizugeben oder von dem ihm in den Fällen des § 103 I InsO zustehenden Recht Gebrauch zu machen, den Vertrag »anstelle des Schuldners« zu erfüllen.

das Recht des Gläubigers, das nur wahrscheinlich endgültige Unvermögen des Schuldners entweder *wie* endgültiges Unvermögen zu behandeln und gem. § 325 BGB Schadensersatz zu verlangen (dann ist er an die einmal getroffene Wahl gebunden), oder aber abzuwarten, wie es nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens um das Leistungsvermögen des Schuldners bestellt ist.

286 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 3 Rn. 36 einerseits und § 17 Rn. 156, 163 andererseits.

287 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 3 Rn. 36.

288 BGHZ 28, 123, 128; BAG NJW 1961, 622/623; MEHL S. 16 f.; ROTH JuS 1968, 101, 105 f.

289 Vgl. die Vorgenannten; i. E. ebenso – aber ohne die Analogie zu § 279 BGB – STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 279 Rn. 2 (m. w. N.).

290 Vgl. die in Fn. 288 f. genannten Autoren, die alle eine Anwendung der §§ 280, 325 I BGB auf Geldschulden ablehnen. Für eine Anwendung der §§ 275, 280 BGB jedoch PETERSEN/KLEINFELLER KO § 26 Anm. 6.

291 MOTIVE ZUR KO S. 292 = HAHN Bd. IV S. 270.

292 MOTIVE a. a. O.; ebenso JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 161. Zum Einfluß der Bestimmungen über den Insolvenzplan und die Restschuldbefreiung vgl. o. Rn. 3.40.

293 Vgl. u. Rn. 5.94 mit Fn. 325–329.

Hier ließen sich das Unvermögen und die daraus resultierende Schadensersatzpflicht des Schuldners leicht begründen (während – das sei nochmals hervorgehoben – über die Anschlußfrage, ob dem Inhaber des Schadensersatzanspruchs auch insoweit *alle Rechte eines Insolvenzgläubigers* zustehen, bislang noch nicht entschieden ist²⁹⁴).

Wandelt man das Beispiel dahin ab, daß der Insolvenzverwalter sehr wohl bereit ist, die betreffende Sache gegen Wertersatz an den Schuldner freizugeben, so kann der Schuldner jedenfalls dann nicht als zur Erfüllung seiner Verkäuferpflichten unvermögend angesehen werden, wenn er genügend freies Vermögen besitzt, um den vom Insolvenzverwalter geforderten Wertersatz leisten zu können²⁹⁵. In diesem – seltenen²⁹⁶ – Fall kommt also nicht Unvermögen, sondern höchstens Schuldnerverzug als Grundlage einer etwaigen Schadensersatzpflicht in Betracht²⁹⁷. Ebenso verhält es sich, wenn der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit auf das dem Recht des Insolvenzverwalters unterliegende Vermögen nicht angewiesen ist, etwa weil die an den Gläubiger zu liefernde Sache einem Dritten gehört, der bereit ist, sie gegen eine Vergütung, die der Schuldner aus seinem freien Vermögen aufbringen kann, an den Gläubiger²⁹⁸ zu übereignen. Vor allem beim Gattungskauf bedarf die Anwendung des Unmöglichkeitrechts stets sorgfältiger Prüfung: Wenn die Leistungspflicht des Verkäufers (Insolvenzschuldners) nicht auf die eigene Produktion beschränkt ist, muß er sich den Leistungsgegenstand notfalls von dritter Seite beschaffen. Und dazu ist er trotz des Insolvenzverfahrens nicht zwangsläufig immer außerstande. Man denke z. B. an den Fall, daß der Schuldner dem Gläubiger nicht nur mit der Masse, sondern auch mit erheblichem anderen Vermögen, das vom Insolvenzverfahren nicht erfaßt wird, haftet; sei es, daß er dieses erst nach Verfahrenseröffnung und folglich konkursfrei (§ 1 I KO; anders jetzt § 35 InsO²⁹⁹) erworben hat, oder sei es, daß es sich um ein Nachlaßinsolvenzverfahren (§§ 315 ff. InsO) handelt und der Schuldner (also der Erbe) für die in Frage stehende Verbindlichkeit unbeschränkt auch mit dem Eigenvermögen haftet³⁰⁰. In Fällen dieser Art, denen sich wohl noch andere hinzufügen ließen³⁰¹,

294 Dazu o. Rn. 5.74 a. E. und u. Rn. 5.113 ff.

295 Zu einer noch weitergehenden Ausschaltung des Unmöglichkeitrechts vgl. o. Rn. 5.84 bei Fn. 275, 277.

296 Vgl. Fn. 188 zu Rn. 2.87.

297 Vgl. §§ 284, 285, 326 BGB und dazu sogleich Rn. 5.91 ff.

298 Tunlichst vermieden werden sollte eine vorherige Übereignung *an den Schuldner*. Denn im Gegensatz zum bisherigen § 1 I KO läßt § 35 InsO auch solches Vermögen, das der Schuldner erst während des Verfahrens erwirbt, kraft Gesetzes Bestandteil der Insolvenzmasse werden mit der Konsequenz, daß es gem. § 80 I InsO der ausschließlichen Verfügungsmacht des Verwalters unterliegt. Vgl. Fn. 188 zu Rn. 2.87.

299 Vgl. Fn. 188 zu Rn. 2.87.

300 Z. B. weil es sich nicht um eine »reine« Nachlaßverbindlichkeit, sondern um eine sog. Nachlaßerbenschuld handelt (vgl. STAUDINGER/MAROTZKE, 1996, BGB¹³ § 1967 Rn. 5 ff., 42), oder wegen § 780 I ZPO oder §§ 1994 I 2, 2005 I oder 2006 III BGB oder §§ 25 I, 27 HGB. Vgl. auch Rn. 2.87, 5.93.

301 Der in diesem Zusammenhang vielleicht zu nennende Fall des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer OHG (dazu bereits o. Rn. 2.87 mit Fn. 191 ff.) soll hier nicht weiter

ist der Schuldner trotz des Insolvenzverfahrens nicht zwangsläufig gehindert, dem Gläubiger den geschuldeten Gegenstand noch zu verschaffen. Wenn das freie Vermögen des Schuldners die Beschaffungskosten deckt, kann der Gläubiger also *nicht schon aufgrund der §§ 325, 275 II BGB* Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Wohl aber kann er versuchen, den Schuldner in Verzug zu setzen und dann über § 326 BGB Schadensersatz zu erlangen. Vgl. dazu Rn. 5.91 ff.

cc) Übertragung der Ergebnisse auf verwalterlose Verfahren

5.90 Im Gegensatz zur KO läßt es die InsO zu, das Verfahren auch in der Weise abzuwickeln, daß kein Insolvenzverwalter ernannt, sondern »Eigenverwaltung« angeordnet wird (§§ 270 ff. InsO). In diesem Fall ist der *Schuldner* berechtigt, unter der Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen (§ 270 I 1 InsO). Dies ist jedoch nicht so zu verstehen, daß der Schuldner seine schon vor Verfahrenseröffnung innegehabte Verfügungsmacht *behält*, sondern es bedeutet, daß die bisher innegehabte, freie Verfügungsmacht des Schuldners nunmehr ersetzt wird durch eine treuhänderisch gebundene Verfügungsbefugnis, die funktionell der eines Insolvenzverwalters entspricht^{301 a}: Der Schuldner »bleibt« nicht, sondern er »ist« gem. § 270 I 1 InsO zur Verfügung über die der Eigenverwaltung unterstellte Insolvenzmasse berechtigt. Vom Treuhandgedanken durchdrungen ist auch § 279 InsO, der den § 103 InsO für den Fall, daß Eigenverwaltung angeordnet wurde, nicht *ohne weiteres* für anwendbar erklärt, sondern die Anwendung der Vorschrift mit der Maßgabe verbindet, »daß an die Stelle des Insolvenzverwalters der Schuldner tritt«. Der bei Rn. 5.76 ff. entwickelte Satz, daß eine Erfüllungsmöglichkeit des *Insolvenzverwalters* die Feststellung, daß der *Schuldner* i. S. des § 275 II BGB unvermögend geworden sei, nicht zwingend ausschließt, gilt also sinngemäß auch dann, wenn die Funktion des Insolvenzverwalters ausnahmsweise dem *Schuldner* übertragen worden ist (in der Sprache des Gesetzes: wenn gem. §§ 270 ff. InsO »Eigenverwaltung« angeordnet wurde)^{301 b}.

vertieft werden, da ein Eingehen auf den Streit über die Haftungsstruktur der OHG und die Art der Mithaftung der Gesellschafter den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Vgl. insoweit ULMER in Großkomm HGB § 128 Anm. 2 ff.; WISSMANN Rn. 315 ff. (speziell zu den Berührungspunkten mit § 103 InsO a. a. O. Rn. 398 ff.) sowie den dem bisherigen Recht fremden § 93 InsO.

301 a Ebenso HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 8.13.

301 b Zust. KEPPLINGER S. 235.

b) Verzug (§§ 284 ff., 326 BGB)

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, daß Schuldnerverzug hinsichtlich einer Insolvenzforderung während des schwebenden Verfahrens nicht eintreten könne³⁰². Diese Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen^{302a}. **5.91**

Gem. §§ 284 I, 285 BGB gerät der Schuldner – vorbehaltlich des nur für Geldforderungen geltenden § 284 III BGB³⁰³ – in Verzug, wenn er trotz einer Mahnung des Gläubigers dessen fällige Forderung nicht erfüllt und dies zu vertreten hat. Zweifellos entfällt die Fälligkeit einer Forderung nicht schon dadurch, daß über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet wird³⁰⁴. Jedoch gerät der Schuldner trotz prinzipieller Fälligkeit der gegen ihn gerichteten Forderung nicht in Verzug, solange er aus besonderen Gründen zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist³⁰⁵. Offenbar auf derartige Fälle abzielend, hat sich JAEGER³⁰⁶ mit großer Resonanz³⁰⁷ auf den Standpunkt gestellt, daß die Konkursöffnung rechtsnotwendig einen Erfüllungsaufschub zur Folge habe und daß dieser nach § 12 und § 14 KO grundsätzlich von jedem Konkursgläubiger hingenommen werden müsse. JAEGERS Ausführungen gipfeln in dem Satz: »Auf eine Erfüllung anderer Art hat kein Konkursgläubiger ein Recht (§§ 12, 14 KO).«³⁰⁸ Diese Be-

302 Vgl. JAEGER LZ 1924, 1, 4; ders., Lehrbuch des Konkursrechts § 10 II 1; JAEGER/LENT KO⁸ § 63 Rn. 2 (zum Standpunkt der 9. Aufl. vgl. sogleich Fn. 322); BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 29 Rn. 8; KÖRBER S. 45; LETZGUS § 10 III 4; MELLWIG S. 32; SERICK Bd. I S. 337; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anh. 144 a. E. (dort unzutreffende Berufung auf § 7 KO und RGZ 59, 54; s. dazu u. Rn. 5.125 ff.); HUBER BB 1964, 731, 733 Fn. 24; PLETZSCH S. 89 (dazu o. Fn. 279) und – jedenfalls für die Fälle des § 103 InsO – COHN S. 33, 38; KAAZ S. 13 f.

302 a Ebenso die u. in Fn. 322 Genannten.

303 Nach Satz 1 des im Jahre 2000 angefügten und das Jahr 2001 wohl in dieser Form nicht (lange) überlebenden § 284 III BGB kommt der Schuldner einer *Geldforderung* »abweichend von den Absätzen 1 und 2 ... 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung in Verzug.« Satz 2 bestimmt: »Bei Schuldverhältnissen, die wiederkehrende Geldleistungen zum Gegenstand haben, bleibt Absatz 2 unberührt.« § 284 III BGB wird zu Recht als völlig mißglückt kritisiert (vgl. PALANDT/HEINRICHS BGB⁶⁰ § 284 Rn. 24 ff.; STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 60 m. w. N.) und demnächst wohl wieder abgeschafft oder zumindest geändert werden.

304 § 41 InsO geht sogar so weit, betagte Insolvenzforderungen als fällig gelten zu lassen; dies allerdings nicht gegenüber dem Schuldner persönlich, sondern nur im Verhältnis zur Masse (vgl. u. Rn. 5.104).

305 Vgl. dazu STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 284 Rn. 9 ff.

306 JAEGER LZ 1924, 1, 4; ders., Lehrbuch des Konkursrechts § 10 II 1 (dort aber ohne Hinweis auf § 14 KO).

307 Die in Fn. 302 sonst noch Genannten wiederholen JAEGERS Begründung mehr oder weniger deutlich oder verzichten ganz auf eine solche.

308 JAEGER LZ 1924, 1, 4. Ähnlich, wenn auch ohne Zusammenhang mit der hier interessierenden Frage des Schuldnerverzugs, BFH BStBl 1978 Teil II S. 483, 484 a. E.: »Der Besteller kann während des Konkurses weder aus der Masse noch von dem von der Verfügung über sein Vermögen ausgeschlossenen Gemeinschuldner die vertragsmäßige Werklieferung verlangen (vgl. § 14 KO).«

haftung war, zumindest unter dem Regime der *Konkursordnung*³⁰⁹, in dieser Pauschalität nicht richtig:

- 5.93** Zunächst einmal konnte man mit KALTER³¹⁰ darauf hinweisen, daß der von JAEGER zitierte § 12 KO die Konkursgläubiger den Beschränkungen des Konkursverfahrens nur insoweit unterwarf, als die Frage ihrer Befriedigung oder Sicherstellung *aus der Konkursmasse* im Raum stand (anders § 87 InsO³¹¹). Da das *Konkursverfahren* gem. § 11 KO nur solches Vermögen umfaßte, welches dem Schuldner bereits »zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens« gehörte (anders § 35 InsO), konnte es auf Grundlage der KO verhältnismäßig leicht vorkommen, daß der Gemeinschuldner trotz des schwebenden Verfahrens über nennenswertes »freies« Vermögen – z. B. eine ihm erst nach Verfahrenseröffnung angefallene Erbschaft – verfügte (wohingegen das *neue* Insolvenzrecht gem. § 35 InsO auch solches Vermögen erfaßt, das der Schuldner erst »während des Verfahrens erlangt«, und vom Verfahren unberührt somit nur das in § 36 InsO Bezeichnete sowie solche Gegenstände sein werden, die der Insolvenzverwalter freigegeben hat oder die vom Insolvenzverfahren deshalb nicht erfaßt werden, weil dieses auf ein *Sondervermögen*³¹² beschränkt ist.) Bezüglich des »konkursfreien« Vermögens beschränkte den Gläubiger nicht § 12 KO, sondern allenfalls das in § 14 I KO (jetzt § 89 I InsO) enthaltene Verbot, während der Dauer des Konkursverfahrens Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger in die Konkursmasse *oder in das sonstige Vermögen* des Gemeinschuldners zu bewirken. Jedoch war (und ist) nicht *jedes* »sonstige Vermögen« des Schuldners durch § 14 I KO (§ 89 I InsO) vor Vollstreckungsmaßnahmen der Insolvenzgläubiger geschützt. Eine gewichtige Ausnahme macht man nämlich in den Fällen des Konkurses (Insolvenzverfahrens) über ein Sondervermögen; hier ist § 14 KO (§ 89 I InsO) überhaupt nur hinsichtlich solcher Gegenstände anwendbar, die – gleich ob zur Insolvenzmasse gehörend oder nicht – Bestandteile dieses Sondervermögens sind³¹³: Wenn beispielsweise ein *Nachlaßinsolvenzverfahren* (§§ 214 ff. KO / §§ 312 ff. InsO) eröffnet ist und der Erbe ausnahmsweise unbeschränkt haftet³¹⁴, können die Nachlaßgläubiger trotz § 89 I InsO auch während des Verfahrens in das Eigenvermögen des Erben (Schuldners) vollstrecken³¹⁵. Ebenso wenig hindert § 89 I InsO während des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer OHG (§§ 209 ff. KO / § 11 II Nr. 1 InsO) eine Zwangsvollstreckung der Gesellschaftsgläubiger (bisheriges Recht) bzw. des Insolvenzverwalters (s. § 93 InsO) in das Privatvermögen der – von der h. M. wohl noch immer als Insolvenzschuldner angesehenen³¹⁶ – Gesellschafter.

309 Zu den von dieser teilweise abweichenden Vorgaben des *neuen* Insolvenzrechts (insbes. §§ 35, 87 InsO) vgl. sogleich Rn. 5.93 ff.

310 KALTER KTS 1978, 1, 6.

311 Vgl. u. Rn. 5.98 ff.

312 Vgl. §§ 11 II, 315 ff., 332 ff. InsO.

313 Dazu schon Rn. 2.87 Fn. 193.

314 Vgl. die bei Rn. 2.87 angeführten Beispiele!

315 Ausführlicher STAUDINGER/MAROTZKE, 1996, BGB¹³ Vorbem. 29 zu § 1967.

316 Dazu krit. o. Rn. 2.87 mit Fn. 191.

Aber selbst wenn man den Spezialfall des auf ein *Sondervermögen* beschränkten Insolvenzverfahrens einmal außer Betracht läßt, wäre es eine Überinterpretation des § 89 I InsO, wenn man aus der Rechtsfolge, daß die Insolvenzgläubiger während des Verfahrens weder in die Masse noch in das *freie* Vermögen des Schuldners vollstrecken dürfen, ableiten würde, daß der Schuldner während dieses Zeitraums zur Leistung nicht einmal *verpflichtet* sei. Denn § 89 I InsO trifft zunächst einmal nur eine *prozessuale* Regelung, aus der sich schon deshalb nicht zwangsläufig ein *materielles* Leistungsverweigerungsrecht ergeben muß, weil die Vorschrift weniger den Interessen des insolventen Schuldners als vielmehr denen seiner im gegenwärtigen Verfahren nicht teilnahmeberechtigten (§ 38 InsO) Neugläubiger zu dienen bestimmt ist³¹⁷. Wenn das Gesetz einem Gläubiger das schärfste prozessuale Mittel der Forderungsdurchsetzung entzieht, heißt das noch lange nicht, daß es damit zugleich auch allen *anderen* Mitteln, insbesondere solchen des *materiellen* Rechts die Wirksamkeit versagen will³¹⁸. Sähe man das anders, so müßte man schon aus diesem Grunde die – z. B. von JAEGER und LENT vertretene und vom BGH gebilligte³¹⁹ – These verwerfen, daß § 14 KO (§ 89 I InsO) etwaigen »Neuerwerb« des Schuldners (der nach damaligen Recht konkursfrei blieb³²⁰) vor einer Minderung durch eine seitens eines Konkursgläubigers erklärte *Aufrechnung* nicht schütze. Wer die für eine Aufrechnung erforderliche Fälligkeit und Einredefreiheit (§§ 387, 390 BGB) der eingesetzten Forderung hier nicht an § 12 und § 14 KO (§ 87 und § 89 I InsO) scheitern läßt, muß m. E. auch anerkennen, daß die Insolvenz kein Grund ist, dem Schuldner, der auf eine nach Verfahrenseröffnung ausgesprochene Mahnung³²¹ eines Insolvenzgläubigers nicht leistet, die Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges zu ersparen³²². Auch gibt es weder eine Vorschrift, die dem

317 Zum Gesetzeszweck vgl. MOTIVE zur KO S. 51 f. = HAHN Bd. IV S. 74.

318 »Keineswegs aber verbietet der § 14 jede außerkonkursmäßige Rechtsverfolgung...« So JAEGER⁶⁷ und JAEGER/LENT⁸ KO § 14 Rn. 16; vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 14 Rn. 35.

319 JAEGER⁶⁷ und JAEGER/LENT⁸ KO § 14 Rn. 17; BGHZ 125, 116, 124; STAUDINGER/GURSKY, 2000, BGB § 394 Rn. 45; nur im Grundsatz ebenso ADEN MDR 1981, 443 ff.; a. M. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 6 Rn. 40 (S. 195), § 14 Rn. 12 und F. MÜLLER S. 81 ff.

320 Vgl. hierzu und zum abweichenden Standpunkt des neuen Insolvenzrechts o. Rn. 5.93.

321 Vgl. Rn. 5.95 (mit Fn. 334), 5.97 ff.

322 Grds. zust. KEPLINGER S. 235 ff. (zu einer gleichwohl bestehenden Meinungsverschiedenheit s. u. Rn. 5.101 Fn. 359). Im Ergebnis ebenso KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 63 Rn. 2; BSG SGB 1974, 103, 105; SCHNORR v. CAROLSFELD SGB 1974, 106; J. BLOMEYER JZ 1968, 691, 694 mit Fn. 44; GLÜCK S. 45 ff.; LÜKE S. 37 Fn. 10; OETKER, Grundbegriffe Bd. I S. 153; OFFERMATT S. 115 (vgl. aber auch dessen S. 116); PLÜNDER S. 32; STRACKE S. 109 ff., 111 (vgl. dazu aber sogleich Fn. 337, 348, 361); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 157 a. E. (trotz Anwendbarkeit des § 14 KO könne der Gläubiger den Gemeinschuldner in Verzug setzen und dann nach § 326 BGB vorgehen; anders aber ders. zu KO § 3 Rn. 36 und § 17 Rn. 51, 81, wo es aber wohl mehr um die Frage geht, ob die Verzugsfolgen auch zu Lasten der Masse wirken: vgl. a. a. O. § 3 Rn. 26, 37 a. E.); wohl auch v. WILMOWSKI/KURLBAUM KO⁶ § 3 Anm. 8; GRUNSKY, Grundzüge⁵ Rn. 175, 183; KALTER KTS 1978, 1, 6 und – noch zur PrKO – ROHG 22, 273, 276 (dazu auch u. Rn. 5.134 f.); zu weitgehend jedoch MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 204, der in den Fällen des § 17 KO der Erfüllungsablehnung des (aber doch nur für die Masse und nicht auch für etwaiges konkursfreies Vermögen des Gemeinschuldners zuständigen) *Konkursverwal-*

Gläubiger für den (durch § 87 InsO nicht gänzlich ausgeschlossenen³²³) Fall, daß er während des Insolvenzverfahrens seine Forderung gegen die Person des Schuldners verfolgt, das Recht zur Verfahrensteilnahme versagt³²⁴, noch eine solche, die in umgekehrter Richtung bestimmen würde, daß der Gläubiger seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch gegen den Schuldner verliert, sobald er ihn mit einem nach §§ 41, 45, 46 InsO abgewandelten Inhalt zur Tabelle anmeldet³²⁵. Nach den vorherrschenden, wenn auch meist nur für die *nicht* dem § 103 InsO unterliegenden Fälle vertretenen³²⁶ Auffassungen verliert der Gläubiger sein Recht, vom Schuldner die ursprünglich vereinbarte Leistung zu verlangen, frühestens³²⁷ in dem Augenblick, in dem er eine tabellenmäßige Feststellung seiner zum Zwecke der Verfahrensteilnahme modifizierten (§§ 41, 45, 46 InsO) Forderung erlangt³²⁸.

ters die Wirkung einer den Gemeinschuldner in Verzug versetzenden (Selbst-)Mahnung zuerkennen will.

Der anscheinend von JAEGER⁶⁷ und JAEGER/LENT⁸ (KO § 63 Rn. 2) vertretenen Auffassung, daß die Konkurseröffnung einen *bereits vorher eingetretenen* Verzug des Gemeinschuldners beende, sind mit Recht entgegengetreten: LG München I NJW 1957, 1562 f. (lt. Anm. der Schriftleitung bestätigt durch OLG München); OLG Hamburg MDR 1959, 221, 222; LG Frankfurt KTS 1968, 191; OLG Düsseldorf KTS 1969, 108 ff. = MDR 1969, 759; BSG NJW 1973, 774, 775 f. = SGB 1973, 509, 511 f. (zustimmend SCHNORR v. CAROLSFELD SGB 1973, 512 f.; 1974, 106); KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetz, 1997, KO¹⁷ § 63 Anm. 2; HESS InsO¹ § 39 Rn. 31 ff.; STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 284 Rn. 81; GLÜCK S. 47; STRACKE S. 104 f., 108. – Vgl. auch MOTIVE zur KO S. 91 = HAHN Bd. IV S. 106: Habe der Vertragspartner des Gemeinschuldners, weil der letztere vor der Konkurseröffnung in Verzug geraten sei, ein Rücktrittsrecht erlangt, so könne er dieses auch nach der Konkurseröffnung noch ausüben.

323 Vgl. sogleich Rn. 5.98 ff.

324 Vgl. HELLMANN S. 268 f. und PLÜNDER S. 32 (die an die Möglichkeit einer derartigen Bestimmung nicht einmal zu denken scheinen). A. M. wohl nur MEHL S. 15 und OETKER, Grundbegriffe Bd. I S. 216 f., nach deren Ansicht der Vertragspartner in Fällen, in denen sich der Konkursverwalter gegen die Erfüllung eines dem § 17 KO unterliegenden Vertrages entscheidet, nicht mehr am Konkurs teilnehmen können soll, wenn er während des Konkurses von dem *Gemeinschuldner* Erfüllung verlangt habe. MEHL begründet diese Auffassung mit § 263 II BGB, der hier aber schon deshalb unanwendbar sein dürfte, weil keine wirkliche *Wahlschuld* (dagegen auch GLÜCK S. 20 f., 25 f.), sondern eine eher der *Gesamtschuld* ähnelnde Haftungslage vorliegt (vgl. schon o. Rn. 5.83 bei Fn. 270 f.).

325 A. M. MEHL a. a. O., nach dessen Ansicht schon die bloße Anmeldung zur Konkurstabelle zu einer Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die angemeldete Geldleistung führen soll (und zwar nach § 263 II BGB). I. E. wie dieser: KALTER KTS 1973, 16, 22 f.; wohl auch KAATZ S. 18 und – aber nur für die Dauer des Konkurses – OETKER, Grundbegriffe Bd. I S. 215, 450.

326 Gegen diese Einschränkung schon o. Rn. 3.35 ff.

327 A. M. SCHLOSSER, Zivilprozeßrecht II, 1984, Rn. 343 für die Fälle des § 17 KO (§ 103 InsO): »Schon mit der erstmaligen Geltendmachung« des dem Vertragspartner im Falle der Nichterfüllung (angeblich) zustehenden Schadensersatzanspruchs wandle sich das Schuldnerverhältnis »auch gegenüber dem Gemeinschuldner und mit Wirkung für die Zeit nach Beendigung des Konkurses in einen einseitigen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung um«.

328 **So auch für die Fälle des § 17 KO (§ 103 InsO)** – aber mit Unterschieden im Detail – FÖRSTER/ECCIUS § 117 Fn. 3; GRIMM S. 72; LIPPMANN JherJb 41 (1900) 112, 230 f.; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 195 f.; OETKER, Das Verfolgungsrecht S. 104 ff. (anders ders., Grundbegriffe Bd. I S. 217, 450); PLETZSCH S. 66 ff., 73; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17

Solange der Gläubiger an die insolvenzrechtliche Umgestaltung seiner Forderung im Verhältnis zum Schuldner noch nicht gebunden ist³²⁹, wird man ihm analog den für die Gesamtschuld geltenden Regeln³³⁰ das (seit Inkrafttreten der InsO allerdings unter dem Vorbehalt des § 87 InsO stehende³³¹) Recht zubilligen müssen, seine Forderung auch dann in ihrer ursprünglichen Gestalt gegen den Schuldner zu

Rn. 161 (letzterer aber mit der sogleich in Fn. 332 wiedergegebenen Einschränkung) und – für die nicht dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Fälle – RGZ 93, 209, 213; 112, 297, 300; RG JW 1936, 2139; BGH WM 1976, 510 f. (ad 1.); JAEGER/WEBER KO⁸ § 164 Rn. 11 f.; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 69 Anm. 5; GLÜCK S. 51 ff., 79 f., 92, 96; MOHRBUTTER NJW 1968, 1125 f.; K. MÜLLER NJW 1968, 225, 226, 2230 f. Die eingangs angedeuteten »**Unterschiede im Detail**« betreffen die Frage, ob *außerdem* noch zu fordern ist, daß der Gläubiger schon Abschlagszahlungen aus der Insolvenzmasse erlangt hat (so einige wenige Autoren wie z. B. FÖRSTER/ECCIUS und LIPPMANN a. a. O.; vgl. auch OETKER, Das Verfolgungsrecht S. 110, der auf die Annahme des dem Gläubiger bei der genehmigten Schlußverteilung zukommenden Betrages abstellte [aufgegeben in ZZP 14, 1, 35]) oder daß ein Widerspruch des Gemeinschuldners gegen die konkursmäßige Feststellung nicht erfolgt bzw. vom Gläubiger niedergekämpft worden ist (so die wohl **h. M.**; vgl. z. B. RG JW 1936, 2139; MOHRBUTTER a. a. O.; PAGENSTECHER/GRIMM § 62 Fn. 7; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 69 Anm. 5; anscheinend auch K. MÜLLER a. a. O.; **a. M.** jedoch GLÜCK S. 82–85, 88 und JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 161).

329 Unter welchen Voraussetzungen solch eine Bindung des Gläubigers eintritt, ist umstritten (vgl. Fn. 325 ff.). **M. E.** führt kein Weg daran vorbei, daß der Schuldner durch das Nichtbestreiten der zur Tabelle angemeldeten Forderung (§§ 144 II, 164 II KO / §§ 184, 201 II InsO) nicht den Gläubiger, sondern nur sich selbst binden kann für den Fall, daß der Gläubiger an der insolvenzrechtlichen Modifizierung (§§ 65, 69, 70 KO / §§ 41, 45, 46 InsO) seiner nach § 144 I KO bzw. § 178 I InsO festgestellten Forderung festhält (mehr besagen auch nicht die MOTIVE S. 292 = HAHN Bd. IV S. 270). Unabhängig davon, ob die Feststellung der Forderung mit oder ohne Widerspruch des Schuldners erfolgt ist, sollte man aber anerkennen, daß sowohl der Schuldner als auch der Gläubiger an die insolvenzrechtliche Umwandlung der Forderung gebunden sind, sobald der letztere im Insolvenzverfahren eine Abschlagszahlung für sie empfangen hat (**a. M.** HÄSEMEYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 25.14 f., 25.22; WEITEMEYER, Ordnungsrechtliche Maßnahmen im Konkursverfahren, 1995, S. 142 f.). Hinsichtlich des *Schuldners* läßt sich dies mit dem Rechtsgedanken des § 264 I HS. 2 BGB, hinsichtlich des *Gläubigers* mit dem Verbot des *venire contra factum proprium* begründen. Hat der Gläubiger zwar keine Abschlagszahlung, wohl aber das Recht erlangt, gem. § 164 II KO bzw. § 201 II InsO aus der Tabelle gegen den Schuldner zu vollstrecken, so sollte man ihm entgegen der *h. M.* (z. B. RGZ 93, 209, 213; GLÜCK S. 75 ff.; MOHRBUTTER a. a. O. ad 2.) das Recht zugestehen, unter Verzicht auf diese Vollstreckungsmöglichkeit wieder auf die ursprüngliche Forderung zurückzugreifen (SCHULTZE S. 78–81; vgl. auch SPELLENBERG S. 167 und KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 164 Rn. 2, die aber wohl einen schon im Konkursfeststellungsverfahren erklärten Verzicht verlangen; sehr viel weitergehend gegen eine Bindung des Gläubigers FÜRST ZZP 56 [1931] 381, 390 f.; RINTELEN ZHR 61 [1908] 147, 180 f. und – für Fremdwährungsforderungen – KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 69 Rn. 5; SCHMIDT, Festschr. für Merz, 1992, S. 533, 547 f.; HÄSEMEYER a. a. O. Rn. 25.11 ff.; WEITEMEYER a. a. O.). Zur Ausübung dieses Wahlrechts muß der Schuldner den Gläubiger nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens – also nach Wegfall der die Analogie zur Gesamtschuld (vgl. sogleich im Text) rechtfertigenden Haftungslage – gem. § 264 II BGB anhalten können.

330 Zu diesem Vergleich schon o. Fn. 324.

331 Vgl. sogleich Rn. 5.98 ff.

erheben, wenn er sie bereits in einer nach §§ 41 ff. InsO abgewandelten Weise gegenüber der Insolvenzmasse verfolgt³³². Der Umstand, daß die Forderung des Gläubigers gegenüber der Insolvenzmasse einen anderen Inhalt hat als die primäre Verbindlichkeit des Schuldners³³³, schließt diese Analogie nicht aus (arg. § 425 BGB).

- 5.95** Um den Schuldner in Verzug zu setzen, bedarf es auch dann, wenn über sein Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet ist, grundsätzlich der Mahnung³³⁴. Eine Anmeldung der Forderung zur Tabelle steht der Mahnung nicht gleich³³⁵, da die Anmeldung lediglich ein Verlangen nach *anteiliger* Befriedigung darstellt³³⁶ und sich als ein solches auch nicht an den (hinsichtlich der Masse gar nicht verfügungsberechtigten) Schuldner, sondern nur an den Insolvenzverwalter richtet. (Da eine Anmeldung zur Insolvenztabelle stets auf einen bestimmten *Geldbetrag* lauten müßte, würde eine Einordnung als »Mahnung« u. U. schon wegen des neuen § 284 III BGB nicht weiterhelfen^{336a}.) Selbst wenn ein Insolvenzgläubiger vom Verwalter nicht nur *anteilige*, sondern *vollständige* Erfüllung seiner Forderung verlangen würde, geriete dadurch niemand in Verzug: Ein Verzug des *Schuldners*, der diesen auch mit seinem freien Vermögen haftbar machen würde, setzt eine Mahnung an *ihn*³³⁷ voraus, und ein Verzug des *Insolvenzverwalters* bzw.

332 Ebenso – zumindest für die nicht dem § 17 KO unterliegenden Fälle (und vor Inkrafttreten der InsO und damit auch der u. Rn. 5.98 ff. erörterten Folgeprobleme) – ERDMANN KTS 1967, 87, 123 (zu »Beispiel 1«), 124 ff. (aa – cc); RINTELEN ZHR 61 (1908) 147, 182; vgl. auch SPELLENBERG S. 165 (vorletzter Absatz), 167 (letzter Absatz). **A. M.** zumindest für die Fälle des § 17 KO JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 161 (»Solange der Vertragspartner die Anmeldung seiner Schadensersatzforderung nicht zurücknimmt, bleibt es dabei, daß sich das Vertragsverhältnis auch dem Gemeinschuldner gegenüber in einen einseitigen Schadensersatzanspruch umgewandelt hat.«); SCHLOSSER a. a. O. und wohl auch OETKER, Grundbegriffe Bd. I S. 216 f., 450.

333 Hierauf weist JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 6 Rn. 67 hin.

334 Zust. KEPPLINGER S. 237 f. **A. M.** TINTELOT ZIP 1989, 144, 1501. Sp.: »Nachdem der Schuldner durch eigenen Konkursantrag oder dadurch, daß er es nach Fremdantrag zur Eröffnung kommen lassen mußte, seine Zahlungsunfähigkeit eingestanden hat, erscheint eine Mahnung sinnlos, weiterer Aufwand, um den – womöglich flüchtigen – Schuldner in Verzug zu setzen, unzumutbar.« Daß eine an den *Schuldner* gerichtete Mahnung »sinnlos« sei, trifft m. E. zwar in dem bei Rn. 5.96 a. E., nicht aber auch in dem bei Rn. 5.97 erörterten Fall zu. Übrigens bezieht TINTELOT seine These, daß »die Konkurseröffnung eine verzugsbegründende Mahnung an den Schuldner entbehrlich macht«, ausdrücklich »nur auf die Forderungen in ihrer teilnahmeberechtigend umgestellten Form . . ., soweit diese Umstellung nachhaltig auch gegen den Schuldner wirkt« (ZIP 1989, 144, 1511. Sp.). Das von TINTELOT abgehandelte Thema ist insofern ein etwas anderes als das hier erörterte.

335 RGZ 121, 207, 211; BSG SGB 1974, 103, 105; STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 284 Rn. 57; JAEGER/LENT KO⁸ § 139 Rn. 13 (m. w. N.); LG München NJW 1957, 1562, 1563 (m. w. N.); GLÜCK S. 47 Fn. 6; STRACKE S. 111; KEPPLINGER S. 238; **a. M.** wohl SCHNORR v. CAROLSFELD SGB 1974, 105, 106/107 (weil der Konkursverwalter Vertreter des Gemeinschuldners sei).

336 Das übersieht SCHNORR v. CAROLSFELD a. a. O.

336a Die genannte Vorschrift wird aber wohl in ihrer *gegenwärtigen* Form nicht mehr lange existieren. S. o. Rn. 5.92 Fn. 303.

337 Zust. KEPPLINGER S. 238. Eine an den Insolvenzverwalter gerichtete Mahnung würde schon deshalb nicht genügen, weil dessen Verfügungsmacht sich nur auf die Masse be-

der durch ihn verwalteten Masse³³⁸ scheitert³³⁹ daran, daß nicht er oder die Masse, sondern allein der Schuldner³⁴⁰ den Insolvenzgläubigern zur *vollständigen* Erfüllung ihrer – aus der Masse nur *anteilig* zu befriedigenden – Forderungen verpflichtet ist³⁴¹.

Unhaltbar sind wegen dieser rechtlichen Ausgangssituation³⁴² auch alle Versuche, **5.96** die Weigerung des Insolvenzverwalters, einen Insolvenzgläubiger wie einen Massegläubiger vollständig zu befriedigen, zu einer *dem Schuldner zuzurechnenden, endgültigen* Leistungsverweigerung hochzustilisieren, die den Schuldner nach § 326 BGB³⁴³ bzw. nach den Regeln über die positive Forderungsverletzung³⁴⁴ haftbar mache und dem Gläubiger eine Insolvenzforderung auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens verschaffe. Diesem Argumentationsmuster ist entgegenzuhalten, daß der Insolvenzverwalter die Erfüllung nur insoweit verweigern kann, wie sie durch *ihn* – d. h. mit Mitteln der Masse – erfolgen könnte, daß also seine Erfüllungsablehnung im Hinblick auf das weitere Schicksal der persönlichen Verbindlichkeit des Schuldners zunächst einmal nur die Klarstellung bedeutet, daß das der Verfügung des Schuldners entzogene Vermögen nicht ausnahmsweise doch noch zur (vollständigen) Erfüllung des Vertrages bereitgestellt werden wird. Wenn dies feststeht³⁴⁵ und der Schuldner den Vertrag ohne Verfügung über dieses Ver-

zieht. Das verkennen SCHNORR v. CAROLSFELD SGB 1974, 105, 106/107 (dazu auch o. Fn. 335 f.) und STRACKE (vgl. u. Fn. 348). Zum Einfluß des § 87 InsO auf die hier entwickelte Lösung vgl. u. Rn. 5.98 ff.

338 Unerheblich ist im hier interessierenden Zusammenhang, ob der Insolvenzverwalter die Stellung einer »Partei kraft Amtes« oder die eines »Organs« der (dann als juristische Person zu behandelnden) Masse innehat. Vgl. zur Rechtsstellung des Insolvenzverwalters die Kommentare zu § 6 KO (vor allem JAEGER/HENCKEL⁹) bzw. § 80 InsO (z. B. HESS InsO¹ § 80 Rn. 25 ff.) sowie aus der neueren Lehrbuchliteratur insb. HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 15.01 ff.

339 Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich die Insolvenzforderung auf Bezahlung einer dem Schuldner unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache richtet. Zu der abweichenden Ansicht von OFFTERMATT vgl. u. Rn. 7.37 ff.

340 Vgl. o. Rn. 5.80 mit Fn. 260.

341 Die §§ 87 und 89 I InsO ändern hieran nichts. Vgl. o. Rn. 5.92 ff. und u. Rn. 5.98 ff.

342 Ähnlich KAATZ S. 13 f.; PLÜNDER S. 33 ff.; vgl. auch PFLUG AG 1986, 305, 3141. Sp.

343 So aber für den Fall, daß der Konkursverwalter die Erfüllung eines dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrages ablehnt, MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 204; LUTHER S. 56; SCHLOSSER, Zivilprozeßrecht II, 1986, Rn. 343 und GERLAND KrVJSchr 1905, 29, 48 f. (der letztere mit der Einschränkung, »daß der Gemeinschuldner einen derartigen Ersatzanspruch ausschließen kann durch Erbringung der vollen Leistung aus seinem konkursfreien Vermögen, daß dagegen der andere Theil sich an die Erklärung des Konkursverwalters halten kann, mithin nicht etwa genöthigt ist, dem Gemeinschuldner noch eine Frist gemäß § 326 BGB zu setzen«). Vgl. auch BAUR/STÜRNER, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Bd. II, 12. Aufl. 1990, Rn. 9.9.

344 So für die im Fall des § 17 KO / § 103 InsO erklärte Erfüllungsablehnung des Verwalters: MARKMANN S. 74 ff., 78, 84; MEHL S. 20 ff.; LUTHER, S. 56; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 26 Rn. 9; vgl. auch RGZ 135, 167, 170. **Gegen** diese Einordnung als pFV PALANDT/HEINRICHS BGB⁶⁰ § 276 Rn. 114; STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 219 (die beide von der Existenz einer »insolvenzrechtlichen« Anspruchsgrundlage ausgehen).

345 Vgl. o. Rn. 5.81 ff., 5.88 f.

mögen nicht erfüllen kann, haftet er dem Gläubiger wegen zu vertretenden Unvermögens nach §§ 325, 275 II, 279 BGB³⁴⁶.

5.97 Verfügt der Schuldner hingegen über genügend freies Vermögen, um dem Gläubiger den versprochenen Gegenstand zu beschaffen, so kann er nur infolge Verzugs oder wegen einer positiven Forderungsverletzung schadensersatzpflichtig werden. Und da *nur der Schuldner selbst* dem Gläubiger zur *vollständigen* Erfüllung verpflichtet ist, sind Mahnung und Nachfristsetzung, falls überhaupt erforderlich³⁴⁷, nicht an den (hinsichtlich des »freien« Schuldnervermögens ohnehin nicht verfügungsbefugten) Insolvenzverwalter, sondern an den Schuldner persönlich zu richten³⁴⁸. Ist dieser mit unbekanntem Ziel verreist oder entflohen³⁴⁹, so wird man annehmen dürfen, daß ihm solch eine Mahnung auch noch unter seiner *bisherigen* Anschrift »zugehen« kann³⁵⁰. Wenn der Gläubiger ganz sicher gehen will und die Sache es ihm wert ist, mag er die Möglichkeit der öffentlichen Zustellung in Betracht ziehen (§ 132 I, II BGB, §§ 204 ff. ZPO).

5.98 Daß der Schuldner während des über seinem Vermögen schwebenden Insolvenzverfahrens wirksam gemahnt werden kann, scheint seit Inkrafttreten der InsO durch § 87 InsO ausgeschlossen zu sein. § 87 InsO bestimmt, daß die Insolvenzgläubiger »ihre Forderungen nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen« können. Die Vorschrift entspricht im wesentlichen dem bisherigen § 12 KO. Sie ist jedoch insofern weiter gefaßt, als sie im Gegensatz zu § 12 KO nicht nur für Forderungen »auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse«, sondern unabhängig vom verfolgten Anspruchsziel gilt. Die Begründung der dem § 87 InsO entsprechenden Bestimmung des Regierungsentwurfs³⁵¹ läßt zweifelsfrei erkennen, daß die textliche Abweichung vom bisherigen § 12 KO kein Redaktionsversehen war, sondern mit Absicht vorgenommen wurde:

»§ 12 KO wird sinngemäß übernommen. Allerdings betrifft diese Vorschrift des geltenden Rechts nur die Sicherung oder Befriedigung aus der Masse; sie läßt nach herrschender Meinung den Gläubigern die Möglichkeit offen, nach einem Verzicht auf die Teilnahme am Konkurs-

346 Vgl. o. Rn. 5.76 ff.; zust. KEPPLINGER S. 238.

347 Zu den zahlreichen Ausnahmen von diesen Erfordernissen vgl. STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 284 Rn. 59 ff. und STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 122 ff. S. ferner o. Fn. 334 und u. Fn. 361, 365.

348 Ebenso GLÜCK S. 47; KEPPLINGER S. 238. A. M. STRACKE S. 111 (mit unzutreffenden Nachweisen in Fn. 3): an den Konkursverwalter. Vgl. dagegen schon o. Rn. 5.95. STRACKES Begründung, daß eine an den Gemeinschuldner persönlich gerichtete Mahnung gem. § 7 I KO (§ 81 I 1 InsO) unwirksam wäre, verkennt, daß diese Bestimmung nur auf Rechtshandlungen des *Gemeinschuldners* anwendbar ist. Eine Mahnung bleibt aber auch dann, wenn sie gegenüber dem Gemeinschuldner ausgesprochen wird, Rechtshandlung des *Gläubigers*. Vgl. auch u. Rn. 5.137 Fn. 462.

349 Vgl. den Einwand von HENCKEL ZZZP 99 (1986) 419, 434 und TINTELOT a. a. O. (o. Fn. 334).

350 Vgl. PALANDT/HEINRICHS BGB⁶⁰ § 130 Rn. 16 ff. (»Zugangsverhinderung«); ERMAN/PALM BGB¹⁰ § 130 Rn. 7 (insb. im letzten Absatz unter »Ortsabwesenheit des Empfängers«); JAUERNIG BGB⁹ § 130 Rn. 15.

351 BT-Drucks. 12/2443 S. 137 (zu § 98 des Regierungsentwurfs).

verfahren gegen den Gemeinschuldner persönlich Klage zu erheben, wobei ihnen jedoch die Vollstreckung während der Dauer des Konkursverfahrens durch § 14 KO verwehrt ist. Die Fassung der neuen Vorschrift schließt im Interesse einer klaren Rechtslage diese Möglichkeit aus. In welcher Weise der Schuldner während des Verfahrens für Forderungen der Insolvenzgläubiger in Anspruch genommen werden kann, soll sich allein aus den Vorschriften über das Insolvenzverfahren ergeben.«

Schließt die derart begründete textliche Abweichung des § 87 InsO vom bisherigen § 12 KO die Möglichkeit aus, den Schuldner während des über seinem Vermögen schwebenden Insolvenzverfahrens wirksam (§ 284 I 1 BGB) zu mahnen?

Dafür könnte sprechen, daß eine an den Schuldner persönlich gerichtete Mahnung **5.99** nur den Sinn haben kann, den Schuldner zum Einsatz seines *nicht* zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens zu veranlassen³⁵², und daß die Abweichung des § 87 InsO vom bisherigen § 12 KO ja gerade darin besteht, daß die Verfolgung von Insolvenzforderungen nunmehr auch dann den Vorschriften über das Insolvenzverfahren unterworfen sein soll, wenn der Gläubiger *andere* Ziele verfolgt als die Erlangung einer Sicherung oder Befriedigung *aus der Masse*.

Gegen die Annahme, daß § 87 InsO die Insolvenzgläubiger hindern will, den Schuldner während des Verfahrens wirksam zu mahnen, spricht jedoch, daß die Mahnung ein keiner staatlichen Mitwirkung bedürftiges, einseitiges Geschäft des *materiellen* Rechts darstellt und sich unter den »Vorschriften über das Insolvenzverfahren«, auf die § 87 InsO pauschal verweist, keine einzige befindet, die auch rein *materiellrechtliche* Mittel der Anspruchsdurchsetzung zum Gegenstand hat (von der Aufrechnung einmal abgesehen³⁵³). Auch die Begründung der dem § 87 InsO entsprechenden Vorschrift des Regierungsentwurfs³⁵⁴ thematisiert nicht irgendwelche *materiellrechtlichen* Mittel der Anspruchsdurchsetzung, sondern nur die nach bisherigem Recht (§ 12 KO) weithin anerkannte Möglichkeit der Konkursgläubiger, »nach einem Verzicht auf die Teilnahme am Konkursverfahren gegen den Gemeinschuldner persönlich Klage zu erheben«. Nur bezüglich *dieser* Möglichkeit (die auf dem Gebiet des *Prozeßrechts* liegt!) wird in der Begründung ausdrücklich gesagt, daß sie künftig ausgeschlossen sein solle. Auch wird als Begründung dieser gesetzgeberischen Entscheidung nicht eine Abwägung materieller Rechtspositionen, sondern nur ganz allgemein das Interesse an einer »klaren Rechtslage« angegeben. Dies jedoch ist eine Argumentationsweise, mit der man vielleicht die eine oder andere Frage der prozessualen Zweckmäßigkeit, keinesfalls aber so gewichtige³⁵⁵ materiellrechtliche Fragen wie die, ob der Schuldner während des Insolvenzverfahrens durch eine Mahnung in Verzug gesetzt werden kann, einer schnellen Lösung zuführen darf. Im Ergebnis bedeutet dies, daß § 87 InsO so ausgelegt werden muß, daß er nur die eines staatlich geordneten Verfah-

352 Vgl. Rn. 5.96, 5.97.

353 Zudem werden gerade etwaige *Aufrechnungsmöglichkeiten* des Gläubigers durch das Verfahren *nicht* berührt (§ 94 InsO).

354 Vgl. o. Rn. 5.98.

355 Vgl. z. B. Rn. 5.101 mit Fn. 359.

rens bedürftige *prozessuale* Rechtsverfolgung betrifft und folglich der Wirksamkeit einer an den Schuldner persönlich gerichteten *Mahnung* nicht entgegensteht³⁵⁶. Selbst während des über seinem Vermögen schwebenden Insolvenzverfahrens kann der Schuldner also nicht nur dadurch in Verzug geraten, daß er einen kalendermäßig festgelegten Leistungstermin (§ 284 II 1, III 2 BGB) versäumt³⁵⁷, sondern auch dadurch, daß er nach Eintritt einer nicht kalendermäßig vorherbestimmten Fälligkeit vom Gläubiger gemahnt (§ 284 I 1 BGB) wird und die betreffende Verbindlichkeit dann trotzdem nicht erfüllt (bei *Geldforderungen* sind jedoch bis auf weiteres^{357a} die Besonderheiten des im Jahre 2000 angefügten § 284 III BGB zu beachten). Auch Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung (§ 326 I BGB) können und müssen in der hier vorausgesetzten Situation, daß die mangelnde Leistungsbereitschaft des *Insolvenzverwalters* feststeht (Rn. 5.96), unmittelbar gegenüber dem *Schuldner* erklärt werden. Im einzelnen gilt folgendes:

- 5.101** Hat der Schuldner aufgrund Kaufvertrags eine nur der Gattung nach bestimmte Sache zu beschaffen und reagiert er trotz in seinem »freien« Vermögen enthaltener, die Beschaffungskosten deckender Mittel³⁵⁸ auf eine Mahnung und eine den Erfordernissen des § 326 I BGB entsprechende Nachfristsetzung nicht, so kann der Gläubiger gem. § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten³⁵⁹.
- 5.102** Ist der Vertrag auch auf seiten des Gläubigers noch nicht vollständig erfüllt und der Insolvenzverwalter deshalb gem. § 103 I InsO berechtigt, »anstelle des Schuldners« selbst zu erfüllen und dafür auch seinerseits Erfüllung zu verlangen, so wird man dem Vertragspartner, falls dieser seine verzugsbegründende Mahnung und die Nachfristsetzung erst nach der Verfahrenseröffnung³⁶⁰ und dann nicht auch gegenüber dem Verwalter³⁶¹ ausgesprochen hat, aber

356 ZUST. KEPPLINGER S. 238 f.

357 Dieser Fall wird vom Wortlaut des § 87 InsO eindeutig *nicht* erfaßt!

357a S. o. Rn. 5.92 Fn. 303.

358 Vgl. o. Rn. 5.89, 5.97.

359 Speziell zum Rücktritt vgl. u. § 7, besonders Rn. 7.3 ff., 7.10 ff. **Abgelehnt** wird das o. im Text bejahte Rücktrittsrecht u. a. auch von KEPPLINGER (s. u. Rn. 7.12 mit Fn. 29).

360 Eine dem Schuldner vor Verfahrenseröffnung zugegangene Mahnung und/oder Nachfristsetzung wirkt auch gegenüber dem sich gem. § 103 I InsO für die Erfüllung des Vertrages entscheidenden Insolvenzverwalter (str.; bzgl. der Nachfrist im Prinzip ebenso JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 142 f.; nicht jedoch TINTELNOT ZIP 1989, 144, 153). Denn dieser müßte es ja auch hinnehmen, wenn der Vertragspartner schon vor Verfahrenseröffnung das Recht erworben hätte, gem. § 326 BGB vom Vertrag zurückzutreten (vgl. hierzu und zu möglichen Ausnahmen im Hinblick auf den neuen § 112 Nr. 1 InsO o. Rn. 2.18 mit Fn. 33, Rn. 4.113 und u. Rn. 7.12, 7.56 ff., 7.66).

361 Obwohl der Insolvenzverwalter selbst nicht *Schuldner* der anderen Vertragspartei ist (vgl. aber für den Fall des § 55 I Nr. 2 InsO u. Rn. 8.29), darf er doch sein in § 103 I InsO verbrieftes Recht, von der anderen Vertragspartei Erfüllung zu verlangen, jedenfalls dann nicht ohne eine an ihn persönlich gerichtete Vorwarnung (Mahnung, Nachfristsetzung) verlieren, wenn eine solche auch gegenüber dem Schuldner erforderlich wäre (und diesem gegenüber nicht bereits *vor* Verfahrenseröffnung erfolgt ist; vgl. Fn. 360). S. aber auch

wohl³⁶² nur dann die Möglichkeit³⁶² zuerkennen dürfen, das ihm gem. § 326 BGB zustehende Wahlrecht in einer den Erfüllungsanspruch der Masse vereitelnden Weise³⁶³ auszuüben, wenn positiv feststeht, daß der Verwalter den Vertrag ohnehin nicht erfüllen wird³⁶⁴. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner ohne Mahnung und Nachfristsetzung dadurch nach § 326 BGB bzw. wegen positiver Vertragsverletzung haftbar wird, daß er während des Insolvenzverfahrens ausdrücklich erklärt, die ihm obliegende Leistung nicht erbringen zu wollen³⁶⁵. In beiden Fällen sind die Interessen des Vertragspartners dadurch ausreichend gewahrt, daß er den Insolvenzverwalter durch eine Aufforderung nach § 103 II 2 InsO zur Ausübung seines Wahlrechts anhalten und der Verwalter nicht mehr auf Erfüllung bestehen kann, wenn er diese Aufforderung nicht unverzüglich beantwortet³⁶⁶.

Im Schrifttum wird vertreten, daß der Vertragspartner in den Fällen des § 103 I InsO gegenüber dem die Erfüllung des Vertrages ablehnenden Insolvenzverwalter die Rechte aus § 326 BGB deshalb nicht erwerben könne, weil der in dieser Vorschrift vorausgesetzte Schuldnerverzug nicht vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs eintreten könne und diese Fälligkeit in allen Fällen des § 103 I InsO ausgeschlossen werde durch die dem Schuldner bzw. seinem Insolvenzverwalter zustehende Einrede des nicht erfüllten Vertrages³⁶⁷. Diese Ansicht ist unzutreffend. Das gilt vor allem für den Fall, daß der Schuldner nach dem Inhalt des Ver-

5.103

Fn. 334, 337. Im Gegenschluß ergibt sich aus dem Vorstehenden, daß ein Verzug des Schuldners, der nach Verfahrenseröffnung *unabhängig* von einer Mahnung deshalb eintritt, weil die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt ist (§§ 284 II 1, III 2 BGB), ohne weiteres auch den Erfüllungsanspruch der *Insolvenzmasse* gefährden kann (z. B. in den Fällen der §§ 326 II, 455 I BGB). Hinsichtlich dieses Falles i. E. ebenso STRACKE S. 111 (vgl. aber ansonsten o. Fn. 348).

362 Die hier vertretene Ansicht stellt nur eine von mehreren vertretbaren Auslegungsmöglichkeiten dar. Man könnte ihr entgegenhalten, daß kein Grund ersichtlich sei, den Insolvenzgläubiger besser zu schützen als einen Gläubiger, der sich eine auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag des Schuldners beruhende Forderung im Wege der Einzelzwangsvollstreckung pfänden und überweisen ließ. Allerdings hat die andere Vertragspartei (der Drittschuldner) dort nicht die Möglichkeit des § 103 II 2 InsO (zu ihr sogleich im Text).

363 Man denke an Schadensersatz nach der *Differenzmethode* (vgl. Rn. 5.41 und KEPPLINGER S. 239 f. Fn. 1103) oder an *Rücktritt* (dazu Rn. 5.101 mit Fn. 359 und u. Rn. 7.3 ff.).

364 Gewisse Parallelwertungen finden sich bei WIECHERS S. 32–34, 82 f. (vgl. aber auch o. Rn. 4.111 Fn. 284 und u. Rn. 7.12 Fn. 29). Zu der entsprechenden Frage im Zusammenhang mit dem über § 275 II BGB zu § 325 BGB führenden insolvenzbedingten Unvermögen des Schuldners vgl. o. Rn. 5.81 f.

365 Dieser Sachverhalt (vgl. auch Rn. 5.107 f., 5.137 f.) unterscheidet sich von dem soeben in Fn. 361 erwähnten Fall der kalendermäßig bestimmten Leistungszeit dadurch, daß die dort unterstellte (und eine Mahnung überflüssig machende) Zeitbestimmung bereits *vor* Verfahrenseröffnung erfolgt und somit vom Verwalter hinzunehmen ist, während der Fall, daß eine solche Bestimmung nicht erfolgt ist und der Schuldner erst *während* des Insolvenzverfahrens erklärt, seine Verbindlichkeit nicht erfüllen zu wollen, ebenso zu lösen ist, wie wenn eine nach § 284 I BGB erforderliche Mahnung erst während des Verfahrens und dann nur gegenüber dem Schuldner persönlich ausgesprochen worden wäre.

366 Vgl. WIECHERS S. 34 und o. Fn. 362, 364.

367 BROCKELMANN S. 24; SACHS S. 18.

trages vorzuleisten hatte und sich schon deshalb nicht auf die Zug-um-Zug-Einrede der §§ 320, 322 BGB berufen kann. In allen anderen Fällen läßt sich zwar mit guten Gründen behaupten, daß der Schuldner das Ausbleiben seiner Leistung »nicht zu vertreten« (§ 285 BGB) habe, solange er nach § 320 BGB zur Verweigerung seiner Leistung berechtigt sei. Dementsprechend hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß jemand, der aufgrund eines gegenseitigen Vertrages eine Leistung schulde, mit der er nicht vorleistungspflichtig sei, erst dann in Verzug geraten könne, wenn der Gläubiger die Gegenleistung erbringe oder in einer den Annahmeverzug³⁶⁸ begründenden Weise anbiete³⁶⁹. Die letztgenannte Voraussetzung kann der Gläubiger aber in allen Fällen, in denen weder der Schuldner noch der Insolvenzverwalter zur vollständigen Vertragserfüllung bereit ist (§ 298 BGB), leicht herbeiführen, indem er dem Insolvenzverwalter³⁷⁰ die Gegenleistung wörtlich³⁷¹ anbietet.

c) Schadensersatz auch bei betagter Primärforderung?

5.104 Bei Rn. 5.76 ff., 5.91 ff. wurde immer stillschweigend unterstellt, daß die Forderung, deren Umwandlung in einen Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens zur Diskussion stand, schon zur Zeit der Verfahrenseröffnung fällig war. Daß dies so ist, versteht sich aber nicht von selbst. Die Bestimmung des § 41 I InsO (vormals § 65 I KO), nach der betagte Forderungen als fällig »gelten«, besagt nämlich nicht, daß solche Forderungen auch gegenüber dem *Schuldner* als fällig anzusehen sind, sondern nur, daß diese Forderungen im *Insolvenzverfahren* wie fällige zu behandeln sind, *wenn* der Gläubiger sie anmeldet³⁷². JAEGER hat das treffend auf die Formel gebracht: »Betagte Konkursforderungen »gelten als fällig«, aber nicht schlechthin, sondern nur für den Zweckbereich des § 65, d. h. nur für die konkursmäßige Rechtsverfolgung . . .«³⁷³. Eine Erörterung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Insolvenzgläubiger infolge des eröffneten Verfahrens einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erlangen kann, muß daher auch die Möglichkeit berücksichtigen, daß die Forderung des Gläubigers zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch nicht fällig war.

5.105 Wenig problematisch sind die Fälle, in denen der Schuldner infolge der Belastung seines Vermögens mit der alleinigen Verfügungsmacht eines nicht erfüllungsbereiten Insolvenzverwalters die Möglichkeit, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, *end-*

368 Arg. §§ 322 II, 274 II BGB.

369 Vgl. BGHZ 116, 244, 249; ERNST AcP 199 (1999) 485, 499; STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 284 Rn. 21; STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 320 Rn. 45.

370 Denn der Erfüllungsanspruch des insolventen Schuldners gehört ja zur Masse (vgl. auch u. Rn. 8.1 ff.).

371 Analogie zu § 295 BGB; vgl. STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 298 Rn. 5; BGH NJW 1997, 581 = ZIP 1997, 147, 148.

372 MOTIVE zur KO S. 276 = HAHN Bd. IV S. 257.

373 JAEGER KO⁶⁷ § 65 Rn. 4; ebenso an gleicher Stelle die von LENT besorgte 8. Auflage.

gültig verloren hat: Dann haftet er dem Gläubiger gem. § 280 bzw. § 325 (jeweils i. V. m. §§ 275 II, 279) BGB auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung³⁷⁴.

Zu beachten ist aber, daß der Schuldner nicht nach Unmöglichkeitensrecht haftet, wenn sein Leistungsvermögen ein nur vorübergehendes ist, insbesondere wenn es bis zur Fälligkeit der geschuldeten Leistung behoben werden kann³⁷⁵. **5.106**

Auf Schwierigkeiten stößt die Rechtfertigung eines Anspruchs auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens, wenn der Schuldner über *genügend freies Vermögen* verfügt, um seine Primärschuld zu erfüllen. Eine Haftung nach Unmöglichkeitensrecht kommt hier nicht in Betracht. Und in *Verzug* kann der Schuldner erst geraten, wenn die in Frage stehende Forderung fällig geworden ist (vgl. § 284 BGB). Das gilt selbst dann, wenn der Schuldner schon vor Fälligkeit bestimmt und endgültig erklärt, daß er auch nach Eintritt der Fälligkeit nicht erfüllen werde. Aufgrund solch einer Erklärung kann der Schuldner zwar auch ohne Mahnung in Verzug geraten, jedoch tritt der Verzug nicht vor der Fälligkeit³⁷⁶, im Extremfall also erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens ein. **5.107**

Allerdings kann in der vom Schuldner *vor* Fälligkeit abgegebenen Erklärung, daß er seine Verbindlichkeit weder jetzt noch nach Fälligkeitseintritt erfüllen werde, u. U. eine positive Forderungsverletzung zu sehen sein, die dann ihrerseits als Grundlage einer Verpflichtung zum Ersatz des Nichterfüllungsschadens in Betracht kommt³⁷⁷. Die Frage, ob solch ein Ersatzanspruch schon vor Fälligkeit der verletzten Primärforderung geltend gemacht werden könnte³⁷⁸, ist jedenfalls für die sich nach der InsO richtende Geltendmachung als *Insolvenzforderung* zu bejahen³⁷⁹; das folgt aus § 41 I InsO. Oft jedoch wird es an der definitiven Erklärung des Schuldners, daß er seine Primärverbindlichkeit nicht nur jetzt, sondern **5.108**

374 Zust. KEPPLINGER S. 240. Die Frage, ob dieser Ersatzanspruch schon vor dem Zeitpunkt geltend gemacht werden kann, in dem die Primärschuld zu erfüllen gewesen wäre, braucht hier nicht weiter vertieft werden (vgl. aber Rn. 5.108 zu einem ähnlich liegenden Problem): Wenn der Ersatzanspruch im Verfahren als Insolvenzforderung berücksichtigt werden darf (dazu sogleich Rn. 5.113 ff., 5.117 ff., 5.123 ff.), gilt er *insoweit* als fällig (§ 41 I InsO).

375 Vgl. STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 275 Rn. 30 ff., 37 (wo allerdings nur die Frage des Erlöschens der Primärleistungspflicht abgehandelt wird).

376 RG WarnR 1919 Nr. 87; BGH NJW 1962, 1340, 1341; 1974, 1080; BGH MDR 1964, 319; STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 284 Rn. 69.

377 So jedenfalls die h. M.; vgl. EMMERICH, Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl. 1997, S. 242; STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 284 Rn. 69 und Vorbem. 13 zu §§ 284 ff., STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 140, 209 ff. und – zur VOB – BGH NJW 1974, 1080 f. ad 2 b.

378 Verneinend BGH MDR 1964, 319 f. im Schlußsatz; a. M. anscheinend STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 224 und RGZ 57, 105, 114 (die den Umstand, daß die Primärforderung erst später fällig geworden wäre, lediglich als Frage der Schadensberechnung behandeln); BGH NJW 1974, 1080 f. ad 2 b (zur VOB).

379 Dazu sogleich Rn. 5.113 ff., besonders Rn. 5.138.

auch nach Eintritt des (vielleicht noch weit entfernten) Fälligkeitstermins nicht erfüllen werde, fehlen³⁸⁰.

d) Die Frage des »Vertretenmüssens«

- 5.109** Mit Blick auf den (in der Realität sehr häufigen) Fall, daß der Schuldner infolge des Übergangs seiner Verfügungsmacht auf den Insolvenzverwalter³⁸¹ die Fähigkeit verliert, eine bestimmte Verbindlichkeit ordnungsgemäß zu erfüllen, wurde bei Rn. 5.86 ausgeführt, daß der Schuldner dieses Unvermögen stets zu vertreten habe, weil es auf der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beruhe und diese wiederum eine Folge des von ihm analog § 279 BGB ohne Rücksicht auf Verschulden zu vertretenden Geldmangels sei. Aufgrund dieser Erwägungen ergab sich eine Schadensersatzpflicht des Schuldners aus § 280 bzw. § 325 BGB³⁸² (jeweils i. V. m. §§ 275 II, 279 BGB).
- 5.110** Bei der Begründung dieses Ergebnisses wurde stillschweigend unterstellt, daß der Schuldner im konkreten Fall mindestens das zu vertreten hat, was ihm die §§ 276, 278, 279 BGB im allgemeinen zumuten. Ausgespart blieben also Situationen, in denen den Schuldner aufgrund besonderer Bestimmungen eine mildere Verantwortlichkeit trifft. Zu denken ist etwa an den Fall, daß sich der Gläubiger schon vor der Verfahrenseröffnung mit der Annahme der ihm vom Schuldner angebotenen Leistung in Verzug befand: Hier hat der Schuldner wegen § 300 BGB nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten; für sein durch das spätere Insolvenzverfahren bedingtes Unvermögen ist er dem Gläubiger also nur dann verantwortlich, wenn die Verfahrenseröffnung auf einem von ihm mindestens grobfahrlässig herbeigeführten Umstand beruht. Ist das nicht der Fall, so ist der Schuldner dem Gläubiger nicht zum Ersatz des vollen Nichterfüllungsschadens, sondern nur zur Herausgabe des Vorteils verpflichtet, der ihm dadurch entsteht, daß der Insolvenzverwalter für den Gegenstand, dessen Leistung dem Schuldner infolge des Insolvenzverfahrens unmöglich geworden ist, einen Erlös erzielt und mit diesem einen Teil der Schuldenlast abträgt³⁸³. Abgesehen von dieser aus § 281 BGB folgenden Verpflichtung zur Herausgabe des stellvertretenden commodum wird der Schuldner durch das von ihm nicht zu vertretende Unvermögen frei (§ 275 BGB). Gleichwohl behält er gem. § 324 II BGB den Anspruch auf eine etwa noch ausstehende Gegenleistung, mit dessen Geltendmachung er jedoch bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens warten muß (arg. §§ 80 ff. InsO) und auf den er sich gem.

380 Denn hier ist ein strenger Maßstab anzulegen; vgl. BGH NJW 1974, 1080 f. ad 2 b; BGHZ 104, 6, 13; BGH ZIP 1996, 1987, 1988; STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 284 Rn. 68, STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 141 ff., 209.

381 Zum verwalterlosen Verfahren vgl. o. Rn. 5.90.

382 Vgl. zur dogmatischen Einordnung dieser Leistungsstörung aber auch die relativierenden Hinweise bei Rn. 5.84 a. E.

383 Ebenso STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 281 Rn. 30 für den ähnlichen Fall, daß dem Schuldner die Leistung der geschuldeten Sache dadurch unmöglich wird, daß der Gläubiger sie im Wege des Pfandverkaufs veräußert (vgl. auch RGZ 120, 347, 350; RG JW 1936, 2859 – letzterer Fall erneut entschieden in RGZ 171, 282 ff.).

§ 324 I 2 BGB anrechnen lassen muß, was er infolge der während des Insolvenzverfahrens erfolgten Befriedigung seiner Gläubiger aus dem Gegenstand der ihm unmöglich gewordenen Leistung »erspart«³⁸⁴.

Soweit das durch die Verfahrenseröffnung bedingte Unvermögen des Schuldners befreiende Wirkung hat (§ 275 BGB), tritt diese aber nur im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ein, nicht auch im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und der Insolvenzmasse bzw. deren Verwalter, dem ja die Leistung durch denselben Umstand, auf dem das Unvermögen des Schuldners beruht (d. i. die Verfahrenseröffnung), überhaupt erst möglich³⁸⁵ geworden ist und der sich deshalb hinsichtlich der Masseverbindlichkeit, die gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entsteht, wenn er nach § 103 I InsO die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages des Schuldners verlangt, nicht auf das durch §§ 80 I, 81 InsO bedingte Unvermögen des Schuldners berufen darf (vgl. auch § 425 BGB³⁸⁶). Von der Annahme, daß das auf §§ 80 I, 81 InsO beruhende Unvermögen des Schuldners eine Inanspruchnahme der *Insolvenzmasse* nicht ausschließt, geht wohl auch § 45 InsO (vormals § 69 KO) aus, der dem Gläubiger ja auch dann, wenn der Gegenstand seiner Primärforderung zur Insolvenzmasse gehört³⁸⁷ und somit der Verfügung des Schuldners entzogen ist, eine Insolvenzforderung auf den »Wert« der – als noch fortbestehend angesehenen – Primärforderung zuerkennt. § 45 InsO gewährt dem Gläubiger also ein Verfahrensteilnahmerecht, schon *bevor* der Schuldner überhaupt aus der verfahrensgemäßen Verwendung des Gegenstandes der ihm unmöglich gewordenen Leistung einen dem Gläubiger nach § 281 BGB herauszugebenden Vorteil – nämlich die Befreiung von Verbindlichkeiten in Höhe des erzielten Erlöses – erlangt haben kann³⁸⁸. Hervorzuheben ist des weiteren, daß der Insolvenzgläubiger in dem hier erörterten Fall, in dem er sich zur Zeit der (vom Schuldner nicht vorsätzlich oder grobfahrlässig verursachten) Verfahrenseröffnung in Gläubigerverzug befand, wegen § 300 BGB nicht mehr beanspruchen kann als den »Wert« seiner unerfüllt bleibenden Primärforderung oder die Herausgabe des »stellvertretenden commodum«. Auch hier zeigt sich die Unrichtigkeit der These³⁸⁹, daß nach dem BGB eigentlich jeder Insolvenzgläubiger, dessen Primärforderung sich nicht auf Geld richte, ohne weiteres

384 Das ist der Betrag, um den seine Schuldenlast infolge der im Insolvenzverfahren vorgenommenen Verwertung des Leistungsgegenstandes und der Verteilung des Erlöses gemindert worden ist. Es ist anerkannt, daß sich der Schuldner über den Wortlaut des § 324 I 2 BGB hinaus alle Vorteile anrechnen lassen muß, die er durch die Unmöglichkeit bzw. sein Unvermögen (§ 275 II BGB) erlangt (STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 324 Rn. 51).

385 Vgl. die o. bei Rn. 5.78 wiedergegebene Passage aus den MOTIVEN.

386 Zur Annahme einer Gesamtschuld oder einer dieser zumindest vergleichbaren Haftungslage vgl. schon o. Rn. 5.83, 5.94 und 8.29 mit Fn. 80 f.

387 Vgl. o. Rn. 5.78.

388 Gäbe es § 45 InsO nicht, so könnte der Gläubiger für seinen Anspruch auf Herausgabe des »stellvertretenden commodum« (§ 281 BGB) bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Insolvenzverwalter für den Gegenstand der dem Schuldner unmöglich gewordenen Leistung einen Erlös erzielt und diesen an die Gläubiger verteilt, lediglich eine Sicherung verlangen (vgl. §§ 67, 154, 168 Nr. 2 KO bzw. nunmehr § 191 I InsO).

389 Vgl. o. Rn. 5.76.

Ersatz aller ihm entstandenen Nichterfüllungsschäden einschließlich des entgangenen Weiterveräußerungsgewinns verlangen könne.

- 5.112** Eine weitere Fallgruppe, in der die im Schlußsatz der Rn. 5.111 erwähnte These nicht zutrifft, bilden die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Sie richten sich primär auf Herausgabe des ohne rechtlichen Grund »Erlangten«. Wird dem Verpflichteten die Herausgabe unmöglich, so braucht er auch dann, wenn er sein Unvermögen fahrlässig selbst herbeigeführt hat, normalerweise³⁹⁰ nicht gem. § 280 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten, sondern nur gem. § 818 II BGB den Wert des Erlangten zu ersetzen. Und auch diese Verpflichtung wird ihm durch § 818 III BGB erlassen, soweit er nicht mehr bereichert ist. Wer also z. B. gem. § 812 BGB die Rückübereignung eines nichtig gekauften Gegenstandes schuldet, ist dem Gläubiger grundsätzlich nicht dafür Schadensersatzpflichtig, daß er (verschuldet oder unverschuldet) in ein Insolvenzverfahren gerät und deshalb (§§ 80 I, 81 InsO) seiner Rückübereignungspflicht nicht mehr nachkommen kann. In diesem Fall ist der Gläubiger auf einen Wertersatzanspruch nach § 818 II BGB beschränkt, der durch § 818 III BGB auf den Betrag der dem Schuldner verbliebenen Bereicherung (also auf den Betrag des vom Insolvenzverwalter erzielten und zur Schuldentilgung verwandten Erlöses) begrenzt wird. Da aber das Unvermögen des Schuldners, das ohne rechtlichen Grund Erlangte in Natur herauszugeben, lediglich auf §§ 80 I, 81 InsO und somit auf demselben Grund beruht, der dem *Insolvenzverwalter* die Herausgabe *möglich* macht³⁹¹, gelten im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und der *Insolvenzmasse* nicht etwa § 818 II BGB³⁹² und die normalerweise (§ 818 III BGB) anzunehmende Begrenzung des Anspruchs auf den Betrag der beim *Schuldner* vorhandenen Bereicherung. Vorrang hat im Verhältnis zur Masse vielmehr die *insolvenzrechtliche* Vorschrift des § 45 Satz 1 InsO. Diese erlaubt es dem Gläubiger, sich trotz § 818 III BGB schon *vor* dem Zeitpunkt, in dem der Insolvenzverwalter den Bereicherungsgegenstand verwertet und mit dem Erlös die Passiva des Schuldners mindert, mit einer Insolvenzforderung in Höhe des »Wertes«, den der (damals³⁹³ noch auf Herausgabe in Natur gerichtete) Bereicherungsanspruch zur Zeit der Verfahrenseröffnung hatte, am Verfahren zu beteiligen. Einen Anspruch auf *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* hat der Bereicherungsgläubiger jedoch grundsätzlich selbst dann nicht, wenn der Schuldner das Insolvenzverfahren, durch welches ihm die »Herausgabe« des rechtsgrundlos erlangten Gegenstandes unmöglich wurde, selbst verschuldet hat³⁹⁴.

390 D. h. wenn er nicht wegen §§ 818 IV, 819 oder 820 BGB verschärft haftet.

391 Vgl. Rn. 5.111 i. V. m. der bei Rn. 5.78 wiedergegebenen Passage der *MOTIVE*.

392 Der Insolvenzverwalter muß also, wenn er analog § 103 I InsO die Erfüllung des Rückabwicklungsschuldverhältnisses wählt (Rn. 4.114 ff.), das vom Schuldner Erlangte in *Natur* herausgeben. § 818 II BGB ist auf diese analog § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandene Masseverbindlichkeit erst dann anwendbar, wenn das Erlangte auch in der *Masse* nicht mehr vorhanden ist.

393 Genauer: eine logische Sekunde vor dem in § 45 Satz 1 InsO für maßgeblich erklärten Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung.

394 Vgl. § 818 III BGB, aber auch die sich aus den §§ 818 IV, 819, 820 BGB ergebenden Ausnahmen.

VI. Die Verfolgbarkeit als Insolvenzforderung

1. Wertungswiderspruch zu § 45 Satz 1 InsO?

Nachdem klargestellt ist, unter welchen Voraussetzungen ein Gläubiger bei oder nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erlangt³⁹⁵, ist nun die bei Rn. 5.72 ff. aufgeworfene Frage zu beantworten, ob der Gläubiger das Recht hat, sich mit solchen erst bei oder nach Verfahrenseröffnung erworbenen Ersatzansprüchen als Insolvenzgläubiger am Verfahren zu beteiligen, oder ob die Bestimmung des § 45 Satz 1 InsO, nach der Forderungen, die nicht auf einen bestimmten Geldbetrag gerichtet sind, im Insolvenzverfahren (nur) mit ihrem Wert geltend zu machen sind, jeden aus Anlaß der Verfahrenseröffnung gegen den Schuldner erworbenen Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens von der Verfahrensteilnahme ausschließt, soweit dieser den (ggf. nach der Differenzmethode reduzierten³⁹⁶) Betrag der Primärforderung bzw. ihres Wertes übersteigt³⁹⁷.

Die Schlußfolgerung, daß diese Frage im Sinne der *letztgenannten* Alternative zu beantworten sei, würde sich geradezu aufdrängen, wenn sonst *jeder* Insolvenzgläubiger *ohne weiteres* das Recht hätte, eine Insolvenzforderung auf Ersatz *sämtlicher* ihm infolge der Verfahrenseröffnung entstehender Nichterfüllungsschäden anzumelden³⁹⁸. Gerade das läßt sich aber, wie die Untersuchungen des vorangegangenen Abschnitts gezeigt haben, so pauschal nicht sagen: Zwar verliert der Schuldner infolge des Verlusts der Verfügungsmacht über sein die Insolvenzmasse bildendes Vermögen i. d. R. die Möglichkeit, seine Verbindlichkeiten ordnungsgemäß zu erfüllen³⁹⁹. Auch ist einzuräumen, daß er dieses insolvenzbedingte Unvermögen normalerweise selbst dann i. S. der §§ 280, 325 BGB zu vertreten hat, wenn seine Insolvenz auf einem von ihm nicht verschuldeten Umstände beruht⁴⁰⁰. Doch gilt dies alles nicht ausnahmslos: Eine Ausnahme bilden z. B. die Fälle, in denen sich der Gläubiger bereits in Annahmeverzug befand und in denen es folglich mit § 300 BGB nicht zu vereinbaren wäre, den Schuldner für seine erst später eintretende Insolvenz und das durch die Verfahrenseröffnung bedingte Unvermögen ohne Rücksicht auf Verschulden verantwortlich zu machen⁴⁰¹. Eine weitere Ausnahme gilt, wenn der Schuldner dem Gläubiger nur nach Bereicherungsrecht haftet (sei es, daß die §§ 812 ff. BGB unmittelbar anwendbar sind, oder sei es, daß

395 Vgl. soeben Rn. 5.64–5.112.

396 Vgl. o. Rn. 5.34 ff.

397 Im letzteren Sinne HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 16.14, 17.01 ff., 20.06, 20.24 und – aber nur für die *nicht* dem § 103 InsO unterliegenden Fälle (vgl. dazu o. Rn. 5.66 ff.) – MARKMANN S. 67 f.; GLÜCK S. 58 f.

398 Vgl. o. Rn. 5.74 mit Fn. 250.

399 Vgl. o. Rn. 5.76 ff.

400 Vgl. o. Rn. 5.86.

401 Vgl. o. Rn. 5.110 f.

sie kraft gesetzlicher Verweisung⁴⁰² für anwendbar erklärt werden): Hier kann er, falls nicht einer der in §§ 819 II, 820 BGB genannten Tatbestände erfüllt ist, dem Gläubiger überhaupt nur dann zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn sein Unvermögen, das »Erlangte« in Natur herauszugeben, auf einem Umstand beruht, der erst nach Rechtshängigkeit bzw. nach Kenntniserlangung von der Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs eingetreten ist⁴⁰³. Der schließlich zum Insolvenzverfahren führende Geldmangel des Schuldners wird aber meist schon *vor* diesem Zeitpunkt bestanden haben.

5.115 Des weiteren hat der Gläubiger auch in den Fällen nicht ohne weiteres einen Anspruch auf Ersatz seiner Nichterfüllungsschäden, in denen dem Schuldner die Leistung trotz des über seinem Vermögen schwebenden Insolvenzverfahrens möglich bleibt, etwa weil er ausnahmsweise noch über erhebliches »freies« Vermögen verfügt: Hier hat der Gläubiger keinen *verfahrensbedingten*, sondern höchstens einen von dem weiteren *Verhalten des Schuldners* (Verzug, Versäumung einer mit Ablehnungsandrohung verbundenen Nachfrist, positive Forderungsverletzung) abhängigen Schadensersatzanspruch⁴⁰⁴, der sich zudem vor Fälligkeit der Primärforderung nur schwer begründen läßt⁴⁰⁵.

5.116 Per Saldo kann man also feststellen, daß nach materiellem Recht zwar nicht alle, aber wohl doch die meisten Gläubiger des im Insolvenzverfahren befindlichen Schuldners einen letztlich auf der Verfahrenseröffnung beruhenden Anspruch auf Ersatz ihrer Nichterfüllungsschäden haben. Trotzdem sind die Fallgestaltungen, in denen ihnen ein derartiger Anspruch *nicht* zusteht, nicht so außergewöhnlich, daß man sagen könnte, daß sämtliche infolge der Verfahrenseröffnung entstandenen Ansprüche auf Ersatz von Nichterfüllungsschäden allein schon deshalb, weil sonst kein vernünftiger Anwendungsbereich für die Rechtsfolge des § 45 Satz 1 InsO bliebe, von der Verfahrensteilnahme ausgeschlossen werden müßten, soweit sie den Betrag der Primärforderung oder den in § 45 Satz 1 InsO für die Verfahrensteilnahme mit Nichtgeldforderungen vorgegebenen Maßstab des *Wertes* der Primärforderung übersteigen. In Anbetracht der Tatsache, daß selbst die *MOTIVE* der KO davon ausgingen, daß die in § 26 Satz 2 KO (jetzt § 103 II 1 InsO) erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung« – gemeint ist die Geldforderung, auf die der Gläubiger eine ursprünglich nicht auf Geld gerichtete Forderung gem. § 69 KO umstellen mußte⁴⁰⁶ – normalerweise »nicht bloß den wirklichen Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn« umfasse⁴⁰⁷, sollte man

402 Vgl. z. B. die §§ 323 III (evtl. i. V. m. § 325 I 3), 327 Satz 2 BGB sowie die Zusammenstellung der zahlreichen Verweisungen auf das Bereicherungsrecht bei STAUDINGER/LORENZ, 1999, Vorbem. 33 ff. zu §§ 812–822 BGB.

403 Vgl. § 818 II, III BGB einerseits und §§ 818 IV, 819 I BGB andererseits.

404 Vgl. o. Rn. 5.89, 5.91 ff., 5.107 f.

405 Vgl. o. Rn. 5.104 ff.

406 Vgl. o. Rn. 5.23 ff.

407 *MOTIVE* zur KO S. 94 = HAHN Bd. IV S. 108: »Die Vorschrift (gemeint ist § 21 II PrKO) will auf diesen Fall (nämlich den der im späteren § 26 KO erwähnten »Nichterfüllung« oder »Aufhebung« eines Rechtsverhältnisses) den Grundsatz des § 381 I. 5 ALR anwen-

dem § 69 KO (§ 45 InsO) nicht mehr Bedeutung zumessen, als es seine Verfasser taten⁴⁰⁸, und die *vollumfängliche* Anmeldbarkeit einer letztlich erst durch die Verfahrenseröffnung ausgelösten Schadensersatzforderung jedenfalls dann nicht an § 45 Satz 1 InsO scheitern lassen, wenn dieser Vorschrift auch sonst noch ein sinnvoller Anwendungsbereich bliebe. Daß dies der Fall ist, wurde soeben auf der Basis des zur Zeit (April 2001) maßgeblichen Leistungsstörungsrechts nachgewiesen⁴⁰⁹. Es mag sein, daß das für 2002 geplante Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Gewichte ein wenig verschiebt, indem es dem Gläubiger den Übergang vom Erfüllungs- zum Schadensersatzanspruch leichter macht als der gegenwärtige § 326 BGB. An dem *grundsätzlichen* Befund ändert sich dadurch jedoch nichts.

2. Wertungswiderspruch zu § 104 III InsO?

J. LEHMANN hat der Auffassung, daß sich der Vertragspartner des Gemeinschuldners mit einem ihm aus Anlaß des Konkurses erwachsenen Anspruch auf Ersatz seines vollen Nichterfüllungsschadens am Verfahren beteiligen könne, entgegengehalten, daß sie nicht mit § 18 KO in Einklang zu bringen sei⁴¹⁰. Diese Vorschrift befaßte sich mit dem Einfluß des Konkurses auf schwebende Fixgeschäfte des Gemeinschuldners und wurde mit nur wenigen Änderungen, die im Zusammen-

5.117

den, wonach derjenige Kontrahent, in dessen Person die Veränderung sich ergibt, welche die Veranlassung ist, daß seinerseits der Vertrag aufgehoben wird, den anderen Kontrahenten »vollständig« entschädigen, d. h. ihm nicht bloß den wirklichen Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn ersetzen muß. Diese Vorschrift entspricht zwar im Allgemeinen der Sachlage, beruht aber auf der Geltung jenes Grundsatzes des Preußischen Rechts und kann auf die übrigen Rechtssysteme nicht unbedingte Anwendung finden. Die Beurtheilung der Höhe des Schadensanspruchs muß aus der Natur des einzelnen Falles und den Regeln des bürgerlichen Rechts geschöpft werden. Eine allgemeine Regel aufzustellen, ist hier weder möglich noch statthaft.«

Hervorzuheben ist, daß die MOTIVE den § 21 II PrKO aus *konkursrechtlicher* Sicht offenbar für unbedenklich hielten und daß sich der Schadensersatzanspruch, den der Gläubiger wegen der konkursbedingten »Nichterfüllung« seiner Primärforderung nach preußischem Recht gem. § 21 II PrKO i. V. m. § 381 I.5 PrALR (die Nennung des § 331 bei HAHN a. a. O. entspricht nicht der Vorlage) als Konkursforderung geltend machen konnte, nicht nur auf Zahlung des Wertes seiner Primärforderung oder des Betrages seines unmittelbaren – d. h. sich in der Wertdifferenz von Leistung und Gegenleistung ausdrückenden – Vertragsgewinns, sondern darüber hinaus auch auf Ersatz des ihm infolge des Ausbleibens der Leistung des Gemeinschuldners entgehenden Weiterveräußerungsgewinns richtete. Denn mit »vollständig entschädigen« meinte der über § 21 II PrKO anwendbare § 381 I. 5 PrALR nichts anderes als Ersatz des vollständigen »Interesses« (vgl. FÖRSTER/ECCIUS Bd. I § 106, besonders bei Fn. 14, 41); und dieses wiederum umfaßte nach §§ 5, 6 I. 6 (i. V. m. § 287 I. 5) PrALR auch den entgangenen Weiterveräußerungs- und Spekulationsgewinn (vgl. DERNBURG, Preußisches Privatrecht Bd. II § 76 ad 2 b).

408 Diese erwähnten in den MOTIVEN zu §§ 17 ff. KO (jetzt §§ 103 ff. InsO) mit keiner Silbe den in § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) verankerten Maßstab des Wertes der *Primärforderung* (vgl. o. Rn. 5.26 ff.).

409 Den Ausführungen zu Rn. 5.113 ff. zustimmend KEPPLINGER S. 242 f.

410 J. LEHMANN S. 24–26 (§ 8), 31 ff. (§ 9).

hang mit der von J. LEHMANN vorgetragenen Argumentation bedeutungslos sind, als § 104 I, II InsO in das neue Insolvenzrecht übernommen. Die Neufassung hat folgenden Wortlaut:

- 5.118** (1) War die Lieferung von Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist vereinbart und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein, so kann nicht die Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen der Nichterfüllung geltend gemacht werden.
- (2) War für Finanzleistungen . . .
- (3) Die Forderung wegen der Nichterfüllung richtet sich auf den Unterschied zwischen dem vereinbarten Preis und dem Markt- oder Börsenpreis, der am zweiten Werktag nach der Eröffnung des Verfahrens am Erfüllungsort für einen Vertrag mit der vereinbarten Erfüllungszeit maßgeblich ist. Der andere Teil kann eine solche Forderung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.

- 5.119** J. LEHMANN wies darauf hin, daß der (dem heutigen § 104 III InsO entsprechende) damalige § 18 II KO die im ersten Absatz erwähnte »Forderung wegen (der) Nichterfüllung« so definiert, daß sie einen dem Gläubiger entgangenen Weiterveräußerungsgewinn nicht mitumfaßt, und meinte, daß Gleiches für die im damaligen § 26 Satz 2 KO (nunmehr § 103 II 1 InsO) erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung« auch dann gelten müsse, wenn der ihr zugrundeliegende Vertrag nicht unter § 18 KO (§ 104 InsO) falle. Zur Verdeutlichung diene LEHMANN das folgende Beispiel⁴¹¹:

»Der Gemeinschuldner verkauft vor der am 1.4. erfolgenden Eröffnung des Konkursverfahrens an den Kontrahenten Ware zum Preise von 1.000 DM, lieferbar am 15.4. Der Marktpreis beträgt vor dem 1.4. 1.150 DM und am 1.4.⁴¹² 1.100 DM. Der Kontrahent verkauft die Ware vor der Lieferung und vor der Eröffnung des Konkursverfahrens per 15.4. für 1.150 DM weiter.«

- 5.120** Mit Blick auf dieses Beispiel entwickelte LEHMANN die folgende Argumentation: Wenn beide Vertragsparteien noch keinerlei Leistungen erbracht hätten⁴¹³, belaufe sich die dem Käufer zustehende Insolvenzforderung gem. § 18 II KO (§ 104 III InsO) auf 100 DM; d. i. der Unterschiedsbetrag zwischen dem Kaufpreis von 1.000 DM und dem Marktpreis von 1.100 DM. Der Käufer erziele also, abgesehen von der von jedem Insolvenzgläubiger hinzunehmenden Beschränkung auf die Quote, aus dem Geschäft mit dem Gemeinschuldner einen rechnerischen Gewinn von 100 DM. Den weiteren Gewinn von 50 DM aus dem abgeschlossenen, »jedoch infolge der Nichtlieferung des Gemeinschuldners und des Konkursverwalters nicht durchführbaren« Weiterverkauf büße der Käufer ein. Wenn dies aber so sei, dann gebiete es das »Konkursprinzip der par conditio«, auch den Gläubigern aus *nicht* dem § 18

411 J. LEHMANN S. 24 f. (fast wortgleich später WIECHERS S. 3).

412 Wegen § 18 II KO bzw. nunmehr § 104 III InsO hätte besser der Marktpreis vom 3.4. angegeben werden sollen (insoweit korrekter WIECHERS S. 3).

413 J. LEHMANN S. 25 Fall b.

KO (§ 104 InsO) unterliegenden Verträgen die Geltendmachung des infolge der konkursbedingten Nichtbelieferung entgangenen Weiterveräußerungsgewinns unter allen Umständen zu verwehren⁴¹⁴.

M. E. trägt LEHMANNS Argumentation das von ihm vertretene Ergebnis nicht. **5.121** Denn die Ausgangsthese, daß § 18 II KO bzw. § 104 III InsO dem Käufer in dem dort vorausgesetzten Fall den Weiterveräußerungsgewinn vorenthalten wolle, trifft nur scheinbar zu. In Wirklichkeit liegt der Grund, weshalb § 104 III InsO die in § 103 I InsO erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung« nicht auch auf einen entgangenen Weiterveräußerungsgewinn erstreckt, aber darin, daß § 104 InsO ohnehin nur solche Verträge erfaßt, für die es am zweiten Werktag nach der Verfahrenseröffnung⁴¹⁵ (hilfsweise am ersten Werktag nach Verfahrenseröffnung oder direkt am Tag der Verfahrenseröffnung⁴¹⁶) sowohl einen Markt als auch einen Markt- oder Börsenpreis gibt, und daß es in diesen Fällen eines Anspruchs auf Ersatz des infolge des durch die Verfahrenseröffnung bedingten Ausfalls der Lieferung entgehenden Weiterveräußerungsgewinns schon deshalb nicht bedarf, weil dem Käufer ein solcher Gewinn bei richtigem Verhalten gar nicht entgehen kann: Die Fälle des § 104 InsO liegen ja gerade so, daß der Käufer auf die Lieferung des Schuldners nicht *wirklich* angewiesen ist, da noch andere Anbieter am Markt sind, bei denen er einen Deckungskauf tätigen kann. Diesen entscheidenden Punkt übersieht LEHMANN, wenn er meint, daß eine Anwendung des § 18 II KO (§ 104 III InsO) auf seinen hier bei Rn. 5.119 wiedergegebenen Beispielsfall ergebe, daß der Käufer den Gewinn von 50 DM aus dem abgeschlossenen, »jedoch infolge der Nichtlieferung des Gemeinschuldners und des Konkursverwalters nicht durchführbaren« Weiterverkauf einbüße: § 18 KO bzw. § 104 InsO *geht doch gerade davon aus*, daß dem Käufer ein Deckungsgeschäft, zu dessen Abschluß diese Bestimmung ihn durch den Ausschluß des dem Insolvenzverwalter ansonsten zustehenden Wahlrechts (§ 103 InsO) und der damit verbundenen Schwebelage ermutigen will⁴¹⁷, aufgrund der im Tatbestand voraus-

414 J. LEHMANN § 9.

415 Vgl. § 18 II KO bzw. § 104 III InsO.

416 Bewußt nicht in § 104 InsO übernommen wurde § 18 III KO, der für den Fall, daß ein »solcher« (gemeint war ein auf den *zweiten* Werktag nach Verfahrenseröffnung bezogener) »Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln« war, eine Anwendung des dem heutigen § 104 I InsO entsprechenden § 18 I KO gänzlich ausschloß. Im Rechtsausschuß war die ersatzlose Streichung des § 18 III KO wie folgt begründet worden (vgl. BT-Drucks. 12/7302 S. 168): Die Anwendung des § 104 InsO solle »nicht daran scheitern, daß im Einzelfall die Feststellung Schwierigkeiten bereitet, welcher Marktpreis am zweiten Tag nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens maßgeblich ist«. Beispielsweise solle § 104 InsO »auch auf Termingeschäfte anzuwenden sein, bei denen der Zeitpunkt für die Leistungen am ersten Tag nach der Verfahrenseröffnung liegt; bei einem solchen Geschäft (werde) man den Markt- oder Börsenpreis an diesem Tag für maßgeblich halten müssen«.

417 Vgl. MOTIVE zur KO S. 70 = HAHN Bd. IV S. 89: »In welche Lage würde der Mitkontrahent kommen, wenn er in der Ungewißheit bliebe, ob das Geschäft mit dem Gemeinschuldner erfüllt werden wird oder nicht? Der Käufer des Gemeinschuldners kann nicht riskieren, daß dessen Leistung unterbleibt; er muß weiter liefern und daher doppelt kaufen, wählte trotzdem der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages, so hätte der Kontra-

gesetzten Marktsituation noch *möglich* ist⁴¹⁸, daß also der im ersten Absatz ausgesprochene Wegfall der beiderseitigen Erfüllungsansprüche die Durchführung eines bereits getätigten Weiterverkaufs nicht hindert (wie aber LEHMANN anzunehmen scheint), sondern fördert. Wenn § 104 III InsO die für die Fälle des § 104 I (und II) InsO gewährte »Forderung wegen der Nichterfüllung« nicht auch auf den entgangenen Weiterveräußerungsgewinn erstreckt, dann geschieht dies also nicht deshalb, weil *kein* Insolvenzgläubiger berechtigt sein soll, eine Forderung auf Ersatz des infolge des insolvenzbedingten Ausbleibens der Leistung entgangenen Weiterveräußerungsgewinns anzumelden, sondern deshalb, weil es zu weit ginge, dieses Recht auch demjenigen zuzugestehen, dem dieser Gewinn nur deshalb entgangen ist, weil er von der – in den Fällen des § 104 InsO immer vorauszusetzenden – Möglichkeit des Deckungskaufs trotz des Umstandes nicht Gebrauch gemacht hat, daß § 104 InsO ihm diesen Weg durch die Gewährung einer den etwaigen Mehrpreis deckenden Insolvenzforderung (§ 104 III InsO) und durch den Ausschluß des dem Insolvenzverwalter an sich nach § 103 InsO zustehenden Wahlrechts (§ 104 I, II InsO) wesentlich erleichtert. Wegen dieser Zusammenhänge wäre es verfehlt, aus dem Umstand, daß § 104 InsO seine »Forderung wegen der Nichterfüllung« nicht auf den etwa entgangenen Weiterveräußerungsgewinn erstreckt, zu schließen, daß dieser Schadensposten auch in den *nicht* unter § 104 InsO subsumierbaren Fällen von der Berücksichtigung als Insolvenzforderung ausgeschlossen sei⁴¹⁹.

5.122 § 104 InsO ist übrigens auch insofern eine nicht verallgemeinerungsfähige Sonderbestimmung, als er nicht nur dem Vertragspartner, sondern auch dem in ein Insolvenzverfahren geratenen Schuldner selbst (und damit auch dem Insolvenzverwalter) den Erfüllungsanspruch entzieht und das »Lieferungsgeschäft« endgültig

hent unnützlich und, bei ungünstiger Konjunktur, mit doppeltem Verlust gekauft Der Kontrahent, welcher in einer zusammengehörigen Reihe von Operationen sich befindet, muß sich decken können, er muß vor dem Lieferungstermin wissen, ob das eine Geschäft erfüllt wird oder nicht, damit er letzteren Falls die Freiheit der Operation mit Rücksicht auf das andere habe. Hier kann der Kontrahent nicht auf eine richterliche Entscheidung darüber verwiesen werden, ob der Verwalter sein Wahlrecht rechtzeitig ausgeübt habe oder nicht. Der Verkehr, den das Recht nicht hemmen, sondern schützen soll verbietet das Wahlrecht . . .« (Hervorhebungen nicht im Original).

418 Vgl. soeben Fn. 417 und – bezogen auf Deckungskäufe des *Konkursverwalters* – die MOTIVE zur KO S. 71 = HAHN Bd. IV S. 90: »Man hat ferner darauf hingewiesen, daß durch die Vorschrift des § 16 (später § 18 KO, nunmehr § 104 I, III InsO) der Konkursmasse der Vortheil abgeschnitten würde, welcher für sie im einzelnen Fall, namentlich bei der Fortführung einer Fabrik, die Erfüllung des Lieferungsgeschäfts gewähren könnte. Das ist nur scheinbar der Fall. Die Zahlung des Geldvortheils entgeht der Konkursmasse nicht; und die Waare selbst kann, wenn an dem Erfüllungsort schon das Zeitgeschäft einen Markt- oder Börsenpreis findet, durch Kassa- oder Lokogeschäft ohne Zweifel von dem Verwalter jederzeit beschafft oder abgesetzt werden« (Hervorhebungen nicht im Original).

419 Der hier vertretenen Kritik zustimmend KEPPLINGER S. 243 f.

tig, also nicht nur für die Dauer des Insolvenzverfahrens⁴²⁰, in ein »Differenzgeschäft« zugunsten der einen oder der anderen Seite⁴²¹ »auflöst«⁴²².

3. Wertungswiderspruch zu §§ 38, 39 I Nr. 1, 81 I 1, 91 I InsO?

Klärungsbedürftig ist des weiteren die Frage, ob die Verfahrensteilnahme mit erst aus Anlaß oder jedenfalls nicht *vor* der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworbenen Schadensersatzansprüchen nicht an einer zeitlichen Zäsur scheitern muß, die sich wie ein roter Faden durch die §§ 38, 39 I Nr. 1, 81 I 1, 91 I InsO zieht: **5.123**

Gem. § 38 InsO dient die Insolvenzmasse zur Befriedigung derjenigen Gläubiger, deren Forderungen bereits *zur Zeit der Verfahrenseröffnung* »begründet« waren. Zwar darf, wie sich aus §§ 77 III Nr. 1, 191, 237 I 1 InsO ergibt, der Begriff des »Begründetseins« nicht mit »Entstehung« gleichgesetzt werden⁴²³. Als Insolvenzgläubiger teilnahmeberechtigt sind nach den erwähnten Bestimmungen auch solche Gläubiger, deren Forderungen zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch von einer aufschiebenden Bedingung abhängig waren. Ob die Geltung der Bedingung auf rechtsgeschäftlicher Vereinbarung oder auf Gesetz beruht, spielt keine Rolle⁴²⁴. **5.124**

Wichtige Einschränkungen der Verfahrensteilnahme mit aufschiebend bedingten Forderungen (Rn. 5.124) ergeben sich jedoch aus §§ 39 I Nr. 1, 81 I 1, 91 I InsO. Da die hier zu erörternden Streitfragen bisher nur im Zusammenhang mit den entsprechenden Vorschriften der *KO* diskutiert worden sind, wird die Diskussion im folgenden primär aufgrund der *bisherigen* Gesetzeslage fortgesetzt und erst dann (aber jeweils im Zusammenhang) die Übertragbarkeit der Ergebnisse auf das insoweit nicht ganz identische Normengefüge der InsO geprüft. **5.125**

Nach § 71 KO waren »Rechtshandlungen« (§ 81 I 1 InsO spricht jetzt nur noch von »Verfügungen«⁴²⁵), die der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung vornahm, **5.126**

420 Für *Endgültigkeit* auch HESS InsO¹ § 104 Rn. 34 ff.; HK-InsO/MAROTZKE² § 104 Rn. 2 und – allerdings noch zur KO – JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 18 Rn. 17 f.; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 18 Rn. 8; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzzesetze, 1997, KO¹⁷ § 18 Anm. 2; PETERSEN/KLEINFELLER KO § 18 Anm. 6 (m. w. N.); v. SARWEY/BOSSERT KO § 18 Anm. 7 (m. w. N.); a. M. v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE KO⁶ § 18 Anm. 6; OETKER ZZP 14 (1890) 1, 37 f.; SEUFFERT S. 191 f.; vgl. auch BENZLER ZInsO 2000, 1, 7 (dazu HK a. a. O.).

Für die hier vertretene h. M. spricht, daß § 104 InsO beiden Vertragsparteien den Weg zu anderweitigen Dispositionen ebnet und im Interesse einer schnellen Klärung der Verhältnisse sogar das dem Insolvenzverwalter an sich zustehende Wahlrecht aus § 103 InsO beseitigt (vgl. o. Fn. 417 f.). Mit dieser Intention wäre eine *auf das Verfahren beschränkte* Wirkung des § 104 InsO nicht zu vereinbaren.

421 Die Differenzforderung des § 104 InsO kann nicht nur dem anderen Vertragsteil, sondern je nach Lage des Falles auch einmal dem Schuldner bzw. dessen Insolvenzverwalter zustehen. Vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 18 Rn. 19, 20; HK-InsO/MAROTZKE² § 104 Rn. 9 ff.

422 Vgl. MOTIVE zur KO S. 71 = HAHN Bd. IV S. 90.

423 BFH KTS 1982, 289 f.; KNOBBE-KEUK BB 1977, 757 f. ad II 2.

424 Vgl. o. Fn. 211 zu Rn. 5.62.

425 Zur Bedeutung dieses Unterschieds vgl. u. Rn. 5.128 (Fn. 431 f.), 5.131 ff.

den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Die MOTIVE des dem heutigen § 38 InsO entsprechenden § 3 (zuvor § 2) KO folgern daraus, daß eine Forderung, »soweit sie erst . . . nach Eröffnung des Verfahrens durch eine Handlung des Gemeinschuldners entstanden, umgestaltet oder vollendet worden ist«, von der Konkurserteilnahme ausgeschlossen sei, während Forderungen, die vor der Konkurserteilnahme begründet, wenn auch noch nicht »perfekt« gewesen seien, nach §§ 67, 154 KO (§ 191 InsO) berücksichtigt würden, »wenn nur ihre Perfektion ohne jedes Zuthun des Gemeinschuldners« eintrete⁴²⁶. Ähnlich heißt es in den MOTIVEN zu § 67 (zuvor § 60) KO⁴²⁷: »Bedingungen, deren Erfüllung auf eine Thätigkeit des Gemeinschuldners gestellt ist, schließen die Forderung von der Theilnahme am Konkursverfahren gänzlich aus; jede Rechtshandlung, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung desselben vornimmt, ist in Bezug auf die Konkursgläubiger nichtig (Entwurf § 6 [späterer § 7 KO]); die Erfüllung der Bedingung durch ihn vermag daher eine Konkursforderung nicht zu erzeugen«⁴²⁸.

5.127 Speziell zu der hier interessierenden Frage der Verfahrensteilnahme mit einem erst nach Verfahrenseröffnung erworbenen Schadensersatzanspruch schreibt HENCKEL in der neunten Auflage des JAEGERschen Kommentars zur KO⁴²⁹:

»Es entspricht dem Zweck des § 7, daß auch die Vermehrung der Schuldenmasse von der Konkurserteilnahme an dem Willensbereich des Gemeinschuldners entzogen bleiben soll. Löst er durch sein Tun oder Unterlassen, mit Einschluß des Verzugs . . . , auf vorhandener Rechtsgrundlage Verbindlichkeiten aus, dann steht der Gläubiger wie ein Neugläubiger außerhalb des Konkurses. Das Forderungsrecht kommt zwar zustande, bleibt aber einerseits unanmeldbar, andererseits von den §§ 14, 193 unberührt.«

5.128 Sieht man von der sich auf die §§ 14, 193 KO (§§ 89 I, 217, 224, 254 InsO) beziehenden Bemerkung des Schlußsatzes einmal ab⁴³⁰, so wird man diesen Aus-

426 MOTIVE zur KO S. 26 = HAHN Bd. IV S. 53.

427 § 67 KO bestimmte: »Forderungen unter aufschiebender Bedingung berechtigen nur zu einer Sicherung.« Vgl. ergänzend §§ 154, 156, 168 Nr. 2 KO und den als Zusammenfassung aller in dieser Fn. erwähnten Vorschriften gedachten § 191 InsO.

428 MOTIVE zur KO S. 279 = HAHN Bd. IV S. 259.

429 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 3 Rn. 37; fast wortgleich § 3 Rn. 15 (ß) der Voraufgabe (LENT) und § 3 Rn. 15 der 6./7. Auflage (JAEGER). Vgl. auch KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 3 Rn. 12, 24; HESS KO⁶ § 3 Rn. 26; dens. InsO¹ § 38 Rn. 27; HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 1. Aufl. 1992, S. 404; dens., 2. Aufl. 1998, Rn. 20.24 S. 381 f.

430 M. E. läßt sich die Nichtanwendung des den Insolvenzgläubigern die Einzelzwangsvollstreckung verwehrenden § 14 KO / § 89 I InsO nur insoweit rechtfertigen, wie der Schadensersatzanspruch kein Recht auf die Quote verleiht. Und das Recht auf die Quote kann bei einem Schadensersatzanspruch wegen *Nichterfüllung* (§§ 325, 326 BGB) höchstens insoweit zweifelhaft sein, wie der betreffende Ersatzanspruch den Betrag oder den Wert (§ 69 KO / § 45 Satz 1 InsO) der nicht erfüllten Primärforderung übersteigt.

Was schließlich die Wirkungen eines etwaigen Zwangsvergleichs angeht (§ 193 KO), so ist zu berücksichtigen, daß diese i. d. R. beschränkender Natur sind und daß § 7 KO dem Schuldner sicher nicht die Rechtsmacht verleihen wollte, einzelne Insolvenzgläubiger schon vor Abschluß des Vergleichs von dessen Wirkungen zu befreien (vgl. auch § 181 Satz 3 KO [§ 226 InsO]). Übrigens stellte sich die Frage, ob der Vergleich auch für und gegen die Gläubiger wirkt, deren zur Zeit der Verfahrenseröffnung begründete Forderung

fürhungen für das *bisherige* Recht⁴³¹ zustimmen dürfen, soweit sie *die* Schadensersatzforderungen von der Verfahrensteilnahme ausschließen wollen, die der Schuldner nach der Verfahrenseröffnung durch ein *positives Tun* zur Entstehung bringt⁴³². Nur insoweit ist diese Ansicht durch die Entscheidung des RG vom 4. 11. 1904 bestätigt worden⁴³³.

Im übrigen hat sich das RG in derselben Entscheidung ausdrücklich zu der Auffassung bekannt, »daß nach § 26 (früher § 21) KO eine nach bürgerlichem Rechte bestehende Forderung auf das Erfüllungsinteresse als Konkursforderung geltend gemacht werden kann, ... sowie daß es der Geltendmachung einer solchen Forderung auf das Erfüllungsinteresse (oder auf die Vertragsstrafe) als Konkursforderung nicht entgegensteht, wenn eine nach der Konkursöffnung eingetretene Nichterfüllung ihren Grund etwa in der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, in dem Nichtwollen oder Nichterfüllen des Konkursverwalters hat«⁴³⁴. Diese

gen sich erst während des Verfahrens in Schadensersatzansprüche verwandelt haben, auch im konkursabwendenden Vergleichsverfahren nach der VerglO, die eine dem § 7 KO entsprechende Bestimmung nicht enthielt. Für dieses Verfahren vertrat BLEY die Ansicht, daß »Sekundärverpflichtungen« des (Vergleichs-)Schuldners »wegen Verzögerung, Nicht- oder Schlechterfüllung, deren Umstände erst nach Eröffnung des Verfahrens eintreten, ... im Vergleichsverfahren zu den ausgeschlossenen Ansprüchen gehören und mit Bestätigung des Vergleichs als erlassen gelten« müßten, falls »der Primäranspruch Vergleichsforderung« sei (BLEY VerglO² § 25 Anm. 34 – ebenso an gleicher Stelle die von MOHR-BUTTER bearbeitete 4. Auflage –; vgl. ergänzend a. a. O. § 25 Anm. 38, § 34 Anm. 6 ad b, c sowie § 36 Anm. 56).

431 Aber nicht auch für das *neue* Insolvenzrecht (a.M. KEPPLINGER S. 248; HÄSEMEYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.24 S. 381 f.). Von Bedeutung ist hier nicht nur der bei Rn. 5.131 ff. näher beleuchtete Formulierungsunterschied zwischen § 7 I KO und § 81 I 1 InsO, sondern auch die vom bisherigen § 1 I KO abweichende Grundsatzentscheidung der InsO, außer dem bei Verfahrenseröffnung bereits vorhanden gewesenen Vermögen des Schuldners auch solches Vermögen als Massebestandteil zu behandeln, das der Schuldner -z. B. durch Einsatz seiner Arbeitskraft – erst »während des Verfahrens erlangt« (§ 35 InsO). Denn wenn nunmehr auch *Neuerwerb* zur Insolvenzmasse gehört (und zwar auch dann, wenn er vom Schuldner durch positives Tun »erarbeitet« wurde), dann wird man auch die *Haftbarkeit* der Masse für Schadensersatzansprüche, die dadurch entstehen, daß der Schuldner während des Verfahrens die Primärforderung eines *Insolvenzgläubigers* durch eigenes positives Tun verletzt, in einem neuen Licht beurteilen müssen: Einer Insolvenzmasse, der es zum Vorteil gereicht, daß der Schuldner während des Verfahrens neues Vermögen »erwirbt«, kann man durchaus auch die Nachteile zumuten, die daraus resultieren, daß der Schuldner eine ohnehin schon bestehende Verbindlichkeit während des Verfahrens noch weiter »verdirbt«.

432 Aber auch insoweit läßt sich sehr darüber streiten, ob *jede* die Schuldenmasse vergrößernde Handlung des Gemeinschuldners an § 7 KO gemessen werden kann. Vgl. RGZ 59, 53, 54 f., 56 ff. mit umfangreichen Nachweisen zum damaligen Meinungsstand. Das RG hat sich hier für eine recht großzügige Handhabung des § 7 KO ausgesprochen. Diese Großzügigkeit wird man auf § 81 I 1 InsO, der im Gegensatz zum bisherigen § 7 KO nicht mehr von »Rechtshandlungen«, sondern nur noch von »Verfügungen« spricht, nicht unbezogen übertragen dürfen. Vgl. auch Fn. 431.

433 Vgl. RG a. a. O. S. 56 ff. (Vertragsstrafe wegen Zuwiderhandlung gegen ein Konkurrenzverbot); KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 3 Anm. 4 e.

434 RG a. a. O. S. 55 unter Hinweis auf seine frühere Rspr. (RGZ 21, 5 ff.; 26, 85, 92). Ebenso KOHLER, Lehrbuch S. 324 Fn. 1, 326; v. WILMOWSKI/KURLBAUM KO⁶ § 3 Anm. 8 und –

Rechtsprechung steht in Einklang mit den MOTIVEN zur KO, die die Ansicht, daß sich die in § 26 Satz 2 KO (§ 103 II 1 InsO) erwähnte und für konkursteilnahme-fähig erklärte »Forderung wegen der Nichterfüllung« auf Ersatz des vollen Nicht-erfüllungsschadens einschließlich des etwa entgangenen Gewinns richte, als »im Allgemeinen« zutreffend bezeichnen⁴³⁵. Denn »im Allgemeinen« ist die Sachlage ja gerade die, daß dieser Schadensersatzanspruch seine Entstehung dem Umstand verdankt, daß der Schuldner wegen eines (von ihm analog § 279 BGB stets zu vertretenden) Mangels an Geld ein Insolvenzverfahren über sich ergehen lassen muß und infolge des damit einhergehenden Verlusts seiner Verfügungsmacht (§§ 6, 7 KO bzw. §§ 80 I, 81 InsO) die Möglichkeit verliert, seine Verbindlichkeit ordnungsgemäß zu erfüllen⁴³⁶. Da dieser Schadensersatzanspruch auf dem verfahrensbedingten *Leistungsunvermögen* des Schuldners und nicht auf einem nach der Verfahrenseröffnung liegenden *Verhalten* desselben beruht, könnte seine Berücksichtigungsfähigkeit als Insolvenzforderung durch keine noch so extensive Auslegung des § 7 I KO (§ 81 I 1 InsO) in Zweifel gezogen werden⁴³⁷.

5.130 Ebenso muß der Gläubiger seinen Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens aber auch dann als Insolvenzforderung geltend machen können, wenn der Schuldner über genügend freie Mittel verfügt, um seine Primärschuld zu erfüllen, er von dieser Möglichkeit jedoch trotz Mahnung und einer den Erfordernissen des § 326 I BGB entsprechenden Nachfristsetzung⁴³⁸ nicht Gebrauch macht. Denn hier liegt das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten des Schuldners zwar nach der Verfahrenseröffnung, doch kann es als schlichtes Nichtstun nicht als eine *Rechtshandlung* i. S. des § 7 KO (und erst recht nicht als »Verfügung« i. S. des inzwischen an dessen Stelle getretenen § 81 I 1 InsO⁴³⁹) qualifiziert werden⁴⁴⁰. Der vielleicht naheliegende Versuch, die verzugsbegründende Unterlassung des Schuldners wegen der diesem obliegenden Rechtspflicht zum Tätigwerden einer »Rechtshandlung« i. S. des § 7 KO (oder sogar einer »Verfügung« i. S. des § 81 I 1

aber nur für die Fälle des § 17 KO (§ 103 InsO) – JAEGER/LENT KO⁸ § 62 Rn. 3 (dort keine Ausführungen zu § 7 KO, vgl. aber soeben Rn. 5.127 mit Fn. 429).

435 MOTIVE zur KO S. 94 = HAHN Bd. IV S. 108. Dazu schon o. Rn. 5.116 mit Fn. 407.

436 Vgl. §§ 325, 275 II BGB und o. Rn. 5.76 ff.

437 Zust. KEPLINGER S. 245 f.; a.M. wohl HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.24 S. 381 f. Eine ganz andere Frage ist, ob sich der Gläubiger in den Fällen des § 103 I InsO schon vor einer Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters auf das verfahrensbedingte Unvermögen des Schuldners berufen kann. Vgl. dazu o. Rn. 5.81 f.

438 Vgl. o. Rn. 5.95 ff.

439 Vgl. schon Fn. 425, 431 f. und u. Rn. 5.131 ff.

440 v. WILMOWSKI/KURLBAUM KO⁶ § 3 Anm. 8; vgl. auch PLÜNDER S. 32 und HELLMANN S. 268 f. (die eine Konkursforderung bejahen, ohne § 7 KO überhaupt zu erwähnen); zweifelnd PFLUG AG 1986, 305, 314 (r. Sp.); a.M. BROCKELMANN S. 23 f.; JAEGER, LENT, HENCKEL, UHLENBRUCK (s. o. Fn. 429), SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL (vgl. o. Rn. 5.91 Fn. 302). Vgl. auch Th. WOLFF KO § 7 Anm. 2: »Eine unwirksame Rechtshandlung ist auch die Tätigkeit oder *Unterlassung* des Gemeinschuldners, durch welche eine Potestativbedingung erfüllt wird« (Hervorhebung von mir). Auch v. SARWEY/BOSSERT KO § 3 Anm. 1 (ad 2.), PETERSEN/KLEINFELLER KO § 67 Anm. 4 und UNGER S. 51 stellen das Unterlassen dem positiven Tun gleich.

InsO?) gleichzustellen und deren zum Schadensersatz verpflichtende Wirkung im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und der Insolvenzmasse analog § 7 KO zu negieren, wäre m. E. zu verwerfen⁴⁴¹. Denn es gibt keinen sachlichen Grund, im Rahmen der Frage, ob der Gläubiger seinen Schadensersatzanspruch als Konkursforderung geltend machen kann, danach zu differenzieren, ob der Schuldner seine *primäre* Verbindlichkeit nicht erfüllen *kann* oder nur nicht erfüllen *will*: Für das hier allein interessierende Verhältnis der Konkursgläubiger untereinander ist dieser Unterschied ohne Belang.

Soweit die bei Rn. 5.126 ff. angestellten Überlegungen zu dem Ergebnis führten, **5.131** daß § 7 I KO den Gläubiger nicht hindert, einen erst während des Konkurses gegen den Schuldner erworbenen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Konkursforderung geltend zu machen, hat sich an der Rechtslage auch dadurch nichts geändert, daß an die Stelle des § 7 I KO am 1. 1. 1999 der § 81 I 1 InsO getreten ist. Man kann sogar sagen, daß dort, wo bisher *nicht einmal* § 7 I KO die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs als Insolvenzforderung hindern könnte (weil die Umwandlung der Primär- in eine Schadensersatzforderung nicht auf einer nach § 7 I KO unwirksamen »Rechtshandlung« des Schuldners beruhte), *erst recht nicht dem* § 81 I 1 InsO ein solches Hindernis entnommen werden kann. Der Grund für diesen Erst-Recht-Schluß liegt in einer sprachlichen Abweichung des § 81 I 1 InsO vom bisherigen § 7 I KO, die in der Begründung der dem § 81 InsO entsprechenden Bestimmung des Regierungsentwurfs wie folgt kommentiert wird⁴⁴²:

»Die Vorschrift entspricht in ihren Absätzen 1 und 3 im Grundsatz § 7 KO. Während dieser **5.132** allerdings allgemein von »Rechtshandlungen« des Schuldners spricht und damit Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte sowie sonstige Handlungen mit rechtlicher Wirkung erfaßt, ist die neue Vorschrift auf Verfügungen beschränkt. Daß Verpflichtungen, die der Schuldner nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet hat, im Verfahren nicht geltend gemacht werden können, ergibt sich bereits aus § 45 des Entwurfs⁴⁴³. Sonstige Rechtshandlungen des Schuldners haben nach der ergänzenden Vorschrift des § 102 des Entwurfs⁴⁴⁴, die dem bisherigen § 15 KO entspricht, keine Wirkungen für die Insolvenzmasse.«

Aufgrund dieser neuen Gesetzeslage kann die Frage, ob Schadensersatzansprüche, **5.133** die aus der Primärforderung des Gläubigers erst infolge eines *nach* Verfahrenseröffnung liegenden Tuns oder Unterlassens des Schuldners hervorgehen, gleichwohl »Insolvenzforderungen« i. S. des § 38 InsO sein und als solche gegen die Masse verfolgt werden können, nicht allein schon wegen § 81 I 1 InsO verneint werden. Denn im Gegensatz zum bisherigen § 7 I KO (Rn. 5.126 ff.) erklärt § 81 I 1 InsO nicht *jede* nach Verfahrenseröffnung vorgenommene »Rechtshandlung«

441 Zust. KEPPLINGER S. 246 (aber auch S. 248?); a. M. HÄSEMEYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.24 S. 382 f. (jeweils bereits für das *neue* Insolvenzrecht); vgl. auch u. Rn. 5.131 ff.

442 BT-Drucks. 12/2443 S. 135 f. (zu § 92 RegEInsO). Vgl. auch u. Rn. 7.116 f. sowie die Gesetzeskritik von v. OLSHAUSEN ZIP 1998, 1093 ff.

443 Gemeint ist der dem bisherigen § 3 I KO entsprechende § 38 InsO.

444 Vgl. jetzt § 91 InsO.

des Schuldners, sondern nur nach Verfahrenseröffnung vorgenommene »Verfügungen« desselben für unwirksam. Letztlich nicht einschlägig ist auch der dem bisherigen § 15 Satz 1 KO entsprechende § 91 I InsO⁴⁴⁵, der zwar nicht nur »Verfügungen«, sondern auch sonstige Rechtshandlungen⁴⁴⁶ des Schuldners betrifft, aber von der Rechtsfolgesseite her nicht paßt: § 91 I InsO regelt nicht die *schuldrechtlichen* Folgen von nach Verfahrenseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen des Schuldners, sondern beschränkt sich auf den die *dingliche* Ebene betreffenden Satz, daß »Rechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse« nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch dann nicht wirksam erworben werden können, wenn »keine Verfügung des Schuldners ... zugrunde liegt«. Völlig zu Recht stützt deshalb die bei Rn. 5.132 wiedergegebene Passage der Begründung des Regierungsentwurfs die These, »daß *Verpflichtungen*, die der Schuldner nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet hat, im Verfahren nicht geltend gemacht werden können,« ausschließlich auf § 38 InsO. Gerade diese (dem bisherigen § 3 I KO entsprechende) Bestimmung steht jedoch der Annahme, daß im Verfahren auch solche Forderungen geltend gemacht werden können, die bei Verfahrenseröffnung erst *aufschiebend bedingt* begründet waren, nicht⁴⁴⁷ bzw. nur dann entgegen, wenn sich dies aus der *Art* der bei Verfahrenseröffnung noch nicht eingetretenen Bedingung ergibt⁴⁴⁸. Daß solch ein Ausnahmefall hier gegeben sei, konnte zumindest im Zusammenhang mit dem *neuen* Insolvenzrecht bisher⁴⁴⁹ nicht festgestellt werden.

- 5.134** Im Anwendungsbereich des *bisherigen* Rechts konnte man allerdings erwägen, ob sich eine Grenze für die Konkursteilnahme mit Schadensersatzansprüchen, die ihre Ursache in einem *Verzug* des Schuldners haben, evtl. aus § 63 Nr. 1 KO ergab. Nach dieser Bestimmung konnten die seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsen einer Konkursforderung im Verfahren nicht angemeldet werden (anders jetzt § 39 I 1 InsO, der wenigstens die *nachrangige* Berücksichtigung solcher Zinsforderungen zuläßt). § 63 Nr. 1 KO galt unstreitig auch für *Verzugszinsen*⁴⁵⁰. Aus einer insoweit inhaltsgleichen, wenn auch anders formulierten Bestimmung der *Preußischen* KO⁴⁵¹ hatte das ROHG im Jahre 1877 gefolgert, daß ein Konkursgläubiger einen ihm nach materiellem Recht zustehenden Anspruch auf Ersatz von Verzugschäden nur insoweit zur Tabelle anmelden könne, wie sich diese Schäden auf die Zeit vor Konkurseröffnung bezögen: Indem die KO »den Anspruch auf Conven-

445 Zust. KEPPLINGER S. 246; a. M. HÄSEMEYER a. a. O. (s. o. Rn. 5.130 Fn. 441).

446 Vgl. den letzten Satz des Zitats bei Rn. 5.132.

447 Vgl. o. Rn. 5.124.

448 Vgl. o. Rn. 5.125 ff.

449 Vgl. o. Rn. 5.125 ff. (besonders Rn. 5.128 Fn. 431).

450 MOTIVE zur KO S. 270 = HAHN Bd. IV S. 252; JAEGER/LENT KO⁸ § 63 Rn. 2; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 63 Rn. 2.

451 § 12 PrKO: »Die Konkurseröffnung hemmt zu Gunsten der Konkursmasse den Lauf der Zinsen einer jeden Forderung, welche nicht mit Pfand oder Hypothek versehen ist. Ist eine Forderung mit Pfand oder Hypothek versehen, so können die seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsen nur aus dem zur Sicherheit dienenden Vermögensstücke gefordert werden.«

tional- wie Verzugszinsen, welche erst seit der Concurseröffnung laufen oder entstehen könnten, gegen die Concursmasse nicht« zulasse, indem sie »also aus der Concursmasse nicht einmal die *gewöhnliche* Vergütung ... für den aus der Zögerung des Schuldners entstandenen Nachtheil« gewähre, falls es sich um »Zögerung *während* des Concurses« handele, verwerfe sie »princiipiell auch den Anspruch auf das Zögerungsinteresse, welches über das gewöhnliche Maß hinaus im voraus vereinbart« sei (im konkreten Fall ging es um eine »nur auf die Zögerung in der Erfüllung gesetzte« Konventionalstrafe)⁴⁵².

M. E. war diese Schlußfolgerung des ROHG nach damaligem Recht (d. h. bis zum Inkrafttreten des § 39 I Nr. 1 InsO⁴⁵³) überzeugend, ihr Ergebnis aber gleichwohl nicht in dem Sinne verallgemeinerungsfähig, daß man auch einem erst während des Konkurses entstandenen Schadensersatzanspruch *aus* § 326 BGB die verfahrensmäßige Berücksichtigung verwehren mußte⁴⁵⁴. **5.135**

Denn das, was § 286 I BGB als einen »durch den Verzug entstehenden Schaden« bezeichnet, ist nicht identisch mit dem in § 326 BGB behandelten Schadensersatz »wegen Nichterfüllung«⁴⁵⁵. Und der Grund, aus dem § 63 Nr. 1 KO die Geltendmachung der seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsen ausschloß (nämlich weil die Berücksichtigung laufender Zinsen »die Vertheilung der Masse unnötig erschweren« würde, während »bei Nichtberücksichtigung derselben kein Gläubiger dem anderen gegenüber schlechter gestellt« sei⁴⁵⁶), trifft auf einen Anspruch auf Ersatz des *Nichterfüllungsschadens* nicht zu, weil sich dieser Anspruch von Zinsansprüchen u. a. dadurch unterscheidet, daß er sich mit Zeitablauf nicht notwendigerweise vergrößert. Auch die eher formale Erwägung der KO-MOTIVE, daß die seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsen »nicht als bedingte, sondern überhaupt nicht als Konkursforderung anzusehen« seien, da sie selbst dann, wenn »die Ursache der Zinsverpflichtung, der Zinsvertrag oder die gesetzliche Zahlbarkeit der Forderung oder der Verzug, in die Zeit vor der Konkurseröffnung« falle, »immer erst mit dem Ablauf der Zeit für die gehabte oder entzogene Benutzung des geschuldeten Gegenstandes« entstünden⁴⁵⁷, paßt nicht auf Schadensersatzansprü-

452 ROHG 22, 273, 275 (Hervorhebungen auch im Original).

453 Vgl. u. Fn. 457 a. E.

454 Daß der in § 326 BGB vorausgesetzte Verzug des Schuldners auch noch *während* des Konkurses (Insolvenzverfahrens) eintreten kann, wurde bereits bei Rn. 5.91 ff. dargelegt; auch das ROHG neigte dieser Ansicht zu (ROHG 22, 273, 276). § 63 Nr. 1 KO besagt zu dieser Frage nichts, da er nicht die materiellen Rechtsbeziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Gemeinschuldner betrifft, sondern nur die Frage, was der Gläubiger *aus der Konkursmasse* verlangen kann. Vgl. MOTIVE zur KO S. 270 = HAHN Bd. IV S. 252; KUHN/UHLENBRÜCK KO¹¹ § 63 Rn. 2.

455 Vgl. auch die Gegenüberstellung beider Schadensbereiche in den beiden Absätzen des § 286 BGB.

456 MOTIVE zur KO S. 270 = HAHN Bd. IV S. 252.

457 MOTIVE a. a. O. – Der dort genannte Grund für die These, daß die seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsforderungen nicht schon vor der Konkurseröffnung »begründet« i. S. d. § 3 I KO sein könnten, überzeugt aber nicht recht (vgl. auch §§ 67, 154 KO sowie die ausweichende Formulierung bei JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 3 Rn. 35). Die These selbst ist durch die Konkursnovelle von 1898 für den Fall des Nachlaßkonkurses (§ 214 KO)

che wegen *Nichterfüllung*, da diese den primären, schon vor der Konkurseröffnung begründet gewesenen Erfüllungsanspruch nicht ergänzen, sondern voll an dessen Stelle treten. Die Berücksichtigungsfähigkeit eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen *Nichterfüllung* war also durch § 63 Nr. 1 KO selbst dann nicht ausgeschlossen (bzw. sie ist selbst dann keine nur »nachrangige« i. S. d. § 39 I Nr. 1 InsO), wenn als einzige Anspruchsgrundlage § 326 BGB in Betracht kommt und der in dieser Vorschrift vorausgesetzte Verzug des Schuldners erst nach der Verfahrenseröffnung eingetreten ist. Nur wer sich auf den Standpunkt stellt, daß der durch § 326 BGB gewährte Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens einen etwaigen Verzögerungsschaden mitumfasse⁴⁵⁸, muß etwas vorsichtiger formulieren und einräumen, daß der Schadensersatzanspruch aus § 326 BGB durch den Rechtsgedanken des § 63 Nr. 1 KO *insoweit* von der Konkursteilnahme ausgeschlossen bzw. durch den Rechtsgedanken des § 39 I Nr. 1 InsO *insoweit* auf das Niveau einer »nachrangigen« Insolvenzforderung herabgedrückt wird, wie er sich auf Verzögerungsschäden bezieht, die auf ein in die Zeit nach Verfahrenseröffnung fallendes Verhalten des Schuldners zurückzuführen sind⁴⁵⁹.

- 5.137** Grundsätzlich kann sich ein Insolvenzgläubiger also auch mit *der* Schadensersatzforderung am Verfahren beteiligen, die ihm daraus erwächst, daß der Schuldner während des Verfahrens eine Mahnung und eine den Erfordernissen des § 326 BGB entsprechende Nachfristsetzung nicht beachtet⁴⁶⁰. Das gleiche Recht muß dem Gläubiger aber auch dann zugestanden werden, wenn ihm der Schuldner während des Insolvenzverfahrens dadurch nach § 326 BGB schadensersatzpflichtig wird, daß er ernsthaft und endgültig erklärt, seiner Verpflichtung nicht nachkommen zu wollen. Denn die Ankündigung eines Nichtstuns kann ebensowenig wie die durch sie überflüssig gewordene⁴⁶¹ Mahnung und Nachfristsetzung⁴⁶² und

relativiert worden: Hier schließen die §§ 226 II Nr. 1, 227 KO die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen nicht von der Konkursteilnahme aus, sondern weisen ihnen nur einen besonders schlechten Rang zu. Diese Regelung ist in § 39 I Nr. 1 InsO jetzt sogar für das »normale« Insolvenzverfahren übernommen und mit der Folge des *ersatzlosen* Wegfalls des § 63 Nr. 1 KO verallgemeinert worden.

- 458 Vgl. zu dieser nicht ganz leicht zu beantwortenden Frage BGHZ 88, 46, 49; 126, 131, 133 f.; BGH NJW 1997, 581, 582 = ZIP 1997, 147, 149; BGH NJW 1997, 1231 f. = ZIP 1997, 646 f.; STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 160 und – jedoch nicht direkt zu § 326 BGB – JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 204.
- 459 Vgl. auch BGH NJW 1959, 1819: »Ist der Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens *verjährt*, so kann der bis zum Eintritt der Unmöglichkeit durch den Verzug entstandene Schaden nicht als Rechnungsfaktor in den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung einbezogen werden.« Was hier zur Verjährung gesagt ist, muß entsprechend auch für den Ausschluß von der Konkursteilnahme (§ 63 Nr. 1 KO) bzw. für eine auf § 39 I Nr. 1 InsO beruhende Nachrangigkeit und ihr Verhältnis zu den »normalrangigen« übrigen Anspruchsteilen gelten.
- 460 Vgl. Rn. 5.130.
- 461 Vgl. statt aller STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 284 Rn. 67 f.; STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 138 ff.
- 462 Als Rechtshandlungen des *Gläubigers* unterliegen Mahnung und Nachfristsetzung nicht dem § 7 I KO (§ 81 I 1 InsO). Unzutreffend deshalb STRACKE S. 111, nach dessen Auffassung, die übrigens durch seine in Fn. 3 gegebenen Nachweise nicht gedeckt wird, »die

ebensowenig wie das angekündigte Nichtstun selbst⁴⁶³ einer nach § 7 I KO bzw. § 81 I 1 InsO zu beurteilenden Rechts»handlung« oder sogar »Verfügung«⁴⁶⁴ des Schuldners gleichgestellt werden.

Zu beachten ist allerdings, daß § 326 BGB einen Verzug des Schuldners und somit **5.138** Fälligkeit der Primärforderung voraussetzt⁴⁶⁵. Solange diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, kann sich der Schuldner durch seine endgültige Erfüllungsverweigerung nicht nach § 326 BGB, sondern allenfalls nach den Regeln über die positive Forderungsverletzung schadensersatzpflichtig machen⁴⁶⁶. Hinsichtlich dieser positiven Forderungsverletzung kam eine Anwendung des § 7 KO schon eher in Betracht. Denn hier geht es nicht lediglich darum, die Ankündigung des Untätigbleibens dem sicher nicht⁴⁶⁷ unter den Rechtsgedanken des § 7 KO subsumierbaren Unterbleibens der Leistung gleichzustellen, sondern möglicherweise außerdem noch um eine zeitliche Vorverlegung des Schadensersatzanspruchs vor den Fälligkeitstermin der Primärforderung. Da die letztgenannte Folge, falls man sie überhaupt anerkennt⁴⁶⁸, nicht bloß ein Unterlassen, sondern notwendigerweise das in der Erklärung, auch nach Fälligkeit der Primärschuld nicht leisten zu wollen, liegende positive Tun des Schuldners voraussetzt, wäre es durchaus vertretbar, die Konkursmasse in Analogie zu § 7 I KO vor ihr zu bewahren. Dieser – auf das *neue* Insolvenzrecht nicht übertragbare⁴⁶⁹ – Analogieschluß bedeutet jedoch nicht, daß sich der Gläubiger in diesen Fällen *niemals* mit einer Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung am Verfahren beteiligen könnte. Denn wenn man eine Haftung der Konkursmasse für die nach Verfahrenseröffnung begangene positive Forderungsverletzung des Schuldners verneint, bleibt dem Gläubiger im Verhältnis zur Masse immer noch der Rückgriff auf den Schadensersatzanspruch, den § 326 BGB ihm für den Fall gewährt, daß sich der Schuldner konsequent an seine Passivitätsankündigung hält und auf diese Weise zur Zeit des Fälligwerdens der geschuldeten Primärleistung ohne Mahnung von selbst in Verzug gerät⁴⁷⁰. Schon vor Eintritt dieser seinen Schadensersatzanspruch aufschiebenden »Bedingung«⁴⁷¹ kann der Gläubiger eine Sicherung verlangen (vgl. §§ 67, 154, 168 Nr. 2 KO und § 191 I InsO).

Entgegennahme der Mahnung durch den Gemeinschuldner gem. § 7 Abs. 1 KO gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam wäre« (ähnlich OFFTERMATT S. 115 f.). Vgl. dazu auch schon o. Rn. 5.95 ff. Fn. 337, 348.

463 Vgl. o. Rn. 5.130.

464 Vgl. o. Rn. 5.131 ff.

465 Vgl. o. Rn. 5.107.

466 Vgl. o. Rn. 5.108.

467 Vgl. o. Rn. 5.130.

468 Die Frage konnte bei Rn. 5.108 offengelassen werden.

469 Vgl. das in Fn. 431 zu Rn. 5.128 Ausgeführte. A. M. KEPPLINGER S. 248.

470 Denn in diesem Fall tritt der in § 326 BGB vorausgesetzte Schuldnerverzug automatisch auf Grund der vor Fälligkeit erklärten endgültigen Erfüllungsverweigerung ein. Vgl. die bei Rn. 5.107 Fn. 376 Genannten.

471 Die nachfolgend zitierten §§ setzen nicht voraus, daß die Geltung der »Bedingung« auf einem *Rechtsgeschäft* beruht. Vgl. schon Rn. 5.125 a. E. und speziell für § 67 KO die MOTIVE zur KO S. 279 ff. = HAHN Bd. IV S. 260 ff.; JAEGER/LENT KO⁸ § 67 Rn. 1.

4. Sonderprobleme bei Verträgen auf nicht vertretbare Leistungen des Schuldners⁴⁷²

- 5.139** »Ansprüche gegen den Gemeinschuldner auf Leistung oder Unterlassung einer individuellen, von seiner Person untrennbaren Handlung, welche einen Vermögenswerth nicht darstellt oder eine Schätzung nicht zuläßt«, sind keine Insolvenzforderungen⁴⁷³. Diese Feststellung gibt Anlaß zu der Frage, ob auch etwaige Ansprüche auf Ersatz des durch die Nichterfüllung solcher Forderungen entstandenen Vermögensschadens von der Teilnahme am Insolvenzverfahren ausgeschlossen sind.
- 5.140** Im *Konkurs* hält die h. M. solche Sekundäransprüche nur dann für teilnahmeberechtigt, wenn sie bereits vor Verfahrenseröffnung entstanden sind⁴⁷⁴. Begründet wird dies ebenso wie in den bei Rn. 5.123 ff. abgehandelten Fällen, in denen die Primärforderung einen »Vermögensanspruch« i. S. des § 3 I KO (§ 38 InsO) darstellt, mit dem Rechtsgedanken des § 7 I KO⁴⁷⁵. In Wahrheit steht der Rechtsgedanke des § 7 I KO einer Konkursteilnahme mit erst nach Verfahrenseröffnung erworbenen Schadensersatzansprüchen aber nur dann entgegen, wenn diese Ansprüche auf eine nach der Konkursöffnung begangene positive Handlung des Gemeinschuldners zurückzuführen sind⁴⁷⁶. Und daran fehlt es, soweit als Anspruchsgrundlage die auf seiten des Schuldners lediglich ein Nichtstun voraussetzenden §§ 286 II, 326 BGB in Betracht kommen⁴⁷⁷, ebenso (normalerweise) in den Fällen der §§ 280, 325 BGB⁴⁷⁸: In diesen Fällen muß das Argument aus § 7 I KO versagen⁴⁷⁹.
- 5.141** Auf das *Insolvenzverfahren nach der InsO* läßt sich die auf der Geltung des § 7 I KO beruhende Argumentation derjenigen, die die Anmeldbarkeit des Schadensersatzanspruchs als Konkursforderung bestreiten, wegen der veränderten normativen Vorgaben⁴⁸⁰ ohnehin nicht übertragen. Jedoch könnte man »hilfsweise« überlegen, ob ein erst während des Verfahrens entstandener Anspruch auf Ersatz

472 Zur Unanwendbarkeit des § 103 InsO in solchen Fällen vgl. o. Rn. 2.96.

473 MOTIVE zur KO S. 25 = HAHN Bd. IV S. 53. Vgl. auch KILGER/SCHMIDT, *Insolvenzgesetz*, 1997, KO¹⁷ § 3 Anm. 2 d; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 3 Rn. 21; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 3 Rn. 24; HESS KO⁶ § 3 Rn. 9; dens. InsO¹ § 38 Rn. 17.

474 JAEGER⁶⁷⁷ und JAEGER/LENT⁸ KO § 3 Rn. 10; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 3 Rn. 26, § 17 Rn. 108; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 3 Rn. 24; Th. WOLFF KO § 3 Anm. 5; a. M. FITTING³ S. 86/87 (»aufschiebend bedingte Konkursforderung«); OETKER, *Grundbegriffe* Bd. I S. 136 f. (m. w. N. in Fn. 1 der S. 137); wohl auch PETERSEN/KLEINFELLER KO § 67 Anm. 4 a. E. (betr. Vertragsstrafen); v. WILMOWSKI/KURLBAUM KO⁶ § 3 Anm. 4, 8; SPERLING S. 10; differenzierend ZELCK S. 20–22.

475 Vgl. JAEGER⁶⁷⁷ und JAEGER/LENT⁸ KO § 3 Rn. 10 (»aus den in Anm. 15 entwickelten Gründen«); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 3 Rn. 26 (»aus den in Anm. 30 ff. entwickelten Gründen«); KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 3 Rn. 24.

476 Vgl. o. Rn. 5.126 ff.

477 Vgl. o. Rn. 5.130 ff.

478 Vgl. o. Rn. 5.129.

479 Anders die in Fn. 475 Genannten.

480 Vgl. o. Rn. 5.128 mit Fn. 431 f.

von Schäden, die durch die Nichterfüllung einer auf eine unvertretbare Handlung des Schuldners gerichteten Forderung verursacht werden, evtl. deshalb nicht zur Teilnahme am Insolvenzverfahren berechtigt, weil schon die nicht erfüllte Primärforderung kein teilnahmefähiger *Vermögensanspruch* i. S. des § 38 InsO war. M. E. ist die Frage zu verneinen. Denn es existiert keine Bestimmung des Inhalts, daß der Schadensersatzanspruch insoweit das Schicksal der Primärforderung teilen müsse. Solch eine Bestimmung wäre unvereinbar damit, daß eine nur durch eine nicht vertretbare Handlung des Schuldners zu erfüllende Forderung ungeachtet dessen, daß sie im konkreten Fall vielleicht kein »Vermögensanspruch« i. S. des § 38 InsO *ist*, unter bestimmten Bedingungen (z. B. denen des § 326 BGB) in einen solchen *übergehen* kann, und daß die §§ 77 III Nr. 1, 191, 237 I 1 InsO zweifelsfrei davon ausgehen, daß ein Vermögensanspruch auch dann zur Verfahrensteilnahme berechtigt, wenn er zu dem in § 38 InsO für maßgeblich erklärten Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch von einer aufschiebenden Bedingung abhing⁴⁸¹. Auch die bei Rn. 2.96 wiedergegebenen Ausführungen der MOTIVE gehen von der hier vertretenen Ansicht aus.

Eine weder von Gesetz noch in den MOTIVEN⁴⁸² vorgesehene Durchbrechung der §§ 38, 45 Satz 1 InsO (bisher §§ 3 I, 69 KO) stellt die von einigen Autoren⁴⁸³ vertretene Ansicht dar, daß ein Anspruch auf eine nicht vertretbare Handlung des Schuldners selbst dann keine (gem. § 69 KO bzw. § 45 Satz 1 InsO zu ihrem Schätzwert in Geld anmeldbare) Insolvenzforderung sei, wenn die betreffende Handlung einen berechenbaren Vermögenswert habe. M. E. ist diese ungeschriebene Ausnahme von den §§ 38, 45 Satz 1 InsO sachlich nicht zu begründen. JAEGER hat sie durch den Hinweis zu rechtfertigen versucht, daß eine Anwendung des § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) derartige Ansprüche »geradezu vereiteln« würde⁴⁸⁴. Dabei ist aber wohl übersehen worden, daß es jedem Insolvenzgläubiger freisteht, die in § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) vorgesehene Verwandlung seiner Forderung in einen Geldanspruch durch Nichtteilnahme am Insolvenzverfahren zu vermeiden⁴⁸⁵.

VII. Zusammenfassung

Die wichtigsten Ergebnisse des § 5 können wie folgt zusammengefaßt werden: **5.143**

Jeder Gläubiger, der einen schon zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat, kann diesen als Insolvenzforderung (§ 38 InsO) im Verfahren geltend machen. Mit gewissen Ein-

481 Vgl. zu diesem Gesichtspunkt schon Rn. 5.124.

482 Vgl. deren o. bei Rn. 5.139 wörtlich wiedergegebene Formulierung.

483 Vgl. JAEGER ZZZP 50 (1926) 157 f.; JAEGER^{6/7} und JAEGER/LENT KO⁸ § 3 Rn. 10; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 3 Rn. 24; HESS KO⁶ § 3 Rn. 9; dens. InsO¹ § 38 Rn. 17. A.M. wohl SPERLING S. 10.

484 JAEGER ZZZP 50 (1926) 157 f. Fn. 4; ähnlich JAEGER/LENT KO⁸ § 3 Rn. 10.

485 Vgl. schon o. Rn. 3.35 f., 3.40, 5.86 ff., 5.94.

schränkungen⁴⁸⁶ gilt dies auch für Erfüllungsansprüche aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen, falls der Insolvenzverwalter nicht seinerseits die Erfüllung verlangt (§§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO).

- 5.144** Richtet sich eine Insolvenzforderung nicht auf einen bestimmten Geldbetrag, so ist sie mit dem Wert geltend zu machen, der für die Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschätzt werden kann (§ 45 Satz 1 InsO). Dieses Recht, zum Zwecke der Verfahrensteilnahme auf den Wert der Primärforderung zurückzugreifen, bleibt dem Gläubiger trotz § 275 I BGB auch dann erhalten, wenn dem Schuldner die Erfüllung in Natur wegen des Insolvenzverfahrens unmöglich wird und er das ausnahmsweise⁴⁸⁷ nicht zu vertreten hat⁴⁸⁸. Erst recht muß dem Gläubiger diese Möglichkeit offenstehen, wenn der Schuldner sein Unvermögen – das übrigens von Fall zu Fall besonders zu prüfen ist und meist auch vom Willen des Insolvenzverwalters abhängt⁴⁸⁹ – zu vertreten hat. In dem letztgenannten, die Regel bildenden⁴⁹⁰ Fall braucht sich der Gläubiger aber nicht mit der Schätzwertforderung des § 45 InsO zu begnügen; stattdessen kann er gem. § 280 bzw. § 325 BGB Ersatz seines vollen Nichterfüllungsschadens verlangen und sich mit diesem Ersatzanspruch auch insoweit als Insolvenzgläubiger am Verfahren beteiligen, wie dieser Anspruch den (ggf. nach der Differenzmethode zu mindernden⁴⁹¹) Schätzwert der Primärforderung übersteigt⁴⁹². Entsprechendes gilt, wenn dem Schuldner die Leistung noch möglich ist, er jedoch während des Verfahrens in Verzug gerät und eine mit Ablehnungsandrohung verbundene Nachfristsetzung (§ 326 BGB) unbeachtet läßt⁴⁹³. In den Fällen des § 103 I InsO unterliegt das Recht des Gläubigers, das Wahlrecht des § 326 BGB in einer Weise auszuüben, die ihn zur Verweigerung der eigenen Leistung berechtigt, einigen Beschränkungen⁴⁹⁴.
- 5.145** Da die erwähnten Schadensersatzansprüche an die Stelle bereits vor der Verfahrenseröffnung begründet gewesener Erfüllungsansprüche treten bzw. aus diesen hervorgehen, sind sie normalerweise als teilnahmeberechtigter Insolvenzforderungen anzuerkennen⁴⁹⁵. Dies gilt selbst dann, wenn die Primärforderung kein »Vermögensanspruch« i. S. des § 38 InsO war⁴⁹⁶.
- 5.146** Nicht als Insolvenzforderungen anzuerkennen waren nach bisherigem Insolvenzrecht (§ 7 I KO) Schadensersatzansprüche, die ihre Entstehung dem Umstand ver-

486 Vgl. o. Rn. 5.1–5.63.

487 Vgl. o. Rn. 5.86 f., 5.109 ff.

488 Vgl. o. Rn. 5.110 ff.

489 Vgl. o. Rn. 5.76 ff.

490 Vgl. o. Rn. 5.86 f., 5.109, aber andererseits auch Rn. 5.110 (jeweils zur Frage des Vertretmüssens).

491 Vgl. o. Rn. 5.34 ff., 5.40 ff.

492 Vgl. o. Rn. 5.113 ff.

493 Vgl. o. Rn. 5.91 ff., 5.115 f., 5.130 ff., 5.134 ff.

494 Vgl. o. Rn. 5.102 mit Fn. 360–365. Zu der entsprechenden Frage bei § 325 BGB vgl. o. Rn. 5.80 ff.

495 Vgl. o. Rn. 5.113 ff., besonders Rn. 5.123 ff.

496 Vgl. o. Rn. 5.139 ff.

dankten, daß der Schuldner eine – wenn auch bereits zur Zeit der Konkursöffnung begründet gewesene – Forderung während des Verfahrens durch ein positives Tun verletzt⁴⁹⁷. In diesen Fällen konnte der Gläubiger nur mit der verletzten Primärforderung bzw. ihrem »Schätzungswert« (§ 69 KO) am Verfahren teilnehmen. Diese Beschränkung der Gläubigerrechte erscheint unter den veränderten normativen Vorgaben der InsO nicht mehr gerechtfertigt⁴⁹⁸.

Von der *Konkursteilnahme* ausgeschlossen (§ 63 Nr. 1 KO) bzw. zur Teilnahme am *Insolvenzverfahren* nur mit Nachrang zugelassen (§ 39 I Nr. 1 InsO) sind Zinsansprüche für die Zeit nach Verfahrenseröffnung sowie ein sich auf diesen Zeitraum beziehender Anspruch auf Ersatz von Verzögerungsschäden⁴⁹⁹. **5.147**

Für Fix- und Finanztermingeschäfte enthält § 104 InsO besondere Bestimmungen⁵⁰⁰. Abweichungen von den o. dargestellten allgemeinen Grundsätzen enthalten des weiteren §§ 108 ff. InsO für Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse⁵⁰¹, §§ 115 f. InsO für Auftrags- und sonstige Geschäftsbesorgungsverhältnisse⁵⁰², §§ 106 f. InsO für Veräußerungen unter Eigentumsvorbehalt⁵⁰³ und für Ansprüche, die durch eine Vormerkung gesichert sind⁵⁰⁴. **5.148**

In keinem Fall kann ein Gläubiger eine Insolvenzforderung auf Ersatz des Ausfalls anmelden, den er erleidet, weil er für eine auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtete (oder nach § 45 InsO auf dieses Ziel umgestellte) Forderung nur die Quote erhält⁵⁰⁵. **5.149**

497 Vgl. o. Rn. 5.126 ff., 5.140.

498 Vgl. o. Rn. 5.128 (mit Fn. 431 f.), 5.131 ff., 5.141.

499 Vgl. o. Rn. 5.134 ff.

500 Vgl. o. Rn. 5.117 ff.

501 Dazu sogleich § 6.

502 Dazu MAROTZKE, Festschr. f. Henckel, 1995, S. 579 ff. und in HK-InsO zu §§ 115, 116.

503 Dazu MAROTZKE in JZ 1995, 813 ff. und in HK-InsO zu § 107; s. auch o. Rn. 3.19 ff., 4.2, 4.89, 4.101, 4.107 ff. und u. Rn. 7.30 ff.

504 Vgl. o. Rn. 1.5, 3.19 ff. und u. § 10.

505 Vgl. o. Rn. 5.75.

§ 6. Ergebniskontrolle zu § 5 vor dem Hintergrund der Sonder- vorschriften über Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse (§§ 108 ff. InsO)

I. Insolvenzrechtlicher Status der Erfüllungsansprüche

- 6.1** Von dem Grundsatz, daß Gläubiger, die »einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben«, nur *Insolvenzgläubiger* sind (§ 38 InsO), statuiert die InsO einige wichtige Ausnahmen: Zum Beispiel gelten Verbindlichkeiten gleich welchen Inhalts, die von einem *vorläufigen Insolvenzverwalter* begründet worden sind, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist, nach der Eröffnung des Verfahrens als *Masseverbindlichkeiten* (§ 55 II 1 InsO). Gleiches gilt für Verbindlichkeiten aus einem vom *Schuldner* eingegangenen Dauerschuldverhältnis (insbesondere einem Miet-, Pacht- oder Dienstverhältnis), soweit der *vorläufige Insolvenzverwalter* für das von ihm verwaltete Vermögen die Gegenleistung in Anspruch genommen hat (§ 55 II 2 InsO). Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung in § 14 dieses Buches.
- 6.2** Ebenfalls nicht Insolvenzforderungen, sondern Masseverbindlichkeiten sind gem. § 55 I Nr. 2 InsO die Verbindlichkeiten des Schuldners »aus gegenseitigen Verträgen, soweit¹ deren Erfüllung zur Insolvenzmasse (verlangt wird oder) für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muß«. Zu den gegenseitigen Verträgen, deren »Erfüllung zur Insolvenzmasse . . . für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muß«, zählen vor allem *die* Rechtsverhältnisse, von denen in § 108 I InsO mit einer das eigentliche Regelungsziel (Begründung von Masseverbindlichkeiten gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 2 InsO) nur sehr ungenau² bezeichnenden Formulierung gesagt wird, daß sie »mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort(bestehen)«. Das sind:
- 6.3** – Miet- und Pachtverhältnisse über unbewegliche³ Gegenstände oder Räume (in Fällen des § 108 I 2 InsO auch solche über »sonstige« Gegenstände) mit dem Schuldner in der Rolle des *Vermieters* bzw. *Verpächters* (und zwar abweichend vom bisherigen § 21 I KO auch dann, wenn der Schuldner dem Vertragspartner den betreffenden Gegenstand bei Verfahrenseröffnung noch nicht überlassen hatte),
- 6.4** – Miet- oder Pachtverhältnisse über unbewegliche⁴ Gegenstände oder Räume mit dem Schuldner in der Rolle des *Mieters* bzw. *Pächters* (und zwar abweichend vom

1 Zur Bedeutung dieses Wortes für die Auslegung des § 55 I Nr. 2 InsO vgl. o. Rn. 4.165 ff. und sogleich Rn. 6.12 f.

2 Vgl. MAROTZKE in Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 183, 191 f.

3 Diese Einschränkung war im bisherigen § 21 I KO nicht enthalten. Zu den Gründen ihrer Einführung vgl. u. Rn. 6.26 und meine Bemerkungen in JR 1990, 331 ff. und in Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 183, 193.

4 Diese Einschränkung war im bisherigen § 19 KO nicht enthalten.

bisherigen § 19 Satz 1 KO auch dann, wenn der betreffende Gegenstand dem Schuldner bei Verfahrenseröffnung noch nicht überlassen war⁵),

– Dienstverhältnisse des Schuldners (und zwar abweichend vom bisherigen Konkursrecht⁶ auch dann, wenn das Dienstverhältnis bei Verfahrenseröffnung noch nicht angetreten war⁷). **6.5**

Für diese von § 108 I InsO erfaßten Fälle, die im folgenden aber nur hinsichtlich ihrer thematischen Bezüge zu §§ 2–5 der vorliegenden Arbeit interessieren sollen⁸, hat sich der Gesetzgeber mit mehr oder weniger überzeugenden Argumenten⁹ auf den Standpunkt gestellt, daß es zu unbilligen Härten führen würde, wenn der Insolvenzverwalter auch hier das Recht hätte, die andere Vertragspartei ohne weiteres als Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) zu behandeln, insbesondere sie auch hinsichtlich aller auf die Zeit nach¹⁰ Verfahrenseröffnung entfallenden Ansprüche auf die Quote zu verweisen und auf diese Weise das Miet-, Pacht- oder Dienstverhältnis ohne Einhaltung zumindest der *gesetzlichen* Kündigungsfrist de facto – wenn auch vielleicht nicht de jure – zu beenden. (Ein Recht zur *fristlosen* Beendigung des Vertragsverhältnisses stellt freilich das Rücktrittsrecht dar, welches § 109 II 2 **6.6**

5 Diesen Fall regelte nicht § 19, sondern § 20 KO. Vgl. MOTIVE zur KO S. 245 = HAHN Bd. IV S. 232.

6 Unter dessen Geltung berief man sich auf § 221 I KO (vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 22 Rn. 12 f.; MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, § 6 II S. 245 f.), obwohl dieser ebenso wie der ihm nachgebildete § 113 I 1 InsO eigentlich nur die Frage der vorzeitigen Kündbarkeit thematisierte.

7 Bemerkenswert ist ferner, daß die InsO zwar die *vorzeitige Kündbarkeit* (§ 22 I 1 KO/ § 113 I 1 InsO) eines gem. § 108 I 1 InsO »mit Wirkung für die Insolvenzmasse« fortbestehenden Dienstverhältnisses, *nicht aber auch das vorherige Fortbestehen als solches* davon abhängig macht, daß sich der Schuldner in der Rolle des *Dienstberechtigten* befindet (vgl. § 108 I 1 InsO). Die weite Fassung des § 108 I 1 InsO ist wohl kein Redaktionsversehen (a.M. SCHOLLMEYER S. 46), sondern dürfte damit zusammenhängen, daß künftig auch Neuerwerb des Schuldners – dazu zählt auch die Forderung auf Entlohnung nach Verfahrenseröffnung geleisteter Arbeit – zur Insolvenzmasse gehört (vgl. o. Rn. 2.87 Fn. 188, 2.99 bei Fn. 231). Fortbestand des Dienstverhältnisses »mit Wirkung für die Insolvenzmasse« (§ 108 I 1 InsO) bedeutet in solchen Fällen, daß der pfändbare (§ 36 InsO) Teil des vom Schuldner *nach* Verfahrenseröffnung verdienten Lohnanspruchs genauso »zur Insolvenzmasse« erfüllt werden muß wie der Anspruch auf Vergütung *vor* Verfahrenseröffnung geleisteter Arbeit. Dennoch wäre es abwegig, die Dienstleistungspflicht des Schuldners hier aufgrund des (dem Wortlaut nach einschlägigen) § 55 I Nr. 2 Alt. 2 InsO als *Masseverbindlichkeit* anzusehen: Aus der *Masse* kann eine vom Insolvenzschuldner *persönlich* zu erbringende Dienstleistung nicht »geschuldet« sein (vgl. schon o. Rn. 2.96). Denkbar ist übrigens auch der umgekehrte Fall, daß eine von der *anderen* Vertragspartei geschuldete Dienstleistung wegen ihres Inhalts nicht »zur Insolvenzmasse« erbracht werden kann. Vgl. dazu o. Rn. 4.11 ff. mit Fn. 39.

8 Vgl. *im übrigen* die inzwischen zahlreich erschienenen Kommentare zur InsO (dazu Rn. 1.7 Fn. 35). Speziell zur *Wohnraummiete* enthält die *vorliegende* Arbeit weiterführende Hinweise in Fn. 41 a zu Rn. 4.13.

9 Vgl. zum *bisherigen* Recht die MOTIVE zur KO S. 75 ff. = HAHN Bd. IV S. 92 ff.

10 Ansprüche für die Zeit *vor* Verfahrenseröffnung können jedoch auch nach *neuem* Recht »nur als Insolvenzforderungen« geltend gemacht werden. Vgl. § 108 II InsO (aber auch die Ausnahmen in § 55 II InsO) und u. Rn. 6.12 f.

InsO für den – an sich ebenfalls von § 108 I 1 InsO erfaßten – Sonderfall vorsieht, daß dem Schuldner ein gemieteter oder gepachteter unbeweglicher Gegenstand oder Raum bei Verfahrenseröffnung noch nicht überlassen war.) Dementsprechend erheben die §§ 108 I, 55 I Nr. 2 Alt. 2 InsO den Vertragspartner hinsichtlich der Forderungen, die ihm für die Zeit nach der Verfahrenseröffnung erwachsen – nicht aber auch hinsichtlich der Ansprüche für die Zeit *vor* Verfahrenseröffnung¹¹ (vgl. jedoch § 55 II InsO¹²) – aus der ihm an sich (§ 38 InsO) nur zukommenden Position eines Insolvenz- in den Rang eines Massegläubigers. Das Besondere an dieser Regelung ist, daß sie die Aufwertung des Vertragspartners zu einem Massegläubiger nicht davon abhängig macht, daß der Insolvenzverwalter aufgrund eigener Willensentscheidung die Erfüllung des Vertrages verlangt, m. a. W. daß in den von §§ 108 I, 55 I Nr. 2 Alt. 2 InsO erfaßten Fällen bewußt vom Regelungsmodell der §§ 38, 55 I Nr. 2 Alt. 1, 103 InsO abgewichen wird. Soweit die §§ 108 I, 55 I Nr. 2 Alt. 2 InsO reichen¹³, hat der Insolvenzverwalter also nicht das Recht, gem. §§ 38, 55 I Nr. 2 Alt. 1, 103 InsO zwischen Erfüllung und Erfüllungsablehnung zu »wählen«, sondern die Pflicht, die ohnehin schon entstandene Masseverbindlichkeit zu erfüllen. An die Stelle des Rechts, die Erfüllung des Vertrages *abzulehnen*, treten in diesen Fällen die in §§ 109, 111, 113 InsO besonders geregelten Kündigungs- und Rücktrittsrechte¹⁴ (ein gut gemeinter Gedanke, der aber in den Fällen des erst »in letzter Minute« eingefügten¹⁵ § 108 I 2 InsO nicht greift¹⁶).

- 6.7** Nicht nur ein Kündigungs-, sondern sogar ein (nach Ausübung *sofort* wirkendes) Rücktrittsrecht gewährt § 109 II InsO dem Insolvenzverwalter und auch der anderen Vertragspartei für den Fall, daß es sich um ein Miet- oder Pachtverhältnis über einen unbeweglichen Gegenstand oder über Räume handelt, der Verfahrensschuldner sich in der Position des Mieters bzw. Pächters befindet und ihm der gemietete bzw. gepachtete Gegenstand bei Verfahrenseröffnung noch nicht überlassen war.
- 6.8** War die »Überlassung« bereits vor Verfahrenseröffnung erfolgt, so entfällt zwar dieses Rücktrittsrecht. Jedoch hat der Insolvenzverwalter (nicht auch der Vermieter oder Verpächter¹⁷) gem. § 109 I InsO das Recht, das Miet- oder Pachtverhältnis »ohne Rücksicht auf die *vereinbarte* Vertragsdauer unter Einhaltung der *gesetzlichen* Frist zu kündigen«.

11 Vgl. § 108 II InsO und das Wort »soweit« in § 55 I Nr. 2 InsO.

12 Vgl. o. Rn. 6.1. und u. Rn. 14.1 ff. (besonders Rn. 14.33 ff. mit Fn. 59).

13 *Unanwendbar* sind diese Vorschriften z. B. dann, wenn der vermietete oder verpachtete Gegenstand ein »beweglicher« ist (es sei denn, es lägen die besonderen Voraussetzungen des § 108 I 2 InsO vor). Besonderheiten bestehen auch bei der Wohnraummiets (vgl. die Nachweise bei Rn. 4.13 Fn. 41 a).

14 Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs in BT-Drucks. 12/2443 S. 146 (zu § 122 RegEInsO).

15 Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 108 Rn. 8 ff.

16 Denn der weiter u. (Rn. 6.21 ff., 6.26 ff.) behandelte § 111 InsO versagt, wenn der Schuldner eine *bewegliche* Sache vermietet oder verpachtet hatte. Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 111 Rn. 2, 5.

17 Anders der bisherige § 19 KO.

Ebenfalls »ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluß des Rechts zur ordentlichen Kündigung« kann gem. § 113 I InsO »ein Dienstverhältnis, bei dem der Schuldner der Dienstberechtigte ist«, mit einer i. d. R. drei Monate betragenden Frist (§ 113 I 2 InsO) gekündigt werden¹⁸; anders als bei Miet- oder Pachtverhältnissen (§ 109 I InsO) steht das Kündigungsrecht hier nicht nur dem Insolvenzverwalter, sondern auch der anderen Vertragspartei (dem Dienstpflichtigen) zu¹⁹.

Verwirkt der Insolvenzverwalter sein Recht, von einem noch nicht vollzogenen Miet- oder Pachtverhältnis mit dem Schuldner in der Rolle des Mieters oder Pächters zurückzutreten (s. Rn. 6.7), durch Nichtbeantworten einer entsprechenden Anfrage des Vertragspartners (§ 109 II 3 InsO) oder kündigt der Verwalter in den Fällen der §§ 109 I, 113 I InsO ein Miet-, Pacht- oder Dienstverhältnis nicht zum nächstmöglichen Termin²⁰, sondern verlangt er vom Vertragspartner die weitere Erfüllung, so stellt sich die Frage, ob er durch dieses Erfüllungsverlangen verpflichtet wird, *alle* noch unerfüllten Verbindlichkeiten des Schuldners aus diesem Vertrag – insbesondere also die Pflicht zur Vergütung der schon *vor* Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen des Vertragspartners²¹ – als Masseverbindlichkeiten zu erfüllen. Die normativen Vorgaben, die bei der Beantwortung dieser Frage zu beachten sind, haben sich infolge der Insolvenzrechtsreform beträchtlich verändert:

Aufgrund der normativen Vorgaben des *bisherigen* Insolvenzrechts hat GRUNSKY in bezug auf bereits angetretene²² Dienst- und Arbeitsverhältnisse (§ 22 KO) die These aufgestellt, daß der Konkursverwalter, der von dem Dienstpflichtigen Vertragserfüllung verlange, *alle* noch nicht erfüllten Verpflichtungen des Gemeinschuldners als Masseverbindlichkeiten erfüllen müsse²³. Als Begründung diente GRUNSKY die Überlegung, daß das Dienstverhältnis ein Dauerschuldverhältnis

18 Zum Einfluß arbeitsrechtlicher Kündigungsschutzvorschriften vgl. §§ 113 II, 125 ff. InsO und die einschlägigen Kommentierungen.

19 Unverständlich ist jedoch, daß man dem Dienstpflichtigen für den Fall, daß er das Dienstverhältnis noch gar nicht angetreten hatte, nicht analog § 109 II InsO das Recht zubilligte, mit *sofortiger* Wirkung vom Vertrag *zurückzutreten*. Vgl. MARÖTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 247 (mit Fn. 10) und HK-InsO/MARÖTZKE² § 109 Rn. 40 ff.

20 Übrigens hindert dies, da die §§ 109, 113 InsO keine dem § 111 Satz 2 InsO entsprechende Einschränkung enthalten, eine *spätere* Ausübung dieser Sonderkündigungsrechte nicht. Vgl. HK-InsO/MARÖTZKE² § 109 Rn. 4; FK-InsO/WEGENER² § 109 Rn. 9; K/P/TINTELNOT InsO § 109 Rn. 8; N/R/BALTHASAR InsO § 109 Rn. 4; ebenso für das frühere Recht die MOTIVE zur KO S. 79/80 = HAHN Bd. IV S. 97; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 19 Rn. 59, § 22 Rn. 19 (m. w. N.).

21 Dazu schon o. Rn. 6.6 mit Fn. 10.

22 Daß das Dienstverhältnis bereits »angetreten« ist, wird in §§ 108 I 1, 113 I InsO abweichend vom bisherigen § 22 I 1 KO nicht mehr vorausgesetzt. Vgl. auch o. Rn. 6.5 mit Fn. 6f., Rn. 6.9 Fn. 19.

23 GRUNSKY RWS-Skript Nr. 86 S. 24 ff.; ausdrücklich a. M. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 22 Rn. 13; vgl. auch HEILMANN/SMID, Grundzüge des Insolvenzrechts, 2. Aufl. 1994, S. 248 f.; HESS KO⁶ § 22 Rn. 651 ff.; dens. InsO¹ § 113 Rn. 142 ff.

darstelle und als solches seitens des Dienstpflichtigen auch dann noch nicht vollständig erfüllt sei, wenn dieser es schon vor Verfahrenseröffnung angetreten (§ 22 I KO²⁴) habe²⁵. Wenn dann – wie üblich – auch der Gemeinschuldner noch nicht vollständig erfüllt habe, handele es sich um einen zur Zeit der Konkursöffnung beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag, der die Voraussetzungen des § 17 I KO erfülle und deshalb insoweit, wie sich aus § 22 KO nichts anderes ergebe, auch nach § 17 KO zu beurteilen sei²⁶. Das Recht des Konkursverwalters, die weitere Erfüllung des Dienstverhältnisses zu verlangen, ergebe sich in den Fällen des § 22 I KO wie auch sonst (was aber gar nicht zutrifft!²⁷) allein aus § 17 I KO²⁸. Deshalb müsse das Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters auch im Fall des § 22 I KO die – z. B. bei Sukzessivlieferungsverträgen weithin anerkannte²⁹ – Folge haben, daß *sämtliche* auf dem betreffenden Vertrag beruhenden und noch nicht erfüllten Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners zu Masseschulden nach § 59 I Nr. 2 Alt 1 KO würden (was u. a. bedeute, daß § 59 I Nr. 3 KO³⁰ in diesen Fällen praktisch keine Rolle spiele): Es spreche »nichts dafür, die Arbeitnehmer insoweit schlechter als andere Gläubiger zu stellen«³¹.

6.12 Bereits in der ersten Auflage dieses Buches hatte ich dargelegt, daß das von GRUNSKY verfolgte Ziel, den Arbeitnehmer im praktischen Ergebnis nicht schlechter zu stellen als einen Sukzessivlieferanten, zwar Anerkennung verdiene, daß es aber auf andere Weise verwirklicht werden müsse als durch eine extensive Auslegung des § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO³². Dieser bereits unter den normativen Vorgaben der KO vertretenen Kritik ist mit Inkrafttreten der *InsO* noch ein gewichtiges Argument zugewachsen. Denn auf den Teil der im bisherigen § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO ausgesprochenen Rechtsfolge, von dem bisher vor allem die Sukzessivlieferanten profitierten und den GRUNSKY deshalb auch den Arbeitnehmern des Schuldners zugute kommen lassen wollte, werden nach *neuem* Insolvenzrecht auch die Sukzessivlieferanten verzichten müssen: Durch die Schaffung des § 105 Satz 1 *InsO* und die Aufnahme des Wörtchens »soweit« in den – im übrigen dem § 59 I Nr. 2 KO entsprechenden – § 55 I Nr. 2 *InsO* hat der Reformgesetzgeber für die Zukunft sichergestellt, daß der Insolvenzverwalter dadurch, daß er gem. § 103 I *InsO* die

24 Vgl. zum *neuen* Insolvenzrecht Fn. 22.

25 GRUNSKY a. a. O. S. 22, 24.

26 GRUNSKY a. a. O. S. 22, 24 ff. **Gegen** eine Anwendung des § 17 KO in den Fällen der §§ 19, 22 KO jedoch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 10, 13 f., § 19 Rn. 3, § 22 Rn. 13; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 5; § 22 Rn. 1 und – bezogen auf die entsprechenden Bestimmungen der *InsO* – die Begründung des Regierungsentwurfs in BT-Drucks. 12/2443 S. 146 (zu § 122 RegE*InsO*).

27 Denn § 17 KO bzw. § 103 *InsO* vermag das Recht des Verwalters, die Erfüllung des Vertrages zu verlangen, nicht zu *begründen*, sondern setzt es als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal *voraus*. Vgl. o. Rn. 4.6, 4.10 ff., 4.16 ff. (besonders 4.45, 4.51 ff.), 4.59 ff., 4.74.

28 GRUNSKY a. a. O. S. 24.

29 S. o. Rn. 4.149 und GRUNSKY a. a. O. S. 25.

30 Diese Vorschrift wurde nicht in die *InsO* übernommen.

31 GRUNSKY a. a. O. S. 26.

32 Vgl. MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 231 ff. Auf die dort gegebene Begründung wird verwiesen. Vgl. ergänzend o. Rn. 6.11 bei Fn. 27.

weitere Erfüllung eines vom Vertragspartner (Verkäufer) bereits teilweise erfüllten Sukzessivlieferungsvertrages verlangt, nicht automatisch auch die Verpflichtung zur Bezahlung der bereits *vor* Verfahrenseröffnung ausgeführten und in sich vollständigen³³ Teillieferungen zu einer *Masseverbindlichkeit* aufwertet³⁴. Das neue Insolvenzrecht behandelt die Entgeltforderung eines Sukzessivlieferanten für bereits *vor* Verfahrenseröffnung erbrachte Teilleistungen³⁵ also nicht mehr besser (was in der Tat unangemessen wäre), sondern genauso *schlecht* wie die in § 108 II InsO bezeichneten Forderungen aus Dienstverhältnissen und aus Miet- oder Pachtverhältnissen über unbewegliche Gegenstände und Räume.

Daß § 108 II InsO die Ansprüche, die dem Vertragspartner für die Zeit *vor* der Verfahrenseröffnung zustehen, in der (ihnen an sich schon nach § 38 InsO zukommenden) Position einfacher Insolvenzforderungen beläßt und daß sich daran selbst dann nichts ändern würde, wenn der Insolvenzverwalter vom Vertragspartner die weitere Erfüllung des Vertrages verlangen *und* man auf dieses Erfüllungsverlangen den § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO anwenden würde (der abweichend vom bisherigen § 59 I Nr. 2 KO durch das Wort »soweit« die im übrigen identische Rechtsfolge beschränkt), bedeutet aber nicht, daß der Vertragspartner (Dienstpflichtige, Vermieter, Verpächter) die Zug-um-Zug-Einreden und sonstigen Einwendungen, die ihm wegen der Leistungsrückstände des im Insolvenzverfahren befindlichen Schuldners diesem gegenüber zustehen oder noch erwachsen (§§ 273, 320, 554, 581 II, 626³⁶ BGB), nicht auch gegenüber dem auf weiterer Vertragserfüllung bestehenden Insolvenzverwalter geltend machen kann. Denn soweit solche Einwendungen nicht darauf hinauslaufen, der Insolvenzmasse einen *ihre bereits gehörenden* Gegenstand vorzuenthalten, hängt ihre Durchsetzbarkeit gegenüber dem Insolvenzverwalter nicht vom Masseschuldcharakter der sie begründenden Gegenforderungen ab (str.³⁷). Zu beachten ist allerdings die »Kündigungssperre« des § 112 InsO.

33 Zu der Frage, ob ein noch nicht abgelöster *Eigentumsvorbehalt* des Verkäufers der Annahme einer »in sich vollständigen« Teilleistung entgegensteht, vgl. o. Rn. 4.167 Fn. 446.

34 Vgl. o. Rn. 4.158 ff.

35 Jedenfalls wenn diese, wie z. B. elektrische Energie, nicht Gegenstand eines Eigentumsvorbehalts sein können. Vgl. zum Eigentumsvorbehalt soeben Fn. 33.

36 »Zahlt der Dienstberechtigte die fällige Vergütung nicht oder wiederholt nur unter Verzug«, so soll nach PALANDT/PUTZO BGB⁶⁰ § 626 Rn. 57 »stets ein wichtiger Grund gegeben« sein, der den Dienstverpflichteten berechtigt, gem. § 626 BGB ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Vgl. auch STAUDINGER/NEUMANN, 1995, BGB¹³ § 626 Rn. 245 (m. w. N.) und sogleich Fn. 37.

37 Vgl. o. Rn. 2.46 ff. (zur Insolvenzfestigkeit der §§ 273, 320 BGB), Rn. 4.133, 4.153 ff., 4.160 f., 4.168, 4.172 (Übertragung dieses Gedankens auf Wiederkehrschuldverhältnisse, Sukzessivlieferungsverträge, erweiterte Eigentumsvorbehalte) und Rn. 5.91 ff. (zur Möglichkeit des Schuldnerverzugs bei Insolvenzforderungen; von Bedeutung ist diese Frage z. B. im Zusammenhang mit dem soeben in Fn. 36 angesprochenen Kündigungsrecht). Als »selbstverständlich« bezeichnet es hingegen PAPE (Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 531, 557 f. Rn. 38), daß der Vertragspartner nicht (!) das Recht habe, »die weitere Vertragserfüllung im Hinblick auf Zahlungsrückstände aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung zu verweigern oder ein Zurückbehaltungsrecht oder ähnliches geltend zu machen«. Weitere Nachweise hierzu o. Rn. 4.161 Fn. 417. Nach LAG Hamm InVo 1999, 234, 239 f. = ZInsO

II. Schadensersatzansprüche des Vertragspartners wegen vorzeitiger Vertragsbeendigung durch Insolvenzverwalter oder Ersteher

1. Eindeutig geregelte Fälle (§§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO)

- 6.14** Kündigt der Insolvenzverwalter ein Miet-, Pacht- oder Dienstverhältnis nach § 109 I bzw. § 113 I InsO oder tritt er gem. § 109 II InsO von einem Miet- oder Pachtverhältnis zurück, so kann der »andere Teil« wegen der »vorzeitigen Beendigung« des Vertragsverhältnisses »als Insolvenzgläubiger³⁸ Schadensersatz verlangen« (§§ 109 I 2, 113 I 3, 109 II 2 InsO). Bereits die KO gestattete dem Mieter, dem Pächter und dem Dienstpflichtigen (Arbeitnehmer) im Falle einer auf § 19 bzw. § 22 I KO gestützten Kündigung des Verwalters die Anmeldung einer Konkursforderung³⁹ auf Ersatz des durch die »Aufhebung« des Vertrages entstehenden Schadens (vgl. §§ 19 Satz 3, 22 II KO). Mit Blick auf diese erst durch die KO-Novelle von 1898 eingefügte Sonderregelung hatten damals JAEGER und andere Autoren⁴⁰ die These aufgestellt, daß nunmehr »die Konkursordnung selbst . . ., und zwar im Zusammenhange der §§ 17–22«⁴¹, dem Grunde nach anerkenne, daß *auch im Anwendungsbereich des § 17 KO (jetzt § 103 InsO)* der Vertragspartner *ohne weiteres* eine auch den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) umfassende⁴² Konkursforderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung anmelden könne, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehne.
- 6.15** Dieser Versuch, eine offensichtlich unrichtige⁴³ Interpretation des § 17 KO (§ 103 InsO) durch Rückgriff auf die §§ 19, 22 KO (§§ 109, 113 InsO) zu stützen, ist jedoch bereits im Ansatz verfehlt. Denn das Recht, durch einseitige Gestaltungserklärung den Vertrag »aufzuheben« (vgl. §§ 19 Satz 3, 22 II KO) bzw. dessen »vorzeitige Beendigung« herbeizuführen (so sprachlich besser⁴⁴ die §§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO), wird dem Insolvenzverwalter ja gerade *nicht* in § 17 KO (§ 103 InsO), sondern *nur* in den §§ 19, 22 KO (§§ 109, 113 InsO) zugestanden, die ihrerseits jeden Rückgriff auf § 17 KO (§ 103 InsO) ausschließen⁴⁵.
- 6.16** Wohl auch deshalb hat JAEGER, dem dies nicht verborgen geblieben sein kann, seine Auslegung des § 17 KO (§ 103 InsO) weniger auf das gestützt, was in §§ 19

1999, 363, 364 kann das Recht des Arbeitnehmers zur Zurückbehaltung seiner Arbeitskraft u. U. bereits im Eröffnungsverfahren durch das Angebot einer Insolvenzgeldvorfinanzierung abgewendet werden (vgl. auch BERSCHIED Rn. 864; dens. BuW 1999, 633, 636 f. und erg. u. Rn. 14.91 Fn. 216).

38 Zum Vermieter- oder Verpächterpfandrecht vgl. § 50 II InsO (vormals § 49 I Nr. 2 KO) und JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 19 Rn. 68, 81 ff.; FK-InsO/JONELEIT/IMBERGER² § 50 Rn. 21 ff.; HK-InsO/EICKMANN² § 50 Rn. 7.

39 Vgl. § 26 Satz 2 KO.

40 JAEGER KO^{6/7} § 17 Rn. 43, § 26 Rn. 20 a. E., 21; COHN S. 28, 42.

41 JAEGER KO^{6/7} § 26 Rn. 21; ganz ähnlich COHN S. 28; WIRTZ S. 16 ff.

42 JAEGER KO^{6/7} § 17 Rn. 45; COHN S. 30 und überhaupt die damals ganz h. M.

43 Vgl. o. Rn. 5.66 ff.

44 MAROTZKE in Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 183, 186 Fn. 12.

45 So die ganz h. M. (s. o. Fn. 26).

Satz 3, 22 II KO (§§ 109 I 2, 113 I 3 InsO) tatsächlich mit Gesetzeskraft ausgesprochen wurde, als vielmehr auf den in der Begründung der §§ 19, 22 KO enthaltenen Satz, daß es für den Fall, daß der Konkursverwalter die Erfüllung eines dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrages ablehne, einer »entsprechenden« Vorschrift mit dem Ziel des Schadensersatzes nicht bedürfe, da das Vertragsverhältnis hier »nicht aufgehoben« werde und »daher in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht und der Rechtsprechung des Reichsgerichts als *selbstverständlich* zu erachten (sei), daß an die Stelle des Anspruchs auf Erfüllung ein Anspruch auf *Schadensersatz*« trete⁴⁶. Die Formulierung, daß »an die Stelle des Anspruchs auf Erfüllung ein Anspruch auf Schadensersatz« trete, bestätigt die von JAEGER vertretene Auffassung, daß die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters in den Fällen des § 17 KO (§ 103 InsO) ohne weiteres zur Folge habe, daß sich der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners in einen Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens verwandele, aber nur scheinbar. Denn bei der Interpretation dieser Formulierung darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß es während des Zeitraums, in dem sich diese in der Begründung der KO-Novelle von 1898 als »selbstverständlich« bezeichnete herrschende Ansicht herausgebildet hatte (nämlich lange vor Inkrafttreten des BGB), keineswegs »selbstverständlich« gewesen war, unter »Schadensersatz« wirklich immer den Ersatz des »vollständigen« Schadens zu verstehen⁴⁷, ja daß die bereits 1875 veröffentlichten⁴⁸ MOTIVE der KO im Zusammenhang mit den späteren §§ 17 ff. KO (§§ 103 ff. InsO) nicht einmal sauber zwischen einer *Schadensersatzforderung* und der *Schätzwertforderung* des § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) zu unterscheiden wußten⁴⁹. Wer dies berücksichtigt, wird zugeben müssen, daß der den § 17 KO (§ 103 InsO) betreffende Satz der Begründung der KO-Novelle von 1898 zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger eines dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrages *vollen Schadensersatz* verlangen kann, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnt, keine eindeutige Aussage enthält. Und Gesetzeskraft hat dieser Satz ja ohnehin niemals erlangt. Weder »in« den §§ 19, 22 KO (§§ 109, 113 InsO) noch »im Zusammenhange«⁵⁰ mit diesen Bestimmungen hat sich folglich der Gesetz-

46 Begründung zur KO-Novelle S. 30 = HAHN Bd. VII S. 237 (Hervorhebungen von mir); wörtlich zitiert bei JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 43 und WIRTZ S. 16; vgl. auch COHN S. 28; DATHE S. 34; KIPPENBERG S. 99.

47 Vgl. MOTIVE ZUR KO S. 94 = HAHN Bd. IV S. 108 (Hervorhebungen von mir): Für den Fall der »Nichterfüllung oder Aufhebung« habe § 21 der PrKO (ein Vorläufer des späteren § 26 Satz 2 KO) den Grundsatz des § 381 I. 5 ALR zur Anwendung bringen wollen, »wonach derjenige Kontrahent, in dessen Person die Veränderung sich ergibt, welche die Veranlassung ist, daß seinerseits der Vertrag aufgehoben wird, den anderen Kontrahenten »vollständig« entschädigen, d. h. ihm nicht bloß den *wirklichen Schaden*, sondern auch den *entgangenen Gewinn* ersetzen« mußte. Diese Vorschrift entspreche »zwar im Allgemeinen der Sachlage, (beruhe) aber auf der Geltung jenes Grundsatzes des Preußischen Rechts und (könne) auf die übrigen Rechtssysteme nicht unbedingte Anwendung finden. Die Beurtheilung der *Höhe des Schadensersatzanspruchs* (müsse) aus der Natur des einzelnen Falles und den Regeln des bürgerlichen Rechts geschöpft werden ...«

48 Fundstelle o. Rn. 2.22 Fn. 38.

49 Vgl. o. Rn. 5.25 ff.

50 So aber JAEGER KO⁶⁷ § 26 Rn. 21; vgl. auch COHN S. 28; WIRTZ S. 19.

geber verbindlich zu der (unzutreffenden⁵¹) Ansicht bekannt, daß ein Insolvenzgläubiger, dessen Forderung auf einem dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrag beruht, nach einer Erfüllungsablehnung des Verwalters ohne weiteres – also unabhängig von den Voraussetzungen der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen des bürgerlichen Rechts⁵² – Anspruch auf Ersatz auch *des* Teils seines Nichterfüllungsschadens habe, der den ursprünglichen Erfüllungsanspruch bzw. dessen Schätzwert übersteige⁵³.

- 6.17** Noch weniger als der KO kann der *InsO* ein derartiges Bekenntnis unterstellt werden. Denn während in §§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO ausdrücklich von »Schadensersatz« die Rede ist, hat man bei § 103 II 1 InsO bewußt⁵⁴ davon Abstand genommen, die hier erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung« als *Schadensersatzforderung* zu bezeichnen.
- 6.18** *Den Teil seines Schadens, der den Betrag seiner Primärforderung übersteigt*, kann der Vertragspartner nicht einmal in den Fällen der §§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO geltend machen⁵⁵. Da sich der Anspruch, den diese Vorschriften dem Vermieter, Verpächter bzw. Dienstpflichtigen für den Fall zugestehen, daß der Insolvenzverwalter kündigt (oder zurücktritt⁵⁶), auf Ersatz des durch die *vorzeitige*⁵⁷ Beendigung des Vertragsverhältnisses entstehenden Schadens richtet, ist

51 Vgl. o. Rn. 5.64 ff.

52 Vgl. JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 43, § 26 Rn. 20, 21.

53 So aber JAEGER KO⁶⁷ § 17 Rn. 45 (auszugsweise wiedergegeben o. Rn. 5.74 Fn. 250). Wohl ebenso, wenn auch ohne besondere Hervorhebung dieses Falles und ohne Rückgriff auf die §§ 19, 22 KO: JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 171 ff.

54 Vgl. Rn. 5.17, 13.126 ff.

55 J. LEHMANN S. 28, 30, 31 (letzter Satz ad III); HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.6, 20.66; K/P/TINTELNOT InsO § 109 Rn. 19; a. M. anscheinend GRIMM S. 78 Fn. 49 im ersten Satz (dazu sogleich Fn. 63).

56 Vgl. § 109 II InsO und die ergänzenden Gesetzgebungsvorschläge bei MAROTZKE KTS 2001, 67 ff. (zu Art. 1 Nr. 11 des in BT-Drucks. 14/5680 v. 28. 3. 2001 abgedruckten Gesetzentwurfs der Bundesregierung).

57 So jetzt ausdrücklich die §§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO entsprechend meiner Empfehlung in Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 183, 186 Fn. 12. Auch die bisherigen §§ 19 Satz 3, 22 II KO waren überhaupt nur diskutabel, wenn man die durch sie gewährten Ersatzansprüche auf den Schaden beschränkte, der gerade dadurch entstand, daß die Kündigung des Konkursverwalters das Miet-, Pacht- oder Dienstverhältnis zu einem früheren Zeitpunkt beendete, als dies der Fall wäre, wenn der Gemeinschuldner nicht in Konkurs gefallen wäre, sondern die Kündigung selbst ausgesprochen hätte (ebenso KIPPENBERG S. 77; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 19 Rn. 81, 82, § 22 Rn. 39; vgl. auch Hartmut OETKER, Das Dauerschuldverhältnis ..., S. 628–635, 714; STAUDINGER/PREIS, 1995, BGB¹³ § 628 Rn. 44 ff. [jeweils nicht speziell zu §§ 19, 22 KO bzw. §§ 109, 113 InsO]). Denn soweit ohne den Konkurs der Gemeinschuldner selbst den Vertrag hätte beenden können, ohne dem Partner Schadensersatzpflichtig zu werden, besteht kein Grund, dem Gegner nur deshalb einen Schadensersatzanspruch zuzugestehen, weil die Kündigung nicht vom Gemeinschuldner, sondern in dessen Konkurs vom Verwalter ausgesprochen wurde. Dementsprechend mußte eine Anwendung der §§ 19 Satz 3, 22 II KO in den – vom Wortlaut aber mitumfaßten – Fällen ausscheiden, in denen für eine Kündigung des Gemeinschuldners keine längere Frist gegolten hätte als für die des Konkursverwalters. Die §§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO bringen das jetzt auch vom Wortlaut her besser zum Ausdruck.

der Ersatzberechtigte nur so zu stellen, wie wenn das Vertragsverhältnis nicht »vorzeitig«, sondern zu dem für eine Kündigung des *Schuldners* maßgeblichen Zeitpunkt aufgelöst worden wäre⁵⁸. In diesem Fall wären die durch die Kündigung (§§ 109 I, 113 InsO) oder den Rücktritt (§ 109 II InsO) des Verwalters verhinderten künftigen Vergütungsansprüche des Vertragspartners zum Teil noch zur Entstehung gelangt. Andererseits wäre der Vertragspartner nicht vorzeitig von seiner Leistungspflicht befreit worden. Folglich besteht der ihm nach §§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO zu ersetzende Schaden in der Differenz⁵⁹ zwischen seinen infolge der Kündigung bzw. des Rücktritts des Verwalters nicht mehr zur Entstehung gelangenden Vergütungsansprüchen⁶⁰ und dem Vermögensvorteil, den er aus dem vorzeitigen Erlöschen auch der eigenen Leistungspflicht gezogen hat oder hätte ziehen können⁶¹.

Nicht zu dem aufgrund der §§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO zu ersetzenden Schaden gehört hingegen trotz § 252 BGB der Gewinn, den der Vermieter, Verpächter oder Dienstpflichtige durch eine vorteilhafte *Wiederanlage* des ihm infolge der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses entgehenden Betrages erzielt hätte⁶². Denn der durch die genannten Vorschriften gewährte Ersatzanspruch tritt ohne zeitlichen Zwischenraum an die Stelle der wegen der vorzeitigen Vertragsbeendigung nicht mehr zur Entstehung gelangenden Vergütungsansprüche und unterscheidet sich von diesen, die ja als Mietzins-, Pachtzins- oder Dienstlohnansprüche ebenfalls auf Geld gerichtet waren⁶³, nur durch die gebotene Anrechnung der Vermögensvorteile, die der Gläubiger aus dem vorzeitigen Erlöschen auch der

58 Vgl. Fn. 57.

59 Zust. K/P/TINTELNOT InsO § 109 Rn. 19 und § 111 Rn. 8. Nach der Austauschmethode (dazu o. Rn. 5.50 ff.) wird der Schaden *in den Fällen der §§ 109, 113 InsO* nicht berechnet werden können; insoweit muß die das Vertragsverhältnis beendende Wirkung der Kündigung bzw. des Rücktritts (vgl. § 109 II InsO) respektiert werden.

60 Soweit sie nicht auch dann verhindert worden wären, wenn das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden wäre und der Schuldner selbst die Kündigung mit der für *ihn* maßgeblichen Frist ausgesprochen hätte (vgl. soeben Fn. 57).

61 Zur Anwendbarkeit des § 254 BGB vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 19 Rn. 66, § 22 Rn. 40. Den Umstand, daß der Dienstpflichtige nach der Kündigung des Verwalters kein neues Dienstverhältnis eingeht, sollte man m. E. nur dann als anspruchsmindernd berücksichtigen, wenn er auf Böswilligkeit beruht (Analogie zu §§ 324 I 2, 615 Satz 2 BGB; vgl. auch o. Rn. 5.44).

62 Zust. K/P/TINTELNOT § 109 Rn. 19 und § 111 Rn. 8. Hervorzuheben ist, daß die hier vertretene These nicht auf einem von der h. M. (z. B. STAUDINGER/SCHIEMANN, 1998, BGB¹³ § 252 Rn. 55 ff.) abweichenden Verständnis des § 252 BGB beruht, sondern auf den besonderen Kausalitätsüberlegungen, zu denen die o. im Text behandelten §§ 109 I 2, II 2, 113 I 3 InsO zwingen.

63 Das übersieht GRIMM (s. o. Fn. 55), wenn er im ersten Satz seiner Fn. 49 ausführt, daß die in den §§ 19 Satz 3, 22 II KO (§§ 109, 113 I InsO) gewährten Schadensersatzforderungen seiner zuvor »in Anm. 48 gedachten Begrenzung« (wonach in den Fällen des § 17 KO / § 103 InsO der entgangene Gewinn insoweit nicht zu ersetzen sei, »als er auf der Grundlage berechnet wird, daß die Leistung des Gemeinschuldners *in natura* hätte erfolgen müssen«, und daß deshalb der Betrag der »Abschlußforderung« niemals den nach § 69 KO / § 45 Satz 1 InsO zu veranschlagenden Geldwert der »Initialforderung« übersteigen könne), nicht unterlägen.

eigenen Leistungspflicht gezogen hat oder hätte ziehen können⁶⁴. Deshalb kann dem Gläubiger ein Gewinn, den er durch eine *Wiederanlage* der (ihm nun nicht mehr zustehenden) Vergütung hätte erzielen können, nicht schon infolge der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses, sondern erst dadurch entgehen, daß die ihm gem. §§ 109 I 2, 109 II 2 oder 113 I 3 InsO zustehenden Schadensersatzforderungen von vornherein nur *Insolvenzforderungen* sind und er *deshalb* einen Ausfall erleidet. Diesen Ausfall würde der Vertragspartner aber auch dann erleiden (und nicht als »Forderung wegen der Nichterfüllung« gegen die Masse liquidieren können⁶⁵), wenn er die durch die Kündigung oder den Rücktritt des Verwalters nicht mehr zur Entstehung gelangenden Vergütungsansprüche *doch noch erwürbe* und dann mit *diesen* auf die Quote beschränkt wäre.

- 6.20** Allerdings kann der Vermieter, Verpächter oder Dienstpflichtige seinen Anspruch auf Ersatz des durch die »vorzeitige Beendigung« des Vertragsverhältnisses entstehenden Schadens schon *während* des Insolvenzverfahrens *gegen den Schuldner persönlich* geltend machen (aber nur außerprozessual⁶⁶) und, falls der Schuldner daraufhin in Verzug gerät⁶⁷, über § 286 I BGB zu einem Anspruch auf Ersatz des Wiederanlagegewinns gelangen, der ihm infolge des *Verzugs* des zahlungspflichtigen Schuldners entgeht. Gegenüber der *Insolvenzmasse* kann der Vermieter (Verpächter, Dienstpflichtige) diesen reinen Verzögerungsschaden aber nicht als normaler (§ 38 InsO), sondern nur als »nachrangiger« Insolvenzgläubiger liquidieren (arg. § 39 I Nr. 1 InsO⁶⁸).

2. Der Fall des § 111 InsO

- 6.21** Ein Gegenstück zu dem soeben behandelten § 109 InsO bildet § 111 InsO. Während § 109 InsO Möglichkeiten der vorzeitigen Vertragsbeendigung für diejenigen Fälle vorsieht, in denen der insolvente Schuldner einen unbeweglichen Gegenstand oder Räume *gemietet* oder *gepachtet* hatte, regelt § 111 InsO den Fall, daß sich der insolvente Schuldner in der Position des *Vermieters* oder *Verpächters* befindet. Zum Verständnis des § 111 InsO ist vorauszuschicken, daß auch der zuletzt erwähnte Fall von § 108 InsO erfaßt wird, daß also auch hier das Miet- oder Pachtverhältnis mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbesteht⁶⁹ und für die Zeit nach Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeit erfüllt werden muß⁷⁰. Ein Recht zur vorzeiti-

64 Vgl. o. Rn. 6.18 bei Fn. 59, 61.

65 Vgl. o. Rn. 5.75.

66 Vgl. o. Rn. 5.91 ff. (besonders Rn. 5.93 ff., 5.98 ff.).

67 Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Schuldner von einem Insolvenzgläubiger in Verzug gesetzt werden kann, ist bei Rn. 5.91 ff. abgehandelt. Da die in §§ 109 I 2, 109 II 2, 113 I 2 InsO geregelten Schadensersatzansprüche auf *Geld* gerichtet sind, muß bis auf weiteres (s. o. Rn. 5.92 Fn. 303) auch der neue § 284 III BGB beachtet werden.

68 Vgl. o. Rn. 5.134 f., 5.147. Noch strenger K/P/TINTELOT InsO § 111 Rn. 8 (»... wie auch ein sonstiger Insolvenzgläubiger keinen Verzugsschaden verlangen kann«).

69 Zu Sinn und Unsinn dieser dem § 108 InsO entnommenen Formulierung vgl. MAROTZKE in Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, 183, 191 f.

70 Vgl. schon o. Rn. 6.3 mit Hinweisen auch zum bisherigen Recht.

gen Vertragsbeendigung durch Kündigung oder Rücktritt, wie es § 109 InsO vorsieht, falls der jetzt im Insolvenzverfahren befindliche Schuldner gemietet oder gepachtet hatte, steht jedoch bei umgekehrter Rollenverteilung (also wenn der Schuldner vermietet oder verpachtet hatte) weder dem Insolvenzverwalter noch dem Mieter bzw. Pächter zu⁷¹. Bei dieser Rechtslage besteht die Gefahr, daß der Insolvenzverwalter durch die fortdauernden Rechte des Mieters oder Pächters in der Verwertung des Miet- bzw. Pachtobjekts behindert wird (s. Rn. 9.75).

Bereits die Verfasser der KO hatten diese Gefahr gesehen, es aber gleichwohl abgelehnt, der Veräußerung des Miet- oder Pachtgegenstandes dann, wenn sie von einem *Konkursverwalter* vorgenommen wurde, in bezug auf das Besitzrecht des Mieters bzw. Pächters eine stärkere Zerstörungskraft zuzuschreiben als diejenige, die eine Veräußerung im Wege der *Zwangsvollstreckung* mit sich bringen würde⁷². Immerhin aber war man zu einer Berücksichtigung des Umstandes bereit, daß auch eine freihändige Veräußerung durch den Konkursverwalter »gegenüber dem Gemeinschuldner und dessen Kontrahenten, dem Pächter oder Mieter, den durch den Eintritt des Konkursverfahrens bedingten Charakter eines Zwangsverkaufs an sich« trägt⁷³. Aus diesem Grund bestimmte man in § 17 der KO von 1877 (nicht zu verwechseln mit § 17 KO in der seit 1. 1. 1900 maßgeblichen Paragraphenfolge!) das folgende:

»Auf Pacht- und Miethverträge über Sachen übt, wenn deren Uebergabe schon erfolgt ist, die Eröffnung des Verfahrens folgende Wirkungen aus:

1. ... (entspricht § 19 S. 1 und 2 KO letzter Fassung) ...;
2. hatte der Gemeinschuldner verpachtet oder vermietet, so wirkt eine freiwillige Veräußerung der Sache durch den Konkursverwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung sowie auf die Dauer des Vertrages wie eine Zwangsversteigerung.«

Die MOTIVE der KO geben folgende Erläuterung⁷⁴:

»Es mag sein, daß in einigen wenigen Rechtsgebieten selbst eine Zwangsversteigerung eine Aufhebung oder Aufkündigung der Pacht und Miethe nicht bewirkt; dann bestände aber auch kein Bedürfnis, dem im Konkurse erfolgenden freiwilligen oder Zwangsverkauf eine erhöhte Wirkung beizulegen oder wenn ein solches Bedürfnis die Abänderung des lokalen materiellen Rechts erfordern sollte, so läge dieselbe nicht in der Aufgabe der Konkursordnung.

Die vorstehend entwickelten Bestimmungen des § 17 finden gleichmäßig Anwendung auf Pacht- und Miethverträge über unbewegliche, wie über bewegliche körperliche Gegenstände; dieser Unterschied in dem Gegenstand bewirkt auch nach bürgerlichem Recht keine Verschiedenheit in dem Bestand des Vertrages.«

Der letzte Satz dieser Passage erwähnt auch »bewegliche körperliche Gegenstände«. Das bedarf aus heutiger Sicht einer Klarstellung: Bestimmungen, wie sie die

71 Zu den Gründen vgl. MOTIVE zur KO S. 80 f. = HAHN Bd. IV S. 97.

72 MOTIVE zur KO S. 81 = HAHN Bd. IV S. 98.

73 MOTIVE a. a. O.

74 MOTIVE a. a. O.

§§ 57 ff. ZVG, 571 BGB für Miet- und Pachtverhältnisse an zwangsversteigerten *Grundstücken* treffen, existieren nicht (mehr?)⁷⁵ für den Fall, daß es sich nicht um ein Grundstück, sondern um eine *bewegliche* Sache handelt. Deshalb war schon im Geltungsbereich der *Konkursordnung*, deren § 21 I im Gegensatz zum heutigen § 108 I 1 InsO auch für Miet- oder Pachtverhältnisse über *bewegliche* Sachen galt (was heute nur noch unter den Voraussetzungen des § 108 I 2 InsO der Fall ist⁷⁶), das Ergebnis unausweichlich, daß sich der Mieter einer beweglichen Sache, die ihm von dem Gemeinschuldner vor der Verfahrenseröffnung überlassen worden war, gegenüber einem Dritten, der sie nach § 931 BGB vom Konkursverwalter erworben hatte, gem. § 986 II BGB auf sein Besitzrecht aus dem (bei beweglichen Sachen weder auf den Erwerber übergehenden noch durch diesen kündbaren) Mietvertrag berufen konnte.

- 6.25** An dieser Rechtslage änderte sich nichts, als § 17 Nr. 2 der KO von 1877 (Rn. 6.22) durch die Novelle von 1898 auf die Veräußerung *unbeweglicher* Sachen beschränkt wurde⁷⁷ und letztendlich als § 21 IV KO den folgenden Wortlaut erhielt (hier zitiert nach der unmittelbar vor Inkrafttreten der InsO maßgeblichen Fassung):

»Eine von dem Konkursverwalter vorgenommene freiwillige Veräußerung des von dem Gemeinschuldner vermieteten oder verpachteten Grundstücks oder eingetragenen Schiffs wirkt, sofern das Grundstück oder das Schiff dem Mieter oder dem Pächter vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen war⁷⁸, auf das Miet- oder Pachtverhältnis wie eine Zwangsversteigerung. Die Vorschriften der §§ 57 b, 169 Absatz 2 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung bleiben jedoch außer Betracht.«

- 6.26** Durch diese Bestimmung, die nach den Worten ihrer Verfasser »sachlich mit dem bisherigen § 17 Nr. 2 KO im Einklange« stand⁷⁹, wurde erreicht, daß jemand, der das Miet- oder Pachtgrundstück durch eine *rechtsgeschäftliche Verfügung* des Konkursverwalters erwarb, das nach § 571 BGB mit übergehende Miet- oder Pachtverhältnis genauso vorzeitig nach §§ 57 ff. ZVG kündigen konnte, wie er das gekonnt hätte, wenn er das Grundstück im Wege der *Zwangsversteigerung*

75 *Schon im Jahre 1889* hatte ZELCK S. 49 auf diesen Umstand hingewiesen.

76 Vgl. zu dieser sehr eigenartigen Sondervorschrift PAPE, *Kölner Schrift zur InsO*, 2. Aufl. 2000, S. 531, 575 ff. Rn. 72 ff.; HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.56, 18.38 Fn. 116; HK-InsO/MAROTZKE² § 108 Rn. 8 ff.

77 Vgl. JAEGER KO⁶⁷ § 21 Rn. 25; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 21 Rn. 9, 30, 38; v. SARWEY/BOSSERT KO § 19 Anm. 1.

78 Nach *neuem* Insolvenzrecht kommt es hier (§ 111 InsO) nicht mehr auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung (vgl. schon o. Rn. 6.3), sondern auf den des Eigentumsübergangs auf den Erwerber an. Vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 147 (zu § 125 RegEInsO): »Die Vorschrift kommt nur zur Anwendung, wenn die Veräußerung eines Grundstücks, Schiffs oder Luftfahrzeugs oder die Veräußerung von Räumen die Wirkung hat, daß der Erwerber in ein bestehendes Miet- oder Pachtverhältnis eintritt. Unter welchen Voraussetzungen dies geschieht, ergibt sich aus den §§ 571, 580, 580 a und 581 Abs. 2 BGB sowie aus § 98 Abs. 2 des Gesetzes über Rechte an Luftfahrzeugen. Insbesondere ist erforderlich, daß die Sache dem Mieter oder Pächter im Zeitpunkt der Veräußerung bereits überlassen war«.

79 Begründung zur KO-Novelle S. 31 = HAHN Bd. VII S. 238.

erworben hätte (die gem. § 172 ZVG i. V. m. § 126 KO bzw. § 165 InsO auch vom Verwalter beantragt werden kann, aber u. U. weniger Erlös verspricht). An diesem Sonderkündigungsrecht des Erstehers wollten auch die Verfasser der InsO nicht rütteln. (Wohl aber vermieden sie durch eine – allerdings in § 108 I 2 InsO mit Ausnahmen versehene – Beschränkung des dem bisherigen § 21 I KO entsprechenden § 108 I 1 InsO auf »unbewegliche Gegenstände und Räume« die bei Rn. 6.24 beschriebene unerfreuliche Situation in bezug auf vermietete oder verpachtete *bewegliche* Gegenstände des Schuldners⁸⁰.) Mit dem Bemerkten, »der wesentliche Inhalt des § 21 Abs. 4 KO (werde) in redaktionell vereinfachter Form übernommen«⁸¹, formten sie aus dem bisherigen § 21 IV KO den wie folgt lautenden § 111 InsO:

»Veräußert der Insolvenzverwalter einen unbeweglichen Gegenstand oder Räume, die der Schuldner vermietet oder verpachtet hatte, und tritt der Erwerber anstelle des Schuldners in das Miet- oder Pachtverhältnis ein, so kann der Erwerber das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen. Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist. § 57 c des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung gilt entsprechend.«

Angenommen, der Erwerber macht von dem ihm in § 111 InsO (und zuvor schon in **6.27** § 21 IV KO i. V. m. §§ 57 ff. ZVG) zugestandenem Recht Gebrauch, das Miet- oder Pachtverhältnis »unter Einhaltung der gesetzlichen Frist« zu kündigen⁸². Kann dann der Mieter bzw. Pächter ähnlich wie in den Fällen des § 109 InsO »wegen der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses als Insolvenzgläubiger Schadensersatz verlangen«? Unter den normativen Vorgaben des *bisherigen* Insolvenzrechts (§§ 21 IV, 26 Satz 2 KO) wurde diese Frage meist mehr oder weniger deutlich bejaht⁸³. Unklar blieb jedoch die Begründung: Ist der Schadensersatzanspruch, den man dem Mieter bzw. Pächter in diesen Fällen zuerkennt, ein spezifisch insolvenzrechtlicher⁸⁴, oder besteht er, wenn überhaupt, auch dann, wenn der

80 Soweit Miet- oder Pachtverhältnisse über *bewegliche* Gegenstände dem § 108 I 1 InsO entzogen sind (was in den Fällen des § 108 I 2 InsO *nicht* der Fall ist), braucht der Insolvenzverwalter den Vertrag *nicht ohne weiteres*, sondern *nur dann* als Masseverbindlichkeit zu erfüllen, wenn er den Vertragspartner auch seinerseits auf Erfüllung in Anspruch nimmt (arg. §§ 38, 55 I Nr. 2 Alt. 1, 103 InsO). Vgl. auch Rn. 6.3 Fn. 3.

81 Vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 147 (zu § 125 RegEInsO).

82 Zum Kündigungsschutz vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 111 Rn. 8 f.

83 JAEGER KO^{6/7} § 21 Rn. 22, § 26 Rn. 18; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 21 Rn. 25, § 26 Rn. 20; KIPPENBERG S. 85; v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE KO⁶ § 21 Anm. 6; Th. WOLFF KO § 21 Anm. 7; ECKERT ZIP 1983, 770, 771 f. (der insoweit aber keine Konkursforderung nach § 26 Satz 2 KO, sondern eine Masseschuld annahm); wohl auch PETERSEN/KLEINFELLER KO §§ 19–21 Anm. 9 und (vielleicht) RG LZ 1916, 1191 f. Nr. 14; während in der von JAEGER, HENCKEL und WOLFF außerdem noch angeführten Entscheidung RGZ 67, 372, 376 nicht gesagt wird, daß der Mieter oder Pächter in diesen Fällen ohne weiteres Schadensersatz verlangen könne, sondern nur, daß »etwaige« Schadensersatzansprüche auch hier lediglich als Konkursforderungen verfolgt werden könnten (§ 26 Satz 2 KO); vgl. auch DATHE S. 64; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 21 Rn. 16.

84 So anscheinend JAEGER KO^{6/7} § 21 Rn. 22 (»entsprechend dem § 19 Satz 3«; ebenso Rn. 25 der von HENCKEL bearbeiteten 9. Auflage), § 26 Rn. 18, 20, 21 und KIPPENBERG S. 85

Vermieter bzw. Verpächter überhaupt nicht ins Insolvenzverfahren gerät, sondern nur nicht verhindert (oder nicht verhindern kann), daß ein *einzelner Gläubiger* die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt und derjenige, der auf *diesem* Wege das Eigentum ersteht, das Miet- oder Pachtverhältnis gem. §§ 57 ff. ZVG vorzeitig kündigt⁸⁵?

- 6.28** Für den letztgenannten Fall hatte das *Kammergericht* im Jahre 1905 eine Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsschuldners verneint⁸⁶. Zur Begründung hatte es ausgeführt: Aus § 571 BGB (i. V. m. §§ 57, 90 ZVG) ergebe sich, daß anstelle des in der Rolle des Vermieters befindlichen Vollstreckungsschuldners der Ersterher in die sich vom Zeitpunkt des Zuschlags an ergebenden Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis eintrete. Gem. § 571 II BGB beschränke sich die Haftung des bisherigen Vermieters auf die eines selbstschuldnerischen Bürgen für den vom Erwerber mangels Vertragserfüllung zu ersetzenden Schaden. Diese kraft Gesetzes eintretende Wirkung sei endgültig. Sie werde nicht dadurch wieder aufgehoben, daß der Ersterher von seinem gesetzlichen Kündigungsrecht Gebrauch mache. Auch in diesem Fall bleibe der Vermieter (Vollstreckungsschuldner) also nur als Bürge für etwaige Schadensersatzverpflichtungen des Ersterhers haftbar. Eine Schadensersatzpflicht des Ersterhers, die wegen der Akzessorietät der Bürgenhaftung Voraussetzung für eine Inanspruchnahme des Vollstreckungsschuldners sei, könne aber nicht schon aus einer auf §§ 57 ff. ZVG gestützten vorzeitigen Kündigung des Miet- bzw. Pachtverhältnisses resultieren, da solch eine Kündigung das gute Recht des Ersterhers sei.
- 6.29** Das *Reichsgericht* hob diese Entscheidung im Jahre 1906 auf⁸⁷. Im Gegensatz zur Vorinstanz vertrat es die Ansicht, daß § 571 BGB den bisherigen Vermieter *nur insoweit* aus den Verpflichtungen gegenüber dem Mieter entlasse und seine Haftung auf die eines selbstschuldnerischen Bürgen herabmindere, wie seine Vermieterpflichten wirklich nach § 571 I BGB auf den Erwerber des Grundstücks übergingen. Und die Verpflichtung, dem Mieter das Objekt für die vertraglich festgelegte Zeit zu belassen, sei eine solche, die trotz § 571 I BGB *nicht* (besser: nur vorbehaltlich des durch §§ 57 ff. ZVG gewährten Kündigungsrechts) auf den Ersterher übergehe. Wenn dieser das Mietverhältnis gem. §§ 57 ff. ZVG kündige, müsse der bisherige Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) dem Mieter also i. d. R. nach § 325 BGB Schadensersatz leisten, weil er infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes⁸⁸ die Möglichkeit verloren habe, die ihm trotz § 571 BGB

(»nach Analogie von § 19 Satz 3 KO«). Ähnlich für das *neue* Insolvenzrecht N/R/BALTHASAR InsO § 111 Rn. 14. Vgl. zu dieser Formulierung auch u. Rn. 6.32 Fn. 96.

85 So Th. WOLFF a. a. O.: § 325 BGB. Vgl. auch ECKERT a. a. O.; HELLENBROICH S. 35 f.; K/P/TINTELNOT InsO § 111 Rn. 8.

86 KG OLGE 11, 145 ff.

87 RGZ 63, 66 ff.

88 Gegenüber dem Mieter bzw. Pächter hat der Schuldner das Geschehenlassen der Zwangsversteigerung selbst dann zu vertreten, wenn ihm die zu ihrer Abwendung erforderlichen Geldmittel fehlen (arg. § 279 BGB; vgl. schon o. Rn. 5.86). In RG WarnR 1916, 155, 157 = Gruchot 60, 853, 855 ist überdies angenommen worden, daß, wenn ein Grundstück vom

verbleibende Verpflichtung zur Gewährung des Mietgebrauchs weiterhin zu erfüllen.

Die Entscheidung des RG hat breite Zustimmung gefunden⁸⁹. Sie ist zutreffend. **6.30**

Zwar spricht, wie selbst das RG zugeben mußte⁹⁰, der Wortlaut des § 571 BGB eher für die von der Vorinstanz⁹¹ vertretene Auffassung, daß der Vollstreckungsschuldner infolge des Zuschlags von *allen* sich für die Folgezeit ergebenden Vermieterpflichten frei werde. Jedoch schließt der Gesetzeswortlaut die vom RG für richtig befundene Ausnahme auch nicht eindeutig aus. Das RG sah den entscheidenden Grund für seine Auslegung darin, daß der Gesetzgeber bei Schaffung des ZVG und des BGB nicht zum Ausdruck gebracht habe, daß er von dem bis dahin geltenden Recht, das die Ansprüche des Mieters aus dem infolge der Eigentumsveränderung nicht mehr erfüllbaren Vertrag als Interesseforderung gegen den Vermieter bestehen ließ⁹², etwa habe abrücken wollen⁹³. Vielmehr gehe die Tendenz des § 571 BGB und des § 57 ZVG gerade dahin, den Mieter in seinen Rechten zu schützen. In der Konsequenz dieses Gedankens liege es, daß sich § 571 I BGB auch hier nicht zum Nachteil des Mieters auswirken dürfe. Ich halte das für überzeugend. **6.31**

Ein weiterer Grund, der zur Anerkennung des vom RG vertretenen Standpunktes geradezu zwingt, liegt m. E. in § 109 I 2 InsO (demnächst wohl § 109 I 3 InsO^{93a}), der dem Vermieter oder Verpächter eines dem Schuldner bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens überlassenen⁹⁴ Grundstücks für den Fall, daß der Insolvenzverwalter das Miet- bzw. Pachtverhältnis vorzeitig kündigt, einen Anspruch auf Ersatz des ihm wegen der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses entstehenden Schadens zuerkennt. Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen § 19 Satz 3 KO, der seinerseits auf der KO-Novelle von 1898 beruht und mit dessen Schaffung beabsichtigt war, die Rechtsprechung des RG, die dem Vermieter bzw. Verpächter in diesen Fällen schon damals einen (bürgerlichrechtlichen) Schadensersatzanspruch zuerkannt hatte, zu bestätigen und den Zweifeln, »die gegenüber dieser Auffassung daraus entnommen werden

Eigentümer auf bestimmte Zeit vermietet werde, »der Vertragswille der Beteiligten beim Mangel einer entgegenstehenden Vereinbarung dahin zu verstehen (sei), daß der Vermieter für die Fortdauer seiner Leistungsfähigkeit in den Fällen einer vorzeitigen willkürlichen, durch gesetzliche Gründe (§§ 553, 554, 567, 569 BGB) nicht gerechtfertigten Kündigung, wie sie durch § 57 S. 2 ZVG und § 21 Abs. 3 KO ermöglicht wird, dem Mieter eintreten will«.

89 RG WarnR 1916, 155 ff. = Gruchot 60, 853, 855; RG HRR 1933 Nr. 1312; KG JW 1936, 330 Nr. 19 = HRR 1936 Nr. 9; OLG Hamburg OLGE 16, 427; BGH WM 1959, 120 ad 2 (obiter dictum); DASSLER/SCHIFFHAUER/GERHARDT/MUTH ZVG¹² § 57 a Rn. 10; STAUDINGER/EMMERICH, 1997, BGB¹³ § 571 Rn. 117 f.; K/P/TINTELNOT InsO § 111 Rn. 8.

90 RGZ 63, 66, 67.

91 Vgl. o. Rn. 6.28.

92 Vgl. dazu KG OLGE 11, 145 f.

93 RGZ 63, 66, 67 f.

93a Vgl. den Regierungsentwurf in BT-Drucks. 14/5680 vom 28. 3. 2001 (Art. 1 Nr. 11) und direkt dazu MAROTZKE KTS 2001, 67 ff.

94 Andernfalls gilt grds. § 109 II InsO. Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 109 Rn. 14 ff., 25.

können, daß der Konkursverwalter, wenn er den Mieth- oder Pachtvertrag kündigt, das Vertragsverhältniß auf Grund einer ihm vom Gesetze verliehenen Befugnis für die Zukunft auflöst⁹⁵, durch eine ausdrückliche Normierung des Ersatzanspruchs die Grundlage zu entziehen. Als ein Gesetz, das den Schadensersatzanspruch der anderen Vertragspartei in Fällen, in denen der Schuldner gemietet oder gepachtet hatte, nicht daran scheitern lassen will, daß das infolge einer Kündigung des Insolvenzverwalters vorzeitig beendete Vertragsverhältnis gerade wegen der Kündigung nicht mehr besteht, darf § 109 I 2 InsO auch in dem Fall nicht unberücksichtigt bleiben, daß nicht der Schuldner, sondern dessen Vertragspartner die Position des Mieters oder Pächters innehat und das Vertragsverhältnis sodann dadurch vorzeitig beendet wird, daß der Insolvenzverwalter das Grundstück veräußert und dann der *Erwerber* nach § 111 InsO (bisher §§ 57 ff. ZVG i. V. m. § 21 IV KO) mit gesetzlicher Frist kündigt: Auch hier wäre es mit dem Grundgedanken des § 109 I 2 InsO (zuvor § 19 Satz 3 KO) nicht zu vereinbaren, wenn man der von der Kündigung betroffenen Vertragspartei den aus § 325 (i. V. m. § 275 II) BGB herzuleitenden Schadensersatzanspruch mit der Begründung verweigern würde, daß der Schuldner spätestens durch die Kündigung des Erstehers, vielleicht sogar schon im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs auf diesen (§ 571 BGB), aus seiner Verpflichtung zur Gewährung des Miet- bzw. Pachtgebrauchs entlassen worden sei⁹⁶.

6.33 Ebensowenig darf man den Schadensersatzanspruch des Mieters oder Pächters mit dieser Begründung ablehnen, wenn ein Insolvenzverfahren überhaupt nicht eröffnet, sondern der Eigentumserwerb des das Miet- oder Pachtverhältnis vorzeitig beendenden Dritten im Wege der *Einzelzwangsvollstreckung* erfolgt ist. Damit schließt sich der Kreis von dem in § 109 I 2 InsO (zuvor § 19 Satz 3 KO) ausdrücklich geregelten Sachverhalt zu dem zwar nicht vom Wortlaut, wohl aber vom Rechtsgedanken dieser Vorschrift mitbetroffenen Fall, daß der *Insolvenzverwalter* ein Grundstück, das der Schuldner vor Verfahrenseröffnung *vermietet* oder *verpachtet* hatte, nach Überlassung⁹⁷ des Grundstücks an den Mieter bzw. Pächter auf *rechtsgeschäftlichem* Wege veräußert und der Erwerber das Miet- bzw. Pachtverhältnis aufgrund des § 111 InsO (bisher: aufgrund der über § 21 IV KO auch hier anwendbaren §§ 57 ff. ZVG) vorzeitig beendet.

6.34 Der Schadensersatzanspruch, den § 109 I 2 InsO (zuvor § 19 Satz 3 KO) dem in der Position des *Vermieters* oder *Verpächters* befindlichen Vertragspartner des Schuldners für den Fall einer vom *Insolvenzverwalter* ausgehenden Kündigung *ausdrücklich* gewährt, ist nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut nur *Insolvenzforderung* (§ 109 I 2 InsO; vormals § 26 Satz 2 KO). *Analog* § 109 I 2

95 Begründung zur KO-Novelle S. 38 = HAHN Bd. VII S. 237. Dort lautet das letzte Wort dieses Zitats übrigens nicht »auflöst«, sondern »aufläßt«, was aber auf einem Schreib- oder Druckfehler beruhen dürfte.

96 Diese Wertung klingt an in der Formulierung, daß der Mieter oder Pächter hier »entsprechend dem § 19 Satz 3« KO Schadensersatz verlangen könne (s. Rn. 6.27 Fn. 84). vgl. für das neue Insolvenzrecht auch N/R/BALTHASAR InsO § 111 Rn. 14.

97 Zu dem insoweit maßgeblichen Zeitpunkt vgl. o. Rn. 6.25 mit Fn. 78.

InsO⁹⁸ (»als Insolvenzgläubiger«) wird man davon auszugehen haben, daß auf das Niveau einer bloßen Insolvenzforderung auch der Ersatzanspruch dessen beschränkt ist, der vom Schuldner ein Grundstück gemietet oder gepachtet hatte und, nachdem der Insolvenzverwalter das Grundstück veräußert (oder zwangsversteigern lassen) hat, mit einer auf § 111 InsO (bzw. §§ 57 ff. ZVG) gestützten Kündigung des *Erstehers* konfrontiert wird. Wäre die Ersatzpflicht in diesem Fall Masseverbindlichkeit (etwa nach § 55 I Nr. 1 InsO, weil die vorzeitige Kündigung des Erstehers eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters, nämlich die Veräußerung des Grundstücks voraussetzt), so würde der Zweck des § 111 InsO (zuvor § 21 IV KO) weitgehend verfehlt. Denn die Vorschrift will ja gerade verhindern, daß der Insolvenzverwalter durch die Rechte eines Mieters oder Pächters an der Verwertung des betreffenden Grundstücks gehindert wird⁹⁹. Zu dieser ratio legis würde die Einordnung des Schadensersatzanspruchs als Masseverbindlichkeit schlecht passen.

Inhaltlich richtet sich die Schadensersatzforderung des Mieters oder Pächters auf den Ausgleich der Vermögenseinbuße, die der Mieter oder Pächter dadurch erleidet, daß er das Miet- oder Pachtobjekt nicht während der *gesamten Zeit* nutzen kann, die ihm aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen mit dem Schuldner *diesem gegenüber* »sicher« war¹⁰⁰. Der aus der Insolvenzmasse anteilig zu ersetzende Schaden kann also u. U. weit über den Betrag hinausgehen, um den der »Wert« (§ 45 Satz 1 InsO) der dem Mieter oder Pächter entgehenden Nutzungsmöglichkeit den Betrag des infolge der Kündigung nicht mehr zu zahlenden Miet- oder Pachtzinses je nach Lage des Falles – nämlich wenn der Schuldner unter Wert vermietet oder verpachtet hatte – übersteigt: Man denke etwa an die durch einen Umzug verursachten Kosten und Folgeschäden (z. B. Umsatzrückgang bei gewerblicher Nutzung des Grundstücks)¹⁰¹. Auch die Ersatzfähigkeit dieser zusätzlichen Schäden vermag aber nicht die vor allem von JAEGER vertretene These¹⁰² zu rechtfertigen, daß »die Konkursordnung selbst ... im Zusammenhange der §§ 17–22« davon ausgegangen sei, daß jemand, dessen Gläubigerstellung auf einem *dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden* Vertrag beruhe, nach einer Erfüllungsablehnung des Verwalters selbst dann Anspruch auf Ersatz aller, also auch etwaiger den »Wert« seines Erfüllungsanspruchs (§ 69 KO bzw. § 45 Satz 1 InsO) übersteigender Nichterfüllungsschäden habe, wenn insoweit *keine* bürgerlich-

98 Zust. K/P/TINTELNOT InsO § 111 Rn. 8; N/R/BALTHASAR InsO § 111 Rn. 15. Nach *bisherigem* Insolvenzrecht konnte man dasselbe Ergebnis aus § 26 Satz 2 KO ableiten. Für Annahme einer »Konkursforderung« z. B. RGZ 67, 376 und die o. Rn. 6.27 Fn. 84 Genannten; a. M. jedoch ECKERT (s. o. Fn. 83).

99 MOTIVE zur KO S. 81 = HAHN Bd. IV S. 97/98.

100 Vgl. o. Rn. 6.18 bei Fn. 58.

101 Diese Vermögensnachteile sind freilich nur zu ersetzen, falls sie nicht auch dann entstanden wären, wenn das Miet- oder Pachtverhältnis erst mit Ablauf der sich aus dem Vertrag mit dem Schuldner ergebenden Zeit beendet worden wäre (s. o. Rn. 6.18). Kategorisch *verneint* wird die Ersatzfähigkeit von N/R/BALTHASAR InsO § 111 Rn. 15; vgl. auch K/P/TINTELNOT InsO § 111 Rn. 8.

102 Dazu schon o. Rn. 6.14 ff. mit Nachweisen.

rechtliche Anspruchsgrundlage erfüllt sei (was in § 5 dieser Arbeit abgelehnt wurde¹⁰³). Denn der für den Fall des § 111 InsO (§ 21 IV KO) erörterte¹⁰⁴ Schadensersatzanspruch des Mieters oder Pächters findet seine Grundlage ja gerade nicht – wie JAEGER aber wohl annahm¹⁰⁵ – in der KO oder der InsO¹⁰⁶, sondern in § 325 (i. V. m. § 275 II) des *Bürgerlichen* Gesetzbuches.

III. Schlußbetrachtung

- 6.36** Als Ergebnis ist festzuhalten, daß sich aus den Sonderregelungen der §§ 108 ff. InsO kein Argument ergibt, das eine Korrektur der in § 5 entwickelten und bei Rn. 5.143 ff. zusammengefaßten Grundsätze erfordern würde. Im nun folgenden § 7 kann also unmittelbar auf die bei § 5 gewonnenen Ergebnisse zurückgegriffen werden.

103 Vgl. besonders Rn. 5.66 ff.

104 Vgl. Rn. 6.27 ff.

105 Vgl. o. Rn. 6.27 mit Fn. 84.

106 § 19 Satz 3 KO und der ihm entsprechende § 109I 2 InsO wurden vorhin (Rn. 6.32 ff.) nicht als *Anspruchsgrundlagen* ins Spiel gebracht, sondern als Argumente zur Stützung der h.M., daß die Verpflichtung des bisherigen Vermieters oder Verpächters (Vollstreckungs- oder Insolvenzschuldners) zur Fortgewährung des Miet- oder Pachtgebrauchs durch § 571 BGB und durch die Kündigung des Erstehers nicht ersatzlos aufgehoben, sondern den Vorschriften des BGB über die Leistungsstörungen unterstellt wird.

§ 7. Rückforderungsrecht des Vertragspartners bei insolvenzbedingter Nichterfüllung seiner Gegenforderung?

I. Das Interesse des Vertragspartners

Wenn der Vertragspartner des Schuldners seinerseits schon teilweise oder vollständig erfüllt hat und dann wegen seiner Gegenansprüche auf die Quote verwiesen wird, richtet sich sein Interesse manchmal weniger auf die in § 5 erörterte Möglichkeit, sich mit seinem Erfüllungs- oder einem etwaigen Schadensersatzanspruch am Insolvenzverfahren zu beteiligen, als vielmehr auf die Rückforderung seiner bereits erbrachten Leistung. 7.1

Evident wäre dieses Interesse des Vertragspartners, wenn er seine Leistung *vollständig* zurückverlangen könnte. Aber selbst wenn er einen etwaigen Rückgewähranspruch nur als Insolvenzforderung (§ 38 InsO) geltend machen dürfte, sich insoweit also mit der *Quote* begnügen müßte, könnte dies für ihn u. U. dennoch vorteilhafter sein als die Anmeldung eines (i. d. R. ebenfalls nur als Insolvenzforderung berücksichtigungsfähigen¹) Erfüllungs- oder Schadensersatzanspruchs. Dies ist z. B. der Fall, wenn er dem Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Sache verkauft und übereignet hatte und die Schätzwertforderung, auf die der Rückgewähranspruch nach § 45 Satz 1 InsO umzustellen wäre, den Betrag der noch offenen Kaufpreisforderung übersteigt (z. B. weil die Sache unter Wert veräußert wurde oder weil ihr Wert nach dem Verkauf an den Schuldner gestiegen ist). 7.2

II. Zur Sperrwirkung des bisherigen § 26 Satz 1 KO gegenüber »an sich« begründeten Rückgewähransprüchen

1. Sinn und Zweck des § 26 Satz 1 KO

Als Anspruchsgrundlagen für eine Rückforderung des Geleisteten kommen in erster Linie die bereits bei Rn. 5.76 ff. unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes behandelten, wahlweise aber auch den Weg zur Rückabwicklung eröffnenden §§ 325, 326 BGB in Betracht². Bei unbefangener Betrachtungsweise sollte man meinen, daß diese Bestimmungen dem Vertragspartner des Schuldners unter denselben Voraussetzungen, unter denen er auf ihrer Grundlage trotz, wegen oder während des Insolvenzverfahrens Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, auch zu dem Recht verhelfen, alternativ hierzu einen Anspruch auf Rückgewähr seiner bereits in die Masse gelangten Leistung geltend zu machen 7.3

¹ Vgl. o. Rn. 5.1 ff., 5.14 ff., 5.31 ff., 5.64 ff., 5.113 ff. *Masseverbindlichkeit* ist der Erfüllungsanspruch nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 55 I Nr. 2, II InsO.

² Vgl. außerdem noch § 323 III (i. V. m. § 275 II) BGB.

(ob als Insolvenzforderung, als Masseverbindlichkeit oder als Aussonderungsanspruch, ist eine zwar praktisch höchst wichtige, aber logisch nachrangige Frage³).

- 7.4** Die h. M. steht diesem Gedanken eher skeptisch gegenüber⁴. Das hängt zusammen mit § 26 Satz 1 KO und mehr noch mit der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung. § 26 Satz 1 KO lautet:

»Wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergebenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen.«

- 7.5** Diese Vorschrift, die übrigens nur in stark verstümmelter Form in die InsO übernommen wurde⁵, war gedacht als eine Absage an die Lösung, die das Problem durch die Preußische KO von 1855 erfahren hatte. Dort war bestimmt, daß »dem Mitkontrahenten des Gemeinschuldners das von ihm Geleistete, so weit es in der Konkursmasse noch vorhanden« sei, dann (und *nur* dann!) »zurückgegeben werden« müsse, wenn der Vertrag zur Zeit der Konkursöffnung von *beiden* Teilen⁶ noch nicht vollständig erfüllt war und »die Gläubigerschaft in das Geschäft nicht ein(tritt)«⁷. Die MOTIVE zum Entwurf der Ende 1998 außer Kraft getretenen KO von 1877 haben diese – sinngemäß auch in der Österreichischen KO von 1868 getroffene⁸ – Regelung als inkonsequent verworfen. Die einschlägige Passage der MOTIVE lautet:

- 7.6** »Und noch empfindlicher (als eine zuvor behandelte, hier aber nicht interessierende Ungeheimtheit⁹) ist die Inkonsequenz, daß der andere Theil das Rückforderungsrecht nicht haben soll, wenn er seinerseits den Vertrag schon *vollständig*¹⁰ erfüllt hatte (Preuß. KO §§ 15, 21; Oesterr. § 22 b); »hier«, sagt man, »käme der Gläubigerschaft nicht das ihr »eingerräumte« Wahlrecht zu gut«, hier also nicht das Recht, ihrerseits den Vertrag zu erfüllen. *Flebile beneficium*. Es kommt dadurch ein wunderliches Resultat heraus, – wenn nämlich Jemand 100 Stück irgend einer Waare verkauft und nur 90 geliefert hatte, so kann er die 90 Stück aus der Konkursmasse vindizieren, verliert also nichts; hat er aber seiner Schuldigkeit ganz genügt und die vollen 100 geliefert, so erhält er von der Waare nichts und geht mit seiner Entschädigungsforderung in tributum!«¹¹

3 Vgl. zu dieser Frage u. Rn. 7.8 ff., 7.17, 7.20, 7.28, 7.30 ff., 7.68 ff., 7.87 ff., 7.132.

4 Vgl. u. Rn. 7.10 (Fn. 19), 7.12 (Fn. 29, 32).

5 Vgl. u. Rn. 7.21 ff.

6 Vgl. §§ 16 I, III HS. 1, 15 PrKO (wörtlich wiedergegeben u. Rn. 15.1).

7 § 16 III PrKO (vgl. soeben Fn. 6). Gegen die dort anklingende Vorstellung eines »Eintrittsrechts« der »Gläubigerschaft« vgl. die o. Rn. 2.86 Fn. 4 erwähnten Passagen der MOTIVE.

8 § 22 der Oesterreichischen KO von 1868 (wörtlich wiedergegeben u. Rn. 15.4). Die im Jahre 1914 eingeführte und seitdem mehrfach geänderte und ergänzte *neue* Oesterreichische KO erkennt diesen Rückgewähranspruch nicht mehr an (vgl. § 21 II OestKO).

9 Anmerkung von mir.

10 Hervorhebung von mir.

11 MOTIVE zur KO S. 90 f. = HAHN Bd. IV S. 105 f.; im gleichen Sinne hatte sich schon vorher der Abgeordnete v. KELLER im Plenum der Zweiten (preußischen) Kammer gegen den

Zur Vermeidung dieses in der Tat »wunderlichen« Ergebnisses (s. Rn. 7.6) stehen 7.7 theoretisch zwei grundverschiedene Wege zur Wahl: Entweder man gestattet dem Vertragspartner des Schuldners die Rückforderung seiner Leistung unabhängig davon, ob sie nur eine teilweise oder schon eine vollständige Erfüllung darstellte, oder aber man nimmt hier wie dort einheitlich einen Ausschluß oder eine Beschränkung der Rückforderung vor. Die Verfasser der KO von 1877 entschieden sich für die zweite Lösung: Nach § 26 Satz 1 KO, der am 1. 1. 1999 durch den etwas verunglückten § 105 Satz 2 InsO¹² ersetzt wurde, »ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergebenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen«.

Für die in § 26 Satz 2 KO enthaltene Grundentscheidung führen die MOTIVE so- 7.8 wohl bürgerlichrechtliche als auch insolvenzrechtliche Gründe an. Noch heute von Interesse ist der im folgenden wiedergegebene, insolvenzrechtliche Teil der Begründung¹³:

»Bei einseitigen Schuldverhältnissen, z. B. bei einem Darlehen, wird kein Unterschied gemacht, ob der Gläubiger Geld, oder ob er fungible Sachen (ein uneigentliches Darlehen) gegeben hatte. Er bekommt stets *nur Geld* zurück, und *nur so viel, als die Konkursmasse bietet*, und doch hatte er seine Leistung gegeben unter der Bedingung, nach Art und Höhe genau dasselbe zurückzuerhalten. Dem Gläubiger aus einem zweiseitigen Verträge sollte man seine Leistung zurückgewähren, weil er *für* sie etwas Anderes hatte erhalten sollen! Es verträgt sich nicht mit dem Fundamentalsatz der Gleichstellung aller persönlicher Gläubiger, diesem zum Nachtheil der übrigen aus der Konkursmasse das angezahlte Geld in *voller* Höhe zu erstatten, oder für ihn die dem Schuldner zu Eigentum übergebene *Sache* wieder herauszunehmen. Das würde nicht bloß ... eine Bevorzugung des Einen auf Kosten aller Anderen enthalten, es würde auch die Sicherheit des allgemeinen Geschäftsverkehrs beeinträchtigen« (wird ausgeführt).

Diese Begründung ist heute noch genauso überzeugend wie damals. Völlig zu 7.9 Recht geht sie davon aus, daß der Gedanke des Kreditrisikos, der bei der Hingabe eines Darlehens sofort ins Auge springt, auch auf andere Vorleistungen zutrifft und hier wie dort einer Rückforderung des geleisteten Gegenstandes bei Insolvenz des Schuldners Schranken setzt. Hätten die MOTIVE es bei diesem Argument, das den § 26 Satz 1 KO ohne weiteres zu tragen vermochte, belassen, so hätte später wohl niemand bezweifelt, daß jemand, der mit dem späteren Gemeinschuldner einen gegenseitigen Vertrag geschlossen und seine Leistung schon vor Konkurseröffnung ganz oder teilweise erbracht hat, durch § 26 Satz 1 KO zwar daran gehindert wird, »die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergebenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen«, nicht aber auch daran, einen etwaigen bürgerlichrechtlichen Rückgewähranspruch als *Insol-*

Entwurf des § 16 PrKO gewandt, sich aber nicht durchsetzen können (vgl. HAHN a. a. O. S. 106 Fn. 1 und GOLTDAMMER S. 101).

12 Sollte § 105 Satz 2 InsO, was sein Wortlaut nahelegt, wirklich nur die Rückforderung von *Teilleistungen* ausschließen wollen (dazu u. Rn. 7.21 ff.), so wäre das soeben bei Rn. 7.6 erwähnte »wunderliche Resultat« nach mehr als 120 Jahren durch ein nicht weniger wunderliches Spiegelbild (genau umgekehrte Differenzierung!) ersetzt worden.

13 MOTIVE zur KO S. 89 f. = HAHN Bd. IV S. 105. Hervorhebungen nicht im Original.

venzforderung – d. h. als ein notwendigerweise auf *Geld* gerichtetes (§§ 69 KO, 45 InsO) und nur mit der Quote zu berücksichtigendes Petikum – geltend zu machen. Denn die Anmeldung einer auf den *Wert* der erbrachten Leistung lautenden Insolvenzforderung ist nicht nur mit dem Wortlaut des § 26 Satz 1 KO bestens vereinbar (der ja nur die Rückgabe in *Natur* ausschließt), sondern sie harmoniert auch mit dem aus den Gesetzesmaterialien ersichtlichen¹⁴ Bestreben, den Vertragspartner hinsichtlich der Geltendmachung eines etwaigen Rückgewähranspruchs mit demjenigen auf eine Stufe zu stellen, der dem Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung ein *Darlehen* gegeben hatte. Auch der Darlehensgeber könnte vom Konkursverwalter zwar nicht die *vollständige* Rückgewähr des vor Verfahrenseröffnung Gegebenen, sehr wohl aber die *anteilige* Befriedigung seines bürgerlichrechtlichen Rückgewähranspruchs als Insolvenzforderung (§ 3 I KO bzw. § 38 InsO) verlangen.

7.10 Leider haben sich die MOTIVE der KO aber nicht mit der Feststellung begnügt, daß der Vertragspartner des Gemeinschuldners seine in die Konkursmasse gelangte Leistung *nicht in Natur* und *nicht vollständig* zurückbekomme, sondern darüber hinaus die These aufgestellt, daß der Umstand, daß der Vertragspartner aus der Konkursmasse nicht mehr als die Quote erhält, diesen nicht berechtige, die bereits erbrachte eigene Leistung zu kondizieren¹⁵. Unter dem Eindruck dieser Passage der MOTIVE¹⁶ hat sich später die Auffassung durchgesetzt, daß jemand, der dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung eine Sache verkauft und (unbedingt) übereignet hat, nicht nur kein Recht auf »Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen *Leistung* – hier also der verkauften *Sache* – aus der Konkursmasse« habe (nur *dieses* Recht wird in § 26 Satz 1 KO ausdrücklich verneint), sondern daß er nicht einmal berechtigt sei, den Rückgewähranspruch, den ihm das bürgerliche Recht¹⁷ unter bestimmten Voraussetzungen¹⁸ zugesteht, wenn ihm für den Kaufpreis nur die Quote geboten wird, nach § 69 KO (§ 45 InsO) als *Geldanspruch* zur Konkurstabelle anzumelden¹⁹.

7.11 Diese h. M. geht über den Wortlaut des § 26 KO eindeutig hinaus. Ihre Herleitung aus den MOTIVEN vermag selbst dann nicht zu überzeugen, wenn man von den

14 Vgl. soeben Rn. 7.8.

15 MOTIVE zur KO S. 91 = HAHN Bd. IV S. 106. Auszugsweise wiedergegeben ist die hier angesprochene Passage u. bei Rn. 7.11.

16 Vgl. JAEGER KO⁶⁷ § 26 Rn. 2; KIPPENBERG S. 95 f.

17 Vgl. z. B. §§ 346 ff. (i. V. m. §§ 325–327, 275 II) und §§ 812 ff. (i. V. m. §§ 323 III, 325 I 3, 275 II) BGB.

18 Z. B. unter denen der §§ 325, 326 BGB. Daß die in diesen Vorschriften genannten Voraussetzungen auch eintreten können, während sich der Schuldner im Insolvenzverfahren befindet, wurde bereits bei Rn. 5.76 ff. ausführlich begründet.

19 JAEGER KO⁶⁷ § 26 Rn. 2; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 26 Rn. 2; KIPPENBERG S. 95 f.; KEPPLINGER S. 253; wohl auch STIEGLITZ KO § 21 Anm. II 1, 2 mit Fn. f, g; RG Bolze Bd. 21 Nr. 872; vgl. ferner u. Rn. 7.12 Fn. 29, 32; a. M. DATHE S. 34, 91 ff.; wohl auch MEHRING S. 76; v. SARWEY/BOSSERT KO § 26 Anm. 3 im vorletzten Absatz; SCHAD S. 130; vgl. ferner MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 207; RGZ 63, 307 f.; unklar BLEYER KO § 26 Anm. 3 a; OETKER ZZP 14 (1890) 1, 28; v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE KO⁶ § 26 Anm. 4.

methodischen Bedenken, die gegen das Zurückgreifen auf im Gesetz nicht zum Ausdruck gebrachte Vorstellungen seiner Verfasser bestehen, einmal absieht. Denn nicht einmal die MOTIVE selbst gehen so weit, ihre von der h. M. in den Vordergrund gestellte Feststellung

– »... das Geleistete bleibt im Vermögen des Gemeinschuldners; eine Kondiktion desselben (sine causa oder ob causam datorum) ist ausgeschlossen; der Kontrahent hat nur einen Entschädigungsanspruch ...«²⁰ –

auf *alle* Fälle zu erstrecken, in denen ein bürgerlichrechtliches Rückforderungsrecht des Vertragspartners in Betracht kommt. Vielmehr stellen sie unmittelbar im Anschluß an diese Passage klar:

»Damit soll keineswegs ein, auf einem anderen Grunde beruhendes Recht des Kontrahenten oder des Verwalters zum Rücktritt von dem Verträge oder zur Rückforderung des Gegebenen beseitigt sein, – beruhe dieses Recht auf einem dem Verträge beigefügten Abkommen, einem pactum reservati dominii, oder einer clausula cassatoria, oder beruhe es auf einem Verzuge, welchen sich schon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens der Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung der Verwalter, falls von ihm die Erfüllung begehrt worden, hat zu Schulden kommen lassen. – Nur die Konkursöffnung und die in Folgen deren eintretende Nichterfüllung soll kein gesetzlicher Aufhebungsgrund sein.«

Aus dieser Klarstellung ergibt sich, daß die Verfasser der KO nicht wollten, daß **7.12** jemand, der dem späteren Gemeinschuldner eine Sache verkauft und übereignet hat, ein schon vor der Konkursöffnung erworbenes, auf Zahlungsverzug des Käufers gegründetes Rücktrittsrecht (z. B. § 326 BGB) infolge der Konkursöffnung wieder verliert²¹. Dies ist, vom Fall des Eigentumsvorbehalts und von einigen vergleichbaren Situationen einmal abgesehen²², auch der Standpunkt des *neuen* Insolvenzrechts. Der Verkäufer kann also auch noch *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Käufers zurücktreten und seinen Rückgewähranspruch aus § 346 BGB geltend machen²³. Allerdings dürfte nicht fraglich sein, daß er mit diesem Rückgewähranspruch jedenfalls dann, wenn seine Leistung schon *vor* Verfahrenseröffnung in das Eigentum des Schuldners gelangt ist²⁴, nicht Massegläubiger²⁵, sondern Insolvenzgläubiger gem. § 38 InsO (§ 3 I

20 MOTIVE ZUR KO S. 91 = HAHN Bd. IV S. 106.

21 Vgl. auch MOTIVE S. 66 = HAHN Bd. IV S. 86 (auszugsweise wiedergegeben u. Fn. 28; vgl. auch o. Rn. 2.18).

22 Hier stehen der Ausübung eines auf § 326 oder § 455 I BGB beruhenden Rücktrittsrechts u. U. die Rechtsgedanken der §§ 107 II, 112 InsO entgegen (s. o. Rn. 3.46 mit Fn. 149, Rn. 4.113 und u. Rn. 7.58 mit Fn. 136, Rn. 7.66).

23 RG LZ 1915 Sp. 217 Nr. 17 (Rücktrittsgrund war § 455 I BGB); AMON S. 56/57; DATHE S. 92 f.; KÖRBER S. 45; STIEGLITZ KO § 21 Anm. II 2 a. E.; TINTELNOT ZIP 1989, 144, 152 f. (der jedoch nicht von einem Rückgewähr-, sondern von einem »Differenzanspruch« des Vertragspartners spricht; vgl. dazu o. Rn. 4.116 ff.).

24 Anderenfalls kann eine Masseverbindlichkeit nach § 59 I Nr. 4 KO bzw. § 55 I Nr. 3 InsO begründet sein; vgl. u. Rn. 7.87 ff.

25 So aber OETKER ZZP 14 (1890) 1, 29. Der von ihm herangezogene § 59 I Nr. 4 KO (§ 55 I Nr. 3 InsO) setzt jedoch voraus, daß das Vermögen des Gemeinschuldners, »nachdem es für

KO) ist²⁶ und *schon deshalb* – also nicht erst wegen § 105 Satz 2 InsO (§ 26 Satz 1 KO) – aus der Insolvenzmasse nicht die Rückgabe der *Sache*, sondern nur die auf ihren *Geldwert* (§ 45 Satz 1 InsO bzw. § 69 KO) entfallende *Quote* verlangen kann. Wenn aber die *MOTIVE* der KO selbst davon ausgehen, daß der Vertragspartner des Schuldners ein schon vor Verfahrenseröffnung erworbenes Rücktrittsrecht auch noch während des Verfahrens ausüben und die daraus resultierende Rückgewährforderung (zumindest) als Insolvenzgläubiger geltend machen kann, so kann man sich schlecht auf eben diese *MOTIVE* berufen, um dem Vertragspartner in dem (in den *MOTIVEN* allerdings nicht besonders behandelten) Fall, daß der insolvente Schuldner erst *nach* der Verfahrenseröffnung mit der Kaufpreiszahlung in Verzug gerät²⁷ und eine ihm gem. § 326 I BGB bestimmte Nachfrist versäumt, das entsprechende Recht zu versagen²⁸: Hier wie dort gibt es keinen insolvenzrechtlichen Grund, den Vertragspartner zu hindern, vom Vertrag zurückzutreten und den Wert des daraus resultierenden Rückgewähranspruchs als *Insolvenzgläubiger* geltend zu machen²⁹ (wobei allerdings vorausgesetzt ist, daß der Insolvenz-

die Gläubiger zu einer Konkursmasse geworden, über den Umfang derselben durch fremdes Gut vermehrt worden ist« (vgl. u. Rn. 7.90 mit Fn. 233).

26 AMON S. 57; DATHE S. 93; KÖRBER S. 46 f.; STIEGLITZ KO § 21 Anm. II 2 (a. E.); vgl. auch PLONSKI S. 38 (zu dem Sonderfall des *beiderseitigen* Konkurses und ohne Erwähnung des § 26 Satz 1 KO!) und o. Rn. 4.126. – Die *MOTIVE* schweigen insoweit.

27 Die nicht näher begründete Bemerkung der *MOTIVE* (S. 87 = HAHN Bd. IV S. 102), daß »durch die Eröffnung des Konkurses ... ein Verzug in der Erfüllung der Verträge nicht bedingt« werde, ist völlig zutreffend und widerspricht nicht den Ausführungen, mit denen o. Rn. 5.91 ff. begründet worden ist, daß der Schuldner auch noch während des Konkurses bzw. Insolvenzverfahrens in Verzug geraten kann.

28 Die im letzten Absatz der Rn. 7.11 wiedergegebene Passage der *MOTIVE* erwähnt den erst *nach* Konkurseröffnung eintretenden Verzug allerdings nur im Hinblick auf den *Konkursverwalter*: nämlich für den Fall, daß dieser die Erfüllung der gem. § 59 I Nr. 2 KO (§ 55 I Nr. 2 InsO) entstandenen *Masseschuld* verzögert. Vgl. aber auch *MOTIVE* S. 66 = HAHN Bd. IV S. 86: Es sei selbstverständlich, daß der Vertragspartner berechtigt bleibe, aus einem schon vor der Eröffnung des Konkurses »oder unabhängig von diesem« (vgl. Fn. 27) begründeten Umstände, »z. B. wegen Betrugs, Irrthums, *Verzugs* usw. von dem Vertrag abzugehen«: »Ein solcher Rücktrittsgrund wird nicht berührt ...«. Für das *neue* Insolvenzrecht muß hier freilich auf die Besonderheit aufmerksam gemacht werden, die vorhin bei Fn. 22 angesprochen wurde.

29 Vgl. auch DATHE S. 92 f. A.M. RGZ 86, 247, 250 f.: Selbst wenn der Gemeinschuldner schon vor (!) der Konkurseröffnung in Verzug geraten sei, könne sein Vertragspartner während des Konkurses »höchstens« dann zurücktreten, wenn das bürgerliche Recht »den Verzug allein als Rücktrittsgrund gelten« lasse oder aber wenn alle weitergehenden Rücktrittsvoraussetzungen (bei § 326 BGB also die Versäumung der Nachfrist) bereits vor der Konkurseröffnung erfüllt worden seien. Ähnlich für das *neue* Insolvenzrecht KEPPLINGER S. 239 f. (Fn. 1103), 252 ff., 255; FK-InsO/WEGENER² § 105 Rn. 16 f.; K/P/TINTELOT InsO § 105 Rn. 18.

Vgl. auch KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 26 Rn. 2: Ein Rücktritt »aus dem Grunde der Konkurseröffnung« sei ausgeschlossen; wenn der Konkursverwalter die Erfüllung eines dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrages ablehne, könne der andere Teil selbst dann nicht zurücktreten, »wenn der Rücktritt nach allgemeinen Grundsätzen zulässig wäre« (ähnlich RGZ 73, 58, 62 f.; OLG Frankfurt/M. ZIP 1995, 369, 370 r. Sp. [jedoch bejahte das OLG mit anderer Begründung dennoch einen – im konkreten Fall durch Bankbürgschaft gesicherten – Rückzahlungsanspruch des Vertragspartners]; BAUR/StÜRNER, Zwangsvoll-

verwalter nicht oder nicht mehr berechtigt ist, nach § 17 I KO bzw. § 103 I InsO Erfüllung zu verlangen³⁰). Entsprechendes gilt in den Fällen, in denen dem Schuldner die Erbringung der Gegenleistung während (oder infolge) des Insolvenzverfahrens *unmöglich* wird³¹: Auch hier muß der Vertragspartner den Wert (§§ 69 KO, 45 InsO) seines etwaigen (§§ 323 III, 325 BGB) Rückgewähranspruchs als Insolvenzgläubiger geltend machen können³².

Zuzugeben ist allerdings, daß die hier vertretene Auffassung in einem gewissen Gegensatz zu der in den MOTIVEN des § 26 Satz 1 KO zum Ausdruck kommenden Vorliebe der Gesetzesväter für diejenigen der damaligen Rechtssysteme steht, die im Prinzip davon ausgingen, daß das Unmöglichwerden oder die Verzögerung der dem einen Vertragsteil obliegenden Leistungen den anderen Vertragsteil *nicht* zur Rückforderung der seinerseits schon erbrachten Leistung berechtige, und die sich insoweit von dem erst später geschaffenen BGB (vgl. §§ 323 III, 325 ff.) grundlegend unterscheiden. Die sich mit den damaligen drei »Hauptsystemen« des bürgerlichen Rechts – nämlich dem gemeinen Recht, dem Pr.ALR und dem französischen Recht – befassenden Ausführungen der MOTIVE gipfeln in der Feststellung:

»Sonach würden von den drei Hauptsystemen nur das preußische Recht in einer Ausnahme von seinem Prinzip und das französische Recht in seinem, in der Anwendung durchlöchernten Prinzip den Satz aufstellen, daß, wenn die Gegenleistung nicht in der bedungenen Weise erfolgt, der Vertrag rückgängig wird und das Geleistete aus dem Eigentum des Empfängers wieder ausscheidet.

Für das Konkursrecht darf eine solche Theorie nicht zugelassen werden.«³⁴

streckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Bd. II, 12. Aufl. 1990, Rn. 9.9; BROCKELMANN S. 12; MEHL S. 3, 22; SANDROCK S. 104; vgl. auch GLÜCK S. 47 Fn. 7; a. M. DATHE S. 92 f.; HELLMANN S. 268 mit Fn. 2; MARKMANN S. 66 f., 69, 75, 87 f., 90; MUSIELAK AcP 179 [1979] 189, 207; SEUFFERT S. 190; v. VÖLDERNDORFF KO § 15 Anm. V S. 234; WIECHERS S. 32 ff.; vgl. auch o. Rn. 4.111 Fn. 284). HENCKEL will in dem von KUHN/UHLENBRUCK erwähnten Fall zwar den Rücktritt, nicht aber auch die Konkursteilnahme mit dem nach § 69 KO (§ 45 InsO) umgestellten Rückgewähranspruch zulassen (JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 163, § 26 Rn. 2; ebenso wohl auch HELLMANN, MARKMANN, SEUFFERT, v. VÖLDERNDORFF und WIECHERS – jeweils a. a. O. –, die die letztere Möglichkeit gar nicht erst erwähnen).

30 Vgl. o. Rn. 5.101 f.

31 Zu den Fällen des verfahrensbedingten Unvermögens vgl. bereits o. Rn. 5.76 ff. Hervorzuheben bleibt, daß in der dort (Rn. 5.78) wiedergegebenen Passage aus der Begründung des § 26 Satz 1 KO zwar gesagt ist, daß die Leistung des Schuldners infolge der Konkursöffnung nicht ohne weiteres (objektiv) unmöglich werde (da ja der Konkursverwalter noch erfüllen könne, wenn auch meist nicht dürfe), nicht hingegen auch, daß die Konkursöffnung kein (subjektives) Unvermögen des Schuldners zur Folge haben könne. Wegen § 275 II BGB steht der Umstand, daß *nur der Schuldner* zur Leistung unvermögend geworden ist, einer Anwendung der §§ 323 III, 325 BGB aber nicht entgegen.

32 Unrichtig RGZ 73, 58, 63; § 26 Satz 1 KO schließe die Anwendung des § 325 BGB auf den Fall, daß der Konkursverwalter die Erfüllung eines dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrages ablehnt, insoweit aus, als diese Vorschrift dem anderen Vertragsteil das Recht zum Rücktritt gewähre.

33 MOTIVE zur KO S. 87 ff. = HAHN Bd. IV S. 103.

34 MOTIVE zur KO S. 89 = HAHN Bd. IV S. 104.

- 7.14** Diese Passage der *MOTIVE* ist insofern aufschlußreich, als sie durch die (von mir) hervorgehobene Wendung deutlich macht, daß sich die Verfasser der KO vor allem deshalb so vehement gegen die Auffassung wandten, daß der Vertragspartner des Gemeinschuldners infolge des Konkurses einen bürgerlichrechtlichen Rückgewähranspruch haben könne, weil sie noch unter dem Eindruck des französischen Rechts standen, nach dessen Bestimmungen der Verkäufer bei Verzug des Käufers (Gemeinschuldners) u. U. berechtigt war, den Vertrag mit dinglicher Wirkung aufzulösen und sodann die (vorher schon aufgrund des *Kaufvertrages* in das Eigentum des Käufers bzw. Gemeinschuldners gelangte!) Sache zu *revindizieren*³⁵.
- 7.15** Solch ein Recht zur Revindikation einer bereits in das Eigentum des Käufers übergebenen Sache ist unserem BGB aber fremd (wenn man von der durch § 158 II BGB eröffneten Möglichkeit einer durch Zahlungsverzug auflösend *bedingten* Übereignung an den Käufer einmal absieht³⁶). Deshalb wäre es verfehlt, den auf das Revindikationsrecht des Code civil (und auch der *PrKO!*³⁷) gemünzten Satz der *MOTIVE*, daß eine solche Theorie »für das Konkursrecht . . . nicht zugelassen werden« dürfe, ohne weiteres auch auf die erst später durch das BGB unter bestimmten Voraussetzungen (§§ 323 III, 325 ff., 275 II) eröffnete Möglichkeit zu erstrecken, daß der Vertragspartner des Gemeinschuldners seine an diesen erbrachte Leistung auf *schuldrechtlicher* Grundlage zurückfordert, falls und weil ihm für seine Gegenforderung nur die Konkursquote geboten wird³⁸. Denn hinsichtlich dieses *schuldrechtlichen* Rückgewähranspruchs wäre der Vertragspartner ja i. d. R. nur *Konkursgläubiger*³⁹, und als solcher könnte er nicht etwa die (auf eine »Revindikation« hinauslaufende und ihm nicht nur von Sinn und Zweck, sondern auch vom Wortlaut des § 26 Satz 1 KO verwehrt) »Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergebenen Leistung aus der Konkursmasse«, sondern bloß die konkursmäßige Berücksichtigung einer nach § 69 KO (§ 45 InsO) anzumeldenden Schätzwertforderung verlangen (was übrigens nach dem etwas ungewöhnlichen Sprachgebrauch der *MOTIVE*⁴⁰ wiederum als ein Fall von »Nichterfüllung« [hier: des dem Gläubiger wegen der Nichterfüllung des ursprünglichen Vertrages erwachsenen bürgerlichrechtlichen Rückgewähranspruchs] bezeichnet werden könnte und dann auch sprachlich bemerkenswert gut mit der Formulierung harmonieren würde, daß solch ein Rückgewähranspruch »für das Konkursrecht . . . nicht zugelassen« – d. h. aus der Konkursmasse »nicht erfüllt«! – werden dürfe).

35 Dazu noch u. Rn. 7.73.

36 Vgl. dazu JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 26 Rn. 17; HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 23.

37 Vgl. die bei Rn. 7.6 wiedergegebene Passage der *MOTIVE*, in der von »vindizieren« die Rede ist.

38 So aber viele Vertreter der h. M. (vgl. Rn. 7.10 mit Fn. 16, 19); richtig hingegen DATHE S. 91 ff.; vgl. auch v. SARWEY/BOSSERT KO § 26 Anm. 3 (im vorletzten Absatz).

39 Vgl. o. Rn. 4.126 und sogleich Rn. 7.17.

40 Vgl. o. Rn. 3.48 ff., 5.23 f.: »Nichterfüllung« als Umschreibung der Tatsache, daß ein Insolvenzgläubiger aus der Masse nur die Quote in Geld erhält.

Die für das Konkursrecht ganz herrschende Meinung⁴¹, daß der Vertragspartner nicht berechtigt sei, seinen etwaigen Rückgewähranspruch wenigstens als *Insolvenzforderung* geltend zu machen, falls dieser Anspruch erst infolge der Konkursöffnung oder eines erst nach diesem Zeitpunkt eingetretenen Verzuges des Gemeinschuldners entstanden ist, beruht also sowohl auf einer zu oberflächlichen Interpretation der MOTIVE des § 26 Satz 1 KO⁴² als auch auf einer Mißachtung des Grundsatzes, daß die Fassung eines Gesetzes im Zweifel Vorrang hat vor den in ihr nicht zum Ausdruck gebrachten MOTIVEN seiner Urheber. M. E. steht übrigens sogar *außer* Zweifel, daß es *kein* insolvenzrechtliches Prinzip gibt, das hier eine ausdehnende Handhabung des § 26 Satz 1 KO (§ 105 Satz 2 InsO) erfordern könnte. Auch die Vertreter der h. M. haben bislang keines anzuführen vermocht, sondern sich nur auf einzelne, aus dem Zusammenhang gerissene Passagen der MOTIVE berufen, die die h. M. aber letztlich nicht zu rechtfertigen vermögen.

Als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen kann festgehalten werden: 7.17

Aus § 26 Satz 1 KO folgt nicht, daß der Vertragspartner des im Insolvenzverfahren befindlichen Schuldners einen Rückgewähranspruch, den ihm das bürgerliche Recht für den Fall zugesteht, daß dem Schuldner die versprochene Leistung infolge der Verfahrenseröffnung unmöglich wird oder daß der Schuldner während des Verfahrens in Verzug gerät und eine ihm gem. § 326 BGB bestimmte Nachfrist versäumt⁴³, *überhaupt nicht* ausüben kann, sondern nur, daß solch ein Anspruch (nur!) dann, wenn sein Gegenstand schon »in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen« ist und somit zur Konkursmasse gehört, *dieser gegenüber* nicht unbeschränkt, sondern *bloß als Konkursforderung* erhoben werden kann und als solche auf einen bestimmten *Geldbetrag* lauten oder umgestellt werden muß. § 26 Satz 1 KO (§ 105 Satz 2 InsO) bestätigt also lediglich das, was eigentlich schon aus den §§ 3 I, 67, 69 KO (§§ 38, 45, 191 InsO) folgt: daß ein Rückgewähranspruch, der dem Gläubiger infolge der Nichterfüllung des Vertrages u. U. erwächst, als aufschiebend bedingter (§ 67 KO bzw. § 191 InsO⁴⁴) bereits durch die an den Schuldner erfolgte Übereignung⁴⁵ des betreffenden Gegenstandes »begründet« worden war⁴⁶ und deshalb i. d. R.⁴⁷ nicht als Masseschuld, sondern nur als einfache Konkursforderung zu erfüllen ist (§ 3 I KO bzw. § 38 InsO).

41 Vgl. o. Rn. 7.10 (Fn. 19), 7.12 (Fn. 29, 32).

42 Vgl. soeben Rn. 7.13 ff.

43 Vgl. insoweit Rn. 7.3, 7.12 f. mit Verweisungen.

44 § 67 KO bzw. § 191 InsO setzt nicht voraus, daß die Bedingung auf einem Rechtsgeschäft beruht; vgl. o. Rn. 5.62 Fn. 211.

45 Denn schon durch diese Rechtshandlung geht der Vertragspartner das (sich bei einer Anwendung der §§ 3 I, 69 KO bzw. §§ 38, 45 InsO nur noch weiter verdichtende) Risiko ein, das Geleistete selbst dann nicht zurückzubekommen, wenn er einen Anspruch darauf erwerben sollte.

46 Vgl. PLONSKI S. 36 ff. (für den – angeblichen; vgl. u. Rn. 9.45 ff., 9.57 – Rückgewähranspruch des Konkursverwalters, der die weitere Erfüllung eines vom Gemeinschuldner bereits teilweise erfüllten Vertrages ablehnt, nachdem auch die andere Vertragspartei in Konkurs gefallen ist); a.M. KIPPENBERG S. 51, 62 f., der die »Begründung« eines Anspruchs mit dessen »Entstehung« gleichsetzt (vgl. dagegen o. Rn. 5.124).

47 Aber nicht ausnahmslos; vgl. Rn. 7.20, 7.29 ff., 7.68 ff., 7.87 ff., 7.132!

7.18 Die Gründe, die die Verfasser der KO veranlaßt hatten, dieses sich eigentlich schon aus §§ 3 I, 67 KO (§§ 38, 191 InsO) ergebende Resultat in § 26 Satz 1 KO ausdrücklich hervorzuheben, sind – das hat die Analyse der MOTIVE und des damaligen Rechts gezeigt⁴⁸ – historisch bedingt. Hätte man § 26 Satz 1 KO bei Schaffung der InsO *ersatzlos* gestrichen⁴⁹, so wäre nicht etwa das negiert worden, was in § 26 Satz 1 KO tatsächlich zum Ausdruck gebracht worden war (denn das könnte fortan ohne weiteres den §§ 38, 45, 191 InsO entnommen werden), sondern nur das, was eine völlig verfehlte h. M. zusätzlich in ihn hineingelegt hatte.

2. Vorschlag einer Neuformulierung

7.19 Besser noch als durch eine ersatzlose Streichung des § 26 Satz 1 KO hätte man sowohl den Sinn als auch die Grenzen dieser Bestimmung klargestellt⁵⁰, wenn man der ihr entsprechenden Bestimmung der InsO die folgende Fassung gegeben hätte⁵¹:

»Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt⁵², ist ein Anspruch auf Rückgewähr einer vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in das Eigentum⁵³ des Schuldners übergegangenen Leistung Insolvenzforderung, auch wenn das der Leistung zugrundeliegende Rechtsverhältnis infolge des Insolvenzverfahrens beendet⁵⁴ oder der Anspruch auf die Gegenleistung nicht oder nur als Insolvenzforderung erfüllt wird und der Rückgewähranspruch des Gläubigers aus einem dieser Gründe entsteht.«

7.20 Eine Bestimmung dieses Inhalts wäre aus sich heraus verständlich. Auf eine Besonderheit ist jedoch hinzuweisen: Wegen ihrer weiten Formulierung (»auch wenn«) könnte solch eine Bestimmung auch Fälle erfassen, in denen der Insolvenzverwalter die *Erfüllung* eines dem § 103 InsO unterliegenden Vertrages verlangt

48 Vgl. o. Rn. 7.4 ff.

49 Das wäre immer noch besser gewesen als die tatsächlich erfolgte Ausgestaltung des § 105 Satz 2 InsO als »halben § 26 Satz 1 KO«. Vgl. u. Rn. 7.21 ff., 7.26 ff., 7.29.

50 Daß Ansprüche auf Rückgewähr von bereits vor der Verfahrenseröffnung in das Eigentum des (Gemein-)Schuldners übergegangenen Leistungen auch dann als schon zur Zeit der Verfahrenseröffnung »begründet« (§ 3 I KO, § 25 I VerglO, § 38 InsO) anzusehen sind, wenn sie infolge eines erst während des Verfahrens ausgeübten Gestaltungsrechts entstanden sind (vgl. Rn. 7.17), ist vor allem im *vergleichsrechtlichen* Schrifttum bestritten worden. Vgl. dazu Rn. 13.117 Fn. 239.

51 Nahezu wortgleich bereits mein Vorschlag in Leipold (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Umbruch*, 1991, S. 183, 191.

52 Vgl. z. B. § 7 II KO / § 81 I 3 InsO (dazu u. Rn. 4.113 ff.), § 38 Satz 1 KO / § 144 II 1 InsO (dazu u. Rn. 7.120 ff.), § 24 KO / § 106 InsO (zu den insoweit auftretenden Streitfragen vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 26 Rn. 7 und HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 23 jeweils m. w. N.).

53 Hatte der Vertragspartner nicht »Eigentum«, sondern ein »sonstiges Recht« zu übertragen, so kommt es darauf an, ob *dieses* rechtswirksam in das (haftende) *Vermögen* des Schuldners gelangt ist (vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 26 Rn. 12). Das ist jedoch so selbstverständlich, daß es einer Ersetzung des Wortes »Eigentum« (§ 26 Satz 1 KO) durch das Wort »Vermögen« nicht bedarf (vgl. jedoch § 105 Satz 2 InsO).

54 Vgl. z. B. §§ 109, 111, 113 InsO und dazu o. Rn. 6.14 ff., 6.21 ff.

hat und der Gegner seinen Rückgewähranspruch erst *anschließend* dadurch erwirbt, daß der Verwalter die nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandene *Masseverbindlichkeit* trotz Mahnung (bzw. trotz Eintritts der in § 284 III 1 BGB bezeichneten Ereignisse^{54a}) und Nachfristsetzung (§ 326 BGB) nicht erfüllt. Diese Konsequenz ist beabsichtigt. Im konkursrechtlichen Schrifttum wird zwar die Ansicht vertreten, daß sich die hinsichtlich des ursprünglichen Vertrages eingetretene Rechtsfolge des § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (jetzt § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) auch auf den Rückgewähranspruch erstrecke mit der Konsequenz, daß der Rückgewähranspruch als Masseverbindlichkeit erfüllt werden müsse⁵⁵. Das ist jedoch nicht richtig. Denn dem Gläubiger erwächst der Rückgewähranspruch nicht »aus« dem Vertrag, dessen Erfüllung der Verwalter zunächst verlangt hatte, sondern »trotz« dieses Vertrages, der ja immerhin einmal einen die Rückforderung ausschließenden Behaltensgrund darstellte. Ein Anspruch auf *Rückabwicklung* eines beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrages ist also nicht schon dann Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, wenn das ursprüngliche Vertragsverhältnis dem § 103 InsO unterlag und der Insolvenzverwalter die Erfüllung des *Vertrages* verlangt hat, sondern nur dann, wenn dem Rückgewähranspruch des Gläubigers ein solcher der Masse gegenübersteht und der Insolvenzverwalter von dem ihm in diesem Fall analog § 103 I InsO zustehenden Recht⁵⁶ Gebrauch macht, die Erfüllung des *Rückabwicklungsschuldverhältnisses* zu verlangen⁵⁷. Eine noch weitere Ausdehnung des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO würde angesichts des klar definierten Gesetzeszwecks⁵⁸ die Grenzen zulässiger Analogie sprengen⁵⁹.

III. Substantielle Unterschiede zwischen § 26 Satz 1 KO und § 105 Satz 2 InsO?

1. Verengte Fassung des § 105 Satz 2 InsO als »halber § 26 Satz 1 KO«

Der Reformgesetzgeber hat den bisherigen § 26 Satz 1 KO weder ersatzlos gestrichen (was an der Fortgeltung seines richtig verstandenen Inhalts nichts geändert hätte⁶⁰), noch hat er ihn vollständig in die InsO übernommen⁶¹. Vielmehr entschied **7.21**

54 a Vgl. zu § 284 III 1 BGB o. Rn. 5.92 Fn. 303.

55 So z. B. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 132; KUHN/UHLENBRÜCK KO¹¹ § 17 Rn. 32; KIPPENBERG S. 63 ad b.

56 Vgl. o. Rn. 4.114, 4.125 f.

57 Ebenso, trotz seiner vorhin bei Fn. 55 zitierten Rn. 132, JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 94 (zum Wandlungsrecht des Vertragspartners, der vom Schuldner vor der Konkurseröffnung eine mangelhafte Sache geliefert erhielt und später vom Konkursverwalter zur Kaufpreiszahlung aufgefordert worden ist).

58 Dazu o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

59 Das bedeutet aber nicht, daß der Insolvenzverwalter einen Rückgewähranspruch des Vertragspartners auch dann mit der Quote abspeisen dürfte, wenn er sich auf erst *nach* der Verfahrenseröffnung erbrachte Leistungen bezieht. Vgl. zu diesem Sonderfall u. Rn. 7.87 ff.

60 Vgl. o. Rn. 7.18.

61 Vgl. den diesbezüglichen Vorschlag bei Rn. 7.19 f.

man sich für einen dritten Weg. Dieser besteht darin, daß einer Vorschrift, die unmißverständlich nur für Verträge über »teilbare« Leistungen gilt und die des weiteren voraussetzt, daß der »andere Teil« (gemeint ist der Vertragspartner des Schuldners) die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Verfahrenseröffnung bereits »teilweise« erbracht hat (§ 105 Satz 1 InsO), ein Satz 2 folgenden Inhalts angefügt wurde:

»Der andere Teil ist nicht berechtigt, wegen der Nichterfüllung seines Anspruchs auf die Gegenleistung die Rückgabe einer vor der Eröffnung des Verfahrens in das Vermögen des Schuldners übergebenen *Teilleistung*⁶² aus der Insolvenzmasse zu verlangen.«

7.22 Die Begründung des InsO-Regierungsentwurfs führt hierzu aus⁶³:

»In Satz 2 wird klargestellt, daß der Vertragspartner des Schuldners die ihm durch Satz 1 auferlegte Einschränkung seiner Rechtsstellung⁶⁴ auch nicht dadurch kompensieren kann, daß er die Rückgabe der von ihm erbrachten Teilleistung aus der Insolvenzmasse verlangt. Auch soweit ihm für den Fall der Nichterfüllung durch den Schuldner ein gesetzliches oder vertragliches Rücktrittsrecht zusteht, kann er sich nicht durch Ausübung dieses Rücktrittsrechts nach der Verfahrenseröffnung einen Masseanspruch auf Rückgewähr seiner Teilleistung verschaffen (vgl. § 26 Satz 1 KO, § 36 Abs. 2 Satz 2 VerglO).«

7.23 Diese Begründung des Regierungsentwurfs läßt keinen Zweifel an der Absicht des Gesetzgebers, in Gestalt des § 105 Satz 2 InsO eine Nachfolgebestimmung sowohl zu § 26 Satz 1 KO als auch zu § 36 II 2 VerglO zu schaffen. Das Ergebnis dieses Bemühens ist ein *mixtum compositum* besonderer Art: hinsichtlich der *Rechtsfolge* ein »halber § 36 II 2 VerglO« (denn der »vollständige« § 36 II 2 VerglO schloß nicht nur die Rückforderung aus der Masse, sondern schon den Rücktritt als solchen aus⁶⁵), hinsichtlich der *Voraussetzungen* ein »halber § 26 Satz 1 KO« (denn der »vollständige« § 26 Satz 1 KO schloß die Rückforderung bereits vor Verfahrenseröffnung in das Eigentum des Schuldners gelangter Leistungen ganz generell und nicht nur dann aus, wenn es sich um eine *Teilleistung* auf einen Vertrag über *teilbare* Leistungen handelte; zudem erfaßte § 26 Satz 1 KO neben dem Fall der konkursbedingten »Nichterfüllung« einer Verbindlichkeit auch den der »Aufhebung⁶⁶ eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners«).

7.24 Die bei der Übernahme des bisherigen Rechts verfolgte Zurückhaltung (Rn. 7.23) verdient Zustimmung, soweit sie dazu geführt hat, daß § 105 InsO einen dem § 36 II 2 VerglO entsprechenden Rücktrittsausschluß nicht thematisiert. Denn

62 Kursivschrift von mir.

63 BT-Drucks. 12/2443 S. 146 (zu § 119 RegEInsO).

64 Die Einschränkung besteht darin, daß der »andere Teil« mit dem seiner Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung auch dann nur *Insolvenzgläubiger* ist, wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt. Dazu ausführlich o. Rn. 4.158 ff.

65 Zur praktischen Bedeutung dieses Unterschieds vgl. o. Rn. 4.163, 7.12, 7.17.

66 Gemeint war mit »Aufhebung« die (vorzeitige) »Beendigung«. Vgl. die Beispiele bei Rn. 6.14 ff., 6.21 ff.

das Vorbild, das § 36 II 2 VerglO insoweit gab, war unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt nachahmenswert (dazu ausführlich Rn. 13.115 ff.).

Sehr problematisch ist hingegen, daß § 105 Satz 2 InsO auch den bisherigen § 26 Satz 1 KO nicht vollständig übernimmt (s. Rn. 7.23). Dieser Umstand gibt Anlaß zu folgender Frage: **7.25**

2. Was gilt in den vom Wortlaut des § 105 Satz 2 InsO nicht erfaßten Fällen des bisherigen § 26 Satz 1 KO?

Soll der Satz, daß der Vertragspartner des Schuldners nicht berechtigt ist, »wegen der Nichterfüllung seines Anspruchs auf die Gegenleistung die Rückgabe einer vor der Eröffnung des Verfahrens in das Vermögen des Schuldners übergegangenene« Leistung »aus der Insolvenzmasse zu verlangen« (vgl. § 105 Satz 2 InsO), nach neuem Insolvenzrecht wirklich nur dann gelten, wenn es sich um eine auf einen Vertrag über *teilbare* Leistungen erbrachte *Teilleistung* i. S. des § 105 InsO handelt? Die Frage zu bejahen, wäre m. E.⁶⁷ nicht weniger »wunderlich« als das »Resultat«, welches die bei Rn. 7.6 wiedergegebene Äußerung der KO-MOTIVE zutreffend verwirft. **7.26**

Das als unrichtig erkannte Ergebnis muß vermieden werden^{67a}. Das ist jedenfalls dann sehr leicht möglich, wenn man die zu § 26 Satz 1 KO gewonnene Erkenntnis, daß die Vorschrift lediglich das ausdrückt, was auch ohne sie gelten würde⁶⁸, auf § 105 Satz 2 InsO übertragen und die im Vergleich zu § 26 Satz 1 KO engere Fassung des § 105 Satz 2 InsO damit erklären kann, daß auch der *Anlaß*, solch eine Vorschrift zu formulieren, beim *neuen* Insolvenzrecht ein speziellerer war als bei Schaffung der KO. Daß die erste dieser beiden Voraussetzungen erfüllt ist, wurde bereits bei Rn. 7.17 f. dargelegt. Erfüllt ist aber auch die zweite Voraussetzung. Denn während die Schaffung des § 26 Satz 1 KO von dem Bestreben getragen war, eine zu unangemessenen Differenzierungen führende Grundsatzentscheidung der Preußischen KO zu korrigieren⁶⁹, will § 105 Satz 2 InsO die bei seiner Schaffung vorgefundene Rechtslage (soweit sie in § 26 Satz 1 KO zum Ausdruck gebracht war⁷⁰) überhaupt nicht *verändern*, sondern sie für den Spezialfall des § 105 Satz 1 InsO nur noch einmal besonders *bekräftigen*. Anlaß für die Schaffung des § 105 Satz 2 InsO war nicht, daß der (richtig verstandene⁷¹) Inhalt des bisherigen § 26 Satz 1 KO zuvor als rechtspolitisch verfehlt kritisiert worden wäre, sondern die viel speziellere Frage, ob das im bisherigen § 26 Satz 1 KO Gesagte auch in den Fällen des § 105 Satz 1 InsO zur Anwendung kommen (und hier vielleicht sogar durch einen Rücktrittsausschluß nach dem Vorbild des § 36 II 2 VerglO ergänzt werden⁷²) sollte. In § 105 Satz 2 InsO wird keine vom bisherigen § 26 Satz 1 **7.27**

67 Vgl. schon Rn. 7.7 mit Fn. 12.

67 a Insoweit zust. KEPLINGER S. 253 f. (vgl. aber auch o. Rn. 7.12 Fn. 29).

68 Vgl. o. Rn. 7.17 f.

69 Vgl. o. Rn. 7.5 ff., 7.18.

70 *Abgewichen* wurde hingegen von § 36 II 2 VerglO; s. o. Rn. 7.24.

71 Vgl. o. Rn. 7.11 ff.

72 Vgl. o. Rn. 7.23 f.

KO abweichende Rechtslage *geschaffen*, sondern lediglich »klargestellt⁷³, daß der Vertragspartner des Schuldners die ihm durch Satz 1 auferlegte Beschränkung seiner Rechtsstellung auch nicht dadurch kompensieren kann, daß er die Rückgabe der von ihm erbrachten Teilleistung aus der Insolvenzmasse verlangt«. § 105 Satz 2 InsO soll demnach nicht die Aussage des bisherigen § 26 Satz 1 KO auf den tatbestandlich enger gefaßten Fall des § 105 Satz 1 InsO *beschränken*, sondern nur *klarstellend* zum Ausdruck bringen, daß selbstverständlich *auch* im Fall des § 105 Satz 1 InsO der letztlich schon auf der Geltung der §§ 38, 45, 191 InsO beruhende⁷⁴ Satz gilt, daß der Vertragspartner nicht berechtigt ist, wegen der Nichterfüllung seines Anspruchs auf die Gegenleistung die Rückgabe einer vor der Eröffnung des Verfahrens in das Schuldnervermögen übergegangenen Leistung aus der Insolvenzmasse zu verlangen.

- 7.28** Die in der Überschrift zu Rn. 7.26 ff. gestellte Frage nach der rechtlichen Beurteilung der vom Wortlaut des § 105 Satz 2 InsO *nicht* erfaßten Fälle des bisherigen § 26 Satz 1 KO ist damit beantwortet: Aufgrund der §§ 38, 45, 191 InsO gilt der Satz, daß der Vertragspartner nicht berechtigt ist, wegen der Nichterfüllung seines Anspruchs auf die Gegenleistung (oder wegen der verfahrensbedingten Beendigung eines Rechtsverhältnisses) die Rückgabe einer vor Verfahrenseröffnung in das Schuldnervermögen übergegangenen Leistung aus der Insolvenzmasse zu verlangen, *unabhängig* davon, ob es sich bei der Leistung des Vertragspartners um eine Teil- oder um eine vollständige Leistung handelte und ob das vertraglich vorgesehene Leistungsprogramm überhaupt »teilbar« i. S. des § 105 InsO ist.

3. Vorschlag einer »Reform der Reform«

- 7.29** Nur mit Mühe konnte soeben eine »unschädliche« Auslegung des § 105 Satz 2 InsO gefunden werden. Ein Gesetz, das die Auslegungskunst derart beansprucht, sollte nochmals überdacht werden. Am besten wäre es wohl, wenn man § 105 Satz 2 InsO zu einem eigenständigen Paragraphen aufwerten, ihn aus dem Zusammenhang mit den Verträgen über »teilbare Leistungen« lösen und ihm die weite Fassung geben würde, die o. bei Rn. 7.19 f. vorgeschlagen wurde.

IV. Rückforderung einer noch nicht in das Eigentum des Schuldners gelangten Leistung

1. Aussonderung kraft schuldrechtlichen oder dinglichen Rechts

- 7.30** Der bisherige § 26 Satz 1 KO, dessen Inhalt im *Ergebnis* auch für das neue Insolvenzrecht gilt (und zwar aufgrund der §§ 38, 45 Satz 1, 191 InsO)⁷⁵, schloß die

⁷³ Vgl. den ersten Satz der bei Rn. 7.22 wiedergegebenen Formulierungen der Begründung des RegEInsO (dort ohne Hervorhebung des Wortes »klargestellt«).

⁷⁴ Vgl. o. Rn. 7.17 f.

⁷⁵ Vgl. o. Rn. 7.29.

Rückforderung des geleisteten Gegenstandes aus der Masse nur dann aus, wenn dieser »in das Eigentum⁷⁶ des Gemeinschuldners übergegangen« war. Nicht erfaßt sind also Fälle, in denen eine dem Schuldner verkaufte und übergebene Sache noch *nicht* in dessen Eigentum gelangt ist. Das entspricht der Regelung des § 43 KO, derzufolge sich »die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse . . . nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen« bestimmen. Ausdrücklich klargestellt wird sowohl in § 43 KO als auch in dem ihm entsprechenden § 47 InsO, daß als Grundlage eines Aussonderungsanspruchs nicht nur »dingliche«, sondern auch »persönliche« Rechte in Betracht kommen. Voraussetzung ist bei den »persönlichen« Rechten aber, daß sie sich auf »Herausgabe« – im Gegensatz zu »Verschaffung«⁷⁷ – des nicht zur Soll-Masse gehörenden Gegenstandes richten. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so kann der Inhaber des »persönlichen« Anspruchs selbst dann Aussonderung verlangen, wenn das »dingliche« Recht einem Dritten zusteht⁷⁸. Zum Beispiel ist jemand, der dem Schuldner eine *fremde* Sache verkauft und (gem. § 185 II BGB schwebend unwirksam) übereignet hatte, hinsichtlich des Rückgewähranspruchs, der ihm bei Nichtzahlung des Kaufpreises u. U.⁷⁹ erwächst, nicht Insolvenzgläubiger gem. § 38 InsO, sondern – da die zurückverlangte Sache mangels Eigentums des Schuldners nicht zur Insolvenzmasse gehört -Aussonderungsgläubiger⁸⁰ gem. § 47 InsO.

Im folgenden soll aber nicht der schuldrechtliche Aussonderungsanspruch des Verkäufers einer fremden Sache, sondern der dingliche Herausgabeanspruch des Eigentümers – i. d. R. also des Vertragspartners des Schuldners – einer näheren Betrachtung unterzogen werden. **7.31**

76 Hatte der Vertragspartner nicht Eigentum, sondern ein sonstiges Recht zu leisten, so kommt es darauf an, ob *dieses* in das haftende Vermögen des Schuldners gelangt ist; vgl. schon Fn. 53 zu Rn. 7.19.

77 Vgl. statt aller JAEGER/LENT KO⁸ § 43 Rn. 4 und Karsten SCHMIDT in MünchKomm-ZPO² § 771 Rn. 40 (der zu Recht die Ungenauigkeit dieser Abgrenzungsformel rügt und von einer »Faustregel« spricht; vgl. auch u. Fn. 80).

78 GUNDLACH/FRENZEL/SCHMIDT DZWIR 2001, 95 ff.; FK-InsO/JONELEIT/IMBERGER² § 47 Rn. 54; JAEGER/LENT KO⁸ § 43 Rn. 4, 5; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 43 Anm. 6 f.; vgl. auch MOTIVE zur KO S. 155 = HAHN Bd. IV S. 157 f.

79 Vgl. §§ 323 III, 325 ff., 346, 812 BGB. Der Rückgewähranspruch setzt hier aber voraus, daß der Verkäufer trotz des Umstandes, daß die Sache einem *Dritten* gehört, imstande ist, dem Käufer das Eigentum noch irgendwie zu verschaffen (z. B. durch Zahlung des Kaufpreises an den Dritten, falls dieser an ihn unter Eigentumsvorbehalt veräußert hatte). Sonst greift zugunsten des *Käufers* (Insolvenzschuldners) der § 440 BGB ein.

80 Im Sinne des soeben bei Fn. 77 Gesagten richten sich die §§ 346 Satz 1, 812 I BGB hier nicht auf »Verschaffung«, sondern auf »Herausgabe« des Erlangten. Bei § 812 BGB folgt dies schon aus dem Gesetzeswortlaut. Trotzdem a. M. HESS InsO¹ § 47 Rn. 273; FK-InsO/JONELEIT/IMBERGER² § 47 Rn. 56; JAEGER/LENT KO⁸ § 43 Rn. 31 und BGH WM 1962, 180, 181, die damit aber wohl nur ihre – selbstverständlich zutreffende (vgl. PROTOKOLLE zum BGB Bd. II S. 721 ff.; RGZ 66, 385, 389 f.; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 43 Anm. 7) – Ansicht untermauern wollen, daß ein Bereicherungsanspruch *dann* kein Aussonderungsrecht verleiht, wenn er sich auf Rückgewähr einer *schon im Eigentum des Schuldners stehenden und deshalb jetzt zur Soll-Masse gehörenden* Sache richtet.

- 7.32** Auch der dingliche Herausgabeanspruch aus § 985 BGB ist nicht Insolvenzforderung (arg. § 47 Satz 1 InsO), sondern kann gem. § 47 Satz 2 InsO als Aussonderungsrecht gegen den Insolvenzverwalter verfolgt werden, falls dieser die betreffende Sache in seinem Besitz (in der Ist-Masse) hat. Jedoch kann der Verwalter die Herausgabe gem. § 986 I BGB verweigern, wenn er oder der Schuldner, von dem er sein Recht zum Besitz gem. §§ 80 I, 148 I InsO ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist.
- 7.33** Von einem gegenüber dem Eigentümer bestehenden Besitzrecht des Schuldners oder gar des Insolvenzverwalters kann normalerweise keine Rede sein, wenn Eigentümer nicht die Person ist, die die betreffende Sache an den Schuldner verkauft und geliefert hat, sondern ein mit dieser Person in keiner vertraglichen Beziehung stehender⁸¹ Dritter. Ist es aber der Eigentümer selbst, der die Sache an den Schuldner verkauft und übergeben hat, so ist der Schuldner und deshalb gem. § 986 I 1 Alt. 2 BGB auch der Insolvenzverwalter ihm gegenüber aufgrund des Kaufvertrages zum Besitz berechtigt.
- 7.34** Ist allerdings der Schuldner dem Eigentümer gegenüber zur *persönlichen* Ausübung des Besitzes verpflichtet^{81a} und ergibt die Auslegung, daß dies auch die Weitergabe an einen *Insolvenzverwalter* ausschließen soll, so kann der Eigentümer vom Insolvenzverwalter, falls dieser den Besitz trotzdem erlangt hat, die Herausgabe an den Schuldner oder, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen (§ 986 I 2 BGB). Wenn der Insolvenzverwalter das verhindern will, sollte er sich nicht gegen, sondern für die Erfüllung des Vertrages entscheiden. Denn dann besitzt und nutzt er die Sache aufgrund des gem. § 119 InsO nicht im voraus abdingbaren § 103 I InsO »anstelle des Schuldners« und kann sogar – wiederum »anstelle des Schuldners« – das Eigentum für die Masse erwerben (wenn es sich auf schuldrechtlicher Ebene um einen Kaufvertrag handelt⁸²). Auch wenn und solange der Insolvenzverwalter aufgrund unmittelbarer oder analoger⁸³ Anwendung des § 107 II 1 InsO berechtigt ist, eine Aufforderung zur Wahlrechtsausübung vorerst unbeantwortet zu las-

81 Nicht hierher gehört also der sehr häufige Fall, daß es sich bei dem Dritten um jemanden handelt, der dem Vertragspartner des Schuldners die jetzt im Besitz des Insolvenzverwalters befindliche Ware unter verlängertem Eigentumsvorbehalt (Rn. 4.47 Fn. 131) veräußert hatte: Hier ist der Vertragspartner des Schuldners dem Eigentümer gegenüber zum Besitz (und zur Weiterveräußerung) berechtigt; und dieses Besitzrecht wirkt nach der zweiten Alternative des § 986 I 1 BGB auch zugunsten des Schuldners bzw. des für diesen bestellten Insolvenzverwalters.

81 a Beispiele bei STAUDINGER/GURSKY, 1999, BGB¹⁴ § 986 Rn. 40.

82 Hatte der Schuldner nicht gekauft, sondern gemietet oder gepachtet, so kommt ein *Eigentums*erwerb der Masse natürlich nicht in Betracht. Jedoch kommt das auf dem Miet- oder Pachtvertrag beruhende *Besitzrecht* des Schuldners entweder unmittelbar über § 108 I 1 InsO (»bestehen mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort«) oder – wenn der Schuldner eine *bewegliche* Sache gemietet oder gepachtet hatte – nach positiver Wahlrechtsausübung des Verwalters gem. § 103 I InsO (»anstelle des Schuldners«) auch der Insolvenzmasse zustatten; beides ist unabdingbar gem. § 119 InsO.

83 Eine *analoge* Anwendung des § 107 II 1 InsO kommt in Betracht, wenn der Schuldner nicht gekauft, sondern gemietet oder gepachtet hatte und der Vertragsgegenstand ein »beweg-

sen, wird man ihm nach Sinn und Zweck des § 107 II 1 InsO das Recht zubilligen müssen, einem auf § 985 oder § 986 I 2 BGB gestützten Herausgabeverlangen des Vertragspartners zunächst nicht zu entsprechen⁸⁴. Das Gleiche gilt, wenn und solange (§ 173 II InsO) der Insolvenzverwalter aufgrund §§ 166 I, 172 InsO zur Verwertung, Benutzung oder sonstigen Verwendung der Sache berechtigt ist, was jedoch voraussetzt, daß dem die Herausgabe Beanspruchenden nur *Sicherungseigentum* oder die bei Rn. 4.170 angesprochene »Schrumpfform« des erweiterten Eigentumsvorbehalts zusteht^{84a}.

2. Einfluß der Erfüllungsablehnung auf das Besitzrecht des Verwalters

a) Praktische Bedeutung der Frage

Das Besitzrecht, das dem in der Position des Käufers befindlichen Schuldner aufgrund des Kaufvertrages zusteht und das über § 986 I 1 Alt. 2 BGB auch dem Insolvenzverwalter zustatten kommt (Rn. 7.32 ff.), erlischt spätestens in dem Augenblick, in welchem der Verkäufer (Eigentümer) gegen den im Insolvenzverfahren befindlichen Käufer einen schuldrechtlichen Rückgewähranspruch erwirbt (z. B. nach §§ 326, 455 BGB oder – beim Tausch – gem. §§ 323 III, 325 BGB). Allerdings mußte schon bei Rn. 5.81 f., 5.102 darauf aufmerksam gemacht werden, daß solch ein Rückgewähranspruch in Fällen, in denen der Gläubiger nicht schon vor der Verfahrenseröffnung berechtigt war, vom Vertrag zurückzutreten (oder seine Leistung ohne vorherigen Rücktritt zurückzufordern), nicht ohne Rücksicht auf den Schutzzweck des § 103 InsO angenommen werden darf. 7.35

Vor diesem Hintergrund gewinnt die Frage an Gewicht, ob das Besitzrecht des Insolvenzverwalters auch dann, wenn auf seiten des Schuldners weder Verzug noch Leistungsunvermögen vorliegen, allein schon infolge des Umstands erlischt, daß der Verwalter die Erfüllung des (mangels Eigentumsübergangs auf den Schuldner auch vom Verkäufer noch nicht vollständig erfüllten) Vertrages ablehnt oder auf eine Aufforderung zur Wahlrechtsausübung nicht unverzüglich (§§ 103 II 2, 107 II 1 InsO) reagiert. Die h. M. bejaht dies⁸⁵. 7.36

Meist wird das Problem in bezug auf den Fall abgehandelt, daß dem Schuldner eine Sache unter Eigentumsvorbehalt geliefert wurde und der Kaufpreis noch nicht 7.37

licher« (arg. § 108 I 1 InsO) ist; vgl. meine Ausführungen in JZ 1995, 803, 814 und im HK-InsO² § 107 Rn. 37 f.

84 Vgl. u. Rn. 7.54 ff.

84a So auch STAUDINGER/GURSKY, 1999, BGB¹⁴ § 985 Rn. 21.

85 RGZ 56, 238, 242; RG JW 1936, 655 Nr. 20 a; BGH NJW 1982, 768 f. ad II 1 (zum Besitzrecht des *Gemeinschuldners*); BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 4 c; JAEGER/LENT KO⁹ § 17 Rn. 17, 42; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 70, 162, 166; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 18 d, § 26 Rn. 3, 5; BLEYER KO § 17 Anm. 7 c; STAUDINGER/GURSKY, 1999, BGB¹⁴ § 986 Rn. 68, 75 f.; SERICK Bd. I S. 346; J. BLOMEYER JZ 1968, 691, 694/695; LÜKE S. 40; LUSS S. 36; vgl. auch OLG Stuttgart ZIP 1981, 252 f. ad 1 b; OFFTERMATT S. 121 (dazu sogleich Rn. 7.38 ff.); STRACKE S. 113 (anders aber ders. S. 114 ff. für den Fall des Vorbehaltskaufs, da § 17 KO hier unanwendbar sei).

(vollständig) bezahlt ist⁸⁶. Da insolvenzrechtlich nichts gegen die Annahme spricht, daß der Schuldner (Käufer) auch noch während des über seinem Vermögen schwebenden Insolvenzverfahrens mit der Kaufpreiszahlung in Verzug geraten⁸⁷ und der Verkäufer jedenfalls dann, wenn der erst während des Verfahrens eingetretene Verzug des Schuldners auf der Versäumung eines kalendermäßig fixierten Zahlungstermins beruht (§ 284 II 1, III 2 BGB), ohne weiteres – insbesondere ohne zuvor den Weg des § 103 II 2 InsO ausschöpfen zu müssen⁸⁸ – gem. § 455 I BGB vom Vertrag zurücktreten^{88a} kann, beschränkte sich die praktische Bedeutung der Frage, welchen Einfluß die Erfüllungsablehnung des Verwalters auf sein schuldrechtliches Besitzrecht hat, nach *bisherigem* Insolvenzrecht auf die Fälle, in denen für die Kaufpreiszahlung eine kalendermäßige Zeitbestimmung entweder nicht⁸⁹ oder aber in der Weise getroffen war, daß die Fälligkeit vorläufig noch nicht eintreten konnte. Nach *neuem* Insolvenzrecht ergeben sich in diesem Zusammenhang allerdings aus den §§ 107 II, 112 Nr. 1 InsO einige nicht ganz unwesentliche Abweichungen⁹⁰.

b) Ein bürgerlichrechtlicher Lösungsversuch für den Fall des Eigentumsvorbehalts

- 7.38** Die Frage, ob es in Fällen, in denen der Schuldner Ware unter Eigentumsvorbehalt erworben, aber noch nicht (vollständig) bezahlt und der Insolvenzverwalter die (weitere) Erfüllung des Kaufvertrages abgelehnt hat, überhaupt noch einer Inverzugsetzung des Schuldners bedarf, oder ob der Verkäufer die seinem Eigentumsvorbehalt unterliegende Ware hier *ohne weiteres* vom Insolvenzverwalter herausverlangen kann, wird von OFFTERMATT im Sinne der zweiten Alternative entschieden, weil ja der *Insolvenzverwalter* durch seine Erfüllungsablehnung⁹¹ in Verzug geraten sei. Diese Begründung vermag jedoch das der h. M. entsprechende Ergebnis nicht zu tragen.
- 7.39** Zwar hat auch OFFTERMATT erkannt, daß ein Insolvenzgläubiger den Verwalter dadurch, daß er diesem gegenüber die *vollständige* Erfüllung seiner Forderung anmahnt, an sich nicht in Verzug setzen kann⁹² und daß folglich ein Verzug des *Insolvenzverwalters* auch dadurch nicht eintreten kann, daß dieser es ablehnt, einen Insolvenzgläubiger gem. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO (damals noch §§ 17 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO) zu einem Massegläubiger zu erheben.

86 Dazu schon o. Rn. 4.107 ff., 4.113.

87 Vgl. o. Rn. 5.91 ff.

88 Vgl. o. Rn. 5.102 Fn. 361 a. E.; ebenso STRACKE S. 111 und wohl auch J. BLOMEYER JZ 1968, 691, 694.

88 a A. M. HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 18.35 Fn. 99 mit nicht überzeugender Berufung auf § 91 InsO.

89 Vgl. o. Rn. 5.102 mit Fn. 361.

90 Vgl. dazu o. Rn. 3.46 und u. Rn. 7.56 ff. mit Fn. 136.

91 OFFTERMATT S. 121.

92 Vgl. OFFTERMATT S. 115 ff. ad b und zum insoweit übereinstimmenden Standpunkt der vorliegenden Arbeit o. Rn. 5.95 f.

OFFTERMATT meint jedoch, daß ein Vorbehaltsverkäufer wegen seines Rechts, bei Verzugs des Käufers vom Vertrag zurückzutreten (§ 455 I BGB) und dann seine Sache nicht nur auf schuldrechtlicher (§ 346 BGB), sondern auch auf dinglicher (§ 985 BGB) Basis zurückzuverlangen, nicht wie ein einfacher Insolvenzgläubiger behandelt werden dürfe⁹³. Das ist jedoch nur in dem Sinne richtig, daß der Insolvenzverwalter gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer hinsichtlich des mit Aussonderungskraft versehenen (§ 47 InsO) Rückgewähranspruchs in Verzug geraten kann, nicht auch in dem von OFFTERMATT gemeinten Sinne, daß der Insolvenzverwalter auch hinsichtlich der *Kaufpreiszahlung* in Verzug gerate, wenn er die vollständige Erfüllung des Vertrages ablehne. An der Notwendigkeit dieser Differenzierung ändert auch der Umstand nichts, daß das dingliche Rückforderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers wegen § 986 BGB das Erlöschen des vertraglichen Besitzrechts des Käufers voraussetzt und daß § 455 I BGB dem Verkäufer die Möglichkeit, diese Voraussetzung durch Rücktritt vom Kaufvertrag zu verwirklichen, natürlich nur für den Fall gewährt, daß hinsichtlich des *Kaufpreises* Schuldnerverzug eintritt. 7.40

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß der *Insolvenzverwalter* hinsichtlich der (von ihm nicht nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer Masseverbindlichkeit aufgewerteten⁹⁴) Kaufpreisschuld nicht in Verzug geraten kann⁹⁵ und daß folglich § 455 I BGB als Rücktrittsgrund nur⁹⁶ in Betracht kommt, wenn sich *der Käufer selbst* in Verzug befindet und – so ist im Hinblick auf die im bisherigen Konkursrecht nicht enthalten gewesenenen §§ 107 II, 112 Nr. 1 InsO zu ergänzen⁹⁷ – der *Ausübung* dieses Rücktrittsrechts keine insolvenzrechtlichen Hindernisse entgegenstehen. 7.41

c) Insolvenzzrechtliche Lösung

Die im folgenden zu untersuchende »insolvenzzrechtliche Lösung« fragt nicht nach einem gesetzlich oder vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrecht des Verkäufers, sondern geht völlig unabhängig vom Bestehen eines solchen davon aus, daß das Besitzrecht des Insolvenzverwalters, das dem dinglichen Herausgabeanspruch des Verkäufers gem. § 986 BGB entgegensteht, in allen dem § 103 InsO unterliegenden Fällen⁹⁸ bereits dadurch erlischt, daß der Verwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnt oder eine Aufforderung zur Wahlrechtsausübung nicht rechtzeitig antwortet. Diese Ansicht darf wohl noch immer als die »herrschende« bezeichnet werden⁹⁹ (wenngleich nicht auszuschließen ist, daß der BGH in Fortführung seiner 7.42

93 OFFTERMATT S. 117 ff., besonders S. 119.

94 Andernfalls Vgl. u. Rn. 8.28 f. mit Fn. 81.

95 Im Ergebnis übereinstimmend JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 51.

96 Zu einer sich aus § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO ergebenden Ausnahme Vgl. u. Rn. 8.28 f. mit Fn. 81.

97 Vgl. u. Rn. 7.56 ff. mit Fn. 136.

98 Dazu gehört auch der, daß der Vertragspartner dem Schuldner vor Verfahrenseröffnung eine bewegliche Sache verkauft, geliefert und unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung übereignet hatte (sofern der Kaufpreis nicht bereits vollständig bezahlt ist). Vgl. o. Rn. 4.107 ff.

99 Vgl. o. Rn. 7.36 mit Nachweisen in Fn. 85.

neuen Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie¹⁰⁰ den Zeitpunkt des Besitzrechtswegfalls auf den der Verfahrenseröffnung vorverlegen wird¹⁰¹).

- 7.43** Zur Begründung der h. M. haben das OLG Dresden¹⁰² und später das RG¹⁰³ sich auf § 26 Satz 1 KO berufen. Dieser Bestimmung, die dem Vertragspartner im Falle konkursbedingter »Nichterfüllung« seiner Primärforderung das Recht absprach, »die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen«, glaubte man im Umkehrschluß entnehmen zu dürfen, daß der Vertragspartner »berechtigt ist, das von ihm auf Grund des Vertrages Geleistete, soweit die Leistung noch nicht als eine Erfüllung seiner Verbindlichkeit sich darstellt, insbesondere also dann, wenn das Geleistete noch nicht in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen ist, aus der Konkursmasse zu verlangen« (so das OLG Dresden) bzw. »daß solche Leistungen, sei es des Gemeinschuldners¹⁰⁴, sei es seines Vertragsgegners, die vor der Konkurseröffnung noch nicht in das Eigentum des anderen Teiles übergegangen waren, zurückgefordert werden können« (so das RG).
- 7.44** M. E. sind diese Schlußfolgerungen evident falsch¹⁰⁵. Denn aus § 26 Satz 1 KO ergab sich nicht schon der *Anspruch* auf Rückgewähr des noch nicht in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Gegenstandes¹⁰⁶, sondern nur die (zudem noch einen Gegenschluß aus den Worten »in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen« erfordernde!) positive Beantwortung der Frage, ob solch ein Anspruch – sollte er denn bestehen – gegenüber der Konkursmasse auch wirklich voll und ganz durchgesetzt werden kann. § 26 Satz 1 KO vermochte also zwar einem nach bürgerlichem Recht begründeten Herausgabeanspruch je nach Lage des Falles entweder Schranken zu setzen¹⁰⁷ oder ihm freien Lauf zu lassen; nicht jedoch vermochte § 26 Satz 1 KO einen Herausgabeanspruch auch dort zu *begründen*, wo das bürgerliche Recht einen solchen (z. B. durch § 986 BGB) versagt.
- 7.45** Mitunter hat man das Vindikationsrecht des Verkäufers auch mit dem Hinweis zu begründen versucht, daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters rechtsgestaltend in das Vertragsverhältnis eingreife und den beiderseits ausgetauschten

100 Vgl. hierzu o. Rn. 3.42 ff., 3.58, 4.17 ff., 4.59 ff., 4.77 ff.

101 Diese Vorverlegung wäre m. E. nicht sachgerecht (vgl. auch Rn. 3.46, 7.54 ff.). Sie hätte zudem die eigenartige Konsequenz, daß das Besitzrecht des Insolvenzverwalters nur *auf-lösend bedingt* erlischt. Denn es müßte natürlich wieder aufleben, wenn der Verwalter -u. U. erst nach dem Berichtstermin (vgl. § 107 II 1 InsO) – die *Erfüllung* des Vertrages verlangt.

102 SächsA 6 (1896) 381, 385 = AnnSächsOLG 17, 414, 420.

103 RGZ 90, 218, 222 (obiter dictum; in dem entschiedenen Falle ging es um das Vindikationsrecht des *Konkursverwalters*; dazu u. Rn. 9.68 ff.).

104 Dazu u. Rn. 9.68 ff.

105 Zustimmend jedoch BENDIX JW 1930, 1360, 1361 ad V 1.

106 So aber das OLG Dresden und das RG, jeweils a. a. O.

107 Vgl. o. Rn. 7.3 ff.

Leistungen den Rechtsgrund entziehe¹⁰⁸. Schon bei Rn. 3.2 ff., 3.41, 3.48 ff. wurde jedoch dargelegt, daß diese These (und erst recht¹⁰⁹ die die angebliche Gestaltungswirkung¹¹⁰ sogar auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung vorverlegende¹¹¹ neue Rspr. des BGH) auf einer Fehlinterpretation des § 17 KO bzw. § 103 InsO beruht.

Aus diesem Grunde¹¹² hat HENCKEL das Rückforderungsrecht des Verkäufers etwas anders begründet¹¹³; Der Insolvenzverwalter dürfe schon deshalb nicht mehr zum Besitz der noch im Eigentum des Verkäufers stehenden Sache berechtigt sein, weil er in den vorausgesetzten Fällen ohnehin nicht mehr auf Erfüllung des Vertrages bestehen könne (vgl. § 103 II 3 InsO¹¹⁴). **7.46**

Dieser Hinweis allein könnte die h. M. allerdings nicht tragen, wenn man der von einigen Autoren¹¹⁵ vertretenen Auffassung folgte, daß eine Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters bewirke, daß nunmehr *der Schuldner selbst* vom Vertragspartner Erfüllung verlangen könne. Denn bei dieser Betrachtungsweise bliebe ja das kaufvertragliche Besitzrecht des Schuldners, das über § 986 I 1 Alt. 2 BGB auch dem Insolvenzverwalter zugute käme, trotz der von dem letzteren ausgesprochenen Erfüllungsablehnung bestehen. Schon bei Rn. 3.37 ff. wurde jedoch dargelegt, daß § 103 II 3 InsO mit der h. M. so verstanden werden muß, daß in dem vorausgesetzten Fall, dem der einer ausdrücklichen Erfüllungsablehnung gleichsteht, weder der Insolvenzverwalter noch – jedenfalls solange das Verfahren andauert – der Schuldner selbst auf Erfüllung des Vertrages »bestehen« kann. Und von dort ist es nur noch ein sehr kleiner Schritt bis zu der Annahme, daß der Kaufvertrag während des Insolvenzverfahrens sowohl für den Schuldner als auch für den Insolvenzverwalter, der die Erfüllung abgelehnt hat, nicht nur insoweit undurchsetzbar ist, wie es um das Recht geht, von dem Verkäufer Erfüllung zu verlangen, sondern auch insoweit, wie er als Grundlage eines die Vindikation des Verkäufers hindernden Besitzrechts in Betracht kommt. **7.47**

M. E. sollte man vor diesem Schritt nicht zurückschrecken. Zumindest während des über dem Vermögen des Käufers schwebenden Insolvenzverfahrens darf der dingliche Herausgabeanspruch des Verkäufers nicht an einem schuldrechtlichen **7.48**

108 Vgl. J. BLOMEYER JZ 1968, 691, 694/695; LÜKE S. 40; ebenso (wohl) BGH NJW 1982, 768 ff. und – jedenfalls soweit es um die Rückforderung einer vom *Gemeinschuldner* erbrachten Teilleistung geht – RGZ 135, 167, 172.

109 Vgl. o. Rn. 3.47, 3.58.

110 ... und damit auch den Wegfall des die Vindikation des Vertragspartners hindernden Besitzrechts? Vgl. dazu Rn. 3.46, 7.42 a. E. (mit Fn. 101), 7.54 ff.

111 Vgl. o. Rn. 3.42 ff., 4.17 ff., 4.59 ff.

112 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 162. Vgl. auch HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 434 f.

113 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 166; ebenso schon die Voraufgaben (6./7. Aufl. Rn. 44 [JAEGER], 8. Aufl. Rn. 42 [LENT]), obwohl diese noch der soeben kritisierten Fehlinterpretation des § 17 KO (§ 103 InsO) anhängen.

114 Die Vorschrift ist analog anzuwenden auf den Fall, daß der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ungefragt ablehnt. Vgl. o. Rn. 3.37.

115 Vgl. die in Fn. 121 zu Rn. 3.39 unter »a. M.« Genannten und u. Rn. 8.3 ff.

Vertrag scheitern, dessen Erfüllung vom Insolvenzverwalter abgelehnt worden ist. Im Insolvenzverfahren muß sich vielmehr die *dingliche* Rechtsposition bewähren und gegenüber der (durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters geschwächten) *schuldrechtlichen* durchsetzen können¹¹⁶.

- 7.49** Sobald jedoch der Schuldner nach Aufhebung des Verfahrens wieder auf Erfüllung bestehen kann (was voraussetzt¹¹⁷, daß der Verkäufer weder eine Feststellung der ihm als Insolvenzgläubiger zustehenden Differenzforderung¹¹⁸ erlangt noch wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist¹¹⁹), lebt auch sein kaufvertragliches Besitzrecht wieder auf mit der Folge, daß eine Vindikation des Verkäufers nun wieder an § 986 BGB scheitern müßte¹²⁰.

d) Bestätigung durch bisherigen § 44 KO

- 7.50** Jedenfalls dann, wenn er die Erfüllung des Vertrages ablehnt, kann sich der *Insolvenzverwalter* des Käufers gegenüber der Vindikation des (noch das Eigentum innehabenden) Verkäufers, nicht auf das kaufvertragliche Besitzrecht des Schuldners berufen. Bestätigt wird dieses bei Rn. 7.48 festgestellte Ergebnis durch die *MOTIVE* des (nicht in die InsO übernommenen¹²¹) § 44 KO. Nach dem ersten Absatz dieser bereits bei Rn. 4.105 wiedergegebenen Bestimmung konnte der Verkäufer oder Einkaufskommissionär »Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind«. Der zweite Absatz des § 44 KO erklärte § 17 KO für anwendbar.
- 7.51** In den *MOTIVEN* des § 44 (zuvor § 36) KO wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß das im ersten Absatz gewährte Rückforderungsrecht in Fällen, in denen die Ware noch im Eigentum des Verkäufers steht¹²², »dem allgemeinen Vindikationsrecht« entspreche¹²³. Obwohl die *MOTIVE* wiederholt betonen, daß die Konkurs-

116 Ebenso übrigens die *MOTIVE* des § 44 KO (s. Rn. 7.50 ff.). Vgl. auch u. Rn. 9.68 ff. zu dem umgekehrten Fall, in dem der Schuldner die Rolle des Verkäufers innehat.

117 Vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 159 ff. (im Gegensatz zu der auch o. Rn. 3.2 ff. abgelehnten h. M., daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters zur Folge habe, daß die beiderseitigen Erfüllungsansprüche endgültig, also nicht nur für die Dauer des Insolvenzverfahrens, erlöschen) und u. Rn. 7.62 ff.

118 Vgl. o. Rn. 5.40 ff.

119 Zu den Voraussetzungen des Rücktrittsrechts vgl. §§ 325 ff., 455 I BGB und o. Rn. 5.76 ff. Speziell zum Verbraucherkreditgesetz vgl. sogleich Rn. 7.63.

120 Ebenso JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 162 (der aber anzunehmen scheint, daß das Besitzrecht des *Gemeinschuldners* unter der Erfüllungsablehnung des Verwalters selbst *während* des Konkurses nicht zu leiden habe). A. M. BGH NJW 1982, 768 f. ad II 1: »Auf den späteren Rücktritt der Kl. von dem Kaufvertrag kommt es demnach nicht an.«

121 Zu den Gründen dieser gesetzgeberischen Entscheidung vgl. u. Rn. 7.70 ff.; zum Übergangsrecht u. Rn. 7.84 ff.

122 Zu den übrigen Fällen vgl. u. Rn. 7.68 ff., 9.60 ff.

123 *MOTIVE* zur KO S. 164 = HAHN Bd. IV S. 165.

eröffnung als solche den Vertragspartner nicht zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigte¹²⁴, gehen sie hier also wie selbstverständlich davon aus, daß ein Verkäufer, der das Eigentum an seiner dem Gemeinschuldner gelieferten Ware noch nicht verloren hat, von dem Konkursverwalter die Herausgabe jedenfalls dann verlangen kann, wenn dieser sich gegen die Erfüllung des Kaufvertrages entscheidet.

Dementsprechend bemerken die MOTIVE zu dem in § 44 I KO vorausgesetzten Fall¹²⁵: **7.52**

»Eine Auflösung des Kaufgeschäfts anzunehmen, ist nicht notwendig . . . Der Verkäufer soll – *einem Vindikationsberechtigten gleich* – stets befugt sein, seine Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob er nicht geliefert . . . hätte. Im übrigen bleibt es, wenn dem Verkäufer nicht sonst ein gesetzliches oder vertragsmäßiges Rücktrittsrecht zusteht, bei dem Kaufkontrakt und daher auch bei den Bestimmungen des § 15 (späterer § 17).

Will diesen gemäß der Konkursverwalter auf der Erfüllung des Kontrakts bestehen, so muß diese vollständig und nach beiden Seiten erfolgen; das Rückforderungsrecht cessirt, *ebenso wie das Vindikationsrecht beseitigt werden würde.*«

Mit einiger Überraschung wird man feststellen müssen, daß in dieser Passage der MOTIVE sogar vorausgesetzt wird, daß der Anspruch des Verkäufers auf Rückgabe der bereits gelieferten, aber noch in seinem Eigentum befindlichen Sache – denn »einem Vindikationsberechtigten gleich« wollten sie den Verkäufer ja behandeln¹²⁶ – bereits zur Zeit der *Konkureröffnung (!)* entsteht und folglich nicht etwa durch die *Erfüllungsablehnung* des Konkursverwalters *aufschiebend*, sondern durch dessen Erklärung, daß der Kaufvertrag gem. § 17 KO (§ 103 InsO) *erfüllt* werden solle, *auflösend* bedingt ist. Auch im Wortlaut des § 44 KO hat sich diese (hinsichtlich des *Entstehungszeitpunkts* des Rückforderungsrechts aber wohl etwas zu großzügige¹²⁷) Betrachtungsweise niedergeschlagen. Die Verfasser der KO hätten also sicherlich nicht widersprochen, wenn man sie mit der – m. E. auch heute noch zutreffenden – These konfrontiert hätte, daß der Konkursverwalter des Käufers die Rückgabe der noch im Eigentum des Verkäufers stehenden und/oder dem Rückforderungsrecht aus § 44 I KO unterliegenden Ware *jedenfalls dann* nicht verweigern kann, wenn er das Recht, gem. § 17 KO (§ 103 InsO) auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen, durch seine Erfüllungsablehnung oder eine nach § 17 II KO (§§ 103 II 2,3, 107 II InsO) zu beurteilende Säumnis verloren hat: Für diesen Standpunkt sprechen nicht nur der Wortlaut und die MOTIVE des § 44 KO, sondern auch die bei Rn. 7.46 ff. genannten Sachargumente. **7.53**

124 Dazu schon o. Rn. 7.10 ff.

125 MOTIVE zur KO S. 168 = HAHN Bd. IV S. 168 f. Hervorhebungen nicht im Original. Vgl. zu dieser Passage der MOTIVE auch u. Rn. 9.62, 9.65.

126 Zu den Gründen für diese Gleichbehandlung vgl. u. Rn. 7.70 ff.

127 Vgl. o. Rn. 3.46, 7.42 a. E. (mit Fn. 101) und sogleich Rn. 7.54 ff.

e) Genauer Zeitpunkt des Besitzrechtswegfalls

- 7.54** Solange der Insolvenzverwalter das ihm nach § 103 InsO zustehende Wahlrecht weder ausgeübt noch verwirkt (§§ 103 II 2, 3, 107 II InsO) hat, wird man ihm gestatten müssen, sich auf das in dem Kaufvertrag enthaltene Besitzrecht des insolventen Schuldners zu berufen. Daß dies so ist, wird im Ergebnis fast allgemein anerkannt¹²⁸. Eine Ausnahme macht man jedoch für den (nach *neuem* Insolvenzrecht zumindest in einem *deutschen* Verfahren nicht mehr denkbaren¹²⁹) Fall, daß sich das Rückforderungsrecht des Verkäufers »zumindest auch« aus dem (im zweiten Absatz auf § 17 KO verweisenden) § 44 KO ergibt: Hier nimmt man ohne Angabe von Gründen an, daß das Rückforderungsrecht »unter der auflösenden gesetzlichen Voraussetzung, daß der Konkursverwalter nicht auf Grund des § 17 Erfüllung verlangen darf und verlangt, . . . *im Augenblicke der Konkursöffnung*« entstehe¹³⁰.
- 7.55** Der zuletzt erwähnten Auffassung ist zuzugeben, daß sie sowohl in der Fassung des § 44 KO als auch in dem letzten Satz der bei Rn. 7.52 zitierten Passage der *MOTIVE* eine beachtliche Stütze findet. Dennoch sollte man ihr nicht folgen¹³¹ und erst recht nicht sie in Fortführung der neuen Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie¹³² des BGH auf alle übrigen Fälle des § 17 KO bzw. § 103 InsO übertragen. Denn es wäre höchst unpraktisch, wenn der Insolvenzverwalter des Käufers die dem Rückforderungsrecht des Verkäufers unterliegende Ware nicht wenigstens so lange behalten dürfte, wie er das Recht noch hat, sich gem. § 103 InsO für die Erfüllung des Vertrages zu entscheiden¹³³. Gem. § 103 II 2, 3 InsO ist der Verkäufer ohne weiteres in der Lage, den durch das Wahlrecht des Insolvenzverwalters verursachten Schwebezustand zu beenden. Für die Annahme, daß der vom Verkäufer zur Wahlrechtsausübung aufgeforderte Insolvenzverwalter die Herausgabe

128 OLG Stuttgart ZIP 1981, 252 f. ad I b; J. BLOMEYER JZ 1968, 691, 694 ad cc; BLEYER KO § 17 Anm. 7 c; STAUDINGER/GURSKY, 1999, BGB¹⁴ § 986 Rn. 76; RGRK/PIKART BGB § 986 Rn. 23; SOERGEL/MÜHL BGB¹² § 986 Rn. 15; LARENZ/CANARIS¹³ Bd. II S. 111, 113; RGZ 56, 238, 242; wohl auch BGH NJW 1982, 768 f. ad II 1 (das Besitzrecht des *Gemeinschuldners* sei »infolge« des nach § 17 II 2 KO zu beurteilenden Verhaltens des Konkursverwalters erloschen); SERICK Bd. I § 13 II 3 S. 345 f.; Michael HUBER in Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 36 Rn. 20 (anders noch § 36 Rn. 28 der 1. Aufl.); unklar JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 166; a. M. BENDIX JW 1930, 1360 f. ad III; wohl auch STIEGLITZ KO § 15 Anm. II 3 (S. 88) und OLG Dresden SächsA 6 (1896) 381, 385 = AnnSächsOLG 17, 414, 420.

129 Die deutsche InsO enthält eine dem § 44 KO entsprechende Vorschrift nicht. Anders verhält es sich jedoch in Österreich. Vgl. zu beiden Rechtsordnungen u. Rn. 7.84 ff.

130 JAEGER/LENT KO⁸ § 44 Rn. 23; ähnlich formulieren KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 44 Anm. 7; BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 26 Rn. 21; STAUB/HEINICHEN HGB¹⁴ § 382 Anhang 111; RIETMEYER S. 24; vgl. auch BÄHR S. 41 f.; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 44 Rn. 10, 17; SEUFFERT § 16 S. 96 f.; a. M. wohl nur OETKER, Das Verfolgungsrecht S. 45 f.; *ders.* ZZP 25 (1899) 1, 26; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 435; GOTTWALD, Insolvenzrechts-Handbuch, 1. Aufl. 1990, § 42 Rn. 10.

131 Vgl. u. Fn. 134.

132 Vgl. hierzu o. Rn. 3.42 ff., 3.58, 4.17 ff., 4.59 ff., 4.77 ff.

133 Vgl. zu diesem Recht u. Rn. 7.75 ff.

der Ware nicht einmal während der (trotz § 107 II InsO nicht unangemessen langen) Bedenkzeit verweigern könne, die ihm für die zu treffende Entscheidung zur Verfügung steht, ist – übrigens auch in Fällen des bisherigen § 44 I KO¹³⁴ – ein einleuchtender Grund nicht erkennbar.

Ein zusätzliches Argument gegen diese Annahme ergibt sich aus § 107 II InsO. **7.56**
Diese Vorschrift des neuen Insolvenzrechts bestimmt:

»Hat vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Schuldner eine bewegliche Sache unter Eigentumsvorbehalt gekauft und vom Verkäufer den Besitz an der Sache erlangt, so braucht der Insolvenzverwalter, den der Verkäufer zur Ausübung des Wahlrechts aufgefordert hat, die Erklärung nach § 103 Abs. 2 Satz 2 erst unverzüglich nach dem Berichtstermin abzugeben. Dies gilt nicht, wenn in der Zeit bis zum Berichtstermin eine erhebliche Verminderung des Wertes der Sache zu erwarten ist und der Gläubiger den Verwalter auf diesen Umstand hingewiesen hat.«

Fragt man nach Sinn und Zweck des § 107 II 1 InsO, so wird man in der Begründung der ihm entsprechenden Vorschrift des Regierungsentwurfs (§ 121 II RegEInsO) auf ein Kalkül verwiesen, das überhaupt nur »aufgehen« kann, wenn man als richtig zugrundelegt, daß der Insolvenzverwalter des Käufers gegenüber dem noch die Eigentümerstellung innehabenden Verkäufer vom Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung an zum Besitz berechtigt *ist* (§ 986 BGB) und dies auch kontinuierlich *bleibt*, solange er noch das Recht hat, sich gem. § 103 InsO *für* die Erfüllung des Vertrages zu entscheiden. Die auf diesen Prämissen beruhenden Ausführungen der Entwurfsbegründung lauten¹³⁵:

»Absatz 2 stellt für den Fall des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Käufers sicher, daß unter Eigentumsvorbehalt gelieferte bewegliche Sachen nicht schon kurz nach der Eröffnung des Verfahrens aus dem Unternehmen des Schuldners herausgezogen werden können. Der Verwalter kann die Ausübung seines Wahlrechts aufschieben, bis die Gläubiger im Berichtstermin über das weitere Schicksal des insolventen Unternehmens entschieden haben. Sachen, die der Verwalter im Falle der Fortführung des Unternehmens benötigt, kann er auch dann zunächst in der Insolvenzmasse behalten, wenn ihm in der ersten Phase des Insolvenzverfahrens keine ausreichende Liquidität für die Wahl der Erfüllung des Kaufvertrages zur Verfügung steht; er kann die Erfüllung noch ablehnen, wenn im Berichtstermin die Stilllegung des Unternehmens beschlossen wird. Die Regelung dient – ebenso wie das Verwertungsrecht des Verwalters bei zur Sicherung übereigneten Sachen (vgl. § 191 Abs. 1 des Entwurfs [§ 166 Abs. 1 InsO]) – dem **7.57**

134 Man muß deshalb die These, daß das Rückforderungsrecht des § 44 I KO bereits im Zeitpunkt der Konkursöffnung entstehe (vgl. Rn. 7.54), mit der Einschränkung versehen, daß der Konkursverwalter die Rückgabe der Ware trotz des Umstands, daß der Wortlaut des § 44 I KO das Rückforderungsrecht schon jetzt ausspricht, analog dem – auf die nicht minder apodiktisch formulierte Anspruchsgrundlage des § 985 BGB gemünzten – § 986 BGB *verweigern* kann, solange er noch das Recht hat, gem. §§ 17 I, 44 II KO auf Erfüllung des Vertrags (und damit auch auf Belassung des bereits eingeräumten Besitzes) zu bestehen. Diese analoge Anwendung des § 986 BGB auf den Fall des § 44 I KO wird durch den Zweck des § 44 I KO, dem Verkäufer »einem Vindikationsberechtigten gleich« die Rückforderung zu ermöglichen (vgl. Rn. 7.52), voll und ganz gedeckt. Weitere Argumente bei MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 269 f.; zustimmend GOTTWALD, Insolvenzrechts-Handbuch, 1. Aufl. 1990, § 42 Rn. 10; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 435.

135 Vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 146.

Ziel, das Vermögen im Besitz des Schuldners zunächst zusammenzuhalten, um Fortführungs- und Sanierungschancen zu wahren.«

- 7.58** Es liegt auf der Hand, daß der bei Rn. 7.57 genannte Zweck des § 107 II 1 InsO, für den Fall des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Käufers *sicherzustellen* (!), »daß unter Eigentumsvorbehalt gelieferte bewegliche Sachen nicht schon kurz nach der Eröffnung des Verfahrens aus dem Unternehmen des Schuldners herausgezogen werden können«, überhaupt nur erreicht werden kann, wenn man dem Insolvenzverwalter schon *während* der ihm durch § 107 II 1 InsO gewährten Bedenkzeit ein Besitzrecht i. S. des § 986 BGB zugesteht (und ihn außerdem auch noch durch eine analoge Anwendung des § 112 Nr. 1 InsO vor einem auf § 326 oder § 455 I BGB beruhenden Rücktrittsrecht des Verkäufers schützt!¹³⁶).

f) Das Schicksal des Kaufvertrages

- 7.59** Solange der Insolvenzverwalter des Käufers noch das Recht hat, die Erfüllung des Vertrages zu verlangen¹³⁷, kann nicht nur er selbst, sondern auch der im Insolvenzverfahren befindliche Käufer oder ein Dritter den noch ausstehenden (und nach der hier vertretenen Ansicht noch immer geschuldeten¹³⁸) Kaufpreisrest begleichen¹³⁹ und dadurch das auf dem Kaufvertrag beruhende Besitzrecht des Schuldners, das über § 986 I 1 Alt. 2 BGB auch dem Insolvenzverwalter¹⁴⁰ oder einem ihm den Besitz mittelnden Dritten zustatten kommt, vor dem Risiko bewahren, durch eine Erfüllungsverweigerung des Insolvenzverwalters beeinträchtigt zu werden¹⁴¹.

136 Zu der auch bei Rn. 3.46, 4.113, 7.12 (Fn. 22) und 7.66 angesprochenen Frage einer analogen Anwendbarkeit des § 112 Nr. 1 InsO vgl. meine Ausführungen in JZ 1995, 803, 813 und in HK-InsO² § 107 Rn. 29 ff. (hier mit ergänzendem Gesetzgebungsvorschlag, der jedoch noch nicht die u. Rn. 14.45 Fn. 93 angedeuteten Bedenken berücksichtigt), § 112 Rn. 17, 19 sowie inzwischen auch AG Düsseldorf DZWIR 2000, 347, 348 m. Anm. SMID. Etwas anders RENDELS EWiR 2001, 279 f. ad 4, der zwar § 107 II, nicht aber § 112 InsO erwähnt.

137 Dieses Recht verliert der Verwalter spätestens durch seine Erfüllungsablehnung oder eine nach § 103 II 3 InsO gleichstehende Säumnis (s. o. Rn. 3.37).

138 Anders die neue »Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie« des BGH (s. o. Rn. 3.42 ff.).

139 Vgl. o. Rn. 2.86 ff.

140 Vgl. schon Rn. 7.33 f.

141 Die Bestimmung, daß der Insolvenzverwalter dem Vertragspartner auf Erfordern unverzüglich (im Falle des § 107 II 1 InsO allerdings »erst unverzüglich nach dem Berichtstermin«) erklären muß, ob er Erfüllung verlangen will, und, wenn er dies unterläßt, seinerseits »auf der Erfüllung nicht bestehen« kann (§ 103 II 2, 3 InsO), ist m. E. unanwendbar, wenn der Vertrag auf seiten des Insolvenzschuldners spätestens in dem Zeitpunkt erfüllt worden ist, in dem die Erklärung des Verwalters hätte abgegeben werden müssen. Denn die – wenn auch erst nach Verfahrenseröffnung und vielleicht auch »nur« durch einen Dritten – *tatsächlich bewirkte Erfüllung* stellt den Vertragspartner sogar noch besser als die Begründung einer – zunächst noch *unerfüllten* – Masseverbindlichkeit durch eine rechtzeitige positive Entscheidung des Insolvenzverwalters gem. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO. Vgl. auch MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 95; dens. ZIP 1987, 1293, 1302 (r.Sp.).

An der Wahrnehmung dieser Möglichkeit kann z. B. interessiert sein, wer vom Schuldner eine Sache, die dieser zuvor selbst gekauft, aber noch nicht zu Eigentum erworben hatte, vor Verfahrenseröffnung in der Form des § 929 Satz 1 BGB schwebend unwirksam (§§ 185, 932 II BGB) übereignet erhielt. Um sich gegenüber einer Vindikation des wirklichen Eigentümers auf § 986 I 1 Alt. 2 BGB berufen zu können, ist dieser »Zweiterwerber« auf den Fortbestand des Besitzrechts angewiesen, das dem Schuldner im Verhältnis zum Noch-Eigentümer aufgrund des mit diesem geschlossenen Kaufvertrages zusteht. **7.60**

Vor allem aber ist an den Fall zu denken, daß der Eigentümer seinerseits schon unter Eigentumsvorbehalt an den Schuldner übereignet und dieser bereits vor Verfahrenseröffnung gemäß oder analog § 929 Satz 1 BGB zugunsten des jetzigen Besitzers weiterverfügt hatte. Wird dann der Kaufpreisanspruch, der dem Erstverkäufer gegen den Schuldner (»Anwartschaftsrechts-Ersterwerber«) zusteht, durch den Besitzer (»Anwartschaftsrechts-Zweiterwerber«) erfüllt, so geht automatisch und zeitgleich das Eigentum vom Erstverkäufer auf den Zweiterwerber über¹⁴² mit der Folge, daß der Erstverkäufer nun *schon deshalb* nicht mehr vindizieren kann. **7.61**

Fraglich ist, ob dem »Zweiterwerber« diese Möglichkeit auch dann noch bleibt, wenn der Erstverkäufer seinen dinglichen Herausgabeanspruch bereits erhoben oder sogar schon mit Erfolg durchgesetzt hat (z. B. schon vor Verfahrenseröffnung gegenüber dem Schuldner oder während des Verfahrens gegenüber einem an der Sache nicht sonderlich interessierten Insolvenzverwalter). Da die Durchsetzbarkeit des Vindikationsanspruchs wegen § 986 BGB i. d. R. eine Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters voraussetzt¹⁴³, ist die Frage – jedenfalls für die Dauer des Insolvenzverfahrens¹⁴⁴ – zu verneinen, wenn der Verkäufer von dem ihm aufgrund der Ablehnungserklärung des Verwalters erwachsenen¹⁴⁵ Recht, eine ihm dann doch noch angebotene Kaufpreiszahlung zurückzuweisen, unverzüglich Gebrauch macht¹⁴⁶. **7.62**

Aber auch sonst wäre die Frage zu verneinen, falls der Rückforderung der Ware durch den Verkäufer die Bedeutung eines (wirksamen) Rücktritts zukäme. Ob das der Fall ist, hängt möglicherweise davon ab, ob der Kaufvertrag dem VerbrKrG unterliegt (ab 2002 wahrscheinlich neu geregelt in §§ 491 ff., 499 ff. BGB i. d. F. des RegE vom 9. 5. 2001). Denn nach § 13 III 1 VerbrKrG gilt es »als Ausübung **7.63**

142 Dem Eigentumserwerb des »Zweiterwerbers« steht § 91 I InsO jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Kaufpreisforderung, die dem Erstverkäufer gegen den Schuldner zustand, vom »Zweiterwerber« getilgt wurde. Vgl. MAROTZKE, Die logische Sekunde – ein Nullum mit Dauerwirkung? AcP 191 (1991) 177, 187 ff., 193 ff., 197 ff. Diskussionswürdig erscheint in diesem Zusammenhang die Frage, ob man einen vergleichbaren Insolvenzschutz wie den, welchen § 107 I InsO dem »Anwartschaftsersterwerber« bietet, im Wege der Analogie nicht auch dem Zweiterwerber zukommen lassen muß, und zwar gerade auch bei Insolvenz des »Ersterwerbers« (vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 107 Rn. 41 f.).

143 Vgl. soeben Rn. 7.54 ff.

144 Vgl. o. Rn. 4.111.

145 Vgl. o. Rn. 4.110.

146 Zu der Frage, ob der Verkäufer dieses Recht wirklich ausüben sollte, vgl. o. Rn. 4.111.

des Rücktrittsrechts«, wenn der Kreditgeber (hier: der Verkäufer) die gelieferte Sache wieder an sich nimmt (es sei denn, er einigte sich mit dem Käufer, diesem den gewöhnlichen Verkaufswert der Sache im Zeitpunkt der Wegnahme zu vergüten). Folgt man der h. M., die ein »Wiederansichnehmen« i. S. dieser Bestimmung (künftig wohl: § 503 II 4 BGB) bereits in dem Herausgabeverlangen erblickt¹⁴⁷, und geht man außerdem mit einer allerdings nicht näher begründeten Entscheidung des BGH davon aus, daß »die zugunsten des Käufers an die Wiederansichnahme der Sache geknüpften Rücktrittsfolgen ... kraft der ausdrücklichen Bestimmung¹⁴⁸ in § 5 AbzG¹⁴⁹ auch dann eintreten (können), wenn ein den Vertrag auflösendes Rücktrittsrecht des Verkäufers nicht bestand«¹⁵⁰, so ergibt sich im Anwendungsbereich des VerbrKrG¹⁵¹, daß das an den Insolvenzverwalter gerichtete Rückgabeverlangen des Verkäufers auch dann (aber nur vorbehaltlich § 112 InsO¹⁵²) als wirksamer Rücktritt vom Kaufvertrag gelten kann, wenn es an einem Rücktrittsgrund¹⁵³ fehlt. Das Ergebnis ist jedoch sofort ein anderes, wenn man der dabei vorausgesetzten und m. E. sehr fragwürdigen¹⁵⁴ Interpretation des § 13 III VerbrKrG nicht folgt. Eine eingehende Erörterung der sich um § 13 III VerbrKrG rankenden Streitfragen würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Deshalb wird insoweit auf die einschlägigen Kommentierungen verwiesen und im folgenden davon ausgegangen, daß das VerbrKrG nicht einschlägig ist.

147 So z. B. EMMERICH in Graf von Westphalen/Emmerich/von Rottenburg, Verbrauchercreditgesetz, 2. Aufl. 1996, § 13 Rn. 72; BÜLOW, VerbrKrG, 4. Aufl. 2001, § 13 Rn. 42; ERMAN/SAENGER BGB¹⁰ Bd. I VerbrKrG § 13 Rn. 70 S. 2696; ebenso schon für § 5 AbzG BGH NJW 1979, 872; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 26 Rn. 15; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 26 Rn. 6. A. M. wohl PALANDT/PUTZO BGB⁶⁰ VerbrKrG § 13 Rn. 10 S. 2584.

148 deren Worte »so gilt dies als Ausübung des Rücktrittsrechts« ein Rücktrittsrecht aber eher voraussetzen als zu gewähren scheinen!

149 § 5 AbzG wurde zum 1. 1. 1991 durch § 13 III VerbrKrG ersetzt. An dessen Stelle wird am 1. 1. 2002 wahrscheinlich ein neuer § 503 II BGB treten.

150 So BGH NJW 1979, 2195 f. ad II 2 a cc (ohne weitere Begründung) und speziell für § 13 III VerbrKrG MünchKomm/HABERSACK³ Bd. III VerbrKrG § 13 Rn. 46 f. m. w. N. in Fn. 157; vgl. auch STAUDINGER/HONSELL, 1995, BGB¹³ § 455 Rn. 21 (m. w. N.); a. M. BGH WM 1976, 583, 585 (zu § 5 AbzG); EMMERICH in Graf von Westphalen/Emmerich/von Rottenburg, Verbrauchercreditgesetz, 2. Aufl. 1996, § 13 Rn. 55, 59; BÜLOW, VerbrKrG, 4. Aufl. 2001, § 13 Rn. 37; PALANDT/PUTZO BGB⁶⁰ VerbrKrG § 13 Rn. 11 S. 2584; ERMAN/SAENGER BGB¹⁰ Bd. I VerbrKrG § 13 Rn. 64, 78 S. 2695, 2697; RGRK/KESSLER AbzG (= Anhang nach § 455 BGB) § 5 Rn. 1.

KESSLER a. a. O. macht den beachtenswerten Vorschlag, daß der Käufer in Fällen, in denen ihm »Besitz und Nutzungen entzogen werden, obwohl diese Voraussetzungen (die eines Rücktrittsrechts) nicht gegeben waren, in der Regel verlangen könne, nicht schlechter gestellt zu werden, als er bei einem Rücktritt stünde«. Am besten wäre es wohl, wenn man in denjenigen Fällen des § 5 AbzG (jetzt § 13 III VerbrKrG), in denen es an einem Rücktrittsgrund fehlt, dem Käufer (!) ein Rücktrittsrecht gewähren würde. Die sauberste Lösung bestünde in einer dahin gehenden Gesetzesänderung.

151 Vgl. soeben Fn. 149.

152 Vgl. Rn. 7.58 a. E.

153 In Betracht kommt vor allem § 455 I BGB. Vgl. dazu, daß der in dieser Vorschrift vorausgesetzte Schuldnerverzug auch noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintreten kann, o. Rn. 5.91 ff.

154 Vgl. Fn. 148, 150.

Jedenfalls für die dem VerbrKrG *nicht* unterliegenden Verträge steht außer Frage, daß die Rückforderung der Ware durch den Verkäufer eine Rücktrittserklärung darstellen kann, aber nicht muß¹⁵⁵, und daß eine Rücktrittserklärung ihre rechts-gestaltende Wirkung nur unter der Voraussetzung zu entfalten vermag, daß auch ein vertraglich oder gesetzlich vorbehaltenes *Recht* zum Rücktritt besteht und die *Ausübung* dieses Rücktrittsrechts nicht analog § 112 InsO¹⁵⁶ als ausgeschlossen erachtet werden muß. **7.64**

Nun gewährt das BGB dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht aber längst nicht in allen Fällen, in denen er gegen den Insolvenzverwalter einen durchsetzbaren Anspruch auf Rückgabe der bereits gelieferten Ware hat. Denn nach zutreffender¹⁵⁷ Ansicht verliert der Insolvenzverwalter des Käufers durch die Weigerung, den Vertrag gem. § 103 I InsO zu erfüllen, selbst dann den Schutz des § 986 BGB¹⁵⁸, wenn hinsichtlich der Kaufpreiszahlung noch kein Schuldnerverzug eingetreten¹⁵⁹, der Verkäufer also noch nicht nach § 326 oder § 455 I BGB zum Rücktritt berechtigt ist. Für diese Fälle stellt sich die Frage, ob man das Rückgabeverlangen des Verkäufers nicht unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 326, 455 I BGB allein schon deshalb als einen (ohne weiteres wirksamen) Rücktritt vom Kaufvertrag behandeln muß, weil es (vielleicht) ungerecht wäre, wenn der Verkäufer die bereits gelieferte Ware zurückverlangen könnte, ohne dadurch der Insolvenzmasse zur Rückerstattung einer etwaigen Anzahlung des Verfahrensschuldners verpflichtet zu werden. JAEGER und LENT hatten diese Frage für die Fälle des § 44 KO bejaht¹⁶⁰. Sie stellt sich aber auch dann, wenn die Rückgabe der Ware nicht nach § 44 I KO (der im neuen Insolvenzrecht ohnehin keine Parallele hat¹⁶¹), sondern »nur« nach § 985 BGB verlangt werden kann. Hier wie dort muß geklärt werden, was mit einer etwaigen Anzahlung des Schuldners geschehen soll, wenn der Verkäufer die bereits gelieferte Ware von dem die Erfüllung des Vertrages ablehnenden Insolvenzverwalter zurückfordert. Diese Frage wird wegen des engeren Sachzusammenhangs erst bei Rn. 9.58 ff. erörtert. Das Ergebnis lautet¹⁶²: Zumindest außerhalb des Geltungsbereichs des VerbrKrG¹⁶³ läßt die auf § 985 BGB oder § 44 KO gestützte Rücknahme der Ware durch den Verkäufer den Bestand des Kaufvertrages unberührt. Der Kaufvertrag kann, soweit nicht ein Insolvenzplan oder eine nach §§ 286 ff. InsO erteilte Restschuldbefreiung ent-

155 Vgl. RGZ 144, 62, 65; STAUDINGER/HONSELL, 1995, BGB¹³ § 455 Rn. 30; ERMAN/GRUNEWALD BGB¹⁰ § 455 Rn. 12; SOERGEL/MÜHL BGB¹² § 455 Rn. 66; MünchKommWESTERMANN BGB³ § 455 Rn. 38; PALANDT/PUTZO BGB⁶⁰ § 455 Rn. 26 a. E.

156 S. o. Rn. 7.58 a. E. mit Fn. 136.

157 S. o. Rn. 7.42 ff.

158 *Bis* zu seiner Erfüllungsverweigerung genießt der Insolvenzverwalter einen dem § 986 BGB entsprechenden Schutz aber auch gegenüber einem etwaigen Anspruch aus § 44 I KO. Vgl. o. Rn. 7.54 ff. mit Fn. 134.

159 Vgl. o. Rn. 7.38 ff., 7.42 ff.

160 Vgl. u. Rn. 9.63 ff.

161 Vgl. Rn. 7.84 ff.

162 Vgl. Rn. 9.65 f.

163 Vgl. soeben Rn. 7.63 f.

gegensteht¹⁶⁴, nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens sowohl vom Schuldner als auch vom Verkäufer wieder als Grundlage von Erfüllungsansprüchen ins Spiel gebracht werden. Eine Anzahlungskondition des Insolvenzverwalters schließt der fortbestehende Kaufvertrag auch schon *während* des Insolvenzverfahrens aus – sofern nicht ein *besonderer* Rückforderungsgrund wie z. B. die bei Rn. 9.47 ff., 9.60, 9.66, 9.85 ff. erörterte *condictio ob rem* einschlägig ist.

- 7.66** Natürlich *muß* der Verkäufer den Insolvenzverwalter nicht »hängen lassen« (zumal er sich durch allzu große Sturheit evtl. den bei Rn. 9.47 ff., 9.50 erörterten Gegenrechten des Insolvenzverwalters aussetzen würde). Es bleibt ihm unbenommen, den Schuldner bereits während des schwebenden Insolvenzverfahrens mit der Kaufpreiszahlung in Verzug zu setzen¹⁶⁵ und dann nach § 455 I oder ggf. § 326 BGB zurückzutreten¹⁶⁶. Wegen eines bereits *vor* dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetretenen Verzugs kann der Verkäufer ein auf § 326 oder § 455 I BGB beruhendes Rücktrittsrecht jedoch erst ausüben, wenn der Insolvenzverwalter des Käufers das Recht, gem. § 103 I InsO Erfüllung zu verlangen, aufgrund eigenen Verhaltens (Erfüllungsablehnung oder gleichstehende Säumnis) verloren hat. Das folgt aus einer entsprechenden Anwendung des § 112 Nr. 1 InsO¹⁶⁷ und ist vor allem dann von großer praktischer Bedeutung, wenn der vom Verkäufer zur Wahlrechtsausübung aufgeforderte Insolvenzverwalter »die Erklärung nach § 103 Abs. 2 Satz 2 erst unverzüglich nach dem *Berichtstermin* abzugeben« braucht (vgl. § 107 II 1 InsO)¹⁶⁸.
- 7.67** Unabhängig von einem Verzug des Schuldners kann der vom Verwalter auf die Quote verwiesene Verkäufer den Vertrag auch dadurch umgestalten, daß er sich mit seinem um den Wert der zurückgenommenen Ware gekürzten Kaufpreis-Restanspruch am Insolvenzverfahren beteiligt¹⁶⁹ (was freilich voraussetzt, daß vom Kaufpreis-Restanspruch nach Abzug des Warenwertes überhaupt noch etwas übrig bleibt). Sobald diese Form der Verfahrensteilnahme bindend geworden ist¹⁷⁰, beschränken sich die Wirkungen des Kaufvertrages auf diesen Differenzanspruch¹⁷¹.

164 Vgl. schon Rn. 3.40 a. E.

165 Vgl. o. Rn. 5.91 ff. und speziell zu der Frage, ob bei diesem Versuch auch der Insolvenzverwalter einbezogen werden muß, o. Rn. 5.102.

166 S. o. Rn. 7.3, 7.10 ff., 7.17.

167 S. o. Rn. 3.46 und Rn. 7.58 mit Fn. 136.

168 Vgl. schon o. Rn. 7.58. Übrigens ist der erwähnte § 107 II InsO entsprechend anzuwenden, wenn der Schuldner die bewegliche Sache nicht gekauft, sondern gemietet oder gepachtet hatte (dazu MAROTZKE in JZ 1995, 803, 814 und in HK-InsO² § 107 Rn. 37 f.).

169 Zu diesem Recht vgl. o. Rn. 5.40 ff.

170 Dazu o. Rn. 5.94 mit Fn. 327–329.

171 Vgl. o. Rn. 3.39 f.

V. Echte und scheinbare Ausnahmen von § 26 Satz 1 KO bzw. § 105 Satz 2 InsO

1. Das »Verfolgungsrecht« des Versandungsverkäufers und des Einkaufskommissionärs

a) Sinn und Unsinn des § 44 I KO

Nach § 44 I KO, der zwar nicht in die deutsche InsO übernommen wurde, dessen **7.68** *österreichische* Pendant aber noch immer in Kraft sind (§ 45 östKO, § 22 östAO), kann »der Verkäufer oder Einkaufskommissionär ... Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind«. *Durchsetzbar* ist dieses bereits bei Rn. 4.105 ff., 7.50 ff. angesprochene, in Deutschland allerdings nur noch nach Maßgabe des Art. 103 EGIInsO anwendbare¹⁷² sog. »Verfolgungsrecht« jedoch erst, wenn der Konkursverwalter das ihm durch § 44 II KO zugestandene Recht, gem. § 17 KO auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen, durch eine Ablehnungserklärung oder eine dieser gem. § 17 II 2 KO gleichstehende Säumnis verloren hat (str.¹⁷³).

Einer Anwendung des § 44 KO steht nicht entgegen, daß der Gemeinschuldner **7.69** (Käufer) u. U. schon vor der Konkurseröffnung¹⁷⁴ *Eigentümer* der Ware geworden ist¹⁷⁵. Für diesen Fall durchbricht¹⁷⁶ § 44 I KO als *lex specialis* die allgemeine

172 Vgl. u. Rn. 7.84 ff.

173 S. o. Rn. 7.54 ff.

174 Zur Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts im Rahmen des von § 44 I KO durchbrochenen § 26 Satz 1 KO vgl. u. Rn. 7.87 ff.

175 Z. B. weil die nach § 929 Satz 1 BGB an sich erforderliche Übergabe der Ware schon vor dem Konkurs gem. §§ 448, 475 g, 647 HGB durch die Aushändigung eines *Warenpapiers* (Lagerscheins, Ladescheins, Konnossements) ersetzt worden war oder weil nach dem im Einzelfall anwendbaren ausländischen Recht das Eigentum schon vor der Ankunft der Ware übergeht (vgl. insoweit HUBER in Festschr. f. Friedrich Weber S. 253 ff. ad II; LANDFERMANN in RabelsZ 1970, 523, 530 ff.). Dementsprechend heißt es in den MOTIVEN zur KO (S. 164 = HAHN Bd. IV S. 165): »Sofern nach dem bürgerlichen oder dem Handelsrecht erst durch die körperliche Uebergabe der Sache oder mit einem noch späteren Termin, wie mit Zahlungen des Kaufgeldes, das Eigentum der Sache auf den Käufer übergeht, würde die Rückforderung derselben aus der Konkursmasse dem allgemeinen Vindikationsrecht entsprechen. Wenn aber der Uebergang des Eigentums schon mit dem Abschluß des Handels, mit der Verladung, der Absendung des Frachtguts etc. oder der Ueberlieferung des Konnossements u. s. w. sich vollzieht, so erscheint das Recht der Rückforderung als Ausnahme der o. festgehaltenen Regel, als eine Begünstigung des Verkäufers.«

176 JAEGER/LENT KO⁸ § 44 Rn. 2; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 44 Rn. 1. Vgl. auch die MOTIVE a. a. O. und auf S. 168 (= HAHN Bd. IV S. 168): »Das Rückforderungsrecht ist eine Ausnahme von dem § 21 (später § 26). Der Verkäufer soll – einem Vindikationsberechtigten gleich – stets befugt sein, seine Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob er nicht geliefert, Besitz und Eigentum nicht aufgegeben hätte.«

Regel des § 26 Satz 1 KO, nach der jemand, der »infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung¹⁷⁷« seiner gegen den Gemeinschuldner gerichteten Forderung hinnehmen muß, eigentlich *nicht* das Recht hat, »die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen«¹⁷⁸.

7.70 Die sachliche Berechtigung dieser Ausnahme von § 26 Satz 1 KO war von jeher zweifelhaft. Schon die Verfasser der KO empfanden den späteren § 44 als einen Fremdkörper, dem »nicht unwichtige Bedenken« entgegenstünden¹⁷⁹. Für die Anerkennung des sog. Verfolgungsrechts sprach aus ihrer Sicht jedoch, daß der Handelsverkehr dieses Recht »trotz solcher Bedenken . . . bis auf die jüngste Zeit nicht (habe) entbehren mögen« – insoweit verwiesen die MOTIVE auf »die lebhaften Kämpfe bei Berathung des Französischen und des Belgischen Fallimentsgesetzes«¹⁸⁰ – und daß es bei der Schaffung des § 44 KO nicht um die Einführung eines »fremden« Rechts ging, sondern um die Beibehaltung eines Instituts, das in fast allen Rechtsgebieten Deutschlands geltendes Recht gewesen sei¹⁸¹.

7.71 Die übrigen Gründe, die man für die Schaffung des § 44 KO anführte, waren ebenfalls zeitbedingt und vermögen heute nicht mehr zu überzeugen. So meinte man, durch § 44 I KO den auswärtigen Versandungsverkäufer schützen zu sollen, weil dieser sich nicht so leicht über die Kreditwürdigkeit des Käufers informieren könne wie ein Ortsansässiger¹⁸². Hat schon dieser Grund infolge der im Laufe der Zeit immer besser gewordenen Kommunikations- und Informationsmöglichkeiten an Bedeutung verloren, so gilt dies erst recht für die in dem nachfolgenden Zitat aus den MOTIVEN¹⁸³ angesprochene Begründung dafür, daß man den Versandungsverkäufer gegenüber den übrigen auswärtigen Konkursgläubigern, deren Informationsmöglichkeiten ja dieselben sind¹⁸⁴, durch Zubilligung eines Rückforderungsrechts (§ 44 I KO) privilegieren müsse:

»Seine (des auswärtigen Verkäufers¹⁸⁵) ausnahmsweise Lage entspringt aus der *Natur des* in Rede stehenden *Geschäfts*. Wenn sonst ein gegenseitiger Vertrag, insbesondere ein Kaufgeschäft, nur Zug um Zug zu erfüllen ist, und eine Vorleistung des Verkäufers, ein Kreditiren des Kaufpreises, auf dessen *freiem Willen* beruht, so ist derjenige, welcher Waaren nach anderen Orten verkauft, in der Regel *genöthigt*, seine Sache aus der Hand zu geben und dennoch auf Zahlung des Preises so lange zu warten, bis der Käufer die Sache in Empfang genommen hat, –

177 Gemeint ist die »Nichterfüllung« dessen, was über die Konkursquote hinaus verlangt wird (s. o. Rn. 3.48 ff.).

178 Zur Bedeutung dieser Wendung ausführlich o. Rn. 7.4 ff.

179 Vgl. MOTIVE zur KO S. 164 = HAHN Bd. IV S. 165. Ebenso schon die MOTIVE zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung Bd. I S. 211.

180 MOTIVE zur KO S. 164 = HAHN Bd. IV S. 165 mit Fn. 3.

181 MOTIVE zur KO S. 165 = HAHN Bd. IV S. 166. Zur »Entwicklung des Verfolgungsrechts« vgl. auch die 1917 erschienene Dissertation von LAHUSEN.

182 MOTIVE zur KO S. 164 f. = HAHN Bd. IV S. 165.

183 MOTIVE zur KO S. 165 = HAHN Bd. IV S. 165/166 (Hervorhebungen nicht im Original). Zu dem letzten Satz vgl. ergänzend u. Rn. 7.82.

184 Vgl. auch MOTIVE S. 165 = HAHN Bd. IV S. 165 f.

185 Zusatz von mir.

auch wenn eine besondere Kreditfrist nicht bewilligt worden ist. Sofortige Zahlung des Preises bei Abschluß des Handels wird, wenn nicht der Käufer schon an Ort und Stelle die Waare abnimmt, die Seltenheit bilden; auf sie die umsichtige Verkehrswelt zu verweisen, würde einen Hauptzweig des Handels lahm legen. Kann der Verkäufer die Waare nicht bis zur Zahlung zurückhalten, so muß, wenn der Konkurs die Zahlung in Frage stellt, die Waare ihm gesichert bleiben.« . . . »Entscheidend« für die Zubilligung eines Rückforderungsrechts spreche u. a. »der Umstand, daß sonst gewissenlosen Schuldnern die Handhabe geboten würde, noch am Vorabend ihrer Zahlungseinstellung und kurz vor der Konkurseröffnung von auswärts Waaren zu bestellen, um dadurch die Aktivmasse und die Dividende auf Kosten vorwurfsfreier Verkäufer zu vergrößern . . .«.

Der diesen Ausführungen zugrundeliegende Gedanke, daß ein Versandungsverkäufer des besonderen Schutzes durch § 44 I KO deshalb bedürfte, weil er i. d. R. »genöthigt« sei, die Ware schon *vor* Erhalt des Kaufpreises aus der Hand zu geben, ist verfehlt, wenn man ihn vor dem Hintergrund des BGB betrachtet, dessen §§ 158 I, 455, 929 jeden¹⁸⁶ Versandungsverkäufer in die Lage versetzen, sich das Eigentum an der zu liefernden Ware bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vorzubehalten: Fällt der Käufer vor vollständiger Bezahlung der Ware in Konkurs, so kann der Vorbehaltsverkäufer den Konkursverwalter gem. § 17 II KO (§§ 103 II 2, 3, 107 II InsO) auffordern zu erklären, ob er den Vertrag erfüllen will, und, wenn dieser das Ansinnen ablehnt oder seine Antwort schuldhaft verzögert, von ihm nach § 985 BGB (i. V. m. § 43 KO bzw. § 47 InsO) die Herausgabe der bereits gelieferten Waren verlangen¹⁸⁷. Wie auch die MOTIVE anerkennen¹⁸⁸, ist der Verkäufer auf den Schutz des § 44 KO in diesem Fall überhaupt nicht angewiesen. Und auf der anderen Seite *verdient* der Verkäufer diesen Schutz auch gar nicht, wenn er von der Möglichkeit, sich das Eigentum vorzubehalten, freiwillig absieht¹⁸⁹.

Daß es dennoch zur Schaffung des § 44 KO kam, dürfte eine Konsequenz der Rechtszersplitterung sein, die damals in Deutschland bestand. Denn nicht nach *allen* damaligen Rechtssystemen hatte der Verkäufer die Möglichkeit, den Eigentumsübergang von der vollständigen Berichtigung seines Kaufpreisanspruchs abhängig zu machen, und gerade diese *anderen* Rechte hatte man bei der Schaffung des § 44 KO im Auge¹⁹⁰. Zu nennen ist hier insbesondere¹⁹¹ das französische

186 Und zwar entgegen HILGER ZIP 1989, 1246, 1250 auch den, der sich eines Traditionspapiers (s. o. Fn. 175) bedient.

187 Vgl. o. Rn. 7.35–7.67.

188 Vgl. MOTIVE zur KO S. 164 = HAHN Bd. IV S. 165: »*Sofern* nach dem bürgerlichen und dem Handelsrecht *erst* durch die körperliche Uebergabe der Sache oder mit einem noch späteren Termin, wie mit *Zahlungen des Kaufgeldes, das Eigentum der Sache auf den Käufer übergeht, würde die Rückforderung derselben aus der Konkursmasse dem allgemeinen Vindikationsrecht entsprechen*« (Hervorhebungen nicht im Original).

189 Wenn der Eigentumswechsel erst *nach* der Verfahrenseröffnung eintritt, ist der Verkäufer übrigens schon dadurch geschützt, daß seine etwaigen Rückgewähransprüche durch § 59 I Nr. 4 KO bzw. § 55 I Nr. 3 InsO zu *Masseverbindlichkeiten* erhoben werden. Vgl. u. Rn. 7.87 ff., besonders Rn. 7.90.

190 Vgl. o. Fn. 175 (Schlußsatz).

191 Vgl. ferner PROTOKOLLE zum BGB Bd. II S. 80 (= MUGDAN Bd. II S. 781), wo auf eine württembergische Vorschrift folgenden Inhalts hingewiesen wird:

»Wird eine bewegliche Sache verkauft und übergeben, so geht durch deren Uebergabe an

Recht: Nach dem Code civil, dem das Institut des Eigentumsvorbehalts fremd war¹⁹², ging das Eigentum einer beweglichen Sache beim Spezieskauf schon unmittelbar durch Abschluß des Kaufvertrages¹⁹³ und beim Gattungskauf immer noch recht früh, nämlich im Zeitpunkt der Konkretisierung (beim Distanzkauf also spätestens mit der Übergabe der Ware an den Beförderer) auf den Käufer über¹⁹⁴. Zwar sah das französische Recht bei Nichterfüllung der (nicht gestundeten) Kaufpreisschuld die Möglichkeit einer Revindikation (!) vor, doch war dieses Recht für den hier allein interessierenden Fall des Konkurses schon vor Schaffung der KO umstritten und wurde dann aufgehoben¹⁹⁵. Auch § 26 Satz 1 KO war u. a. als eine Absage an das Revindikationsrecht des Code civil gedacht¹⁹⁶. Zweck des § 44 I KO war es hingegen, diese Wirkung des § 26 Satz 1 KO für den Fall des Versandungsverkaufs wieder aufzuheben¹⁹⁷, um die Härte auszugleichen, die darin gesehen wurde, daß der (i. d. R. zur Vorleistung genötigte) Verkäufer sonst nicht dinglich gesichert wäre. Spätestens seit mit Inkrafttreten des BGB im gesamten Geltungsbereich der KO das Institut des *Eigentumsvorbehalts* anerkannt und gebräuchlich geworden war, hatte sich der Grund für die durch § 44 I KO vorgenommene Privilegierung des Versandungsverkäufers vor anderen auswärtigen Gläubigern des Gemeinschuldners zumindest für Inlandsverkäufe¹⁹⁸ erledigt. Die Daseinsberech-

den Käufer das Eigentum an diesen über, auch wenn die baare Bezahlung des Kaufschillings bedungen worden und solche nicht erfolgt ist. Ein Eigentums- oder Pfandrechtsvorbehalt auf der verkauften und übergebenen Sache ist auch in diesem Falle unzulässig« (Art. 16 des Württembergischen Gesetzes vom 21. 5. 1828 über die vollständige Entwicklung des neuen Pfandsystems).

Weitere Hinweise zur damaligen Rechtslage finden sich in den MOTIVEN zum BGB Bd. II S. 319 Fn. 1 (= MUGDAN Bd. II S. 177). Eine eingehende Untersuchung »zur Geschichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland« enthält die Dissertation von SANDMANN. Vgl. auch Bernd THIEMANN, Die Entwicklung der Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf in der neueren deutschen Rechtsgeschichte, S. 51 ff.

192 Zum gegenwärtigen Rechtszustand vgl. MEZGER, Das französische Gesetz vom 12. Mai 1980 über den Eigentumsvorbehalt, ZIP 1980, 406 ff.; WIESBAUER ZIP 1981, 1063 f.; WITZ NJW 1982, 1897 ff.; BALZ ZIP 1983, 1153, 1169 f.; DEPSER RIW 1984, 176 ff. (m. w. N. in Fn. 9); BÖCKENHOFF, Der Eigentumsvorbehalt im französischen Unternehmenssanierungsgesetz, Diss. Bielefeld 1994; NIGGEMANN, Das französische Unternehmenssanierungsgesetz vom 21. 1. 1985 nach der Reform vom 10. 6. 1994 (Schrift der Bundesstelle für Außenhandelsinformation, 1995) S. 25 ff., 31 ff.; STADLER S. 278 ff., 302 ff., 422 Fn. 2; MENNE, Die Sicherung des Warenlieferanten durch den Eigentumsvorbehalt im französischen Recht, Heidelberg 1998; SCHULZ, Der Eigentumsvorbehalt in europäischen Rechtsordnungen, 1998. Vgl. auch u. Fn. 198.

193 MOTIVE ZUR KO S. 66 = HAHN Bd. IV S. 85. Vgl. auch o. Rn. 2.54 und MEZGER a. a. O. S. 407.

194 Vgl. LANDFERMANN RabelsZ 1970, 523, 531.

195 MOTIVE ZUR KO S. 88 f. = HAHN Bd. IV S. 104; vgl. auch LANDFERMANN a. a. O. S. 532 f. Zum gegenwärtigen Rechtszustand vgl. MEZGER a. a. O. S. 407–409; NIGGEMANN a. a. O. S. 25 ff.; STADLER S. 414, 421 ff., 463 f.

196 Vgl. o. Rn. 7.13 f.

197 Vgl. o. Rn. 7.69 mit Fn. 176.

198 Zu der Frage, ob nicht wenigstens die *ausländischen* Verkäufer des Schutzes durch § 44 I KO bedürfen, wenn das im konkreten Falle anzuwendende Auslandsrecht einen Eigentumsvorbehalt nicht zuläßt oder von komplizierten Förmlichkeiten abhängig macht, vgl.

tigung des § 44 KO war seitdem fragwürdiger denn je¹⁹⁹. Nicht zu kritisieren ist deshalb, daß das durch diese Bestimmung gewährte Rückforderungsrecht nicht in die InsO übernommen wurde²⁰⁰ und daß es zuvor ohnehin nur für solche Waren galt, die »nicht . . . schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind«. Durch diese im ersten Absatz des § 44 KO ausgesprochene Beschränkung war auch vor Inkrafttreten der InsO sichergestellt, »daß die übrigen Konkursgläubiger durch die Rückforderung der Waare nicht getäuscht werden können, weil zu der Zeit, als sie Kredit gaben, die Waare noch nicht im Besitz des Gemeinschuldners sich befand«²⁰¹.

Nicht übersehen werden sollte rückblickend vielleicht ein gewisser heuristischer Wert des § 44 KO. Als eine Vorschrift, die dem Versandungsverkäufer u. U. auch dann, wenn er das Eigentum schon vor dem Konkurs an den Schuldner verloren hatte, »einem Vindikationsberechtigten gleich«²⁰² die Rückforderung ermöglichen wollte, bekannte sich § 44 KO konkludent²⁰³ zu der auch heute noch zutreffenden Auffassung, daß die Vindikation eines Verkäufers, der das Eigentum noch nicht verloren hat, jedenfalls dann nicht mehr an einem schuldrechtlichen Besitzrecht des Insolvenzverwalters scheitern kann, wenn dieser das Recht, gem. § 17 I KO (§ 103 I InsO) auf Erfüllung des Vertrages zu bestehen, durch eine ausdrückliche Ablehnungserklärung oder eine dieser nach § 17 II 2 KO (§§ 103 II 3, 107 II InsO) gleichstehende Säumnis verloren hat. 7.74

HUBER in Festschr. f. Fr. Weber S. 253–260. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch BGHZ 45, 95 ff. Einen Überblick über die »Anerkennung des Eigentumsvorbehalts in Westeuropa« gibt WIESBAUER in ZIP 1981, 1063 ff. Vgl. auch die o. Fn. 192 Genannten sowie Jörg WESTPHAL, Eigentumsvorbehalt im internationalen Vergleich – unter Berücksichtigung des Rechts ausgewählter osteuropäischer Reformstaaten, in: Iusto Iure, Festgabe f. Otto Sandrock, Heidelberg 1915, S. 55 ff.

199 Vgl. auch LANDFERMANN RabelsZ 1970, 523, 542 f. Zurückhaltender HENCKEL JuS 1985, 836, 837: Die Gründe, die zur Schaffung des § 44 KO geführt hätten, überzeugten »nur zum Teil«. Ähnlich sieht das HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 11.17 S. 220 f. Vgl. für das *österreichische* Recht (§ 45 östKO) KEPPLINGER S. 334: »Dieses Verfolgungsrecht ist gerechtfertigt . . .«

200 Vgl. u. Rn. 7.84 ff. mit Fn. 223.

201 MOTIVE zur KO S. 165 = HAHN Bd. IV S. 166. Der dort unmittelbar im Anschluß aufgestellten Behauptung, daß den übrigen Konkursgläubigern durch die Rückforderung der Ware in den Fällen des § 44 KO »kein Vortheil entzogen (werde), da der Konkursverwalter die Waare unter Erfüllung des Kaufgeschäfts soll(e) behalten dürfen«, muß allerdings entgegengehalten werden, daß § 44 den übrigen Konkursgläubigern jedenfalls dann einen Vorteil entzieht, wenn die Ware schon vor der Konkurseröffnung in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen ist: denn solche Ware könnte der Konkursverwalter an sich selbst dann behalten, wenn er den Kaufvertrag *nicht* erfüllen würde (§ 26 Satz 1 KO).

202 Vgl. das Zitat aus den MOTIVEN o. Rn. 7.52.

203 Vgl. o. Rn. 7.50 ff.

b) Die Abwendungsbefugnis des Konkursverwalters nach §§ 17, 44 II KO

- 7.75** Während Abs. 1 des § 44 KO das *Rückforderungsrecht* des Versandungsverkäufers bzw. Einkaufskommissionärs zum Ausdruck brachte, ordnete Abs. 2 an: »Die Bestimmungen des § 17 finden Anwendung.« Durch diese Verweisung auf § 17 KO wollte der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, daß der Konkursverwalter die dem Rückforderungsrecht des § 44 I KO unterliegende Ware »unter Erfüllung des Kaufgeschäfts soll behalten dürfen«²⁰⁴.
- 7.76** Umstritten ist für die noch nach der KO zu beurteilenden Fälle, ob der Konkursverwalter dieses Erfüllungs- und Behaltensrecht auch dann hat, wenn der Vertrag auf seiten des Verkäufers zu dem in § 17 I KO genannten Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits vollständig erfüllt war²⁰⁵. Da der Verkäufer Waren, die »schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind«, ohnehin nicht nach § 44 I KO zurückfordern kann²⁰⁶, konzentriert sich der Meinungsstreit auf Fälle, in denen die Leistung des Verkäufers bereits vor der Ankunft der Ware (und selbstverständlich auch vor der Konkursöffnung) erfolgt ist und erfolgen konnte, etwa weil der Verkäufer an seinem eigenen Wohnort bzw. an dem Ort seiner eigenen gewerblichen Niederlassung zu leisten hatte²⁰⁷ und dies schon vor der Konkursöffnung in der Weise tat, daß er die Ware von dort aus abschickte und die zum Übergang des Eigentums nach § 929 Satz 1 BGB an sich erforderliche Übergabe der Ware durch die Übergabe von *Warenpapieren*²⁰⁸ ersetzte²⁰⁹. Ferner hat man an den Fall gedacht, daß die eingeschaltete Transportperson als Vertreter und Besitzmittler des Käufers (späteren Gemeinschuldners) fungierte und das Eigentum für diesen schon beim Empfang der Ware erwarb²¹⁰. In

204 MOTIVE zur KO S. 165 = HAHN Bd. IV S. 166 (dazu soeben Fn. 201).

205 **Bejahend** wohl nur LANDFERMANN RabelsZ 1970, 523, 544; GOTTWALD, Insolvenzrechts-Handbuch, 1. Aufl. 1990, § 42 Rn. 10; HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 1. Aufl. 1992, S. 230, 401 und einige ältere Veröffentlichungen wie z. B. BÄHR S. 43; BLEYER KO § 44 Anm. 5; KIPPENBERG S. 54; KOHLER, Leitfaden S. 115 Fn. 1; PETERSEN/KLEINFELLER KO § 44 Anm. 17; v. SARWEY/BOSSERT KO § 44 Anm. 9; SEUFFERT § 16 Fn. 20; STIEGERT ZHR 88 (1926) 277, 325; SILBERSTEIN ZHR 81 (1918) 70, 358; STIEGLITZ KO § 36 Anm. III 2; v. WILMOWSKI/KURLBAUM KO⁶ § 44 Anm. 13; OETKER, Das Verfolgungsrecht S. 21 (aufgegeben in ZZP 14 [1890] 1, 29 f.); vgl. auch GRÜNWALD S. 36 mit Fn. 3 und SCHAD (o. Rn. 4.4 Fn. 13).

Verneinend JAEGER⁶⁷ und – weniger ausführlich – JAEGER/LENT⁸ KO § 44 Rn. 22; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 44 Rn. 17; BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 26 Rn. 22; DÜRRINGER/HACHENBURG HGB³ Bd. V 1 Einleitung S. 245 Rn. 279 (HOENINGER); RIETMEYER S. 24; STAUB/HEINICHEN HGB¹⁴ § 382 Anhang 111; Th. WOLFF KO § 44 Anm. 3.

206 Vgl. § 44 I HS. 2 KO.

207 Dies stellt auch bei Versandungsverkäufen den Normalfall dar; vgl. §§ 269, 447 BGB.

208 Gem. §§ 448, 475 g, 647 HGB hat die Übergabe gewisser *Warenpapiere* (Ladeschein, Lagerschein, Orderkonnossement) »für den Erwerb von Rechten an dem Gute« dieselben Wirkungen wie die Übergabe der Ware.

209 Vgl. JAEGER⁶⁷ und JAEGER/LENT⁸ KO § 44 Rn. 22; LANDFERMANN RabelsZ 1970, 523 f. ad I.; PETERSEN/KLEINFELLER KO § 44 Anm. 17.

210 PETERSEN/KLEINFELLER a. a. O.; OETKER, Das Verfolgungsrecht S. 21. Auch in diesen Fällen kann der Verkäufer nach § 44 I KO zur Rückforderung berechtigt sein (MOTIVE

all diesen Fällen können die beiden Umstände, daß der Verkäufer gem. § 44 I KO zur Rückforderung der Ware berechtigt ist und daß er den Vertrag schon vor dem Konkurs vollständig erfüllt hat, zusammentreffen. Die Frage ist nun, ob an dem letzteren Umstände das dem Konkursverwalter durch § 44 II KO zugestandene Recht, die Rückforderung des Verkäufers nach Maßgabe des § 17 KO abzuwenden, scheitern soll.

Die Frage wäre sicher zu verneinen, wenn § 44 I KO die Wirkung hätte, daß das bereits auf den Gemeinschuldner übergegangene Eigentum gar nicht erst in die Konkursmasse gelangt, sondern im Zeitpunkt der Konkursöffnung automatisch wieder an den Veräußerer zurückfällt (etwa dergestalt, daß es diesem von nun an wie Vorbehaltseigentum unter der auflösenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung zusteht)²¹¹. Denn dann läge in *allen* Fällen des § 44 I KO ein zur Zeit der Konkursöffnung beiderseits noch nicht vollständig erfüllter Vertrag i. S. des § 17 I KO vor. Die Theorie des automatischen, auf den Zeitpunkt der Konkursöffnung (oder gar auf den Zeitpunkt des schon vorher erfolgten Eigentumsübergangs) bezogenen Eigentumsrückfalls findet eine gewisse Stütze in der systematischen Einordnung des § 44 KO unter dem Titel »Aussonderung«. Auch die MOTIVE zu § 44 KO enthalten Ausführungen, die als eine Bestätigung dieser Theorie aufgefaßt werden können. So bemerken sie zu dem Fall, daß der Gemeinschuldner oder der Konkursverwalter die Ware an einen Dritten veräußert hat²¹²:

»Befindet die Waare sich in der Konkursmasse, besitzt sie noch der Gemeinschuldner oder ein Dritter für ihn, so kann die Rückforderung gegen den Konkursverwalter nicht durch die von dem Gemeinschuldner oder gar von dem Verwalter an den Dritten erfolgte Weiterveräußerung ausgeschlossen werden; der Verwalter wird vielleicht durch seine Gewährspflicht oder durch die Interesseforderung des Dritten sich bestimmen lassen, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen und dadurch die Rückforderung zu beseitigen; sonst aber muß er die Waare dem Verkäufer herausgeben Andernfalls, wenn der Dritte schon im Besitz der Waare sich befindet, ist es Sache des Verkäufers, seine *Vindikation* gegen diesen zu richten. Immer wird der Streit zwischen beiden danach zu beurtheilen sein, daß der Dritte von einem *Nichteigentümer* erworben²¹³« (Es folgt ein Hinweis auf die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs.)

»... Wie gegenüber dem Gemeinschuldner, so findet das Rückforderungsrecht auch gegen diejenigen statt, welche ihre Ansprüche auf das Eigentum des Gemeinschuldners gründen; *das Eigentum desselben wird hinfällig*; sofern und soweit aber trotzdem das Handelsgesetz-

zur KO S. 167 = HAHN Bd. IV S. 167 f.; a. M. wohl RG JW 1910, 394 Nr. 17; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 44 Rn. 6 a). Das folgt aus dem Wort »und« im zweiten Halbsatz des § 44 I KO (vgl. MOTIVE a. a. O.).

211 Vgl. etwa STIEGLITZ KO § 36 Anm. III mit Fn. h: »Der Eigentumserwerb des Gemeinschuldners ist resolutiv bedingt durch die Thatsache, daß die unbezahlten Waaren zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht am Ablieferungsort angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gelangt sind.« Und ders. in Anm. III 2: »Da der Eigentumserwerb des Gemeinschuldners an den unbezahlten, zur Zeit der Konkursöffnung unterwegs befindlichen Waaren hinfällig wird, so ist auch von seiten des Verkäufers zur Zeit der Konkursöffnung der Vertrag noch nicht erfüllt . . .«

212 MOTIVE zur KO S. 170 = HAHN Bd. IV S. 169 f. (Hervorhebungen nicht im Original).

213 JAEGER und andere Autoren haben sich über diese Empfehlung später etwas zu souverän hinweggesetzt; vgl. JAEGER KO⁶⁷ § 44 Rn. 29; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 44 Rn. 11.

buch oder das bürgerliche Recht ein gesetzliches oder vertragsmäßiges Pfandrecht auch gegenüber dem *fremden Eigentümer* aufrecht erhält ist auch der Pfandgläubiger des Gemeinschuldners gegen das Rückforderungsrecht des Verkäufers gesichert.«

7.79 Trotz dieser deutlichen Anhaltspunkte in den MOTIVEN hat sich die Theorie des automatischen Eigentumsrückfalls an den Verkäufer nicht durchsetzen können. Nach h. M. bewirkt nicht einmal der tatsächliche »Rückruf« der Ware einen unmittelbaren Eigentumsrückfall²¹⁴. Vielmehr soll es zur Rückgängigmachung der vom Verkäufer bereits bewirkten Erfüllung noch einer *Rückübereignung* der Ware durch den Konkursverwalter bedürfen (dessen *Pflicht* zur Rückübereignung man in dem – eine Übereignung aber überhaupt nicht thematisierenden – § 44 I KO begründet sieht)²¹⁵. Diese Auffassung verdankt ihre weite Verbreitung in erster Linie der Autorität von JAEGER²¹⁶.

7.80 Eine ihrer Konsequenzen besteht darin, daß sie eine bereits vor dem Käuferkonkurs eingetretene vollständige Erfüllung aller Verkäuferpflichten nicht schon für den in § 17 I KO erwähnten Zeitpunkt der Konkurseröffnung entfallen läßt. Das müßte freilich eine *analoge* Anwendung des § 17 KO nicht ausschließen. JAEGER meinte zwar, daß »nach den klaren Worten« des § 44 II KO nur eine »Anwendung« des § 17 KO erlaubt sei und daß von einer solchen nicht die Rede sein könne, wenn der Vertragspartner zur Zeit der Konkurseröffnung bereits vollständig erfüllt habe²¹⁷. Dieser Einwand vermag aber nicht zu überzeugen. Denn auch eine »analoge« Anwendung des § 17 KO wäre eine »Anwendung«. Gerade wer, wie JAEGER, die den MOTIVEN des § 44 KO zugrunde liegende Theorie eines automatischen und *ex tunc* wirkenden Eigentumsrückfalls aufgrund abweichender eigener Wertungen²¹⁸ ablehnt, hat allen Grund, in Fällen, in denen er sich auf diese Weise den Weg zu einer unmittelbaren Anwendung des § 17 KO selbst verstellt, die Analogiefähigkeit der Vorschrift besonders sorgfältig zu prüfen.

214 Was früher aber vertreten wurde; vgl. z. B. OLG Frankfurt SeuffA 69 (1914) Nr. 229 S. 429, 430, das die Wirkung des Verfolgungsrechts darin erblickte, »daß mit der Ausübung des Rechts die . . . Wirkung des Eigentumsübergangs als aufgehoben gilt, daß die Sache vielmehr so angesehen werden soll, als wenn die Ware niemals Eigentum des Gemeinschuldners gewesen wäre«. Ebenso RGZ 8, 79, 84; GRÜN WALD S. 35; PETERSEN/KLEINFELLER KO § 44 Anm. 20, 22 f.; v. SARWEY/BOSSERT KO § 44 Anm. 6; v. WILMOWSKI KO⁵ § 36 Anm. 6 (S. 182/183); vgl. auch STIEGLITZ KO § 36 Anm. III mit Fn. h (dazu schon o. Fn. 211).

215 KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetz, 1997, KO¹⁷ § 44 Anm. 1; JAEGER/LENT KO⁸ § 44 Rn. 5 ff., 24, 29; HESS KO⁶ § 44 Rn. 1; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 44 Rn. 11; LANDFERMANN RabelsZ 1970, 523, 539 ff.; HENCKEL JuS 1985, 836, 838; vgl. auch OETKER, Das Verfolgungsrecht S. 113 (nach dessen Auffassung § 44 I KO aber nicht einmal einen Rückübereignungsanspruch gewähren soll).

216 Vgl. JAEGER KO^{6/7} § 44 Rn. 5 ff., 24, 29 und o. Fn. 213.

217 JAEGER KO^{6/7} § 44 Rn. 22.

218 Z. B. lehnt JAEGER KO^{6/7} § 44 Rn. 29 die o. im Text angedeutete Auffassung der MOTIVE, daß eine dem Rückforderungsrecht des § 44 I KO unterliegende Sache von einem Dritten nur nach den Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten erworben werden könne, mit der (stark übertreibenden) Begründung ab, daß diese Ansicht »den Handelsverkehr bedrohlich erschüttern« würde.

Für eine (zumindest analoge) Anwendung des § 17 KO spricht, daß § 44 I KO den Verkäufer in die Lage versetzen will, »einem Vindikationsberechtigten gleich ... seine Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob er nicht geliefert, Besitz und Eigentum nicht aufgegeben hätte«²¹⁹. Denn wer dem Verkäufer das Recht gewährt, so zu verfahren, *als ob* er das (zur »Vindikation« berechtigende) Eigentum noch nicht verloren hätte, muß konsequenterweise auch dem Konkursverwalter alle Rechte geben, die ihm zustünden, wenn der Verkäufer seine vertragliche Eigentumsverschaffungspflicht noch nicht erfüllt hätte²²⁰; also auch das Wahlrecht des § 17 I KO. **7.81**

Unterstützend läßt sich für die hier vertretene Ansicht eine Passage der MOTIVE²²¹ anführen, die den Umstand, »daß ... der Konkursverwalter die Waare unter Erfüllung des Kaufgeschäfts soll behalten dürfen«, als einen²²² der »entscheidenden« Gründe dafür bezeichnet, daß den übrigen Konkursgläubigern die in dem Rückforderungsrecht des § 44 I KO liegende Durchbrechung des § 26 Satz 1 KO überhaupt zugemutet werden könne. Denn wer die Zumutbarkeit des dem Verkäufer durch § 44 I KO gewährten Rückforderungsrechts im Verhältnis zu den übrigen Konkursgläubigern »entscheidend« damit rechtfertigt, daß der Konkursverwalter die Rückforderung durch Zahlung des Restkaufpreises gem. §§ 44 II, 17 I KO abwenden kann, muß die Abwendungsbefugnis des Konkursverwalters in *allen* Fällen des § 44 I KO anerkennen und darf nicht gerade *diejenigen* Sachverhalte ausklammern, in denen sich das Rückforderungsrecht auf eine bereits *vor* der Konkurseröffnung *vollständig* erbrachte Leistung bezieht und die übrigen Konkursgläubiger somit *am ärgsten* enttäuscht. **7.82**

Im Ergebnis ist also der Auffassung zuzustimmen, die den Konkursverwalter auch dann als berechtigt ansieht, das dem Verkäufer oder Einkaufskommissionär zustehende Rückforderungsrecht gem. §§ 44 II, 17 I KO abzuwenden, wenn der Vertrag auf seiten des Rückforderungsberechtigten schon vor dem Konkurs vollständig erfüllt war. Allerdings gelten hier wie auch in Fällen, in denen die vollständige Erfüllung erst nach der Konkurseröffnung eingetreten ist, die bei Rn. 4.109 ff. erwähnten Besonderheiten. **7.83**

e) Abschaffung des Verfolgungsrechts für nach dem 31. 12. 1998 beantragte Insolvenzverfahren

Der Reformgesetzgeber hat den rechtspolitisch äußerst fragwürdigen²²³ § 44 I KO nicht in das neue Insolvenzrecht übernommen. Auch der zugehörige § 44 II KO ist **7.84**

219 MOTIVE zur KO S. 168 = HAHN Bd. IV S. 168; vgl. auch o. Rn. 7.52.

220 Ähnlich HÄSEMAYER, SEUFFERT, SIEGERT und v. WILMOWSKI/KURLBAUM, jeweils a. a. O. (o. Fn. 205).

221 MOTIVE zur KO S. 165 = HAHN Bd. IV S. 166 (dazu schon o. Fn. 201).

222 Zu einem *anderen* »entscheidenden« Grund vgl. den Schlußsatz der bei Rn. 7.71 wörtlich wiedergegebenen Passage.

223 Vgl. o. Rn. 7.70 ff. und u. Rn. 9.67. Die Begründung des RegEInsO rechtfertigt die Abschaffung des Verfolgungsrechts mit der kurzen Bemerkung, dieses Recht habe »keine

ersatzlos entfallen. Nach wie vor in Kraft sind jedoch die dem § 44 I KO entsprechenden Bestimmungen des *österreichischen* Rechts (§ 45 östKO, § 22 östAO).

- 7.85** In einem deutschen Insolvenzverfahren, das nach dem 31. 12. 1998 beantragt wird, spielt das Verfolgungsrecht des bisherigen § 44 KO keine Rolle mehr (Art. 104 EGInsO).
- 7.86** Die »bisherigen gesetzlichen Vorschriften« und folglich auch § 44 KO sind jedoch weiterhin anzuwenden in *vor* dem 1. 1. 1999 beantragten Konkurs- und Vergleichsverfahren²²⁴ und in Anschlußkonkursverfahren, bei denen der dem Verfahren vorausgehende Vergleichsantrag vor dem 1. 1. 1999 gestellt worden ist (Art. 103 EGInsO).

2. Die Rückforderung von Leistungen, die erst nach Verfahrenseröffnung in die Masse gelangt sind

a) Unanwendbarkeit des § 26 Satz 1 KO bzw. § 105 Satz 2 InsO

- 7.87** Nur in bezug auf »*vor* der Eröffnung des Verfahrens in das Vermögen des Schuldners übergegangene« Leistungen des Vertragspartners verneint § 105 Satz 2 InsO das Recht, die Rückgabe aus der Insolvenzmasse zu verlangen. Gilt diese Beschränkung des Rückforderungsausschlusses nach *neuem* Insolvenzrecht im *gesamten* Anwendungsbereich des bisherigen § 26 Satz 1 KO, oder gilt sie nur in den Fällen des bisherigen § 26 Satz 1 KO, die auch unter den Wortlaut des deutlich enger gefaßten (z. B. auf *Teilleistungen* verengten²²⁵) § 105 Satz 2 InsO gebracht werden können?
- 7.88** Für die Beantwortung dieser Frage kann es hilfreich sein, vorab zu klären, welchen Standpunkt § 26 Satz 1 KO bezüglich der Rückforderung von erst *nach* Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen des Vertragspartners einnahm.
- 7.89** Obwohl § 26 Satz 1 KO seinen Rückforderungsausschluß nicht mit gleicher Klarheit wie der spätere § 105 Satz 2 InsO auf »*vor* der Eröffnung des Verfahrens« in das Vermögen des Schuldners übergegangene Leistungen beschränkte, wurde auch schon im *konkursrechtlichen* Schrifttum darauf hingewiesen, daß die in § 26 Satz 1 KO zum Ausdruck gebrachte Negation des Rechts des Vertragspartners, im Hinblick auf die konkursbedingte »Nichterfüllung« seiner Forderung »die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Lei-

praktische Bedeutung mehr« und sei im übrigen »insofern systemwidrig, als es die Stellung des Verkäufers im Falle der Konkursöffnung verstärkt« (BT-Drucks. 12/2443 S. 121 r.Sp.; kritisch HENCKEL und HÄSEMAYER an den o. Rn. 7.73 Fn. 199 genannten Stellen).

224 In das *Vergleichsverfahren* wirkte § 44 KO über § 26 I VerglO hinein (vgl. auch MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 269 f. bei Fn. 53 ff.). Kein Raum für § 44 KO war in dem in Art. 103 EGInsO außerdem noch erwähnten *Gesamtvollstreckungsverfahren* nach der GesO.

225 Zu weiteren Unterschieden zwischen § 26 Satz 1 KO und § 105 Satz 2 InsO s. o. Rn. 7.21 ff.

stung aus der Konkursmasse zu verlangen«, nur für den Fall gelten könne, daß der Leistungsgegenstand schon *vor* der Konkurseröffnung in das Eigentum (bzw. Vermögen²²⁶) des Gemeinschuldners übergegangen war²²⁷. Zur Begründung berief man sich auf § 17 KO²²⁸. Diese Argumentation wäre, sollte sie zutreffen, auf das neue Insolvenzrecht ohne weiteres übertragbar (arg. § 103 InsO). In Wahrheit geht der Hinweis auf § 17 KO (§ 103 InsO) jedoch fehl. Denn diese Vorschrift kann nicht der *Begründung*, sondern nur der *Abwendung* eines (als bestehend *vor-*ausgesetzten) Rückforderungsrechts des Vertragspartners dienen²²⁹. Diese – im folgenden noch näher auszuführende²³⁰ – Kritik muß jedoch nicht bedeuten, daß die Beschränkung des § 26 Satz 1 KO auf *vor* Verfahrenseröffnung in das Eigentum des Gemeinschuldners gelangte Leistungen falsch war und deshalb im neuen Insolvenzrecht nur unter den sehr speziellen²³¹ Voraussetzungen des § 105 Satz 2 InsO anerkannt werden dürfte. Denn auch schon § 26 Satz 1 KO deutete durch den Gebrauch der Worte »Rückgabe seiner in das Eigentum des *Gemeinschuldners* übergebenen Leistung aus der *Konkursmasse*« an, daß offenbar nur an solche Fälle gedacht war, in denen der Leistungsgegenstand in das Vermögen des Gemeinschuldners übergegangen war, *bevor* dieses zu einer »Konkursmasse« umfunktioniert wurde (womit aber nicht behauptet sein soll, daß eine Sache nicht auch noch *während* des Insolvenzverfahrens in das – mit dem Verwertungsrecht des Verwalters belastete – Eigentum des *Schuldners* übergehen könne²³²).

Bestätigt wird diese zunächst eher formal am Wortlaut orientierte Interpretation des bisherigen § 26 Satz 1 KO durch den Kontrast zu § 59 I Nr. 4 KO. Denn diese sinngemäß auch im neuen Insolvenzrecht enthaltene (§ 55 I Nr. 3 InsO) Vorschrift sprach gerade deshalb von einer rechtsgrundlosen Bereicherung der *Masse* (statt: des Gemeinschuldners), weil sie die insoweit anerkannte *Masseverbindlichkeit* auf die Fälle beschränken will, in denen »das Vermögen, *nachdem* es für die Gläubiger zu einer Konkursmasse geworden, über den Umfang derselben durch fremdes Gut vermehrt worden ist«²³³. Der Anspruch auf Herausgabe (§§ 812 ff. BGB)

226 Vgl. o. Rn. 7.19 Fn. 53.

227 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 26 Rn. 2, 4, 12, 13, 22; BLEYER KO § 26 Anm. 3 a; LUSS S. 41; MARKMANN S. 87; TH. WOLFF KO § 26 Anm. 3 im dritten Absatz (mit unzutreffender Berufung auf RGZ 17, 82); vgl. auch JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 11 (S. 262/263), § 26 Rn. 18; JAEGER KO⁶⁷ § 26 Rn. 19; RGZ 90, 218, 222 (zu dieser Entscheidung vgl. schon o. Rn. 7.43 f.).

228 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 40 (auch Rn. 54, 63); vgl. auch JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 11 S. 262/263.

229 Vgl. o. Rn. 4.106 ff., 7.75, 7.82.

230 Vgl. u. Rn. 7.92 ff.

231 Vgl. soeben Rn. 7.87.

232 Denn formal ist ja auch die »Insolvenzmasse« Eigentum des Schuldners und nur *haftungsrechtlich* den Gläubigern zugewiesen; vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 1 Rn. 1 ff., 45.

233 MOTIVE zur KO S. 246 = HAHN Bd. IV S. 232 f.: »Der Entwurf stellt ... das Prinzip auf: ein fremder Werth muß in die *Masse* geflossen sein, ohne Rechtsgrund (wird ausgeführt). Und zweitens: in die *Konkursmasse*; – ist vor der Konkurseröffnung das *Vermögen des Gemeinschuldners* bereichert worden, so ist der Anspruch, gleich jeder persönlichen Forderung gegen den Gemeinschuldner, eine Konkursforderung; Masseschuld und daher aus

einer schon *vorher* eingetretenen Bereicherung des Schuldners unterliegt im Verhältnis zur Masse denselben Beschränkungen, die der – insoweit aber nur deklaratorische²³⁴ – § 26 Satz 1 KO für einen etwaigen Anspruch auf Rückgabe einer »in das Eigentum des Gemeinschuldners übergebenen Leistung« vorsah: Beide Male handelt es sich nur um einfache Konkursforderungen²³⁵, die als solche der sog. »Nichterfüllung« unterliegen²³⁶. Und wenn § 59 I Nr. 4 KO (§ 55 I Nr. 3 InsO) im ersten Fall diese Beschränkungen aufhebt, sofern die Bereicherung erst während des Verfahrens (zugunsten der Masse) eingetreten ist, so ist dies ein sicheres Indiz, daß auch die gleichwertige Beschränkung des § 26 Satz 1 KO nur für die Fälle gedacht sein konnte, in denen der zurückverlangte Gegenstand schon *vor* Verfahrenseröffnung »in das Eigentum des Gemeinschuldners« übergegangen war. Als man dann den § 105 Satz 2 InsO so formulierte, daß er nur das Recht ausschließt, eine *vor* Verfahrenseröffnung in das Vermögen des Schuldners übergegangene Leistung aus der Insolvenzmasse zurückzuverlangen, wich man also keineswegs vom richtig verstandenen Inhalt des bisherigen § 26 Satz 1 KO ab, sondern zog nur eine zutreffende Konsequenz aus dem (dem bisherigen § 59 I Nr. 4 KO entsprechenden) § 55 I Nr. 3 InsO. Und da die letztgenannte Vorschrift einen etwaigen Anspruch auf Rückgewähr einer erst *nach*²³⁷ Verfahrenseröffnung eingetretenen Bereicherung der Masse ganz allgemein und nicht etwa nur dann zur Masseverbindlichkeit erklärt, wenn dem Bereicherungsvorgang ein Vertrag über »teilbare Leistungen« i. S. des § 105 Satz 1 InsO zugrundeliegt, kann die bei Rn. 7.87 aufgeworfene Frage nun abschließend beantwortet werden: Nicht nur hinsichtlich etwaiger *Teilleistungen* auf Verträge über *teilbare* Leistungen, sondern *ganz allgemein* gilt wegen § 55 I Nr. 3 InsO auch im neuen Insolvenzrecht der Satz, daß der Vertragspartner des insolventen Schuldners einen Anspruch auf Rückgewähr von Leistungen, die erst *während* des Verfahrens in das (von diesem als Massebestandteil erfaßte) Eigentum des Schuldners gelangt sind, *als Masseverbindlichkeit* geltend machen kann.

b) Die Anspruchsvoraussetzungen

7.91 Voraussetzung einer solchen Masseverbindlichkeit ist jedoch, *daß* der Vertragspartner einen Rückgewähranspruch hat. Die Frage nach dem Bestehen eines Rück-

der Konkursmasse vor den Konkursforderungen zu tilgen, wird ein Bereicherungsanspruch nur dadurch, daß das Vermögen, *nachdem* es für die Gläubiger zu einer Konkursmasse geworden, über den Umfang derselben durch fremdes Gut vermehrt worden ist« (Hervorhebungen nicht im Original). Dieser Standpunkt der MOTIVE ist auch heute unbestritten (vgl. JAEGER/LENT KO⁸ § 59 Rn. 10; HESS InsO¹ § 55 Rn. 178 f.; HK-InsO/EICKMANN² § 55 Rn. 24; SMID InsO¹ § 55 Rn. 30; BGH ZIP 1997, 1551, 1552 I Sp., jeweils m. w. N.), wenn man von dem Sonderfall, daß der Bereicherungsvorgang während des *Eröffnungsverfahrens* stattfand (dazu u. Rn. 14.68 ff.), einmal absieht.

234 Vgl. o. Rn. 7.8 f., 7.17 ff.

235 Zum Bereicherungsanspruch vgl. soeben Fn. 233; zu § 26 Satz 1 KO o. Rn. 7.3 ff., 7.17 ff.

236 Vgl. o. Rn. 7.15 mit Fn. 40.

237 Vgl. soeben Rn. 7.90 mit Fn. 233.

gewähranspruchs stellt sich z. B. hinsichtlich des Kaufpreises, den der Vertragspartner in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung für eine ihm vom Schuldner verkaufte, aber bisher weder übereignete noch übergebene Sache auf das (jetzt zur Insolvenzmasse gehörende) Konto des Schuldners überweist²³⁸, oder hinsichtlich eines an den Schuldner verkauften, aufgelassenen und übergebenen Grundstücks, falls die den Eigentumswechsel vollendende Grundbucheintragung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt und der Kaufpreis dann immer noch nicht vollständig bezahlt ist.

Für den letztgenannten Fall, der hier stellvertretend für andere²³⁹ erörtert werden soll, nimmt man an, daß der Insolvenzverwalter das erst nach Verfahrenseröffnung in die Masse gelangte Grundstück nur dann behalten und verwerten dürfe, wenn er bereit sei, den noch offenen Kaufpreisrest anstelle des Schuldners gem. § 103 I InsO vollständig zu berichtigen²⁴⁰. Die ausführlichste Begründung hat HENCKEL gegeben: Durch die erst nach der Verfahrenseröffnung erfolgende Eigentumsumschreibung werde »weder die Wahlbefugnis des Verwalters nach § 17²⁴¹ noch *der in § 17 begründete Schutz des Verkäufers vereitelt*«²⁴². Das Synallagma sei noch nicht dadurch aufgelöst, daß der Verkäufer schon vor dem Konkurs alles seinerseits Erforderliche getan habe und das Grundstück während des Konkurses Massebestandteil geworden sei²⁴³. »Da § 17 dem Vertragspartner den Schutz des Synallagmas auch im Konkurs erhalten« solle, müsse der Vertragspartner davor bewahrt werden, daß seine Leistung nach Verfahrenseröffnung in die Masse gelange, ohne daß er die volle Gegenleistung bekomme²⁴⁴. Diese erhalte er, wenn der Konkursverwalter nach § 17 KO (§ 103 InsO) die Erfüllung wähle; andernfalls habe »die Masse kein Recht auf die Leistung«²⁴⁵ und dementsprechend die Pflicht, einen trotzdem noch erlangten Gegenstand als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben²⁴⁶. Deshalb bleibe auch § 26 KO (gemeint war allerdings dessen zweiter Satz) unanwendbar, »wenn ein noch beiderseits unerfülltes Schuldverhältnis vom Vertragspartner nach Konkursbeginn in Unkenntnis des Konkurses erfüllt wird, die Leistung zur Masse gelangt, der Verwalter aber die Erfüllung *nach § 17*

238 Gem. § 8 KO bzw. § 82 InsO hat diese Leistung in jedem Falle schuldbefreiende Wirkung, da sie wegen der Massezugehörigkeit des Empfängerkontos trotz Unkenntnis des Leistenden im Ergebnis »zur Insolvenzmasse« (§ 82 Satz 1 InsO) erfolgt ist.

239 Weitere Fälle sind erwähnt bei JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 40, 44, 54.

240 JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 11 (S. 262/263); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 63; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 434 f. und – ohne spezielle Hervorhebung dieses Grundstücksfalles – BLEYER KO § 26 Anm. 3 a; MARKMANN S. 87.

241 Gemeint war § 17 KO. Diesem entspricht § 103 InsO.

242 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 63.

243 JAEGER/HENCKEL a. a. O. (mit dem zutreffenden Hinweis, daß das Grundstück infolge der Eigentumsumschreibung schon deshalb Bestandteil der Konkursmasse – nicht etwa des konkursfreien Vermögens des Gemeinschuldners – geworden sei, weil bereits der Anspruch auf Übereignung zur Konkursmasse gehört habe).

244 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 40.

245 JAEGER/HENCKEL a. a. O.

246 JAEGER/HENCKEL a. a. O. und in Rn. 63.

*ablehnt*²⁴⁷. »Infolge dieser Ablehnung« verliere »die nach § 17 nur gegen Vollenleistung der Masse geschuldete Erfüllung den rechtlichen Grund«²⁴⁸. Da die Bereicherung erst zugunsten der Konkursmasse eingetreten sei, greife § 59 I Nr. 4 KO (§ 55 I Nr. 3 InsO) Platz²⁴⁹.

7.93 Wie die (von mir) hervorgehobenen Passagen zeigen, will HENCKEL sein Ergebnis aus Sinn und Zweck des § 103 InsO (damals noch § 17 KO) herleiten. Soweit er dabei von der Annahme ausgeht, daß § 103 InsO nicht schon dann unanwendbar wird, wenn seine Voraussetzung, daß auch der Vertragspartner des Schuldners noch nicht vollständig erfüllt hat, nach der Verfahrenseröffnung wegfällt, muß ihm zugestanden werden, daß der nur auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung abstellende Wortlaut des § 103 I InsO diese Auslegung nicht ausschließt²⁵⁰. Bedenken gegen HENCKELS Argumentation ergeben sich aber daraus, daß § 103 I InsO nicht – wie HENCKEL aber unterstellt – den Schutz des Vertragspartners bezweckt (dieser ist bereits durch die §§ 320 ff. BGB geschützt!), sondern im Interesse der *übrigen* Insolvenzgläubiger sicherstellen will, daß der Verwalter auch solche Forderungen der (ihrer gemeinschaftlichen Befriedigung dienenden) Masse realisieren kann, die der jeweilige (Dritt-)Schuldner nur zu erfüllen braucht, wenn er damit rechnen kann, dafür auch in den Genuß der vom Verfahrensschuldner versprochenen Gegenleistung zu kommen²⁵¹. Vom Schutzzweck her müßte eine Anwendung des § 103 InsO also grundsätzlich²⁵² ausgeschlossen sein, wenn der Anspruch, dessen Einziehung die Vorschrift dem Insolvenzverwalter ermöglichen oder wenigstens erleichtern will, von der Gegenseite bereits freiwillig erfüllt worden ist.

7.94 Dementsprechend ist § 103 InsO schon dem Wortlaut nach nicht anzuwenden, wenn der Vertragspartner bereits *vor* der Verfahrenseröffnung vollständig erfüllt hat. Einen Grund, anders zu entscheiden, wenn der vom Vertragspartner herbeizuführende Leistungserfolg erst *während* des Verfahrens eintritt, ist m. E. nur dann anzuerkennen, wenn der Vertragspartner für den Fall, daß ihm nicht die volle Gegenleistung gewährt wird, das Recht hat, den geleisteten Gegenstand aus der Insolvenzmasse zurückzufordern²⁵³. Denn nur unter dieser Bedingung kann sich das dem Insolvenzverwalter in § 103 I InsO zugestandene Recht, den Vertrag anstelle des Schuldners zu erfüllen (das *Ablehnungsrecht* folgt nicht aus § 103 InsO!²⁵⁴), zum Vorteil der Masse auswirken.

247 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 26 Rn. 22; ebenso schon JAEGER KO^{6/7} § 26 Rn. 19; JAEGER/LENT KO⁸ § 26 Rn. 18.

248 JAEGER, LENT und HENCKEL jeweils a. a. O.; ähnlich RGZ 140, 156, 160 f.; MARKMANN S. 87.

249 JAEGER, LENT, HENCKEL, LUSS und MARKMANN jeweils a. a. O.

250 Gegen eine Anwendung des § 17 KO (§ 103 InsO) in diesen Fällen STIEGLITZ KO § 15 Anm. II 3 a. E. (S. 88).

251 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

252 Vgl. aber auch die o. Rn. 4.104 ff., 7.76 ff. erörterten Ausnahmen.

253 Vgl. auch o. Rn. 4.104 ff., 7.76 ff.

254 Vgl. o. Rn. 3.1 ff. Die soeben bei Rn. 7.92 a. E. wiedergegebene und auch andere Formulierungen von HENCKEL (Nachweise o. Rn. 1.6 Fn. 31) scheinen vom Gegenteil auszugehen.

Erweist sich das Recht des Vertragspartners, seine erst nach Verfahrenseröffnung in die Masse gelangte Leistung zurückzufordern, demnach als eine *Voraussetzung* dafür, daß § 103 InsO hier überhaupt noch angewendet werden kann, so ist es logisch ausgeschlossen, das Rückforderungsrecht zugleich als eine – wenn auch nur mittelbare – *Folge* des § 103 InsO zu begreifen²⁵⁵. **7.95**

Die das Rückforderungsrecht des Grundstücksverkäufers als eine *Folge* des § 103 InsO oder zumindest des Schutzzwecks dieser Bestimmung begreifende Argumentation von HENCKEL geht aber nicht nur von der unzutreffenden Annahme aus, daß § 103 I InsO den Schutz des Vertragspartners des Schuldners bezwecke, sondern sie beruht ferner auf der schon von den früheren Bearbeitern des JAEGERschen Kommentars gepflogenen²⁵⁶ Vorstellung, daß der Rechtsgrund einer erst nach Verfahrenseröffnung in die Masse gelangten Leistung entfalle, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung des zugrundeliegenden Vertrages ablehne²⁵⁷. Das ist insofern überraschend, als HENCKEL sich an anderer Stelle²⁵⁸ von der in allen Voraufgaben des JAEGERschen Kommentars vertretenen Ansicht, daß die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters in den Fällen des § 17 KO (§ 103 InsO) zum Erlöschen der beiderseitigen Erfüllungsansprüche führe, mit überzeugenden Gründen²⁵⁹ distanziert hat. M. E. gibt es keinen Grund, der solch eine Gestaltungswirkung mit Recht verneinenden Auffassung nicht auch in Fällen der hier interessierenden Art zu folgen²⁶⁰. Denn auch auf ihrer Basis läßt sich begründen, daß der Vertragspartner des Schuldners seine erst nach Verfahrenseröffnung in die Masse gelangte Leistung (unter gewissen Voraussetzungen²⁶¹) zurückbekommt, wenn der Insolvenzverwalter die Bezahlung verweigert: **7.96**

Als Grundlage eines Rückgewähranspruchs des Verkäufers kommen die bereits bei Rn. 5.76 ff. unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes behandelten, wahlweise aber auch den Weg zur Rückabwicklung eröffnenden §§ 325 ff. BGB in Betracht. Außerdem ist noch an den Anspruch aus § 323 III BGB zu den- **7.97**

255 So aber HENCKEL a. a. O., weil er die soeben erwähnte »Voraussetzung« anscheinend nicht anerkennt. Gegen die Argumentationsweise von HENCKEL sprach übrigens auch § 44 KO, der im *ersten* Absatz dem Versandungsverkäufer das Recht gewährte, »Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurück(zu)fordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners ... gelangt sind«, und dann erst im *zweiten* Absatz den § 17 KO für anwendbar erklärte, um dem Konkursverwalter des Käufers die Möglichkeit zu geben, das (als bestehend vorausgesetzte!) Rückforderungsrecht des Verkäufers durch Festhalten am Verträge und vollständige Erbringung der vom Gemeinschuldner versprochenen Gegenleistung *abzuwenden* (s. o. Rn. 7.75 sowie den letzten Satz der bei Rn. 7.52 wörtlich wiedergegebenen Passage der MOTIVE).

256 Vgl. soeben Fn. 248 und u. Rn. 9.16 mit Fn. 41.

257 Vgl. seine o. Rn. 7.92 a. E. bei Fn. 248 wiedergegebene Formulierung.

258 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 71 a. E., 115, 149 ff.

259 Vgl. o. Rn. 3.35 ff.

260 Ebenso jetzt auch HENCKEL selbst in ZZP 99 (1986) 419, 434 f. (dazu auch schon o. Rn. 5.80 Fn. 262 und Rn. 5.97 a. E.).

261 Vgl. Rn. 7.97 ff.

ken²⁶². Schon bei Rn. 7.3 ff. ist ausführlich begründet worden, daß die §§ 325 ff. BGB dem Vertragspartner des Schuldners unter (fast²⁶³) den gleichen Voraussetzungen, unter denen er auf ihrer Grundlage trotz, wegen oder während des Insolvenzverfahrens Schadensersatz verlangen kann, alternativ auch zu dem Recht verhelfen, seine bereits bewirkte Leistung zurückzuverlangen, und daß die (rudimentär auch in § 105 Satz 2 InsO anklingende²⁶⁴) Bestimmung des § 26 Satz 1 KO, die dem Verkäufer im Falle der konkursbedingten »Nichterfüllung« seines Kaufpreisanspruchs das Recht abspricht, »die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen«, nicht besagt, daß derartige Rückgewähransprüche in den vorausgesetzten Fällen nicht mehr entstehen könnten (str.), sondern nur, daß solche Ansprüche, falls das bürgerliche Recht sie gewährt, aus der Insolvenzmasse nicht (vollständig und in Natur) »erfüllt« zu werden brauchen, sondern dieser gegenüber nur als *Insolvenzforderungen* mit ihrem Schätzwert (§ 69 KO bzw. § 45 InsO) geltend gemacht werden können. Erkennt man ferner an, daß die letztlich bereits auf §§ 38, 45, 191 InsO beruhende²⁶⁵ Beschränkung des Rückgewährgläubigers auf die Rechte eines *Insolvenzgläubigers* positiv voraussetzt, daß der zurückverlangte Gegenstand schon *vor* der Verfahrenseröffnung in das Eigentum des Schuldners übergegangen war²⁶⁶, so ergibt sich, daß die Rückforderung eines Gegenstandes, der erst *während* des Verfahrens mit dinglicher Wirkung in die Masse gelangt ist, bei Bestehen eines entsprechenden *Anspruchs* i. d. R. zur Rückgabe »in Natur« führen muß. M. E. sollte man in diesen Fällen selbst dann, wenn der Verkäufer die Sache nicht (nur) nach Bereicherungsrecht²⁶⁷, sondern aufgrund Rücktritts²⁶⁸ zurückverlangt, eine Masseverbindlichkeit mit dem Rang des § 55 I Nr. 3 InsO annehmen (sogar *noch* besser ist die Position des Verkäufers, wenn in einem vor dem 1. 1. 1999 beantragten²⁶⁹ Konkursverfahren zugleich § 44 I KO erfüllt ist: der auf § 44 I KO beruhende Anspruch hat sogar Aussonderungskraft²⁷⁰). Inhaltlich richtet sich diese Masseverbindlichkeit auf Herausgabe und Rückübereignung des betreffenden Gegenstandes.

- 7.98** Die als Grundlage eines Rückgewähranspruchs in Betracht kommenden²⁷¹ §§ 323 III, 325 ff. BGB setzen voraus, daß dem Schuldner die Erfüllung des Vertrages unmöglich geworden bzw. daß er insoweit in Verzug geraten ist. Nun haben aber die Ausführungen bei Rn. 5.76 ff. ergeben, daß diese Voraussetzung nicht in allen

262 Nach meinem Verständnis zu großzügig verfährt in bezug auf § 323 III BGB HENCKEL a. a. O. (soeben Fn. 260).

263 Zu möglichen Abweichungen s. o. Rn. 5.102.

264 Vgl. o. Rn. 7.21 ff., 7.26 ff., 7.90.

265 Vgl. o. Rn. 7.17 ff., 7.28.

266 Vgl. o. Rn. 7.87 ff., 7.90.

267 Vgl. z. B. § 323 III BGB.

268 Vgl. z. B. §§ 325 ff. BGB.

269 Vgl. o. Rn. 7.85 f.

270 KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 44 Anm. 1; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 44 Rn. 11; vgl. auch o. Rn. 7.50 ff., 7.68 ff.

271 Vgl. Rn. 7.97.

Fällen allein schon deshalb als erfüllt angesehen werden darf, weil der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnt. Deshalb stellt sich die Frage, ob die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters dem Verkäufer evtl. auch dann zu einem Anspruch auf Rückgewähr seiner erst während des Verfahrens in die Masse gelangten Sache verhilft, wenn die §§ 323 III, 325 ff. BGB *nicht* erfüllt sind. Dies ist keineswegs selbstverständlich, wenn der Schuldner genügend freies Vermögen²⁷² besitzt, um den noch offenen Restkaufpreis zahlen zu können: Soll der Insolvenzverwalter, der die Erfüllung des Kaufvertrages ablehnt, die bereits mit dinglicher Wirkung (allerdings nach Verfahrenseröffnung) in die Masse gelangte Kaufsache wirklich auch *dann* an den Verkäufer zurückgeben müssen, wenn die Voraussetzungen des § 326 BGB im Verhältnis zum Schuldner überhaupt nicht erfüllt sind, wenn also der Verkäufer die Zahlungsbereitschaft des Schuldners (Käufers) noch gar nicht ernsthaft getestet hat?

Eine klare Antwort gibt das Gesetz nur für die Fälle, in denen zugleich die Voraussetzungen des § 44 I KO erfüllt sind. Hier soll der Verkäufer durch den Fortbestand²⁷³ des Kaufvertrages nicht gehindert sein, »einem Vindikationsberechtigten²⁷⁴ gleich ... seine Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob er nicht geliefert, Besitz und Eigentum nicht aufgegeben hätte«²⁷⁵. Trotz der bei Rn. 7.70 ff. angeführten rechtspolitischen Bedenken gegen diese »Gleichstellung« muß das für vor dem 1. 1. 1999 beantragte²⁷⁶ Konkursverfahren als geltendes Recht respektiert werden. **7.99**

Sind die Voraussetzungen des § 44 I KO hingegen nicht erfüllt oder handelt es sich um ein Insolvenzverfahren, das nach dem 31. 12. 1998 beantragt wurde²⁷⁷, so bedarf die Frage, ob der Verkäufer allein schon wegen der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters Anspruch auf Rückgabe seiner erst nach der Verfahrenseröffnung in das Eigentum der Masse gelangten Leistung hat, besonders sorgfältiger Prüfung²⁷⁸. **7.100**

Man könnte hier vielleicht an eine Anwendung der bei Rn. 7.35 ff. entwickelten und auch in § 44 KO vorausgesetzten²⁷⁹ Regel denken, daß das schuldrechtliche Besitzrecht des Verwalters infolge seiner Erfüllungsablehnung selbst dann erlischt, wenn der Kaufvertrag als solcher bestehen bleibt. Im vorliegenden Fall führt diese Überlegung jedoch nicht weiter. Denn während es bei Rn. 7.35 ff. um Fälle ging, in denen die Ware entweder noch im Eigentum des Veräußerers stand oder kraft des § 44 I KO *wie* sein Eigentum zu behandeln war, geht es hier um **7.101**

272 Man denke z. B. an das Eigenvermögen des Erben im Falle eines Nachlaßinsolvenzverfahrens; vgl. auch o. Rn. 2.87, 5.89.

273 MOTIVE zur KO S. 168 = HAHN Bd. IV S. 168 (wörtlich zitiert o. Rn. 7.52); vgl. auch u. Rn. 9.58 ff.

274 Zu *dessen* Rechtsstellung s. o. Rn. 7.30 ff.

275 MOTIVE a. a. O.

276 Vgl. o. Rn. 7.85 f.

277 In solchen Verfahren gilt § 44 KO nicht mehr. Vgl. o. Rn. 7.85.

278 *Bejaht* wird die Frage für das *Konkursrecht* von den in Fn. 240 (zu Rn. 7.92) Genannten.

279 Vgl. o. Rn. 7.50 ff.

die Frage, unter welchen Voraussetzungen jemand, der das die Grundlage einer möglichen Vindikation bildende Eigentum nach Verfahrenseröffnung an die Masse verloren hat (und auch den vindikationsähnlichen²⁸⁰ Schutz des § 44 I KO nicht genießt), den betreffenden Gegenstand aus der Insolvenzmasse zurückverlangen kann. Wer in dem ersten Fall die Auffassung vertritt, daß der Insolvenzverwalter die Sache spätestens nach seiner Erfüllungsablehnung an den Verkäufer zurückgeben muß²⁸¹, braucht das gleiche nicht ohne weiteres auch für den zweiten Fall anzuerkennen, in dem eine Vindikation des Verkäufers ja schon an dessen fehlendem Eigentum scheitert. Denn die der Lösung des ersten Falles zugrundeliegende Wertung, daß der dingliche Herausgabeanspruch des Verkäufers nicht an einem schuldrechtlichen Vertrag scheitern dürfe, dessen Erfüllung vom Insolvenzverwalter abgelehnt worden sei, sondern daß sich hier die *dingliche* Rechtsposition des Verkäufers gegenüber dem bloß *schuldrechtlichen* Besitzrecht des Verwalters durchsetzen müsse²⁸², kann auf den nun zu entscheidenden Fall, in dem auch das *dingliche* Recht als Massebestandteil dem Insolvenzverwalter zugewiesen ist, nicht übertragen werden: Hier gilt es zunächst einmal, den Herausgabeanspruch des Verkäufers, der nur im ersten Fall aus § 985 BGB hergeleitet werden konnte, positiv zu begründen. Dazu dienen die vorhin erörterten §§ 323 III, 325 ff. BGB.

- 7.102** Eine positive Beantwortung der Frage, ob der Verkäufer seine nach der Verfahrenseröffnung in die Masse gelangte Sache infolge der Erfüllungsablehnung des Verwalters auch dann zurückverlangen kann, wenn die Voraussetzungen eines Rückgewähranspruchs aus §§ 323 III, 325 ff. BGB nicht erfüllt sind, läßt sich auch nicht daraus herleiten, daß der Verkäufer schon im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung²⁸³ das (durch ein Erfüllungsverlangen des Verwalters auflösend bedingte²⁸⁴) Recht erworben hatte, sich mit seiner Kaufpreisforderung in einer Weise als Insolvenzgläubiger zu beteiligen, die ihm die Erbringung der seinerseits noch ausstehenden Leistung erspart (Differenzmethode²⁸⁵). Denn die in diesem Recht vorausgesetzte Befugnis des Verkäufers, von einer realen Bewirkung der eigenen Leistung abzu-
sehen, steht zunächst – d. h. bis zu einer Erfüllungsablehnung oder einer nach § 103 II 3 InsO zu beurteilenden Säumnis des Verwalters²⁸⁶ – noch unter der auflösenden Bedingung, daß ihm der Kaufpreis nicht doch noch vollständig gezahlt wird (z. B. durch den Schuldner, durch einen Dritten oder gem. § 103 I InsO durch den Insolvenzverwalter). Wegen dieser starken Parallele zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB), die ja ebenfalls durch Bewirken der Gegenleistung abgewendet werden kann und deshalb keine »dauernde« Einrede i. S. des als Grundlage für eine Rückforderung des Geleisteten in Betracht kommenden § 813

280 Vgl. o. Rn. 7.51 ff.

281 Vgl. o. Rn. 7.42 ff., 7.54 ff.

282 Vgl. o. Rn. 7.48.

283 Vgl. o. Rn. 5.1 ff.

284 Vgl. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO und o. Rn. 5.4 ff.

285 Vgl. o. Rn. 5.40 ff.

286 Vgl. o. Rn. 4.110 f.

BGB darstellt²⁸⁷, wird man anerkennen müssen, daß der Verkäufer nicht immer schon dann, wenn der Insolvenzverwalter des Käufers die Vertragserfüllung ablehnt, ohne weiteres Anspruch auf Herausgabe und Rückübereignung seiner schon vorher (aber erst nach der Verfahrenseröffnung) in die Masse gelangten Sache hat²⁸⁸.

Hinzukommen müssen vielmehr die Voraussetzungen, die in den §§ 323 III, 325 ff. BGB für einen bürgerlichrechtlichen Rückgewähranspruch aufgestellt sind²⁸⁹. Solange der Schuldner trotz des Insolvenzverfahrens in der Lage und wilens ist, den versprochenen Kaufpreis pünktlich zu bezahlen (ein zwar seltener, aber dennoch nicht völlig undenkbarer Fall²⁹⁰), hat der Verkäufer also nicht das Recht, seine bereits mit dinglicher Wirkung in die Insolvenzmasse gelangte Sache dem Verwertungsrecht des Verwalters zu entziehen. **7.103**

Der Insolvenzverwalter wird allerdings gut daran tun, sich vor einer Veräußerung der Ware zu vergewissern, ob der Schuldner wirklich leistungsfähig und -willig ist. Denn wenn der Verkäufer noch während des Insolvenzverfahrens das Rücktrittsrecht des § 326 BGB erlangt und ausübt, kann er, falls der Verwalter die betreffende Ware schon veräußert hat, nach §§ 989, 347 Satz 1, 327 Satz 1 BGB Schadensersatz verlangen. Analog § 55 I Nr. 3 InsO müßte der Verwalter diesen Anspruch, dessen Grundlage (§ 347 Satz 1 BGB) sich trotz ihrer systematischen Stellung unter dem Titel »Rücktritt« als eine die §§ 818 IV, 819, 820 BGB²⁹¹ erweiternde Vorschrift über die (verschärfte) Haftung für die Herausgabe einer rechtsgrundlos gewordenen Bereicherung begreifen läßt²⁹², als Masseverbindlichkeit erfüllen²⁹³. **7.104**

287 STAUDINGER/LORENZ, 1999, BGB¹⁴ § 813 Rn. 6 m. w. N.

288 A. M. HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 434 f. (vgl. dazu o. Rn. 5.80 Fn. 262, Rn. 5.97 a. E., Rn. 7.97 Fn. 262) und die übrigen in Fn. 240 (zu Rn. 7.92) genannten Autoren.

289 A. M. HENCKEL a. a. O.

290 Man denke z. B. an den Fall des Nachlaßinsolvenzverfahrens: Der Erbe kann durchaus daran interessiert sein, mit dem Vertragspartner (Verkäufer) des Erblassers ins Geschäft zu kommen und dafür durch Zahlung des Kaufpreises aus dem (freien) Eigenvermögen günstigere »klimatische« Voraussetzungen zu schaffen. Vgl. auch o. Rn. 2.87 sowie § 27 HGB.

291 Daß § 59 I Nr. 4 KO bzw. § 55 I Nr. 3 InsO auch für etwaige *Folgeansprüche* aus §§ 818 IV – 820 BGB gilt, ist allgemein anerkannt (KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 59 Anm. 6 b; JAEGER/LENT KO⁸ § 59 Rn. 12; wohl auch N/R/ANDRES InsO § 55 Rn. 125).

292 Vgl. § 812 I 2 BGB. Die alte Streitfrage, ob der Rücktritt den Vertrag völlig vernichtet oder nur ex nunc umgestaltet (vgl. STAUDINGER/KAISER, 1995, BGB¹³ Vorbem. 53 zu §§ 346 ff.), kann in diesem Zusammenhang unentschieden bleiben. Denn daß der Rücktritt den bereits erbrachten Leistungen den Rechtsgrund entzieht, folgt schon daraus, daß § 346 BGB den Empfänger zur Rückgewähr verpflichtet und § 327 Satz 2 BGB für den dort vorausgesetzten Fall bestimmt, daß der Rücktrittsgegner »nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung« haftet.

293 Zwar könnte man auf den Gedanken kommen, aus dem Umstand, daß § 55 I Nr. 3 InsO von Verbindlichkeiten »aus einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse« spricht, den Schluß zu ziehen, daß diese Bestimmung einer analogen Anwendung auf Rückgewähransprüche aus §§ 346 ff. BGB nur insoweit zugänglich sei, wie diese Ansprüche sich im Rahmen dessen halten, was die §§ 812 ff. BGB einem Bereicherungsschuldner zumuten

- 7.105** Solange der Insolvenzverwalter nicht wirklich sicher sein kann, daß der Schuldner dem Verkäufer keinen Rücktrittsgrund liefern wird, sollte er also von einer Weiterveräußerung der Kaufsache Abstand nehmen und sich mit den Vorteilen begnügen, die der Masse durch die bloße Nutzung der Sache erwachsen können (man denke an die kurzfristige Vermietung einer Ferienwohnung). Vielleicht wird er dem Verkäufer die Sache auch wegen der Gefahr, von ihm im Falle des Rücktritts gem. §§ 347 Satz 2, 987 II BGB auf Vergütung nicht (!) gezogener Nutzungen in Anspruch genommen zu werden, freiwillig zurückgeben. Dies alles ändert aber nichts daran, daß durchaus Fälle denkbar sind²⁹⁴, in denen der Schuldner in der Lage und willens ist, den Kaufpreis noch während des Insolvenzverfahrens vollständig zu bezahlen (wodurch er trotz § 55 I Nr. 3 InsO keinen Ersatzanspruch gegen die Masse erwürbe²⁹⁵), und daß es deshalb zu weit ginge, den Insolvenzverwalter *immer* schon dann als zur Rückübereignung der erst während des Verfahrens rechtswirksam in die Masse gelangten Sache verpflichtet anzusehen, wenn er die Zahlung des noch offenen Kaufpreises abgelehnt hat.
- 7.106** Die Gegenansicht²⁹⁶ beruht auf der unausgesprochenen Prämisse, daß ein Verkäufer, der seine *Leistungshandlungen* (im Beispiel²⁹⁷ die Auflassung des Grundstücks) so spät erbringt, daß der *Leistungserfolg* (im Beispiel der – vielleicht erst vom Käufer beantragte – grundbuchmäßige Vollzug der beabsichtigten Übereignung) erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintritt, mehr Schutz verdiene als jemand, der die seinerseits erforderlichen *Leistungshandlungen* so zeitig vornimmt, daß ihr Erfolg schon eintritt, *bevor* über das Vermögen des Empfängers ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Demgegenüber ist aber zu betonen, daß *beide* Verkäufer dadurch, daß sie vor Erhalt des Kaufpreises sämtliche ihrerseits erforderlichen *Leistungshandlungen* erbracht haben, ein vermeidbares²⁹⁸ Kreditrisiko eingegangen sind und deshalb nicht erwarten können, daß ihnen dieses Risiko

(im o. gebildeten Falle wäre das i. d. R. nur die Herausgabe des *Reinerlöses*; vgl. § 818 III, aber auch §§ 818 IV – 820 BGB). Dieser Gedanke wäre aber schon deshalb zu verwerfen, weil die Verfasser des § 59 I Nr. 4 KO (dem der § 55 I Nr. 3 InsO nachempfunden ist) unmöglich vorhersehen konnten, ob das BGB die Folgen des Rücktritts vom Vertrag in den §§ 812 ff. oder an anderer Stelle regeln würde. Denn die damaligen Rechte beruhten noch weitgehend auf der Vorstellung, daß ein begründeter Rücktritt den Vertrag in gleicher Weise auflöse wie der Eintritt einer bei Vertragsschluß vereinbarten Resolutivbedingung (vgl. MOTIVE zum BGB Bd. II S. 280 = MUGDAN Bd. II S. 156 – mit relativierenden Zusätzen), und selbst bei Beratung des BGB war noch beantragt worden, dem Rücktritt durch eine ausdrückliche Bestimmung die Wirkung beizulegen, »daß das durch den Vertrag begründete Schuldverhältniß *erlischt*« (PROTOKOLLE zum BGB Bd. II S. 788 = MUGDAN Bd. II S. 725 f.).

294 Vgl. Rn. 7.103 Fn. 290.

295 Vgl. o. Rn. 2.94 f.

296 Vgl. o. Rn. 7.92.

297 Vgl. Rn. 7.91 f.

298 Der Verkäufer hätte dem Käufer (über dessen Vermögen später das Insolvenzverfahren eröffnet wird) die zur Eigentumsumschreibung erforderlichen Unterlagen erst nach Zahlung des Kaufpreises verschaffen und ihn bis dahin nur durch eine Vormerkung sichern sollen; vgl. §§ 883 ff. BGB, § 24 KO, §§ 26 I, 50 IV VerfIO, § 106 InsO.

gerade dann wieder abgenommen wird, wenn sich der Krisenfall durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Käufers manifestiert.

Es besteht also kein Grund, den Verkäufer im ersten Fall, in dem das Eigentum erst während des Verfahrens in die Masse gelangt ist, zu privilegieren, indem man ihm auch dann einen Rückgewähranspruch gegen den (die Kaufpreiszahlung verweigernden) Insolvenzverwalter gewährt, wenn auf seiten des Schuldners eine Leistungsstörung i. S. der §§ 275 II, 323 III, 325 ff. BGB noch gar nicht vorliegt. **7.107**

Dem Umstand, daß die *übrigen* Gläubiger im ersten Fall *weniger* schutzwürdig sind als im zweiten (denn im ersten befand sich das Grundstück zu der Zeit, als sie Kredit gaben, noch nicht im Buchbesitz des Schuldners²⁹⁹), ist schon dadurch hinreichend Rechnung getragen, daß ein etwaiger Rückgewähranspruch des Verkäufers im zweiten Fall analog § 55 I Nr. 3 InsO als Masseverbindlichkeit zu erfüllen wäre, während ein Anspruch auf Rückgewähr eines schon *vor* Verfahrenseröffnung in das Eigentum des Schuldners gelangten Gegenstandes zwar nicht völlig ausgeschlossen (str.)³⁰⁰, aber den für Insolvenzforderungen geltenden Beschränkungen unterworfen würde³⁰¹. **7.108**

Der Insolvenzmasse im ersten Fall nicht nur *diesen* Schutz zu versagen, sondern ihr darüber hinaus immer schon dann, wenn der Verwalter die Zahlung des Kaufpreises ablehnt, eine materiellrechtliche Herausgabepflicht *im Rang einer »Masseverbindlichkeit«* aufzuerlegen, hieße den übrigen Gläubigern ein schon vom Insolvenzverfahren erfaßtes³⁰² Haftungsobjekt zu entziehen, auf welches sie ohne weiteres im Wege der Einzelzwangsvollstreckung zugreifen könnten, wenn das Insolvenzverfahren (z. B. mangels kostendeckender Masse) nicht eröffnet worden wäre: denn immerhin hat der Verkäufer sein Eigentum ja nun verloren. **7.109**

3. Die Rückforderung der »Gegenleistung« in den Fällen der §§ 81, 129 ff. InsO

Von dem bei Rn. 7.91 ff. entwickelten Grundsatz, daß auch eine erst *während* des Insolvenzverfahrens in das (von diesem erfaßte) Vermögen des Schuldners übergegangene Leistung des Vertragspartners des rechtlichen Grundes (§ 812 BGB) im Verhältnis zur Masse *nicht* entbehrt, solange auch der Schuldner selbst nicht rückgewährpflichtig wäre, macht das Gesetz drei Ausnahmen. **7.110**

299 Vgl. zu diesem Gesichtspunkt die MOTIVE der KO S. 90, 164 = HAHN Bd. IV S. 105, 165 und o. Rn. 7.73 nach Fn. 200.

300 Vgl. o. Rn. 7.3 ff.

301 Vgl. o. Rn. 7.9, 7.12, 7.17 ff., 7.27 f.

302 Gem. § 35 InsO erfaßt das Insolvenzverfahren auch solches Vermögen, das der Schuldner erst *während* des Verfahrens erlangt. Aber auch unter der Geltung des § 1 I KO nahm man hier wohl keinen »konkursfreien Neuerwerb« an, da ja wenigstens der *Anspruch* auf die erst nach Verfahrenseröffnung erbrachte Leistung von Anfang an zur Masse gehörte.

- 7.111** Die erste Ausnahme hängt zusammen mit dem bereits bei der Aufstellung der Regel berücksichtigten³⁰³ § 44 I KO und ist für Insolvenzverfahren, die nach dem 31. 12. 1998 beantragt werden, nicht mehr von Bedeutung³⁰⁴.
- 7.112** Zwei weitere Ausnahmen ergeben sich aus den sogleich abzuhandelnden §§ 81, 129 ff. InsO.

a) § 81 I 3 InsO

- 7.113** Für den Fall, daß der Schuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über einen Gegenstand der Insolvenzmasse verfügt und diese Verfügung gem. § 81 I 1 InsO unwirksam ist, bestimmt § 81 I 3 InsO:

Dem anderen Teil ist die Gegenleistung aus der Insolvenzmasse zurückzugewähren, soweit die Masse durch sie bereichert ist.

Diese Vorschrift entspricht dem bisherigen § 7 II KO. Für den Fall, daß der Schuldner schon vor Verfahrenseröffnung rechtswirksam ein Grundstück gekauft (§§ 433, 313 BGB), dieses erst während des Verfahrens mit Mitteln der Masse bezahlt und anschließend³⁰⁵ übereignet erhalten hat, ergibt sich aus § 81 I 3 InsO, daß der Verkäufer zumindest dann, wenn der Insolvenzverwalter die Zahlung des Schuldners als nach § 81 I 1 InsO unwirksam tatsächlich zurückfordert, seinerseits als Massegläubiger nach §§ 81 I 3, 55 I Nr. 3 InsO das Grundstück zurückverlangen kann.

- 7.114** I. d. R. liegt in der Erklärung des Insolvenzverwalters, daß er den vom Schuldner erst nach Verfahrenseröffnung mit Mitteln der Masse gezahlten Kaufpreis zurückverlange, zugleich die Erklärung, den Vertrag nicht nach §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO als Masseverbindlichkeit erfüllen zu wollen. Dennoch folgt aus § 81 I 3 InsO nicht etwa ein (bisher unerkannt gebliebenes) Argument für die bei Rn. 7.91 ff. abgelehnte h. M., daß der Vertragspartner in *allen* Fällen, in denen der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehne, selbst dann Anspruch auf Rückgabe seiner erst *während* des Verfahrens in die Masse gelangten Leistung habe, wenn auf seiten des im Insolvenzverfahren befindlichen Schuldners eine Leistungsstörung i. S. der §§ 275 II, 323, 325 f. BGB nicht vorliege. Denn § 81 I 3 InsO ist eine Sonderbestimmung mit engem Anwendungsbereich und begrenztem Zweck. Nur diejenigen Vorteile soll der »andere Teil« (§ 81 I 3 InsO) der Insolvenzmasse wieder entziehen können, die diese infolge einer ihr gegenüber unwirksam gebliebenen Verfügung des Schuldners erlangt hat. Die MOTIVE³⁰⁶ erläutern die Rechtsfolge des dem späteren § 81 I 3 InsO entsprechenden § 7 II KO dahingehend, daß »der andere Theil aus der Masse dasjenige, aber auch *nur* dasjenige zu fordern

303 Vgl. o. Rn. 7.99.

304 Vgl. o. Rn. 7.85 f.

305 Dazu sogleich Rn. 7.114 ff.

306 MOTIVE zur KO S. 38 = HAHN Bd. IV S. 63 (Hervorhebungen nicht im Original).

berechtigt ist, was *durch das nichtige Geschäft* (an anderer Stelle³⁰⁷ heißt es: *zufolge der unwirksamen Rechtshandlung*) in dieselbe gekommen ist«. In dem bei Rn. 7.113 gebildeten Grundstücksfall, bei dem sich nicht schon der (*vor* Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossene!) Kaufvertrag, sondern nur die während des Verfahrens mit Mitteln der Masse erfolgte *Kaufpreiszahlung* als nach § 81 I 1 InsO unwirksam erweist, bekommt der Verkäufer das Grundstück nach dieser Auslegung des § 7 II KO (§ 81 I 3 InsO) also nicht schon deshalb zurück, weil es erst nach Verfahrenseröffnung in die Masse gelangt ist und der Verwalter den vom Schuldner auf Kosten der Masse gezahlten Kaufpreis zurückfordert, sondern deshalb, weil außer diesen beiden (notwendigen³⁰⁸, aber nicht hinreichenden) Voraussetzungen noch eine dritte erfüllt ist, die darin besteht, daß er – der Verkäufer – das Eigentum an dem Grundstück erst *nach* (oder jedenfalls nur *Zug um Zug gegen*) Empfang des vom Insolvenzverwalter nun zurückverlangten Geldbetrages aufgegeben und durch dieses Verhalten Grund zu der Annahme gegeben hat, daß das Eigentum wahrscheinlich nicht in die Insolvenzmasse gelangt wäre, wenn der Schuldner die nach § 81 I 1 InsO unwirksame Zahlung (oder Teilzahlung) nicht erbracht hätte.

Die hier vertretene Auslegung muß mit dem Einwand rechnen, daß eine Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf dasjenige, was »durch das nichtige Geschäft« bzw. »zufolge« der nach § 81 I 1 InsO unwirksamen Verfügung des Schuldners in die Masse gelangt ist, die Anspruchsgrundlage des § 81 I 3 InsO durch Hereinnahme eines aus dem Begriff »Gegenleistung« nicht ableitbaren Kausalitätserfordernisses unzulässig verenge. Dieser Einwand wäre unberechtigt. Denn in Wirklichkeit stellt die hier vertretene Auffassung einen notwendigen Kompromiß dar zwischen dem, was § 81 I 3 InsO tatsächlich bewirken soll, und dem, was aus dieser Bestimmung bei einer hemmungslosen Ausschöpfung ihres Wortlauts – insbesondere des weiten Begriffs »Gegenleistung« – herausgelesen werden könnte. Das Anliegen des Gesetzgebers wird in den MOTIVEN des § 7 II KO (dem § 81 I 3 InsO nachgebildet ist) wie folgt umschrieben³⁰⁹:

»Aus der Nichtigkeit des von dem Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtsgeschäfts folgt von selbst, ohne daß das Gesetz . . . dies ausdrücklich auszusprechen brauchte, das Recht des Verwalters, alles das, was der Gemeinschuldner *in Folge eines solchen Geschäfts geleistet* und der Masse entzogen hat, für die Konkursgläubiger zurückzufordern . . .« Der Anspruch des Gegners »auf Herausgabe oder Gewähr der von ihm an den Gemeinschuldner gemachten Gegenleistung« bestimme sich »nach den Regeln des Civilrechts über Rückgewähr des aus einem nichtigen Rechtsgeschäft Empfangenen«. Die Konkursordnung habe »sich auf den Satz zu beschränken, daß der andere Theil aus der Masse dasjenige, aber auch nur dasjenige zu fordern berechtigt ist, was durch das nichtige Geschäft in dieselbe gekommen ist. Die Masse soll durch das nichtige Geschäft weder bereichert noch verringert werden können«.

307 MOTIVE zur KO S. 246 = HAHN Bd. IV S. 232 (zum späteren § 59 I Nr. 4 KO / § 55 I Nr. 3 InsO; Hervorhebungen nicht im Original).

308 Zu der zweiten Voraussetzung vgl. u. Rn. 7.119.

309 MOTIVE zur KO S. 38 = HAHN Bd. IV S. 63 (Hervorhebungen nicht im Original).

7.116 An dieser Begründung des § 7 II KO fällt auf, daß ihre Verfasser anscheinend nur an solche Fälle dachten, in denen der Gemeinschuldner auch den *schuldrechtlichen* Vertrag erst nach Konkurseröffnung geschlossen hat. Um sicherzustellen, daß die erst nach Verfahrenseröffnung geschlossenen schuldrechtlichen Verträge nicht für und gegen die Masse wirken, bedurfte es in Wirklichkeit aber überhaupt nicht des – durch § 7 II KO nur ergänzten – § 7 I KO (wenngleich dessen im Vergleich zu § 81 I 1 InsO weitere Fassung³¹⁰ auch *Verpflichtungsgeschäfte* zu erfassen vermochte), sondern nur einer konsequenten Anwendung der beiden Grundsätze, daß – erstens – ein nach Verfahrenseröffnung erfolgter »Neuerwerb« des Schuldners (hier: der schuldrechtliche Anspruch gegen den Vertragspartner) nach damaligem Recht »konkursfrei« war (anders jetzt § 35 InsO!³¹¹) und daß – zweitens – die durch denselben Vertrag begründete »Neuverpflichtung« des Schuldners schon deshalb nicht zu Lasten der Konkursmasse wirken konnte, weil § 31 KO (§ 38 InsO) diese ausdrücklich zugunsten derjenigen »persönlichen« Gläubiger reserviert, deren Forderungen bereits zur Zeit der Verfahrenseröffnung begründet waren. Möglicherweise läßt sich die Betrachtungsweise der MOTIVE jedoch damit erklären, daß ihre Urheber noch sehr unter dem Eindruck derjenigen der damals in Deutschland herrschenden Rechtssysteme standen, die zwischen bloß verpflichtenden Schuldverträgen und »dinglich« wirkenden Verfügungsgeschäften nicht streng trennten und z. B. das Eigentum an einer Speziessache schon unmittelbar mit dem Abschluß des (nach unserem BGB nur verpflichtend wirkenden) Kaufvertrages übergehen ließen³¹². Wie dem auch sei: Fest steht jedenfalls, daß § 7 II KO als Folgevorschrift zu § 7 I KO auf diejenigen Fälle gemünzt war, in denen auch das *Kausalgeschäft* erst während des Konkurses geschlossen und deshalb – nach damaligem Verständnis³¹³ wegen § 7 I HS. 1 KO – »den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam« war. Dies erklärt die Selbstverständlichkeit, mit der die MOTIVE³¹⁴ hinsichtlich des Anspruchs des anderen Teils »auf Herausgabe oder Gewähr der von ihm an den Gemeinschuldner gemachten Gegenleistung« auf die »Regeln des Civilrechts über Rückgewähr des aus einem nichtigen Rechtsgeschäft Empfangenen« verweisen und mit der § 7 II KO sein aus den MOTIVEN³¹⁵ ersichtliches Anliegen, daß »der andere Theil aus der Masse dasjenige, aber auch *nur* dasjenige zu fordern berechtigt« sein solle, »was *durch das nichtige Geschäft* in dieselbe gekommen ist«, dahingehend formuliert, daß dem anderen Teil »die Gegenleistung« aus der Masse zurückzugewähren sei, »soweit letztere durch dieselbe bereichert ist«. Denn wenn bereits das *Grundgeschäft* weder gegen³¹⁶ noch

310 Vgl. o. Rn. 5.131 ff.

311 Abweichend vom bisherigen § 1 I KO schlägt § 35 InsO auch solches Vermögen der Insolvenzmasse zu, das der Schuldner erst *während* des Verfahrens erwirbt. Dies führt u. a. zu der bei Rn. 7.118 (mit Fn. 330) dargestellten Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO.

312 Dazu schon o. Rn. 2.54 mit Fn. 104 und Rn. 7.73.

313 Zum *neuen* Insolvenzrecht vgl. die Hinweise bei Fn. 310 f. und u. Rn. 7.118 bei Fn. 329 f.

314 Vgl. soeben bei Rn. 7.115.

315 Vgl. soeben bei Rn. 7.115.

316 Arg. §§ 7 I HS. 1, 3 I KO, 38 InsO (vgl. den obigen Text nach Fn. 311).

für³¹⁷ die Masse wirkt, dann verstehen sich sowohl der Bereicherungsanspruch des »anderen Theils« als auch die Kausalität zwischen dem »nichtigen Geschäft« und den auf seiner Grundlage erbrachten Leistungen von selbst.

Sobald man § 7 II KO (§ 81 I 3 InsO) aber auch auf solche Fälle anwendet, in denen sich nur eine auf Vertragserfüllung abzielende »Verfügung« (§ 81 I 1 InsO) des Schuldners als der Insolvenzmasse gegenüber unwirksam erweist (während die berechtigenden Wirkungen des zugrundeliegenden Kausalgeschäfts auch der Masse zugute kommen³¹⁸), darf die Rechtsgrundlosigkeit der in die Masse gelangten Gegenleistung nicht mehr ohne weiteres unterstellt, sondern grundsätzlich erst dann bejaht werden, wenn der Rechtsgrund *auch im Verhältnis zum Insolvenzschuldner* weggefallen ist³¹⁹. Solange diese Voraussetzung nicht erfüllt ist³²⁰, darf dem Leistenden aufgrund des § 7 II KO (§ 81 I 3 InsO) nur insoweit zu einem Bereicherungsanspruch gegen die Masse verholfen werden, wie das dieser Bestimmung zugrundeliegende Prinzip, daß »die Masse ... durch das nichtige Geschäft weder bereichert noch verringert werden können« soll³²¹, eine Rückgewähr auch in den (bei der Schaffung des § 7 II KO nicht bedachten) Fällen verlangt, in denen die berechtigenden Elemente des schuldrechtlichen Geschäfts *vollwirksam* in die Insolvenzmasse gelangt sind³²². Als das »nichtige Geschäft«, durch welches die Masse »weder bereichert noch verringert werden« dürfe, kommt in diesen Fällen nur noch das Erfüllungsgeschäft, also eine von § 7 I HS. 1 KO (§ 81 I 1 InsO) erfaßte *Verfügung* des Schuldners in Betracht. Voraussetzung für einen Rückgewähranspruch des Vertragspartners aus § 7 II KO (§ 81 I 3 InsO) ist dann (solange der den Rechtsgrund³²³ der zurückverlangten Gegenleistung bildende schuldrechtliche Vertrag noch fortbesteht³²⁴), daß die unwirksame *Verfügung* des Schuldners kausal dafür gewesen ist, daß der Vertragspartner seine jetzt zurückverlangte Gegenleistung überhaupt schon erbracht hat (z. B. in der irrigen Annahme, daß der Wirksamkeit der Verfügung nichts entgegenstehe).

Im Schrifttum scheint die hier vertretene teleologische Reduktion bisher nicht ernstlich erwogen worden zu sein³²⁵ (zustimmend jedoch JAEGER/HENCKEL

317 Die Wirkung »für« die Masse fehlt freilich nur nach bisherigem, nicht auch nach neuem Insolvenzrecht! Vgl. soeben Fn. 311.

318 Was nach *neuem* Insolvenzrecht nicht mehr zwingend voraussetzt, daß der Vertrag bereits vor Verfahrenseröffnung geschlossen wurde! Vgl. soeben Rn. 7.116 mit Fn. 311.

319 Vgl. o. Rn. 7.91 ff., 7.110.

320 Etwa weil auf Seiten des Insolvenzschuldners noch keine Leistungsstörung i. S. der §§ 275 II, 323, 325 f. BGB eingetreten ist; vgl. auch o. Rn. 7.91 ff., 7.97 ff.

321 Vgl. die bei Rn. 7.115 wiedergegebene Passage der MOTIVE.

322 Was nach *neuem* Insolvenzrecht nicht mehr zwingend voraussetzt, daß der schuldrechtliche Vertrag schon vor Verfahrenseröffnung geschlossen wurde! Vgl. o. Rn. 7.116 mit Fn. 311.

323 Vgl. § 812 BGB.

324 Wie lange das der Fall ist, richtet sich nicht nach § 7 II KO bzw. § 81 I 3 InsO, sondern nach bürgerlichem Recht. Vgl. zu den hier in Betracht kommenden Rechtsvorschriften o. Rn. 7.97 ff.

325 Tendenziell sogar *noch strenger* müßten aber wohl diejenigen Autoren urteilen, die den vergleichbaren § 38 Satz 1 KO (§ 144 II 1 InsO) für unanwendbar erklären, wenn der

KO⁹ § 38 Rn. 5). Der Fall, daß der Schuldner den verpflichtenden Vertrag schon vor der Verfahrenseröffnung geschlossen hat und nur die Erfüllung erst während des Verfahrens in nach § 7 I KO (§ 81 I 1 InsO) unwirksamer Weise vornimmt, wird in den Kommentierungen des § 7 II KO und des § 81 I 3 InsO nicht ausdrücklich erwähnt. Auch der Hinweis von JAEGER, LENT und HENCKEL, daß die §§ 17, 26 KO nicht anwendbar seien³²⁶, bezieht sich ersichtlich nur auf Fälle, in denen der Schuldner auch den *verpflichtenden* Vertrag erst während des Verfahrens geschlossen hat: Nur in diesen Fällen trifft es zu, daß die Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche des anderen Teils durch § 3 I KO (§ 38 InsO) von der Verfahrensteilnahme ausgeschlossen sind und der Erfüllungsanspruch des Gemeinschuldners als »Neuerwerb« konkursfrei³²⁷ und deshalb nicht mit dem in § 17 I KO vorausgesetzten³²⁸ Einziehungsrecht des Konkursverwalters belastet ist. Erfolgte der Vertragschluß hingegen schon vor der Verfahrenseröffnung und war der Vertrag zu diesem Zeitpunkt beiderseits noch nicht vollständig erfüllt, so ist § 17 KO (§ 103 InsO) zweifelsfrei anwendbar. (Nach *neuem* Insolvenzrecht, das Neuerwerb des Schuldners abweichend vom bisherigen § 1 I KO nicht mehr »konkursfrei« läßt³²⁹, muß der dem bisherigen § 17 KO entsprechende § 103 InsO aber auch auf *nach* Verfahrenseröffnung geschlossene Verträge des Schuldners – analog – angewandt werden³³⁰.) Wie bereits bei Rn. 7.93 f. dargelegt, gilt dies auch, wenn der Vertragspartner seine Leistung in Unkenntnis des bereits eröffneten Insolvenzverfahrens noch vollständig erbringt und der Insolvenzverwalter auf das Recht, den Vertrag gem. § 103 I InsO anstelle des Schuldners zu erfüllen, angewiesen ist, um einen bürgerlichrechtlichen Rückgewähranspruch des Vertragspartners abwenden zu können. Desgleichen muß der Insolvenzverwalter aber auch dann nach § 103 I

Schuldner sowohl das Kausal- als auch das Erfüllungsgeschäft vor der Verfahrenseröffnung geschlossen und der Verwalter *nur das letztere* »als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam« (§ 29 KO; vgl. aber auch Rn. 7.120 Fn. 334) angefochten hat. Vgl. so gleich Rn. 7.125 mit Fn. 349.

326 JAEGER⁶⁷ und JAEGER/LENT⁸ KO § 7 Rn. 19; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 7 Rn. 47.

327 Vgl. o. Rn. 7.116 mit Fn. 311.

328 Vgl. o. Rn. 4.10 ff.

329 Vgl. § 35 InsO und o. Rn. 7.116 mit Fn. 311.

330 Denn als *massezugehöriger* Neuerwerb (§ 35 InsO) unterliegen die Ansprüche, die dem Schuldner aus solchen Verträgen erwachsen, *schon nach § 80 I InsO* der »Forderungszuständigkeit« (Rn. 4.10 ff.) des Insolvenzverwalters. Es ist selbstverständlich, daß der Insolvenzverwalter bei der Ausübung dieser Forderungszuständigkeit nicht freier gestellt sein darf, als er stünde, wenn der zugrundeliegende Vertrag bereits vor Verfahrenseröffnung geschlossen worden wäre. Da § 103 InsO im letztgenannten Fall *unmittelbar* anwendbar ist, muß er im übrigen *analog* angewandt werden. Eine Ausnahme ist jedoch bezüglich § 103 II 1 InsO zu machen. Denn mit Ansprüchen aus erst *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossenen Verträgen ist der Vertragspartner *niemals* Insolvenzgläubiger (arg. § 38 InsO), sondern von der Verfahrensteilnahme *völlig* ausgeschlossen. Im übrigen ist jedoch nicht nur § 103 InsO (analog) anwendbar, sondern auch § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO. Der Vertragspartner wird also *Massegläubiger*, wenn und soweit der Insolvenzverwalter analog § 103 I InsO auch von ihm Vertragserfüllung verlangt. Vgl. zu diesen Fragen auch PECH, Die Einbeziehung des Neuerwerbs in die Insolvenzmasse, 1999, S. 91 ff., 100 ff., 129 ff., 143 ff.; HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 4 mit weiteren Einzelheiten.

InsO vorgehen können, wenn der Schuldner den Vertrag während des Verfahrens mit Mitteln der Insolvenzmasse vollständig (aber unwirksam gem. § 81 I 1 InsO) erfüllt und daraufhin³³¹ der Vertragspartner seinerseits vollständig leistet (z. B. durch Überweisung des Kaufpreises auf ein – nun zur Insolvenzmasse gehörendes – Konto des Schuldners): Gem. § 103 I InsO muß der Insolvenzverwalter berechtigt sein, die nach § 81 I 1 InsO unwirksame Verfügung des Schuldners mit der Folge des § 185 II 1 BGB zu genehmigen und dadurch den auf § 81 I 3 InsO beruhenden Anspruch des Vertragspartners auf Rückgabe der in die Masse gelangten Gegenleistung abzuwenden.

Aus den bei Rn. 7.54 ff. genannten Gründen sollte man den in § 81 I 3 InsO geregelten Rückgewähranspruch des Vertragspartners erst dann als begründet und fällig ansehen, wenn sich der Insolvenzverwalter auf die Unwirksamkeit der vom Schuldner vorgenommenen Verfügung beruft³³² oder die analog § 103 II 2 InsO an ihn gerichtete Anfrage, ob er die als Erfüllungshandlung gedachte Verfügung des Schuldners gegen die Masse gelten lassen wolle, nicht unverzüglich beantwortet. Daß § 81 I 3 InsO nicht analog dem früheren § 44 II KO ausdrücklich auf § 17 KO (§ 103 InsO) verweist, steht der hier vertretenen Lösung nicht entgegen, sondern bestätigt nur die schon bei Rn. 7.116 näher begründete Vermutung, daß die Verfasser des § 7 II KO (§ 81 I 3 InsO) an die Möglichkeit, daß der die Grundlage (§ 812 BGB) des Leistungsaustauschs bildende schuldrechtliche Vertrag noch wirksam und damit Gegenstand des Insolvenzverwalterwahlrechts sein könnte, überhaupt nicht gedacht hatten. **7.119**

b) § 144 II InsO

Dem soeben erörterten § 81 I 3 InsO (vormals § 7 II KO) ähnelt der § 144 II InsO (vormals § 38 KO). Beide Bestimmungen regeln das Schicksal einer »Gegenleistung«, die infolge einer Rechtshandlung des Schuldners³³³, die aus insolvenzrechtlichen Gründen »unwirksam« ist (oder jedenfalls zugunsten der Insolvenzmasse rückgängig gemacht werden muß³³⁴), in die Masse gelangt ist. Ein Unter- **7.120**

331 Vgl. o. Rn. 7.114 ff.

332 So wohl auch ENDEMANN S. 121 f.

333 Im Fall des § 144 II InsO kann es sich u. U. auch um die Rechtshandlung einer *anderen* Person handeln. Vgl. z. B. §§ 130, 131, 141 InsO.

334 So die weder den Willen des KO-Gesetzgebers (vgl. Rn. 7.122) noch den Wortlaut des § 29 KO (»als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam«) respektierende sog. *schuldrechtliche* Theorie. Diese steht auf dem Standpunkt, daß »die Anfechtung nach Konkursrecht ... nicht die Ausübung eines Gestaltungsrechts, sondern lediglich die Geltendmachung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Rückgewähr« sei (BGH NJW 1962, 1200 ff. ad 2.; sachlich übereinstimmend BGHZ 22, 128, 134; 59, 353, 356; 106, 127, 129; BGH BB 1970, 730, 731 ad 1.; BGH LM EGÜbK Nr. 27 = NJW 1990, 990 ff. = ZIP 1990, 246 ff. [LS 2 und Abschnitt II 2 b der Urteilsgründe]; BGHZ 135, 140, 147 ff. = JR 1998, 28 ff. m. Anm. MAROTZKE). Zutreffend ist diese »herrschende« Auslegung der §§ 29, 37 KO jedoch nicht (vgl. MAROTZKE KTS 1987, 1 ff., 569 ff.; vermittelnd W. GERHARDT, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung [besonders S. 231 ff.]; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 37 Rn. 1 ff., 14 f.; HK-InsO/KREFT² § 129 Rn. 65 ff., 68 ff.). Dennoch hat der Re-

schied besteht nur insofern, als die vorausgesetzte Rechtshandlung im ersten Fall schon deshalb »unwirksam« ist, weil es sich um eine erst *nach* Verfahrenseröffnung vorgenommene »Verfügung« des Schuldners über einen Massegegenstand handelt (§ 81 I 1 InsO), während sie im zweiten Fall zwar *vor* der Verfahrenseröffnung vorgenommen, jedoch später vom Insolvenzverwalter gem. §§ 129 ff. InsO (vormals §§ 29 ff. KO) angefochten worden ist.

7.121 Für den letztgenannten Fall bestimmt § 144 II InsO in enger Anlehnung an den bisherigen § 38 KO:

Eine Gegenleistung ist aus der Insolvenzmasse zu erstatten, soweit sie in dieser noch unterscheidbar vorhanden ist oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist. Darüber hinaus kann der Empfänger der anfechtbaren Leistung die Forderung auf Rückgewähr der Gegenleistung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.

7.122 Die MOTIVE des § 38 KO (dem der § 144 II InsO nachgebildet ist) führen aus³³⁵:

»Wird das angefochtene Rechtsgeschäft als wirkungslos gegen die Gläubiger erklärt, so folgt daraus zweierlei:

1. Befindet sich eine Gegenleistung des Gegners unterscheidbar in der Konkursmasse, so würde nach den §§ 35 ff. (später §§ 43 ff. KO, jetzt §§ 47 f. InsO) ein Anspruch auf Rückforderung der »fremden« Sache, und wenn die Sache verkauft sein sollte, nach § 38 (später § 46 KO, jetzt § 48 InsO) ein Anspruch auf den ausstehenden Erlös oder auf Herausgabe des nach der Konkursöffnung zur Masse eingezogenen Erlöses begründet, und ebenso würde ein Masseanspruch nach § 52 Nr. 3 (später § 59 I Nr. 4 KO, jetzt § 55 I Nr. 3 InsO) begründet sein, wenn sonst die Gegenleistung erst nach der Konkursöffnung zur Konkursmasse erfolgt sein sollte. Sache und Erlös müssen, wie diese letztere, vollständig herausgegeben werden; denn ohne Rechtsgrund sind sie in die Konkursmasse selbst gelangt.

2. Befindet oder befand die Gegenleistung sich nicht in specie in der Konkursmasse, so kann von einer Erstattung ihres Wertes aus derselben als Masseschuld nicht die Rede sein . . . (wird ausführlich begründet)«.

7.123 Die Ausführungen zu 1. sind alles andere als selbstverständlich. Zum Widerspruch reizt schon der Satz, daß der Anfechtungsgegner nach den §§ 43 ff. KO (§§ 47 f. InsO) berechtigt sei, seine bereits erbrachte und jetzt in der Insolvenzmasse befindliche Leistung als Aussonderungsgläubiger zurückzuverlangen: Das kann doch wohl nur richtig sein, wenn der Anfechtungsgegner sein Eigentum am Leistungsgegenstand ohnehin noch nicht verloren hatte oder wenn er den vindikationsähnlichen Schutz des – nicht in die InsO übernommenen³³⁶ – § 44 I KO³³⁷ genießt! Die das Aussonderungsrecht des Anfechtungsgegners nicht nur für derartige Sonderfälle, sondern ganz pauschal bejahende Auffassung der MOTIVE dürfte auf den stillschweigenden zwei Unterstellungen beruhen, daß – erstens –

formgesetzgeber es unterlassen, die Worte »als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam« (§ 29 KO) ins neue Insolvenzrecht (§ 129 InsO) zu übernehmen. Das war ein rechtspolitischer Fehler (vgl. MAROTZKE ZfG 1989, 138, 140 ff.). S. auch Rn. 11.6 Fn. 9.

335 MOTIVE zur KO S. 149 = HAHN Bd. IV S. 152 f. (erläuternde Einschübe von mir).

336 Vgl. o. Rn. 7.84 ff.

337 Dazu o. Rn. 7.50 ff., 7.68 ff.

der Konkursverwalter nicht nur die »dingliche«, sondern auch die »schuldrechtliche« Seite des Geschäfts »als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam« (§ 29 KO)³³⁸ anfecht und daß – zweitens – die (in den Anfechtungsvorschriften der *InsO* aber leider³³⁹ nicht mehr ausdrücklich erwähnte) »Unwirksamkeit« der schuldrechtlichen Seite ohne weiteres auf die beiderseits getätigten Erfüllungsgeschäfte (und damit auch auf die Leistung des Anfechtungsgegners!) durchschlägt.

Die letztere Annahme hat sich mit Inkrafttreten des BGB (und seines Abstraktionsprinzips) überlebt. Mit Recht wird heute allgemein anerkannt, daß dem Rückgewähranspruch des § 144 II 1 InsO in Fällen, in denen der Anfechtungsgegner sein Eigentum bereits aufgegeben hatte, keine Aussonderungskraft zukommt³⁴⁰. Dennoch hat die vom Gegenteil ausgehende Passage der MOTIVE auch heute noch einen gewissen Erkenntniswert, da sie – ebenso wie die wenig später fallende Bemerkung, daß die Gegenleistung des anderen Teils »ohne Rechtsgrund« erfolgt sei – den Schluß zuläßt, daß der Gesetzgeber nicht bloß bei § 7 II KO (§ 81 I 3 InsO), sondern auch bei § 38 Satz 1 KO (§ 144 II 1 InsO) nur an solche Fälle gedacht hat, in denen sich auch das *Kausalgeschäft* als »den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam« (§§ 7 I, 29 KO) erweist. Wie bei § 81 I 3 InsO³⁴¹ darf also auch bei § 144 II InsO nur in diesen Fällen *ohne* weiteres davon ausgegangen werden, daß die Gegenleistung des rechtlichen Grundes entbehrt.

Ficht der Insolvenzverwalter hingegen *nur das Erfüllungsgeschäft* des Schuldners gem. §§ 129 ff. InsO an (etwa weil er das *Kausalgeschäft* nicht anfechten kann³⁴² oder will³⁴³), so darf dem Gegner aufgrund des § 144 II 1 InsO nur insoweit zu einem Bereicherungsanspruch gegen die Masse verholfen werden, wie das in den MOTIVEN zu § 7 II KO ausgesprochene (und auf den rechtsähnlichen³⁴⁴ § 144 II

338 Vgl. aber o. Fn. 334.

339 Vgl. MAROTZKE ZfG 1989, 138, 140 ff.

340 KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 38 Anm. 2; JAEGER/LENT KO⁸ § 38 Rn. 1; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 38 Rn. 6; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 38 Rn. 2; SMID/ZEUNER InsO¹ § 144 Rn. 5; K/P/PAULUS InsO § 144 Rn. 6. Zu kritisieren ist allerdings, daß in diesem Zusammenhang mitunter so getan wird (vgl. z. B. JAEGER/LENT a. a. O.), als ob man sich den Weg zu dieser Erkenntnis von vornherein verbaue, wenn man sich zu der durch § 29 KO (anders jetzt § 129 InsO) nahegelegten Auffassung bekenne, daß eine angefochtene Rechtshandlung den Konkursgläubigern gegenüber »unwirksam« sei. Zuzugeben ist zwar, daß Vertreter der sog. »Dinglichkeitstheorie« eher dazu neigen, dem Anspruch aus § 38 Satz 1 KO bzw. § 144 II 1 InsO Aussonderungskraft zuzuschreiben (so etwa LENHARD ZfP 38 [1909] 165, 200 f.; nicht aber z. B. FITTING³ S. 227 mit Fn. 26). Ein *zwingender* Zusammenhang besteht aber schon deshalb nicht, weil § 29 KO die (relative) Unwirksamkeit nur auf die *angefochtene* Rechtshandlung bezieht, nicht also ohne weiteres auch auf die *Gegenleistung*.

341 Vgl. o. Rn. 7.116 f.

342 Vgl. die Beispiele bei KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 29 Rn. 8.

343 Z. B. weil er verhindern will, daß der Rechtsgrund einer vom Vertragspartner bereits erbrachten Leistung wegfällt, und dafür lieber in Kauf nimmt, daß dieser sich mit seiner vertraglichen Gegenforderung als Insolvenzgläubiger am Verfahren beteiligt.

344 Vgl. Rn. 7.120 und JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 38 Rn. 5.

InsO analog anwendbare) Prinzip, daß »die Masse . . . durch das nichtige Geschäft weder bereichert noch verringert werden« darf³⁴⁵, die Rückgewähr auch in Fällen verlangt, in denen sich nicht das schuldrechtliche Geschäft, sondern nur eine Erfüllungshandlung des Schuldners als »unwirksam« bzw. »wirksam angefochten« erweist. Der Vertragspartner kann also, falls ihm nicht schon nach den §§ 323 III, 325 ff. BGB ein Rückgewähranspruch zusteht³⁴⁶, nur dasjenige zurückverlangen, was er nicht schon vor, sondern erst nach (oder Zug um Zug gegen) Vornahme der »unwirksamen« oder zumindest »wirksam angefochtenen«³⁴⁷ Rechtshandlung des Schuldners geleistet hat³⁴⁸ (noch strenger die h. M.³⁴⁹). Seine vom Schuldner schon vor der Verfahrenseröffnung erfüllte und vom Verwalter nicht angefochtene schuldrechtliche Forderung tritt – i. d. R. als Insolvenzforderung³⁵⁰ – wieder in Kraft, wenn er das anfechtbar Empfangene zur Masse zurückgewährt (§ 144 I InsO). Ebenso müßte eigentlich auch die Gegenforderung, die dem Schuldner aus dem (nicht angefochtenen) schuldrechtlichen Vertrag erwachsen war, wieder aufleben, soweit der andere Teil die seinerseits erbrachte Leistung nach § 144 II 1 InsO zurückerhält. Die Frage ist aber praktisch wenig bedeutsam, da der Insolvenzverwalter infolge seiner auf Rückgängigmachung des Erfüllungsgeschäfts abzielenden Anfechtung das Recht verliert, auf »Erfüllung« des Vertrages zu bestehen³⁵¹.

7.126 In allen Fällen des § 144 II InsO ist zu beachten, daß der Anfechtungsgegner seinen etwaigen³⁵² Bereicherungsanspruch nur insoweit als Massegläubiger verfolgen kann, wie seine Gegenleistung in der Insolvenzmasse »noch unterscheidbar

345 Vgl. die bei Rn. 7.115 wiedergegebene Passage der MOTIVE.

346 Dazu o. Rn. 7.97 ff.

347 Bei Zug-um-Zug-Leistungen wird eine Anfechtung allerdings meist an § 142 InsO scheitern (zu pessimistisch aber wohl JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 38 Rn. 5; vgl. dazu auch u. Fn. 348 f.).

348 Die bei Rn. 7.115 ff. angeführte Begründung für diese Auffassung gilt nicht nur für § 7 II KO (§ 81 I 3 InsO), sondern auch für den rechtsähnlichen § 38 KO (§ 144 II InsO). Vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 38 Rn. 5, der in Fällen wie diesen freilich etwas zu großzügig zur Annahme eines unanfechtbaren Bargeschäfts (§ 142 InsO) neigt.

349 Diese geht davon aus, daß für den dem späteren § 144 II 1 InsO entsprechenden § 38 Satz 1 KO »kein Raum« sei, falls das Kausalgeschäft unanfechtbar sei und nur das Erfüllungsgeschäft angefochten werde. So z. B. JAEGER/LENT KO⁸ § 38 Rn. 6; vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 38 Rn. 2 ff.; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 38 Rn. 1; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzesetze, 1997, KO¹⁷ § 38 Anm. 1; PETERSEN/KLEINFELLER KO §§ 38, 39 Anm. 7 (S. 209 m. w. N. in Fn. 1); vgl. auch SMID/ZEUNER InsO¹ § 144 Rn. 2 und Rn. 4 Satz 1; K/P/PAULUS InsO § 144 Rn. 1, 5; N/R/NEHRlich InsO § 144 Rn. 3; HK-InsO/KREFT² § 144 Rn. 4; a. M. wohl COSACK S. 268 f., 284 f. und KORN S. 242 (die § 39 KO [§ 144 I InsO] für überflüssig halten, weil sich die dort ausgesprochene Rechtsfolge schon aus dem Grundgedanken des § 38 KO [§ 144 II InsO] ergebe; ebenso schon die MOTIVE zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung Bd. I S. 193 f.; zweifelnd die MOTIVE zur KO S. 150 = HAHN Bd. IV S. 154).

350 Vgl. § 3 I KO / § 38 InsO und MOTIVE zur KO S. 150 = HAHN Bd. IV S. 154. Ausnahmen sind aber denkbar; vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 39 Rn. 8, 14.

351 Vgl. sogleich Rn. 7.130.

352 Vgl. soeben Rn. 7.124 f.

vorhanden ist oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist« (Satz 1). »Darüber hinaus« kann der Anfechtungsgegner einen etwaigen Rückgewähranspruch³⁵³ »nur als Insolvenzgläubiger geltend machen« (Satz 2). Das entspricht im wesentlichen § 55 I Nr. 3 InsO, der Verbindlichkeiten aus einer »ungerechtfertigten Bereicherung der Masse« zu Masseverbindlichkeiten erklärt.

Allerdings will § 55 I Nr. 3 InsO mit der Formulierung »Bereicherung der *Masse*« **7.127** zum Ausdruck bringen, daß ein Bereicherungsanspruch nur dann als Masseverbindlichkeit verfolgt werden kann, wenn das Vermögen des Schuldners, »nachdem es für die Gläubiger zu einer Konkursmasse geworden, über den Umfang derselben durch fremdes Gut vermehrt worden ist«³⁵⁴. Dementsprechend wird in den MOTIVEN zum späteren § 59 I Nr. 4 KO (§ 55 I Nr. 3 InsO) ausdrücklich hervorgehoben: »Nicht Masseschuld, sondern Konkursforderung ist deshalb . . . der Entschädigungsanspruch aus der Anfechtung eines vor der Eröffnung mit dem Gemeinschuldner geschlossenen Vertrages, sofern nicht etwa die Gegenleistung des anderen Theils erst *nach* der Eröffnung zur Konkursmasse erfüllt ist (Entwurf § 31)«³⁵⁵. Auch die Begründung des dem späteren § 38 KO (§ 144 II InsO) entsprechenden § 31 des KO-Entwurfs erkennt an, daß die Annahme einer Masseschuld voraussetzt, daß »die Gegenleistung erst *nach* der Konkurseröffnung zur Konkursmasse erfolgt« ist³⁵⁶. *Trotzdem* ist dem Anfechtungsgegner die Gegenleistung nach dem Wortlaut des – insoweit dem § 38 Satz 1 KO entsprechenden – § 144 II 1 InsO schon dann »aus der Insolvenzmasse« zu erstatten, wenn sie »in dieser *noch* unterscheidbar *vorhanden ist*« oder wenn »die Masse um ihren Wert bereichert *ist*« (also nicht notwendig erst *nach Verfahrenseröffnung* bereichert worden ist). Anders als bei § 55 I Nr. 3 InsO soll es offenbar nicht schaden, wenn die herausverlangte Bereicherung schon *vor* Eröffnung des Insolvenzverfahrens in das die spätere Masse bildende Vermögen des Schuldners gekommen ist.

Dieser Auslegung des § 144 II 1 InsO hätten wohl auch die Verfasser der KO **7.128** zustimmen können. Denn diese gingen wie selbstverständlich davon aus, daß nicht nur die von der Anfechtung unmittelbar betroffene Rechtshandlung des Gemeinschuldners, sondern auch die mit ihr erlangte Gegenleistung als »den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam« (§ 29 KO) anzusehen sei und folglich einem Aussonderungsrecht des Anfechtungsgegners unterliege, welches sich in den Fällen des § 46 KO (§ 48 InsO) auch auf einen etwaigen Weiterveräußerungserlös

353 § 38 Satz 2 KO sprach zwar lediglich von einem »Anspruch«, meinte aber nicht etwa den Anspruch auf *Vertragserfüllung*, sondern ebenso wie Satz 1 den Anspruch auf »Rückgewähr der Gegenleistung« (so jetzt ausdrücklich § 144 II 2 InsO). Das folgt sowohl aus der Begründung des § 38 Satz 2 KO (MOTIVE zur KO S. 149 = HAHN Bd. IV S. 153) als auch aus dem Umstand, daß man bei Schaffung des § 38 KO gerade an die Fälle dachte, in denen auch das *Kausalgeschäft* »als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam« (§ 29 KO) angefochten worden war (s. o. Rn. 7.123 f.). Zu den Fällen, in denen sich die Anfechtung nur gegen eine »Leistung« des Schuldners richtet, vgl. § 39 KO (jetzt § 144 I InsO) und o. Rn. 7.125.

354 MOTIVE zur KO S. 246 = HAHN Bd. IV S. 232/233 (dazu schon o. Rn. 7.90 mit Fn. 233).

355 MOTIVE a. a. O. = HAHN Bd. IV S. 233.

356 Vgl. die bei Rn. 7.122 wiedergegebene Passage aus den MOTIVEN.

erstrecke³⁵⁷. Nun mußte aber bei Rn. 7.124 festgestellt werden, daß sich diese Annahme nach Inkrafttreten des vom Abstraktionsprinzip beherrschten BGB nicht mehr aufrechterhalten läßt. Es fragt sich also, ob man den auf dieser (inzwischen unrichtig gewordenen) Annahme beruhenden § 38 Satz 1 KO bzw. den diesem nachgebildeten § 144 II 1 InsO heute dahingehend einschränken muß, daß die Gegenleistung oder ihr Wert »aus der Insolvenzmasse« *nur dann* zurückverlangt werden kann, wenn sie erst *während* des Insolvenzverfahrens erbracht worden ist.

7.129 Die Frage ist zu verneinen³⁵⁸. Denn in den Fällen des § 144 II 1 InsO läßt sich die Erweiterung des § 55 I Nr. 3 InsO auf die Herausgabe von *vor* der Verfahrenseröffnung aus dem Vermögen des Leistenden ausgeschiedenen Werten ohne weiteres mit der Überlegung rechtfertigen, daß *auch die vom Insolvenzverwalter ausgehende Anfechtung* darauf abzielt, Vermögensverschiebungen aus der Zeit *vor* der Verfahrenseröffnung wieder rückgängig zu machen (vgl. § 143 InsO). Auch im Rahmen des § 144 II 1 InsO muß der in den MOTIVEN zu § 7 II KO (§ 81 I 3 InsO) ausgesprochene Grundgedanke³⁵⁹ zur Anwendung kommen, daß die Masse eine Bereicherung, die ihr »durch das nichtige³⁶⁰ Geschäft« erwachsen ist, nicht behalten darf. Für § 144 II 1 InsO folgt aus diesem Leitprinzip, daß dem Anfechtungsgegner eine Gegenleistung auch dann, wenn er sie bereits *vor* Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt hat, »aus der Insolvenzmasse zu erstatten« ist, soweit sie oder ihr Wert infolge der wirksam (§§ 129 ff. InsO) angefochtenen Rechtshandlung des Schuldners in dessen Vermögen gelangt ist und nach der Umwidmung dieses Vermögens zu einer Insolvenzmasse auch diese (noch) bereichert³⁶¹.

7.130 Eine andere Frage ist, ob der Insolvenzverwalter eine nach § 144 II 1 InsO entstandene, auf Rückgewähr gerichtete Masseverbindlichkeit wieder beseitigen kann, indem er gem. § 103 I InsO die Erfüllung des ursprünglichen schuldrechtlichen Vertrages verlangt. Geht man mit § 29 KO davon aus, daß eine vom Insolvenzverwalter angefochtene Rechtshandlung »den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam« ist (was die *InsO* aber leider nicht mehr zu sagen wagt³⁶²), so muß die Frage schon aus diesem Grunde verneint werden, wenn sich die Anfechtung auch

357 S. o. Rn. 7.122 f.

358 Ebenso – jeweils noch zu § 38 Satz 1 KO – COSACK S. 273 f.; PETERSEN/KLEINFELLER KO §§ 38, 39 Anm. 1; v. SARWEY/BOSSERT KO § 38 Anm. 2; STIEGLITZ KO § 31 Anm. II S. 179; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 38 Rn. 6, 9 (jeweils m. w. N.). Unentschieden RGZ 16, 23, 25 f. Differenzierend JAEGER/LENT KO⁸ § 38 Rn. 3: »Befinde« sich die Gegenleistung »in Natur« in der Masse, so sei es einerlei, wann sie bewirkt worden sei. Um den »Wert« der Gegenleistung »bereichert« könne die Masse aber nur dann sein, wenn die Gegenleistung nicht schon vor dem Konkurs an den Gemeinschuldner erbracht worden sei (in letzterer Hinsicht großzügiger ENDEMANN S. 289, falls der Gemeinschuldner die schon vor dem Konkurs erlangte Gegenleistung vor der Verfahrenseröffnung weiterveräußert hat und der Erlös erst während des Konkurses in die Masse geflossen ist).

359 Auszugsweise wiedergegeben o. Rn. 7.115.

360 Vgl. o. Rn. 7.120 mit Fn. 334.

361 Entgegen JAEGER/LENT (vgl. soeben Fn. 358) gilt dies auch, falls die Masse *von vornherein* nur um den Wert der schon vor Verfahrenseröffnung bewirkten Gegenleistung bereichert war.

362 S. o. Rn. 7.120 Fn. 334.

gegen das Kausalgeschäft richtete. Der BGH hat sich jedoch auf den Standpunkt gestellt, daß die auf §§ 29 ff. KO gestützte Anfechtung »nicht die Ausübung eines Gestaltungsrechts, sondern lediglich die Geltendmachung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Rückgewähr« darstelle³⁶³. Daraus hat der BGH den Schluß gezogen, daß ein Konkursverwalter, der einen vom Gemeinschuldner geschlossenen Vertrag nach §§ 29 ff. KO angefochten habe, nicht gehindert sei, »von der Verfolgung des Rückgewähranspruchs abzusehen und Erfüllung des Vertrages zu verlangen«³⁶⁴. Das Ergebnis dieser Schlußfolgerung überzeugt nicht. Denn die Anfechtung eines dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrages enthält fast immer auch eine Kundgabe des Willens, den Vertrag nicht erfüllen (sondern rückabwickeln!) zu wollen. Im Rahmen des § 103 InsO (dessen Anwendbarkeit einmal unterstellt sei) hat solch eine Erfüllungsablehnung jedoch zur Folge, daß der Insolvenzverwalter das Recht, auch gegen den Willen der anderen Vertragspartei auf Erfüllung zu bestehen, verliert³⁶⁵. Das gilt unabhängig davon, ob sich die (zugleich als Erfüllungsablehnung zu behandelnde) Anfechtung des Insolvenzverwalters nur gegen das Erfüllungsgeschäft des Schuldners oder auch gegen das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft richtet: In beiden Fällen verliert der Verwalter sein etwaiges Recht, gem. § 103 I InsO die Erfüllung des schuldrechtlichen Vertrages zu verlangen.

Ebenso verliert der Insolvenzverwalter übrigens sein *Anfechtungsrecht*, wenn er vor dessen Ausübung den »Gegner« auf Erfüllung des Vertrages in Anspruch nimmt³⁶⁶. Denn sobald der Verwalter die Erfüllung des Vertrages verlangt, erhebt er die Gegenansprüche der anderen Vertragspartei durch eine *eigene* Rechtshandlung, die er als solche nicht nach den §§ 129 ff. InsO anfechten kann, zu Masseverbindlichkeiten gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO. **7.131**

VI. Wechselseitige Rückgewähransprüche

Wenn der Vertragspartner des im Insolvenzverfahren stehenden Schuldners berechtigt ist, seine bereits erbrachte (Teil-)Leistung zurückzuverlangen (egal ob als Aussonderungsberechtigter³⁶⁷, als Massegläubiger³⁶⁸ oder als ein auf eine Geldquote beschränkter Insolvenzgläubiger³⁶⁹), kann es vorkommen, daß hinsichtlich einer etwa schon erbrachten (Teil-)Leistung des *Schuldners* ein entspre- **7.132**

363 Dazu schon Rn. 7.120 Fn. 334.

364 BGH NJW 1962, 1200 Leitsatz b; zustimmend KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 29 Rn. 39.

365 Vgl. o. Rn. 3.37 ff.

366 Die scheinbar abweichende Entscheidung BGHZ 89, 189 ff. (= JZ 1984, 420 ff. m. Anm. BAUR) ist aber wohl aus dem o. Rn. 4.52 Fn. 147 genannten Grunde i. E. richtig. A. M. jedoch BAUR JZ 1984, 422 f. ad 3 b bb, dessen Schlußsatz zu 2 a übrigens ebenso wie anscheinend der Beklagte des dortigen Rechtsstreits den § 38 KO (§ 144 II InsO) außer acht läßt.

367 Vgl. o. Rn. 7.30 ff., 7.68 ff.

368 Vgl. o. Rn. 7.87 ff., 7.110 ff.

369 Vgl. o. Rn. 7.3 ff., 7.17 ff., 7.21 ff., 7.28 f.

chender, ebenfalls auf Rückgewähr gerichteter Gegenanspruch des Insolvenzverwalters besteht³⁷⁰. Ist dies der Fall, so finden auf das gegenseitige Rückabwicklungsschuldverhältnis die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entsprechende Anwendung. Die sich hieraus ergebenden Konsequenzen sind schon bei Rn. 4.114 ff. dargestellt worden.

- 7.133** Eine Sonderstellung nehmen die bei Rn. 7.113 ff., 7.120 ff. erörterten Fälle ein, in denen der Schuldner auf einen von seinem Vertragspartner noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag eine Leistung erbracht hat, die das Gesetz im Interesse der übrigen Gläubiger für unwirksam oder anfechtbar erklärt (§§ 81 I 1, 129 ff. InsO): Hier sind die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zwar auf die Erfüllung des ursprünglichen Vertrages³⁷¹, nicht aber auf die Erfüllung des Rückabwicklungsschuldverhältnisses³⁷² anwendbar, welches sich aus den §§ 81 I 3, 143 I, 144 InsO ergibt, wenn der Insolvenzverwalter es ablehnt, auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit bzw. Anfechtbarkeit der vom Schuldner erbrachten Leistung zu verzichten.

370 Denkbar z. B. in den Fällen der §§ 323 III, 325 ff. BGB.

371 Vgl. o. Rn. 4.3 f., 4.107 (mit Fn. 264 f.), 7.130 f.

372 Vgl. o. Rn. 4.130 ff.

§ 8. Zum Einfluß der Erfüllungsablehnung auf den Erfüllungsanspruch der Masse

I. Keine Freigabewirkung

Wenn der Insolvenzverwalter das ihm im Fall des § 103 I InsO zustehende Wahlrecht trotz Aufforderung durch den Vertragspartner nicht unverzüglich ausübt, verliert er gem. § 103 II 3 InsO das Recht, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen. Entsprechendes gilt, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ausdrücklich ablehnt, wobei es keine Rolle spielt, ob dieser Ablehnung eine Anfrage des Vertragspartners vorausging oder nicht¹. Das Recht, den Vertragspartner auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen, fehlt in den genannten Fällen aber nicht nur dem Insolvenzverwalter, sondern – zumindest bis Verfahrensende – auch dem Insolvenzschildner². Dies alles liegt im wesentlichen auf der Linie der h. M.

Abweichend von der h. M.³ haben die vorangegangenen Überlegungen jedoch ergeben, daß der gegen den Vertragspartner gerichtete Erfüllungsanspruch in allen bei Rn. 8.1 angeführten Fällen nicht erlischt, sondern nach wie vor erfüllbar ist⁴ und gegenüber dem Erfüllungsanspruch des Vertragspartners die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB zu begründen vermag⁵. Dieser Standpunkt nötigt zu einer Auseinandersetzung mit der alten Streitfrage, ob die Erfüllungsablehnung des Verwalters die Wirkung hat, daß der Erfüllungsanspruch des Insolvenzschildners aus der Insolvenzmasse ausscheidet⁶. Denn wenn der Vertragspartner diesen Anspruch trotz des Insolvenzverfahrens freiwillig erfüllen will⁷, muß er ja wissen, ob er dazu an den Insolvenzverwalter oder an den Verfahrensschildner leisten muß.

1 Vgl. o. Rn. 3.37.

2 Vgl. o. Rn. 3.38 f.

3 Vgl. o. Rn. 3.2 (mit Nachweisen in Fn. 3), 3.42 ff.

4 Vgl. o. Rn. 3.40 f., 4.2 (mit Fn. 8), 5.54 (mit Fn. 179).

5 Vgl. o. Rn. 4.123 f., 5.36 a. E., 5.61.

6 **Eindeutig bejahend** wohl nur BROCKELMANN S. 37 f., 44; HELLMANN S. 267; KAATZ S. 10 f.; KOHLER, Lehrbuch S. 135 (Erfüllungsablehnung als Rücktritt vom »Beschlagsrecht«), 133 (Konsequenzen); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 154–158, 200 (soweit sich dieser Anspruch nicht auf anteilige Vergütung einer bereits vor Verfahrenseröffnung erbrachten Teilleistung des Schuldners richtet; dazu sogleich Rn. 8.10 ff.) und – für den Konkurs einer OHG – MÜLLER NJW 1968, 225, 228 (hiergegen MOHRBUTTER NJW 1968, 1125, 1126 ad 3.); vgl. auch OETKER ZZP 14 (1890) 1, 17 f. (nach dessen Ansicht die Forderung des Gemeinschuldners erst infolge eines wirksamen Erfüllungsverlangens des Konkursverwalters Massebestandteil wird). **Ausdrücklich verneinend** PLETZSCH S. 80 f.; KEPPLINGER S. 251. **Gegenstandslos** ist die Frage für die Vertreter der herrschenden Ansicht, nach der die beiderseitigen Erfüllungsansprüche infolge der Erfüllungsablehnung des Verwalters – oder sogar schon im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung – erlöschen (vgl. Rn. 3.2, 3.42 ff. und die ablehnende Stellungnahme bei Rn. 3.5–3.58).

7 Etwa weil er einen Bürgen in Anspruch nehmen möchte und dieser seine Leistung gem. §§ 320, 768 I 1 BGB davon abhängig macht, daß der Gläubiger die dem Insolvenzschildner versprochene Leistung bewirkt. Dazu sogleich Rn. 8.7.

8.3 Die bislang nur ganz vereinzelt vertretene Auffassung, daß der Erfüllungsanspruch des Schuldners infolge der Ablehnungserklärung des Insolvenzverwalters konkursfrei werde, ist im Jahre 1980 von HENCKEL aufgegriffen und erneuert worden⁸. Ausgehend von der (zutreffenden) Prämisse, daß der Konkursverwalter, der es »bei der normalen konkursrechtlichen Folge beläßt, daß der Vertrag nicht aus der Masse erfüllt wird«⁹, nicht seinerseits auf der Leistung des anderen Vertragsteils bestehen könne¹⁰, meint HENCKEL, daß der Erfüllungsanspruch des Insolvenzschuldners in diesem Falle »kein Haftungsobjekt für die Konkursgläubiger« mehr sei und »für die Masse keinen Wert« habe¹¹. Schon deshalb, also unabhängig von einer etwaigen Freigabeerklärung des die Erfüllung des Vertrages ablehnenden Verwalters¹², sei der Erfüllungsanspruch des Insolvenzschuldners aus der Masse – zu der gem. § 1 I KO (§ 35 InsO) nur »Vermögens«gegenstände gehören können – ausgeschlossen. Der Insolvenzschuldner selbst könne seinen Erfüllungsanspruch jetzt gegen den Vertragspartner verfolgen (es sei denn, der letztere mache von seinem Recht Gebrauch, sich nach der Differenzmethode¹³ am Konkurs zu beteiligen).

8.4 Das sehe ich anders:

8.5 HENCKELS These¹⁴, daß dem Schuldner nach der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters das (durch eine Verfahrensteilnahme des Vertragspartners auflösend bedingte¹⁵) Recht zustehe, seinen Erfüllungsanspruch bei gleichzeitigem Angebot der Gegenleistung – die in diesem Fall aus dem »freien« Vermögen erbracht werden müßte – gegen den Vertragspartner durchzusetzen, ist m. E. unzutreffend. Selbst wenn der Insolvenzverwalter den Erfüllungsanspruch *ausdrücklich* freigegeben hat, kann dem Schuldner ein solches Recht nur unter der Voraussetzung zustehen, daß *ohne* die Freigabeerklärung der *Insolvenzverwalter* das (durch eine Verfahrensteilnahme des Vertragspartners auflösend bedingte) Recht hätte, von seiner Erfüllungsablehnung abzurücken und den Vertragspartner auf

8 Vgl. o. Fn. 6. In ZZP 99 (1986) 419, 433/434 meint HENCKEL freilich, daß ich ihn in diesem Punkt wohl mißverstanden hätte. Deshalb habe ich meiner Rn. 8.3 nun einen »Es-Sei-Denn-Vorbehalt« angefügt.

9 So HENCKELS zutreffende Umschreibung der sog. Erfüllungsablehnung; vgl. auch o. Rn. 1.5 a. E.

10 Von der Ausnahme, die HENCKEL (a. a. O. Rn. 157) für den Fall anerkennt, daß der Gemeinschaftschuldner schon vor der Konkurseröffnung Vorleistungen erbracht hat, sei hier zunächst abgesehen (dazu sogleich Rn. 8.10 ff.).

11 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 154 (mit der sich aus seiner Rn. 157 ergebenden, o. in Fn. 6, 10 angedeuteten Einschränkung).

12 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 154.

13 Vgl. o. Rn. 5.40 ff.

14 HENCKEL a. a. O. Rn. 154; im Prinzip ebenso HELLMANN und KOHLER, während KAATZ und MÜLLER (s. o. Fn. 6) dem Gemeinschaftschuldner das Recht, von seinem Vertragspartner noch während des Konkurses Erfüllung zu verlangen, wohl nur für den Fall zubilligen, daß auch dieser seinen Erfüllungsanspruch außerhalb des Konkurses geltend macht; einschränkend auch BROCKELMANN S. 13, 36.

15 Vgl. soeben Rn. 8.3 (Schlußsatz).

Erfüllung in Anspruch zu nehmen¹⁶. Dieses *ius variandi* will HENCKEL dem Verwalter in der Tat zugestehen¹⁷. Wer das tut, darf jedoch nicht zugleich die Auffassung vertreten, daß der Erfüllungsanspruch des Insolvenzschuldners nach der Ablehnungserklärung des Verwalters »für die Masse keinen Wert« mehr habe und deshalb ohne weiteres verfahrensfrei werde¹⁸.

Nun wurde allerdings bei Rn. 3.37 die h. M. für richtig befunden, nach der der Insolvenzverwalter das Recht, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen, nicht nur in den Fällen des § 103 II 3 InsO, sondern auch durch Abgabe einer ausdrücklichen Ablehnungserklärung definitiv verliert. Doch läßt sich auch von diesem Ausgangspunkt nicht ohne weiteres behaupten, daß der Erfüllungsanspruch des Schuldners infolge der Ablehnungserklärung des Insolvenzverwalters für die Masse völlig wertlos werde. Denn in dem Recht, die Erfüllung auch gegen den Willen des Vertragspartners zu erzwingen, liegt nicht der einzige Wert, den der Erfüllungsanspruch für den Insolvenzverwalter bzw. für die von ihm verwaltete Masse haben kann. Es soll hier nicht der praktisch wenig bedeutsamen Frage nachgegangen werden, ob als eine mögliche Art der Verwertung von Forderungen aus Verträgen, deren Erfüllung der Insolvenzverwalter zuvor abgelehnt hat, die *Weiterveräußerung* in Betracht kommt. Denn es wird wohl kaum jemand bereit sein, einen Preis zu zahlen für den Erwerb von Forderungen, von denen unklar ist, ob sie jemals wieder durchsetzbar sein werden. Im übrigen zeigt schon § 197 I Nr. 3 InsO, daß »die nicht verwertbaren Gegenstände« nicht automatisch aus der Insolvenzmasse ausscheiden und in das freie Vermögen des Schuldners übergehen, sondern daß es hierzu eines besonderen Zuwendungsakts bedarf. Das muß in besonderem Maße für Forderungen aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen gelten, selbst wenn deren Erfüllung vom Verwalter wegen seiner Erfüllungsablehnung bzw. einer nach § 103 II 3 InsO zu beurteilenden Säumnis nicht mehr erzwungen werden kann. Diese Forderungen können für die Insolvenzmasse dann von Interesse und (Vermögens-)Wert sein, wenn der Gegner *seinen* Erfüllungsanspruch als Insolvenzforderung geltend macht (wozu er nach der hier¹⁹, nicht aber auch von HENCKEL²⁰ vertretenen Auffassung trotz der Erfüllungsablehnung des Verwalters berechtigt bleibt): Obwohl der Insolvenzverwalter wegen seiner Ablehnungserklärung nicht mehr auf der *Erfüllung* des Vertrages »bestehen« kann, bleibt er nach § 320 BGB berechtigt, die Zahlung der auf den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners entfallenden Quote zu »verwei-

16 Insoweit übereinstimmend JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 154 Mitte (soweit zur »Freigabe«).

17 HENCKEL RWS-Skript 125, 2. Aufl. 1984, S. 40 und – mit gewissen Einschränkungen – JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 152. **Verneinend** die h. M., der *insoweit* nicht zu widersprechen ist (s. o. Rn. 3.37).

18 Vgl. jetzt auch HENCKEL selbst in ZZP a. a. O. (o. Fn. 8 zu Rn. 8.3).

19 S. o. Rn. 5.1 ff.

20 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 162, 173: Gegenüber der *Masse* sei der Vertragspartner von vornherein auf eine nach der Differenzmethode zu berechnende Schadensersatzforderung beschränkt.

gern«²¹, bis der Vertragspartner die seinerseits noch nicht erbrachte Gegenleistung entweder (freiwillig!) bewirkt²² oder seinen als Insolvenzforderung angemeldeten Erfüllungsanspruch nach der Differenzmethode reduziert²³. Wählt der Vertragspartner den zweiten Weg, so spielt die Frage, ob der gegen ihn gerichtete Erfüllungsanspruch des Schuldners noch zur Insolvenzmasse gehört oder ob er in das freie Vermögen des Schuldners gelangt ist, keine Rolle. Anders jedoch, wenn der Vertragspartner der seiner Forderung entgegenstehenden Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch reale Bewirkung der selbst noch geschuldeten Gegenleistung Rechnung tragen will (etwa weil er den seinerseits geschuldeten Gegenstand sogar dann loswerden möchte²⁴, wenn er für seine Gegenforderung nur eine magere Quote zu erwarten hat): Hier würde es dem Interesse der übrigen Gläubiger zuwiderlaufen, wenn sich der Vertragspartner die auf seinen Erfüllungsanspruch entfallende Quote durch eine Leistung »verdienen« könnte, die er nicht an den Insolvenzverwalter, sondern zugunsten des »freien« Vermögens des Schuldners erbringt (wobei jedoch nach *neuem* Insolvenzrecht in Rechnung zu stellen ist, daß zur Insolvenzmasse automatisch auch solches Vermögen gehört, das der Schuldner erst *während* des Verfahrens erlangt²⁵ – was jedoch *erst recht* dafür spricht, als »empfangszuständig« für die Leistung des Vertragspartners nicht den Schuldner, sondern den Insolvenzverwalter anzusehen).

- 8.7** Entsprechend liegen die Dinge, wenn der Vertragspartner nach der Erfüllungsablehnung des Verwalters nicht selbst am Insolvenzverfahren teilnimmt, sondern wegen seines ungekürzten Erfüllungsanspruchs einen *Bürgen* in Anspruch nimmt: Der Bürge müßte insoweit Zug um Zug (§§ 768, 320 BGB) gegen Bewirkung der dem Vertragspartner obliegenden Gegenleistung einspringen²⁶ und könnte dann den nach § 774 I 1 BGB auf ihn übergehenden Anspruch auf Vertragserfüllung unter Beachtung des § 44 InsO als Insolvenzforderung geltend machen²⁷. Auch

21 Vgl. o. Rn. 5.36 ff.

22 Vgl. o. Rn. 5.50 ff.

23 Vgl. o. Rn. 5.40 ff.

24 Zu möglichen Motiven solch eines Wunsches vgl. o. Rn. 5.51.

25 Vgl. § 35 InsO und Fn. 311 zu Rn. 7.116.

26 OLG Jena SeuffA 47 Nr. 87; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 198; FELDHAUS JZ 1956, 313, 315; KAAZ S. 11 f.; vgl. auch MÜLLER NJW 1968, 225, 228, 2231 (nicht zur Bürgenhaftung, sondern zu § 128 HGB); a. M. JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 46: der Bürge könne nicht wegen des Erfüllungs-, sondern nur wegen des etwaigen Entschädigungsanspruchs haftbar gemacht werden, für dessen Berechnung die Differenzmethode maßgebend sei (a. a. O. Rn. 42). Vgl. auch o. Rn. 3.44 (Fn. 142), 5.51, 5.61 (mit Fn. 209).

27 KAAZ S. 11/12; a. M. wohl JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 162, 173 (wonach Konkursforderungen aus gegenseitigen Verträgen, die zur Zeit der Konkurseröffnung beiderseits noch nicht vollständig erfüllt waren, niemals auf Erfüllung, sondern immer nur auf Ersatz des etwaigen Differenzschadens gerichtet sein können), 198 (wonach es unangemessen sein soll, wenn der Bürge »den von ihm bezahlten Kaufpreis zum Konkurs anmelden« könnte, »obwohl die Ware nicht in die Konkursmasse gelangt« – eine Rechtsfolge übrigens, die man auch dadurch vermeiden könnte, daß man der von HENCKEL a. a. O. in Rn. 154, 155, 200 vertretenen Auffassung, daß der Erfüllungsanspruch der Masse infolge der Erfüllungsablehnung des Verwalters konkursfrei werde, nicht folgt; so jetzt auch HENCKEL selbst an der o. Fn. 8 zitierten Stelle).

dies ist für die konkurrierenden übrigen Gläubiger nur tragbar, wenn sich die Zugum-Zug-Einrede des Bürgen oder, falls dieser sie nicht erhoben hatte, die entsprechende Einrede des Insolvenzverwalters nicht auf Leistung in das freie Vermögen des Schuldners, sondern auf Leistung »zur Insolvenzmasse« richtet²⁸.

Die bei Rn. 8.6 f. angeführten Beispiele zeigen, daß der Erfüllungsanspruch des Schuldners für die Insolvenzmasse auch dann einen Wert haben kann, wenn der Verwalter durch seine Erfüllungsablehnung oder eine nach § 103 II 3 InsO zu beurteilende Säumnis das Recht, auf der Erfüllung des Vertrages zu »bestehen«, verloren hat, und daß schon aus diesem Grunde nicht angenommen werden kann, daß der Erfüllungsanspruch des Schuldners allein wegen der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters aus der Masse entweicht. **8.8**

An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, daß der Vertragspartner trotz des über dem Vermögen des Schuldners schwebenden Insolvenzverfahrens berechtigt bleibt, den Schuldner persönlich auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen, und daß es für den Schuldner sicher mißlich wäre, wenn er während des Insolvenzverfahrens zur Erfüllung gezwungen werden könnte, ohne dafür die Gegenleistung verlangen zu können. Denn der Vertragspartner kann die Leistung des im Insolvenzverfahren stehenden Schuldners zwar *verlangen*, nicht aber auch schon vor der Aufhebung des Verfahrens *erzwingen* (vgl. §§ 87 ff. InsO²⁹). Und wenn dem Schuldner ausnahmsweise persönlich daran gelegen ist, seine Verbindlichkeit trotzdem bereits während des Verfahrens – freiwillig – zu erfüllen (etwa um nicht den Folgen der §§ 284 ff., 326 f. BGB ausgesetzt zu werden³⁰), dann mag er auf dem Verhandlungswege versuchen, von dem Insolvenzverwalter die Freigabe seines gegen den Vertragspartner gerichteten Gegenanspruchs zu erreichen³¹. Wenn der Vertragspartner auf die Teilnahme am Insolvenzverfahren verbindlich verzichtet, wird sich ein Insolvenzverwalter, der die Erfüllung des Vertrages selbst nicht mehr verlangen kann (§ 103 II 3 InsO), diesem Wunsch des Schuldners nach Treu und Glauben nicht verschließen dürfen. **8.9**

28 Vgl. in etwas anderem Zusammenhang (§ 93 InsO) auch WISSMANN, Persönliche Mithaft in der Insolvenz, 2. Aufl. 1998, Rn. 402 ff. (der aber wegen befürchteter dogmatischer Schwierigkeiten und wohl auch wegen § 93 InsO letztlich der o. Rn. 2.87 Fn. 192 i. V. m. Rn. 3.5 ff., 3.48 ff., 5.40 ff., 5.64 ff. abgelehnten h. M. folgt, »daß nach Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter ... auch gegen den persönlich haftenden Gesellschafter der Erfüllungsanspruch ... nicht mehr geltend gemacht werden kann«). Einen schwachen Trost bietet KAATZ S. 11 f.: »Meldet der Bürge nun seine Rückgriffsforderung als Konkursgläubiger an, so fordert er eine Leistung, für die die Gegenleistung gar nicht in die Masse gekommen ist. Das sind aber alles nur Eventualitäten, die der Konkursverwalter bei seiner Entscheidung, ob er erfüllen will oder nicht, zu berücksichtigen hat, weiter nichts.« Man kann dem Konkursverwalter doch nicht zumuten, einen für die Masse ungünstigen Vertrag des Gemeinschuldners gem. §§ 17 I, 59 I Nr. 2 KO zu erfüllen, nur um der von KAATZ zu einer bloßen »Eventualität« heruntergespielten Zumutung (die ihm übrigens das *neue* Insolvenzrecht durch § 35 InsO erspart; s. o. Rn. 8.6 a. E.) zu entgehen!

29 Vgl. zu diesen Vorschriften schon o. Rn. 5.93 f., 5.98 ff.

30 Dazu o. Rn. 2.87 f., 5.91 ff.

31 Ebenso PLETZSCH S. 80 f.

II. Hat die Masse Anspruch auf den einer etwaigen Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung?

1. Der Fall RGZ 73, 58 ff.

- 8.10** Wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung eines dem § 103 InsO unterliegenden Vertrages ablehnt oder der anderen Vertragspartei auf Erfordern nicht unverzüglich erklärt, ob er die Erfüllung verlangen will, verliert er das Recht, auf der Erfüllung zu »bestehen«³². Umstritten ist, ob der Verwalter diese Folge seiner Erfüllungsablehnung dann, wenn der Insolvenzschuldner seinerseits bereits teilweise erfüllt hat, auf einen der noch *nicht* erbrachten Restleistung des Insolvenzschuldners entsprechenden *Teil* des Erfüllungsanspruchs der Masse beschränken kann, oder anders ausgedrückt: ob der Verwalter in Fällen, in denen der Schuldner vor Verfahrenseröffnung eine (noch keine *vollständige* Erfüllung seiner Verbindlichkeit darstellende³³) Vorleistung erbracht hat, wirksam erklären kann, daß er selbst zwar nicht weiter erfüllen werde, aber gleichwohl verlange, daß an ihn ein der Vorleistung des Insolvenzschuldners entsprechender Teil der Gegenleistung erbracht werde.
- 8.11** Das RG hatte diese Frage im Jahre 1910 für den Fall bejaht³⁴, daß der Vertragspartner ein Interesse an der bereits erbrachten Teilleistung des Schuldners hat³⁵. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der spätere Gemeinschuldner hatte sich gegenüber dem Beklagten durch Werkvertrag zur Errichtung von Gebäuden verpflichtet und diese noch vor der Konkurseröffnung »bis nahe zur Vollendung geführt«³⁶. Da der Konkursverwalter die wei-

32 Vgl. § 103 II 3 InsO und o. Rn. 3.37.

33 Denn sonst läge kein Fall des § 103 InsO vor.

34 **RGZ 73, 58 ff.**; i. E. ebenso K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 95; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 75, 80, 83, 157 (zumindest für den Fall, daß der Vertragspartner eine *Geldleistung* schuldet; vgl. im übrigen u. Rn. 8.45 mit Fn. 114); HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 435 ff.; LUTHER S. 66 ff.; MEHL S. 29 ff.; PLÜNDER S. 61 ff. (besonders S. 71 ff.) und – ohne nähere Begründung – FRANKENBURGER JW 1925, 546, 561; GRÜNWALD S. 20; LUCAS S. 93; RAPP MittBayNot 1977, 1, 2/3; SYDOW/BUSCH/KRIEG KO § 17 Anm. 3 a (S. 91); WARNEYER KO § 17 Anm. IV, § 26 Anm. II; Th. WOLFF KO § 17 Rn. 12 (S. 122); vielleicht auch RGRK/BALLHAUS BGB¹² § 325 Rn. 36; BGHZ 79, 103, 110; **unentschieden** BGHZ 68, 379, 381 f.; **im Sinne des RG** nun OLG Frankfurt/Main Betrieb 1984, 2032 ff.; sympathisierend auch BGH NJW 1997, 3434, 3437 = ZIP 1997, 1072, 1076 = LM § 399 BGB Nr. 36 (Bl. 5 R.) m. Anm. M. WOLF = JZ 1998, 255, 258 m. Anm. WAGNER.

Gegen den Standpunkt des RG aber OLG Dresden OLGE 4, 168 ff.; BROCKELMANN S. 48 f.; FELDHAUS JZ 1956, 313, 314; JAEGER KO^{6/7} § 17 Rn. 17, 46; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 17; KAAZ S. 25 f.; MAAS S. 30 f.; MARKMANN S. 98 f., 116 ff.; MEHRING S. 81 ff.; MENTZEL/KUHN KO⁷ § 26 Rn. 18 (nicht so entschieden ablehnend jedoch KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 36 a, § 26 Rn. 18); OETKER ZZP 14 (1890) 1, 17, 27; PAKUSCHER JW 1913, 723 f.; PLETZSCH S. 101 Fn. 2; PLONSKI S. 26–31; SACHS S. 41; SANDROCK S. 125 f.; vgl. auch OFFTERMATT S. 130.

Vgl. zu alternativen Lösungsmöglichkeiten und zum aktuellen Stand der Meinungen u. Rn. 9.1 ff. (bes. 9.3 f. mit Fn. 9).

35 RGZ 73, 58, 64.

36 RGZ 73, 58, 64.

tere Erfüllung des Vertrages ablehnte, ließ der Beklagte die Bauarbeiten durch Dritte vollenden³⁷. Schon vor der Konkurseröffnung hatte der Gemeinschuldner Teile seiner Werklohnforderung an die Kläger abgetreten. Diese verlangten von dem Beklagten Bezahlung der noch vom Gemeinschuldner ausgeführten Bauarbeiten.

Das OLG Dresden als Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen. In Fortführung seiner bisherigen Rspr.³⁸ hatte es die Auffassung vertreten, daß eine Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters in den Fällen des § 17 KO (jetzt § 103 InsO) einerseits nicht geeignet sei, bereits erbrachten Vorleistungen des Gemeinschuldners den Rechtsgrund zu entziehen, andererseits aber zur Folge habe, daß nun niemand mehr auf der (vollständigen oder anteiligen) Erfüllung des Vertrages bestehen könne³⁹. **8.12**

Das RG hob dieses Urteil auf und hielt der ihm zugrundeliegenden Rechtsauffassung entgegen⁴⁰: **8.13**

»Sie würde unter Umständen zu dem Ergebnis höchster Unbilligkeit führen. Wohl darf man annehmen, daß ein sorgfältiger und seinem Amte gewachsener Konkursverwalter die Erfüllung eines, beiderseits noch nicht vollständig erfüllten, zweiseitigen Vertrages nur dann ablehnen wird, wenn die Nichterfüllung für die Konkursmasse vorteilhafter ist, als die Erfüllung. Aber auch der erfahrenste und sorgfältigste Konkursverwalter wird nicht selten auch in solchen Fällen die weitere Erfüllung ablehnen müssen, in denen der Gemeinschuldner bereits einen erheblichen Teil der ihm obliegenden Leistung dem andern Teile gewährt hat, ohne den entsprechenden Teil der Gegenleistung erhalten zu haben. Besonders wird dies bei der Übernahme von Bauten und anderen Werken größeren Umfanges sowie bei auf längere Zeit geschlossenen Lieferungsverträgen eintreten. Der Konkursverwalter wird in solchen Fällen meist genötigt sein, auf die Erfüllung selbst an sich vorteilhafter Verträge zu verzichten, um nicht die Beendigung des Konkurses zu verzögern. Wollte man hier mit dem Berufungsgericht der Konkursmasse jeden Anspruch auf Vergütung oder Herausgabe der durch die Leistungen des Gemeinschuldners in das Vermögen des anderen Vertragsteiles gelangten Werte versagen, so würden dem andern Teil unter Umständen sehr erhebliche Gewinne zufließen, auf welche dieser nicht einmal bei der vollständigen Erfüllung des Vertrages einen Anspruch hätte. Und diese, sicherlich der inneren Berechtigung entbehrende, Bereicherung des einen Gläubigers würde auf Kosten der anderen Gläubiger des Gemeinschuldners erfolgen, die ohnehin in der Regel sich mit einem kleinen Bruchteil ihrer berechtigten Forderungen bescheiden müssen.«

Diesen Billigkeitserwägungen ließ das RG einen kurzen Hinweis auf Stimmen im Schrifttum folgen, die sich schon damals dafür ausgesprochen hatten, das vom RG als »im höchsten Grade unbefriedigend« empfundene Ergebnis durch Anerkennung eines Bereicherungsanspruchs der Konkursmasse »auf den Mehrwert des vom Gemeinschuldner dem andern Vertragsteile bereits Geleisteten« zu vermeiden⁴¹. Im konkreten Falle hielt das RG eine Stellungnahme zu diesen bereicherungsrechtlichen Lösungsversuchen aber für nicht entscheidungserheblich. Denn nach seiner Auffassung war »der Konkursmasse und, soweit deren Rechte durch **8.14**

37 RGZ 73, 58, 59.

38 OLGE 4, 168 ff.; vgl. auch die in SeuffA 42 Nr. 176 veröffentlichte ältere Entscheidung.

39 Vgl. RGZ 73, 58, 59 f.

40 RGZ 73, 58, 60 f.

41 RGZ 73, 58, 61. Zu diesen Vorschlägen u. § 9.

die vor der Konkursöffnung erfolgte Abtretung auf die Kläger übergegangen sind⁴², diesen ein Anspruch auf den den Leistungen des Gemeinschuldners entsprechenden Teil der vertragsmäßigen Gegenleistung zuzuerkennen⁴³. Zur Begründung diene dem RG eine Analogie zu den bürgerlichrechtlichen Grundsätzen über die vom Schuldner zu vertretende Teilunmöglichkeit⁴⁴. Daher sei zunächst ein Blick auf diese Grundsätze geworfen.

2. Was kann als Gegenleistung gefordert werden, wenn dem Gläubiger die eigene Leistung infolge eines von ihm selbst zu vertretenden Umstandes teilweise unmöglich wird?

- 8.15** Wird bei einem gegenseitigen Vertrag einer Partei die geschuldete Leistung infolge eines Umstandes, den sie selbst zu vertreten hat, teilweise unmöglich, so kann ihr Vertragspartner, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, gem. § 325 I 2 BGB »Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Absatz 2« – d. h. »unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung« – verlangen oder »von dem ganzen Verträge« zurücktreten.
- 8.16** Fehlt es an der Voraussetzung, daß »die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat«, so kann der Vertragspartner Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur hinsichtlich des unmöglich gewordenen *Teils* der ihm versprochenen Leistung verlangen. Auch zurücktreten kann er – wenn überhaupt⁴⁵ – nur insoweit. Er hat in diesem Fall also nicht das Recht, den noch möglichen Teil der Leistung zurückzuweisen. Ebenso wenig entläßt ihn das Gesetz insoweit aus seiner Pflicht zur Bewirkung der Gegenleistung. Aus § 323 I HS. 2 BGB läßt sich nur erschließen, daß sich seine Gegenleistungspflicht um den Anteil mindert, zu dem die Leistung der anderen Vertragspartei unmöglich geworden ist⁴⁶. Wenn der Gläubiger an dem nicht unmöglich gewordenen Teil der ihm versprochenen Leistung noch ein Interesse hat, bleibt er also in jedem Fall zu einem entsprechenden Teil

42 Zur Konkursfestigkeit dieses Forderungsübergangs vgl. o. Rn. 4.16 ff. (besonders Rn. 4.28 ff., 4.32 ff.).

43 RGZ 73, 58, 61.

44 RGZ 73, 58, 61 ff. (dazu u. Rn. 8.22 ff.); vgl. auch PLÜNDER S. 71 ff.; während MEHL S. 29 wegen der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters einen Fall des § 326 BGB annahm (vgl. dazu schon o. Rn. 5.96 mit Fn. 343 f. und sogleich Rn. 8.32 mit Fn. 87).

45 Zur Problematik des Teilrücktritts vgl. STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 325 Rn. 115, 119; MünchKomm/EMMERICH BGB⁵ § 325 Rn. 137 ff.

46 Denn wenn schon die von *keiner* Seite zu vertretende Unmöglichkeit zur Reduzierung des Anspruchs auf die Gegenleistung führt (§ 323 I HS. 2 BGB), muß solch eine Reduzierung erst recht dann eintreten, wenn die Unmöglichkeit von dem *Schuldner* (also dem *Gläubiger* der *Gegenleistung*) zu vertreten ist. Die Reduzierung des Anspruchs auf die Gegenleistung setzt also nicht voraus, daß der Gläubiger der teilweise unmöglich gewordenen Leistung nach § 325 I 3 BGB vorgeht (vgl. STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 325 Rn. 31, § 326 Rn. 154); sie wird jedoch rückgängig gemacht, wenn der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung Schadensersatz verlangt und diesen nicht nach der Differenz-, sondern nach der Surrogationsmethode berechnet (OTTO a. a. O.).

der Gegenleistung verpflichtet⁴⁷, Zug um Zug (§§ 273, 320 BGB) gegen Ersatz des ihm durch den Ausfall der unmöglich gewordenen Teilleistung entstandenen Schadens.

Auch wenn er an dem noch möglichen Teil der ihm zustehenden Leistung *kein* **8.17** Interesse hat, bleibt der Gläubiger zunächst zur anteiligen Gegenleistung verpflichtet. Es gibt keine Bestimmung, die ihn von seiner anteiligen Gegenleistungspflicht befreit, *bevor* er von dem ihm (nur) in diesem Fall zustehenden Recht Gebrauch macht, »unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit« zu verlangen (§§ 280 II 1, 325 I 2 Var. 1 BGB) oder »von dem ganzen Vertrage zurückzutreten« (§ 325 I 2 Var. 2 BGB). Zur Ausübung dieser Rechte, die gem. § 349 (i. V. m. §§ 325 I 2, 280 II 2 bzw. § 327 Satz 1) BGB »durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile« zu erfolgen hat, kann ihm vom Gegner eine angemessene Frist bestimmt werden (§ 355 i. V. m. §§ 325 I 2, 280 II 2 bzw. § 327 Satz 1 BGB). Sein Recht, vom Vertrag zurückzutreten⁴⁸ oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung der »ganzen Verbindlichkeit«⁴⁹ zu verlangen, erlischt, wenn er es nicht vor Fristablauf ausübt. Es erlischt selbst nach rechtzeitiger Ausübung, wenn er mit der Rückgewähr der empfangenen Teilleistung in Verzug kommt und dann noch eine Frist versäumt, die ihm der andere Vertragsteil mit der Erklärung, daß er die Annahme nach deren Ablauf ablehne, bestimmt hat (§ 354 i. V. m. §§ 325 I 2, 280 II 2 bzw. § 327 Satz 1 BGB). Der Schuldner der teilweise unmöglich gewordenen Leistung kann den Gläubiger, für den der noch mögliche Teil der Leistung kein Interesse hat, also vor die Wahl stellen, entweder den bereits empfangenen Teil der Leistung nach Rücktritts- bzw. Bereicherungsrecht⁵⁰ zurückzugewähren oder aber einen entsprechenden Teil der Gegenleistung (Zug um Zug gegen Ersatz des ihm durch den Ausfall der unmöglich gewordenen Teilleistung entstandenen Schadens) zu erbringen und sich damit so zu verhalten, als ob die nicht unmöglich gewordene Teilleistung für ihn doch noch ein Interesse hätte.

Ergebnis ist also: In keinem Fall kann der Gläubiger der zum Teil unmöglich **8.18** gewordenen Leistung die bereits empfangene Teilleistung endgültig behalten, ohne dafür einen entsprechenden Anteil der Gegenleistung zu erbringen⁵¹.

47 Ebenso RGZ 73, 58, 61/62; STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 325 Rn. 54, 118.

48 Das gilt auch für sein etwaiges (vgl. Rn. 8.16 bei Fn. 45) Recht zum *Teil*rücktritt.

49 Zu beachten ist, daß § 355 BGB auf das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung *des unmöglich gewordenen Teils* der Verbindlichkeit zu verlangen, keine Anwendung findet (Gegenschluß aus §§ 280 II 2, 325 I 2 BGB).

50 Zu der sehr umstrittenen Auslegung des § 327 Satz 2 BGB, an dem übrigens die in § 280 II 2 BGB (hier i. V. m. § 325 I 2 Var. 1 BGB) ausgesprochene Verweisung auf die §§ 346–356 BGB vorbeigeht, vgl. STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 327 Rn. 46 ff.

51 RGZ 73, 58, 61 f.; MEHL S. 29; PLÜNDER S. 72; RGRK-BALLHAUS BGB¹² § 325 Rn. 36.

3. Anwendung dieser Grundsätze im Insolvenzverfahren

a) Verfahrenseröffnung nach Eintritt der Teilunmöglichkeit

8.19 An der Maßgeblichkeit der soeben entwickelten Grundsätze ist auch dann nicht zu zweifeln, wenn über das Vermögen der Vertragspartei, der die geschuldete Leistung teilweise unmöglich geworden ist, das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Ist z. B. einem Bauunternehmer die Vollendung des Gebäudes infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes schon vor der Verfahrenseröffnung objektiv oder subjektiv (§ 275 II BGB) unmöglich geworden, so ist sein Insolvenzverwalter ohne weiteres in der Lage, von dem Besteller, für den die bereits erbrachte Teilleistung des Bauunternehmers nicht ohne Interesse sei⁵², einen entsprechenden Teil der Vergütung zu verlangen. Erleidet der Besteller wegen der eingetretenen Teilunmöglichkeit einen ihm nach § 325 I 1 BGB⁵³ zu ersetzenden Schaden, so kann er mit seinem Ersatzanspruch gegen den Teilvergütungsanspruch der Insolvenzmasse aufrechnen⁵⁴. Wegen des Erfordernisses der Gleichartigkeit der zu kompensierenden Forderungen (§ 387 BGB) setzt das allerdings voraus, daß auch die Forderung der Insolvenzmasse auf Geld gerichtet ist. Eine Aufrechnung kommt also nicht in Betracht, wenn der Besteller des Bauwerks die Vergütung ausnahmsweise nicht in Form von Geld, sondern in Naturalien versprochen hat. Im letzteren Fall wird der Besteller aber durch die – an sich auch im ersten Fall anwendbaren⁵⁵, dort aber praktisch bedeutungslosen – §§ 273, 320 BGB geschützt. Nach diesen Bestimmungen, deren Wirkungen grds. auch durch ein Insolvenzverfahren nicht geschmälert werden⁵⁶, kann der Besteller dem Insolvenzverwalter die verlangte Teilvergütung bis zur vollständigen – also nicht nur quotenmäßigen – Erfüllung seines erwähnten Schadensersatzanspruchs verweigern. Auch § 105 Satz 1 InsO rechtfertigt bei zutreffender Auslegung keine abweichenden Schlußfolgerungen⁵⁷.

52 Andernfalls hätte der Besteller die Rechte aus § 325 I 2 BGB; dazu soeben Rn. 8.15 ff.

53 STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 325 Rn. 117.

54 RGZ 73, 58, 63; BGHZ 68, 379, 382; vgl. auch KREFT, in: Festschr. f. Uhlenbruck, 2000, S. 387, 398.

55 Das gilt zumindest für § 320 BGB, während in bezug auf § 273 BGB immerhin die Ansicht vertreten wird, daß das Zurückbehaltungsrecht durch eine konkurrierende Aufrechnungsmöglichkeit verdrängt werde (vgl. STAUDINGER/GURSKY, 2000, BGB¹⁴ § 388 Rn. 14 und Vorbem. 12 zu §§ 387 ff.). Hilfsweise bejaht auch KREFT (o. Fn. 54) ein insolvenzfestes Zurückbehaltungsrecht des Vertragspartners.

56 Vgl. o. Rn. 2.8 ff. (mit einer Ausnahme für den Fall der Massezugehörigkeit des zurückbehaltenen Gegenstandes); a. M. HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 436.

57 Dazu, jeweils mit Nachweisen auch zu abweichenden Auffassungen, o. Rn. 4.165 (kein Einfluß auf Zurückbehaltungsrechte), Rn. 4.34 Fn. 85 (enger Teilbarkeitsbegriff), Rn. 4.165 Fn. 435 (der *Vertragspartner* muß vorgeleistet haben); HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 17 (die Forderung des *Vertragspartners* muß auf *Geld* gerichtet sein). A. M. hinsichtlich der meisten (soeben in den Klammerzusätzen bezeichneten) *Vorfällen* KREFT, Teilbare Leistungen nach § 105 InsO (unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertragsrechts), in: Festschr. f. Uhlenbruck, 2000, S. 387 ff. Im *Ergebnis* würde aber wohl auch KREFT den Ausführungen bei Rn. 8.19 zustimmen (s. o. Fn. 54 f.).

Ist der Schadensersatzanspruch des Bestellers höher als der Teilvergütungsanspruch der Masse, so sollte der Insolvenzverwalter lieber nicht die Erfüllung des Teilvergütungsanspruchs verlangen. Verlangt er Erfüllung, so begehrt er die vollständige Erfüllung aller Pflichten, die den Besteller jetzt noch treffen. Solch ein Verlangen hätte trotz des in § 55 I Nr. 2 InsO enthaltenen Wörtchens »so weit«⁵⁸ und trotz des (hier nämlich nicht einschlägigen^{58a}) § 105 Satz 1 InsO zur Folge, daß sich die Gegenverbindlichkeit des Insolvenzschuldners – im konkreten Fall die Schadensersatzpflicht⁵⁹ – in eine Masseverbindlichkeit verwandelt. Anders wäre es zwar, wenn man der Ansicht folgte, daß die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO nur eintreten könne, wenn dem Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung des Vertrages zur Zeit seines Erfüllungsverlangens noch möglich sei⁶⁰. Diese Ansicht findet aber in § 55 I Nr. 2 InsO, der ohne Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und Schadensersatzpflichten ganz pauschal von »Verbindlichkeiten« aus gegenseitigen Verträgen spricht, keine Stütze. Auch der mit § 55 I Nr. 2 InsO eng zusammenhängende § 103 InsO setzt lediglich voraus, daß der Vertrag zur Zeit der Verfahrenseröffnung beiderseits noch nicht vollständig erfüllt ist. Die für diesen Fall ausgesprochene Folge, daß der Insolvenzverwalter berechtigt ist, den Vertrag zu »erfüllen« und auch seinerseits Erfüllung zu verlangen (§ 103 I InsO), kann unter Berücksichtigung des mit ihr verfolgten Zwecks⁶¹ unmöglich so verstanden werden, daß der Insolvenzverwalter in Fällen, in denen er zur weiteren »Erfüllung« des Vertrages außerstande ist, nicht berechtigt sei, einen vor oder nach der Verfahrenseröffnung entstandenen Anspruch des Vertragspartners auf Ersatz des

58 Vgl. o. Rn. 4.165.

58a S. o. Fn. 57.

59 A. M. wohl HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419, 436.

60 So z. B. OLG Hamm NJW 1977, 768 (zu §§ 17, 59 I Nr. 2 KO); vgl. auch die den Anwendungsbereich des § 17 KO auf diese Fälle reduzierenden Ausführungen von BAUR, Festschr. f. Fr. Weber S. 41, 46; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 19 a, 22; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 41.

Demgegenüber will HENCKEL (JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 109) nicht auf den Zeitpunkt des Erfüllungsverlangens, sondern auf den der Verfahrenseröffnung abstellen: »... wenn die Unmöglichkeit schon vor der Konkurseröffnung eingetreten ist, ... fehlt es schon bei Konkurseröffnung an einem gegenseitigen Schuldverhältnis, auf das § 17 anwendbar wäre.« An anderer Stelle (§ 17 Rn. 88) erkennt er aber die Anwendbarkeit des § 17 KO auch in diesem Falle an, wenn der andere Vertragsteil seinen Schaden nicht nach der Differenz-, sondern nach der Surrogationsmethode ersetzt verlangt. Ebenso muß § 17 KO /§ 103 InsO aber auch dann anwendbar sein, wenn dem Schuldner vor der Verfahrenseröffnung nur ein Teil seiner Leistung unmöglich geworden ist und dies dazu geführt hat, daß sich ein Anspruch des Vertragspartners auf Schadensersatz wegen Nichterbringung der dem Schuldner unmöglich gewordenen Teilleistung und ein (nun zur Insolvenzmasse gehörender) Anspruch des Schuldners auf einen dem ihm möglich gebliebenen Teil seiner Leistung entsprechenden Teil der Gegenleistung gegenüberstehen. Vgl. dazu o. im Text sowie HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 22 f.

61 Dieser besteht darin, den Insolvenzverwalter im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern für berechtigt zu erklären, die an sich nur eine Insolvenzforderung (§ 38 InsO) darstellende Forderung des anderen Vertragsteils als Masseverbindlichkeit zu erfüllen, um die Gegenforderung der Masse von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu befreien; vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

infolge des Ausbleibens von Teilleistungen erlittenen Schadens als Masseverbindlichkeit (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) zu erfüllen, wenn dies nötig erscheint, um einen der Masse zustehenden, aber mit der Zug-um-Zug-Einrede des § 273 oder § 320 BGB behafteten Gegenanspruch auf anteilige Vergütung des möglich gebliebenen und vom Schuldner schon erbrachten Teils seiner Leistung realisieren zu können.

- 8.21** Übrigens kann der Vertragspartner auch dann, wenn ihm Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur hinsichtlich des noch unerfüllten *Teils* seiner Primärforderung zusteht, nach allgemeinen Grundsätzen berechtigt sein, diesen Schaden statt nach der Differenz- nach der Surrogationsmethode (Austauschmethode) zu liquidieren⁶². Auch aus diesem Grunde sollte sich der Insolvenzverwalter gründlich überlegen, ob es wirklich sinnvoll ist, den Vertragspartner auf dem Wege des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einem Massegläubiger zu erheben⁶³.

b) Verfahrenseröffnung bei noch vorhandener Leistungsfähigkeit des Schuldners

aa) Der Standpunkt des RG

- 8.22** Die vorangegangenen Ausführungen (Rn. 8.19 ff.) galten dem Fall, daß dem im Insolvenzverfahren befindlichen Schuldner die Vollendung des Bauwerks schon vor der Verfahrenseröffnung objektiv oder subjektiv unmöglich geworden war. Hier war dem Schuldner und später der Insolvenzmasse selbst dann ein Teilvergütungsanspruch zuzusprechen, wenn die Unmöglichkeit auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand beruhte.
- 8.23** Wie aber verhält es sich, wenn dem Schuldner die Vollendung des Baus bis zur Verfahrenseröffnung noch möglich war, der Insolvenzverwalter jedoch die Fertigstellung ablehnt? Das RG meinte in seiner bei Rn. 8.10 ff. erwähnten Entscheidung, auch diesen Fall analog den Regeln über die vom Schuldner zu vertretende Teilunmöglichkeit behandeln zu dürfen. Zur Begründung führte es aus⁶⁴:
- 8.24** Die Ursache für die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters (damals: Konkursverwalters) brauche »zwar weder objektive Unmöglichkeit der weiteren Erfüllung noch Unzulänglichkeit der Mittel der Konkursmasse zu sein«. Sie liege »aber regelmäßig in einer Gestaltung der Verhältnisse, die dem Konkursverwalter die weitere Erfüllung in so hohem Grade erschwert, daß dieselbe bei pflichtgemäßem Ermessen für ihn nicht in Frage« komme. Es liege »daher nahe, den Fall der vom Konkursverwalter gemäß § 17 KO erfolgten Ablehnung der Erfüllung einer gleichen Beurteilung zu unterziehen wie den Fall der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der weiteren Erfüllung, soweit nicht die Bestimmungen der Konkursordnung dem entgegenstehen« (was das RG nur insoweit annahm, als

62 MünchKomm/EMMERICH BGB³ § 325 Rn. 135. Allgemein zur Surrogationsmethode auch o. Rn. 5.50 ff. (bes. Rn. 5.56).

63 Ausführlicher u. Rn. 8.44.

64 RGZ 73, 58, 62 f.

§ 325 BGB der andern – der vertragstreuen – Partei das Recht zum Rücktritt gewährt⁶⁵). Es sei »nicht ersichtlich, weshalb die Konkursgläubiger in ihrer Gesamtheit, deren Interessen hier wesentlich in Frage stehen, ungünstiger hätten gestellt werden sollen, als ein Schuldner, durch dessen vielleicht grobes Verschulden die weitere Erfüllung unmöglich geworden ist«. Die Anwendung des Rechtsatzes, »daß keine Vertragspartei die auf Grund eines zweiseitigen Vertrages empfangene Teilleistung endgültig behalten kann, ohne zu der entsprechenden Gegenleistung verpflichtet zu sein«⁶⁶, führe auch in den Fällen des § 17 KO (§ 103 InsO) zu keiner unbilligen Benachteiligung des Vertragspartners, »da dieser mit seiner etwaigen Schadensersatzforderung gegen den Anspruch des Konkursverwalters – und ebenso auch gegen den der Zessionare des Gemeinschuldners – aufrechnen« könne.

bb) Kritik und eigene Auffassung

Die Argumentation des RG beruht im wesentlichen auf einer Gleichstellung des Falles, daß der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung eines dem § 103 InsO unterliegenden Vertrages ablehnt, mit dem Fall, daß ihm die weitere Erfüllung des Vertrages aus einem Grunde, den er zu vertreten hat, unmöglich wird. **8.25**

Mit Recht⁶⁷ geht das RG davon aus, daß im ersten Fall »weder objektive Unmöglichkeit der weiteren Erfüllung noch Unzulänglichkeit der Mittel der Konkursmasse« ohne weiteres als feststehende Realitäten vorzusetzen seien (s. Rn. 8.24). Zu kritisieren ist jedoch, daß das RG das Thema »Unmöglichkeit« hier nur unter dem Gesichtspunkt behandelt, ob dem *Insolvenzverwalter* die weitere Erfüllung des Vertrages unmöglich bzw. in einer die Analogie zum Unmöglichkeitensrecht nahelegenden Weise unzumutbar ist⁶⁸. Dabei wird nämlich vernachlässigt, daß weder das Insolvenzverfahren als solches noch eine negative (oder positive⁶⁹) Ausübung des dem Verwalter nach §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zustehenden Wahlrechts Umstände sind, die den Schuldner aus seiner Position als persönlicher Schuldner seines Vertragspartners zu verdrängen vermögen. Stellt man deshalb richtigerweise⁷⁰ auf das Leistungsvermögen (§§ 275 II, 325 BGB) des im Insolvenzverfahren stehenden *Schuldners* ab, so kann man die noch immer *ihn* treffende Verbindlichkeit nicht allein deshalb dem Unmöglichkeitensrecht unterwerfen, weil der *Insolvenzverwalter* es als unzumutbar ablehnt, sie gem. § 103 I InsO »anstelle des Schuldners« zu erfüllen⁷¹. Denn es ist zwar meist sehr unwahr- **8.26**

65 RGZ 73, 58, 63 (dazu schon o. Rn. 7.12 mit Fn. 29, 32).

66 Vgl. RGZ 73, 58, 63 und o. Rn. 8.18.

67 Vgl. schon o. Rn. 5.76 ff.

68 Dieser Fehler liegt auch der früheren Entscheidung RG LZ 1908 Sp. 938, 940 f. (vgl. o. Rn. 5.79 Fn. 257) zugrunde.

69 Vgl. o. Rn. 2.86 mit Fn. 184 und u. Rn. 8.28 f.

70 Vgl. schon o. Rn. 5.80 ff. mit Fn. 262; LUTHER S. 67; a. M. HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419, 433, 435 f.

71 Man würde sonst das in § 320 BGB begründete Recht des Vertragspartners, die Erfüllung der zur Insolvenzmasse gehörenden Gegenforderung bis zur Bewirkung der auf seiten des

scheinlich, aber gleichwohl nicht völlig undenkbar, daß dem Schuldner die weitere Erfüllung des Vertrages trotz des Insolvenzverfahrens noch möglich ist. Sorgfältiger Prüfung bedarf die behauptete Unmöglichkeit z. B. dann, wenn seitens des Schuldners nur noch eine verhältnismäßig *geringe* Restleistung aussteht, wenn der Schuldner seine noch offene Restverbindlichkeit durch *Eigenarbeit* erfüllen könnte oder wenn es sich um ein *Nachlaßinsolvenzverfahren* handelt und der in der Schuldnerrolle befindliche Erbe dem Gläubiger ausnahmsweise⁷² auch mit dem Eigenvermögen haftet. In solchen und sicherlich auch in einigen anderen Fällen^{72a} bleibt der Schuldner u. U. selbst dann zu der dem Vertragspartner versprochenen *Primärleistung* befähigt (und deshalb auch zu ihr verpflichtet), wenn der Insolvenzverwalter es ablehnt, sie mit Mitteln der *Masse* zu erbringen. Das hat Konsequenzen auch für die *hier* untersuchte Problematik: Wenn und solange die Primärleistungspflicht des Schuldners trotz des Insolvenzverfahrens fortbesteht, hat der Vertragspartner, falls er nicht nach von § 266 BGB abweichender Vertragsbestimmung Teilleistungen vergüten muß⁷³ oder sogar vorleistungspflichtig ist, das Recht, seine Gegenleistung – die er in diesem Fall noch in *vollem* Umfang schuldet – bis zur Bewirkung der *Primärleistung* des Schuldners zurückzuhalten. Von einem bereits Zug um Zug gegen Ersatz des dem Vertragspartner durch die teilweise Nichterfüllung des Vertrages (möglicherweise) entstandenen *Schadens* oder gar von einem *unbedingt* zu erfüllenden Anspruch des Insolvenzverwalters auf einen der vom Insolvenzschnldner erbrachten Teilleistung entsprechenden Teil der Gegenleistung kann normalerweise erst die Rede sein, wenn der Vertragspartner seinen Anspruch auf die noch nicht erbrachte Restleistung des Schuldners verloren hat. Solange der Schuldner den Vertrag noch erfüllen kann, verliert sein Vertragspartner diesen Anspruch jedoch nicht allein schon aus dem Grunde der Verfahrenseröffnung⁷⁴ oder dadurch, daß der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt⁷⁵, ebensowenig notwendigerweise schon dadurch,

Insolvenzschnldners noch ausstehenden *Primärleistung* zu verweigern, ohne gesetzliche Grundlage dahin abwandeln, daß er seine Gegenleistung – die sich bei Anwendung des Unmöglichkeitrechts allerdings entsprechend § 323 I HS. 2 BGB reduzieren würde (s. o. Rn. 8.16 mit Fn. 46) – schon Zug um Zug gegen Ersatz des ihm wegen der Nichterfüllung der noch offenen Restverbindlichkeit des Insolvenzschnldners entstehenden *Schadens* erbringen müßte.

72 Vgl. die den *Grundsatz* beschreibenden §§ 1975 ff., 1989 BGB einerseits und die o. Rn. 2.87, 5.89 Fn. 300 erwähnten *Ausnahmen* andererseits.

72 a Vgl. auch o. Rn. 2.87, 5.89 und u. Rn. 9.47 f., 9.86. Auf weitere Beispiele kommt man bei der Lektüre der Entscheidungsgründe von BFH NJW-RR 2001, 338 f. In diesem Urteil hat der BFH die Ansicht vertreten, daß im Konkursverfahren über das Vermögen der GmbH der Auflösungsverlust i. S. von § 17 IV EstG »regelmäßig erst mit Abschluss des Konkursverfahrens realisiert« sei. Denn es sei »bei Eröffnung des Konkursverfahrens nicht sicher . . ., dass es zur Vollbeendigung der Gesellschaft und damit zu einem endgültigen Liquidationsverlust der Gesellschafter kommen wird« (wird näher ausgeführt unter II 2 b der Urteilsgründe). Vgl. dazu aber auch u. Rn. 9.93 Fn. 261.

73 Vgl. z. B. §§ 632 a, 641 I 2 BGB, § 16 VOB/B (2000).

74 Vgl. jedoch die bei Rn. 3.42 ff. erwähnte (und dann abgelehnte) Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie des BGH.

75 Vgl. o. Rn. 3.5–3.58; anders die bei Rn. 3.2 ff., 3.42 ff. dargestellte h. M.

daß der Schuldner mit seiner Restleistung in Verzug gerät⁷⁶, sondern erst dann, wenn er – der Vertragspartner – von seinem etwaigen Recht Gebrauch macht, seinen Erfüllungsanspruch durch eine eigene Rechtshandlung⁷⁷ zu Fall zu bringen.

Es versteht sich von selbst, daß weder der im Insolvenzverfahren stehende Schuldner (wenn dessen endgültiges Leistungsvermögen nicht bereits jetzt feststeht⁷⁸) noch der Insolvenzverwalter einen Anspruch darauf hat, daß der Vertragspartner solch eine Rechtshandlung auch tatsächlich vornimmt. **8.27**

Solange der Schuldner seine Fähigkeit zur weiteren Erfüllung des Vertrages nicht endgültig verloren hat, kann man dem Insolvenzverwalter auch nicht raten, notfalls (wenn der Vertragspartner gem. § 103 II 2 InsO Druck macht) *erst* die weitere *Erfüllung* des Vertrages zu wählen und sich *dann* durch planmäßige Vornahme kollidierender Verwertungshandlungen die weitere Vertragserfüllung unmöglich zu machen. Denn man darf nicht außer acht lassen, daß der Insolvenzverwalter die (vollständige oder anteilige) Erfüllung des Vertrages niemals aus eigenem Recht, sondern immer nur aus dem Recht des Schuldners verlangen kann und daß dieser auch dann persönlicher (und zur Erfüllung u. U. noch fähiger) Schuldner seines Vertragspartners bleibt⁷⁹, wenn dessen Ansprüche nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu Masseverbindlichkeiten aufgewertet werden. Allein der Umstand, daß der *Insolvenzverwalter* den Vertrag nicht weiter erfüllen kann, ändert also nichts am Bestand und am Inhalt der dem Vertragspartner des *Schuldners* zustehenden Zug-um-Zug-Einrede (vgl. jedoch Rn. 8.34 f. zu dem Fall, daß auch dem *Schuldner* jede realistische Erfüllungsmöglichkeit fehlt. **8.28**

Streiten kann man höchstens darüber, ob der Schuldner und die (versuchsweise als rechtsfähig gedachte) Insolvenzmasse dem Vertragspartner nicht nach Art von Gesamtschuldnern *beide* verpflichtet sind. Auch wer die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 InsO als einen selbstschuldnerischen Beitritt der Insolvenzmasse zu der Verbindlichkeit des Schuldners auffaßt⁸⁰, ist jedoch – und zwar durch § 425 II BGB – gehindert, aus dem Umstand, daß dem *Insolvenzverwalter* die weitere Erfüllung des Vertrages unmöglich wird, die Rechtsfolge herzuleiten, daß auch der *Schuldner* nach Unmöglichkeitrecht frei werde und allenfalls noch Ersatz des dem Ver- **8.29**

76 Vgl. STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 148 (ohne besondere Berücksichtigung des Insolvenzverfahrens).

77 Z. B. durch eine Kündigung nach § 649 BGB oder § 8 Nr. 2 VOB/B 2000 (dazu BGHZ 68, 379, 381 f.; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 214; HK-InsO/MAROTZKE² § 119 Rn. 8) oder, in den Fällen der §§ 283, 326 BGB, durch die Erklärung, die Annahme der Leistung jetzt (§ 326 II BGB) oder nach Ablauf einer bestimmten Frist abzulehnen (vgl. Rn. 8.32 a. E.).

78 Andernfalls kann der Insolvenzmasse u. U. mit der *condictio ob rem* zu einem *Rückgewähranspruch* verholten werden. Dazu ausf. Rn. 9.18 ff., 9.47 ff., 9.85 ff.

79 Ganz h. M.; vgl. o. Rn. 2.86 mit Fn. 184.

80 So wohl HELLMANN S. 200 Fn. 3; KOHLER, Lehrbuch S. 136 und Leitfaden S. 95 (beide jedoch mit dem – hier nicht bedeutsamen – Unterschied, daß sie die »Gläubigerschaft« als Subjekt des Schuldbeitritts ansehen). ERDMANN und BÖTTCHER ziehen die Analogie zur Gesamtschuld selbst bei einfachen Insolvenzforderungen heran; vgl. o. Rn. 5.83 mit Fn. 270–272.

tragspartner entstehenden Nichterfüllungsschadens schulde⁸¹. Solange der *Schuldner* zur weiteren Erfüllung des Vertrages in der Lage und verpflichtet ist, kann der Vertragspartner die (vollständige oder anteilige) Erfüllung auch gegenüber dem *Insolvenzverwalter*, der diese ja nur aus dem Recht des *Schuldners* verlangen kann, nach § 320 BGB verweigern, bis die noch offene Restleistung des Schuldners bewirkt wird (von wem auch immer).

cc) Die Rechtslage bei feststehender Unzulänglichkeit des »freien« Schuldnervermögens

- 8.30** Wie aber steht es um den Teilerfüllungsanspruch des Insolvenzverwalters, wenn der Schuldner tatsächlich außerstande ist, seine Restverbindlichkeit ohne Rückgriff auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu erfüllen?
- 8.31** Bereits bei Rn. 5.86 wurde ausgeführt, daß die Wahrscheinlichkeit, daß ein Insolvenzverwalter, der die (weitere) Erfüllung des Vertrages abgelehnt hat, die zur Erfüllung erforderlichen Massegegenstände nicht versilbert und nicht zur Gläubigerbefriedigung verwendet, normalerweise so gering ist, daß dem Vertragspartner i. d. R. schon *während* des Verfahrens alle Rechte zugestanden werden müssen, die ihm das Gesetz für den Fall einräumt, daß das Unvermögen des Schuldners nicht nur ein vorübergehendes ist. Andererseits wurde dem Vertragspartner aber zugestanden⁸², von seinem Recht, das nur *wahrscheinlich* endgültige Unvermögen des Schuldners im Rahmen der §§ 325, 275 II BGB wie ein feststehendes und endgültiges zu behandeln, *nicht* Gebrauch zu machen und nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens wieder auf der Erfüllung seiner Primärforderung zu bestehen, falls der Schuldner die Möglichkeit, dem zu entsprechen, wider Erwarten zurückerlangt haben sollte. Es fragt sich nun, ob diese letztere, höchst unwahrscheinliche Möglichkeit dem Vertragspartner das Recht gibt, sich einer Aufforderung des Insol-

81 Wegen des zumindest analog anwendbaren § 425 II BGB kann der Vertragspartner von dem *Insolvenzverwalter*, der gem. § 103 InsO die Erfüllung des Vertrages verlangt und sich dann die Erfüllung der nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandenen Masseverbindlichkeit schuldhaft unmmöglich gemacht hat, aber auch dann Schadensersatz wegen der Nichterfüllung verlangen (§ 325 I 1 BGB), wenn er gegenüber dem *Schuldner* noch seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch hat. Tut er das, so muß er konsequenterweise das Recht verlieren, sich gegenüber dem Anspruch der Masse auf Erbringung eines der Teilleistung des Schuldners entsprechenden Teils der Gegenleistung auf seinen im Verhältnis zum Schuldner womöglich noch fortbestehenden Anspruch auf weitere Erfüllung des Vertrages zu berufen: Analog § 422 I BGB muß auch solch ein Erfüllungsanspruch gegen den Schuldner erlöschen, sobald der Insolvenzverwalter die diesem entsprechende Schadensersatzpflicht der Masse auf Verlangen des Gläubigers erfüllt.

Ein gegenüber dem die Erfüllung des Vertrages verlangenden Insolvenzverwalter erworbenes *Rücktrittsrecht* (§§ 325 ff., 455 BGB) wirkt aber trotz § 425 BGB auch gegenüber dem Schuldner persönlich (MOTIVE zur KO S. 91 = HAHN Bd. IV S. 106; wörtlich zitiert o. Rn. 7.11, vgl. auch Fn. 28 zu Rn. 7.12). Denn wegen § 80 I InsO wäre dieser ja auch an einen zwischen seinem Vertragspartner und dem Insolvenzverwalter geschlossenen Aufhebungsvertrag gebunden.

82 Vgl. Rn. 5.86 (Schlußsatz und Fn. 284).

venzverwalters, mit der dieser einen der Teilleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung verlangt, zu widersetzen, bis der Verwalter die zur Erfüllung des Vertrages tauglichen Massegegenstände verwertet und den Erlös – falls auch dieser erfüllungstauglich sein sollte⁸³ – an die konkurrierenden Gläubiger ausgeschüttet hat.

M. E. ist diese Frage zu bejahen⁸⁴ (und die Lösung notfalls in der *condictio ob rem* zu suchen^{84a}). Solange der Vertragspartner das Recht hat, das nur *wahrscheinlich* endgültige Unvermögen des Schuldners zu negieren und z. B. auf eine vorzeitige Einstellung des Insolvenzverfahrens zu hoffen, muß er konsequenterweise auch befugt sein, die anteilige und erst recht natürlich die vollständige Erfüllung des Vertrages nach § 320 BGB bis zur Bewirkung der Gegenleistung des Schuldners (oder des Insolvenzverwalters) zu verweigern⁸⁵. Das würde erst recht gelten, wenn man das insolvenzbedingte Unvermögen des Schuldners mit der Begründung, daß es lediglich auf dem Fehlen der zum Erkaufen einer Freigabeerklärung erforderlichen Geldmittel beruhe, dem Unmöglichkeitsrecht entzöge⁸⁶: Auch bei dieser Betrachtungsweise könnte der Vertragspartner seinen Erfüllungsanspruch (und mit diesem das Recht, bis zu dessen Befriedigung die Gegenleistung zu verweigern) nicht gegen seinen Willen verlieren, solange die Insolvenzmasse noch erfüllungstaugliche Gegenstände enthält. Denn die Anwendung des dann als Grundlage für ein Erlöschen des Erfüllungsanspruchs in Betracht kommenden § 326 I 2 HS. 2 BGB setzt selbst in Fällen, in denen Mahnung und Nachfristsetzung nur sinnlose Förmelien und folglich überflüssig wären, voraus, daß der Gläubiger erklärt, die Annahme der noch ausstehenden Leistung abzulehnen⁸⁷.

Die hier vertretene Auffassung, daß der Vertragspartner dem Insolvenzverwalter, der einen der bereits erbrachten Teilleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung verlangt, bis auf weiteres⁸⁸ entgegenhalten kann, daß er die volle wie auch die anteilige Gegenleistung bis zur gehörigen (§ 266 BGB) Bewirkung der ihm vor Verfahrenseröffnung versprochenen Leistung verweigern könne, mag für den Insolvenzverwalter unbequem sein (selbst wenn ihm u. U. die con-

83 Z. B. um einen nur der Gattung nach bestimmten Leistungsgegenstand am Markt zu beschaffen oder die von dem Schuldner begonnenen Bauleistungen von einem Subunternehmer vollenden zu lassen.

84 A. M. HENCKEL ZJP 99 (1986) 419, 436.

84a Vgl. dazu u. Rn. 9.1 ff., bes. Rn. 9.45 ff., 9.85 ff.

85 A. M. HENCKEL a. a. O. mit der m. E. unzutreffenden (s. o. Rn. 2.12 ff., 4.165) Begründung, daß sich erst aus § 17 KO (§ 103 InsO) ergebe, daß und in welchem Umfang der Vertragspartner die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB behalte, daß § 17 KO (§ 103 InsO) »nur insoweit« anwendbar sei, »wie die Leistung des Gemeinschuldners noch aussteht«, und daß folglich der Vertragspartner ein Zurückbehaltungsrecht »nur« für die »insoweit« geschuldete Gegenleistung habe.

86 Zu derartigen Tendenzen s. o. Rn. 5.84.

87 Vgl. STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 134, 146, 148, 153. Unrichtig MEHL S. 29.

88 Nämlich bis zu dem Zeitpunkt, in dem sich das nur *wahrscheinlich* endgültige Unvermögen des Schuldners in ein *feststehend* endgültiges verwandelt; vgl. soeben Rn. 8.31 f.

dictio ob rem zugebilligt werden sollte^{88 a)}). Sie entspricht aber den schutzwürdigen Interessen des Vertragspartners sowie dem allgemeinen Grundsatz, daß der Insolvenzverwalter bei der Geltendmachung von Rechten des Schuldners an die für diesen geltenden Beschränkungen gebunden ist.

8.34 In der Konsequenz der hier vertretenen Ansicht liegt allerdings, daß der Insolvenzverwalter die Einrede des nicht gehörig (§ 266 BGB) erfüllten Vertrages, die seinem Verlangen nach einem der Teilleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung entgegengehalten werden kann, u. a. dadurch auszuschalten vermag, daß er das vorläufige Unvermögen des Schuldners, den Vertrag weiter zu erfüllen, *absichtlich* in ein endgültiges verwandelt und sodann anstelle weiterer *Erfüllung* nur Schadensersatz wegen *Nichterfüllung* der noch offenen Teilleistung anbietet. Dies als rechtlich möglich zu akzeptieren, bedeutet jedoch keine ungeRechtfertigte Prämierung vertragswidrigen Verhaltens. Es handelt sich lediglich um eine konsequente Anwendung des Gedankens, daß der Insolvenzverwalter dem Vertragspartner außer zur Zahlung der Quote zu nichts verpflichtet ist und daß er mit »seinem« gegen den Vertragspartner gerichteten Teilvergütungsanspruch kein eigenes Recht, sondern ein solches des Insolvenzschuldners ausübt (§ 80 I InsO), so daß die Voraussetzungen für die Durchsetzbarkeit dieses Rechts in bezug auf *dessen* Person zu ermitteln sind. Der Insolvenzschuldner aber führt die der Gläubigerbefriedigung dienende Versilberung seines Vermögens nicht in böser Absicht herbei, sondern muß sie als dem Zweck des Insolvenzverfahrens entsprechend erdulden und gegenüber den Gläubigern, deren Forderungen er deshalb nicht mehr in Natur erfüllen kann, ohne Rücksicht auf Verschulden⁸⁹ verantworten. Wenn der *Schuldner* nach der vom Insolvenzverwalter vorgenommenen restlosen Verwertung seines Vermögens nicht mehr zur weiteren Erfüllung des Vertrages, sondern nur noch zum Ersatz des Nichterfüllungsschadens verpflichtet ist (§ 325 I 1 BGB), dann kann der Vertragspartner den der bereits empfangenen Teilleistung entsprechenden Teil der Gegenleistung auch dem *Insolvenzverwalter* nur noch bis zur Befriedigung dieses *Schadensersatzanspruchs* verweigern.

8.35 Das muß selbst dann gelten, wenn der Insolvenzverwalter zunächst gem. § 103 InsO die Erfüllung des Vertrages verlangt hat (etwa weil der Vertragspartner gem. § 103 II 2 InsO angefragt hatte) und erst *später* in der Absicht, von dem Vertragspartner nur einen der Teilleistung des Schuldners entsprechenden *Teil* der Gegenleistung zu verlangen, sich und dem Schuldner die Erfüllung der nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandenen Masseverbindlichkeit durch anderweitige Verfügungen endgültig unmöglich macht. Denn auch in diesem Fall würde es dem Vertragspartner nichts nützen und den übrigen Gläubigern nur schaden, wenn man einen etwaigen Teilerfüllungsanspruch des Schuldners nicht zur Insolvenzmasse rechnen würde. Der Umstand, daß der Insolvenzverwalter durch sein Erfüllungsverlangen eine auf Gegenerfüllung gerichtete Masseverbindlichkeit begründet (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) und danach in voller Absicht (!) sich und dem

^{88 a} Vgl. dazu u. Rn. 9.45 ff., 9.85 ff.

⁸⁹ Analogie zu § 279 BGB; s. o. Rn. 5.86 f. mit Fn. 283.

Schuldner die Erfüllung derselben unmöglich gemacht hat, schließt weder diese Unmöglichkeit noch das die notwendige Folge bildende Erlöschen der Primärleistungspflicht aus. Die zuvor erfolgte Aufwertung der Primärleistungspflicht zu einer Masseverbindlichkeit ändert daran nichts. Selbstverständlich kann der Vertragspartner aber nach § 325 I 1 BGB Ersatz des ihm durch die teilweise Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schadens verlangen und die Erfüllung des Teilvergütungsanspruchs der Masse bis zur Befriedigung dieses Ersatzanspruchs nach §§ 273, 320 BGB verweigern. Da der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO war, gilt Gleiches nun auch für den Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens.

4. Teil-Erfüllungsverlangen und Anwendbarkeit der §§ 55 I Nr. 2 Alt. 1, 103 II InsO

Masseverbindlichkeit⁹⁰ ist der Erfüllungs- und später der Ersatzanspruch des Vertragspartners auch dann, wenn der Insolvenzverwalter vor Herbeiführung der Unmöglichkeit nicht die *vollständige* Erfüllung des Vertrages, sondern nur einen der Teilleistung des Schuldners entsprechenden *Teil* der Gegenleistung verlangt hat⁹¹. Denn § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO unterscheidet ebensowenig wie § 103 InsO zwischen einem Verlangen nach vollständiger und einem solchen nach nur anteiliger Vertragserfüllung. Soweit sich aus § 105 Satz 1 InsO nichts anderes ergibt^{91 a}, erhebt § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO eine noch zu 100 % unerfüllte Leistungspflicht des Schuldners auch dann zu 100 % in den Rang einer Masseverbindlichkeit, wenn der Vertragspartner schon vor Verfahrenseröffnung 90 % seiner Leistung erbracht hat und der Insolvenzverwalter deshalb jetzt nur noch die restlichen 10 % verlangt⁹². Kann der Insolvenzverwalter die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO *hier* nicht einseitig auf den dem Umfang *seines* Erfüllungsverlangens entsprechenden Prozentsatz (10 %) der dem Gegner insgesamt gebührenden Leistung beschränken⁹³, so wird er dies auch dann nicht können, wenn es sich bei der Teilleistung, die er von dem Vertragspartner verlangt, nicht um die letzte, also zur Vollerfüllung führende, sondern um die erste und womöglich einzige handelt.

Eine Restriktion des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO mit dem Ziel, das gefundene Ergebnis wieder umzustößen, würde sehr schlecht dazu passen, daß sich der Vertragspartner wegen seiner Gegenansprüche selbst dann, wenn sie lediglich als Insolvenzforderungen zu qualifizieren wären, auf die (insolvenzfesten⁹⁴) Zug-um-Zug-Einreden

90 Vgl. soeben Rn. 8.35.

91 A.M. wohl LUTHER S. 68.

91 a S. o. Rn. 4.165 sowie zur Unanwendbarkeit des § 105 Satz 1 InsO in den *hier* erörterten Vorleistungsfällen Rn. 8.19 Fn. 57.

92 Vgl. o. Rn. 4.165 (auch die dortige Fn. 435), 8.20.

93 Unstreitig ist das für den das Wort »soweit« noch nicht enthaltenden § 59 I Nr. 2 KO (vgl. RGZ 39, 57 ff.; RG JW 1904, 392; OLG Dresden OLGE 4, 168, 169; AMON S. 52; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 120; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 23 b, f.). Vgl. für § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO o. Rn. 4.165 m. w. N.

94 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 4.153 ff., 4.160 ff.; einschränkend LUTHER S. 48, 67 f., 131.

der §§ 273, 320 BGB berufen könnte und der Insolvenzverwalter die (vollständige oder anteilige) Erfüllung des Vertrages somit ohnehin nur um den Preis *vollständiger* Erfüllung dieser Gegenforderungen (z. B. Ersatz des durch die herbeigeführte Teilunmöglichkeit entstehenden Differenzschadens), erzwingen kann. Vor diesem Hintergrund wäre es unsinnig zu bestreiten, daß die Erklärung des Insolvenzverwalters, daß er einen der bereits erbrachten Teilleistung des Schuldners entsprechenden *Teil* der Gegenleistung verlange, nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zur Folge hat, daß die auf demselben Vertrag beruhende Verbindlichkeit des Schuldners bzw. der noch unerfüllte Teil derselben *vollständig* Masseverbindlichkeit wird.

- 8.38** Ein unter Protest gegen diese Rechtsfolge erklärtes Verlangen nach (anteiliger oder vollständiger) Vertragserfüllung vermeidet zwar die Entstehung einer Masseverbindlichkeit⁹⁵. Gerade deshalb ist solch eine Erklärung aber ungeeignet, dem nach § 103 II 2 InsO zur Wahlrechtsausübung aufgeforderten Verwalter das Recht zu erhalten, auf einer (wenn auch nur anteiligen⁹⁶) Leistungserbringung des Vertragspartners zu bestehen. Gibt der Insolvenzverwalter zu verstehen, daß er seinen Protest gegen die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO als endgültig betrachtet, so wird man sein Verhalten ungeachtet dessen, daß er die (wenn auch nur anteilige) Erfüllung des Vertrages verlangt, als Erfüllungsablehnung zu werten haben⁹⁷, durch welche er das Recht, auf der (vollständigen oder anteiligen) Leistung des Vertragspartners zu »bestehen«, analog § 103 II 3 InsO selbst dann verliert, wenn er diese Erklärung ungefragt abgegeben hat⁹⁸.
- 8.39** Wirksam durchsetzen kann der Insolvenzverwalter seinen Wunsch nach einem der bereits erbrachten Vorleistung des Insolvenzschuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung also nur, wenn er in Kauf nimmt, daß sämtliche Verbindlichkeiten, die den Insolvenzschuldner aufgrund dieses Vertrages treffen und noch nicht (vollständig) erfüllt sind, nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu Masseverbindlichkeiten werden⁹⁹. In diesem Fall geht er aber das Risiko ein, durch Vollstreckungsmaßnahmen des Gegners zur weiteren Erfüllung des Vertrages genötigt und damit an der beabsichtigten anderweitigen Verfügung über die in Betracht kommenden Massegegenstände gehindert zu werden. Zwar kann er dieses Risiko u. U. vermeiden, indem er das die Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auslösende Verlangen nach (anteiliger) Erfüllung des Vertrages erst nach dem Vollzug dieser Verfügungen ausspricht. Der Vertragspartner kann solch einer Verzögerungstaktik jedoch

95 Vgl. o. Rn. 4.177.

96 Ebenso – mehr oder weniger deutlich – die Gegner der in RGZ 73, 58 ff. vertretenen Auffassung (vgl. die Nachweise bei Rn. 8.11), während die Befürworter unterstellen, daß der Insolvenzverwalter einen der Teilleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung auch dann beanspruchen könne, wenn er es ablehne, die noch offene Verbindlichkeit des Schuldners gem. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer Masseverbindlichkeit zu erheben (vgl. z. B. RGZ 73, 58, 63 f.).

97 Vgl. o. Rn. 4.177.

98 Vgl. o. Rn. 3.37.

99 Str., vgl. soeben Rn. 8.38 mit Fn. 96.

Grenzen setzen, indem er von seinem Recht Gebrauch macht, den Insolvenzverwalter nach § 103 II 2 InsO zu einer unverzüglichen Ausübung seines Wahlrechts anzuhalten.

III. Ergebnis und Schlußfolgerungen

Die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters beendet nicht automatisch die Massezugehörigkeit der Ansprüche gegen den Vertragspartner (Rn. 8.1 ff.). **8.40**

Nicht ablehnen, sondern mit der Folge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO *verlangen* muß der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages, wenn er sich im Fall des § 103 InsO die Chance sichern will, vom Vertragspartner einen der bereits erbrachten Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung zu erlangen (anders die h. M.)¹⁰⁰. Solch ein Teilerfüllungsanspruch steht dem Insolvenzverwalter zudem nicht aus eigenem Recht, sondern nur aus dem ihm gem. § 80 I InsO zur Ausübung zugewiesenen Recht des Schuldners zu¹⁰¹. Der Insolvenzverwalter kann einen solchen Anspruch also nur geltend machen, wenn die Anspruchsvoraussetzungen in der Person des *Schuldners* erfüllt sind. Aus diesen Prämissen ergeben sich Umfang und Grenzen der dem Insolvenzverwalter zustehenden Ansprüche:

Normalerweise kann der Insolvenzverwalter nicht nur anteilige, sondern vollständige Erfüllung des Vertrages verlangen. Jedoch kann der Vertragspartner die vollständige wie auch die anteilige Erfüllung i. d. R.¹⁰² verweigern, bis ihm die auf seiten des Schuldners noch ausstehende Teilleistung vollständig erbracht wird (§§ 266, 320 BGB). **8.42**

Das Leistungsverweigerungsrecht des Vertragspartners steht und fällt mit der zugrunde liegenden Gegenforderung. Wird dem Insolvenzschuldner die weitere Erfüllung des Vertrages aus einem von ihm zu vertretenden Grunde unmöglich¹⁰³, reduziert sich die Leistungspflicht des Vertragspartners analog § 323 I HS. 2 BGB auf einen der Vorleistung des Insolvenzschuldners entsprechenden Teil¹⁰⁴. Wegen der insolvenzfesten¹⁰⁵ §§ 273, 320 BGB braucht der Vertragspartner seine dann noch geschuldete Teilleistung nur Zug um Zug gegen Ersatz des Schadens zu erbringen, den er infolge des Ausfalls der dem Schuldner unmöglich gewordenen Restleistungen erleidet. Hat die vom Schuldner schon erbrachte Teilleistung für den Vertragspartner kein Interesse, kann dieser sich seiner Gegenleistungspflicht gem. § 325 I 2 BGB völlig entledigen¹⁰⁶. Macht er von diesem Recht, für dessen

¹⁰⁰ Vgl. Rn. 8.36 ff. (besonders Rn. 8.38 f.).

¹⁰¹ Vgl. Rn. 8.26 ff.

¹⁰² Zu denkbaren Ausnahmen vgl. Rn. 8.26 bei Fn. 73.

¹⁰³ Dazu Rn. 8.25 ff.

¹⁰⁴ Vgl. Rn. 8.16 mit Fn. 46.

¹⁰⁵ S. o. Rn. 2.12 ff.

¹⁰⁶ Vgl. Rn. 8.15, 8.17.

Ausübung ihm vom Insolvenzverwalter eine Ausschlußfrist bestimmt werden kann¹⁰⁷, Gebrauch, so muß er die bereits empfangene Teilleistung des Schuldners an die Insolvenzmasse zurückgewähren¹⁰⁸.

- 8.44** Auch wenn dem Vertragspartner Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur hinsichtlich des noch unerfüllten *Teils* seiner Primärforderung zusteht, kann er nach allgemeinen Grundsätzen berechtigt sein, seinen Schaden statt nach der Differenz- nach der Surrogationsmethode (Austauschmethode) zu liquidieren¹⁰⁹. Entscheidet er sich berechtigterweise für die Surrogationsmethode (was in den hier¹¹⁰ erörterten Fällen der durch ein Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters begründeten Anwendbarkeit des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auf keine insolvenzrechtlichen Bedenken stößt¹¹¹), so macht er zwar die analog § 323 I HS. 2 BGB eingetretene Reduktion seiner eigenen Leistungspflicht rückgängig¹¹². Zugleich vereitelt er aber die Spekulation des Insolvenzverwalters, einen der Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung schon gegen Ersatz des *Differenzschadens* verlangen zu können, den der Vertragspartner hinsichtlich des vom Schuldner noch nicht erfüllten Vertragsteils (vielleicht) erleidet.
- 8.45** Hat der Vertragspartner hinsichtlich des noch unerfüllten Teils seiner Forderung Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und macht er diesen nach der Differenzmethode geltend, so bleibt es hinsichtlich der dem Schuldner ursprünglich versprochenen Gegenleistung bei der analog § 323 I HS. 2 BGB eingetretenen Minderung¹¹³. Analog §§ 323 I HS. 2, 472 BGB schuldet der Vertragspartner die Gegenleistung nur noch in einem Maße, das sich zu seiner ursprünglichen Verbindlichkeit verhält wie der Wert der vom Insolvenzschuldner erbrachten Teilleistung zu der von diesem ursprünglich geschuldeten vollen Leistung. Ist eine solche Herabsetzung der Gegenleistung nicht möglich (z. B. weil nicht Geld, sondern eine unteilbare Sache geschuldet wird), so muß der Vertragspartner seine Gegenleistung zwar *vollständig* erbringen. Jedoch muß er das nicht ohne weiteres, sondern nur Zug um Zug gegen Ersatz des wegen der noch offenen Teilleistung des Insolvenzschuldners erlittenen Nichterfüllungsschadens (§§ 325 I 1, 326 I 2 BGB) und Erstattung des Betrages, um den sich seine Verbindlichkeit reduziert hätte, wenn sie auf den *Geldwert* der dem Insolvenz-

107 Vgl. Rn. 8.17.

108 Vgl. Rn. 8.17.

109 Vgl. Rn. 8.21 mit Fn. 62.

110 Vgl. den ersten Satz bei Rn. 8.41.

111 Die bei Rn. 5.40 ff., 5.50 ff. behandelte (und dort im Sinne der zweiten Alternative entschiedene) Streitfrage, ob die in § 103 II 1 InsO erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung« nur nach der Differenz- oder auch nach der Surrogationsmethode geltend gemacht werden kann, stellt sich nicht, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages nicht ablehnt, sondern verlangt und damit den Vertragspartner zum Massegläubiger macht (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO).

112 Vgl. Rn. 8.16 mit Fn. 46.

113 Vgl. Rn. 8.16 mit Fn. 46.

schuldner versprochenen Leistung gerichtet gewesen wäre (Analogie zu §§ 323 I HS. 2, 473 Satz 2 HS. 2 BGB)¹¹⁴.

Ganz besonders muß jedoch betont werden, daß von einer unbedingt oder jedenfalls Zug um Zug gegen Ersatz seines etwaigen Nichterfüllungsschadens zu erfüllenden Verpflichtung des Vertragspartners, an den Insolvenzverwalter einen der Vorleistung des Insolvenzschuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung zu erbringen, überhaupt *nur* dann die Rede sein kann, wenn der Vertragspartner entweder nach von §§ 266, 320 BGB abweichender Vertragsbestimmung zur Abnahme und Vergütung von Teilleistungen oder sogar zur Vorleistung verpflichtet ist¹¹⁵ oder aber seinen Anspruch gegen den Insolvenzschuldner auf weitere Erfüllung des Vertrages verloren hat. In den Fällen, die den Entscheidungen RGZ 73, 58 ff. und BGHZ 68, 379 ff. zugrunde lagen¹¹⁶, war die letztgenannte Alternative erfüllt, da der Vertragspartner die vom Schuldner begonnenen Bauarbeiten durch einen anderen Unternehmer hatte vollenden lassen und der Schuldner durch solch ein Verhalten des Vertragspartners selbst dann, wenn es im konkreten Fall keine wirksame Kündigung darstellt¹¹⁷, allein schon deshalb von seiner Herstellungspflicht frei wird, weil eine nochmalige Herstellung bzw. Vollendung desselben Gebäudes nicht möglich ist¹¹⁸. Diese beiden besonderen Fälle dürfen aber nicht

114 Vgl. auch KISCH S. 175 ff.; STAUDINGER/OTTO, 1979, BGB¹² § 323 Rn. 43 Satz 2 (aber ohne besondere Berücksichtigung des Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens und insoweit nicht übernommen in § 323 Rn. 51 der 13. Bearbeitung bzw. § 323 Rn. 44 der 14. Bearbeitung 2001). A. M. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 81, 82 (für den Fall, daß der Konkursverwalter den Vertragspartner *nicht* nach §§ 17 I, 59 I Nr. 2 KO zu einem Massegläubiger erhebt): Sei die noch nicht erbrachte Leistung des Vertragspartners unteilbar (Rn. 81) oder habe der Konkursverwalter »an der der Vorauszahlung des Gemeinschuldners entsprechenden Teilleistung des Vertragspartners kein Interesse« (Rn. 82), so könne der Konkursverwalter die Vorleistung des Gemeinschuldners analog § 323 III BGB zurückverlangen. Hiergegen ist aber einzuwenden, daß der Wortlaut des § 323 III BGB nur dem *Gläubiger* der unmöglich gewordenen Leistung das Recht zur Rückforderung seiner (Gegen-)Leistung zuspricht, und daß ein »analoges« Recht des *Schuldners* der unmöglich gewordenen Leistung, eine bereits erbrachte Teilleistung zurückzuverlangen, nur für den Fall anzuerkennen ist, daß dessen (!) Teilleistung im Hinblick auf den Vertragszweck einer *Nichtleistung* gleichsteht (vgl. STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 323 Rn. 52). Dazu noch u. Rn. 9.39.

115 Vgl. Rn. 8.26 bei Fn. 73.

116 Zu RGZ 73, 58 ff. vgl. o. Rn. 8.11 ff.; zu BGHZ 68, 379 ff. vgl. Fn. 34 zu Rn. 8.11 und Fn. 12 zu Rn. 3.3.

117 Das Kündigungsrecht des § 649 BGB (§ 8 Nr. 1 VOB/B 2000) wird oft abbedungen sein. Aber auch wenn dies nicht der Fall ist, wird der Besteller u. U. am Vertrag festhalten wollen, um Ersatz der Mehrkosten verlangen zu können, die ihm dadurch entstehen, daß er den Bau durch Dritte vollenden lassen muß. Liegen dem Vertrag die VOB zugrunde und hält man § 8 Nr. 2 VOB/B 2000 für wirksam (dazu HK-InsO/MAROTZKE² § 119 Rn. 5), so kann der Besteller allerdings auch dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn er von dem ihm durch diese Bestimmung vorbehaltenen Recht Gebrauch macht, den Vertrag zu kündigen, »wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt oder das Insolvenzverfahren bzw. ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt oder ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird«.

118 Allerdings hatte es der Konkursverwalter in den beiden entschiedenen Fällen zunächst abgelehnt, den Vertrag anstelle des Schuldners zu erfüllen. Nach der hier vertretenen Auf-

darüber hinwegtäuschen, daß auch nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht ohne weiteres angenommen werden kann, daß der Schuldner wegen (zumindest subjektiver) Unmöglichkeit von seiner Primärleistungspflicht frei geworden ist: Selbst wenn der Insolvenzmasse die zur weiteren Erfüllung des Vertrages nötigen Mittel fehlen, bleibt der Schuldner dem Vertragspartner zur weiteren Erfüllung verpflichtet, solange er die diesem versprochene Leistung auch ohne Rückgriff auf sein zur Insolvenzmasse gehörendes Vermögen erbringen kann (z. B. durch Einsatz seiner Arbeitskraft oder, insbesondere bei nur *geringen* Geldrückständen, durch Zahlung des noch fehlenden Betrags¹¹⁹). Weder der Schuldner noch sein Insolvenzverwalter können verlangen, daß der Vertragspartner von seinem Recht Gebrauch macht, den Schuldner zur Erfüllung zu mahnen und den zugrunde liegenden Erfüllungsanspruch durch die an den Schuldner gerichtete Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf einer gleichzeitig bestimmten Frist ablehne, selbst aufs Spiel zu setzen (vgl. § 326 I 2 HS. 2 BGB).

- 8.47** Ähnlich verhält es sich, wenn nicht das »freie« Vermögen des Schuldners, sondern die Insolvenzmasse genügend erfüllungstaugliche Mittel enthält: Hat der Insolvenzverwalter dem Vertragspartner nach §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO erklärt, daß er von ihm die Erfüllung des Vertrages verlange (wenn auch nur zu einem der Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil¹²⁰), so kann er, solange *ihm* die weitere Erfüllung noch möglich ist, nicht geltend machen, daß der insolvente *Schuldner* nach Unmöglichkeitsrecht von seiner Primärforderung frei geworden sei. (Die bei Rn. 9.48 zugelassene Ausnahme beschränkt sich auf den Fall, daß der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung des Vertrages nicht verlangt, sondern sie von vornherein ablehnt, also die Entstehung einer diesbezüglichen *Masseverbindlichkeit* vermeidet.) Falls der Vertragspartner seinen auf weitere Vertragserfüllung gerichteten Anspruch gegen den Schuldner nicht freiwillig aufgibt¹²¹, verwandelt sich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, welche er dem einen der Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung verlangenden Insolvenzverwalter entgegensetzen kann, erst dann in die (u. U. minder schwere¹²²) Einrede des nicht geleisteten *Schadensersatzes*, wenn sich die Verhältnisse der Insolvenzmasse derart verändern, daß der Schuldner den Vertrag selbst dann nicht weiter

fassung hat solch eine Ablehnung normalerweise zur Folge, daß der Insolvenzverwalter sein Recht, auf der – wenn auch nur anteiligen – Leistung des Vertragspartners zu »bestehen«, analog § 103 II 3 InsO verliert (vgl. Rn. 8.38). Anders nur, wenn der Insolvenzverwalter so geschickt war, den nach § 103 II 2 InsO anfragenden Vertragspartner zunächst durch die Erklärung, daß er von ihm einen der Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung verlangen wolle, zu einem Massegläubiger zu erheben (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) und erst später (oder gleichzeitig) mit der *Nichterfüllung* dieser Masseverbindlichkeit zu drohen. Dieser Weg ist für die Masse aber nicht ohne Risiko; vgl. o. Rn. 8.38 f.

119 Weitere Beispiele sind bei Rn. 2.87, 5.89 (Fn. 300), 8.26 und 9.86 ff. angeführt.

120 Auch das Verlangen nach nur *teilweiser* Vertragserfüllung führt in *vollem* Umfange zu der Rechtsfolge des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO. Vgl. o. Rn. 8.36 f.

121 Z. B. durch Maßnahmen nach § 326 BGB.

122 Vgl. aber auch Rn. 8.44.

erfüllen könnte, wenn das Insolvenzverfahren augenblicklich aufgehoben würde¹²³. Verwahrt sich der Insolvenzverwalter *vor* oder *in* seiner Erklärung, daß er einen der Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung verlange, gegen die mit solch einem Verlangen normalerweise verbundene Rechtsfolge, daß sämtliche¹²⁴ auf dem betreffenden Vertrag beruhenden Verbindlichkeiten des Schuldners zur Masseverbindlichkeiten werden (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO), so ist der Vertragspartner dem Insolvenzverwalter schon aus diesem Grunde weder zur vollständigen Erfüllung des Vertrages noch zur Erbringung eines der Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teils der diesem versprochenen Gegenleistung verpflichtet¹²⁵.

Zusammenfassend ist festzustellen: Das Recht des Insolvenzverwalters, bei gleichzeitiger Ablehnung weiterer *eigener* Vertragserfüllung dem *Vertragspartner* einen der Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung abzuverlangen, hängt von so vielen Voraussetzungen ab, daß sich eine allgemeine Regel des Inhalts, daß *prima facie* von solch einem Recht auszugehen sei, nicht aufstellen läßt. Dieser **negative Befund** lenkt das Interesse auf die in RGZ 73, 58, 61 bewußt offen gelassene¹²⁶ Frage, ob der Insolvenzmasse in Fällen, in denen der Verwalter die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt, ein Bereicherungsanspruch »auf den Mehrwert des vom Gemeinschuldner dem andern Vertragsteile bereits Geleisteten« zusteht. Die Ausführungen in § 9 werden zeigen, daß sich ein solcher Rückgewähranspruch der Masse u. U. auch dort begründen läßt, wo für einen Teilvergütungsanspruch kein Raum ist (s. vor allem Rn. 9.47 ff., 9.86 ff.).

123 Vgl. Rn. 8.30 ff.

124 Vgl. Rn. 8.36 f.

125 Näheres bei Rn. 8.38 f.

126 Vgl. o. Rn. 8.14.

§ 9. Die Erfüllungsablehnung als Mittel zur Rückerlangung von Vorleistungen des Schuldners?

I. Die Ansicht des BGH und ihre historische Entwicklung

- 9.1 Bevor es im Jahre 1910 zu der bei Rn. 8.10 ff. behandelten Entscheidung des RG¹ kam, hatte die Auffassung vorgeherrscht, daß ein Konkursverwalter, der die weitere Erfüllung eines dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrages ablehnt, im Hinblick auf eine vom Schuldner erbrachte und unanfechtbar in das Eigentum (Vermögen) des Vertragspartners übergangene² Vorleistung grundsätzlich *weder* die Rückgewähr *noch* einen entsprechenden Teil der Gegenleistung verlangen könne³.
- 9.2 Seit der erwähnten Entscheidung des RG verstärkten sich aber die Bestrebungen, dem die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnenden Konkursverwalter wegen der Vorleistung des Schuldners auf irgendeine Weise zu einem Anspruch zu verhelfen.

1 RGZ 73,58 ff.

2 Zu den Fällen, in denen das Eigentum an einer vom Schuldner verkauften und übergebenen Sache noch nicht (unanfechtbar) auf den Vertragspartner übergegangen ist, vgl. u. III 4, 5 (Rn. 9.68 ff.).

3 Vgl. OLG Dresden OLGE 4, 168 ff.; 19, 205 f. (jeweils zu *beiden* Möglichkeiten); OETKER ZZP 14, 1, 17, 27 (gegen einen Anspruch auf anteilige Gegenleistung), 34 Fn. 45 (gegen einen Rückgewähranspruch); RGZ 56, 238 ff. = JW 1904, 120 f. = SeuffA 59, 483 ff.; RG und OLG Dresden SeuffA 42, 246, 247 f.; OLG Dresden SeuffA 64, 342 f.; OLG Braunschweig OLGE 10, 193 f. (die sich alle gegen einen Anspruch des Konkursverwalters auf Rückgewähr von Anzahlungen aussprechen, die der Insolvenzschuldner auf einen dem § 17 KO unterliegenden Grundstückskaufvertrag geleistet hat); RG JW 1886, 348 Nr. 9 (kürzer in Bolze 3 Nr. 1520); RG Bolze 8 Nr. 1040; OLG Marienwerder und OLG Hamm OLGE 23, 299 f.; OLG Stuttgart WürtJb 18, 62, 64; BRACHMANN S. 40; HELLENBROICH S. 23; HELLMANN S. 265 Fn. 2; PETERSEN/KLEINFELLER KO § 17 Anm. 11, § 44 Anm. 19; RINTELEN S. 140 mit einer Einschränkung in Fn. 4; SPERLING S. 53 ff.; WILLENBÜCHER/GÜNTHER KO § 17 Rn. 6 (jeweils nur zum Rückgewähranspruch); vgl. auch KAAZT S. 22–35; KOHLER, Lehrbuch... S. 136, 137 mit Fn. 1 und v. WILMOWSKI/KURLBAUM/KÜHNE KO⁶ § 17 Anm. 6 (die den Rückgewähranspruch der Masse davon abhängig machen, daß der Vertragspartner am Konkurs teilnimmt – so KAAZT – bzw. erklärt, die weitere Erfüllung des Vertrages auch selbst nicht mehr zu wollen; in diesem Sinne auch noch BROCKELMANN S. 47; FELDHAUS JZ 1956, 313, 316; MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 205 ff.; PLETZSCH S. 102 f., 105 f. – mit Unterschieden im Detail).

Schon vor 1910 hatten sich **für einen Rückgewähranspruch** der Masse ausgesprochen: JAEGER KO^{3/4} § 17 Rn. 46 (zitiert in RGZ 73, 58, 61); v. SARWEY/BOSSERT KO § 17 Anm. 2 b; v. VÖLDERNDORFF KO § 15 Anm. d (S. 224); Th. WOLFF KO (1. Aufl. 1900) § 17 Anm. 7; DÜRINGER/HACHENBURG HGB Bd. III (1. Aufl. 1905) S. 174; STAUB/KÖNIG HGB (8. Aufl. 1907) Exkurs zu § 382 Rn. 85 S. 1724; DATHE S. 34 f.; KIPPENBERG S. 66; SCHAD S. 130 (letzterer etwas unklar) und – für den besonderen Fall, daß der Vertragspartner einen Eigentumsvorbehalt geltend macht (dazu schon o. Rn. 7.30 ff., 7.56 ff., 7.61 ff.) – RGZ 46, 98, 99; OLG Dresden SächsA 1910, 282, 284 ad 6 sowie RINTELEN S. 140 Fn. 4 (vgl. aber insoweit auch u. Rn. 9.60 mit Fn. 172).

Der Vorschlag des RG⁴, dem Konkursverwalter trotz seiner Erfüllungsablehnung einen Anspruch auf einen der Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung zuzugestehen, stieß jedoch zu Recht⁵ auf wenig Gegenliebe⁶. **9.3**

Mehr und mehr setzte sich – auch in der Rspr. des RG und später des BGH – die Auffassung durch, daß die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters der Vorleistung des Schuldners in den Fällen des § 17 KO (§ 103 InsO) den rechtlichen Grund entziehe⁷ und auf diese Weise u. U. zu einem Bereicherungsanspruch der Masse führe⁸. Trotz gerade in neuerer Zeit wieder aufkommender gegenläufiger Tendenzen⁹ kann diese Auffassung auch heute noch als herrschend bezeichnet werden. Sie beruht auf der Vorstellung, daß § 17 KO bzw. § 103 InsO den Insolvenzverwalter im Interesse der Gesamtgläubigerschaft ermächtigt, auf ungünstige Geschäfte des Schuldners durch Erklärung der Erfüllungsablehnung rechtsgestaltend zu handeln. **9.4**

4 Vgl. o. Rn. 8.10 ff.

5 Vgl. o. Rn. 8.19 ff.

6 Die Befürworter der hier abgelehnten Ansicht des RG sind, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, in Fn. 34 zu Rn. 8.11 genannt. Vgl. auch Rn. 9.4 bei Fn. 9.

7 Vgl. Th. WOLFF KO² § 24 Anm. 3; BGH NJW 1977, 146 f. (unter B im vorletzten Satz; vgl. zu dieser Entscheidung schon o. Rn. 1.5, 3.19 ff.); Hess InsO¹ § 103 Rn. 139.

8 RGZ 135, 167, 172; BGHZ 15, 333, 335/336 (= JZ 1955, 285 ff. m. zust. Anm. v. A. BLOMEYER); OLG Köln JMBINRW 1970, 53, 54; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER KO¹² § 17 Anm. 4 c (kritischer die von KILGER bearbeitete 14. Aufl.); KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 36 a (jedoch nur mit »Bedenken«), § 26 Rn. 18; Hess InsO¹ § 103 Rn. 138 f., 142; BAUR/STÜRNER, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Bd. II, 12. Aufl. 1990, Rn. 9.9 f.; vgl. auch BGH NJW 2001, 1136 f. = NZI 2001, 85 f. = ZIP 2001, 31 f. ad II 1 c; KEPPLINGER S. 215; umfangreiche weitere Nachweise u. Rn. 9.16 Fn. 41 und – zu jedenfalls im *Ergebnis* übereinstimmenden Auffassungen – Rn. 9.18 Fn. 47 f. (condictio ob rem), Rn. 9.27 Fn. 73 f., Rn. 9.31 Fn. 90–92 (Abrechnungsverhältnis gemäß oder analog § 326 BGB).

Ebenso für das Vergleichsverfahren BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 50 Rn. 35.

9 Tendenzen in Richtung auf die in RGZ 73, 58 ff. vertretene Auffassung (s. o. Rn. 8.10 ff.) finden sich neuerdings bei JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 75, 80, 157 (vgl. aber auch dessen Rn. 81, 82 und dazu u. Rn. 9.33 ff.); HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 435 ff.; RAPP MittBayNot 1977, 1, 2/3; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 95; OLG Frankfurt/Main Betrieb 1984, 2032 f.; BGH LM § 399 BGB Nr. 36 f (Bl. 5 f.) m. Anm. M. WOLF = NJW 1997, 3434, 3437 = ZIP 1997, 1072, 1076 = JZ 1998, 225, 258 m. Anm. WAGNER; vgl. auch die jedenfalls nicht ablehnenden Äußerungen von BGHZ 68, 379, 381 f.; 79, 103, 110; RGRK/BALLHAUS BGB¹² § 325 Rn. 36. Auch die Auffassung, daß dem Verwalter, der die Erfüllung eines dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrages ablehne, im Hinblick auf etwaige Vorleistungen des Gemeinschuldners i. d. R. *weder* ein Bereicherungsanspruch *noch* ein durchsetzbarer Anspruch auf einen entsprechenden Teil der Gegenleistung zustehe, wird wieder vertreten. So z. B. von FELDBAUS JZ 1956, 313, 314, 316 und PLETZSCH S. 101 Fn. 2, S. 105 f. Zumindest gegen einen *Rückgewähranspruch* haben sich in neuerer Zeit noch ausgesprochen: ERTL Rpfleger 1977, 81, 84 f. (ad V 2 b, c, 6, 7), 87 f. (ad VI 6, 7); LICHTENBERGER NJW 1977, 519, 521 (r. Sp. vor III); MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 205–209; LUTHER S. 61 ff.; PFLUG AG 1986, 305, 311 f. (der jedoch a. a. O. bei Fn. 52 eine Ausnahme formuliert, die sich mit der in der vorliegenden Arbeit bei Rn. 9.49 ff. vertretenen Ansicht *im Ergebnis* deckt); K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 94, § 106 Rn. 4; jedenfalls bei wirksam übereinigten *Grundstücken* auch BGHZ 79, 103, 110 f. (dazu noch u. Rn. 10.17).

tend einzuwirken¹⁰. Es ist sogar behauptet worden, daß diese Gestaltungswirkung schon im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung ganz von selbst eintrete (so die neuere Rspr. des BGH¹¹) und daß § 17 KO ausdrücklich (!) die Möglichkeit vorsehe, daß der Vertragspartner »im Falle der Ablehnung der Erfüllung eine schon erlangte günstige Rechtsposition, sofern sie nur noch nicht zur vollständigen Erfüllung geführt hat, wieder verliert«¹². Im Fall des § 17 KO stehe dem Konkursverwalter eine Befugnis zu, »die er in dieser Weise nicht hat, sofern bereits einer der Vertragsteile die von ihm geschuldete Leistung voll erbracht hatte: das Recht, ein Festhalten am Vertrag davon abhängig zu machen, ob das Geschäft für die Konkursmasse vorteilhaft erscheint oder nicht«¹³. Daß von alledem in § 17 KO nicht einmal andeutungsweise – geschweige denn »ausdrücklich«¹⁴ – die Rede ist, wird entweder nicht zur Kenntnis genommen oder als nicht störend empfunden. Man geht also offenbar davon aus, daß jedenfalls der *Zweck* des § 17 KO (§ 103 InsO) es erfordere, dem die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnenden Insolvenzverwalter einen Anspruch auf Rückgabe der vom Schuldner schon teilweise erbrachten Vorleistung zu gewähren¹⁵. Besonders deutlich tritt diese Prämisse in der Formulierung von HÄSEMAYER hervor, daß es sich bei dem Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters nicht – wie die h. M. zu Unrecht annehme – um einen Bereicherungsanspruch handle, sondern »um einen speziellen aus dem Ablehnungsrecht erwachsenen konkursrechtlichen Anspruch«¹⁶.

- 9.5** Was die Konkursordnung *wirklich* von dem (mit den unterschiedlichsten Begründungen behaupteten) Rückgewähranspruch des Konkursverwalters hielt, soll nun unter Berücksichtigung der MOTIVE näher beleuchtet werden. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse dürfen ohne weiteres auch auf das neue Insolvenzrecht übertragen werden¹⁷.

II. Die Gesetzesmaterialien

- 9.6** Bereits bei Rn. 2.6 ff., 2.76 ff. wurde dargelegt, daß der historische Gesetzgeber mit der Schaffung des § 17 I KO (§ 103 InsO) keinen anderen Zweck verfolgte als den, dem Insolvenzverwalter durch Lockerung des grundsätzlichen Gebots, den Vertragspartner hinsichtlich seiner bereits bei Verfahrenseröffnung begründet ge-

10 Vgl. BGHZ 96, 392, 394 (dazu MAROTZKE EWiR § 17 KO 2/1986, 385 f.); 98, 160, 168 f. (dazu o. Rn. 4.2 Fn. 3). HÄSEMAYER NJW 1977, 737, 738/739 spricht sogar von »annullieren«.

11 Vgl. o. Rn. 3.42 ff. mit ablehnender Kritik bei Rn. 3.44 ff., 3.48 ff.

12 PLANDER JZ 1973, 45, 47.

13 PLANDER a. a. O., Fn. 29; vgl. auch MEHRING S. 81.

14 So aber PLANDER (vgl. o. im Text vor Fn. 12).

15 Vgl. z. B. MEHRING S. 81; PLONSKI S. 25 f.

16 HÄSEMAYER KTS 1973, 2, 7 Fn. 17, der aber in KTS 1982, 507, 562 selbst einräumt, daß diese Wirkung der Erfüllungsablehnung »nicht der Intention des Gesetzgebers« entspreche. Vgl. auch HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.05, 20.26 = S. 373, 382 f.

17 Vgl. o. Rn. 1.9, 3.11 f.

wesenen Forderung mit der Quote abzuspeisen, die Möglichkeit zu verschaffen, die die Durchsetzung des Gegenanspruchs der Masse hindernde Einrede des nicht erfüllten Vertrages auszuschalten. Von einem besonderen Recht zur »Nichterfüllung«, welches dem Insolvenzverwalter nicht auch dann zustünde, wenn der Vertragspartner seinerseits bereits vollständig erfüllt hätte (und ein Fall des § 17 KO folglich nicht vorläge), ist weder in § 17 KO bzw. § 103 InsO noch in den MOTIVE der KO die Rede¹⁸. Dementsprechend erörtern die MOTIVE die hier interessierende Frage, ob ein Insolvenzverwalter, der die weitere Erfüllung eines dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrages ablehnt, vor der Konkursöffnung erbrachte Leistungen des Gemeinschuldners zurückverlangen kann, nicht direkt und unmittelbar. Die wenigen Äußerungen, mit denen sie das Problem berühren, deuten aber darauf hin, daß ein solcher Rückgewähranspruch bei eingehenderer Betrachtung wohl *nicht* anerkannt worden wäre.

Sehr klar vertreten die MOTIVE diesen Standpunkt für den Fall, daß der Vertrag auf 9.7
seiten des Gemeinschuldners schon vollständig erfüllt ist und § 17 KO (§ 103 InsO) deshalb *keine* Anwendung findet. Die einschlägige Passage lautet¹⁹:

»Hatte der Gemeinschuldner seinerseits vor der Konkursöffnung schon vollständig erfüllt, so kann selbstverständlich der Verwalter die allein rückständige Gegenleistung des Mitkontrahenten zur Konkursmasse erfüllt verlangen; er kann dies nicht bloß, sondern kann bloß dieses; der Verwalter darf weder auf die Erfüllung seitens des Mitkontrahenten verzichten, *noch ist er befugt*, – wenn nicht aus sonstigen, hier nicht in Frage stehenden Gründen der Rücktritt von dem Verträge zulässig ist, – *auf Grund der Konkursöffnung die von dem Gemeinschuldner vollzogene Leistung zurückzufordern und insofern die Nichterfüllung des Vertrages herbeizuführen*. Hatte z. B. der Gemeinschuldner seinem Käufer die verkaufte Sache übergeben und gesetzlich nur das Recht, die Zahlung des Kaufpreises zu fordern, so *ist der Umstand, daß er in Konkurs verfallen, gewiß nicht geeignet, zu seinen Gunsten*, wenn etwa bei der gegenwärtigen Konjunktur die Sache teuer zu verkaufen ist, *die Forderung auf das Kaufgeld nach der Wahl des Verwalters in einen Anspruch auf Zurückgabe der Kaufsache zu verwandeln*.«

Im Zusammenhang mit dem in § 17 KO (§ 103 InsO) vorausgesetzten Fall, daß der 9.8
Vertrag auch auf seiten des Gemeinschuldners noch nicht vollständig erfüllt ist, erwähnen die MOTIVE das in ihrer soeben zitierten Passage abgelehnte Recht des Insolvenzverwalters, eine »von dem Gemeinschuldner vollzogene Leistung zurückzufordern und insofern die Nichterfüllung des Vertrages *herbeizuführen*«, gar nicht erst. Obwohl eine Anwendung des § 17 KO (§ 103 InsO) auch dann in Betracht kommt, wenn der Gemeinschuldner schon einen Teil seiner Leistungen erbracht hat, und obwohl sich in diesen Fällen ebenso wie in den Fällen einer *vollständigen* Erfüllung die Frage stellt, ob der Insolvenzverwalter berechtigt ist, diese (teilweise) Erfüllung des Vertrages *rückgängig* zu machen, geben die MOTIVE²⁰ als Inhalt des dem Insolvenzverwalter in den Fällen des § 17 KO (§ 103 InsO) zustehenden Wahlrechts lediglich an, entweder die Erfüllung des Vertrages

18 Vgl. o. Rn. 3.5 ff. und speziell zu §§ 103 II, 107 II InsO o. Rn. 3.11 f.

19 MOTIVE zur KO S. 67 = HAHN Bd. IV S. 87 (Hervorhebungen nicht im Original).

20 MOTIVE zur KO S. 67 = HAHN Bd. IV S. 86 (ausführlicher zitiert o. bei Rn. 3.6).

zu verlangen und dafür auch selbst zu erfüllen, oder aber es »bei der Nichterfüllung desselben« – gemeint ist: bei der Beschränkung des Gläubigers auf die Quote²¹ – »zu belassen«.

- 9.9** Hinsichtlich der »Folgen, welche eintreten, wenn der Vertrag nach der abgegebenen oder versäumten²² Erklärung des Verwalters nicht oder nicht weiter erfüllt wird«, verweisen die MOTIVE²³ des § 17 KO auf § 26 (früher § 21) KO. Der erste Satz dieser (bei der Übernahme in die InsO erheblich verstümmelten²⁴) Vorschrift bestimmte: »Wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit« – gemeint ist auch hier die Rechtsfolge, daß der Vertragspartner Konkursgläubiger und als solcher gegenüber der Masse auf die Quote beschränkt ist²⁵ – »oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen«. Für den ersten Fall (die MOTIVE bezeichnen ihn als »den, daß zufolge der Wahl des Verwalters die weitere Erfüllung eines noch nicht erfüllten zweiseitigen Vertrages unterbleibt«²⁶) formulieren die MOTIVE²⁷ die in § 26 Satz 1 KO beantwortete Frage dahingehend, »ob nicht der Mitkontrahent berechtigt sein soll, seine dem Gemeinschuldner gemachte Leistung aus der Masse zurückzufordern (Preußische Konkursordnung § 16 Abs. 3, Oesterreichische § 22 c) – *und dann konsequenter Weise auch verpflichtet, eine etwa vom Gemeinschuldner schon empfangene Gegenleistung zurückzugewähren* (vgl. Sächsischen Entwurf § 21)«. Den ersten Teil dieser Frage verneinen die MOTIVE, um sodann über den hier allein interessierenden zweiten Aspekt kein Wort mehr zu verlieren. Das kann wegen der Art und Weise, in der der zweite Teil der Frage formuliert worden war, nur bedeuten, daß man nach Verneinung des ersten Teils *keinen* Grund mehr sah, den Vertragspartner zu verpflichten, dem die weitere Erfüllung ablehnenden Konkursverwalter »eine etwa vom Gemeinschuldner schon empfangene Gegenleistung zurückzugewähren«. Denn solch eine Verpflichtung des Vertragspartners *kann* in »konsequenter Weise«²⁸ gar nicht anerkennen, wer eine entsprechende Verpflichtung des Konkursverwalters, dem Vertragspartner *dessen* bereits erbrachte (Teil-)Leistung zurückzugewähren, mit folgender Begründung – es ist die der MOTIVE²⁹ – ablehnt:

21 Vgl. o. Rn. 3.48 ff.

22 Vgl. § 17 II KO bzw. nunmehr § 103 II, 2, 3 und § 107 II InsO.

23 MOTIVE zur KO S. 69 = HAHN Bd. IV S. 88.

24 S. o. Rn. 7.21 ff.

25 S. o. Rn. 3.48 ff.

26 MOTIVE zur KO S. 86 = HAHN Bd. IV S. 102.

27 MOTIVE zur KO S. 86 = HAHN Bd. IV S. 102 (Hervorhebungen nicht im Original).

28 Vgl. die Überleitung zu dem zweiten Teil der vorhin wörtlich zitierten Fragestellung.

29 MOTIVE zur KO S. 91 = HAHN Bd. IV S. 106. Dazu schon o. Rn. 7.10 ff.

»... der Vertrag ist gültig und perfekt durch den Abschluß, – nicht erst durch die Erfüllung; die Nichterfüllung³⁰, welche in Folge des Konkursverfahrens eintritt, hebt nicht den Vertrag auf, das Geleistete bleibt im Vermögen und in der Masse des Gemeinschuldners eine Kondition desselben (sine causa oder ob causam datorum³¹) ist ausgeschlossen ...« **9.10**

Alle einschlägigen Äußerungen der MOTIVE deuten also darauf hin, daß die Verfasser ihre in bezug auf einen *nicht*³² dem § 17 KO unterliegenden Vertrag formulierte Ansicht, **9.11**

daß der Umstand, daß ein Verkäufer »in Konkurs verfallen, gewiß nicht geeignet (sei), zu seinen Gunsten ... die Forderung auf das Kaufgeld nach der Wahl des Verwalters in einen Anspruch auf Zurückgabe der Kaufsache zu verwandeln« (s. o. Rn. 9.7),

ohne weiteres auch für den von § 17 KO (§ 103 InsO) erfaßten Fall vertreten hätten, daß der (im Beispielsfall die Rolle des noch nicht bezahlten Verkäufers innehabende) Gemeinschuldner erst *unvollständig* erfüllt, also z. B. von zwei als zusammengehörend³³ verkauften Sachen erst *eine* übergeben und übereignet hat.

Weitaus unverbindlicher äußerte sich der Gesetzgeber allerdings im Jahre 1926 in der Begründung zu dem Entwurf einer Vergleichsordnung. Dort wird ausgeführt: In den Fällen des § 17 KO sei die Frage des Rückgewähranspruchs streitig, jedoch bestehe trotz § 23 des VergIO-Entwurfs, der beiden (!) Parteien eines zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrages ein Ablehnungsrecht zugestand, »kein Anlaß, diese praktisch wenig bedeutsame Frage ausdrücklich zu entscheiden«³⁴. **9.12**

Hinsichtlich der praktischen Relevanz der von ihnen offen gelassenen Frage dürften sich die Verfasser der VergIO gründlich verschätzt haben. In Wirklichkeit spielt die Problematik des Rückgewähranspruchs in der Rspr. zu § 17 KO (§ 103 InsO) nach wie vor eine bedeutende Rolle³⁵. **9.13**

30 Gemeint ist wiederum die Rechtsfolge, daß der Vertragspartner des Gemeinschuldners als Konkursgläubiger, der er nach § 3 I KO (§ 38 InsO) ist, nicht mehr beanspruchen kann als quotenmäßige Befriedigung in Geld; s. o. Rn. 3.48 ff.

31 Zur zweiten Fallgruppe vgl. u. Rn. 9.18 ff.

32 Der erste Satz des wörtlichen Zitats bei Rn. 9.7 geht davon aus, daß der Gemeinschuldner schon »vollständig« erfüllt hat!

33 Also kein Vertrag über »teilbare« Leistungen i. S. des § 105 InsO!

34 Reichstag, III. Wahlperiode 1924/26, Anlage Nr. 2340 S. 24 zu § 24 des Entwurfs (= Vorläufer des § 52 I VergIO).

35 Vgl. zuletzt BGH ZIP 1983, 709 f. (dazu u. Rn. 9.94 mit Fn. 272); BGH ZIP 1989, 1413 ff.; BGHZ 96, 392 ff. (dazu MAROTZKE EWIR § 17 KO 2/1986, 385 f.); BGH LM § 15 KO Nr. 9 (mit Anm. GRUNSKY) = NJW 1991, 2897 f. = ZIP 1991, 945, 947 (dazu MAROTZKE EWIR § 15 KO 1/1991, 907 f.); BGH NJW 2001, 1136 f. = NZI 2001, 85 f. = ZIP 2001, 31 f. (ad II 1 c) sowie im übrigen die o. Rn. 9.1 ff. Fn. 3, 7–9 und u. Rn. 9.26 ff. Fn. 73, 90 ff. zitierten Gerichtsentscheidungen.

III. Die Anspruchsgrundlagen im einzelnen

1. Methodische Vorbemerkung

- 9.14** Gestaltungsrechte, die nicht vertraglich vereinbart worden sind, bedürfen der gesetzlichen Grundlage (arg. § 305 BGB)³⁶. Erst recht gilt das für Rechtsänderungen, die bei Eintritt bestimmter Tatsachen (z. B. Eröffnung eines Insolvenzverfahrens) *von selbst* eintreten sollen³⁷. Ein Gestaltungsrecht, dem keine vertragliche Ermächtigung zugrundeliegt und das deshalb der *gesetzlichen* Grundlage bedarf, ist auch das (angebliche) Recht des Insolvenzverwalters, den Vertragspartner in den Fällen des § 17 KO (§ 103 InsO) durch eine Erfüllungsablehnung³⁸ zur Rückgewähr etwaiger schon vor Verfahrenseröffnung in sein Eigentum (Vermögen) übergegangener Vorleistungen des Schuldners zu verpflichten. Zwar muß der Umstand, daß § 17 KO bzw. § 103 InsO ein Ablehnungsrecht *dieses* Inhalts nicht erwähnt, für sich allein (vielleicht) noch nicht zu der Schlußfolgerung führen, daß ein solches Recht nicht anerkannt werden dürfe. Ebensowenig zwingt (vielleicht) allein der Umstand, daß die *MOTIVE* zu § 17 und zu § 26 KO mit der soeben vorgeführten Deutlichkeit zu erkennen geben, daß der Gesetzgeber solch ein Recht *nicht* schaffen wollte, zu dieser Annahme. *Treffen aber beide Umstände zusammen*, so wird sich ein Jurist, der sich den allgemein anerkannten Auslegungsregeln verpflichtet weiß, nur dann über die sowohl dem Gesetzeswortlaut als auch dem Willen des Gesetzgebers entsprechende Grundentscheidung hinwegsetzen, wenn diese zu ganz außergewöhnlichen Unbilligkeiten führt.
- 9.15** Im folgenden wird zunächst zu prüfen sein, zu welchen Ergebnissen eine (möglichst) strikte Gesetzesanwendung führt, und sodann, ob diese Ergebnisse untragbar sind. Ganz streng voneinander trennen lassen sich diese beiden Schritte allerdings nicht.

2. Schuldrechtliche Anspruchsgrundlagen

a) *Condictio ob causam finitam*?

- 9.16** Nach wohl noch immer herrschender Meinung hat die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters – nach neuerer Rspr. des BGH sogar schon die Verfahrenseröffnung als solche³⁹ – in den Fällen des § 17 KO (§ 103 InsO) zur Folge, daß der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners vollständig erlischt – auch in seiner Funktion als Rechtsgrund für schon erbrachte Vorleistungen des Schuldners⁴⁰.

36 STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 305 Rn. 4, 13, 51.

37 Man kann also dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage nicht einfach dadurch entgehen, daß man die Gestaltungswirkung, die man bisher der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters zuschrieb, nunmehr mit der neuen Rspr. des BGH (s. o. Rn. 3.42 ff., 3.58) bereits im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung eintreten läßt.

38 Vgl. ergänzend Fn. 37.

39 Vgl. soeben Fn. 37.

40 Vgl. o. Rn. 3.2 f. mit Nachweisen.

Die Vertreter dieser Auffassung sehen die Rechtsgrundlage des dem Insolvenzverwalter zugestandenem Rückgewähranspruchs in § 812 I 2 Alt. 1 BGB (condictio ob causam finitam)⁴¹.

Diese Betrachtungsweise ist jedoch nicht die des Gesetzes. Zu Recht gehen die **9.17** KO-MOTIVE davon aus, daß weder die Verfahrenseröffnung noch die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners gegen dessen Willen zu zerstören vermag⁴². Mit diesem auch heute noch zutreffenden Standpunkt ist es unvereinbar, dem Insolvenzverwalter eine condictio ob causam finitam allein schon deshalb zuzugestehen, weil er die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt. Schon aus diesem Grunde ist den bei § 812 I 2 Alt. 1 BGB ansetzenden Lösungsvorschlägen zu widersprechen, ohne daß es für die Argumentation noch auf die unter den Befürwortern dieser Anspruchsgrundlage nicht einheitlich beantwortete weitere Frage ankommt, ob sich der (angebliche) Bereicherungsanspruch der Insolvenzmasse auf vollständige Rückgabe des vom Insolvenzschuldner geleisteten Gegenstandes (bzw. im Fall des § 818 II BGB auf vollen Wertersatz)⁴³ oder nur auf den Geldbetrag richtet, um den der Wert des Geleisteten den nach der Differenzmethode zu berechnenden Nichterfüllungsschaden, den der Vertragspartner bei Rückgängigmachung der an ihn erbrachten Teilleistung⁴⁴ er-

41 So z. B. RGZ 135, 167, 172; BGHZ 15, 333, 335/336 = JZ 1955, 285 ff. m. zust. Anm. A. BLOMEYER; OLG Köln JMBINRW 1970, 53, 54; HESS InsO¹ § 103 Rn. 139; BLEYER KO § 17 Anm. 7 b; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 44 Abs. 5 (widersprüchlich dazu Abs. 2; grundsätzlich anders § 17 Rn. 71 ff. der von HENCKEL bearbeiteten 9. Aufl.); MENTZEL/KUHN KO⁷ § 26 Rn. 18 (teilw. anders die späteren Auflagen; vgl. u. Rn. 9.27); SCHRICKER Verlagsrecht³, VerlagsG § 36 Rn. 22 a. E.; BASSENGE JR 1977, 203, 204; LUSS S. 37 f.; MAAS S. 28, 31; MARKMANN S. 72 (mit Ausführungen zum Anspruchsinhalt auf S. 92 ff.); MEHRING S. 88 ff.; OFFTERMATT S. 156 ff.; PAKUSCHER JW 1913, 723 f.; PLONSKI S. 32 ff.; SACHS S. 40; SANDROCK S. 126; SERICK Bd. I S. 343 f.; UNGER S. 55 f.; WIRTZ S. 36 ff.; ERMAN/H. P. WESTERMANN BGB¹⁰ § 812 Rn. 48; PALANDT/THOMAS BGB⁶⁰ § 812 Rn. 82; MünchKomm/LIEB BGB³ § 812 Rn. 148; RGRK/HEIMANN-FROSIEN BGB¹² § 812 Rn. 82; STAUDINGER/LORENZ, 1999, BGB § 812 Rn. 98; a. M. OLG Frankfurt Betrieb 1984, 2032, 2033; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 94, § 106 Rn. 4.

42 Dazu ausführlich o. Rn. 3.5–3.58.

43 So z. B. RGZ 46, 98 ff.; BASSENGE JR 1977, 203, 204; FISCHER S. 438; MEHRING S. 90 f.; SACHS S. 40, 42–45, die aber überwiegend annehmen, daß der Vertragspartner gegen diesen Bereicherungsanspruch mit der ihm nach h. M. (o. Rn. 5.40 ff., 5.64 ff.) zustehenden Insolvenzforderung auf Ersatz seines Differenzschadens aufrechnen könne (anders wohl nur RGZ 46, 98, 100 f.; OLG Dresden SächsA 1910, 282, 284 f. und MEHRING S. 97 ff.). Solch eine Aufrechnungsmöglichkeit würde freilich voraussetzen, daß der Bereicherungsanspruch der Masse auf Zahlung von *Geld* gerichtet ist (vgl. MARKMANN S. 100 ff., der jedoch verkennt, daß die andernfalls nur in Betracht kommende – und z. B. von FISCHER bejahte – Verteidigungsmöglichkeit des § 273 BGB im Insolvenzverfahren des Gegners bloß dann versagt, wenn der vom Verwalter zurückverlangte Gegenstand noch im Eigentum der Masse steht; dazu o. Rn. 2.46 ff., 4.128). Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich aus dem bei Fn. 44 Gesagten.

44 Diese Unterstellung wird nur selten offen ausgesprochen (vgl. aber immerhin MARKMANN S. 94, 97). Sie ist jedoch erforderlich, weil der Vertragspartner durch seine etwaige Rückgewährpflicht nicht (zusätzlich oder überhaupt erst) geschädigt werden darf. Übrigens läßt sich das, was in der Sache wohl auch von den Vertretern der h. M. gemeint ist, sehr viel einfacher formulieren: vgl. u. Rn. 9.51 a. E. und Rn. 9.66 unmittelbar vor Fn. 191.

leiden würde, übersteigt⁴⁵. Auch die Frage, ob und mit welcher Folge hier die Saldotheorie zur Anwendung kommen kann⁴⁶, stellt sich nur, wenn man den Bereicherungsanspruch wenigstens dem Grunde nach anerkennt – was jedoch abzulehnen ist (Rn. 9.6 ff., 9.14 ff.).

b) **Condictio ob rem, Wegfall der Geschäftsgrundlage?**

- 9.18** Die Ansicht, daß der Insolvenzverwalter, der die weitere Erfüllung eines dem § 17 KO bzw. § 103 InsO unterliegenden Vertrages ablehnt, etwaige Vorleistungen des Schuldners zurückverlangen könne, ist von einigen Autoren⁴⁷ damit begründet worden, daß der Vertragspartner nun nichts mehr zu leisten brauche und folglich der mit der Leistung des Insolvenzschuldners beabsichtigte Erfolg unerreichbar geworden sei. Als Anspruchsgrundlage wird also § 812 I 2 Alt. 2 BGB angesehen⁴⁸, der dem Erbringer einer Leistung einen Bereicherungsanspruch zuerkennt, falls der mit der Leistung »nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt« (condictio ob rem).
- 9.19** Den Befürwortern der condictio ob rem ist zuzugeben, daß der mit einer Vorleistung bezweckte Erfolg, normalerweise nicht nur darin besteht, die zugrunde liegende Verbindlichkeit zu erfüllen⁴⁹, sondern des weiteren auch darin, in den Genuß der vertraglichen Gegenleistung zu kommen. Und genau diese wird der Vertragspartner i. d. R.⁵⁰ *verweigern* wollen, wenn über das Vermögen dessen, der teilweise vorgeleistet hat, ein Insolvenzverfahren eröffnet wird und der Insolvenzverwalter es ablehnt, den Anspruch auf die noch offene Restleistung gem. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu einer Masseverbindlichkeit zu erheben. *Erzwingen* werden kann die Gegenleistung des Vertragspartners in diesem Fall während des laufenden Verfah-

45 So MARKMANN S. 92 ff.; HESS InsO¹ § 103 Rn. 138 f., 142; vgl. auch OLG Königsberg LZ 1914, 98, 99 f.; BGHZ 15, 333, 336 (nicht anders wohl auch BGHZ 68, 379 ff. und BGH NJW 2001, 1136 ff. = NZI 2001, 85, 86 = ZIP 2001, 31, 32); BGH ZIP 1983, 709 f. ad 2 und 3 (dazu u. Rn. 9.94 mit Fn. 272); SCHULZ-BOURMER KTS 1975, 103 ff.; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 44 (S. 289 f.); KIPPENBERG S. 66; LOCHER/KOEBLE Rn. 505; LUSS S. 37 f.; MAAS S. 34 f.; OFFTERMATT S. 159; PAKUSCHER a. a. O. S. 724; PLONSKI S. 33 f., 40 f.; PALANDT/THOMAS a. a. O. (s. o. Fn. 41); SANDROCK S. 126 f.; SERICK Bd. I S. 344; UNGER S. 58 f. und – trotz anderer Anspruchsgrundlage (vgl. u. Rn. 9.27) – MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 26 Rn. 18.

46 Dazu DIECKMANN, Festschr. f. von Caemmerer S. 95, 100 ff., 125 f., der es übrigens als »schon nicht leicht verständlich« bezeichnet, weshalb der Insolvenzverwalter nach h. M. »berechtigt sein soll, Teilleistungen des Gemeinschuldners zurückzufordern« (a. a. O. S. 101).

47 STAUB/HEINICHEN HGB¹⁴ § 382 Anh. 85 a (ebenso an gleicher Stelle die von KÖNIGE bearbeitete Voraufgabe); RGRK-WÜRDINGER HGB² § 373 Vorbem. 223.

48 So auch UNGER S. 55 ff., der sowohl die condictio ob causam finitam als auch – mit einer den Unterschied zwischen beiden Kondiktionsarten verwischenden Begründung – die condictio ob rem bejaht.

49 So aber KAATZ S. 28; SPERLING S. 55 und – einer dort wörtlich wiedergegebenen Äußerung von CROME Bd. II S. 990 zustimmend – OLG Braunschweig OLGE 10, 193, 194.

50 Ausnahmen sind jedoch denkbar; s. o. Rn. 5.50 ff.

rens ohnehin nicht mehr⁵¹. Rechtfertigt das die Annahme, daß der Insolvenzverwalter die Vorleistung des Schuldners mit der *condictio ob rem* zurückverlangen kann?

M. E. läßt sich eine *allgemeine Regel* dieses Inhalts nicht begründen⁵². Das versteht sich von selbst, wenn man mit der h. M.⁵³ davon ausgeht, daß eine *condictio ob rem* in bezug auf Leistungen, die *in Erfüllung gegenseitiger Verträge* erbracht wurden, nur in Betracht kommt, wenn mit ihnen nach dem Inhalt des Vertrages ein über den Anspruch auf die Gegenleistung hinausgehender Erfolg bezweckt wurde. **9.20**

Hält man es hingegen für möglich, daß u. U. auch das Ausbleiben der *Gegenleistung* eine *condictio ob rem* rechtfertigen kann (s. Rn. 9.49 ff.), so scheidet eine *condictio ob rem* in den hier interessierenden Fällen nicht allein deshalb aus, weil der Insolvenzschuldner mit seiner (teilweisen) Vorleistung nicht bloß die Erlangung der Gegenleistung, sondern auch die (teilweise) Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit bezweckt hat und der letztgenannte Zweck evtl. wirklich erreicht worden ist⁵⁴. Gegen eine *condictio ob rem* spricht jedoch, daß weder die Verfahrenseröffnung noch die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters das Vertragsverhältnis gegen den Willen des Partners umzugestalten vermag und daß folglich der Vertragspartner, obwohl er nach der Ablehnungserklärung des Insolvenzverwalters nicht mehr zur Masse erfüllen *muß*⁵⁵, nach wie vor das *Recht* hat, dem Insolvenzverwalter seine Leistung in einer den Gläubigerverzug⁵⁶ begründenden Weise freiwillig anzubieten und auf diese Weise den mit der Vorleistung des Schuldners erstrebten Erfolg herbeizuführen. (Daß der Insolvenzverwalter solch ein Leistungsangebot des Vertragspartners *ausschlagen* darf⁵⁷, ändert daran nichts, sondern führt höchstens, wenn der Verwalter tatsächlich ausschlägt, zu einer Verlagerung der Empfangszuständigkeit auf den Schuldner.) **9.21**

51 S. o. Rn. 3.37 ff.

52 Ebenso OLG Braunschweig OLGE 10, 193, 194; OLG Frankfurt Betrieb 1984, 2032, 2033; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 71 (zu dessen eigener Lösung vgl. u. Rn. 9.33 ff.); MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 26 Rn. 18 (dazu u. Rn. 9.26 ff.); FELDHAUS JZ 1956, 313, 314; KAATZ S. 28; PLETZSCH S. 101/102; PLONSKI S. 32; PLÜNDER S. 69 f.; SPERLING S. 55; WIRTZ S. 39.

53 RGZ 66, 132, 134; sachlich übereinstimmend RG WarnR 1917 Nr. 112; RG JW 1925, 1751 f. (mit zust. Anm. von v. TUHR); RG JW 1936, 815; BGH MDR 1952, 33, 34; BGH NJW 1963, 806 f. und 1869; BGH NJW 1992, 2690; PLETZSCH S. 101 f.; Handkomm-BGB/SCHULZE, 1. Aufl. 2001 (Nomos), § 812 Rn. 11; STAUDINGER/LORENZ, 1999, BGB § 812 Rn. 105 ff. (selbst insoweit noch zur Vorsicht mahnend); ERMAN/H.P. WESTERMANN BGB¹⁰ § 812 Rn. 50 ff. (mit dem Hinweis bei Rn. 50 a. E., daß auf eine gewisse »Ventilfunktion« der *condictio ob rem* »vermutlich auch neben dem Institut der Geschäftsgrundlage nicht leicht zu verzichten sein« werde; einen Vorrang der Grundsätze über das Fehlen bzw. den Wegfall der **Geschäftsgrundlage** postulieren hingegen die u. Rn. 9.49 Fn. 147 Genannten).

54 So aber MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK und das OLG Frankfurt (je a. a. O.); vgl. auch OLG Braunschweig a. a. O. und PLONSKI S. 32.

55 Vgl. § 103 II 3 InsO und o. Rn. 3.37 ff.

56 S. o. Rn. 5.54 mit Fn. 179.

57 S. o. Rn. 5.54.

- 9.22** Selbst wenn der Vertragspartner bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens untätig bleibt (also weder die seinerseits geschuldete Leistung anbietet noch sich mit einer Differenzforderung am Verfahren beteiligt), kann nicht ohne weiteres und für alle Zukunft angenommen werden, daß der mit der Vorleistung des Insolvenzschuldners bezweckte Erfolg – die Erlangung der Gegenleistung – »nicht eintritt«. Denn wenn sich der Vertragspartner nicht durch eine eigene Rechtshandlung vom Vertrag löst oder eine nach der Differenzmethode berechnete Insolvenzforderung anmeldet⁵⁸, bleibt – in den durch das Unmöglichkeitensrecht gesetzten Grenzen⁵⁹ – nicht nur der Schuldner ihm, sondern auch er dem Schuldner über das Verfahrensende hinaus zur Leistung verpflichtet⁶⁰. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens wären die gegenseitigen Verpflichtungen auch wieder erzwingbar. Solange deshalb mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß der Schuldner das Recht, seinen Vertragspartner zur Erbringung der Gegenleistung zu zwingen, zurück-erwirbt, kann keine Rede davon sein, daß der in der Bewirkung dieser Gegenleistung bestehende »Erfolg nicht eintritt«. Ob dieser Erfolg wirklich nicht eintreten wird und welche Rechtsfolgen in diesem Fall gelten, richtet sich in erster Linie nach den §§ 320–327 BGB. Für eine *condictio ob rem* bleibt daneben nur eine eng begrenzte »Ventilfunktion«⁶¹.
- 9.23** Das sich nunmehr abzeichnende Ergebnis, daß § 812 I 2 Alt. 2 BGB den Bereicherungsanspruch, den die h. M. dem die weitere Vertragserfüllung ablehnenden Insolvenzverwalter zugesteht, entweder *überhaupt nicht*, zumindest aber *nicht ohne weiteres* zu stützen vermag⁶², entspricht in seiner restriktiven Grundtendenz einer Sichtweise, der in bezug auf eine vergleichbare Problematik auch die MOTIVE des § 26 (vormals § 21) KO anhängen. Diese vertreten nämlich für den *umgekehrten* Fall, daß die *andere* Vertragspartei vorgeleistet hatte, die Auffassung, daß »eine Kondition desselben (*sine causa* oder *ob causam datorum*)⁶³ ... ausgeschlossen« sei⁶⁴. Dieser Gedanke läßt sich auf den hier zu beurteilenden Fall übertragen: Wenn schon die *andere* Vertragspartei eine von ihr erbrachte Vorleistung nicht allein⁶⁵ aus dem Grunde kondizieren kann, daß der Insolvenzverwalter

58 Letzteres dürfte kaum vorkommen, wenn bisher nur der *Insolvenzschuldner* eine (nicht unerhebliche) Teilleistung erbracht hat. Vgl. aber immerhin o. Rn. 9.17 bei Fn. 44.

59 Im Falle bloßen Unvermögens kommt es auf seiten des Insolvenzschuldners auf *dessen* Möglichkeiten an. Unrichtig die insoweit auf den *Konkursverwalter* abstellende, zu § 323 BGB ergangene Entscheidung RG LZ 1908 Sp. 938, 940 f. (s. o. Rn. 5.76 ff. mit Fn. 257, 8.26 mit Fn. 68).

60 S. o. Rn. 3.40.

61 Näheres bei Rn. 9.45 ff., 9.85 ff. Von einer »Ventilfunktion« der *condictio ob rem* spricht in etwas anderem Zusammenhang auch H. P. WESTERMANN (s. o. Rn. 9.20 Fn. 53 a. E.).

62 Die endgültige Entscheidung muß den Ausführungen bei Rn. 9.45 ff., 9.85 ff. vorbehalten bleiben.

63 Letzteres ist eine andere Bezeichnung der jetzt in § 812 I 2 Alt. 2 BGB konkretisierten »*condictio ob rem*« bzw. »*condictio causa data causa non secuta*«; vgl. STAUDINGER/LORENZ, 1999, BGB § 812 Rn. 80.

64 MOTIVE zur KO S. 91 = HAHN Bd. IV S. 106; ausführlicher zitiert o. Rn. 9.10.

65 Vgl. auch o. Rn. 7.3, 7.7, 7.10 ff., 7.17 ff., 7.28, 7.91 ff.

die erhoffte Gegenleistung verweigert⁶⁶, dann darf auch der *Insolvenzverwalter* eine (teilweise⁶⁷) Vorleistung des *Schuldners* nicht allein deshalb⁶⁸ kondizieren können, weil er – der Verwalter – durch seine Erfüllungsablehnung selbst (!) den Grund dafür gesetzt hat, daß *er* die Gegenleistung nun nicht mehr verlangen kann.

Auch die Grundsätze, die beim Fehlen oder beim späteren Wegfall der *Geschäftsgrundlage* Anwendung finden, vermögen dem Insolvenzverwalter in Fällen, in denen *er selbst* sein Recht auf die Gegenleistung zerstört, nicht ohne weiteres zu einem Anspruch auf Rückgewähr der schon erbrachten Vorleistung des Schuldners zu verhelfen. **9.24**

Im übrigen gilt das, was bei Rn. 9.21 ff. zur *Subsidiarität* der *condictio ob rem* gegenüber §§ 320 ff. BGB gesagt wurde, entsprechend für die ihrer Natur nach ebenso subsidiären Grundsätze über die Geschäftsgrundlage. Daran wird sich auch dann nichts ändern, wenn diese Grundsätze demnächst sogar in einer eigenständigen Vorschrift⁶⁹ geregelt sein sollten. **9.25**

c) Abrechnungsverhältnis nach § 326 BGB?

In der grundsätzlichen Ablehnung der bei Rn. 9.16 ff., 9.18 ff. erörterten Anspruchsgrundlagen besteht Übereinstimmung mit vielen anderen Autoren⁷⁰. Aber nicht alle, die insoweit übereinstimmen, sind auch der Auffassung, daß die Vorleistung des Schuldners für den die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnenden Insolvenzverwalter *verloren* sei⁷¹. Das Bestreben geht vielmehr meist dahin, dem Insolvenzverwalter entweder zu einem Anspruch auf einen der Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung (Rn. 8.10 ff., 8.40 ff.) oder aber auf Wegen, die nun zu erörtern sein werden, doch noch zu einem Rückgewähranspruch zu verhelfen. **9.26**

Das letztere haben u. a. KUHN und UHLENBRUCK versucht. Diese sehen in der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters eine positive Vertragsverletzung⁷², die die beiderseitigen Erfüllungsansprüche zum Erlöschen bringe und an ihre

66 Ebenso übrigens BGH NJW 1963, 1869 f. für den Fall, daß der Vertragspartner an einen *Zessionar* des Insolvenzschuldners geleistet hat.

67 Andernfalls unterliegt der Sachverhalt nicht dem § 103 InsO, von dessen Voraussetzungen das angebliche Rückforderungsrecht des Verwalters ja nach h. M. abhängen soll.

68 Vgl. aber ergänzend u. Rn. 9.47 ff., 9.85 ff.

69 Wahrscheinlich im künftigen § 313 BGB (wenn der Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes tatsächlich verwirklicht werden sollte).

70 Vgl. z. B. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 71; MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 26 Rn. 18 und – nicht ganz so entschieden – BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 17 Anm. 4 c.

71 So wohl nur die im ersten Absatz der Fn. 3 (zu Rn. 9.1) Genannten und ERTL Rpfleger 1977, 81, 84 f. (ad V 2 b, c, 6, 7), 87 f. (ad VI 6, 7).

72 MENTZEL/KUHN⁸ und KUHN/UHLENBRUCK¹¹, jeweils KO § 26 Rn. 9 m. w. N. (vgl. hiergegen o. Rn. 5.96).

Stelle »ein Abrechnungsverhältnis nach § 326 BGB« treten lasse⁷³. Bereits aus diesem »Abrechnungsverhältnis« ergebe sich, daß der Vertragspartner des Schuldners dessen Leistung zur Insolvenzmasse zurückgewähren müsse, soweit sie den Schadensersatzanspruch des Vertragspartners übersteige⁷⁴. Denn es bestehe ein allgemeiner, im BGB mehrfach zum Ausdruck gebrachter Rechtssatz, daß keine Vertragspartei die aufgrund gegenseitigen Vertrages empfangene Teilleistung endgültig behalten könne, ohne zu einer entsprechenden Gegenleistung verpflichtet zu sein⁷⁵.

- 9.28** M. E. ist auch diese Begründung des angeblichen Rückgewähranspruchs nicht überzeugend. Ihrer Prämisse, daß der Vertragspartner in allen Fällen, in denen der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung des beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrages ablehnt, nach § 326 BGB (oder aufgrund anderer Anspruchsgrundlagen) Ersatz seines etwaigen Nichterfüllungsschadens verlangen könne, ist schon bei Rn. 5.64 ff. widersprochen worden.
- 9.29** Aber selbst wenn es richtig wäre, daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters eine die Anwendung des § 326 BGB rechtfertigende positive Vertragsverletzung darstellt⁷⁶, würde das nicht bedeuten, daß der Vertragspartner seinen gegen den Schuldner gerichteten Erfüllungsanspruch automatisch verlöre und auf ein »Abrechnungsverhältnis« beschränkt wäre. Denn unter Nicht-Insolvenzrechtlern ist völlig unstrittig (und wird wohl auch nach der für 2002 anstehenden Schuldrechtsreform^{76a} unstrittig sein), daß eine Vertragspartei selbst dann, wenn sie im konkreten Falle auch ohne Mahnung und Nachfristsetzung nach § 326 BGB Schadensersatz verlangen könnte, ihren Erfüllungsanspruch behält, bis sie ausdrücklich oder sinngemäß erklärt, nicht mehr an dem ursprünglichen Vertrag festhalten, sondern eine der ihr durch § 326 BGB eröffneten Möglichkeiten wahrnehmen zu wollen⁷⁷. Weshalb dies anders sein soll, wenn über dem Vermögen des Anspruchsgenegers ein Insolvenzverfahren schwebt, ist weder von KUHN noch von UHLENBRUCK begründet worden und ist m. E. auch nicht begründbar⁷⁸. Wenn der Gläubiger weder die erwähnte (und wohl auch nach *künftigen* Leistungsstörungenrecht erforderliche) Erklärung abgibt noch eine nach der Differenzmethode berechnete

73 MENTZEL/KUHN⁸ und KUHN/UHLENBRUCK¹¹, jeweils KO § 26 Rn. 18; zustimmend BGH NJW 1963, 1869, 1870; vgl. auch BGHZ 68, 379, 380 und OLG Düsseldorf ZIP 1982, 724, 725 f. (insoweit weniger ausführlich die das Urteil des OLG im Ergebnis bestätigende und dafür bei Rn. 9.94 Fn. 272 ausf. kritisierte Entscheidung BGH ZIP 1983, 709 f.).

74 KUHN und UHLENBRUCK jeweils a. a. O. (vgl. Fn. 73); zwischen dieser und der bereicherungsrechtlichen Lösung schwankend das OLG Düsseldorf; insoweit unklar auch das bestätigende Urteil des BGH (beide a. a. O.).

75 Insoweit berufen sich KUHN und – bis zur 10. Auflage – auch UHLENBRUCK unter anderem auf die o. Rn. 8.10 ff. behandelte Entscheidung RGZ 73, 58 ff.

76 Dagegen o. Rn. 5.96.

76 a Vgl. zur Schuldrechtsreform die Hinweise im Vorwort dieses Buches.

77 STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 134, 146, 148, 153.

78 Ebenso MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 206 f., dem aber zu widersprechen ist, soweit auch er dem Vertragspartner in allen Fällen, in denen der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung ablehnt, die Rechte aus § 326 BGB zugesteht (s. o. Rn. 5.96).

Insolvenzforderung anmeldet⁷⁹, kann er sich seinen Erfüllungsanspruch über das Verfahrensende hinaus erhalten (soweit sich aus dem Unmöglichkeitensrecht⁸⁰, einem Insolvenzplan oder einer etwa erteilten Restschuldbefreiung nichts anderes ergibt) und bleibt dann auch zur Erbringung der versprochenen Gegenleistung verpflichtet⁸¹.

Richtig ist allerdings, daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters dem **9.30** Anspruch auf die Gegenleistung des Vertragspartners die *Durchsetzbarkeit* nimmt⁸². Das gilt jedoch zunächst einmal nur für die Dauer des Insolvenzverfahrens (Rn. 9.29). Deshalb kann man hier auch nicht ohne weiteres mit dem von KUHN und UHLENBRUCK herangezogenen⁸³ Rechtssatz arbeiten, daß keine Vertragspartei die aufgrund gegenseitigen Vertrages empfangene Teilleistung »endgültig« behalten könne, »ohne zu einer entsprechenden Gegenleistung verpflichtet zu sein«. Denn der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung (bzw. einen seiner Vorleistung entsprechenden Teil derselben⁸⁴) erlischt ja gerade *nicht* ohne weiteres schon durch die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters⁸⁵ (erst recht nicht bereits im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung⁸⁶). Da der Insolvenzverwalter, der die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt, den Schuldner nicht aus seiner Position als Vertragspartei verdrängt⁸⁷, kann der von KUHN und UHLENBRUCK erwähnte allgemeine Rechtssatz nur dann zu einem Anspruch der *Masse* auf Rückgewähr der bereits erbrachten Vorleistung des Schuldners führen, wenn schon während des *Insolvenzverfahrens* feststeht oder zumindest »davon ausgegangen werden darf«, daß der Schuldner, auf dessen Rechte der Insolvenzverwalter ja beschränkt ist, auch nach Verfahrensende nicht wieder in der Lage sein wird, seinen noch unerfüllten Anspruch auf einen seiner Vorleistung entsprechenden Teil der Gegenleistung durchzusetzen. In solchen Fällen kann dem Insolvenzverwalter jedoch schon mit der *condictio ob rem* geholfen werden (dazu ausf. Rn. 9.47 ff., 9.86 ff.).

d) Abrechnungsverhältnis »wie« nach § 326 BGB?

Die soeben verworfene These, daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters ohne weiteres ein »Abrechnungsverhältnis nach § 326 BGB« entstehen lasse und daß dieses »Abrechnungsverhältnis« dem Insolvenzverwalter u. U. sogar die **9.31**

79 Letzteres dürfte kaum vorkommen, wenn bisher nur der *Insolvenzschuldner* eine (nicht unerhebliche) Teilleistung erbracht hat. Vgl. aber immerhin Rn. 9.17 bei Fn. 44.

80 S. o. Rn. 9.22 mit Fn. 59 und – mit Blick auf die anstehende Schuldrechtsreform – Rn. 5.84 a. E.

81 S. o. Rn. 3.40.

82 S. o. Rn. 3.37 ff.

83 S. o. Rn. 9.27.

84 S. o. Rn. 8.10 ff.

85 S. o. Rn. 3.37 ff.

86 S. o. Rn. 3.42 ff., 3.48 ff., 3.58.

87 Das Gleiche gilt übrigens, falls der Insolvenzverwalter sich *für* die Erfüllung entscheidet; s. o. Rn. 2.86 mit Fn. 184 und Rn. 8.28 f.

Rückforderung von Vorleistungen des Schuldners ermögliche, ist in einigen Gerichtsurteilen (auch solchen des BGH) mit Sympathie aufgegriffen worden⁸⁸. Inzwischen scheint sich aber auch beim BGH die Ansicht durchgesetzt zu haben, daß ein »Abrechnungsverhältnis« mit *diesem* Inhalt nicht ohne weiteres⁸⁹ »aus« § 326 BGB hergeleitet werden kann. Denn nunmehr begründet der BGH den Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters mit der eher auf eine *Analogie* zu §§ 325, 326 BGB hinweisenden Formulierung, daß sich die Rechtslage »wie auch sonst bei Wahl von Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Rahmen der §§ 325, 326 BGB« gestalte⁹⁰ (wobei der Eintritt dieser Gestaltungswirkung vom BGH zunächst an die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters⁹¹, in jüngeren Urteilen jedoch bereits an den das Insolvenzverfahren eröffnenden Gerichtsbeschuß⁹² geknüpft wurde). Auch dieser Begründungsversuch vermag jedoch nicht zu überzeugen.

- 9.32** Eine Gestaltungswirkung der vom BGH postulierten Art hat nach dem Gesetz weder der das Insolvenzverfahren eröffnende Gerichtsbeschuß⁹³ noch die spätere Erfüllungsablehnung des Verwalters⁹⁴. Gegen die Annahme eines Abrechnungsverhältnisses »wie« im Fall des § 326 BGB spricht m. E. zwingend, daß der Fall des § 326 BGB völlig »anders« liegt als der der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit anschließender Erfüllungsablehnung des Verwalters. Denn während die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters Ereignisse auf *Schuldnerseite* sind⁹⁵, ist im Rahmen des § 326 BGB eine Ablehnungserklärung des *Gläubigers* Voraussetzung dafür, daß die auf Schuldnerseite eingetretene Leistungsstörung zu einem »Abrechnungsverhältnis« führt⁹⁶. Eine Parallelität der Lebenssachverhalte, die den Gedanken an eine Analogie rechtfertigen würde, ist nicht erkennbar, der neue Begründungsversuch des BGH mithin abzulehnen. Das gilt aus den bei Rn. 9.22, 9.36, 9.38, 9.43 f., 9.47 f. angeführten Gründen auch, soweit der BGH neben § 326 noch § 325 BGB heranzieht.

88 Vgl. die Nachweise bei Rn. 9.27 Fn. 73 f.

89 Vgl. o. Rn. 9.28 ff.

90 BGH ZIP 1983, 709 f. ad 2 (dazu u. Rn. 9.94 mit Fn. 272); ohne diesen Hinweis auf §§ 325, 326 BGB nimmt ebenfalls ein »Abrechnungsverhältnis« mit der Möglichkeit eines Rückgewähranspruchs an BGHZ 96, 392, 394, 396 ff. (dazu MAROTZKE EWiR § 17 KO 2/1985, 385 f.); ähnlich BGH ZIP 1987, 304, 305; BGHZ 106, 236, 242.

91 BGH ZIP 1983, 709 f. (ad 2); BGHZ 96, 392, 394 ff.; BGH ZIP 1987, 304, 305.

92 BGHZ 106, 236, 241; BGH LM KO § 15 Nr. 9 (mit Anm. GRUNSKY) = NJW 1991, 2897 = ZIP 1991, 945, 946 f. (ad III, IV 1) = EWiR § 15 KO 1/1991, 907 f. (MAROTZKE); BGH NJW 1997, 3434, 3436 = ZIP 1997, 1072, 1075. Vgl. zu diesen Urteilen auch o. Rn. 3.42 ff., 4.17 ff. (bes. Rn. 4.31, 4.77 ff.).

93 Vgl. o. Rn. 3.44 ff., 3.58, 9.14 (Fn. 37), 9.17.

94 Vgl. o. Rn. 3.5–3.58, 9.17.

95 In Verfahren mit »Eigenverwaltung« steht das Recht, zwischen Erfüllung und Erfüllungsablehnung zu wählen, sogar dem *Schuldner* zu, vgl. § 279 InsO!

96 Vgl. schon o. Rn. 9.29.

e) Analogie zu § 323 III BGB?**aa) Die Ansicht von HENCKEL**

Eine zum Teil völlig neue Lösung der Frage, ob der die Erfüllung des Vertrages ablehnende Insolvenzverwalter etwaige Vorleistungen des Schuldners zurückfordern kann, ist 1980 von HENCKEL vorgeschlagen worden⁹⁷. Im Ausgangspunkt stimmt HENCKEL mit der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht insofern überein, als auch er alle *bisher* erörterten Anspruchsgrundlagen prinzipiell für nicht tragfähig hält⁹⁸. Entgegen der hier⁹⁹ vertretenen Ansicht nimmt HENCKEL jedoch an, daß der die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnende Insolvenzverwalter grundsätzlich berechtigt sei, von dem Vertragspartner einen der Vorleistung des Schuldners entsprechenden Teil der Gegenleistung zu verlangen¹⁰⁰. Nur wenn diese Gegenleistung unteilbar ist¹⁰¹ oder wenn er an einem der Vorleistung des Schuldners entsprechenden *Teil* der Gegenleistung kein Interesse hat¹⁰², soll der Insolvenzverwalter berechtigt sein, die Vorleistung des Schuldners zurückzuverlangen. Die Grundlage dieses Anspruchs sieht HENCKEL in § 323 III BGB¹⁰³.

Für den Fall, daß die noch nicht erbrachte Gegenleistung des Vertragspartners unteilbar ist, entwickelt HENCKEL seine Auffassung anhand des Beispiels, daß der Gemeinschuldner vor Verfahrenseröffnung auf einen für 15.000 DM gekauften, aber noch nicht gelieferten Kraftwagen 6.000 DM angezahlt hat¹⁰⁴. HENCKEL leitet seine Überlegungen mit dem Hinweis ein, daß solche Fälle, wenn der Käufer den Restkaufpreis nicht zahlen könne, *außerhalb des Konkurses* nur dadurch ihre Lösung finden würden, daß der Verkäufer wegen Teilverzugs Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange und dann nach §§ 326 I 3, 325 I 2, 280 II, 346 BGB die Anzahlung zurückzahlen müsse, soweit sie seinen Schaden übersteige. Der Käufer seinerseits könne sich vom Vertrag nicht lösen und deshalb die Anzahlung nicht zurückfordern.

Bis hier hat HENCKEL sicher recht. Problematisch sind jedoch seine unmittelbar folgenden Ausführungen:

»*Im Konkurs* des Käufers ist die Rechtslage insofern anders, als der Konkursverwalter die Zahlung des Restkaufpreises verweigern kann (§ 17¹⁰⁵), also bei Erfüllungsablehnung zu wei-

97 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 71 ff.; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 435.

98 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 71, 72, 76, 80.

99 Vgl. o. Rn. 8.10 ff., 8.25 ff., 8.30 ff., 8.36 ff., 8.41 ff.

100 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 75, 80, 83, 157; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 435 ff.; zust. K/P/TINTELOT InsO § 103 Rn. 95.

101 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 81.

102 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 82.

103 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 81 ff.; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 437. Vgl. auch BROX JuS 1984, 657, 668; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang Rn. 141 (in der Voraufgabe [§ 368 Anhang Rn. 112] wird insoweit nur § 812 I 2 BGB genannt); K/P/TINTELOT InsO § 103 Rn. 95 (»Analogie zu § 812 Abs. 1 Satz 2 und zu § 323 Abs. 3 BGB«).

104 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 81.

105 Gemeint ist § 17 KO.

teren Zahlungen nicht verpflichtet ist und deshalb auch nicht in Verzug gerät . . .¹⁰⁶. Steht also fest, daß der Vertrag von beiden Seiten nicht mehr erfüllt zu werden braucht, so muß er nach den Regeln abgewickelt werden, die für die Fälle gelten, in denen beide Vertragspartner von ihrer Leistungspflicht freigeworden sind. Diese Regeln finden sich in § 323 BGB. Nach Abs. 3 dieser Vorschrift kann die Vorauszahlung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden. Der Konkursverwalter kann also nach diesen Vorschriften die Vorauszahlung zurückverlangen, soweit sie den Schaden des Vertragspartners übersteigt.«

bb) Kritik

- 9.36** Der wörtlich wiedergegebene Teil aus HENCKELS Argumentation überrascht, wenn man bedenkt, daß HENCKEL an anderer Stelle¹⁰⁷ zu Recht¹⁰⁸ annimmt, daß der Vertragspartner durch eine Erfüllungsverweigerung des Verwalters nicht gehindert werden kann, von einer Verfahrensteilnahme abzusehen und nach Verfahrensende den Schuldner im Rahmen des diesem dann noch (oder wieder) Möglichen zur weiteren Erfüllung des Vertrages anzuhalten. Denn wer dies anerkennt, kann nicht ohne weiteres die Auffassung vertreten, daß nach einer Erfüllungsablehnung des Verwalters *feststehe*, »daß der Vertrag von beiden Seiten nicht mehr erfüllt zu werden braucht«, und der Vertrag somit nach den Regeln abgewickelt werden müsse, die für die Fälle gelten, »in denen beide Vertragspartner von ihrer Leistungspflicht freigeworden sind«¹⁰⁹.
- 9.37** Zu kritisieren ist auch, daß HENCKEL seine (zutreffende) Feststellung, daß ein Käufer dadurch, daß er mit seinen Zahlungen in Verzug gerät, nicht das Recht erwerben könne, von dem ihn am Vertrag festhaltenden Verkäufer eine bereits geleistete Anzahlung zurückzuverlangen, nicht auch auf den Fall anwendet, daß der Käufer in Konkurs fällt und der Konkursverwalter die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt: HENCKELS (ebenfalls zutreffende¹¹⁰) Bemerkung, daß der *Konkursverwalter* mit der Kaufpreiszahlung nicht in Verzug geraten könne, wenn er sich weigere, die Verbindlichkeit des Schuldners nach §§ 17 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) zu einer Masseverbindlichkeit zu erheben, rechtfertigt dieses Vorgehen schon deshalb nicht, weil der Käufer bzw. sein Konkursverwalter eine bereits geleistete Anzahlung ja auch dann *nicht* zurückverlangen kann, wenn hinsichtlich des noch ausstehenden Restkaufpreises *kein* Verzug eingetreten ist.
- 9.38** Im übrigen ändert der Umstand, daß der *Insolvenzverwalter* durch seine Erfüllungsablehnung nicht in Verzug gerät, nichts daran, daß der *Schuldner* den Kaufpreis nach wie vor persönlich schuldet und insoweit auch während des Insolvenz-

106 Hier folgt ein kurzer Hinweis auf die abweichende Auffassung von MUSIELAK (zu ihr o. Fn. 78).

107 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 159 ff.

108 Vgl. o. Rn. 3.36 ff.

109 So aber JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 81. Gegen HENCKELS Argumentation auch HONSDORF S. 162 f.

110 Vgl. o. Rn. 5.95 f.

verfahrens – wenn auch nicht gerade durch eine Ablehnungserklärung des Verwalters¹¹¹ – in Verzug geraten kann. Das ist bereits oben¹¹² eingehend begründet worden und wird auch von HENCKEL anerkannt¹¹³. Die *Möglichkeit* des Verzugs setzt jedoch die *Möglichkeit* der geschuldeten Leistung voraus und damit zugleich der von HENCKEL befürworteten Anwendung des Unmöglichkeitrechts Grenzen.

Selbst wenn man in dem von HENCKEL gebildeten Beispiel¹¹⁴ unterstellte, daß **9.39** dem Gemeinschuldner die Bezahlung des noch offenen Restkaufpreises **für immer** unmöglich geworden ist (was jedoch meist eine andere Größenordnung des Geschäfts voraussetzen wird¹¹⁵), **und** wenn man sich außerdem über alle Bedenken hinwegsetzte, die im Schrifttum¹¹⁶ dagegen erhoben worden sind, das *tatsächlich* vorhandene Unvermögen des Schuldners auch dann nach Unmöglichkeitrecht zu behandeln, wenn es sich um eine Geldschuld handelt, könnte man dem Insolvenzverwalter nicht über § 323 III BGB zu einem Anspruch auf Rückgewähr der vom Insolvenzschuldner bereits erbrachten Teil-Vorleistung verhelfen. Denn nach seinem Wortlaut gewährt § 323 III BGB nicht dem *Schuldner* der (teilweise) unmöglich gewordenen Leistung einen Anspruch auf Rückgewähr des bereits erbrachten Teils, sondern dem *Gläubiger* der (ganz oder teilweise) unmöglich gewordenen Leistung einen Anspruch auf (vollständige oder teilweise) Rückgewähr seiner bereits erbrachten *Gegenleistung*. Ein »analoges« Recht des *Schuldners* der unmöglich gewordenen Leistung, eine bereits erbrachte Teilleistung zurückzuerlangen, ist grundsätzlich nur für den Fall anzuerkennen, daß *diese* Teilleistung im Hinblick auf den Vertragszweck einer Nichtleistung gleichsteht¹¹⁷. Davon kann aber keine Rede sein, wenn die bereits erbrachte Teilleistung des (Insolvenz-)Schuldners in Geld besteht. Auch wenn man den von HENCKEL gebildeten Fall nach Unmöglichkeitrecht beurteilen würde, könnte der Insolvenzverwalter die Anzahlung des Schuldners also jedenfalls nicht nach § 323 III BGB zurückverlangen¹¹⁸.

Ebenso wenig könnte er *für* sie einen dieser Teilleistung des Schuldners entsprechenden Anteil vom Geldwert der in Natur nicht teilbaren *Gegenleistung* (Kraftfahrzeug¹¹⁹) verlangen¹²⁰. Denn abgesehen davon, daß solch ein Recht des Insolvenzverwalters dessen Erfüllungsablehnung nicht überdauern wür-

111 Vgl. o. Rn. 5.95 f.

112 Vgl. Rn. 5.91 ff.

113 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 156, 157.

114 S. o. Rn. 9.34.

115 Man denke an den Kauf eines sehr teuren Spezialfahrzeugs oder eines Grundstücks mit wertvollen Gebäuden.

116 Z. B. von ROTH JuS 1968, 101, 105 f.

117 Vgl. STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 323 Rn. 5, 52. Zu weitergehenden Auffassungen vgl. sogleich Rn. 9.41 mit Fn. 124, 125.

118 Insoweit a. M. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 81.

119 Vgl. Rn. 9.34.

120 Insoweit zutreffend JAEGER/HENCKEL a. a. O.; zumindest mißverständlich aber ders. in § 17 Rn. 157.

de¹²¹, kann es auch schon deshalb nicht anerkannt werden, weil für eine Umwandlung des auf das *Kraftfahrzeug* gerichteten Erfüllungsanspruchs der Masse in einen Anspruch auf einen der Teilzahlung des Insolvenzschuldners entsprechenden Anteil vom *Geldwert* des Fahrzeugs die erforderliche gesetzliche Grundlage fehlt. Die insoweit allein in Betracht kommenden §§ 323 I HS. 2, 473 Satz 2 HS. 2 BGB führen in Fällen, in denen einer Vertragspartei die Leistung teilweise unmöglich wird, zwar auch dann zu einer Minderung der Gegenleistung, wenn diese unteilbar ist. Aber sie verwandeln nicht den Anspruch auf die zu mindernde Gegenleistung in einen Geldanspruch, sondern gewähren dem Verpflichteten das Recht, die Bewirkung der (unteilbaren) Gegenleistung von einer Vergütung des Betrages abhängig zu machen, um den sich seine Verbindlichkeit reduziert hätte, wenn sie auf den Geldwert ihres (unteilbaren) Gegenstandes gerichtet wäre¹²². Die Vergütung dieses Geldbetrages ist dem Gläubiger der Gegenleistung in Fällen, in denen schon die ihm (teilweise) unmöglich gewordene eigene Leistung in der Zahlung von Geld bestand, natürlich ebenso unmöglich wie die vollständige Erfüllung seiner ursprünglichen Vertragspflicht (was übrigens zeigt, daß § 323 BGB auf den Fall, daß einer Vertragspartei die Erfüllung einer *Geldschuld* unmöglich wird, überhaupt nicht anwendbar sein kann¹²³).

- 9.41** Ebenso wenig wie mit einer Anwendung der §§ 323 I HS. 2, 473 Satz 2 HS. 2 BGB wäre dem Käufer (bzw. seinem Insolvenzverwalter) mit dem im Schrifttum vereinzelt behaupteten Rechtssatz zu helfen, daß der Schuldner einer teilweise unmöglich gewordenen Primärleistung vom Vertrag zurüctreten könne, wenn der in §§ 323 I HS. 2, 473 Satz 2 HS. 2 BGB vorgeschriebene Modus für die Minderung der (unteilbaren) Gegenleistung seinem Vertragsinteresse nicht gerecht werde¹²⁴. Denn diese Auffassung wird nur für Fälle vertreten, in denen der durch sie geschützte Schuldner etwas anderes als Geld versprochen hatte. Außerdem setzt sie voraus, daß sein Unvermögen auf einem Umstand beruht, den er nicht zu vertreten

121 S. o. Rn. 8.36 ff.

122 KISCH S. 175 ff.; STAUDINGER/OTTO, 1979, BGB¹² § 323 Rn. 43; vgl. auch MünchKomm/EMMERICH BGB³ § 323 Rn. 49.

123 Gegen die Anwendbarkeit des § 323 BGB spricht nicht schon, daß der Schuldner einer auf *Geld* gerichteten Verbindlichkeit sein Unvermögen ohne Rücksicht auf Verschulden (Rn. 5.86 f.) zu vertreten hat (vgl. Rn. 8.16 Fn. 46). Entscheidend ist vielmehr, daß die im Rahmen des § 323 I BGB erforderliche Feststellung, bis zu welchem Bruchteil der Verbindlichkeit das Unvermögen von Dauer sein wird, bei Geldschulden praktisch unmöglich ist. Im übrigen wäre es unsinnig, wenn der dem Käufer unmöglich gewordene Teil seiner Geldschuld über §§ 323 I HS. 2, 473 Satz 2 HS. 2 BGB durch eine *wiederum auf Geld* – und zwar, falls der Kaufpreis unter (über) dem tatsächlichen Wert der Sache lag, auf *mehr* (weniger) Geld! – gerichtete Schuld ersetzt werden könnte. Gegen eine Anwendung des Unmöglichkeitensrechts auf Geldschulden auch ROTH JuS 1968, 101, 105 f. m. w. N. (nicht speziell zu § 323 BGB).

124 Vertreten wird diese Auffassung von VAN DEN DAELE S. 81 ff.; ähnlich MünchKomm/EMMERICH a. a. O., der dem Schuldner u. U. ein »Ablehnungsrecht« geben will »mit der Folge, daß dann Vollunmöglichkeit anzunehmen« sei; vgl. auch STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 323 Rn. 44.

hat¹²⁵. Im hier zu erörternden Fall¹²⁶ fehlt es aber nicht nur an der ersten Voraussetzung, sondern – da der Schuldner einer Geldverbindlichkeit sein Unvermögen analog § 279 BGB ohne Rücksicht auf Verschulden zu vertreten hat¹²⁷ – auch an der zweiten.

f) Das »blinde Auge« des BGB-Leistungsstörungsrechts

In aller Schärfe stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob man die bei Rn. 9.39 ff. **9.42** angesprochene, prinzipielle Unnachsichtigkeit des BGB-Gesetzgebers gegenüber Personen, die ihre Rechte oder Pflichten nur deshalb nicht wahrnehmen können, weil ihnen die dazu erforderlichen Geldmittel fehlen¹²⁸, wirklich so weit treiben darf, daß man dem Verkäufer einer Sache das Recht zugesteht, dem Käufer, der bereits eine Anzahlung geleistet hat und zu weiteren Zahlungen nicht in der Lage ist, sowohl die Übergabe und Übereignung der Sache (§ 320 BGB) als auch die Rückgabe der Anzahlung zu verweigern. Wer diesen Fall ausschließlich nach den §§ 320–327 BGB beurteilt und sich dabei ebenso wie schon die Gesetzesverfasser weigert, eine *tatsächlich vorhandene* Unfähigkeit des Schuldners zur Beschaffung der zur Erfüllung nötigen Geldmittel *rechtlich* zur Kenntnis zu nehmen¹²⁹, kann dem Verkäufer das Recht, den zahlungsunfähigen Käufer auf die erwähnte Weise »hängenzulassen«, letztlich nicht streitig machen. Denn der hier u. U. einschlägige¹³⁰ § 326 BGB führt selbst in Fällen, in denen Mahnung und Nachfristsetzung überflüssige Förmelereien wären, nur dann zum Erlöschen des (dem Verkäufer die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB gewährenden) Anspruchs auf den Restkaufpreis, wenn der Verkäufer ausdrücklich oder sinngemäß erklärt, nicht mehr an dem ursprünglichen Vertrag festhalten, sondern eine der in § 326 BGB vorgesehenen Wahlmöglichkeiten ergreifen zu wollen¹³¹. Daran wird trotz ihrer Tendenz, die sehr strengen Voraussetzungen des (heutigen) § 326 BGB zu lockern, auch die für 2002 geplante Schuldrechtsreform nichts ändern.

Aber auch wenn man § 325 I 2 BGB anwenden würde – sei es mittelbar über § 326 I **9.43** 3 BGB (was voraussetzt, daß der Verkäufer die erwähnte Erklärung tatsächlich abgegeben hat), sei es unmittelbar (etwa weil man von vornherein zur Anwendung des Unmöglichkeitrechts neigt¹³²) –, bliebe es dem Verkäufer unbenommen, von dem ihm nach dieser Bestimmung zustehenden Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung »der ganzen Verbindlichkeit« zu verlangen oder vom Vertrag zu-

125 Recht deutlich VAN DEN DAELE a. a. O. (der u. a. mit dem Rechtsgedanken des § 275 BGB argumentiert); STAUDINGER/OTTO a. a. O.; ebenso aber wohl auch EMMERICH a. a. O.

126 Vgl. o. Rn. 9.39.

127 Vgl. o. Rn. 5.86 f.

128 Vgl. ROTH JuS 1968, 101, 105 f.

129 Vgl. ROTH a. a. O. S. 105 ad c; COESTER-WALTJEN AcP 183 (1983) 279, 283–285 (m. w. N. in Fn. 26), 292.

130 Vgl. ROTH a. a. O. S. 105 f. ad c, d.

131 Vgl. STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 326 Rn. 134, 146, 148, 153.

132 So z. B. PETERSEN/KLEINFELLER KO § 26 Anm. 6 (zu §§ 275, 280 BGB). Zum Standpunkt der Schuldrechtsreform s. o. Rn. 5.84 a. E.

rückzutreten (in beiden Fällen könnte der Käufer den die Schadensersatz-¹³³ bzw. rüchtrittsrechtlichen Gegenansprüche des Verkäufers übersteigenden Teil seiner Anzahlung zurückverlangen), *nicht* Gebrauch zu machen¹³⁴.

- 9.44** Man kann auch nicht sagen, daß der Käufer, soweit ihm die Zahlung des Restkaufpreises dauernd unmöglich geworden ist, automatisch von seiner Zahlungspflicht frei werde (z. B. weil die Rechtsordnung nichts Unmögliches verlangen könne) und deshalb, wenn der Verkäufer seine Rechte aus § 325 I 2 bzw. § 326 I 3 BGB nicht ausübe, die Übergabe der Kaufsache schon Zug um Zug gegen Zahlung des ihm noch möglichen *Teilbetrages* des Kaufpreises verlangen könne. Denn bei *Geldschulden* hat man sich ja gerade entschlossen, den Anspruch des Gläubigers *nicht* von dem Leistungsvermögen des Schuldners abhängig zu machen¹³⁵. Der Weg zur Vermeidung des allgemein¹³⁶ und auch von mir als **ungerecht** empfundenen Ergebnisses, daß der Verkäufer in der hier unterstellten Situation *weder* zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache *noch* zur Rückgewähr des seinen Differenzschaden¹³⁷ übersteigenden Teils der schon empfangenen Anzahlung gezwungen werden kann, führt also jedenfalls dann *nicht* über die §§ 320–327 BGB, wenn der Verkäufer sich weigert, die ihm nach §§ 325, 326 BGB zustehenden Rechte wirklich auszuüben.

g) Eigene Lösung

aa) Rekapitulation der Zwischenergebnisse

- 9.45** Für den Fall, daß dem im Insolvenzverfahren stehenden Schuldner die weitere Erfüllung des Vertrages noch nicht endgültig¹³⁸ unmöglich ist, haben die vorstehenden Ausführungen ergeben, daß der Insolvenzverwalter die Vorleistung des Schuldners nicht zurückverlangen kann, solange der Vertragspartner an dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis festhält¹³⁹.

133 Nach h. M. muß der Verkäufer, der nach § 325 oder § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangt, den seinen (etwaigen) Schaden übersteigenden Teil der bereits empfangenen Anzahlung zurückerstatten (vgl. RGZ 149, 135, 136, 137; STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 325 Rn. 54). Übrigens wird man dem (in dem o. erörterten Fall unterstellten) dauernden Unvermögen des Käufers, den *gesamten* noch ausstehenden Kaufpreis zu zahlen, dadurch Rechnung tragen müssen, daß man den Verkäufer hinsichtlich seines etwaigen Schadensersatzanspruchs auf die *Differenzmethode* beschränkt.

134 Vgl. MünchKomm/EMMERICH BGB³ § 280 Rn. 21, § 325 Rn. 147.

135 Vgl. STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 279 Rn. 2; ROTH JuS 1968, 101, 105 ad c; COESTER-WALTJEN AcP 183 (1983) 279, 283–285.

136 Auch von HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419, 437 f.; vgl. im übrigen bereits Rn. 8.18 und sogleich Rn. 9.51 ff. mit Fn. 155, 156, 159.

137 Vgl. soeben Fn. 133.

138 Von »Endgültigkeit« in dem hier vorausgesetzten Sinne kann nur dann die Rede sein, wenn das *gesamte* – also nicht nur das zur Insolvenzmasse gehörende – Vermögen des Schuldners nicht ausreicht; vgl. dazu schon o. Rn. 8.25 ff.

139 Vgl. besonders Rn. 9.21 f., 9.29 f., 9.32, 9.35 ff.

Aber selbst wenn sich schon während des Verfahrens – z. B. nach Verwertung der erfüllungstauglichen Massegegenstände¹⁴⁰ – ergibt, daß der Schuldner zur weiteren Erfüllung dauernd außerstande sein wird, hat der Vertragspartner grundsätzlich das Recht, die bereits empfangene Teilleistung zu behalten und die seinerseits versprochene Gegenleistung nach Maßgabe des § 323 I HS. 2 BGB zu mindern¹⁴¹ (was aber nicht heißt, daß der Insolvenzverwalter auf der solchermaßen geminderten Gegenleistung auch noch dann »bestehen« kann, wenn er die Erfüllung des Vertrages bereits *abgelehnt* hat¹⁴²).

bb) Problemfälle

Noch nicht endgültig gelöst ist der bei Rn. 9.34 ff. angesprochene Fall, daß der Schuldner eine unteilbare Sache gekauft und bereits teilweise bezahlt hat, Übergabe und Übereignung der Sache aber noch nicht erfolgt sind. Unproblematisch ist dieser Fall nur, solange noch damit gerechnet werden kann, daß der Schuldner in absehbarer Zeit wieder über die zur Bezahlung des Restkaufpreises erforderlichen Geldmittel verfügen wird (z. B. weil der noch ausstehende Betrag nicht allzu hoch ist). Dann kann der Verkäufer auch durch eine Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters nicht gehindert werden, beim Vertrag stehenzubleiben und die bereits empfangene Anzahlung zu behalten. 9.47

Wie aber ist die Rechtslage, wenn der noch offene Restkaufpreis so hoch und eine Prognose der künftigen Vermögensverhältnisse des (immerhin im Insolvenzverfahren stehenden!) Schuldners so ungünstig ist, daß es praktisch ausgeschlossen oder zumindest sehr unwahrscheinlich erscheint, daß der Schuldner den noch offenen Teil des Kaufpreises jemals wird bezahlen können? Schon bei Rn. 9.36 ff. wurde gezeigt, daß die §§ 320–327 BGB dem Schuldner bzw. seinem Insolvenzverwalter auch in diesem Fall keine Handhabe bieten, den Verkäufer entweder zur Übereignung und Übergabe der Kaufsache oder zur Rückerstattung des seinen Differenzschaden übersteigenden Teils der Anzahlung zu zwingen. In den Voraufgaben dieses Buches hatte ich die Ansicht vertreten, daß dieses Ergebnis hinzunehmen sei, solange wenigstens die *Insolvenzmasse*, auf deren vorzeitigen Rückfall an den Schuldner der Vertragspartner ja spekulieren dürfe¹⁴³, noch die zur weiteren Erfüllung des Vertrages nötigen Mittel enthalte. *Erst wenn auch die Insolvenzmasse aufgezehrt sei und deshalb das Unvermögen des Schuldners, den noch offenen Restkaufpreis zu bezahlen, endgültig feststehe*, habe man unter Billigkeitgesichtspunkten Grund für eine nochmalige Überprüfung des bei einer *ausschließlichen* Anwendung der §§ 320–327 BGB präjudizierten Ergebnisses, daß der Verkäufer vom Käufer bzw. vom Insolvenzverwalter des Käufers weder zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache noch zur Rückgewähr des seinen Differenzscha-

140 S. o. Rn. 8.30 ff.

141 Vgl. o. Rn. 8.16 Fn. 46.

142 Vgl. § 103 II 3 InsO und o. Rn. 8.36 ff., 8.41.

143 S. o. Rn. 8.31 f.

den¹⁴⁴ übersteigenden Teils der schon empfangenen Anzahlung gezwungen werden könne. Diese Zurückhaltung war aber wohl übertrieben (wenn man von dem bei Rn. 8.47 behandelten Sonderfall, daß der Insolvenzverwalter die Insolvenzforderung des Vertragspartners nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO in eine Masseverbindlichkeit verwandelt und dadurch Erfüllungsbereitschaft signalisiert, einmal absieht). Eine lebensnahe Betrachtung sollte nicht *jeder* prognostischen Unsicherheit Rechnung zu tragen versuchen, sondern im Zweifel von einem *normalen* Geschehensablauf ausgehen. Und dieser ist hier i. d. R. so beschaffen, daß das Insolvenzverfahren zu einer *vollständigen* Verwertung des Schuldnervermögens und einer *restlosen* Verteilung des Erlöses führt, m. a. W. daß sich ein an den Schuldner auszukehrender Vermögens- bzw. Erlösüberschuß nicht ergeben wird. Solange in casu keine starken Indizien dafür sprechen, daß das Insolvenzverfahren ein für den Schuldner *günstigeres* Ende nehmen werde, ist deshalb im Zusammenhang mit den hier anzustellenden Billigkeitsüberlegungen auch schon vor vollständigem Abschluß der Masseverwertung davon auszugehen, daß das vom Insolvenzverfahren erfaßte Vermögen für den Schuldner für immer »verloren« ist. Der Insolvenzverwalter sollte einen etwaigen Rückgewähranspruch bereits jetzt, nicht erst nach Verwertung des letzten Massegegenstandes geltend machen können.

- 9.49** Das richtige Mittel, um in diesen Fällen (Rn. 9.47 f.) zu einem Rückgewähranspruch der Insolvenzmasse zu gelangen, ist m. E. die in § 812 I 2 Alt. 2 BGB geregelte **condictio ob rem**¹⁴⁵. (Hilfsweise ist an eine Anwendung der Regeln über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu denken¹⁴⁶, wenn man der Ansicht¹⁴⁷ folgt, daß die condictio ob rem von diesen Regeln verdrängt wird, soweit – wie hier – die Rückabwicklung *gültiger* gegenseitiger Verträge in Frage steht). Zwar wurde bei Rn. 9.18 ff. der h. M.¹⁴⁸ gefolgt, daß Leistungen, die zur Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages erbracht worden sind, mit der condictio ob rem grundsätzlich *nicht* zurückgefordert werden können, wenn der mit ihnen bezweckte und dann nicht eingetretene Erfolg lediglich in der Erlangung der Gegenleistung besteht. Doch wird dieser Ausschluß der condictio ob rem, der aus dem Wortlaut des § 812 BGB übrigens nicht ersichtlich ist¹⁴⁹, begrenzt durch die Tragweite der ihn rechtfertigenden Gründe. Einer dieser Gründe ist, daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters nicht zwangsläufig zum Ausbleiben der mit

144 S. o. Rn. 9.43 Fn. 133.

145 A. M. HENCKEL Z郑 99 (1986) 419, 437 f., der stattdessen eine analoge Anwendung des § 323 III BGB vorschlägt. § 323 III BGB paßt jedoch schon hinsichtlich der *Rechtsfolge* nicht (s. o. Rn. 9.39). Gegen eine condictio ob rem auch LUTHER S. 63 f.

146 So PFLUG AG 1986, 305, 312. Ob »Geschäftsgrundlage« i. S. dieser Regeln auch das Vorhandensein der zur Vertragserfüllung erforderlichen *Zahlungsmittel* sein kann, ist zwar höchst problematisch, aber m. E. nicht gänzlich ausgeschlossen. Vgl. auch BAGE 77, 313, 328 ff.; HK-InsO/IRSCHLINGER² § 124 Rn. 16 (jeweils in bezug auf Sozialpläne).

147 JAUERNIG/SCHLECHTRIEM BGB⁹ § 812 Rn. 17; MünchKomm/LIEB BGB³ § 812 Rn. 165 ff.; REUTER/MARTINEK S. 155 ff. (jeweils m. w. N.); vgl. auch PFLUG a. a. O.; a. M. jedoch H. P. WESTERMANN (s. o. Rn. 9.21 Fn. 53).

148 Vgl. Rn. 9.20 Fn. 52.

149 Das kritisiert STAUDINGER/LORENZ, 1999, BGB § 812 Rn. 105.

der Vorleistung des Schuldners bezweckten Gegenleistung führen muß, da der Vertragspartner dem Schuldner trotz der Erfüllungsablehnung des Verwalters u. U. über das Insolvenzverfahren hinaus verpflichtet bleibt (Rn. 9.21 f.). Dieses Argument versagt jedoch, wenn damit zu rechnen ist, daß der Schuldner die weiteren Leistungen, von denen sein Vertragspartner die Bewirkung der Gegenleistung abhängig machen will und darf (§§ 320, 266 BGB), auf absehbare Zeit nicht mehr wird erbringen können. In solchen Fällen kann sehr wohl von einem »Nichteintritt« des mit der Vorleistung bezweckten Erfolges die Rede sein und die Ventilfunktion¹⁵⁰ der *condictio ob rem* zum Tragen kommen.

Allerdings ist eine *condictio ob rem* auch hier grundsätzlich ausgeschlossen, soweit die §§ 323 ff. BGB besondere und deshalb vorrangige Bestimmungen treffen¹⁵¹. Daran fehlt es, wenn und soweit diese Sonderbestimmungen eine ausfüllungsbedürftige Lücke enthalten¹⁵². Und gerade das ist aus den bei Rn. 9.39 ff. genannten Gründen anzunehmen, wenn die Verbindlichkeit, von deren dem Schuldner unmöglicher Erfüllung der Vertragspartner seine Gegenleistung gem. § 320 BGB abhängig machen will und kann, auf die *Zahlung von Geld* gerichtet¹⁵³ ist oder wenn ihre Erfüllung den Einsatz von Geld *erforderlich* macht (man denke an Beschaffungsschulden oder an die Notwendigkeit des Einsatzes und damit auch der *Bezahlung* von Arbeitnehmern, Subunternehmern oder sonstigen Hilfspersonen). Wenn feststeht, daß der Schuldner den zu zahlenden oder sonstwie einzusetzenden Geldbetrag auf absehbare Zeit nicht wird aufbringen können, muß trotz eventueller Unanwendbarkeit des Unmöglichkeitssrechts¹⁵⁴ der allgemein anerkannte und vom Gesetz »nur in (hier nicht interessierenden) Einzel-

9.50

150 S. o. Rn. 9.22.

151 Das gilt jedenfalls für die §§ 324–327 BGB. Der Fall des § 323 III BGB wird in den MOTIVEN zum BGB (Bd. II S. 842 = MUGDAN Bd. II S. 470) allerdings als ein solcher der *condictio ob rem* bezeichnet. Vgl. auch Fn. 152.

152 Recht salomonisch die MOTIVE zum BGB (a. a. O.): Die *condictio ob rem* sei »bei einer in einem gegenseitigen Verträge sich gründenden Leistung nur insoweit unstatthaft, als ihr der Grundsatz des § 360« entgegenstehe. (Der später als selbstverständlich – *Protokolle* zum BGB Bd. II S. 625 = MUGDAN Bd. II S. 630 – gestrichene E I § 360 lautete: »Erfüllt der eine Vertragsschließende seine Verbindlichkeit nicht, so ist der andere deshalb nicht berechtigt, einseitig von dem Verträge abzugehen, wenn nicht durch Gesetz oder Vereinbarung ein Anderes bestimmt ist.«) In der zweiten Kommission hatte sich eine Minderheit gegen die Aufnahme einer der zweiten Alternative des heutigen § 812 I 2 BGB entsprechenden Bestimmung ins Gesetz ausgesprochen und dies u. a. damit begründet, daß sonst »das Mißverständnis« nahegelegt würde, »als ob auch bei gegenseitigen Verträgen die Leistung zurückgefordert werden dürfe, wenn die Gegenleistung ausbleibe« (*Protokolle* zum BGB Bd. II S. 692 = MUGDAN Bd. II S. 1175). Die Kommissionsmehrheit entschied sich jedoch *für* die Aufnahme solch einer Bestimmung; wie sie zur Anwendbarkeit der *condictio ob rem* bei in Erfüllung gegenseitiger Verträge erbrachten Leistungen stand, ist aus den Protokollen nicht zuverlässig zu ersehen.

153 Gleichgültig ist in diesem Zusammenhang, ob der Schuldner von vornherein nur Geld schuldete oder ob erst eine Leistungsstörung zu diesem Schuldinhalt geführt hat (man denke z. B. an §§ 323 I HS. 2, 473 BGB oder an § 325 BGB und die hier u. U. anwendbare Surrogationsmethode).

154 S. o. Rn. 5.84, 9.39 ff.

fällen¹⁵⁵ durchbrochene Grundsatz« zur Anwendung kommen, »daß keine Vertragspartei die auf Grund eines zweiseitigen Vertrages empfangene Teilleistung *endgültig* behalten kann, ohne zu der entsprechenden Gegenleistung verpflichtet zu sein«¹⁵⁶. In Anwendung dieses Grundsatzes muß der Vertragspartner des Schuldners in dem hier erörterten Fall angehalten werden können, *nach seiner Wahl (!)* entweder auf die ihn zur Zurückhaltung seiner – vollen wie anteiligen – Gegenleistung berechtigende Einrede des § 320 BGB zu verzichten (zur entsprechenden Behandlung *vertragsübergreifender* Zug-um-Zug-Einreden s. u. Rn. 9.88) oder aber die schon empfangene Anzahlung zurückzugewähren, soweit er durch sie über die Vorteile hinaus bereichert ist, die er im Falle einer vollständigen beiderseitigen Erfüllung des Vertrages erlangen würde¹⁵⁷.

- 9.51** Rein theoretisch ist allerdings noch eine *dritte* Lösungsmöglichkeit in Betracht zu ziehen: Kann der Insolvenzverwalter die Situation nicht auch schon dadurch zum besseren wenden, daß er den (mangels eigener Leistungsfähigkeit nicht durchsetzbaren) Erfüllungsanspruch des Schuldners einfach durch *Veräußerung* an einen vermögenden Dritten zu Geld macht? Im Schrifttum ist in der Tat versucht worden, den Insolvenzverwalter auf diese Möglichkeit zu verweisen^{157a}. Dagegen spricht jedoch, daß es im Zweifel *sehr* schwer sein wird, einen Erfüllungsanspruch, den der *gegenwärtige* Inhaber bzw. sein Insolvenzverwalter wegen Fehlens der zur Gegenleistungsbewirkung erforderlichen Mittel nicht durchsetzen kann, zu einem angemessenen Preis zu vermarkten. Sollte sich überhaupt ein Erwerbsinteressent finden lassen (was schon unwahrscheinlich ist), so wird dieser die »Schwäche« des Veräußerers ausnutzen. Hinzu kommt, daß ein solcher Erwerber den Erfüllungsanspruch des Schuldners nur in dem Zustand erlangen kann, in welchem er sich zur Zeit der Veräußerung befand. Wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages, auf dem der zu veräußernde Anspruch beruht, bereits abgelehnt oder wenn er sein Wahlrecht nach Aufforderung durch den Vertragspartner nicht unverzüglich

155 Dazu RGZ 73, 58, 62: »Ein, übrigens wesentlich eingeschränktes, Recht, die Gegenleistung trotz Fortfallens der eigenen Leistung zu behalten, ist nur demjenigen Vertragsteil gegeben, dessen Leistung infolge eines von dem andern Teil zu vertretenden Umstandes, oder nach Eintritt des Annahmeverzuges bei dem andern Teil unmöglich wird (§ 324 Abs. 1 und 2) sowie in den besonderen Fällen der §§ 615, 616 und 649 BGB. Mit diesen Fällen der §§ 324, 615, 616, 649 BGB hat die Ablehnung der weiteren Vertragserfüllung durch den Konkursverwalter keine Verwandtschaft.«

156 Zitat aus RGZ 73, 58, 63 (Hervorhebung des Wortes »endgültig« a. a. O. S. 61); ebenso oder ähnlich die o. Rn. 8.11 Fn. 34 zitierten Befürworter dieser Entscheidung sowie MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 26 Rn. 18; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 36 a; RGRK/BALLHAUS BGB § 325 Rn. 36; STAUDINGER/KADUK, 1966/67, BGB¹¹ § 325 Rn. 91; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 437 f. und – in anderem Zusammenhang – *Protokolle zum BGB Bd. II S. 717 = MUGDAN Bd. II S. 1102*.

157 Zu weit ginge es m. E., wenn der Vertragspartner, der auf seine Zug-um-Zug-Einrede natürlich nicht verzichten wird, die *gesamte* Anzahlung zurückgewähren müßte. Denn dann könnte ihn der Schuldner (bzw. dessen Insolvenzverwalter) durch Geltendmachung dieses Rückgewähranspruchs nötigen, seinen primären Erfüllungsanspruch aufzugeben und nach § 326 BGB Ersatz seines Differenzschadens zu verlangen.

157a Vgl. MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 207 f.

lich ausgeübt hat, kann er (der Insolvenzverwalter) nicht mehr »auf der Erfüllung ... bestehen«. Diese sich aus § 103 II 3 InsO ergebende Rechtsfolge muß auch ein etwaiger Zessionar gegen sich gelten lassen; er kann also den durch die Abtretung erworbenen Anspruch bis auf weiteres nicht durchsetzen^{157b}. Soll man deshalb dem Insolvenzverwalter in der hier diskutierten Situation ernstlich den Rat geben müssen, sich gem. § 103 InsO *für* die Erfüllung des Vertrages zu entscheiden? Wer erfüllt die infolge einer positiven Wahlrechtsausübung entstandene Masseverbindlichkeit, wenn sich die geplante Veräußerung des gegen den Vertragspartner gerichteten Erfüllungsanspruchs später als undurchführbar erweist? M. E. sollte man eine »Lösungsmöglichkeit«, die zu solchen Fragestellungen führt, nicht weiter verfolgen, sondern das bei Rn. 9.50 gefundene Zwischenergebnis als endgültig akzeptieren (vgl. auch Rn. 9.85 ff.).

cc) Vorzüge der »bürgerlichrechtlichen« Lösung

Daß der Vertragspartner in dem bei Rn. 9.34 ff. erörterten kaufrechtlichen Beispiel nicht sowohl die gesamte Anzahlung als auch die Kaufsache auf Dauer behalten darf, wird im insolvenzrechtlichen Schrifttum und in der zu § 17 KO (§ 103 InsO) ergangenen Rechtsprechung fast allgemein anerkannt. Die Wertung, die diesem kleinsten gemeinsamen Nenner zugrunde liegt, ist derart überzeugend, daß sie auch dort befolgt werden sollte, wo die §§ 320–327 BGB den Käufer bzw. seinen Insolvenzverwalter im Stich lassen. Unter *diesem* Aspekt ist der h. M., daß § 103 InsO den Insolvenzverwalter ermächtige, sich durch Ablehnung der weiteren Vertragserfüllung einen Anspruch auf Rückgewähr der vom insolventen Schuldner schon erbrachten Vorleistung zu verschaffen, durchaus Respekt zu zollen. **9.52**

Die h. M. schießt jedoch mehr als nötig teils über das Ziel hinaus, teils am Ziel vorbei (vgl. auch Rn. 9.86 ff.). Ihre Vertreter übersehen, daß sich das von ihnen über § 103 InsO gelöste Problem auch dann stellen kann, wenn das Insolvenzverfahren mangels einer die Kosten deckenden Masse nicht eröffnet bzw. wenn es vor Ausübung des dem Verwalter nach § 103 InsO zustehenden Wahlrechts wieder eingestellt wird. Sollen die dann auf die *Einzelzwangsvollstreckung* angewiesenen Gläubiger nun auf Schuldnerseite *keinen* (pfändbaren) Rückgewähranspruch vorfinden? **9.53**

Wer den Schlüssel zu dem Rückgewähranspruch in § 103 InsO erblickt, muß diese **Inkonsequenz** in Kauf nehmen. Wer das Regelungsdefizit der §§ 320–327 BGB hingegen nicht durch eine (Über-)Interpretation des § 103 InsO, sondern durch die Zulassung der *condictio ob rem* ausfüllt, hat den Vorteil, die Frage des Rückge- **9.54**

^{157b} Näheres o. Rn. 3.37 ff. (zur Wirkungsweise des § 103 II 3 InsO im allgemeinen) und bei MAROTZKE ZIP 1987, 1293, 1301 ff. (zur Wirkungsweise des § 103 II 3 InsO im Verhältnis zu etwaigen Zessionaren; s. zu diesem Aufsatz auch die aktualisierenden Hinweise bei Rn. 4.55).

währanspruchs in allen diesen Fällen nach denselben Kriterien beantworten zu können (s. Rn. 9.48 ff., 9.53, 9.55 f., 9.86 ff.).

- 9.55** *Innerhalb* eines schwebenden Insolvenzverfahrens geht die hier vorgeschlagene *condictio ob rem* allerdings weniger weit als die h. M., insofern die letztere den Rückgewähranspruch des die weitere Vertragserfüllung ablehnenden Insolvenzverwalters in Fällen, in denen der Gegner an dem vertraglichen Primärschuldverhältnis festhält¹⁵⁸, nicht davon abhängig macht, daß der Schuldner voraussichtlich (Rn. 9.48) auf Dauer außerstande sein wird, die den Vertragspartner zur Zurückhaltung der Gegenleistung berechtigende Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB durch Bezahlung des noch offenen Restkaufpreises auszuschalten. Weniger weit als die h. M. geht die hier vertretene Ansicht auch insofern, als sie dem Vertragspartner das bei Rn. 9.50 erwähnte Wahlrecht zugesteht, und auch insofern, als sie dem Schuldner bzw. dem Insolvenzverwalter die Rückforderung entsprechend § 815 BGB verwehren muß, wenn der Schuldner bei seiner Anzahlung positiv wußte, daß er auf Dauer außerstande sein würde, später auch noch den zur Ausschaltung der gegnerischen Zug-um-Zug-Einrede erforderlichen Restbetrag aufzubringen. Da es aber keine Rechtsnorm gibt, die dem Insolvenzverwalter in den Fällen des § 103 InsO auch dann einen Rückgewähranspruch einräumt, wenn sich ein solcher aus den ihm nach § 80 I InsO zur Ausübung überlassenen Schuldnerrechten nicht begründen läßt, kann die h. M. insoweit, wie sie den Rückgewähranspruch über den soeben abgesteckten Rahmen hinaus zuläßt, nicht richtig sein. Davon gehen auch die §§ 106 und 107 InsO aus (vgl. Rn. 10.14 ff., 10.17).
- 9.56** Wie bereits erwähnt, wird für den weiter gehenden Standpunkt der h. M. unter anderem der Rechtssatz angeführt, daß keine Vertragspartei die aufgrund eines gegenseitigen Vertrages empfangene Teilleistung endgültig behalten dürfe, ohne zu der entsprechenden Gegenleistung verpflichtet zu sein¹⁵⁹. Für eine Anwendung dieses Rechtssatzes ist aber schon nach seiner Formulierung kein Raum, solange noch die (durch eine Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters nicht ohne weiteres auszuschließende¹⁶⁰) Möglichkeit besteht, daß der Vertragspartner dem Schuldner über das Insolvenzverfahren hinaus verpflichtet bleibt. Eine eng begrenzte Anwendung des von der h. M. behaupteten Rechtssatzes (genauer: der *condictio ob rem*) kommt nur in Betracht, wenn die bei Rn. 9.48 ff., 9.55 beschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind. (Weitere Konkretisierungen des hier vertretenen Lösungsansatzes werden im Zusammenhang mit einer »abschließenden Beurteilung de lege lata« und einem »Vorschlag de lege ferenda« bei Rn. 9.85 ff., 9.95 ff. vorgenommen.)

158 Was er nach h. M. übrigens gar nicht kann; s. o. Rn. 3.2, 3.42 ff. und die ablehnende Stellungnahme bei Rn. 3.5 ff., 3.47 ff.

159 So z. B. MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 26 Rn. 18; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 36 a; HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 437 f.; STAUDINGER/KADUK, 1966/67, BGB¹¹ § 325 Rn. 91; vgl. auch RGRK/BALLHAUS BGB¹² § 325 Rn. 36, wo allerdings unklar bleibt, ob RGZ 73, 63 (Teilvergütungsanspruch) oder RGZ 135, 172 (Rückgewähranspruch) zugestimmt wird.

160 S. o. Rn. 3.5 ff. (besonders Rn. 3.40 a. E. bei Fn. 132).

dd) Doppelinsolvenz

Selbst in Fällen, in denen der Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters dem Grunde nach besteht (Rn. 9.48 ff.), wird es im Ergebnis *nicht* zur Rückgewähr kommen, wenn auch über das Vermögen der anderen Vertragspartei ein Insolvenzverfahren eröffnet wird¹⁶¹. Denn nun kann der Insolvenzverwalter der Vertragspartei, die (teilweise) vorgeleistet hatte, dem Insolvenzverwalter der anderen Vertragspartei die Zug-um-Zug-Einrede aus der Hand schlagen, indem er den Erfüllungsanspruch »seiner« Vertragspartei gem. § 45 Satz 1 InsO auf Geld umstellt und nach der Differenzmethode¹⁶² als Insolvenzforderung anmeldet¹⁶³. Wegen dieser durch das *Insolvenzrecht* eröffneten Möglichkeit, der bei Rn. 9.44, 9.48 ff. beschriebenen Zwickmühle zu entgehen, besteht kein Grund, die Rückforderung auch noch im Insolvenzverfahren des Gegners zuzulassen. Wegen § 26 Satz 1 KO¹⁶⁴ bzw. wegen der diesem entsprechenden *allgemeinen* Grundsätze¹⁶⁵ wäre ein Rückgewähranspruch hier ohnehin nicht viel wert. **9.57**

3. Besonderheiten bei Insolvenzen eines Vorbehaltskäufers oder im Fall des § 44 KO?

Nach dem in Deutschland nur noch als Übergangsrecht anwendbaren¹⁶⁶, in Österreich hingegen in Gestalt zweier nahezu inhaltsgleicher Korrespondenzvorschriften (§ 45 östKO, § 22 östAO) noch immer aktuellen § 44 I KO kann ein »Verkäufer oder Einkaufskommissionär ... Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind«. Das gilt auch, wenn die Waren schon vor der Konkursöffnung in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen sind: Für diesen Fall erklären die MOTIVE den Verkäufer für berechtigt, aufgrund des § 44 KO »einem Vindikationsberechtigten gleich ... seine Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob er nicht geliefert, Besitz und Eigentum nicht aufgegeben hätte«¹⁶⁷. Wenn der Verkäufer von diesem Recht Gebrauch macht (was nach Rn. 7.54 ff. voraussetzt, daß der Konkursverwalter nicht mehr berechtigt ist, sich gem. §§ 44 II, 17 KO *für* die Erfüllung des Vertrages zu entscheiden), stellt sich die Frage nach dem Schicksal etwaiger vom Gemeinschuldner schon erbrachter Anzahlungen: Muß der Verkäufer sie dem Konkursverwalter zurückerstatten? **9.58**

161 Allgemein zur Doppelinsolvenz u. § 11.

162 S. o. Rn. 5.40 ff.

163 S. o. Rn. 3.39 f., 5.42, 5.94 bei Fn. 328.

164 S. o. Rn. 7.1 ff.

165 S. o. Rn. 7.21 ff., 7.26 ff.

166 S. o. Rn. 7.84 ff.

167 MOTIVE zur KO S. 168 = HAHN Bd. IV S. 168. Dazu schon o. Rn. 7.51 ff.

- 9.59** Geht man mit der vorliegenden Arbeit davon aus, daß § 17 KO dem Konkursverwalter kein *eigenständiges* Recht zur Rückabwicklung gegenseitiger Verträge gewährt¹⁶⁸, so kann die in Frage stehende Rückerstattungspflicht des Verkäufers nicht allein aus der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters resultieren, sondern höchstens daraus, daß der Verkäufer die Ablehnungserklärung des Verwalters zum Anlaß nimmt, die bereits gelieferte Ware nach § 44 I KO zurückzufordern. In diesem Zusammenhang kann es entscheidend darauf ankommen, ob die Ausübung des auf § 44 I KO beruhenden Rückforderungsrechts über § 13 III VerbrKrG, der demnächst wohl zu § 503 II 4 BGB werden wird, die Fiktion eines (wirksamen) Rücktritts nach sich zieht¹⁶⁹. Für die folgenden Überlegungen sei unterstellt, daß diese Denkmöglichkeit im konkreten Fall ausscheidet, z. B. weil der Vertrag überhaupt nicht dem VerbrKrG (künftig wohl §§ 491 ff., 499 ff. BGB i. d. F. des RegE vom 9. 5. 2001) unterliegt. Für diesen Fall haben PETERSEN/KLEINFELLER die Rückerstattungspflicht des Verkäufers verneint, weil der Kaufvertrag weder durch die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters noch durch die vom Verkäufer verlangte Aussonderung der Ware aufgehoben werde und es keinen Grund gebe, den Fall, daß der Verkäufer die Ware bereits geliefert habe und sie dann gem. § 44 I KO zurückverlange, diesbezüglich anders zu behandeln als den (*nicht*¹⁷⁰ ohne weiteres zu einem Anspruch auf Anzahlungs-Rückerstattung führenden) Fall, daß der Verkäufer die Ware noch gar nicht aus der Hand gegeben habe¹⁷¹.
- 9.60** Die von PETERSEN/KLEINFELLER vertretene Ansicht ist zweifellos richtig, wenn der Verkäufer sich das Eigentum an der gelieferten Ware vorbehalten hat und die Rückgabe deshalb nicht (nur) nach § 44 KO, sondern schon nach § 985 BGB verlangen kann¹⁷². Denn in solchen Fällen, in denen künftig allerdings auch die §§ 107 II, 112 InsO zu beachten sein werden¹⁷³, gehört der Gegenstand, den der Verkäufer zurückverlangt, ohnehin noch nicht zur Insolvenzmasse. Deshalb gibt es hier keinen Grund, den Verkäufer allein schon wegen seines (erfolgreichen) Her-

168 S. o. Rn. 9.14 ff., besonders Rn. 9.45 ff., 9.53 ff.

169 S. o. Rn. 7.63 f.

170 S. o. Rn. 9.45 ff.

171 PETERSEN/KLEINFELLER KO § 44 Anm. 19.

172 A. M. RINTELEN S. 140 Fn. 4 und OLG Dresden SächsA 5 (1910) 282, 284 ad 6 (beide im Anschluß an die insoweit nicht näher begründete Entscheidung RGZ 46, 98, 99). Vgl. aber auch RGZ 56, 238 ff. = JW 1904, 120 f. = SeuffA 59, 483 ff. und OLG Dresden SeuffA 64, 342 f., die den Verkäufer eines *Grundstücks* selbst dann *nicht* als zur Rückgewähr von Anzahlungen des Gemeinschuldners verpflichtet ansehen, wenn er das dem Gemeinschuldner bereits überlassene Grundstück von dem die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnenden Konkursverwalter aufgrund des § 985 BGB zurückbekommt (a. M. selbst für den Fall, daß der Gemeinschuldner das ihm schon übergebene [»... es mag auch sein, daß die Beklagten ihr – der Gemeinschuldnerin – die verkaufte Fläche übergeben hatten ...«], aber noch nicht übereignete Grundstück bereits *vollständig* bezahlt hatte: OLG Düsseldorf ZIP 1982, 724 ff. [bestätigt durch BGH ZIP 1983, 709 f.; dazu ausführlicher u. Rn. 9.94 mit Fn. 272]).

Zu den entsprechenden Fragen im *französischen* Recht vgl. DEPESER RIW 1984, 176 ff. ad B II 2 b (weitere Literaturangaben o. Rn. 7.73 Fn. 192).

173 S. o. Rn. 7.56 ff., 7.66.

ausgabeverlangens als verpflichtet anzusehen, eine bereits empfangene Anzahlung des Schuldner an die Insolvenzmasse auszukehren. Ob und in welchem Umfang eine solche Erstattungspflicht besteht, richtet sich nach den bei Rn. 9.45 ff. entwickelten Grundsätzen.

Wie aber verhält es sich, wenn der Verkäufer sein Eigentum bereits verloren hat und die Ware deshalb nur unter den Voraussetzungen des § 44 KO zurückfordern kann? Macht es nicht doch einen wesentlichen Unterschied, ob der Verkäufer an den die Vertragserfüllung ablehnenden Konkursverwalter nur nichts mehr zu leisten braucht und bereits ausgelieferte Waren, deren Eigentum noch immer *ihm* zugeordnet ist, aus der Masse zurückbekommt, oder ob er *sogar* berechtigt ist, Waren, die bereits mit »dinglicher« Wirkung in die (der gemeinschaftlichen Befriedigung *aller* Gläubiger dienende) Masse gelangt sind, aufgrund des das Prinzip des § 26 Satz 1 KO durchbrechenden¹⁷⁴ § 44 I KO zurückzuverlangen? Muß nicht zumindest die Ausübung des *letztenannten* Rechts zur Folge haben, daß nicht nur der Verkäufer sein (bereits verlorenes!) Eigentum, sondern auch die Konkursmasse die (ihr gleichfalls nicht mehr gehörende) Anzahlung des Gemeinschuldners zurückbekommt?

Die KO-MOTIVE sahen in dem Rückforderungsrecht aus § 44 I KO einen die Befugnis des Verkäufers, »seine Erfüllung ungeschehen« zu machen, so als ob er nicht geliefert, Besitz und Eigentum nicht aufgegeben hätte¹⁷⁵. Vor dem Hintergrund dieser dogmatischen Einordnung drängt sich leicht die Schlußfolgerung auf, daß der Verkäufer die bereits mit dinglicher Wirkung aus seinem Vermögen ausgeschiedene Leistung nur dann zurückbekommen dürfe, wenn er nicht bloß die eigene Leistung, sondern auch die mit ihr synallagmatisch verknüpfte Gegenleistung des Gemeinschuldners »ungeschehen« mache, d. h. sie an den Konkursverwalter zurückgewähre. Ganz ähnlich bestimmt ja auch § 38 Satz 1 KO für den umgekehrten Fall, in dem der *Konkursverwalter* eine zunächst wirksame Verfügung des *Gemeinschuldners* »ungeschehen« macht (durch Anfechtung nach §§ 29 ff. KO und Geltendmachung des Rückgewähranspruchs aus § 37 I KO): »Die Gegenleistung ist aus der Konkursmasse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist.« Allerdings ist § 38 Satz 1 KO (§ 144 II 1 InsO) nur mit Einschränkungen anwendbar, falls der Konkursverwalter lediglich das dingliche Verfügungsgeschäft und nicht auch das diesem zugrunde liegende Kausalgeschäft »als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam« (§ 29 KO) anfecht¹⁷⁶. Und wie steht es um die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts, wenn nicht der *Konkursverwalter* eine Leistung des Gemeinschuldners durch Anfechtung, sondern der *Vertragspartner* (Verkäufer) eine *an* den Gemeinschuldner erbrachte Leistung durch Rückforderung nach § 44 I KO »ungeschehen« macht?

174 S. o. Rn. 7.69.

175 MOTIVE zur KO S. 168 = HAHN Bd. IV S. 168; auszugsweise wiedergegeben o. Rn. 7.52.

176 S. o. Rn. 7.123 ff.

- 9.63** Nach der im JAEGERschen Kommentar vertretenen Auffassung soll die Geltendmachung des dem Verkäufer in den Fällen des § 44 KO zustehenden Rückforderungsrechts stets »als rechtsgestaltender Rücktritt vom Grundgeschäft« zu behandeln sein¹⁷⁷, der als solcher »eine schuldrechtliche Verbindlichkeit zur ... gegenseitigen Rückgewähr der vollzogenen Leistungen« und folglich auch die Pflicht zur Rückerstattung der von dem Gemeinschuldner bereits geleisteten Anzahlungen und Vorschüsse¹⁷⁸ begründe. Ganz ähnlich verstehen die MOTIVE zu dem Entwurf einer Deutschen *Gemeinschuldordnung*¹⁷⁹ die dem Verkäufer durch § 41 des Entwurfs (Vorläufer des späteren § 44 KO) zugesprochene Befugnis als ein »Recht, von dem Vertrage¹⁸⁰ abzugehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre«. Geradezu als »selbstverständlich« bezeichnen sie es, daß der Verkäufer, der das ihm durch § 41 des Entwurfs gewährte Rückforderungsrecht geltend mache, alles herausgeben müsse, was er von der Gegenleistung des Käufers (Gemeinschuldners) schon empfangen habe; das sei eine »einfache Folgerung« und bedürfe keiner gesetzlichen Bestätigung¹⁸¹.
- 9.64** In den später verfaßten MOTIVEN zur *Konkursordnung* ist von dieser »Selbstverständlichkeit« jedoch nicht mehr die Rede; sie erwähnen diesen Punkt nicht einmal. Wohl aber rütteln sie an der *Grundlage* der zu einer Rückerstattungspflicht des Verkäufers führenden »einfachen Folgerung«. Ausdrücklich¹⁸² wenden sie sich gegen die in den MOTIVEN des Entwurfs einer Deutschen Gemeinschuldordnung vertretene Auffassung, daß die Geltendmachung des Rückforderungsrechts notwendigerweise eine Auflösung des schuldrechtlichen Vertrages zur Folge habe. Zwar ging man nicht so weit, die veränderte Betrachtungsweise durch eine Modifikation des Gesetzeswortlauts zu dokumentieren. Nicht erst § 44 I KO, sondern

177 JAEGER⁶⁷⁷ und JAEGER/LENT⁸, jeweils KO § 44 Rn. 8. Für die rücktrittsrechtliche Lösung auch HENCKEL JuS 1985, 836, 838 f. (mit Fn. 14); BLEY/MOHRBUTTER VergIO⁴ § 26 Rn. 22 (die aber a. E. ihrer Rn. 20 die Anwendung des § 812 I 2 BGB befürworten); GOTTWALD, Insolvenzrechts-Handbuch, 1. Aufl. 1990, § 42 Rn. 11, 16; RIETMEYER S. 35 f.; WEIMAR KTS 1957, 4 f. ad 2; BLEYER KO § 44 Anm. 2 (letzterer mit der überraschenden Einschränkung, daß durch die Ausübung des Verfolgungsrechts »nur das Erfüllungsgeschäft, nicht das Grundgeschäft, hinfällig« werde).

178 JAEGER⁶⁷⁷ und JAEGER/LENT⁸, jeweils KO § 44 Rn. 26. Im Ergebnis ebenso die in Fn. 177 sonst noch Genannten und – meist aus anderen, die Annahme eines Rücktritts vermeidenden Gründen – KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 44 Rn. 14; KOHLER, Lehrbuch S. 176 f. und Leitfad. S. 115; SIEGERT ZHR 88 (1926) 277, 326 (er beruft sich auf § 826 BGB!); DÜRINGER/HACHENBURG HGB³ Bd. V 1 Einleitung S. 247 Rn. 281 a (HOENIGER); STAUB/HEINICHEN HGB¹⁴ § 382 Anhang 115; **einschränkend** WILLENBÜCHER/GÜNTHER KO § 44 Rn. 12; LANDFERMANN RabelsZ 1970, 523, 543 f. (vgl. u. Fn. 186); BÄHR S. 67 f. (der meint, daß der Konkursverwalter den Rückgewähranspruch »nicht für die Masse verwerten« könne; ähnlich OETKER, Das Verfolgungsrecht S. 111, 125, 127).

Gegen eine Rückerstattungspflicht des Verkäufers wohl nur PETERSEN/KLEINFELLER KO § 44 Rn. 19; SILBERSTEIN ZHR 81 (1918) 70, 360 f.

179 Bd. I S. 216.

180 Aus dem Kontext dieser Formulierung ergibt sich eindeutig, daß der *Kaufvertrag* gemeint ist.

181 MOTIVE a. a. O. (vgl. Fn. 179).

182 MOTIVE zur KO S. 168 = HAHN Bd. IV S. 168.

schon § 41 I des Entwurfs einer Deutschen Gemeinschaftsdordnung gebrauchte die Worte: »Der Verkäufer . . . kann . . . zurückfordern«. Im Ergebnis ist gleichwohl der Interpretation, die die MOTIVE zur *Konkursordnung* dieser Bestimmung gegeben haben, zuzustimmen¹⁸³. Denn nur sie trägt dem Umstand Rechnung, daß der Verkäufer interessiert sein kann, zunächst einmal von dem zahlungsunwilligen Konkursverwalter die Rückgabe der Ware aus der Masse zu verlangen und erst dann aus einer sicheren Position heraus zu versuchen, den Restkaufpreis von dem Gemeinschuldner persönlich¹⁸⁴ oder vielleicht von einem Bürgen zu erlangen.

Aber auch von dem eine Auflösung des Kausalgeschäfts *verneinenden* Standpunkt **9.65** stellt sich das dem Verkäufer in den Fällen des § 44 I KO zustehende Recht, die bereits aus seinem Eigentum ausgeschiedene Ware vom Konkursverwalter zurückzufordern, als ein Mittel dar, »seine Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob er nicht geliefert, Besitz und Eigentum nicht aufgegeben hätte«¹⁸⁵. Unhaltbar wäre deshalb die These, daß zwar dieses Recht des Verkäufers, nicht aber auch die Annahme, daß der Verkäufer durch die Ausübung dieses Rechts zur Rückerstattung etwaiger Anzahlungen des Gemeinschuldners verpflichtet wird, mit dem Fortbestand des Kaufvertrages vereinbar sei: Ebenso wie das Rückforderungsrecht des Verkäufers ließe sich auch die Folge, daß er durch dessen Geltendmachung zur Rückgewähr etwaiger Anzahlungen verpflichtet wird, als konkursbedingte Ausnahme von dem Grundsatz verstehen, daß ein wirksamer Kaufvertrag die Beteiligten zum Behalten der schon ganz oder teilweise ausgetauschten Leistungen berechtigt¹⁸⁶. Nur würde das eine gesetzliche Bestimmung voraussetzen,

183 **Ebenso** OETKER, Das Verfolgungsrecht S. 104 f.; SIEGERT ZHR 88 (1926) 277, 323; KOHLER, Lehrbuch . . . S. 176 f.; ders., Leitfaden . . . S. 115; BLEYER a. a. O. (Fn. 177); v. WILMOWSKI/KURLBAUM KO⁶ § 44 Anm. 10 (S. 208/209), 11; HILGER KTS 1988, 595, 613 ff.; HOENIGER in DÜRINGER/HACHENBURG HGB³ Bd. V 1 Einleitung S. 247 Rn. 281 a (der dort vertretenen Auffassung, daß sich der Fortbestand des Kaufvertrages »schon aus . . . § 44 Abs. 2« KO ergebe, läßt sich allerdings entgegenhalten, daß der Verkäufer das Rückforderungsrecht des § 44 I nach der o. Rn. 7.54 ff. vertretenen Auffassung erst dann durchsetzen kann, wenn der Konkursverwalter das Recht, gem. §§ 44 II, 17 I KO auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen, verloren hat) und selbstverständlich auch diejenigen, die dem Konkursverwalter das Recht, die gem. § 44 KO geforderte Rückgabe der Ware von der Rückerstattung etwaiger Anzahlungen des Gemeinschuldners abhängig zu machen, verwehren (vgl. PETERSEN/KLEINFELLER KO § 44 Rn. 19 und SILBERSTEIN a. a. O. – o. Fn. 178 – S. 353 f.).

Gegenteiliger Auffassung sind JAEGER KO^{6/7} § 44 Rn. 8, 9, 26; JAEGER/LENT KO⁸ § 44 Rn. 8, 26; BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 26 Rn. 22; RIETMEYER S. 35 f.; GOTTWALD, Insolvenzrechts-Handbuch, 1. Aufl. 1990, § 42 Rn. 11, 16; wohl auch KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 44 Rn. 14; HENCKEL JuS 1985, 836, 838 f.; WEIMAR KTS 1957, 4 f. ad 2.

184 Man denke an den Fall, daß der Käufer gestorben, über seinen Nachlaß Konkurs eröffnet und der Erbe (Gemeinschuldner) gegenüber dem Verkäufer unbeschränkt haftend geworden ist (vgl. § 780 I ZPO und den Ausschluß des § 1975 BGB durch § 2013 I 1 BGB). Vgl. auch o. Rn. 2.87, 5.89, 8.26.

185 MOTIVE zur KO S. 168 = HAHN Bd. IV S. 168. Dazu schon Rn. 7.52, 9.62.

186 Vgl. für das französische Recht LANDFERMANN RabelsZ 1970, 523, 535. Nach deutschem Recht will er dem Verkäufer aber nur einen Bereicherungsanspruch hinsichtlich des seine »Schadensersatzforderung« übersteigenden Teils der Anzahlung zugestehen (a. a. O. S. 543 f.; ebenso WILLENBÜCHER/GÜNTHER KO § 44 Rn. 12).

die solch eine Ausnahme wirklich statuiert. Da es eine derartige Bestimmung aber nicht gibt (vgl. hingegen § 38 Satz 1 KO für den umgekehrten Fall der Konkursanfechtung¹⁸⁷), muß es hinsichtlich der bereits geleisteten Anzahlung des Gemeinschuldners selbst dann, wenn der Verkäufer von dem ihm vorbehaltenen Rückforderungsrecht aus § 44 I KO Gebrauch macht, bei dem Grundsatz bleiben, daß der Verkäufer das als Anzahlung Empfangene aufgrund des nach wie vor wirksamen Kaufvertrages behalten kann¹⁸⁸ (sofern sich aus den Ausführungen bei Rn. 9.48 ff. nichts anderes ergibt). Dieses Ergebnis entspricht nicht nur dem Wortlaut des Gesetzes, sondern harmoniert auch mit den MOTIVEN des § 44 KO . Denn diese lassen ihren schon mehrfach erwähnten¹⁸⁹ Satz, daß der Verkäufer in den Fällen des § 44 KO »einem Vindikationsberechtigten gleich . . . befugt sein« solle, »seine Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob er nicht geliefert, Besitz und Eigenthum nicht aufgegeben hätte«, nicht unkommentiert im Raum stehen, sondern fügen klarstellend hinzu: »*Im übrigen bleibt es*, wenn dem Verkäufer nicht sonst ein *gesetzliches oder vertragsmäßiges* Rücktrittsrecht zusteht, *bei dem Kaufkontrakt* und daher auch bei den Bestimmungen des § 15.«¹⁹⁰.

9.66 Man kann auch nicht sagen, daß es grob unbillig sei, daß der Konkursverwalter etwaige Anzahlungen des Gemeinschuldners nach der hier vertretenen Auffassung nicht ohne weiteres zurückerhält. Denn dieser Einwand kommt überhaupt nur in Betracht, wenn und soweit der Verkäufer durch die Anzahlung des Gemeinschuldners über die Vorteile hinaus bereichert ist, die er im Falle einer vollständigen beiderseitigen Erfüllung des Vertrages erlangen würde¹⁹¹. Zu berücksichtigen ist ferner, daß der Konkursverwalter diesen Teil einer vom Gemeinschuldner erbrachten Anzahlung unter den bei Rn. 9.47 ff. beschriebenen Voraussetzungen mit der *condictio ob rem* zurückverlangen kann. Im übrigen ist daran zu erinnern, daß § 44 II KO ja gerade deshalb auf § 17 KO verweist, weil er den Konkursverwalter in die Lage versetzen will, das Rückforderungsrecht des Verkäufers dort, wo es dem Interesse der Konkursgläubiger zuwiderläuft, durch Erfüllung des Vertrages abzuwenden. Es ist Sache des Konkursverwalters, dieses Wahlrecht nach Möglichkeit¹⁹² in einer Weise auszuüben, die dem gemeinsamen Interesse der konkurrierenden Gläubiger entspricht.

9.67 Vor dem Hintergrund der soeben diskutierten Probleme und angesichts der prinzipiellen Fragwürdigkeit des § 44 I KO¹⁹³ war bereits in der ersten Auflage dieses Buches angeregt worden, de lege ferenda die ersatzlose Streichung des § 44 KO in

187 Und selbst diese (weit gefaßte) Vorschrift soll nach h. M. unanwendbar sein, wenn der Konkursverwalter nicht auch das Kausalgeschäft »als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam« (§ 29 KO) anfecht; vgl. dazu schon Rn. 7.125 mit Fn. 349.

188 I. E. ebenso wohl nur PETERSEN/KLEINFELLER und SILBERSTEIN (s. o. Fn. 178).

189 S. o. Rn. 7.52, 9.62, 9.65 Satz 1.

190 S. o. Rn. 7.52.

191 Vgl. die bei Rn. 8.13 wiedergegebene Passage aus RGZ 73, 58 ff. sowie Rn. 9.17 mit Fn. 43–45.

192 Vgl. dazu u. Rn. 9.91 f.

193 S. o. Rn. 7.68 ff.

Betracht zu ziehen¹⁹⁴. Der Reformgesetzgeber hat, wohl vor allem aufgrund des Einflusses von LANDFERMANN¹⁹⁵, diesen Schritt inzwischen vollzogen und die Vorschrift nicht in die InsO übernommen¹⁹⁶. In Österreich gibt es hingegen noch immer zwei Rechtsvorschriften, die im wesentlichen dem § 44 I KO entsprechen: § 45 östKO und § 22 östAO.

4. Der dingliche Anspruch aus § 985 BGB

Nachdem nun auch für den Anwendungsbereich des § 44 KO geklärt ist, daß der **9.68** Insolvenzverwalter infolge seiner Erfüllungsablehnung nicht in jedem denkbaren Fall¹⁹⁷ das Recht erwirbt, etwaige Vorleistungen des Schuldners zurückzuverlangen, soll im folgenden der Frage nachgegangen werden, ob dies auch gilt, wenn der Gegenstand der Vorleistung noch im Eigentum des Schuldners steht. In diesen Fällen kann der Insolvenzverwalter das Eigentum im Prinzip ohne weiteres auf einen zum Erwerb bereiten Dritten übertragen. Rein rechtlich ist er dazu selbst dann in der Lage, wenn er die Sache im Besitz des Erstkäufers beläßt¹⁹⁸. Eine andere Frage ist, ob diese Möglichkeit auch praktisch in Betracht kommt. Das hängt u. a. davon ab, ob der Erstkäufer auch gegenüber einem neuen Eigentümer berechtigt wäre, die Herausgabe der Sache unter Berufung auf seinen mit dem Schuldner geschlossenen Kaufvertrag zu verweigern. Wenn und solange das schuldrechtliche Besitzrecht des Erstkäufers auch gegenüber dem veräußernden Insolvenzverwalter wirkt, ist diese Frage bei beweglichen Sachen zu bejahen (§ 986 II BGB). Bei Grundstücken wäre das zwar anders¹⁹⁹; jedoch kann der Insolvenzverwalter auch hier interessiert sein, die Sache dem Erstkäufer zunächst einmal nach § 985 BGB abzufordern (etwa weil er das Grundstück nicht sogleich veräußern, sondern vorläufig bloß nutzen will, oder weil er nur dann einen guten Verkaufserlös erzielen kann, wenn er auch in *tatsächlicher* Hinsicht über das Grundstück verfügt).

Sowohl die Herausgabe eines ihm vom Schuldner verkauften und übergebenen **9.69** Grundstücks als auch die Herausgabe einer entsprechenden *beweglichen* Sache kann der Besitzer (Käufer) dem sich gem. § 985 BGB i. V. m. § 80 I InsO auf das

194 MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 362.

195 LANDFERMANN, heute Präsident des Deutschen Patent- und Markenamts in München, hat als Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz die Insolvenzsrechtsreform maßgeblich mitgestaltet. Den § 44 KO hatte er bereits Jahre zuvor kritisiert; s. o. Rn. 7.73 Fn. 199.

196 Vgl. o. Rn. 7.84 ff. mit Fn. 223.

197 S. o. Rn. 9.61 ff., 9.66 i. V. m. Rn. 9.45 ff.

198 Vgl. §§ 929 Satz 1, 931 BGB (i. V. m. § 80 I InsO) bei beweglichen Sachen und §§ 873, 925 BGB (i. V. m. § 80 I InsO) bei Grundstücken.

199 Nach h. M. entsteht der Vindikationsanspruch bei *Grundstücken* in der Person eines jeden Eigentümers neu und deshalb ohne Rücksicht auf etwaige Rechte des Besitzers, die diesem zur Zeit des Eigentumsübergangs gegen den Vindikationsanspruch des bisherigen Eigentümers zustanden (Gegenschluß aus §§ 986 II, 571 BGB). Vgl. MEDICUS¹⁸ Rn. 445; STAUDINGER/GURSKY, 1999, BGB¹⁴ § 986 Rn. 59 ff. und die die Richtigkeit dieser Ansicht konkludent voraussetzenden Ausführungen in BGHZ 90, 269 ff.

Eigentum des Schuldners (Verkäufers) berufenden Insolvenzverwalter nach § 986 BGB verweigern, wenn und solange ihm ein auch diesem gegenüber wirkendes Besitzrecht zusteht. Ein Besitzrecht wird sich i. d. R. aus dem zwischen dem Insolvenzschuldner und dem gegenwärtigen Besitzer der Sache bestehenden Kaufvertrag ergeben. Wirkt dieses Besitzrecht aber auch gegen den Insolvenzverwalter?

- 9.70** Die Frage ist sicher zu bejahen, wenn der Insolvenzverwalter im Fall des § 103 I InsO die Erfüllung des Vertrages verlangt und deshalb verpflichtet ist, die noch offene Verbindlichkeit des Schuldners (Verkäufers) als Masseverbindlichkeit (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) zu erfüllen.
- 9.71** Wie aber verhält es sich, wenn der Verwalter die weitere Erfüllung des Vertrages nicht verlangt, sondern »gem. § 103 InsO« ablehnt? Die herrschende Meinung, nach der die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters (oder sogar schon die Eröffnung des Insolvenzverfahrens²⁰⁰) ohne weiteres zum Erlöschen der beiderseits noch offenen Erfüllungsansprüche führt²⁰¹, legt die Schlußfolgerung nahe, daß dann auch das auf dem Kaufvertrag beruhende Besitzrecht des Vertragspartners entfällt²⁰². In Wirklichkeit bringt die Ablehnungserklärung des Insolvenzverwalters den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners aber *nicht* zum Erlöschen, sondern sie beläßt es insoweit bei der allgemeinen, sich schon aus § 38 InsO ergebenden Regel, daß der Vertragspartner mit diesem Anspruch *Insolvenzgläubiger* und als solcher im Verhältnis zur Masse auf die *Quote* beschränkt ist²⁰³. Von diesem Ausgangspunkt geht die zu entscheidende Frage dahin, ob das (eine Fortwirkung des Anspruchs auf *Übergabe* der Kaufsache darstellende) Recht des Käufers auf *Belassung* des bereits erlangten Besitzes auch im Verhältnis zur Masse mit seinem *ursprünglichen* Inhalt fortbesteht, oder ob es gegenüber einer Vindikation des *Insolvenzverwalters* wirkungslos bleibt. M. E. ist *letzteres* richtig²⁰⁴.

200 Vgl. o. Rn. 3.42 ff.

201 Vgl. o. Rn. 3.2 ff.

202 So z. B. RG JW 1936, 655 Nr. 20 a (aber wohl zu einem Fall, in dem der Gemeinschuldner die Rolle des *Käufers* innehatte); RGZ 90, 218 ff.; 116, 363, 367; BGHZ 98, 160, 169, 172 (zu diesem Urteil auch o. Rn. 4.2 Fn. 3); BLEYER KO § 17 Anm. 7 c; JAEGER LZ 1908, 688; JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 14; LUSS S. 39 ff. und – ohne Begründung – HESS KO⁶ § 43 Rn. 16; ders. InsO¹ § 47 Rn. 25; KLEINRATH LZ 1910, 126 u. (soweit zu § 17 KO; vgl. im übrigen u. Rn. 9.78 Fn. 26); KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 26 Rn. 3; SOERGEL/MÜHL BGB¹² § 986 Rn. 15; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 93.

203 Vgl. o. Rn. 3.5–3.58.

204 Wie hier STAUDINGER/GURSKY, 1999, BGB¹⁴ § 986 Rn. 65, 70 ff. A. M. MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 208 f., der deshalb zu einem der h. M. (vgl. vorhin Fn. 202 und u. Rn. 9.79 f. mit Fn. 227) zuwiderlaufenden Ergebnis gelangt (vgl. auch OLG Stuttgart WürtJb 18 [1906] 62, 64 f. und KÜHNE [u. Fn. 212, 217]). Da das von MUSIELAK erzielte Ergebnis nicht zwingend ist (dazu sogleich im Text), wäre es verfehlt, es unter wertenden Gesichtspunkten als Argument gegen die hier vertretene Ansicht zu verwenden, daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters das Vertragsverhältnis nicht umgestalte (so aber BAUMGARTE S. 95 f.).

Verfehlt war allerdings der Versuch des RG²⁰⁵, dies unter anderem²⁰⁶ mit einem Umkehrschluß aus § 26 Satz 1 KO zu begründen. Dazu wurde das Erforderliche schon bei Rn. 7.43 f. im Zusammenhang mit dem Fall gesagt, daß der Insolvenzverwalter die Rolle des Vindikationsgegners innehat. **9.72**

Ebenso wenig wie ein Umkehrschluß aus § 26 Satz 1 KO (§ 105 Satz 2 InsO) verfährt nach dem bei Rn. 9.71 als richtig angenommenen Verständnis der Erfüllungsablehnung das Argument²⁰⁷, daß der Vertragspartner den Insolvenzverwalter, der sich *gegen* die Erfüllung des Vertrages entschieden hat, nicht zur Erfüllung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs zwingen könne (was zutrifft) und daß der Insolvenzverwalter deshalb das Recht haben müsse, das dauernde Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz durch eine Vindikation der Sache zu verhindern. Denn der Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers bleibt auch dann gegen den Verkäufer persönlich gerichtet, wenn über dessen Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Zwar kann der Verkäufer diesen Anspruch während des Insolvenzverfahrens nicht ohne Mitwirkung des Verwalters erfüllen (§§ 80 I, 81 I, 91 InsO). Das schließt aber die Möglichkeit nicht aus, daß dieses Leistungshindernis mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens entfällt. In solch einem Fall kann der Käufer seinen Eigentumsverschaffungsanspruch auch dann, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung abgelehnt hat, wieder unbeschränkt geltend machen²⁰⁸. Solange mit dieser Möglichkeit nach Lage des Falles noch gerechnet werden muß²⁰⁹, läßt sich gegen die Annahme, daß der Käufer gegenüber dem die Verkäuferposition innehabenden Schuldner nach wie vor zum Besitz berechtigt sei, nichts rechtserhebliches einwenden. **9.73**

Bejaht man deshalb trotz der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters ein Besitzrecht des Käufers gegenüber dem die Verkäuferrolle innehabenden *Schuldner*²¹⁰, so liegt die Schlußfolgerung nicht fern, daß Entsprechendes auch im Verhältnis zum *Insolvenzverwalter* gelten müsse²¹¹. Die Annahme, daß das Vindika- **9.74**

205 RGZ 90, 218, 222; zustimmend BENDIX JW 1930, 1360, 1361 ad V 1.

206 Vgl. sogleich bei Fn. 207.

207 Es wird verwendet von RGZ 63, 230, 231 f. (sehr knapp); 90, 218, 220 f. und – obwohl er mit der in dieser Arbeit vertretenen Deutung der Erfüllungsablehnung übereinstimmt (vgl. o. Rn. 3.10, 3.36 ff. mit Nachweisen) – von JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 166.

208 Vgl. o. Rn. 3.35–3.58.

209 Denkbare Hinderungsgründe sind Insolvenzplan, Restschuldbefreiung und dauerndes Leistungsvermögen des Schuldners (vgl. Rn. 3.35 a. E.).

210 Dieses Recht kann praktisch werden, wenn der Insolvenzverwalter die verkaufte Ware an den Schuldner freigibt und *dieser* sodann vindizieren will.

211 Vgl. o. Rn. 2.12 bei Fn. 20. Das OLG Stuttgart (WürttJb 18 [1906] 62 ff.) und MUSIELAK (AcP 179 [1979] 189, 208 f.) haben deshalb das Vindikationsrecht des die Vertragserfüllung ablehnenden Konkursverwalters verneint. Ebenso – aber ohne besondere Erwähnung des dem § 17 KO / § 103 InsO unterliegenden Falles – DERNBURG Bd. III § 92 Fn. 2; ECK Bd. II S. 168; ENDEMANN Bd. II 1 § 93 Fn. 5; OLG Stuttgart WürttJb 15 (1904) 175, 178 f. = OLGE 4, 380, 381 f.; DULCKEIT S. 20 mit Fn. 13 (letzterer mit der nicht überzeugenden Begründung, daß »jedes im Besitz kundbar erscheinende Recht ohne weiteres dinglichen Charakter« gewinne; ähnlich – und zudem unter ausdrücklicher Einbeziehung der dem § 17 KO / § 103 InsO unterliegenden Fälle – KÜHNE AcP 140 [1935] 1, 57 ff.).

tionsrecht des Schuldners dadurch, daß es durch § 80 I InsO in die Hände des Insolvenzverwalters gelegt wird, von der in dem Besitzrecht des Käufers liegenden Beschränkung frei werde, bedarf sowohl für Grundstücke²¹² als auch für bewegliche Sachen eines wirklich *gewichtigen* Grundes.

- 9.75** Bei der Prüfung, ob sich solch ein Grund finden läßt, stößt man auf eine Fallgruppe, in der ein gegenüber dem Schuldner bestehendes schuldrechtliches Besitzrecht ganz zweifelsfrei auch dem Insolvenzverwalter entgegengehalten werden kann. Es sind dies die Fälle, in denen das Besitzrecht des Vertragspartners nicht auf einem Kauf-, sondern auf einem *Miet- oder Pachtvertrag* über unbewegliche Gegenstände oder Räume oder über nach Maßgabe des § 108 I 2 InsO²¹³ drittfinanzierte »sonstige Gegenstände« beruht. Hier ergibt sich die (bei unbeweglichen Gegenständen oder Räumen allerdings nur vorläufige²¹⁴) Insolvenzfestigkeit des Besitzrechts aus der ausdrücklichen Bestimmung des § 108 I InsO²¹⁵. Soweit diese Bestimmung reicht, steht dem Insolvenzverwalter ein Recht zur »Erfüllungsablehnung« nicht zu und kann ihm²¹⁶ die Herausgabe der Sache bis zur Beendigung des Miet- oder Pachtverhältnisses verweigert werden.
- 9.76** Nicht unter dem Schutz des § 108 I InsO steht jedoch, wer eine Sache des Schuldners nicht aufgrund eines Miet- oder Pachtvertrages, sondern aufgrund eines *Kaufvertrages* besitzt. Eine *analoge* Anwendung des § 108 I InsO wäre kaum begründbar²¹⁷. Näher als eine Analogie liegt nämlich der Umkehrschluß, daß die InsO zwar u. U. (§ 108 I 1, 2) das *vorläufige* Besitzrecht des Mieters oder Pächters, nicht aber ohne weiteres auch das *endgültige* Besitzrecht des Käufers dem Vindikationsrecht des Insolvenzverwalters vorgehen lassen will²¹⁸.

212 Insoweit **a. M.** Martin WOLFF, Festgabe f. Koch S. 150, 159 und WOLFF/RAISER § 84 Fn. 21, die den Besitzer einer *beweglichen* Sache gegenüber der Vindikation des Verwalters durch eine Analogie zu § 986 II BGB schützen wollen, während sie bei *Grundstücken* eine entsprechende Schutzbestimmung vermissen und die Vindikation des Verwalters deshalb ohne weiteres durchgreifen lassen (i. E. wohl ebenso – aber weniger deutlich – BIERMANN BGB § 986 Anm. 1 b). Diese Unterscheidung hat sich aber nicht durchsetzen können. Sie ist schon vom Ansatz her verfehlt, weil das die Grundlage der Vindikation bildende Eigentum des Schuldners nicht auf die Insolvenzmasse bzw. den Verwalter *übergegangen*, sondern dem letzteren nur zur *Ausübung* überlassen ist (§ 80 I InsO).

213 § 108 I 2 InsO ist ein sehr eigenartiges Produkt der Insolvenzrechtsreform! S. o. Rn. 6.6 a. E., 6.24 m. w. N. in Fn. 76.

214 Vgl. § 111 InsO und o. Rn. 6.21 ff.

215 Vgl. dazu und zu den Abweichungen vom bisherigen Insolvenzrecht (§ 21 KO) o. Rn. 6.2 ff., 6.21 ff.; STAUDINGER/GURSKY, 1999, BGB¹⁴ § 986 Rn. 69 f. (der jedoch nicht auch den Sonderfall des § 108 I 2 InsO erwähnt).

216 Und im Fall des § 108 I 2 InsO natürlich auch dem Sicherungsnehmer (der allerdings wegen §§ 51 Nr. 1, 166 InsO i. d. R. nicht verwertungsbefugt ist; vgl. MAROTZKE ZZP 1996, 429, 443 mit Fn. 66; dens., Das neue Insolvenzrecht – dargestellt am Beispiel der Mobiliarsicherheiten, 1999, S. 11 f. mit Fn. 37, 39).

217 Ebenso DIEDERICHSEN S. 148; Martin WOLFF a. a. O. (o. Fn. 212); **a. M.** KÜHNE AcP 140 (1935) 1, 58, 60 (jeweils in bezug auf den bisherigen § 21 KO).

218 Zum »Mietkauf« bzw. Leasing vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 108 Rn. 17.

Im übrigen läßt sich die in § 108 I InsO nur für den Miet- und Pachtbesitz durchbrochene Regel, daß das schuldrechtliche Besitzrecht des Vertragspartners eine Vindikation des Insolvenzverwalters nicht zu hindern vermag, auch in Analogie zu den Überlegungen begründen, die die Verfasser der *KO-MOTIVE* zur Aufstellung des noch heute anerkannten²¹⁹ Rechtssatzes bewogen haben, daß ein *Konkursgläubiger* gegenüber dem Verwalter selbst dann nicht berechtigt ist, einen zur *Konkursmasse* gehörenden Gegenstand bis zur vollständigen Befriedigung seiner Forderung zurückzubehalten, wenn ihm ein solches Recht gegenüber dem *Gemeinschuldner* nach Lage des Falles zustehen würde. Insoweit hängen die *MOTIVE* das *allen* Konkursgläubigern zustehende Recht auf *gemeinschaftliche* (§ 3 I KO / § 1 Satz 1 InsO) Befriedigung aus »alle(n) nicht dinglich verhafteten Sachen des Gemeinschuldners« *höher* als den allgemeinen Grundsatz, daß Einreden, die einem Anspruch des Gemeinschuldners entgegenstehen, normalerweise auch gegenüber dem Konkursverwalter erhoben werden können. In ihrer schon bei Rn. 2.51 wiedergegebenen Begründung dieses Standpunktes betonen die *MOTIVE*, daß ein an Sachen des Gemeinschuldners bestehendes »Retentionsrecht ... als solches kein dingliches Recht« sei und deshalb als gegenüber der Konkursmasse *hinfällig* erachtet werden müsse, falls die ihm zugrunde liegende Gegenforderung nicht Masseschuld, sondern bloß Konkursforderung sei. Denn das »Retentionsrecht« mache »die Gegenforderung des Inhabers nicht zu einer bevorzugten; es würde tatsächlich zu einem Vorrecht führen, könnte der Inhaber sie« – gemeint ist die *Sache* – »durch Retention der Verwendung für Alle entziehen«. Der Inhaber müsse »die Sache abliefern und seine Forderung wie jeder andere Konkursgläubiger liquidieren«. »Die Billigkeit, auf welche der Inhaber sich für die Retention gegen den Schuldner würde berufen können«, können nach der bei Rn. 2.51 zitierten Stelle der *MOTIVE* »in noch höherem Maße die übrigen Konkursgläubiger ... dafür anrufen ... , daß der Inhaber die ihnen Allen gemeinschaftlich haftende Sache zur Konkursmasse abliefern«.

Da zur Insolvenzmasse auch solche Gegenstände gehören, die der Schuldner vor Verfahrenseröffnung bereits verkauft und an den Käufer übergeben, aber noch *nicht* übereignet hat²²⁰, liegt es nahe, aus denselben Gründen²²¹, die zu der Aufstellung des bei Rn. 9.77 rekapitulierten Rechtssatzes über die *Hinfälligkeit* von Zurückbehaltungsrechten an *Massegegenständen* geführt haben, des weiteren anzunehmen, daß eine an sich berechtigte (§ 985 BGB) Vindikation des Insolvenzverwalters nicht an einer gegenüber dem Besitzer bestehenden rechtlichen Bindung des Schuldners scheitern darf, die auf einem dem Begünstigten lediglich die Rechte eines *Insolvenzgläubigers* verleihenden Kaufvertrag beruht. Die Besonderheit, daß das schuldrechtliche Besitzrecht des Käufers im Verhältnis zum Verkäufer persönlich ein *endgültiges* ist und obendrein sogar von einem Eigentumsverschaffungsanspruch begleitet wird (anders verhält es sich bei bloßen Zurück-

219 S. o. Rn. 2.46 ff.

220 JAEGER LZ 1908, 688 ff. ad 2.; a. M. MÜLLER LZ 1908, 684, 686 f.; vgl. auch OLG Stuttgart WürtJb 15 (1904) 175, 179 f. = OLGE 4, 380, 382; KLEINRATH LZ 1910, 126 ff.

221 Vgl. auch v. TUHR Bd. I S. 303.

behaltungsrechten), zwingt m. E. zu keiner anderen Beurteilung²²², da der Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers im Verhältnis zur *Insolvenzmasse* ohnehin zu einer Geldforderung degeneriert (§ 45 Satz 1 InsO). Wie beim Zurückbehaltungsrecht erfordert es die Sonderlage der Insolvenz auch hier, daß sich die Haftungs- und Zuordnungsfunktion des noch immer zur *Insolvenzmasse* gehörenden dinglichen Rechts gegenüber den bloß schuldrechtlich wirkenden Hindernissen durchsetzt²²³.

9.79 Diese Auffassung liegt auch den MOTIVEN des heutigen § 986 BGB zugrunde, die den Grundsatz, daß auch die lediglich *schuldrechtlich* wirkende *exceptio rei venditae et traditae* den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers auszuschalten vermag, mit der ausdrücklichen Einschränkung versehen²²⁴: »Vindiziert der Konkursverwalter, so tritt eine andere Beurteilung ein; denn die Erfüllung der Forderung des obligatorisch berechtigten Inhabers ist nicht eine Masseschuld.«

9.80 Vor dem Hintergrund dieser Gesetzesmaterialien und der sie ergänzenden Überlegungen des obigen Textes sollte man den Vorrang eines zur Insolvenzmasse gehörenden Vindikationsrechts gegenüber einem nur schuldrechtlichen Besitzrecht des Gegners nicht nur dann anerkennen, wenn der Kaufvertrag dem § 103 InsO unterliegt und der Insolvenzverwalter nicht gem. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO Erfüllung wählt²²⁵, sondern auch dann, wenn der Kaufpreis bereits

222 A. M. KLEINRATH a. a. O., der deshalb bei (schon vollständig bezahlten; vgl. andersfalls o. Rn. 9.71 Fn. 202) *beweglichen* Sachen ein Aussonderungsrecht des Käufers anerkennen will (i. E. ebenso – aber ohne die Beschränkung auf bewegliche Sachen – OLG Stuttgart und MÜLLER je a. a. O.; hiergegen mit guten Gründen – z. B. Gegenschluß aus §§ 15 Satz 2, 24 KO bzw. §§ 91 II, 106 InsO – JAEGER a. a. O. ad 2.). KLEINRATH beruft sich in erster Linie auf (angebliche) Parallelen aus dem Recht der Einzelzwangsvollstreckung. Insofern verkennt er jedoch zum einen, daß das Interventionsrecht des »Dritten«, dem der Vollstreckungsschuldner die nun gepfändete Sache schon vor deren Pfändung verkauft und übergeben (aber noch nicht übereignet) hat, i. d. R. nicht auf dem kaufvertraglichen Besitzrecht beruht (dieses allein würde nach – allerdings nicht unbestrittener – h. M. nicht zur Intervention nach § 771 ZPO berechtigen; vgl. STAUDINGER/GURSKY, 1999, BGB¹⁴ § 986 Rn. 62 f. m. w. N.), sondern auf der eher formalen Besitzschutzvorschrift des § 809 ZPO. Übertragen auf das Insolvenzrecht folgt daraus lediglich die Selbstverständlichkeit, daß der Insolvenzverwalter dem Käufer die Sache *nicht eigenmächtig wegnehmen* darf. – Zum anderen vermag KLEINRATHS Beweisführung mit der im Falle einer Einzelzwangsvollstreckung geltenden Rechtslage aber auch deshalb nicht zu überzeugen, weil der die in der vorliegenden Arbeit vertretene Auffassung tragende Grund, daß der Käufer als Insolvenzgläubiger den Beschränkungen des § 69 KO / § 45 InsO unterliegt, im Einzelzwangsvollstreckungsrecht keine Parallele hat. So stört sich ja selbst KLEINRATH (a. a. O. Sp. 127) nicht daran, daß ein Zurückbehaltungsrecht, welches ein Insolvenzgläubiger an einem Massegegenstand hat, dem Herausgabeverlangen des Insolvenzverwalters trotz des Umstandes nicht entgegengesetzt werden kann, daß es gegenüber einem Gläubiger, der sich den Vindikationsanspruch des Schuldners im Wege der *Einzelvollstreckung* pfänden und überweisen ließ, ohne weiteres geltend gemacht werden könnte.

223 Vgl. auch DIEDERICHSEN S. 148 f.

224 MOTIVE zum BGB Bd. III S. 422 = MUGDAN Bd. III S. 235.

225 Vgl. auch o. Rn. 7.35 ff. zu dem umgekehrten Fall, in dem nicht der Schuldner, sondern dessen Vertragspartner verkauft hat und nun die noch in seinem Eigentum stehende Ware vom Insolvenzverwalter zurückverlangt.

vollständig bezahlt ist und ein Fall des § 103 InsO (vielleicht²²⁶) überhaupt nicht vorliegt²²⁷. Denn *Insolvenzgläubiger* (§ 38 InsO) ist der Käufer ja auch in den von § 103 InsO nicht erfaßten Fällen. Auch kann, solange die dem Käufer bereits übergebene Sache noch im Eigentum des Insolvenzschuldners steht und deshalb nun zur Masse gehört, der Herausgabeanspruch des Verwalters unmöglich davon abhängen, daß der Käufer die letzte (oder die letzten zwanzig²²⁸) Mark noch nicht gezahlt hat.

Handelt es sich allerdings um *bewegliche* Sachen und hatte der Schuldner über sie schon vor der Verfahrenseröffnung unter *Eigentumsvorbehalt* verfügt, so ist der Käufer gem. §§ 929, 455, 158 I, 162 I BGB selbst gegen den Willen des Insolvenzverwalters²²⁹ in der Lage, der Masse das die Grundlage einer etwaigen Vindikation bildende Eigentum durch Zahlung des noch offenen Kaufpreises zu entziehen. Der Vorbehaltskäufer ist also hinsichtlich seines – bezüglich der erforderlichen Leistungshandlungen bereits erfüllten – Eigentumsverschaffungsanspruchs nicht auf die Rechte eines Insolvenzgläubigers beschränkt, sondern sogar noch besser als ein Massegläubiger gestellt²³⁰ (was übrigens in § 107 I InsO nur sehr unzulänglich zum Ausdruck kommt²³¹). Deshalb wird man ihm schon *vor* Begleichung der letzten Kaufpreisrate gegenüber der – nur bis dahin möglichen! – Vindikation des Insolvenzverwalters die Berufung auf das kaufvertragliche Besitzrecht gestatten

226 Vgl. die o. Rn. 4.94 ff. im Anschluß an BGHZ 58, 246 ff. behandelte Streitfrage.

227 **Ebenso** RGZ 63, 230, 231 f.; STAUDINGER/GURSKY, 1999, BGB¹⁴ § 986 Rn. 65, 70 f.; JAEGER LZ 1908, 688 f. ad 2; SOERTEL/MÜHL BGB¹² § 986 Rn. 15; PLANCK/BRODMANN BGB § 986 Anm. 1 a ß (S. 484); vgl. auch MOTIVE zum BGB (wiedergegeben bei Rn. 9.79); DIEDERICHSEN S. 147 ff.; v. TUHR Bd. I S. 303 (bei dessen Beispiel eine Angabe zur Kaufpreiszahlung fehlt); JAEGER/LENT KO⁸ § 17 Rn. 14; RGRK/PIKART BGB¹² § 986 Rn. 22 und – aber mit wenig überzeugender Begründung und nur für Grundstücke – BIERMANN BGB § 986 Anm. 1 b (m. w. N.); Martin WOLFF a. a. O. (o. Fn. 212); WOLFF/RAISER § 84 Anm. 21.

Für den zweiten Fall a. M. KLEINRATH LZ 1910, 126 ff. (dazu schon o. Fn. 222); vielleicht auch RGZ 116, 363, 367 und – falls es sich um eine *bewegliche* Sache handelt – CANARIS, Festschr. f. Flume Bd. I S. 371, 397 o. (soweit zu § 17 KO). Die weiter oben bei Rn. 9.7 zitierte Passage aus den KO-MOTIVEN steht der hier vorgeschlagenen Gleichbehandlung des zweiten Falles mit dem ersten nur scheinbar entgegen. Denn ausweislich ihres ersten Satzes bezieht sich diese Passage nur auf den Fall, daß »der Gemeinschuldner seinerseits vor der Konkursöffnung schon vollständig erfüllt«, also das die *Grundlage* einer etwaigen Vindikation bildende Eigentum bereits auf den Käufer übertragen hatte.

228 Wo soll die Grenze sein? Diese Frage wäre hier noch schwieriger (letztlich wohl überhaupt nicht) zu beantworten als im Zusammenhang mit dem bei Rn. 9.86 f., 9.94 Fn. 272 erörterten *umgekehrten* Fall, in dem sich der *Insolvenzschuldner* in der Position des Käufers oder sonstwie Geldaufwendungspflichtigen befindet.

229 Vgl. § 107 I InsO und o. Rn. 4.2.

230 Z. B. ist der Eigentumserwerb einer Person, der die aufschiebend bedingte Übereignung zwar vom Insolvenzverwalter selbst (mit der Folge des § 55 I Nr. 1 InsO) versprochen, aber noch nicht geleistet worden ist, noch nicht durch § 161 I 2 BGB gegen Zwischenverfügungen des Verwalters geschützt!

231 Denn § 107 I InsO spricht nicht von einem Recht des Käufers zur Herbeiführung des Bedingungseintritts, sondern von dem Recht des Käufers, die Erfüllung des Vertrages zu verlangen. Vgl. dazu meine Kritik in JZ 1995, 803, 805 ff. und in HK-InsO § 107 Rn. 8.

müssen²³². Die Respektierung dieses Besitzrechts ist Bestandteil der »Erfüllung«, die der Käufer im Fall des § 107 I InsO vom Insolvenzverwalter des Verkäufers »verlangen« kann.

- 9.82** Auch wer vom Schuldner vor Verfahrenseröffnung ein *Grundstück* gekauft und zwar noch nicht das Eigentum, wohl aber den Besitz und eine den Eigentumserwerb sichernde *Vormerkung* erworben hat, kann sich gegenüber der Vindikation des Insolvenzverwalters auf sein kaufvertragliches Besitzrecht berufen²³³. Denn wegen § 883 II 2 BGB und § 106 InsO hat auch dieser Käufer hinsichtlich des Kaufobjekts eine mindestens ebenso starke Stellung wie ein Massegläubiger²³⁴, so daß die Gründe, die vorhin²³⁵ gegen die Insolvenzfestigkeit der *exceptio rei venditae et traditae* angeführt worden sind, hier nicht eingreifen.

5. Das Anfechtungsrecht aus §§ 129 ff. InsO

- 9.83** Mit einer dem Vindikationsrecht vergleichbaren »Durchschlagskraft« ist auch das unter den Voraussetzungen der §§ 129 ff. InsO bestehende Recht des Insolvenzverwalters ausgestattet, eine vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Leistung des Schuldners im Wege der *Anfechtung* rückgängig zu machen. Was durch eine anfechtbare Handlung »aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist«, muß gem. § 143 I 1 InsO »zur Insolvenzmasse zurückgewährt« werden. Hatte der Schuldner dem Anfechtungsgegner eine Sache (z. B. ein Grundstück) *unanfechtbar* verkauft und übergeben und erst später in anfechtbarer Weise übereignet, so wird sich der Käufer gegenüber dem Herausgabeanspruch des anfechtenden Insolvenzverwalters ebensowenig auf sein kaufvertragliches Besitzrecht berufen können, wie er dies könnte, wenn die Übereignung nicht nur anfechtbar, sondern von vornherein nichtig gewesen wäre²³⁶.
- 9.84** Sobald der Vertragspartner des Schuldners die anfechtbar erlangte Leistung zurückgewährt, »lebt seine Forderung wieder auf« (§ 144 I InsO). Eine seinerseits schon erbrachte Gegenleistung ist dem Vertragspartner i. d. R. »aus der Insolvenzmasse zu erstatten, soweit sie in dieser noch unterscheidbar vorhanden ist oder

232 STAUDINGER/GURSKY, 1999, BGB¹⁴ § 986 Rn. 73. **A. M.** für den Fall, daß der *Konkursverwalter* die Erfüllung des Vertrages ablehnt (was allerdings der *Insolvenzverwalter neuen Rechts* wegen § 107 I InsO gar nicht darf): DIEDERICHSEN S. 148; STERNBERG JW 1913, 851, 852; STAUDINGER/GURSKY, 1993, BGB¹³ § 986 Rn. 57 a. E. (S. 83) und – jedenfalls im Prinzip – LUSS S. 39 ff., 53; SERICK Bd. I S. 358 ff. m. w. N.; **nicht** hingegen SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang Rn. 158; SOERGEL/MÜHL BGB¹² § 986 Rn. 15 i. V. m. § 929 Rn. 29 und KÜHNE AcP 140 (1935) 1, 57 ff. (letzterer allerdings mit nicht tragfähiger – s. o. Rn. 9.76 – Berufung auf den Rechtsgedanken des § 21 KO).

233 Martin WOLFF a. a. O. (s. o. Rn. 9.74 Fn. 212); STAUDINGER/GURSKY, 1999, BGB¹⁴ § 986 Rn. 66, 72.

234 Vgl. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 24 Rn. 22, 23; MAROTZKE ZZZ 109 (1996) 429, 431 mit Fn. 7; D. ASSMANN, Die Vormerkung, 1998, S. 253 ff.

235 S. o. Rn. 9.77 ff.

236 Zu dem letztgenannten Fall vgl. soeben Rn. 9.68 ff.

soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist«. Zu beachten ist, daß der dies anordnende § 144 II InsO zu weit gefaßt ist und in Fällen, in denen sich die Anfechtung nicht auch gegen das Kausalgeschäft richtet, nur mit Einschränkungen angewendet werden darf (s. Rn. 7.124 f.).

IV. Abschließende Beurteilung de lege lata

Die Abhandlung der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen²³⁷ hat ergeben, daß der Insolvenzverwalter auch dann, wenn er die weitere Erfüllung eines dem § 103 InsO unterliegenden Vertrages ablehnt, nicht ohne weiteres berechtigt ist, etwaige Leistungen zurückzufordern, die der Schuldner vor der Verfahrenseröffnung an seinen Vertragspartner erbracht hat. Soweit es sich um Leistungen handelt, die bereits unanfechtbar in das Eigentum des Vertragspartners übergegangen sind²³⁸, steht der Anerkennung eines Rückgewähranspruchs das weder allein durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch allein durch eine Erfüllungsablehnung des Verwalters vernichtbare Recht des Vertragspartners entgegen, den Schuldner am Vertrag festzuhalten (s. Rn. 9.22–9.66). **9.85**

Eine Ausnahme konnte jedoch unter der Flagge »condictio ob rem« für den Fall anerkannt werden, daß die Verbindlichkeit des Insolvenzschuldners, von deren Erfüllung der Vertragspartner die Bewirkung seiner eigenen Leistung nach § 320 BGB oder aufgrund ähnlicher vertraglicher oder gesetzlicher Vorschrift²³⁹ abhängig machen kann^{239a} und will²⁴⁰, den Einsatz^{240a} von *Geldmitteln* in einem solchen Umfang erfordert, daß mit der bei Rn. 9.48 als ausreichend erachteten prognostischen Sicherheit bereits jetzt festgestellt werden kann, der Insolvenzschuldner werde es »auch in Zukunft nicht schaffen«. Daß seitens des Insolvenzschuldners nur noch zehn, zwanzig oder hundert DM offen sind, wird i. d. R. nicht genügen, um eine solche Prognose zu rechtfertigen. Beträge dieser Größenordnung wird der Schuldner i. d. R. auch noch nach Verfahrensende erwirtschaften können. Auch *Abnahmepflichten* können vom Schuldner i. d. R. noch erfüllt werden (zudem begründet ihre Nichterfüllung meist keine Zug-um-Zug-Einrede des Vertragspartners). Daß bei Verfahrenseröffnung Verbindlichkeiten *dieser* Größenordnung oder *dieser* Art noch unerfüllt waren, führt also zwar in den Anwendungsbereich der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO (s. o. Rn. 4.88 ff., 4.92 ff.), aber i. d. R. *nicht*²⁴¹ zu **9.86**

237 S. o. Rn. 9.14–9.84.

238 Andernfalls s. o. Rn. 9.68 ff., 9.83 f.

239 Man denke z. B. an § 273 BGB und an die auf diese Vorschrift gestützte Einrede des nicht erfüllten *anderen* Vertrages. Vgl. dazu Rn. 9.88 a. E.

239a Vgl. Rn. 8.47, 9.88 f.

240 Das Wort »will« soll dem bei Rn. 9.50 (Schlußsatz), 9.55 anerkannten *Wahlrecht* des Vertragspartners Rechnung tragen.

240a Das Wort »Einsatz« ist im weitesten Sinne zu verstehen; s. o. Rn. 9.50 zwischen Fn. 152 und 154.

241 **A. M.** für noch unerfüllte *Abnahmepflichten* die in Fn. 272 (zu Rn. 9.94) ausf. kritisierten Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des BGH. Bei geringfügigen *sonstigen* Lei-

dem Recht des Insolvenzverwalters, bereits erbrachte Teilleistungen des Schuldners zurückzufordern. Ebenso kann u. U. der Fall zu beurteilen sein, daß die seitens des Schuldners noch offene Restleistung durch *Eigenarbeit* des Schuldners erbracht werden kann²⁴². Vom Standpunkt der nicht bei der *condictio ob rem*, sondern bei § 103 InsO ansetzenden h. M. könnte man den Vertragspartner in solchen Fällen nur unter Berufung auf *Treu und Glauben* vor einem Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters schützen²⁴³. Das wäre zwar immer noch besser als *keine* Billigkeitskontrolle, würde aber andererseits zu sehr verschleiern, daß Leitbildfunktion in diesem Zusammenhang nicht den Voraussetzungen des § 103 InsO, sondern denen der *condictio ob rem* zukommt. Ein plastisches Beispiel für einen zu sehr auf § 103 InsO (§ 17 KO) fixierten und damit letztlich *fehlgeliteten* Umgang mit »Treu und Glauben« ist die in der Fn. 272 zu Rn. 9.94 kommentierte Entscheidung des BGH.

- 9.87** Schon an früherer Stelle ist der zu erwartende Einwand erörtert worden, daß die hier vertretene Begründung des Rückgewähranspruchs dem Zweck oder sogar dem Wortlaut des § 103 InsO widerspreche. Ergebnis dieser Überlegungen war: Der Wortlaut des § 103 InsO sagt zur Frage des Rückgewähranspruchs nichts, und die *MOTIVE* des im wesentlichen inhaltsgleichen § 17 KO sprechen eher gegen als für die generelle Anerkennung des Rückgewähranspruchs (s. o. Rn. 9.4 ff.).
- 9.88** Aber selbst wenn man davon einmal absieht, wäre es schon vom Ergebnis her verfehlt, den Schlüssel zu einem Rückgewähranspruch des Schuldners bzw. des Insolvenzverwalters ausgerechnet in § 103 InsO zu suchen. Das wurde, soweit es die Beschränktheit der Vorschrift auf das *eröffnete Insolvenzverfahren* betrifft, bereits bei Rn. 9.53 f. ausgeführt. Es gilt aber auch sonst. Welcher sachliche Grund soll die bei einer Anknüpfung an § 103 InsO herauskommende Unterscheidung rechtfertigen, daß der Insolvenzverwalter den einen etwaigen Differenzschaden des Vertragspartners übersteigenden Teil einer unanfechtbar (§§ 129 ff. InsO) aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschiedenen Leistung zwar dann *ohne weiteres* zurückverlangen kann, wenn der zugrunde liegende Vertrag den Tatbestand des § 103 I InsO erfüllt, nicht aber auch dann, wenn ein Tatbestandsmerkmal des § 103 I InsO fehlt? Soll ein Rückforderungsanspruch des Insolvenzverwalters von vornherein ausgeschlossen sein, wenn Forderung und Gegenforderung nicht auf demselben Vertrag (dann § 320 BGB und § 103 InsO), sondern auf im Verhältnis der Konnexität stehenden *verschiedenen* Rechtsverhältnissen beruhen (dann § 273 BGB²⁴⁴ und nur *vielleicht*²⁴⁵ auch § 103 InsO)? Eine solche Unterscheidung wäre m. E. abzulehnen. Denn die unter den Voraussetzungen des § 273 BGB bestehende Einrede eines nicht erfüllten *anderen* Vertrags belastet den Insolvenzverwalter,

stungsrückständen des Schuldners würde die h. M. wohl u. U. mit »Treu und Glauben« argumentieren. Vgl. dazu jedoch Rn. 9.89 mit Fn. 249.

242 Vgl. auch Rn. 8.46.

243 Vgl. Rn. 4.90 f., 4.102, 9.66, 9.89 (Fn. 249), 9.94 (Fn. 272).

244 Zur »Insolvenzfestigkeit« einer auf dieser Vorschrift beruhenden Einrede des nicht erfüllten *anderen* Vertrages s. o. Rn. 2.46 ff., 4.133 ff.

245 S. o. Rn. 4.133 ff.

dem sie entgegengesetzt wird²⁴⁶, genauso stark wie die in § 320 BGB geregelte Einrede des nicht erfüllten *selbigen* Vertrages; die Frage eines Vorleistungs-Rückgewähranspruchs muß also in beiden Situationen anhand gleicher Kriterien, nämlich der bei Rn. 9.86 genannten, beantwortet werden.

Ein anderes Beispiel: Man stelle sich vor, der Schuldner habe vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Maschine gekauft und 80 % des Preises gezahlt. Auslieferung und Übereignung der Maschine sind noch nicht erfolgt. Der Insolvenzverwalter hat für die Maschine keine Verwendung und lehnt die Erfüllung des Vertrages ab. Da der Vertrag ein beiderseits noch nicht vollständig erfüllter i. S. des § 103 InsO ist, müßte die h. M. dem die weitere Erfüllung ablehnenden Insolvenzverwalter *ganz unabhängig von den bei Rn. 9.86 vorgenommenen Differenzierungen* das Recht zugestehen, die Anzahlung des Schuldners zurückzuverlangen, soweit sie den etwaigen Differenzschaden des Verkäufers übersteigt. In Schwierigkeiten geraten die Vertreter der h. M. hingegen, wenn der Schuldner den Kaufpreis schon *vollständig* bezahlt hatte: Soweit sie die Anwendbarkeit des § 103 InsO hier verneinen (was voraussetzt, daß man die noch nicht erfüllte Pflicht des Schuldners, die Maschine »abzunehmen«, im Rahmen des § 103 InsO außer Betracht läßt²⁴⁷), müssen sie dem Insolvenzverwalter den Rückgewähranspruch nur deshalb absprechen, weil der Schuldner den Kaufpreis nicht erst zu 80 %, sondern schon zu 100 % bezahlt hat. Dieses *Ergebnis* deckt sich zwar mit dem, zu welchem für *diesen* Fall auch die bei Rn. 9.86 formulierten Grundsätze führen würden (weil dem Vertragspartner nun keine Zug-um-Zug-Einrede mehr zusteht). Zu der Lösung, die die h. M. für den *ersten* der beiden Vergleichsfälle vorsieht (also wenn der Schuldner erst 80 % des Kaufpreises gezahlt hat), paßt es jedoch schlecht: Wie will man *unabhängig* von den bei Rn. 9.86 genannten Kriterien begründen, daß es für die Frage, ob der Insolvenzverwalter die vom Schuldner bereits geleistete Zahlung zurückverlangen kann (soweit sie den etwaigen Nichterfüllungsschaden des Vertragspartners übersteigt²⁴⁸), einen Unterschied macht, ob der Schuldner den Vertrag mit dieser Zahlung seinerseits erst *teilweise* oder schon *vollständig* erfüllt hat? Man kann doch nicht schon die *grundsätzliche* Entscheidung über den Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters *allein* davon abhängig machen, ob der Insolvenzschuldner die letzten zwanzig (oder die letzten zwei²⁴⁹) Mark des verein-

246 Was grundsätzlich möglich ist; s. o. Rn. 2.46 ff., 4.133 ff. (anders die h. M.).

247 Ob man das darf, ist allerdings umstritten (s. o. Rn. 4.91, 9.86). Wer § 103 InsO auch dann für anwendbar hält, wenn der Verkäufer die Sache schon unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung an den Schuldner übereignet hatte (in diesem Sinne o. Rn. 4.107 ff.), kann das die beiden Vergleichsfälle belastende Problem der noch unerfüllten Abnahmepflicht vermeiden, indem er die Fälle dahin abwandelt, daß der Schuldner die Maschine bereits entgegengenommen und aufschiebend bedingt übereignet erhalten hat und somit spätestens bei Zahlung der letzten Kaufpreisrate (Bedingungseintritt) auch restlos »abgenommen« hat.

248 Zu dieser Formulierung s. o. Rn. 9.17 mit Fn. 44.

249 Wo soll die Grenze sein? Bei einer strikten Anknüpfung an § 103 InsO würde u. U. (vgl. Rn. 9.89 bei Fn. 247) der letzte Pfennig entscheiden. Eine Korrektur dieses Ergebnisses nach den Grundsätzen von Treu und Glauben liegt zwar nahe (vgl. etwa BASSENGE JR

barten Kaufpreises noch schuldig ist oder nicht. Beträge dieser Größenordnung wird der Schuldner auch noch *nach* Verfahrenseröffnung erwirtschaften können! Auch das »gemeinsame Interesse der Insolvenzgläubiger« (§ 78 I InsO) nimmt i. d. R. keinen Schaden, wenn bereits der *Insolvenzverwalter* solch einen geringen Betrag zahlt, um die gegen den Vertragspartner gerichtete Forderung der Masse realisieren zu können. Dem Verwalter, der die bereits weitgehend erbrachte Anzahlung des Schuldners nicht in den Wind schreiben will, ist in derartigen Fällen²⁵⁰ sehr wohl zuzumuten, den Eigentumsverschaffungsanspruch der Masse durch Zahlung des noch offenen Restbetrages von der Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB zu befreien. Ihm dieses Recht zu sichern (nicht: ihm einen Rückgewähranspruch zu gewähren²⁵¹), ist ja gerade der Zweck des § 103 InsO²⁵². Nur im Hinblick auf *diesen* Zweck ergeben die in § 103 InsO genannten Voraussetzungen einen Sinn.

9.90 Das gilt übrigens auch hinsichtlich der Voraussetzung, daß die *andere* Vertragspartei noch nicht vollständig erfüllt haben darf²⁵³: Der Umstand, daß der Insolvenzmasse insoweit noch ein Erfüllungsanspruch zusteht, ist zwar ein sachlicher Grund für das Recht des Insolvenzverwalters, diesen Anspruch durch Bewirkung der noch offenen Gegenleistung von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu befreien. Nicht aber ist derselbe Umstand für sich allein ein sachlicher Grund, dem Insolvenzverwalter für den Fall, daß er es ablehnt, von diesem ihm in § 103 InsO zugestandenem Recht Gebrauch zu machen, einen Anspruch auf Rückgewähr einer etwaigen Vorleistung des Schuldners einzuräumen. Solch ein Rückgewähranspruch ist nur unter den bei Rn. 9.86 genannten Voraussetzungen anzuerkennen.

9.91 Die Vertreter der Gegenansicht pflegen darauf hinzuweisen, daß der Insolvenzverwalter manchmal aus rein praktischen Gründen gezwungen sei, die weitere Erfüllung einzelner dem § 103 InsO unterliegender Verträge selbst dann abzulehnen, wenn der Schuldner bereits einen erheblichen Teil der ihm obliegenden Leistungen erbracht habe, ohne einen entsprechenden Teil der Gegenleistung erhalten zu haben. Das RG hat in seiner bei Rn. 8.10 ff. erörterten Entscheidung²⁵⁴ ausgeführt, daß der Insolvenzverwalter »besonders ... bei der Übernahme von Bauten und anderen Werken größeren Umfangs sowie bei auf längere Zeit geschlossenen Lieferungsverträgen« genötigt sein könne, »auf die Erfüllung selbst an sich vorteilhafter Verträge zu verzichten, um nicht die Beendigung des Kon-

1977, 203, 205), würde aber letztlich nur verschleiern, daß der Umstand, daß der im Insolvenzverfahren stehende Schuldner seinem Vertragspartner noch etwas schuldig ist, einen Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters ohnehin *nur unter den bei Rn. 9.86 genannten Voraussetzungen* zu rechtfertigen vermag.

250 Also wenn die noch offene Restleistung des Schuldners »gering« i. S. des bei Rn. 9.86 Ausgeführten ist.

251 S. o. Rn. 9.6 ff.

252 S. o. Rn. 2.6 ff., 2.76 ff. Auch deshalb können die bei Rn. 9.60 (Fn. 172), 9.86 (Fn. 241) und Rn. 9.94 (Fn. 272) erwähnten Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des BGH nicht richtig sein. Ablehnend auch PFLUG AG 1986, 305, 313.

253 Vgl. schon o. Rn. 2.81, 4.103 ff.

254 RGZ 73, 58, 60.

kurses zu verzögern«. Wenn man dem Insolvenzverwalter in diesen Fällen weder einen Anspruch auf anteilige Vergütung – einen solchen hielt das RG in dem entschiedenen Fall für möglich²⁵⁵ – noch einen solchen auf Herausgabe der durch die Leistungen des Schuldners in das Vermögen des Vertragspartners gelangten Werte zuspräche, würde dies nach Auffassung des RG u. U. zu einem »Ergebnis höchster Unbilligkeit« führen. Denn es »würden dem andern Teil unter Umständen sehr erhebliche Gewinne zufließen, auf welche dieser nicht einmal bei der vollständigen Erfüllung des Vertrages einen Anspruch hätte. Und diese, sicherlich der inneren Berechtigung entbehrende, Bereicherung des einen Gläubigers würde auf Kosten der anderen Gläubiger des Gemeinschuldners erfolgen, die ohnehin in der Regel sich mit einem kleinen Bruchteil ihrer berechtigten Forderungen bescheiden müssen«²⁵⁶.

Diese Argumentation, die von den Befürwortern der bereicherungsrechtlichen Lösung fast unverändert übernommen worden ist²⁵⁷ (das RG selbst bevorzugte damals noch den bei Rn. 8.10 ff. erörterten Weg über einen *Teilvergütungsanspruch* der Masse), wiegt sicher schwer. Einschränkend muß aber doch angemerkt werden, daß von einem »Ergebnis höchster Unbilligkeit«, das entweder durch einen Teilvergütungs- oder einen Bereicherungsanspruch des die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnenden Insolvenzverwalters korrigiert werden müßte, nur unter der Voraussetzung die Rede sein kann, daß es sich bei den übervertragsmäßigen »Gewinnen«, die dem Vertragspartner durch die Vorleistung des Schuldners zugeflossen sind, um solche handelt, die ihm *endgültig* verbleiben würden, falls man nicht dem Insolvenzverwalter die Abschöpfung gestattete. Gerade das ist aber fraglich und *zumindest nicht ohne weiteres* anzunehmen, wenn man wie hier²⁵⁸ davon ausgeht, daß weder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch die Erfüllungsablehnung des Verwalters die beiderseitigen Erfüllungsansprüche ohne weiteres vernichten. Denn dann bleibt der Vertragspartner, falls er nicht selbst die Umwandlung des Vertragsverhältnisses betreibt²⁵⁹, dem Insolvenzschuldner trotz der Erfüllungsablehnung des Verwalters weiterhin zur Leistung verpflichtet (mag auch die *Durchsetzbarkeit* dieser Pflicht zunächst bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens gehemmt sein²⁶⁰). Wenn und solange deshalb mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß der

255 Dazu o. Rn. 8.10 ff.

256 RGZ 73, 58, 60 f.

257 So z. B. von MEHRING S. 79 ff.; PLONSKI S. 24 f.; SACHS S. 38; SANDROCK S. 124; PAKUSCHER JW 1913, 723; UNGER S. 54; vgl. auch RGZ 135, 167, 172; OFFTERMATT S. 156/157; WIRTZ S. 39 f.

258 S. o. Rn. 3.35–3.58.

259 Zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen er dies kann, vgl. o. Rn. 3.40 a. E.

260 Da der Erfüllungsanspruch des Schuldners für die Dauer des Insolvenzverfahrens undurchsetzbar wird, wenn der Verwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnt oder eine nach § 103 II 2 InsO erfolgte Anfrage des anderen Teils nicht unverzüglich beantwortet (s. o. Rn. 3.37 ff.), wird eine Verwertung dieses Anspruchs durch *Veräußerung*, wie MUSIELAK sie empfiehlt (AcP 179 [1979] 189, 207 f.), hier nur selten Erfolg versprechen. Vgl. schon Rn. 9.51.

Schuldner nach Verfahrensende wieder in der Lage sein wird, den Vertragspartner zur Bewirkung der versprochenen Leistung anzuhalten (vgl. hierzu die Beispiele bei Rn. 8.26, 9.47 f., 9.86), wäre es m. E. ausgesprochen voreilig, von einem durch die Teil-Vorleistung des Schuldners bedingten übervertragsmäßigen »Gewinn« des Partners zu sprechen, den es durch ein im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schaffendes Rückforderungsrecht des Insolvenzverwalters abzuschöpfen gelte.

9.93 Unbillig ist die Versagung eines Rückgewähranspruchs erst, wenn und sobald sich mit dem bei Rn. 9.48 verlangten Grad von Sicherheit herausstellt, daß der Schuldner auf Dauer außerstande sein wird, seine Ansprüche gegen den Vertragspartner durchzusetzen (etwa weil sich schon während des Insolvenzverfahrens abzeichnet, daß der Schuldner – z. B. eine infolge der Verfahrenseröffnung aufgelöste²⁶¹ juristische Person – auf absehbare Zeit nicht mehr über so viel Geld verfügen wird, wie er noch aufwenden müßte, um seinen Anspruch gegen den Vertragspartner auf Übergabe und Übereignung der bei diesem gekauften Sache von der Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB zu befreien). Abgesehen von diesen – in der Rechtswirklichkeit allerdings sehr häufigen²⁶² – Fällen, in denen mit der *condictio ob rem* geholfen werden kann²⁶³, bleibt dem Insolvenzverwalter gegenüber dem sich nicht freiwillig vom Vertrag lösenden Gegner nur der Weg über die Anfechtung, der aber lediglich unter ganz bestimmten Voraussetzungen (§§ 129 ff. InsO) zum Ziel führt. Wo schließlich auch dieser Weg versagt (z. B. weil es an einem Anfechtungsgrund fehlt oder eine Frist versäumt wurde), kann ein Rückgriff auf § 103 InsO ebenfalls nicht weiterhelfen: Ein »Superanfechtungsrecht« gewährt § 103 InsO weder nach seinem Wortlaut noch nach seinem Sinn und Zweck²⁶⁴.

9.94 Äußerstenfalls könnte man erwägen, die Vorleistung des Schuldners, soweit ihr Wert den Empfänger über die Vorteile hinaus bereichert, die er bei einer vollständigen beiderseitigen Erfüllung des Vertrages hätte, als »unentgeltliche Leistung«

261 Vgl. § 262 I Nr. 3 AktG, § 60 I Nr. 4 GmbHG, § 101 GenG, § 421 I BGB und für sonstige insolvenzfähige Gebilde § 728 I BGB, §§ 131 I Nr. 3, 161 II HGB, § 9 I PartGG. Nicht zum »normalen« Geschehensablauf i. S. des bei Rn. 9.48 Ausgeführten gehört die vom BFH (NJW-RR 2001, 338 f.; dazu schon Rn. 8.26 Fn. 72 a) in *steuerrechtlichem* Zusammenhang diskutierte Möglichkeit, daß es nicht zur »Vollbeendigung« der bei Verfahrenseröffnung »aufgelösten« Gesellschaft kommt.

262 Vgl. Rn. 9.48.

263 Vgl. o. Rn. 9.47 ff.

264 S. o. Rn. 2.6 ff., 2.76 ff., 3.58, 9.4 ff. **A. M.** zumindest im Ergebnis die bei Rn. 9.94 Fn. 272 zitierte Entscheidung des BGH. Vgl. auch HÄSEMAYER KTS 1982, 507, 562: »Dieses Ablehnungsrecht entspricht zwar nicht der Intention des Gesetzgebers, ist aber als seitherige Rechtsfortbildung anzuerkennen und findet eine gewisse Bestätigung auch in der Regelung des § 30 Ziff. 1, 1. Alternative KO ... « Ähnlich ders. in seinem Lehrbuch »Insolvenzrecht«, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.05, 20.26 = S. 373, 382 f.

Gegen die der h. M. zugrunde liegende und auch bei HÄSEMAYER zu Tage tretende Tendenz, über § 17 KO bzw. § 103 InsO die Grenzen des Anfechtungsrechts zu erweitern, wenden sich ERTL Rpfleger 1977, 81, 84 (ad 2 b), 89 (ad VIII 1); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 52, 76, § 24 Rn. 40; LICHTENBERGER NJW 1977, 519, 520 (1. Sp.); MUSIELAK AcP 179 (1979) 189, 209; MAROTZKE ZfG 1989, 138, 146 ff. – Vgl. auch o. Rn. 3.58.

zu behandeln²⁶⁵ mit der Folge, daß sie insoweit ohne weitere Voraussetzungen der **Insolvenzanfechtung** nach § 134 I InsO unterliegt, wenn sie nicht früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Verfahrenseröffnung vorgenommen worden ist²⁶⁶. De lege lata wäre jedoch auch dieser Gedanke zu verwerfen: Zwar mag es zutreffen, daß der in § 134 I InsO verwendete Begriff »unentgeltliche Leistung« weiter ist als »Schenkung«²⁶⁷. Selbst diese weite Auslegung des § 134 I InsO muß aber respektieren, daß von einer »unentgeltlichen« Leistung nicht die Rede sein kann, wenn ein Entgelt in das Vermögen des Leistenden fließt »oder ein Anspruch darauf besteht«²⁶⁸ (anders nur bei der sog. »gemischten Schenkung«²⁶⁹). Und einen »Anspruch« auf die Gegenleistung hatte der Schuldner bzw. die Insolvenzmasse ja zumindest bis zur Erfüllungsablehnung des Verwalters. Selbst wenn man der (unzutreffenden²⁷⁰) Ansicht folgte, daß dieser Anspruch infolge der Erfüllungsablehnung des Verwalters automatisch erlischt, könnte man die Vorleistung des Schuldners also nicht dem § 134 I InsO unterwerfen: Es wäre grotesk, wenn der Insolvenzverwalter die erleichterte Anfechtungsmöglichkeit des § 134 I InsO ausgerechnet dadurch erlangen könnte, daß *er selbst* die in Erwartung der vertraglichen Gegenleistung erbrachte Vorleistung des Schuldners *nachträglich*²⁷¹ zu einer »unentgeltlichen« stempelt. Nicht richtig sein kann dann aber auch die

265 Vgl. KAATZ S. 29: Die Ablehnung eines Rückforderungsrechts des Konkursverwalters laufe im Ergebnis darauf hinaus, daß der Vertragsgegner des Gemeinschuldners »tatsächlich etwas geschenkt« bekomme (ähnlich PLONSKI S. 24).

266 Diese Frage scheint bislang von niemandem gestellt worden zu sein (auch nicht von KAATZ und PLONSKI).

267 So z. B. RGZ 92, 228 ff.; RG LZ 1913, 562 f.; BGHZ 71, 61, 69; 113, 393, 396; HESS InsO¹ § 134 Rn. 9 f., 23, 56; HK-InsO/KREFT² § 134 Rn. 8; FK-InsO/DAUERNHEIM² § 134 Rn. 1, 6 ff.; K/P/PAULUS InsO § 134 Rn. 2; N/R/NERLICH InsO § 134 Rn. 4; SMID/ZEUNER InsO¹ § 134 Rn. 17; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 32 Rn. 3, 11; JAEGER/LENT KO⁸ § 32 Rn. 2 (anders aber § 32 Rn. 7 f. der von HENCKEL bearbeiteten 9. Aufl.); KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 32 Anm. 2; unklar insoweit die MOTIVE der KO S. 136 = HAHN Bd. IV S. 142.

268 KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 32 Rn. 4; vgl. auch HK-InsO/KREFT² § 134 Rn. 7, 10 f.; FK-InsO/DAUERNHEIM² § 134 Rn. 6; HESS InsO¹ § 134 Rn. 22; K/P/PAULUS InsO § 134 Rn. 8; N/R/NERLICH InsO § 134 Rn. 12; SMID/ZEUNER InsO¹ § 134 Rn. 16; JAEGER/LENT KO⁸ § 32 Rn. 1; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 32 Rn. 7; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 32 Anm. 2 und OLG Koblenz NZI 2000, 84, 85 (nach dessen Ansicht sogar schon der Umstand, daß sich der Schuldner irrtümlich zur Zahlung verpflichtet »glaubte«, den § 32 KO unanwendbar machen soll). Zutreffend hat BGH NJW 1999, 1033 f. = ZIP 1999, 316 f. entschieden und leitsatzmäßig hervorgehoben: »Hat der Gemeinschuldner mit dem Dritten eine angemessene Gegenleistung für die von ihm erbrachte Zuwendung vereinbart, kann diese nicht schon deshalb als unentgeltlich angefochten werden, weil die Gegenleistung ausgeblieben ist.«

269 Dazu HK-InsO/KREFT² § 134 Rn. 10; FK-InsO/DAUERNHEIM² § 134 Rn. 24; SMID/ZEUNER InsO¹ § 134 Rn. 17; KUHN/UHLENBRUCK¹¹ § 32 Rn. 11; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 32 Rn. 20 f.

270 Vgl. o. Rn. 3.5–3.58.

271 Nicht erst die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters, sondern schon die Verfahrenseröffnung als solche führt freilich nach der neuen Rspr. des BGH (s. o. Rn. 3.42 ff.) zum Wegfall der beiderseitigen Erfüllungsansprüche. Das ist jedoch unrichtig (vgl. Rn. 3.44 ff., 3.58) und würde zudem nichts daran ändern, daß der Insolvenzverwalter

h. M., die dem die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnenden Insolvenzverwalter in allen (!) Fällen des § 103 InsO sogar *ohne* Anfechtung, *ohne* Rücksicht auf die Vierjahresfrist des § 134I InsO und auch *ohne* Rücksicht auf die bei Rn. 9.47 ff., 9.86 ff. vorgenommenen Differenzierungen einen Anspruch auf Rückgewähr des einen etwaigen Nichterfüllungsschaden des Vertragspartners übersteigenden Teils der Vorleistung zuerkennt. In *allen* diesen Punkten verstößt gegen die Wertungen des Gesetzes das in ZIP 1983, 709 f. publizierte Urteil des BGH²⁷².

bis zu seiner Ablehnungserklärung das Recht hatte, die Gegenleistung des Vertragspartners zu »verlangen« (vgl. § 103 I InsO).

- 272 In diesem Urteil bestätigte der BGH die in ZIP 1982, 724 ff. publizierte Entscheidung der Vorinstanz (OLG Düsseldorf; die im folgenden erwähnten Details ergeben sich z. T. erst aus einer Gesamtbetrachtung *beider* Urteile), daß die vom Konkursverwalter ausgesprochene Ablehnung der Erfüllung eines vom Gemeinschuldner als Käufer abgeschlossenen notariellen Grundstückskaufvertrages auch dann über § 17 KO (§ 103 InsO) zu einem Kaufpreisrückzahlungsanspruch des Konkursverwalters führen könne, wenn der Vertragsschluß *mehr als sechs Jahre* vor Konkurseröffnung stattgefunden habe, die Kaufpreiszahlung *mehr als fünf Jahre* vor Konkurseröffnung *vollständig (!)* erfolgt sei, der Gemeinschuldner das Grundstück bereits *jahrelang in Besitz* gehabt habe und die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters *mehr als ein Jahr* nach Konkurseröffnung (also nach Ablauf der damals noch in § 41 I 1 KO geregelten Anfechtungsfrist) erklärt worden sei! Da in dem entschiedenen Fall auf seiten des Gemeinschuldners nur noch die auf § 433 II BGB beruhende Pflicht zur »Abnahme« des Eigentums (insb. zur Mitwirkung an der noch nicht erfolgten Auflassung) unerfüllt war, hätten außer den soeben angesprochenen *zeitlichen* Aspekten auch die bei Rn. 9.86 entwickelten Grundsätze berücksichtigt werden müssen. Schon diese hätten dazu führen müssen, den Kaufpreisrückzahlungsanspruch des Konkursverwalters zu verneinen (vgl. auch PFLUG AG 1986, 305, 313). Dem Konkursverwalter wäre es durchaus zuzumuten gewesen, den spätestens infolge der vorkonkurslichen Kaufpreiszahlung fällig und einrededefrei gewordenen Übereignungsanspruch des Gemeinschuldners durchzusetzen und das Grundstück anschließend für die Masse zu verwerten (vgl. Rn. 9.89 f. mit Fn. 252). Daß das Grundstück im konkreten Fall einen geradezu katastrophalen *Wertverlust* erlitten hatte, hätte (vielleicht!) nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, keinesfalls jedoch über die Konstruktion eines aus den Voraussetzungen des § 17 KO (§ 103 InsO) folgenden Anspruchs auf Kaufpreisrückzahlung gelöst werden dürfen. Dem – nachvollziehbaren – Hinweis der Verkäuferseite, daß sie im Hinblick auf die oben erwähnten zeitlichen und sonstigen Besonderheiten des Falles »mit selbstverständlicher Sicherheit von der Endgültigkeit des Vertrages ausgingen« und daß die Kaufpreisrückforderung des Konkursverwalters deshalb gegen *Treu und Glauben* verstoße, glaubte der BGH mit dem knappen Hinweis Rechnung tragen zu dürfen, daß der Konkursverwalter bei seiner Entscheidung nur das »Interesse der Konkursgläubiger« wahrnehme und die Verkäufer, »da der Vertrag beiderseits noch nicht vollständig erfüllt war, ... dem Risiko eines Konkurses der Gemeinschuldnerin mit allen gesetzlichen Folgen ausgesetzt« geblieben seien. Vgl. zu dieser Argumentation o. Rn. 9.86 nach Fn. 242. Weitere Bezugnahmen auf die hier kritisierten Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des BGH enthält die vorliegende Arbeit bei Rn. 4.91 (Fn. 221, 223, 225), 9.31, 9.60 (Fn. 172), 9.89 (Fn. 252), 9.93 (Fn. 264), 9.97 (Fn. 278). Das Urteil des BGH ist außer in ZIP 1983, 709 f. auch abgedruckt in WM 1983, 503 f. und – jedoch gekürzt – in NJW 1983, 1619. In JuS 1983, 808 wird es kommentiert von K. SCHMIDT.

V. Vorschlag de lege ferenda

Wer die Voraussetzungen, von denen das geltende Recht den Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters abhängig macht²⁷³, als zu streng empfindet, sollte offen nach dem Gesetzgeber rufen. Ein Vorschlag für eine massfreundlichere Lösung der Rückgewährproblematik war bereits in der ersten Auflage dieses Buches zur Diskussion gestellt²⁷⁴ und dort mit dem Hinweis verbunden worden, daß damit die Grenzen des Vertretbaren auch de lege ferenda ausgereizt seien²⁷⁵. Unter Berücksichtigung des normativen Kontextes und der Terminologie der am 1. 1. 1999 in Kraft getretenen InsO könnte eine gesetzliche Regelung heute etwa wie folgt aussehen:

§ 134 a (Rückforderung von Leistungen des Schuldners)

9.96

- (1) ¹Leistungen, die der Schuldner aufgrund eines gegenseitigen Vertrages in den letzten zwei Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag bewirkt hat, sind anfechtbar, wenn die versprochene Gegenleistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht oder nur unvollständig bewirkt war. ²Im Fall einer unvollständig bewirkten Gegenleistung ist die Anfechtung nach Satz 1 nur zulässig, wenn der Wert der von dem Schuldner erbrachten Leistung höher ist als der Wert der unvollständigen Gegenleistung. ³Die Anfechtung ist ausgeschlossen, soweit die Leistung des Schuldners durch eine Verfügung unter Eigentumsvorbehalt oder durch eine Vormerkung gesichert war; dies gilt nicht, wenn der andere Teil diese Sicherung erst während des in Satz 1 bezeichneten Zeitraums erlangt hat. ⁴Die Vorschriften des § 140 finden Anwendung.
- (2) Das Anfechtungsrecht erlischt, wenn der Insolvenzverwalter von dem anderen Teil die Erfüllung oder die weitere Erfüllung des Vertrages verlangt.
- (3) Wird aufgrund des Absatzes 1 angefochten, so kann der Insolvenzverwalter die Rückgabe des von dem Schuldner Geleisteten und der andere Vertragsteil entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten oder die ihm nach § 144 zustehenden Rechte geltend machen.
- (4) Der andere Vertragsteil haftet für den Anspruch des Insolvenzverwalters auf Rückgabe des von dem Schuldner Geleisteten wie der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung (§ 143 Absatz 2).
- (5) ¹Tritt der andere Vertragsteil nach Absatz 3 zurück, so müssen die ihm nach den §§ 346, 347 BGB zustehenden Ansprüche aus der Insolvenzmasse erfüllt werden. ²Die Bestimmung des Absatzes 4 bleibt unberührt.
- (6) ¹Ein dem anderen Vertragsteil nach Absatz 3 zustehender Schadenersatzanspruch muß aus der Insolvenzmasse erfüllt werden. ²Der Gläubiger muß sich auf seinen Schaden dasjenige anrechnen lassen, was er durch ein Unterlassen weiterer Leistungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. ³Er kann die Anrechnung durch das Bewirken oder Vervollständigen seiner Leistung nicht abwenden.

273 S. o. Rn. 9.45 ff., 9.85 ff.

274 Vgl. MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 481 ff.

275 Vgl. MAROTZKE a. a. O. S. 485.

9.97 Begründung:

Absatz 1 normiert die Bedingungen, unter denen der Insolvenzverwalter, der die Erfüllung eines beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrages ablehnt, etwaige Vorleistungen des Schuldners zurückverlangen kann, wenn sie schon in das Eigentum (Vermögen) der anderen Vertragspartei übergegangen sind. Entsprechend den Darlegungen bei Rn. 9.14 ff., 9.45 ff., 9.85 ff. ist davon auszugehen, daß das geltende Recht solch einen Rückgewähranspruch nur in – juristisch betrachtet – *Ausnahmesituationen* gewährt (deren Voraussetzungen in der *Realität* allerdings sehr oft erfüllt sein werden²⁷⁶) und daß § 103 InsO nicht darauf angelegt ist, dem die Erfüllung des Vertrages ablehnenden Insolvenzverwalter auch dort ohne weiteres einen Rückgewähranspruch zu verschaffen, wo das bürgerliche Recht und die insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften nicht weiterhelfen. Dieser Befund muß die Schaffung einer gesetzlichen Bestimmung, die dem Insolvenzverwalter in solchen Fällen dennoch einen Rückgewähranspruch zugesteht, nicht unbedingt ausschließen. Zu beachten ist jedoch, daß das geltende Recht (§ 134 I InsO) sogar die Anfechtung und Rückforderung »unentgeltlicher« Leistungen grundsätzlich nur dann ohne weiteres – d. h. unabhängig von den besonderen Voraussetzungen der §§ 130 bis 133 InsO – zuläßt, wenn der Insolvenzschuldner sie nicht früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen hat. Mit dieser Bestimmung wäre es unvereinbar, dem Insolvenzverwalter die Rückforderung von »entgeltlichen«, aber rein tatsächlich noch nicht oder nicht vollständig »abgegoltenen« Leistungen selbst dann ohne weiteres zu gestatten, wenn diese schon früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Verfahrenseröffnung erbracht worden sind. **Absatz 1** des hier vorgeschlagenen § 134 a InsO geht bis hart an die Grenze des vor dem Hintergrund des § 134 I InsO Vertretbaren und stellt eine zwar entgeltliche, aber tatsächlich noch nicht oder nicht vollständig abgeglichene Leistung des Schuldners hinsichtlich des Anfechtungsrechts einer »unentgeltlichen« Leistung i. S. des § 134 I InsO gleich²⁷⁷, sofern sie nicht früher als *zwei*²⁷⁸ Jahre vor dem Antrag auf Verfahrenseröffnung erbracht wurde.

9.98 Für den Fall, daß die andere Vertragspartei noch *nichts* geleistet hat, vollzieht **Absatz 1 Satz 1** diese Gleichstellung ohne weiteres.

9.99 Hat die andere Vertragspartei dagegen schon einen *Teil* ihrer Leistung erbracht, so macht **Absatz 1 Satz 2** das Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters davon ab-

276 S. o. Rn. 9.48 ff., 9.86, 9.93.

277 *De lege lata* wird eine solche Gleichstellung im allgemeinen als zu weit gehend angesehen. S. o. Rn. 9.94 (besonders den in Fn. 268 wiedergegebenen Leitsatz des BGH).

278 § 134 I InsO spricht von *vier* Jahren. Jedoch erscheint dieser Zeitraum für die hier interessierenden Fälle, in denen die Leistung des Schuldners eigentlich »entgeltlich« sein sollte und erst aufgrund der *späteren* Entwicklung »wie eine unentgeltliche« wirkt, als zu großzügig bemessen. In dem Fall, der dem in Rn. 9.94 Fn. 272 erwähnten Urteil des BGH zugrunde lag, betrug der zeitliche Abstand zwischen Kaufpreiszahlung des Gemeinschuldners und späterer Konkurseröffnung *5 1/2* Jahre. Dennoch hat der BGH dem Konkursverwalter über § 17 KO zu einem Rückzahlungsanspruch verholphen!

hängig, daß diese Teilleistung *weniger* wert ist als das vom *Insolvenzschuldner* Geleistete.

Hat die andere Vertragspartei schon *vollständig* erfüllt, so darf ihr gegenüber **9.100** aber selbst dann nicht angefochten werden können, wenn diese Leistung weniger wert ist als die dafür empfangene Leistung des Schuldners. Denn als eine Bestimmung, die Leistungen des Schuldners, welche als »entgeltliche« vereinbart und nur rein *tatsächlich* noch nicht oder nicht vollständig »abgegolten« worden sind, den »unentgeltlichen« Leistungen des § 134 I InsO gleichstellt, muß der hier vorgeschlagene § 134 a InsO unanwendbar sein, wenn die andere Vertragspartei ihre – wenn auch nicht ganz gleichwertige – Gegenleistung schon vollständig bewirkt hat.

Des weiteren trägt die in **Absatz 1 Satz 1** aufgestellte Voraussetzung, daß der **9.101** Vertragspartner zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht oder nur unvollständig erfüllt hat, dem Gedanken Rechnung, daß der Vertragspartner *bis* zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Möglichkeit haben sollte, sich durch vollständiges Bewirken seiner Gegenleistung den Vorzug zu »verdienen«, daß ihm die bereits erlangte (vollständige oder unvollständige) Leistung des Schuldners nicht allein deshalb wieder entzogen wird, weil sie wertvoller als die Gegenleistung ist und nicht früher als ein Jahr vor dem Antrag auf Verfahrenseröffnung erbracht wurde. Wenn der Vertragspartner schon vor der Verfahrenseröffnung vollständig erfüllt hat, sollte die Anfechtung des Insolvenzverwalters nur zugelassen werden, wenn es sich bei dem Grundgeschäft um eine »gemischte« oder »verschleierte« *Schenkung* handelt (hier kann die Anfechtung unmittelbar auf § 134 InsO gestützt werden²⁷⁹) oder wenn einer der in §§ 130–133 InsO bezeichneten Anfechtungsgründe erfüllt ist.

Im Vergleich zu der bei Rn. 9.4 ff. dargestellten h. M. ist der hier vorgeschlagene **9.102** § 134 a InsO insofern *enger* gefaßt, als **Absatz 1** den Rückgewähranspruch der Masse *anfechtungsrechtlich* konstruiert (ihn also nicht schon infolge einer einfachen »Erfüllungsablehnung« des Verwalters entstehen läßt) und zudem solche Leistungen ausklammert, die vom Schuldner *früher* als zwei Jahre vor dem Antrag auf Verfahrenseröffnung bewirkt wurden. Auch die sich aus **Absatz 1 Satz 2** ergebende Beschränkung des Rückgewähranspruchs ist der h. M. fremd.

Großzügiger als die h. M. ist der hier vorgeschlagene § 134 a InsO jedoch insofern, **9.103** als er den Rückgewähranspruch der Masse nicht von der sich bei einer Herleitung aus § 103 InsO ergebenden Voraussetzung abhängig macht, daß die Leistung des Schuldners noch keine »vollständige« Erfüllung seiner Vertragspflichten darstellte. Dieser Unterschied zur h. M. ist beabsichtigt und soll verhindern, daß ein *extrem geringer* Leistungsrückstand des Schuldners, vielleicht sogar eine noch un-

²⁷⁹ Vgl. FK-InsO/DAUERNHEIM² § 134 Rn. 23 f.; SMID/ZEUNER InsO¹ § 134 Rn. 17 sowie noch zur KO KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 32 Anm. 3 a; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 32 Rn. 20 ff.; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 32 Rn. 6, 11.

erfüllte Abnahmepflicht, bereits über das »Ob« des Rückgewähranspruchs entscheiden kann²⁸⁰.

- 9.104** Auf die Voraussetzung, daß die *andere* Vertragspartei (der Anfechtungsgegner) noch nicht oder nur unvollständig erfüllt hat, kann allerdings aus den bei Rn. 9.97, 9.100 f. genannten Gründen nicht verzichtet werden²⁸¹.
- 9.105** Eine *mißbräuchliche* Ausübung des dem Insolvenzverwalter in Absatz 1 gewährten Anfechtungs- und Rückforderungsrechts dürfte selbst in den etwas problematischen Fällen, in denen der Anfechtungsgegner schon sehr weitgehend und/oder der Schuldner schon vollständig oder fast vollständig erfüllt hat, nicht zu befürchten sein, da dem Gegner infolge einer auf Absatz 1 gestützten Anfechtung das von den beschränkenden Wirkungen des Insolvenzverfahrens ausgenommene (**Absatz 5 Satz 1, Absatz 6 Satz 1**) Recht zuwächst, entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder das seinerseits schon Geleistete nach Rücktrittsrecht zurückzufordern (**Absatz 3, Absatz 5 Satz 1, Absatz 6**) und *bis* zur vollständigen Erfüllung dieses Ersatz- bzw. Rückgewähranspruchs die vom Insolvenzverwalter zurückverlangte Leistung des Schuldners zu behalten (§§ 273, 348 BGB). *Hierin liegt ein erheblicher Unterschied zur h. M.*, die etwaige Gegenrechte des Vertragspartners ganz rigoros den sich aus § 26 Satz 1 KO bzw. §§ 38, 45, 191, 105 Satz 2 InsO²⁸² ergebenden Beschränkungen unterwirft²⁸³ und davon selbst in solchen Fällen keine Ausnahme macht, in denen auch sie (mit Hilfe des § 103 InsO²⁸⁴) einen Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters konstruiert.
- 9.106** Die soeben erwähnte Abweichung von der h. M. soll nicht nur einer mißbräuchlichen Ausübung des in **Absatz 1** vorgesehenen Anfechtungsrechts vorbeugen (die h. M. würde ggfls. wohl über § 242 BGB zu helfen versuchen²⁸⁵), sondern sie trägt auch der besonderen Schutzwürdigkeit der anderen Vertragspartei Rechnung, die sich daraus ergibt, daß sie dem Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters nach **Absatz 1** selbst dann ausgeliefert sein kann, wenn sie beim Empfang der Leistung nicht bösgläubig i. S. der §§ 130 ff. InsO war.
- 9.107** Um zu verhindern, daß das Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters zu sehr entwertet wird, beschränkt **Absatz 6, Sätze 2 und 3**, den Gegner hinsichtlich seines Schadensersatzanspruchs auf die Differenzmethode. In diesem Punkt besteht eine gewisse Affinität zu der h. M., die dem Insolvenzverwalter die Rückforderung von Vorleistungen des Schuldners (in den Fällen des § 103 InsO) jedenfalls dann,

280 Vgl. Rn. 9.86, 9.89 f. (mit Fn. 249), 9.105 f. und speziell zum Gesichtspunkt der noch unerfüllten Abnahmepflicht Rn. 9.86, 9.94 Fn. 272.

281 Die scheinbar entgegenstehenden Ausführungen bei Rn. 9.80 beziehen sich nicht auf einen anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch, sondern auf ein auch *ohne* Anfechtung bestehendes *Vindikationsrecht* des Insolvenzverwalters.

282 Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung bei Rn. 7.3 ff., 7.19 f., 7.21 ff., 7.26 ff.

283 S. o. Rn. 3.3.

284 S. o. Rn. 9.1 ff.

285 S. o. Rn. 9.86 a. E., 9.89 mit Fn. 249.

wenn diese in der Zahlung von Geld bestanden²⁸⁶, nur gestattet, soweit sie den dem Gegner infolge der Nichterfüllung des Vertrages entstehenden Differenzschaden übersteigen (s. o. Rn. 9.17).

Eine weitere Parallele zur h. M.²⁸⁷ besteht darin, daß **Absatz 4** den Vertragspartner für den Herausgabeanspruch des Insolvenzverwalters im Ergebnis (§ 143 II InsO) meist nur nach Bereicherungsrecht haften läßt. Auch diese Bestimmung trägt der bei Rn. 9.106 erwähnten besonderen Schutzwürdigkeit des Vertragspartners Rechnung; sie ergänzt die in **Absatz 1** normierte Analogie zu § 134 I InsO durch eine Verweisung auf § 143 II InsO. **9.108**

Nach seinem Sinn und Zweck muß **Absatz 4** auch dann anwendbar bleiben, wenn der Vertragspartner nach **Absatz 3** zurücktritt. Deshalb der an § 327 Satz 2 BGB (Stand 2001²⁸⁸) erinnernde **Absatz 5 Satz 2**. **9.109**

Das dem Vertragspartner durch **Absatz 3** zugestandene Wahlrecht schließt das Recht ein, an dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch (vgl. § 144 I InsO), der allerdings i. d. R. *Insolvenzforderung* gem. § 38 InsO ist, zumindest für die Dauer des Verfahrens – und vielleicht sogar darüber hinaus²⁸⁹ – festzuhalten. **9.110**

Absatz 1 Satz 3 zieht hinsichtlich des Eigentumsvorbehalts und der Vormerkung eine zwingende²⁹⁰ Konsequenz aus § 106 und § 107 I InsO. **9.111**

Absatz 2 entspricht den das Verhältnis der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu den §§ 129 ff. InsO betreffenden Ausführungen bei Rn. 4.4, 7.130 f. **9.112**

Außerhalb eines Insolvenzverfahrens richtet sich die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen des Schuldners nicht nach §§ 129 ff. InsO, sondern nach dem AnfG. Dies führt zu der Frage, ob der Gleichstellungsgedanke, der dem bei Rn. 9.96 vorgeschlagenen § 134 a InsO zugrundeliegt, evtl. auch auf das AnfG übertragen und dort zur **Einfügung eines § 4 a AnfG** führen sollte. Die Antwort dürfte davon abhängen, welche Bedeutung man dem bei Rn. 9.53 angesprochenen Postulat der Wertungskonformität von Einzel- und Gesamtvollstreckungsrecht (Insolvenzrecht) zuerkennt. **9.113**

286 Vgl. im übrigen Rn. 9.17 mit Fn. 43.

287 S. o. Rn. 9.16 f.

288 Nicht berücksichtigt ist also die für 2002 geplante Schuldrechtsreform.

289 Vgl. Rn. 3.35 ff., 12.7 ff. und MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 473 mit Fn. 7.

290 Vgl. u. Rn. 10.14 ff., 10.18.

§ 10. Erfüllungsablehnung und Vormerkung (§ 106 InsO)

I. Wirkungsweise des § 106 InsO

- 10.1** Für den Fall, daß »zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder eingetragenen Schiff oder Schiffsbauwerk des Gemeinschuldners oder an einem für den Gemeinschuldner eingetragenen Recht oder zur Sicherung eines Anspruchs auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts eine *Vormerkung* im Grundbuch, Schiffsregister oder Schiffsbauregister eingetragen« ist, bestimmte § 24 Satz 1 KO: »... so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen.« Der an die Stelle des § 24 Satz 1 getretene § 106 I 1 InsO umschreibt die Rechtsfolge nunmehr mit folgenden Worten: »... so kann der Gläubiger für seinen Anspruch Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen.« Eine *sachliche* Änderung ist damit aber wohl nicht verbunden.
- 10.2** Sehr oft beruht der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag, auf den eigentlich § 103 InsO Anwendung finden müßte. Jedoch sieht die h. M. in § 106 InsO (§ 24 KO) eine den § 103 InsO (§ 17 KO) verdrängende Ausnahmebestimmung¹.

Diese Definition des Verhältnisses von § 103 zu § 106 InsO beruht auf der Prämisse, daß § 103 InsO dem Insolvenzverwalter normalerweise ein – nicht schon aus anderen Bestimmungen folgendes – Recht zur Erfüllungsablehnung gewähre. Nun hat die vorliegende Arbeit aber ergeben, daß das Recht des Insolvenzverwalters zur Erfüllungsablehnung bloß eine von den Voraussetzungen des § 103 InsO unabhängige Folge des allgemeinen Grundsatzes ist, daß Forderungen, die gegen den Schuldner schon zur Zeit der Verfahrenseröffnung begründet waren (§ 38 InsO), vom Insolvenzverwalter nicht ohne weiteres »erfüllt«, sondern nur mit der Quote abgespeist werden dürfen². In Wahrheit besteht ein Regel-Ausnahme-Verhältnis also nicht zwischen § 103 und § 106 InsO, sondern zwischen diesem allgemeinen Grundsatz auf der einen und § 103 *und* § 106 InsO auf der anderen Seite³. Sowohl § 103 InsO *als auch* § 106 InsO durchbrechen diesen Grundsatz, freilich mit unterschiedlicher Intensität: Während § 103 InsO bestimmt, wann der Insolvenzverwalter einen Anspruch, der bereits zur Zeit der Verfahrenseröffnung begründet war und deshalb eigentlich Insolvenzforderung gem. § 38 InsO ist, ausnahmsweise vollständig erfüllen *darf*, regelt § 106 InsO darüber hinaus, wann er solch einen Anspruch sogar erfüllen *muß*.

1 Vgl. BGH NJW 1977, 146 f.; 1978, 1437 f. (a. E. von III 1); BGHZ 79, 103, 107 ff. (mit vielen Nachweisen); JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 24 Rn. 32; UHLENBRUCK, Gläubigerberatung S. 319; HEILMANN S. 59.

2 S. o. Rn. 3.5–3.58, 5.1 ff.

3 Das hatte ich erstmals in JZ 1977, 552, 554 dargelegt (damals noch zur KO).

Obwohl demnach ein Spannungsverhältnis zwischen § 17 und § 24 KO (§ 103 und § 106 InsO) niemals existierte, hat der Gesetzgeber in Reaktion auf das bereits erwähnte⁴ Urteil des BGH vom 29. 10. 1976⁵, das ein solches Spannungsverhältnis als gegeben ansah und zugunsten des (dem Insolvenzverwalter angeblich ein Ablehnungsrecht gewährenden) § 17 KO löste, den damaligen § 24 KO um einen zweiten Satz ergänzt, welcher lautet: »Das gilt auch, wenn der Gemeinschuldner dem Gläubiger gegenüber weitere Verpflichtungen übernommen hat und diese nicht oder nicht vollständig erfüllt sind.« Auch in diesem Fall – i. d. R.⁶ ist es der des § 17 KO (§ 103 InsO) – soll der Gläubiger also vom Insolvenzverwalter die Befriedigung seines vormerkungsbewehrten Anspruchs verlangen können. Trotz dieser auf den ersten Blick völlig klaren Gesetzesfassung ist behauptet worden, daß der nachträglich eingefügte § 24 Satz 2 KO (jetzt § 106 I 2 InsO) »letztlich nichts über die Bestandskraft der Vormerkung im Konkurs« aussage⁷. Ob das zutrifft, soll nun für das neue Insolvenzrecht (das insoweit mit dem bisherigen übereinstimmt) näher untersucht werden.

Man stelle sich vor, jemand habe sich durch einen sog. Bauträgervertrag verpflichtet, ein ihm gehörendes Grundstück zu bebauen und anschließend an den Besteller zu übereignen. Entsprechend § 3 II Nr. 1 MaBV⁸ haben die Parteien vereinbart, daß 30 % der »Vertragssumme« unmittelbar »nach Beginn der Erdarbeiten« zu zahlen sind. Wie in § 3 I Nr. 2 MaBV vorgesehen, wird zugunsten des Erwerbers eine Eigentumsvormerkung⁹ ins Grundbuch eingetragen. Kurz nach Beginn der Erdarbeiten und Entgegennahme des hierdurch fällig werdenden Kaufpreisanteils wird über das Vermögen des Bauträgers das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter lehnt die weitere Erfüllung des Vertrages ab.

Unbestreitbar ist in diesem Fall, daß der Vertragspartner des Schuldners vom Insolvenzverwalter nicht die Fertigstellung des Gebäudes verlangen kann¹⁰. Denn da sich die Wirkung der Vormerkung und damit auch des § 106 InsO auf den Eigentumsübertragungsanspruch beschränkt¹¹, muß es im übrigen bei den allgemeinen Bestimmungen der §§ 38, 103 II 1, 45 Satz 1 InsO¹² bleiben, die den Gläubiger

4 S. o. Rn. 1.5, 3.19 ff.

5 Fundstellen o. Rn. 1.5 Fn. 17.

6 Aber nicht notwendigerweise; s. o. Rn. 3.23.

7 MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 24 Rn. 7 S. 254 (anders jedoch die späteren Auflagen); vgl. auch DIECKMANN, Festschr. f. v. Caemmerer S. 95, 118; HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.42 f.

8 Makler- und Bauträgerverordnung v. 7.11.1990 (BGBl. I, 2479), geändert durch VO vom 6. 9. 1995 (BGBl. I, 1134) und 14. 2. 1997 (BGBl. I, 272) sowie durch Gesetz vom 16. 6. 1998 (BGBl. I, 1291, 1297).

9 Die gebräuchlichere Bezeichnung »Auflassungsvormerkung« ist ungenau, vgl. WEYRICH NJW 1989, 1979 f.; STAUDINGER/GURSKY, 1996, BGB¹³ § 883 Rn. 67; D. ASSMANN, Die Vormerkung, 1998, S. 9 f.

10 BGHZ 79, 103, 107 ff. m. w. N.

11 BGH a. a. O.

12 Etwas anders sehen dies die Vertreter der h. M., daß das Recht des Insolvenzverwalters, einen beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrag des Schuldners *nicht* als Masseverbindlichkeit zu erfüllen, auf § 17 KO bzw. § 103 InsO beruhe (dazu o. § 3). Vgl. z. B.

eines schon zur Zeit der Verfahrenseröffnung begründet gewesenen Anspruchs im Verhältnis zur Masse auf einen mit der Quote abzuspaisenden Geldanspruch beschränken.

- 10.6** Wie aber steht es um den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch auf Übertragung des Grundstückseigentums? Nach § 106 InsO kann der Gläubiger von dem Insolvenzverwalter die Befriedigung dieses Anspruchs verlangen. Probleme ergeben sich jedoch, wenn der zugrundeliegende Vertrag ohne eine besondere Regelung des Falles, daß die Bauarbeiten nicht vollendet werden, bestimmt, daß das Grundstück erst nach vollständiger Bezahlung des – für das *fertig* bebaute Grundstück vereinbarten – Entgelts aufgelassen werden soll. Denn der Zahlungsanspruch des Insolvenzschuldners erlischt oder verringert sich ja weder allein durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens¹³ noch allein dadurch, daß der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt (str.)¹⁴. Sollte der Verwalter also ungeachtet dessen, daß *er* wegen seiner Erfüllungsablehnung nicht mehr auf der Bezahlung des für das *fertig bebaute* Grundstück vereinbarten Preises bestehen kann¹⁵, berechtigt geblieben sein, der anderen Vertragspartei die gem. § 106 InsO verlangte Übereignung des *noch nicht (oder nur teilweise) bebauten* Grundstücks bis zur Berichtigung des für das *fertig* bebaute Grundstück vereinbarten Preises zu verweigern?
- 10.7** Da der Insolvenzverwalter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) grundsätzlich auch auf solche Ansprüche stützen kann, die er wegen § 103 II 3

BGH a. a. O. S. 107: »... ist allerdings davon auszugehen, daß in Fällen der vorliegenden Art das *Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO* durch § 24 KO ... nicht völlig ausgeschlossen wird, sondern nur insoweit, als es um den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch (hier also die Eigentumsübertragung) geht, im übrigen aber (hier hinsichtlich der Gebäudeerstellung) bestehen bleibt ... « Und a. a. O. S. 108 f.: »*Die infolge der Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter hinsichtlich der Bauleistungen eintretende Umgestaltung des Rechtsverhältnisses in einen das gegenseitige Schuldverhältnis ersetzenden einseitigen Anspruch des Vertragspartners des Gemeinschuldners auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ... bleibt daher kraft der Vorschrift des § 24 KO beschränkt auf den die Bauleistungen betreffenden Teil des Vertrages ... « Hervorhebungen nicht im Original.*

- 13 Zum gegenteiligen Ergebnis würde die bei Rn. 3.42 ff., 3.48 ff., 3.58 abgelehnte neue Theorie des BGH führen.
- 14 Vgl. Rn. 3.35 ff. (besonders zwischen Fn. 131 und 132). **Anders die h.M.**; vgl. soeben Fn. 13 und die speziell zu § 24 Satz 2 KO ergangene Entscheidung BGHZ 79, 103, 108 f. (auszugsweise wiedergegeben hier in Fn. 12), 109 f. (die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters bringe die beiderseitigen Erfüllungsansprüche zum *Erlöschen*, soweit sie die – nicht vormerkungsfähige – Errichtung des Gebäudes betreffen; allerdings bedürfe es »bei einem nicht bereits vertraglich aufgeschlüsselten Entgelt dann der Bestimmung des für das Grundstück zu entrichtenden Kaufpreises, da mit dem Übereignungsanspruch als notwendiges Korrelat auch die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises hierfür bestehen bleiben« müsse; diese Bestimmung werde, »soweit im Einzelfall möglich, durch – gegebenenfalls ergänzende – Vertragsauslegung, andernfalls auf dem durch §§ 316, 315 BGB vorgezeichneten Wege vorzunehmen sein«). Nochmals bestätigt werden die Ausführungen in BGHZ 79, 103, 109 durch BGHZ 96, 275, 281.
- 15 Vgl. § 103 II 3 InsO und o. Rn. 3.37.

InsO nicht mehr aktiv durchzusetzen vermag¹⁶, wird man die Frage bejahen müssen (anders die h. M., da sie der Erfüllungsablehnung des Verwalters oder sogar schon der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vertragsumgestaltende Wirkungen zuschreibt¹⁷). Das heißt jedoch nicht, daß der Vertragspartner den Schutz des § 106 InsO nur dann in Anspruch nehmen könnte, wenn er dem Insolvenzverwalter auch solche Leistungen bezahlt, die er dann letztlich doch nicht bekommt. Denn man darf nicht übersehen, daß der *Schuldner* weder durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen noch durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters ohne weiteres aus seiner Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages – also auch zur Vollendung der Bauarbeiten – entlassen wird¹⁸. Freilich wird der Schuldner diese Verbindlichkeit oft gar nicht mehr erfüllen können oder wollen. In diesen Fällen bleibt es dem Vertragspartner unbenommen, gegen den Schuldner nach § 325 BGB bzw. mit Mahnung und Nachfristsetzung – letztere verbunden mit einer auf die Bauleistungen beschränkten¹⁹ Ablehnungsandrohung – nach § 326 BGB vorzugehen²⁰ und durch eine sinnvolle Ausübung des ihm nach diesen Bestimmungen zustehenden Wahlrechts²¹ zu einer Reduzierung seiner dem Insolvenzverwalter die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB gewährenden Zahlungspflicht zu gelangen²². Gegenüber der h. M., die eine vom Umfang her vergleichbare Reduzierung des gegen den Vertragspartner gerichteten Geldanspruchs spätestens im Zeitpunkt der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters eintreten läßt²³, hat die hier vertretene Auffassung den Vorzug²⁴, es nicht allein der einseitig-autoritären Entscheidung des Verwalters, sondern auch der Reaktion der anderen Vertragspartei zu überlassen, ob diese ihren Anspruch auf Vollendung des Gebäudes aufgeben (und dadurch zugleich die eigene Zahlungspflicht reduzieren) oder aber am ganzen Vertrag festhalten will.

16 Vgl. o. Rn. 4.123, 5.36 a. E., 8.6 bei Fn. 21.

17 Vgl. soeben Fn. 13 f.; gegen eine Anwendung des § 320 BGB auch HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.43.

18 Vgl. o. Rn. 3.35–3.58; **anders** die h. M. (vgl. soeben Fn. 13 f.).

19 Eine sich auf die noch ausstehende Übereignung des Grundstücks erstreckende Ablehnungsandrohung würde wegen § 326 I 2 HS. 2 BGB den Übereignungsanspruch samt Vormerkung und damit letztlich auch den Schutz des § 106 InsO gefährden!

20 Dazu o. Rn. 5.76 ff., 5.91 ff.

21 Man denke z. B. an den in §§ 323 I HS. 2, 325 I 3 BGB vorgezeichneten Weg oder an die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur hinsichtlich der noch nicht erbrachten Bauleistungen zu verlangen bzw. nur insoweit vom Vertrag zurückzutreten. Vgl. auch ERTL Rpfleger 1977, 81, 87 ad VI 5.

22 Wenn ihm das zu umständlich erschien, konnte er nach *bisherigem* Insolvenzrecht einfach seine gegen den Gemeinschuldner gerichtete Forderung auf Fertigstellung des Gebäudes nach §§ 54 IV, 69 KO auf ihren Geldwert umstellen und gegen den Anspruch der Masse auf Zahlung des für das fertig bebaute Grundstück vereinbarten Preises aufrechnen. Auch auf diese Weise konnte er die Zug-um-Zug-Einrede des Konkursverwalters auf ein angemessenes Maß reduzieren und den Schutz des § 24 KO zu sachgerechten Bedingungen in Anspruch nehmen. Nach *neuem* Insolvenzrecht besteht diese Aufrechnungsmöglichkeit jedoch nicht (s. o. Rn. 4.118).

23 Vgl. Rn. 10.6 Fn. 13 f.

24 Vgl. zu dieser Bewertung o. Rn. 3.35 f.

10.8 Eine große Gefahr für viele Vormerkungsgläubiger würde die im älteren Schrifttum vertretene, vom BGH aber inzwischen abgelehnte Auffassung bedeuten, daß die Vormerkung des Bauerwerbers nicht konkursfest sei, wenn der dem gesicherten Anspruch zugrundeliegende Vertrag den auf das unbebaute Grundstück entfallenden (»echten«) Teil des Gesamtpreises nicht besonders ausweise²⁵. FEHL hat diese Ansicht damit begründet, daß das »wirtschaftliche Hauptinteresse« des Bauträgers nicht auf »die Grundstücksveräußerung als solche«, sondern auf »die Bebauung des von ihm hierzu bereitgestellten Grundstücks« gerichtet und ein Bauträgervertrag deshalb i. d. R. so auszulegen sei, »daß die in ihm enthaltene Verpflichtung zur Grundstücksübergabe derart von der Bebauung abhängig gemacht wird, daß sich die erfolgte Bebauung als Bedingung im Sinne von § 158 BGB für die vom Bauträger übernommene Grundstücksveräußerungspflicht darstellt«²⁶. Diese Auslegung entspreche normalerweise »einerseits dem Interesse des Bauträgers, bei eventuellem Scheitern der Bebauung nicht das Grundstück zu verlieren und wegen Wegfalls der Bauherrneigenschaft auch noch die Grunderwerbssteuer nachentrichten zu müssen, und zum anderen dem Interesse des Bauträgerkunden auf optimale Ausnutzung der Abschreibung nach § 7 b EStG und auch auf Minimierung des effektiven Gesamtkaufpreises, in welchen der Bauträger seine vorbezeichneten erhöhten Risiken sonst einkalkulieren würde«²⁷. Andererseits entspreche es aber dem mutmaßlichen Willen beider Vertragsparteien, »daß die Bebauungsverpflichtung sich dann nicht als Bedingung der Grundstücksübertragung darstellen soll, wenn die Bebauung unterbleibt, weil der Bauträger in Konkurs gefallen ist«²⁸. Denn die Vertragspartner hätten den potentiellen Übereignungsanspruch des Bauträgerkunden durch die Vormerkung ja gerade im Hinblick auf den Insolvenzfall sichern wollen, und das sei wegen der Akzessorietät der Vormerkung nur dann möglich, wenn die Bedingtheit des vorgemerkten Übereignungsanspruchs für den Fall des Konkurses »aufgehoben« werde²⁹. Im übrigen ergebe sich diese Auslegungsregel auch aus § 24 Satz 2 KO³⁰. Allerdings setze die Zulässigkeit der durch diese Bestimmung (nunmehr § 106 I 2 InsO) nahege-

25 FEHL BB 1977, 1228 ff. ad II 2, 5, 6, III; vgl. auch MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 24 Rn. 7 (für den Fall, daß der Vertrag den Preis für das unbebaute Grundstück »überhaupt nicht« ausweist); a. M. BGHZ 79, 103, 109 f.; OLG Karlsruhe ZIP 1986, 1404, 1405 ad I b; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 24 Rn. 44; GRUNSKY, Grundzüge⁵ Rn. 177; KISSEL NJW 1977, 1760, 1763; LICHTENBERGER DNotZ 1979, 510; LOCHER/KOEBLE⁴ Rn. 505; REITHMANN/MEICHSSNER/VON HEYMANN⁷ Rn. 154 und jetzt auch KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 24 Rn. 11 a, c; K/P/TINTELOT InsO § 106 Rn. 24 f.; HESS InsO¹ § 106 Rn. 32; FK-InsO/WEGENER² § 106 Rn. 20.

26 FEHL a. a. O. S. 1229 ad II 1; ähnlich JAKOBS Betrieb 1977, 757 f. ad II.

27 FEHL a. a. O.; an die Stelle des von ihm erwähnten § 7 b EStG ist inzwischen für nach dem 31. 12. 1986 erfolgte Anschaffungen bzw. Fertigstellungen der neue § 10 e EStG getreten (zum Übergangsrecht vgl. KLEEGER in Kirhhof/Söhn [Hrsg.], Kommentar zum EStG, Stand Januar 2001, § 10 e Rn. B 74 ff.).

28 FEHL a. a. O. S. 1230 ad II 5; vgl. auch MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 24 Rn. 7. Kritisch hinsichtlich der Beachtlichkeit eines solchen Willens JAKOBS a. a. O. (vor Schaffung des § 24 Satz 2 KO).

29 FEHL a. a. O.

30 FEHL a. a. O.

legten Auslegung voraus, daß der Bauträgervertrag den »echten« Preisanteil ausweise, der auf das unbebaute Grundstück entfalle. Denn eine Teilleistungsvereinbarung, die dem Erwerber nur bei Insolvenz des Bauträgers ein Recht geben würde, das Grundstück unter Preis zu erwerben, richte sich offen auf eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger³¹. Im übrigen ergebe sich die Notwendigkeit einer Ausweisung des echten Grundstückskaufpreises auch aus § 313 BGB³². Weise der Vertrag den (echten) Grundstückspreis nicht aus, so müsse es trotz § 24 Satz 2 KO (§ 106 I 2 InsO) auch im Konkurs dabei bleiben, daß der Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 I BGB) stehe, daß der Bauträger bzw. der Insolvenzverwalter das Bauwerk vollende. Wenn der Insolvenzverwalter die Vollendung ablehne, habe der Käufer hier also *keinen* Übereignungsanspruch gegen den Bauträger; und wo es bereits an diesem Anspruch fehle, könne der Insolvenzverwalter auch nicht über § 24 KO (§ 106 InsO) zur Befriedigung eines solchen angehalten werden.

Diese Auffassung ist auf berechnete Kritik gestoßen³³. Zwar ist die ihr zugrundeliegende Vorstellung von der Akzessorietät der Vormerkung und damit letztlich auch des § 106 InsO durchaus zutreffend. Nicht einzusehen ist jedoch, weshalb für Bauträgerverträge eine allgemeine Auslegungsregel des Inhalts gelten sollte, »daß sich die erfolgte Bebauung als Bedingung im Sinne von § 158 BGB für die vom Bauträger übernommene Grundstücksveräußerungspflicht darstellt«³⁴. Denn dem Bauträger geht es doch nicht in erster Linie darum, das Grundstück unbedingt schon *vor* der Übereignung an seinen Kunden zu bebauen (diese Reihenfolge ist auch aus grunderwerbssteuerlicher Sicht nicht zwingend geboten³⁵), sondern darum, für das Grundstück den Preis zu erhalten, den es in fertig bebaute Zustand wert ist. Genau genommen lautet die Frage also nicht, ob die Bebauung des Grundstücks, sondern: ob die Bezahlung des für das fertig bebaute Grundstück vereinbarten Gesamtpreises den Übereignungsanspruch des Kunden i. S. von § 158 BGB bedingt. Und diese Frage wird man für den Regelfall, in dem der Vertrag insoweit

31 FEHL a. a. O.

32 FEHL a. a. O.

33 Nachweise o. Fn. 25.

34 So aber FEHL BB 1977, 1128, 1129 ad II 1; ähnlich JAKOBS Betrieb 1977, 757 f. ad II; **gegen** solch eine Auslegungsregel BGHZ 79, 103, 105 ff.

35 Eine ihm mit Rücksicht auf das geplante Bauvorhaben gewährte steuerliche Begünstigung des eigenen Grunderwerbs verliert der Bauträger durch die vorzeitige Weiterübertragung des Eigentums auf seinen Kunden nur dann, wenn er sich diesen gegenüber nicht das ihm aufgrund des geschlossenen Vertrages zustehende Recht vorbehält, den Bau in eigener Regie zu vollenden (BORUTTAU/EGLY/SIGLOCH GrEStG¹¹ § 4 Rn. 138 a m und a. a. O. Anhang Rn. 1033, 1034 ff.; vgl. auch GÖTTE NJW 1977, 524, 526 ad IV 2). Insoweit nicht ganz zutreffend FEHL a. a. O. (o. Rn. 10.8 bei Fn. 27) und H. SCHMIDT BB 1977, 164 f. ad 2 b. Übrigens ist das Problem durch das GrEStG 1983 (BGBl. 1982 Teil I S. 1777; vgl. auch SIGLOCH NJW 1983, 1817), das nahezu alle auf dem Gebiet der Grunderwerbsteuer geltenden Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder aufgehoben (§§ 24 ff.) und damit auch die hier interessierenden Befreiungstatbestände (Nachweise bei JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 24 Rn. 49) beseitigt hat, so gut wie gegenstandslos geworden (zum zeitlichen Anwendungsbereich des neuen GrEStG vgl. dessen § 23).

schweigt, schon deshalb verneinen müssen, weil der Bauträger bereits durch § 320 BGB davor bewahrt wird, sein Grundstück aus der Hand geben zu müssen, bevor ihm die volle Vertragssumme überwiesen wird: Normalerweise fehlt es einfach an einem besonderen Grund, die durch die §§ 320 ff. BGB bewirkte Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung durch ergänzende Vertragsauslegung zu einem Bedingungsverhältnis i. S. von § 158 BGB zu verstärken.

- 10.10** Zuzugeben ist zwar, daß eine Anwendung der §§ 320 ff. BGB bei Fehlen eines echten Bedingungsverhältnisses i. S. von § 158 BGB u. U. dazu führen kann, daß der Bauerwerber die Übereignung des Grundstücks schon vor Vollendung der Bauarbeiten und schon gegen Zahlung des um den Wertanteil der noch nicht erbrachten Bauleistung *geminderten* Preises verlangen darf (vgl. §§ 323 I HS. 2, 325, 326 BGB)³⁶. Doch handelt es sich hier meist um Fälle, in denen der Bauträger den Umstand, daß die Bauarbeiten nicht vollendet werden, i. S. der §§ 276 ff. BGB zu vertreten hat. In solchen Fällen ist es nur recht und billig, die Entscheidung, ob der an sich einheitliche (also nicht etwa dem § 105 InsO unterliegende³⁷) Vertrag in einen zu erfüllenden und in einen nicht mehr zu erfüllenden Teil aufgespalten werden soll, nicht dem Bauträger, der die Leistungsstörung zu vertreten hat, sondern dessen Vertragspartner zu überlassen³⁸.
- 10.11** Damit soll nicht behauptet werden, daß es den Vertragsschließenden *nicht möglich* wäre, die Vollendung der Bauarbeiten oder die Bezahlung des für das fertig bebaute Grundstück vereinbarten Preises zu einer die Entstehung des Übereignungsanspruchs aufschiebenden echten Bedingung i. S. von § 158 BGB zu erheben: Sicher *können* die Vertragsschließenden so etwas vereinbaren³⁹; diese theoretische Möglichkeit ändert aber nichts daran, daß sich eine Auslegungsregel des Inhalts, daß solch ein Bedingungsverhältnis im Zweifel (!) von beiden (!) Vertragsparteien gewollt sei, nicht begründen läßt⁴⁰. Und wo solch ein Bedingungsverhältnis ausnahmsweise doch vereinbart ist, wird die Auslegung i. d. R. ergeben, daß dieses Bedingungsverhältnis nicht auch für den Fall gelten soll, daß über das Vermögen des Bauträgers das Insolvenzverfahren eröffnet wird und der Verwalter die Vollendung der Bauarbeiten ablehnt⁴¹. Da der Insolvenzverwalter die Vollendung der Bauarbeiten nicht ablehnen *muß* (vgl. § 103 I InsO!) und im übrigen selbst dann, wenn er dies dennoch tut, nicht automatisch den Schutz der §§ 320 ff. BGB ver-

36 Vgl. o. Rn. 10.6 f.

37 Vgl. zu § 105 InsO o. Rn. 4.34 (mit Fn. 84 f.), 4.158 ff., 7.21 ff.

38 Vgl. auch ERTL Rpfleger 1977, 81, 87 ad VI 5.

39 BGHZ 79, 103, 106 f. (obiter dictum; vgl. sogleich Fn. 41); a. M. K/P/TINTELNOT InsO § 106 Rn. 25 (wegen § 106 I 2).

40 Ebenso der BGH und ERTL; jeweils a. a. O.

41 Insoweit sei auf die bei Rn. 10.8 wiedergegebene Begründung von FEHL verwiesen. In BGHZ 79, 103, 107 wird ausdrücklich offengelassen, »welche Rechtsfolgen sich im Konkurs des Bauträgers nach §§ 17, 24 KO aus der Erfüllungsverweigerung des Konkursverwalters dann ergeben, wenn im Rahmen eines Bauträgervertrages zwar der Auflassungsanspruch des Käufers durch eine Vormerkung gesichert, die Erstellung des Baues aber im Rechtssinn zur Bedingung der Grundstücksübereignung gemacht worden ist«.

liert⁴², ist gegen diese Auslegungsregel aus insolvenzrechtlicher Sicht nichts einzuwenden.

Nicht überzeugend ist die schon bei Rn. 10.8 referierte These von FEHL, daß das Ergebnis dieser Auslegung vor dem Insolvenzrecht nur dann Bestand haben könne, wenn der Vertrag den (»echten«) Preis für das unbebaute Grundstück ausweise. Ein erster Einwand ergibt sich schon aus der einfachen Überlegung, daß das Kriterium des »echten Grundstückskaufpreises« umso unbrauchbarer wird, je weiter die Bauarbeiten fortgeschritten sind⁴³. Und wenn FEHL meint, daß sich die »Notwendigkeit der Ausweisung des echten Grundstückspreises« aus § 313 BGB ergebe⁴⁴, verkennt er, daß sich der Bauträgervertrag in erster Linie auf Übereignung des *bebauten* Grundstücks richtet und die Form des § 313 BGB somit schon dann gewahrt ist, wenn ein den *Gesamtpreis* ausweisender Vertrag beurkundet ist. **10.12**

Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß es sich bei den Möglichkeiten, die dem Käufer bei Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters zur Verfügung stehen, um seine Kaufpreisschuld um einen den noch fehlenden Bauleistungen entsprechenden Teilbetrag zu mindern, um *gesetzliche* Gestaltungsrechte handelt⁴⁵, deren Ausübung nicht der für den Abschluß des umzugestaltenden *Vertrages* vorgeschriebenen Form bedarf. Aufgrund dieser Gestaltungsrechte kann der Vertragspartner den Umfang seiner Gegenleistung nach objektiven⁴⁶ – also nicht notwendig schon im ursprünglichen Vertrag ausgewiesenen – Wertansätzen und Maßstäben reduzieren. Dieser Rückgriff auf objektive Maßstäbe kann u. U. – hier dürfte es auf die Besonderheiten des Einzelfalles ankommen – sogar dazu führen, daß eine aus steuerlichen Gründen⁴⁷ zu niedrig angesetzte Ausweisung des auf das unbebaute Grundstück entfallenden Kaufpreisanteils »korrigiert« wird⁴⁸. **10.13**

42 Vgl. o. Rn. 10.6 f. mit Fn. 16.

43 Treffend REITHMANN/MEICHSSNER/VON HEYMANN⁷ Rn. 154: Entgegen der Auffassung von FEHL gehe es nicht nur um den »echten Grundstückspreis«, sondern um den »Preis für das Grundstück samt dem bis dahin erstellten Bauwerk«. Sachlich übereinstimmend auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 24 Rn. 44 und UHLENBRUCK, Gläubigerberatung S. 319. Etwas anders LOCHER/KOEBLE⁴ Rn. 505 und KISSEL NJW 1977, 1760, 1763: der Vormerkungsgläubiger brauche dem die Erfüllung des Vertrages ablehnenden Insolvenzverwalter etwa schon erbrachte Bauleistungen des Schuldners nur nach *Bereicherungsrecht* (dazu schon o. § 9) und zudem nur insoweit zu vergüten, wie ihr Wert den Nichterfüllungsschaden übersteige.

44 FEHL BB 1977, 1228, 1230.

45 Vgl. o. Rn. 10.7 mit Fn. 21 f.

46 Vgl. z. B. die o. Rn. 10.7 (Fn. 21 f.) erwähnten §§ 323 I HS. 2, 325 I 3 BGB bzw. § 69 KO (§ 45 Satz 1 InsO) und § 54 IV KO (anders nunmehr § 95I 2 InsO; dazu bereits Rn. 4.117 f.).

47 Dazu FEHL BB 1977, 524 f. ad II 2.

48 Im Ergebnis ebenso JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 24 Rn. 44 a. E.

II. Konsequenzen für die Rückabwicklungsproblematik nach Erfüllungsablehnung

- 10.14** Für die Vertreter der in dieser Arbeit abgelehnten⁴⁹ h.M., daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters – oder sogar schon die Verfahrenseröffnung als solche – in den Fällen des § 103 InsO zum Wegfall sowohl der beiderseitigen Erfüllungsansprüche als auch des Rechtsgrundes einer etwaigen Vorleistung des Schuldners führe, ergibt sich aus § 106 I 2 InsO ein kaum lösbares Problem: Die durch § 106 I 2 InsO bestätigte Verpflichtung des Insolvenzverwalters, einen vormerkungsbewehrten Eigentumsübertragungsanspruch auch dann gem. § 106 I 1 InsO zu erfüllen, wenn dieser auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag i. S. des § 103 InsO beruht, darf auf keinen Fall zu dem »aberwitzigen«⁵⁰ Ergebnis führen, daß ein Vertragspartner, dessen Übereignungsanspruch noch nicht erfüllt, sondern nur durch eine Vormerkung gesichert worden ist, besser steht als ein Vertragspartner, dessen Eigentumsverschaffungsanspruch bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners erfüllt wurde⁵¹. Denn das Sicherungsmittel Vormerkung kann dem Vertragspartner unmöglich eine stärkere Position verschaffen als das Grundstückseigentum selbst⁵². Aus diesem Grunde wäre es unvereinbar, dem die weitere Erfüllung des Vertrages (die Vollendung der Bauarbeiten) ablehnenden Insolvenzverwalter des Bauträgers dann, wenn der Bauträger das Grundstück schon (unanfechtbar) an seinen Vertragspartner übereignet hatte, einen Anspruch auf Rückübereignung zuzugestehen⁵³, ihm jedoch dann, wenn der Vertragspartner noch nicht das Eigentum, sondern nur eine Vormerkung erworben hat, zur Befriedigung des durch diese gesicherten Anspruchs – also zur Übereignung des Grundstücks! – zu zwingen.
- 10.15** Im Schrifttum hat es nicht an Versuchen gefehlt, die sich für den zweiten Vergleichsfall ergebende Rechtsfolge des § 106 InsO, daß »der Gläubiger für seinen Anspruch Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen« kann, zu relativieren. So hat DIECKMANN behauptet, daß sich der Sinn des § 106 I 2 InsO (damals noch § 24 Satz 2 KO) darin erschöpfe, den Gläubiger so zu stellen, »wie wenn er schon Inhaber des vorgemerkten Rechts geworden wäre«⁵⁴. Trotz seines zweiten Satzes schließe § 106 I InsO (§ 24 KO) das Recht des Insolvenzverwalters, die Erfüllung des Vertrages abzulehnen, auch in bezug auf die Pflicht zur Übereignung des Grund-

49 Vgl. Rn. 3.5–3.58 und Rn. 9.1 ff., 9.14 ff.

50 DIECKMANN, Festschr. f. v. Caemmerer S. 95, 119.

51 DIECKMANN a. a. O.; MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 24 Rn. 7 (S. 255); vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 24 Rn. 39 f., 41; BGHZ 79, 103, 110.

52 Ebenso die in Fn. 51 Genannten sowie schon vor Schaffung des § 24 S. 2 KO BASSENGE JR 1977, 203, 205 und HÄSEMAYER NJW 1977, 737, 738 ad II 1.

53 So aber BASSENGE JR 1977, 203, 204/205 und – mit gewissen Einschränkungen – die u. in Fn. 57 Genannten.

54 DIECKMANN a. a. O. S. 120; zustimmend HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.38 ff.; MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 24 Rn. 7 S. 225; vgl. auch KUHN WM 1979, 742, 745; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 24 Rn. 11 Sätze 1–3.

stücks nicht aus⁵⁵. Entsprechend der Rechtslage nach bereits *vor* Verfahrenseröffnung vollzogener Übereignung, die DIECKMANN dahingehend umschreibt, daß der Insolvenzverwalter Zug um Zug gegen Rückerstattung einer etwaigen Anzahlung des Vertragspartners⁵⁶ die Rückübereignung des Grundstücks verlangen könne⁵⁷, müsse der Verwalter im Falle des § 106 I 2 InsO (§ 24 Satz 2 KO) berechtigt sein, von dem Vertragspartner Zug um Zug gegen Rückerstattung seiner Anzahlung und »vielleicht« auch gegen Ersatz seines sonstigen Nichterfüllungsschadens die Löschung der Vormerkung zu verlangen⁵⁸.

Die Ansicht von DIECKMANN kann nicht richtig sein. Denn mit der klaren Aussage **10.16** des § 106 InsO, daß der Gläubiger eines vormerkungsbewehrten Eigentumsübertragungsanspruchs selbst dann, wenn dieser auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag i. S. des § 103 InsO beruht, »für seinen Anspruch Befriedigung aus der Insolvenzmasse *verlangen*« kann, ist ein von weiteren Voraussetzungen nicht abhängiges Recht des Insolvenzverwalters, die Erfüllung des Vertrages *auch insoweit abzulehnen*, logisch unvereinbar⁵⁹. Wenn aber der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages gar nicht ablehnen kann, soweit es um die vorgemerkte Eigentumsübertragung geht, kann eine dennoch ausgesprochene Erfüllungsablehnung auch nicht die ihr von DIECKMANN zugeschriebene nachteilige Wirkung auf die Vormerkung haben⁶⁰. Der Grundsatz, daß der Vertragspartner, der nur eine Vormerkung hat, nicht besser stehen darf als der, dem bereits das Eigentum übertragen worden ist⁶¹, rechtfertigt also nicht die von DIECKMANN vorgeschlagene Einschränkung des § 24 KO; vielmehr zwingt er gerade *wegen* § 24 KO bzw. § 106 InsO zu einer Abkehr von der aus anderen Gründen schon bei Rn. 9.14 ff. kritisierten h. M., die den Insolvenzverwalter, der die weitere Erfüllung eines dem § 103 InsO unterliegenden Vertrages ablehnt, ohne weiteres für berechtigt hält, bereits in das Vermögen des Vertragspartners übergegangene Vorleistungen des Schuldners – z. B. die Übereignung eines Grundstücks – nach Bereicherungsrecht rückgängig zu machen.

Völlig zu Recht hat selbst der BGH eingeräumt, daß § 24 KO seit der Anfügung des **10.17** Satzes 2 (jetzt § 106 I 2 InsO) als Argument dafür dienen könne, »daß derjenige,

55 DIECKMANN a. a. O.

56 Ohne diese Einschränkung BASSENGE a. a. O.

57 DIECKMANN a. a. O. S. 99 ff.; vgl. auch HÄSEMEYER KTS 1973, 2, 8 f. und NJW 1977, 737, 738 f. ad II 2; beiden zustimmend MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 24 Rn. 7 S. 255.

58 DIECKMANN a. a. O. S. 120 f. mit Fn. 99; ebenso schon vor Schaffung des § 24 Satz 2 KO HÄSEMEYER NJW 1977, 737, 740; diesen Standpunkt auf die neue Gesetzeslage übertragend HÄSEMEYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 20.42; **a. M.** – überraschenderweise (s. o. Fn. 51, 54, 57) – KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 24 Rn. 11 a. E., 11 a; UHLENBRUCK, Gläubigerberatung S. 321 ad VIII 8 (9); **zweifelnd** KUHN WM 1979, 742, 745.

59 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 24 Rn. 40, 43; vgl. auch K/P/TINTELOT InsO § 106 Rn. 4, 26 f.

60 Richtig JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 24 Rn. 43.

61 Vgl. o. Rn. 10.14.

der Eigentum an einem *Grundstück* bereits erlangt hat, nicht einer Rückforderung von seiten des Konkursverwalters ausgesetzt sein« solle⁶². Spätestens mit Inkrafttreten der InsO wird man diese – bisher folgenlos gebliebene⁶³ – Argumentation auf *bewegliche* Sachen übertragen müssen (arg. § 107 I 2 InsO, der den §§ 24 Satz 2 KO, 106 I 2 InsO nachgebildet ist⁶⁴). Aber auch in bezug auf *Geldleistungen* wird man ein auf § 103 InsO gestütztes Rückforderungsrecht des Insolvenzverwalters entgegen den Andeutungen des BGH⁶⁵ nicht ohne weiteres bejahen dürfen; eine Differenzierung je nach Art des vorgeleisteten Gegenstandes wäre willkürlich i. S. der Ausführungen bei Rn. 13.38, 13.74 ff.

III. Anfechtung durch Insolvenzverwalter

- 10.18** Aus dem Grundsatz, daß ein Grundstückskäufer, dessen Übereignungsanspruch noch nicht erfüllt, sondern nur durch eine Vormerkung gesichert ist, im Insolvenzverfahren des Verkäufers nicht besser stehen darf als jemand, dessen Eigentumsübertragungsanspruch schon vor der Verfahrenseröffnung erfüllt wurde⁶⁶, ergibt sich des weiteren, daß die Rechtsfolge des § 106 I 1 InsO (»so kann der Gläubiger für seinen Anspruch Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen«) nicht das Recht des Insolvenzverwalters ausschließt, Rechtshandlungen, die zur Entstehung der Vormerkung oder des durch sie gesicherten Anspruchs geführt haben, in den Fällen der §§ 130 ff. InsO anzufechten. »Anfechtungsfest« ist der Schutz des § 106 InsO also nicht⁶⁷. Nicht anfechtungsfest sind auch die anfechtungsrechtlichen Vorteile, die § 140 II 2 InsO mit dem *Antrag* auf Eintragung der Vormerkung verbindet.
- 10.19** Kommt es tatsächlich zu einer begründeten Anfechtung und richtet sich diese nicht nur gegen die Bestellung der Vormerkung, sondern auch gegen den Abschluß des Kaufvertrages, so ist dem Käufer eine seinerseits schon erbrachte Leistung nach § 144 II 1 InsO »aus der Insolvenzmasse zu erstatten, soweit sie in dieser noch

62 BGHZ 79, 103, 110 f. (dort ohne Kursivschrift des Wortes »Grundstück«); vgl. auch JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 24 Rn. 41. Schon vor Schaffung des § 24 Satz 2 KO wurde diese Auffassung vertreten von ERTL Rpfleger 1977, 81, 88 (ad 7); LICHTENBERGER NJW 1977, 519, 521 (r. Sp. vor III); RAPP MittBayNot 1977, 1, 3 (ad 5 a); vgl. auch o. Rn. 9.1 ff. mit Fn. 3 und 9.

63 In dem damals entschiedenen Fall konnte der BGH (s. o. Fn. 62) diese Frage letztlich offenlassen.

64 Vgl. hierzu meine Kritik in JZ 1995, 803, 807 ff. und in HK-InsO² § 107 Rn. 10.

65 BGHZ 79, 103, 110.

66 Vgl. o. Rn. 10.14.

67 Unstr.; vgl. z. B. die Protokolle des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages 1977 (8. WP.) Nr. 5 S. 17; D. ASSMANN S. 258 ff.; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 24 Anm. 9; HK-InsO/MAROTZKE² § 106 Rn. 2 (m. w. N. auch im Hinblick auf § 88 und § 321 InsO); HK-InsO/KREFT² § 134 Rn. 13; BGH ZIP 1988, 585 f. (dazu JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 32 Rn. 51; K/P/TINTELNOT InsO § 106 Rn. 18 f., 23; D. ASSMANN S. 262 f.).

unterscheidbar vorhanden ist oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist«⁶⁸.

Für den Fall, daß sich die Anfechtung nur gegen die Bestellung der Vormerkung richtet (etwa weil der Kaufvertrag selbst unanfechtbar ist oder weil der Insolvenzverwalter seine Anfechtung absichtlich auf die Bestellung der Vormerkung beschränkt), gilt das nicht, soweit der Käufer diese Leistungen – leichtsinnigerweise – schon *vor* dem Erwerb der Vormerkung erbracht hat⁶⁹. **10.20**

Soweit dem Käufer gem. § 144 II 1 InsO ein Rückgewähranspruch zusteht, hat er gegenüber dem in § 143 I InsO begründeten Anspruch des Insolvenzverwalters auf Rückgewähr der Vormerkung (bzw. des in der Grundbucheintragung bestehenden Rechtsscheins einer solchen⁷⁰) die Zug-um-Zug-Einrede des § 273 BGB⁷¹. **10.21**

M. E. kann der Käufer die erwähnten Rückgewähransprüche auch dann⁷² geltend machen, wenn der Insolvenzverwalter sein Anfechtungsrecht lediglich einredeweise ausübt, sich also darauf beschränkt, die Erfüllung des anfechtbar vorgemerkten (und vielleicht auch schon anfechtbar begründeten⁷³) Übereignungsanspruchs nach § 146 II InsO⁷⁴ zu verweigern. Verlangt der Käufer seine Anzahlung in diesen Fällen nach § 144 II 1 InsO zurück, so muß er sich auch hinsichtlich der Vormerkung so behandeln lassen, als habe der Insolvenzverwalter sie wirksam angefochten: er muß also ihre Löschung bewilligen (§ 143 I InsO). **10.22**

Verlangt der Käufer seine Anzahlung hingegen nicht zurück, so gibt er zu erkennen, daß er sich durch die bloß einredeweise erfolgte Geltendmachung des Anfechtungsrechts nicht zur Abkehr vom Vertrag nötigen lassen will. In diesem Fall bleibt ihm der durch die Vormerkung gewährte Schutz vor Zwischenverfügungen (auch vor solchen des Insolvenzverwalters⁷⁵) erhalten. Anders wäre es, wenn man der von JAEGER, LENT und HENCKEL vertretenen Auffassung folgte, daß die in § 41 II KO (§ 146 II InsO) vorausgesetzte Einrede der Anfechtbarkeit eine »dauernde« i. S. des § 886 BGB sei und den Gegner somit zur »Beseitigung« der Vor- **10.23**

68 Dazu o. Rn. 7.120 ff.

69 Vgl. o. Rn. 7.123 ff.

70 Zu der Frage, ob die Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO nur »schuldrechtlich« oder auch »dinglich« wirkt, vgl. o. Rn. 7.120 Fn. 334.

71 Vgl. auch o. Rn. 4.132 a. E.

72 A. M. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 41 Rn. 45 (aber nur für Fälle, in denen die der Anfechtungseinrede ausgesetzte Forderung des Käufers »auch ohne die Anfechtung« nur Insolvenzforderung ist; dies sind nicht die Fälle des § 24 KO bzw. § 106 InsO).

73 Nach OLG Breslau OLGE 19, 209 soll eine Anwendung des § 41 II KO (§ 146 II InsO) voraussetzen, daß nicht nur die Vormerkung, sondern auch der durch sie gesicherte Anspruch in anfechtbarer Weise zustandegekommen ist. M. E. wird das dem Sinn des § 41 II KO bzw. § 146 II InsO nicht gerecht; im ersten Fall sollte man die Bestimmung analog anwenden (*insoweit* zutreffend JAEGER⁶⁷ und JAEGER/LENT⁸, jeweils KO § 41 Rn. 10 a. E.; sowie JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 41 Rn. 52).

74 Nach ihrem klaren Wortlaut gilt diese Bestimmung nicht »nur«, sondern »auch« dann, »wenn der Anfechtungsanspruch verjährt ist«.

75 Vgl. § 883 II 2 BGB.

merkung verpflichtete⁷⁶. Diese Ansicht beruht aber auf einer ungerechtfertigten Vernachlässigung des Umstands, daß diese Einrede nicht dem – nach wie vor persönlich zur Übereignung verpflichteten – Schuldner, sondern nur dem Insolvenzverwalter zusteht und deshalb bei Aufhebung des Insolvenzverfahrens automatisch entfällt⁷⁷.

76 JAEGER^{6/7} und JAEGER/LENT⁸, jeweils KO § 24 Rn. 18, § 41 Rn. 10 a. E.; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 24 Rn. 28 und § 41 Rn. 52.

77 Zutreffend OLG Hamm MDR 1977, 668 f. (zu § 1169 BGB); STAUDINGER/GURSKY, 1996, BGB¹³ § 886 Rn. 4.

§ 11. Insolvenz beider Vertragsparteien

In Zeiten schlechter Konjunktur kann sehr schnell die im Schrifttum bislang eher vernachlässigte¹ Frage praktisch werden, wie es um das dem Insolvenzverwalter im Fall des § 103 InsO zustehende Wahlrecht bestellt ist, wenn sich auch die andere Vertragspartei im Insolvenzverfahren befindet. Hier sind mehrere Fallkonstellationen zu unterscheiden: **11.1**

I. Beide Insolvenzverwalter verlangen Erfüllung

Am einfachsten gestaltet sich die Rechtslage, wenn beide Insolvenzverwalter übereinstimmend die Erfüllung des Vertrages verlangen. Dann entstehen beiderseits Masseverbindlichkeiten gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO. **11.2**

II. Beide Insolvenzverwalter lehnen Erfüllung ab

Wenn beide Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnen, bleiben die den beiden Insolvenzmassen zustehenden Erfüllungs- oder ggfls.² auch Schadensersatzansprüche das, was sie im Insolvenzverfahren des Gegners von Anfang an waren: einfache Insolvenzforderungen gem. §§ 38, 103 II 1 InsO³. Unter Beachtung der Beschränkungen, die sich aus der Einstufung als Insolvenzforderung ergeben, werden die Insolvenzverwalter die Erfüllungsansprüche der von ihnen verwalteten Massen auch dann noch gegeneinander geltend machen können, wenn sie das Recht, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen, durch eine Erfüllungsablehnung oder eine unter § 103 II 3 InsO subsumierbare Säumnis verloren haben. Denn unter »Erfüllung« verstanden die Verfasser der §§ 17, 26 KO nur die vollständige und vertragsgemäße Erfüllung als Masseverbindlichkeit, nicht auch die Gewährung einer bloßen Konkursquote in Geld⁴. Der dem § 17 II 2 KO nachgebildete § 103 II 3 InsO schließt also das Recht, auf der Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs als *Insolvenzforderung* zu bestehen⁵, auch in dem dort vorausgesetzten Fall der Säumnis nicht aus. **11.3**

1 Außer der speziell dieser Frage gewidmeten Dissertation von PLONSKI, die im Jahre 1932 erschienen ist, findet man nur einige wenige knappe Stellungnahmen (BLEYER KO § 17 Anm. 5; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 134; RIETMEYER S. 62 ff.).

2 Vgl. o. Rn. 5.64 ff.

3 Vgl. o. Rn. 3.48 ff., 5.1 ff.

4 Vgl. o. Rn. 3.48 ff.

5 Daß der *Erfüllungsanspruch* überhaupt *Insolvenzforderung* sein kann, wurde bereits bei Rn. 5.14 ff., 5.31 ff. ausführlich begründet.

- 11.4** Praktisch bedeutsam ist u. U. die Frage, ob im Falle beiderseitiger Erfüllungsablehnung *der* Insolvenzverwalter, dessen Masse vor Verfahrenseröffnung durch Vorleistungen des Schuldners verkürzt worden ist, einen vom Insolvenzverwalter der anderen Vertragspartei zu erfüllenden Rückgewähranspruch hat. Hier wird wie folgt zu unterscheiden sein.
- 11.5** Soweit ein Rückgewähr- oder Herausgabeanspruch noch auf § 44 I KO⁶ oder auf § 985 BGB⁷ gestützt werden kann, setzt er sich trotz des – hier plötzlich zwischen zwei *Insolvenzmassen* stehenden! – § 26 Satz 1 KO (§ 105 Satz 2 InsO⁸) auch im Verhältnis zum Insolvenzverwalter des Gegners durch.
- 11.6** Ob Entsprechendes auch dann gilt, wenn das Eigentum bereits auf den Empfänger übergegangen, die zugrundeliegende Übereignung aber vom Insolvenzverwalter des Veräußerers wirksam nach §§ 129 ff. InsO angefochten worden ist, hängt davon ab, ob man der Anfechtung auch »dingliche« Wirkungen zuerkennt oder die angefochtene Übereignung zumindest »haftungsrechtlich« als unwirksam behandelt⁹.
- 11.7** Auch wenn der Eigentumserwerb des Empfängers nicht mehr angefochten werden kann, ist die Geltendmachung eines etwaigen Rückgewähranspruchs nicht völlig ausgeschlossen (str.)¹⁰; i. d. R. ist ein etwaiger Rückgewähranspruch dann aber nur Insolvenzforderung gem. § 38 InsO¹¹. Zu beachten ist des weiteren, daß ein Insolvenzverwalter etwaige Vorleistungen des Schuldners nicht allein schon deshalb zurückverlangen kann, weil er – der Verwalter – die weitere Erfüllung des Ver-

6 Vgl. o. Rn. 7.50 ff., 7.68 ff. (zur Wirkungsweise des § 44 KO), 7.84 ff., 9.67 (zur Nichtaufnahme einer entsprechenden Vorschrift in das neue Insolvenzrecht).

7 Vgl. o. Rn. 7.30 ff., 9.68 ff.

8 Vgl. o. Rn. 7.21 ff.

9 Vgl. zu diesen Vorfragen die Hinweise in Fn. 334 zu Rn. 7.120. Für das *bisherige* Recht war m. E. die Ansicht zutreffend, die eine vom Konkursverwalter angefochtene Übereignung »als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam« (§ 29 KO) erachtete mit der Folge, daß der anfechtende Konkursverwalter im Konkurs des Anfechtungsgegners wie ein Eigentümer Aussonderung verlangen konnte (so z. B. CROME Bd. I S. 354 mit Fn. 53; FITTING³ S. 222; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 37 Rn. 64 ff. [der die angefochtene Rechtshandlung aber nur »haftungsrechtlich« als unwirksam erachtet]; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 29 Rn. 7 [ebenfalls vom Standpunkt einer nur »haftungsrechtlichen« Unwirksamkeit]; vgl. auch MAROTZKE KTS 1987, 1, 25; HELLMANN S. 365; PAULUS AcP 155 [1956] 277, 346 ff.; R. SCHMIDT ZZP 29 [1901] 535, 548; v. TUHR Bd. II 1 S. 325 und W. GERHARDT S. 334 f. [letzterer mit vielen Nachweisen zum Streitstand auf S. 34 f.]; a. M. RGZ 13, 6 ff.; 40, 6 ff.; ENDEMANN S. 237; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER KO¹⁴ § 29 Anm. 7; JAEGER/LENT KO⁸ § 29 Rn. 4; HESS/KROPSHOFER KO⁵ § 37 Rn. 1; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 29 Rn. 41). **Bejahen** wird die Aussonderungskraft des Anfechtungsrechts demnächst wohl auch der BGH (Vortrag Gero FISCHER auf der im Vorwort erwähnten DAV-Tagung; vgl. auch HK-InsO/KREFT⁵ § 129 Rn. 72 f.; anders noch BGH NJW 1990, 990, 992).

10 Vgl. o. Rn. 7.3 ff., 7.21 ff., 7.68 ff.

11 Vgl. o. Rn. 7.8 ff., 7.17 ff., 7.28; aber auch die bei Rn. 7.20, 7.68 ff., 7.87 ff. erwähnten Ausnahmen.

trages ablehnt¹². Eine Insolvenzforderung auf Rückgewähr (die im Falle des § 45 Satz 1 InsO auf einen Geldbetrag umgestellt werden müßte) hat der Insolvenzverwalter des Vorleistenden im Insolvenzverfahren des Leistungsempfängers also nicht ohne weiteres, sondern nur in ganz bestimmten Fällen, die bereits bei Rn. 9.45 ff., 9.85 ff. näher bezeichnet worden sind. Hierher gehört z. B. der Fall, daß der Insolvenzverwalter aufgrund eines »seinem« Insolvenzschuldner vertraglich oder gesetzlich vorbehaltenen Rechts vom Vertrag zurücktreten kann und dies auch wirklich tut.

III. Die Insolvenzverwalter treffen gegensätzliche Entscheidungen

Problematischer als die soeben erörterten Fälle, in denen sich die Insolvenzverwalter beider Vertragsparteien einheitlich für oder gegen die Erfüllung des Vertrages entscheiden, ist die Konfliktsituation, die entsteht, wenn sich der eine Insolvenzverwalter für, der andere jedoch gegen die Erfüllung des Vertrages ausspricht. Die wenigen Autoren, die dieses Problem überhaupt behandeln, sind sich darin einig, daß der eine Insolvenzverwalter »das Erfüllungsbegehren des anderen durch Ablehnung vereiteln« kann¹³. **11.8**

Eine Begründung für diese Ansicht hat bislang nur PLONSKI gegeben. Er legt seiner im Jahre 1932 erschienenen, eigens diesem Thema gewidmeten Dissertation die These zugrunde, daß § 17 KO (§ 103 InsO) dem Konkursverwalter zwei Gestaltungsrechte gewähre: das Recht, die Erfüllung des Vertrages zu verlangen und dadurch eine Masseverbindlichkeit nach § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) zu begründen, sowie das Recht, die Erfüllung des Vertrages abzulehnen und dadurch die beiderseitigen Erfüllungsansprüche zu vernichten¹⁴. Wenn sich nach Konkursöffnung über die Vermögen beider Vertragsparteien der Konkursverwalter der einen Partei für und der der anderen gegen die Erfüllung des Vertrages entscheide, komme es zu einer »Kollision« dieser Rechte. Ob sich dabei das Recht zur Erfüllung oder das Recht zur Erfüllungsablehnung durchsetze, richte sich nach der allgemeinen Regel, daß das »stärkere« Recht dem »schwächeren« vorgehe¹⁵. **11.9**

Welches der hier widerstreitenden Rechte das stärkere sei, entscheidet PLONSKI anhand eines Vergleichs der mit ihnen erzielbaren Gestaltungswirkungen¹⁶. Sein Ergebnis lautet: **11.10**

»Die Ablehnung übt . . . einen viel nachhaltigeren, tiefergehenden Einfluß auf das Vertragsverhältnis aus als das Begehren der weiteren Erfüllung, nur die Ablehnung allein kann eine Ver-

¹² Vgl. o. § 9.

¹³ JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 134; sachlich übereinstimmend BLEYER KO § 17 Anm. 5; PLONSKI S. 1–8; vgl. auch RIETMEYER S. 63 (der mit Recht eine Ausnahme für den Fall macht, daß im Fall des § 44 KO der Konkursverwalter des Käufers die Erfüllung verlangt).

¹⁴ PLONSKI S. 2 ff.

¹⁵ PLONSKI S. 3.

¹⁶ PLONSKI S. 5.

änderung des Vertrages bewirken. Eine stärkere Wirkung rechtfertigt aber den Schluß, daß die diese Wirkung erzeugende Kraft ebenfalls die stärkere ist. Demnach ist das Recht zur Erfüllungsablehnung nach der Rechtslogik das stärkere; ihm hat das Erfüllungsbegehren zu weichen.«¹⁷

- 11.11** M. E. sind diese Ausführungen schon vom Ansatz her verfehlt, weil sie das zu lösende juristische (normative) Problem mit einer fast naturwissenschaftlich anmutenden Argumentation angehen. Ihr insoweit kennzeichnender Satz, daß eine stärkere »Wirkung« zu dem Schluß berechtige, daß auch die sie erzeugende »Kraft« die stärkere sei, verkennt nicht nur, daß es für *juristische* Wirkungen – zumal für gegensätzliche – keine gültige Maßeinheit gibt, sondern er fordert auch zu der Gegenfrage heraus, ob nicht auch kleine Ursachen vergleichsweise große Wirkungen haben können.
- 11.12** Zumindest im juristischen Bereich ergibt der von PLONSKI herangezogene Erfahrungssatz kein brauchbares Entscheidungskriterium. Ließe man sich auf ihn ein und folgte man im übrigen der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht, daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters das Vertragsverhältnis *nicht* umgestaltet¹⁸, könnte man sogar zu dem Ergebnis kommen, daß das Recht, die Erfüllung des Vertrages abzulehnen, nicht das stärkere, sondern das schwächere sei und daß deshalb der Insolvenzverwalter, der die Erfüllung des Vertrages ablehnt, von dem Insolvenzverwalter der anderen Vertragspartei gezwungen werden könne, den Vertrag als Masseverbindlichkeit zu erfüllen.
- 11.13** Daß dieses Ergebnis nicht richtig wäre, hat auch PLONSKI erkannt, der im Anschluß an seine soeben kritisierte Argumentation – wenn auch nur hilfswiese¹⁹ – darauf aufmerksam macht, daß es für die Annahme, daß der Insolvenzverwalter durch sein einseitiges Erfüllungsverlangen nicht nur die Verbindlichkeiten »seines« Insolvenzschuldners, sondern auch die der anderen Vertragspartei zu Masseverbindlichkeiten – hier: zu Verbindlichkeiten der *gegnerischen* Insolvenzmasse – erheben könne, keine gesetzliche Grundlage gebe²⁰. Nun könnte man zwar einwenden, daß eine gesetzliche Grundlage auch gar nicht erwartet werden könne, weil der Gesetzgeber an den Fall, daß sich *beide* Vertragspartner im Insolvenzverfahren befinden, überhaupt nicht gedacht habe. Dieser Einwand ist aber nur in dem Sinne beachtlich, daß man sich über die Frage Gedanken machen muß, ob der *Zweck* der §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO es erfordert, daß der Insolvenzverwalter, der die Erfüllung des Vertrages ablehnt, von dem Insolvenzverwalter der anderen Vertragspartei gezwungen werden kann, den Vertrag als Masseverbindlichkeit zu erfüllen.
- 11.14** Die letztgenannte Frage ist m. E. zu verneinen. Die §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO ermächtigen den Insolvenzverwalter, die an sich nur Insolvenzforderungen²¹ dar-

17 PLONSKI S. 5 f.

18 Vgl. o. Rn. 3.5–3.58.

19 PLONSKI S. 6.

20 PLONSKI S. 7.

stellenden Ansprüche der anderen Vertragspartei als Masseverbindlichkeiten zu erfüllen, wenn dies der Insolvenzmasse Vorteile bringt. I. d. R. bedarf der Insolvenzverwalter dieser Befugnis, um die in der von ihm verwalteten Masse enthaltene Gegenforderung trotz der dem Gegner zustehenden Einrede des nicht erfüllten Vertrages einzuziehen zu können. Die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO berechtigen den Insolvenzverwalter also nicht, etwaige Gegenrechte der anderen Vertragspartei zu beschneiden, sondern sie *beruhen* gerade auf dem allgemeinen Grundsatz, daß der Insolvenzverwalter bei der Geltendmachung der ihm nach § 80 I InsO zur Ausübung überlassenen Rechte des Schuldners an die für diesen geltenden Beschränkungen gebunden ist²². Keinesfalls will § 103 I InsO dem Insolvenzverwalter das Recht, die Erfüllung des Vertrages zu erzwingen, auch dann gewähren, wenn ein entsprechendes Erfüllungsverlangen des *Schuldners* auch dann zurückgewiesen werden könnte, wenn dieser seine Forderungszuständigkeit *nicht* nach § 80 I InsO an den Verwalter verloren hätte. Und da *keine Vertragspartei* vom Insolvenzverwalter der Gegenpartei verlangen kann, daß dieser die Erfüllung nicht ablehnt, sondern den Vertrag als Masseverbindlichkeit erfüllt, kann solch ein Recht auch dem *Insolvenzverwalter* einer Vertragspartei nicht zustehen. Insoweit hat PLONSKI durchaus recht, wenn er meint²³, daß der Konkursverwalter, der nach § 17 KO (§ 103 InsO) die Erfüllung des Vertrages verlange, die Rechtslage so gestalte, »als ob gar kein Konkurs bestände«, daß es deshalb keinen Grund gebe, »ihn im Verhältnis zu dem gegnerischen Konkursverwalter anders zu stellen als einen nicht in Konkurs geratenen Vertragspartner«, und daß dieser – gemeint ist der gegnerische Konkursverwalter – »also die Möglichkeit haben (müsse), ihm gegenüber genau so wie gegenüber einem nicht in Konkurs geratenen Vertragspartner die weitere Erfüllung des Vertrages abzulehnen«.

Da PLONSKI davon ausgeht, daß die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters die beiderseitigen Erfüllungsansprüche zum Erlöschen bringt²⁴, stellt sich für ihn nicht die Frage, welchen Einfluß es auf die infolge des Erfüllungsverlangens des einen Insolvenzverwalters entstandene Masseverbindlichkeit (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) hat, daß der Insolvenzverwalter der anderen Vertragspartei die Erfüllung des Vertrages ablehnt: Erlöschen infolge dieser Erfüllungsablehnung die beiderseitigen Erfüllungsansprüche, so muß konsequenterweise auch die nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandene Masseverbindlichkeit wegfallen. **11.15**

Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht²⁵ bringt die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters die beiderseitigen Erfüllungsansprüche aber *nicht* zum Erlöschen; für den Erfüllungsanspruch der anderen Vertragspartei bedeutet die Ablehnungserklärung des Insolvenzverwalters nur, daß dieser Anspruch den ihm nach § 38 InsO zukommenden Rang einer einfachen Insolvenzforderung **11.16**

21 Vgl. o. Rn. 3.48 ff., 5.1 ff.

22 Vgl. o. Rn. 2.12 ff., 2.76 ff.

23 PLONSKI S. 6 f.

24 PLONSKI S. 2 ff.

25 S. o. Rn. 3.5–3.58.

behalten, m. a. W. nicht nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO als Masseverbindlichkeit erfüllt werden soll. Heißt das nun, daß der Insolvenzverwalter, der es ablehnt, den Vertrag seinerseits als Masseverbindlichkeit zu erfüllen, von dem Insolvenzverwalter der Gegenpartei, der die Erfüllung verlangt, Zug um Zug gegen Auszahlung der dem letzteren zustehenden *Quote* die *vollständige* (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) Erfüllung des Vertrages verlangen kann?

- 11.17** Vom Ergebnis her ist klar, daß diese Frage verneint werden muß. In den die Regel bildenden Fällen, in denen dem Anspruchsgegner aufgrund des § 320 oder des § 321 BGB²⁶ eine Zug-um-Zug-Einrede zusteht, ergibt sich die verneinende Antwort bereits daraus, daß solch ein Leistungsverweigerungsrecht nicht durch eine quotenmäßige, sondern nur durch eine vollständige Erfüllung der zugrundeliegenden Gegenforderung beseitigt werden kann²⁷.
- 11.18** Im übrigen folgt aber schon aus § 103 II 3 InsO, daß der Insolvenzverwalter, der die Erfüllung des Vertrages abgelehnt hat, nun nicht mehr auf der Erfüllung »bestehen« kann²⁸. Das muß unabhängig davon gelten, ob man auf das vom Insolvenzverwalter der anderen Vertragspartei ausgesprochene Erfüllungsverlangen § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO anwendet oder nicht. Selbst wenn nach dieser Bestimmung eine Masseverbindlichkeit entstanden sein sollte, würde der Verwalter der »Gläubigermasse« wegen seiner Erfüllungsablehnung nicht auf deren Erfüllung bestehen können. Entsprechendes würde auch für den Schuldner selbst gelten (str.)²⁹. Allerdings erwirbt dieser das Recht, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen, zurück, wenn sein Insolvenzverfahren aufgehoben wird und der Insolvenzverwalter des Vertragspartners seine Chance, den Vertrag durch Anmeldung einer Differenzforderung in einen einseitigen Differenzanspruch umzuwandeln, nicht genutzt hat³⁰. In diesem Fall könnte die Vertragspartei, deren Insolvenzverwalter die Erfüllung abgelehnt hat, von dem Insolvenzverwalter des Gegners an sich wieder die Begleichung der durch dessen Erfüllungsverlangen entstandenen Masseverbindlichkeit verlangen. Wegen der sich aus § 320, § 325 oder § 326 BGB ergebenden Verteidigungsmöglichkeiten³¹ ist jedoch auch das kein Grund, die Anwendung des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auf das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters in Fällen, in denen sich auch die andere Vertragspartei im Insolvenzverfahren befindet, davon abhängig zu machen, daß auch *deren* Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages verlangt.
- 11.19** Ebensowenig ist es nötig, die Anwendung des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO in Fällen, in denen der Insolvenzverwalter die Erfüllung von einem noch *nicht* im Insolvenzverfahren befindlichen Vertragspartner des Schuldners verlangt, als durch eine spätere Verfahrenseröffnung über das Vermögen des Vertragspartners auflösend

26 Zu § 321 BGB s. o. Rn. 2.22 mit Fn. 37.

27 Vgl. o. Rn. 2.13 f.

28 Vgl. o. Rn. 3.37.

29 Vgl. o. Rn. 3.38 f., 8.1 ff.

30 Vgl. o. Rn. 3.40.

31 Zu ihnen o. Rn. 2.12 ff., 5.79 ff., 7.3 ff.

bedingt anzusehen. Auch hier genügt es zum Schutze des Insolvenzverwalters, der die Erfüllung des Vertrages verlangt hat, daß er u. U. nach § 325 oder § 326 BGB vorgehen und daß der Insolvenzverwalter der anderen Vertragspartei die Erfüllung der nach § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO entstandenen Masseverbindlichkeit nur verlangen kann, wenn er auch auf seiner Seite eine entsprechende Masseverbindlichkeit begründet.

Der Insolvenzverwalter, der sein Wahlrecht als erster ausübt, kann die sofortige Entstehung einer Masseverbindlichkeit verhindern, indem er die Erfüllung des Vertrages von vornherein nur unter der aufschiebenden Bedingung verlangt, daß sich auch der Insolvenzverwalter der anderen Vertragspartei für die Erfüllung entscheidet³². **11.20**

IV. Vergleichsverfahren

Nicht nur für das Konkursverfahren nach der KO und das Insolvenzverfahren nach der am 1. 1. 1999 in Kraft getretenen InsO, sondern auch für das konkursabwendende Vergleichsverfahren nach der VerglO existieren gesetzliche Bestimmungen, nach denen die Erfüllung beiderseits noch nicht vollständig erfüllter gegenseitiger Verträge verlangt (§ 36 VerglO) oder abgelehnt (§ 50 VerglO) werden konnte. Die Frage, ob das Recht zur Erfüllungsablehnung dem Erfüllungsrecht der Gegenseite vorgeht, kann sich also auch dann stellen, wenn die eine Vertragspartei im Konkursverfahren (Eröffnungsantrag vor dem 1. 1. 1999) oder im Insolvenzverfahren nach der InsO (Eröffnungsantrag nach dem 31. 12. 1998) und die andere im Vergleichsverfahren (Eröffnungsantrag vor dem 1. 1. 1999) steht³³ oder wenn über dem Vermögen jeder Vertragspartei ein Vergleichsverfahren schwebt. Auch in diesen Fällen muß die Frage im Grundsatz bejaht werden³⁴. Eine in alle Einzelheiten gehende Darstellung kann hier jedoch unterbleiben. Grund dafür ist weniger die geringe praktische Bedeutung des Vergleichsverfahrens³⁵ oder seine inzwischen erfolgte³⁶ Ablösung durch die InsO als vielmehr die bei Rn. 13.1 ff., 13.9 ff., 13.37 ff. ausführlich begründete Feststellung, daß die einschlägigen Vorschriften der VerglO gegen das grundgesetzliche Verbot sachwidrigen Differenzierens verstießen und deshalb ohnehin nicht so angewendet werden durften, wie sie formuliert waren. **11.21**

32 Vgl. o. Rn. 4.176 ff.

33 Vgl. zur Maßgeblichkeit der (in den Klammerzusätzen) genannten Termine o. Rn. 1.10 f.

34 Vgl. BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 50 Rn. 3 und – allerdings noch unter Geltung der alten VerglO vom 5. 7. 1927, deren § 28 *beiden* Vertragsparteien ein Ablehnungsrecht zugestand – KIESOW VerglO § 28 Rn. 43, 44; MAEDER S. 40 ff.; B. MAYER VerglO § 28 Rn. 25; PLONSKI S. 7. Zu dem Sonderfall des Eigentumsvorbehalts vgl. W. MEYER S. 80 ff., zu dem des § 44 KO RIETMEYER S. 63 ff.

35 Dazu Karsten SCHMIDT, Gutachten D zum 54. DJT S. 42 ff. und Peter HANAU im Parallelgutachten E S. 83 ff.

36 Zum Übergangsrecht vgl. Rn. 1.10 f., 13.7.

§ 12. Insolvenzplan

(früher: konkursbeendender Zwangsvergleich)

I. Grundzüge der gesetzlichen Regelung nach altem und nach neuem Recht

- 12.1** Mit etwas Glück gelingt es, ein schwebendes Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren durch Zwangsvergleich / Insolvenzplan zu beenden. Nach rechtskräftiger gerichtlicher Bestätigung (§§ 184 ff. KO / §§ 248 ff. InsO) wirkt dieser »für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, auch wenn dieselben an dem Konkursverfahren oder an der Beschlußfassung über den Vergleich nicht teilgenommen oder gegen den Vergleich gestimmt haben« (so § 193 Satz 1 KO für den Zwangsvergleich und im Ergebnis auch § 254 I InsO für den Insolvenzplan).
- 12.2** Vom *Zwangsvergleich* unberührt bleiben »die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners, sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, aus einer für sie bestehenden Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld oder Schiffshypothek oder aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung« (§ 193 Satz 2 KO). Masseansprüche und bevorrechtigte Konkursforderungen sind vom Konkursverwalter aus der Masse zu berichtigen bzw. sicherzustellen (§ 191 KO).
- 12.3** Für den *Insolvenzplan* gilt das bei Rn. 12.2 Ausgeführte entsprechend (§§ 223 I, 254 II, 258 II InsO), soweit sich nicht daraus etwas anderes ergibt, daß die in § 191 II KO eigens erwähnten »bevorrechtigten« Konkursforderungen nach neuem Recht nur noch »normale« Insolvenzforderungen¹ sind (die vom Insolvenzplan ohne weiteres erfaßt werden) und daß durch einen Insolvenzplan nicht nur in Insolvenzforderungen, sondern auch in Absonderungsrechte eingegriffen werden kann (§§ 217, 222 I 2 Nr. 1, 223, 238 InsO).

II. Anwendung auf von § 103 InsO erfaßte Verträge

- 12.4** Aus dem bei Rn. 12.1 erwähnten § 193 Satz 1 KO (§ 254 I InsO) ergibt sich, daß Gläubiger, deren Forderungen auf vor Verfahrenseröffnung geschlossenen Verträgen beruhen, den Wirkungen des Zwangsvergleichs (Insolvenzplans) ohne weiteres unterliegen, wenn sie den Vertrag ihrerseits schon vollständig erfüllt haben und für ihre eigene Forderung, die gem. § 3 I KO (§ 38 InsO) Insolvenzforderung ist, kein Vorrecht i. S. der (nicht in die InsO übernommenen) Nrn. 1–5 des § 61 I KO genießen.

¹ In der Terminologie des § 222 I 2 Nr. 2 InsO: »nicht nachrangige« Insolvenzforderungen i. S. des § 38 InsO. Zu den »nachrangigen« Insolvenzforderungen vgl. §§ 39, 222 I 3, 225, 246, 327 InsO.

Ob auch solche Gläubiger vom Zwangsvergleich/Insolvenzplan betroffen wurden, die den Vertrag zur Zeit der Verfahrenseröffnung ihrerseits noch *nicht* vollständig erfüllt hatten, hängt wegen §§ 17, 26 Satz 2, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) davon ab, ob und ggf. wie der Verwalter das ihm nach diesen Bestimmungen zustehende Wahlrecht ausgeübt hat: **12.5**

1. Positive Wahlrechtsausübung des Verwalters

Wenn der Verwalter gem. § 17 I KO (§ 103 I InsO) die Erfüllung des Vertrages verlangt hat, sind die auf demselben Vertrag beruhenden Gegenforderungen der Gegenpartei als Masseverbindlichkeiten zu erfüllen bzw. sicherzustellen (§§ 59 I Nr. 2 Alt. 1, 191 I KO). Vom Zwangsvergleich i. S. der KO bleiben diese Forderungen unberührt (unstr.²), ebenso vom Insolvenzplan nach der InsO (§§ 55 I Nr. 2 Alt. 1, 258 II InsO und Gegenschluß aus §§ 217, 222 I 2, 254 I 1, 3 InsO)³. **12.6**

2. Negative Wahlrechtsausübung des Verwalters

a) Der Vertragspartner als Planbetroffener

Hat der Insolvenzverwalter die Erfüllung nicht verlangt, sondern abgelehnt, so ist die Forderung der anderen Vertragspartei kraft Gesetzes *Insolvenzforderung* (§§ 3 I, 26 Satz 2 KO, §§ 38, 103 II 1 InsO). Für den Fall der Erfüllungsablehnung ist deshalb (fast) allgemein anerkannt, daß der Vertragspartner mit seinen Ansprüchen – über deren Inhalt allerdings Streit besteht⁴ – gem. § 193 Satz 1 KO (bzw. § 254 I 1, 3 InsO) ohne weiteres den Wirkungen des Zwangsvergleichs (Insolvenzplans) unterliegt⁵. **12.7**

Eine nicht unwesentliche Einschränkung macht HENCKEL. In der 9. Auflage von JAEGERS Kommentar zur KO vertritt er die (später allerdings etwas modifizierte⁶) Ansicht, daß der Vertragspartner nur dann Insolvenzgläubiger sei, wenn er seine »Schadensersatzforderung« zur Tabelle anmelde: »Meldet er nämlich nicht an, so behält er seinen ursprünglichen Vertragsanspruch gegen den Gemeinschuldner. Dann kann er nicht gleichzeitig Konkursgläubiger sein. . . . Liegt also in dem Zeitpunkt, in dem der Vergleich wirksam wird, keine wirksame Anmeldung des Scha-

2 Vgl. z. B. RGZ 85, 221, 222; 98, 136, 137; JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 131.

3 Zust. KEPPLINGER S. 104 f.

4 Erfüllungs- oder Schadensersatzanspruch? Beschränkung auf Differenzmethode? Vgl. zu alldem o. § 5.

5 RG JW 1912, 49 = LZ 1912, 399 f.; RGZ 79, 209, 212; RG LZ 1915, 217 f.; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 193 Anm. 2 b; JAEGER/WEBER KO⁸ § 193 Rn. 10; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 193 Rn. 6; PETERSEN/KLEINFELLER KO § 193 Anm. 6; WARNEYER KO § 17 Anm. XI, § 193 Anm. I; v. WILMOWSKI/KURLBAUM KO⁶ § 193 Anm. 4; GRIMM S. 81 f.; PLÜNDER S. 80; SEUFFERT S. 190.

6 Vgl. u. Rn. 12.26 ff.

densersatzanspruchs vor, so ist der Vertragspartner nicht Konkursgläubiger und wird deshalb vom Zwangsvergleich nicht betroffen.«⁷

12.9 M. E. ist das so nicht richtig. Da HENCKEL bereits die Stellung des Vertragspartners als Insolvenzgläubiger davon abhängig machen will, daß dieser seine »Schadensersatzforderung« tatsächlich anmeldet, läßt sich gegen seine Ansicht allerdings nicht einwenden, daß § 193 Satz 1 KO (§ 254I 3 InsO) die Wirkungen des Zwangsvergleichs (Insolvenzplans) ausdrücklich auch auf solche Insolvenzgläubiger erstreckt, die am Verfahren nicht teilgenommen haben. Zu kritisieren ist jedoch, daß sich HENCKEL mit seiner ihn vor diesem Einwand schützenden Ausgangsthese ohne überzeugenden Grund darüber hinwegsetzt, daß § 3 I KO (§ 38 InsO) die Aussage, daß Gläubiger, die »einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben«, *Insolvenzgläubiger* sind, absichtlich⁸ nicht davon abhängig macht, daß der Gläubiger diesen Anspruch im Verfahren auch wirklich geltend macht. Auch § 26 Satz 2 KO (§ 103 II 1 InsO) stellt diese Voraussetzung nicht auf. HENCKELS Gründe, dies in den Fällen des § 17 KO (§ 103 InsO) dennoch zu tun, klingen an in den beiden Sätzen: »Meldet er (nämlich der Vertragspartner seine »Schadensersatzforderung«) ... nicht an, so behält er seinen ursprünglichen Vertragsanspruch gegen den Gemeinschuldner. Dann kann er nicht gleichzeitig Konkursgläubiger sein«⁹. Der erste dieser beiden Sätze stimmt mit der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung überein¹⁰. Für unzutreffend halte ich jedoch den zweiten:

12.10 Es ist einfach nicht einzusehen, weshalb der Umstand, daß der Vertragspartner des Schuldners seinen Erfüllungsanspruch behält, wenn er nicht am Verfahren teilnimmt, die Annahme rechtfertigen soll, daß der Vertragspartner in diesem Fall nicht Insolvenzgläubiger sei. Für den Fall, daß der Vertragspartner seinerseits bereits vollständig erfüllt hat, wird niemand bestreiten wollen, daß der Vertragspartner selbst dann Insolvenzgläubiger ist und als solcher von einem etwaigen Zwangsvergleich oder Insolvenzplan betroffen wird, wenn er sich nicht am Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren beteiligt hat und deshalb an sich – d. h. wenn es nicht zum Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan gekommen wäre – seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch behalten hätte. Warum soll das anders sein, wenn der Vertragspartner auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt und der Verwalter die weitere Erfüllung des Vertrages abgelehnt hat? Völlig zu Recht¹¹ hat HENCKEL es doch auch für diesen Fall vermieden, der Erfüllungsablehnung des Verwalters im Hinblick auf die Rechte des Gegners mehr Wirkungen zuzuschrei-

7 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 212 (im wesentlichen übereinstimmend HENCKEL ZZP 99 [1986] 419, 439); ebenso schon früher OETKER, Grundbegriffe Bd. I S. 229; vgl. auch KAATZ S. 34 ff.

8 MOTIVE zur KO S. 26 = HAHN Bd. IV S. 53/54.

9 JAEGER/HENCKEL a. a. O. Weitere Vertreter der Ansicht, daß der *Erfüllungsanspruch* im Fall des § 17 KO (§ 103 InsO) nicht *Konkursforderung* (Insolvenzforderung) sein könne, sind o. Rn. 5.6 Fn. 21 zitiert. Ablehnende Stellungnahme dazu o. Rn. 5.14 ff., 5.31 ff.

10 Vgl. o. Rn. 3.35–3.58.

11 Vgl. o. Rn. 3.35 ff.

ben als die, daß es nunmehr »bei der normalen konkursrechtlichen Folge« bleibt, »daß der Vertragspartner mit seiner schuldrechtlichen Forderung Konkursgläubiger ist«¹². An einer Stelle seiner Kommentierung scheint er sogar davon auszugehen, daß der Vertragspartner einen auf eine Sachleistung gerichteten *Erfüllungsanspruch* zur Konkurstabelle anmelden kann, wenn er die sich aus § 69 KO (§ 45 InsO) ergebende Beschränkung beachtet und von dem aufgrund dieser Bestimmung errechneten Geldanspruch den Wert seinerseits noch nicht erbrachten Gegenleistung abzieht¹³. Hiermit ist aber die These unvereinbar, daß der Vertragspartner nicht Konkursgläubiger i. S. der §§ 3 I, 193 Satz 1 KO (bzw. nicht Insolvenzgläubiger i. S. der §§ 38, 217, 254 I 1, 3 InsO) sei, solange er gegenüber dem Schuldner noch seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch habe (den er nach Ansicht von HENCKEL erst durch Konkursteilnahme mit einer *Schadensersatzforderung* verliert¹⁴).

Auch von der Interessenlage her besteht kein Grund, innerhalb der Frage, ob der nicht zu einem Massegläubiger »aufgestiegene« (§ 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO / § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) Vertragspartner auch dann vom Insolvenzplan betroffen wird, wenn er nicht am Insolvenzverfahren teilgenommen hat, danach zu differenzieren, ob er den Vertrag seinerseits schon vollständig erfüllt hat oder nicht¹⁵: Wenn der sich passiv verhaltende Vertragspartner im ersten Fall vom Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan betroffen wird (unstr.), kann auch im zweiten Fall nicht fraglich sein, daß er vom Vergleich bzw. vom Plan betroffen wird (soll etwa eine seinerseits noch nicht gezahlte letzte Mark schon über das »Ob« entscheiden?¹⁶), sondern nur, wie sich diese Betroffenheit auswirkt.

Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß für das *konkursabwendende* Vergleichsverfahren nach der *VerglO* durch die §§ 25 I, 36 I *VerglO* positivrechtlich entschieden sei, daß ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem gegenseitigen Vertrag beruht, vom Vergleich grundsätzlich¹⁷ nur dann betroffen werde, wenn er den Vertrag seinerseits bereits vollständig erfüllt habe. Denn selbst wenn diese Wertung der *VerglO* in der Sache gerechtfertigt wäre¹⁸, käme man nicht daran vorbei, daß

12 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 115; vgl. auch a. a. O. Rn. 149.

13 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 115 (dazu schon o. Rn. 5.43). Anders aber ders. a. a. O. Rn. 162: »Verlangt der Konkursverwalter nicht Erfüllung, so kann der Vertragspartner gegenüber der Masse nur seinen *Schadensersatzanspruch* wegen Nichterfüllung als Konkursgläubiger geltend machen (§ 26). Der Masse gegenüber hat er von der Konkursöffnung an nur diesen Anspruch« (Hervorhebung von mir).

14 JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 161.

15 Insoweit zutreffend PLÜNDER S. 80.

16 Vgl. in anderem Zusammenhang auch o. Rn. 9.89 Fn. 249 (dort zur Frage eines Rückgewähranspruchs der Masse) und u. Rn. 12.28, 12.35.

17 Vgl. aber § 36 II, III *VerglO*.

18 In Wirklichkeit ist sie es *nicht* und § 36 I *VerglO* wegen Verstoßes gegen Art. 3 I GG null und nichtig. So schon MAROTZKE, *Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich*, 1985, § 13 II, III (in überarbeiteter Fassung nunmehr u. Rn. 13.9 ff., 13.37 ff.); ders. ZZZ 101 (1988) 472, 476 f. und in Leipold (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Umbruch*, 1991, S. 183–185; a. M. HELLMANN KTS 1986, 537 (weil § 36 I *VerglO* Gewohnheitsrecht enthalte und »als solches ... von Art. 3 I GG nicht berührt« werde); HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419, 440 f.,

gerade für das konkursabwendende Vergleichsverfahren durch die §§ 52 I 2, 82 I VerglO gewährleistet ist, daß der Vertragspartner des Schuldners vom Vergleich auf jeden Fall betroffen wird, wenn der Schuldner die Erfüllung des Vertrages nach § 50 VerglO wirksam abgelehnt hat. Für das *neue* Insolvenzrecht verbietet sich ein Rückgriff auf die Wertung des § 36 I VerglO im übrigen auch deshalb, weil diese Vorschrift weder ausdrücklich noch sinngemäß in die InsO übernommen wurde.

b) Schutz des Synallagma

- 12.13** Nachdem sich ergeben hat, daß ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem dem § 103 InsO unterliegenden Vertrag beruht, bei Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters *ohne weiteres* Insolvenzgläubiger und als solcher *ohne weiteres* von den Wirkungen eines gerichtlich bestätigten Insolvenzplans betroffen wird¹⁹, ist nun der Frage nachzugehen, ob und wie dieser Gläubiger verhindern kann, daß er die seinerseits noch ausstehende Leistung vollständig erbringen muß und im Gegenzug dennoch nur die Rate erhält, die im Insolvenzplan vorgesehen ist.
- 12.14** Die Vertreter der (ganz herrschenden) Meinung, daß schon die Verfahrenseröffnung als solche²⁰, spätestens jedoch die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters²¹ das Vertragsverhältnis derart umgestalte, daß die beiderseitigen Erfüllungsansprüche endgültig erlöschen und dem Vertragspartner des Schuldners eine Insolvenzforderung auf Ersatz seines etwaigen Differenzschadens erwachse, haben insoweit keine Probleme: ein Erfüllungsanspruch des Insolvenzschuldners besteht nach dieser Theorie ja nun nicht mehr.
- 12.15** Folgt man hingegen der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht, daß weder die Verfahrenseröffnung als solche noch die Erfüllungsablehnung des Verwalters eine derartige Gestaltungswirkung hat²², so kann es vor allem dann, wenn sich der Vertragspartner nicht aktiv am Verfahren beteiligt, vorkommen, daß er und der Schuldner einander trotz der Erfüllungsablehnung des Verwalters zur Erfüllung (!) verpflichtet bleiben²³. Im Falle eines Insolvenzplans scheint dies auf den ersten Blick dazu zu führen, daß der Schuldner von seinem Vertragspartner nach Verfahrensbeendigung die *volle* noch ausstehende Leistung verlangen und dessen Gegenforderung mit der im Insolvenzplan vorgesehenen Quote abspesen kann.

443 f. und – jedoch nicht bezüglich meiner inhaltlichen Kritik an § 36 I VerglO, sondern nur hinsichtlich der Nichtigkeitsfolge – KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetz, 1997, VerglO § 36 Anm. 1.

19 Vgl. Rn. 12.7 ff.

20 Vgl. o. Rn. 3.42 ff.

21 Vgl. o. Rn. 3.2.

22 Vgl. o. Rn. 3.5–3.58 und Rn. 5.14 ff., 5.31 ff.

23 Vgl. o. Rn. 3.40 a. E. Für möglich hält dies evtl. auch BRANDES, damals noch Vorsitzender des Konkursenats des BGH, in: Prütting (Hrsg.) RWS-Forum 9, 1997, S. 1, 10. Ebenso wohl KREFT, gegenwärtiger Vorsitzender des Insolvenzrechtssenats des BGH, o. Rn. 3.58 Fn. 179.

Auf den zweiten Blick zeigt sich jedoch, daß die Lage des Vertragspartners so schlecht gar nicht ist. Denn nicht nur die im Verfahren angemeldeten und festgestellten, sondern auch die nicht angemeldeten Insolvenzforderungen unterliegen den Wirkungen des Insolvenzplans nicht etwa in ihrer ursprünglichen Gestalt, sondern nur mit dem Inhalt, mit dem sie als *Insolvenzforderungen* geltend gemacht werden konnten. Auch unangemeldet gebliebene Insolvenzforderungen können also dann, wenn sie von einem Insolvenzplan betroffen werden, nur noch auf einen bestimmten Geldbetrag gerichtet werden (vgl. § 69 KO bzw. § 45 InsO)²⁴. Hatte z. B. der Schuldner seinem Vertragspartner Getreide im Wert von 1.200 DM zum Preise von 900 DM verkauft und sind beiderseits noch keine Leistungen erfolgt, so kann der Vertragspartner im Falle eines Insolvenzplans, der alle betroffenen Forderungen auf ein Drittel reduziere, nicht etwa die Lieferung eines Drittels der vereinbarten Getreidemenge, sondern nur die Zahlung von 400 DM verlangen. Allerdings steht diesem Anspruch eine Gegenforderung des Schuldners von 900 DM gegenüber. Ob der Schuldner überhaupt berechtigt ist, diese Gegenforderung bei gleichzeitiger Verweisung des Vertragspartners auf die im Insolvenzplan vorgesehene Rate unbeschränkt geltend zu machen, sei hier zunächst dahingestellt. Selbst wenn es so wäre²⁵, hätte dem Vertragspartner in einem Fall wie diesem nach *bisherigem* Recht – also wenn man die Geltung der *KO* unterstellt²⁶ und sich statt eines Insolvenzplans nach §§ 217 ff. InsO einen Zwangsvergleich nach §§ 173 ff. denkt – geholfen werden können, und zwar durch eine Anwendung des für das konkursabwendende Vergleichsverfahren in § 54 Satz 2 VergIO ausdrücklich normierten, aber auch für den konkursbeendenden Zwangsvergleich allgemein anerkannten²⁷ Rechtssatzes, daß die Wirkungen des Vergleichs bereits entstandene Aufrechnungsbefugnisse der Gläubiger nicht zu schmälern vermögen. In dem gebildeten Beispiel bedeutet dies, daß der Vertragspartner des Schuldners nicht nur mit seiner durch den Zwangsvergleich auf 400 DM reduzierten, sondern mit seiner *vollen* Schätzwertforderung (§§ 54 IV, 69 KO) von 1.200 DM gegen den Kaufpreisanspruch des Gemeinschuldners aufrechnen kann und den Wirkungen des Zwangsvergleichs dann nur noch mit der ihm verbleibenden Restforderung von 300 DM unterliegt (die durch den Vergleich auf 100 DM reduziert würde).

Etwas schwieriger wird es freilich, wenn man den bei Rn. 12.16 gebildeten Fall in den zeitlichen Geltungsbereich des *neuen* Insolvenzrechts versetzt oder ihn dahin verändert, daß nicht der Schuldner, sondern sein Vertragspartner die Rolle des Verkäufers innehat. Da nach §§ 54 IV, 69 KO zwar eine Forderung des Gläubigers,

24 Ebenso – jeweils noch zur *KO* – OLG Königsberg SeuffA 61, 342 f. = Recht 1906, 312 Nr. 801; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 193 Anm. 1; v. WILMOWSKI/KURLBAUM KO⁶ § 193 Anm. 3; GRIMM S. 81 mit Fn. 55; vgl. auch JAEGER/WEBER KO⁸ § 193 Rn. 3 und TISCHBEIN S. 94 f. (die aber Ausnahmen für denkbar halten); a. M. PETERSEN/KLEINFELLER KO § 193 Anm. 1 m. w. N. in Fn. 2.

25 Dazu sogleich Rn. 12.17 f.

26 Zum *neuen* Insolvenzrecht vgl. sogleich Rn. 12.17.

27 RGZ 80, 407 ff.; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 193 Anm. 2 c; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 193 Rn. 7; JAEGER KO⁸ § 193 Rn. 8 (WEBER), § 53 Rn. 30 ff. (LENT; hier auch Nachweise zu der heute nicht mehr vertretenen Gegenansicht).

nicht aber auch eine solche des Schuldners zum Zwecke der Aufrechnung auf einen Geldbetrag umgestellt werden kann und da das *neue* Insolvenzrecht *sogar auch im erstgenannten Fall* die Forderungsumstellung ausschließt (natürlich nur in Ansehung der Aufrechnung²⁸), scheidet der bei Rn. 12.16 vorgeschlagene Lösungsweg hier an der Ungleichartigkeit der einander gegenüberstehenden Forderungen. Jedoch hilft dem Vertragspartner auch²⁹ hier der Grundsatz, daß der Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan die nicht angemeldeten wie die angemeldeten Insolvenzforderungen in *der* Gestalt erfaßt, in der sie zur Tabelle hätten angemeldet werden *können*. Unter Berücksichtigung des dem Vertragspartner zustehenden³⁰ Rechts, das Vertragsverhältnis durch Verfahrensteilnahme mit dem um den Wert der selbst noch nicht erbrachten Leistung³¹ geminderten Erfüllungsanspruch in eine einseitige Differenzforderung aufzulösen (wenn der Insolvenzverwalter nicht die Erfüllung des Vertrages wählt), ergibt sich aus diesem Grundsatz, daß der Vertragspartner, der am Verfahren nicht teilgenommen hat, den Inhalt seiner vom Insolvenzplan betroffenen Forderung durch eine nachträgliche Ausübung des ihm als Insolvenzgläubiger zustehenden Wahlrechts³² zwischen Austausch- und Differenzmethode in einer Weise festlegen kann, die ihm die Zumutung erspart, die seinerseits noch rückständige Leistung trotz des Umstands vollständig erbringen zu müssen, daß er selbst nur die im Insolvenzplan festgelegte Quote beanspruchen kann.

- 12.18** Allerdings setzt eine Auflösung des Vertragsverhältnisses in eine Differenzforderung des Vertragspartners voraus, daß die Forderung des Insolvenzschuldners die minderwertigere war (genauer: daß die durch deren Nichterfüllung ersparten Aufwendungen des Vertragspartners den Wert seiner Gegenforderung nicht erreichen³³). Andernfalls – also auch in dem vorhin gebildeten Beispiel³⁴ – wäre der Vertragspartner während des Insolvenzverfahrens gar nicht in der Lage gewesen, eine (begründete!) Differenzforderung anzumelden; der in der Anmeldung und Weiterverfolgung solch einer Differenzforderung liegende Weg, den Erfüllungsanspruch des Insolvenzschuldners endgültig zum Erlöschen zu bringen³⁵, wäre ihm hier also verwehrt. Das bedeutet aber nicht, daß der Insolvenzschuldner seinen Erfüllungsanspruch gegen den Vertragspartner auch dann unbeschränkt zurück-erwirbt, wenn das Insolvenzverfahren nicht wegen Verteilung der Masse, sondern nach Abschluß und gerichtlicher Bestätigung eines Insolvenzplans aufgehoben wird³⁶. »Unbeschränkt« gegen den Schuldner geltend machen (§ 201 I InsO) kann

28 Vgl. § 95 I 1, 2 InsO.

29 Vgl. im übrigen schon Rn. 12.16.

30 Vgl. Rn. 3.39 f., 5.34 ff., 5.40 ff.

31 Genauer o. Rn. 5.44.

32 Vgl. o. Rn. 5.40 ff., 5.50 ff.

33 Vgl. o. Rn. 5.43 f.

34 Der Vertragspartner hatte dem Schuldner Getreide im Werte von 1.200 DM zum Preis von 900 DM verkauft.

35 Vgl. o. Rn. 3.39 f., 5.94 Fn. 329.

36 So aber – noch zum Konkursrecht – HENCKEL Z郑 99 (1986) 419, 439. Vgl. dazu u. Rn. 12.26 ff.

der Vertragspartner seinen Erfüllungsanspruch nur im *ersten* Fall; im *zweiten* hingegen unterliegt er gem. § 254 I 1, 3 InsO unentrinnbar den Wirkungen des Insolvenzplans. Ebenso wie *im* Insolvenzverfahren ist er auch *nach* Zustandekommen eines Insolvenzplans und anschließender Verfahrensbeendigung auf einen meist nur geringen Prozentsatz vom Wert seines ursprünglichen Erfüllungsanspruchs beschränkt. Diese durch den Insolvenzplan bewirkte Perpetuierung einiger der wichtigsten Verfahrenselemente erfordert es, den Vertragspartner in dem Fall, daß das Verfahren nicht auf »normalem« Weg beendet, sondern nach Abschluß und rechtskräftiger Bestätigung eines Insolvenzplans aufgehoben wird, gegenüber einem etwaigen Erfüllungsverlangen des Schuldners den gleichen Schutz zuteil werden zu lassen, den er genießen würde, wenn das Verfahren noch andauern und der Erfüllungsanspruch des Schuldners von einem Insolvenzverwalter ausgeübt würde. Und da in diesem Fall der Verwalter wegen seiner früheren Erfüllungsablehnung nicht mehr auf der Erfüllung des Vertrages bestehen könnte³⁷, steht dieses Recht nun auch dem Insolvenzschuldner nicht mehr zu. Im Fall eines Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans³⁸ reicht die Bindung des Schuldners an die Erfüllungsablehnung des Verwalters also auch dann über das Verfahrensende hinaus, wenn sich der Vertragspartner weder am Verfahren beteiligt noch auf sonstige Weise³⁹ von seiner Erfüllungspflicht befreit hat⁴⁰.

3. Unterlassene Wahlrechtsausübung des Verwalters

a) Lösung des Falles

Eine das Verfahrensende überdauernde Bindung des Schuldners an eine Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters setzt voraus, daß der Verwalter die Erfüllung des Vertrages tatsächlich ablehnt oder auf eine nach § 103 II 2 InsO erfolgte Anfrage des Vertragspartners nicht unverzüglich geantwortet hat. Hat der Verwalter sein Wahlrecht hingegen weder ausgeübt noch nach § 103 II 3 InsO verwirkt, so kann der Schuldner nach rechtskräftiger Bestätigung des Insolvenzplans und anschließender Aufhebung des Verfahrens jedenfalls dann⁴¹ wieder auf der Erfüllung⁴² des Vertrages bestehen, wenn der Partner weder eine Insolvenzforderung angemeldet⁴³ noch sich auf sonstige Weise⁴⁴ seiner Leistungspflicht

37 Dies ergibt eine analoge Anwendung des § 103 II 3 InsO; s. o. Rn. 3.37 Fn. 114.

38 Und zwar *nur* in diesem Fall; ansonsten gilt das o. Rn. 3.38 ff. Ausgeführte (str.).

39 Z. B. nach §§ 325 ff. BGB. Vgl. dazu o. Rn. 5.76 ff.

40 A. M. PETERSEN/KLEINFELLER KO § 193 Anm. 6 und – wohl als Konsequenz seiner o. Rn. 3.37 (Fn. 114, 116), 8.5 erwähnten These eines *sogar dem Verwalter selbst* zustehenden *ius variandi* – HENCKEL ZJP 99 (1986) 419, 439. Vgl. zu der Ansicht von HENCKEL auch u. Rn. 12.26 ff.

41 Vgl. o. Rn. 3.40 a. E.

42 A. M. wohl nur GRIMM S. 81 f.; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 38.

43 Zu der Frage, ob er das überhaupt kann, bevor der Verwalter sein Wahlrecht im negativen Sinne ausgeübt oder verwirkt hat, s. o. Rn. 5.1 ff., 5.10 ff.

44 Vgl. Fn. 39.

entledigt hat. Wird der Vertragspartner auch in diesem Fall von den Wirkungen des Insolvenzplans betroffen?

- 12.20** Für den konkursbeendenden Zwangsvergleich wird diese Frage meist verneint⁴⁵. Die Vertreter der verneinenden Auffassung gehen zu Recht⁴⁶ davon aus, daß der Vertragspartner zur Zeit des Vergleichsschlusses (künftig: des Zustandekommens des Insolvenzplans) noch seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch habe (es sei denn, dem Schuldner wäre die Erfüllung schon endgültig⁴⁷ unmöglich geworden). Jedoch meinen sie, daß der Erfüllungsanspruch als solcher niemals *Insolvenzforderung* sein⁴⁸ und deshalb (§ 193 Satz 1 KO, §§ 217, 254 I 1, 3 InsO) auch den Wirkungen des Zwangsvergleichs (Insolvenzplans) nicht unterliegen könne. In diesem Zusammenhang beruft man sich gern auf die bei Rn. 5.6 wörtlich wiedergegebene Begründung, die JAEGER für diese These angeführt hat. Diese Begründung ist ersichtlich von dem Bestreben getragen, dem Vertragspartner für den Fall, daß die beiderseitigen Erfüllungsansprüche zur Zeit des Vergleichsschlusses noch bestehen, die Zumutung zu ersparen, auf die es hinauslaufen würde, wenn er seinerseits noch voll erfüllen, sich selbst aber mit der Vergleichsrate begnügen müßte. Wie für den Fall, daß der Verwalter die Erfüllung des Vertrages abgelehnt hat, ausführlich dargelegt worden ist⁴⁹, läßt sich dieses durchaus billigen swerte Ziel aber auch dann verwirklichen, wenn man in Übereinstimmung mit §§ 3 I, 26 Satz 2 KO bzw. §§ 38, 103 II 1 InsO daran festhält, daß der Erfüllungsanspruch des

45 Vgl. OLG Königsberg SeuffA 61, 342 ff. = Recht 1906, 311 Nr. 797; OLG Dresden Ann-SächsOLG 32, 92 ff.; BAPPERT/MAUNZ/SCHRICKER, Verlagsrecht² VerlagsG § 36 Rn. 10 (im letzten Absatz, der übrigens in die nur noch von SCHRICKER bearbeitete 3. Aufl. nicht übernommen wurde); BENDIX JW 1930, 1360 f. ad III; BLEYER KO § 17 Anm. 8; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER KO¹² § 17 Anm. 9 (unklar KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 17 Rn. 9); DATHE S. 37 f.; HAEGELE/HESS Teil A Rn. 176 (mit unzutreffender Berufung auf RGZ 115, 271); JAEGER KO⁸ § 17 Rn. 55 (LENT), § 193 Rn. 10 (WEBER); MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK KO⁹ § 17 Rn. 38 (zum Standpunkt der 11. Aufl. vgl. sogleich unter »a. M.« und o. Fn. 42); OFFTERMATT S. 22 f.; RINTELEN ZHR 61 (1908) 147, 190; SANDROCK S. 129; STAUB/HEINICHEN HGB § 382 Anhang Rn. 95; WILLENBÜCHER/GÜNTHER KO § 17 Rn. 6; v. WILMOWSKI KO⁵ § 178 Anm. 1 S. 463; Th. WOLFF KO § 17 Anm. 2; vgl. auch Kgl. Ober-Tribunal, Striethorst's Archiv Bd. 50 (1864) 209 ff. (zur *preußischen* KO); **a. M. für den Fall, daß sich der Vertragspartner mit seiner »Schadensersatzforderung« am Verfahren beteiligt hat:** JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 209 ff. (dazu schon o. Rn. 12.8 ff.); vgl. auch KAATZ S. 34 f.; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 17 Anm. 9; OETKER, Grundbegriffe Bd. I S. 229; **ohne Beschränkung auf diesen Fall a. M.** ROHG 25, 292, 296 ff.; RG Bolze 2 Nr. 1999 (jeweils noch zur *preußischen* KO); GRIMM S. 82; PLETZSCH S. 107; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 17 Rn. 38; KEPPLINGER S. 105 f.; wohl auch SEUFFERT S. 190; v. WILMOWSKI/KURLBAUM KO⁶ § 193 Anm. 4.

46 Das meint selbst BRANDES, damals noch Vorsitzender des Konkursenats des BGH, in teleologischer Reduktion seiner o. Rn. 3.42 ff., 4.77 ff. kritisierten Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie. Vgl. seine Bemerkungen in Prütting (Hrsg.), RWS-Forum 9, 1997, S. 1, 10. Ebenso wohl KREFT, *gegenwärtig* Vorsitzender des Insolvenzrechtssenats des BGH, o. Rn. 3.58 Fn. 179.

47 Dazu o. Rn. 5.77 ff., 8.26 ff.

48 Dagegen schon o. Rn. 5.1 ff., 5.14 ff., 5.31 ff.

49 Vgl. o. Rn. 12.13 ff.

Vertragspartners – den dieser trotz der Verfahrenseröffnung und der Erfüllungsablehnung des Verwalters nicht ohne weiteres verliert⁵⁰ (anders die h. M.⁵¹) – vom Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung an⁵² *Insolvenzforderung* ist und als solche (d. h. vorbehaltlich einer nach § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO eintretenden Änderung dieser insolvenzrechtlichen Klassifikation) ohne weiteres den Wirkungen des Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans unterliegt (§§ 193 Satz 1 KO, 217, 254 I 1, 3 InsO). Einer gewissen »Hilfe« bedurfte der Vertragspartner in diesem bei Rn. 12.13 ff. erörterten Fall nur, wenn er wegen des Wertverhältnisses der beiderseits noch ausstehenden Leistungen nicht in der Lage war, das Vertragsverhältnis durch Anmelden und Weiterverfolgen einer (positiven) Differenzforderung auf eine solche zu reduzieren: Im Hinblick auf diese besondere Situation – aber ohne Beschränkung auf sie – wurde bei Rn. 12.18 vorgeschlagen, dem Vertragspartner dann, wenn das Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren nach Abschluß und rechtskräftiger Bestätigung eines Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans aufgehoben wird, gegenüber einem etwaigen Erfüllungsverlangen des Schuldners den gleichen Schutz zuteil werden zu lassen, der ihm zustünde, wenn das Verfahren noch andauern und die Erfüllung nicht vom Schuldner, sondern vom Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter verlangt würde.

Wenn der Verwalter die Erfüllung bereits abgelehnt oder auf eine Anfrage des Vertragspartners nicht unverzüglich geantwortet hat, führt der bei Rn. 12.20 a. E. erwähnte Vorschlag dazu, nun auch dem Schuldner das Recht, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen, analog § 17 II 2 KO bzw. § 103 II 3 InsO zu versagen. **12.21**

Für diese »glatte« Lösung ist allerdings kein Raum, wenn der Verwalter das ihm nach § 17 KO bzw. § 103 InsO zustehende Wahlrecht nicht ausgeübt hat und zur Ausübung auch nicht aufgefordert worden ist. Jedoch gilt auch⁵³ hier der Satz, daß die durch den Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan bewirkte Perpetuierung der – andernfalls auf die Dauer des Verfahrens beschränkten (§ 164 I KO / § 201 I InsO) – verfahrenstechnischen Deformation des *Erfüllungsanspruchs* des Vertragspartners zu einem Anspruch auf die *Quote* eine Perpetuierung auch der Mechanismen erfordert, durch welche die KO bzw. die InsO den Vertragspartner für den Fall schützt, daß *er* zur Erfüllung des Vertrages aufgefordert wird. Ebenso wie ein *während* des Verfahrens erklärtes Erfüllungsverlangen des *Verwalters*⁵⁴ muß deshalb *im Falle des Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans* auch ein *nach Abschluß des Verfahrens* erklärtes Erfüllungsverlangen des *Schuldners* zur Folge haben, daß die Gegenforderung des Vertragspartners den Wirkungen des Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans entzogen wird^{54a}. **12.22**

50 Vgl. o. Rn. 3.5–3.58.

51 Vgl. o. Rn. 3.2, 3.42 ff.

52 Vgl. o. Rn. 5.1 ff., 12.7 ff.

53 Vgl. schon o. Rn. 12.18.

54 Vgl. §§ 17 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1, 193 Satz 1 KO bzw. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1, 217, 254 I 1, 3 InsO und o. Rn. 12.6.

54a Zust. KEPPLINGER S. 106 f.

- 12.23** Diese Lösung ist nicht unvereinbar mit § 181 Satz 3 KO, der jedes »Abkommen« des Gemeinschuldners mit einzelnen Konkursgläubigern, durch das diese gegenüber anderen Konkursgläubigern ohne deren ausdrückliche Einwilligung bevorzugt werden sollen, für nichtig erklärt. Denn nach allgemeiner Auffassung⁵⁵ ist diese Bestimmung auf Abkommen, die erst *nach* dem Zwangsvergleich geschlossen werden, grundsätzlich⁵⁶ nicht anzuwenden. Entsprechendes muß in bezug auf die im wesentlichen inhaltsgleiche Nachfolgebestimmung des § 226 III InsO gelten. Selbst wenn man die nach Aufhebung des Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens abgegebene Erklärung des Schuldners, daß er die Erfüllung des Vertrages verlange, hinsichtlich der ihr bei Rn. 12.22 zgedachten, den Vertragspartner gegenüber den übrigen Insolvenzgläubigern bevorzugenden Wirkung einem »Abkommen« i. S. des § 181 Satz 3 KO bzw. § 226 III InsO gleichstellte⁵⁷, würde das also nur in Ausnahmefällen⁵⁸ zu der durch diese Bestimmung verhängten Nichtigkeitsfolge führen.
- 12.24** Steht somit der Annahme nichts entgegen, daß das nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens erklärte Erfüllungsverlangen des Schuldners analog §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zur Folge hat, daß der Vertragspartner in Ansehung des Insolvenzplans – und zwar *nur* insoweit!⁵⁹ – wie ein Massegläubiger zu behandeln ist, so ist es nur konsequent, entsprechend § 103 II 2, 3 InsO auch anzuerkennen, daß der Schuldner seinem Vertragspartner im Falle des Insolvenzplans auf Anfrage unverzüglich nach Aufhebung des Verfahrens erklären muß, ob er die Erfüllung des Vertrages verlangen und dafür auch selbst (vollständig) erfüllen will, und daß er das Recht, auf der Erfüllung zu bestehen, verliert, wenn er die Anfrage des Vertragspartners

55 RGZ 61, 296 ff.; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO¹⁷ § 181 Anm. 5 und VerglO § 8 Anm. 7; JAEGER/WEBER KO⁸ § 181 Rn. 9; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 181 Rn. 12; vgl. auch BGH NJW 1972, 496 = KTS 1972, 97, 100 (zu § 8 III VerglO).

56 Ausnahmen gelten, wenn das spätere Sonderabkommen in der Absicht getroffen wird, ein bereits vor dem Zwangsvergleich wesentlich unwirksam getroffenes oder in Aussicht gestelltes Abkommen zu bestätigen; vgl. die in Fn. 55 Genannten.

57 Vgl. dazu auch Rn. 13.92 ff. (zu dem rechtsähnlichen § 8 III VerglO).

58 Zu ihnen Fn. 56.

59 Also nicht auch im Rahmen eines nach §§ 198 ff. KO wiederaufgenommenen bzw. wiederholten Konkursverfahrens bzw. eines neuen (s. §§ 255 II, 262 InsO) Insolvenzverfahrens. Denn der Schuldner kann zwar sich selbst, nicht aber auch seinen Insolvenzverwalter verpflichten, eine Verbindlichkeit, die an sich (§§ 3 I, 26 Satz 2 KO/§§ 38, 103 II 1 InsO) Insolvenzforderung ist, wie eine Masseverbindlichkeit zu behandeln (zu einer durch § 279 Satz 1 InsO ermöglichten Ausnahme s. u. Rn. 13.103 ff. mit Fn. 209 f.). Ebenso wenig erkennt man solch eine Bindung des Verwalters ja auch in dem (vergleichbaren) Fall an, daß es sich um einen Anschlußkonkurs (§§ 102 ff. VerglO) handelt und der Schuldner sich in dem vorangegangenen Vergleichsverfahren nicht gegen (§§ 50, 52 I VerglO), sondern für (§ 36 I VerglO) die Erfüllung des Vertrages entschieden hatte (vgl. z. B. BGHZ 23, 307, 317 f.; 83, 359, 365, wo nicht einmal dem Vergleichsverwalter die Rechtsmacht zugestanden wurde, der Entscheidung des späteren Konkursverwalters – insoweit bestand übrigens Personenidentität – durch Begründung einer Masseschuld vorzugreifen; ebenso BGHZ 97, 87, 89 ff. [= JZ 1986, 691 ff. m. Anm. HENCKEL] hinsichtlich des gem. § 106 KO bestellten und mit dem späteren Konkursverwalter identischen Sequesters [vgl. aber jetzt § 55 II InsO und u. Rn. 14.72 ff.]). – Einen hier nicht interessierenden Sonderfall regelte § 106 VerglO.

nicht unverzüglich beantwortet^{59a}. Im letzteren Falle, dem der einer ausdrücklichen Erfüllungsablehnung gleichsteht (Rn. 3.37), kann auch der in einem *neuen*⁶⁰ Insolvenzverfahren bestellte Verwalter nicht mehr auf Vertragserfüllung bestehen. Denn die §§ 80 I, 103 I InsO gewähren dem Verwalter keinen eigenen Erfüllungsanspruch, sondern sie ermöglichen ihm nur die Ausübung der Rechte, die ohne das (neue) Insolvenzverfahren dem Schuldner zustünden⁶¹.

b) Alternativen

Der weit verbreiteten These, der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners könne nicht Insolvenzforderung sein und deshalb nicht den Wirkungen des Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans unterliegen⁶², wurde hier die These entgegengesetzt, daß der Erfüllungsanspruch vom Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung an Insolvenzforderung ist und somit von den Vergleichs- bzw. Insolvenzplanwirkungen nur dann verschont bleibt, wenn die entsprechende Verpflichtung des Schuldners durch ein Erfüllungsverlangen des Verwalters in eine Masseverbindlichkeit verwandelt worden ist oder wegen eines nach Verfahrensende erklärten Erfüllungsverlangens des Schuldners »wie« eine solche behandelt werden muß⁶³. 12.25

Einen weiteren Lösungsweg hat HENCKEL zur Diskussion gestellt. HENCKEL schlägt vor, die Weichenstellung nach Verfahrensende nicht allein von einer analog §§ 17 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu treffenden Willensentscheidung des Schuldners, sondern in erster Linie von einem Wertvergleich der beiderseits noch nicht erbrachten Leistungen abhängig zu machen. Im einzelnen will er folgendermaßen differenzieren⁶⁴: 12.26

Seien die beiderseits noch nicht erbrachten Leistungen *gleichwertig* oder sei die noch nicht erbrachte Leistung des Vertragspartners *wertvoller* als die des Schuldners, so verliere der Schuldner nichts, wenn man sich auf den Standpunkt stelle, daß der Vertrag ohne Rücksicht auf den Zwangsvergleich (Insolvenzplan) erfüllt werden müsse. Und der Vertragspartner gewinne nichts, was ihn besser stellen könnte als einen vom Zwangsvergleich (Insolvenzplan) *betroffenen* Gläubiger. In diesen Fällen könnten deshalb trotz des Zwangsvergleichs (Insolvenzplans) »beide Teile« nach Verfahrensende wieder »Erfüllung verlangen«; selbst eine vor- 12.27

59 a Zust. KEPLINGER S. 106 f.

60 Vgl. §§ 255 II, 262 InsO und o. Fn. 59.

61 Zust. KEPLINGER S. 106 f. Vgl. auch o. Rn. 4.10 ff. und – zu den entsprechenden Fragen im Anschlußkonkurs (§ 102 VergIO) und im Insolvenzverfahren nach Wegfall einer Eigenverwaltung – u. Rn. 13.106.

62 Vgl. o. Rn. 12.20.

63 Vgl. o. Rn. 12.22 ff.

64 HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 439 f.; dort jedoch ohne die von mir o. Rn. 12.27 f. hinzugefügten Hinweise auf den »Insolvenzplan« der §§ 217 ff. InsO, die sich mit HENCKELS eigenen rechtspolitischen Vorstellungen zum »Reorganisationsplan« nicht unbedingt decken (vgl. u. Rn. 13.40 [mit Fn. 84] und Rn. 13.44 ff.).

her erklärte Erfüllungsablehnung des Verwalters stehe, entgegen dem o. Rn. 12.18 Ausgeführten, nicht entgegen.

Sei hingegen die Leistung des Schuldners wertvoller als die des Vertragspartners, so stehe es dem Schuldner frei, den Vertrag zu erfüllen und dessen Erfüllung zu verlangen. Denn keine Rechtsnorm verbiete dem Schuldner, seinem Vertragspartner nach der Vergleichsbestätigung (Insolvenzplanbestätigung) mehr zu geben, als diesem nach dem Vergleich (Insolvenzplan) zustehe. Verlange der Vertragspartner Erfüllung und erfülle der Schuldner *nicht*, so könne der Vertragspartner seinen etwaigen Schadensersatzanspruch nur in Höhe der Vergleichsquote geltend machen. Auch »Erfüllung« könne der Vertragspartner verlangen, jedoch müsse er dazu seine Gewinnspanne auf die Vergleichsquote (Insolvenzplanquote) reduzieren.

- 12.28** M. E. ist die o. Rn. 12.20 ff. vertretene analoge Anwendung der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO den Vorschlägen von HENCKEL vorzuziehen⁶⁵. Denn es ist besser, das weitere Schicksal des Vertrages von dem nach Verfahrensbeendigung geäußerten Willen des Schuldners abhängig zu machen, als bereits bei der Frage nach den anwendbaren Rechtsgrundsätzen danach zu differenzieren, welche der beiderseits noch nicht erbrachten Leistungen die wertvollere ist. Die Feststellung des Geldwertes eines nicht in Geld bestehenden Schuldgegenstandes ist oft mit großen Unsicherheiten behaftet. Läßt man zudem das Ergebnis eines *Wertvergleichs* entscheidend sein, so können im Extremfall bloße Pfennigunterschiede den Ausschlag geben. Zusätzliche Komplikationen sind zu befürchten, wenn sich das Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Laufe der Zeit verändert⁶⁶. Auch kann es sein, daß für den Schuldner neben der objektiven Wertrelation der beiderseits noch ausstehenden Leistungen noch andere – wirtschaftlich vernünftige⁶⁷ – Gesichtspunkte von Bedeutung sind, um sich entweder auf den Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan zu berufen oder aber für die *unbeschränkte* Durchführung des Vertrages zu entscheiden. Überwiegende Gründe sprechen deshalb dafür, an der bei Rn. 12.20 ff. vorgeschlagenen Analogie zu §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO festzuhalten und den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners nur dann als nicht vergleichs- bzw. insolvenzplanbetroffen anzusehen, wenn entweder während des Verfahrens der Verwalter⁶⁸ oder nach Verfahrensende der (Verfahrens-)Schuldner mit Rechtsgrund⁶⁹ die Erfüllung des Vertrages verlangt hat.

- 12.29** Unvereinbar ist die hier vertretene Ansicht mit der Behauptung von JAEGER, daß der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners *niemals* Insolvenzforderung sein könne. Dies könnte vielleicht deshalb als bedenklich angesehen werden, weil sich

65 Zust. KEPPLINGER S. 106.

66 Vgl. den Hinweis von HENCKEL ZZZP 99 (1986) 419, 440.

67 Vgl. SCHWÖRER Rn. 196 ff., 258; HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 2.

68 Vgl. o. Rn. 12.6.

69 Z. B. darf nicht der Hinderungsgrund des § 17 II 2 KO bzw. § 103 II 3 InsO vorliegen (s. o. Rn. 12.18).

JAEGER zur Rechtfertigung der eigenen Ansicht (der o. Rn. 5.1 ff., 12.8 ff. mit ausführlicher Begründung widersprochen wurde) auf den »Grundgedanke(n) des § 17 KO« berufen hatte, der darin bestehe, »daß bei einem noch beiderseits unerfüllten Austauschvertrage dem Erfüllungsansprüche des Gegners die Dekkung nicht entzogen werden darf, die in der Möglichkeit einer Zurückhaltung der eigenen Leistung liegt« (s. o. Rn. 5.6). Auf den – mit JAEGERS Interpretation allerdings nicht deckungsgleichen⁷⁰ – »Grundgedanken« der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO darf sich jedoch erst recht die hier vertretene Ansicht berufen, da diese ja sogar auf eine *analoge* Anwendung der genannten Vorschriften hinausläuft (s. Rn. 12.20 ff., 12.28).

Des weiteren meinte JAEGER, daß sogar »das Gesetz« den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners »über das Niveau bloßer Konkursforderungen« erhebe⁷¹. Sollte JAEGER mit »Gesetz« den damaligen § 17 KO (jetzt § 103 InsO) gemeint haben, so wäre ihm entgegenzuhalten, daß diese Vorschrift die von JAEGER behauptete Niveauanhebung weder ausdrücklich noch dem Sinne nach bestimmt⁷². Nicht auszuschließen ist allerdings, daß JAEGER bei seiner Formulierung, daß »das Gesetz« den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners über das Niveau bloßer Konkursforderungen hinaushebe⁷³, seit Ende 1916⁷⁴ weniger an die §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) als vielmehr an den mit seiner Ansicht weitaus besser harmonisierenden § 13 I Nr. 2 der GeschäftsaufsichtsVO vom 14. 12. 1916⁷⁵

12.30

70 S. o. Rn. 2.6 ff., 2.73 ff., 2.76 ff., 5.7.

71 Vgl. o. Rn. 5.6.

72 Vgl. auch die – allerdings zu § 30 Nr. 1 Fall 2 KO ergangene – Entscheidung des BGH in WM 1984, 265 f. (Hervorhebungen von mir): »Auch die Forderung gegen den Gemeinschuldner aus einem noch nicht erfüllten gegenseitigen Vertrag wird nach § 3 I KO mit der Eröffnung des Konkurses eine Konkursforderung . . . Aus § 17 KO läßt sich Gegenteiliges nicht herleiten. Daß der Konkursverwalter Erfüllung des Vertrages verlangen kann und danach den noch nicht erfüllten Anspruch des Vertragspartners des Gemeinschuldners als Masseforderung (§ 59 I Nr. 2 KO) befriedigen muß, ändert nichts daran, daß dieser Anspruch nach der klaren Regelung des § 3 I KO *zunächst einmal* eine Konkursforderung ist. § 17 erhält lediglich dem Vertragspartner des Gemeinschuldners die bei gegenseitigen Verträgen typische Position, seine vertragmäßige Leistung nur erbringen zu müssen, wenn ihm auch die noch ausstehende Gegenleistung ungeschmälert und nicht nur in Höhe einer Konkursquote zufließt. Ein Recht, selbst leisten zu dürfen und dafür die volle Gegenleistung zu beanspruchen, gewährt ihm § 17 KO nicht.« Sachlich übereinstimmend BGHZ 89, 189, 194 f. = WM 1984, 231 f. = JZ 1984, 240 ff. m. krit. Anm. BAUR. Beide Urteile stammen allerdings aus der Zeit vor der o. Rn. 3.42 ff. geschilderten »neuen Rspr. seit BGHZ 103, 250«.

73 Vgl. o. Rn. 5.6.

74 Die o. Rn. 5.6 wiedergegebenen Ausführungen der 6./7. Auflage des JAEGERSchen Kommentars stimmen mit den entsprechenden Passagen der im Jahre 1913 abgeschlossenen 3./4. und der im Jahre 1916 abgeschlossenen 5. Auflage fast wörtlich überein (jeweils KO § 17 Rn. 55). *Vollkommen* ist diese Übereinstimmung hinsichtlich des hier interessierenden Schlußsatzes.

75 Veröffentlicht in RGBl. 1916 S. 1363 ff. und – mit der amtlichen Begründung – im Reichsanzeiger vom 19. 12. 1916 unter Nr. 298 (1. und 2. Beilage) sowie von GÜTHE/SCHLEGELBERGER, Kriegsbuch Bd. III S. 900 ff.; ZWEIFERT S. 124 ff. Die amtliche Begründung ist auch veröffentlicht im JMBl. f. die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 79

(einen Vorläufer des späteren § 36 I VerglO) dachte⁷⁶. Das würde zu seinen in der vorliegenden Arbeit schon mehrfach kritisierten⁷⁷ Versuchen passen, die herrschende Auslegung des § 17 KO (§ 103 InsO) als durch nachfolgende gesetzgeberische Maßnahmen »authentisch« bestätigt darzustellen. Überzeugend wäre solch eine Argumentation aber dennoch nicht. Es mag zwar sein, daß § 13 I Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO und der diesem entsprechende § 36 I VerglO als spezialgesetzliche »Nachbildungen« der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO gedacht waren⁷⁸. Eine den Rechtsanwender *bindende* »authentische Interpretation« der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) kann hierin jedoch nicht gesehen werden. Denn eine Vorschrift mit dem Inhalt des § 13 I Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO bzw. des § 36 I VerglO müßte heute wegen Verstoßes gegen das allgemeine Willkürverbot des Art. 3 I GG als nichtig angesehen werden⁷⁹; in die InsO wurde eine solche Vorschrift erfreulicherweise⁸⁰ überhaupt nicht aufgenommen.

12.31 Selbst wer *weder* der bei JAEGER anklingenden Analogie zu § 36 VerglO *noch* der o. Rn. 12.20 ff., 12.28 befürworteten analogen Anwendung der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zustimmt, wird anerkennen müssen, daß der Vertragspartner, wenn er nicht ausnahmsweise vorleistungspflichtig ist⁸¹, trotz des Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans das Recht hat, seine dem Schuldner versprochene Leistung bis zur vollständigen Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern (§ 320 BGB), und daß als eine »vollständige« Gegenleistung in diesem Sinne nicht schon die auf sie entfallende Vergleichs- bzw. Insolvenzplanrate angesehen werden kann⁸². Der Umstand, daß der Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan neben der »Haftung« der (ehemaligen) Insolvenzmasse auch die »persönliche Schuld« des Insolvenzschuldners reduziert, rechtfertigt nicht die Schlußfolgerung, daß die dem Vertragspartner nach § 320 BGB zustehende Zug-um-Zug-Einrede zwar konkurs- bzw. insolvenzverfahrensfest⁸³, nicht aber auch vergleichs- bzw. insolvenzplanfest sei. Es mag dahinstehen, ob man dieser Schlußfolgerung nicht schon dadurch die Grundlage entziehen könnte, daß man in Übereinstimmung mit der ganz h. M.⁸⁴ die ursprünglichen, ungeschmälernten Primärforderungen der vom

(1917) S. 13 ff. Vgl. zu § 13 I Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO auch u. Rn. 13.16 ff. (mit wörtlicher Wiedergabe der Vorschrift und der wichtigsten Teile der amtlichen Begründung).

76 Auf § 36 I VerglO stützte sich auch die Revision, die zu der in Fn. 72 zitierten Entscheidung des BGH geführt hatte, aber in der Sache erfolglos blieb (vgl. BGH WM 1984, 266 I. Sp. im 2. Absatz).

77 Vgl. besonders Rn. 3.25 ff., 5.32, aber auch Rn. 3.13 ff., 6.14 ff., 6.35.

78 Vgl. o. Rn. 3.28 f. mit Fn. 83.

79 S. u. Rn. 13.37 ff.

80 Vgl. MAROTZKE in Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 183–185.

81 Andernfalls vgl. u. Rn. 12.33.

82 Vgl. etwa ROHG 25, 292, 296; PETERSEN/KLEINFELLER KO § 193 Anm. 6; v. WILMOWSKI/KURLBAUM KO⁶ § 193 Anm. 4.

83 Vgl. o. Rn. 2.12 ff.

84 Vgl. JAEGER/WEBER KO⁸ § 193 Rn. 5 ff. (sehr ausführlich und mit vielen Nachweisen); KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, KO § 193 Anm. 4 a, VerglO § 82 Anm. 3 und für das *neue* Insolvenzrecht die Begründung des RegEInsO in BT-Drucks. 12/2443 S. 194 (zu § 250 III RegE = § 301 III InsO) und S. 213 (zu § 301 III RegE = § 254 III InsO). S.

Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan betroffenen Gläubiger als nicht einklagbare (aber vielleicht noch einredeweise ausnutzbare?) Naturalobligationen fortbestehen läßt⁸⁵. Denn »vergleichsfest« bzw. »insolvenzplanfest« muß die Zug-um-Zug-Einrede, die einer Forderung des Insolvenzschuldners entgegensteht, schon deshalb sein, weil der Sinn des Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans zwar dahin geht, die Summe der den Schuldner drückenden Passiva zu verringern, nicht aber auch dahin, einzelne Aktivposten des Schuldnervermögens auf fremde Kosten zu vergrößern (im Beispiel: den Erfüllungsanspruch des Insolvenzschuldners von einer bestehenden Zug-um-Zug-Einrede zu entlasten⁸⁶).

Auch § 193 Satz 2 KO, der Rechte aus einem dem Gläubiger zustehenden Pfandrecht von den beschränkenden Wirkungen des Zwangsvergleichs ausnimmt, läßt sich als Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes verstehen, daß Lasten (dort: Pfandrechte), die auf einzelnen Vermögensgegenständen des Schuldners ruhen, infolge des Zwangsvergleichs selbst dann nicht verringert werden, wenn ihnen eine vom Vergleich betroffene Insolvenzforderung zugrundeliegt. Da dieser Grundsatz von § 193 Satz 2 KO selbst für den Fall anerkannt wird, daß seine Durchführung zur vollständigen (!) Befriedigung eines Insolvenzgläubigers aus einem Gegenstande führt, den das Gesetz⁸⁷ trotz der ihm anhaftenden dinglichen Belastung zur *Konkursmasse* rechnet, läßt sich seine Anwendung auf die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB, deren Erhebung ja i. d. R. auf die Zurückbehaltung eines *nicht* zum Vermögen des Gegners (Insolvenzschuldners) gehörenden Gegenstandes hinausläuft, nicht gut bestreiten⁸⁸. Selbst das *neue* Insolvenzrecht, das für den Insolvenzplan abweichend vom bisherigen Vergleichsrecht auch Eingriffe in *Absonderungsrechte* zuläßt⁸⁹, stellt in § 254 II 1 InsO klar, daß Rechte der Insolvenzgläubiger an Gegenständen, die *nicht* zur Insolvenzmasse gehören, durch den Plan nicht berührt werden. **12.32**

ferner HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 26.62 f., 28.80 ff.; HK-InsO/FLESSNER, 2. Aufl. 2001, § 254 Rn. 10; FK-InsO/AHRENS, 2. Aufl. 1999, § 301 Rn. 8 ff.; K/P/K. OTTE InsO § 254 Rn. 14 ff.

85 Zu einigen Konsequenzen dieses Fortbestehens vgl. JAEGER/WEBER a. a. O.; HÄSEMAYER a. a. O. und u. Rn. 13.137 (Möglichkeit des Schuldnerverzugs?); MAROTZKE in HK-InsO, 2. Aufl. 2001, § 107 Rn. 13 und – ausführlicher – in ZZP 109 (1996) 429, 438 Fn. 46 (Einfluß auf Eigentumsvorbehalte?).

86 Eine »Entlastung« wäre es ja auch, wenn der Vertragspartner seine Leistung jetzt nicht mehr bis zur »vollständigen«, sondern nur noch bis zur »vergleichsquotenmäßigen« Bewirkung der Gegenleistung zurückhalten könnte. Bedenklich deshalb die die »Vergleichsfestigkeit« des § 273 I BGB betreffenden Ausführungen von BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 26 Rn. 33 im Schlußsatz, soweit diese nicht deutlich auf den Fall beschränkt worden sind, daß der nach § 273 BGB zurückbehaltene Gegenstand im Eigentum (Vermögen) des Vergleichsschuldners steht; vgl. auch u. Fn. 88.

87 Vgl. §§ 4 I, 127 KO / §§ 50, 165 ff. InsO.

88 Entsprechendes gilt m. E. auch für die Zug-um-Zug-Einrede des § 273 BGB, soweit sie nach dem o. Rn. 2.46 ff. Ausgeführten insolvenzfest ist (nicht ganz eindeutig BLEY/MOHRBUTTER; s. o. Fn. 86).

89 Vgl. §§ 217, 222 I 2 Nr. 1, 223, 238 InsO.

- 12.33** Die Möglichkeit, dem Vertragspartner des Schuldners im Fall des Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans mit der Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB zu helfen, versagt jedoch, wenn der Vertragspartner *vorleistungspflichtig* ist. In diesen Fällen kann ihm zwar u. U. der Schutz des § 321 BGB zustehen; selbstverständlich ist das aber nicht⁹⁰. Nicht ganz abwegig wäre dann vielleicht noch der Versuch, über eine analoge Anwendung des § 323 I HS. 2 oder der §§ 325 ff. BGB⁹¹ zu einer Reduzierung der synallagmatischen Gegenforderungen des vom Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan betroffenen Vertragspartners zu gelangen; dieser Weg wäre aber dornenreich⁹² und der bei Rn. 12.21 ff. vorgeschlagenen Analogie zu §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO weit unterlegen.
- 12.34** So oder so dürfte aber deutlich geworden sein, daß die schutzwürdigen Interessen des Vertragspartners auch dann gewahrt werden können, wenn man es ablehnt, von der sich aus den §§ 3 I, 193 Satz 1 KO bzw. §§ 38 I, 254 I 1, 3 InsO ergebenden Regel, daß Gläubiger mit bereits vor Verfahrenseröffnung begründeten Forderungen zunächst einmal⁹³ *Insolvenzgläubiger* sind und als solche ohne weiteres den Wirkungen eines etwaigen Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans unterliegen, eine Ausnahme zu machen, falls ihre Forderungen auf einem dem § 17 KO (§ 103 InsO) unterliegenden Vertrag beruhen und der Insolvenzverwalter sein Wahlrecht weder ausgeübt noch verwirkt hat. Obwohl die Begründungslast an sich bei denen liegt, die hier auf eine (teleologische?) Reduktion der §§ 3 I, 193 Satz 1 KO bzw. §§ 38, 254 I 1, 3 InsO zusteuern⁹⁴, erscheint es angebracht, zum Schluß auch einmal die Gründe zu benennen, die *gegen* solch eine Reduktion und damit *für eine dem Gesetzeswortlaut entsprechende Rechtsanwendung* streiten. Eigentlich würde insoweit schon der sich aus den vorangegangenen Überlegungen er-

90 Vgl. o. Rn. 2.22 Fn. 37. Hinsichtlich des *konkursabwendenden* Vergleichsverfahrens optimistischer KORNMEYER BB 1983, 1312. Dieser Optimismus beruht aber wohl darauf, daß KORNMEYER den Einfluß des § 36 I VerglO bzw. der an dessen Stelle tretenden Analogie zu § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (s. u. Rn. 13.89 ff.) außer acht gelassen hat. Zu der entsprechenden Frage für den Fall des *Konkurs-* bzw. *Insolvenzverfahrens* s. o. Rn. 4.85.

91 Daß der Schuldner seinen Geldmangel, der ja *die* Ursache für die Eröffnung des Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens und jedenfalls *eine* Ursache für den aus diesem Verfahren hervorgegangenen Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan ist, ohne Rücksicht auf Verschulden zu »vertreten« hat, wurde bereits bei Rn. 5.86 f. (mit Fn. 283, 289) dargelegt. Ob daraus aber gefolgert werden darf, daß der Schuldner auch das Zustandekommen des Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans und die auf diese Weise bewirkte *Reduzierung der betroffenen Forderungen* zu vertreten hat, ist zumindest im Verhältnis zu den Gläubigern fraglich, die *für* den Vergleich bzw. Plan gestimmt haben. Soweit die §§ 325, 326 BGB einen *Schadensersatzanspruch* gewähren, würde sich im Rahmen einer Analogie die weitere Frage stellen, ob es der KO bzw. InsO nicht eher entspricht, einen Gläubiger, der zur Zeit des Vergleichsschlusses bzw. des Zustandekommens des Insolvenzplans noch seinen Erfüllungsanspruch hatte, auf (anteiligen) *Wertersatz* zu beschränken (vgl. § 69 KO, § 34 VerglO, § 45 InsO und u. Rn. 13.126 ff.). Zur Problematik eines *Teiltücktritts* vgl. STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ § 325 Rn. 119. Selbst eine analoge Anwendung des § 323 I HS. 2 BGB hätte ihre Tücken (s. o. Rn. 9.33 ff., besonders Rn. 9.40).

92 Vgl. Fn. 91.

93 Vgl. aber § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO.

94 Nachweise o. Rn. 12.20 Fn. 45.

gebende Hinweis genügen, daß für eine teleologische Reduktion der §§ 3 I, 193 Satz 1 KO bzw. §§ 38, 254 I 1, 3 InsO überhaupt kein Bedürfnis besteht. Gewichtige weitere Argumente hat das Reichs-Oberhandelsgericht in seinem immer noch lesenswerten Urteil vom 17. 6. 1879 formuliert. Mit Blick auf die preußische KO, aber ohne weiteres übertragbar auf das gegenwärtige Insolvenzrecht, hat es ausgeführt⁹⁵:

»Die Annahme aber, daß durch den Accord das ganze zweiseitige Vertragsverhältnis, in Betreff dessen bisher von der Gläubigerschaft keine Wahl getroffen, unberührt bleibe, so daß es nach bestätigtem Accorde in vollem Umfange geltend gemacht werden könne, widerspräche dem Wortlaut des Gesetzes und dem Wesen und Zweck des Accordes. **12.35**

Nach § 197 Conc.-Ordn. soll der Accord als Vergleich zwischen dem Gemeinschuldner und *allen* Concursgläubigern, sie mögen ihre Forderungen angemeldet haben oder nicht, gelten. Concursgläubiger ist aber Jeder, der vom Gemeinschuldner etwas zu fordern hat, auch wenn er dafür zu einer Gegenleistung verpflichtet ist. Das Wesen des Accordes als Zwangsvergleich, dem sich die Minderheit der Gläubiger fügen muß, beruht auf der Annahme, daß ein solcher Vergleich im richtig verstandenen Interesse aller Gläubiger sei. Er hat aber zur wesentlichen Voraussetzung, daß der Gemeinschuldner die Vermögensmasse unter gleichmäßiger Kürzung der Ansprüche aller nicht bevorrechteten⁹⁶ Gläubiger zurückerhält. Das Opfer, das den einzelnen Gläubigern zugemuthet wird, hat keinen Zweck, wenn dadurch der Gemeinschuldner sich Ansprüchen, die vielleicht die wichtigsten, in ihren Wirkungen am wenigsten übersehbaren sind, im unveränderten vollen Umfang gegenübergestellt findet. Aus der Natur des synallagmatischen Vertrages folgt durchaus noch nicht, daß der dem Gemeinschuldner durch die ihm geschuldete Leistung zugeführte Werth ökonomisch seiner Leistung gleichkommen müßte.«

M. E. sind diese Ausführungen des ROHG in jeder Hinsicht überzeugend⁹⁷. Besonders deutlich wird das in den in ihnen nicht besonders hervorgehobenen, von § 17 KO / § 103 InsO jedoch mitumfaßten Fällen, in denen der Vertragspartner des Schuldners seinerseits schon Teilleistungen erbracht, aber noch keinen entsprechenden Teil der Gegenleistung erlangt hat: Der Umstand, daß der Vertragspartner seine Verbindlichkeit zu einem – vielleicht nur ganz geringen – *Teil* noch nicht erfüllt hat, kann unmöglich ein Grund sein, automatisch seine *ganze* Gegenforderung vor den Wirkungen des Zwangsvergleichs bzw. Insolvenzplans zu schützen⁹⁸. Fraglich kann also nicht sein, *daß* seine Gegenforderung vom Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan betroffen wird, falls der Insolvenzverwalter nicht nach §§ 17 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO die Erfüllung des **12.36**

95 ROHG 25, 292, 297 f. (Hervorhebungen auch im Original).

96 Vgl. an dieser Stelle den Hinweis zum neuen Insolvenzrecht bei Rn. 12.3.

97 Nicht überzeugend sind hingegen die sich unmittelbar anschließenden Überlegungen des ROHG, soweit diese auf der Ansicht beruhen, daß »eine Abmachung zwischen dem Gemeinschuldner . . . und dem Mitcontrahenten, es solle das Schuldverhältniß aus dem Vertrage in der Schwebe gehalten werden, mit der Wirkung, daß es auch von dem Accorde nicht betroffen sein solle, . . . jedenfalls ohne ausdrückliche Aufnahme unter die Accordesbedingungen ohne Wirksamkeit sein« würde. M. E. wird hier die Tragweite des § 186 Nr. 3 prKO (späterer § 181 KO / § 226 III InsO) überschätzt; s. u. Rn. 13.92 ff., bes. 13.97 ff.

98 Genau das aber tut die h. M. (s. o. Rn. 12.20 mit Fn. 45), falls der Verwalter das ihm nach § 17 KO bzw. § 103 InsO zustehende Wahlrecht nicht ausgeübt hat.

Vertrages verlangt (oder versprochen⁹⁹) hat, sondern nur, *wie* sich diese Betroffenheit auswirkt¹⁰⁰. Die Antwort auf *diese* Frage ist bei Rn. 12.19 ff. nachzulesen.

99 S. o. Rn. 4.109 f.; HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 75 und § 107 Rn. 21.

100 Vgl. auch MOTIVE zur KO S. 65 = HAHN Bd. IV S. 85 (nicht speziell zum Einfluß des Zwangsvergleichs): »Der Umstand, daß der Gläubiger aus einem zweiseitigen Verträge auf Grund desselben zugleich eine Verbindlichkeit zu erfüllen haben würde oder schon erfüllt hat, kann wohl den Betrag seiner Gegenforderung vermindern oder erhöhen, giebt ihm aber kein Recht, auf der vollen, vertragsmäßigen Vollstreckung derselben zu beharren.« Dazu u. Rn. 13.33 ff.

§ 13. Das vergleichsrechtliche Gegenseitigkeitsprivileg

I. Grundzüge und praktische Bedeutung der vergleichsrechtlichen Regelung

1. Grundzüge

Ähnlich wie § 193 Satz 1 KO für den konkursbeendenden Zwangsvergleich und § 254 I 1, 3 InsO für den Insolvenzplan¹, bestimmte § 82 I VerglO für den im konkursabwendenden Vergleichsverfahren geschlossenen und gerichtlich bestätigten Vergleich: **13.1**

»Der Vergleich ist wirksam für und gegen alle Vergleichsgläubiger, auch wenn sie an dem Verfahren nicht teilgenommen oder gegen den Vergleich gestimmt haben.«

Als *Vergleichsgläubiger* bezeichnete § 25 I VerglO in enger Anlehnung an den in § 3 I KO (§ 38 InsO) definierten Begriff des Konkursgläubigers »alle persönlichen Gläubiger des Schuldners . . . , die einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen ihn haben«. **13.2**

Von diesem Grundsatz machte § 36 I VerglO eine wichtige Ausnahme: **13.3**

»Ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem gegenseitigen Verträge beruht, ist nicht Vergleichsgläubiger, wenn zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch keine Vertragspartei den Vertrag vollständig erfüllt hat.«

Diese Ausnahme, die im Schrifttum als »Gegenseitigkeitsprivileg« bezeichnet worden ist², galt auch ihrerseits nicht ausnahmslos, sondern wurde relativiert und beschränkt durch § 36 II, III VerglO³ sowie die in § 50 VerglO vorgesehene Möglichkeit, daß der Schuldner die Erfüllung oder die weitere Erfüllung eines dem § 36 I VerglO unterliegenden Vertrages ablehnt. Lehnte der Schuldner die Erfüllung nach § 50 VerglO ab (hierzu bedurfte er gem. § 50 II VerglO einer vorherigen Ermächtigung des Vergleichsgerichts), so konnte der Vertragspartner nach § 52 I I VerglO »Schadensersatz wegen Nichterfüllung« verlangen. Der Vertragspartner

¹ Vgl. auch o. § 12.

² Vgl. BERGES KTS 1972, 1, 3 ff.; STAUDINGER/OTTO, 2001, BGB¹⁴ Einl. 17 zu §§ 320 ff.; MOHRBUTTER, Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, 2. Aufl. 1974, § 104 I S. 1033 Fn. 1; BLEY/MOHRBUTTER⁴ VerglO § 36 Rn. 24 und BGHZ 67, 242, 248 (Formulierung des BGH: »§ 36 Abs. 1 VerglO will aber die Gläubiger aus gegenseitigen Verträgen privilegieren.«). Die Bezeichnung »Gegenseitigkeitsprivileg« ist übrigens mißverständlich. Denn privilegierend wirkt die Gegenseitigkeit des die Anspruchsgrundlage bildenden Vertrages gem. § 36 I VerglO nur dann, wenn der Anspruchsteller den Vertrag *auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt* hat.

³ Dazu u. Rn. 13.66 ff., 13.103 ff., 13.113 ff.

war »mit dem Ersatzanspruch am Vergleichsverfahren beteiligt und [wurde] von dem Vergleiche betroffen« (§ 52 I 2 VergIO).

- 13.4** Aufgrund dieser Bestimmungen stellte sich der Einfluß des Vergleichsverfahrens auf Verbindlichkeiten des Schuldners aus gegenseitigen Verträgen wie folgt dar:
- 13.5** Hatte der Gläubiger den Vertrag zur Zeit der Verfahrenseröffnung seinerseits schon vollständig erfüllt, so war er von vornherein nur Vergleichsgläubiger⁴. Als solcher wurde er von dem Vergleich ohne weiteres betroffen (§ 82 I VergIO). Richtete sich seine Forderung nicht auf einen bestimmten Geldbetrag, so war sie »mit ihrem für die Zeit der Eröffnung des Verfahrens in inländischer Währung zu schätzenden Werte beteiligt« (§ 34 VergIO). Einen Anspruch auf *Schadensersatz*, der u. U. auf einen höheren⁵ Geldbetrag gehen könnte, als ein bloßer *Wertanspruch*, sah die VergIO für diesen Fall nicht vor.
- 13.6** Völlig anders behandelte die VergIO den Vertragspartner, wenn er auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hatte: In diesem Fall hob ihn § 36 I VergIO aus der ihm eigentlich (§ 25 I VergIO) zukommenden Stellung eines verfahrensbeteiligten Vergleichsgläubigers hinaus. Um diese Privilegierung dessen, der auch selbst noch nicht vollständig erfüllt hatte, rückgängig zu machen, bedurfte es nach §§ 50, 52 I VergIO einer besonderen Rechtshandlung – nämlich der Erfüllungsablehnung des Schuldners. Diese Rechtshandlung war dem Schuldner nicht völlig freigestellt, sondern nach § 50 II 1 VergIO von einer »vorherigen Ermächtigung« durch das Vergleichsgericht abhängig, die gem. § 50 II 5 VergIO nur erteilt werden sollte, »wenn die Erfüllung oder die weitere Erfüllung des Vertrages das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs gefährden würde und die Ablehnung der Erfüllung dem Vertragsgegner keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt«. Und selbst wenn alle diese Voraussetzungen gegeben waren, die gerichtliche Ermächtigung erteilt und die Erfüllung des Vertrages vom Schuldner abgelehnt wurde, stand der Gläubiger noch besser da, als wenn er den Vertrag auch seinerseits schon vollständig erfüllt hätte. Zwar hatte er infolge der Erfüllungsablehnung des Schuldners das Privileg, nicht Vergleichsgläubiger zu sein, endgültig verloren. Jedoch richtete sich der Anspruch, mit dem er von nun an am Verfahren beteiligt war, nicht nur auf den (ggf. um den Wert der selbst noch rückständigen Leistung zu mindernden⁶) Wert seines Erfüllungsanspruchs⁷, sondern auf Ersatz des u. U. sehr viel größeren⁸ *Schadens*⁹, der ihm durch die Nichterfüllung des Vertrages entstanden war.

4 § 25 I VergIO und Gegenschluß aus § 36 I VergIO.

5 Vgl. § 252 BGB und o. Rn. 5.65 ff.

6 Vgl. o. Rn. 5.40 ff.

7 Vgl. aber § 34 VergIO für den Fall, daß der Gläubiger selbst bereits vollständig erfüllt hat.

8 Vgl. soeben Fn. 5.

9 Vgl. § 52 I 1 VergIO. Zu der Frage, ob diese Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch eine endgültige ist, s. o. Rn. 3.32 f.

2. Praktische Bedeutung nach 1998

Wie die KO und die GesO wurde auch die VerglO zum 1. 1. 1999 aufgehoben **13.7** (Art. 2 Nr. 1, 110 I EGInsO). In die InsO wurde das vergleichsrechtliche Gegenseitigkeitsprivileg¹⁰ nicht übernommen¹¹. Jedoch sind auf Vergleichsverfahren, die vor dem 1. 1. 1999 beantragt wurden, weiter die bisherigen gesetzlichen Vorschriften anzuwenden (Art. 103 Satz 1 EGInsO). Entsprechendes gilt für die »Wirkungen« solcher Vergleichsverfahren (Art. 103 Satz 1 EGInsO). Zu den Wirkungen eines Vergleichsverfahrens gehört auch die nach § 82 I VerglO eingetretene Reduktion der gegen den Schuldner gerichteten Forderungen auf die im Vergleich festgesetzte Quote. Die Frage, hinsichtlich *welcher* Forderungen eine solche Reduktion stattgefunden hat und ob ein Gläubiger durch das Gegenseitigkeitsprivileg vor den Vergleichswirkungen bewahrt worden ist, behält ihre praktische Bedeutung also weit über das Jahr 1998 hinaus. Nicht schon das Datum des Außerkrafttretens der VerglO, sondern erst der Eintritt der Verjährung markiert letztlich den Zeitpunkt, von dem an ein durch Zwangsvergleich sanierter Schuldner nicht mehr unruhig werden muß, wenn einer seiner Gläubiger plötzlich¹² auf die Idee kommt, unter Berufung auf das Gegenseitigkeitsprivileg den *ungekürzten* Erfüllungsanspruch geltend zu machen. In der Vergangenheit war es keine Seltenheit, daß die letztinstanzliche Entscheidung zu der Frage, ob ein Vertragspartner das Gegenseitigkeitsprivileg des § 36 I VerglO *zu Recht* in Anspruch nimmt, *erst mehrere Jahre nach Vergleichsschluß* erging. In dem Fall, von dem bei Rn. 4.94 f. berichtet wurde, betrug dieser Zeitraum nur drei Jahre¹³. Mehr als *zehn* Jahre waren es hingegen im Fall BGHZ 125, 270¹⁴. Geht man von einem Vergleichsschluß im Jahre 1999 aus (Eröffnungsantrag Ende 1998), wäre im ersten Fall das Jahr 2002, im zweiten sogar das Jahr 2009 erreicht. Man sollte den § 36 I VerglO also noch eine Weile im Auge behalten und die nachfolgenden Überlegungen nicht allzu schnell ins Reich der Rechtsgeschichte verweisen. – Hintergrundinformationen zu §§ 103 II 1, 105, 226 und 279 InsO und daraus erwachsene Hinweise zur Auslegung dieser Vorschriften des *neuen* Rechts enthalten die Ausführungen bei Rn. 13.67 ff., 13.89 ff., 13.102 ff., 13.126 ff.

Hochaktuell ist das vergleichsrechtliche Gegenseitigkeitsprivileg nach wie vor in **13.8** *Österreich*. Ähnlich wie unser früherer § 36 I VerglO bestimmt § 20 a I der österreichischen Ausgleichsordnung (AO) noch heute:

¹⁰ Vgl. Rn. 13.3 mit Fn. 2.

¹¹ Vgl. o. Rn. 5.14 ff., 5.64 ff., 12.7 ff., 12.19 ff. und u. Rn. 13.45 ff., 13.126 ff.

¹² Zum *Überraschungseffekt* des vergleichsrechtlichen Gegenseitigkeitsprivilegs vgl. Rn. 13.70 (vor allem die ersten drei Sätze), 13.72 f., Rn. 13.42 Fn. 91 und SCHERBEL KuT 1929, 164, 167.

¹³ Zustandekommen des Vergleichs im November 1968, Anwendbarkeit des § 36 I VerglO vom BGH bejaht am 17. 3. 1972 (BGHZ 58, 246).

¹⁴ Zustandekommen des Vergleichs im August 1983, Entscheidung des BGH am 10. 3. 1994. Vgl. ferner BGHZ 51, 350 (Zustandekommen des Vergleichs im Juni 1963, Entscheidung des BGH am 24. 2. 1969).

»Forderungen, die auf einem zweiseitigen Verträge beruhen, werden vom Ausgleichsverfahren nicht berührt, wenn zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch kein Vertragsteil den Vertrag vollständig erfüllt hat.«

Der sich anschließende § 20 a II östAO entspricht voll und ganz unserem früheren § 36 II 1 VerglO (der mit einigen Veränderungen in § 105 InsO aufgegangen ist), § 20 b östAO mit geringen Abweichungen unserem früheren § 50 VerglO. § 20 d östAO entspricht unserem früheren § 52 I VerglO, § 14 I östAO unserem früheren § 34 I VerglO (jetzt § 45 InsO). Die nachfolgenden Ausführungen zum Gegenseitigkeitsprivileg des früheren deutschen Rechts sind also in allen wesentlichen Punkten auf das *österreichische* Recht übertragbar und dort noch immer von Interesse.

II. Sinn und Zweck des § 36 I VerglO

1. Die Absicht des historischen Gesetzgebers

- 13.9** Fragt man nach den Gründen für die bei Rn. 13.1 ff. dargestellte Privilegierung des Gläubigers, der den Vertrag auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hat, so liegt es nahe, als erstes die Gesetzgebungsmaterialien des § 36 I VerglO zu sichten. Das Ergebnis solcher Bemühungen ist dürftig, aber doch mitteilenswert:
- 13.10** Unergiebig ist für die hier interessierende Frage die in DJ 1935, 389 ff. veröffentlichte amtliche Begründung der (zum 1. 1. 1999 aufgehoben¹⁵) Vergleichsordnung vom 26. 2. 1935. Ebenso wie die schon im Jahre 1933 veröffentlichte Begründung des entsprechenden Gesetzentwurfs¹⁶ beschränkt sie sich bei § 36 I auf den Hinweis, daß die Vorschrift dem § 4 der damals noch in Kraft gewesenen alten VerglO vom 5. 7. 1927 entspreche¹⁷. Die zum zweiten und dritten Absatz des § 36 VerglO gegebenen Begründungen¹⁸ sind im vorliegenden Zusammenhang, also bei der Suche nach einer Rechtfertigung des im *ersten* Absatz ausgesprochenen *Grundsatzes*, ohne Interesse. Auch die Begründung der §§ 50 ff. VerglO¹⁹ enthält keine Rechtfertigung für die Privilegierung des Vertragspartners, der auch selbst noch nicht vollständig erfüllt hat.
- 13.11** Verheißungsvoll klingt jedoch der Hinweis²⁰, daß die §§ 50–53 VerglO trotz der Änderungen, die sie gegenüber dem bisherigen Recht enthielten, von »demselben Grundgedanken« ausgehen würden wie die §§ 29, 30 der VerglO vom 5. 7. 1927. Auf welchen »Grundgedanken« beruhten also die §§ 4, 29, 30 der VerglO vom 5. 7. 1927?

15 Vgl. Rn. 13.7.

16 Entwurf einer Vergleichsordnung nebst Einführungsgesetz und Begründung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1933, S. 64.

17 DJ 1935, 390.

18 Begründung des *Entwurfs* (Fn. 16) S. 44 ff.; Begründung des *Gesetzes* (Fn. 17) S. 390.

19 Begründung des *Entwurfs* (Fn. 16) S. 70 ff.; Begründung des *Gesetzes* (Fn. 17) S. 391.

20 Begründung des *Entwurfs* (Fn. 16) S. 70; Begründung des *Gesetzes* (Fn. 17) S. 391.

Der mit dem späteren § 36 I VerglO inhaltsgleiche § 4 der VerglO vom 5. 7. 1927 geht zurück auf § 2 IV des im Jahre 1926 vorgelegten²¹ Entwurfs eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung). § 2 IV dieses Entwurfs lautete:

»Gläubiger, deren Ansprüche auf einem gegenseitigen Verträge beruhen, der zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Schuldner und von dem anderen Teile noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt ist, nehmen an dem Verfahren nicht teil und werden von dem Vergleiche nicht betroffen. Die Vorschrift des § 24²² bleibt unberührt.«

Die Begründung des Entwurfs führt aus²³:

»Gläubiger, deren Ansprüche auf einem gegenseitigen Verträge beruhen, nehmen am Vergleichsverfahren teil und werden von einem Vergleiche betroffen, wenn sie zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens ihre Verbindlichkeit gegenüber dem Schuldner voll erfüllt haben. . . . Um dies festzustellen, bedarf es keines besonderen gesetzlichen Ausspruchs; denn die Gläubiger dieser Art sind die typischen nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger. Dagegen bedarf die Frage der gesetzlichen Entscheidung, wie es sein soll, wenn bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens noch keine der Parteien eines gegenseitigen Vertrages die ihr obliegende Leistung voll bewirkt hat. Nach der Konkursordnung (§ 17)²⁴ hängt es in solchen Fällen von dem Konkursverwalter ab, ob der Gläubiger den Vertrag erfüllen muß oder nicht. Wählt der Konkursverwalter die Erfüllung, so ist der Gläubiger Massegläubiger²⁵, also an dem Konkursverfahren nicht beteiligt; lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung ab, so kann der Gläubiger seine etwaige Schadensersatzforderung nur als gewöhnliche Konkursforderung geltend machen²⁶. Eine entsprechende Regelung trifft der Entwurf für das Vergleichsverfahren. Der Gläubiger nimmt an und für sich an dem Vergleichsverfahren nicht teil und wird von einem Vergleiche nicht betroffen. . . . Diesen Grundsatz spricht die Vorschrift des Abs. 4 aus. Die Rechtslage kann sich aber dadurch ändern, daß der gegenseitige Vertrag nach Maßgabe der §§ 23 ff.²⁷ abgewickelt wird. Dann erlangt der Gläubiger statt seines Vertragsanspruchs unter Umständen eine Schadensersatzforderung; mit ihr nimmt er am Vergleichsverfahren teil (§ 24) . . .«

Auch diese »Begründung« enthält leider keine substantielle Rechtfertigung der beabsichtigten Besserstellung des Vertragspartners, der seinerseits noch *nicht* vollständig erfüllt hat, sondern nur eine ziemlich pauschale Bezugnahme auf das Konkursrecht: Eine diesem²⁸ »entsprechende Regelung« hatte man auch für das Vergleichsverfahren schaffen wollen.

Im Hinblick auf die »zahlreichen Möglichkeiten, welche für ein Übergleiten des Vergleichsverfahrens in das Konkursverfahren bestehen«²⁹, war dieses Harmoniestreben im Prinzip durchaus berechtigt. Übersehen oder einfach unberücksichtigt

21 Reichstag, III. Wahlperiode 1924/26, Anlage Nr. 2340.

22 Der erwähnte § 24 war ein Vorläufer des § 52 I VerglO.

23 A. a. O. (Fn. 21) S. 17.

24 Vgl. jetzt § 103 InsO.

25 Vgl. jetzt § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO.

26 Vgl. jetzt § 103 II 1 InsO.

27 Die erwähnten §§ 23 ff. waren Vorläufer der §§ 50 ff. VerglO.

28 Gemeint waren ganz offensichtlich (s. die bei Rn. 13.13 wiedergegebene Textpassage) die inzwischen zu §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO gewordenen §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO.

29 Vgl. die Begründung des VerglO-Entwurfs von 1926 (o. Fn. 21) S. 17 und das u. Rn. 13.70 Fn. 142 wiedergegebene Zitat hieraus.

gelassen hatte man dabei aber, daß die Konkursordnung Gläubiger aus bei Verfahrenseröffnung beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen nicht ohne weiteres, sondern nur dann aus der ihnen nach §§ 3 I, 26 Satz 2 KO zukommenden³⁰ Stellung einfacher Konkursgläubiger heraushob und damit vor den Wirkungen eines etwaigen Zwangsvergleichs bewahrte³¹, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages verlangt (§ 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO; vgl. auch § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO). Dieses grundlegende Mißverständnis hat sich auch in § 50 VerglO niedergeschlagen. Vor einer ausführlicheren Darstellung dieses Aspekts³² soll hier jedoch zunächst einem Hinweis nachgegangen werden, der in der Begründung zu §§ 23–25 des Entwurfs von 1926 enthalten ist und der besagt, daß sich diese Entwurfsbestimmungen – es handelte sich um Vorläufer der späteren §§ 50–52 VerglO – »an die Bestimmungen der Geschäftsaufsicht (§§ 9 bis 11, 13 Abs. 2) . . ., die ihrerseits wieder auf den Bestimmungen der Konkursordnung (§§ 17 ff.) beruhen«, anlehnen würden³³.

13.16 Bei der erwähnten »Geschäftsaufsicht« handelt es sich um ein während des Ersten Weltkrieges geschaffenes Rechtsinstitut. Um infolge des Krieges notleidend gewordene, aber eigentlich lebensfähige Unternehmen zu erhalten, wurde durch Bundesratsverordnung vom 8. 8. 1914³⁴ die Möglichkeit einer »Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens« eingeführt. Dieses Institut wurde vom Gesetzgeber nach und nach in Richtung auf das spätere Vergleichsverfahren ausgebaut³⁵. Zu nennen ist insbesondere die Verordnung des Bundesrats über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses vom 14. 12. 1916³⁶, die das Geschäftsaufsichtsverfahren um die Möglichkeit eines konkursabwendenden Zwangsvergleichs bereicherte und darüber hinaus erstmals besondere Bestimmungen über den Einfluß des Verfahrens auf beiderseits noch nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge des Schuldners enthielt.

13.17 Diese Bestimmungen waren:

§ 9: »Wenn ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Anordnung der Geschäftsaufsicht von dem Schuldner und von dem anderen Teile noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Schuldner mit Ermächtigung des Gerichts die Erfüllung ablehnen. Die Ermächtigung soll nur erteilt werden, wenn die Nichterfüllung des Vertrags zur Erreichung des Zweckes der Geschäftsaufsicht geboten ist und dem anderen Teile keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt.

30 Vgl. o. Rn. 5.1 ff. Den zitierten Bestimmungen der KO entsprechen nunmehr die §§ 38, 103 II 1 InsO.

31 Vgl. §§ 191 I, 193 Satz 1 KO (§§ 217, 254 I 1, 3, 258 II InsO) und o. Rn. 12.4 ff.

32 Vgl. u. Rn. 13.17 ff., 13.61 ff.

33 Begründung a. a. O. (Fn. 21) S. 24.

34 RGBl. 363 Nr. 4459.

35 Dazu BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ Einleitung Rn. 1; B. MAYER S. XIII ff.; MEINER S. 5 f.

36 Veröffentlicht in RGBl. S. 1363 ff. und – mit der amtlichen Begründung – im Reichsanzeiger vom 19. 12. 1916 unter Nr. 298 (1. und 2. Beilage) sowie von GÜTHE/SCHLEGELBERGER, Kriegsbuch Bd. III S. 900 ff.; ZWEIFERT S. 124 ff.

Die amtliche Begründung ist auch veröffentlicht im JMBL für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 79 (1917) S. 13 ff.

Lehnt der Schuldner die Erfüllung ab, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.«

§§ 10, 11: enthielten besondere Bestimmungen über Miet-, Pacht- und Dienstverträge.

§ 13: »Von dem Verfahren werden nicht betroffen:

1. ...

2. die Gläubiger, deren Ansprüche auf einem gegenseitigen Verträge beruhen, der zur Zeit der Anordnung der Geschäftsaufsicht von dem Schuldner und von dem anderen Teile noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt war;

3.-6. ...

Die unter Nr. 2 bezeichneten Gläubiger werden hinsichtlich der in § 9 Abs. 2, § 10 Abs. 2, § 11 Abs. 2 bezeichneten Ansprüche auf Schadensersatz von dem Verfahren betroffen.«

§ 33: »Auf Antrag eines Schuldners, der unter Geschäftsaufsicht steht, kann zwischen ihm und seinen Gläubigern ein Vergleich zur Abwendung des Konkurses geschlossen werden.

An dem Vergleichsverfahren sind nicht beteiligt Gläubiger, die nach § 13 von dem Verfahren nicht betroffen werden, sowie ...«

§ 60: »Der rechtskräftig bestätigte Vergleich ist wirksam für und gegen alle beteiligten Gläubiger, auch wenn sie in dem Verfahren Erklärungen nicht abgegeben oder gegen den Vergleich gestimmt haben. Unberührt bleiben ...«

Besonders gespannt darf man auf die Begründung des mit dem späteren § 36 I **13.18** VerglO inhaltsgleichen § 13 I Nr. 2 der GeschäftsaufsichtsVO sein. Die Einzelbegründung zu § 13 sagt insoweit aber nur:

»Die einzelnen Gruppen enthalten – abgesehen von der in den Bemerkungen zu §§ 9–11 erwähnten Nr. 2 – gegenüber dem § 9 der bisherigen Verordnung keine wesentlichen Neuerungen.«

Enttäuscht wird auch die Hoffnung, die in § 13 Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO **13.19** enthaltene und in den späteren § 36I VerglO übernommene »wesentliche Neuerung«³⁷ im Zusammenhang mit den §§ 9–11 GeschäftsaufsichtsVO erläutert zu finden. Denn die Begründung der §§ 9–11 GeschäftsaufsichtsVO lautet:

»Gegenseitige Verträge, die zur Zeit der Anordnung der Geschäftsaufsicht beiderseits noch nicht oder nicht vollständig erfüllt sind, werden durch die Geschäftsaufsicht nicht berührt. Der Zweck der Geschäftsaufsicht kann es indessen unter Umständen erforderlich machen, solche Verträge schon vorzeitig abzuwickeln. Ein praktisches Bedürfnis hierfür ist bereits im Geltungsbereiche der bisherigen Vorschriften hervorgetreten, und zwar sowohl bei langfristigen Lieferungsverträgen als auch bei Miet-, Pacht- und Dienstverträgen. Namentlich bei Mietverträgen . . . Unter der Herrschaft des Entwurfs wird sich das Bedürfnis nach einer vorzeitigen Auflösung von Verträgen auch deshalb fühlbar machen, weil die Verhältnisse, wenn die Geschäftsaufsicht in ein Vergleichsverfahren zwecks Abwendung des Konkurses aufgeht, eine alsbaldige Abwicklung der schwebenden Beziehungen unter Umständen nicht minder dringend erheischen können als im Konkurse (zu vgl. §§ 17 ff. der Konkursordnung³⁸).

³⁷ Vgl. Rn. 13.18.

³⁸ Jetzt: §§ 103 ff. InsO.

Der Entwurf ermöglicht es deshalb dem Schuldner, gegenseitige Verträge (§ 9), Miet- und Pachtverträge ... (§ 10), sowie Dienstverträge ... (§ 11), unter bestimmten Voraussetzungen vorzeitig zu lösen. Doch soll dies nur ausnahmsweise geschehen«; deshalb die Bestimmungen über die Notwendigkeit einer – nur in besonderen Fällen zu erteilenden – gerichtlichen Ermächtigung ... (wird näher ausgeführt).

»Macht der Schuldner von der Ermächtigung Gebrauch, so steht dem Gegner ein Anspruch auf Ersatz seines Schadens zu. Dieser Anspruch wird – im Gegensatz zu dem Erfüllungsansprüche (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 2) – von dem Verfahren betroffen (§ 13 Abs. 2). ...«

13.20 Diese Ausführungen begründen überhaupt nicht den damals in § 13 I Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO und später in § 36 I VerglO aufgestellten *Grundsatz*, daß Gläubiger aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen nicht Vergleichsgläubiger sind, sondern nur die Notwendigkeit von *Ausnahmeregelungen* für den Fall, daß »die Nichterfüllung des Vertrages zur Erreichung des Zweckes der Geschäftsaufsicht geboten ist und dem anderen Teile keinen unverhältnismäßigen Nachteil bringt« (vgl. § 9 I 2 GeschäftsaufsichtsVO, ähnlich der spätere § 50 II 5 VerglO). Auch hier also keine Antwort auf die viel wichtigere weil vorrangige Frage, weshalb Gläubiger aus gegenseitigen Verträgen dann und nur dann, wenn sie auch ihrerseits noch nicht (vollständig) erfüllt haben, den Vorzug genießen sollen, zunächst einmal außerhalb des Verfahrens zu stehen und in dieses nur unter der Voraussetzung einbezogen werden zu können, daß dies vom Verfahrenszweck geboten ist und ihnen keinen unverhältnismäßigen Nachteil bringt!

13.21 Gerade im Fall des § 17 KO³⁹, der in der bei Rn. 13.19 wiedergegebenen Passage der Begründung zu §§ 9–11 GeschäftsaufsichtsVO ausdrücklich erwähnt wird, war doch nicht die Verweisung des Vertragspartners auf die Quote, sondern seine nach § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO mögliche Aufwertung zu einem (von einem etwaigen Zwangsvergleich nicht betroffenen⁴⁰) Massegläubiger das Besondere! Das zeigte sich auch in der Bestimmung des § 133 Nr. 2 KO, die den Konkursverwalter nur für den Fall, daß er die Erfüllung (mit der Folge des § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO⁴¹) verlangen, nicht aber auch dann, wenn er sie ablehnen wollte, ab einer bestimmten Wertgrenze⁴² verpflichtete, die Genehmigung eines etwa bestellten Gläubigerausschusses einzuholen. Die Verfasser der GeschäftsaufsichtsVO und später der VerglO haben dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis glatt umgekehrt und nicht das Erfüllungsverlangen, sondern die Erfüllungsablehnung (hier: des Schuldners) von einer (hier: gerichtlichen) Ermächtigung abhängig gemacht⁴³. Die in der Begründung des Entwurfs einer Vergleichsordnung von 1926 aufgestellte Behauptung, daß die §§ 23–25 des Entwurfs (es handelte sich um Vorläufer der späteren §§ 50–52 VerglO) sich an die Bestimmungen der GeschäftsaufsichtsVO anlehnen und die letzteren »ihrerseits wieder auf den Bestimmungen der Konkursordnung

39 Jetzt § 103 InsO.

40 Vgl. §§ 191 I, 193 Satz 1 KO (§§ 217, 254 I 1, 3, 258 II InsO) und o. Rn. 12.4 ff.

41 Jetzt: § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO.

42 Nämlich »wenn es sich ... um einen Wertgegenstand von mehr als dreihundert Deutsche Mark handelt«; vgl. dazu o. Rn. 2.2.

43 Vgl. §§ 36 I, 50 II VerglO.

(§§ 17 ff.) beruhen« würden⁴⁴, ist also in ihrem zweiten Teil evident unrichtig. Die §§ 9, 13 I Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO und die späteren §§ 36 I, 50 VerglO »beruhen« nicht – wie die Begründung meint – auf den »Bestimmungen« der Konkursordnung, sondern höchstens auf einer krassen Fehlinterpretation.

Leider ist es heute kaum noch möglich, anhand des zu der ursprünglichen Fassung der GeschäftsaufsichtsVO erschienenen Schrifttums⁴⁵, der der BundesratsVO vom 14. 12. 1916⁴⁶ vorausgegangen rechtspolitischen Diskussionen⁴⁷ sowie der diese VO erläuternden Aufsätze und Schriften⁴⁸ eindeutig zu klären, wie man den Einfluß der Geschäftsaufsicht auf beiderseits noch nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge vor Schaffung des § 13 I Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO beurteilt hatte⁴⁹ und welche Überlegungen dieser Bestimmung und damit letztlich auch dem späteren § 36 I VerglO zugrunde lagen. 13.22

44 Vgl. o. Rn. 13.15 a. E.

45 Zu nennen sind insbesondere GÜTHE/SCHLEGELBERGER, Kriegsbuch Bd. I (1915) S. 326 ff., Bd. II (1916) S. 97 ff., Bd. III (1917) S. 108 ff.; LEVY¹ S. 47/48, 49 ff.; WASSERMANN/ERLANGER, Die Kriegsgesetze . . . , 3. Aufl. 1917 S. 229 ff.

46 Fundstelle o. Fn. 36.

47 Zu nennen sind hier insbesondere die für den 32. DJT erstatteten Gutachten von LIEBLICH und CAHN zu der Frage, ob und in welcher Form die Schaffung eines gerichtlichen Ausleichsverfahrens außerhalb des Konkurses wünschenswert sei (Verhandlungen des 32. DJT Bd. I, 1914, S. 321 ff., 695 ff.; nur auf S. 768 knappe Ausführungen zu beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Verträgen). Als Berichterstatter hatte der DJT JAEGER und RINTELEN gewinnen können (vgl. die in DJZ 1914, 806 veröffentlichte Tagesordnung). Da der für den 10.-12. 9. 1914 angesetzte 32. DJT wegen des Kriegsausbruchs auf unbestimmte Zeit verschoben werden mußte, ist das Thema dort nicht mehr verhandelt worden (vgl. den erst 1922 erschienenen zweiten Band der Verhandlungen des 32. DJT sowie BOVENSIEPEN, Die Geschäftsaufsicht . . . S. 6). Im Schrifttum ist die Frage der Einführung eines konkursabwendenden Zwangsvergleichs aber sehr eingehend erörtert worden; so z. B. in den Arbeiten von SCHOURP (Ausführungen zu beiderseits noch nicht erfüllten Verträgen auf S. 66 ff.) und TISCHBEIN (dazu sogleich Rn. 13.40 ff.) sowie in fast allen rechtswissenschaftlichen Zeitschriften (hier wird die Problematik des beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrages aber nur ganz selten berührt; vgl. aber immerhin BUHMANN LZ 1916, 1209, 1213 ff. und FREUND ZHR 60 [1907] 67, 90).

48 Vgl. z. B. BENDIX S. 1 ff., 43 ff., 51 ff.; ders. LZ 1917, 153, 162, 164 f.; BERES a. a. O. (o. Rn. 3.32 Fn. 91); BOVENSIEPEN S. 11, 54 ff., 63 ff.; CAHN, Geschäftsaufsicht und Zwangsvergleich S. 3 f., 105 ff., 123 f., 128 ff.; GÜTHE/SCHLEGELBERGER, Kriegsbuch Bd. IV S. 747 ff., Bd. V S. 50 ff., Bd. VI S. 626 ff., Bd. VII S. 32 ff.; JAEGER, Die Geschäftsaufsicht neuer Ordnung S. 43 ff.; KLARNER S. 20 ff., 93 f., 172–174; KLIEN S. 15 ff., 21 (verfaßt von JAEGER), 51 ff.; LEVY² S. 24, 26/27, 70–73; WEINBERG S. 14 f., 42; ZWEIGERT S. 8, 15 f., 41 ff., 48 ad 5, 50 ad 13 sowie KLIMMER S. XIII, 58 ff., 73, 76 f., der übrigens auf S. 59 folgende, mit dem Wortlaut des § 13 I Nr. 2 nicht zu vereinbarende Differenzierung vornimmt: »Wird nicht gelöst (abgelehnt oder gekündigt), so ist der Gläubiger nach § 13 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 VO privilegiert hinsichtlich der Ansprüche, die nach Beginn der Geschäftsaufsicht entstehen; die Ansprüche, die vorher entstanden sind, fallen unter das Verfahren« (vgl. aber auch a. a. O. S. 76 ad II b, wo KLIMMER diese Ansicht nur im Hinblick auf »Wiederkehrschuldverhältnisse« wie »z. B. Miete, Pacht« vertritt).

49 Vgl. aber immerhin BOVENSIEPEN S. 56 (»Nach altem Recht war also der Aufsichtsschuldner an die Einhaltung aller gegenseitiger, selbst langfristiger und unter ganz anderen wirtschaftlichen Verhältnissen abgeschlossener Verträge gebunden.«); LEVY¹ S. 47/48 (»Die Bestimmungen der KO über . . . Erfüllung der Rechtsgeschäfte finden

13.23 Bemerkenswert ist jedoch, daß ZWEIGERT, der als Hilfsarbeiter im Reichsjustizamt an der Neubearbeitung der GeschäftsaufsichtsVO »hervorragend beteiligt« gewesen sein soll⁵⁰, den § 13 I Nr. 2, II GeschäftsaufsichtsVO später wie folgt kommentiert hat:

»Der Kreis der vom Verfahren betroffenen Gläubiger ist ähnlich umgrenzt wie bisher. *Eine Sondervorschrift ist durch die neue Bestimmung über die Auflösung von Verträgen nötig geworden*: Gläubiger aus nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen bleiben grundsätzlich vom Verfahren unberührt, werden aber hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung, der ihnen erwächst, wenn der Vertrag mit Ermächtigung des Gerichts vom Schuldner vorzeitig gelöst wird, von dem Verfahren betroffen.«⁵¹

13.24 ZWEIGERTS Ausführungen sind möglicherweise so zu verstehen, daß nicht nur der dem späteren § 52 I 2 VerglO entsprechende zweite Absatz, sondern auch die dem späteren § 36 I VerglO entsprechende Nr. 2 des ersten Absatzes des § 13 GeschäftsaufsichtsVO »durch die neue Bestimmung über die Auflösung von Verträgen nötig geworden« sei. Davon ging anscheinend auch die amtliche Begründung der GeschäftsaufsichtsVO vom 14. 12. 1916 aus, die hinsichtlich des § 13 I Nr. 2 ja bloß eine Pauschalverweisung auf ihre Bemerkungen zu den §§ 9–11 enthielt⁵².

13.25 Solch eine Betrachtungsweise hätte jedoch die Dinge auf den Kopf gestellt. Denn im Verhältnis zu § 13 I Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO waren die §§ 9–11, 13 II GeschäftsaufsichtsVO nicht als Grundnormen, sondern Ausnahmenvorschriften konzipiert. Die Notwendigkeit des in § 13 I Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO ausgesprochenen Grundsatzes, daß Gläubiger aus zur Zeit der Verfahrenseröffnung beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen vom Verfahren nicht

für das Aufsichtsverfahren keine Anwendung. Verträge müssen also erfüllt, Dienst- und Mietverträge können nicht vorzeitig gekündigt werden ...«);

WEINBERG S. 14, 42 (§ 9 Anm. 1: »Nach der ersten Verordnung hatte die Anordnung der Aufsicht auf abgeschlossene Verträge nicht den mindesten Einfluß. Sie waren genau so zu erfüllen, als wenn die Aufsicht gar nicht bestanden hätte. Soweit Vertragserfüllung seitens der anderen Partei erst nach der Anordnung der Aufsicht erfolgte, wurde der sich hieraus ergebende Anspruch, wie z. B. . . ., vom Verfahren nicht betroffen und mußte daher vorweg befriedigt werden.«).

In die gleiche Richtung deuten wohl die Ausführungen von BUHMANN (o. Fn. 47) und CAHN, Geschäftsaufsicht und Zwangsvergleich S. 105 § 9 Anm. A 1, S. 109 § 9 Anm. C 1. Vgl. aber andererseits auch CAHN a. a. O. S. 4 (»Der dem alten § 9 entsprechende neue § 13 schaltet aus dem Verfahren der Geschäftsaufsicht *nun auch* die Gläubiger aus, deren Ansprüche auf einem gegenseitigen Verträge beruhen, welcher zur Zeit der Anordnung der Geschäftsaufsicht noch nicht erfüllt war ...«)

und BENDIX LZ 1917, 153, 162 (»Die bevorzugten Forderungen des § 13 decken sich im wesentlichen mit denen, die nach § 9 der alten VO von dem Verfahren nicht betroffen wurden. *Neu hinzugetreten* sind die Gläubiger, deren Ansprüche auf einem gegenseitigen Verträge beruhen, der z. Z. der Anordnung der Gesch.-Aufs. von dem Schuldner und von dem anderen Teile noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt war ...«). – Hervorhebungen jeweils von mir.

50 Vgl. JAEGER JW 1917, 915.

51 ZWEIGERT S. 16; Hervorhebungen nicht von ihm.

52 Vgl. o. Rn. 13.18 ff.

betroffen werden, kann unmöglich mit der hinter den §§ 9–11, 13 II GeschäftsaufsichtsVO stehenden⁵³ Überlegung begründet werden, daß eine ausnahmslose Durchführung dieses Grundsatzes zu unbilligen Ergebnissen führen würde! Es mag dahinstehen, ob die amtliche Begründung der GeschäftsaufsichtsVO und die wenig später erschienene Kommentierung von ZWEIGERT wirklich auf diesem Denkfehler beruhen. Fest steht jedenfalls, daß weder in der amtlichen Begründung noch bei ZWEIGERT die Frage thematisiert wird, *aus welchem Grunde* es eigentlich gerechtfertigt sein soll, Gläubigern aus gegenseitigen Verträgen dann und nur dann, wenn sie auch ihrerseits noch nicht vollständig erfüllt haben, den *Vorzug* zu gewähren, zunächst einmal völlig außerhalb des Verfahrens zu stehen und in dieses nur dann hereingezogen werden zu können, wenn das vom Verfahrenszweck geboten ist und ihnen keinen unverhältnismäßigen Nachteil bringt.

Hinsichtlich der Motive des Gesetzgebers darf also spekuliert werden. Wer sich auf diese Methode einläßt, wird durch die bei Rn. 13.19 wiedergegebene Begründung der §§ 9–11, 13 I Nr. 2, 13 II GeschäftsaufsichtsVO überraschend deutlich in eine schon bekannte Richtung gelenkt. Man vergegenwärtige sich noch einmal die folgenden Formulierungen⁵⁴:

»Gegenseitige Verträge, die zur Zeit der Anordnung der Geschäftsaufsicht beiderseits noch nicht vollständig erfüllt sind, werden durch die Geschäftsaufsicht *nicht berührt* ... Macht der Schuldner von der Ermächtigung (zur Erfüllungsablehnung) Gebrauch, so steht dem Gegner ein Anspruch auf Ersatz seines *Schadens* zu. Dieser Anspruch wird – im Gegensatz zu dem *Erfüllungsanspruch* (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 2) – von dem Verfahren betroffen (§ 13 Abs. 2) ...«

Es liegt auf der Hand, daß sich diese Ausführungen zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen beiderseits noch nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge vom Geschäftsaufsichtsverfahren (und einem in diesem Verfahren geschlossenen Zwangsvergleich!) »berührt« werden, sowohl in der Formulierung als auch in ihrem sachlichen Gehalt streng an das anlehnen, was die damalige herrschende Meinung zum Einfluß des Konkursverfahrens und eines in diesem geschlossenen Zwangsvergleichs sagte: Schon vor 1916 hatte sich unter dem Eindruck des JAEGERschen Kommentars die Ansicht durchgesetzt, daß beiderseits noch nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge des Gemeinschuldners dann, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung weder verlangt noch abgelehnt noch sein Wahlrecht nach § 17 II KO [§ 103 II 3 InsO] verwirkt hat, »vom Konkursverfahren sowie vom Zwangsvergleich *unberührt*« blieben und daher nach der durch den Zwangsvergleich herbeigeführten Beendigung des Konkurses von beiden Vertragsparteien »in der ursprünglichen Gestalt und nur in dieser« geltend gemacht werden könnten⁵⁵. Schon damals war dies damit begründet worden, daß *Erfüllungsansprüche*

53 Vgl. o. Rn. 13.19.

54 *Hervorhebungen* nicht im Original.

55 So im Jahre 1910 das OLG Dresden in AnnSächsOLG 32, 92, 93 unter Berufung auf JAEGER KO^{3/4} § 17 Rn. 53–55 »und die dort angeführte Literatur und Rechtsprechung«.

Auch JAEGER selbst (a. a. O. § 193 Rn. 9) hat schon vor 1916 die Formel des vom Konkursverfahren und dem in ihm geschlossenen Zwangsvergleich »unberührt« gebliebenen Ver-

aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Verträgen niemals *Konkursforderungen* sein könnten⁵⁶ und daß das Vertragsverhältnis den Wirkungen des Zwangsvergleichs deshalb nur dann unterliegen könne, wenn der Konkursverwalter den Erfüllungsanspruch des anderen Vertragsteils durch eine Erfüllungsablehnung oder eine ihr nach § 17 II KO [§ 103 II 3 InsO] gleichstehende Säumnis in einen *Schadensersatzanspruch* verwandelt habe⁵⁷. Es ist deshalb sehr wahrscheinlich, daß man bei Schaffung der §§ 9, 13 I Nr. 2, 13 II GeschäftsaufsichtsVO an diese herrschende (aber unzutreffende⁵⁸) Meinung anknüpfen wollte⁵⁹.

13.29 In dieses Bild paßt, daß JAEGER schon vor 1916 seine o. Rn. 5.2 ff. kritisierte These aufgestellt hatte, daß »das Gesetz« den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners im Falle des § 17 KO von vornherein, also trotz §§ 3 I, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO [§§ 38, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO] schon *vor* der Wahlrechtsausübung des Konkursverwalters, »über das Niveau bloßer Konkursforderungen« erhebe⁶⁰: Was liegt näher, als § 13

trages verwendet; ebenso schon damals das OLG Königsberg SeuffA 61, 342, 343 = Recht 1906, 312 Nr. 797; DATHE S. 37 f.; RINTELEN ZHR 61 [1908] 147, 190; STAUB/KÖNIGE HGB⁹ § 382 Exk. Anm. 95; WILLENBÜCHER/GÜNTHER KO § 17 Rn. 6; Th. WOLFF KO¹ § 193 Anm. 2 (a. E.).

Sachlich übereinstimmend schon damals v. WILMOWSKI KO⁵ § 179 Anm. 1 (S. 463); vgl. auch Kgl. Obertribunal in Striethorsts Archiv 50, 209 ff. (noch zur *preußischen* KO) und – für den Fall, daß der Vertragspartner seine »Forderung wegen der Nichterfüllung« (§ 26 S. 2 KO) im Konkurse nicht angemeldet hat – KAATZ S. 34 ff.; OETKER, Grundbegriffe Bd. I S. 229.

Schon vor 1916 wurde die h. M. abgelehnt von ROHG 25, 292, 296 ff.; RG Bolze 2 Nr. 1999 (jeweils noch zur *preußischen* KO); wohl auch von SEUFFERT S. 190; v. WILMOWSKI/KURLBAUM KO⁶ § 193 Anm. 4; differenzierend KAATZ a. a. O. Bis zur Gegenwart aktualisierte Nachweise o. Rn. 12.20 Fn. 45.

Nicht uninteressant ist übrigens, daß JAEGER *nach* Schaffung der neuen GeschäftsaufsichtsVO zu deren § 13 I Nr. 2 ausführt: »Im Vergleich zur konkursrechtlichen Regelung bleibt wohl zu beachten, daß der Gegner die dem Massegläubigerrecht des § 59 Nr. 2 KO entsprechende Ausnahmestellung des § 13 Abs. 1 Nr. 2, die ihm den Sonderzugriff offenhält und ihm die Vergleichsminderung erspart, nicht erst (wie nach § 17 KO) auf Grund eines positiven Erfüllungsverlangens, sondern schon dann erwirbt, wenn die Erfüllungsablehnung unterbleibt« (JAEGER, Die Geschäftsaufsicht neuer Ordnung S. 46).

56 OLG Dresden a. a. O. S. 93 f.; JAEGER KO^{3/4} § 17 Rn. 55; v. WILMOWSKI KO⁵ § 179 Anm. 1 (S. 463); vgl. auch OLG Königsberg SeuffA 61, 342, 343 f.; STAUB/KÖNIGE a. a. O.; Stellungnahme dazu o. Rn. 5.1 ff., 5.14 ff., 12.7 ff., 12.20 ff.

57 OLG Dresden; JAEGER; DATHE; vgl. auch OLG Königsberg; STAUB/KÖNIGE; v. WILMOWSKI (jeweils a. a. O.); WILLENBÜCHER/GÜNTHER KO § 17 Rn. 6, § 193 Rn. 4.

58 Vgl. o. Rn. 12.19 ff.

59 Vgl. auch WEINBERG S. 43 (GeschäftsaufsichtsVO § 9 Anm. 1: »Alle diese Vorschriften sind in Anlehnung an die konkursrechtlichen Bestimmungen getroffen.«), S. 14 (»Erfüllung von laufenden, noch nicht oder nicht vollständig erfüllten Verträgen, Kündigung von Miets-, Pacht- und Dienstverhältnissen aller Art, ist in einer den Vorschriften der Konkursordnung entsprechenden Weise geregelt.«) und KLIMMER GeschäftsaufsichtsVO § 13 Anm. II a (»Nr. 2 entspricht dem § 59 Nr. 2 Fall 1 KonkO«. Dieser Satz enthält eine grobe Vereinfachung; richtig hingegen JAEGER a. a. O. – o. Fn. 55 a. E.).

60 Die o. Rn. 5.6 wiedergegebenen Ausführungen der 6./7. Auflage des JAEGERschen Kommentars stimmen mit den entsprechenden Passagen der im Jahre 1913 abgeschlossenen 3./4. und der im Jahre 1916 abgeschlossenen 5. Auflage fast wörtlich überein (jeweils KO § 17

I Nr. 2 der GeschäftsaufsichtsVO von 1916 als Ausdruck des Willens zu verstehen, dieses von JAEGER behauptete »Gesetz« auch für das Geschäftsaufsichtsverfahren zu übernehmen?

Nicht bemerkt hatte man bei dieser Übernahmeaktion, daß ein »Gesetz« mit dem von JAEGER behaupteten Inhalt in Wirklichkeit niemals existiert hatte⁶¹. (In ganz anderem Zusammenhang hat das später auch der BGH erkannt⁶².) Auch die zumindest hilfsweise beabsichtigte Anknüpfung an die von JAEGER geprägte *Auslegung* der §§ 17, 59 I Nr. 2 KO ist den Verfassern der GeschäftsaufsichtsVO im Ergebnis mißlungen⁶³. Denn für den Bereich des § 17 KO ist, soweit ersichtlich, noch nie die Ansicht vertreten worden, daß der Vertragspartner *während* des schwebenden Verfahrens ein (durch die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters auflösend bedingtes) Recht zur unbeschränkten Durchsetzung seines Erfüllungsanspruchs habe. Herrschend ist und war wohl auch schon damals die Auffassung, daß der Vertragspartner vom Zeitpunkt der Konkursöffnung an dem Vollstreckungsverbot des § 14 KO [§ 89 I InsO] unterliegt⁶⁴ und daß sich das erst ändert, wenn das Verfahren aufgehoben wird oder der Konkursverwalter mit der Folge des § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO die Erfüllung des Vertrages verlangt (wozu er u. U. sogar der vorherigen Genehmigung des Gläubigerausschusses bedurfte⁶⁵). 13.30

Nach den §§ 9, 13 I Nr. 2, 13 II der GeschäftsaufsichtsVO vom 14. 12. 1916 und den ihnen im wesentlichen nur nachgebildeten §§ 36 I, 50, 52 I VerglO sollte der Vertragspartner, der auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hat, einem entsprechenden Vollstreckungsverbot (§ 6 II GeschäftsaufsichtsVO bzw. § 47 VerglO) dagegen grundsätzlich nicht unterliegen⁶⁶. *Nur wenn die Nichterfüllung des Vertrages zur Erreichung des Verfahrenszwecks geboten war und dem Gläu-* 13.31

Rn. 55). *Vollkommen* ist diese Übereinstimmung hinsichtlich des hier interessierenden Schlußsatzes.

61 Vgl. o. Rn. 5.1 ff., 12.7 ff., 12.20 ff.

62 Vgl. o. Rn. 12.30 Fn. 72.

63 Vielleicht hängt das damit zusammen, daß man es seinerzeit wohl unterlassen hatte, das neue Gesetzeswerk »zunächst im Entwurfe der öffentlichen Beurteilung zu unterbreiten und Ausschüsse von Fachmännern zur tätigen Mitarbeit zu berufen«. So jedenfalls hat JAEGER (Die Geschäftsaufsicht neuer Ordnung S. 11; vgl. auch DJZ 1926, 27) die Arbeitsweise des Gesetzgebers kritisiert; seine Ausführungen gipfeln in dem Satze: »Eine Beteiligung von Vertretern der Wissenschaft und Praxis nach österreichischem Vorbilde würde eine raschere und bessere Lösung der schweren Aufgabe ermöglicht haben.« – Etwas relativiert wird JAEGERs Kritik allerdings durch CAHN, Geschäftsaufsicht und Zwangsvergleich S. 8: Das Reichsjustizamt habe seinen Gesetzesentwurf am 22. August 1916 zum Gegenstand einer Erörterung mit Sachverständigen gemacht; aufgrund dieser Erörterung sei der Entwurf mehrfach abgeändert worden. Vgl. auch KLIEN S. 5 und ZWEIGERT S. 14.

64 Vgl. die o. Rn. 5.4 in Fn. 12 Genannten und – ohne besondere Erwähnung des § 14 KO – JAEGER, Die Geschäftsaufsicht neuer Ordnung S. 46 (wörtlich o. Fn. 55 a. E.).

65 Vgl. § 133 Nr. 2 KO und o. Rn. 2.2, 3.30, 13.21. Jedoch hatte die Mißachtung dieser Vorschrift nicht die Unwirksamkeit des Erfüllungsverlangens zur Folge (vgl. § 136 KO).

66 Vgl. § 13 I GeschäftsaufsichtsVO und die Begründung dazu (Fundstelle o. Fn. 36) sowie BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ §§ 47, 48 Rn. 3; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, VerglO § 47 Anm. 1 a, 3.

*biger keinen unverhältnismäßigen Nachteil brachte*⁶⁷, sollte solch ein Vertragspartner vom Schuldner in das Verfahren⁶⁸ und damit auch in das verfahrensbegleitende Vollstreckungsverbot einbezogen werden können.

- 13.32** Als Ergebnis ist somit festzuhalten: Im Gegensatz zur KO wollten die GeschäftsaufsichtsVO und die spätere VergIO die Gläubiger, die den Vertrag auch ihrerseits noch nicht vollständig erfüllt hatten, nicht generell, sondern »nur ausnahmsweise«⁶⁹ den verfahrenstypischen Beschränkungen unterwerfen.

2. Kritik

- 13.33** Was ist von dieser Bevorzugung gerade der Gläubiger, die zu dem haftenden Vermögen des Schuldners i. d. R. am wenigsten beigesteuert haben, zu halten? Noch immer lesenswert ist in diesem Zusammenhang eine Textpassage der MOTIVE zur KO, die sich auf den – mit § 36 VergIO angeblich so eng verwandten⁷⁰ – § 17 KO [§ 103 InsO] bezieht und folgendes besagt⁷¹:

- 13.34** »Der durch den zweiseitigen Vertrag begründeten Verpflichtung des Gemeinschuldners zu der einen Leistung steht sein Recht auf die andere gegenüber.

Von der ersten Seite betrachtet, ist der Mitkontrahent persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners. Als solcher unterliegt er den Wirkungen des Konkursverfahrens. Dasselbe hemmt die Ausführung der schwebenden obligatorischen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners. Bei der gleichmäßigen Vertheilung der gemeinschaftlichen Masse wird jede Forderung in der Lage berücksichtigt, in welcher sie beim Eintritt des Verfahrens sich befindet. *Der Umstand, daß der Gläubiger aus einem zweiseitigen Verträge auf Grund desselben zugleich eine Verbindlichkeit zu erfüllen haben würde oder schon erfüllt hat, kann wohl den Betrag seiner Gegenforderung vermindern oder erhöhen, giebt ihm aber kein Recht, auf der vollen, vertragsmäßigen Vollstreckung derselben zu beharren.* Besteht seine Forderung gegen den Gemeinschuldner in Zahlung einer Geldsumme, so konkurriert er für diese mit allen übrigen persönlichen Gläubigern; sollte ihm die Summe voll aus der Konkursmasse gezahlt werden müssen, *so würde man ihn mit Unrecht aus der Reihe der Konkursgläubiger zu einem Massegläubiger erheben.* Besteht seine Forderung in der Leistung einer Handlung so kann er nur sein Interesse in Geld liquidiren; denn jeder obligatorische Anspruch verwandelt sich bei der schließlichen Vollstreckung in eine Geldforderung. Ebenso wenig kann er auf Grund seines bloß obligatorischen Rechts die Herausgabe einer von dem Gemeinschuldner als Gegenleistung versprochenen Sache ver-

67 § 9 I 2 GeschäftsaufsichtsVO; ähnlich später § 50 II 5 VergIO.

68 § 13 II GeschäftsaufsichtsVO, § 52 I 2 VergIO.

69 So ausdrücklich die bei Rn. 13.19 wiedergegebene Begründung zu §§ 9–11 GeschäftsaufsichtsVO und CAHN KuT 1927, 148, 149. Vgl. auch KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, VergIO § 50 Anm. 4: Wegen § 50 II 5 VergIO sei die Ermächtigung zur Erfüllungsablehnung »wohl nur in Ausnahmefällen« zu erteilen.

70 RGZ 142, 296, 299 f.; 155, 306, 311/312; BGHZ 58, 246, 248 ff.; KG KuT 1932, 144, 145; BLEY Judicium 1932, 199, 210/211; BLEY/MOHRBUTTER VergIO⁴ § 36 Rn. 1; BRAUN S. 219; HÄSEMAYER KTS 1973, 2 ff.; JACOBSON JR 1929, 96 ff.; Graf LAMBSDORFF Rn. 493 ff.; H. LEHMANN Festgabe f. R. Schmidt S. 346, 357 f.; B. MAYER VergIO § 4 Rn. 1; MEINER S. 14 f.; W. MEYER S. 48 ff.; NAGEL S. 18, 21 f.; VOGELS/NÖLTE VergIO § 36 Anm. I.

71 MOTIVE zur KO S. 65 = HAHN Bd. IV S. 85 (Hervorhebungen nicht im Original). Dazu auch schon o. Rn. 3.54 ff.

langen, sofern diese noch Eigentum des Gemeinschuldners geblieben ist ...« (Sodann wird dargelegt, daß der Konkursverwalter ohne weiteres berechtigt, nicht aber auch verpflichtet sei, es bei diesem – von den Motiven als »Nichterfüllung« bezeichneten⁷² – Rechtszustande zu belassen.)

Diese Ausführungen der MOTIVE überzeugen nicht nur für den Konkurs (und für das Verfahren nach der am 1. 1. 1999 in Kraft getretenen InsO!), sondern lassen sich ohne weiteres auch auf das Vergleichsverfahren übertragen. Hier handelt es sich der Sache nach um eine vorweggenommene vernichtende Kritik der §§ 13 I Nr. 2, 9 I 2 GeschäftsaufsichtsVO und der späteren §§ 36 I, 50 II 5 VerglO: Indem diese Bestimmungen dem Vertragspartner allein deshalb, weil er auch selbst noch nicht vollständig erfüllt hat, das (nur in besonderen Ausnahmefällen entziehbare⁷³) Recht vorbehalten, trotz des schwebenden Geschäftsaufsichts- bzw. Vergleichsverfahrens »auf der vollen, vertragsmäßigen Vollstreckung« seiner Forderung zu »beharren«⁷⁴, durchbrechen sie in einer nicht zu rechtfertigenden Weise den obersten Verfahrensgrundsatz, daß alle zur Zeit der Verfahrenseröffnung begründeten⁷⁵ Vermögensansprüche *gleichmäßig*⁷⁶ betroffen werden sollen.

Solch eine Bevorzugung gerade der Gläubiger, die den die Grundlage ihrer Forderung bildenden Vertrag auch ihrerseits noch nicht vollständig erfüllt und somit am wenigsten zu dem haftenden Vermögen des Schuldners beigesteuert haben, ist derart grotesk, daß sich selbst die sonst so nüchternen MOTIVE der KO⁷⁷ zu einem Hauch von Polemik hinreißen ließen: »Als ob ... der Mitkontrahent ein besserer Gläubiger wäre, als jeder persönliche Gläubiger! ... Flebile beneficium. Es kommt dadurch ein wunderliches Resultat heraus ...« Welches Resultat die MOTIVE hier meinten, ist o. bei Rn. 7.4 ff. nachzulesen. Dort ging es »nur« um die in § 26 Satz 1 KO geregelte Frage, ob der Vertragspartner im Fall der konkursbedingten »Nichterfüllung« seiner Forderung berechtigt ist, »die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen«. Nicht weniger »wunderlich«, als ihm dieses Recht nur dann zu versagen, wenn es sich bei dieser Leistung um eine den § 17 KO (§ 103 InsO) unanwendbar machende *vollständige* Erfüllung handelt⁷⁸, wäre es, schon im Rahmen der Vorfrage, ob das Konkurs- bzw. Vergleichsverfahren überhaupt zu der (in § 26 KO vorausgesetzten) »Nichterfüllung« der gegen den Gemeinschuldner gerichteten Forderung des Vertragspartner führt, danach zu unterscheiden, ob der Vertragspartner auch seinerseits noch etwas schuldig geblieben ist oder nicht. Genau das aber taten die §§ 25 I, 36 I VerglO, indem sie dem Vertragspartner (nur) dann, wenn er auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hatte, das (nur unter

72 Vgl. o. Rn. 3.6, 3.48 ff.

73 Vgl. § 9 I 2 GeschäftsaufsichtsVO, § 50 II 5 VerglO und o. Rn. 13.31 (a. E.), 13.32.

74 Vgl. die bei Rn. 12.34 wiedergegebene Passage der MOTIVE zu § 17 KO.

75 Vgl. §§ 3 I, 193 Satz 1 KO, §§ 25 I, 82 I VerglO, §§ 38, 217, 254 I 1, 3 InsO.

76 Vgl. z. B. §§ 12, 14, 181 KO, §§ 8, 47 ff. VerglO, §§ 1 Satz 1, 87 ff., 226 InsO.

77 MOTIVE zur KO S. 90 = HAHN Bd. IV S. 105 f.

78 So aber der in den MOTIVEN (a. a. O. und o. Rn. 7.6) so heftig kritisierte § 16 III HS. 1 der *preußischen* KO.

den strengen Voraussetzungen des § 50 II 5 VerglO entziehbare) Recht einräumen, seinen Erfüllungsanspruch ohne Rücksicht auf das schwebende Vergleichsverfahren durchzusetzen.

III. Nichtigkeit des § 36 I VerglO

1. Unvereinbarkeit mit Art. 3 GG

- 13.37** Die bisherigen Überlegungen drängen zu der Frage, ob die Ausnahme, die die §§ 36 I, 50 II 5 VerglO von dem das ganze Vergleichsverfahren beherrschenden Grundsatz der Gleichbehandlung aller nicht bevorrechtigten Gläubiger statuierten, überhaupt als geltendes Recht anerkannt werden darf, das nach Maßgabe des bei Rn. 13.7 Ausgeführten über das Jahr 1998 hinaus fortwirkt.
- 13.38** Nach gefestigter Rspr. des Bundesverfassungsgerichts verstößt ein Gesetz gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 GG, wenn es Differenzierungen vornimmt, für die sich »ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund . . . nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß«⁷⁹.
- 13.39** Wie die vorangegangenen Ausführungen gezeigt haben, lassen die im Zusammenhang mit dem jeweiligen Gesetzgebungsverfahren verfaßten Materialien einen sachlichen Grund für die in §§ 36 I, 50 II 5 VerglO und in den entsprechenden Bestimmungen der GeschäftsaufsichtsVO vorgenommene Privilegierung gerade der Gläubiger, die den die Grundlage ihrer Forderung bildenden gegenseitigen Vertrag auch ihrerseits noch nicht vollständig erfüllt haben, nicht erkennen. In derartigen Fällen⁸⁰ ist zu prüfen, ob sich solch ein Grund nicht wenigstens »finden« läßt⁸¹. Das soll nun unter Berücksichtigung des sich mit Sinn und Zweck des § 36 I VerglO befassenden Schrifttums und der einschlägigen Rechtsprechung versucht werden.

⁷⁹ BVerfGE 1, 14, 16 f. (Leitsatz 18), 52; vgl. auch BVerfGE 3, 58, 135 f.; 9, 291, 294 ff.; 12, 326, 333; 23, 229, 240; 31, 212, 218 f.; 33, 367, 384; 36, 174, 187; 39, 316, 326 ff.; 48, 227, 234 ff.; 55, 100, 112; 67, 329, 345 f.; 88, 87, 96 f.; 97, 271, 290 f. *Seit 1980 legt das BVerfG sogar einen noch strengeren Maßstab an*, wenn entweder Personengruppen ungleich behandelt werden oder wenn sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann. In derartigen Fällen müssen für die Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können (BVerfGE 55, 72, 88 ff.; 88, 87, 96 f.; 93, 99, 110; 97, 271, 290 f.; 100, 59, 90); dies läuft auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hinaus (s. GUBELT, in: von Münch/Kunig [Hrsg.], GG, 5. Aufl. 2000 Art. 3 Rn. 14 m. w. N.). *Im folgenden kann diese neue Formel außer Betracht bleiben, da schon das allgemeine Willkürverbot verletzt ist.*

⁸⁰ Vgl. z. B. BVerfGE 9, 291, 294 ff.; 62, 256, 276 ff.; 82, 126, 148 ff.; 88, 87, 99 ff.; 98, 365, 386 ff.

⁸¹ Vgl. auch BVerfGE 9, 291, 297: »Bleibt somit die rechtliche Konzeption, von der das Gesetz ausgeht, unklar, so ist für jede der mehreren Deutungsmöglichkeiten die Frage der Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.«

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang die im Jahre 1914 publizierte Dissertation von TISCHBEIN zum Thema »Der gerichtliche Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses«. In dieser Arbeit, der schon vor Schaffung des (dem späteren § 36 I VerglO entsprechenden⁸²) § 13 I Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO viel Beachtung zuteil geworden ist⁸³, werden bemerkenswerte Vorschläge zur Einführung eines konkursabwendenden gerichtlichen Vergleichsverfahrens gemacht. Hinsichtlich der §§ 17, 19–23 KO vertrat TISCHBEIN die Auffassung, daß sich eine Übertragung dieser Bestimmungen auf das zu schaffende Vergleichsverfahren, das auf Fortführung, nicht auf Liquidation der »Schuldnerexistenz« gerichtet sei, nicht empfehle⁸⁴. Grund dafür sei »die andere Richtung der maßgebenden Interessen«. Die »schwebenden« Geschäfte seien von der Eröffnung des Verfahrens an »wie die vom Schuldner erst nach dieser getätigten zu behandeln: volle Erfüllung von beiden Seiten«⁸⁵. Dem Schuldner sei »also das Wahlrecht des § 17 KO zu versagen«⁸⁶. Nur bei ruinösen Dauerschuldverhältnissen könne man »vielleicht, um dem Schuldner die Möglichkeit der Sanierung durch den Präventivakkord zu erschließen, zulassen, daß das Gericht auf Antrag des Schuldners diese ruinösen Verträge nach Anhörung des Revisors oder sonstigen Erörterungen von einem nahen Zeitpunkt an ... für erloschen erklärt«.

Diese Überlegungen TISCHBEINS gehen im Grundsatz davon aus, daß die »schwebenden« Geschäfte von der Eröffnung des Verfahrens an »wie die vom Schuldner erst nach dieser getätigten zu behandeln« und deshalb vollständig zu erfüllen seien. Insoweit scheinen sie ihre Wirkung auf den Gesetzgeber nicht verfehlt zu haben: Es ist schon bemerkenswert, daß die GeschäftsaufsichtsVO vom 14. 12. 1916 den Satz, daß Gläubiger aus zur Zeit der Verfahrenseröffnung beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen vom Verfahren nicht betroffen werden, in der Nr. 2 des insgesamt 6 Nrn. umfassenden ersten Absatzes ihres § 13 unmittelbar im Anschluß an die entsprechende Behandlung derjenigen

82 Vgl. o. Rn. 13.12 ff., 13.17 ff.

83 Vgl. SCHOURP S. 68 Fn. 1 und – nicht direkt zu den hier interessierenden Fragen – BOVEN-SIEPEN DRIZ 1916, 246 (Fn. 1), 248 f., 252, 463; CAHN, Verhandlungen des 32. DJT (dazu schon o. Rn. 13.22 Fn. 47) Bd. I S. 694, 768 f.

84 TISCHBEIN S. 73. Ähnlich HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 444 im Hinblick auf ein in der InsO zu regelndes sog. »Reorganisationsverfahren«. Ein solches wurde jedoch genauso wie § 36 I VerglO *nicht* in die InsO übernommen. Vgl. zu der Argumentation von HENCKEL auch u. Rn. 13.44 ff. und zum Scheitern des Versuchs, in der InsO ein besonderes Reorganisationsverfahren anzubieten: BALZ ZIP 1988, 1438, 1440, 1443; dens. in BALZ/LANDFERMANN, Die neuen Insolvenzgesetze, 2. Aufl. 1999, S. XXXV ff. sowie die Begründung des RegEInsO in BT-Drucks. 12/2443 S. 83 (ad A 4 a aa) = BALZ/LANDFERMANN a. a. O. S. 151.

85 Vgl. ergänzend TISCHBEIN S. 71 Fn. 6: »Während des Verfahrens darf der Schuldner befriedigen: 1. Aussonderungsgläubiger; 2. Gläubiger, die Anspruch auf volle Erfüllung ihrer Forderung haben, sei es als Gläubiger aus Geschäften, die zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens schwebten, sei es als Gläubiger aus erst nach dieser vom Schuldner getätigten Geschäften; 3. ...; 4. ...«

86 Auch TISCHBEIN ging also von der unzutreffenden (s. o. Rn. 3.5 ff.) Vorstellung aus, daß § 17 KO [§ 103 InsO] dem Konkursverwalter ein besonderes, nicht schon nach anderen Vorschriften begründetes Recht zur Erfüllungsablehnung gewähre.

Gläubiger aussprach, »deren Ansprüche auf Rechtshandlungen des Schuldners beruhen, die dieser nach der Anordnung der Geschäftsaufsicht mit Zustimmung der Aufsichtsperson vorgenommen hat oder ohne solche Zustimmung vornehmen durfte« (§ 13 I Nr. 1).

- 13.42** Der für diese Gesetzesfassung vermutlich mitursächliche Vorschlag von TISCHBEIN, Gläubiger aus zur Zeit der Verfahrenseröffnung schon existenten, aber beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen grundsätzlich ebenso zu behandeln wie Gläubiger aus erst nach der Verfahrenseröffnung geschlossenen Verträgen⁸⁷, setzt offenbar voraus, daß der Grund für die Privilegierung des letztgenannten Gläubigerkreises auch die Privilegierung des erstgenannten rechtfertigt. Der Grund für die Privilegierung der Gläubiger aus erst nach der Verfahrenseröffnung geschlossenen Verträgen⁸⁸ liegt anerkanntermaßen⁸⁹ darin, daß der Schuldner auch während des schwebenden Verfahrens weiterwirtschaften können soll und für den Abschluß der dazu notwendigen Verträge nur dann Partner finden wird, wenn diese mit der vollständigen Erfüllung ihrer aus diesen Verträgen entstehenden Forderungen rechnen können. Dieser Gedanke kann aber unmöglich dazu dienen, auch Forderungen aus schon *vor* der Verfahrenseröffnung geschlossenen Verträgen des Schuldners zu privilegieren. Denn hier hat sich der Vertragspartner ja schon vor der Verfahrenseröffnung fest⁹⁰ gebunden. Eine Privilegierung des bereits gebundenen Vertragspartners (nur) für den Fall, daß er auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hat, würde ihn geradezu ermutigen, der bereits eingegangenen Bindung sogar dann zuwiderzuhandeln (d. h. den Vertrag nicht zu erfüllen), wenn ein Insolvenzverfahren überhaupt noch nicht eröffnet ist. Dieser Effekt, den der solch ein Privileg gewährende § 13 I Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO tatsächlich erzeugt zu haben scheint⁹¹, würde dem Zweck des Vergleichsverfahrens, den Schuldner bzw. sein Unternehmen zu sanieren, nachhaltig zuwiderlaufen.
- 13.43** Richtig ist allerdings, daß der Vertragspartner seine Verbindlichkeit *nach* der Eröffnung des Verfahrens nur dann zu erfüllen braucht, wenn sein Anspruch auf die Gegenleistung in vollem Umfang durchsetzbar bleibt. Auch das ist jedoch kein

87 Vgl. o. Rn. 13.40f.

88 Die in dem zitierten § 13 I Nr. 1 GeschäftsaufsichtsVO enthaltene Beschränkung dieses Privilegs auf Fälle, in denen der Schuldner »mit Zustimmung der Aufsichtsperson« kontrahiert hat oder »ohne solche Zustimmung« kontrahieren durfte, ist später aufgegeben worden (vgl. u. Rn. 13.99 mit Fn. 194 f.). Gegen sie schon im Jahre 1914 TISCHBEIN S. 69 ff.

89 Vgl. TISCHBEIN S. 72; Entwurf einer Vergleichsordnung . . . und Begründung (1933) S. 41 f., 73; BLEY VerglO² § 57 Anm. 23; VOGELS/NÖLTE VerglO § 57 Anm. II 3 b.

90 Und nicht etwa nur »schwebend« unwirksam, wie dies in den Formulierungen von TISCHBEIN (vgl. soeben Rn. 13.40 und Fn. 85) anklingt. Gegen den Begriff des »schwebenden« Vertrages auch PLETZSCH S. 37 ff.; nicht aber z. B. ADEN S. 53, der seinen Standpunkt mit der für die h. M. typischen Vorstellung begründet, daß die durch den Vertragsschluß begründeten beiderseitigen rechtlichen Pflichten »geschäftlich noch kein rechtes Gewicht« hätten.

91 Vgl. JAEGER DJZ 1926, 27, 31: Im Hinblick auf § 13 I Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO sei es »zur weitverbreiteten Übung« geworden, daß Verkäufer nur »unter Zurückhaltung eines kleinen Restes« lieferten.

Grund, der es rechtfertigen könnte, den Gegenanspruch des Vertragspartners selbst dann als nicht verfahrensbetroffen einzustufen, wenn der Vergleichsschuldner die Erfüllung des Vertrages *nicht* verlangen will⁹². Genau das aber sahen die §§ 36 I, 50 II 5 VerglO für die (nach herkömmlichem Verständnis die Regel bildenden^{92a}) Fälle vor, in denen der Schuldner nicht nachweisen konnte, daß »die Erfüllung oder die weitere Erfüllung des Vertrages das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs gefährden würde *und* die Ablehnung der Erfüllung dem Vertragspartner keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt« (ähnlich noch heute § 20 b II östAO).

Im konzeptionellen Frühstadium der Insolvenzrechtsreform, die später an die Stelle von KO und VerglO die InsO setzte, hat HENCKEL die Argumentation von TISCHBEIN⁹³ aufgegriffen und verfeinert. Mit Blick auf das (aus damaliger Sicht) künftige Insolvenzrecht vertrat HENCKEL die Ansicht⁹⁴, daß es dem Zweck eines auf »Reorganisation« des Schuldnerunternehmens gerichteten Verfahrens zuwiderlaufe, wenn die gegenseitigen Verträge des Schuldners in einem solchen Verfahren, dessen gesetzliche Einführung damals als wichtiges Reformanliegen galt⁹⁵, genauso behandelt würden wie in einem Liquidationsverfahren nach Art der KO⁹⁶. Dem Ziel, das Unternehmen des Schuldners zu erhalten, entspreche es, »regelmäßig« davon auszugehen, daß die Verträge erfüllt würden und »nur ausnahmsweise« die Erfüllung abgelehnt werde, wenn der Schuldner in seiner Not ungünstige Verträge geschlossen habe. Die Erfüllung auch dann abzulehnen, wenn der Vertragspartner ungesichert teilweise vorgeleistet habe, werde die Bereitschaft der betroffenen Gläubiger, einem Reorganisationsplan (die InsO spricht jetzt von »Insolvenzplan«⁹⁷) zuzustimmen, nicht fördern. Der Verwalter werde darauf achten müssen, daß er nicht nur die Zustimmung der Gläubiger gewinne, sondern auch die Geschäftsbeziehungen aufrechterhalte und deshalb die Vertragspartner nicht durch die Erfüllungsablehnung vergräme⁹⁸. Daß damit der Vertragspartner, der noch nicht voll erfüllt habe, besser gestellt werde als derjenige, der schon in vollem Umfang vorgeleistet habe, sei »eine unvermeidbare Konzession«, wenn man die Reorganisation nicht gefährden wolle. **13.44**

Auch diese Argumentation rechtfertigt es jedoch nicht, die gegenüber § 36 I VerglO erhobenen Einwände aufzugeben und die mit dem Inkrafttreten der InsO verbundene *ersatzlose* Streichung dieser Bestimmung zu kritisieren. **13.45**

Insbesondere ist nicht einzusehen, weshalb der Gesichtspunkt, daß der Schuldner i. d. R. ein Interesse an der Aufrechterhaltung bestehender Geschäftsbeziehungen **13.46**

92 Das verkennt KEPPLINGER S. 119, 138 (zu §§ 20 a, b östAO; s. o. Rn. 13.8).

92 a Vgl. o. Rn. 13.31 f. mit Fn. 69.

93 Vgl. o. Rn. 13.40 ff.

94 HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 444.

95 Dieses Reformanliegen wurde jedoch nicht verwirklicht (vgl. Rn. 13.40 Fn. 84).

96 Also nach dem Vorbild der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO / §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO.

97 Vgl. §§ 1 Satz 1, 217 ff. InsO.

98 HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 444 und sinngemäß auch schon a. a. O. S. 440 f.

habe und deshalb seinen Vertragspartner nicht unnötig vergrämen dürfe⁹⁹, ein Festhalten an der Grundwertung des § 36 I VergIO erfordern soll. Denn »Vergrämung« kann auch die Folge zuvor geweckter und dann enttäuschter positiver Erwartungen sein. Die positiven Erwartungen dessen, der den die Grundlage seiner Forderung bildenden Vertrag auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hatte, beruhen im Geltungsbereich der VergIO sicherlich auch darauf, daß § 36 I VergIO solchen Gläubigern suggerierte, »bessere« Gläubiger zu sein als diejenigen, die ihrerseits schon vollständig erfüllt hatten. Das Argument, daß die durch § 36 I VergIO privilegierten Gläubiger durch eine Erfüllungsablehnung des Schuldners bzw. des Insolvenzverwalters unnötig vergrämt und dadurch zu unfreundlichen Akten verleitet werden könnten, sprach also nicht für, sondern *gegen* § 36 I VergIO.

13.47 Für eine Vorschrift mit dem Inhalt des § 36 I VergIO könnte man das Vergrämungsargument (Rn. 13.46 ff.) nur dann ins Feld führen, wenn man bereit wäre, das in dieser Vorschrift ausgesprochene Privileg *de lege ferenda* auch den Gläubigern zuzugestehen, die den ihrer Forderung zugrundeliegenden Vertrag ihrerseits bereits vollständig erfüllt haben und deshalb eigentlich *ganz besonders* verärgert sein müßten, wenn ihre Gegenforderungen den beschränkenden Wirkungen des Vergleichsverfahrens unterworfen würden. Eine derartige *Erweiterung* des Gegenseitigkeitsprivilegs¹⁰⁰ würde den Kreis der vergleichs- bzw. insolvenzplanbetroffenen Gläubiger jedoch in unvertretbarer Weise reduzieren; sie kommt deshalb nicht ernstlich in Betracht.

13.48 Unrichtig ist auch der im Zusammenhang mit der Insolvenzrechtsreform vorgetragene¹⁰¹ Gedanke, daß die – inzwischen als §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO übernommenen – §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO spezielle *Verwertungsregeln* enthielten und schon deshalb nicht auf den Fall passen würden, daß die am Insolvenzverfahren Beteiligten eine *Fortführung* des schuldnerischen Unternehmens ermöglichen wollen und einen entsprechenden »Plan« (§§ 1 Satz 1, 217 ff. InsO) anstreben. Denn *Verwertungsregeln* sind die §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) nicht in bezug auf ein zur Insolvenzmasse gehörendes Unternehmen als Vermögensinbegriff und organisatorische Einheit, sondern nur in bezug auf die Forderung gegen den Vertragspartner des insolventen Schuldners¹⁰². Aus diesem Grunde erhebt § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) die Gegenforderung des Vertragspartners nicht ohne weiteres, sondern nur dann in den Rang einer Masseverbindlichkeit, wenn der Insolvenzverwalter die Forderung des Gemeinschuldners wirklich geltend macht, also gem. § 17 I KO (§ 103 I InsO) die Erfüllung des Vertrages verlangt. Eine solche Regelung ist der des § 36 I

99 Vgl. o. Rn. 13.44.

100 Zum Begriff vgl. o. Rn. 13.3 mit Fn. 2.

101 Vgl. z. B. HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419, 444.

102 S. o. Rn. 2.6 ff., 2.76 ff. Vgl. aber auch MAROTZKE, Das Unternehmen in der Insolvenz, 2000, Rn. 114 ff., 122 ff. zu dem Sonderfall des vom Schuldner oder vom vorläufigen Insolvenzverwalter getätigten und noch ganz oder teilweise unerfüllten Unternehmensverkaufs.

VerglO auch für den Fall vorzuziehen, daß ein die Unternehmensfortführung ermöglichender Insolvenzplan angestrebt wird.

Denn wer für diesen Fall an dem Grundsatz des § 36 I VerglO festhält (was die InsO nicht tut), muß konsequenterweise auch analog § 50 III HS. 2 VerglO bestimmen, daß der Schuldner bzw. Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages nach dem Beginn der Abstimmung über den Insolvenzplan nicht mehr ablehnen kann, da der Vertragspartner nach dem vergleichsrechtlichen Modell ja erst infolge der Erfüllungsablehnung Insolvenzgläubiger würde (§§ 36 I, 52 I Satz 2 VerglO) und es ein Unding wäre, ihn an einen »Plan« zu binden, über den er nicht mit abstimmen konnte. Trifft man aber eine Bestimmung des Inhalts, daß die Erfüllungsablehnung nur wirksam ist, wenn sie vor dem Beginn der Abstimmung über den Insolvenzplan erklärt wird, so nimmt man automatisch das – durchaus ernst zu nehmende¹⁰³ – Risiko in Kauf, daß der Insolvenzverwalter nicht oder nicht rechtzeitig erkennt, daß es sich bei dem Vertrag um einen beiderseits noch nicht vollständig erfüllten im Sinne des § 36 I VerglO handelt, und daß die Erfüllung des in Unkenntnis dieses Umstandes aufgestellten und bestätigten »Insolvenzplans« sowie die in dem Plan vorgesehene Fortführung des schuldnerischen Unternehmens später daran scheitern, daß plötzlich noch Gläubiger auftauchen, die auf das (nunmehr verfestigte!) Privileg pochen können, daß sie der Insolvenzplan nichts angehe. Diese Gefahr wäre selbst dann nicht auszuschließen, wenn man die Ausübung des Rechts zur Erfüllungsablehnung bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens zuließe. Sie läßt sich jedoch vermeiden, indem man für das neue Insolvenzrecht durchgängig an die *konkursrechtlichen* Bestimmungen über beiderseits noch nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge anknüpft, nach denen der Vertragspartner zunächst einmal Insolvenzgläubiger ist und aus dieser Position nur zu einem Massegläubiger dann »aufsteigt«, wenn er vom Insolvenzverwalter auf Erfüllung in Anspruch genommen wird (§ 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO). Daß die endgültige Fassung der InsO diesem Postulat entspricht (§§ 55 I Nr. 2 Alt. 1, 103, 279 InsO), ist also kein Fehler, sondern als sinnvolle und notwendige Reform nachdrücklich zu begrüßen¹⁰⁴.

Das letzte Wort über den bisherigen § 36 I VerglO ist damit freilich nur für solche (Insolvenz-)Verfahren gesprochen, die nach dem 31. 12. 1998 beantragt worden sind. Für vor dem 1. 1. 1999 beantragte (Vergleichs-)Verfahren und ihre Wirkungen auf gegenseitige Verträge bleibt es hingegen bei den Vorschriften der VerglO¹⁰⁵. Die Frage, ob § 36 I VerglO mit Art. 3 I GG vereinbar ist, hat also noch immer Praxisrelevanz¹⁰⁶ und soll deshalb im folgenden zu Ende diskutiert werden.

Bei der im Zusammenhang mit Art. 3 I GG gebotenen Untersuchung, ob sich für die in § 36 I VerglO ausgesprochene Privilegierung einer einzelnen Gläubiger-

103 Anders wohl HENCKEL ZZP 99 (1986) 419, 443 f.

104 So schon MAROTZKE in Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1990, S. 183 ff.

105 Vgl. o. Rn. 1.10 f., 13.7.

106 Vgl. oben Rn. 13.7 f. (auch zum österreichischen Recht).

gruppe ein sachlicher Grund »finden läßt«¹⁰⁷, stößt man unweigerlich auf den jedem Insolvenzrechtler wohlbekannten Gedanken, daß jemand, der ein Kreditrisiko eingeht, damit rechnen muß, daß sich dieses Risiko zu einem wirklichen Schaden konkretisiert¹⁰⁸. Man könnte deshalb erwägen, die in § 36 I VerglO vorgenommene Privilegierung gerade der Gläubiger, die den Vertrag ihrerseits noch nicht vollständig erfüllt haben, mit dem Argument zu rechtfertigen, daß diese Gläubiger ein Kreditrisiko vermieden hätten und schon deshalb eine günstigere Position verdienen würden¹⁰⁹.

13.52 Gegen diese Argumentation spricht jedoch, daß ein Kreditrisiko auch durch eine *unvollständige* (Vor-)Leistung eingegangen werden kann und daß § 36 I VerglO nicht nur die Gläubiger, die ihrerseits noch *nichts* geleistet haben, sondern ausdrücklich auch solche, die *unvollständig* erfüllt haben, hinsichtlich ihrer *gesamten* auf dem betreffenden Vertrag beruhenden Forderung privilegiert (einschränkend nur § 36 II VerglO, der aber »Teilbarkeit« der beiderseits geschuldeten Leistungen voraussetzt¹¹⁰, und § 36 III VerglO, der aber bloß den besonderen Fall betrifft, daß die Unvollständigkeit der Gläubigerleistung auf einem Mangel beruht¹¹¹).

13.53 Zwar könnte man in Anlehnung an einen Vorschlag von JACOBSON erwägen, die Anwendung des § 36 I VerglO durch eine restriktive Auslegung auf Fälle zu beschränken, in denen »die von einer Seite noch nicht erbrachte Teilleistung im Vergleich zu der ebenfalls nicht erbrachten . . . Teilleistung des Gegners nicht allzu unbedeutend ist«¹¹². Eine Rückführung des § 36 I VerglO auf den Gesichtspunkt des (nicht) übernommenen Kreditrisikos wäre aber auch auf diese Weise nicht möglich. Denn mit dem Gedanken des Kreditrisikos läßt sich zwar begründen, daß etwaige¹¹³ Ansprüche auf *Rückgewähr* eines bereits geleisteten Gegenstandes bei Insolvenz des Empfängers u. U. wertlos sind (§§ 3 I, 26 Satz 1, 69 KO)¹¹⁴, nicht aber auch, daß derjenige, der selbst noch nicht oder noch nicht vollständig (vor-)geleistet hat, seinen Anspruch auf die *Gegenleistung (!)* trotz der §§ 25 I, 47 f., 82 I VerglO sogar dann unbeschränkt sollte durchsetzen können, wenn der

107 Vgl. bereits Rn. 13.38.

108 Vgl. schon o. Rn. 5.67 f., 7.8 f.

109 Vgl. etwa H. LEHMANN *Judicium* 1931, 93, 113 f. (besonders Sp. 114).

110 Dazu Rn. 13.67 ff. (mit Fn. 147, 148, 150), 13.108 ff. und – verbunden mit rechtspolitischer Kritik – KEPPLINGER S. 134 f. (zu § 21 IV östKO und § 20 a II östAO). Auch § 105 InsO setzt übrigens voraus, daß die geschuldeten Leistungen »teilbar« sind (vgl. zu dieser Vorschrift o. Rn. 4.158 ff., 7.21 ff.). Weniger eng möglicherweise § 27 des dem Reichsminister der Justiz vom Deutschen Industrie- und Handelstag als Anlage zu I a 458/31 vorgelegten Entwurfs einer Ausgleichsordnung für das Deutsche Reich und Österreich: »Gläubiger, deren Ansprüche aus einem Kauf, Tausch oder einem anderen gegenseitigen Verträge herleiten, sind nicht Ausgleichsgläubiger wegen der *Gegenleistung für die zur Zeit der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens von ihnen noch nicht bewirkten Leistungen.*«

111 Dazu Rn. 13.74 Fn. 150 und Rn. 13.119 ff.

112 JACOBSON JR 1929, 96, 97; a. M. BGHZ 58, 246, 250; BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 36 Rn. 27, 28; MEINER S. 15.

113 Vgl. z. B. §§ 323 III, 325 ff. BGB und o. Rn. 7.1 ff.

114 Speziell zum Kreditrisikogedanken in diesem Zusammenhang o. Rn. 7.8 f.

Gegner im Vergleichsverfahren steht. Gerade das letztere ist aber die – nur in den Ausnahmefällen des § 50 II 5 VerglO zur Disposition des Schuldners gestellte – Rechtsfolge des § 36 I VerglO. Mit dem Gedanken des (nicht) übernommenen Kreditrisikos kann diese folglich nicht begründet werden.

Unhaltbar ist auch die fast allgemein anerkannte¹¹⁵ Ansicht, daß § 36 I VerglO auf den gleichen Wertungen beruhe wie § 17 KO: Der dem § 36 I VerglO wahrscheinlich zugrunde liegende Versuch des Gesetzgebers, eine Parallele zu § 17 KO (§ 103 InsO) herzustellen, ist im Prinzip zwar lobenswert. Da er aber objektiv mißlungen ist¹¹⁶, vermag auch er die in den §§ 36 I, 50 II 5 VerglO getroffenen Bestimmungen nicht zu rechtfertigen: Für einen Verstoß gegen Art. 3 GG genügt Willkür »im objektiven Sinn«¹¹⁷. **13.54**

In der Rspr. und im Schrifttum finden sich jedoch zahlreiche Stimmen, die sich nicht bloß darauf beschränken, die (vermeintliche) Parallele zwischen § 17 KO und §§ 36 I, 50 VerglO zu beschwören, sondern die darüber hinaus auch den konkreten Zweck nennen, der diesen Bestimmungen gemein sein soll. Bezogen auf § 17 KO sind diese Aussagen meist unzutreffend¹¹⁸; daraus darf man aber gerade dann, wenn man erkennt, daß die §§ 36 I, 50 VerglO mit § 17 KO nicht viel gemein haben, nicht ohne weiteres folgern, daß die genannten Zwecke auch dem § 36 I VerglO nicht zugrunde lägen. **13.55**

Als herrschend muß wohl die These angesehen werden, daß § 36 VerglO ebenso wie (angeblich) § 17 KO »in erster Linie und möglichst lange« den Vertragspartner des Schuldners schützen wolle¹¹⁹. Für den hier zunächst nur zu behandelnden *ersten* Absatz des § 36 VerglO ist diese Sinndeutung in der Tat naheliegend. **13.56**

Leider ist die Formel, daß § 36 VerglO in erster Linie und möglichst lange den Vertragspartner schützen wolle, aber auch nichtssagend; denn sie gibt nicht an, *warum* der Vertragspartner gerade (und nur) dann geschützt werden soll, wenn er auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hat. Die erwähnte Formel bedarf also einer diese Differenzierung rechtfertigenden Begründung. **13.57**

115 Vgl. o. Rn. 13.33 Fn. 70.

116 Vgl. o. Rn. 13.27 ff. (besonders Rnrn. 13.30–13.36).

117 BVerfGE 55, 72, 90; vgl. auch Rn. 13.38 Fn. 79.

118 Zu Sinn und Zweck des § 17 KO bzw. § 103 InsO s. o. Rn. 2.6 ff., 2.76 ff.

119 So BGHZ 58, 246, 249; 67, 242, 247, 248; BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 36 Rn. 1; BRAUN S. 219; UHLENBRUCK, Gläubigerberatung S. 512 ad 4 (2); vgl. auch HOFFMANN ZIP 1983, 776; W. MEYER S. 50; RÜHL ZZP 56 (1931) 154, 168 mit Fn. 39; RGZ 142, 296, 299 f. und – bzgl. § 13 I Nr. 2 GeschäftsaufsichtsVO (dazu o. Rn. 13.16 ff.) – OLG Hamm JW 1927, 730 Nr. 22. Etwas andere Gewichtung bei Graf LAMBSDORFF Rn. 498: »Der Vertragsgegner soll durch diese Vorschriften geschützt sein, allerdings nicht in erster Linie . . ., wohl aber gleichrangig mit dem Interesse, das der Konkursverwalter an der Vermehrung der Konkursmasse hat.« **Gegen** die These, daß § 36 I VerglO den Vertragspartner »möglichst lange« schützen wolle, wendet sich JACOBSON JR 1929, 96 f.; vgl. auch HÄSEMEYER KTS 1973, 2 ff. und LÜKE S. 82 ff.

- 13.58** Soweit eine solche überhaupt versucht worden ist¹²⁰, hat man sie meist dahingehend gegeben, daß es unbillig wäre, den Gläubiger nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens noch zur vollständigen Erfüllung zu zwingen und ihn hinsichtlich seines Anspruchs auf die Gegenleistung auf die Quote zu verweisen¹²¹.
- 13.59** Auch diese Überlegung vermag den § 36 I VerglO aber nicht zu rechtfertigen. Ganz deutlich wird das in den – die Regel bildenden – Fällen, in denen der Vertragspartner des Vergleichsschuldners nur Zug um Zug zu leisten braucht. Denn die Richtigkeit der Annahme, daß der Vertragspartner trotz des Vergleichs das ihm nach § 320 BGB zustehende Recht behält, seine Leistung bis zur *vollständigen* (also nicht nur vergleichsquotenmäßigen) Bewirkung der Gegenleistung zurückzuhalten, setzt *nicht* voraus, daß die seiner Zug-um-Zug-Einrede zugrunde liegende Gegenforderung von dem Verfahren und dem in ihm geschlossenen Vergleich unberührt bleibt. Das wurde bereits im Zusammenhang mit dem konkursbeendenden Zwangsvergleich (jetzt: Insolvenzplan) ausführlich begründet¹²². Da es keinen Grund gibt, diese Frage für das konkursabwendende Vergleichsverfahren anders zu entscheiden¹²³, schießt § 36 I VerglO zumindest für die Fälle, in denen der Vertragspartner des Schuldners nicht vorleistungspflichtig ist, weit über das ihm von der h. M. unterstellte Ziel hinaus. Ist der Vertragspartner ausnahmsweise vorleistungspflichtig, würde es völlig genügen, ihn nach dem Vorbild des § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) nur dann von den beschränkenden Wirkungen des Vergleichsverfahrens freizustellen, wenn er seinerseits tatsächlich auf Erfüllung des Vertrages in Anspruch genommen wird. Auch hier geht die ein Erfüllungsverlangen des Schuldners *nicht* voraussetzende Ausnahme, die § 36 I VerglO von dem Grundsatz des § 25 I VerglO (§ 3 I KO, § 38 InsO) statuiert, also entschieden zu weit¹²⁴.

120 Auf eine nähere Begründung haben verzichtet das OLG Hamm, HOFFMANN, MEYER, RÜHL (jeweils a. a. O.); BRAUN S. 199, 219; vgl. auch BGHZ 58, 246, 249 (konkreter noch das durch diese Entscheidung i. E. bestätigte Urteil des OLG Celle); Graf LAMBSDORFF a. a. O.

121 So z. B. das OLG Celle (zitiert in BGHZ 58, 246, 248); BERGES KTS 1972, 1, 8; BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 36 Rn. 1, 26, 52; DECHAMPS S. 53; HÄSEMAYER KTS 1973, 2, 6; KÖRBER S. 43; H. LEHMANN Festgabe f. R. Schmidt S. 346, 357/358; MEINER S. 14 f.; NAGEL S. 21 f.; SERICK Bd. I § 14 II 1 (S. 383); UHLENBRUCK, Gläubigerberatung S. 511; wohl auch KG KuT 1932, 144, 145; nicht ganz eindeutig JACOBSON JR 1929, 96 f. Vgl. aber auch BGHZ 58, 246, 250: Die §§ 17 KO, 36 VerglO einerseits und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) andererseits seien » trotz gewisser Ähnlichkeiten in der praktischen Auswirkung ... nach Inhalt und Zweckbestimmung verschieden ... « (sachlich übereinstimmend wohl BGHZ 67, 242, 248); eine synallagmatische Verknüpfung der beiderseits noch ausstehenden Leistungen sei in den §§ 17 KO, 36 VerglO folglich nicht vorausgesetzt (BGHZ 58, 249).

122 Vgl. o. Rn. 12.29 ff.

123 Dem o. Rn. 12.32 erwähnten § 193 Satz 2 KO entspricht für das Vergleichsverfahren der § 82 II VerglO.

124 Wenig überzeugend MAEDER S. 8, der »diese Abweichung des Vergleichsrechts vom Konkursrecht« damit erklären will, »daß es beim Präventivakkord ein der Konkursmasse entsprechendes Gebilde nicht gibt, da das Vermögen des Schuldners hier in keiner Weise bei der Verfahrenseröffnung einer Beschlagnahme zugunsten der Gläubiger unterliegt ... «.

Das würde selbst dann gelten, wenn man den Grundgedanken des § 36 I VerglO mit MAEDER¹²⁵ darin sähe, »den schutzwürdigen insolventen Schuldner vor der Liquidierung seiner noch vorhandenen Aktiven zu bewahren und möglichst wenig in seine Rechtsstellung zwecks Erhaltung seiner Existenz einzugreifen«. In der Konsequenz dieses Gedankens liegt es zwar, dem *Schuldner* das Recht, die Erfüllung des Vertrages zu verlangen, zu belassen, nicht aber auch, den anderen Vertragsteil vor dem ihm nach § 25 I VerglO zukommenden Schicksal eines Vergleichsgläubigers selbst dann zu bewahren, wenn der Schuldner die Erfüllung des Vertrages *nicht* verlangt. Genau das letztere aber tut § 36 I VerglO. **13.60**

Dieser Mangel des § 36 I VerglO wäre vielleicht noch erträglich, wenn die VerglO dem Schuldner in allen Fällen, in denen er seinen Vertragspartner nicht weiter in Anspruch nehmen will, ohne weiteres das Recht zugestehen würde, diesem das Privileg des § 36 I VerglO wieder zu entziehen. Gerade das tut sie aber nicht. In § 50 II macht sie dieses Recht vielmehr von einer vorgängigen Ermächtigung des Vergleichsgerichts abhängig, die nur erteilt werden soll, »wenn die Erfüllung oder die weitere Erfüllung des Vertrages das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs gefährden würde und die Ablehnung der Erfüllung dem Vertragsgegner keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt«. Nach der Begründung des im Jahre 1926 veröffentlichten Entwurfs einer Vergleichsordnung soll durch das Erfordernis der gerichtlichen Ermächtigung der »Gefahr von Mißbräuchen und unsachgemäßen Entschließungen« begegnet werden¹²⁶. Diese Begründung erkennt jedoch, daß schon die Bestimmung des § 36 I VerglO höchst »unsachgemäß« ist und daß es somit nicht *sachgerecht* sein kann, dem Schuldner, der die Erfüllung des Vertrages nicht verlangen will, die Durchbrechung des seinem Vertragspartner durch diese Bestimmung gewährten Privilegs nur unter den strengen Voraussetzungen des § 50 II VerglO zu gestatten. **13.61**

Soweit es lediglich um die Beseitigung des dem Vertragspartner durch § 36 I VerglO gewährten Privilegs geht¹²⁷, läßt sich das Erfordernis der gerichtlichen Ermächtigung auch nicht mit dem Hinweis begründen, daß es sich bei der (gegen dieses Privileg gerichteten) Erfüllungsablehnung des Schuldners »immerhin um einen weitgehenden Eingriff in die Vertragstreue« handele¹²⁸. Denn diejenigen Gläubiger, die den die Grundlage ihrer Forderung bildenden Vertrag ihrerseits schon vollständig erfüllt haben, sind i. d. R. mindestens (!) genauso vertragstreue **13.62**

125 MAEDER S. 7 f.

126 Reichstag, III. Wahlperiode 1924/25, Anlage Nr. 2340 S. 24. Diese Äußerung bezieht sich ersichtlich nicht nur auf das durch die alte VerglO vom 5. 7. 1927 (§ 28) auch dem *Gläubiger* zugestandene Ablehnungsrecht, sondern ebenso auf das hier interessierende Ablehnungsrecht des *Schuldners*.

127 Davon zu unterscheiden ist die u. in Fn. 131 angesprochene Frage, welche Wirkungen die Erfüllungsablehnung (noch) hat, wenn es *nicht* zum Vergleich kommt.

128 So aber – wenn auch wohl in erster Linie aus dem u. Fn. 131 angesprochenen Grunde – WEINBERG GeschäftsaufsichtsVO § 9 Anm. 1; vgl. auch CAHN GeschäftsaufsichtsVO § 9 Anm. A 2; MAEDER S. 25 f.; SCHOURP S. 67 f.

wie diejenigen, die ihrerseits noch nicht vollständig erfüllt haben (sondern sich vielleicht sogar in Verzug befinden!¹²⁹).

13.63 Es gibt also keinen Grund, dem Schuldner gegenüber den letztgenannten Gläubigern ein höheres Maß an Vertragstreue zuzumuten als gegenüber den Gläubigern, die ihre eigene Vertragstreue schon durch eine vollständige Erfüllung der sie selbst treffenden Pflichten unter Beweis gestellt haben. Und da die Gläubiger, die ihrerseits schon vollständig erfüllt haben, von den Beschränkungen des Vergleichsverfahrens (und dem darin liegenden »Eingriff in die Vertragstreue«¹³⁰) ohne weiteres betroffen werden, ist es sachlich nicht zu rechtfertigen, die Gläubiger, die ihrerseits noch nicht vollständig erfüllt haben, insoweit besser zu behandeln¹³¹. Der Umstand, daß ein Gläubiger den die Grundlage seiner Forderung bildenden Vertrag auch seinerseits noch nicht erfüllt hat, ist also *kein* sachlicher Grund, ihm gem. §§ 36 I, 50 II VerglO das Privileg zuzugestehen, von dem (an einer weiteren Erfüllung des Vertrages u. U. gar nicht interessierten!) Schuldner nur dann in das Verfahren hineingezogen werden zu können, wenn die Erfüllung oder die weitere Erfüllung des Vertrages das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs gefährden würde und (!) die Ablehnung der Erfüllung ihm keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt.

13.64 Fast schon ein Eingeständnis dieses negativen Befundes enthält die letztgenannte Voraussetzung des § 50 II 5 VerglO. Denn i. d. R. wird der Nichterfüllungsschaden,

129 Nach BLEY VerglO² § 36 Anm. 26 soll selbst dieser Umstand die Anwendung der §§ 36, 50 VerglO nicht ausschließen (nicht ganz so deutlich die von MOHRBUTTER bearbeitete 3. und 4. Aufl.; dennoch aber wohl unbestritten). **Zwingend ist diese Ansicht aber auch dann nicht**, wenn man versuchsweise von der *Gültigkeit* des § 36 I VerglO ausginge. Vgl. MAROTZKE in FS Zöllner, 1998, Bd. II, S. 1193, 1200 mit Fn. 23; HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 45, § 109 Rn. 14 a. E. und § 112 Rn. 6 a. E.

130 Vgl. soeben Rn. 13.62.

131 Genau das aber tun die §§ 36 I, 50 II, 52 I VerglO und ihre Vorläufer aus der GeschäftsaufsichtsVO vom 14. 12. 1916. Nur in einer Hinsicht ist der »Eingriff in die Vertragstreue«, den zu dulden sie den Gläubigern aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen zumuten, wirklich gravierender als der Eingriff, den das Verfahren für alle übrigen Gläubiger bringt: Nach herrschender und auch von den Verfassern der VerglO vertretener Ansicht (s. o. Rn. 3.27 mit Fn. 73) verwandelt die – berechtigte – Erfüllungsablehnung des Schuldners den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners auch für den Fall, daß es *nicht* zum Vergleichsschluß kommt, endgültig in einen Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens. Diese Ansicht mag unter der Geltung der GeschäftsaufsichtsVO vom 14. 12. 1916, die den Schuldner u. U. auch ohne Vergleichsschluß allein durch das Aufsichtsverfahren als solches »über Wasser halten« wollte, noch akzeptabel und vielleicht sogar der letztlich entscheidende Grund für die Aufstellung des Erfordernisses einer gerichtlichen Ermächtigung gewesen sein (vgl. etwa CAHN GeschäftsaufsichtsVO § 9 Anm. A 2). Nicht mehr akzeptabel ist diese Ansicht jedoch, seit aus der kriegsbedingten *Geschäftsaufsichtsverordnung* eine *Vergleichsordnung* wurde, die ausdrücklich vorschreibt, daß das Gericht den Schuldner nur dann zur Erfüllungsablehnung ermächtigen soll, wenn die (weitere) Erfüllung des Vertrages »das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs gefährden würde...« (vgl. § 50 II 5 VerglO und im Gegensatz dazu die noch nicht auf das Ziel des Vergleichsschlusses fixierte Formulierung des bei Rn. 13.17 wiedergegebenen § 9 I 2 GeschäftsaufsichtsVO). Insoweit kann auf die Ausführungen bei Rn. 3.32 ff. verwiesen werden.

der dem Vertragspartner im Falle einer Erfüllungsablehnung droht, umso größer sein, je mehr Leistungen er dem Vergleichsschuldner schon ohne entsprechende Gegenleistung erbracht hat. Es liegt also in der Tendenz des § 50 II 5 VerglO, daß die Aussichten des Vertragspartners, das Privileg des § 36 I VerglO nicht durch eine wirksame Erfüllungsablehnung des Schuldners verlieren zu müssen, umso größer sind, je näher er sich durch seine bereits erbrachten Leistungen an die Grenze herangetastet hat, ab der ihm dieses Privileg von vornherein versagt (!) ist, weil er den Vertrag seinerseits schon vollständig erfüllt hat und deshalb von § 36 I VerglO als *nicht* mehr schutzwürdig angesehen wird!

Diesem latenten Wertungswiderspruch zwischen § 36 I und § 50 II 5 VerglO ließe sich zwar gegensteuern, indem man bei der im Rahmen des § 50 II 5 VerglO zu entscheidenden Frage, ob eine Erfüllungsablehnung dem Gläubiger einen »unverhältnismäßigen Schaden« bringen würde, nur solche Schäden berücksichtigte, die selbst dann entstehen würden, wenn der Gläubiger den Vertrag seinerseits schon vollständig erfüllt hätte. Wer so verfährt, führt sich aber umso deutlicher vor Augen, daß die Antwort auf die Frage, ob der Gläubiger nur dann den Beschränkungen des Vergleichsverfahrens unterworfen werden darf, wenn die Voraussetzungen des § 50 II 5 VerglO vorliegen, unmöglich davon abhängig gemacht werden darf, ob der Gläubiger den Vertrag seinerseits schon vollständig erfüllt hat oder nicht. Es ist also nicht verwunderlich, daß diese enge Auslegung des in § 50 II 5 VerglO verwendeten Begriffs »unverhältnismäßiger Schaden« anscheinend noch niemals vertreten worden ist. **13.65**

Im Gegenteil: Die Begründung des im Jahre 1933 veröffentlichten Entwurfs einer Vergleichsordnung geht (in einer auf Sukzessivlieferungsverträge gemünzten Passage) ohne weiteres davon aus, daß sich das Vergleichsgericht zur Erteilung der nach § 50 II VerglO erforderlichen Ermächtigung »nur schwer entschließen« werde, »wenn nur noch ein geringfügiger Teil der Gläubigerleistung rückständig ist und trotzdem der ganze Vertrag vernichtet werden soll«¹³². Daß diese Annahme zumindest genauso sehr, wie sie durch § 50 II 5 VerglO nahegelegt wird, dem – wenn auch abwegigen¹³³ – Grundgedanken des § 36 I VerglO¹³⁴ zuwiderläuft, scheinen die Verfasser der Vergleichsordnung vom 26. 2. 1935 nicht erkannt zu haben. Statt die Daseinsberechtigung der §§ 36 I, 50 VerglO generell in Zweifel zu **13.66**

132 Entwurf einer Vergleichsordnung nebst ... Begründung S. 45 (ausführlicher wiedergegeben u. Rn. 13.70); vgl. auch Archiv für Insolvenzrecht und Treuhandpraxis 1935, 1, 15 (BOHNENBERG); 25, 36 (SCHUMANN); KIESOW VerglO § 28 Rn. 26 a und – für den Fall, daß der Vertragspartner nur noch einen geringen Teil des Preises einer ihm vom Schuldner verkauften und unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Bezahlung übereigneten Sache schuldig geblieben ist – W. MEYER S. 58; GRAF LAMBSDORFF Rn. 514; SERICK Bd. I § 14 III 1 (S. 401/402); SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang Rn. 165 (der Text dieser Rn. ist aber wohl nur »hilfsweise« gedacht: vgl. Rn. 169 ff.). Anders jedoch MEINER S. 15, 46, der in dem Umstand, daß »die rückständige Leistung des Gläubigers unbedeutend« ist, einen Grund für die Erteilung der Ermächtigung sieht.

133 Vgl. o. Rn. 13.33 ff., 13.39 ff.

134 Dieser geht dahin, daß der Gläubiger gerade deshalb privilegiert werden müsse, weil er den Vertrag seinerseits noch *nicht* vollständig erfüllt habe.

ziehen, begnügten sie sich damit, den § 36 VergIO durch Einfügung eines zweiten und eines dritten Absatzes für einige wenige Fälle, in denen die Unsinnigkeit dieser Bestimmung besonders krass hervorgetreten war, zu entschärfen.

13.67 So wurde im zweiten Absatz des § 36 VergIO bestimmt:

»Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der Gläubiger die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrage seiner Forderung auf die Gegenleistung Vergleichsgläubiger. Wegen dieser Teilleistung kann der Gläubiger ein etwa im Verträge vereinbartes oder als vereinbart geltendes Rücktrittsrecht nach der Verfahrenseröffnung nicht mehr ausüben.«

13.68 Ergänzt wurde diese (in abgewandelter Form und anderem Kontext auch in die InsO übernommene¹³⁵) Vorschrift durch § 50 I 2 VergIO:

»Im Falle des § 36 Abs. 2 ist die Ablehnung (der Erfüllung) nur insoweit zulässig, als der Vertragsgegner mit seiner Forderung auf die Gegenleistung nicht Vergleichsgläubiger ist.«

13.69 Diese bis zum endgültigen Außerkrafttreten der VergIO nicht mehr geänderten Vorschriften sind in erster Linie auf Sukzessivlieferungsverträge gemünzt. Die Begründung¹³⁶ des Entwurfs von 1933 weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß eine volle Anwendung des § 4 (später § 36 I) VergIO auf Sukzessivlieferungsverträge zu Ergebnissen führe, die »im Einzelfalle höchst unbefriedigend« sein könnten:

13.70 »Der Schuldner kann sich zwar in jedem Falle durch Ablehnung der Erfüllung von dem Sukzessivlieferungsvertrag lösen und den Gläubiger wegen seines Schadensersatzanspruches auf die Teilnahme am Vergleichsverfahren verweisen. *Er muß dies aber erklären. Übersieht er, was bei großen Unternehmungen und bei nur noch kleinen Rückständen eines größeren Abschlusses leicht vorkommen kann, daß der Gläubiger noch mit einem Teil seiner Leistung im Rückstande ist, und lehnt er deshalb die Erfüllung nicht ab, so muß er den Gläubiger wegen seiner ganzen Lieferung voll bezahlen. Zur Ablehnung der Erfüllung bedarf der Schuldner der Ermächtigung des Gerichts; der Richter wird sich zu einer solchen Ermächtigung nur schwer entschließen, wenn nur noch ein geringfügiger Teil der Gläubigerleistung rückständig ist und trotzdem der ganze Vertrag vernichtet werden soll*¹³⁷.

Diese Rechtslage wird zum Nachteil des Schuldners und der Vergleichsgläubiger noch unübersichtlicher durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Eigentumsvorbehalts . . . (wird näher ausgeführt mit dem Ergebnis, daß es trotzdem nicht richtig wäre, in diese Rechtsprechung einzugreifen) . . . Der Entwurf vermindert aber die praktischen Nachteile, die sich aus der Lehre von der einheitlichen Behandlung des Sukzessivlieferungsvertrages ergeben haben. Im Anschluß an Vorschläge, die bereits bei der Beratung des geltenden Gesetzes gemacht worden sind, unterscheidet der Entwurf zwischen Verträgen, die auf eine teilbare Leistung gerichtet sind, und Verträgen, bei denen dies nicht der Fall ist. *Bei der letzten Gruppe verbleibt es bei der Regel, daß die Erfüllung nur für den ganzen Vertrag abgelehnt oder gefordert werden kann (und – was m. E. das eigentlich Groteske ist¹³⁸ – bei dem durch die §§ 36*

135 Vgl. § 105 InsO (dazu o. Rn. 4.158 ff., 7.21 ff. und u. Rn. 13.108 ff.).

136 A. a. O. (Rn. 13.66 Fn. 132) S. 45 ff.; Hervorhebungen nicht im Original.

137 Dazu schon o. Rn. 13.66.

138 Vgl. o. Rn. 13.33 ff., 13.61 ff.

Abs. 1, 50 Abs. 2 Satz 5 VerglO aufgestellten Regel-Ausnahme-Verhältnis¹³⁹). Bei Verträgen, die auf eine teilbare Leistung gerichtet sind, soll dagegen der Gläubiger, wenn er vor der Eröffnung des Verfahrens bereits teilweise geleistet hat, mit der seiner Teilleistung entsprechenden Forderung auf die Gegenleistung unter allen Umständen Vergleichsgläubiger sein; das Ablehnungsrecht des Schuldners kommt nur für den Teil in Frage, der bei der Eröffnung des Verfahrens auch von dem Gläubiger noch nicht erbracht worden ist (§ 36 Abs. 2, § 50 Abs. 1 Satz 2). Mit dieser Regelung beseitigt der Entwurf im Ergebnis den Streit über die Unterscheidung zwischen Sukzessivlieferungsvertrag und Wiederkehrschuldverhältnis¹⁴⁰. *Die Schwierigkeiten, die sich an den Eigentumsvorbehalt knüpfen, bleiben zwar bestehen*, werden aber in ihrer praktischen Bedeutung wesentlich eingeschränkt.

Der Entwurf weicht mit dieser Regelung bewußt von der Rechtsprechung und der Rechtslehre des Konkursrechts ab. Es läßt sich nicht verkennen, daß darin ein gewisses Bedenken gegen den Vorschlag des Entwurfs liegt. Denn wenn die Rechtsprechung an der bisherigen Auslegung des § 17 der Konkursordnung bezüglich der Sukzessivlieferungsverträge festhält¹⁴¹, so ist die Stellung der Gläubiger aus Sukzessivlieferungsverträgen im Vergleichsverfahren ungünstiger als im Konkurse. Es wäre deshalb denkbar, daß sich solche Gläubiger aus diesem Grunde einem Vergleichsverfahren widersetzen und den Schuldner in Konkurs zu treiben suchen. Der Entwurf hält diese Gefahr aber nicht für groß genug, um von der fast einhellig von der Wirtschaft als dringend erforderlich bezeichneten Regelung abzusehen¹⁴².«

In ihrem ersten Teil geht diese Begründung des § 36 II 1 VerglO von der bemerkenswerten Erkenntnis aus, daß eine unbeschränkte Anwendung der §§ 36 I, 50 VerglO sowohl für den Schuldner als auch für diejenigen seiner Gläubiger, denen der Schutz dieser Bestimmungen nicht zuteil wird, zu Unbilligkeiten führen kann und daß der Grund für diese Gefahr darin liegt, daß Gläubiger aus zur Zeit der Verfahrenseröffnung beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen

13.71

139 Zusatz von mir.

140 Vgl. zur konkursrechtlichen Seite dieses Streits o. Rn. 4.146 ff. und zu den einschlägigen Bestimmungen der *InsO* o. Rn. 4.158 ff., 7.21 ff.

141 Eine Wende brachte hier erst die bei Rn. 4.149 erwähnte Entscheidung des BGH vom 27. 2. 1997.

142 **Anders** noch die VerglO vom 5. 7. 1927, deren Entwurf insoweit wie folgt begründet worden war: »Mehrfach ist für Geschäfte dieser Art empfohlen worden, den Gläubiger, der bereits teilweise erfüllt hat, mit dem seiner Leistung entsprechenden Teil seines Anspruchs auf die Gegenleistung am Verfahren zu beteiligen. Der Entwurf ist dieser Anregung nicht gefolgt. Mit ihr würde er sich zu den entsprechenden Vorschriften des Konkursrechts in Widerspruch setzen . . . (wird ausgeführt; vgl. auch BGH LM KO § 17 Nr. 3 Bl. 2 zu den Schwierigkeiten, diesen durch den späteren § 36 II VerglO erzeugten Widerspruch im Falle des Anschlußkonkurses aufzulösen). Bei den zahlreichen Möglichkeiten, welche für ein Übergleiten des Vergleichsverfahrens in das Konkursverfahren bestehen, erscheint es aber wünschenswert, die Regelung in einem so bedeutsamen Punkte für beide Verfahren einheitlich zu gestalten« (Reichstag, III. Wahlperiode 1924/26, Anlage Nr. 2340 S. 17). Im Rechtsausschuß des Reichstags hatte ein Vertreter des Reichsjustizministeriums diese Argumentation dahingehend ergänzt, daß eine »Zerreißung« einheitlicher Geschäfte »auch wirtschaftlich . . . unzweckmäßig« sei: Der Gläubiger werde bei einem Sukzessivlieferungsgeschäft seinen Preis meist mit Rücksicht auf die ganze Lieferung berechnet haben. Man müsse ihn deswegen auch entweder einheitlich befriedigen oder ihm eine einheitliche Schadensersatzforderung geben. Auch »aus Wirtschaftskreisen« sei zwar zunächst eine Teilung derartiger Geschäfte empfohlen, diese Anregung dann aber »von selbst« wieder zurückgenommen worden (Reichstag, III. Wahlperiode 1924/27, Anlage Nr. 3430 S. 7; vgl. auch KIESOW VerglO § 4 Rn. 18). Kritisch BENDIX JW 1928, 1125 f.

Verträgen nach diesen Bestimmungen nur dann *Vergleichsgläubiger* (§ 52 I 2 VergIO) sind, wenn sich der Schuldner innerhalb der ihm durch § 50 II 2, III VergIO¹⁴³ gesetzten zeitlichen Grenzen tatsächlich rührt und die Erfüllung des Vertrages mit Ermächtigung des Vergleichsgerichts ablehnt¹⁴⁴.

13.72 Dieser genau den Kern des Problems treffenden Erkenntnis, die später vom RG und von BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER auf die eine Unvereinbarkeit mit Art. 3 GG fast schon indizierende Formel gebracht worden ist, daß der dem § 36 I VergIO entsprechende § 4 der alten VergIO vom 5. 7. 1927 »ohne ausreichende innere Rechtfertigung dem Grundsatz möglichst gleichmäßiger Behandlung aller Gläubiger des Vergleichsschuldners« widersprochen habe¹⁴⁵, folgt dann aber leider eine voreilige Verengung des Blickes¹⁴⁶ auf den besonderen Fall des auf Sukzessivlieferungen oder auf andere »teilbare« Leistungen gerichteten und vom Gläubiger schon teilweise erfüllten Vertrages. Als ob die Gefahr, daß der Schuldner in Verkennung des Umstandes, daß der Gläubiger einen – vielleicht nur sehr geringfügigen – Teil seiner Leistung noch nicht erbracht hat, die Möglichkeit der Erfüllungsablehnung versäumt, nur bei Sukzessivlieferungsverträgen bzw. nur bei solchen Verträgen bestehen würde, deren Leistungsgegenstände »teilbar« i. S. des § 36 II VergIO sind!

13.73 In Wirklichkeit ist diese Gefahr nicht auf bestimmte Vertragstypen beschränkt¹⁴⁷, sondern allgegenwärtig¹⁴⁸. Erst recht gilt das für die Gefahr, daß dem Schuldner die zur Erfüllungsablehnung erforderliche gerichtliche Ermächtigung verweigert wird, weil die Voraussetzungen, die § 50 II 5 VergIO für deren Erteilung aufstellt, im konkreten Falle nicht gegeben sind.

143 § 50 II 2 VergIO entspricht § 28 II 1 der alten VergIO vom 5. 7. 1927; § 50 III VergIO ist ohne Vorbild.

144 Ebenso SCHERBEL KuT 1929, 164, 165 (r. Sp.), 167 und – mit Blick auf Sukzessivlieferungsverträge – BOHNENBERG im Archiv für Insolvenzrecht und Treuhandpraxis 1935, 1, 15; WEINBERG DJZ 1926, 1702, 1704 ad 5.; ders. JW 1929, 1640.

145 RGZ 155, 306, 311 f.; nahezu wortgleich BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER VergIO¹¹ § 36 Anm. 5 (dazu Marotzke ZZP 101 [1988] 472, 476 f.); KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, VergIO § 36 Anm. 5; etwas konzilianter H. LEHMANN Judicium 1931, 93, 113 f.

146 Das ist während der damaligen rechtspolitischen Diskussion schon von H. LEHMANN a. a. O. Sp. 114 kritisiert worden.

147 Ein anschauliches Beispiel, das nicht über § 36 II VergIO zu fassen ist, bildet der von BGHZ 58, 246 ff. entschiedene Fall, über dessen rechtliche Würdigung man allerdings streiten kann (s. o. Rn. 4.94 ff.; die dort entwickelte eigene Ansicht bezieht sich nur auf §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO/§§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, nicht auch auf § 36 I VergIO, der durch die erwähnte Entscheidung des BGH letztlich ad absurdum geführt sein dürfte). Vgl. ferner den von SCHERBEL KuT 1929, 164, 167 berichteten Fall: auch dort hätte ein § 36 II VergIO nicht helfen können.

148 Vgl. auch BGHZ 67, 242, 247: »Die Interessenlage kann bei anderen gegenseitigen Verträgen ähnlich sein . . . ist daher eine weite Auslegung des (in § 36 II VergIO verwendeten) Begriffs der Teilbarkeit geboten.« Ebenso schon RGZ 155, 306, 312 f. Nicht weit, sondern eng interpretieren sollte man den Teilbarkeitsbegriff m. E. bei § 105 InsO (vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 8, 10 ff.; aber auch die o. Rn. 4.34 Fn. 85 und im HK a. a. O. für die Gegenansicht Genannten).

Lassen sich aber beide Gefahren nicht auf bestimmte Vertragstypen beschränken, so ist es auch nicht möglich, die bereits im Ansatz verfehltete Grundentscheidung der §§ 36 I, 50 II 5 VerglO dadurch zu retten, daß man sie (nur!) unter den besonderen Voraussetzungen des zweiten und des (noch besonders zu erörternden)¹⁴⁹ dritten Absatzes des § 36 wieder aufhebt. Selbst wenn man den Anwendungsbereich des § 36 I VerglO durch eine möglichst weite Auslegung des zweiten und des dritten Absatzes (so die h. M.¹⁵⁰) oder gar durch Hinzufügung noch weiterer Absätze immer mehr beschränken würde, käme man nicht daran vorbei, daß es für die Ausnahme, die die §§ 36 I, 50 II VerglO dann immer noch zugunsten gerade *des* Vertragspartners, der auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt hat, von dem Grundsatz des § 25 I VerglO statuieren, keinen vernünftigen Grund gibt¹⁵¹: Ein Gesetz, das einen Gläubiger, dessen bereits zur Zeit der Verfahrenseröffnung begründete Forderung auf einem seinerseits schon vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruht, *ohne weiteres als Vergleichsgläubiger* behandelt (so § 25 I VerglO), differenziert »willkürlich«¹⁵², wenn es zugleich bestimmt, daß ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem seinerseits noch *nicht* vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruht, zunächst einmal außerhalb des Verfahrens stehen (so § 36 I VerglO) und von dem Schuldner *nur dann* auf die Rechte eines Vergleichsgläubigers verwiesen werden können soll, »wenn die Erfüllung oder die weitere Erfüllung des Vertrages das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs gefährden würde und (!) die Ablehnung der Erfüllung dem Vertragsgegner keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt« (so § 50 II 5 VerglO).

»Willkürlich« ist auch, daß die VerglO dem Vertragspartner dann, wenn er im zweiten Fall ausnahmsweise doch in das Verfahren einbezogen wird, *ohne weiteres* einen (verfahrensbeteiligten) Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Nicht-

149 Vgl. u. Rn. 13.119 ff.

150 Nach h. M. soll der Zweck des § 36 Abs. 2 VerglO »eine weite Auslegung des Begriffs der Teilbarkeit« erfordern (RGZ 155, 306, 313; BGHZ 67, 242, 247; BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 36 Rn. 48 ad b; vgl. auch BGHZ 125, 270, 274 = ZIP 1994, 715, 717; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER VerglO¹¹ § 36 Anm. 6; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, VerglO § 36 Anm. 6; a. M. LANGHEIN ZIP 1985, 385, 388 ff., bes. I.Sp. von S. 390, 394). Auch Abs. 3 des § 36 VerglO soll weit auszulegen sein (vgl. BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 36 Rn. 29, 30, 33; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER VerglO¹¹ § 36 Anm. 10; KILGER/SCHMIDT a. a. O. VerglO § 36 Anm. 10). Diese Großzügigkeit darf jedoch nicht auf den Teilbarkeitsbegriff des § 105 *InsO* übertragen werden (vgl. die Literaturhinweise in Fn. 148 a. E.).

151 Vgl. auch DECHAMPS S. 55 (zu § 36 II VerglO): »Für den Bereich der unteilbaren Leistung bleibt es bei der alten Regelung (d. h. bei § 36 I); hier mag schon die Unteilbarkeit der Leistung in der Regel eine so geschlossene Einheitlichkeit des Vertrages erzeugen, daß es verfehlt wäre, mit umständlichen Rechenmethoden eine teilweise Beteiligung der Gläubiger am Vergleich herbeizuführen, mag es auch Einzelfälle geben, in denen die alten Mängel der Vergleichsordnung bemerkbar werden« (Hervorhebungen nicht im Original).

152 Für einen Verstoß gegen Art. 3 GG »genügt Willkür im objektiven Sinn, d. h. die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit der Regelung in bezug auf den zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstand« (BVerfGE 55, 72, 90 m. w. N.; vgl. erg. Rn. 13.38 Fn. 79).

erfüllung entstehenden *Schadens* einschließlich des evtl. entgangenen Gewinns¹⁵³ einräumt (§ 52 I VerglO), während sie ihn im ersten Fall nur mit seinem Erfüllungsanspruch bzw. mit dessen *Wert* (§ 34 VerglO) am Verfahren beteiligt¹⁵⁴.

13.76 Beide Unterscheidungen führen für die Mehrzahl der Fälle zu dem geradezu absurden Ergebnis, daß derjenige Gläubiger, der den die Grundlage seiner Forderung bildenden Vertrag auch seinerseits noch nicht (vollständig) erfüllt und somit im Zweifel *weniger* als andere vertragliche Gläubiger in das Vermögen des Schuldners, das ja die wirtschaftliche Voraussetzung für das Zustandekommen des Vergleichs darstellt, investiert hat, *größere (!)* Zugriffsmöglichkeiten auf eben dieses Vermögen erhält als diejenigen Gläubiger, die ihrerseits schon vollständig erfüllt haben.

13.77 Dies alles rechtfertigt die abschließende Feststellung, daß

1. sich für die Unterscheidung, nach der diejenigen vertraglichen Gläubiger, die ihrerseits schon vollständig erfüllt haben, ohne weiteres den sich aus den §§ 25 I, 34, 47 f., 82 I VerglO ergebenden Beschränkungen unterliegen, während sich die Rechte derjenigen, die auch ihrerseits noch *nicht* vollständig erfüllt haben, nach den (für sie i. d. R. weitaus günstigeren) §§ 36, 50, 52 I VerglO bestimmen sollen, »ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund . . . nicht finden läßt«¹⁵⁵, und daß
2. die sich hieraus ergebende Unsachlichkeit der gesetzlichen Regelung evident¹⁵⁶ ist.

13.78 Und daraus wiederum ergibt sich¹⁵⁷, daß zumindest ein Teil der zu dieser Unterscheidung führenden Bestimmungen der VerglO dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 GG nicht genüge. Da es sich bei den §§ 25 I, 36, 50 I-III, 52 I VerglO

153 Statt: einen nach seiner Wahl entweder um den Wert der seinerseits noch nicht erbrachten Leistung zu mindern oder nur Zug um Zug gegen deren vollständige Bewirkung zu erfüllenden (genauer o. Rn. 5.34 ff.) Anspruch auf den *Wert* (§ 34 VerglO) seiner Primärforderung.

154 Insoweit sei auf die Ausführungen bei Rn. 5.14 ff., 5.31 ff., 5.64 ff., 13.1 ff. verwiesen. Für nicht überzeugend hält den hier erhobenen Willkürvorwurf KEPPLINGER S. 229 f. (mit Fn. 1047), 260 ff. (zugleich für § 21 östKO und § 20 d östAO).

155 Vgl. zu dieser Formulierung o. Rn. 13.38. **Kritisch** zu §§ 36, 50 VerglO auch HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 1. Aufl. 1992, S. 665; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, VerglO § 36 Anm. 1. **Verteidigt** wird die in § 36 I VerglO getroffene Regelung hingegen von HENCKEL ZZZ 99 (1986) 419, 440 f., 443 f.; s. o. Rn. 13.44 ff.

156 Zur Beschränkung der Gesetzeskontrolle anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes auf »Evidenzfälle« vgl. BVerfGE 3, 162, 182; 12, 326, 333; 18, 121, 124; 23, 135, 143; 36, 174, 189; 55, 72, 90; 88, 87, 97; aber auch Rn. 13.38 Fn. 79 a. E.

157 Vgl. o. Rn. 13.38. Zögernd jedoch KILGER/SCHMIDT a. a. O. (s. Fn. 155) trotz grundsätzlicher Zustimmung zu der hier geäußerten Kritik an § 36 I VerglO. Gegen die im Text vertretene Ansicht, daß § 36 I VerglO gegen Art. 3 I GG verstoße, wendet sich HEILMANN KTS 1986, 537 mit dem mich nicht überzeugenden Argument, daß Gewohnheitsrecht – als solches sieht er § 36 I VerglO an – »von Art. 3 I GG nicht berührt« werde.

(wohl¹⁵⁸) um vorkonstitutionelle Gesetze handelte, bedarf es zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit und einer sich hieraus möglicherweise ergebenden Nichtigkeit¹⁵⁹ keiner Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁶⁰.

2. Nichtigkeit

Ist ein Gesetz verfassungswidrig, so ist es, vorbehaltlich des hier nicht einschlägigen¹⁶¹ Verwerfungsmonopols des Verfassungsgerichts, grundsätzlich auch nichtig¹⁶².

Im vorliegenden Fall stößt eine Anwendung dieses Grundsatzes auf Schwierigkeiten. Denn streng genommen waren die §§ 36 I, 50 II, 52 I 1 VerglO ja nicht aus sich heraus verfassungswidrig, sondern sie verletzen das grundgesetzliche Verbot willkürlichen Differenzierens erst im Zusammenspiel mit den §§ 25 I, 34 VerglO (§§ 38, 45 InsO): Rein theoretisch hätte der sich letztlich erst aus dieser *Normenrelation*¹⁶³ ergebende Verfassungsverstoß nicht nur dadurch behoben werden können, daß man den Vertragsgläubigern, die auch ihrerseits noch nicht vollständig erfüllt hatten, die durch die §§ 36 I, 50 II, 52 I 1 VerglO nur ihnen zugestandenen Privilegien durch Nichtigerklärung *entzog*, sondern auch dadurch, daß man diese Privilegien nach dem Gießkannenprinzip *auf alle anderen Gläubiger erweiterte*. Es stellt sich deshalb – auch nach dem 1. 1. 1999¹⁶⁴ – die Frage, ob eine Rechtsanwendung, die von der *Nichtigkeit* der §§ 36 I, 50, 52 I 1 VerglO ausgeht, einen unzulässigen Eingriff in einen allein dem *Gesetzgeber* zustehenden Gestaltungsspielraum darstellen würde.

158 Der Gedanke, daß der nachkonstitutionelle Gesetzgeber die §§ 36 I, 50 II 5 der VerglO vom 26. 2. 1935 durch die nachträgliche Einfügung des § 50 IV 2 (Gesetz vom 22. 6. 1977, BGBl. I S. 998) »in seinen Willen aufgenommen« und dadurch zu nachkonstitutionellen Gesetzen i. S. des Art. 100 I GG gemacht habe (zu dieser durch die Rspr. des BVerfG grundsätzlich anerkannten Möglichkeit vgl. MAUNZ in MAUNZ/DÜRIG GG Art. 100 Rn. 12 ff.), wäre m. E. zu verwerfen. Denn der Rechtssatz, den der nachkonstitutionelle Gesetzgeber durch § 50 IV 2 VerglO bekräftigen wollte, ist nicht in § 36, sondern in § 26 I VerglO verankert. Allgemein zu der Frage, ob und in welchem Maße ein vorkonstitutionelles Gesetz durch nachkonstitutionelle Änderungsgesetze zu einem nachkonstitutionellen Gesetz i. S. des Art. 100 GG werden kann, BVerfGE 11, 126, 129 ff.; 13, 153, 157 f.; 13, 290, 294 f.; 66, 248, 254 f.; 70, 126, 129 f.; 97, 117, 124; MAUNZ a. a. O. GG Art. 100 Rn. 13, 17 und – mit vielen Nachweisen – ULSAMER in MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER BVerfGG § 80 Rn. 95 ff., 108 ff.

159 Vgl. sogleich Rn. 13.79 ff.

160 Zur Beschränkung des Art. 100 I GG auf nachkonstitutionelle Gesetze vgl. die in Fn. 158 Genannten.

161 Dazu soeben Rn. 13.78.

162 Vgl. BVerfGE 50, 217, 233 f.; 55, 100, 113 f.; 88, 87, 96 (Nichtigkeitsgrund war jeweils ein Verstoß gegen Art. 3 GG).

163 Vgl. IPSEN S. 213 f., 221; ähnlich schon früher MAURER, Festschr. f. W. Weber S. 345, 354: »Verfassungswidrig ist nicht die Regelung A oder die Regelung B, sondern ihre unterschiedliche Regelung.« Kritisch dazu SACHS NVwZ 1982, 657, 660 f. (besonders ad IV 2).

164 S. o. Rn. 13.7.

- 13.81** M. E. ist die Frage zu verneinen. Es mag dahinstehen, wie die Antwort lauten würde, wenn dem Gesetzgeber zur Vermeidung des Widerspruchs zu Art. 3 GG wirklich *mehrere* ernstzunehmende Möglichkeiten offen gestanden hätten¹⁶⁵ und wenn nicht am 1. 1. 1999 eine InsO in Kraft getreten wäre, die den Rechtsgedanken des § 36 I VerglO nicht verallgemeinert, sondern aufgegeben¹⁶⁶ hat. Denn es ist anerkannt, daß es Situationen gibt, in denen der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum »aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen derart gering (ist), daß kein Anlaß besteht, lediglich die Unvereinbarkeit der beanstandeten Regelung mit der Verfassung festzustellen«¹⁶⁷. Um einen solchen Fall handelt es sich hier:
- 13.82** Eine Erweiterung der §§ 36 I, 50 II 5 VerglO auf *alle* Gläubiger hätte zu der absurden Konsequenz geführt, daß *sämtliche* Gläubiger vom Vergleichsverfahren zunächst einmal *nicht* betroffen gewesen wären (§ 36 I VerglO) und nur unter den strengen Voraussetzungen des § 50 II 5 VerglO zu Vergleichsgläubigern hätten herabgestuft werden können.
- 13.83** An den Grundfesten des Vergleichsverfahrens rütteln würde auch der etwas weniger radikale Gedanke, das Gegenseitigkeitsprivileg¹⁶⁸, das nach dem Wortlaut der §§ 36 I, 50 II 5 VerglO *den* Gläubigern vorbehalten sein sollte, die den die Grundlage ihrer Forderung bildenden gegenseitigen Vertrag auch ihrerseits noch *nicht* vollständig erfüllt hatten, auf solche Gläubiger zu erweitern, die ihrerseits schon vollständig erfüllt haben: Da die *meisten* Verträge »gegenseitige« sind, hätte eine Regelung, die an der Beschränkung der §§ 36 I, 50 II, 52 I 1 VerglO auf Gläubiger aus gegenseitigen Verträgen festhält und »nur« auf die Voraussetzung verzichtet, daß diese Gläubiger auch ihrerseits noch nicht vollständig erfüllt haben dürfen, zur Konsequenz, daß *fast alle* Gläubiger vom Vergleichsverfahren – wenigstens zunächst – nicht betroffen würden.
- 13.84** Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß der Gesetzgeber diese »Lösungsmöglichkeit« zu keinem Zeitpunkt ernsthaft in Betracht gezogen hat (auch nicht im Zu-

165 Das BVerfG würde sich in solchen Fällen wohl auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit beschränken (vgl. etwa BVerfGE 8, 28 f. – Leitsatz 29 –, 36 ff.; 18, 288, 301 f.; 22, 349, 361 f.; 39, 316, 332 f.; 82, 126, 154 f.; 100, 59, 103), während von anderen vorgeschlagen wird, *sämtliche* Normen, aus deren »Relation« sich die Verletzung des Gleichheitssatzes ergibt, für *nichtig* zu erklären (so z. B. SACHS NVwZ 1982, 657, 661 ad IV 2; zu den sich bei vorkonstitutionellen Gesetzen ergebenden Sonderproblemen ders. a. a. O. ad IV 4).

166 S. o. Rn. 5.5, 12.30.

167 So BVerfGE 55, 100, 113; in der Sache ebenso BVerfGE 88, 87, 101; vgl. auch MAURER a. a. O. S. 355 (vor 3.); nicht näher erörtert wird dieser Fall bei IPSEN a. a. O.

Übrigens hat das BVerfG (BVerfGE 55, 100, 113) seine Argumentation wie folgt fortgeführt: »Im jetzigen Zeitpunkt bleibt dem Gesetzgeber *praktisch* nur die Möglichkeit, den verfassungsrechtlichen Anforderungen dadurch zu genügen, daß er . . . Unter diesen Umständen kann davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber bei Kenntnis der Verfassungswidrigkeit der jetzt vorgelegten Regelung den Weg der Einräumung von Ansprüchen für die Vergangenheit gegangen wäre« (Hervorhebung des Wortes »praktisch« nicht vom BVerfG). Direkt zu dieser Entscheidung IPSEN JZ 1983, 41 ff.

168 Vgl. Rn. 13.3.

sammenhang mit seinen Vorarbeiten zur InsO¹⁶⁹). Selbst wenn er gewollt hätte, wäre er rechtlich überhaupt nicht in der Lage gewesen, diejenigen Gläubiger, deren Forderungen auf gegenseitigen Verträgen beruhen, gegenüber sonstigen Gläubigern, deren Forderungen auf anderen Rechtsgründen beruhen (z. B. auf einem vor Verfahrenseröffnung ausgezahlten unverzinslichen¹⁷⁰ Darlehen oder auf einer vor Verfahrenseröffnung¹⁷¹ eingetretenen rechtsgrundlosen Bereicherung des Schuldners), analog §§ 36 I, 50 II, 52 I VerglO zu privilegieren. Denn auch dies würde ja auf eine Ungleichbehandlung verschiedener Gläubigergruppen hinauslaufen, für die sich ein »sachlich einleuchtender Grund ... nicht¹⁷² finden läßt«¹⁷³.

Die theoretische Möglichkeit, den Verstoß gegen Art. 3 GG, der sich aus der Relation¹⁷⁴ zwischen dem in § 25 I VerglO (§ 38 InsO) verankerten Grundsatz und den in §§ 36 I, 50 II, 52 I VerglO vorgesehenen, privilegierenden Ausnahmen ergab, durch noch weitere Einschränkungen oder gar durch eine *Aufhebung* des § 25 I VerglO zu beheben, war also schon »rein rechtlich« sehr beschränkt. *Praktisch*¹⁷⁵ erschien sie so gut wie ausgeschlossen. Deshalb war es auch schon *vor* der Entscheidung des Reformgesetzgebers, in die InsO keine dem § 36 I VerglO entsprechende Vorschrift aufzunehmen, ohne weiteres zulässig, die zwischen § 25 I VerglO einerseits und den §§ 36 I, 50 II, 52 I VerglO andererseits bestehende »verfassungswidrige Normenrelation«¹⁷⁶ durch eine auf die letztgenannten Bestimmungen beschränkte Nichtigerklärung zu beseitigen¹⁷⁷. **13.85**

Das Nichtigkeitsverdict trifft in erster Linie den § 36 I VerglO und hat insoweit zur Folge, daß der allgemeine Grundsatz des § 25 I VerglO (§ 38 InsO), wonach an dem Vergleichsverfahren »alle persönlichen Gläubiger des Schuldners beteiligt (sind), die einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen ihn haben«, auch für solche Gläubiger gilt, deren Forderungen auf beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen **13.86**

169 Obwohl ihm die hier vertretene Bewertung des vergleichsrechtlichen Gegenseitigkeitsprivilegs durchaus bekannt war (vgl. meine Ausführungen in Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, Würzburger Arbeitstagung der Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer zum Referentenentwurf einer InsO (gemeinsam mit Vertretern des Bundesjustizministeriums), 1991, S. 183 ff. ad I.

170 Andernfalls handelt es sich um einen »gegenseitigen« Vertrag.

171 Vgl. BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 26 Rn. 86 und u. Rn. 13.117 Fn. 234.

172 Besonders deutlich wird dies im Verhältnis zu den soeben bei Fn. 170 f. benannten Gläubigern, die ja nur das zurückfordern, was sie dem Schuldner zuvor *tatsächlich gewährt* haben, und aus diesem Grunde unmöglich schlechter behandelt werden dürfen als Gläubiger, die ihrerseits vielleicht noch gar nichts geleistet, sondern sich nur zu einer (Gegen-)Leistung *verpflichtet* haben.

173 Vgl. zu dieser Formulierung o. Rn. 13.38, 13.77.

174 S. o. Rn. 13.80.

175 Vgl. o. Fn. 167.

176 S. o. Rn. 13.80.

177 In diesem Sinne schon vor der Insolvenzrechtsreform MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 440 ff.; ders. ZZP 101 (1988) 472, 476 f. Vgl. ergänzend die Nachweise in Fn. 155, 157 (zu Rn. 13.77 f.).

beruhen. Solche Gläubiger können also nicht mit Aussicht auf Erfolg geltend machen, daß ihre ursprünglichen Forderungen vom Vergleich unberührt geblieben seien und deshalb ohne Rücksicht auf den Vergleichsinhalt vollständig erfüllt werden müßten. Dies ist von Interesse weit über das Jahr 1999 hinaus (s. o. Rn. 13.7).

- 13.87** Weiterhin folgt aus der Nichtigkeit des § 36 I VerglO, daß die den § 36 I beschränkenden §§ 50, 52 I VerglO gegenstandslos waren, soweit ihnen nicht durch den (hier nicht zu erörternden) § 51 II VerglO ein gewisser Anwendungsbereich bei Miet-, Pacht- und Dienstverträgen erhalten blieb. Ob und ggf. wie die Nichtigkeit des ersten Absatzes des § 36 VerglO auf die beiden folgenden Absätze dieser Bestimmung »ausstrahlte«¹⁷⁸, kann sinnvollerweise erst geklärt werden, wenn die allgemeinere Frage beantwortet ist, welche Konsequenzen sich aus der Nichtigkeit des § 36 I in den von § 36 II, III VerglO *nicht* erfaßten Fällen ergaben. Hieraus ergibt sich der Plan der weiteren Untersuchung.

IV. Konsequenzen

1. Analogie zum konkursbeendenden Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan

- 13.88** Wichtigste Konsequenz der Nichtigkeit des § 36 I VerglO ist, daß auch solche Gläubiger, deren »Vermögensansprüche« auf beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Verträgen aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung beruhen, ohne weiteres Vergleichsgläubiger nach § 25 I VerglO (§ 38 InsO) sind. Als solche werden sie – mit Wirkung über den 1. 1. 1999 hinaus¹⁷⁹ – von dem Vergleich auch dann betroffen, wenn sie am Verfahren nicht teilgenommen oder gegen den Vergleich gestimmt haben (§ 82 I VerglO). Insoweit besteht volle Harmonie mit der Rechtslage, die im Fall eines konkursbeendenden Zwangsvergleichs oder eines nach der InsO zustande gekommenen Insolvenzplans gelten würde¹⁸⁰. Hinsichtlich der Frage, *in welche Gestalt* der Vergleich das Vertragsverhältnis versetzt und welche Einflußmöglichkeiten der Gläubiger insoweit hat, darf deshalb zunächst auf das verwiesen werden, was bei Rn. 12.7 ff., 12.19 ff. für die Fälle des konkursbeendenden Zwangsvergleichs und des nach der InsO zustande gekommenen Insolvenzplans ausgeführt ist.

178 Dazu u. Rn. 13.108 ff., 13.119 ff.

179 S. o. Rn. 13.7.

180 Vgl. §§ 31, 193 Satz 1 KO, §§ 38, 254 I 1, 3 InsO und o. § 12 (besonders Rn. 12.19 ff., 12.34 ff.).

2. Analoge Anwendung der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 279 Satz 1, 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO

Einer durch die Eigenheiten des *konkursabwendenden* Vergleichsverfahrens bedingten Modifizierung bedarf allerdings die im Zusammenhang mit dem *konkursbeendenden* Zwangsvergleich (bzw. mit dem Insolvenzplan) vorgeschlagene analoge Anwendung der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO). Es wurde bereits dargelegt¹⁸¹, daß nach dem Rechtsgedanken dieser Bestimmungen ein *nach* Verfahrensbeendigung erklärtes Erfüllungsverlangen des *Schuldners* ebenso wie ein *während* des Verfahrens erklärtes Erfüllungsverlangen des *Insolvenzverwalters* zur Folge haben muß, daß die Gegenforderung des Vertragspartners den Wirkungen des Vergleichs (bzw. Insolvenzplans) entzogen wird. Es versteht sich von selbst, daß dem Vertragspartner dieser Schutz – über den 1. 1. 1999 hinaus¹⁸² – auch dann zuteil werden muß, wenn es sich um einen Vergleich handelt, der im Verfahren nach der *VerglO* geschlossen worden ist. **13.89**

Wie aber verhält es sich, wenn der Schuldner die Erfüllung des Vertrages schon *während* des Vergleichsverfahrens verlangt hatte? Denkt man sich statt des Vergleichs- ein Konkursverfahren, so wäre ein während dieses Verfahrens erklärtes Erfüllungsverlangen des Schuldners schon deshalb unbeachtlich, weil der Schuldner das Recht, seine Forderung gegen den Vertragspartner geltend zu machen, gem. §§ 6, 17 KO an den Konkursverwalter verloren hatte. **13.90**

Im *Vergleichsverfahren* verlor der Schuldner das Recht, über sein Vermögen zu verfügen, jedoch nicht ohne weiteres, sondern nur, wenn das Vergleichsgericht dies ausdrücklich bestimmte¹⁸³. Seine Stellung entsprach im wesentlichen der Position, die ein im Insolvenzverfahren *neuen* Rechts befindlicher Schuldner erlangt, wenn das Insolvenzgericht gem. §§ 270 ff. InsO »Eigenverwaltung« anordnet. Hatte das Gericht nichts Gegenteiliges angeordnet, so blieb der Schuldner zur Einziehung seiner Forderung berechtigt. Aus dem Rechtsgedanken der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1, 191 I, 193 Satz 1 KO ergab sich aber, daß der Vertragspartner dem Erfüllungsverlangen des Vergleichsschuldners ebenso wie dem Erfüllungsverlangen eines Konkursverwalters¹⁸⁴ nur dann zu entsprechen brauchte, wenn es zur Folge hatte, daß seine Gegenforderung vom Vergleich nicht betroffen wurde. (Entsprechendes gilt im Hinblick auf §§ 279 Satz 1, 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1, 258 II, 254 I 1, 3 InsO für das Erfüllungsverlangen eines im »eigenverwalteten« *Insolvenzverfahren* stehenden Schuldners.) **13.91**

Nicht ganz unproblematisch war jedoch, ob der Schuldner vor Abschluß und rechtskräftiger Bestätigung des *konkursabwendenden* Vergleichs überhaupt die Rechtsmacht hatte, seinen Vertragspartner aus der ihm nach § 25 I VerglO (§ 38 InsO) eigentlich zukommenden Position eines *Vergleichsgläubigers* herauszuhe- **13.92**

181 S. o. Rn. 12.20 ff.

182 S. o. Rn. 13.7.

183 Vgl. §§ 12, 58 ff. VerglO.

184 Vgl. schon o. Rn. 4.177 bei Fn. 489.

ben. Denn § 8 VergIO (ähnlich § 226 InsO) bestimmte, daß der Vergleich »allen von ihm betroffenen Gläubigern gleiche Rechte gewähren« müsse (Abs. 1), daß eine ungleiche Behandlung der Gläubiger nur zulässig sei, wenn eine näher definierte Mehrheit der zurückgesetzten Gläubiger zustimme (Abs. 2), und daß jedes andere (vor dem Vergleichsschluß getroffene¹⁸⁵) Abkommen des Schuldners oder anderer Personen mit einzelnen Gläubigern, durch das diese bevorzugt werden, nichtig sei (Abs. 3). Aus diesen Bestimmungen ergab sich, daß es dem Schuldner vor dem Vergleichsschluß¹⁸⁶ (Insolvenzplan) grundsätzlich verwehrt war, einzelne Vergleichsgläubiger ohne Zustimmung der in § 8 II VergIO (§ 226 II InsO) Genannten von den beschränkenden Wirkungen des Verfahrens und des in ihm zu schließenden Vergleichs zu befreien.

13.93 Auf der anderen Seite zeigte § 8 II VergIO aber auch, daß der Schuldner solch ein Privileg gewähren *konnte*, wenn er es in seinen Vergleichsvorschlag aufnahm¹⁸⁷ und

1. die Mehrheit der zurückgesetzten, im Vergleichstermin anwesenden stimmberechtigten Vergleichsgläubiger zustimmte (hierbei wurden die schriftlich zustimmenden wie anwesende behandelt); und
2. die Gesamtsumme der Forderungen der zustimmenden Gläubiger mindestens drei Viertel der Forderungen der zurückgesetzten stimmberechtigten Gläubiger betrug.

13.94 Unter diesen (im späteren § 226 II InsO wesentlich verschärften) Voraussetzungen konnte der Schuldner selbstverständlich auch solche Gläubiger, deren Forderungen auf beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Verträgen beruhten, aus der ihnen nach § 25 I VergIO (§ 38 InsO) zukommenden Position als Vergleichsgläubiger herausheben.

13.95 Eine andere Frage ist, ob der Schuldner das *nur* unter den Voraussetzungen des § 8 II VergIO konnte. Das ist zu verneinen¹⁸⁸.

13.96 Für den Fall, daß der Schuldner die Privilegierung seines Vertragspartners nicht durch einen entsprechenden Vergleichsvorschlag oder durch ein »Abkommen« i. S. des § 8 III VergIO (§ 226 III InsO) zu erreichen versuchte, sondern durch

185 Ungeschriebene Voraussetzung des § 8 III VergIO; vgl. KILGER/SCHMIDT, Insolvenzzesetze, 1997, VergIO § 8 Anm. 7 (m. w. N.) und – zu der entsprechenden Frage bei § 181 Satz 3 KO und § 226 III InsO – o. Rn. 12.23.

186 Vgl. Fn. 185.

187 Vgl. BLEY/MOHRBUTTER VergIO⁴ § 8 Rn. 33: »Das Vergleichsgericht kann über die nach § 8 III verbotenen Sonderbegünstigungen – vorausgesetzt, sie werden dem Gericht bekannt – nicht abstimmen lassen, da nur über den Vergleichsvorschlag, nicht über Dinge außerhalb desselben abgestimmt wird (§ 74, § 8 II).«

188 So schon – ausführlicher als hier – MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 445 ff.

Abgabe der einseitigen Erklärung, daß er die Erfüllung des Vertrages verlange¹⁸⁹, würde die hier (Rn. 13.95) vertretene Ansicht nicht einmal eine teleologische Reduktion des § 8 VerglO (§ 226 InsO) darstellen, sondern nur die Ablehnung einer *analogen* Anwendung dieser Vorschrift auf das (einseitige!) Erfüllungsverlangen des Schuldners und dessen analog § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 279 Satz 1, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu begründende gesetzliche Folge, daß der Vertragspartner vom Verfahren fortan nicht mehr betroffen wird.

In der Tat sprechen die besseren Gründe dafür, die infolge der Nichtigkeit des § 36 I VerglO bestehende Gesetzeslücke durch eine analoge Anwendung der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 279 Satz 1, 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) zu schließen und dabei den § 8 VerglO (§ 226 InsO) unberücksichtigt zu lassen. **13.97**

Denn § 8 III VerglO (§ 226 III InsO) ist in erster Linie – wenn auch nicht ausschließlich – für den Fall gedacht, daß der Versuch des Schuldners, einzelne Vergleichsgläubiger zu bevorzugen, die Gefahr abwenden soll, daß diese Gläubiger den Vergleichsschluß durch ihr Stimmverhalten vereiteln¹⁹⁰. In solchen Fällen ist die Wahrscheinlichkeit *mißbräuchlicher* Ungleichbehandlung naturgemäß besonders groß und die strenge Regelung des § 8 VerglO (§ 226 InsO) somit prinzipiell angemessen. Anders liegen die Dinge jedoch, wenn der Schuldner einem Gläubiger gegenübersteht, dessen schon zur Zeit der Verfahrenseröffnung begründete Forderung auf einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruht. Denn die Aufwertung eines solchen Vergleichsgläubigers zu einem nicht vergleichsgefährdeten Gläubiger kann nicht nur den Zweck haben, einen potenziellen Vergleichsgegner zu neutralisieren. Vielmehr wird sie meist von dem viel unverfänglicheren Bestreben getragen sein, der dem Schuldner aufgrund desselben Vertrages zustehenden Gegenforderung zum Ziel zu verhelfen. Bei beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen besteht ja gerade die den Rahmen des § 8 III VerglO (§ 226 III InsO) sprengende Besonderheit, daß der Vergleichsschuldner zugleich Inhaber einer Gegenforderung ist und diese nur dann durchsetzen kann, wenn er seinen Vertragspartner aus der diesem nach § 25 I VerglO (§ 38 InsO) zukommenden Stellung eines Vergleichsgläubigers befreit. Dem Schuldner diese Möglichkeit nur unter den strengen Voraussetzungen des § 8 II VerglO (§ 226 II InsO) zuzugestehen¹⁹¹, liefe im Ergebnis darauf hinaus, ihm die Durchsetzung seiner vertraglichen Gegenforderung zumindest während der Zeit zwischen der Verfahrenseröffnung und Zustandekommen des Ver-

189 Vgl. §§ 17, 55 I Nr. 2 Alt. 1 KO / §§ 279 Satz 1, 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO.

190 Vgl. BGH MDR 1961, 596 f. und die Begründung zu § 34 der GeschäftsaufsichtsVO vom 14. 12. 1916 (Fundstellen o. Rn. 13.16 Fn. 36). Bei dieser Bestimmung handelt es sich um einen Vorläufer des § 8 VerglO.

191 Vgl. etwa BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 50 Rn. 32: In einer vor der Vergleichsbestätigung getroffenen Vereinbarung des Inhalts, daß eine mit der Folge des § 52 I VerglO ausgesprochene Erfüllungsablehnung des Schuldners nicht mehr gelten, sondern der frühere, sich nach h. M. aus § 36 I VerglO ergebende Rechtszustand wieder eintreten solle, liege »in der Regel eine Bevorzugung des Gläubigers den übrigen Vergleichsgläubigern gegenüber, mithin ein Verstoß gegen die Bestimmung des § 8 Abs. 3 VerglO ...«.

gleichs¹⁹² – und vielleicht sogar für immer¹⁹³ – unmöglich zu machen. Der in dem Vertragsverhältnis liegende Vermögenswert ginge damit sowohl dem insolventen Schuldner als auch seinen Gläubigern verloren. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber das gewollt hat.

- 13.99** Die hier vertretene Ansicht (Rn. 13.97) harmoniert mit § 57 I VerglO (und mit dessen Korrespondenzvorschriften in §§ 275 I, 279 Satz 2 InsO). Nach dieser Vorschrift »soll« der Schuldner Verbindlichkeiten, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, nur mit Zustimmung des Vergleichsverwalters eingehen, und die Eingehung von Verbindlichkeiten, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, unterlassen, wenn der Verwalter dagegen Einspruch erhebt. Es ist allgemein anerkannt, daß der Schuldner Verbindlichkeiten, die er nach § 57 I VerglO nicht eingehen »soll«, durchaus wirksam eingehen »kann«¹⁹⁴ und daß solche Verbindlichkeiten den Beschränkungen des Vergleichsverfahrens nicht unterworfen sind¹⁹⁵. Wenn der Schuldner aber ohne weiteres die Rechtsmacht hat, sich trotz des eröffneten Verfahrens durch Eingehung von Verträgen völlig neue, den Wirkungen des Vergleichsverfahrens nicht unterliegende Gläubiger zu schaffen, wäre es inkonsequent, sein Recht, Gläubiger aus schon vor Verfahrenseröffnung geschlossenen und beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen von den Wirkungen des Vergleichsverfahrens zu befreien (um so die Möglichkeit der Durchsetzung seiner Gegenforderung zu erlangen), durch eine analoge Anwendung des § 8 III VerglO (§ 226 III InsO) mit Außenwirkung zu beschränken.
- 13.100** Die Nichtanwendung des § 8 III VerglO (§ 226 III InsO) auf Rechtshandlungen, durch die der Schuldner einzelne Gläubiger aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen von den Wirkungen des schwebenden Vergleichsverfahrens freistellt, ist also von der Sache her gerechtfertigt. Daraus ergibt sich zugleich, daß der Grund für die Nichtigkeit des § 36 I VerglO – nämlich das allgemeine Willkürverbot des Art. 3 GG¹⁹⁶ – die hier vertretene Lösung nicht ausschließt.
- 13.101** Umgekehrt wird man allerdings auch nicht behaupten dürfen, daß das in Art. 3 GG verankerte Verfassungsgebot, »Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln«¹⁹⁷, überhaupt keine andere Lösung zu-

192 Vgl. o. Rn. 13.93 bei Fn. 187.

193 Denn auch ein erst nach Bestätigung des Vergleichs getroffenes, einzelne Gläubiger bevorzugendes Abkommen kann nach § 8 III VerglO (§ 226 III InsO) nichtig sein, wenn es bereits vorher in Aussicht gestellt worden war (vgl. BGH NJW 1972, 496 = KTS 1972, 97, 100). Man denke ferner an die dem Vertragspartner u. U. durch § 326 BGB eröffneten Möglichkeiten.

194 Vgl. BGHZ 67, 223, 227; BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 57 Rn. 23 f., 40; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, VerglO § 57 Anm. 2 Abschnitt f.

195 Arg. § 25 I VerglO; vgl. auch BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ §§ 47, 48 Rn. 3, § 57 Rn. 24, 40.

196 S. o. Rn. 13.37 ff.

197 Vgl. DÜRIG in MAUNZ/DÜRIG GG Art. 3 Rn. 321; KANNENGIESSER in SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, GG, 9. Aufl. 1999, Art. 3 Rn. 13 m. w. N.

lasse als die hier vorgeschlagene. Dafür ist der dem Gesetzgeber zustehende Gestaltungsspielraum¹⁹⁸ sicher zu groß. Was jedoch behauptet werden darf, ist, daß die hier und auch schon in der ersten Auflage dieses Buches¹⁹⁹ vorgeschlagene analoge Anwendung der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO dem erwähnten Verfassungsgebot weitaus besser entspricht als die Alternative, Rechtshandlungen des Schuldners, durch die einzelne Gläubiger aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen von den Wirkungen des schwebenden Vergleichsverfahrens freigestellt werden, an § 8 VerglO (§ 226 InsO) zu messen.

Streiten kann man über die vorgeschlagene analoge Anwendung des § 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO (§§ 279 Satz 1, 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) auf das Erfüllungsverlangen des Vergleichsschuldners aber wohl unter folgendem Aspekt: Man könnte argumentieren, daß der – nicht immer besonders rechtskundige - Vergleichsschuldner davor geschützt werden müsse, daß sein Erfüllungsverlangen den Vertragspartner auch dann von den beschränkenden Wirkungen des Vergleichsverfahrens befreit, wenn diese Folge nicht Gegenstand einer ausdrücklichen Übereinkunft war²⁰⁰.

De lege ferenda wäre dieser Einwand sicher bedenkenswert. Das gilt zwar nicht mehr in bezug auf die VerglO, da diese ohnehin inzwischen aufgehoben wurde²⁰¹. Dieselbe Frage stellt sich jedoch im Zusammenhang mit § 279 Satz 1 InsO, der für den Fall der gerichtlich angeordneten Eigenverwaltung bestimmt: »Die Vorschriften über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte und die Mitwirkung des Betriebsrats (§§ 103 bis 128) gelten mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Insolvenzverwalters der Schuldner tritt.«

De lege lata läßt sich aber entgegenen, daß die §§ 279, 103, 55 I Nr. 2 Alt. 2 InsO sicherlich nicht gegen Art. 3 I GG verstoßen und daß der im *eigenverwalteten* Insolvenzverfahren befindliche Schuldner bei Anwendung des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auf *sein* Erfüllungsverlangen immer noch besser steht als im fremdverwalteten Regelverfahren, in welchem der Verwalter selbst *gegen* den Willen des Schuldners in der Lage wäre, mit der sich aus §§ 55 I Nr. 2 Alt. 1, 217, 222, 254, 258 II InsO ergebenden Folge, daß der Vertragspartner von einem späteren Insolvenzplan nicht betroffen wird, die Erfüllung des Vertrages zu verlangen²⁰².

Außerdem war es immer noch besser, den Vertragspartner von den (nach § 38 InsO eigentlich auch ihn treffenden) Wirkungen eines etwaigen Insolvenzplanverfahrens zu befreien, sobald der – wenn auch vielleicht rechtsunkundige – Insolvenz-

198 Vgl. dazu die in Fn. 156, 165, 167 (zu Rn. 13.77, 13.81) erwähnten Entscheidungen des BVerfG.

199 MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 443 ff.

200 Vgl. auch u. Rn. 14.43 Fn. 85, Rn. 14.75 Fn. 162 ff.

201 Zur übergangsrechtlichen Fortwirkung s. o. Rn. 13.7.

202 Wie in den Fällen der heutigen §§ 270 ff. InsO verhielt es sich im *Vergleichsverfahren*, wo das Recht des Schuldners zur Einziehung seiner Forderung nicht auf den Vergleichsverwalter übergang, sondern allenfalls von dessen Zustimmung abhängig gemacht werden konnte (vgl. BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 57 Rn. 37, § 59 Rn. 5).

schuldner die Erfüllung des Vertrages verlangt (vgl. §§ 279 Satz 1, 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO), als es bei der – nichtigen – Regelung der §§ 36 I, 50 II, III VerglO zu belassen, die den Vertragspartner nicht nur dann vor den Wirkungen des Zwangsvergleichs bewahren wollte, wenn der Schuldner die Erfüllung des Vertrages *verlangte* (also positiv etwas tat), sondern auch schon dann, wenn er es – vielleicht nur versehentlich!²⁰³ – *unterließ*, die Erfüllung des Vertrages bis zum Beginn der Abstimmung über den Vergleichsvorschlag mit Ermächtigung des Vergleichsgerichts abzulehnen.

- 13.106** Selbstverständlich ist nach der hier²⁰⁴ vorgeschlagenen Analogie zum Konkursrecht, daß der Vergleichsschuldner seinem Vertragspartner auf Erfordern »ohne Verzug« erklären mußte, ob er Erfüllung verlangen wollte, und daß er nicht mehr auf Erfüllung bestehen konnte, wenn er seine Antwort schuldhaft verzögerte²⁰⁵. Entsprechendes gilt künftig im Insolvenzverfahren nach der InsO, wenn gem. §§ 270 ff. »Eigenverwaltung« durch den Schuldner angeordnet ist²⁰⁶. Im Fall der Säumnis (§ 17 II 2 KO bzw. § 103 II 3 InsO), dem der Fall einer ausdrücklichen Erfüllungsablehnung gleichsteht²⁰⁷, lebt das Recht des Schuldners, auf Erfüllung zu bestehen, auch dann nicht wieder auf, wenn ein Anschlußkonkursverfahren eröffnet wird (bisheriges Recht) oder, so ist für das Insolvenzverfahren neuen Rechts zu ergänzen, wenn das Insolvenzgericht eine nach §§ 270 ff. InsO angeordnete »Eigenverwaltung« des Schuldners gem. § 272 InsO aufhebt und einen Insolvenzverwalter bestellt. Denn die §§ 6, 17 I KO bzw. §§ 80 I, 103 I InsO gewähren dem Insolvenzverwalter keinen eigenen Erfüllungsanspruch, sondern ermöglichen ihm nur die Ausübung der Rechte, die ohne das Verfahren dem insolventen Schuldner zustünden²⁰⁸. Deshalb bindet die negative²⁰⁹ Wahlrechtsausübung des Vergleichsschuldners (bzw. die des »eigenverwaltenden« Insolvenzschuldners) ohne weiteres²¹⁰ auch einen späteren Konkursverwalter (Insolvenzverwalter)²¹¹.

203 Vgl. o. Rn. 13.72 f. mit Fn. 147.

204 Vgl. Rn. 13.97 ff.

205 Vgl. dagegen BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 50 Rn. 24 a. E.: »Eine der Bestimmung des § 17 Abs. 2 KO entsprechende Befugnis des Vertragsgegners enthält das Recht der Vergleichsordnung nicht.« Vgl. auch JAEGER, Die Geschäftsaufsicht S. 46; ZWEIGERT GeschäftsaufsichtsVO § 9 Anm. 1 und RGZ 112, 54, 58.

206 Vgl. §§ 279 Satz 1, 103 II 3 InsO und soeben Rn. 13.102 ff.

207 Vgl. o. Rn. 3.37.

208 Vgl. schon o. Rn. 12.24 mit Fn. 61.

209 Zur Bindungswirkung der *positiven* Wahlrechtsausübung vgl. zunächst § 279 Satz 1 InsO (in dessen Anwendungsbereich die Frage zweifellos zu bejahen ist) und im übrigen o. Rn. 12.24 mit Fn. 59.

210 Besonders evident ist dies im Anwendungsbereich des § 279 Satz 1 InsO, da der Schuldner hier ohnehin »an die Stelle des Insolvenzverwalters« tritt, eine Erfüllungsablehnung des eigenverwaltenden Schuldners also der des nach Aufhebung der Eigenverwaltung bestellten Insolvenzverwalters bereits kraft Gesetzes gleichsteht.

211 I. E. ebenso BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 102 Rn. 10 m. w. N. (für die auf § 50 VerglO gestützte Erfüllungsablehnung des Vergleichsschuldners). Vgl. auch KEPPLINGER S. 106 f.

Ob die beiderseitigen Erfüllungsansprüche trotz der Erfüllungsablehnung des Vergleichsschuldners (Insolvenzschuldners) wieder geltend gemacht werden können, wenn das Anschlußkonkursverfahren (Insolvenzverfahren) aufgehoben wird, richtet sich nach den gleichen Grundsätzen, die bei Rn. 3.35 ff. für den Fall entwickelt worden sind, daß die Erfüllungsablehnung vom *Insolvenzverwalter* ausging²¹². **13.107**

3. Verträge über teilbare Leistungen

a) Verfestigung der Insolvenzgläubigerstellung (§ 36 II 1 VerglO / § 105 Satz 1 InsO)

Von dem im (nichtigen²¹³) § 36 I VerglO aufgestellten Grundsatz, daß ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem zur Zeit der Verfahrenseröffnung beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruht, trotz § 25 I VerglO (§ 38 InsO) nicht Vergleichsgläubiger sei, statuierte § 36 II 1 VerglO eine wichtige Ausnahme. Diese Vorschrift, an die der in etwas anderem Kontext (kein § 36 I VerglO!²¹⁴) stehende § 105 Satz 1 InsO noch heute erinnert²¹⁵, hatte folgenden Wortlaut: **13.108**

»Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der Gläubiger die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrage seiner Forderung auf die Gegenleistung Vergleichsgläubiger.« **13.109**

Welche Bedeutung hatte diese Bestimmung angesichts der Nichtigkeit des durch sie teilweise aufgehobenen § 36 I VerglO? Führt die Beschäftigung mit § 36 II VerglO zu einem besseren Verständnis auch des § 105 InsO?

§ 36 II 1 VerglO war, soweit er für die Zeit zwischen der Verfahrenseröffnung und einem etwaigen Erfüllungsverlangen des Vergleichsschuldners die grundgesetzwidrige Ausnahme wieder aufhob, die § 36 I VerglO von dem (verfassungsgemäßen) Grundsatz des § 25 I VerglO machte, natürlich nicht selbst verfassungswidrig. § 36 II 1 VerglO war insoweit also nicht »nichtig«, sondern wegen der Nichtigkeit des durch ihn teilweise verdrängten § 36 I VerglO »gegenstandslos«. **13.110**

Soweit § 36 II 1 den § 36 I VerglO selbst dann *nicht* verdrängte, wenn die geschuldeten Leistungen teilbar waren und der Gläubiger die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Verfahrenseröffnung bereits teilweise erbracht hatte, blieb es gleichwohl **13.111**

212 Anders die h. M. zum Vergleichsrecht; s. o. Rn. 3.27 bei Fn. 73 und Rn. 3.32 ff.

213 S. o. Rn. 13.79 ff.

214 S. o. Rn. 13.7, 13.49, 13.81.

215 In der Begründung der dem heutigen § 105 InsO entsprechenden Vorschrift des RegEInsO wird sogar gesagt: »Satz 1 übernimmt den Gedanken des § 36 Abs. 2 Satz 1 VerglO« (BT-Drucks. 12/2443 S. 145).

wegen der Nichtigkeit des eigentlich einschlägigen § 36 I zunächst²¹⁶ bei dem Grundsatz des § 25 I VerglO. Denn für einen Rechtssatz des Inhalts, daß Gläubiger aus vor Verfahrenseröffnung geschlossenen gegenseitigen Verträgen dann (und nur dann) nicht Vergleichsgläubiger sind, wenn sie auch ihrerseits noch nicht vollständig erfüllt haben, läßt sich ein sachlicher Grund auch dann²¹⁷ nicht finden, wenn man ihn entsprechend § 36 II 1 VerglO auf *Teile* ihrer Forderungen beschränkt. Auch in bezug auf einzelne *Forderungsteile* verdienen Gläubiger aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen nicht die ihnen durch die §§ 36 I, 50 I (vgl. auch Satz 2), II 5, III VerglO zugestandene Privilegierung vor solchen Gläubigern, die ihrerseits schon vollständig erfüllt haben und ohne weiteres Vergleichsgläubiger nach § 25 I VerglO sind.

- 13.112** Da der in § 36 I VerglO ausgesprochene Rechtssatz aber verfassungsgemäß ist, wenn man ihn in Analogie zu §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 279 Satz 1, 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auf den Fall beschränkt, daß der Schuldner nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens die Erfüllung des Vertrages verlangt²¹⁸, stellt sich die weitere Frage, ob § 36 II 1 VerglO nicht wenigstens dann zur Anwendung kommen muß, wenn auch diese zusätzliche Voraussetzung erfüllt ist.
- 13.113** Eine bejahende Antwort, wie in den Schlußworten des § 105 Satz 1 InsO²¹⁹, würde bedeuten, daß ein Vergleichsschuldner, der als Käufer die Erfüllung eines schon teilweise erfüllten Sukzessivlieferungsvertrages verlangt, den Verkäufer hinsichtlich der vor Verfahrenseröffnung erfolgten, in sich vollständigen²²⁰ Teilleistungen mit der Vergleichsquote abspeisen könnte und nur die künftigen Lieferungen *vollständig* bezahlen müßte. Genau das wollten die Verfasser des § 36 II VerglO (und auch die des heutigen § 105 Satz 1 InsO²²¹) erreichen²²². Leider haben sie nicht ausdrücklich zu der Frage Stellung genommen, was geschehen soll, wenn der Vertragspartner gegenüber dem Verlangen des Vergleichsschuldners auf Weiterbelieferung geltend macht, daß er nur Zug um Zug gegen Bewirkung der *gesamten* Gegenleistung – also auch des auf die bereits erfolgten Lieferungen entfallenden Teils – leisten werde. Es ist aber ganz offensichtlich²²³, daß sie stillschweigend von der schon damals herrschend gewesenen Ansicht ausgingen, daß Zug-um-Zug-Einreden (§§ 273, 320 BGB), die einem Gläubiger des Gemeinschuldners gegenüber dessen Gegenforderung zustehen, auch insoweit, wie sie zur Zurückbehaltung von *nicht* zur Konkursmasse gehörenden Gegenständen berechtigen, nicht

216 Nämlich bis der Vergleichsschuldner die weitere Erfüllung des Vertrages verlangte; vgl. den sogleich folgenden Text.

217 Vgl. im übrigen schon o. Rn. 13.9 ff., 13.37 ff.

218 S. o. Rn. 13.88 ff., 13.97 ff.

219 § 105 Satz 1 InsO versteht sich als Korrespondenzvorschrift zu § 36 II 1 VerglO (s. o. Rn. 13.108 f. mit Fn. 215).

220 Zum Eigentumsvorbehalt vgl. den Entwurf einer Vergleichsordnung nebst . . . Begründung (1933) S. 45 f. und BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 36 Rn. 47 ad b (m. w. N.); KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, VerglO § 36 Anm. 7.

221 Vgl. zu § 105 Satz 1 InsO o. Rn. 4.158 ff.

222 S. o. Rn. 13.67 ff.

223 Vgl. auch GUTEWORT S. 31.

»konkursfest« seien, wenn die ihnen zugrunde liegende Forderung *Konkursforderung* ist.

Diese Ansicht ist jedoch sowohl für das Konkurs-²²⁴ als auch für das Vergleichsrecht²²⁵ unzutreffend und findet auch im neuen Insolvenzrecht keine Stütze²²⁶. Letzteres wurde bereits bei Rn. 4.161 ff. ausgeführt und ist hier nicht zu wiederholen. Vgl. im übrigen die bei Rn. 4.164 Fn. 340 bezeichnete Passage aus der 1. Auflage dieses Buches. **13.114**

b) Rücktritts- bzw. Rückforderungsausschluß (§ 36 II 2 VerglO / § 105 Satz 2 InsO)

Der zweite Satz des § 36 II VerglO bestimmt, daß der Gläubiger wegen der seinerseits schon erbrachten Teilleistung »ein etwa im Verträge vereinbartes oder als vereinbart geltendes Rücktrittsrecht nach der Verfahrenseröffnung nicht mehr ausüben« könne. **13.115**

Dieser Satz war in dem Entwurf einer Vergleichsordnung, den das Reichsjustizministerium im Jahre 1933 veröffentlicht hatte, noch nicht enthalten. (Erfreulicherweise²²⁷ fehlt er auch in § 105 der am 1. 1. 1999 in Kraft getretenen InsO²²⁸.) Auch der von VOGELS gegebene Bericht über die Beratungen des mit diesem Entwurf befaßten Ausschusses für Vergleichsrecht der Akademie für Deutsches Recht²²⁹ enthält keinen einschlägigen Hinweis. Die amtliche Begründung der Vergleichsordnung vom 26. 2. 1935²³⁰ kommentiert den § 36 II 2 sehr knapp wie folgt: »Um zu verhindern, daß der Gläubiger diese Bestimmung durch Ausübung eines Rücktrittsrechts umgeht, wird insoweit das Rücktrittsrecht beschränkt.« Da mit der »Bestimmung«, deren Umgehung § 36 II 2 VerglO verhindern sollte, nur § 36 II 1 VerglO gemeint sein konnte, richtet sich die gesamte Kritik, mit der vorhin der erste Satz des § 36 II VerglO konfrontiert wurde²³¹, automatisch auch gegen den zweiten Satz der Vorschrift. **13.116**

Unabhängig von dieser Fundamentalkritik ist auch noch folgendes zu bedenken: Mit § 36 II 2 VerglO sollte offenbar verhindert werden, daß der Vertragspartner aufgrund eines bestehenden Rücktrittsrechts einen vom Vergleichsverfahren *nicht* betroffenen Rückgewähranspruch erwirbt²³². Um auch insoweit **13.117**

224 Vgl. insoweit o. Rn. 2.8 bis 2.75 und – speziell zum Problemkreis »Sukzessivlieferungsvertrag und Wiederkehrschuldverhältnis« – Rn. 4.146 ff.

225 Vgl. o. Rn. 12.30 ff.

226 Vgl. o. Rn. 2.8 ff., 4.146 ff., 4.160 ff.

227 Vgl. den unmittelbar folgenden Text.

228 Vgl. dazu o. Rn. 7.23 f.

229 VOGELS ZAkDR 1934, 143 ff.

230 Abgedruckt in DJ 1935, 389 ff.

231 S. o. Rn. 13.108 ff.

232 Vgl. etwa GUTEWORT S. 45; KIESOW DRiZ 1935, 239, 243; SCHUMANN im Archiv für Insolvenzrecht und Treuhandpraxis 1935, 25, 34; VOGELS DJ 1935, 373, 374; dens. VerglO § 36 Anm. V 1 b.

eine »Vergleichsbetroffenheit« des Gläubigers herzustellen, bedurfte es des § 36 II 2 VerglO aber (zum Glück!²³³) schon deshalb nicht, weil ein schuldrechtlicher Anspruch des Vertragspartners auf Rückgewähr seiner schon vor Verfahrenseröffnung²³⁴ in das Eigentum des Vergleichsschuldners übergegangen²³⁵ Leistung selbst dann, wenn der Rücktritt erst nach Verfahrenseröffnung²³⁶ erklärt wurde²³⁷, als aufschiebend bedingter²³⁸ schon zur Zeit der Verfahrenseröffnung »begründet« war (str.²³⁹) und folglich gem. § 25 I VerglO (§ 38 InsO) als *Vergleichsforderung* zu behandeln ist. Insoweit besteht Harmonie mit den Pa-

233 Man bedenke, daß jedenfalls eine unmittelbare Anwendung des § 36 II 2 VerglO nicht möglich ist, wenn die vereinbarten Leistungen nicht »teilbar« sind oder wenn der Gläubiger seinerseits schon »vollständig« erfüllt hat (LETZGUS S. 82 will die Bestimmung im letzteren Falle *analog* anwenden; hiergegen SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang Rn. 170) oder wenn das dem Gläubiger zustehende Rücktrittsrecht nicht (nur) auf vertraglicher Vereinbarung beruht oder als vereinbart »gilt«, sondern kraft Gesetzes (z. B. gem. §§ 325 ff. BGB) entstanden ist (für eine »sinngemäße« Anwendung der Bestimmung im letzteren Falle BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 36 Rn. 50). § 36 II 2 VerglO ist also mit Sicherheit kein Beispiel ausgereifter Gesetzgebungstechnik. Entsprechendes gilt aus anderen Gründen leider auch für den schon etwas besser gelungenen § 105 Satz 2 InsO (vgl. o. Rn. 7.21 ff.).

234 Ansprüche auf Rückgewähr erst *nach* der Verfahrenseröffnung in das Eigentum des Vergleichsschuldners übergangener Leistungen wird man als *nicht* verfahrensbetroffen anzusehen haben, wobei dahingestellt sei, ob man dies mit einer analogen Anwendung des § 59 I Nr. 4 KO (vgl. etwa BREIT JW 1915, 161, 169 ad XI; a. M. BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 26 Rn. 86) oder mit einem Gegenschluß aus § 25 I VerglO begründen sollte.

235 Ansprüche, die sich auf Rückgewähr von *nicht* in das Eigentum des Vergleichsschuldners übergangenen Leistungen richten, wurden vom Vergleichsverfahren i. d. R. nicht betroffen. Vgl. § 26 I VerglO und o. Rn. 7.30 ff.

236 Vielleicht sogar aufgrund eines erst *nach* diesem Zeitpunkt eingetretenen Verzuges des Vergleichsschuldners!

237 Was nach *neuem* Insolvenzrecht aber u. U. an einer analogen Anwendung des § 112 InsO scheitern kann! Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 112 Rn. 16 ff. und o. Rn. 7.58 mit Fn. 136.

238 Vgl. schon o. Rn. 4.126, 7.17 f. – Daß »begründet« i. S. der §§ 3 I KO, 25 I VerglO, 38 InsO auch schon solche Forderungen sein können, deren »Entstehung« noch vom Eintritt einer aufschiebenden, nicht notwendig auf Rechtsgeschäft beruhenden Bedingung abhängt, ist angesichts der §§ 67, 154 KO, 71 III VerglO, 191 InsO unbestritten. S. für das Vergleichsrecht BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 25 Rn. 31.

239 Wie hier BLEY VerglO² § 36 Anm. 52 d, 57 mit vielen Nachweisen auch zu abweichenden Ansichten. Diese reichen von der These, daß solch ein Rückgewähranspruch »zwangsläufig« am Verfahren beteiligt sei, bis zu der – an der Einfügung des § 36 II 2 VerglO wohl nicht ganz »unschuldigen« (vgl. KIESOW und VOGELS a. a. O. [o. Fn. 232]) – Gegenthese, daß der Rückgewähranspruch als erst *nach* dem gem. § 25 I VerglO maßgeblichen Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung »begründet« anzusehen sei und deshalb vom Verfahren nicht betroffen werde. MOHRBUTTER ist der – m. E. zutreffenden – Ansicht von BLEY nur für den Fall gefolgt, daß der nach Verfahrenseröffnung erklärte Rücktritt des Vertragspartners seinen Grund nicht in einem ebenfalls erst nach der Verfahrenseröffnung eingetretenen Verzuges des Vergleichsschuldners findet; vgl. BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 36 Rn. 52 (S. 560); ebenso SERICK Bd. I § 14 II 4 b, c (S. 390 ff.); SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL HGB⁵ § 382 Anhang Rn. 161, 162; gegen diese Differenzierung mit Recht KÖRBER S. 62.

rallelwertungen des § 26 Satz 1 KO²⁴⁰ und des § 105 Satz 2 InsO²⁴¹ (der also zu *Recht* nicht von einem Rücktritts-, sondern nur von einem Rückforderungsausschluß spricht²⁴² und dadurch zumindest *einen* Fehler des im übrigen zum Vorbild genommenen § 36 II 2 VerglO vermeidet²⁴³). Der diese Harmonie beträchtlich störende Gedanke, den Rückgewähranspruch des Vertragspartners jedenfalls dann, wenn ihm ein synallagmatischer (§ 348 BGB) Rückgewähranspruch auch des Vergleichsschuldners gegenüberstand, analog § 36 I VerglO als nicht verfahrensbeteiligt einzustufen²⁴⁴, setzte die *Gültigkeit* des § 36 I VerglO voraus. Hält man die Vorschrift hingegen für nichtig²⁴⁵, so hängt die »Vergleichsfestigkeit« eines etwaigen Rückgewähranspruchs des Vertragspartners aufgrund (doppelter²⁴⁶) Analogie zu §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO davon ab, daß auch der Vergleichsschuldner seine schon erbrachte Teilleistung zurückverlangt – wozu ihn aber niemand zwingen kann.

Soweit heute noch von Interesse (z. B. im Zusammenhang mit § 105 Satz 2 InsO²⁴⁷), ist das Thema »Rücktritts- und Rückforderungsausschluß gem. § 36 II 2 VerglO« an dieser Stelle im wesentlichen erschöpft. Wegen weiterer Details wird auf die vor Inkrafttreten der InsO geschriebene erste Auflage dieses Buches verwiesen²⁴⁸.

4. Mangelhafte Leistungen (§ 36 III VerglO)

Eine weitere Einschränkung des im (nichtigen²⁴⁹) § 36 I VerglO aufgestellten Rechtssatzes, daß ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem zur Zeit der Verfahrenseröffnung beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag beruht, abweichend von § 25 I VerglO (§ 38 InsO) nicht Vergleichsgläubiger sei, enthielt § 36 III VerglO:

»Ist die vom Gläubiger geschuldete Leistung deshalb nicht als vollständig bewirkt anzusehen, weil die Leistung mangelhaft ist, so ist der Gläubiger mit dem Anspruch auf die ihm trotz des

240 S. o. Rn. 7.3 ff. Für eine analoge Anwendung des § 26 Satz 1 KO im Vergleichsrecht auch MAEDER S. 46 f.; vgl. ferner BLEY VerglO² § 50 Anm. 30 c m. w. N. Beide scheinen den § 26 Satz 1 KO aber im Sinne der o. Rn. 7.4 ff. abgelehnten h. M. zu verstehen.

241 S. o. Rn. 7.21 ff.

242 Vgl. jedoch FK-InsO/WEGENER² § 105 Rn. 16 f. und KEPPLINGER S. 252 ff., die § 105 Satz 2 InsO ohne nähere Begründung auch als *Rücktrittssperre* interpretieren.

243 Dennoch gibt auch § 105 Satz 2 InsO Anlaß zu Kritik (s. o. Rn. 7.21 ff.).

244 So verfahren die in Fn. 239 Genannten in den Fällen, in denen sie anerkennen, daß der Rückgewähranspruch des Gläubigers schon zur Zeit der Verfahrenseröffnung »begründet« i. S. d. § 25 I VerglO war.

245 S. o. Rn. 13.79 ff.

246 Zur analogen Anwendung der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO / §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auf *Rückabwicklungsschuldverhältnisse* s. o. Rn. 4.114 ff.; zur analogen Anwendung der Bestimmungen auf das Erfüllungsverlangen des *Vergleichsschuldners* o. Rn. 13.89 ff.

247 S. o. Rn. 13.117.

248 Vgl. MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 456 ff.

249 S. o. Rn. 13.79 ff.

Mangels etwa zustehende Gegenleistung Vergleichsgläubiger; die dem Schuldner wegen des Mangels zustehenden Rechte bleiben unberührt.«

- 13.120** Wie der bei Rn. 13.115 ff. dargestellte § 36 II 2 war auch § 36 III VerglO in dem Entwurf einer Vergleichsordnung, den das Reichsjustizministerium im Jahre 1933 veröffentlicht hatte, noch nicht enthalten. Die amtliche Begründung der Vergleichsordnung vom 26. 2. 1935²⁵⁰ kommentiert die Vorschrift mit dem Satz: »Abs. 3 bestimmt, daß der Gläubiger einen etwa seiner Leistung anhaftenden Mangel nicht dazu benutzen darf, um sich der Vergleichswirkung zu entziehen.«
- 13.121** Wurde auch § 36 III VerglO von der Nichtigkeit des § 36 I VerglO erfaßt? War es richtig, die Vorschrift nicht in die InsO zu übernehmen?
- 13.122** Der erste Halbsatz des § 36 III VerglO war sicher unbedenklich, soweit er für die Zeit zwischen der Verfahrenseröffnung und einem etwaigen Erfüllungsverlangen des Vergleichsschuldners die grundgesetzwidrige Ausnahme wieder aufhob, die § 36 I VerglO von dem (verfassungsgemäßen) Grundsatz des § 25 I VerglO (§ 38 InsO) statuierte.
- 13.123** Wie aber verhält es sich, soweit § 36 III VerglO den Gläubiger selbst dann noch auf die Rechte eines *Vergleichsgläubigers* beschränken wollte, wenn der Schuldner die ihm wegen des Mangels zustehenden Rechte geltend machte? In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß § 36 III VerglO nur den Anspruch auf die dem Gläubiger »trotz«²⁵¹ des seiner eigenen Leistung anhaftenden Mangels etwa zustehende Gegenleistung betrifft. »Trotz« der Mangelhaftigkeit der seinerseits schon erbrachten Leistung steht dem Gläubiger die (volle oder teilweise) Gegenleistung nur dann zu, wenn der Vergleichsschuldner seine Gewährleistungsrechte entweder überhaupt nicht oder nur mit dem Ziel einer Minderung seiner Gegenleistung²⁵² geltend macht. Beide Reaktionsmöglichkeiten des Vergleichsschuldners lassen sich nicht als eine an den Vertragspartner gerichtete Aufforderung zur weiteren Erfüllung des Vertrages begreifen, die in Analogie zum Konkursrecht²⁵³ zur Folge haben müßte, daß die Gegenansprüche des Vertragspartners ihren Charakter als verfahrensbetroffene *Vergleichsforderung* verlieren. Anders als der bei Rn. 13.75 ff. erörterte zweite beinhaltet der dritte Absatz des § 36 VerglO also keine Abweichung von den Wertungen des Konkursrechts.
- 13.124** Es läßt sich demnach nicht bestreiten, daß § 36 III VerglO geltendes Recht enthielt. Wegen der Nichtigkeit des § 36 I VerglO ergab sich das, was § 36 III VerglO besonders aussprach, allerdings schon aus dem allgemeinen Grundsatz des § 25 I VerglO (§ 38 InsO). § 36 III VerglO war also überflüssig.

250 DJ 1935, 389, 390.

251 Dazu BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 36 Rn. 31 ad a.

252 Vgl. auch KIESOW DRiZ 1935, 239, 243, der im Zusammenhang mit § 36 III VerglO nur diesen letzteren Fall erwähnt.

253 Dazu o. Rn. 13.88 ff.

Überflüssige Rechtsvorschriften können zu Mißverständnissen führen. Eine ersatzlose Streichung vermeidet diese Gefahr. Es ist deshalb nicht zu kritisieren, daß der Reformgesetzgeber davon abgesehen hat, eine dem § 36 III VerglO entsprechende Bestimmung in die InsO aufzunehmen. **13.125**

5. §§ 26 Satz 2 KO, 103 II 1 InsO statt § 52 I 1 VerglO

Zu Recht²⁵⁴ wurden die §§ 36 I, 50 VerglO nicht in die InsO übernommen²⁵⁵. Im **13.126** Zusammenhang mit dieser Grundsatzentscheidung hätte der Gesetzgeber eigentlich auch klären können, ob sich die Forderung, mit welcher der Vertragspartner vom Verfahren betroffen wird, falls der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages nicht verlangt, auf (insolvenzquotenmäßige) Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung richtet.

Diese Frage, die im Jahre 1909 sogar Gegenstand einer Petition der Handwerkskammer von Oberbayern war²⁵⁶ (allerdings für den *Konkurs*), hat praktische Konsequenzen in erster Linie hinsichtlich eines dem Gläubiger entgangenen mittelbaren Gewinns aus Anschlußgeschäften mit Dritten²⁵⁷. Ein Vorgehen nach der Differenzmethode wäre dem Gläubiger hingegen sowohl bei einem (verfahrensbetroffenen) Erfüllungs- als auch bei einem Schadensersatzanspruch möglich (str.²⁵⁸). **13.127**

Die im Jahre 1978 eingesetzte »Kommission für Insolvenzrecht« hatte sich in ihrem 1985 veröffentlichten Ersten Bericht entschieden, dem Vertragspartner in Fällen, in denen der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnt, nach dem Vorbild des § 52 I 1 VerglO ohne weiteres einen (verfahrensbetroffenen) Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens zuzugestehen²⁵⁹. Der InsO-Referentenentwurf schloß sich diesem – im Kommissionsbericht nicht näher begründeten²⁶⁰ – Standpunkt an und bestimmte in § 111 II 1 (dem bereits bei Rn. 5.17 erwähnten Vorläufer des heutigen § 103 II 1 InsO): **13.128**

»Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so kann der andere Teil als Insolvenzgläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.«

254 S. o. Rn. 13.33 ff., 13.37 ff.

255 S. o. Rn. 13.7 m. w. N. in Fn. 11.

256 Vgl. o. Rn. 5.74 Fn. 250.

257 Vgl. o. Rn. 5.66 ff., 13.1 ff., 13.75.

258 Vgl. zur Begründung der hier vertretenen Ansicht o. Rn. 5.40 ff. und zu der offenbar abweichenden Ansicht von JAEGER o. Rn. 5.6 f., 5.19 ff.

259 Vgl. Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, RWS 1985, S. 218 ff. (soweit zum dritten Absatz des Leitsatzes 2.4.1.1); ARNOLD, Modell eines insolvenzrechtlichen Sanierungsverfahrens S. 10 (ad 4 b); dens. in: Das Sanierungsverfahren ... (Protokoll der konkursrechtlichen Arbeitstagung der IG Metall am 29. und 30. Oktober 1981) S. 42; KILGER ZIP 1982, 779, 783 (ad 2.1), 884 (ad 9).

260 Vgl. Erster Bericht ..., o. Fn. 259, S. 218 ff., 269 ff.

- 13.129** Bereits damals war gegen den in § 111 II 1 RefEInsO übernommenen Lösungsansatz der Reformkommission der Einwand erhoben worden, daß solch eine Regelung jedenfalls dann, wenn man einen entsprechenden »Schadenersatzanspruch« nicht auch den Insolvenzgläubigern zugestehe, die den Vertrag ihrerseits schon vollständig erfüllt haben, die dem Gesetzgeber durch Art. 3 GG gesteckten Grenzen überschreite²⁶¹. Ob ein Gläubiger, dessen Primärforderung von einem über dem Schuldnervermögen schwebenden Insolvenzverfahren betroffen wird, Anspruch auf Ersatz des ihm durch die volle oder teilweise Nichterfüllung seiner Forderung entstehenden Schadens einschließlich des entgangenen Gewinns habe, dürfe nicht davon abhängig gemacht werden, ob der den Rechtsgrund der Primärforderung bildende Vertrag ein gegenseitiger und auch auf Seiten des Gläubigers noch nicht vollständig erfüllter sei. Im wesentlichen gebe es nur die folgenden drei Möglichkeiten²⁶²:
- 13.130** – entweder *jedem* Gläubiger, der vom Insolvenzverfahren betroffen wird, *ohne weiteres* einen (verfahrensbetroffenen) Anspruch auf Ersatz seines vollen Nichterfüllungsschadens einschließlich des entgangenen Gewinns zuzugestehen (*Verallgemeinerung* des § 52 I 1 VerglO),
- 13.131** – oder *jedem* verfahrensbetroffenen Gläubiger solch einen Anspruch unter der Voraussetzung zuzugestehen, daß insoweit vor oder nach der Verfahrenseröffnung eine bürgerlichrechtliche Anspruchsgrundlage erfüllt worden ist (*Einschränkung* des § 52 I 1 VerglO),
- 13.132** – oder aber *jedem* verfahrensbetroffenen Gläubiger die Geltendmachung eines ihm aus Anlaß der Verfahrenseröffnung möglicherweise erwachsenen Schadenersatzanspruchs zu versagen, soweit dieser den zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch vorhanden gewesenenen ursprünglichen Erfüllungsanspruch bzw. dessen – bei beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Verträgen u. U. entsprechend der Differenzmethode zu mindernden²⁶³ – Wert (§§ 69 KO, 34 VerglO, 45 Satz 1 InsO) übersteigt.
- 13.133** Alle drei Denkmodelle haben Vor- und Nachteile:
- 13.134** Die letztgenannte Möglichkeit (Rn. 13.132) ist zwar die praktikabelste, nicht aber die gerechteste, da sie dem besonderen Schutzbedürfnis gerade der Gläubiger, die durch das Insolvenzverfahren ganz besonders stark geschädigt werden, in keiner Weise Rechnung trägt.

261 MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 183 ff., 439 f., 465 ff. (in das vorliegende Buch übernommen und aktualisiert bei Rn. 5.66 ff., 13.75 ff., 13.127 ff.); ders. in Leibold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 183, 185 f.; ausdrücklich a. M. KEPPLINGER S. 229 f. (mit Fn. 1047), 260 ff. (zugleich für § 21 öst. KO und § 20 d östAO).

262 Vgl. schon o. Rn. 5.71 und MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 466 ff.; a. M. KEPPLINGER a. a. O.

263 Vgl. o. Rn. 5.40 ff.

Die erstgenannte Möglichkeit (Rn. 13.130) ist deshalb abzulehnen, weil es zu weit ginge, dem Gläubiger selbst dann einen (wenn auch verfahrensbeteiligten) Anspruch auf Ersatz aller Nichterfüllungsschäden zuzugestehen, wenn das bürgerliche Recht keinen Grund sieht, solch einen Anspruch zu gewähren. **13.135**

Vom materiellen Gerechtigkeitsgehalt her drängt sich also die an zweiter Stelle (Rn. 13.131) genannte Lösung auf, die zwischen den beiden Extrempositionen vermittelt, indem sie *jedem* verfahrensbetroffenen Gläubiger einen (verfahrensbetroffenen) Anspruch auf Ersatz seines vollen Nichterfüllungsschadens immer nur dann zugesteht, wenn dafür vor oder nach der Verfahrenseröffnung die Voraussetzungen einer bürgerlichrechtlichen Anspruchsgrundlage verwirklicht worden sind. Für den Fall des Konkurses war diese Lösung schon vor der Insolvenzrechtsreform anzuerkennen²⁶⁴. Für das Insolvenzplanverfahren der InsO muß sie jedenfalls dann als maßgeblich erachtet werden, wenn die in Betracht kommende Anspruchsgrundlage schon vor dem Zustandekommen des Insolvenzplans erfüllt worden ist. **13.136**

Eine andere Frage ist, ob sich der vom Verfahren betroffene Erfüllungsanspruch des Gläubigers auch noch *nach* dem Insolvenzplan in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verwandeln kann. Mit rechtskräftiger Bestätigung des Insolvenzplans steht endgültig fest, daß der Gläubiger seine ursprüngliche Forderung nur noch in der Gestalt durchsetzen kann, auf die sie durch den Plan reduziert worden ist. Da die ursprüngliche Forderung den Schuldner nur noch als eine »unvollkommene« Verbindlichkeit trifft²⁶⁵, ist fraglich, ob der Schuldner die weitere Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit jetzt noch im Sinne der §§ 276 ff., 285, 325 f. BGB »zu vertreten« haben kann. M. E. sollte man die Frage bejahen und dabei nur die selbstverständliche Einschränkung machen, daß die in einem solchen Fall entstehende Schadensersatzpflicht den Schuldner genauso »unvollkommen« trifft wie die vom Insolvenzplan betroffene Primärschuld. Der Gläubiger kann also u. U. auch noch *nach* Zustandekommen eines Insolvenzplans einen (vom Plan betroffenen und nur in den sich daraus ergebenden Grenzen durchsetzbaren) Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erwerben; Entsprechendes gilt für die in §§ 325 f. BGB bzw. § 455 I BGB geregelten Rücktrittsrechte²⁶⁶. Aus gesetzgeberischer Sicht war es sicherlich kein Fehler, von einer ausdrücklichen Regelung dieser schwierigen Spezialfragen vorerst abzusehen und die Entscheidung bei Bedarf der Rechtswissenschaft und den Gerichten zu überlassen. **13.137**

Nicht schweigen durfte der Reformgesetzgeber hingegen zu der mit Art. 3 GG nicht zu vereinbarenden²⁶⁷ Entscheidung der VerglO, daß sich die Forderung des **13.138**

264 Vgl. o. Rn. 5.64 ff.

265 Vgl. die Rn. 12.31 Fn. 84 f. Genannten und speziell für das Vergleichsverfahren BLEY/MOHRBUTTER VerglO⁴ § 82 Rn. 16; KILGER/SCHMIDT, Insolvenzgesetze, 1997, VerglO § 82 Anm. 3.

266 Vgl. zu diesen und ähnlichen Fragen o. Rn. 12.31 Rn. 85 f. m. w. N. und Rn. 12.33 Fn. 91.

267 Vgl. o. Rn. 5.64 ff., 13.1 ff., 13.75 ff.

Vertragspartners für den Fall, daß sie vom Verfahren betroffen wird (vgl. §§ 25 I, 36, 52 I 2 VerglO), dann und nur dann *ohne weiteres* auf Ersatz seines gesamten Nichterfüllungsschadens einschließlich des möglicherweise entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) richte, wenn der Geschädigte den Vertrag auch seinerseits noch nicht vollständig erfüllt habe. Hier galt es, die dem Gläubiger zu günstige Rechtsfolge des § 52 I 1 VerglO (*Schadensersatz*) an diejenige der §§ 34 VerglO, 69 KO, 45 Satz 1 InsO (*Wertersatz*) anzugleichen und eine Umwandlung der Primärforderung in einen (verfahrensbeteiligten) Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens nur unter den dafür maßgeblichen Voraussetzungen des bürgerlichen Rechts zuzulassen²⁶⁸.

13.139 Der Gesetzgeber hat diesen bereits in der ersten Auflage dieses Buches geäußerten Hinweis²⁶⁹ zur Kenntnis genommen und den o. Rn. 13.128 zitierten § 111 II 1 RefEInsO, der noch von »Schadenersatz« wegen Nichterfüllung sprach, wie folgt umformuliert:

»Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so kann der andere Teil eine Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.«

Diese Formulierung (§ 103 II 1 InsO) ist, soweit sie von »Forderung« wegen der Nichterfüllung spricht und das Wort »Schadenersatz« vermeidet, dem § 26 Satz 2 KO nachempfunden²⁷⁰. Sie läßt Rechtsgrund und Inhalt der thematisierten Forderung offen und steht deshalb sachgerechten Lösungen nicht im Wege (s. o. Rn. 5.14 ff.).

6. De lege ferenda

13.140 Das Thema »De lege ferenda« hat sich mit Inkrafttreten der InsO weitgehend erledigt (wenn man von den Hinweisen bei Rn. 4.164, 7.29, 13.102 ff., 13.118, 13.126 ff. und vom *österreichischen* Recht²⁷¹ einmal absieht). Bei Interesse kann auf die vor der Insolvenzrechtsreform geschriebene erste Auflage dieses Buches zurückgegriffen werden²⁷².

268 S. o. Rn. 5.71 ff., 13.133 ff.

269 S. o. Rn. 13.129 Fn. 261 f.

270 S. o. Rn. 5.14 ff.

271 Vgl. dazu o. Rn. 13.8, 13.43 (mit Fn. 92), 13.129 (Fn. 261).

272 Vgl. MAROTZKE, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 460–488 und ergänzend o. Rn. 1.12.

§ 14. Das Vertragsrecht des Eröffnungsverfahrens

I. Ein Fall aus der Praxis

Das Vertragsrecht des Insolvenzeröffnungsverfahrens ist im Gesetz nur sehr lückenhaft geregelt. Zur Illustration der praktischen und rechtlichen Probleme eignet sich vorzüglich ein Fall, über den das LG Lübeck im Dezember 1999 zu befinden hatte¹: **14.1**

Eine GmbH hatte bei der späteren Beklagten, die ein Transportunternehmen betreibt, »die Durchführung von Transportleistungen für die 3. und die 4. Kalenderwoche 1999 verbindlich bestellt«. Nach Vertragsschluß² wurde die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH beantragt und vom Insolvenzgericht ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (sog. »starker Verwalter«) eingesetzt. Dieser verfaßte und übersandte der späteren Beklagten drei »Bestellungen«³ über Transportleistungen, die hinsichtlich Fahrtstrecke und Preis mit den bereits vor dem Insolvenzantrag geschlossenen Verträgen übereinstimmten und im übrigen den Zusatz »zwei Tage Abruf« enthielten sowie den ergänzenden Hinweis, daß der Transportverlauf in der 4. Kalenderwoche 1999 zwei Tage vor Beladung bekanntgegeben werde. Zwei dieser Bestellungen stimmten *auch hinsichtlich der zu transportierenden Gegenstände* mit den bereits bestehenden Verträgen überein. Lediglich *eine* der vom vorläufigen Insolvenzverwalter verfassten Bestellungen bezog sich auf *andere* Gegenstände; sie war also, wie das LG Lübeck zutreffend vermerkte, »von der Insolvenzschuldnerin noch nicht beauftragt« gewesen. **14.2**

Der vorläufige Insolvenzverwalter ließ die 4. Kalenderwoche 1999 verstreichen, ohne die in seinen Bestellschreiben bezeichneten Transportleistungen abzurufen. Am Montag der 5. Kalenderwoche wurde über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet und der bisherige vorläufige Insolvenzverwalter zum Insolvenzverwalter bestellt. Am selben Tag und wohl schon in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter erklärte dieser gegenüber der späteren Beklagten, daß er die noch unerledigten Frachtaufträge storniere. Die Beklagte verlangte daraufhin die Zahlung von 25.502,84 DM »Frachtausfall« und beanspruchte insoweit die Stellung einer Massegläubigerin. Hiergegen erhob der Insolvenzverwalter Klage auf Feststellung, daß solch ein Anspruch der Beklagten nicht oder jedenfalls nicht als Masseverbindlichkeit bestehe. **14.3**

Das LG Lübeck sah die Stornierungserklärung des Insolvenzverwalters zutreffend als Kündigung an, die nach § 415 I HGB »jederzeit« möglich ist. Die Ansprüche **14.4**

1 LG Lübeck DZWIR 2000, 78.

2 Etwas unklar ist insoweit die Sachverhaltsdarstellung des LG Lübeck.

3 So jedenfalls die Formulierung im Urteilstatbestands des LG Lübeck.

des Frachtführers (der Beklagten) bestimmen sich in solch einem Fall nach § 415 II HGB. Soweit hiernach ein Anspruch auf Frachtausfall bestand (wovon auszugehen ist), war zu klären, ob es sich um eine Insolvenzforderung oder um eine Masseverbindlichkeit handelte.

II. Lösungsansätze

1. Masseschuldbegründung im Eröffnungsverfahren

- 14.5** Forderungen gegen einen im Insolvenzverfahren befindlichen Schuldner, die bereits bei Verfahrenseröffnung »begründet« waren, sind normalerweise⁴ *Insolvenzforderungen* gem. § 38 InsO. Dies gilt unabhängig davon, ob der diesen Forderungen zugrunde liegende Vertrag vor dem Eröffnungsantrag oder während des Zeitraums zwischen Eröffnungsantrag und Eröffnungsbeschluß zustande gekommen ist.
- 14.6** Für den letztgenannten Zeitraum kann sich jedoch aus § 55 II InsO eine abweichende Beurteilung ergeben. Die Vorschrift setzt voraus, daß für das Eröffnungsverfahren ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt (§ 21 II Nr. 1 InsO), dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt (§ 21 II Nr. 2 Alt. 1 InsO)⁵ und dadurch kraft Gesetzes (§ 22 I 1 InsO) die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übertragen wurde.
- 14.7** Für diese Grundkonstellation eines sog. »starken« vorläufigen Insolvenzverwalters bestimmt § 55 II InsO:
- »Verbindlichkeiten, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter begründet worden sind, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist, gelten nach der Eröffnung des Verfahrens als Masseverbindlichkeiten. Gleiches gilt für Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der vorläufige Insolvenzverwalter für das von ihm verwaltete Vermögen die Gegenleistung in Anspruch genommen hat.«
- 14.8** Ergänzt wird diese Regelung durch § 25 II InsO, der dem verfügungsbefugten vorläufigen Insolvenzverwalter für den Fall der Aufhebung seiner Bestellung die Verpflichtung auferlegt, solche Verbindlichkeiten aus dem von ihm verwalteten Vermögen zu erfüllen, und durch eine subsidiäre persönliche Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters nach Maßgabe des § 61 InsO⁶, auf den § 21 II Nr. 1 InsO verweist.

4 Jedoch Ausnahmen in §§ 55 I Nr. 2, 55 II, 106 ff. InsO.

5 Nicht ausreichend ist die Anordnung eines bloßen Zustimmungsvorbehalts i. S. von § 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO. Vgl. dazu u. Rn. 14.96 ff., 14.101 ff. und Rn. 14.123.

6 Vgl. MAROTZKE, Das Unternehmen in der Insolvenz: Fortführung und Veräußerung zwischen Eröffnungsantrag und Berichtstermin, 2000, Rn. 33 ff.

In dem vom LG Lübeck entschiedenen Fall war ein »starker« vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt worden, insofern also der Anwendungsbereich des § 55 II InsO eröffnet. Bei der Prüfung, ob deshalb aufgrund unmittelbarer oder analoger Anwendung der Vorschrift eine Masseverbindlichkeit entstanden war, sollte man nicht alle drei »Bestellungen« des vorläufigen Insolvenzverwalters in einen Topf werfen, sondern differenzieren: **14.9**

2. Die inkongruente Willenserklärung des vorläufigen Insolvenzverwalters

Leicht fällt in dem vom LG Lübeck entschiedenen Fall die Einordnung des der Beklagten zustehenden Anspruchs aus § 415 II HGB in Bezug auf die Bestellung, die »von der Insolvenzschuldnerin noch nicht beauftragt«⁷, sondern erstmals vom vorläufigen Insolvenzverwalter ausgesprochen worden war. **14.10**

Der Frachtvertrag, der durch die Annahme dieser »Bestellung« zustande gekommen war, begründete auf Seiten der Insolvenzschuldnerin eine auf Zahlung der vereinbarten Vergütung gerichtete Masseverbindlichkeit. Denn diese Verbindlichkeit wurde nicht zunächst vom Schuldner persönlich, sondern ohne solches »Vorspiel« gleich vom vorläufigen Insolvenzverwalter begründet, auf den zuvor die Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Schuldner-GmbH übergegangen war. Es handelt sich also um einen klaren Fall des § 55 II 1 InsO, und auch das LG Lübeck hat das im Ergebnis nicht anders gesehen. **14.11**

Wenn der vorläufige Insolvenzverwalter die Entstehung einer Masseverbindlichkeit hätte vermeiden wollen, hätte er entweder statt kraft Amtes aufgrund einer rechtsgeschäftlich erteilten⁸ Vollmacht der Schuldner-GmbH handeln müssen⁹ oder sich bis auf weiteres nur zum »schwachen« Verwalter bestellen lassen dürfen¹⁰ oder auf einem vertraglichen Ausschluß des § 55 II 1 InsO bestehen müssen¹¹. Ob sich die Beklagte darauf eingelassen hätte, steht auf einem anderen Blatt. **14.12**

3. Die kongruenten Erklärungen des vorläufigen Insolvenzverwalters

a) Die Entscheidung des LG Lübeck

Weitaus schwieriger ist die rechtliche Beurteilung hinsichtlich der beiden übrigen »Bestellschreiben« des vorläufigen Insolvenzverwalters, da diese in allen wesentlichen Punkten wie Gegenstand, Fahrtstrecke und Preis mit den bereits früher geschlossenen Verträgen zwischen der Beklagten (Frachtführerin) und der Schuldner-GmbH (Auftraggeberin) übereinstimmen. **14.13**

⁷ Vgl. o. Rn. 14.2.

⁸ Ob es zur Vollmachtserteilung kommt, hängt sehr von der Kooperationsbereitschaft der GmbH bzw. ihres Geschäftsführers ab.

⁹ Vgl. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 24 (mit Fn. 45), 166.

¹⁰ Vgl. u. Rn. 14.122 f.; ausf. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 9 f. (mit Fn. 9 ff.), 163.

¹¹ Vgl. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 20 ff., 167.

- 14.14** Führten auch diese »kongruenten« Bestellungen zur Anwendung des § 55 II 1 InsO? Dies setzt voraus, daß den Erklärungen des vorläufigen Insolvenzverwalters trotz der inhaltlichen Übereinstimmung mit den bereits bestehenden Verträgen zwischen der Beklagten und der Schuldner-GmbH eine eigenständige rechtliche Bedeutung zukam.
- 14.15** Die Beklagte hatte versucht, die erforderliche rechtliche Eigenständigkeit der vom vorläufigen Insolvenzverwalter abgegebenen Erklärungen damit zu begründen, daß die Ursprungsaufträge, d. h. ihre vor dem Eröffnungsantrag mit der Schuldner-GmbH geschlossenen Frachtverträge, »durch die vorläufige Insolvenzeröffnung erloschen« seien¹². Vielleicht dachte die Beklagte in diesem Zusammenhang an die zu § 17 KO/§ 103 InsO entwickelte Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie des BGH¹³ oder an die für Aufträge und Geschäftsbesorgungsverträge geltenden Erlöschensanordnungen in § 115 I und § 116 Satz 1 InsO. Beides wäre jedoch falsch. Denn die §§ 103, 115, 116 InsO und die hierzu entwickelten Theorien setzen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus, greifen also nicht schon im Eröffnungsverfahren¹⁴. Diese klare Grenze sollte man nicht durch Formulierungen wie »Eröffnung des *vorläufigen* Insolvenzverfahrens«¹⁵ vernebeln. Zutreffend hat auch das LG Lübeck¹⁶ darauf hingewiesen, daß für eine Anwendung des § 115 InsO während des Eröffnungsverfahrens kein Raum sei. Daraus folgert das LG, »daß nach § 115 InsO die von der Gemeinschuldnerin . . . erteilten Transportaufträge [erst¹⁷] durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens . . . erloschen sind«¹⁸, also während des gesamten Eröffnungsverfahrens noch fortbestanden.
- 14.16** Damit waren für das LG Lübeck die Würfel gefallen. Wörtlich führt es aus¹⁹:
- »Weil die Ursprungsaufträge am 21. 1. 1999, dem Tag der Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung, nicht erloschen waren, sondern fortbestanden²⁰, sind die damit übereinstimmenden und nur um die Klausel »zwei Tage Abruf« veränderten zwei Transportaufträge seitens des vorläufigen Insolvenzverwalters keine *neuen* Aufträge des [vorläufigen] Insolvenzverwalters, sondern Bestätigungen der noch bestehenden alten Aufträge der Gemeinschuldnerin. Nur die vom vorläufigen Insolvenzverwalter neu begründeten Verbindlichkeiten im Sinne des § 55 II InsO aber begründen Masseforderungen im Sinne des § 55 I Nr. 2 [?²¹]

12 Vgl. LG Lübeck DZWIR 2000, 78 im letzten Satz unter »Sachverhalt«.

13 Vgl. o. Rn. 1.16, 3.42 ff., 4.17 ff., 4.59 ff., 4.77 ff. und u. Rn. 14.111 ff.

14 Vgl. in bezug auf § 103 InsO u. Rn. 14.105 ff. (auch: Fn. 270), 14.111 ff., 14.118 ff. und in bezug auf §§ 115, 116 InsO HK-InsO² § 22 Rn. 24 (KIRCHHOF), § 115 Rn. 18, § 117 Rn. 11 (MAROTZKE); POHLMANN Rn. 493 ff.; St. THIEMANN Rn. 337.

15 Vgl. LG Lübeck DZWIR 2000, 78 unter »Sachverhalt«.

16 DZWIR 2000, 78.

17 Das Wort »erst« wurde von mir hinzugefügt.

18 Vgl. den ersten Satz der in DZWIR 2000, 78 abgedruckten Urteilsgründe.

19 LG Lübeck DZWIR 2000, 78 [Klammerzusätze stammen nicht vom LG].

20 Was zutrifft (s. Rn. 14.15, 14.19 f.).

21 Die vom LG Lübeck vorgenommene Verknüpfung des § 55 II InsO mit § 55 I Nr. 2 InsO ist *formal* überflüssig, da § 55 II InsO auch ohne den Umweg über § 55 I Nr. 2 InsO zu der

InsO. Mit anderen Worten: Die Beklagte hat Anspruch auf die entgangene Fracht gem. § 415 II Nr. 1 HGB [trotz des angeblich²² erfüllten Erlöschensstatbestands des § 115 InsO?], allerdings nicht als Massegläubigerin, sondern als Insolvenzgläubigerin im Sinne des § 174 InsO.«

b) Stellungnahme

aa) Kritik der Ausführungen zu § 115 InsO

Die Feststellung des LG Lübeck, daß die von der Schuldnerin erteilten Transportaufträge während des gesamten Eröffnungsverfahrens wirksam geblieben seien, ist zutreffend²³. **14.17**

Anlaß zu Kritik gibt jedoch die ergänzende Feststellung, daß dieselben Transportaufträge (richtiger: Frachtverträge) »durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens« schließlich doch noch erloschen seien. **14.18**

Das LG Lübeck zitiert als Erlöschensgrund den § 115 InsO. Eine Anwendung dieser Vorschrift kommt jedoch nicht in Betracht. Denn ein Frachtvertrag ist weder ein (unentgeltlicher) »Auftrag« i. S. d. § 115 InsO noch ein (entgeltlicher) »Geschäftsbesorgungsvertrag« i. S. d. § 116 Satz 1 InsO, sondern ein ganz normaler gegenseitiger Vertrag, der bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht nach § 115 I i. V. m. § 116 Satz 1 InsO erlischt, sondern nur dem aus §§ 38, 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO ersichtlichen Wahlrecht des Insolvenzverwalters unterliegt²⁴. Unter »Geschäftsbesorgung« versteht § 116 Satz 1 InsO nur die *selbständige* Wahrnehmung fremder *Vermögensinteressen*²⁵. Im Vergleich zu gewöhnlichen Werkverträgen, die auch dann nicht ohne weiteres unter § 675 BGB und § 116 Satz 1 InsO fallen, wenn sie auf die *stoffliche Veränderung* von Sachen des Bestel-

Rechtsfolge »Masseverbindlichkeit« führt. Ein *innerer* Zusammenhang, im Sinne von Zweckverwandtschaft, besteht aber sehr wohl. Beide Vorschriften müssen deshalb wertungskonform ausgelegt werden. Näheres sogleich bei Rn. 14.28 ff.

22 S. o. Rn. 14.15 (Schlußsatz), 14.18 ff.

23 Vgl. Rn. 14.15 und 14.19 f.

24 Ebenso wohl HESS InsO¹ § 103 Rn. 15; SMID InsO¹ § 103 Rn. 15 (beide ohne Begründung und auch nicht ganz eindeutig). A. M. JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 15; KUHN/UHLENBRUCK KO¹¹ § 23 Rn. 2; SMID/MEYER InsO¹ § 116 Rn. 2; BAUMBACH/HOPT, 30. Aufl. 2000, HGB § 407 Rn. 23; MünchKomm/DUBISCHAR, 1. Aufl. 1997, HGB § 425 Rn. 123; SCHLEGELBERGER/SCHRÖDER, 5. Aufl. 1977, HGB § 425 Rn. 30 und HELM in GroßkommHGB, 4. Aufl. 1994, § 425 Rn. 125, die bei Insolvenz des »Auftraggebers« § 23 II KO bzw. § 116 InsO anwenden wollen. Zumindest im Sinne des § 675 BGB will auch MARTINEK den Frachtvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag qualifizieren (in: STAUDINGER, 1995, BGB¹³ § 675 Rn. E 17); wie dieser MünchKomm/SELER, 3. Aufl. 1997, BGB § 675 Rn. 96; ERMAN/EHMANN, 10. Aufl. 2000, BGB § 675 Rn. 110.

25 Ganz h. M.; vgl. statt aller JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 23 Rn. 9; SMID/MEYER InsO¹ § 116 Rn. 2 sowie die zu § 675 BGB ergangene Entscheidung BGHZ 45, 223, 228 ff. und die sich auf § 675 BGB beziehenden Ausführungen von STAUDINGER/MARTINEK, 1995, BGB¹³ § 675 Rn. A 23 ff.

lers²⁶ gerichtet sind, ist die Beförderung von Gütern, also die bloße *Ortsveränderung*, im allgemeinen²⁷ nichts derart Besonderes, daß der Vertragstyp Werkvertrag (§ 631 II BGB) bzw. Frachtvertrag (§§ 407 ff. HGB) hier durch die Hereinnahme von Geschäftsbesorgungselementen i. S. der §§ 675 BGB, 116 Satz 1 InsO veredelt werden müßte²⁸.

- 14.20** Zutreffend ist also zwar die Feststellung des LG Lübeck, daß die von der Schuldner-GmbH erteilten »Transportaufträge« zur Zeit der Inverkehrgabe inhaltsgleicher »Bestellungen« des vorläufigen Insolvenzverwalters noch in Kraft gewesen seien²⁹, nicht aber auch der ergänzende Hinweis des Gerichts³⁰, daß diese Aufträge »durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens« schließlich doch noch »nach § 115 InsO« erloschen seien.

bb) Kritik der sonstigen Entscheidungsgründe

- 14.21** Auch im übrigen fordern die Entscheidungsgründe des LG Lübeck einige kritische Nachfragen heraus. Die vom LG vorgenommene Einordnung des Anspruchs aus § 415 II Nr. 1 HGB als *Insolvenzforderung* (s. Rn. 14.16) steht in auffälligem Kontrast zu der Rechtslage, die sich ergeben würde, wenn der Kläger seine mit den bereits bestehenden Verträgen deckungsgleichen Bestellschreiben nicht vor Verfahrenseröffnung in seiner damaligen Eigenschaft als »starker« *vorläufiger* Insolvenzverwalter, sondern erst nach Verfahrenseröffnung in seiner nunmehrigen Funktion als endgültiger Insolvenzverwalter in Verkehr gegeben hätte. Denn damit hätte er konkludent die Erfüllung eines beiderseits noch nicht vollständig erfüllten -und entgegen der Ansicht des LG Lübeck nicht nach §§ 115, 116 InsO erloschenen³¹ – gegenseitigen Vertrages i. S. d. § 103 InsO verlangt mit der gesetzlichen

26 Z. B. Errichtung eines Gebäudes auf einem Grundstück des insolventen Schuldners (im Unterschied zu bestimmten Formen der »Baubetreuung«; vgl. PALANDT/SPRAU BGB⁶⁰ § 675 Rn. 15 ff.). Bei Insolvenz des Bauherren gilt § 103 InsO (vgl. SCHLOSSER, Zivilprozeßrecht II: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 1984, Rn. 344 [noch zu § 17 KO]; KELLER Rpfleger 1997, 45, 51; dens. ZIP 2000, 1324, 1326 f.; nicht anders wohl auch K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 22; FK-InsO/WEGENER² § 103 Rn. 5, 54; N/R/BALTHASAR InsO § 103 Rn. 18) und evtl. auch § 105 InsO (vgl. KREFT, Festschr. f. Uhlenbruck, 2000, S. 387, 402 f.; HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 11, 17).

27 Etwas anderes mag u. U. bei *schwierigen Spezialtransporten* gelten (aber sehr fragl., da solche Schwierigkeiten zwar besondere Sorgfaltspflichten in bezug auf die zu transportierenden Güter, aber nicht ohne weiteres eine Verpflichtung zur selbständigen Wahrnehmung von »Vermögensinteressen« begründen). Zumindest *Speditionsverträge* haben jedoch Geschäftsbesorgungsscharakter i. S. der §§ 675 BGB, 116 Satz 1 InsO (arg. §§ 453 I, 454 HGB; i. E. ebenso SENCKPIEHL, Der Konkurs des Auftraggebers, in: Deutsche Verkehrs-Nachrichten, Ausgabe B, 1937, S. 107 f.; HELM in GroßkommHGB, 4. Aufl. 1985, §§ 407–409 Rn. 84; SCHLEGELBERGER/SCHRÖDER, 5. Aufl. 1977, HGB § 407 Rn. 45 f.; ERMAN/EHMANN, 10. Aufl. 2000, BGB § 675 Rn. 126; STAUDINGER/MARTINEK, 1995, BGB¹³ § 675 Rn. A. 2, E 40 und die o. Fn. 24 als »a. M.« Zitierten).

28 Anders die h. M.; vgl. Fn. 24 unter »a. M.«.

29 Vgl. Rn. 14.15 f.

30 Vgl. Rn. 14.15 a. E. (bei Fn. 18).

31 S. o. Rn. 14.18 ff.

Folge, den Vertrag auch seinerseits erfüllen zu müssen, und zwar als Masseverbindlichkeit gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO.

Selbst wenn man mit dem LG Lübeck davon ausginge, daß ein noch nicht ausgeführter Frachtvertrag bei Verfahrenseröffnung nach § 115 InsO erlischt³² (wozu aber schlecht paßt, daß das LG Lübeck einen Vergütungsanspruch der Beklagten aus § 415 II Nr. 1 HGB bejaht und nur die Einordnung als Masseverbindlichkeit abgelehnt hat³³), wäre das Ergebnis kein anderes. Denn dann müßten die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO *analog* angewandt werden (str.³⁴). **14.22**

Aber auch wenn man diese Analogie ablehnte (was zu einer kaum vertretbaren Verschiedenbehandlung von auf *Orts*veränderung gerichteten von Frachtverträgen einerseits und auf *stoffliche* Veränderung gerichteten Werkverträgen andererseits führen würde³⁵), bliebe das Ergebnis im vom LG Lübeck entschiedenen Fall gleich. Denn dann wäre die Übersendung inhaltsgleicher »Bestellungen« als Angebot zum Abschluß inhaltsgleicher neuer Frachtverträge anzusehen, welches die Beklagte konkludent angenommen hätte. Die Masseschuldqualität der Gegenansprüche, die der Beklagten aufgrund dieser Verträge erwachsen wären, würde sich dann aus § 55 I Nr. 1 InsO ergeben. **14.23**

Darf es hinsichtlich der Einordnung als Masseverbindlichkeit einen Unterschied machen, ob der Kläger seine mit den bereits vorliegenden Verträgen übereinstimmenden Bestellungen in seiner Eigenschaft als starker *vorläufiger* Insolvenzverwalter oder erst in seiner späteren Eigenschaft als *endgültiger* Insolvenzverwalter herausgegeben hat? Muß nicht *analog* § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auch das (einseitige) Erfüllungsverlangen eines starken *vorläufigen* Insolvenzverwalters zu einer Masseverbindlichkeit führen? **14.24**

Oder, wenn man so weit nicht gehen will³⁶: Muß nicht wenigstens einer *Erfüllungszusage*, die ein »starker« vorläufiger Insolvenzverwalter gegenüber einem Vertragspartner des Schuldners abgibt, dieselbe Masseschuld begründungskraft beigelegt werden wie dem Erfüllungsverlangen eines endgültigen Insolvenzverwalters³⁷? Oder bedarf es dazu einer vorherigen, notfalls »stillschweigenden« Annahmeerklärung des Vertragspartners oder vielleicht sogar des Abschlusses eines **14.25**

32 S. Rn. 14.15 (Schlußsatz).

33 Vgl. die bei Rn. 14.16 wiedergegebenen Ausführungen des LG Lübeck. Durchaus begründbar ist hingegen, daß – wovon wie selbstverständlich auch das LG Lübeck ausgeht (s. o. Rn. 14.10 f., 14.16) – eine Anwendung des § 115 InsO *nicht* in Betracht kommt, wenn der betreffende Vertrag nicht vom Schuldner, sondern von einem (verfügungsbefugten) vorläufigen Insolvenzverwalter geschlossen wurde. Näheres in HK-InsO/MAROTZKE² § 115 Rn. 19.

34 Wie hier HK-InsO/MAROTZKE² § 115 Rn. 3, 5 ff.; a. M. FK-InsO/WEGENER² § 103 Rn. 4, § 115 Rn. 2, 9, 20, § 119 Rn. 10; N/R/KIESSNER InsO § 116 Rn. 26; SMID/MEYER InsO¹ § 116 Rn. 1, 4.

35 Denn auf letztere sind die §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO sogar *unmittelbar* anwendbar (s. o. Rn. 14.19 mit Fn. 26).

36 Vgl. u. Rn. 14.53 ff., Rn. 14.72 ff. mit Fn. 161, 164.

37 In diesem Sinne u. Rn. 14.72 ff.

das bisherige Vertragsverhältnis ersetzenden bzw. in den Anwendungsbereich der §§ 25 II, 55 II InsO hineinziehenden Novationsvertrages³⁸? Diese und einige verwandte Fragestellungen sollen im Folgenden näher untersucht werden. Der vom LG Lübeck entschiedene Fall³⁹ wird dazu neben anderen Beispielen, die vor allem dem Werkvertrags-, Miet-, Pacht- und Arbeitsrecht sowie dem Recht der Energieversorgung und einiger anderer Dauerschuldverhältnisse entnommen sind⁴⁰, immer wieder herangezogen werden⁴¹. Wer sich daran stört, daß die §§ 115, 116 InsO im Zusammenhang mit dem vom LG Lübeck entschiedenen Fall fortan nicht mehr erwähnt werden, mag sich einfach statt des auf *Orts*veränderung gerichteten Frachtvertrages einen auf *stoffliche* Veränderung gerichteten Werkvertrag oder einen auf *Bewahrung* der örtlichen und stofflichen Gegebenheiten gerichteten Lagervertrag denken. In diesen beiden Abwandlungen liegt eine Anwendung der §§ 115, 116 InsO i. d. R. noch ferner⁴² als in dem Fall, den das LG Lübeck zu beurteilen hatte.

III. Wechselwirkungen zwischen § 55 II InsO und §§ 103, 55 I Nr. 2 InsO?

- 14.26** Eine Untersuchung der skizzierten⁴³ Problematik sollte mit einem Blick auf die einschlägigen Rechtsnormen beginnen. Kommen insoweit nur die beiden Sätze des § 55 II InsO in Betracht, oder darf diese unmittelbar einschlägige Normenbasis durch eine analoge Anwendung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO verbreitert werden? Kommt es bereits im Eröffnungsverfahren zu »Vorwirkungen« des § 103 InsO und seiner Folgevorschriften?
- 14.27** Um einen Eindruck von der praktischen Bedeutung zu gewinnen, soll zunächst anhand eines Vergleichs der einschlägigen Normenkomplexe herausgearbeitet werden, in welchen Punkten eine analoge Anwendung der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO zu Rechtsfolgen führen würde, die sich nicht genau so gut mit § 55 II InsO begründen lassen.

38 Dazu u. Rn. 14.75 ff.

39 S. Rn. 14.1 ff.

40 Vgl. etwa Rn. 14.36 ff., 14.39 ff., 14.42 ff., 14.49, 14.52, 14.55 ff., 14.58, 14.60 ff., 14.65 ff., 14.72 (Fn. 153), 14.86 ff., 14.89 ff.

41 Vgl. u. Rn. 14.36 ff., 14.51 ff., 14.67, 14.72 ff.

42 Vgl. für Werkverträge o. Rn. 14.19 Fn. 26, Rn. 14.23 Fn. 35 und für Lagerverträge K/P/TIN-TELNOT InsO §§ 115, 116 Rn. 16; OLG Oldenburg MDR 1990, 820, 821 (obiter); vgl. auch SMID InsO¹ § 103 Rn. 15; FK-InsO/WEGENER² § 103 Rn. 19.

43 S. o. Rn. 14.25.

1. Vergleich der einschlägigen Normenkomplexe

a) Masseschuld begründung durch Neuabschluß (§ 55 I Nr. 1, II 1 InsO)

Nach § 55 II 1 InsO gelten Verbindlichkeiten, die von einem mit Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners ausgestatteten (»starken«) vorläufigen Insolvenzverwalter begründet worden sind, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeiten. Inhaltlich handelt es sich um eine Korrespondenzvorschrift zu § 55 I Nr. 1 InsO, der Verbindlichkeiten, die nach Verfahrenseröffnung durch Handlungen eines Insolvenzverwalters begründet werden, als Masseverbindlichkeiten einordnet. **14.28**

Als tragender Grund dieser Anlehnung an § 55 I Nr. 1 InsO lassen sich unschwer die einem (richtigen) Insolvenzverwalter vergleichbare »Stärke« des mit Verfügungsmacht ausgestatteten vorläufigen Insolvenzverwalters und die hier wie dort bestehende Notwendigkeit zur Teilnahme am Geschäftsverkehr⁴⁴ ausmachen. Wer als vorläufiger oder endgültiger Insolvenzverwalter Geschäfte machen will, wird die dafür benötigten Partner nur finden, wenn er ihnen entweder Zug-um-Zug-Leistung oder sonstige verlässliche Sicherheiten bieten⁴⁵ oder ihnen zumindest verbindlich in Aussicht stellen kann, daß die von nun an entstehenden Forderungen nicht mit der Quote abgespeist, sondern als Masseverbindlichkeiten erfüllt werden⁴⁶. Diesem praktischen Bedürfnis kommt § 55 InsO auf der Ebene der Masseschuld begründungskompetenz sowohl für den »richtigen« (I Nr. 1) als auch für den starken »vorläufigen« (II 1) Insolvenzverwalter nach. Eine durch analoge Anwendung der jeweils anderen⁴⁷ Vorschrift auszufüllende Lücke weist weder die eine noch die andere Regelung auf. **14.29**

b) Massebeschuld begründung durch Bezugnahme auf einen bereits vorhandenen Vertrag (§§ 103, 55 I Nr. 2, II 2 InsO)

Weniger eindeutig ist der Befund, wenn man die Betrachtung auf § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO erstreckt. Nach dieser Vorschrift gehören zu den Masseverbindlichkeiten auch Verbindlichkeiten »aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird«. Wie sich aus den Worten »zur Insolvenzmasse« ergibt, muß es sich um ein *nach* Verfahrenseröffnung erklärtes Erfüllungsverlangen, also um das auch in § 103 InsO geregelte Erfüllungsverlangen eines »echten« Insolvenzverwalters⁴⁸ handeln. **14.30**

44 Vgl. §§ 221 2 Nr. 2, 156 ff. InsO; MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 16 f., 33 ff., 56, 169 f.

45 Vgl. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 39 f. (u. a. zum Treuhandkontenmodell); BGH ZIP 1997, 1551, 1553 (zust. UHLENBRUCK EWIR § 106 KO 2/1997, 851 f.).

46 Ausf. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 10 ff., 21 und u. Rn. 14.72 ff.

47 Nicht um eine analoge Anwendung der »jeweils anderen« Vorschrift geht es bei der Frage einer analogen Anwendung des für den »starken« vorläufigen Insolvenzverwalter geltenden § 55 II InsO auf den »schwachen« vorläufigen Insolvenzverwalter. Vgl. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 9 f., 13, 137 ff. (besonders Rn. 141 ff., 151) und u. Rn. 14.96 ff., 14.123 f.).

48 An dessen Stelle tritt bei Anordnung von Eigenverwaltung der Schuldner (§ 279 InsO).

- 14.31** Ob auch das Erfüllungsverlangen eines (starken) *vorläufigen* Insolvenzverwalters masseschuldbegründend wirkt, hängt davon ab, ob ein solches von § 55 II InsO erfaßt wird oder, sollte das zu verneinen sein, ob § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO *analog* angewendet werden darf⁴⁹.
- 14.32** § 55 II 1 InsO erfaßt das Erfüllungsverlangen des vorläufigen Insolvenzverwalters nicht. Die Vorschrift erklärt nur solche Verbindlichkeiten zu Masseverbindlichkeiten, die von einem (starken) vorläufigen Insolvenzverwalter *begründet* wurden. Den Fall, daß der Vertrag bereits vom Schuldner geschlossen worden war und der vorläufige Insolvenzverwalter nur die Erfüllung verlangt, stellt die InsO einer *Neubegründung* des Vertragsverhältnisses, durch welche die Gegenverbindlichkeit des Insolvenzschuldners zu einer Masseverbindlichkeit aufgewertet würde, nicht ohne weiteres gleich.
- 14.33** »Gleiches« wie für vom vorläufigen Insolvenzverwalter begründete Verbindlichkeiten ordnet § 55 II 2 InsO nur für Verbindlichkeiten aus »Dauerschuldverhältnissen« an, soweit der vorläufige Insolvenzverwalter für das von ihm verwaltete Vermögen die Gegenleistung »in Anspruch genommen« hat. Diese Formulierung enthält zwei signifikante Abweichungen vom ansonsten rechtsähnlichen § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO. Anders als § 55 I Nr. 2 spricht § 55 II 2 InsO nicht von »gegenseitigen Verträgen«, sondern – enger – von »Dauerschuldverhältnissen«⁵⁰. Zudem verleiht er der Forderung des Vertragspartners nicht schon dann (bzw. nicht *nur* dann) Masseschuldcharakter, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages »verlangt«, sondern schon (bzw. nur) dann, wenn er die Gegenleistung des Vertragspartners »in Anspruch genommen« hat. Die späteren Ausführungen werden zeigen, daß der Begriff »Inanspruchnahme« teils enger, teils aber auch weiter ist als der Begriff »Erfüllungsverlangen«⁵¹.
- 14.34** Soweit der Anwendungsbereich des für den *vorläufigen* Insolvenzverwalter geltenden § 55 II 2 InsO aufgrund dieser Abweichungen *enger* ist als der des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, stellt sich die Frage, ob diese Enge durch eine analoge Anwendung der letztgenannten Vorschrift überwunden werden darf. Dies hängt davon ab, ob die festgestellten Unterschiede auf einer sachlich begründbaren Absicht des Gesetzgebers beruhen oder ob der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 GG) es verbietet, bei der Frage, ob der Vertragspartner die Stellung eines Massegläubigers erlangt, danach zu unterscheiden, ob er es mit einem (vollberechtigten) *vorläufigen* oder mit einem *endgültigen* Insolvenzverwalter zu tun hat. Die nun folgenden Ausführungen werden das zu beantworten haben.

49 Vgl. zur ersten Frage den nun folgenden Text und zur zweiten Frage u. Rn. 14.44 ff., 14.51 ff. (bes. Rn. 14.75 Fn. 164).

50 Näheres bei Rn. 14.35 ff.

51 Näheres bei Rn. 14.53 ff., 14.61 ff.

2. Voraussetzungen der Masseschuld begründung durch Gegenleistungsanspruchnahme (§ 55 II 2 InsO)

a) Dauerschuldverhältnis

Nehmen wir zunächst den Fall, daß der Vertrag, um dessen Erfüllung es geht, die -wie immer auch zu definierenden⁵² – Begriffsmerkmale eines Dauerschuldverhältnisses *nicht* erfüllt. Keine Dauerschuldverhältnisse waren z. B. die Frachtverträge, die im Fall des LG Lübeck⁵³ zur Beurteilung anstanden. Ebenfalls keine Dauerschuldverhältnisse sind die meisten Werkverträge. Wer der hier vertretenen Ansicht, daß Frachtverträge bei Verfahrenseröffnung nicht nach §§ 115 I, 116 Satz 1 InsO erlöschen⁵⁴, skeptisch gegenübersteht, sollte sich von nun an ein Beispiel aus dem Werkvertragsrecht denken⁵⁵. 14.35

Nehmen wir, bevor wir uns dem § 55 II 2 InsO zuwenden (Rn. 14.38 ff.), des weiteren an, daß solch ein nicht als Dauerschuldverhältnis zu qualifizierender Vertrag bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch ungekündigt und auch unbeeinflußt durch sonstige Erklärungen eines vorläufigen Insolvenzverwalters fortbesteht. 14.36

Wenn dann der für das *eröffnete* Verfahren bestellte Verwalter vom Vertragspartner gem. § 103 I InsO Erfüllung verlangt⁵⁶, ist klar, daß die Gegenverbindlichkeit des Insolvenzschuldners (der Vergütungsanspruch des Vertragspartners) nicht mehr nur Insolvenzforderung gem. § 38 InsO ist, sondern als Masseverbindlichkeit verfolgt werden kann. Denn auf das Erfüllungsverlangen des für das *eröffnete* Verfahren bestellten Verwalters ist nicht § 55 II 2, sondern § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO anzuwenden; und dieser macht die Aufwertung des Vertragspartners zu einem Massegläubiger nicht davon abhängig, daß es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt und dem Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters bereits entsprochen wurde. Um die Vergleichbarkeit der Fälle, die einander im Folgenden gegenüberzustellen sein werden, zumindest in puncto »Erfüllungsverlangen« (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO) bzw. »Gegenleistungsanspruchnahme« (§ 55 II 2 InsO) problemlos⁵⁷ bejahen zu können, sei aber unterstellt, daß der Vertragspartner dem Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters Folge geleistet hat. Die Voraussetzungen der Vorschrift, die den Vertragspartner im Falles eines an ihn gerichteten 14.37

52 Vgl. Hartmut OETKER, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 66 ff., 181 ff., 702 ff., 714 f. und speziell unter insolvenzrechtlichen Aspekten die Darstellung u. Rn. 14.40 ff.

53 S. o. Rn. 14.1 ff.

54 S. o. Rn. 14.18 ff.

55 Vgl. die Bemerkungen bei Rn. 14.25 a. E. Der dort ebenfalls erwähnte *Lagervertrag* ist hingegen i. d. R. als »Dauerschuldverhältnis« anzusehen, führt in typologischer Hinsicht also meist *problemlos* zu § 55 II 2 InsO (wenn man mit der h. M. davon ausgeht, daß § 55 II 2 InsO nicht nur solche Dauerschuldverhältnisse erfaßt, die nach Verfahrenseröffnung unter § 108 InsO fallen würden; vgl. dazu sogleich Rn. 14.40 f.).

56 Dieses Recht sollte man dem Insolvenzverwalter *unabhängig* davon zugestehen, ob der Vertrag unter §§ 115 I, 116 Satz 1 InsO fällt oder nicht (s. o. Rn. 14.22 mit Fn. 34).

57 Die »Problemzonen« des Inanspruchnahmebegriffs werden bei Rn. 14.47 ff. abgehandelt.

Erfüllungsverlangens zu einem Massegläubiger erhebt (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO), sind dann nicht nur erfüllt, sondern sogar übererfüllt.

- 14.38** Anders liegen die Dinge, wenn man den Fall gedanklich in das Eröffnungsverfahren vorverlegt, sich statt des endgültigen einen (verfügungsbefugten) *vorläufigen* Insolvenzverwalter denkt und den Wortlaut des dann einschlägigen § 55 II 2 InsO ernst nimmt. Selbst wenn ein verfügungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter alle geschuldeten Transportleistungen (oder Werkleistungen⁵⁸) des Vertragspartners verlangt *und* erhalten, sie also ganz unbestreitbar »in Anspruch genommen« hat, scheint die Annahme, daß deshalb der Anspruch auf die Gegenleistung ab Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeit gilt, an einem wichtigen Detail zu scheitern: nämlich daran, daß ein Transportvertrag (bzw. ein Werkvertrag) kein »Dauerschuldverhältnis« im Sinne des § 55 II 2 InsO ist.
- 14.39** Hatte sich der Vertragspartner hingegen nicht zum Transport, sondern zur *Verwahrung* bzw. *Einlagerung* von Sachen des Schuldners oder zur *mietweisen Überlassung einer Lagerhalle* verpflichtet, so wäre zumindest im letztgenannten, also im *mietrechtlichen* Beispiel der Anwendungsbereich des § 55 II 2 InsO vom Vertragstyp her eröffnet.
- 14.40** Ob Entsprechendes auch für Verwahrungs- bzw. Lagerverträge gilt, hängt von der gegenwärtig wohl noch nicht ganz ausdiskutierten⁵⁹ Vorfrage ab, ob § 55 II 2 InsO für *sämtliche* Dauerschuldverhältnisse gilt (weite Auslegung⁶⁰) oder ob die Vorschrift nur diejenigen Vertragstypen erfaßt, die unter der Gesetzesüberschrift »Fortbestehen von Dauerschuldverhältnissen« auch in § 108 InsO thematisiert werden (enge Auslegung, die im Ergebnis zu einer Beschränkung des § 55 II 2 InsO auf Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse führen würde⁶¹). Da die Gesetzes-

58 S. o. Rn. 14.25 a. E., 14.36.

59 Die bisherigen Stellungnahmen (s. Fn. 60 f.) stehen meist im Zusammenhang mit der sehr speziellen und z. T. auch von rechtspolitischem Wunschdenken geprägten Fragestellung, ob § 55 II 2 InsO noch einen nennenswerten Anwendungsbereich hätte, wenn man die Vorschrift bei Miet-, Pacht- und Dienstverhältnissen als durch § 108 II InsO verdrängt ansehen würde. Gegen solch eine Verdrängungstheorie überzeugend BORK, ZIP 1999, 781 ff.; MOLL/MÜLLER KTS 2000, 587, 591 f.; weitere Nachweise bei HK-InsO/MAROTZKE² § 108 Rn. 20. Eine partielle Entschärfung der Konkurrenzfrage brächte der von der Bundesregierung vorgeschlagene § 55 III InsO (s. u. Rn. 14.65 Fn. 133).

60 In diesem Sinne z. B. WIESTER ZInsO 1998, 99, 104 (I. Sp.); HESS InsO¹ § 55 Rn. 198; BORK ZIP 1999, 781, 782; BERSCHIED, Arbeitsverhältnisse in der Insolvenz, 1999, Rn. 900; ders., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 1361, 1383 Rn. 49; SCHRADER ZInsO 2000, 196, 200 (r. Sp.); MOLL/MÜLLER KTS 2000, 587, 592; wohl auch K/P/TINTELNOT, 8. Lfg. 11/00, InsO § 108 Rn. 28 a (»... ist zuzugeben, daß § 55 Abs. 2 einen weiteren Begriff von Dauerschuldverhältnissen enthält als die Überschrift zu § 108«; vgl. allerdings auch u. Fn. 61); LAKIES BB 1998, 2638; ArbG Aachen ZIP 1999, 1982, 1983 f. = NZI 1999, 510, 511 (insoweit unvollständig abgedruckt in ZInsO 1999, 721 f.); LAG Hamm ZInsO 2000, 113, 114 = ZIP 2000, 590, 591 = NZI 2000, 189, 190 (ad II 1; insoweit unvollständig abgedruckt in DZWIR 2000, 106 f.).

61 Im Sinne dieser engen Auslegung müssen evtl. die Ausführungen von HK-InsO/EICKMANN² § 55 Rn. 20 ff. und SMID InsO¹ § 55 Rn. 36 verstanden werden (aber nicht ganz eindeutig). Vgl. auch TINTELNOT ZIP 1995, 616, 620, der den Begriff »Dauerschuldver-

materialien keine klare Auskunft geben⁶², sind theoretisch sowohl die weite als auch die enge Auslegung des § 55 II 2 InsO vertretbar. Welcher Auslegung zu folgen ist oder ob man die Beschränktheit des § 55 II 2 InsO auf »Dauerschuldverhältnisse« vielleicht sogar völlig aufgeben sollte⁶³, hängt davon ab, ob sich für eine Gleichschaltung der Vorschrift mit § 108 InsO nicht nur sprachlich-ästhetische, sondern auch sachliche Gründe finden lassen und ob es bereits im Ausgangspunkt richtig war, nur für »Dauerschuldverhältnisse« eine Regelung mit dem Inhalt des § 55 II 2 InsO zu treffen.

M. E. spricht nichts für die Annahme, daß § 108 InsO, der ausweislich seiner Überschrift das *Fortbestehen* von Dauerschuldverhältnissen regelt, zugleich eine auch für § 55 II 2 InsO verbindliche *Definition* des Begriffs »Dauerschuldverhältnis« geben will. § 108 InsO enthält keine Legaldefinition, sondern greift nur aus der großen Zahl möglicher Dauerschuldverhältnisse diejenigen heraus⁶⁴, die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht erlöschen⁶⁵ oder sonstige insolvenzrechtliche Deformationen⁶⁶ erleiden, sondern bis auf weiteres⁶⁷ »mit Wirkung für die

hältnis« allerdings nicht im Sinne des § 108 InsO, sondern im Sinne des § 112 InsO interpretieren (vgl. hierzu u. Fn. 62) und damit wohl als erforderlich und ausreichend erachten will, daß das Vertragsverhältnis wenigstens von *einer* der beiden Vorschriften erfaßt werden kann (vgl. zu TINTELNOT aber auch o. Fn. 60).

- 62 Die Begründung des dem § 55 II 2 InsO entsprechenden § 64 II 2 RegE verwendet den Begriff »Dauerschuldverhältnis« ohne erläuternden Hinweis. Die Begründung des dem rechtsähnlichen § 25 II 2 InsO entsprechenden § 29 II 2 RegE erwähnt als Dauerschuldverhältnisse zwar Arbeits- und Mietverhältnisse, geht aber auf das Verhältnis zu § 108 InsO / § 122 RegE nicht ein (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 118, 126). Die Begründung des § 126 RegE / § 112 InsO erwähnt im Zusammenhang mit einer Bezugnahme auf §§ 29 II 2, 64 II 2 RegE / §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO nur Miet- und Pachtverhältnisse mit dem insolventen Schuldner in der Rolle des Mieters bzw. Pächters (BT-Drucks. 12/2443 S. 148; vgl. auch u. Fn. 115). Dies ergibt jedoch kein Argument für eine *enge* Auslegung des Begriffs »Dauerschuldverhältnis« in §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO, sondern ist wohl damit zu erklären, daß diese Bemerkungen *im Zusammenhang mit § 112 InsO* stehen, der zumindest dem Wortlaut nach »ein Miet- oder Pachtverhältnis, das der Schuldner als Mieter oder Pächter eingegangen war«, voraussetzt (was allerdings eine analoge Anwendung auf andere Verträge mit Gebrauchsüberlassungselement nicht ausschließt; vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 112 Rn. 19 ff.).
- 63 Vgl. zu dieser Radikallösung u. Rn. 14.43 ff.
- 64 Wie hier BORK ZIP 1999, 781, 782; ArbG Aachen ZIP 1999, 1982, 1983 = NZI 1999, 510, 511 (insoweit nicht mit abgedruckt in ZInsO 1999, 721 f.).
- 65 Zu den Geschäftsbesorgungsverträgen, die nach §§ 115 I, 116 Satz 1 InsO bei Verfahrenseröffnung »erlöschen«, gehören sicherlich auch solche, die den Charakter von »Dauerschuldverhältnissen« haben (so auch BORK und das ArbG Aachen, jeweils a. a. O.). Übrigens »erlöschen« in den Fällen der §§ 115 I, 116 Satz 1 InsO ohnehin nicht die kompletten *Verträge*, sondern nur die durch sie übertragenen *Geschäftsführungsbefugnisse* (vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 115 Rn. 4; str.).
- 66 Zu denken ist in erster Linie an die sich aus § 38 InsO und evtl. § 105 InsO oder § 103 II 1 InsO ergebende Beschränkung des Vertragspartners auf die »Quote« oder an die in § 118 InsO vorausgesetzte, infolge zwischenzeitlicher Gesetzesänderungen (dazu HK-InsO/MAROTZKE² § 118 Rn. 5 f.) allerdings nicht mehr allzu häufige »Auflösung« von Gesellschaften.
- 67 Vorbehaltlich der durch §§ 109 ff. InsO eingeräumten oder etwaiger sonstiger Gestaltungsrechte.

Insolvenzmasse fortbestehen« sollen (Abs. 1) und infolgedessen gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 2 InsO als Masseverbindlichkeit erfüllt werden müssen (vorbehaltlich § 108 II InsO, der seinerseits durch § 55 II 2 InsO eingeschränkt wird⁶⁸). Massegläubiger ist der Vertragspartner in Fällen des § 108 I InsO automatisch ab Verfahrenseröffnung, nicht erst infolge einer Willenserklärung oder sonstigen Rechtshandlung des Insolvenzverwalters. Hierdurch unterscheidet sich § 108 InsO sowohl von 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, der ein nach § 103 InsO zulässiges Erfüllungsvorbringen des Insolvenzverwalters voraussetzt, als auch von § 55 II 2 InsO, der voraussetzt, daß ein verfügungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter bei einem Dauerschuldverhältnis die Gegenleistung des Vertragspartners »in Anspruch genommen« hat. Im Hinblick auf die Anknüpfung an eine *Rechtshandlung des Verwalters* steht § 55 II 2 InsO dem mit »Wahlrecht des Insolvenzverwalters« überschriebenen § 103 InsO erheblich näher als dem mit »Fortbestehen von Dauerschuldverhältnissen« überschriebenen § 108 InsO, dessen primäre Wirkung ja gerade in der *Ausschaltung* des § 103 InsO besteht⁶⁹. Als eine Vorschrift, die in bezug auf die Erfüllung oder Nichterfüllung von Dauerschuldverhältnissen zu einem *Wahlrecht* des vorläufigen Insolvenzverwalters führt, sollte § 55 II 2 InsO nicht ausgerechnet im Lichte *der* Vorschrift ausgelegt werden müssen, die in bezug auf Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse nichts anderes im Sinn hat, als dem (endgültigen) Insolvenzverwalter ein vergleichbares Wahlrecht, nämlich das aus § 103 InsO, zunächst einmal grundsätzlich *abzusprechen*⁷⁰ und an seine Stelle ein gestuftes (und lückenhaftes⁷¹) System von Kündigungs- und Rücktrittsrechten⁷² zu setzen. Angesichts der unterschiedlichen Regelungszwecke des § 108 I InsO einerseits und des § 55 II 2 InsO andererseits wäre es verfehlt, den *engen* Begriff des Dauerschuldverhältnisses, der der Überschrift des § 108 InsO zugrunde liegt, ohne weiteres auf § 55 II 2 InsO zu übertragen. Im Rahmen des § 55 II 2 InsO ist der Begriff des Dauerschuldverhältnisses *autonom* auszulegen⁷³; eine Verengung auf Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse wäre voreilig und durch nichts gerechtfertigt. Auch sonst spricht nichts für eine enge Auslegung des § 55 II 2 InsO⁷⁴.

14.42 § 55 II 2 InsO gilt also für *jede* Art von Dauerschuldverhältnissen, sofern bei ihnen noch eine »Gegenleistung« des Vertragspartners aussteht, die nach Art und Inhalt

68 Letzteres ist allerdings sehr umstritten (s. o. Rn. 14.40 Fn. 59).

69 Vgl. o. Rn. 6.6; HK-InsO/MAROTZKE² § 108 Rn. 1, 18.

70 Von den aus §§ 109 ff., § 90 II Nrn. 2 f. und § 209 II Nrn. 2 f. InsO ersichtlichen »Wahlrechtsresten«, die selbstverständlich *nur bei den in § 108 InsO thematisierten Vertragstypen* in Betracht kommen, sei im folgenden abgesehen. Vgl. auch Fn. 72 f.

71 Vgl. Fn. 72.

72 Vgl. §§ 109, 111, 113 InsO. Keine dieser Vorschriften »hilft« übrigens im Fall des § 108 I 2 InsO (s. o. Rn. 6.6 Fn. 16). Und § 111 InsO normiert nicht ein Kündigungsrecht des Verwalters, sondern ein solches des Grundstückserwerbers.

73 Entsprechendes gilt im Rahmen des rechtsähnlichen § 25 II 2 InsO, nicht aber im Rahmen der einen Fall des § 108 I InsO voraussetzenden § 90 II Nrn. 2 f. und § 209 II Nrn. 2 f. InsO. Vgl. zu den beiden letztgenannten Vorschriften auch o. Fn. 70 und Rn. 14.43 Fn. 84 sowie u. Rn. 14.54, 14.58 ff. (mit Fn. 121).

74 Vgl. auch Rn. 14.40 Fn. 62.

nicht untrennbar auf die Person des Schuldners bezogen ist, sondern auch von einem vorläufigen Insolvenzverwalter »in Anspruch genommen« werden kann. Dauerschuldverhältnisse i. S. des § 55 II 2 InsO sind demnach nicht nur die meisten⁷⁵ Dienst-, Miet- und Pachtverhältnisse (erinnert sei an das als Beispiel angeführte Mietverhältnis über eine Lagerhalle⁷⁶), sondern je nach Art und Umfang des vereinbarten Leistungsprogramms auch Verwahrungsverträge, Lagergeschäfte, verzinsliches Darlehen, Geschäftsbesorgungsverträge⁷⁷, Sukzessivlieferungsverträge über elektrische Energie oder sonstige Versorgungsgüter⁷⁸ sowie Verträge über die Entsorgung von Abfällen und dergleichen⁷⁹. Ob § 55 II 2 InsO auch für Gesellschaftsverträge gilt⁸⁰, hängt davon ab, ob auch hier echte »Gegenleistungen« denkbar sind, die i. S. der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO »in Anspruch genommen« werden können. Diese Spezialfrage, die sich mit einigen zusätzlichen Verkomplizierungen⁸¹ auch im Rahmen der §§ 103, 105, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO stellt⁸², muß einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben. Die Verwendung des Wortes »Gegenleistung« deutet darauf hin, daß die §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO nur solche Dauerschuldverhältnisse erfassen wollen, die zugleich »gegenseitige Verträge« i. S. der §§ 320 ff. BGB sind.

75 Nicht erfaßt sind solche Schuldverhältnisse, bei denen die Leistung des Vertragspartners *nur an den Schuldner* bzw. die Leistung *des* Schuldners nur von diesem (also nicht auch »aus der Masse«) erbracht werden kann. Vgl. die soeben im Text formulierte Einschränkung und die ausführlichere Darstellung bei Rn. 4.11 ff. und HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 14 ff., 21, § 108 Rn. 2, 19 und § 109 Rn. 6 ff.

76 S. o. Rn. 14.39.

77 Daß Geschäftsbesorgungsverträge *nach* Verfahrenseröffnung unter § 116 Satz 1 InsO fallen, steht der Subsumtion unter §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO nicht entgegen. Vgl. ArbG Aachen ZIP 1999, 1982, 1983 = NZI 1999, 510, 511 (insoweit nicht mit abgedruckt in ZInsO 1999, 421 f.).

78 Ebenso MOLL/MÜLLER KTS 2000, 587, 592 unter Berufung auf WIESTER ZInsO 1998, 99, 104. Daß Sukzessivlieferungsverträge *nach* Verfahrenseröffnung unter § 105 InsO fallen, steht der Subsumtion unter §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO nicht entgegen. Jedoch geht § 55 II 2 InsO im Rahmen des eigenen Anwendungsbereichs, also je nach Umfang der Gegenleistungsanspruchnahme durch den vorläufigen Insolvenzverwalter, dem § 105 Satz 1 InsO vor (a. M. WIESTER ZInsO 1998, 99, 104 Fn. 59 in konsequenter Weiterführung seiner – m. E. unzutreffenden – These, daß § 55 II 2 InsO *auch dem § 108 II InsO* nicht vorgehe, sondern durch ihn verdrängt werde; vgl. zu dieser parallelen Fragestellung o. Rn. 14.40 f. Fn. 59, 68). *Gegen* die auch von WIESTER (a. a. O.) befürwortete Einordnung von Stromlieferungsverträgen als »Dauerschuldverhältnisse« i. S. d. § 55 II 2 InsO wendet sich ohne Begründung KIRCHHOFF ZInsO 2000, 297, 298 ad III 2 b (dessen *praktische Ergebnisse* aber dennoch weitgehend mit dem übereinstimmen, was u. bei Rn. 14.89 ff. ausgeführt ist).

79 Weitere Beispiele bei WIESTER ZInsO 1998, 99, 104 und BERSCHIED, o. Fn. 60 (weniger ausführlich die in Fn. 60 genannten übrigen Befürworter einer »weiten« Auslegung des § 55 II 2 InsO).

80 So wohl WIESTER ZInsO 1998, 99, 104.

81 Verkomplizierend wirkt hier z. B. die bei Verfahrenseröffnung (i. d. R. nicht schon während des Eröffnungsverfahrens) eintretende *Auflösung* der Gesellschaft bzw. ein etwaiges *Ausscheiden* des Schuldners aus dieser. Näheres an den in der folgenden Fn. genannten Stellen.

82 Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 7, § 105 Rn. 14 und § 119 Rn. 8.

- 14.43** Nicht unter den Begriff »Dauerschuldverhältnis« fallen prima facie die meisten Fracht- und Werkverträge und überhaupt die meisten »einfachen« Umsatzgeschäfte. Verneint man bei diesen die masseschuld begründende Kraft der Gegenleistungsinanspruchnahme, so mutet man sehr vielen Vertragspartnern des insolventen Schuldners zu, für Leistungen, die sie auf Verlangen eines (verfügbungsbefugten) vorläufigen Insolvenzverwalters an diesen erbringen, nach Verfahrenseröffnung nur die Quote zu erhalten. Das ist sicherlich nicht besonders gerecht, benachteiligt den rechtsunkundigen Vertragspartner gegenüber dem rechtskundigen (der seine etwaigen Zug-um-Zug-Einreden, Rücktritts-, Kündigungs- oder sonstigen Lösungsrechte kennt⁸³) und wirkt geradezu grotesk, wenn man als Vergleich den Fall heranzieht, daß nicht an einen vorläufigen, sondern an einen endgültigen Insolvenzverwalter geleistet wurde. Denn soweit ein endgültiger Insolvenzverwalter die Leistung des Vertragspartners in Anspruch nimmt, muß die Gegenleistung als Masseverbindlichkeit erbracht werden, *ohne* daß es darauf ankommt, ob der zugrunde liegende gegenseitige Vertrag ein Dauerschuldverhältnis⁸⁴ ist (§§ 103 I, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO). Es spricht einiges dafür, diese sinnvolle und keineswegs nur dem Vertragspartner, sondern manchmal auch der Insolvenzmasse zugute kommende⁸⁵ Regelung durch eine *sehr weite* Interpretation des § 55 II 2 InsO in größtmöglichem Umfang auf das Eröffnungsverfahren ausstrahlen zu lassen.
- 14.44** Solange § 55 II 2 InsO das Wort »Dauerschuldverhältnis« enthält, wird es jedoch niemals möglich sein, den Anwendungsbereich der Vorschrift im Wege der Aus-

83 Vgl. zu diesen Gegenrechten u. Fn. 85, Rn. 14.45 a. E., Rn. 14.78 Fn. 169, 14.91 Fn. 216 f. Bemerkenswert auch BGH ZIP 1997, 1551, 1553 (dazu UHLENBRUCK EWiR § 106 KO 2/1997, 851 f.): »Auf diese gesetzlichen Sicherungsmöglichkeiten mußte der Sequester nicht von sich aus die Klägerin hinweisen.« Die o. Rn. 2.46 ff. kritisierte h. M., daß *Zurückbehaltungsrechte* grds. nicht insolvenzfest seien, wird – soweit ersichtlich – nicht schon für das Eröffnungsverfahren, sondern erst für die Zeit ab Verfahrenseröffnung vertreten (vgl. auch Rn. 6.13 Fn. 37 a. E.).

84 Handelt es sich um ein nach § 108 I InsO fortbestehendes *Miet-, Pacht- oder Dienstverhältnis*, so ist der Vertragspartner sogar dann Massegläubiger, wenn er vom Insolvenzverwalter *nicht* in Anspruch genommen oder zur Leistung aufgefordert wird; vgl. § 55 I Nr. 2 Alt. 2 InsO! Allerdings ist eine »Inanspruchnahme« auch hier nicht ganz folgenlos; im Rahmen der §§ 90 II Nr. 3, 209 II Nr. 3 InsO verbessert sie die insolvenzrechtliche Position des Vertragspartners sehr wohl.

85 Ein *masseschützender* Effekt kann z. B. dann von § 55 I Nr. 2 Alt. 1 und II 2 InsO ausgehen, wenn sich der Vertragspartner als bloßer *Insolvenzgläubiger* auf § 321 BGB oder ähnliche Gegenrechte berufen könnte, als *Massegläubiger* hingegen nicht (ausf. o. Rn. 2.82 ff., 4.84 ff.; HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 47, § 119 Rn. 6; vgl. auch u. Rn. 14.78 Fn. 169). Allerdings war es allein unter *Masseschutzgesichtspunkten* nicht zwingend, die Aufwertung des Vertragspartners zu einem Massegläubiger statt von einer vertraglichen oder einseitigen *Erfüllungszusage* des vorläufigen Insolvenzverwalters (dazu u. Rn. 14.72 ff.) von einer – wahrscheinlich nicht immer auf reiflicher Rechtsfolgenabschätzung beruhenden – *Gegenleistungsinanspruchnahme* abhängig zu machen (vgl. auch Fn. 162 und o. Rn. 13.102 ff.). Umso wichtiger ist in diesem Zusammenhang, daß der Inanspruchnahmebegriff ein voluntatives Element enthält und dieses einen Ansatzpunkt für *Masseschuldvermeidungsstrategien* bieten kann (dazu u. Rn. 14.49 f.).

legung oder durch eine ergänzende Analogie zu § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO auf *alle* gegenseitigen Verträge zu erweitern. Der Begriff »Dauerschuldverhältnis« ist nun einmal selbst bei großzügigster Auslegung nicht deckungsgleich mit »gegenseitiger Vertrag«⁸⁶. Auch hat der Gesetzgeber Anspruch auf die Annahme, daß er den Begriff »Dauerschuldverhältnis« bei § 25 II 2 und § 55 II 2 InsO mit Bedacht gewählt habe. Dies ist dann zwar als rechtspolitisch fragwürdig zu kritisieren, aber andererseits nicht derart inakzeptabel, daß unter Berufung auf den allgemeinen Gleichheitssatz eine auf Einbeziehung *sonstiger* gegenseitiger Verträge hinauslaufende analoge Anwendung des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO erlaubt wäre. Denn die Grundsituation des § 55 II 2 InsO unterscheidet sich von der des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO immerhin auch dadurch, daß sie nicht erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern schon vor Verfahrenseröffnung hergestellt wird. Rechtshandlungen, die *vor* Verfahrenseröffnung vorgenommen werden, begründen aber im allgemeinen keine Masseverbindlichkeiten, sondern nur Insolvenzforderungen gem. § 38 InsO. Deshalb hielt die Rspr. zur KO bis zuletzt daran fest, daß einem nach § 106 I 2 KO bestellten Sequester (dem Vorläufer des heutigen vorläufigen Insolvenzverwalters) jegliche Masseschuld begründungskompetenz fehle⁸⁷. Vor diesem Hintergrund stellt die heutige Regelung der Masseschuld begründungskompetenz des (verfügungsbefugten) vorläufigen Insolvenzverwalters einen respektablen Schritt in die richtige⁸⁸ Richtung dar, den man nicht im – ebenfalls nicht ganz makellosen⁸⁹ – Glanze der an das Erfüllungsverlangen eines »echten« Insolvenzverwalters anknüpfenden §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO schlechtreden, sondern zunächst einmal begrüßen sollte.

Dies gilt umso mehr, als man als Vergleichsfall zu der in § 55 II 2 InsO getroffenen **14.45** Regelung nicht nur das Erfüllungsverlangen eines »richtigen« Insolvenzverwalters, sondern auch den Fall in Betracht ziehen muß, daß das Gericht auf die Bestellung eines (vollberechtigten) vorläufigen Insolvenzverwalters verzichtet und deshalb *der Schuldner selbst* den Vertragspartner während des Eröffnungsverfahrens in Anspruch genommen hat. Hier findet § 55 II 2 InsO schon deshalb keine Anwendung, weil er tatbestandsmäßig voraussetzt, daß es sich bei der Person, die die Gegenleistung »in Anspruch genommen« hat, um einen *vorläufigen Insolvenzverwalter* handelte, wobei zudem die weitere Voraussetzung aufgestellt ist, daß dieser vorläufige Insolvenzverwalter nach § 22 I 1 InsO *Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners* gehabt haben muß⁹⁰. Sofern das Insolvenzgericht

86 Umgekehrt ist jedoch festzustellen, daß die §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO nur solche Dauerschuldverhältnisse erfassen, die *zugleich* auch »gegenseitige« Verträge i. S. der §§ 320 ff. BGB sind (s. o. Rn. 14.42 bei Fn. 80 f.).

87 Vgl. BGHZ 130, 38, 41 ff. = NJW 1995, 2783, 2785 = ZIP 1995, 1204, 1206 f. m. Kurzkomentar GERHARDT EWiR § 55 KO 3/1995, 795 f.; BGH ZIP 1997, 1551, 1552 m. Kurzkomentar UHLENBRUCK EWiR § 106 KO 2/1997, 851 f.; BGH ZIP 1998, 655, 657 f.; OLG Jena ZIP 1999, 2026, 2028 f. m. Kurzkomentar ECKHARDT EWiR § 13 GesO 1/2000, 673 f.; BGH ZIP 2000, 244, 245 (ad II 1 b bb).

88 Vgl. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 10 ff., 20 ff.

89 Vgl. Rn. 14.43 Fn. 85 und Rn. 14.75 Fn. 162.

90 Vgl. § 55 II 1 InsO.

nichts anderes bestimmt⁹¹, hat also weder der Schuldner selbst noch ein »schwacher« vorläufiger Insolvenzverwalter die Rechtsmacht, auf einem der in § 55 II InsO bezeichneten Wege eine Masseverbindlichkeit entstehen zu lassen (weshalb der Vertragspartner hier stets an die Geltendmachung etwaiger Zug-um-Zug-Einreden⁹² bzw. an die – u. U. allerdings gemäß der analog § 112 InsO »gesperrte«⁹³ – Ausübung etwaiger Rücktritts- oder Kündigungsrechte denken sollte⁹⁴).

- 14.46** Daß der Gesetzgeber – wenigstens zunächst⁹⁵ – *nur in bezug auf Dauerschuldverhältnisse* angeordnet hat, daß der Vertragspartner im Falle der Inanspruchnahme durch einen *verfügungsbefugten vorläufigen Insolvenzverwalter* Massegläubiger wird, ist vor diesem normativen Kontext nicht derart abwegig, daß der Begriff »Dauerschuldverhältnis« einfach im Sinne von »gegenseitiger Vertrag« interpretiert werden dürfte. Ein solcher Eingriff in den Text des § 55 II 2 InsO muß, so sinnvoll und wünschenswert er sein mag⁹⁶, dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. De lege lata darf und sollte der Begriff »Dauerschuldverhältnis« im Rahmen der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO zwar möglichst weit ausgelegt (Rn. 14.40 ff.), aber nicht zur Unkenntlichkeit deformiert werden.

b) Inanspruchnahme

- 14.47** Nur wenn und »soweit der vorläufige Insolvenzverwalter für das von ihm verwaltete Vermögen die Gegenleistung *in Anspruch genommen* hat« (§ 55 II 2 InsO), erlangt der Vertragspartner bei Verfahrenseröffnung die Stellung eines Massegläubigers. »Inanspruchnahme« ist neben »Dauerschuldverhältnis« ein weiterer, wichtiger Schlüsselbegriff zum Anwendungsbereich der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO.
- 14.48** Der Begriff »Inanspruchnahme« enthält mit Sicherheit ein voluntatives Element und außerdem wohl auch ein – allerdings schwer zu definierendes⁹⁷ – Erfolgselement.

91 Vgl. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 10 ff., 13, 163.

92 Z. B. §§ 273, 320 oder 321 BGB (vgl. auch BGH ZIP 1997, 1551, 1553 m. Kurzkommentar UHLENBRUCK EWIR § 106 KO 2/1997, 851 f. und o. Rn. 14.43 Fn. 83, 85 m. w. N.).

93 Zu den zahlreichen Möglichkeiten einer *analogen* Anwendung des § 112 InsO vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 112 Rn. 16 ff. In Betracht zu ziehen ist, vor allem wegen Art. 14 GG und im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Übermaßverbot, aber auch eine *teleologische Reduktion* der Vorschrift auf Fälle, in denen § 55 II 2 InsO tatsächlich »greift« oder zumindest eine *gleichwertige* Sicherheit (z. B. Partizipation an einem Treuhandkonto) angeboten wird. Mehr dazu demnächst an anderer Stelle (spätestens in der 3. Aufl. des HK-InsO). Zum rechtstatsächlichen Hintergrund dieser Überlegungen vgl. den die Insolvenz eines großen gewerblichen Zwischenvermieters betreffenden, z. T. allerdings etwas unausgewogenen Bericht in INDat-Report 02/2001, 6 ff.; 03/2001, 4 f.; s. ferner u. Rn. 14.50, 14.122 ff.

94 Vgl. zu diesem Zusammenhang auch Fn. 85, 169 und ergänzend HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 57.

95 Natürlich steht es dem Gesetzgeber frei, den Text des § 55 II 2 InsO im Sinne der o. angebotenen Überlegungen »nachzubessern«.

96 Vgl. dazu o. Rn. 14.43 mit Fn. 83–85.

97 Vgl. u. Rn. 14.51 ff.

aa) Das voluntative Element

Das voluntative Element des Begriffs »Inanspruchnahme« bezieht sich nicht auf die Rechtsfolgen der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO (diese treten bei Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen automatisch ein), sondern auf die Gegenleistung des Vertragspartners: *In Anspruch genommen* hat der vorläufige Insolvenzverwalter die Gegenleistung nicht schon dann, wenn er diese mehr oder weniger zufällig »erlangt« hat, sondern nur, wenn das »Erlangen« der Gegenleistung von einem diesbezüglichen »Verlangen« des vorläufigen Insolvenzverwalters getragen war⁹⁸. Aufgrund analoger Anwendung der Vorschriften über die stillschweigende Verlängerung von Miet-, Pacht- und Dienstverhältnissen wird es allerdings zumindest im Rahmen *dieser* Vertragsverhältnisse genügen, daß der vorläufige Insolvenzverwalter die Erbringung weiterer Leistungen des Vertragspartners duldet, ohne diesem gegenüber binnen zwei Wochen seit Kenntniserlangung (§§ 568, 581 II BGB) bzw. unverzüglich nach Kenntniserlangung (§ 625 BGB) klarzustellen, daß die korrespondierende Leistungspflicht des Schuldners nicht als Masseverbindlichkeit anerkannt werde⁹⁹.

Das voluntative Element des Inanspruchnahmebegriffs schließt das Recht des vorläufigen Insolvenzverwalters ein, eine Leistungsaufforderung, die er an den Vertragspartner richtet, mit der Erklärung zu verbinden, daß die Gegenforderung des Vertragspartners auf keinen Fall als bevorrechtigt anerkannt werde. Der Vertragspartner ist bei einem solchen Vorbehalt nicht verpflichtet, dem Erfüllungsverlangen des vorläufigen Insolvenzverwalters Folge zu leisten. Auch die Kündigungssperre des § 112 InsO wird man in solch einem Fall nicht mehr ohne weiteres anwenden dürfen, da der von ihr ausgehende Erfüllungszwang dem Vertragspartner in der hier unterstellten Situation (wohl) nicht zugemutet werden darf¹⁰⁰. Erfüllt der Vertragspartner *trotz* des vom vorläufigen Insolvenzverwalter erklärten Vorbehalts, so handelt er auf eigene Gefahr; eine Anwendung der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO kann er nicht einseitig erzwingen¹⁰¹. Insofern besteht eine deutliche Parallele zu den Rechtsfolgen, die ein unter Vorbehalt erklärtes Erfüllungsverlangen eines *endgültigen* Insolvenzverwalters nach sich zieht. Dies und die sich daraus ergebenden Masseschuldvermeidungsstrategien wurden bereits an anderer Stelle ausführlich beschrieben¹⁰².

98 I. E. ebenso N/R/MÖNNING, Nov. 2000, InsO § 25 Rn. 25. In die richtige Richtung zielt auch die von TINTELNOT ZIP 1995, 616, 620 (r.Sp.), aufgeworfene Frage, ob § 55 II 2 InsO »eine auf den Einzelfall bezogene Entscheidung des Verwalters voraussetzt« (ausf. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 26 ff.).

99 Vgl. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 27 mit Fn. 50.

100 Evtl. teleologische Reduktion des § 112 InsO! Vgl. bereits Rn. 14.45 Fn. 93.

101 Kein Grund besteht deshalb für die von WESSEL DZWIR 1999, 230, 234 geforderte *ersatzlose Streichung* des § 55 II 2 InsO. Gegen diese rechtspolitische Forderung auch St. THIE-MANN Rn. 299.

102 Vgl. o. Rn. 4.177 ff.; MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 20 ff. (bes. Rn. 26 ff.) sowie zum künftigen § 55 III InsO u. Rn. 14.65 Fn. 133.

bb) Das Erfolgselement

- 14.51** In dem eingangs geschilderten Fall¹⁰³ hatte der vorläufige Insolvenzverwalter Erklärungen abgegeben, die vom LG Lübeck als »Bestätigungen der noch bestehenden alten Aufträge der Gemeinschuldnerin« interpretiert worden waren (s. Rn. 14.16). Diese Erklärungen – die Sachverhaltsdarstellung des LG Lübeck spricht von »Bestellungen« – hatte der vorläufige Insolvenzverwalter mit dem Zusatz »zwei Tage Abruf« und dem Hinweis verbunden, daß der Vertragspartnerin der Verlauf der von ihr durchzuführenden Transporte in der 4. Kalenderwoche 1999 zwei Tage vor Beladung bekanntgegeben werde¹⁰⁴. Abruf und Bekanntgabe des Transportverlaufs blieben jedoch aus; am Montag der 5. Kalenderwoche kündigte der Verwalter (nunmehr: Insolvenzverwalter) die zuvor bestätigten Verträge.
- 14.52** Angenommen, auch gewöhnliche Frachtverträge wären »Dauerschuldverhältnisse« i. S. des § 55 II 2 InsO. Oder wandeln wir den Fall wegen der Kühnheit dieser Annahme dahin ab, daß die geplatzten Verträge nicht auf *Transport* von Gütern, sondern auf *Zurverfügungstellung von Lagerraum* gerichtet waren. An Stelle des vom LG Lübeck geprüften Anspruchs auf »Frachtausfall« wäre dann ein Anspruch auf Mietzins bzw. auf Entgelt für bereitgestellte aber nicht abgenommene Lagerkapazität zu prüfen. Da in dieser Fallabwandlung sehr wahrscheinlich ein »Dauerschuldverhältnis« i. S. der bei Rn. 14.40 ff. vertretenen weiten Auslegung des § 55 II 2 InsO vorläge, könnte man hier schon eher zur Annahme einer Masseverbindlichkeit kommen.
- 14.53** Dies setzt allerdings voraus, daß von einer »Inanspruchnahme der Gegenleistung« auch dann die Rede sein kann, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter zwar zunächst vom Vertragspartner verlangt, sich während eines bestimmten Zeitraums (»4. Kalenderwoche 1999«) leistungsbereit zu halten und auf Abruf auch tatsächlich zu leisten, er dann jedoch – aus welchen Gründen auch immer¹⁰⁵ – den Abrufzeitraum schweigend verstreichen läßt und dem enttäuschten Vertragspartner anschließend mitteilt, daß er seine Leistung nun doch nicht haben wolle. Für die juristische Einordnung ist von Interesse, ob die in § 55 II 2 InsO verwendete Formulierung »die Gegenleistung in Anspruch genommen hat« genauso erfolgsneutral gemeint ist wie die etwas andere Formulierung in § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO, der von gegenseitigen Verträgen spricht, »deren Erfüllung zur Insolvenzmasse¹⁰⁶ verlangt wird«. Die letztgenannte Vorschrift bezieht sich auf das Erfüllungsverlangen eines für das *eröffnete* Insolvenzverfahren bestellten Verwalters und macht den Masseschuldbegründungseffekt nicht davon abhängig, daß den Worten (dem Er-

103 S. o. Rn. 14.1 ff.

104 S. o. Rn. 14.1 ff., 14.16.

105 Vielleicht mußte der (vorläufige oder endgültige) Insolvenzverwalter den Vertragspartner ja deshalb »hängen lassen«, weil auch er selbst von (anderen) Vertragspartnern hängen gelassen worden war und die zunächst in gutem Glauben bestellten Transportleistungen dadurch im wahrsten Sinne des Wortes »gegenstandslos« geworden waren. Vgl. erg. Rn. 14.67 Fn. 142.

106 Also *nach* Verfahrenseröffnung vom *Insolvenzverwalter*. Vgl. auch o. Rn. 14.31 mit Fn. 48.

füllungsverlangen) auch entsprechende Taten (Leistungshandlungen bzw. -entgegennahmen) folgen¹⁰⁷. Ob auch § 55 II 2 InsO derart erfolgsneutral interpretiert werden darf¹⁰⁸, sollte nicht entschieden werden ohne eine vorherige gründliche Analyse des Sprachgebrauchs der InsO und der einschlägigen Bemerkungen in der Begründung des Regierungsentwurfs.

Die InsO verwendet den Begriff »Inanspruchnahme« nicht nur in § 25 II 2 und § 55 II 2, sondern auch in § 90 II Nr. 3 und in § 209 II Nr. 3. In allen diesen Vorschriften ist Gegenstand der Inanspruchnahme nicht *irgendeine* Leistung, sondern die Gegenleistung aus einem *Dauerschuldverhältnis* (wobei es hier¹⁰⁹ keine Rolle spielt, daß der Begriff »Dauerschuldverhältnis« im Rahmen der beiden erstgenannten Vorschriften im weiten¹¹⁰, im Rahmen der beiden letztgenannten Vorschriften hingegen in einem engeren¹¹¹ Sinne zu verstehen ist). Die Begründung des mit § 25 II 2 InsO wortgleichen § 29 II 2 RegE enthält Formulierungen, die darauf hindeuten, daß mit dem Begriff »Inanspruchnahme« möglicherweise ein *Erfolgselement* verbunden sein könnte:

Die einschlägigen Sätze lauten¹¹²:

»Durch die Regelung über die Dauerschuldverhältnisse in Absatz 2 Satz 2 werden insbesondere die Arbeitnehmer geschützt, *die der vorläufige Insolvenzverwalter weiterbeschäftigt hat* [die ihre Arbeitsleistung also mit Einverständnis des Verwalters *tatsächlich erbracht* haben?¹¹³]. Weiter kann sich der Vermieter einer Sache auf Satz 2 berufen, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter die Mietsache für das verwaltete Vermögen *genutzt hat*.«

Ganz ähnlich heißt es in der Begründung der dem § 55 II 2 InsO entsprechenden Bestimmung des Regierungsentwurfs, die Vorschrift diene dem Schutz der Personen, die gegenüber einem vorläufigen Insolvenzverwalter ein mit dem Schuldner vereinbartes Dauerschuldverhältnis »erfüllen«¹¹⁴. Hier wie dort wird wie selbstverständlich davon ausgegangen (aber auch als wesentlich vorausgesetzt?),

107 Voraussetzung für § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO ist nicht, daß der Vertragspartner dem Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters tatsächlich Folge leistet, sondern nur, daß der Vertragspartner hierzu verpflichtet ist. Voraussetzung dieser Verpflichtung ist u. a. die *Forderungszuständigkeit* des Insolvenzverwalters, die i. d. R. auf § 80 I InsO beruht, dem beim »starken« *vorläufigen* Insolvenzverwalter der § 22 I 1 InsO entspricht. Näheres zur Forderungszuständigkeit o. Rn. 4.10 ff., bei HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 13 ff. und u. Fn. 138.

108 Dies vertritt, allerdings ohne Begründung, Peter HANAU in: Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrechts, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e. V. Köln, 2000, S. 117, 118. Vgl. auch HK-InsO/KIRCHHOF² § 22 Rn. 31 (nicht ganz eindeutig). Anders jedoch N/R/MÖNNING, Nov. 2000, InsO § 25 Rn. 25: »... bedeutet dies, daß die geschuldete Arbeitsleistung vom vorläufigen Insolvenzverwalter angefordert und tatsächlich erbracht wurde.«

109 D. h. im Zusammenhang mit der Frage, was die genannten Vorschriften unter »Inanspruchnahme« verstehen.

110 Vgl. o. Rn. 14.39 ff.

111 Vgl. Rn. 14.41 Fn. 73.

112 BT-Drucks. 12/2443 S. 118 (*Hervorhebungen* [und Klammerzusatz] nicht im Original).

113 Vgl. dazu u. Rn. 14.62 ff.

114 BT-Drucks. 12/2443 S. 126 (zu RegE § 64).

daß der vorläufige Insolvenzverwalter die Gegenleistung *mit Erfolg* in Anspruch genommen, m. a. W. sie auch tatsächlich bekommen hat¹¹⁵. Entsprechendes gilt für die sich auf § 25 II 2 und § 55 II 2 InsO beziehende Bemerkung in der Begründung des späteren § 112 InsO, daß der vorläufige Insolvenzverwalter, soweit er einen »gemieteten oder gepachteten Gegenstand für das verwaltete Vermögen nutzt«, verpflichtet sei, aus diesem Vermögen den Miet- oder Pachtzins zu zahlen.

- 14.57** Daß der Begriff »Inanspruchnahme« mit dem Begriff »Erfüllungsverlangen« nicht völlig deckungsgleich ist, wird auch durch den Wortlaut des § 55 InsO indiziert. § 55 InsO spricht in I Nr. 2 Alt. 1 von gegenseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Insolvenzmasse *verlangt* wird (mit welchem Erfolg auch immer¹¹⁶), und wechselt dann im Rahmen des sich auf Dauerschuldverhältnisse beziehenden II 2 plötzlich die Terminologie, indem er hier nicht mehr von einem Erfüllungsverlangen, sondern von der *Inanspruchnahme einer Gegenleistung* spricht.
- 14.58** Diese terminologische Linie setzt sich fort in § 90 und § 209 InsO. Beide Vorschriften unterscheiden zwischen einem »gegenseitigen Vertrag, dessen Erfüllung der [Insolvenz-]Verwalter *gewählt* hat« (jeweils II Nr. 1), und einem »Dauerschuldverhältnis«, bei dem der [Insolvenz-]Verwalter für die Insolvenzmasse die Gegenleistung *in Anspruch nimmt* (§ 90 II Nr. 3 InsO) bzw. nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit *in Anspruch genommen hat* (§ 209 II Nr. 3 InsO). Die Begründung des Regierungsentwurfs erwähnt im Zusammenhang mit den beiden Inanspruchnahmetatbeständen den Arbeitnehmer, dessen Arbeitskraft der Insolvenzverwalter »tatsächlich in Anspruch nimmt«¹¹⁷ bzw. der seine Leistung auch noch nach Feststellung einer Masseunzulänglichkeit »voll zu erbringen hat – der also nicht vom Verwalter »freigestellt« worden ist ...«¹¹⁸.
- 14.59** Betrachtet man die hier wiedergegebenen Formulierungen im Zusammenhang, so ist der erste Eindruck sicherlich der, daß mit »Inanspruchnahme« ein Verhalten bezeichnet werden soll, durch welches der vorläufige Insolvenzverwalter die Gegenleistung des Vertragspartners nicht nur fordert, sondern auch tatsächlich erlangt. Deutlich ausgesprochen wird das aber an keiner Stelle; die erfolglos gebliebene Inanspruchnahme wird einfach nicht thematisiert.
- 14.60** Auch leidet die Stringenz der Beweisführung darunter, daß das zuletzt¹¹⁹ angeführte Beispiel eines nicht freigestellten Arbeitnehmers, der seine Leistung »voll zu erbringen hat«, genaugenommen nicht daran anknüpft, daß er die Arbeitsleistung tatsächlich erbringt, sondern daran, daß er sich der Weiterarbeit nicht ohne Vertragsbruch entziehen kann. Da aber das Bestehen einer Rechtspflicht und die Inanspruchnahme des Pflichtigen durch den Berechtigten nicht automatisch auch die *Erfüllung* garantieren, öffnet sich der Begriff »Inanspruchnahme« hier in einer Weise, die die

115 Vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 148 (zu RegE § 126).

116 Jedoch muß es sich um ein *berechtigtes* Erfüllungsverlangen handeln (s. o. Fn. 107).

117 BT-Drucks. 12/2443 S. 138 (zu § 101 II Nr. 3 RegE/§ 90 II Nr. 3 InsO).

118 BT-Drucks. 12/2443 S. 220 (zu § 321 II Nr. 3 RegE/§ 209 II Nr. 3 InsO).

119 Bei Rn. 14.58 Fn. 117 f.

Behauptung, es könne nur die *erfolgreiche* Inanspruchnahme gemeint sein, zwar nicht als widerlegt, aber doch als ziemlich unsicher erscheinen läßt.

Vielleicht hat der Gesetzgeber den Begriff »Inanspruchnahme« ja nur deshalb **14.61** gewählt, weil die meisten Dauerschuldverhältnisse, auf die er sich bezieht, im Eröffnungsverfahren und auch nach Verfahrenseröffnung faktisch einfach weiterlaufen. Oft liegen die Dinge so, daß der Vertragspartner das Objekt seiner vertragspezifischen Leistung bereits an den Schuldner überlassen hatte oder daß er dem Schuldner die Möglichkeit eingeräumt hatte, sich ohne weitere Rücksprache durch einseitigen Zugriff das ihm Gebührende zu nehmen. In solchen Fällen setzt eine weitere Leistungsinanspruchnahme durch den (vorläufigen¹²⁰ oder endgültigen¹²¹) Insolvenzverwalter nicht voraus, daß dieser mit dem Vertragspartner in direkten Kontakt tritt und von ihm in Form einer persönlichen Ansprache die weitere »Erfüllung verlangt«¹²², sondern es genügt, daß der Verwalter die ohnehin schon bestehende Zugriffsmöglichkeit (z. B. auf eine an den Schuldner vermietete oder verpachtete Sache oder auf eine Strom- oder Wasserleitung¹²³) mehr oder weniger »eigenmächtig« wahrnimmt¹²⁴, ohne sich dabei für den Vertragspartner erkennbar gegen die Rechtsfolgen der Inanspruchnahmeparagraphen (§§ 25 II 2, 55 II 2, 90 II Nr. 3 oder 209 II Nr. 3 InsO) zu verwahren¹²⁵. Um auch diese Situation terminologisch erfassen zu können, war es durchaus sinnvoll, bei Dauerschuldverhältnissen statt von einem an den Vertragspartner gerichteten Erfüllungsverlangen ganz generell von einer »Inanspruchnahme der Gegenleistung« zu sprechen. Diese weite Formulierung deckt sowohl die Ausnutzung einer bereits

120 Vgl. §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO.

121 Vgl. §§ 90 II Nr. 3, 209 II Nr. 3 InsO.

122 Nicht anders letztlich auch Rn. 28 meiner o. Fn. 6 zitierten Schrift. Denn durch das Wort »ansonsten« wird das dort Ausgeführte unter den Vorbehalt gestellt, daß sich aus Rn. 27 (deren hier interessierender Inhalt o. Rn. 14.49 a. E. mitgeteilt ist) nichts anderes ergibt.

123 Auch Sukzessivlieferungsverträge über Wasser oder elektrische Energie sind »Dauerschuldverhältnisse« i. S. der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO (s. o. Rn. 14.42 mit Fn. 78).

124 Die Gerichtsentscheidungen, in denen angenommen wird, daß der kurzfristige Weiterbezug elektrischen Stroms durch den Insolvenzverwalter nicht ohne weiteres ein Erfüllungsverlangen i. S. der §§ 17, 59 I Nr. 2 Alt. 1 KO bzw. §§ 103, 105 Satz 1, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO darstelle (s. Fn. 126), sind auf §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO nicht übertragbar. Denn die in §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO vorausgesetzte *Inanspruchnahme* der Gegenleistung kann bereits durch tatsächlichen Zugriff auf die Stromquelle erfolgen und setzt im Gegensatz zu einem *Erfüllungsverlangen* keine Kontaktaufnahme mit dem Vertragspartner voraus (Näheres im folgenden Haupttext). Zudem verpflichtet sie aufgrund der engen Fassung der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO nur zur bevorzugten Bezahlung der *tatsächlich in Anspruch genommenen* Leistungsmenge, läßt also die *künftige* Entwicklung des Vertragsverhältnisses noch völlig offen (wohingegen das »Erfüllungsverlangen« eines endgültigen Insolvenzverwalters zumindest die *Richtung* der künftigen Entwicklung angibt; daran hat sich durch § 105 Satz 1 InsO und das Wort »soweit« in § 55 I Nr. 2 InsO nichts geändert, denn beide Neuerungen wollen nur eine *Rückwirkung* des Erfüllungsverlangens verhindern; vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 46 und § 105 Rn. 2 ff.; K/P/TINTELNOT InsO § 103 Rn. 67 f. und § 105 Rn. 2, 14 ff.). Dies eröffnet die Möglichkeit einer *analogen* Anwendung des § 55 II 2 InsO auf die Gegenleistungsinanspruchnahme durch einen *endgültigen* Insolvenzverwalter, der die weitere Erfüllung des Vertrages später ablehnt (vgl. u. Rn. 14.90).

125 Vgl. zu dieser Protestmöglichkeit o. Rn. 14.49 f.

bestehenden einseitigen Zugriffsmöglichkeit auf den *Leistungsgegenstand*¹²⁶ als auch den Fall, daß der Verwalter den *Vertragspartner* anspricht und zur Gegenleistung auffordert. Es ist nicht auszuschließen, daß *allein schon dies* den Gesetzgeber bewogen hat, bei Dauerschuldverhältnissen nicht wie bei sonstigen gegenseitigen Verträgen von einem Erfüllungsverlangen oder einer Wahlrechtsausübung, sondern von einer Inanspruchnahme der Gegenleistung zu sprechen.

- 14.62** Hinsichtlich des *Erfolgselements* des Inanspruchnahmebegriffs bleibt der Wille des Gesetzgebers also letztlich im Dunkeln: Ein solches kann, muß aber nicht mitbedacht worden sein¹²⁷. Vor diesem Hintergrund bietet sich eine differenzierende Lösung an:
- 14.63** Grundsätzlich sollte man für eine »Inanspruchnahme« genügen lassen, daß der vorläufige Insolvenzverwalter die Gegenleistung des Vertragspartners wissentlich und ohne Protest¹²⁸ gegen die Rechtsfolgen aus §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO *entgegennimmt* oder *mit Rechtsgrund*¹²⁹ *verlangt*.
- 14.64** Im zweiten Fall, also wenn der vorläufige Verwalter die Gegenleistung mit Rechtsgrund *verlangt*, kann es sein, daß er sie gleichwohl nicht erhält. Diese Abweichung von der rechtlichen Normalität macht es erforderlich, die prima facie bejahte Anwendbarkeit der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO nochmals auf den Prüfstand zu stellen. Entscheidende Bedeutung erlangt in diesem Zusammenhang die Frage nach der *Ursache* der Leistungsstörung¹³⁰.
- 14.65** Liegt die Ursache im Verantwortungsbereich des Vertragspartners, so besteht kein Grund, den Vertragspartner in den Genuß der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO zu bringen. Eine die Rechtsfolgen dieser Vorschriften auslösende »Inanspruchnahme« liegt wegen des Fehlschlagens der Aktion nicht vor. Ebenso wird zu entscheiden sein, wenn das Ausbleiben der Leistung von keinem der Beteiligten zu verantworten ist (vgl. auch § 323 BGB) oder wenn ein vom vorläufigen Insolvenzverwalter zur

126 Ob ein Verwalter, der eine solche einseitige Zugriffsmöglichkeit wahrnimmt, damit zugleich »die Erfüllung verlangt« (vgl. die Formulierungen in §§ 55 I Nr. 2 Alt. 1, 103, 105 Satz 1 InsO), ist unter Berücksichtigung aller Umstände von Fall zu Fall zu entscheiden. Die Rspr. tendiert dazu, dies im Zweifel zu verneinen. Vgl. z. B. BGH JZ 1986, 691 f. ad I 2 (insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 97, 87, 89); LG Erfurt ZIP 1999, 1453, 1455 ad I 2 (jeweils zur Entnahme elektischen Stroms); BGH NJW 1998, 992 ff. = ZIP 1998, 298 ff. = DZWIR 1998, 195 ff. m. Anm. SMID (betr. Weiterveräußerung von Vorbehaltsware) sowie erg. HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 62.

127 Gegen die Annahme eines Erfolgselements z. B. Peter HANAU, o. Fn. 108, S. 118: »Da das Gesetz nicht auf die tatsächliche Leistung, sondern auf die Inanspruchnahme abstellt, wird man Krankheit und Urlaub [eines in Anspruch genommenen Arbeitnehmers] auch hier als grundsätzlich unerheblich ansehen müssen und auch nicht als Grund dafür, von der Inanspruchnahme wieder abzusehen.« Anders jedoch MÖNNING (s. o. Fn. 108).

128 S. o. Rn. 14.49 f.

129 S. o. Fn. 107.

130 Anders noch MAROTZKE, Unternehmen, im ersten Satz bei Rn. 27, wo das *Erlangen* der Gegenleistung ohne weitere Differenzierung als »notwendige« Voraussetzung der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO bezeichnet wird. Vgl. auch MÖNNING a. a. O. (o. Rn. 14.53 Fn. 108). Genau umgekehrt hingegen Peter HANAU a. a. O. (o. Rn. 14.62 Fn. 127).

Weiterarbeit aufgefordertes Belegschaftsmitglied, wenn auch vielleicht zu Recht, »bezahlten Urlaub« nimmt¹³¹ oder sich wegen alter Lohnrückstände auf §§ 273, 320 BGB beruft¹³². Ist hingegen eine auf Erkrankung beruhende Arbeitsunfähigkeit die Ursache für das Fernbleiben des zur Weiterarbeit Aufgeforderten, so sprechen *soziale* Gründe dafür, die §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO gleichwohl anzuwenden¹³³, soweit nach materiellem Recht (insbesondere BGB oder EFZG) Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht und der vorläufige Insolvenzverwalter den Betroffenen nicht ausdrücklich freistellt (was hier genauso möglich sein muß wie bei einem Gesunden¹³⁴ und dem Betroffenen die – oft allerdings nur theoretische – Freiheit der sofortigen beruflichen Neuorientierung verschafft).

Liegt die Ursache der Leistungsstörung im Verantwortungsbereich des vorläufigen Insolvenzverwalters, etwa weil dieser eine bestimmte Teilmenge Heizöl oder Kohle, deren sofortige oder innerhalb eines bestimmten Abrufzeitraums vorzunehmende Lieferung er zunächst im Rahmen eines bestehenden Sukzessivlieferungsvertrages verlangt hatte, plötzlich wieder »abbestell«¹³⁵, so sollte man dem Vertragspartner zumindest insoweit den Schutz der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO zuerkennen, als ihm durch das widersprüchliche Verhalten des vorläufigen Insolvenzverwalters ein konkreter *Schaden*¹³⁶ entstanden ist¹³⁷. Denn zumindest die *Bereitschaft* des Vertragspartners zur Erbringung der Gegenleistung wurde auf eine Weise »in Anspruch genommen«, die, wenn der Handelnde über den Amtsbonus eines *vollberechtigten*¹³⁸ vorläufigen Insolvenzverwalters verfügte, auch unter In-

131 A. M. Peter HANAU a. a. O. (o. Rn. 14.62 Fn. 127), der im letztgenannten Fall § 55 II 2 InsO anwenden, den Lohnfortzahlungsanspruch also als potenzielle Masseverbindlichkeit qualifizieren will.

132 Was u. U. sein gutes Recht ist! Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 108 Rn. 22 m. w. N.

133 I. E. übereinstimmend Peter HANAU a. a. O. (o. Rn. 14.62 Fn. 127). Die o. im Text angeführten sozialen Gründe verlieren freilich an Gewicht, soweit die Erkrankung in den Insolvenzgeldzeitraum (§ 183 SGB III) fällt. Ob das eine auf diesen Zeitraum beschränkte Unterausnahme von der o. im Text vertretenen Auslegung der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO rechtfertigt, ist jedoch zweifelhaft (zumal geplant ist, den auf der Legalzession des § 187 SGB III beruhenden Rückgriffsanspruch der Bundesanstalt für Arbeit und die in § 208 I SGB III bezeichneten Ansprüche, soweit diese gegenüber dem Schuldner bestehen bleiben, ohnehin auf das Niveau einfacher Insolvenzforderungen zu beschränken; vgl. den in Art. 1 Nr. 7 des RegE BT-Drucks. 14/5680 v. 28. 3. 2001 vorgeschlagenen § 55 III InsO und zur *bisherigen* Rechtslage einerseits MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 26 ff., 31, 41 ff., 167; andererseits BAG, Urt. v. 3. 4. 2001 – 9 AZR 143/00, BAG-Pressemitteilung 21/01, Bericht in ZInsO 7/2001 S. II).

134 A. M. wohl Peter HANAU (o. Rn. 14.62 Fn. 127).

135 Wobei unterstellt sei, daß es sich um eine vertragswidrige und vom Vertragspartner nicht gebilligte *einseitige* Annahmeverweigerung handelt.

136 Zu denken ist an Aufwendungen zur Vorbereitung der vom vorläufigen Insolvenzverwalter erst verlangten und dann wieder abbestellten Teillieferung. Vgl. auch Fn. 137.

137 Der *Anspruch* auf Ersatz dieses Schadens wird, sofern nicht bereits § 304 BGB weiterhilft (evtl. i. V.m. § 295 oder § 296 BGB!), notfalls auf positive Vertragsverletzung, äußerst hilfswise vielleicht sogar auf einen gemeinsamen Rechtsgedanken der (auch ein Vertrauensschutzelement enthaltenden) §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO gestützt werden können.

138 Auf Handlungen eines *minderberechtigten*, also *nicht verfügbungsbefugten* vorläufigen Insolvenzverwalters ist § 55 II 2 InsO nicht anwendbar. Dies folgt nicht nur aus dem Wort-

solvenzbedingungen einen vollwertigen Ausgleich¹³⁹ erfordert. Daß der Ausgleichspflicht hier keine Bereicherung¹⁴⁰ der Masse gegenübersteht, ist unschön aber hinzunehmen, da dieser Umstand auf der vom vorläufigen Insolvenzverwalter zu verantwortenden Nichtannahme der zuvor ausdrücklich und mit Rechtsgrund¹⁴¹ verlangten Leistung des Vertragspartners beruht.

14.67 Hätte es sich in dem vom LG Lübeck entschiedenen Fall um Dauerschuldverhältnisse i. S. des § 55 II 2 InsO gehandelt, wäre also aufgrund des dortigen widersprüchlichen Verhaltens¹⁴² des vorläufigen Insolvenzverwalters sehr wohl eine Anwendung der Vorschrift in Betracht gekommen.

c) Exkurs: rechtsgrundloser Erwerb

14.68 Hat der vorläufige Insolvenzverwalter eine Gegenleistung in Anspruch genommen und auch tatsächlich erlangt, die ihm wegen Nichtigkeit des Vertrages nicht zustand, oder ist eine sonstige¹⁴³ ungerechtfertigte Bereicherung des verwalteten Vermögens eingetreten, so ist für eine Anwendung der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO kein Raum. Ausgleich bietet in solchen Fällen nicht das Vertragsrecht (wenn man von den Grundsätzen des »faktischen« Vertrags einmal absieht¹⁴⁴), sondern das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB).

laut des § 55 II 1 InsO, sondern auch daraus, daß dem *nicht* verfügungsbefugten vorläufigen Insolvenzverwalter die für eine »Inanspruchnahme« nötige Forderungszuständigkeit fehlt. Vgl. auch Fn. 107.

139 »Vollwertiger Ausgleich« bezieht sich hier auf einen dem Vertragspartner entstandenen Schaden, ist also nicht gleichzusetzen mit der vertraglich vereinbarten und nur durch Anrechnungspflichten (vgl. etwa § 324 I 2 BGB) geminderten Vergütung. Einen vollen bzw. nur um solche Anrechnungspflichten geminderten Vergütungsanspruch des Vertragspartners (vgl. etwa § 324 II BGB) sollte man in den hier erörterten Fällen nicht insgesamt, sondern nur bis zur Höhe des dem Vertragspartner entstandenen Schadens unter §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO subsumieren. Im übrigen muß es beim allgemeinen Grundsatz des § 38 InsO bleiben. Dies folgt letztlich aus denselben Gründen, die bei Rn. 14.44 ff. gegen eine an anderer Stelle (am Tatbestandsmerkmal »Dauerschuldverhältnis«) ansetzende Überdehnung der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO angeführt worden sind.

140 Zu Ansprüchen wegen rechtsgrundloser Bereicherung vgl. sogleich Rn. 14.68 ff.

141 Vgl. Fn. 138.

142 S. o. Rn. 14.51. Die o. im Text vorgenommene Bewertung des bei Rn. 14.51 beschriebenen Verhaltens als »widersprüchlich« bezieht sich nur auf das Verhältnis zum Erklärungsempfänger (Vertragspartner), enthält also kein moralisierendes allgemeines Unwerturteil. Es kann durchaus sein, daß der vorläufige Insolvenzverwalter aufgrund von Umständen, die seinem Einfluß entzogen waren, trotz besten Willens keine Verwendung mehr für die »bestellten« Transportleistungen hatte (z. B. weil auch er selbst von Vertragspartnern »hängen gelassen« wurde). Dies ändert jedoch nichts daran, daß das Verwendungsrisiko im allgemeinen vom Besteller einer Leistung zu tragen ist.

143 Z. B. infolge einer versehentlichen Geldüberweisung wie im Fall OLG Jena ZIP 1999, 2026 = EWiR § 13 GesO 1/2000, 673 f. (ECKHARDT).

144 Allerdings können diese Grundsätze gerade bei Dauerschuldverhältnissen (§§ 25 II 2, 55 II 2 InsO) eine gewichtige Rolle spielen (vgl. OETKER, o. Fn. 52, S. 424 ff., 428 ff.; STAUDINGER/RICHARDI, 1999, BGB¹³ § 611 Rn. 180 ff.; BGH NJW 2000, 2983 f.).

Soweit nach Bereicherungsrecht ein Ausgleichsanspruch besteht, stellt sich in gleicher Weise wie bei vertraglichen Ansprüchen die Frage, ob es sich um eine potenzielle Insolvenzforderung oder um eine potenzielle Masseverbindlichkeit handelt. Verbindlichkeiten aus einer »ungerechtfertigten Bereicherung der Masse« sind gem. § 55 I Nr. 3 InsO als Masseverbindlichkeiten einzuordnen. § 55 I Nr. 3 InsO setzt jedoch nach allgemeiner Auffassung voraus, daß der herauszugebende Vermögensvorteil *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens in das von diesem erfasste Vermögen gelangt ist¹⁴⁵. Eine Anwendung der Vorschrift auf Bereicherungsvorgänge, die bereits während des Eröffnungsverfahrens stattgefunden haben, wäre also keine unmittelbare, sondern eine analoge Anwendung. **14.69**

Voraussetzung jeder Analogie ist das Bestehen einer planwidrigen Gesetzeslücke. Eine die analoge Anwendung des § 55 I Nr. 3 InsO erfordernde Gesetzeslücke besteht sicherlich nicht, soweit der Bereicherungsanspruch *bereits aufgrund des § 55 II InsO* Masseverbindlichkeit ist. Handelt es sich um ein (nichtiges) »Dauerschuldverhältnis« und ging der Leistung des Vertragspartners eine »Inanspruchnahme« durch den (verfügungsbefugten) vorläufigen Insolvenzverwalter voraus, so wird i. d. R. schon eine analoge Anwendung des § 55 II 2 InsO möglich sein und dem Bereicherungsanspruch auf diesem Wege dieselbe Masseschuldqualität zuteil werden, die nach dem *Wortlaut* des § 55 II 2 InsO den Verbindlichkeiten »aus« einem (wirksamen) Dauerschuldverhältnis zukommt, soweit der vorläufige Insolvenzverwalter die Gegenleistung in Anspruch genommen hat. Die amtliche Begründung der dem § 55 II InsO entsprechenden Vorschrift des Regierungsentwurfs geht sogar noch einen Schritt weiter und führt in bezug auf den *gesamten* zweiten Absatz (also nicht nur mit Blick auf »Dauerschuldverhältnisse«) aus¹⁴⁶: »Sie [die Vorschrift] gilt nicht nur für vertragliche, sondern auch für gesetzliche Verbindlichkeiten, die der vorläufige Verwalter im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit begründet.« Als Beispiel nennt die amtliche Begründung Umsatzsteuerforderungen aus Veräußerungsgeschäften des vorläufigen Insolvenzverwalters. Das geht sehr weit¹⁴⁷, wenn man bedenkt, daß die Steuerbehörde nicht zu den Geschäftspartnern gehört, die einfach wegtauchen würden, wenn ihnen nicht die Massegläubigerstellung winken würde. Sehr viel näher liegt es hingegen, als gesetzliche Verbindlichkeit, die der vorläufige Insolvenzverwalter »im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit« begründet und die deshalb ebenfalls von § 55 II InsO erfaßt wird, die Verpflichtung zur Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung anzusehen, *wenn* der vorläufige Insolvenzverwalter an dem Bereicherungsvorgang mitgewirkt hat (sei es durch Leistungsaufforderung an den »Vertragspartner«, sei es durch sonstiges »Inanspruchnahmen«¹⁴⁸ der nunmehr rückabzuwickelnden Leistung oder sei es durch eigenes Mitwirken am Zustandekommen des nichtigen, anfechtbaren oder aus einem sonstigen Grunde fehlerhaften Kausalverhältnisses). **14.70**

145 Vgl. o. Rn. 7.90 m. w. N.

146 BT-Drucks. 12/2443 S. 126 (zu RegE § 64).

147 Vgl. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 19 Fn. 36.

148 Der Begriff »Inanspruchnahme« ist mit »Leistungsaufforderung« nicht völlig deckungsgleich (vgl. Rn. 14.47 ff.).

Denn in diesen Fällen besteht zumindest die *Möglichkeit*, daß die Leistungsbereitschaft des »Vertragspartners« durch den Amtsbonus des verfassungsbefugten vorläufigen Insolvenzverwalters stimuliert wurde. Dieses Stimulans sollte rechtlich unterfüttert und ein etwaiger Rückgewähranspruch des Vertragspartners deshalb analog dem bei *Wirksamkeit* des Vertrages bestehenden Gegenleistungsanspruch unter § 25 II bzw. § 55 II InsO subsumiert werden¹⁴⁹.

- 14.71** Hat der vorläufige Insolvenzverwalter den herauszugebenden Gegenstand hingegen ohne eigenes Zutun eher zufällig erlangt (z. B. aufgrund einer weder für ihn noch für den Schuldner bestimmten Fehlüberweisung¹⁵⁰), so gibt es keinen sachlichen Grund, den Rückgewähranspruch des Entreicherten insolvenzrechtlich besser zu stellen als jeden anderen Anspruch auf Rückgewähr einer Leistung, die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens in das Vermögen des Schuldners gelangt ist. Allein der Umstand, daß der Bereicherungsvorgang während des Eröffnungsverfahrens und während der Amtszeit eines »starken« vorläufigen Insolvenzverwalters stattfand, rechtfertigt es nicht, den Rückgewähranspruch des Entreicherten analog §§ 25 II, 55 II InsO oder analog § 55 I Nr. 3 InsO als Masseverbindlichkeit einzustufen¹⁵¹. Im Zweifel ist der Bereicherungsanspruch also nur Insolvenzforderung nach dem allgemeinen Grundsatz des § 38 InsO.

3. Masseschuldbegründung durch Erfüllungszusage

a) Wirkungsweise der Erfüllungszusage

- 14.72** Sowohl bei Dauerschuldverhältnissen als auch bei sonstigen gegenseitigen Verträgen kommt es immer wieder vor, daß der vorläufige Insolvenzverwalter sein an den Vertragspartner gerichtetes Erfüllungsverlangen entweder sofort¹⁵² oder auf kritische Nachfrage mit der ausdrücklichen oder konkludenten Zusicherung¹⁵³

149 Ebenso ECKARDT EWiR 2000, 673, 674 ad 3.2.; HK-InsO/EICKMANN² § 61 Rn. 4.

150 So lag der vom OLG Jena, o. Fn. 143, entschiedene Fall.

151 Ebenso in Bezug auf § 55 I Nr. 3 InsO (damals noch § 59 I Nr. 4 KO) BGH ZIP 1990, 1417, 1418; BGH ZIP 1997, 1551, 1552 (ad 1.); BGH ZIP 1998, 655, 658; BGH ZIP 2000, 244, 245 (ad II 1 b bb m. w. N.); BGHZ 144, 192, 195 = ZIP 2000, 895, 896 = NJW 2000, 1950, 1951 = NZI 2000, 306, 307 (ad I 2) und OLG Jena ZIP 2000, 2026, 2027 ff. (dazu ECKERT EWiR § 13 GesO 1/2000, 673 f.).

152 Vgl. die bei Rn. 14.1 ff. wiedergegebene Sachverhaltsdarstellung des LG Lübeck und die im nun folgenden Text vorgenommene rechtliche Beurteilung der vom vorläufigen Insolvenzverwalter vorgenommenen »Bestellungen«.

153 Vgl. z. B. die von einem nach § 106 I 2 KO bestellten Sequester abgegebene Erklärung im Fall BGH ZIP 1997, 1551: »Die E. Werft AG mit Zustimmung des Sequesters G. G. garantiert Ihnen die Zahlung von 60 000 DM zzgl. eventuell anfallender Mehrwertsteuer zur Abgeltung der noch zu erbringenden Leistungen und Lieferungen . . .«. Wäre eine solche Erklärung nicht von einem nach der KO bestellten Sequester, sondern von einem mit Masseschuldbegründungskompetenz ausgestatteten vorläufigen Insolvenzverwalter abgegeben worden, so wäre wohl trotz der etwas gewundenen Eingangsformulierung (»Die [Schuldnerin] mit Zustimmung des [vorläufigen Insolvenzverwalters] . . .«) § 55 II 1 InsO anzuwenden gewesen (vgl. den folgenden Text).
In dem Fall, der dem Urteil BGHZ 97, 87 (= NJW 1986, 1496 = JZ 1986, 691 m. Anm.

verbindet, daß die Gegenleistung genauso zuverlässig erbracht werde, wie das gem. §§ 25 II 1, 55 II 1 InsO bei Neuverträgen zu geschehen habe. Ein Vertragspartner, dem solch eine Erfüllungszusage *verweigert* wird, wird i. d. R. versuchen, Zurückbehaltungsrechte geltend zu machen oder sich, wenn möglich, ganz vom Vertrag zu lösen¹⁵⁴. Für den vorläufigen Insolvenzverwalter ist es also sehr wichtig, bei Bedarf auch wirksame Erfüllungszusagen geben zu können.

Fast schon ein *Schulbeispiel* einer (konkludenten) Erfüllungszusage oder zumindest des Angebots einer solchen stellen *die* beiden »Bestellungen« dar, die der vorläufige Insolvenzverwalter dem Vertragspartner des Schuldners in dem vom LG Lübeck entschiedenen Fall (Rn. 14.2 ff.) zukommen ließ und die sich von den bereits vorliegenden, noch unerfüllten Fachtverträgen nur durch den Zusatz unterschieden, daß der Transportablauf in der 4. Kalenderwoche 1999 zwei Tage vor Beladung bekanntgegeben werde. Aus Sicht des Erklärungsempfängers, auf die es nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ankommt, enthält ein Erfüllungsvorgang, *das in die Form einer »Bestellung« gekleidet ist*, im Zweifel zugleich das Angebot, dem Vertragsverhältnis dieselbe rechtliche Behandlung zuteil werden zu lassen wie einem an seine Stelle tretenden, inhaltsgleichen Neuabschluß. Nicht überzeugend ist die bei Rn. 14.16 nachzulesende Argumentation des LG Lübeck, daß die gegenüber den bereits vorliegenden Verträgen »nur um die Klausel ›zwei Tage vor Abruf‹ veränderten zwei Transportaufträge« schon deshalb nicht als Masseverbindlichkeiten erfüllt werden müßten, weil § 55 II 1 InsO »nur die vom vorläufigen Insolvenzverwalter *neu begründeten* Verbindlichkeiten« zu Masseverbindlichkeiten erhebe¹⁵⁵ und es sich bei den vom vorläufigen Insolvenzverwalter verfaßten Bestellungen nicht um *neue* Aufträge gehandelt habe, sondern um bloße »Bestätigungen der noch bestehenden alten Aufträge der Gemeinschuldnerin«. Das LG Lübeck hätte sich in diesem Zusammenhang damit auseinandersetzen müssen, ob die von ihm als bloße Bestätigungen der Altverträge gedeuteten Bestellschreiben des vorläufigen Insolvenzverwalters eine konkludente *Erfüllungszusage* enthielten (was nach dem oben Gesagten zu bejahen ist), ob diese Bestellschreiben von der Beklagten zumindest konkludent *akzeptiert* worden wa-

HENCKEL) zugrunde lag, hatte ein nach § 106 I 2 KO bestellter Sequester einem Stromlieferanten u. a. folgendes geschrieben: »Aufgrund Ihrer Schreiben vom ... habe ich veranlaßt, daß die rückständige Dezember-Rechnung zwischenzeitlich angewiesen wurde. Bezüglich des Januar-Rechnungsbetrages bitte ich um Einräumung eines Zahlungsziels. Der Ausgleich wird am 15. 3. 1984 erfolgen. Im übrigen bestätige ich Ihnen, daß die Schuldnerin mit meiner Zustimmung den Sondervertrag weiterführen und somit auch der Neuverbrauch bezahlt wird.« Fortsetzung des Zitats u. Rn. 14.91 mit Fn. 219. Vgl. zu diesem Fall auch u. Rn. 14.74 Fn. 158, Rn. 14.78 Fn. 169 und Rn. 14.89 ff. mit Fn. 203, 215, 219, 229, 232 ff.

Vgl. zum Ganzen auch BÄHR, Zahlungszusagen bei Betriebsfortführungen im Insolvenzverfahren, ZIP 1998, 1553 ff.

154 Vgl. Rn. 14.78 mit Fn. 169.

155 Geteilt wird diese Prämisse des LG Lübeck von den in Fn. 157 Genannten. Die *Hervorhebung* der Worte »neu begründeten« stammt nicht vom LG Lübeck.

ren¹⁵⁶ und ob nicht auch eine *Erfüllungszusage* des vorläufigen Insolvenzverwalters masseschuldbe gründend wirkt.

14.74 Letzteres ist zweifellos zu bejahen¹⁵⁷, wenn der Erklärungsempfänger die Zusage des vorläufigen Insolvenzverwalters ausdrücklich oder konkludent¹⁵⁸ annimmt, wobei auch eine großzügige Anwendung des § 151 BGB in Betracht kommen mag. Entsprechendes gilt, wenn die Beteiligten, um den Vertragspartner in den Genuß der §§ 25 II 1, 55 II 1 InsO zu bringen, den »sicheren« Weg eines das bisherige Vertragsverhältnis auf eine neue Basis stellenden Novationsvertrages praktizieren.

14.75 Was aber gilt, wenn der Vertragspartner überhaupt nicht daran denkt, eine ihm angebotene Erfüllungszusage des vorläufigen Insolvenzverwalters zu akzeptieren, sondern eher darauf spekuliert, sich seiner eigenen Leistungspflicht im Hinblick auf die Insolvenz des Schuldners entziehen oder zumindest bessere Konditionen »herausarbeiten« zu können? In solchen Fällen wäre es für den vorläufigen Insolvenzverwalter hilfreich, diese Taktik des Vertragspartners dadurch unterlaufen zu können, daß er ihm die Stellung eines bevorzugten (§§ 25 II, 55 II InsO) Gläubigers notfalls auch *gegen* seinen Willen verschafft¹⁵⁹. Ob deshalb auch eine einseitig gebliebene, also vom Vertragspartner *nicht zumindest konkludent angenommene* Erfüllungszusage des vorläufigen Insolvenzverwalters als ausreichend angesehen werden darf, um die Rechtsfolgen der §§ 25 II 1, 55 II 1 InsO hervorzurufen, mag zweifelhaft sein. Im allgemeinen vermögen einseitige Erklärungen eine bestehende Rechtslage nur dann zu verändern, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist (arg. § 305 BGB¹⁶⁰). Über diese Hürde kommt man jedoch im Insolvenzeröffnungsverfahren mit einer punktuellen¹⁶¹ Analogie zu § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO hinweg. Wenn der Vertragspartner nach dieser Vorschrift schon dann Massegläubiger

156 Vgl. Rn. 14.74 ff. mit Fn. 159, 165.

157 A. M. wohl KIRCHHOF ZInsO 2000, 297, 298 ad III 2 b (§ 55 II InsO erfasse »lediglich neue, vom Verwalter eingegangene Rechtsbeziehungen, nicht das Abwickeln bereits bestehender«) und schon vorher BGHZ 97, 87, 91 f. ad II 3 = NJW 1986, 1496, 1497 = JZ 1986, 691, 692 (dessen Ausführungen jedoch hypothetischer Natur sind, da sie die – o. Rn. 14.72 Fn. 153 wörtlich zitierte – Erfüllungszusage eines nach § 106 I 2 KO bestellten *Sequesters* betreffen und *nur hypothetisch* von der Geltung eines dem heutigen § 55 II 1 InsO entsprechenden Rechtssatzes ausgehen).

158 Z. B. durch Vornahme oder Vorbereitung von Leistungshandlungen. Vgl. auch Rn. 14.84 mit Fn. 186.

159 Näheres bei Rn. 14.78 mit Fn. 169.

160 Vgl. STAUDINGER/LÖWISCH, 1995, BGB¹³ § 305 Rn. 50 ff.

161 Punktuell ist die Analogie zu § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO insofern, als mit ihr nicht bezweckt ist, die Rechtsfolgen der *Inanspruchnahmetatbestände* (§§ 25 II 2, 55 II 2 InsO) auf Nicht-Dauerschuldverhältnisse zu erweitern (was bei Rn. 14.44 ff. abgelehnt wurde). Im Rahmen der hier (Rn. 14.75) vorgeschlagenen Analogie geht es überhaupt nicht um ein *Erfüllungsverlangen* des vorläufigen Insolvenzverwalters oder um eine *Inanspruchnahme* des Vertragspartners durch den Verwalter, sondern um die Frage, ob eine *Erfüllungszusage*, die der vorläufige Insolvenzverwalter gegenüber dem Vertragspartner abgibt, der Annahme durch den letzteren bedarf. Dies ist aus den im Text angeführten Gründen zu verneinen.

wird, wenn ein Insolvenzverwalter von ihm durch einseitige Erklärung die Erfüllung des Vertrages *verlangt* (wobei nicht einmal erforderlich ist, daß sich der Verwalter hinsichtlich der Gegenleistung zu irgend etwas verpflichten will¹⁶²) oder ihm durch einseitige Erklärung die Erfüllung verspricht¹⁶³, dann sollte auch die von einem Verfügungsbefugten *vorläufigen* Insolvenzverwalter erklärte *Erfüllungszusage*¹⁶⁴, wenn diese nicht lediglich durch Auslegung einer das bisherige Vertragsverhältnis bestätigenden »Bestellung« gewonnen wurde¹⁶⁵, unabhängig von einer diesbezüglichen Annahmeerklärung des Empfängers als geeignet angesehen werden, den Vertragspartner in den Genuß der §§ 25 II 1, 55 II 1 InsO zu bringen¹⁶⁶.

Etwaige *Formvorschriften*, die beim ursprünglichen Vertragsschluß zu beachten **14.76** waren (z. B. § 313 BGB), finden auf die Erfüllungszusage eines vorläufigen oder endgültigen Insolvenzverwalters keine Anwendung. Sie gelten ja auch nicht für die Wahlrechtsausübung nach §§ 55 I Nr. 2 Alt. 1, 103 InsO¹⁶⁷ oder die in §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO vorausgesetzte Gegenleistungsinanspruchnahme. In allen diesen Fällen geht es nicht um einen Neuabschluß oder eine inhaltliche Änderung des schuldrechtlichen Vertrages, sondern nur um eine für den Vertragspartner günstige Neufestlegung des insolvenzrechtlichen Ranges. Für diese rein insolvenzrecht-

162 Massegläubiger wird der Vertragspartner infolge des Erfüllungsverlangens des Insolvenzverwalters selbst dann, wenn der Verwalter diese gesetzliche Folge bei Abgabe seiner Erklärung überhaupt nicht bedacht hat (de lege lata unbestreitbar, aber in der Sache etwas überzogen; Vgl. o. Fn. 85 und Rn. 13.102 ff.). Ein abweichender Wille des Verwalters ist unbeachtlich (FK-InsO/WEGENER² § 103 Rn. 58; N/R/BALTHASAR InsO § 103 Rn. 41), falls der Verwalter ihn bei seinem Erfüllungsverlangen nicht deutlich zum Ausdruck bringt (vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 66 m. w. N.).

163 Wenn schon das *Erfüllungsverlangen* des (endgültigen) Insolvenzverwalters die Gegenforderung des Vertragspartners zur Masseverbindlichkeit werden läßt (selbst wenn der Verwalter das überhaupt nicht will; s. o. Fn. 162!), dann muß der dies bewirkende § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO erst recht dann – analog – angewandt werden, wenn der Verwalter die Erfüllung als Masseverbindlichkeit *ausdrücklich verspricht* (s. o. Rn. 4.109 f.; HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 75, § 107 Rn. 21). Denn in diesem Fall hat der Verwalter die Erfüllung als Masseverbindlichkeit sogar in seinen *Willen* aufgenommen.

164 Aber nicht auch ein bloßes *Erfüllungsverlangen*! Für dieses gilt wegen des engen Zusammenhangs mit den in §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO getroffenen Sonderregelungen (»Dauerschuldverhältnis«/»die Gegenleistung in Anspruch genommen«) nicht § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO unmittelbar oder analog (insoweit zutr. Michael HUBER in Gottwald [Hrsg.], Insolvenzsrechts-Handbuch² § 35 Rn. 2 S. 485 f., § 36 Rn. 12 S. 502), sondern das bei Rn. 14.53 ff., 14.62 ff. Ausgeführte. Vgl. ergänzend Fn. 162 f.

165 In diesem bereits bei Rn. 14.72 f. angesprochenen Sonderfall ist die Erfüllungszusage genauso annahmebedürftig wie die Bestellung selbst (die ein Vertragsantrag i. S. der §§ 145 ff. BGB ist). Jedoch umfaßt die Annahme der »Bestellung« automatisch auch die darin enthaltene Erfüllungszusage.

166 In diesem Sinne schon HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 57; wohl auch POHLMANN, Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters, 1998, Rn. 538. A. M. wohl KIRCHHOF und der BGH (s. Fn. 157).

167 S. zu diesem Vergleichsfall JAEGER/HENCKEL KO⁹ § 17 Rn. 116; BORK, Festschr. f. Zeuner, 1994, S. 297, 314 f.; FK-InsO/WEGENER² § 103 Rn. 58; SMID, InsO¹ § 103 Rn. 30; HK-InsO/MAROTZKE² InsO § 103 Rn. 62.

liche Thematik sind die Formvorschriften des bürgerlichen Rechts nicht gedacht. Ein vorläufiger oder endgültiger Insolvenzverwalter verfügt i. d. R. über genügend Rechtskenntnisse und Geschäftsgewandtheit¹⁶⁸, um seine rein insolvenzrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten auch durch *formfreie* Willenserklärungen sinnvoll ausüben zu können. Und die andere Vertragspartei kann von ihrer Aufwertung zu einer Massegläubigerin ohnehin nur profitieren, bedarf also ebenfalls nicht des Schutzes durch Formvorschriften.

- 14.77** *Zusammenfassend* ist festzustellen, daß ein verfügungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter den Vertragspartner auch dadurch in den Genuß der §§ 25 II 1, 55 II 1 InsO bringen kann, daß er ihm in insolvenzrechtlicher Hinsicht dieselbe Vorzugsbehandlung verspricht, die ihm nach den genannten Vorschriften zustehen würde, wenn der bisherige, noch mit dem Schuldner geschlossene Vertrag durch den Abschluß eines inhaltsgleichen neuen Vertrages ersetzt würde. Im Vergleich zum Abschluß eines Novationsvertrages hat die Erfüllungszusage des vorläufigen Insolvenzverwalters den Vorteil, nicht annahmebedürftig und auch in solchen Fällen nicht formbedürftig zu sein, in denen der Abschluß eines neuen Vertrages einer gesetzlichen Formvorschrift wie z. B. § 313 BGB unterliegt.
- 14.78** Die einseitige Erfüllungszusage ist also ein sehr handliches und kostengünstiges Instrument, um den Vertragspartner auch in solchen Fällen zu motivieren und ggfls. zur Erfüllung etwaiger Vorleistungspflichten anzuhalten, in denen er sich *ohne* die ihm angebotenen Vorzugsrechte aus § 25 II 1 und § 55 II 1 InsO stellen dürfte¹⁶⁹. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich bei dem Vertrag, dessen Erfüllung zugesagt wird, um ein Dauerschuldverhältnis oder um einen sonstigen gegenseitigen Vertrag handelt. Handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, so kann der vorläufige Insolvenzverwalter den Vertragspartner allerdings nicht nur durch eine Erfüllungszusage, sondern auch durch eine Inanspruchnahme der Gegenleistung in den Genuß der §§ 25 II, 55 II InsO bringen¹⁷⁰.

168 Vgl. §§ 21 II Nr. 1, 56 I InsO.

169 Z. B. aufgrund einer vertraglichen Lösungsklausel (sofern man diese nicht an § 119 InsO scheitern läßt) oder aufgrund des § 321 BGB bzw. aufgrund einer den § 321 BGB bekräftigenden oder modifizierenden Vertragsklausel (Beispiel: § 20 I der AGB des Stromversorgungsunternehmens im Fall BGHZ 97, 87, 95 = NJW 1986, 1496, 1498 = JZ 1986, 691, 693 [jeweils im letzten Absatz von III 2 a]). Nach § 321 BGB darf eine *vorleistungspflichtige* Vertragspartei, wenn sich die Vermögensverhältnisse der anderen Partei nach Vertragsschluß wesentlich verschlechtern und dadurch »der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird«, die ihr obliegende Leistung *verweigern*, »bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird«. Ob der dem vorleistungspflichtigen Vertragspartner zustehende Anspruch auf die Gegenleistung wirklich »gefährdet« ist, kann im Einzelfall auch davon abhängen, ob dieser Anspruch im Insolvenzfall als Masseverbindlichkeit oder nur als Insolvenzforderung berücksichtigt werden muß. Näheres hierzu an den bei Rn. 14.43 Fn. 85 genannten Stellen.

170 S. o. Rn. 14.35 ff.

b) Einfluß auf das Insolvenzverwalterwahlrecht (§ 103 InsO)

In allen Fällen, in denen ein Vertragspartner des Schuldners infolge einer Rechtshandlung des vorläufigen Insolvenzverwalters die Position eines Massegläubigers erlangt, und folglich¹⁷¹ auch im Fall einer die Anwendung des § 55 II 1 InsO rechtfertigenden *Erfüllungszusage* des vorläufigen Insolvenzverwalters stellt sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Frage nach der Anwendbarkeit des § 103 InsO (sofern diese nach Art und Inhalt des Vertrages grundsätzlich in Betracht kommt, also z. B. nicht schon durch § 106, § 107 I oder § 108 I InsO ausgeschlossen wird¹⁷²). **14.79**

Konsequenterweise wird man annehmen müssen, daß eine Erfüllungszusage und auch jede andere zu einer Masseverbindlichkeit führende Rechtshandlung des vorläufigen Insolvenzverwalters eine spätere Anwendung des § 103 InsO ausschließt, soweit die Vorschrift (vor allem ihr zweiter Absatz) davon ausgeht, daß der Insolvenzverwalter alternativ zu der ihm in § 103 I InsO erlaubten Erfüllung des Vertrages auch das Recht zur *Erfüllungsablehnung* hat. Denn das Recht des Insolvenzverwalters, die Erfüllung eines beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrages *abzulehnen* und den Vertragspartner mit der Quote abzuspensen, wird in § 103 InsO nicht eigens geschaffen, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt¹⁷³. Grundlage des Ablehnungsrechts ist nicht § 103, sondern § 38 InsO¹⁷⁴. Auch wenn im konkreten Fall alle Tatbestandsmerkmale des § 103 I InsO verwirklicht sind, hat der Insolvenzverwalter das Recht zur Erfüllungsablehnung nur, soweit der Vertragspartner gem. § 38 InsO Insolvenzgläubiger ist. Hat der Vertragspartner infolge einer Rechtshandlung des vorläufigen Insolvenzverwalters die Stellung eines Massegläubigers erlangt (§ 55 II InsO), darf der endgültige Insolvenzverwalter die Erfüllung also *schon deshalb* nicht »nach § 103 InsO ablehnen« (wenn man vom Fall der Masseunzulänglichkeit einmal absieht¹⁷⁵). Von einem »Wahlrecht« des endgültigen Insolvenzverwalters kann hier ebensowenig die Rede sein wie in Fällen, in denen der Ausschluß des Rechts zur Erfüllungsablehnung nicht auf § 55 II InsO (also nicht auf dem Verhalten eines vorläufigen Insolvenzverwalters), sondern auf § 55 I Nr. 2 Alt. 2 i. V. m. § 108 I InsO, auf § 106 InsO oder auf § 107 I InsO beruht. **14.80**

Auch die zu § 17 KO entwickelte, dann auf § 103 InsO übertragene und vor allem von Zessionaren und Aufrechnungsbefugten sehr gefürchtete¹⁷⁶ Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie des BGH¹⁷⁷ ist unanwendbar, wenn und soweit der **14.81**

171 S. o. Rn. 14.72 ff.

172 Vgl. zum Verhältnis der §§ 106, 107 I, 108 I InsO einerseits und des § 103 InsO andererseits o. Rn. 4.1 ff., 6.1 ff., 10.1 ff.; HK-InsO/MAROTZKE² § 106 Rn. 1, § 107 Rn. 1, 8 ff., § 108 Rn. 1, 5 f., 9, 18.

173 Vgl. o. Rn. 3.1 ff., 3.11 f., 3.48 ff. m. w. N. auch zu abweichenden Auffassungen.

174 Vgl. Rn. 3.1 ff., 3.48 ff.

175 Vgl. §§ 208, 209 I Nr. 3, 210 InsO und HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 4.

176 Vgl. o. Rn. 4.17 ff., 4.59 ff., 4.77 ff.

177 Ausführlich behandelt wird diese Theorie o. Rn. 3.42 ff., 4.17 ff., 4.59 ff., 4.77 ff. und u. Rn. 14.111 ff.

Vertragspartner nach § 55 II InsO die Stellung eines Massegläubigers erlangt hat. Die Dinge liegen hier nicht anders als in den Fällen der einer Anwendung dieser Theorie ebenfalls entgegenstehenden¹⁷⁸ §§ 106, 107 I und § 55 I Nr. 2 Alt. 2 i. V. m. § 108 I InsO.

14.82 Zwar war für den nach § 106 I 2 KO bestellten Sequester weithin anerkannt, daß dieser der Wahlrechtsausübung des endgültigen Konkursverwalters nicht masseschuld begründend¹⁷⁹ vorgreifen könne¹⁸⁰. Aus den vorangegangenen Ausführungen (Rn. 14.79 ff.) ergibt sich jedoch, daß diese Auffassung nicht ohne weiteres auf das Verhältnis zwischen vorläufigem und endgültigem Insolvenzverwalter übertragen werden darf¹⁸¹. Soweit der nach § 21 II Nr. 1 InsO bestellte vorläufige Insolvenzverwalter Masseschuld begründungskompetenz hat (§ 55 II InsO)¹⁸², ist er eben doch erheblich »mächtiger« als ein nach § 106 I 2 KO bestellter Sequester, dem diese Befugnis nach h. M.¹⁸³ fehlte. An eine vom vorläufigen Insolvenzverwalter begründete Masseverbindlichkeit ist auch der endgültige Insolvenzverwalter gebunden; ein Wahlrecht steht ihm insoweit nicht zu.

14.83 Die *Erfüllungsablehnung* des vorläufigen Insolvenzverwalters bindet den endgültigen Insolvenzverwalter aber auch nach neuem Insolvenzrecht nicht¹⁸⁴. Jedoch kann ein *verfügungsbefugter* vorläufiger Insolvenzverwalter durch *Veräußerung* des gegen den Vertragspartner gerichteten Erfüllungsanspruchs oder durch *Ver einbarung* mit dem Vertragspartner in einer Weise auf den Erfüllungsanspruch des Schuldners einwirken, die einem späteren Erfüllungsverlangen des endgültigen Insolvenzverwalters die rechtliche Grundlage entzieht (vgl. Rn. 14.110).

178 Vgl. zu den genannten Vergleichsfällen HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 17, § 106 Rn. 1, § 107 Rn. 1, 8, § 108 Rn. 1, 5 f., 9, 18 (jeweils m. w. N.).

179 Zur *Erfüllungsablehnung* des vorläufigen Insolvenzverwalters vgl. u. Rn. 14.83, 14.110, 14.120.

180 BGHZ 97, 87, 90 (ad II 2) = NJW 1986, 1496 f. = JZ 1986, 691 ff. m. Anm. HENCKEL; BGHZ 130, 38, 42 = NJW 1995, 2783, 2785 (I.Sp.) = ZIP 1995, 1204, 1207 (I.Sp.).

181 In diesem Sinne schon MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 117 ff., 123 ff. mit Nachweisen auch zu abweichenden Ansichten. Vgl. auch BGH ZIP 1997, 1551, 1552 r.Sp.: »Der Neuregelung liegt ein geändertes Konzept zugrunde, das den Aufgabenkreis und die Befugnisse eines solchen Verwalters weit über den gesetzlichen Zuständigkeitsbereich des derzeitigen Sequesters hinaus erweitert (§ 22 Abs. 1 InsO).« Ähnlich schon vorher BGHZ 130, 38, 43 (weitere Fundstellen dieser Entscheidung o. Rn. 14.44 Fn. 87). A. M. jedoch Michael HUBER in Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch² § 35 Rn. 2 S. 485 f.; »Insoweit gibt es keine Unterschiede zum früheren Sequester nach der KO.«

182 U. U. genügt schon Erfüllungs-Zustimmungskompetenz i. S. d. § 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO. Vgl. u. Rn. 14.96 ff.

183 S. o. Rn. 14.44 mit Nachweisen in Fn. 87.

184 Vgl. Rn. 14.105 ff. (bes. Rn. 14.110).

4. Rechtsgrundverstärkende Leistungsbewirkung

a) Nachwirkungen der Masseschuld-Begründungskompetenz

Wenn es richtig ist, daß der verfügungsbefugte vorläufige Insolvenzverwalter dem Vertragspartner die in § 55 II InsO beschriebene Stellung eines potenziellen Massegläubigers schon dadurch verschaffen kann, daß er ihm die Erfüllung des Vertrages *verbindlich zusagt*¹⁸⁵, dann wird man Entsprechendes auch für den Fall annehmen müssen, daß der vorläufige Insolvenzverwalter die dem Vertragspartner zustehende Forderung ganz oder teilweise¹⁸⁶ erfüllt. Die *reale Leistungsbewirkung* kann, wenn sie ohne Vorbehalt erfolgt¹⁸⁷, im Rahmen des § 55 II 1 InsO nicht schwächer wirken als eine noch unerfüllte Leistungszusage.

Allerdings besteht der Unterschied, daß eine Verbindlichkeit, die erfüllt wird, im selben Augenblick erlischt (§ 362 BGB). Dies macht die Frage nach der masseschuld begründenden Kraft der realen Leistungsbewirkung gegenstandslos, soweit daran gedacht werden könnte, dem Vertragspartner einen Anspruch auf Vorwegbefriedigung nach § 53 InsO zuzugestehen. Denn eine bereits erfüllte Masseverbindlichkeit ist keine *Masseverbindlichkeit*, der ein mit dem Vorrecht des § 53 InsO versehener *Anspruch* gegenüberstehen würde.

Das heißt aber nicht, daß von Anspruch und Verbindlichkeit nach Eintritt der Erfüllungswirkung nichts übrig bleibe, das die analoge Anwendung des § 55 II 1 InsO lohne. Denn auch nach ihrer Erfüllung lebt die Forderung bzw. Verbindlichkeit insofern fort, als sie nun den Rechtsgrund dafür bildet, daß der Leistungsempfänger das Erlangte behalten darf. Bedeutung hat dies nicht nur im Rahmen des § 812 BGB, sondern auch für den Fall, daß der endgültige Insolvenzverwalter die vom vorläufigen Insolvenzverwalter erbrachte Leistung – z. B. Zahlungen an Waren- oder Energielieferanten¹⁸⁸ – *im Wege der Anfechtung* (§§ 129 ff. InsO) zurückfordern will. Im Zusammenhang mit dem Anfechtungsrecht macht es einen großen Unterschied, ob der Behaltensgrund, den der Vertragspartner geltend macht, den (schlechten) Rang einer bereits erfüllten Insolvenzforderung oder den (guten) Rang einer bereits erfüllten Masseverbindlichkeit innehat.

b) Anfechtungsrechtliche Aspekte

Mehr und mehr setzt sich die Ansicht durch, daß Rechtshandlungen, die ein *verfügungsbefugter vorläufiger* Insolvenzverwalter kraft Amtes vorgenommen hat, vom endgültigen Insolvenzverwalter nicht nach §§ 129 ff. InsO angefochten wer-

185 Vgl. Rn. 14.72 ff.

186 Bei nur *teilweiser* Erfüllung gilt das nachfolgend Ausgeführte nur für den betroffenen *Teil* der Verbindlichkeit. Ob eine Teilerfüllung zugleich die konkludente Zusage der noch offenen Restleistung enthält, ist Auslegungsfrage (vgl. auch o. Rn. 14.74 mit Fn. 159). Im Zweifel wird das nicht anzunehmen sein.

187 Zur Wirkung von Vorbehalten vgl. u. Rn. 14.91 ff.

188 Dazu u. Rn. 14.89 ff.

den können¹⁸⁹ (außer vielleicht¹⁹⁰ im Fall der Masseinsuffizienz). Diese Ansicht zieht eine naheliegende Konsequenz aus dem mehrdimensionalen Treuhandcharakter¹⁹¹ der vorläufigen Insolvenzverwaltung sowie aus der in § 55 II InsO verankerten Masseschuldbegründungskompetenz des verfügungsbefugten vorläufigen Insolvenzverwalters¹⁹². Das ist ausbaufähig: Wenn man es für zulässig hält, daß das Insolvenzgericht auch einen *nicht verfügungsbefugten* vorläufigen Insolvenzverwalter oder sogar *den Schuldner selbst* zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigt¹⁹³, dann wird man auch die aufgrund einer solchen gerichtlichen Ermächtigung erzeugten Masseverbindlichkeiten und ihre Erfüllung vom Anwendungsbereich der §§ 129 ff. InsO ausnehmen müssen¹⁹⁴ und eine (konsequenterweise auf Rechtshandlungen eines *verfügungsbefugten* vorläufigen Insolvenzverwalters zu erstreckende¹⁹⁵) Unterausnahme nur für den ganz besonders zu mißbilligenden Fall anerkennen dürfen, daß die Rechtshandlung im Verhältnis zur Gläubigerschaft eine »vorsätzliche Benachteiligung« i. S. des § 133 I InsO darstellt. Eine vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung sollte man *niemandem* durchgehen lassen, auch keinem mit Masseschuldkompetenz ausgestatteten vorläufigen Insolvenzverwalter. Selbst ein *Bargeschäft*, das der Anfechtung grundsätzlich entzogen ist, kann gem. § 142 InsO angefochten werden, »wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind«.

14.88 Bleiben wir zunächst¹⁹⁶ beim *verfügungsbefugten* vorläufigen Insolvenzverwalter. Wenn und soweit¹⁹⁷ dieser einen vom Schuldner geschlossenen Vertrag durch Vornahme eigener Leistungshandlungen vollzieht, bekennt er sich im Zweifel zumin-

189 Vgl. POHLMANN Rn. 507 ff.; K/P/PAULUS, 8. Lfg. 11/2000, InsO § 129 Rn. 17 Fn. 59 a. E.; MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 119, 136 ff.; HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 57; KIRCHHOF ZInsO 2000, 297 ff.; dens. ZInsO 2001, 1 f.; Michael HUBER in Gottwald (Hrsg.), Insolvenzsrechts-Handbuch² § 46 Rn. 25 S. 684 f. (jeweils mit weiteren Details und Nachweisen); St. THIEMANN Rn. 379 (jedoch mit der sehr wesentlichen und nahezu zirkelschlüssigen Einschränkung, daß im Rahmen des § 55 II InsO »nur solche Rechtsgeschäfte Masserang erfahren sollen, die nicht anfechtbar im eröffneten Verfahren sind«); a. M. wohl FK-InsO/DAUERNHEIM² § 129 Rn. 30 a. E.

190 Vgl. HK-InsO/KREFT² § 129 Rn. 35.

191 Vgl. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 99, 119.

192 Zutreffend postuliert POHLMANN Rn. 518 eine »Kongruenz zwischen Anfechtungsrecht [besser: Anfechtungsausschluß] und Masseschuldqualifizierung« [Klammerzusatz d. Verf.]. I. E. ebenso KIRCHHOF a. a. O.

193 Dazu MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 10 ff.; weitere Nachweise u. Rn. 14.123 f. Fn. 319 f.

194 Im Ansatz ebenso KIRCHHOF ZInsO 2000, 297, 300 (jedoch ohne thematische Einbeziehung des durch Gerichtsbeschuß zur Masseschuldbegründung ermächtigten *Schuldners* und auch ohne Thematisierung der im folgenden Text erwähnten »Unterausnahme«). Unanwendbar sind dann also nicht nur die §§ 130, 131 InsO (deren Anwendbarkeit ohnehin daran scheitern würde, daß der Vertragspartner nicht »Insolvenzgläubiger« ist), sondern auch § 132 InsO.

195 I. E. übereinstimmend St. THIEMANN Rn. 377 ff. (aber ohne ausdrückliche Beschränkung auf Fälle des § 133 I InsO; vgl. auch o. Rn. 189). A. M. wohl POHLMANN Rn. 522, 527, 539 ff. (der hier aber vielleicht sogar *Nichtigkeit* annehmen würde; vgl. seine Rn. 103 f., 540, 542).

196 Zum *nicht verfügungsbefugten* vorläufigen Insolvenzverwalter vgl. u. Rn. 14.96 ff.

197 S. o. Rn. 14.84 Fn. 186.

dest konkludent auch zu dem schuldrechtlichen Vertrag. Er macht ihn sich gewissermaßen »zu eigen«. Der Leistungsempfänger darf deshalb darauf vertrauen, daß die nunmehr erlangte Rechtsposition im Falle der Verfahrenseröffnung genauso insolvenzfest ist, wie wenn er den zugrundeliegenden Vertrag nicht mit dem Schuldner persönlich, sondern mit dem (verfügungsbefugten) vorläufigen Insolvenzverwalter geschlossen hätte. In diesem Fall hätte der Vertragspartner die Position eines Massegläubigers erlangt (§ 55 II 1 InsO) und müßte deshalb grundsätzlich¹⁹⁸ weder hinsichtlich des Kausalgeschäfts noch hinsichtlich dessen, was er durch die Entgegennahme von Erfüllungsleistungen erworben hat, eine Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO fürchten¹⁹⁹. Entsprechendes muß gelten, wenn der (verfügungsbefugte) vorläufige Insolvenzverwalter das schuldrechtliche Geschäft nicht selbst abgeschlossen, sondern »nur« *vorbehaltlos erfüllt*²⁰⁰ oder die Erfüllung *verbindlich zugesagt*²⁰¹ hat.

Daß ein vorläufiger Insolvenzverwalter einen bereits vom Schuldner geschlossenen Vertrag ganz oder teilweise erfüllt oder die Erfüllung zumindest zusagt, ist so selten nicht²⁰². Oft befinden sich die *Stromlieferanten* in der glücklichen Lage, den vorläufigen Insolvenzverwalter unter Hinweis auf die überragende Betriebswichtigkeit ihres Produkts und etwaige dem Schuldner eingeräumte Sonderkonditionen zur »freiwilligen« Bezahlung alter und neuer Rechnungen sowie zu Vorschußleistungen animieren zu können²⁰³. Anfechtungsrechtlich²⁰⁴ ist hiergegen kaum etwas auszurichten, wenn und soweit sich die vom vorläufigen Insolvenzverwalter geleisteten Zahlungen auf *künftige* Energiemengen beziehen, die der vorläufige Insolvenzverwalter ohnehin in Anspruch zu nehmen gedenkt²⁰⁵ und die deshalb ohnehin gem. §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO²⁰⁶ voll bezahlt werden müssen. Zumindest hilfsweise²⁰⁷ kann in solchen Fällen auch der Gesichtspunkt des »Bargeschäfts« zum Anfechtungsausschluß führen (§ 142 InsO)²⁰⁸.

198 Eine Ausnahme gilt jedoch im Fall des § 133 I InsO (s. Rn. 14.87 a. E.).

199 S. Rn. 14.87.

200 Ebenso POHLMANN Rn. 528 ff.; a. M. KIRCHHOF ZInsO 2000, 297, 298 (im vorletzten Absatz von III 2 b).

201 HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 57 a. E.; im Ergebnis ebenso wohl POHLMANN Rn. 538. A. M. aber wohl die o. Rn. 14.74 Fn. 157 Genannten. Ausf. zur Erfüllungszusage o. Rn. 14.72 ff.

202 Von einer *konkludenten* Erfüllungszusage war bereits bei Rn. 14.72 die Rede.

203 Vgl. etwa den Fall BGHZ 97, 87 ff. = NJW 1986, 1496 ff. = JZ 1986, 691 ff. m. Anm. HENCKEL. Im Zusammenhang mit der Frage, ob die Weiterbelieferung mit elektrischem Strom von einem *Vorschuß* abhängig gemacht werden darf, kommt es auf den konkreten Vertragsinhalt und u. U. auch auf das o. Rn. 14.78 in Fn. 169 Gesagte an.

204 §§ 129 ff. InsO.

205 I. E. ebenso KIRCHHOF ZInsO 2000, 297 ff.

206 Insoweit a. M. KIRCHHOF a. a. O. ad III 2 b, da er Stromlieferungsverträge nicht als »Dauerschuldverhältnisse« i. S. der §§ 25 II 2, 55 II 2 InsO ansieht. Vgl. zu dieser Vorfrage o. Rn. 14.42 mit Fn. 78.

207 Vorrang haben jedoch die bei Rn. 14.87 ff. angestellten Überlegungen.

208 Vgl. KIRCHHOF ZInsO 2000, 297, 298 f.

- 14.90** Kommt es infolge einer Fehleinschätzung der im Eröffnungsverfahren noch benötigten Energiemenge zu einer nicht jeden vernünftigen Rahmen sprengenden Zuvielzahlung, so wird diese vom Empfänger i. d. R. als anfechtungsfeste Vorausvergütung *der* Energiemenge aufrecht erhalten werden können, die von dem für das *eröffnete* Verfahren bestellten Verwalter in Anspruch genommen wird²⁰⁹. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Insolvenzverwalter trotz der vorübergehenden Weiterentnahme elektrischen Stroms letztendlich nicht für (§§ 103 I, 105 InsO), sondern gegen (§§ 38, 103 II 1 InsO) die Erfüllung des Vertrages entscheidet²¹⁰. In diesem besonderen Fall muß § 55 II 2 InsO analog angewandt, d. h. die übergangsweise Weiterbenutzung der Stromquelle durch den *endgültigen* Insolvenzverwalter der übergangsweisen »Inanspruchnahme« elektrischen Stroms durch einen *vorläufigen* Insolvenzverwalter gleichgestellt werden²¹¹ mit der Konsequenz einer i. d. R. anfechtungsfesten²¹² Masseverbindlichkeit.
- 14.91** Weniger eindeutig ist die Rechtslage hinsichtlich derjenigen Zahlungen, die der Elektrizitätsversorger dem vorläufigen Insolvenzverwalter für *alte* Stromrechnungen abverlangt hat. Daß ein vorläufiger Insolvenzverwalter auch die bereits *vor* seinem Amtsantritt abgenommenen Strommengen bezahlt, kommt immer wieder vor²¹³, da die Energielieferanten hier mit dem Entzug günstiger Sonderkonditionen und vielleicht²¹⁴ sogar mit »Stromsperre« drohen dürfen²¹⁵ (da sie sich *vor*²¹⁶ Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch ungehindert auf § 320 bzw. § 273 BGB

209 I. E. ebenso KIRCHHOF ZInsO 2000, 297, 298 (ad III 1).

210 Was i. d. R. zulässig ist! Vgl. auch o. Rn. 14.61 Fn. 124, 126.

211 Hauptanwendungsbereich dieser Analogie ist der Zeitraum zwischen Verfahrenseröffnung und Berichtstermin (vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 62). Statt dieser Analogie einfach den § 55 I Nr. 3 InsO anzuwenden, scheidet m. E. daran, daß die vorübergehende Stromentnahme keine *rechtsgrundlose* ist (anders evtl. die Anhänger der bei Rn. 3.42 ff., 3.58, 4.77 ff. abgelehnten Erlöschentheorie).

212 S. o. Rn. 14.87 ff.

213 Vgl. z. B. BGHZ 97, 87 ff. = NJW 1986, 1496 ff. = JZ 1986, 691 ff. m. Anm. HENCKEL.

214 Gegenüber einem *endgültigen* Insolvenzverwalter können *alte* Zahlungsrückstände des Schuldners eine Stromsperre jedenfalls dann *nicht* rechtfertigen, wenn der Verwalter fortan nicht die bisherigen günstigen Sonderkonditionen, sondern nur Normalkonditionen beansprucht (s. o. Rn. 4.152 ff. [bes. Rn. 4.154 a. E. und 4.161 a. E.]; weitergehend sogar sonderkonditionsschützend die o. Rn. 4.161 und HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 2 ff., 10 dargestellte Intention des § 105 InsO). Den *vorläufigen* Insolvenzverwalter *mit* Verfügungsbefugnis (§ 22 I 1 InsO) wird man in dieser Hinsicht nicht schlechter behandeln dürfen als einen – ebenfalls verfügungsbefugten – *endgültigen* Insolvenzverwalter (wenn man von der erwähnten »weitergehenden« Intention des § 105 InsO, der ja im Eröffnungsverfahren noch nicht gilt, einmal absieht).

215 Nicht nur mit dem Entzug von Sonderkonditionen, sondern auch mit einer Stromsperre war in dem Fall gedroht worden, der BGHZ 97, 87 ff. = NJW 1986, 1496 ff. = JZ 1986, 691 ff. m. Anm. HENCKEL zugrunde lag.

216 Die o. Rn. 2.46 ff. kritisierte h. M., daß andere als die in § 51 Nrn. 2 und 3 InsO genannten Zurückbehaltungsrechte i. d. R. nicht insolvenzfest seien, wird – soweit ersichtlich – nicht schon für das Eröffnungsverfahren, sondern erst für die Zeit ab Verfahrenseröffnung vertreten (s. Rn. 6.13 Fn. 37 a. E., Rn. 14.43 Fn. 83, 85 Rn. 14.45, 14.78 Fn. 169). Auch § 105 InsO gilt erst ab diesem Zeitpunkt. Oder analoge Anwendung bei »starkem« *vorläufigen* Insolvenzverwalter? Gegen eine Analogie spricht allerdings die rechtspolitische

berufen können²¹⁷). Trotz fortschreitender Liberalisierung des Strommarktes wird es für einen vorläufigen Insolvenzverwalter schon aus Zeitgründen²¹⁸ nicht leicht sein, sich diesem Druck zu entziehen. Im Zweifel werden also auch die noch offenen *alten* Stromrechnungen bezahlt werden, wenn auch vielleicht mit dem salvatorischen Hinweis, daß dadurch auf die »einem Insolvenzverwalter im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens möglicherweise zustehenden Rechte nicht verzichtet« werde²¹⁹. Um welche Rechte des »Insolvenzverwalters im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens« geht es hier? Kann er die auf die *alten* Stromrechnungen geleisteten Zahlungen mit der Begründung, daß eine »Zwangslage« i. S. d. § 138 II BGB bestanden habe²²⁰, zurückverlangen? Kann er sie gem. §§ 129 ff. InsO anfechten? Wenn ja: Besteht dieses Anfechtungsrecht auch dann, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter einen diesbezüglichen Vorbehalt *nicht* ausdrücklich erhoben bzw. ihn unter dem Druck einer Stromsperrandrohung *fallengelassen* hat?

Im Prinzip ist auch hinsichtlich der *alten* Stromrechnungen davon auszugehen, daß vorbehaltslose Zahlungen, die ein verfügungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter an einen Vertragspartner des Schuldners leistet, dem Empfänger im Zweifel einen insolvenzfesten Behaltensgrund nach Art einer bereits erfüllten Masseverbindlichkeit²²¹ verschaffen. Zwar könnte man daran denken, solchen Zahlungen unter dem Gesichtspunkt des »offensichtlichen Verstoßes gegen den Verfahrenszweck«²²² die masseschulderzeugende (genauer: behaltensgrundverstärkende)

14.92

Fragwürdigkeit des § 105 Satz 1 InsO (s. o. Rn. 4.158 ff.; HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 3 ff., 7). Vgl. auch u. Fn. 225.

217 Das gilt aber wohl nur gegenüber dem Anspruch auf Weiterbelieferung zu den bisherigen Sonderkonditionen, nicht auch gegenüber dem auf § 10 EnWG (vgl. auch § 20 I GWB, § 826 BGB und o. Rn. 4.152 ff.) beruhenden und von einem verfügungsbefugten vorläufigen Insolvenzverwalter geltend gemachten (s. Fn. 214) Anspruch auf Abschluß und Erfüllung eines diese Sonderkonditionen nicht mehr enthaltenden neuen Vertrages.

218 Schon sehr *kurze* Stromunterbrechnungen können ein Unternehmen langfristig lahmlegen oder sogar völlig ruinieren.

219 Das wörtliche Zitat stammt aus BGHZ 97, 87, 89 (insoweit nicht mit abgedruckt in NJW 1986, 1496)= JZ 1986, 691 (dort m. Anm. HENCKEL). Jedoch war in dem vom BGH entschiedenen Fall noch von »Konkursverwalter« und »Konkursverfahren« die Rede. Vgl. auch Rn. 14.72 Fn. 153.

220 Eine Zwangslage kann sich auch aus der Notwendigkeit ergeben, *schnell* handeln zu müssen (vgl. STAUDINGER/SACK, 1996, BGB¹³ § 138 Rn. 199). Sollte ein Stromversorgungsunternehmen versuchen, auch die Weiterbelieferung zu »Normalkonditionen« von vorheriger Bezahlung der *alten* Stromrechnungen abhängig zu machen, müßte in der Tat ernsthaft über eine Anwendung des § 138 II BGB nachgedacht werden. Vgl. auch Fn. 214, 218 und – für Österreich – KEPPLINGER S. 358 f. Etwas zu leicht macht sich den Rückgriff auf § 138 BGB aber wohl das von RENDELS in EWiR § 170 InsO 1/2001 S. 279 f. besprochene Urteil des LG Braunschweig. Sittenwidrig soll danach sogar eine zwischen dem vorläufigen Insolvenzverwalter und einem aussonderungsberechtigten Vorbehaltseigentümer getroffene Kostenbeteiligungsabrede sein, die eine entsprechende Anwendung der §§ 170, 171 InsO vorsieht.

221 S. o. Rn. 14.86 ff.

222 Vgl. zur dogmatischen Herleitung dieses Unwirksamkeitsgrundes die zutr. Hinweise bei POHLMANN Rn. 104.

Kraft abzusprechen²²³. Daß die Bezahlung der alten Stromrechnungen »offensichtlich« gegen den Zweck des Eröffnungsverfahrens verstößt, wird jedoch keineswegs als Regelfall bezeichnet werden können²²⁴. Oft wird es sich nur um »einfache« Unzweckmäßigkeit, u. U. sogar um eine ausgesprochen zweckmäßige und per saldo *vorteilhafte* Entscheidung des vorläufigen Insolvenzverwalters gehandelt haben (z. B. wenn die Zahlungsrückstände des Schuldners gering, die ihm eingeräumten und jetzt »auf dem Spiel stehenden« Sonderkonditionen hingegen hervorragend waren²²⁵).

14.93 Hat der Energielieferant den vorläufigen Insolvenzverwalter durch Androhung einer Stromsperre (also nicht nur des Verlusts von Sonderkonditionen) unter unzulässigen²²⁶ Druck gesetzt und dadurch Zahlungen auf alte Stromrechnungen erlangt, deren Höhe den in der Aufrechterhaltung bisher gewährter Sonderkonditionen liegenden Vorteil²²⁷ wesentlich übersteigt, kommt u. U. eine Anwendung der §§ 123 I, 138 I, II BGB²²⁸ und damit letztlich eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung in Betracht. Äußerst hilfswise ist an eine auf »vorsätzliche Benachteiligung« gestützte Anfechtung durch den endgültigen Insolvenzverwalter zu denken (§ 133 I InsO). Daß der vorläufige Insolvenzverwalter zu der die übrigen Gläubiger benachteiligenden Zahlung durch die Drohung mit dem schlimmeren Übel der Stromsperre veranlaßt wurde, schließt hinsichtlich des vom vorläufigen Insolvenzverwalter »gewählten« geringeren Übels weder den Vorsatz des vorläufigen Insolvenzverwalters noch die diesbezügliche Kenntnis des Stromlieferanten aus²²⁹. Hilfswise wäre der bereits an anderer Stelle zur Diskussion ge-

223 Dazu neigt wohl KIRCHHOFF, ZInsO 2000, 297, 298 f. (zu dem insoweit ähnlich liegenden Fall der Nachbesicherung von Altkrediten). A. M. POHLMANN Rn. 103 (mit Fn. 38), 528 ff. (bes. Rn. 540 ff.), der hier grds. *weder* Nichtigkeit *noch* Anfechtbarkeit annehmen würde. Für eine *anfechtungsrechtliche* Lösung aber wohl St. THIEMANN Rn. 337 ff. (jedoch ohne Ausführungen zum Anfechtungsgrund; s. auch o. Rn. 14.87 Fn. 195).

224 Insoweit zutr. die Hinweise bei POHLMANN a. a. O.

225 Man wende nicht ein, daß dem Insolvenzverwalter doch durch § 105 InsO die Möglichkeit eingeräumt werde, solche Sonderkonditionen auch dann weiterhin in Anspruch zu nehmen, wenn er das Versorgungsunternehmen wegen der *alten* Rechnungen auf die Insolvenzquote verweise. Denn es ist überhaupt nicht sicher, ob dieses Kalkül der Gesetzesverfasser de lege lata aufgeht (dazu o. Rn. 4.160 ff. und HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 2 ff.). Zudem setzt § 105 InsO die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus, hilft also wohl nicht dem für das Eröffnungsverfahren bestellten *vorläufigen* Insolvenzverwalter (s. auch Fn. 216).

226 S. o. Rn. 14.91 Fn. 214, 216 f.

227 Von der Auslegung des § 105 InsO hängt es ab, ob als maßgeblicher Amortisationszeitraum nur das Eröffnungsverfahren oder auch noch die Zeit nach Verfahrenseröffnung in Betracht kommt. Die Verfasser des § 105 InsO würden das wohl aufgrund ihres o. Fn. 225 angesprochenen Kalküls im Sinne der *ersten* Alternative entscheiden.

228 S. o. Rn. 14.91 Fn. 218, 220.

229 Erst recht wird der *objektive* Tatbestand der Gläubigerbenachteiligung durch diesen Umstand nicht ausgeschlossen. So auch BGH LM KO § 30 Nr. 1 (im ersten Absatz der dort wiedergegebenen Entscheidungsgründe) und BGHZ 97, 87, 95 (ad III 2 b) = NJW 1986, 1496, 1498 = JZ 1986, 691, 693 (dort m. Anm. HENCKEL). Zur Frage des *Vorsatzes* brauchte der BGH in der letztgenannten Entscheidung nicht Stellung zu nehmen, da die alten Stromrechnungen dort nicht von einem »vorläufigen Insolvenzverwalter« i. S. der

stellte Gedanke aufzugreifen, daß ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des *Anfechtungsgegners* auch dann zur – analogen – Anwendung des § 133 I InsO führen muß, wenn dem *Schuldner*, dem durch die Anfechtung ohnehin nichts genommen werden soll, bzw. dem vorläufigen Insolvenzverwalter dieser Vorsatz fehlte²³⁰. M. E. eröffnet in Fällen der hier interessierenden Art aber schon das *erste* Argument den Weg zu § 133 I InsO und damit zu dem einzigen Anfechtungsgrund, der nach dem bei Rn. 14.87 Gesagten auch gegenüber Rechtshandlungen eines verfügungsbefugten vorläufigen Insolvenzverwalters durchschlägt. Da der vorläufige Insolvenzverwalter nicht die Rechtsmacht hat, auf *dieses*²³¹ Anfechtungsrecht des endgültigen Insolvenzverwalters zu verzichten, gilt dies selbst dann, wenn er bei der Begleichung der alten Stromrechnungen nicht den Vorbehalt macht, daß dadurch auf die »einem Insolvenzverwalter im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens möglicherweise zustehenden Rechte nicht verzichtet« werde²³², oder wenn er einen bereits erklärten Vorbehalt unter dem Druck der Verhältnisse wieder zurücknimmt. Eine Personenidentität des endgültigen mit dem früheren vorläufigen Insolvenzverwalter steht der Anfechtung nicht entgegen²³³.

Hinsichtlich des *Umfangs* des anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs (§ 143 InsO), insbesondere zur Frage einer Vorteilsausgleichung²³⁴, bleibt es auch nach Inkrafttreten der InsO bei den Streitfragen und Lösungsansätzen, die in dem Grundsatzurteil des BGH vom 30. 1. 1986²³⁵ abgehandelt worden sind. Zwar gab es im Konkursrecht noch keine Bestimmung mit dem Inhalt des § 105 InsO²³⁶. Dies hat den BGH jedoch nicht gehindert, sich bereits damals auf den Standpunkt

14.94

-
- §§ 21 II Nr. 1, 22, 55 II InsO, sondern von einem nach § 106 I 2 InsO bestellten sog. »Sequester« bezahlt worden waren und dem damals vorherrschenden Rechtsverständnis eine Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten auf den besonders gravierenden Fall des § 31 Nr. 1 KO/§ 133 I InsO noch fremd war. Auch die erstgenannte Entscheidung des BGH geht, soweit aus dem LM-Abdruck ersichtlich, auf die Frage des Vorsatzes nicht ein.
- 230 Vgl. MAROTZKE ZFP 105 (1992) 451, 452 ff. (in bezug auf den damaligen § 31 Nr. 1 AnfG). Der Umstand, daß der Schuldner bzw. der vorläufige Insolvenzverwalter vom Anfechtungsgegner unter Druck gesetzt worden war, rechtfertigt zwar in subjektiver Hinsicht eine mildere Beurteilung des Verhaltens *des Schuldners* (bzw. *des vorläufigen Insolvenzverwalters*). Keinesfall darf dieser Umstand aber dem *Anfechtungsgegner* zugute kommen und eine Anfechtung nach § 133 I InsO ausschließen.
- 231 Also auf das in § 133 I InsO begründete Anfechtungsrecht. Alle anderen Anfechtungsgründe kann der vorläufige Insolvenzverwalter hingegen mit den bei Rn. 14.87 ff., 14.95 ff. beschriebenen Mitteln auch mit Wirkung gegen den *endgültigen* Insolvenzverwalter ausschalten.
- 232 In soweit nicht ganz eindeutig BGHZ 97, 87, 92 f., 96 f. (ad II 4 und III 2 c) = NJW 1986, 1496 ff. = JZ 1986, 691 ff. m. Anm. HENCKEL und Michael HUBER in: Gottwald (Hrsg.) Insolvenzrechts-Handbuch² § 35 Rn. 2 S. 486.
- 233 Ebenso für den nach § 106 I 2 KO bestellten Sequester BGHZ 97, 87, 89 ff. = NJW 1986, 1496 ff. = JZ 1986, 691 ff. m. Anm. HENCKEL.
- 234 Nach st. Rspr. findet eine solche bei der Insolvenzanfechtung nicht statt. Vgl. BGHZ 97, 87, 95 f. (ad III 2 b) = NJW 1986, 1496, 1498 = JZ 1986, 691, 693 m. insoweit zust. Anm. HENCKEL.
- 235 BGHZ 97, 87 ff. (vgl. soeben Fn. 234).
- 236 Anders lagen die Dinge im Vergleichsrecht (vgl. § 36 II VglO und o. Rn. 13.66 ff., 13.108 ff.).

zu stellen, daß das Energieversorgungsunternehmen von dem anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters (Konkursverwalters) nicht die Beträge abziehen dürfe, die die Masse dadurch erspart habe, daß ihr während der Zeit zwischen der nunmehr angefochtenen Zahlung und der Geltendmachung der Anfechtbarkeit etwaige *Vorzugsbedingungen* belassen worden seien²³⁷. Dieses Ergebnis ist zwar nicht über jeden Zweifel erhaben, entspricht aber der ratio legis des § 105 InsO²³⁸ und wird deshalb wie diese²³⁹ die künftige Praxis prägen.

5. Rechtsgrundverstärkende Mitwirkung an Erfüllungsgeschäften des Schuldners

a) Verfügungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter

14.95 Nur graduell unterscheidet sich von dem bei Rn. 14.84 ff. erörterten Fall, daß der verfügungsbefugte vorläufige Insolvenzverwalter den ohne seine Beteiligung zustande gekommenen schuldrechtlichen Vertrag durch eigene Erfüllungsgeschäfte selbst vollzieht, der nun näher zu beleuchtende Fall, daß auch die Erfüllungsgeschäfte vom Schuldner persönlich vorgenommen wurden²⁴⁰ und der verfügungsbefugte vorläufige Insolvenzverwalter sich darauf beschränkt, der gesamten Aktion seine Zustimmung zu geben²⁴¹. Zumindest dann, wenn diese Zustimmung *dem Vertragspartner gegenüber* erklärt oder ihm nachträglich mitgeteilt wurde²⁴² und deshalb von ihm als vertrauensbildender Tatbestand aufgefaßt werden konnte, spricht nichts dagegen, den Fall anfechtungsrechtlich genauso zu behandeln, wie wenn der vorläufige Insolvenzverwalter alle erforderlichen Leistungshandlungen – insbesondere Verfügungen – selbst vorgenommen hätte. Eine Anfechtung ist folglich nur unter den Voraussetzungen des § 133 I InsO möglich²⁴³.

237 BGHZ 97, 87, 96 f. (ad III 2 c) = NJW 1986, 1496, 1498 = JZ 1986, 691, 694 m. insoweit zust. Anm. HENCKEL.

238 S. o. Rn. 14.92 Fn. 225; ausführlicher HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 2 ff., 10.

239 *Ob und in welchem Maße* sich die ratio legis des § 105 InsO in der Praxis durchsetzen wird, ist freilich noch keineswegs sicher. Vgl. die Vorbehalte bei HK-InsO/MAROTZKE² § 105 Rn. 3 ff., 7, 10 und o. Rn. 4.158 ff., 13.113 f.

240 Etwa weil der Schuldner noch nichts von dem gem. § 21 II Nr. 2 Alt. 1 InsO erlassenen allgemeinen Verfügungsverbot wußte. Die in § 23 I 2 InsO vorgeschriebene Bekanntmachung (Zustellung) an den Schuldner ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung des Verfügungsverbots (vgl. HK-InsO/KIRCHHOF² § 21 Rn. 32).

241 Da es sich hier um die Zustimmung eines *verfügungsbefugten* vorläufigen Insolvenzverwalters i. S. von § 22 I 1 (i. V. m. § 21 II Nr. 2 Alt. 1) InsO handelt, führt sie nicht über § 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO, sondern über § 185 BGB zur Wirksamkeit der konsentierten Verfügung.

242 Was aber keine Voraussetzung des Wirksamwerdens ist. Denn nach § 182 I BGB kann die Zustimmung »sowohl dem einen als dem anderen Teile gegenüber erklärt werden«. § 1829 I 2 BGB ist hier nicht einschlägig.

243 Vgl. zu diesem Sonderfall o. Rn. 14.87 a. E., 14.93.

b) Zustimmungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter

Gilt das auch, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter, der den Erfüllungsgeschäften des Schuldners zugestimmt hat, nicht *verfügungsbefugt* i. S. d. § 22 I 1 InsO, sondern nur *zustimmungsbefugt* i. S. d. § 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO war²⁴⁴? Dies ist fraglich, weil § 55 II 1 InsO den vorläufigen Insolvenzverwalter nur dann zur Begründung von Masseverbindlichkeiten befähigt, wenn auf ihn »die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist«. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn es sich bloß um einen Zustimmungsverwalter i. S. des § 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO handelt (s. Rn. 14.123). **14.96**

In Betracht kommt jedoch eine *analoge* Anwendung des § 55 II 1 InsO. Dies versteht sich von selbst, wenn das Insolvenzgericht den Zustimmungsverwalter zur Begründung einer Masseverbindlichkeit ausdrücklich ermächtigt hatte (was zulässig ist²⁴⁵). **14.97**

Aber auch sonst ist eine analoge Anwendung des § 55 II 1 InsO in Betracht zu ziehen mit dem (nur einen *Teil* der Rechtsfolge ausschöpfenden²⁴⁶) Ziel, den Zustimmungsverwalter in die Lage zu versetzen, der von ihm gebilligten Verfügung des Schuldners nicht nur gem. § 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO zur (abstrakten) Wirksamkeit, sondern darüber hinaus auch zu einer insolvenzfesten causa zu verhelfen. Der mit voller *Verfügungsmacht* ausgestattete vorläufige Insolvenzverwalter ist hierzu schon aufgrund *unmittelbarer* Anwendung des § 55 II 1 InsO im Stande²⁴⁷. Dem lediglich mit *Zustimmungsmacht* (§ 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO) ausgestatteten vorläufigen Insolvenzverwalter diese Möglichkeit vorzuenthalten, wäre nur dann zu rechtfertigen, wenn der Verfügungsempfänger davon ausgehen müßte, daß solch ein *minderberechtigter* vorläufiger Insolvenzverwalter nicht mit gleicher treuhänderischer Sorgfalt wie ein *vollberechtigter* vorläufiger Insolvenzverwalter auf die Nützlichkeit der Verfügung, der er zur Wirksamkeit verhelfen kann, zu achten hätte. Das ist jedoch nicht der Fall²⁴⁸. **14.98**

Zwar schreibt die InsO nur dem *verfügungsbefugten* vorläufigen Insolvenzverwalter ausdrücklich vor, daß er »das Vermögen des Schuldners zu sichern und zu erhalten« habe (§ 22 I 2 Nr. 1 InsO). Dies ändert jedoch nichts daran, daß auch die Bestellung eines lediglich *zustimmungsbefugten* vorläufigen Insolvenzverwalters dem in § 21 I InsO bezeichneten Sicherungszweck dienen muß und daß sich an diesem Zweck konsequenterweise auch die *Amtsführung* des Berufenen zu orientieren hat²⁴⁹. Wie der mit voller *Verfügungsmacht* ausgestattete muß auch der nur mit *Zustimmungsmacht* ausgestattete vorläufige Insolvenzverwalter die Entschei- **14.99**

244 Ausdrücklich verneint wird dies von POHLMANN Rn. 523. Vgl. auch Michael HUBER in Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch² § 46 Rn. 25 S. 684 f. und § 47 Rn. 18 S. 707 f.

245 Vgl. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 13 m. w. N.

246 Vgl. u. Rn. 14.101 ff.

247 Vgl. Rn. 14.84 ff.

248 Vgl. auch MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 119, 144 ff.

249 Ebenso UHLENBRUCK NZI 2000, 289, 290 ff.

dung, ob er einer schwebend unwirksamen Verfügung des Schuldners zur Wirksamkeit verhilft, davon abhängig machen, ob die Verfügung die Vermögenslage des Schuldners nachteilig verändern würde (vgl. § 21 I InsO). Ob dies der Fall ist, kann nicht beantwortet werden, ohne das Kausalgeschäft, das der Verfügung zugrunde liegt, in die Betrachtung einzubeziehen. M. E. wäre es in hohem Maße spitzfindig, wenn der bloß mit *Zustimmungsmacht* ausgestattete vorläufige Insolvenzverwalter im Gegensatz zum vollberechtigten Verwalter insgeheim darauf spekulieren dürfte, daß der Verfügungsadressat das, was er im Falle der Zustimmungserteilung erwirbt, später wieder gem. §§ 129 ff., 143 InsO zurückgeben muß. Da diese mit Treu und Glauben kaum noch zu vereinbarende²⁵⁰ Spekulation dem *vollberechtigten* vorläufigen Insolvenzverwalter nicht zusteht (wenn man vom Sonderfall des § 133 I InsO einmal absieht²⁵¹), darf sie – wenn sie gegenüber dem Vertragspartner nicht offengelegt wird²⁵² – auch einem Zustimmungsverwalter nicht gestattet sein. Hat ein vorläufiger Insolvenzverwalter einer schwebend unwirksamen Verfügung des Schuldners durch Erklärung gegenüber dem Vertragspartner vorbehaltlos zugestimmt, so hat der Vertragspartner i. d. R.²⁵³ auch dann keinen Grund, an der Endgültigkeit seines Erwerbs zu zweifeln, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter zwar *Zustimmungsmacht* i. S. des § 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO, nicht jedoch volle *Verfügungsmacht* i. S. der §§ 22 I 1, 55 II 1 InsO hatte.

14.100 § 55 II 1 InsO muß deshalb, soweit er die Zustimmung eines voll *verfügungsbefugten* vorläufigen Insolvenzverwalters zum Ausschluß der Insolvenzanfechtung führen läßt²⁵⁴, entsprechend auch dann anfechtungsausschließend wirken, wenn ein nur mit *Zustimmungskompetenz* ausgestatteter vorläufiger Insolvenzverwalter eine inhaltsgleiche (!) Erklärung abgibt und dadurch einer Verfügung des Schuldners zur Wirksamkeit verhilft (§ 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO)²⁵⁵.

250 Zum rechtstatsächlichen Hintergrund der vom Gegenteil ausgehenden Rspr. zum *Konkursrecht* ist anzumerken, daß in dem Fall, der dem Urteil BGHZ 97, 87 = NJW 1986, 1496 = JZ 1986, 691 m. Anm. HENCKEL zugrunde lag, vom vorläufigen Verwalter (damals: Sequester) ausdrücklich »der guten Ordnung halber« darauf hingewiesen worden war, »daß durch dieses Bestätigungsschreiben auf einem Konkursverwalter im Fall der Eröffnung des Konkursverfahrens möglicherweise zustehende Rechte nicht verzichtet wird« (dieses wörtliche Zitat fehlt in der NJW-Fundstelle). In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es um die Bezahlung alter Stromrechnungen durch einen nach § 106 I 2 KO bestellten Sequester. Vgl. zu Stromversungsverträgen auch o. Rn. 14.89 ff.

251 Nur in diesem Sonderfall schließt § 55 II 1 InsO eine spätere Anfechtung nicht aus (vgl. Rn. 14.87 a. E., 14.93).

252 Vgl. Fn. 250.

253 Eine Ausnahme gilt im Sonderfall des § 133 I InsO (vgl. Fn. 251).

254 Vgl. dazu Rn. 14.95.

255 In der Tendenz ähnlich (wahrscheinlich sogar weiter gehend) St. THIEMANN im vorletzten Satz seiner Rn. 379. A. M. jedoch POHLMANN Rn. 523. Vgl. auch KIRCHHOF ZInsO 2000, 297, 299 f.: Ein »schwacher« vorläufiger Insolvenzverwalter ohne Masseschuld begründungskompetenz könne »im allgemeinen die Anfechtbarkeit seiner Rechtshandlungen nur gemäß allgemeinen Regeln vermeiden, nämlich indem er Bargeschäfte i. S. v. § 142 InsO vornimmt« (wird illustriert mit Beispielen aus dem Bereich der Rohstoff- und Energielieferungsverträge; vgl. zu den letzteren auch o. Rn. 14.89 ff.).

In diesem Zusammenhang besteht Anlaß zu einer Klarstellung: Die hier vorgeschlagene analoge Anwendung des § 55 II 1 InsO besagt nicht, daß auch ein nur *zustimmungsbefugter* vorläufiger Insolvenzverwalter ohne weiteres²⁵⁶ echte *Masseverbindlichkeiten* begründen könnte, die – soweit noch unerfüllt – gem. § 53 InsO »aus der Insolvenzmasse ... vorweg zu berichtigen« bzw. bei Nichteröffnung des Verfahrens nach Maßgabe des § 25 II 1 InsO zu erfüllen wären. Eine derart radikale Analogie zu § 55 II 1 bzw. § 25 II 1 InsO wäre durch Sinn und Zweck der Vorschrift nicht gedeckt²⁵⁷. **14.101**

Diesem Einwand läßt sich jedoch Rechnung tragen, indem man die analoge Anwendung des § 55 II 1 InsO auf den nicht verfügungs-, sondern nur zustimmungsbefugten vorläufigen Insolvenzverwalter nicht so weit treibt, daß der Vertragspartner ein *durchsetzbares Forderungsrecht* gegen die spätere Insolvenzmasse erwirbt, sondern sich damit begnügt, einen solchen Insolvenzverwalter analog § 55 II 1 InsO als berechtigt anzusehen, dem Empfänger einer durch seine Zustimmung wirksam werdenden Verfügung einen auch im Falle der Verfahrenseröffnung wirksam bleibenden und i. d. R.²⁵⁸ auch nicht der Insolvenzanfechtung unterliegenden *Behaltensgrund für das Erlangte* (nicht jedoch ein als Masseverbindlichkeit verfolgbares *Forderungsrecht* auf weitere geschuldete Leistungen) zu verschaffen. Zur terminologischen Abgrenzung von dem in §§ 53, 55 InsO verwendeten und inhaltlich weitergehenden Begriff »Masseverbindlichkeit« könnte man hier von einer (partiellen) Aufwertung des ansonsten dem § 38 InsO unterliegenden Vertragsverhältnisses zu einem »für die Insolvenzmasse verbindlichen Behaltensgrund« oder – genauer – von einem Behaltensgrund »derselben Substanz, Art und Güte« sprechen, die auch das Wesen einer *bereits erfüllten* Masseverbindlichkeit ausmacht. **14.102**

Bei der Schaffung des § 55 II InsO wurde anscheinend nicht bemerkt, daß die in § 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO nur sehr knapp angesprochene Möglichkeit, einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit *Zustimmungskompetenz* zu bestellen, die Frage aufwirft, ob ein solcher Verwalter durch Ausübung der ihm übertragenen Kompetenz »Behaltensgründe im Rang von Masseverbindlichkeiten« erzeugen kann. Hätte der Gesetzgeber diese Frage erkannt, so hätte er sie sehr wahrscheinlich im Sinne der hier vorgeschlagenen, rechtsfolgeverkürzenden²⁵⁹ Analogie zu § 55 II 1 InsO beantwortet. Da diese Analogie nicht zu einer echten *Masseverbindlichkeit*, sondern nur zu einem *Behaltensgrund* im Rang einer (bereits erfüllten) Masseverbindlichkeit führt, hätte der Gesetzgeber eine solche rechtliche Behandlung wohl nicht in dem mit »Sonstige Masseverbindlichkeiten« überschriebenen § 55 InsO, sondern in einer eigenständigen Vorschrift angeordnet. **14.103**

Dies ist mangels Problemerkennntnis nicht geschehen und die InsO folglich lückenhaft. Dem Rechtsanwender bleibt deshalb nur die Möglichkeit einer *analogen* **14.104**

256 D. h. ohne vom Insolvenzgericht hierzu besonders ermächtigt worden zu sein (vgl. u. Rn. 14.123 f. m. w. N.).

257 Str.; vgl. u. Rn. 14.123 m. w. N.

258 Eine Ausnahme gilt im Fall des § 133 I InsO (s. o. Rn. 14.87 a. E., 14.93).

259 Vgl. den folgenden Satz und auch Rn. 14.101.

Anwendung des § 55 II 1 InsO²⁶⁰ bzw. dort, wo sich der Vertragspartner mit der Schaffung insolvenzfester Behaltensgründe nicht zufrieden gibt²⁶¹, die Einsetzung eines *voll Verfügungsbefugten* vorläufigen Insolvenzverwalters²⁶² oder die Möglichkeit, durch besonderen Gerichtsbeschluß auch den Zustimmungsverwalter zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten zu ermächtigen²⁶³.

6. Wahlrecht und Erklärungsobliegenheit des vorläufigen Insolvenzverwalters analog § 103 II InsO?

- 14.105** Das Recht des vorläufigen Insolvenzverwalters, dem Vertragspartner durch ein Erfüllungsversprechen²⁶⁴ – bei Dauerschuldverhältnissen auch durch Inanspruchnahme der Gegenleistung²⁶⁵ – die in §§ 25 II, 55 II InsO bezeichnete Vorzugsstellung zu verschaffen bzw. durch reale Leistungsbewirkung²⁶⁶ oder Mitwirkung an Leistungshandlungen des Schuldners²⁶⁷ einen anfechtungsfesten Behaltensgrund entstehen zu lassen, schließt selbstverständlich die Befugnis nicht aus, Rechtshandlungen dieser Art *nicht* vorzunehmen. Wie ein endgültiger (§ 55 I Nr. 2 Alt. 1, 103 InsO) kann also auch ein Verfügungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter zwischen Erfüllung und Nichterfüllung des Vertrages *wählen*. Neben dem berühmterichtigten »Insolvenzverwalterwahlrecht nach § 103 InsO«²⁶⁸ ist nun also auch das auf § 55 II InsO beruhende Wahlrecht des *vorläufigen* Insolvenzverwalters zum Thema geworden. Beide Wahlrechte beziehen sich auf beiderseits noch nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge²⁶⁹ und dienen ähnlichen Zwecken²⁷⁰. Gleichwohl bestehen einige Unterschiede, die sich aus der Natur der Sache ergeben²⁷¹.

260 Aber nur mit der bei Rn. 14.101 f. hervorgehobenen Einschränkung!

261 Z. B. weil er ganz sicher sein möchte, daß bei Verfahrenseröffnung noch nicht erbrachte Restleistungen des Schuldners bzw. des vorläufigen Insolvenzverwalters, insbesondere die Erfüllung etwaiger Gewährleistungsansprüche, »aus der Insolvenzmasse . . . vorweg« erfolgen (§ 53 InsO).

262 Für diesen gilt § 55 II 1 InsO unmittelbar und uneingeschränkt. Zu den Rechtsfolgen einer vom *verfügungsbefugten* vorläufigen Insolvenzverwalter gegebenen Erfüllungszusage vgl. o. Rn. 14.72 ff.

263 Vgl. u. Rn. 14.123 f.

264 S. o. Rn. 14.72 ff.

265 S. o. Rn. 14.35 ff., 14.78 a. E.

266 S. o. Rn. 14.84 ff.

267 S. o. Rn. 14.95 ff.

268 Dazu o. §§ 1 ff.

269 Jedoch bestehe das Wahlrecht des *vorläufigen* Insolvenzverwalters selbst bei solchen Vertragsverhältnissen, die § 108 I InsO dem Wahlrecht des *endgültigen* Insolvenzverwalters (§ 103 InsO) entzieht. S. o. Rn. 14.38 ff. und Rn. 14.78.

270 Dies gilt jedenfalls dann, wenn man Sinn und Zweck der §§ 103, 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO so definiert wie bei Rn. 2.76 ff. Vgl. auch St. THIEMANN Rn. 344: Daß die §§ 21 ff. InsO keine entsprechende Anwendung des § 103 InsO anordnen (was a. a. O. Rn. 312 gebilligt wird), erscheine »zunächst unverständlich«. Denn die Erfüllung gegenseitiger Verträge sei für die Betriebsfortführung (vgl. § 22 I 2 Nr. 2 InsO) »nicht nur von Interesse oder nützlich, sondern zumeist auch (über-)lebensnotwendig«. Vgl. zu diesem Aspekt auch o. Rn. 14.43 (Fn. 85), 14.72 ff., 14.75 ff., 14.78.

271 Vgl. soeben Fn. 269 und ferner u. Rn. 14.106 ff., 14.111 ff., 14.118 ff.

Z. B. hat ein (endgültiger) Insolvenzverwalter, der von der anderen Vertragspartei zur Ausübung seines Wahlrechts aufgefordert wird, gem. § 103 II 2 InsO »unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung verlangen will«. Unterläßt er dies, »so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen« (§ 103 II 3 InsO). **14.106**

In bezug auf das Wahlrecht eines *vorläufigen* Insolvenzverwalters hat die InsO **14.107** eine entsprechende Erklärungsobliegenheit nicht vorgesehen. Dies führt zu der Frage, ob § 103 II InsO hier analog anzuwenden ist (mit entsprechender Anpassung der Erklärungsobliegenheit an die Besonderheit, daß beim *vorläufigen* Insolvenzverwalter nicht schon sein *Erfüllungsverlangen*, sondern erst seine *Erfüllungszusage*²⁷² oder die von ihm veranlaßte oder zumindest genehmigte *reale Leistungsbewirkung*²⁷³ sowie bei Dauerschuldverhältnissen²⁷⁴ auch²⁷⁵ die durch ihn erfolgte *Inanspruchnahme der Gegenleistung* die zu § 55 InsO²⁷⁶ führenden Rechtshandlungen darstellen).

Die Frage ist zu verneinen²⁷⁷. Geradezu evident ist dies, wenn der Schuldner eine bewegliche Sache unter Eigentumsvorbehalt gekauft und vom Verkäufer auch schon den Besitz erlangt hat. Für einen solchen Fall bestimmt § 107 II 1 InsO, daß »der Insolvenzverwalter, den der Verkäufer zur Ausübung des Wahlrechts aufgefordert hat, die Erklärung nach § 103 II 2 *erst unverzüglich nach dem Berichtstermin* abzugeben« braucht²⁷⁸. Ein Berichtstermin wird niemals im Eröffnungsverfahren, sondern immer erst im *eröffneten* Insolvenzverfahren durchgeführt (§§ 29 I Nr. 1, 156 ff. InsO). Eine analoge Anwendung des § 103 II 2 InsO im Eröffnungsverfahren ist deshalb zumindest in solchen Fällen ausgeschlossen, die nach Verfahrenseröffnung von § 107 II 1 InsO erfaßt würden. Dies betrifft keineswegs nur den in § 107 II InsO ausdrücklich thematisierten Kauf unter Eigentumsvorbehalt, sondern auch noch eine ganze Reihe anderer Vertragsverhältnisse, auf die § 107 II InsO analog angewendet werden muß²⁷⁹. **14.108**

Aber auch in Fällen, die nach Verfahrenseröffnung *nicht* dem § 107 II 1 InsO unterliegen würden, wäre es verfehlt, dem für das Eröffnungsverfahren bestellten vorläufigen Insolvenzverwalter eine dem § 103 II 2 InsO entsprechende Erklärungsobliegenheit aufzuerlegen. Denn der für das Eröffnungsverfahren bestellte **14.109**

272 S. o. Rn. 14.72 ff. (mit Fn. 164).

273 S. o. Rn. 14.84 ff., 14.95 ff.

274 S. o. Rn. 14.35 ff.

275 D. h. als *zusätzliche* Option neben den auch hier bestehenden Möglichkeiten einer verbindlichen Erfüllungszusage (s. o. Rn. 14.78) und der realen Leistungsbewirkung (mit den o. Rn. 14.84 ff., 14.95 ff. beschriebenen Konsequenzen).

276 Nämlich zu § 55 II InsO. Im Rahmen des für den *endgültigen* Insolvenzverwalter geltenden § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO genügt hingegen schon das in § 103 II 2 InsO erwähnte *Erfüllungsverlangen*.

277 Ebenso HK-InsO/KIRCHHOF² § 22 Rn. 24.

278 Eine Ausnahme macht § 107 II 2 InsO nur für den Fall, daß »in der Zeit bis zum Berichtstermin eine erhebliche Verminderung des Wertes der Sache zu erwarten ist und der Gläubiger den Verwalter auf diesen Umstand hingewiesen hat«.

279 Vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 107 Rn. 37 ff. m. w. N.

Verwalter ist der *erste* Fremdverwalter des Schuldnervermögens. Er steht ganz am Anfang. Die für eine sinnvolle Wahlrechtsausübung erforderlichen Informationen über das Vermögen und die Geschäftskontakte des Schuldners muß er sich erst mehr oder weniger mühsam beschaffen. Der Grad seiner Informiertheit ist typischerweise geringer als der Grad der Informiertheit eines für das eröffnete Verfahren bestellten Verwalters. Außerdem ist das Eröffnungsverfahren i. d. R. erheblich kürzer²⁸⁰ als das eröffnete Insolvenzverfahren, so daß auch unter zeitlichen Aspekten kein besonders dringendes Bedürfnis besteht, der anderen Vertragspartei das Recht zuzugestehen, den sich aus dem Wahlrecht des vorläufigen Insolvenzverwalters ergebenden Schwebezustand analog § 103 II Sätze 2 und 3 InsO zu beenden. Hinzu kommt, daß diese Vorschriften dem Vertragspartner die Abkürzung des Schwebezustandes vor allem deshalb ermöglichen wollen, damit er »nicht durch die längere Ungewißheit Nachtheilen ausgesetzt werde, und damit er in der Lage sei, seine etwaige Entschädigungsforderung²⁸¹ rechtzeitig zur Konkursmasse anzumelden«²⁸². Diese ratio legis spielt im Eröffnungsverfahren noch keine besondere Rolle. Denn eine Forderungsanmeldung zur Insolvenztabelle ist erst im *eröffneten* Insolvenzverfahren möglich. Ob das Insolvenzverfahren jemals eröffnet werden wird, entscheidet sich nicht zu Beginn, sondern erst am Ende des Eröffnungsverfahrens. Solange das Eröffnungsverfahren noch schwebt, muß sich der Vertragspartner also ohnehin gedulden. Eine »längere« Ungewißheit, der durch eine analoge Anwendung des § 103 II InsO entgegengewirkt werden müßte, ist hierin nicht zu erblicken.

- 14.110** Aus dem Vorstehenden folgt, daß das in § 103 InsO erwähnte Recht des endgültigen Insolvenzverwalters, die Erfüllung des Vertrages zu verlangen, vom *vorläufigen* Insolvenzverwalter nicht dadurch verspielt werden kann, daß er sein Wahlrecht (Rn. 14.105) trotz einer diesbezüglichen Aufforderung durch den Vertragspartner nicht ausübt. Auch eine ausdrückliche »Erfüllungsablehnung« des vorläufigen Insolvenzverwalters führt nicht ohne weiteres²⁸³, sondern höchstens in Verbindung mit einer dadurch provozierten Reaktion des Vertragspartners²⁸⁴ zum Untergang des Rechts, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen. Denn

280 Jedoch gibt es durchaus Tendenzen, das Eröffnungsverfahren über den Zeitpunkt der Entscheidungsreife hinaus zu verlängern. Vgl. PANNEN, Zur Dauer des Insolvenzeröffnungsverfahrens, NZI 2000, 575 ff.; krit. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 48 m. w. N. in Fn. 126.

281 Gemeint ist die in § 103 II 1 InsO erwähnte »Forderung wegen der Nichterfüllung«. Näheres o. Rn. 5.14 ff.

282 Vgl. MOTIVE zur KO S. 68 = HAHN Bd. IV S. 87 (zu dem mit § 103 II Sätze 2 und 3 InsO weitgehend inhaltsgleichen § 17 II KO).

283 In diesem Sinne schon HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 57; ebenso wohl POHLMANN Rn. 487 ff., 623; PAPE, Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 531, 539 f., Rn. 9; UHLENBRUCK, ebenda, S. 325, 350 Rn. 26; KIRCHHOF ZInsO 2001, 1, 3 l.Sp.

284 Zu denken ist an Rücktrittsmöglichkeiten des Vertragspartners wegen Schuldnerverzugs, an Kündigungsrechte und an vertragliche Lösungsklauseln. Je nach Lage des Falles können solche bürgerlichrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten des Vertragspartners aber an *insolvenzrechtlichen* Gegennormen scheitern. In diesem Zusammenhang ist auch eine unmittelbare oder analoge Anwendung von § 107 II, § 112 oder § 119 InsO in Betracht zu ziehen (vgl. HK-InsO/MAROTZKE² § 107 Rn. 29 ff., 37 ff., § 112 Rn. 16 ff., 119

es gibt keine Rechtsvorschrift, die der Erfüllungsablehnung eines vorläufigen Insolvenzverwalters eine stärkere Bindungswirkung verleiht als einer während des Eröffnungsverfahrens oder vorher abgegebenen, inhaltsgleichen Erklärung des Schuldners. Dies bedeutet jedoch nicht, daß der vorläufige Insolvenzverwalter das zwischen dem Schuldner und seinem Vertragspartner vereinbarte Leistungsprogramm *überhaupt nicht* verändern könnte. Etwaige Gestaltungsrechte, die dem *Schuldner* in bezug auf das Vertragsverhältnis zustehen, kann natürlich auch der vorläufige Insolvenzverwalter ausüben, wenn er nach § 22 I 1 InsO Verfügungsmacht über das Vermögen des Schuldners erlangt hat. Ebenso kann der (verfügungsbefugte) vorläufige Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners mit dem Vertragspartner Inhaltsänderungen²⁸⁵ bis hin zur völligen Aufhebung des gesamten Vertragsverhältnisses vereinbaren und auf *diesem* Wege sehr wohl auch den endgültigen Insolvenzverwalter vor vollendete Tatsachen stellen. Auch eine vom (verfügungsbefugten) vorläufigen Insolvenzverwalter vorgenommene *Abtretung* oder *Verpfändung* des Erfüllungsanspruchs wird der endgültige Insolvenzverwalter i. d. R. zu respektieren haben. Die Methode des BGH, vom *Schuldner* vorgenommene Abtretungen oder Verpfändungen mit der zu § 17 KO bzw. § 103 InsO entwickelten Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie zu Fall zu bringen²⁸⁶, läßt sich zwar theoretisch auch auf solche Abtretungen und Verpfändungen anwenden, die ein verfügungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter vorgenommen hat. Dies wäre jedoch unvereinbar mit der Masseschuld- und Behaltensgrund-Erzeugungskompetenz des vorläufigen Verwalters, von der dieser im Zweifel auch zugunsten des Zessionars Gebrauch gemacht haben wird. Das zum Anfechtungsaus-schluß Ausgeführte²⁸⁷ gilt insofern entsprechend.

7. Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie wie bei § 103 InsO?

Seit 1988 vertritt der BGH²⁸⁸ die Ansicht, daß Erfüllungsansprüche aus beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen i. S. des § 17 KO (§ 103 InsO) bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens automatisch erlöschen und

14.111

Rn. 1 ff. sowie die o. Rn. 7.58 Fn. 136 und Rn. 14.45 Fn. 93 hinzugefügten Einschränkungen).

285 Vgl. auch AG Köln ZInsO 2000, 406 = NZI 2000, 443 = ZIP 2000, 1350: »Es ist daher erforderlich, schon jetzt mit den Kunden der Schuldnerin entsprechende Vertragsänderungen zu vereinbaren. Dies hat zur Folge, daß für das Verfahren bedeutsame Entscheidungen bereits im Antragsverfahren getroffen werden müssen. Vor diesem Hintergrund regt der vorläufige Verwalter die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses bereits im Antragsverfahren an.« Übrigens ist das AG Köln dieser Anregung tatsächlich gefolgt (m. E. zu Unrecht; vgl. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 102 ff.; zur Problematik auch UNDRITZ EWiR § 67 InsO 1/2000, 1115 f.).

286 Vgl. Rn. 4.17 ff., 4.77 ff., 4.111 f.

287 Vgl. Rn. 14.87 ff., 14.95 ff.

288 BGHZ 103, 250, 252, 254 (m. abl. Anm. MAROTZKE EWiR § 17 KO 2/1988, 285 f.); die dort begonnene neue Rspr. bestätigend und weiter ausdifferenzierend BGHZ 129, 336, 338 ff. = ZIP 1997, 688 ff. = LM Nr. 31 zu § 17 KO m. Anm. MAROTZKE = JZ 1996, 49 ff. m. Anm. BORK; BGHZ 135, 25 ff. = LM GesO Nr. 24 m. Anm. MAROTZKE = JZ 1998, 154 ff. m. Anm. HENCKEL = DZWIR 1998, 64 ff. m. Anm. OETKER. Dazu bereits o.

das Vertragsverhältnis dadurch bis auf weiteres die Gestalt eines »Abrechnungsverhältnisses« erhalte. Jedoch könne der Insolvenzverwalter nach § 17 I KO (§ 103 I InsO) die Erfüllung des Vertrages verlangen. Mache er von diesem Recht Gebrauch (was dem Vertragspartner gem. § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO die Stellung eines Massegläubigers verschafft), so begründe er die bei Verfahrenseröffnung erloschenen beiderseitigen Erfüllungsansprüche neu. Aus der Erlöschentheorie des BGH wird für diesen Fall also eine Erlöschens- und *Wiederbegründungstheorie*.

14.112 Die auf der Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie beruhenden Entscheidungen des BGH lassen keinen Zweifel daran, daß er BGH diese Theorie als Zweckkonstruktion²⁸⁹ benutzt, um den Erfüllungsanspruch des Schuldners auf möglichst elegante Weise von Hemmnissen befreien zu können, mit denen er vielleicht zuvor behaftet war. Vor allem Aufrechnungsbefugnisse des Vertragspartners und wirksame Anspruchsabtretungen des Schuldners hat der BGH auf diese Weise schon zu Fall gebracht²⁹⁰. M. E. entspricht diese Theorie nicht dem Gesetz²⁹¹. Da sie von der Rspr. aber kontinuierlich praktiziert wird, darf der Frage nicht ausgewichen werden, ob sie – ihre Richtigkeit unterstellt – im Eröffnungsverfahren zumindest dann analog angewandt werden muß, wenn ein »starker« vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt, dem Schuldner also ein allgemeines Verfügungsverbot i. S. der §§ 21 II Nr. 2 Alt. 1, 22 I 1 InsO auferlegt worden ist. Bejahte man dies, so hätte evtl.²⁹² bereits die Einsetzung eines (starken) *vorläufigen* Insolvenzverwalters zur Folge, daß eine vorherige Abtretung, Pfändung oder Verpfändung des gegen den Vertragspartner gerichteten Erfüllungsanspruchs unwirksam und eine etwaige Aufrechnungsbefugnis des Vertragspartners hinfällig würde.

14.113 Für derart weitgehende Eingriffe in die Rechtsstellung des Vertragspartners oder eines Pfandgläubigers bzw. Zessionars besteht jedoch im Eröffnungsverfahren kein aner kennenswerter Grund. Selbst wenn man meint, derartige Eingriffe in Drittrechte *nach* Verfahrenseröffnung ohne weiteres²⁹³ zuzulassen zu sollen (dies ist letztlich die hinter der Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie stehende Grundannahme), wird man nicht so weit gehen dürfen, die bisher nur für die Zeit nach Verfahrenseröffnung vertretene Ansicht des BGH auf das Eröffnungsverfahren zu erstrecken. Denn das Eröffnungsverfahren ist ein *ergebnisoffenes* Verfahren²⁹⁴. Es kann, muß aber nicht in einen gerichtlichen Eröffnungsbeschluß mün-

Rn. 3.42 ff., 4.17 ff., 4.59 ff., 4.77 ff. Nachweise zu zwei *neueren* Entscheidungen des BGH o. Rn. 4.68 Fn. 171 a. E.

289 S. o. Rn. 4.77 ff.

290 Hierzu ausführlich und mit Gegenvorschlägen o. Rn. 3.42 ff., 4.16 ff., 4.58 ff., 4.77 ff.

291 Vgl. o. Rn. 3.42 ff., 4.17 ff., 4.59 ff., 4.77 ff., meine Rn. 14.111 Fn. 288 zitierten Urteilsanmerkungen und HK-InsO/MAROTZKE² § 103 Rn. 17, 19, 40, 44, § 106 Rn. 3, § 107 Rn. 29, § 108 Rn. 5 ff.

292 Ganz sicher ist das allerdings nicht, da § 24 I InsO zwar § 81 und § 82 InsO, nicht aber auch § 91 und § 96 InsO für entsprechend anwendbar erklärt.

293 D. h. auch dann, wenn weder § 88 InsO noch einer der in §§ 129 ff. InsO genannten Anfechtungstatbestände erfüllt ist.

294 Vgl. schon Rn. 14.109 und MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 46, 99 ff.

den. Es kann z. B. durch Rücknahme des Eröffnungsantrags enden. Möglich wenn auch selten ist des weiteren, daß das Gericht den vom Antragsteller behaupteten Eröffnungsgrund als nicht gegeben erachtet und den Eröffnungsantrag deshalb abweist²⁹⁵; in einem solchen Fall fehlt es auf Seiten des Schuldners sogar schon an der *materiellen* Insolvenz. Während eines Verfahrens, das mit einem solchen Ergebnis enden kann, lassen sich materiell endgültige Übergriffe in Drittrechte mangels feststehender »Bedürftigkeit« der dadurch Begünstigten noch weniger rechtfertigen als im eröffneten Insolvenzverfahren²⁹⁶, also im Fall *gerichtlich festgestellter* Insolvenz. Eine Übertragung der für das bereits eröffnete Insolvenzverfahren konzipierten Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie auf das Eröffnungsverfahren ist deshalb abzulehnen²⁹⁷.

Ein verfügungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter, der einem Vertragspartner des Schuldners die vollständige Erfüllung des Vertrages *zusagt*, sollte allerdings wissen, daß er der Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie damit auch für die Zeit *nach* Verfahrenseröffnung die Grundlage entzieht (s. Rn. 14.81). **14.114**

8. Vorwirkungen des Anfechtungsrechts analog §§ 129 ff. InsO?

Das zur Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie des BGH Gesagte²⁹⁸ gilt entsprechend für die Frage, ob ein (starker) vorläufiger Insolvenzverwalter als berechtigt angesehen werden sollte, gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen des Schuldners oder Dritter analog §§ 129 ff. InsO anzufechten. **14.115**

Die §§ 129 ff. InsO setzen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und damit letztlich die gerichtliche Feststellung der Insolvenz voraus. Entsprechendes gilt für die sog. »Rückschlagsperre« des § 88 InsO. Wie die Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie des BGH dürfen deshalb auch die §§ 88, 129 ff. InsO nicht bereits vorher angewandt werden. Eine analoge Anwendung im Eröffnungsverfahren ist grundsätzlich auch dann ausgeschlossen, wenn ein »starker« vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt ist²⁹⁹. **14.116**

Lediglich das in § 146 II InsO vorausgesetzte *Leistungsverweigerungsrecht* dürfte einer rechtsfortbildenden Erweiterung auf das Eröffnungsverfahren zugänglich sein. Die Erfüllung einer Verbindlichkeit, die auf einer Handlung beruht, die im Fall der Verfahrenseröffnung angefochten werden könnte, sollte auch schon während des Eröffnungsverfahrens verweigert werden dürfen. Praktische Bedeutung wird die Einrede der (durch die Verfahrenseröffnung aufschiebend beding-

295 Häufiger ist allerdings die Abweisung »mangels Masse« nach § 26 InsO.

296 Dies unterstreicht den *Ausnahmecharakter* der schon *vor* Verfahrenseröffnung wirkenden §§ 21 II Nr. 3, 107 II, 112 InsO. Vgl. auch KIRCHHOF ZInsO 2001, 1, 2 ff. (im Zusammenhang mit der Frage einer analogen Anwendbarkeit der §§ 166 ff. InsO).

297 Vgl. auch POHLMANN Rn. 488 ff., 623 (der jedoch die Erlöschens- und Wiederbegründungstheorie nicht ausdrücklich erwähnt); St. THIEMANN Rn. 312, 337, 342 ff.

298 Vgl. Rn. 14.111 ff.

299 Ebenso POHLMANN Rn. 526; St. THIEMANN Rn. 374 (jeweils für die Anfechtung).

ten!³⁰⁰) Anfechtbarkeit jedoch nur in Fällen erlangen, in denen der mit diesem Leistungsverweigerungsrecht belastete Anspruch des Dritten Aussonderungskraft hat und deshalb nicht³⁰¹ schon auf einem der in § 21 II Nr. 3 InsO oder §§ 30 a, 30 d IV ZVG bezeichneten Wege, also auf vollstreckungsrechtlicher Ebene, in Schach gehalten werden kann.

9. Rückgewähr- bzw. Teilvergütungsanspruch der vorläufigen Insolvenzmasse »aus Erfüllungsablehnung analog § 103 InsO«?

- 14.118** Ein Insolvenzverwalter, der die Erfüllung eines dem § 103 InsO unterliegenden gegenseitigen Vertrages ablehnt, wird von der Rspr. als berechtigt angesehen, bereits erbrachte Teilleistungen des insolventen Schuldners zurückzufordern³⁰² (oder für sie einen entsprechenden Anteil der vertraglichen Vergütung zu verlangen³⁰³), soweit sie den Nichterfüllungsschaden des Vertragspartners übersteigen. Ob diese Ansicht zutrifft, mag dahinstehen. Selbst wenn man ihr für das eröffnete Insolvenzverfahren folgte³⁰⁴, wäre es unzulässig, sie »vorwirkend« bereits auf das Eröffnungsverfahren zu übertragen und schon dem *vorläufigen* Insolvenzverwalter ein solches Rückforderungsrecht zuzugestehen.
- 14.119** Wer dazu neigt, in dem von der Rspr. bejahten Rückforderungsrecht trotz der formalen Anknüpfung an § 103 InsO ein von den Beschränkungen der §§ 129 ff. InsO befreites »Superanfechtungsrecht« zu sehen³⁰⁵, wird die Übertragbarkeit auf das Eröffnungsverfahren aus denselben Gründen verneinen, aus denen vorhin³⁰⁶ der Gedanke verworfen wurde, dem vorläufigen Insolvenzverwalter wenigstens diejenigen Anfechtungsmöglichkeiten zuzugestehen, die sich *nach* Verfahrenseröffnung aus einer *unmittelbaren* Anwendung der §§ 129 ff. InsO ergeben würden.

300 Von der Möglichkeit einer Gläubigeranfechtung nach dem *AnfG* sei hier einmal abgesehen. Übrigens ist eine *Gläubigeranfechtung* auch noch während des Insolvenzeröffnungsverfahrens möglich. Die Bestellung eines »starken« vorläufigen Insolvenzverwalters ändert daran nichts. Da »Partei« eines Anfechtungsprozesses nicht der Schuldner, sondern der anfechtende einzelne Gläubiger ist, führt die Bestellung eines starken *vorläufigen* Insolvenzverwalters hinsichtlich solcher Prozesse nicht zur Unterbrechung nach § 240 Satz 2 ZPO. *Erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens* wird der anfechtende Einzelgläubiger gem. §§ 16 ff. *AnfG* aus dem Prozeß verdrängt.

301 Vgl. LOHKEMPER ZIP 1995, 1641, 1650; POHLMANN Rn. 439 ff.; HK-InsO/MAROTZKE² § 112 Rn. 15; MAROTZKE, Das neue Insolvenzrecht – dargestellt am Beispiel der Mobiliarsicherheiten, Schriften der Juristischen Gesellschaft Mittelfranken zu Nürnberg e. V. Heft 12 (Hrsg. Wolfgang Blomeyer), 1999, S. 32; jeweils m. w. N. auch zur Gegenansicht.

302 Vgl. o. Rn. 3.3 f., 9.1 ff.

303 Nachweise und eigene Stellungnahme o. Rn. 8.1 ff., 8.10 ff., 8.19 ff., 8.22 ff., 8.36 ff., 8.48, 14.121.

304 Vgl. dazu o. Rn. 9.5–9.112 (mit rechtspolitischer Würdigung und Gesetzgebungsvorschlag bei Rn. 9.52 ff., 9.88 ff., 9.95 ff.).

305 In diesem Sinne und deshalb sehr kritisch o. Rn. 3.58, 9.89 ff., 9.93 ff.; MAROTZKE ZG 1989, 138, 146 ff.; *ders.* in HK-InsO² § 103 Rn. 43.

306 Vgl. soeben Rn. 14.115 ff.

Unabhängig vom anfechtungsähnlichen Charakter des in Frage stehenden Rückforderungsrechts ist das folgende Argument. Wie bereits ausgeführt³⁰⁷, schließt die von einem *vorläufigen* Insolvenzverwalter erklärte »Erfüllungsablehnung« nicht ohne weiteres das Recht des *endgültigen* Insolvenzverwalter aus, sich gem. § 103 InsO für die Erfüllung des Vertrages zu entscheiden. Trotz der Ablehnungserklärung des vorläufigen Insolvenzverwalters muß der Vertragspartner also noch damit rechnen, rechtmäßig auf Erfüllung in Anspruch genommen zu werden (sei es nach Verfahrenseröffnung vom Insolvenzverwalter, sei es nach Abweisung oder Rücknahme des Insolvenzantrags vom Schuldner persönlich). Den Vertragspartner dennoch *schon jetzt* als zur Rückgewähr des Empfangenen verpflichtet anzusehen, wäre deshalb voreilig. **14.120**

Allein nach dem *Inhalt des Vertrages* und dem für diesen maßgeblichen materiellen Recht richtet es sich, ob ein verfügungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter, der die Erbringung weiterer Leistungen an den Vertragspartner verweigert, für schon erbrachte Vorleistungen des Schuldners eine entsprechende *Teilvergütung* verlangen kann³⁰⁸. Soweit der Schuldner nicht abweichend von § 266 BGB zu Teilleistungen berechtigt ist und auch keine Teilvergütungspflicht wie z. B. in den Fällen der §§ 632 a, 641 I 2 BGB³⁰⁹ besteht, wird einem solchen Verlangen i. d. R. die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 BGB entgegenstehen³¹⁰; in manchen Fällen wird der Forderung sogar schon die Fälligkeit fehlen³¹¹. **14.121**

IV. Wer hat im Eröffnungsverfahren Masseschuld-Begründungskompetenz?

Die Fähigkeit, durch Begründung von Verbindlichkeiten oder durch Inanspruchnahme der Gegenleistung aus bereits vom Schuldner begründeten Dauerschuldverhältnissen *Masseverbindlichkeiten* entstehen zu lassen, wird in § 55 II InsO nur dem vorläufigen Insolvenzverwalter zugestanden, nicht auch dem Schuldner. Des weiteren setzt § 55 II 1 InsO voraus, daß auf den vorläufigen Insolvenzverwalter »die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen«, also (arg. § 22 I 1 InsO) dem Schuldner nach § 21 II Nr. 2 Alt. 1 InsO ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt worden ist. **14.122**

Allein der Umstand, daß das Insolvenzgericht gem. § 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO anordnet, »daß Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind«, führt noch nicht in den Anwendungsbereich des § 55 II InsO. Die von einigen Autoren vertretene Ansicht, daß § 55 II **14.123**

307 S. o. Rn. 14.110.

308 Ausf. o. Rn. 8.10 ff. (für den *endgültigen* Insolvenzverwalter).

309 Vgl. auch VOB/B 2000 § 16 Nr. 1 Abs. 1 (Abschlagszahlungen), Nr. 4 (Teilschlußzahlungen).

310 S. o. Rn. 8.26–8.29, 8.33, 8.42, 8.46 ff.

311 Vgl. z. B. § 641 BGB.

InsO auf diesen Fall analog angewandt werden müsse³¹², hat sich bisher nicht durchsetzen können und ist so, wie sie gemeint ist³¹³, wohl auch unzutreffend³¹⁴. Die gegen diese Ansicht sprechenden Einwände³¹⁵ verlieren jedoch an Gewicht, wenn man die analoge Anwendung des § 55 II InsO bei Bestehen eines bloßen Zustimmungsvorbehalts (§ 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO) nicht so weit treibt, daß der Vertragspartner ein *durchsetzbares Forderungsrecht* gegen die Insolvenzmasse erwirbt³¹⁶, sondern sich damit begnügt, den vorläufigen Insolvenzverwalter analog § 55 II 1 InsO als berechtigt anzusehen, dem Empfänger einer durch seine Zustimmung wirksam werdenden Verfügung (§ 21 II Nr. 2 Alt. 2 InsO) einen auch im Fall der Verfahrenseröffnung wirksam bleibenden und i. d. R. auch nicht³¹⁷ der Insolvenzanfechtung unterliegenden *Behaltensgrund* zu verschaffen³¹⁸. Wenn sich ein potenzieller Vertragspartner, den der vorläufige Insolvenzverwalter für die Masse gewinnen möchte, mit der Einräumung eines insolvenzfesten *Behaltensgrundes* nicht zufrieden gibt, muß allerdings entweder mit dem Erlaß eines allgemeinen Verfügungsverbots gegen den Schuldner (arg. §§ 21 II Nr. 2 Alt. 1, 55 II 1 InsO) oder dadurch geholfen werden, daß das Insolvenzgericht den vorläufigen Insolvenzverwalter zur Begründung von Masseverbindlichkeiten besonders ermächtigt.

- 14.124** Eine solche Ermächtigung kann auf § 21 I InsO gestützt werden und je nach Bedarf sowohl dem »schwachen« vorläufigen Insolvenzverwalter³¹⁹ als auch dem Schuldner persönlich³²⁰ erteilt werden.
- 14.125** Die Begründung von Masseverbindlichkeiten durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter führt u. U. zu einer persönlichen Haftung des Handelnden (§§ 21 II Nr. 1, 60 ff. InsO) und ist auch aus anderen Gründen nicht immer erstrebenswert. Dies führt zu der Frage nach sinnvollen Masseschuld-Vermeidungsstrategien und

312 In diesem Sinne BORK ZIP 1999, 781, 785 f.; PAPE DB 1999, 1539, 1542; HK-InsO/EICKMANN² § 55 Rn. 26; LG Essen NZI 2001, 217 f.

313 Nämlich im Sinne der Entstehung eines echten *Forderungsrechts*, welches nach § 53 InsO »aus der Insolvenzmasse ... vorweg zu berichtigen« ist.

314 Vgl. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 9 f. (m. w. N. in dortiger Fn. 9), 147, 163.

315 Vgl. MAROTZKE a. a. O.

316 So jedoch die in Fn. 312 Genannten.

317 S. o. Rn. 14.86 ff.

318 Ausführliche Begründung o. Rn. 14.96 ff.

319 Vgl. POHLMANN Rn. 333 ff., 346, 439, 641; St. THIEMANN Rn. 301 ff.; KIRCHHOFF ZInsO 2000, 297, 300; dens. ZInsO 2001, 1 f.; dens. in HK-InsO² § 22 Rn. 30 f.; MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 13 (mit wichtigem ergänzendem Hinweis in Fn. 21); wohl auch AG Hof NZI 2000, 37 f.; a. M. BÄHR ZIP 1998, 1553, 1559; UHLENBRUCK, Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 325, 339 f. Rn. 13; BERSCHIED NZI 2000, 1, 7 bei Fn. 85.

320 Ausf. MAROTZKE, Unternehmen, Rn. 10 ff. Ähnlich schon vorher AHRENDT/STRUCK ZInsO 1999, 450 ff. (allerdings mit der Einschränkung, daß auf jeden Fall analog § 277 I 3 InsO die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters erforderlich sei; vgl. hiergegen MAROTZKE a. a. O. Rn. 11 Fn. 17).

zur Frage nach einer sinnvollen Begrenzung der Haftung des vorläufigen Verwalters. Beide Fragen sind bereits ausführlich behandelt in meinem 2000 erschienenen Buch »Das Unternehmen in der Insolvenz – Fortführung und Veräußerung zwischen Eröffnungsantrag und Berichtstermin«³²¹.

321 Vgl. zur persönlichen Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters a. a. O. Rn. 33 ff., 164 ff. und zu Masseschuld-Vermeidungsstrategien a. a. O. Rn. 20 ff., 166 f. sowie o. Rn. 14.50 und Rn. 14.65 Fn. 133.

§ 15. Materialien und Verzeichnisse

Die folgenden Seiten enthalten:

- I. Wortlaut der thematisch einschlägigen Bestimmungen der preußischen Konkursordnung vom 8. 5. 1855
- II. Wortlaut der thematisch einschlägigen Bestimmungen der oesterreichischen Concursordnung vom 25. 12. 1868
- III. Verzeichnis des ausgewerteten Schrifttums
- IV. Stichwortverzeichnis

Das **Abkürzungsverzeichnis** ist am Anfang dieses Buches abgedruckt.

I. Preußische Konkursordnung vom 8. 5. 1855

– nach GOLTDAMMER, 2. Ausgabe 1858 –

Hinsichtlich der »Wirkung der Konkurseröffnung auf die vor derselben von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte« bestimmte die PrKO im zweiten Abschnitt ihres ersten Titels: **15.1**

§. 15.

Wenn ein Rechtsgeschäft, welches auf gegenseitige Leistungen der Kontrahenten gerichtet ist, zur Zeit der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner bereits erfüllt ist, so geht das Geschäft auf die Gläubigerschaft über und es kann dieselbe von dem Mitkontrahenten des Gemeinschuldners die rückständige Gegenleistung fordern.

Ist das Geschäft zur Zeit der Konkurseröffnung von dem Mitkontrahenten, nicht aber von dem Gemeinschuldner erfüllt, so hat der Mitkontrahent seinen Anspruch auf die rückständige Gegenleistung als Konkursgläubiger geltend zu machen, sofern er nicht durch ein Pfandrecht oder Hypothekenrecht gedeckt ist.

Besteht die rückständige Gegenleistung des Gemeinschuldners nicht in einer Geldzahlung, so kann der Mitkontrahent die Erfüllung nicht fordern, sondern es findet nur ein Anspruch auf Entschädigung statt.

§. 16.

Wenn ein Rechtsgeschäft, welches auf gegenseitige Leistungen gerichtet ist, zur Zeit der Konkurseröffnung von beiden Theilen noch überhaupt nicht, oder noch nicht vollständig erfüllt ist, so hat die Gläubigerschaft das Recht, nicht aber die Verpflichtung, an Stelle des Gemeinschuldners das Geschäft zu übernehmen.

Will die Gläubigerschaft das Geschäft übernehmen, so muß dasselbe von beiden Theilen vollständig erfüllt werden, sofern nicht etwa der Mitkontrahent des Gemeinschuldners wegen der durch die Konkurseröffnung eingetretenen Veränderung der Umstände befugt ist, auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen das Geschäft aufzuheben.

Tritt die Gläubigerschaft in das Geschäft nicht ein, so muß dem Mitkontrahenten des Gemeinschuldners das von ihm Geleistete, so weit es in der Konkursmasse noch vorhanden ist, zurückgegeben werden, im Uebrigen steht ihm nur ein Anspruch auf Entschädigung zu.

Das Konkursgericht hat auf Anrufen des Mitkontrahenten die Frist zu bestimmen, innerhalb welcher der Verwalter der Masse die Erklärung über den Eintritt in das Geschäft abzugeben hat. Erfolgt die Erklärung innerhalb der bestimmten Frist nicht, so wird angenommen, daß die Gläubigerschaft in das Geschäft nicht eintreten will.

§. 17.

Wenn von dem Gemeinschuldner Kauf- oder Lieferungsgeschäfte über fungible Sachen, welche einen marktgängigen Preis haben, oder über geldwerthe Papiere dergestalt geschlossen worden sind, daß sie erst nach der Konkurseröffnung zur Erfüllung kommen sollen, so kann weder von der Gläubigerschaft, noch von dem Mitkontrahenten des Gemeinschuldners Erfüllung gefordert werden, sondern es findet aus dem Geschäft nur ein Anspruch auf Entschädigung statt. Dieser Anspruch bestimmt sich nach der Differenz, welche an dem kontraktlichen Erfüllungstage zwischen dem Kontraktspreise und dem Marktpreise oder dem Börsenkurse sich ergibt.

§. 18.

Bestehende Miethkontrakte des Gemeinschuldners gehen auf die Gläubigerschaft über; dieselbe ist jedoch berechtigt, die Kontrakte noch vor dem Ablaufe der festgesetzten Miethzeit

aufzukündigen. Bei der Aufkündigung ist die gesetzliche Frist zu beobachten; ist kontraktlich eine kürzere Frist bestimmt, so kommt diese zur Anwendung.

Eine Pachtung des Gemeinschuldners wird von der Gläubigerschaft fortgesetzt; jedoch kann nach dem Ablaufe des Wirthschaftsjahres, in welches die Konkursöffnung fällt, sowohl die Gläubigerschaft, als der Verpächter von dem Kontrakt unter Beobachtung der gesetzlichen Aufkündigungsfrist zurücktreten.

Bei Vermietungen und Verpachtungen des Gemeinschuldners tritt die Gläubigerschaft lediglich an die Stelle desselben. Eine Aufkündigung des Kontrakts ist nur nach Maaßgabe der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zulässig; hierbei kommen in dem Falle einer freiwilligen Veräußerung der vermieteten oder verpachteten Sache die Vorschriften zur Anwendung, welche für den Fall einer nothwendigen Veräußerung gelten.

§. 19.

Inwiefern andere Rechtsgeschäfte, welche von dem Gemeinschuldner vor der Konkursöffnung eingegangen sind, nach diesem Zeitpunkte der Gläubigerschaft gegenüber fortbestehen oder eine Wirkung äußern, ist nach den allgemeinen Grundsätzen über Erfüllung der Verträge und Verbindlichkeiten, unter Würdigung des Zwecks des Konkurses, sowie der durch den Konkurs in der Person und in dem Vermögen des Gemeinschuldners eingetretenen Veränderung zu entscheiden.

§. 20.

Die Bestimmungen der §§. 15. 16. und 19. kommen nur insoweit zur Anwendung, als nicht in Beziehung auf einzelne Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse besondere gesetzliche Vorschriften über die Wirksamkeit derselben für den Fall bestehen, daß sie zur Zeit der Konkursöffnung noch nicht erfüllt oder beendet sind.

§. 21.

In den Fällen, in welchen ein Rechtsgeschäft durch die Konkursöffnung aufgehoben wird (§§. 15. 16. 17. 19. 20.), hat der Mitkontrahent des Gemeinschuldners die ihm deshalb zustehenden Entschädigungsansprüche als Konkursgläubiger geltend zu machen, sofern er nicht durch ein Pfandrecht oder Hypothekenrecht gedeckt ist.

Bei Beurtheilung dieser Entschädigungsansprüche ist die Annahme zum Grunde zu legen, daß die Nichterfüllung durch eine Veränderung der Umstände herbeigeführt worden ist, welche sich in der Person des Gemeinschuldners ereignet hat.

15.2 Der die »Ansprüche der Massegläubiger« betreffende fünfte Abschnitt enthielt u. a. die folgende Bestimmung:

§. 42.

Außer den Kommunkosten sind als Schulden der Masse anzusehen und aus derselben vollständig zu befriedigen:

- 1) alle Ansprüche gegen die Masse, welche aus rechtsverbindlichen Geschäften oder Handlungen des Verwalters derselben entstanden sind;
- 2) alle Ansprüche aus den zur Zeit der Konkursöffnung noch nicht erfüllten Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners, in welche die Gläubigerschaft an Stelle desselben eingetreten ist (§§. 16. 19. 20. 27. Num. 2.);
- 3) alle Ansprüche aus den zur Zeit der Konkursöffnung noch nicht beendigten Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen des Gemeinschuldners, welche für die Gläubigerschaft

über den Zeitpunkt der Konkurseröffnung hinaus verbindlich sind (§§. 18.-20.), sofern die Ansprüche in Forderungen für die Zeit nach der Konkurseröffnung bestehen.

Bei dem in § 42 Nr. 2 der preußischen KO erwähnten § 27 Nr. 2 handelt es sich um **15.3** einen Vorläufer des späteren § 44 II KO. Vgl. zur letztgenannten Vorschrift oben Rn. 4.104 ff., 7.75 ff., 7.84 ff.

II. Oesterreichische Concursordnung vom 25. 12. 1868

– RGBL. für das Kaisertum Oesterreich 1869 Nr. 1 –

15.4 »In Ansehung der Erfüllung vor der Concurseröffnung eingegangener Rechtsgeschäfte« enthielt dieses (heute nicht mehr gültige¹) Gesetz folgende Bestimmungen:

§. 22.

In Betreff solcher Rechtsgeschäfte, welche auf gegenseitige Leistungen gerichtet und zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht von beiden Theilen erfüllt sind, gelten im Allgemeinen folgende Grundsätze:

- a) Hatte nur der Gemeinschuldner vollständig erfüllt, so tritt die Masse in das Geschäft ein und kann von dem anderen Theile die rückständige Gegenleistung fordern;
- b) hatte nur der andere Theil vollständig erfüllt, so hat derselbe seine Ansprüche gegen die Masse nach den Bestimmungen der gegenwärtigen Concursordnung geltend zu machen. Er kann jedoch, falls die schuldige Gegenleistung nicht in einer Geldzahlung besteht und ihm ein Rückforderungsanspruch nicht zukommt (§. 26), das Begehren nicht auf Erfüllung, sondern nur auf Entschädigung stellen;
- c) hatten beide Theile noch gar nicht oder nur unvollständig erfüllt, so hat die Masse die Wahl, ob sie in das Geschäft eintreten wolle, oder nicht; sie muß sich jedoch darüber spätestens binnen einer von dem Concurrichter auf Antrag des anderen Theiles ihr zu bestimmenden angemessenen Frist erklären, widrigenfalls angenommen wird, daß sie in das Geschäft nicht eintrete.

Tritt die Masse in das Geschäft ein, so ist dasselbe von beiden Theilen vollständig zu erfüllen.

Tritt sie in das Geschäft nicht ein, so hat der andere Theil, soweit das von ihm etwa geleistete noch in der Concursmasse unterscheidbar vorhanden ist, Anspruch auf Zurückstellung desselben, sonst aber nur auf Entschädigung.

Im Uebrigen werden dadurch die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes und des Handelsrechtes über die Zulässigkeit des Rücktrittes von einem Vertrage überhaupt und über den Einfluß der Eröffnung des Concurses auf einzelne Gattungen von Geschäften und Rechtsverhältnissen insbesondere nicht berührt.

§. 23.

Bei Mieth- und Pachtverträgen tritt die Masse, wenn der Gemeinschuldner Miether oder Pächter ist, von dem Zeitpuncte der Eröffnung des Concurses in den Vertrag ein. Es können jedoch beide Theile, unbeschadet allfälliger Entschädigungsansprüche, den Vertrag, auch wenn derselbe für eine längere Zeitdauer verbindlich wäre, innerhalb der gewöhnlichen, durch Gesetz oder Ortsgebrauch bestimmten Fristen kündigen.

Ist der Gemeinschuldner Vermiether oder Verpächter, so tritt die Masse an dessen Stelle, ohne daß die Bestimmungen über die Dauer des Vertrages eine Abänderung erleiden; jedoch hat selbst eine freiwillige Veräußerung des Bestandobjectes im Concurse, in Beziehung auf die Auflösung des Vertrages, die Wirkung einer nothwendigen Veräußerung.

¹ Zu den Quellen des *gegenwärtigen* österreichischen Insolvenzrechts vgl. BUCHEGGER in BARTSCH/POLLAK/BUCHEGGER (Hrsg.), Österreichisches Insolvenzrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2000, S. 1 ff.; HOLZHAMMER, Österreichisches Insolvenzrecht, 5. Aufl. 1996, S. 8 ff., 241 ff.

Die Bestimmungen der §§. 1117 und 1118 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches werden hiedurch nicht berührt.

Der in § 22 ad b erwähnte § 26 lautete:

15.5

§. 26.

Befinden sich in der Concursmasse bestimmte Sachen, welche dem Gemeinschuldner ganz oder zum Theile nicht eigenthümlich gehören, so ist das Recht, deren Rückstellung oder die Ausscheidung des in die Masse nicht gehörigen Antheiles zu fordern, nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen. Ist eine solche Sache nach Eröffnung des Concurses veräußert worden, so tritt das erzielte Entgelt an die Stelle der veräußerten Sache. Dem Rückfordernden steht das Recht zu, das Entgelt aus der Masse, wenn es derselben bereits geleistet wurde, oder von demjenigen zu fordern, der es noch schuldet.

Hinsichtlich der »Ansprüche der Massegläubiger« hatte man u. a. bestimmt:

15.6

§. 29.

Als Masseschulden sind zu betrachten:

1. Die Massekosten.

Zu diesen gehören . . .

2. Alle Ansprüche gegen die Masse, welche nach der Concurseröffnung aus rechtsverbindlichen Geschäften oder Handlungen der Masseverwaltung entstanden sind.
3. Alle Ansprüche aus Rechtsgeschäften oder Rechtsverhältnissen des Gemeinschuldners, welche zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht erfüllt oder noch nicht beendigt sind, soweit die Masse an die Stelle des Gemeinschuldners in dieselben eingetreten ist (§§. 22 und 23).

Können die Masseschulden nicht vollständig bezahlt werden, so haben die Massekosten den Vorzug vor den übrigen Masseschulden und die einen oder anderen unter sich sind verhältnißmäßig zu berichtigen. Bereits geleistete Zahlungen können jedoch nicht zurückgefordert werden.

III. Verzeichnis des ausgewerteten Schrifttums²

- 15.7** ADAM, Roman Friedhelm: Die Aufrechnung gegen das Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters, Diss. Gießen 1994
ders.: Kann das Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters mit einer Aufrechnungserklärung beantwortet werden? NJW 1995, 3103–3104
ders.: Die Forderungsabtretung und das Wahlrecht des § 103 InsO, DZWIR 1998, 227–230
ders.: Die Korrektur masseschädlicher Handlungen des Insolvenzverwalters bei der ungerechtfertigten Begünstigung von Gläubigern, DZWIR 2000, 89–94
ADEN, Menno: Aufrechnung und Vorausverfügung in bezug auf konkursfreies Vermögen, MDR 1981, 443–446
ders.: Das Konkursrecht, Wiesbaden 1983
AHRENDT, Christian/STRUCK, Christian: Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt, ZInsO 1999, 450–453
AKTUELLE PROBLEME des neuen Insolvenzrechts: 50 Jahre Kölner Arbeitskreis – Jubiläumskongreß 1999, hrsg. vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e. V., Köln 2000 (zit.: AKTUELLE PROBLEME 1999)
AMON, Georg: Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse, Diss. Erlangen 1896
ARNOLD, Hans: Modell eines insolvenzrechtlichen Sanierungsverfahrens, Beilage 8/82 zum Bundesanzeiger Nr. 34 vom 19. 2. 1982
ASSMANN, Dorothea: Die Vormerkung (§ 883 BGB), Tübingen 1998

BÄHR, Biner: Erfüllungszusagen bei Betriebsfortführungen im Insolvenzeröffnungsverfahren, ZIP 1998, 1553–1563
BÄHR, Kurt: Das Verfolgungsrecht (§ 44 KO), Diss. Göttingen 1929
BALZ, Manfred/ LANDFERMANN, Hans-Georg: Die neuen Insolvenzgesetze, Düsseldorf 1995
BAPPERT, Walter/ MAUNZ, Theodor/ SCHRICKER, Gerhard: Verlagsrecht, 2. Aufl., München 1984 (vgl. auch unter SCHRICKER)
BARTSCH, Robert/POLLAK, Rudolf: Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung und deren Einführungsverordnung, 2. Aufl., Wien und Leipzig 1927
BAUKNECHT: Das Anwartschaftsrecht aus der bedingten Übereignung im Konkurse, NJW 1956, 1177–1181
BAUMGARTE, Christian: Leasing-Verträge über bewegliche Sachen im Konkurs, Göttingen 1980
BAUR, Fritz: »Steckengebliebene« Insolvenzverfahren, Festschr. f. Fr. Weber (Berlin/New York 1975) S. 41–55
ders.: Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 14. 12. 1983 (VIII ZR 352/82), JZ 1984, 422 f.

² Soweit im Text lediglich nach Verfassernamen und Seitenzahl oder Rn. zitiert worden ist, sind Bücher (nicht: Zeit- oder Festschriftbeiträge) gemeint.

- ders./STÜRNER, Rolf: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. I: Einzelzwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., Heidelberg 1995; Bd. II: Insolvenzrecht, 12. Aufl., Heidelberg 1990
- ders./STÜRNER: Lehrbuch des Sachenrechts, 17. Aufl., München 1999
- BEGRÜNDUNG zu der Verordnung über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses, Justiz-Ministerial-Blatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege 79 (1917) S. 13–37 (weitere Fundstellen o. Rn. 12.30 Fn. 75; 13.16 Fn. 36)
- BENDIX: Das Verhältnis des § 55 Nr. 1 zu § 17 KO, ArchBürgR 38 (1913) S. 93–101
- ders.: Änderungen in der Geschäftsaufsicht, LZ 1917, 153–174
- ders.: Die Geschäftsaufsichtsverordnung vom 14. Dezember 1916 in der Fassung der Verordnungen vom 8. Februar und 14. Juni 1924, Berlin 1925
- ders.: Zum Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) vom 5. Juli 1927, JW 1928, 1125 f.
- ders.: Der Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Käufers und Verkäufers, JW 1930, 1360–1362
- BERES: Geschäftsaufsicht und Zwangsvergleich, Frankfurter Zeitung und Handelsblatt vom 29. 12. 1916, Nr. 359 (Abendblatt) S. 4
- BERGER, Klaus Peter: Zur Wirksamkeit von Lösungsklauseln für den Konkursfall, ZIP 1994, 173–184
- ders.: Lösungsklauseln auf den Insolvenzfall, in: Kölner Schrift (vgl. unter »K«) S. 375–404
- BERGES, August Maria: Die Grenzen des Gegenseitigkeitsprivilegs, KTS 1972, 1–13
- BERICHT des 13. Ausschusses (Rechtspflege) über den Entwurf eines Gesetzes zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung), Reichstag, III. Wahlperiode 1924/27 Nr. 3430
- BERSCHIED, Ernst-Dieter: Konkurs, Gesamtvollstreckung, Sanierung, Wiesbaden 1992
- ders.: Rang der Entgeltansprüche bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit und ohne Arbeitgeberfunktion, ZInsO 1999, 697–701
- ders.: Vorschläge zur Änderung arbeitsrechtlicher Vorschriften der Insolvenzordnung, ZInsO 2001, 64–66
- BIEN, Michael: Die Insolvenzfestigkeit von Leasingverträgen nach § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO, ZIP 1998, 1017–1021
- BIERMANN, Johannes: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Drittes Buch (Sachenrecht) 3. Aufl., Berlin 1914
- BLEY, Erich: Zur Frage der Anwendbarkeit des § 17 KO auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt, Judicium 1932, 199–216
- ders.: Der erstreckte Eigentumsvorbehalt, ZAKDR 1937, 41–44
- ders.: Vergleichsordnung, Kommentar, begründet und bis zur 2. Aufl. (Berlin 1955) fortgeführt von Bley; 4. Aufl. (Berlin/New York) bearbeitet von Jürgen MOHRBUTTER (Bd. I: 1979, Bd. II: 1981)

- BLEYER, Joseph: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich und ergänzende Gesetze, Handausgabe und Erläuterungen, begründet von Karl Meyer, 3. Aufl., neu bearbeitet in Verbindungen mit Joseph Schiedermaier von Joseph Bleyer, München/Berlin/Leipzig 1928
- BLOMEYER, Arwed: Anmerkung zu BGHZ 15, 333 ff. in JZ 1955, 286 f.
- BLOMEYER, Jürgen: Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers auf Grund des Kaufvertrags, JZ 1968, 691–696
- BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, Alois: Konkursordnung, Kommentar, begründet und bis zur 12. Aufl. (München 1976) fortgeführt von Böhle-Stamschräder, 13. (1981), 14. (1983) und 15. (1987) Aufl. bearbeitet von Joachim KILGER; 16. Aufl. (1993) und 17. Aufl. (1997) von Karsten SCHMIDT; s. u. bei »KILGER/SCHMIDT«
- ders./KILGER, Joachim: Vergleichsordnung, 11. Aufl., München 1986
- BÖTTICHER, Eduard: Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ, ZZP 77 (1964), 55–77
- BOHNENBERG: Die neue Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935, Archiv für Insolvenzrecht und Treuhandpraxis 1935, 1–24
- BORK, Reinhard: Einführung in das neue Insolvenzrecht, 1. Aufl. Tübingen 1995, 2. Aufl. Tübingen 1998
- ders.: Zur Dogmatik des § 17 KO, Festschr. f. Albrecht Zeuner, Tübingen 1994, S. 297–315
- ders.: Urteilsanmerkung JZ 1996, 51 ff.
- ders.: § 55 Abs. 2 InsO, § 108 Abs. 2 InsO und der allgemeine Zustimmungsvorbehalt, ZIP 1999, 781–786
- BORUTTAU/EGLY/SIGLOCH: Grunderwerbssteuergesetz mit Durchführungsverordnung sowie bundes- und landesrechtlichen Einzelvorschriften, Kommentar, 11. Aufl., bearbeitet von Hans EGLY und Heinrich SIGLOCH, München 1982
- BORUTTAU/EGLY/SIGLOCH: Grunderwerbssteuergesetz, Kommentar, 13. Aufl., bearbeitet von Peter FISCHER, Hans-Joachim SACK und Hermann-Ulrich VISKORF, München 1992
- BOSCH, Ulrich: Finanztermingeschäfte in der Insolvenz – Zum »Netting« im Insolvenzverfahren, WM 1995, 365–375 und 413–428
- BOVENSIEPEN, Rudolf: Die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses (Bekanntmachung vom 14. Dezember 1916), 2. Ausgabe, Berlin 1918
- BRACHMANN, H. A.: Die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners unter besonderer Berücksichtigung der §§ 15 bis 21, 14 und 44 der Reichskonkursordnung, Leipzig 1883
- BRANDES, Helmut: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, 3. Aufl., Köln 1997
- ders.: Aktuelle Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Konkursrecht, in: Prütting (Hrsg.), RWS-Forum 9 Insolvenzrecht 1996, Köln 1997, S. 1–19
- BRAUMÜLLER, Gerhard: Das Zurückbehaltungsrecht in Exekution und Insolvenz (§ 471 AGBGB), Wien 1991
- BRAUN, Hans Dieter: Kontokorrentvorbehalt und Globalvorbehalt, Heidelberg 1980
- BREIT, James: Der Umfang des Aufsichtsmoratoriums, JW 1915, 161–174

- BREUTIGAM, Axel/ BLERSCH, Jürgen/ GOETSCH, Hans-W.: Insolvenzrecht, Kommentierung der Insolvenzordnung mit Antragsmustern für die Rechtspraxis, Loseblattausgabe, Bd. I Stand Sept. 1999 (zit.: B/B/G/Bearbeiter)
- BROCKELMANN, Johannes Heinrich: Behandlung von Ansprüchen aus gegenseitigen Verträgen im Konkursrecht, Diss. Würzburg 1925
- BRUNS, Alexander: Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters und vertragliche Lösungsrechte, ZZP 110 (1997) 305–339
- BROX, Hans: Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, JuS 1984, 657–668
- BUCHEGGER, Walter (Hrsg.): Österreichisches Insolvenzrecht, Kommentar auf der Grundlage der 3. Aufl. des von Robert BARTSCH und Rudolf POLLAK begründeten Werks, Bd. I: §§ 1–43 Konkursordnung, 4. Aufl., Wien/New York 2000
- ders.: Zur Beendigung des Synallagmas in der Insolvenz, in: Festschr. f. Franz Matscher, Wien 1993, S. 49–63
- BÜLOW, Peter: Recht der Kreditsicherheiten. 5. Auflage, Heidelberg 1999
- ders.: Der erweiterte Eigentumsvorbehalt nach der Insolvenzrechtsreform, DB 1999, 2196–2199
- BUHMANN: Anfechtung und Vertragserfüllung in der künftigen Ausgleichsordnung, LZ 1916, 1209–1215
- CAHN, Hugo: Ist die Schaffung eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens außerhalb des Konkurses wünschenswert? Verhandlungen des 32. DJT Bd. I (Gutachten), Berlin 1914, S. 695–792
- ders.: Geschäftsaufsicht und Zwangsvergleich, München, Berlin und Leipzig 1917
- ders.: Die gegenseitigen Verträge der Vergleichsordnung, KuT 1927, 148–150
- CANARIS, Claus Wilhelm: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Festschr. f. Werner Flume Bd. I (Köln 1978) S. 371–427
- COESTER-WALTJEN, Dagmar: Die Bedeutung des § 279 BGB für Leistungsverzögerungen, AcP 183 (1983) 279–294
- COHN, Georg: Das Wahlrecht des Konkursverwalters und der Schadensersatzanspruch des Vertragsgegners in § 17 der Reichskonkursordnung, Danzig 1909 (Diss. Jena)
- COING, Helmut: Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt in Umstellung und Konkurs, NJW 1952, 48–50
- COSACK, Konrad: Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht, Stuttgart 1884
- CROME, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I (Einleitung und Allgemeiner Theil), Tübingen/Leipzig 1900
- ders.: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), Tübingen/Leipzig 1902
- DAHNCHE, Sabine: Zur Sicherungsabtretung von Forderungen, die im Konkurs des Zedenten dem § 17 KO unterliegen (Diss. Freiburg 1997)

- DASSLER/SCHIFFHAUER/GERHARDT/MUTH: Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, 12. Aufl. des von Paul Reinhard und Hans Müller begründeten Kommentars, Stuttgart/Berlin/Köln 1991
- DATHE, Paul Hanns: Wirkung der Konkurseröffnung auf gegenseitige Verträge des Gemeinschuldners, die zur Zeit der Konkurseröffnung von ihm und dem anderen Teil noch nicht oder nicht vollständig erfüllt sind, Frankenberg i.Sa. 1908 (Diss. Leipzig)
- DECHAMPS, Emil: Hauptgrundsätze eines neuen Vergleichsrechts, Emsdetten/Westf. 1936 (Diss. Köln)
- DELHAES, Wolfgang: Zur Kündigung von Wohnraummietverhältnissen durch den Treuhänder im Verbraucherinsolvenzverfahren, Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck, Köln 2000, S. 585–604
- DEPSE, Ingrid: Der neue französische Eigentumsvorbehalt, RIW 1984, 176–180
- DERNBURG, Heinrich: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs Bd. III (Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs und das Urheberrecht), 5. Aufl., Halle a. S. 1897 (Zitierweise: DERNBURG, Preußisches Privatrecht Bd. III)
- ders.: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. II (Die Schuldverhältnisse) erste Abteilung (Allgemeine Lehren), 3. Aufl., Halle a. S. 1905 (Zitierweise: DERNBURG Bd. II 1)
- ders.: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. III (Sachenrecht), 4. Aufl., Halle a. S. 1908 (Zitierweise: DERNBURG Bd. III)
- DEUTSCHER Industrie- und Handelstag: Eingabe an den Reichsminister der Justiz vom 22. 9. 1931–Ia. 458/31 – mit einem »Entwurf einer Ausgleichsordnung für das Deutsche Reich und Österreich« und einer »Begründung zu den Hauptgedanken des Entwurfs einer deutsch-österreichischen Ausgleichsordnung« als Anlagen
- DIECKMANN, Albrecht: Zur Rechtsstellung des Grundstückskäufers im Konkurs des Verkäufers, Festschr. f. Ernst von Caemmerer (Tübingen 1978) S. 95–126
- DIEDERICHSEN, Uwe: Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, Hamburg 1965
- DROBNIG, Ulrich: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? Verhandlungen des 51. DJT Bd. I (München 1976) Gutachten F
- DULCKEIT, Gerhard: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951
- DÜRINGER/HACHENBURG: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Aufl., Bd. III, Mannheim 1905 dieselb.: Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. Bd. V 1, erläutert von James Breit und Viktor Hoeningner, Mannheim/Berlin/Leipzig 1932
- ECK, Ernst: Besprechung von FITTING, Das Reichs-Konkursrecht und Konkursverfahren, ZHR 28 (1882), 392–402
- ders.: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nach dem Tode des Verfassers durch Feststellung des Wortlauts fortgeführt und mit Anmerkungen versehen von R. Leonhard, Bd. II, 1. u. 2. Aufl., Berlin 1904

- ECKERT, Hans-Georg: Konkursforderungen und Masseschulden bei Erfüllung und Abwicklung von Mietverhältnissen, ZIP 1983, 770–775
- ders.: Leasingraten – Masseschulden oder Konkursforderungen? ZIP 1997, 2077–2080
- ders.: Miete, Pacht und Leasing im neuen Insolvenzrecht, ZIP 1996, 897–909
- EMMERICH, Volker: Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., München 1997
- ENDEMANN, W.: Das deutsche Konkursverfahren, Leipzig 1889
- ENTWURF eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Nebst Motiven. Amtliche Ausgabe, Berlin/Leipzig 1888
- ENTWURF einer Vergleichsordnung nebst Einführungsgesetz und Begründung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1933
- ERDMANN, Diethelm: Praktische Konsequenzen der Behandlung des Konkursverwalters als Organ der Konkursmasse, KTS 1967, 87–132
- ERMAN/Bearbeiter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., 2 Bde., jeweils Münster/Köln 2000
- ERNST, Wolfgang: Die Gegenseitigkeit im Vertragsvollzug, AcP 199 (1999) 485–524
- ERTL, Rudolf: Konkursrisiko trotz Vormerkung beim Hauskauf? Rpfleger 1977, 81–91
- ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike: Schuldrecht Allgemeiner Teil Teilband 1 (Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen), 5. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1976
- FEHL, Norbert: Ist die Auflassungsvormerkung noch konkursfest? BB 1977, 524–526
- ders.: Ist die Auflassungsvormerkung durch den neuen § 24 Satz 2 KO konkurs-sicherer geworden? BB 1977, 1228–1230
- FELDDHAUS, Hans J.: Hat der Konkursverwalter, wenn er die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages ablehnt, einen Rückforderungsanspruch auf die vom Gemeinschuldner geleisteten Vorauszahlungen? JZ 1956, 313–316
- FEUERBORN, Sabine: Die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen im Bauträgerkonkurs, ZIP 1994, 14–20
- FIKENTSCHER, Wolfgang: Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin/New York 1997
- FINK, Paul: Maßnahmen des Verwalters zur Finanzierung in der Unternehmensinsolvenz, Köln 1998
- FISCHER, Otto: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts, Berlin 1918
- FITTING, Hermann: Das Reichs-Konkursrecht und Konkursverfahren, 2. (unveränderte) Aufl., Berlin/Leipzig 1883; 3. Aufl. Berlin 1904
- FLESSNER, Axel: Sanierung und Reorganisation, Tübingen 1982
- FLUME, Werner: Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 161 (1962) 385–408

- FÖRSTER/ECCIUS: Preußisches Privatrecht, auf der Grundlage des Werkes von Franz Förster bearbeitet von M. E. Eccius, 6. Auflage (dritte der neuen Bearbeitung) Bd. I, Berlin 1892
- FÖRSTER, Karsten: Der allgemeine Zustimmungsvorbehalt begründet keine Masseforderungen! ZInsO 1999, 332 f.
- FRANKENBURGER: Erfüllungsverzug beim Kauf, JW 1925, 546–561
- FRANKFURTER KOMMENTAR ZUR INSOLVENZORDNUNG, 2. Aufl. 1999 (zit.: FK-InsO/BEARBEITER)
- FREUND, Rudolf: Der Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses im Rechte des Auslands, ZHR 60 (1907) 67–111, 305–385
- FRIEDLÄNDER, Max: Das Handaktenretentionsrecht des Anwalts im Konkurse seines Auftraggebers, LZ 1909, 271–283
- FUCHS-WISSEMANN, Georg: Ist § 17 KO auf den Stromlieferungsvertrag anwendbar? NJW 1984, 27 f.
- FÜRST, Rudolf: Sind die Umrechnungen nach §§ 65, 69, 70 KO auch nach Beendigung des Konkurses wirksam? ZZZ 56 (1931) 381–392
- GAREIS/FUCHSBERGER: Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch nebst den sich daran anschließenden Reichsgesetzen, erläutert von Carl Gareis und Otto Fuchsberger, Berlin 1891
- GERHARDT, Rudolf: Ein Gesetz aus dem Keller des Grundbuchamtes – Bundestag schuffet an einem Gesetz zur Absicherung der Vormerkung –, Frankfurter Allgemeine vom 9. 4. 1977 (Nr. 83) S. 12
- GERHARDT, Walter: Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen 1969
- ders.: Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, speziell: Zwangsvollstreckung, ZZZ 95 (1982) 467–494
- ders.: Factoring plus Leasing und Konkursverfahren, Festschrift für Karl Heinz Schwab, München 1990, 139–150
- GERLAND, Heinrich: Rezension der 1. Auflage von Jaeger, Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts, KrVJSchr. 1905, 29–75
- GERTH, Axel: Die Konkursanfechtung einer zulässigen Aufrechnung, BB 1978, 689 f.
- GLÜCK, Karl-Ludwig: Der Einfluß des Konkurses auf die von den §§ 65, 69, 70 KO betroffenen Forderungen, Diss. Heidelberg 1970
- GOLTDAMMER: Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 und zu dem Gesetze betreffend die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses vom 9. Mai 1855, 2. Ausgabe, Berlin 1858
- GÖTTE, Helmut: Neue Wege der Käufersicherung beim Kauf vom Bauträger, NJW 1977, 524–526
- GOTTWALD, Peter (Hrsg.): Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl., München 2001
- GRAF LAMBSDORFF, Hans Georg: Handbuch des Eigentumsvorbehalts im deutschen und ausländischen Recht, Frankfurt a. M. 1974

- GRIMM, Max: Begründete Vermögensansprüche (§ 3 KO), Mannheim/Berlin/Leipzig 1927
- GROTE, Hugo: Wohnraummiete und Arbeitseinkommen während des eröffneten Verbraucherinsolvenzverfahrens, NZI 2000, 66–69.
- GRUNSKY, Wolfgang: Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrechts, 5. Aufl., Tübingen 1996 (Zitierweise: GRUNSKY, Grundzüge)
- ders.: Das Arbeitsverhältnis im Konkurs- und Vergleichsverfahren, RWS-Skript Nr. 86, 3. Aufl., Köln 1994 (Zitierweise: GRUNSKY RWS-Skript Nr. 86 S. . . .)
- ders.: Arbeits- und sozialrechtliche Probleme der Unternehmenssanierung (Besprechung des Gutachtens von Hanau zum 54. DJT), ZIP 1982, 772–779
- GRÜNWALD, Friedrich: Ueber den Einfluß des Konkurses eines der Contrahenten auf Kauf- und Miethsverträge derselben, Diss. Göttingen 1889
- GUNDLACH, Ulf/FRENZEL, Volkhard/SCHMIDT, Nikolaus: Die Rechtstellung des obligatorisch Aussonderungsberechtigten, DZWIR 2001, 95–99
- GUTEWORT, Hans: Eigentumsvorbehalt und Rücktritt bei Teilung gegenseitiger Verträge im Vergleichsverfahren (§ 36 Abs. 2 VerglO), Diss. Gießen 1937
- GÜTHE, Georg/SCHLEGELBERGER, Franz: Kriegsbuch. Die Kriegsgesetze mit der amtlichen Begründung und der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre, Sonderbände des Jahrbuchs des Deutschen Rechts, Berlin, Bd. I (1915), Bd. II (1916), Bd. III (1917), Bd. IV (1917), Bd. V (1917), Bd. VI (1918), Bd. VII (1918), Bd. VIII (1919)
- HAARMEYER, Hans/ WUTZKE, Wolfgang/ FÖRSTER, Karsten: Handbuch zur Insolvenzordnung, München/Berlin 1997
- HAARMEYER, Hans: Das Ende der Betriebsfortführung im Insolvenzantragsverfahren? ZInsO 1998, 157–159
- HÄCKER, Robert: Abgesonderte Befriedigung aus Rechten, Köln 2001
- HAEGELE, Karl/ HESS, Harald: Konkurs, Vergleich, Gläubigeranfechtung, 4. Aufl. des bis zur 3. Auflage von Haegeler bearbeiteten Werkes, Herne/Berlin 1983
- HAHN, C.: Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichs-Justizamts herausgegeben von C. Hahn, Bd. IV (Konkursordnung, Berlin 1881), VII (Freiwillige Gerichtsbarkeit, Änderungen der Konkursordnung, nach dem Tode von Hahn fortgesetzt von B. Mugdan, Berlin 1898)
- HANAU, Peter: Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht, Verhandlungen des 54. DJT Bd. I (Gutachten) Teil E, München 1982
- ders.: Arbeitsentgelt, Arbeitszeitkonten, Altersteilzeit und Vermögensbildung in der Insolvenz, in: Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrechts, herausgeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln, Köln 2000, S. 117–126
- HANISCH, Hans: Rechtszuständigkeit der Konkursmasse (Die Wiederentdeckung selbständiger Rechtsbeziehungen der Konkursmasse in rechtsvergleichender Sicht), Frankfurt a. M. 1973

- HARDER, Sirko: Insolvenzrechtliche Surrogation. Kurz vor der Vollendung stehende Tübinger Dissertation. Voraussichtlich ab 2002 im Buchhandel
ders.: Ersatzabsonderung und dringliche Surrogation KTS 2001, 97–117
- HÄSEMAYER, Ludwig: Das funktionelle Synallagma im Konkurs- und Vergleichsverfahren, KTS 1973, 2–16
ders.: Die Grenzen der Konkursbeständigkeit vorgemerkter Ansprüche, NJW 1977, 737–740
ders.: Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507–575
ders.: Vertragsabwicklung, Aufrechnung und Anfechtung im Konkurs (BGHZ 89, 189), JuS 1986, 851–856
ders.: Insolvenzzrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1. Aufl. 1992 und 2. Aufl. 1998
ders.: Die Aufrechnung nach der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift (vgl. unter »K«) S. 489–511
ders.: Gegenseitige Verträge im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Insolvenzzrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, herausgegeben von Canaris, Heldrich, Hopt, Roxin, Schmidt, Widmaier, München 2000, S. 725–742
- HAUSER, Wolfgang/HAWELKA, Michael: Neue Masseverbindlichkeiten und Gefährdung der »Kaug«-Vorfinanzierung durch die InsO, ZIP 1998, 1261–1265
- HEIDELBERGER KOMMENTAR ZUR INSOLVENZORDNUNG, 2. Aufl., Heidelberg 2001 (zit.: HK-InsO/BEARBEITER)
- HEIDLAND, Herbert: Konsequenzen der »Erlöschenstheorie« und der Theorie der Teilbarkeit der Bauleistung für die baurechtliche Abnahme, für Vergütungsansprüche, Gewährleistungsfrist und Vertragsstrafe im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Auftraggebers, Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck, Köln 2000, S. 423–449
- HEILMANN, Hans: Die Schuldverstrickung natürlicher Personen nach dem Konkurs – ein soziales Unrecht, KTS 1975, 18–21
ders.: Kein Gestaltungsrecht auf Ablehnung der Erfüllung nach § 17 KO, KTS 1985, 639–643
ders.: Grundzüge des Insolvenzzrechts, 1. Aufl., München 1983
ders./ SMID, Stefan: Grundzüge des Insolvenzzrechts, 2. Aufl., München 1994 und 3. Aufl., München 1999
- HELLENBROICH, Heinrich: Erfüllung der Verträge im Konkurse, Diss. Erlangen 1897
- HELLMANN, Friedrich: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907
- HELLWIG: Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch nach der neuen Konkursordnung, ZZP 26 (1899), 474–491
- HENCKEL, Wolfram: Sachmängelhaftung beim Kauf im Konkurs, Festschr. f. Franz Wieacker, Göttingen 1978, S. 366–383
ders.: Die Verbindungen des Sanierungsverfahrens zum Konkursverfahren, ZIP 1981, 1296–1303
ders.: Aktuelle Probleme der Warenlieferanten beim Kundenkonkurs, Kommunikationsforum RWS-Skript Nr. 125, 2. Aufl., Köln 1984 (Zitierweise: HENCKEL RWS-Skript Nr. 125 S. ...)

- ders.: Reform des Insolvenzrechts, ZZZ 97 (1984) 369–395
- ders.: Grenzen der Vermögenshaftung, JuS 1985, 836–842
- ders.: Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, ZZZ 99 (1986) 419–445
- ders.: Aufrechnung in der Insolvenz, Festschr. f. Gerhard Lüke, München 1997, S. 237–263
- ders.: Urteilsanmerkungen in JZ 1986, 694–697; JZ 1987, 359–361; JZ 1998, 155–158
- ders.: Insolvenzgläubiger-Massegläubiger-Neugläubiger, in: Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrechts, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e. V. Köln, Köln 2000, S. 97–115
- ders.: vgl. bei JAEGER
- HERBERGER, Maximilian/ SIMON, Dieter: Wissenschaftstheorie für Juristen (Logik-Semiotik-Erfahrungswissenschaften), Frankfurt a. M. 1980
- HESS, Harald: Kommentar zur InsO, 1. Aufl., Heidelberg 1999
- HESS, Harald/ KROPSHOFER, Birger: Kommentar zur Konkursordnung, 1. Aufl., Neuwied/Darmstadt 1982
- HESS, Harald: Kommentar zur Konkursordnung, 6. Aufl., Neuwied/Kriftel 1998
- HESS, Harald/BINZ, Fritz/WIENBERG, Rüdiger: Gesamtvollstreckungsordnung, 3. Aufl., Neuwied/Kriftel/Berlin 1997
- HESS, Harald/OBERMÜLLER, Manfred: Die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten nach der Insolvenzordnung, Heidelberg 1995
- HILGER, Norbert: Bemerkungen über das Verfolgungsrecht im Konkurs, KTS 1988, 595–631
- ders.: Analoge Anwendung des § 44 KO beim »Durchhandeln« mit Orderlager-scheinen, ZIP 1989, 1246–1250
- HOFFMANN, Helmut: Die Ermächtigung nach §§ 50, 51 VerglO, ZIP 1983, 776–780
- HOHLOCH, Gerhard: Sanierung durch »Sanierungsverfahren«? – Ein rechtsver-gleichender Beitrag zur Insolvenzrechtsreform – ZGR 1982, 144–198
- HOLZHAMMER, Richard: Österreichisches Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1983, 3. Aufl. 1994, 5. Aufl. 1996 (Wien/New York)
- HONSDORF, Wolfgang: Zur Aufrechnung im Konkurs, Diss. Freiburg 1982
- HUBER, Ulrich: Die Stellung des Abnehmers im Konkurs des Lieferanten beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, BB 1964, 731–736
- ders.: Right of Stoppage in Transitu und deutsches Konkursrecht, Festschr. f. Friedrich Weber (Berlin/New York 1975) S. 253–273
- IG Metall, Das Sanierungsverfahren in einem zukünftigen Insolvenzrecht, Pro-tokoll der konkursrechtlichen Arbeitstagung der IG Metall am 29. und 30. Ok-tober 1981 in Frankfurt am Main, Köln 1982
- IPSEN, Jörn: Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980
- IRO, Gert: Das Zug-um-Zug-Prinzip im Insolvenzverfahren, RdW (Österreichi-sches Recht der Wirtschaft) 1985, 101–106

- JACOBSON, Günther: Zu § 4 der Vergleichsordnung, JR 1929, 96 f.
- JAEGER, Ernst: Die Geschäftsaufsicht neuer Ordnung (ein 1917 erschienener, ergänzter und berichteter – Vgl. a. a. O. S. 10–Sonderabdruck der in JW 1917, 66 ff., 134 ff., 189 ff., 261 ff., 326 f., 436 ff., 507 ff. erschienenen Abhandlung über »Die Neuordnung der Geschäftsaufsicht«)
- ders.: Geldentwertung und Konkurs, LZ 1924, 1–11
- ders.: Wohin treiben wir? Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Konkursabwendung, DJZ 1926, 28–32
- ders.: Aus der Praxis des Konkursrechts, ZZP 50 (1926), 157–172
- ders.: Lehrbuch des Konkursrechts, 8. Aufl., Berlin/Leipzig 1932
- ders.: Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts, 1. Aufl. Berlin 1902; 3./4. Aufl. (Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen) Berlin 1913; 5. Aufl. Berlin 1916 (Bd. I), 1914 (Bd. II); 6./7. Aufl. Berlin/Leipzig 1931 ff.; 8. Aufl. (Konkursordnung mit Einführungsgesetzen; neu bearbeitet von Friedrich LENT, Friedrich WEBER, Ulrich KLUG, Günther JAHR; Berlin/New York 1958 ff.); 9. Aufl. 1977 ff. (nur §§ 1–42 KO), bearbeitet von Wolfram HENCKEL
- JAHR, Gunther: Die Einrede des bürgerlichen Rechts, JuS 1964, 125 ff., 218 ff., 293 ff.
- JAKOBS, H. H.: Aufassungsvormerkung und Konkurs, Der Betrieb 1977, 757–759
- JAKOBS, Horst Heinrich/ SCHUBERT, Werner: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse Bd. I, Berlin/New York 1978
- JANBERG, H.: Der Einfluß des Konkurses auf die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen, noch nicht erfüllten Verträgen, ZAKDR 1938, 22 f.
- JAUERNIG, Othmar: Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 16. Aufl. des von Friedrich Lent begründeten Studienbuchs, München 1983
- JAUERNIG, Othmar: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 20. Aufl. des vorgenannten Buches, München 1996 und 21. Aufl., München 1999
- JAUERNIG/Bearbeiter: Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., München 1999
- KAATZ, Leopold: Einwirkungen des Konkurses auf gegenseitige Verträge bei teilweiser Erfüllung seitens des Gemeinschuldners und Ablehnung weiterer Erfüllung durch den Konkursverwalter, Dessau 1907 (Diss. Rostock)
- KAHLER, Christian-Michael: Bereicherungsrecht und Vindikation. Allgemeine Prinzipien der Restitution dargestellt am deutschen und englischen Recht, Bielefeld 1972
- KALTER: Die Schuldzinsen von Vergleichsschuldner und Gemeinschuldner, KTS 1978, 1–9
- ders.: Die nachkonkursliche Vermögens- und Schuldenmasse, KTS 1980, 215–225
- KEPLINGER, Henriette Christine: Das Synallagma in der Insolvenz. Das Wahlrecht des Masseverwalters, Ausgleichsschuldners und Insolvenzverwalters. Wien/New York 2000
- KIESOW, Wilhelm: Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung), 4. Aufl., Mannheim/Berlin/Leipzig 1932

- ders.: Das neue Vergleichsrecht, DRiZ 1935, 239–246
- KIESSLING, Erik/SINGHOF, Bernd: Verfügungsbeschränkungen in der vorläufigen Insolvenz, DZWIR 2000, 353–363
- KILGER, Joachim: Konkursordnung, 15. Aufl. des von Alois BÖHLE-STAMMSCHRÄDER begründeten Kommentars, München 1987
- ders./ SCHMIDT, Karsten: Insolvenzgesetze (KO/VglO/GesO), 17. Aufl. der von Alois BÖHLE-STAMMSCHRÄDER begründeten und von Joachim KILGER fortgeführten Kommentare zur Konkursordnung und zur Vergleichsordnung, München 1997
- KIPPENBERG, Berthold: Der Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge, Diss. Leipzig 1907
- KIRCHHOF, Hans Peter: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Insolvenzrecht, WM-Sonderbeilage Nr. 2/1996 (zu Heft 28)
- ders.: Rechtsprobleme bei der vorläufigen Insolvenzverwaltung, ZInsO 1999, 365–369
- ders.: Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen des vorläufigen Insolvenzverwalters, ZInsO 2000, 297–300
- ders.: Zwei Jahre Insolvenzordnung – ein Rückblick, ZInsO 2001, 1–13
- KISCH, Wilhelm: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1900
- KISSEL, Rudolf: Änderung sachen- und grundbuchrechtlicher Vorschriften, NJW 1977, 1760–1763
- KLARNER, Arthur: Die Geschäftsaufsicht und der Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses, Leipzig 1917
- KLEINRATH, O.: Wirksamkeit der exceptio rei venditae et traditae im Konkurse, LZ 1910, 126–131
- KLEINFELLER, G.: Kritik der neuesten Vorschläge betr. Änderung der Konkursordnung, LZ 1911, 409–417
- KLIEN, Georg: Die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses (mit einer Einleitung von Ernst Jaeger), Berlin 1917
- KLIMMER, Otto: Die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses, München 1917
- KÖLNER SCHRIFT zur Insolvenzordnung, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e. V. Köln, Herne/Berlin 1997 (1. Aufl.) und 2000 (2. Aufl.), zitiert als KS-InsO¹ bzw. KS-InsO²
- KOHLER, Josef: Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891
- ders.: Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1903
- ders.: Urheberrecht bei Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart 1907
- KÖRBER, Horst: Der Rücktritt, seine Wirkungen und seine Bedeutung im Konkurs- und Vergleichsverfahren, Dresden 1935 (Diss. Leipzig)
- KONECNY, Andreas/ SCHUBERT, Günter (Hrsg.): Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, Wien 1997 ff.
- KORN, L.: Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und außer dem Konkurse, 2. Aufl., Berlin 1885

- KORNMEIER, Udo: Die Rechte des Gläubigers nach § 321 BGB im Vergleichsverfahren des Schuldners, BB 1983, 1312–1315
- KOTHE, Wolfhard: Wohnraummiete und Insolvenz, Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck, Köln 2000, S. 217–238
- KOZIOL, Helmut: Abtretung künftiger Forderungen und Konkurs des Zedenten, ÖBA 1998, 745–759
- KREFT, Gerhart: Die Wende in der Rechtsprechung zu § 17 KO, Festschr. f. Karlheinz Fuchs, 1996, S. 115–131 (später nochmals veröffentlicht in ZIP 1997, 865–871)
- ders.: Teilbare Leistungen nach § 105 InsO (unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertragsrechts), in: Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck, Köln 2000, S. 387–403
- KRULL, Helge: Globalzession, Erfüllungsverlangen und vorkonkursliche Teilleistung – Überlegungen zur Teilbarkeit der Leistung im Sinne von BGHZ 129, 336, InVo 1998, 180–183
- KUHN, Georg: Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht, WM 1979, 742–756
- KUHN, Georg/UHLENBRUCK, Wilhelm: Konkursordnung, 11. Aufl. des von Franz Mentzel begründeten, in den 6. bis 8. Aufl. von Georg Kuhn und seit der 9. Aufl. von Wilhelm Uhlenbruck fortgeführten Kommentars, München 1994
- KÜBLER, Bruno/PRÜTTING, Hanns: Kommentar zur InsO, Loseblatt, Köln, Stand März 2001; zitiert als K/P/BEARBEITER
- KÜHNE, Eberhard: Versprechen und Gegenstand (Ein Beitrag zum System der Belastung), AcP 140 (1935), 1–63
- LAHUSEN, Entwicklung des Verfolgungsrechts, Diss. Leipzig 1917
- LAKIES, Thomas: Arbeitsrechtliche Vorschriften der neuen Insolvenzordnung, BB 1998, 2638–2641
- LANDFERMANN, Hans-Georg: Auf den Spuren des Verfolgungsrechts, § 44 Konkursordnung in historischer und rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 1970, 523–546
- LANGHEIN, Gerd: Der Sonderkundenvertrag im Vergleich (Zur Auslegung des § 36 Abs. 2 VglO), ZIP 1985, 385–397
- LARENZ, Karl: Das Zurückbehaltungsrecht im dreiseitigen Rechtsverhältnis (Zur Rechtslage des Käufers beim »finanzierten Ratenkauf«), Festschr. f. Karl Michaelis (Göttingen 1972), S. 193–214
- ders.: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I (Allgemeiner Teil) 14. Aufl., München 1987; Bd. II (Besonderer Teil) 12. Aufl., München 1981; Bd. II (Besonderer Teil) 1. Halbband, 13. Aufl., München 1986
- ders./CANARIS, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II (Besonderer Teil), 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994
- LEHMANN, Heinrich: Verbesserung des Gläubigerschutzes im Vergleichs- und Konkursverfahren, Judicium 1931, 93–124
- ders.: Der Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren, Festschr. f. Richard Schmidt (Leipzig 1932) S. 346–367

- LEHMANN, Johannes Werner: Der Entschädigungsanspruch aus nicht erfüllten Verträgen im Konkursverfahren, Diss. Frankfurt a. M. 1957
- LEISS, Ludwig: Verlagsgesetz, Kommentar mit Vertragsmustern, Berlin/New York 1973
- LEMPENAU, Gerhard: Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte, Bad Homburg v. d. H./Berlin/Zürich 1968
- LENHARD, Alfred: Natur und Wirkung der Gläubigeranfechtung, ZZP 38 (1909) 165–219
- LENT, Friedrich: Die rechtliche Begründung der Schadensersatzansprüche nach KO §§ 17, 26. Festschr. f. Heinrich Lehmann Bd. II (Berlin/Tübingen/Frankfurt a. M. 1956) S. 837–846
- LETZGUS, Ernst: Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt, Tübingen 1938
- LEVY, Leopold: Die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens 1. Aufl., Berlin 1915 und 2. Aufl. (Die Geschäftsaufsicht und der Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses), Berlin 1917
- LICHTENBERGER, Peter: Die Auflassungsvormerkung – auch künftig unverzichtbares Sicherungsmittel beim Kauf vom Bauträger, NJW 1977, 519–523
- LIEBLICH, Ernst: Ist die Schaffung eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens außerhalb des Konkurses wünschenswert und in welcher Form? Verhandlungen des 32. DJT Bd. I (Gutachten), Berlin 1914, S. 321–403
- LIPPMANN: Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters, JherJb 41 (1900) S. 112–250
- LOCHER, Horst/ KOEBLE, Wolfgang: Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 4. Aufl., Düsseldorf 1985
- LOHKEMPER, Wolfgang: Die Zwangsvollstreckung während der Sequestration und in einem vorläufigen Insolvenzverfahren, ZIP 1995, 1641–1650
- LUCAS, Hermann: Die neue Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927, Berlin 1927
- LÜKE, Gerhard: Fälle zum Zivilverfahrensrecht, Bd. II (Insolvenzrecht und freiwillige Gerichtsbarkeit), München 1982
- LUSS, Grete: Die Anwendbarkeit des § 17 KO auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt, Diss. Leipzig 1933
- LUTHER, Walter: Darlehen im Konkurs, Baden-Baden 1990 (Diss. Tübingen 1989)
- MAAS, Gottfried Heinrich: Die Wirkung der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters, Berlin 1915 (Diss. Jena)
- MAEDER, Hans: Die Einwirkung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses auf schwebende Verträge, Berlin 1929
- von MANDRY, Gustav: Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl., besorgt von Otto GEIB, Freiburg/Leipzig/Tübingen 1898
- MARKMANN, Gustav: Die Wirkungen der Erfüllungsablehnung des § 17 KO auf gegenseitige Verträge, Diss. Köln 1922
- MAROTZKE, Wolfgang: Das Konkurrenzverhältnis von § 17 und § 24 KO – ein Scheinproblem, JZ 1977, 552–554

- ders.: Das Anwartschaftsrecht – ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung? Schriften zum Bürgerlichen Recht Bd. 41, Berlin 1977
- ders.: Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, München 1985
- ders.: Forderungszuständigkeit des Konkursverwalters als ungeschriebene Voraussetzung der §§ 17 Abs. 1, 59 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 KO, ZIP 1987, 1293–1304
- ders.: Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurs des Gegners, JA 1988, 117–126 und 176–183
- ders.: Insolvenzrechtsreform und Anfechtungsrecht, ZfG 1989, 138–149
- ders.: Vergleichende Anmerkung zu BGHZ 106, 236 und BGHZ 109, 368 über den Einfluß des Konkurses auf die Abtretung von Mietzins-, Leasing- und Kaufpreisforderungen, JR 1990, 331–335
- ders.: Die Behandlung der »schwebenden Rechtsgeschäfte« im Referentenentwurf einer Insolvenzordnung. Veröffentlicht in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch/Würzburger Arbeitstagung der Vereinigung der Zivilprozessrechtler zum Referentenentwurf einer Insolvenzordnung, 1991, S. 183–196
- ders.: Die logische Sekunde – ein Nullum mit Dauerwirkung? AcP 191 (1991), 177–200
- ders.: Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht, JZ 1995, 803–814
- ders.: Der Einfluß des Insolvenzverfahrens auf Auftrags- und Geschäftsbesorungsverhältnisse, in: Festschr. f. Wolfram Henckel, Berlin/New York 1995, S. 579–591
- ders.: Die dinglichen Sicherheiten im neuen Insolvenzrecht, ZZP 109 (1996) 429–471
- ders.: Anmerkungen zu BGH LM § 17 KO Nr. 31; BGH LM GesO Nr. 24; BGH LM § 400 BGB Nr. 10 a; BGH JR 1998, 28
- ders.: Die insolvenzrechtliche Kündigungssperre (§ 112 InsO). Festschr. f. Wolfgang Zöllner, Köln/Berlin/Bonn/München 1998, S. 1193–1202
- ders.: Das neue Insolvenzrecht – dargestellt am Beispiel der Mobiliarsicherheiten. Schriften der Juristischen Gesellschaft Mittelfranken zu Nürnberg e. V. Heft 12 (Hrsg.: Wolfgang Blomeyer), Regensburg 1999
- ders.: Die Wohnraummiete in der Insolvenz des Mieters, KTS 1999, 269–289
- ders.: Das Unternehmen in der Insolvenz – Fortführung und Veräußerung zwischen Eröffnungsantrag und Berichtstermin. Neuwied/Kriftel 2000 (zitiert als: MAROTZKE, Unternehmen)
- ders.: Änderungs- und Ergänzungsbedarf bei § 109 und § 313 InsO (zu dem am 20. 12. 2000 beschlossenen Gesetzentwurf der Bundesregierung), KTS 2001, 67–72
- MAURER, Hartmut: Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, Festschr. f. Werner Weber zum 70. Geburtstag (Berlin 1974) S. 345–368
- MAYER, Bernhard: Kommentar zum Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) vom 5. Juli 1927, München 1928
- ders.: Verträge über Lieferung von Gas, Wasser und elektr. Strom, KuT 1929, 182–185
- MEDICUS, Dieter: Bürgerliches Recht, 18. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1999

- MEHL, Gustav: Die Wirkung der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters auf einen von den Vertragsparteien noch nicht voll erfüllten gegenseitigen Vertrag nach § 17 KO, Wiesbaden 1912 (Diss. Heidelberg)
- MEHRING, Hermann: Die Erfüllungsablehnung von gegenseitigen Verträgen durch den Konkursverwalter nach § 17 KO, Diss. Jena 1922
- MEINER, Theodor Karl: Gegenseitigkeitsverträge im Vergleichsverfahren, Diss. Leipzig 1934
- MELLWIG, Rainer M.: Das Vorbehaltsgut als Vermögen in § 1 KO -Anwendbarkeit konkursrechtlicher Grundsätze des Sicherungseigentums auf den Eigentumsvorbehalt? Berlin 1988 (Diss. Köln 1987)
- MENTZEL, Franz: Konkursordnung, Kommentar, 8. Aufl. (München 1976) bearbeitet von Georg KUHN, 9. Aufl. (München 1979) bis 11. Aufl. (1994) bearbeitet von Wilhelm UHLENBRUCK
- MENZINGER, Klaus: Das freie Nachforderungsrecht der Konkursgläubiger -Fragewürdigkeit und Grenzen, Berlin 1982
- MEYER, Karl: Hat der Rechtsanwalt im Konkurs seines Klienten ein Zurückbehaltungsrecht an den Handakten? SeuffBl 68 (1903) 6–11
- MEYER, Werner: Der Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren, Diss. Leipzig 1935
- MEZGER, Ernst: Das französische Gesetz vom 12. Mai 1980 über den Eigentumsvorbehalt, ZIP 1980, 406–410
- MINTHE, Eric: Die Übertragung des Anwartschaftsrechts durch einen Nichtberechtigten, Berlin 1998
- MOHRBUTTER, Jürgen: Zur Einwirkung des Konkurses der OHG auf die persönliche Haftung des Gesellschafters, NJW 1968, 1125–1127
- MOHRBUTTER/MOHRBUTTER: Handbuch der Konkurs- und Vergleichsverwaltung, von Jürgen und Harro Mohrbutter, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1982
- MOHRBUTTER/MOHRBUTTER: Handbuch der Insolvenzverwaltung, 7. Aufl. des vorgenannten Werks unter Hinzuziehung weiterer Autoren, Köln/Berlin/Bonn/München 1997
- MOLL, Wilhelm/MÜLLER, Elisabeth: Rechtsstellung der Bundesanstalt für Arbeit, KTS 2000, 587–596
- MOTIVE zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, 5 Bde., Berlin/Leipzig 1888
- MOTIVE zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschaftschuldordnung, 2 Bände und 1 Anlage-Band, Berlin 1873
- MOTIVE zu dem Entwurf einer Konkursordnung und dem Entwurf eines Einführungsgesetzes: vgl. bei HAHN
- MUGDAN: Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), Berlin 1899
- MÜLLER: Die Wirkung der heutigen exceptio rei venditae et traditae (§ 986 BGB) im Konkurs, LZ 1908, 685–688 (unmittelbar darauf eine »Entgegnung« von JAEGER)

- MÜLLER, Franz: Probleme der Aufrechnung mit Konkurs- und Masseforderungen, Diss. Göttingen 1981
- MÜLLER, Klaus: Die Einwirkung des Konkurses der OHG auf die persönliche Haftung des Gesellschafters, NJW 1968, 225–230, 2230 f.
- ders.: Die auf die Übertragung des Wohnungseigentums gerichtete Vormerkung im Konkurs des Bauträgers, DB 1974, 1561–1564
- ders.: Die Bedeutung des § 878 BGB für die Abwicklung des Grundstückskaufvertrages im Konkurs des Verkäufers, JZ 1980, 554–559
- MünchKomm-BGB/BEARBEITER: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Aufl. 1978 ff., 3. Aufl., 1992 ff.
- MUSIELAK, Hans-Joachim: Die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters, AcP 179 (1979) 189–213
- NERLICH, Jörg/RÖMERMANN, Volker: Insolvenzordnung. Kommentar. Loseblatt. München, Stand September 2000; zitiert als N/R/BEARBEITER
- NOBBE, Gerd: Das Girokonto in der Insolvenz, in: Prütting (Hrsg.), RWS-Forum 9 Insolvenzrecht 1996, Köln 1997, S. 99–125
- OBERMÜLLER, Manfred: Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 5. Aufl., Köln 1997
- ders.: Auswirkungen des Wahlrechts des Insolvenzverwalters auf Zessionen und Avale, in: Kölner Schrift (vgl. unter »K«) S. 751–773
- ders./LIVONIUS, Barbara: Auswirkungen der Insolvenzrechtsreform auf das Leasinggeschäft, DB 1995, 27–32
- OELRICHS, Carsten P.: Gläubigermitwirkung und Stimmverbote im neuen Insolvenzverfahren, Köln/Berlin/Bonn/München 1999
- OERTMANN, Paul: Beiträge zur Lehre von der Erfüllungspflicht des Verkäufers, LZ 1927, 9–16
- OESTERLE, Fritz: Die Leistung Zug um Zug, Berlin 1980
- OETKER, Friedrich: Das Verfolgungsrecht (right of stoppage in transitu) nach § 36 der Reichsconcursordnung, Kassel 1883 (zit.: ohne Buchtitel)
- ders.: Konkursrechtliche Probleme und neuere Konkursliteratur, ZZP 25 (1899) 1–79
- ders.: Über den Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Bemerkungen zu den §§ 15 ff. der KO. ZZP 14 (1890) 1–51
- OETKER, Hartmut: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Tübingen 1994 (zit.: OETKER, Dauerschuldverhältnis)
- OFFTERMATT, Gernot: Das Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 Konkursordnung, Diss. Tübingen 1966
- von OLSHAUSEN, Eberhard: Die kausallose wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten in dessen Konkurs, MDR 1975, 969–979
- ders.: Erlaßansprüche und sonstige anspruchsverneinende Rechtslagen im Konkurs eines Beteiligten, Festsch. f. Hans Friedhelm Gaul, Bielefeld 1997, S. 497–515

- ders.: »Verfügung« statt »Rechtshandlung« in § 81 InsO oder: Der späte Triumph des Reichstagsabgeordneten Levin Goldschmidt. ZIP 1998, 1093–1099
- OTTE, Gerhard: Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB, Festschr. f. Franz Wieacker, Göttingen 1978, S. 463–475
- OTTE, Heidrun: Die Bombe aus Karlsruhe, Deutsche Zeitung vom 4. 3. 1977 Seite 16
- PAGENSTECHE, Max/ GRIMM, Max: Der Konkurs, 4. Aufl., München 1968
- PAKUSCHER: Darf der Konkursverwalter die vom Gemeinschuldner bereits vor der Konkurseröffnung geleisteten Anzahlungen zur Masse einfordern, wenn er die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt? JW 1913, 723 f.
- PALANDT/Bearbeiter: Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage des von Otto Palandt begründeten Kommentars, München 2001
- PAPE, Gerhard: Behandlung bei Verfahrenseröffnung nicht vollständig erfüllter gegenseitiger Verträge nach der Insolvenzordnung, WPrax 1995, 25–30
- ders.: Ablehnung und Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte durch den Insolvenzverwalter, in: Kölner Schrift (vgl. unter »K«), 1. Aufl. 1997 S. 405–454 bzw. 2. Aufl. 2000 S. 531–591
- ders.: Aktuelle Probleme des Insolvenzeröffnungsverfahrens nach Inkrafttreten der InsO, DB 1999, 1539–1545
- PAULUS, Christoph G.: Zum Verhältnis von Aufrechnung und Insolvenzanfechtung, ZIP 1997, 569–577
- ders.: Verbindungslinien zwischen Insolvenzrecht und Privatautonomie, Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck, Köln 2000, S. 33–48
- PAULUS, Gotthard: Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP 155 (1956) 277–374
- PECH, Janine: Die Einbeziehung des Neuerwerbs in die Insolvenzmasse -Konsequenzen und Probleme des § 35 InsO, Frankfurt/Main 1999
- PETERSEN/KLEINFELLER: Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen, den konkursrechtlichen Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes und dem Anfechtungsgesetze, Lahr 1900
- PETERSEN-LANGE, Susanne: Die Betriebsfortführung im Insolvenzeröffnungsverfahren, ZIP 1999, 421–426
- PITKOWITZ, Nikolaus: Wirkt der Rücktritt des Masseverwalters gem. § 21 KO extunc? ÖJZ 1990, 677–679
- PFLUG, Hans-Joachim: Der gegenseitige Vertrag im Konkurs und das »Wahlrecht« des Konkursverwalters nach § 17 KO, Die AG 1986, 305–315
- PLANCK: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. III, 4. Auflage bearbeitet von E. Brodmann und O. Strecker, Berlin/ Leipzig 1920
- PLANDER, Harro: Das Wahlrecht des Konkursverwalters und des Vergleichschuldners nach §§ 17 Abs. 1 KO, 50 Abs. 1 VerglO und die Stellung des Vertragspartners im Falle des § 878 BGB, JZ 1973, 45–50
- PLETZSCH, Michael: Die Erfüllungsweigerung des Konkursverwalters, Diss. Frankfurt a. M. 1973

- PLONSKI, Wolfgang: Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen beim Konkurs beider Kontrahenten, Diss. Greifswald 1932
- PLÜNDER, Werner: Die Wirkungen der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters auf den gegenseitigen Vertrag als Folgen schuldloser Haftung, Berlin 1914 (Diss. Würzburg)
- POHLMANN, Ulrich: Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters, Köln 1998
- PRÄJUDIZ-BUCH: Die Präjudizien des Geheimen Ober-Tribunals seit ihrer Einführung im Jahre 1832 bis zum Schlusse des Jahres 1848, Berlin 1849
- PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn, 7 Bde., Berlin 1897 ff.
- PRÜTTING, Hanns (Hrsg.): RWS-Forum 9 Insolvenzrecht 1996, Köln 1997
- ders.: Vorwirkungen der Insolvenzordnung, in: Prütting (Hrsg.), RWS-Forum 9 ..., S. 311–332
- PURPUS, H.: Die Reformbedürftigkeit der Konkursordnung und der Krieg, Blätter für Genossenschaftswesen 1916, 19 f.
- RAISER, Ludwig: Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961
- RAPP, Manfred: Erfüllungsablehnung und Vormerkungswirkung im Konkurs des Verkäufers, MittBayNot 1977, 1–4
- REITHMANN, Christoph/MEICHSSNER, Claus/HEYMANN, Eckhard von: Kauf vom Bauträger, 7. Aufl., Köln 1995
- REUTER, Dieter/MARTINEK, Michael: Ungerechtfertigte Bereicherung, Tübingen 1983
- RGRK/Bearbeiter: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, 12. Aufl., Berlin/New York 1974 ff.
- RIETMEYER, Otto: Der konkursrechtliche Verfolgungsanspruch, Diss. Köln 1936
- RIEZLER, E.: Folgen der Erfüllungsablehnung im Verlegerkonkurs, LZ 1910, 641–647
- RIMMELSPACHER, Bruno: Kreditsicherungsrecht, 1. Aufl., München 1980; 2. Aufl., München 1987
- RINGSTMEIER, Andreas: Auswirkungen der Erfüllung gegenseitiger Verträge im Konkurs auf Forderungsabtretungen, Diss. Köln 1990
- RINKE, Marion: Die Kausalabhängigkeit des Anwartschaftsrechts aus Eigentumsvorbehalt, Baden-Baden 1998
- RINNEWITZ, Jürgen: Zur dogmatischen Struktur des Anwartschaftsrechts aus dem Eigentumsvorbehalt, Diss. Göttingen 1989
- RINTELEN, Anton: Das Konkursrecht nebst Anhang betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, 2. Aufl., Halle a. S. 1902
- ders.: Zur Frage der Nachhaltigkeit der Konkurswirkungen im deutschen und österreichischen Konkursrecht, ZfHK 61 (1908) 147–190

- RIPPNER, Max: Der Einfluß des Verlegerkonkurses auf das Verlagsverhältnis, ZHR 68 (1910) 98–146
- ROTH, Günter H.: Das nachträgliche Unvermögen des Schuldners, JuS 1968, 101–108
- ROTH, Herbert: Die Fortsetzung des Synallagmas mit insolvenzrechtlichen Mitteln (§ 103 InsO), Festschr. f. Walter Rolland, 1998, S. 305–316
- RÜHL, Helmut: Die Vergleichsordnung und der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt, ZZP 56 (1931) 154–193
- SACHS, Alfred: Die Nichterfüllung gegenseitiger Verträge des Gemeinschuldners auf Grund der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters, Berlin 1915 (Diss. Rostock)
- SACHS, Michael: Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen? NVwZ 1982, 657–662
- SALOMON, Richard: Einfluß des Vergleichsverfahrens auf gegenseitige Verträge, Recht und Handel Jahrgang 2 (1927) Nr. 10 Sp. 615–624
- SANDMANN, Egbert: Zur Geschichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland, Diss. Marburg 1972
- SANDROCK, Konrad: Die Behandlung der zweiseitigen Verträge im Konkurs nach § 17 KO, unter besonderer Berücksichtigung des Begriffes »Erfüllung«, Diss. Göttingen 1927
- SARWEY/BOSSERT: Die Konkurs-Ordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., Berlin 1901
- SCHAD, Carl: Der Gemeinschuldner der Reichskonkursordnung, Diss. Tübingen 1902
- SCHÄFER, Berthold: Die rechtliche Behandlung der Vorausabtretung von Mietzins- und Leasingforderungen im Konkurs des Vermieters und Leasinggebers, BB 1990, 82–84
- SCHERBEL, Wilhelm: Bedeutet die Vergleichsordnung einen Fortschritt gegenüber der Geschäftsaufsichtsverordnung? KuT 1929, 164–167
- SCHLÄGER, Edwin: Verbraucherinsolvenz, Restschuldbefreiung und Wohnraum-miete, ZMR 1999, 522–526
- SCHLEGELBERGER, Franz: Das Zurückbehaltungsrecht, Jena 1904
ders.: Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., Berlin/Frankfurt a. M. 1963 ff.; 5. Aufl. München 1973 ff.; Zitierweise: SCHLEGELBERGER/Bearbeiter HGB⁴ bzw. HGB⁵ § 368 Rdnr. 1
- SCHLOSSER, Peter: Zivilprozeßrecht II (Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht), München 1984
- SCHLOTTER, A.: Eigentumsvorbehalt im Konkurs des Verkäufers, LZ 1911, 49 f.
- SCHMID-BURGK, Klaus: Leasingraten – Masseschulden oder Konkursforderungen? (zu Eckert ZIP 1997, 2077), ZIP 1998, 1022–1023
- SCHMID-BURGK, Klaus/DITZ, Jan-Christian: Die Refinanzierung beim Leasing nach der Insolvenzrechtsreform, ZIP 1996, 1123–1126
- SCHMIDT, Holger: Vormerkung im Konkurs; Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 29. 10. 1976 (V ZR 4/75), BB 1977, 164–166

- SCHMIDT, Karsten: Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht, Verhandlungen des 54. DJT Bd. I (Gutachten) Teil D, München 1982
- SCHMIDT, Manfred: Der Gemeinschuldner als Schuldner der Masseverbindlichkeiten (Eine Auseinandersetzung mit der Organtheorie), Diss. Göttingen 1972
- SCHMIDT, Richard: Besprechung von Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, ZZP 29 (1901) 535–549
- SCHMITZ, Claus: Das Bauunternehmen im Konkurs, ZIP 1998, 1421–1431
- SCHNORR von CAROLSFELD, L.: Anmerkung zu dem Urteil des BSG vom 1. 12. 1972 (12/3 RK 36/71), SGB 1973, 512–514
- ders.: Anmerkung zu dem Urteil des BSG vom 20. 3. 1973 (8/2 RU 60/71), SGB 1974, 105–108
- SCHOLLMAYER, Eberhard: Gegenseitige Verträge im internationalen Insolvenzrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1997 (Heft 6 der KTS-Schriften zum Insolvenzrecht)
- SCHOLZ, Ulrich: Kontrahierungszwang in der Versorgungswirtschaft, Baden-Baden 1997
- SCHOURP, Paul D.: Der Zwangsvergleich zur Verhütung des Konkurses. Ein Vorschlag zu einer deutschen Vergleichsordnung. Leipzig 1916
- SCHRADER, Peter: Der vorläufige Insolvenzverwalter und die Bundesanstalt für Arbeit, ZInsO 2000, 196–201
- SCHRICKER, Gerhard: Verlagsrecht, 3. Aufl., München 2001 (vgl. auch unter BAPPERT/MAUNZ/SCHRICKER)
- VON SCHRUTKA-RECHTENSTAMM, Emil: Die Compensation im Concourse nach österreichischem Rechte und mit Berücksichtigung concursrechtlicher Normen des Deutschen Reichs, Berlin 1881
- SCHULTZE, August Sigm.: Das Deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, Berlin 1880
- SCHULZ-BOURMER, Günther: Zur Anrechnung von Teilleistungen des Gemeinschuldners auf den Schadensersatzanspruch des Vertragsgegners im Falle der Nichterfüllung von Verträgen durch den Konkursverwalter, KTS 1975, 103–105
- SCHUMANN, Paul: Wesen, Bedeutung und Behandlung gegenseitiger, beiderseits noch nicht erfüllter Verträge im gerichtlichen Vergleichsverfahren, Archiv für Insolvenzrecht und Treuhandpraxis 1935, 25–42
- SCHWÖRER, Frank: Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, Köln 2000
- SERICK, Rolf: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I 1963, Bd. II 1965, Bd. III 1970, Bd. IV 1976, Bd. V 1982 (jeweils Heidelberg)
- ders.: Erweiterter Eigentumsvorbehalt und Kontokorrentvorbehalt im Konkurs des Vorbehaltkäufers, BB 1978, 1477–1486
- SEUFFERT, Lothar: Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899
- SIEGERT, Karl: Rechtsnatur und Wirkungen des Rückforderungsrechts (Verfolgersrechts) nach § 44 der Reichskonkursordnung, ZHR 88 (1926) 277–338
- SIEVEKING, Johannes: Die Haftung des Gemeinschuldners für Masseansprüche, Berlin 1937

- SILBERSTEIN, Heinrich: Das Verfolgungsrecht des Verkäufers im Insolvenzfall des Käufers. Rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Studie mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Gesetzgebung, ZHR 81 (1918) 70–129, 289–364
- SINZ, Ralf: Factoring in der Insolvenz, Köln 1997
- ders.: Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren, in: Kölner Schrift (vgl. unter »K«) S. 455–488
- SMID, Stefan/ RATTUNDE, Rolf: Der Insolvenzplan, Stuttgart/Berlin/Köln 1998
- SOERGEL/Bearbeiter: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl. und 12. Aufl. des von Hs. Th. Soergel begründeten Kommentars, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978 ff. (11. Aufl.) bzw. 1987 ff. (12. Aufl.)
- SPELLENBERG, Ulrich: Zum Gegenstand des Konkursfeststellungsverfahrens (§§ 138 ff. KO), Schuld und Haftung im Konkurs, Göttingen 1973
- SPERLING, Curt: Die Einwirkung des Konkurses auf schwebende Rechtsgeschäfte (im allgemeinen), Diss. Erlangen 1908
- STADLER, Astrid: Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Tübingen 1996
- STAUB, Hermann/Bearbeiter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II der achten, insoweit unter Benutzung des handschriftlichen Nachlasses von Heinrich Könige bearbeiteten Auflage (Berlin 1907) und Bd. IV der vierzehnten, insoweit von Eduard Heinichen und Wilhelm Gadow bearbeiteten Auflage (Berlin/Leipzig 1933)
- STAUDINGER, J. von/Bearbeiter: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Auflage, Berlin 1978 ff.; 13. Bearbeitung, Berlin 1993 ff.; 14. Bearbeitung, Berlin 1995 ff.
- STERNBERG, Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im Konkurs des Verkäufers, JW 1913, 851 f.
- STIEGLITZ, W.: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze und dem Württembergischen Ausführungsgesetze, Tübingen 1879
- STRACKE, Hartmut: Das Aus- und Absonderungsrecht des Vorbehaltseigentümers im Konkurs des Vorbehaltskäufers, Diss. Göttingen 1972
- STÜRNER, Rolf: Aktuelle Probleme des Konkursrechts. Zur Neubearbeitung des Jaegerschen Kommentars, ZZZP 94 (1981) 263–310
- ders.: Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens- und Insolvenzrecht. Eine Auseinandersetzung mit dem Gutachten von Karsten Schmidt zum 54. Deutschen Juristentag – ZIP 1982, 761–772
- SYDOW/BUSCH/KRIEG: Konkursordnung, Vergleichsordnung und Anfechtungsgesetz mit Erläuterungen, 16. Aufl., Berlin und Leipzig 1932
- THIEMANN, Bernd: Die Entwicklung der Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte, Diss. Münster 1974
- THIEMANN, Stephan: Die vorläufige Masseverwaltung im Insolvenzeröffnungsverfahren, Herne/Berlin 2000

- TINTELOT, Albrecht: Vereinbarungen auf den Konkursfall, Bielefeld 1991 (Diss. Göttingen 1989/90)
ders.: Schuldnerverzug und Konkurs, ZIP 1989, 144–153
ders.: Die gegenseitigen Verträge im neuen Insolvenzverfahren, ZIP 1995, 616–623
- TISCHBEIN, Hans Heinrich: Der gerichtliche Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses, Diss. Leipzig 1914
von TUHR, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I (Allgemeine Lehren und Personenrecht), Berlin 1910, unveränderter Nachdruck 1957; Bd. II 1 (Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft), Berlin 1914, unveränderter Nachdruck 1957
- UHLENBRUCK, Wilhelm: Gläubigerberatung in der Insolvenz, Köln 1983
ders.: Urteilsanmerkung JZ 1992, 425 f.
ders.: Kompetenzverteilung und Entscheidungsbefugnisse im neuen Insolvenzverfahren, WM 1999, 1197–1204
ders.: Zur Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, NZI 2000, 289–292
ders.: Die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 325–373
ders.: vgl. bei KUHN
ders./ SINZ, Ralf: Die Forfaitierung von Leasingforderung im Konkurs des Leasinggebers, WM 1989, 1113–1122
- ULLMANN, Helmut: Der Einfluß des Konkurses auf Wiederkehrschuldverhältnisse, Leipzig 1933
- UNGER, Salo: Die Einwirkung der Konkursöffnung auf schwebende Rechtsverhältnisse insbesondere nach den §§ 17 und 26 der Konkursordnung, Diss. Breslau 1912
- VALLENDER, Heinz: Die Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung, DZWIR 1999, 265–276
- VALLENDER, Heinz/DAHL, Michael: Das Mietverhältnis des Schuldners im Verbraucherinsolvenzverfahren, NZI 2000, 246–250
- VAN DEN DAELE: Probleme des gegenseitigen Vertrages (Untersuchungen zur Äquivalenz gegenseitiger Leistungspflichten), Hamburg 1968
- VOGELS, W.: Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Vergleichsrecht der Akademie für Deutsches Recht, ZAKDR 1934, 143–148
ders.: Die Rechtserneuerung im Vergleichsverfahren (zur Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935) DJ 1935, 373–376
ders.: Vergleichsordnung, Kommentar, 1. Aufl., Berlin 1935, 3. Aufl. (bearbeitet von Arthur NÖLTE), Berlin und Frankfurt a. M. 1952
- VOIGT, Walther: Der Einfluß des Konkurses auf die schwebenden Prozesse des Gemeinschuldners, Leipzig 1903
- VÖLDERNDORFF, Otto Frh. von: Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz und dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1897, betr. die An-

- fechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, Erste Abteilung, 2. Aufl., Erlangen 1884
- VÖRTMANN, Jürgen: Die Leasingrate als Sicherheit für Kredite an den Leasinggeber, WM 1988, 1117–1119
- WARNEYER, Otto: Konkursordnung, Handkommentar, Berlin 1932
- WASSERMANN/ERLANGER: Die Kriegsgesetze privatrechtlichen Inhalts, erläutert von R. Wassermann und L. Erlanger unter Mitwirkung von E. Engel, 3. Aufl., München/Berlin/Leipzig 1917 (Stand: 1. 12. 1916)
- WEIMAR, Wilhelm: Das Verfolgungsrecht im Konkurs, KTS 1957, 4–6
- WEINBERG, Fritz: Die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses in der Fassung der Verordnungen vom 8. Februar und 14. Juni 1924, 2. Auflage, Berlin 1924
- ders.: Die Vergleichsordnung in der Rechtskommission des Reichstags, DJZ 1926, 1702–1704
- WEINMANN, Artur: Die Stellung des Gläubigers nach dem Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, Berlin 1928
- WEISEMANN, Ulrich: Der vorläufige »halbstarke« Insolvenzverwalter, DZWIR 1999, 397–399
- WEISS: Gas- und Elektrizitätslieferungsverträge im Konkurs des Abnehmers, KuT 1927, 119–121
- WEITEMEYER, Birgit: Ordnungsrechtliche Maßnahmen im Konkursverfahren, Baden-Baden 1995 (Diss. Kiel 1994)
- WEITNAUER, Hermann: Die Vormerkung im Konkurs des Bauträgers, DNotZ 1977, 225–233
- WIECHERS, Lothar: Der Rücktritt von beiderseits unerfüllten Verträgen im Konkurs, Diss. Köln 1976
- WIESBAUER, Bruno: Die Anerkennung des Eigentumsvorbehalts in Westeuropa, ZIP 1981, 1063–1071
- WIESER, Eberhard: Zur Rückgabepflicht des Vorbehaltskäufers bei Konkurs des Verkäufers, NJW 1970, 913–917
- WIESTER, Roland: Die Fortführungspflicht des vorläufigen Insolvenzverwalters und ihre Auswirkung auf die Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes, ZInsO 1998, 99–106
- WILLENBÜCHER, Heinrich: Die Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz, 3. Auflage, bearbeitet von Fritz GÜNTHER, Berlin 1909
- von WILMOWSKI, G.: Deutsche Reichs-Konkursordnung, 5. Aufl. (Berlin 1896); 6. Aufl. (Berlin 1906) bearbeitet von K. und A. KURLBAUM sowie W. KÜHNE, dessen Mitarbeit sich aber auf Buch 1 Titel 2, 6–8 und Buch 2 Titel 8 mit Ausnahme des Nachlaßkonkurses beschränkte
- WIMMER, Klaus: Die Kündigung des Mietvertrages über die vom Schuldner bewohnte Wohnung durch den Insolvenzverwalter/Treuhänder, Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck, Köln 2000, S. 605–615
- WIRTZ, Otto: Die Ablehnung der Erfüllung zweiseitiger Rechtsgeschäfte durch den Konkursverwalter in § 17 der Konkursordnung, Diss. Greifswald 1912

- WISSMANN, Eike: Persönliche Mithaft in der Insolvenz. Die Stellung des Bürgen und des Personenhandelsgehalters. 2. Aufl., Köln 1998
- de WITH, Hans: Zur Zweitfinanzierung von Leasingverträgen nach § 108 InsO, FLF 1998, 24–25
- WITZ, Claude: Der neue französische Eigentumsvorbehalt im deutsch-französischen Handel, NJW 1982, 1897–1902
- WOERLE, Karl J.: Mängelgewähransprüche (§§ 459 ff. BGB) im Konkurs- oder Vergleichsverfahren des Verkäufers, JW 1934, 663–665
- WOLF, Manfred: Besprechung von Medicus, Bürgerliches Recht, Köln 1968, ZZZ 83 (1970) 230–233
- WOLFF, Martin: Das Recht zum Besitze, Festschr. f. Richard Koch (Berlin 1903) S. 150–178
- WOLFF/RAISER: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, Bd. III Sachenrecht, 10. Aufl. (Tübingen 1957) bearbeitet von Martin Wolff und Ludwig Raiser
- WOLFF, Th.: Konkursordnung mit Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898, 1. Aufl., Berlin 1900; 2. Aufl., Berlin/Leipzig 1921 (soweit nicht anders gekennzeichnet, wurde nach der 2. Aufl. zitiert)
- ders.: Die Massegläubiger im Konkurse, ZZZ 22 (1896), 207–321
- ders.: Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse, LZ 1908, 36–44 und 107–124
- ZAHN, Herbert: Leasingnehmer und refinanzierende Bank in der Insolvenz des Leasinggebers nach der Insolvenzordnung, DB 1995, 1597–1600 und 1649–1656
- ders.: Der Leasingvertrag über Mobilien in der Insolvenz des Leasinggebers nach der Novellierung der InsO, DB 1996, 1393–1397
- ZEILER, Horst: Zurückbehaltungsrecht des Steuerberaters an Geschäftsunterlagen des Mandanten bei offenstehenden Honorarforderungen? DB 1987, 2136–2138
- ZELCK, Friedrich: Der Einfluß der Konkursöffnung auf die Erfüllung der Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners mit besonderer Berücksichtigung von Pacht und Miethen, Diss. Rostock 1889
- ZIMMERMANN, Thomas: Probleme bei Direktversicherungen im Rahmen eines Gruppenversicherungsvertrages im Konkursverfahren, gerichtlichen Vergleichsverfahren und bei Betriebsübergang, VersR 1988, 885–889
- ZÖLLER/Bearbeiter: Zivilprozeßordnung, Kommentar, begründet von Richard Zöller, 20. Aufl., Köln 1997
- ZWEIGERT, Erich: Die Bundesratsverordnung über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses vom 14. Dezember 1916, Berlin 1917

IV. Stichwortverzeichnis

Zahlenangaben *ohne* vorangestelltes »S.« bezeichnen Randnummern.

Zahlenangaben *mit* vorangestelltem »S.« beziehen sich auf *Seiten der 1. Auflage*, die 1985 unter dem Titel »Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich« erschienen ist.

Fettdruck verweist auf eingehendere Behandlung.

Abdingbarkeit

- des § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO 4.177 ff.
- des § 55 II InsO 14.12 (mit Fn. 11), 14.50
- des § 61 InsO 14.12, 14.125
- des § 103 InsO 4.14 (mit Fn. 44), 4.58, 7.34 (Fn. 82)
- des § 105 InsO 4.162

Ablehnung

- vgl. »Erfüllungsablehnung«

Ablehnungsandrohung (§ 326

- BGB**) 8.32, 9.29, 9.42
- beim Bauträgervertrag 10.7
- vgl. auch »Mahnung und Nachfristsetzung«

Ablehnungserklärung

- vgl. »Ablehnungsandrohung«
- vgl. »Erfüllungsablehnung«

Abnahmepflicht des Käufers 4.91 ff.,

- 9.86, 9.89, 9.94 (Fn. 272 m. w. N.)**, 9.103, 13.73 (Fn. 147)

Abrechnungsverhältnis (§ 326

- BGB**) **9.26 ff.**

AbSchlagszahlungen 3.40, 5.13, 5.94

- (Fn. 328 f.)

Absonderungsrecht 2.48 ff., 2.58

- (Fn. 117), 2.69, 4.24 (Fn. 61), 4.40, 4.47 ff., 4.56, 4.170 ff., 5.60

und 1. Aufl. S. 487 f.

Abstraktionsprinzip 4.2, 7.116, 7.124

- bei Eigentumsvorbehalt 4.2
- bei Insolvenzanfechtung (§ 144 II InsO) 7.124
- bei § 81 I 3 InsO 7.116
- vgl. auch »Trennungsprinzip«

Abtretung der Forderung des Schuld-

- ners 4.9 f., 4.16 ff., 4.165, 4.184, 5.80** (Fn. 262), 8.6, 8.14, 9.51, 14.83, 14.110
- vgl. auch »Anweisung«, »Auskunftsanspruch«, »Pfandrecht«, »Sicherungs-
- zession«, »Zwangsvollstreckung«

Abtretungsverbot 3.44 (Fn. 142), 4.14

Abzahlungsgesetz

- vgl. »Verbraucherkreditgesetz«
- akzessorische Sicherungsrechte 3.44** Fn. 142
- vgl. auch »Bürgschaft«, »Grundpfandrecht«, »Pfandrecht«, »Vormerkung«

Anfechtung

- durch Gläubiger 9.113
- durch Insolvenzverwalter (§§ 129 ff. InsO) 3.58, **4.4**, 4.107 (Fn. 263), **4.130 ff.**, 5.3, **7.120 ff.**, 9.83 f., **9.93 f., 9.95 ff.**, **10.18 ff.**, 11.6 f., **14. 87 ff.**
- Schicksal der Gegenleistung **7.120 ff.**, **10.19 ff.**
- durch vorläufigen Insolvenzverwalter 14.115 ff.
- der Wahlrechtsausübung **4.56 f., 4.75 f., 4.136 (mit Fn. 357)**, 4.169, 4.174, **4.176**, 4.178 *und 1. Aufl. S. 474 f.*

Annahme

- vgl. »Abnahmepflicht«

Annahmeverzug

- vgl. »Gläubigerverzug«

Anrechnungspflicht 5.43 f. *und 1.*

Aufl. S. 476 f., 481, 484

- vgl. auch »Differenzmethode«

Anschlußkonkurs 3.32, 12.24 (Fn. 59),

13.70 (Fn. 142), 13.106 f.

Anwartschaft 4.2, 4.41

- vgl. auch »Eigentumsvorbehalt«, »Vor-
- behaltkauf«, »Vormerkung«

Anweisung einer Forderung 2.20, 2.79

und 1. Aufl. S. 87 Fn. 21.

- vgl. auch »Abtretung«, »Zwangsvollstreckung«

Arbeitsvertrag

- vgl. »Dienstvertrag«

Arztvertrag 4.11

Aufforderung nach § 103 II 2 InsO 2.3,

- 3.37 ff., 4.55 (Fn. 153), 4.110, 4.142 f., 4.181 f., 12.24, 13.106, 14.106 ff. *und 1. Aufl. S. 93 ff., 449, 475*

- vgl. auch »Säumnis«
- Aufhebung von Rechtsverhältnissen des Schuldners**
- vgl. »Beendigung«
- Auflassung** 4.91, 4.94 f.
- vgl. auch »Grundstücksgeschäfte«, »Vormerkung«, »Abnahmepflicht«
- Aufrechnung**
- im Insolvenzverfahren 2.67 f., 4.52 (Fn. 147), 4.58 ff., 4.117 f., 4.156, 4.184 (Fn. 501), 5.38, 5.60, 5.94, 8.24, 10.7 (Fn. 22) und *1. Aufl. S. 176 f. (Fn. 78), 390*
- nach Insolvenzplan 12.16 f.
- nach Zwangsvergleich 12.16 f.
- und Vergleichsverfahren 12.16
- Auftrag** 4.141, 5.52 (a. E.), 5.148, 14.15 ff.
- Auskunftsanspruch**
- des Insolvenzverwalters
- – gegen den Schuldner 4.175 f., 4.182
- – gegen den Vertragspartner **4.183 ff.**
- gegen Pfändungsgläubiger 4.184 f. Fn. 505
- des Zessionars gegen Insolvenzverwalter *1. Aufl. S. 95 f.*
- Aussonderung** 7.3 ff., **7.30 ff.**
- vgl. auch »Rückforderungsrecht«, »Verfolgsrecht«, »Vindikation«
- Austauschmethode** 4.116 ff., 5.36, **5.50 ff.**, 6.18 (Fn. 59), 8.21, 8.44 und *1. Aufl. S. 246 f. (Fn. 8), 470 f.*
- Ablehnung im Einzelfall **5.58 ff.**, 9.43 (Fn. 133) und *1. Aufl. 470 f., 477 f.*
- vgl. auch »Differenzmethode«
- Aval** 3.44 Fn. 142
- vgl. auch »Bürgschaft«

- Bauträger**
- vgl. »Vormerkung«
- bedingte Forderungen** 4.126, 5.13, 5.62 f., 5.123 ff., 5.138, 7.17 f., 7.28, 10.8 ff., 13.117
- Beendigung von Rechtsverhältnissen** 2.83 f., 5.29 f., 6.6 ff., 6.14 ff., 7.7, 7.11 ff., 7.23 f., 9.62 ff., 14.3 ff.
- Forderung wegen der ... 5.29 f., **6.14 ff.** und *1. Aufl. S. 479*
- vgl. auch »Nichterfüllung«, »Kündigung«, »Rücktritt«
- Bereicherungsanspruch** 2.94 f., 4.53, 4.114, 4.119 (Fn. 315), 4.126, 5.30, 5.45 ff., 5.112, 5.114, 9.4 ff., 9.14 ff., 14.68 ff. und *1. Aufl. S. 484*
- als Insolvenzforderung 2.95, 4.126, 7.90, 7.97, 7.108, 7.113 ff., 7.126 ff., 14.68 ff.
- als Masseverbindlichkeit 2.95, 4.53, 4.126, 7.90, 7.97, 7.104, 7.108 f., 7.113 ff., 7.126 ff., 14.68 ff.
- mit Aussonderungskraft 7.30 (mit Fn. 80), 7.97
- während des Eröffnungsverfahrens 14.68 ff.
- vgl. auch »condictio«, »Rückabwicklungsschuldverhältnisse«, »Rückforderungsrecht«
- Berichtstermin**
- Begriff 3.46
- Aufschub der Wahlrechtsausübung (§ 107 II InsO) **3.46, 7.56 ff.**, 7.66
- Besitzrecht**
- des Mieters/Pächters **6.21 ff.**, 9.75
- des Schuldners (Insolvenzverwalters) 4.174 (Fn. 473), **7.32 ff.**
- des Vertragspartners **6.21 ff., 9.68 ff.**, 9.83 f.
- des Vorbehaltskäufers 9.81
- des Vormerkungsgläubigers 9.82
- bei Grundstücken 6.21 ff., 9.4 (Fn. 9), 9.68 (mit Fn. 198 f.), 9.74 f. (mit Fn. 211), 9.82, 10.17
- bei Mobilien 9.68 (mit Fn. 198 f.), 9.75 ff., 10.17
- Billigkeit**
- vgl. »Treu und Glauben«
- Bürgschaft** 2.88, 3.44 (Fn. 142), 5.51, 5.61, 7.12 (Fn. 29), 8.2 (Fn. 7), 8.7, 9.64, 12.2 f.

- code civil** 2.54, 2.74 (Fn. 158), 2.75 (Fn. 161), 7.15, 7.73
- vgl. auch »französisches Recht«
- condictio**
- ob causam datorum 9.10, 9.24
- ob causam finitam 9.16 ff.
- ob rem 9.18 ff., 9.49 ff., 9.66, 9.93
- vgl. auch »Bereicherungsanspruch«

- Dauerschuldverhältnis** 3.45, 4.165, **6.1 ff., 14. 33 ff.**
- Dienstvertrag** 4.11 ff., 5.29, 5.148, **6.1 ff.**, 13.87 und *1. Aufl. S. 230 ff., 245 ff.*
- Anwendbarkeit des § 103 InsO **6.11 ff.** und *1. Aufl. S. 231 ff., 245 ff.*
- Kündigung 4.11 (Fn. 39), 6.6 ff.
- Rücktritt 6.9 (Fn. 19)
- vgl. auch »Dauerschuldverhältnis«

- Differenzmethode (insbes. beim Schadensersatz)** 4.116 ff., 5.21 f., **5.40 ff.**, **5.58 ff.**, 6.18 (Fn. 59), 8.44 f., 9.43 f. (mit Fn. 133), 9.107, 13.127 *und* 1. *Aufl. S. 246 f.* (Fn. 8), 470 f., 476 ff.
- bei Schätzwertforderungen (§ 69 KO / § 34 VerglO / § 45 InsO) **4.117 f.**, **5.21 f.**, **5.40 ff.**, 5.58 ff., 13.127
 - bei Rückabwicklungsschuldverhältnissen **4.116 ff.**, 4.127
 - nach Insolvenzplan 12.17 f., 13.127
 - nach Zwangsvergleich 12.17 f.
 - vgl. auch »Anrechnungspflicht«, »Austauschmethode«, »Fixgeschäft«, »Saldotheorie«
- Eigentumsvorbehalt** 2.74 f. (mit Fn. 158), 2.88, 3.46, 4.40 (Fn. 105), 4.41, **4.101 ff.**, 4.119 ff., 4.128, 7.11 f., 7.30 ff., **7.37 ff.**, 7.66, 7.72 ff., 9.1 (Fn. 3), **9.58 ff.**, 9.81, 9.111, 10.17, 12.31 (Fn. 85) *und* 1. *Aufl. S. 487 f.*
- erweiterter 2.63, 4.161, **4.166 ff.**, 4.180 f., 7.34 *und* 1. *Aufl. S. 487 f.*
 - verlängerter 4.47 f., 7.33 (Fn. 81)
 - vgl. auch »Anwartschaft«, »Berichtstermin«, »Besitzrecht«, »Rücktrittssperre«, »Vorbehaltskauf«, »Vindikation«, »Verfolgungsrecht«
- Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO)** 3.58, 5.90, 13.90 ff., 13.102 ff., 13.106
- Einkaufskommissionär**
- vgl. »Verfolgungsrecht«
- Einrede des nicht erfüllten Vertrages**
- vgl. »Zug-um-Zug-Einreden«
- Einziehungsermächtigung** 4.46 ff., 4.56
- Energielieferungsvertrag** **4.152 ff.**, **4.158 ff.**, **14.42** (mit Fn. 78), **14.61** (mit Fn. 124), **14.89 ff.**
- Erbe**
- vgl. »Nachlaßinsolvenzverfahren«, »Nachlaßverbindlichkeit«
- Erbschaft**
- vgl. »Neuerwerb«
- Erfüllung (Begriff)** 4.2 ff., 4.107 ff.
- Erfüllung »als Insolvenzforderung«** **3.51 ff.**, 5.9, **5.14 ff.**, **5.31 ff.**
- vgl. auch »Nichterfüllung«
- Erfüllung vor Verfahrenseröffnung**
- durch den Schuldner 4.2 ff., **4.88 ff.**, 8.89 f.
 - durch den Vertragspartner 2.81, **4.101 ff.**, 7.93 f., 9.90 *und* 1. *Aufl. S. 245 f.* (mit Fn. 4), 482 f.
 - durch vorläufigen Insolvenzverwalter **14.84 ff.**
- Erfüllung während des Eröffnungsverfahrens** **14.30 ff.**, **14.84 ff.**
- Erfüllung während des Insolvenzverfahrens**
- durch den Schuldner **2.85 ff.**, 4.88, 7.59 f.
 - durch den Vertragspartner 4.2, 5.11, **5.50 ff.**, **7.87 ff.**, 7.110 ff., 8.6 ff.; vgl. auch »Austauschmethode«
 - durch Eigentumsanwärter 2.88, 7.61 f.
 - durch Dritte **2.86**, **2.88**, 2.93 f., 4.88, 7.59, 7.61 f.
 - durch Insolvenzverwalter **2.12 ff.**, **2.76 ff.**, **2.96**, **4.5**, **4.7**, **4.9**, **5.78 ff.** *und* passim
 - durch Zessionar der Gegenforderung 4.55 (Fn. 153)
- Erfüllung nach Verfahrensbeendigung** **3.35 f.**, **3.40 f.**, 7.49
- Erfüllungsablehnung des Schuldners** 5.102, 5.107 f., 5.137 f.
- nach Insolvenzplan 12.24
 - nach Zwangsvergleich 12.24
 - vgl. auch »Eigenverwalt«», »Vergleichsverfahren«
- Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters**
- Rechtsgrundlage 1.3 ff., **3.1–3.58**, **4.15** *und* passim
 - Wirkungsweise 1.2 ff., **3.1–3.58**, **5.1–9.94**
 - – bei Insolvenz des Gegners 9.57, **11.3 ff.**
 - – bei Insolvenzplan **12.7 ff.**
 - – bei Zwangsvergleich **12.7 ff.**
 - Treu und Glauben 4.2, 4.90 f., 4.102, 4.107 (Fn. 272), 9.89 (Fn. 249)
 - vgl. auch »Nichterfüllung«
- Erfüllungsablehnung des Vergleichsschuldners**
- vgl. »Vergleichsverfahren«
- Erfüllungsablehnung des vorläufigen Insolvenzverwalters** **14.83**, **14.105 ff.**
- Erfüllungsanspruch**
- des insolventen Schuldners 2.7, **3.38 ff.**, 4.47 ff., **8.1 ff.**, 9.22
 - des Insolvenzverwalters 2.7, 3.37, 4.5 f., 4.10 ff., 4.16 ff., 4.97 f., 8.1 ff., 8.10 ff., 8.40 ff.
 - – Verwertung durch Einziehung **2.7 ff.**
 - – Verwertung durch Veräußerung 8.6, 9.92 (Fn. 260) *und* 1. *Aufl. S. 96*
 - des vorläufigen Insolvenzverwalters **14.30 ff.**, **14.83**, **14.105 ff.**, **14.118 ff.**

- des Vertragspartners
- als Insolvenzforderung **5.1 ff., 5.14 ff., 5.31 ff., 12.7 ff., 12.19 ff., 12.25 ff.**
- als Masseverbindlichkeit 2.2, 2.5, **6.1 ff. und 1. Aufl. S. 474**
- als Vergleichsforderung 12.7 ff., 12.19 ff., 12.25 ff., 13.85 ff. *und 1. Aufl. S. 473 f.*
- insolvenzrechtliche Umgestaltung **3.25 ff., 3.35 ff., 3.42 ff., 3.48 ff., 5.23 ff., 5.94 ff.**, 5.121, 12.16 ff. *und 1. Aufl. S. 484*

Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters

- Rechtsfolgen **2.2, 2.5, 4.165, 4.167 ff., 4.175 ff.**, 4.99 f., 8.20, **8.35 ff.**, 12.6, 14.53
- bei Beschränkung auf Teilleistungen 4.57, **4.165, 8.36 ff.**
- bei Insolvenz des Gegners **11.2, 11.8 ff.**
- bei Unmöglichkeit der eigenen Leistung 8.20
- unter Vorbehalten **4.176 ff.**, 8.38, 11.20 *und 1. Aufl. S. 475*
- unberechtigtes 2.2, **4.9 ff., 4.16 ff., 4.36, 4.45 ff., 4.55 ff., 4.58 ff.**, 4.109
- Genehmigung durch Gläubigerausschuß 2.2, 3.30
- Untersagung durch Gericht 2.2
- Widerruf **4.56 f., 4.75 f., 4.136, 4.143**, 4.169, 4.174, 4.176, 4.178 *und 1. Aufl. S. 474 f.*
- Anfechtung **4.56 f., 4.75, 4.136 (mit Fn. 357)**, 4.169, 4.174, **4.176**, 4.178 *und 1. Aufl. S. 474 f.*
- Willensmängel 14.75 (mit Fn. 162 f.); vgl. auch soeben bei »Anfechtung«, »Widerruf«

Erfüllungsverlangen des vorläufigen Insolvenzverwalters **14.31 ff., 14.51 ff., 14.75 (Fn. 164)**

Erfüllungsverlangen des Schuldners

- während des Verfahrens **8.1 ff.**
- nach Insolvenzplan **12.21 ff.**
- nach Verfahrensbeendigung **3.40**, 7.49, 9.22, 12.21 ff. *und 1. Aufl. S. 454, 472 (Fn. 7)*
- nach Zwangsvergleich **12.21 ff.**
- im Vergleichsverfahren 13.90 ff.
- nach Vergleichsverfahren 13.89 *und 1. Aufl. S. 454*
- vgl. auch »Eigenverwaltung«

Erfüllungsverlangen des Vergleichsschuldners **13.88 ff., 13.112 ff.**

- vgl. auch »Vergleichsverfahren«
- #### **Erfüllungsverlangen des Vertragspartners**
- vgl. »Erfüllungsanspruch des Vertragspartners«

Erfüllungsversprechen

- des Insolvenzverwalters **4.109 ff.**, 13.75 (Fn. 163)
- des vorläufigen Insolvenzverwalters **14.72 ff.**

Erfüllungszusage vgl. »Erfüllungsversprechen«

Eröffnungsverfahren **14.1 ff. exceptio rei venditae et traditae**

- vgl. »Besitzrecht«

Factoring 4.45

Finanztermingeschäft

- vgl. »Fixgeschäft«, »Netting«

Fixgeschäft (§ 18 KO / § 104 InsO) 5.24 ff., 5.41, 5.52, 5.60, **5.117 ff. und 1. Aufl. S. 470, 478 f.**

Forderungsverletzung, positive 5.96 f., 5.102, 5.108, 5.138, 9.27 ff.

Forderungszuständigkeit

- des Insolvenzverwalters **4.10 ff.**
- des Schuldners »vgl. »Eigenverwaltung«
- des vorläufigen Insolvenzverwalters 4.46 (Fn. 129 a), 14.45, 14.53 (Fn. 107), 14.63 ff., 14.66 (Fn. 138), 14.112 f., 14.122 ff.

Frachtvertrag 14.2 ff., 14.17 ff.

französisches Recht 2.10, 2.54, 2.74 (Fn. 158), 7.13 ff., 7.73, 9.60 (Fn. 172)

Freigabe

- des Erfüllungsanspruchs 4.50 (Fn. 140), **8.1 ff.**, 8.9
- von erfüllungstauglichen Gegenständen 5.81, 5.84 (Fn. 275), 5.86, 5.88 f.

Gegenleistung

- für anfechtbare Rechtshandlungen **4.130 ff., 7.120 ff.**
- für unwirksame Rechtshandlungen **4.131 f., 7.113 ff.**
- vgl. auch »Inanspruchnahme«, »Zugum-Zug-Einreden«

Gegenseitigkeit vgl. »Synallagma«

Gegenseitigkeitsprivileg 13.3 ff.

Geldwertforderung

- vgl. »Schätzwertforderung«

gemeines Recht 2.56, 7.13

Gesamtschuld

- vgl. »Mitschuldner«
- Gesamtvollstreckungsordnung** 1.13
- Geschäftsaufsichtsverordnung** 3.32
 - (Fn. 91), 12.30, 13.14 ff., 13.40 ff., 13.63 (Fn. 131)
- Geschäftsbesorgungsvertrag**
 - vgl. »Auftrag«
- Geschäftsbücher** 4.176, 4.182
- Geschäftsgrundlage** 9.25, 9.49 f.
- Gesellschaftsrecht** 14.42
 - vgl. auch »offene Handelsgesellschaft«
- Gesetzgebungsvorschläge**
 - vgl. »Reform«
- Gewährleistung**
 - vgl. »mangelhafte Leistung«
- Gewinn, entgangener** 5.22, **5.26**, **5.28 ff.**, **5.64 ff.**, **5.72 ff.**, **5.116 ff.**, 5.129, 6.14 ff., 13.3 ff. (Fn. 5), 13.75, 13.126 ff. *und I.* *Aufl. S. 478*
- Gläubigeranfechtung** vgl. »Anfechtung«
- Gläubigerausschuß** 2.2, 3.30, 13.21, 13.30
 - im Eröffnungsverfahren? 14.110 (Fn. 285)
 - vgl. auch »Gläubigerversammlung«
- Gläubigerversammlung** 2.2, 3.30, 13.21, 13.30
 - vgl. auch »Gläubigerausschuß«
- Gläubigerverzug**
 - des Insolvenzschuldners bzw. Insolvenzverwalters 4.134, 5.51, 5.54, 5.103 *und I. Aufl. S. 477 f.*
 - des Vertragspartners 5.13 (Fn. 39), 5.110 f., 5.114
- Grunderwerbsteuer** 10.8
- Grundpfandrecht** 2.88, 3.44 (Fn. 142), 12.2 f., 12.32
- Grundstücksgeschäfte** 4.3 (Fn. 10), 4.94 ff., 6.21 ff., 7.91 ff., 9.4 (Fn. 9), 9.68 f. (mit Fn. 198 f.), 9.74 f., 9.82, 10.1 ff., 13.73 (Fn. 147), 14.76
 - vgl. auch »Abnahmepflicht«, »Besitzrecht«, »Vormerkung«
- Haftung des Verwalters**
 - für falsche Wahlrechtsausübung 2.4 f., 4.85, 4.100
 - für Masseverbindlichkeit 2.5, 4.85
- höchstpersönliche**
 - Ansprüche des Insolvenzschuldners **4.11 ff.**
 - Leistungen des Insolvenzschuldners **2.96 ff.**, **5.139 ff.**
- Hypothek**
 - vgl. »Grundpfandrecht«
- Inanspruchnahme**
 - i. S. d. §§ 25 II 2, 55 II 2, 90 II Nr. 3, 209 II Nr. 3 InsO **14.47 ff.**
 - vgl. auch »Erfüllungsverlangen«
- Insolvenzforderung**
 - Rang 2.47 (Fn. 82), 5.134 ff., 5.147, 6.20, 12.3
 - Verfahren der Feststellung 5.10 ff., 5.31 ff., 5.34 ff.
 - vgl. auch »Bereicherungsanspruch«, »Erfüllungsanspruch«, »Rückforderungsrecht«, »Schadensersatz«
- Insolvenzgläubiger**
 - Vertragspartner als **5.1–5.149**, 12.7 ff., 12.19 ff., 12.25 ff., 13.88 ff., 14.5 ff.
 - Teilnahme am Insolvenzverfahren **3.35 ff.**
 - vor Wahlrechtsausübung des Verwalters **5.10 ff.**
 - mit Erfüllungsanspruch 5.10 ff., 5.14 ff., **5.31 ff.**
 - mit Schadensersatzanspruch **5.64 ff.**, **5.113 ff.**, 12.8 ff., 13.126 ff.
- Insolvenzplan** 3.32 (Fn. 92), 3.35, 3.40, 4.111, 5.5 ff., 5.87 (Fn. 292), 5.127 f. (Fn. 430), **12.1 ff.**, 13.88 ff. *und I.* *Aufl. S. 473, 476*
- Insolvenzverwalter**
 - endgültiger 1.1 ff.-12 ff.
 - vorläufiger 4.46 (Fn. 129 a), 12.24 (Fn. 59), **14.1 ff.**
 - vgl. »Anfechtung«, »Haftung«, »Wahlrecht«
- Kautionspflicht**
 - vgl. »Sicherheitsleistung«
- Kommission**
 - vgl. »Verfolgungsrecht«
- Konkursanfechtung**
 - vgl. »Anfechtung durch Insolvenzverwalter«
- Konkursfeststellungsverfahren**
 - vgl. »Insolvenzforderung«
- konkursfreier Erwerb**
 - vgl. »Neuerwerb«
- konkursfreies Vermögen** 2.87, 5.89, 5.93 f., 7.98
 - vgl. auch »Neuerwerb«
- »konkursfreie Verträge«** **4.11 ff.**, 14.42 (Fn. 75)
- Konkursteilnahme**

– vgl. »Insolvenzgläubiger«
konkursunwirksame Rechtshandlungen
(§ 7 KO / § 81 InsO)

– Schicksal der Gegenleistung 4.131 f.,
7.113 ff.

– vgl. auch »Anfechtung«

Kontrahierungszwang 4.152 ff., 14.91
(Fn. 214, 217)

Kreditrisiko **5.67 ff., 7.9, 7.17** (Fn. 45),
7.106 ff., **13.51 ff.**

Kreditsicherung

– vgl. »Sicherungsgeschäfte«

Kündigung

– eines Energielieferungsvertra-
ges 4.162 f.

– eines Frachtvertrages 14.4

– eines Miet-, Pacht- oder Dienstverhältnis-
ses **6.6 ff., 6.14 ff., 6.21 ff.**

– eines Werkvertrages 8.26 (mit Fn. 77),
8.46 (mit Fn. 117)

– eines Sukzessivlieferungsvertra-
ges 4.162 f.

– vgl. auch »Lösungsklausel«

Kündigungssperre (§ 112 InsO) 2.84,
3.46, 4.85, 4.113, 4.115 (Fn. 298), 6.13,
7.41, 7.58, 7.66, 14.45

– Miet- und Pachtverhältnisse 4.85, 4.163,
6.13

– analoge Anwendung auf Kaufverträ-
ge 3.46, 4.85, 4.113, 4.115 (Fn. 298),
7.41, 7.58, 7.66

– vgl. auch »Rücktrittssperre«

Leasing

– vgl. »Mietvertrag«

Lebensversicherung 2.70 (Fn. 150 a),
3.44 (Fn. 142)

Leistung

– vgl. »Erfüllung«

**Leistungshandlung/Leistungser-
folg** **4.2 ff.,**
4.107 ff., 4.168

Lösungsklausel 2.84, 4.58 (Fn. 161),
4.114 (Fn. 296), 14.78 (Fn. 169)

Mahnung und Nachfristsetzung 5.84,
5.95 ff., 5.130, 5.137 f., 8.32, 9.29, 9.32,
9.42 f.

– vgl. auch »Ablehnungsandrohung«,
»Schuldnerverzug«

mangelhafte Leistung 2.102, 13.119 ff.

– Minderung 13.123

– Nachbesserung 2.102

– Neuherstellung 2.102

– Wandelung 4.114

– Vergleichsverfahren 13.119 ff.

Masseverbindlichkeit

– vgl. »Bereicherungsanspruch«, »Erfül-
lungsanspruch«, »Rückforderungsrecht«

Mietvertrag 3.45, 4.11 (Fn. 39), 4.41,
5.29, **6.1 ff., 9.75 f., 13.87, 14.39 ff.,**
14.55 f.

– Anwendbarkeit des § 17 KO / § 103 In-
sO **6.6 ff., 6.11 ff. und 1. Aufl. S. 245 ff.**

– Besitzrecht 6.21 ff., 9.75

– Kündigung **6.6 ff., 6.14 ff., 6.21 ff.**

– Rücktritt 6.6, 6.14 ff. *und 1.*

Aufl. S. 246 ff.

– vgl. auch »Dauerschuldverhältnis«,

»Wohnraummiete«

Mitschuldner 12.2 f.

– vgl. auch »Bürgschaft«

Nachfristsetzung

– vgl. »Mahnung«

Nachlabinsolvenzverfahren 2.87, 5.89,
5.93, 7.98 (Fn. 272), 7.103 (Fn. 290), 9.64
(Fn. 184)

Nachlabverbindlichkeit 2.87, 5.89, 5.93

Nebenpflichten **4.91 ff.**

– vgl. auch »Abnahmepflicht«

Netting (§ 104 II 3 InsO) 4.157

**Neuerwerb, Frage der Massezugehörig-
keit** 2.87, **2.90 ff., 2.94** (Fn. 216), **2.97 ff.,**

5.89 (Fn. 298), 5.128 (Fn. 431), 6.6

(Fn. 7), 7.109 (Fn. 302), 7.116 ff. (mit

Fn. 311, 317 f., 322, 330)

**Nichterfüllung i. S. d. § 26 KO / §§ 103 II 1,
105 Satz 2 InsO**

– Begriff **3.48 ff., 5.1, 5.4, 5.8 f., 5.16 f.,**
5.23 f., 7.15 und 1. Aufl. S. 464, 479 f.

– Forderung wegen der . . . 5.1 ff., **5.8 f.,**
5.14 ff., 6.14 f., 13.126 ff.

– vgl. auch »Erfüllungsablehnung des In-
solvenzverwalters«, »Aufhebung von
Rechtsverhältnissen«

offene Handelsgesellschaft 2.87, 2.94
(Fn. 216), 3.40 (Fn. 131), 5.89 (Fn. 301),
5.93, 8.2 (Fn. 6)

österreichisches Recht 2.47 (Fn. 81), 2.57
(mit Fn. 113, 115), 4.94 (Fn. 231), 4.95
(mit Fn. 234, 236), 5.28, 7.5 f., 7.54
(Fn. 129), 7.68, 7.73 (Fn. 199), 7.84, 9.9,
13.8, 13.43 (mit Fn. 92), 13.129 (Fn. 261),
13.140, 14.91 (Fn. 220), **15.4 ff.**

Pacht

- vgl. »Mietvertrag«
- Pfandgläubiger** 2.48, 2.88, 4.161, 12.2 f., 12.32 *und I. Aufl. S. 487f.*
- Pfandrecht am Erfüllungsanspruch** 4.10, 4.16, 4.50, 4.184
- vgl. auch »Anweisung«, »Zwangsvollstreckung«
- positive Vertragsverletzung** 5.96 f., 5.102, 5.108, 5.138, 9.27 ff.
- preußisches Recht** 5.3 (Fn. 6), **5.28 ff.**, 5.134 (mit Fn. 451), 6.16 (Fn. 47), **7.5 f.**, **7.13**, **7.15**, 9.9, 12.34 f., 12.36 (Fn. 97), 13.28 (Fn. 55), **15.1 ff.**
- Reformvorhaben** 4.13 (Fn. 41 a), 14.40 (Fn. 59), 14.65 (Fn. 133), 14.125 (Fn. 321)
- vgl. auch »Schuldrechtsreform«
- Reformvorschläge, eigene** 4.164, 4.173, 7.19 ff., 7.29, 7.63 (Fn. 150), 9.95 ff., 9.113, 13.102 ff., 14.43 ff. *und I. Aufl. S. 70, 448, 460 ff.*
- Reorganisationsplan** 12.27 (Fn. 64)
- vgl. auch »Insolvenzplan«, »Reorganisationsverfahren«, »Sanierungsverfahren«
- Reorganisationsverfahren** 13.40 (Fn. 84), 13.44
- vgl. auch »Insolvenzplan«, »Sanierungsverfahren«
- Restschuldbefreiung** 3.35, 3.40, 4.111, 5.87 (Fn. 292) *und I. Aufl. S. 70, 473 mit Fn. 7*
- vgl. auch »Insolvenzplan«
- Revindikation** 7.14 f., 7.73
- Rückabwicklungsschuldverhältnisse** **4.114 ff.**, **7.20**, 7.132 f., 13.115 ff.
- Rückforderungsrecht des Insolvenzverwalters** 4.43, 4.52, 4.74, 4.91, 4.102, **4.114 ff.**, 4.136, 7.132 f., 8.11 ff., **9.1 ff.**, **10.14 ff.** *und I. Aufl. S. 481 ff.*
- bei Insolvenz auch des Gegners 9.57
- bei bei vertragsübergreifendem Zurückbehaltungsrecht des Gegners 4.136, **9.88**
- vgl. auch »Verfolgungsrecht (Schicksal der Gegenleistung)«, »Vindikation«
- Rückforderungsrecht des Vertragspartners** 4.104 ff., **4.114 ff.**, **7.1 ff.**, 13.115 ff. *und I. Aufl. S. 480*
- als Insolvenzforderung 4.115, 4.126 ff., **7.8 ff.** *und I. Aufl. S. 480*
- als Masseverbindlichkeit **4.114 ff.**, **7.20**, **7.87 ff.**
- als Vergleichsforderung 13.115 ff. *und I. Aufl. S. 454 ff., 480*
- mit Aussonderungskraft **4.105 ff.**, 4.119 f., 7.14 f., **7.30 ff.**
- Abwendungsbefugnis des Verwalters **4.104 ff.**, 7.52 ff., **7.75 ff.**, 7.89, 7.94 f., 7.118 f.
- vgl. auch »Verfolgungsrecht«, »Vindikation«, »Revindikation«
- Rückschlagsperre (§ 88 InsO)** 4.50 (Fn. 141)
- Rücktritt** 4.114 ff.
- des Insolvenzverwalters **4.126 ff.**, 14.141
- des Vertragspartners 2.7, **4.17 ff.**, 2.83 f., 3.13, 4.85 f., 4.112 f., 4.163, **5.101 f.**, 7.3 ff., **7.11 ff.**, **7.23 f.**, 7.63 ff., 7.97 ff., 9.62 ff., 13.67, 13.115 ff., 14.141, 14.143, 14.145 *und I. Aufl. S. 246 f., 481, 483 f.*
- Vergleichsverfahren 13.67, 13.115 ff.
- vgl. auch »Mietvertrag«
- Rücktrittssperre analog § 112 InsO** 2.18, 2.84, 3.46, 4.85, 4.113, 4.115 (Fn. 298), 7.12 (Fn. 22), 7.41, 7.58, 7.66, 14.145
- Sachsenmilchurteil** 4.149 (Fn. 387)
- Saldotheorie** 4.114, 5.45 ff., 9.17
- Sanierungsverfahren** 3.32 (Fn. 92) *und I. Aufl. S. 460 ff., 472 ff.*
- vgl. auch »Insolvenzplan«, »Reorganisationsverfahren«, »Reorganisationsverfahren«
- Säumnis i. S. d. §§ 103 II 3, 107 II InsO** **3.37 ff.**, 3.46, 4.142 f., **4.181 ff.**, 5.42, 7.56 ff., 7.66, 11.3, 13.106, 14.106 ff. *und I. Aufl. S. 475*
- vgl. auch »Aufforderung«, »Berichtstermin«
- Schadensersatz**
- Nichterfüllungsschaden **5.14 ff.**, **5.64 ff.**, **5.113 ff.**, 6.14 ff., 9.96, 9.105 ff., **13.126 ff.** *und I. Aufl. S. 478, 479*
- Verzögerungsschaden **5.134 ff.**, 5.147, 6.20
- wegen Kündigung oder Rücktritts **6.14 ff.**
- vgl. auch »Anrechnungspflicht«, »Gewinn«, »Schätzwertforderung«, »Schuldnerverzug«
- Schätzwertforderung (§ 69 KO, § 34 VerglO / § 45 Satz 1 InsO)** **3.50 ff.**, 5.8 f., **5.14 ff.**, **5.72 ff.**, 5.113, 13.126 ff.
- Schenkung** 9.94 ff.
- Schuldbefreiung**

- vgl. »Restschuldbefreiung«
- Schuldnerverzug**
- des Verfahrensschuldners bzw. Insolvenzverwalters
2.18, 2.87, 4.112 f., 4.162 f., **5.84 ff.**,
5.89 ff., 5.107, **5.123 ff.**, 6.20, 7.11 f.,
7.38 ff., 9.34 ff.
- des Vergleichsschuldners 13.137
- des Vertragspartners 13.62
- vgl. auch »Rücktrittssperre«, »Vertragsstrafe«, »Verzugsschaden«, »Verzugszinsen«
- Schuldrechtsreform** 2.23 (Fn. 37), 5.74 (Fn. 248 a), 5.116, 7.63, 9.25, 9.42 f. und Vorwort
- Schwebzustand** 5.6, 13.42 (Fn. 90)
- Sequester** 4.78, 12.24 (Fn. 59), 14.44, 14.72 (Fn. 153), 14.82, 14.93 (Fn. 229, 233)
- Sicherheitsleistung** 2.14, **2.22 ff.**, 2.34, 2.82
- Sicherungsgeschäfte**
- vgl. »Bürgschaft«, »Eigentumsvorbehalt«, »Grundpfandrecht«, »Pfandrecht«, »Sicherungsübereignung«, »Sicherungszession«
- Sicherungsübereignung** 4.161, 4.171 f. und *1. Aufl. S. 487 f.*
- Sicherungszession** 4.18, 4.24 (mit Fn. 61), 4.29, **4.45 ff.**, **4.56**, 4.165
- vgl. auch »Abtretung«
- Steuerberater** 2.66 (Fn. 144)
- Sukzessivlieferungsvertrag**
- Begriff 4.147
- Insolvenzverfahren **4.158 ff.**, 4.167, 6.11 f., 7.21 ff.
- Konkursverfahren **4.146 ff.**, 4.167, 6.11 f.
- Vergleichsverfahren 13.66 ff., 13.108 ff.
- Surrogation**
- »dingliche« **4.37 ff.**, 4.49, 4.55
- »schuldrechtliche« 5.110 f.
- Surrogationsmethode**
- vgl. »Austauschmethode«
- Synallagma** 4.92 ff., 12.13 ff., 14.42
- teilbare Leistungen** **4.34**, 4.69, 4.158 ff., 9.33 ff., 13.67 ff., 13.108 ff.
- Teilleistungen**
- Vergütung 2.100 ff., **4.158 ff.**, **8.10 ff.**, 13.67 ff., 13.108 ff.
- vgl. auch »Erfüllungsverlangen«, »Rückforderungsrecht«, »Sukzessivlieferungsvertrag«, »Vergleichsverfahren«
- Transportauftrag** vgl. »Frachtvertrag«
- Trennungsprinzip** 2.54, 2.74 (Fn. 158), 2.75
- vgl. auch »Abstraktionsprinzip«
- Treu und Glauben (§ 242 BGB)** 4.90 f., 4.102, 8.13 f., 8.24, 9.42 ff., 9.49, 9.66, 9.86, 9.89 (Fn. 249), 9.91 ff., 9.105, 14.99
- Übergangsrecht** 1.10 ff., 7.84 ff.
- Unentgeltliche Leistung** **9.94 ff.**
- Unmöglichkeit, objektive oder subjektive**
- durch Insolvenzverfahren bedingte **5.76 ff.**, 5.96, 5.105 ff., 5.114, 5.129, **6.27 ff.**, 7.12, 8.15 ff. (bes. **8.22 ff.**), 8.46 f., **9.33 ff.**
- (un-)verschuldete 5.76, **5.86 f.**, 5.114, 5.129, 5.144, 12.33 (mit Fn. 91)
- bei Geldforderungen **5.84**, **5.87**, **9.39 ff.**, **9.47 ff.**, 9.86, 12.33 (mit Fn. 91)
- Unwirksamkeit von Rechtshandlungen**
- vgl. »Anfechtung«, »konkursunwirksame Rechtshandlungen«
- Verbraucherkreditgesetz** 4.128 (Fn. 342); **7.63 ff.**, 9.59
- Verdingungsordnung für Bauleistungen**
- vgl. »VOB«
- Verfolgungsrecht (§ 44 KO)** 2.74, **4.104 ff.**, **7.50 ff.**, **7.68 ff.**, 7.99 ff., 11.5
- Abschaffung durch InsO 7.84 ff., 9.67
- Abwendungsbefugnis des Verwalters 4.105 f., **7.75 ff.**
- Schicksal der Gegenleistung **9.58 ff.**
- Vergleichsverfahren *1. Aufl. S. 269 f.*
- Vergleichsverfahren nach der KO**
- vgl. »Zwangsvergleich«
- Vergleichsverfahren nach der Ver-
glO** 1.9, 1.12, **3.25 ff.**, 4.94 f., 5.5, 5.32, 5.128 (Fn. 430), 11.21, 12.12, 12.16, 12.30, 12.31 (Fn. 86), 12.33 (Fn. 90 f.), **13.1 ff.** und *1. Aufl. S. 269 f., 412 ff.*
- Anschlußkonkurs 3.32, 12.24 (Fn. 59), 13.70 (Fn. 142), 13.106 f.
- Aufforderung analog 17 II KO 13.106
- Aufrechnung 12.16
- Betroffenheit des Vertragspartners 3.25 ff., 13.1 ff., 13.80 ff.
- Dienstverträge 13.87
- Eigentumsvorbehalt 13.70
- Erfüllungsablehnung **3.25 ff.**, 5.5, 11.21, 13.3, 13.6, 13.17 ff., 13.60 ff. (mit Fn. 131), 13.106 f. und *1. Aufl. S. 6, 457*

- Ermächtigung des Vergleichsgerichts 3.30, 13.3, 13.6, 13.17, 13.19 ff., 13.61 ff. *und I. Aufl. S. 461 f., 465, 469*
- Zeitpunkt 13.71 ff. *und I. Aufl. S. 463*
- Erfüllungsverlangen des Schuldners
- während des Verfahrens 13.88 ff., 13.112 ff.
- nach Verfahrensende 13.89 *und I. Aufl. S. 454*
- Fixgeschäft *I. Aufl. S. 478 f.*
- mangelhafte Leistung (§ 36 III VergIO) 13.119 ff.
- Miete 13.87
- Pacht 13.87
- Nichtigkeit von Bestimmungen der VergIO 1.12, 3.30 ff., 12.30, **13.37 ff.** *und I. Aufl. S. 426 ff., 458, 460*
- Reformvorschläge *I. Aufl. S. 460 ff., 472 ff.*
- Rückabwicklungsschuldverhältnisse 13.115 ff.
- Rücktritt 13.67, 13.115 ff.
- Säumnis analog § 17 II KO 13.106
- Schadensersatz 13.3 ff., 13.75, 13.126 *und I. Aufl. S. 465 ff., 478*
- Schätzwertforderung 13.5 f., 13.75, 13.126 ff. *und I. Aufl. S. 465 ff., 478*
- Sonderbegünstigung einzelner Gläubiger 13.92 ff.
- Stimmrecht *I. Aufl. S. 463, 475 ff.*
- Sukzessivlieferungsvertrag 13.66 ff., 13.108 ff.
- teilbare Leistungen (§ 36 II VergIO) 13.67 ff., 13.108 ff.
- Teilleistungen 13.64 ff., 13.67 ff., 13.108 ff.
- Vergleichsgläubiger 13.1 ff., 13.80 ff. *und I. Aufl. S. 468 ff.*
- Verzug des Vergleichsschuldners 13.137
- Verzug des Vertragspartners 13.62 (mit Fn. 129)
- Vollstreckungsverbot 13.30 ff.
- Vorbehaltskauf 13.70
- Wiederkehrschuldverhältnis 13.70
- Zug-um-Zug-Einreden 12.31 (mit Fn. 86), 12.33 (Fn. 90 f.), 13.59, 13.113 f. *und I. Aufl. S. 451 ff.*
- Verlagsvertrag** 3.13 ff.
- Versendungsverkauf** 2.74, 4.3
 - vgl. auch »Verfolgungsrecht«
- Vertrag**
 - einseitig verpflichtender 3.23 f., **4.141**, 4.144
 - gegenseitiger 4.92
 - »zweiseitiger« 4.92 Fn. 226
 - vgl. auch »Erfüllung«, »Zeitpunkt«
- Vertragsstrafe** 5.129, 5.134
- Vertragsverletzung, positive** 5.96 f., 5.102, 5.108, 5.138, 9.27 ff.
 - vgl. auch »Unmöglichkeit«, »Schuldnerverzug«
- vertretbare (unvertretbare) Leistung** 2.16 f., **2.96 ff.**, **5.139 ff.**
- Verzug**
 - vgl. »Gläubigerverzug«, »Schuldnerverzug«
- Verzugsschaden** **5.134 ff.**, 5.147, 6.20
- Verzugszinsen** 5.134 ff., 5.147
- Vindikation**
 - des Insolvenzverwalters 5.21 f., 2.61 ff., 4.102, **9.68 ff.**, 9.83 f., 11.5 f.
 - des Vertragspartners 4.104 ff., 4.119 ff., 7.11 f., **7.31 ff.**
 - Insolvenz beider Parteien 4.124, 11.5
 - vgl. auch »Besitzrecht«, »Revindikation«, »Verfolgungsrecht«
- VOB** 4.58 (Fn. 161), 8.26 (Fn. 73, 77), 8.46 (Fn. 117)
- Vorbehaltskauf**
 - Insolvenz des Käufers 4.47, **4.107 ff.**, 4.119 ff., **4.166 ff.**, 7.11 f., 7.35 ff., **9.58 ff.**, 9.89 (Fn. 247)
 - Insolvenz des Verkäufers **4.2**, 4.102, 4.128, 9.81
 - Insolvenz beider Parteien 4.124
 - Vergleichsverfahren 13.70
 - vgl. auch »Eigentumsvorbehalt«, »Vindikation«
- vorläufiger Insolvenzverwalter** vgl. »Erfüllungsverlangen«, »Forderungszuständigkeit«, »Insolvenzverwalter«
- Vorleistungen**
 - vgl. »Teilbarkeit von Leistungen«, »Teilleistungen«
- Vorleistungspflicht** 2.14, **2.22 ff.**, 2.82 f., **4.83 ff.**, 4.144, **5.37 ff.**, 12.33
- Vormerkung** 1.5, **3.19 ff.**, 4.2, 4.41, 4.94 (mit Fn. 231), 9.82, 9.111, **10.1 ff.**, 12.2 f. *und I. Aufl. S. 473 f., 477 f.*
- Wahlrecht des Insolvenzverwalters** 2.1 ff., **3.42 ff.**, **3.48 ff.**, 5.52 f.
 - Ausübung **4.175 ff.**
 - Bedenkzeit 4.182, 4.185; vgl. auch »Berichtstermin«

- Bindung an getroffene Wahl 3.37 ff., 4.176 ff., 4.187, 8.1 ff., 11.18, 12.15 ff., 12.18, 12.24, 12.27
- vgl. auch »Erfüllungsablehnung«, »Erfüllungsverlangen«, »Haftung« und »Säumnis« des Insolvenzverwalters
- Wandelung** 4.114, 4.117
- Wechsel** 4.102
- Werkvertrag** 2.97 ff., 8.11 ff., 8.46, 9.91, 14.19
 - vgl. auch »Kündigung«
- Widerruf der Wahlrechtsausübung**
 - vgl. »Erfüllungsverlangen«
- Wiederkehrschuldverhältnis** 2.58 f. (mit Fn. 119), **4.146 ff.**, 13.70
- Wohnraummiete** 4.11 (Fn. 39), 4.13, 6.6, 14.42 (Fn. 75)

- Zeitpunkt des Vertragsschlusses** 7.118 mit Fn. 330
- Zession**
 - vgl. »Abtretung«
- Zinsen** 5.134 ff., 5.147
- Zug-um-Zug-Einreden**
 - Einrede oder Einwendung? **2.35 ff.**, **5.36 ff.** und *1. Aufl. S. 476*
 - Insolvenz des Einredegegners
 - § 273 BGB 2.7, **2.27 ff.**, **2.46 ff.**, 4.132 (Fn. 349), **4.133 ff.**, 4.146 ff., **4.155 ff.**, **4.160 f.**, **4.175 ff.**, 6.13, 8.19 f., 8.26 ff., **9.88**, 12.32 (Fn. 86, 88), 13.113 f., 14.45 (Fn. 92), 14.78 (Fn. 169) und *1. Aufl. S. 451 ff.*, *474 f.*, *485 ff.*
 - § 320 BGB **2.7–2.77**, 2.101 f., 5.19 ff., 6.13, 8.19 f., 8.26 ff., 9.42 ff., 12.31 ff., 14.45 (Fn. 92)
 - § 321 BGB 2.14 (mit Fn. 27), **2.22 ff.** (mit **Fn. 37, 43 f.**), 4.85 f., 12.33, 14.43 (Fn. 85), 14.45 (Fn. 92), 14.78 (Fn. 169)
- § 348 BGB 4.114, 4.116 ff., 4.123 ff., 4.128
- Sonstiges 2.22 ff., 4.85 f., 4.114, 4.130 ff., 4.168, 4.172, 4.174, 10.6 ff. und *1. Aufl. S. 487 f.*
- Insolvenz-Eröffnungsverfahren des Einredegegners 6.13 (Fn. 37), 14.43 (Fn. 83, 85), 14.45, 14.78 (Fn. 169), 14.91 (Fn. 216)
 - Insolvenz des Einredeberechtigten
 - § 273 BGB **5.54 f.**, **5.63**
 - § 320 BGB **4.134 ff.**, 5.12, 5.21 f., **5.36 ff.**, **5.62**, **8.6 f.**, 10.6 ff., 10.10 f.
 - § 348 BGB 4.116 ff., 4.123 f.
 - nach Verfahrenseröffnung entstandene Einrede 4.154 ff.
 - Reformvorschläge *1. Aufl. S. 474 f.*, *485 ff.*
 - Insolvenzplan 5.6 f., **12.31 ff.** (mit **Fn. 86, 88**), 13.113 f.
 - Vergleichsverfahren. Zwangsvergleich 5.6 f., **12.31 ff.** (mit **Fn. 86, 88**), 13.58 f., 13.113 f. und *1. Aufl. S. 451 ff.*, *485 ff.*
- Zurückbehaltungsrecht**
 - vgl. »Zug-um-Zug-Einrede«
- Zwangsvergleich**
 - nach §§ 173 ff. KO 5.5 ff., 5.128 (mit Fn. 430), **12.1 ff.**
 - vgl. auch »Insolvenzplan«, »Vergleichsverfahren«
- Zwangsvollstreckung** 5.54, 5.83, 5.92 ff., 7.109, 9.53, 9.78 (Fn. 222), 9.113, 13.30 ff.
 - in Erfüllungsanspruch 2.20, 2.79, **4.16 ff.**, **4.50**, 4.184
 - in Rückgewähranspruch 9.53, 9.113
 - in vermietetes Grundstück **6.21 ff.**
 - gegen Schuldner oder Insolvenzverwalter 5.4 (Fn. 12), 8.39
 - gegen Vergleichsschuldner 13.30 ff.