

Gerhard Vill
Richter am BGH

**VID
Deutscher
Insolvenzverwalterkongress 2016**

**2. bis 4. November 2016
Berlin**

**Erfüllungswahl und
Lösungsklausel:
Fallstricke und Untiefen**

Teil A

Erfüllungswahl

Die Erfüllung gegenseitiger Verträge nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

I.

Grundsätzliches

1. Wenn eine Partei bereits vollständig erfüllt hat, gilt:

a) Bei Erfüllung durch den Schuldner: Die Masse hat Anspruch auf die Gegenleistung

b) Bei Erfüllung durch den Vertragspartner: Dieser hat wegen der Gegenleistung eine Insolvenzforderung

2. Wenn keine der beiden Parteien den Vertrag vollständig erfüllt hat, gilt nach § 103 InsO im Grundsatz folgendes:

BGH, Urteil v. 25.04.2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353

BGH, Urteil v. 19.11.2015 – IX ZR 198/14, ZIP 2016, 85 Rn. 18ff

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt kein Erlöschen der Erfüllungsansprüche aus gegenseitigen Verträgen im Sinne einer materiell-rechtlichen Umgestaltung. Vielmehr verlieren die noch offenen Ansprüche im Insolvenzverfahren wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden (§ 320 BGB) ihre Durchsetzbarkeit, soweit sie nicht auf die anteilige Gegenleistung für vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistungen gerichtet sind. Wählt der Verwalter Erfüllung, so erhalten die zunächst nicht durchsetzbaren Ansprüche die Rechtsqualität von originären Forderungen der und gegen die Masse.

Entgegen der früheren Rechtsprechung zur KO, wo von einem Erlöschen der Ansprüche ausgegangen worden war (BGHZ 135, 25,26).

Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, bleibt der Vertrag in der Lage bestehen, in welcher er sich bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens befand (BGH, Urteil v. 19.11.2015 – IX ZR 198/14, aaO).

Problem bei Bauverträgen:

1. Wurde vom Bauunternehmer die Leistung erbracht und vom Vertragspartner abgenommen, bestehen aber noch Gewährleistungsansprüche wegen (später) festgestellter Mängel: Ist dann der Vertrag vom Bauunternehmen vollständig erfüllt?

Nein:

BGH, Urteil v. 19.11.2015, aaO Rn. 17:

Die Subunternehmerin hat ihre Leistungen nicht vollständig erbracht. Zwar ist der Umfang und die Schwere der Mängel streitig, nicht aber, dass überhaupt Mängel vorliegen und von der Subunternehmerin nicht beseitigt wurden, weil sie hierzu vom Insolvenzverwalter keine Gelegenheit erhalten hat. Unabhängig davon, ob eine Abnahme erfolgte oder nicht, hat damit die Subunternehmerin den Bauvertrag nicht vollständig erfüllt, weil selbst nach Abnahme des Werkes Erfüllung im Sinne des § 103 InsO solange nicht eingetreten ist, als beseitigungsfähige Mängel bestehen. Denn der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers ist letztlich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in modifizierter Form (BGH, Urteil vom 6. Februar 1958 - VII ZR 39/57, BGHZ 26, 337, 340; vom 4. Juli 1996 - VII ZR 24/95, WM 1996, 2062; vom 14. Januar 1999 - IX ZR 140/98, ZIP 1999, 394, 397).

2. Hat der Besteller die Gegenleistung nicht erbracht, aber der Insolvenzverwalter über sein Vermögen später den Anspruch zur Tabelle anerkannt: Reicht das als vollständige Erfüllung iSd § 103 InsO?

Nein:

Die Leistung muss tatsächlich voll erbracht worden sein (BGH, Urteil v. 19.11.2015, aaO Rn. 16).

3. Doppelinsolvenz:

Was gilt, wenn bei einem beiderseitig nicht erfüllten Vertrag der Insolvenzverwalter des Bestellers Erfüllung wählt, nun aber der Bauunternehmer in die Insolvenz fällt?

Dann hat dessen Verwalter seinerseits ein Recht auf Erfüllungswahl. Bei Doppelinsolvenz müssen also beide Insolvenzverwalter Erfüllung wählen, um Erfüllungsansprüche neu entstehen zu lassen (BGH, Urteil v. 19.11.2015, aaO Rn. 24).

Beim beiderseits nicht erfüllten Vertrag bei Doppelinsolvenz:
Hat der erste Verwalter Nichterfüllung gewählt: Kann dann der zweite Verwalter vom ersten Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO verlangen?

Die Frage ist bisher offen (BGH, aaO Rn. 24).

Hinweis:

Ein von einer Partei vollständig erfüllter Vertrag kann nachträglich unerfüllt werden, wenn infolge Anfechtung der Erfüllung und Rückgängigmachung der Erfüllung der Erfüllungsanspruch wieder auflebt.

Beispiel:

BGH, Urteil v. 8.1.2015 – IX ZR 300/13, ZIP 2015, 485

Ein Grundstücksverkäufer, dessen Kaufpreisforderung durch Zahlungen eines Dritten erfüllt worden ist, welche der Insolvenzverwalter über des Vermögen des Dritten nach Verfahrenseröffnung angefochten hat, kann dem Grundstückskäufer erst dann eine Frist zur Erfüllung der wieder aufgelebten Kaufpreisforderung setzen und den Rücktritt vom Vertrag androhen, wenn der insolvenzrechtliche Rückgewähranspruch erfüllt ist.

II. Wirkung der Nichterfüllungswahl:

Der Verwalter wählt Nichterfüllung:

Folge, wenn bereits ein Teil der Leistung erbracht wurde?

Die aufgrund gegenseitiger Verträge geschuldeten **Leistungen sind regelmäßig teilbar**, wenn sich die vor und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Leistungen feststellen und bewerten lassen. Bei einem Werkvertrag über Bauleistungen erfolgt dies nach den gleichen Regeln wie bei einer Kündigung aus wichtigem Grund (BGHZ 150, 353).

Soweit die Leistung des Schuldners bereits erbracht wurde, kann die Gegenforderung zur Masse eingezogen werden.

Soweit der Schuldner bereits die Leistung des Vertragspartners erhalten hat: Die Gegenforderung ist Insolvenzforderung.

Soweit der Schuldner die Leistung nicht erbracht hat:

Der Gläubiger hat Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO. Diese Forderung ist eine Insolvenzforderung.

Beispielsfall:

BGH, Urteil v. 7.2.2013 – IX ZR 218/11, BGHZ 196, 160

Grundsachverhalt:

K kauft von der Beklagten ein Grundstück für 100.000 EUR und zahlt 80.000 EUR an. Das Grundstück wird übergeben. Bevor Auflassung und Eintragung im Grundbuch erfolgt, wird über das Vermögen des K das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Verwalter wählt Nichterfüllung und verlangt die 80.000 EUR zurück zur Masse. Zu Recht?

§ 812 BGB?

Nein, der Rechtsgrund für die Zahlung der 80.000 EUR ist nicht entfallen. Die Insolvenzeröffnung hindert nur die Durchsetzung der Ansprüche, soweit sie noch nicht erfüllt sind.

Ergänzter Sachverhalt: Der Verkäufer verkauft das Grundstück an einen Dritten und überträgt diesem das Eigentum:

Damit macht er sein Aussonderungsrecht geltend. Folge nach BGH, aaO:

Im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens war die Beklagte Eigentümerin des Grundstücks. Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens stand dem Herausgabeanspruch der Beklagten aus § 985 BGB der Anspruch auf Übereignung gemäß § 433 Abs. 1 BGB entgegen (§ 986 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens änderte daran zunächst nichts. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zu einem Erlöschen der beiderseitigen Ansprüche aus einem beiderseits nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag. Die Ansprüche beider Vertragsparteien auf Leistung und Gegenleistung bleiben vielmehr bestehen. Sie verlieren lediglich vorläufig, nämlich bis zu einem Erfüllungsverlangen des Verwalters, ihre Durchsetzbarkeit.

Lehnt der Verwalter die Erfüllung des Vertrages ab, kann der Eigentümer aussondern.

Sondert der Verkäufer in der Insolvenz des Käufers die Kaufsache aufgrund des bei ihm verbliebenen Eigentums aus, kann der Verwalter seinerseits die Rückgewähr der bereits erbrachten Teilleistungen des Schuldners verlangen.

Weitere Sachverhaltsergänzung: Dem Verkäufer ist ein Schaden entstanden (Nichterfüllungsschaden gemäß 103 Abs. 2 Satz 1 InsO). Der Ersatzanspruch ist eine Insolvenzforderung.

Kann er gegen die Forderung auf Rückzahlung der 80.000 EUR aufrechnen? Muss er überhaupt aufrechnen? Sind für die Aufrechnung §§ 94 ff InsO maßgebend?

Es handelt sich nur um Rechnungsposten bei der Ermittlung des Ersatzanspruchs.

III. Wirkung der Erfüllungswahl:

Die offenen Forderungen erhalten die Rechtsqualität von originären Masseverbindlichkeiten bzw. Masseforderungen (§ 55 Abs., 1 Nr. 2 InsO).

Aber: häufiger Sonderfall: Die Leistungen sind teilbar und ein Teil der Leistungen wurde schon vor Verfahrenseröffnung erbracht (siehe oben).

IV. Art der Erfüllungswahl:

Die Erfüllungswahl kann durch schlüssiges Handeln erfolgen:

BGH, Urteil v. 13.2.2014 – IX ZR 313/12, ZIP 2014, 736

Die Erfüllung eines Konsignationslagervertrages kann dadurch gewählt werden, dass der Verwalter dem Lager im Eigentum des Vertragspartners stehendes Material entnehmen und im Betrieb des Schuldners verarbeiten lässt.

Beachte:

1. Die Erfüllung kann nur einheitlich gewählt werden, nicht nur für bestimmte Teile des Vertrages.
2. Wurde (konkludent) Erfüllung gewählt, kann nicht später Nichterfüllung gewählt werden:

BGH, Urteil v. 17.7.2013 – VIII ZR 163/12, ZIP 2013, 1729 Rn. 25

Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass das Schreiben, mit dem der Insolvenzverwalter die Vertragserfüllung unter Bezugnahme auf § 103 Abs. 1 InsO ausdrücklich ablehnte, an der Wirksamkeit der vorangegangenen (konkludenten) Gestaltungserklärung der Erfüllungswahl nichts mehr zu ändern vermochte. In diesem Schreiben hat der Kläger vielmehr die weitere Vertragserfüllung ernsthaft und endgültig verweigert.

V. **Nichterfüllungswahl bei Lebensversicherungen: Wann bekommt der Verwalter den Rückkaufswert?**

Bei der beidseitig noch nicht vollständig erfüllten Lebensversicherung genügt nicht allein die Wahl der Nichterfüllung, um den Rückkaufswert und die Überschussbeteiligung zur Masse ziehen zu können.

BGH, Urteil v. 1.12.2011 – IX ZR 79/11, ZIP 2012, 34

1. Der Insolvenzverwalter muss die in die Insolvenzmasse fallende Kapitallebensversicherung kündigen, wenn er den Rückkaufswert für die Masse beanspruchen will.
2. Der Insolvenzverwalter kann die Kapitallebensversicherung kündigen, auch wenn der Schuldner mit dem Versicherer nach § 165 Abs. 3 Satz 1 VVG in der Fassung vom 24. Dezember 2003 den Ausschluss des Kündigungsrechts vereinbart hat, wenn die Lebensversicherung pfändbar ist und in die Insolvenzmasse fällt.

Rn. 22f:

Mit der Insolvenzeröffnung kommt es zu einer Vertragsaufspaltung in einen vor Insolvenzeröffnung bereits (einseitig) erfüllten Vertragsteil und einen im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung beiderseits noch unerfüllten Vertragsteil.

Anders als etwa für die Vergütung aus einem aufgespaltenen Kauf- und Werkvertrag ergibt sich aus dem aufgespaltenen Versicherungsvertrag jedoch nicht ohne weiteres aufgrund der Zahlung der Prämien ein Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Versicherungsleistung. Der Versicherungsvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Versicherer diese erst im Versicherungsfall und bei der Kapitallebensversicherung für den Todesfall zusätzlich bei Vertragsaufhebung durch Rücktritt, Kündigung oder Anfechtung zu erbringen hat (§ 176 Abs. 1 VVG aF; vgl. für das neue Recht § 169 Abs. 1 VVG). Die Insolvenzeröffnung lässt die Erfüllungsansprüche desjenigen Vertragspartners, der vor Eröffnung

mehr Leistungen als der andere erbracht hat, grundsätzlich unberührt. Daraus folgt, dass der Insolvenzverwalter nur dann gegen den Lebensversicherer einen Anspruch auf Zahlung des Rückkaufswerts hat, wenn er den Versicherungsvertrag kündigt. Dieser erst mit der Kündigung entstehende Anspruch ist der Gegenwert zur erbrachten Prämienzahlung.

VI. Nichterfüllungswahl bei privaten Krankenversicherungen

BGH, Urteil v. 19.2.2014 – IV ZR 163/13, ZIP 2014, 688

Ein privater Krankheitskostenversicherungsvertrag wird nicht vom Insolvenzbeschluss erfasst und unterliegt daher nicht dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO.

Zwar fallen auch Versicherungsverträge als Dauerschuldverhältnisse, die noch nicht vollständig erfüllt sind, im Grundsatz unter das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO, sofern sie vom Insolvenzbeschluss erfasst werden. Letzteres trifft aber aufgrund der Regelung in § 850b ZPO nicht auf private Krankenversicherungsverträge zu.

Die Vorschrift des § 850b ZPO findet auch im Insolvenzverfahren entsprechende Anwendung. Somit werden die unter diese Bestimmung fallenden Ansprüche nicht vom Insolvenzbeschluss erfasst.

Das gilt auch für private Krankheitskostenversicherungsverträge. Zu den in § 850b Abs. 1 Nr. 4 ZPO genannten Bezügen zählen nämlich auch die Leistungsansprüche aus einer privaten Krankheitskostenversicherung, die auf Erstattung von Kosten für ärztliche Behandlungsmaßnahmen im Krankheitsfall gerichtet sind.

Kann jedoch der Insolvenzverwalter die Forderungen des Schuldners aus dem Vertrag nicht zur Masse ziehen, so ist auch kein Raum für die Anwendung von § 103 InsO.

BGH, Urteil v. 7.4.2016 – IX ZR 145/15, ZIP 2016, 1206

Ansprüche des Versicherers auf Prämien für einen privaten Krankenversicherungsvertrag aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung sind Insolvenzforderungen.

Ausnahmebestimmungen für Ansprüche eines Krankenversicherers auf rückständige Versicherungsprämien bestehen nicht. Es kommt weder auf § 850b Abs. 1 Nr. 4 ZPO noch auf § 850e Nr. 1 Satz 2 lit. b ZPO an. Denn diese Vorschriften betreffen die Pfändbarkeit von Ansprüchen des Schuldners.

Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. Februar 2014 ergibt sich nichts dafür, inwieweit vor Insolvenzeröffnung gezahlte Versicherungsbeiträge anfechtbar sind. Diese Entscheidung bestimmt lediglich, dass ein zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bestehender Krankenversicherungsvertrag nicht von § 103 InsO erfasst wird, der Insolvenzverwalter also kein Wahlrecht nach § 103 Abs. 1 InsO hat. Dies ist unabhängig davon, ob es sich bei Ansprüchen auf Zahlung der Versicherungsprämie um Insolvenzforderungen handelt und ob gezahlte Versicherungsprämien deshalb der Insolvenzanfechtung unterliegen.

VII. Von Gesetzes wegen fortbestehende Schuldverhältnisse

1. Grundfall

Miet- und Pachtverhältnisse über unbewegliche Gegenstände sowie Dienstverhältnisse des Schuldners bestehen mit Wirkung für die Masse fort, § 108 InsO.

2. Aber:

a) Auswirkung auf die Verwertung des Vermieterpfandrechts:

BGH, Urteil v. 9.10.2014 – IX ZR 69/14, ZIP 2014, 2248

Dauert ein Gewerbemietverhältnis mit dem Schuldner als Mieter nach Insolvenzeröffnung fort, ist der Insolvenzverwalter nicht berechtigt, den Erlös aus der Verwertung dem Vermieterpfandrecht unterliegender Gegenstände mit der Tilgungsbestimmung an den Vermieter auszukehren, die Zahlung vorrangig auf die nach Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeiten begründeten Mietforderungen und erst sodann auf die vor Verfahrenseröffnung als Insolvenzforderungen entstandenen Mietforderungen anzurechnen.

b) Das Fortbestehen des Mietvertrages kann eine beabsichtigte Gläubigerbenachteiligung iSd Anfechtungsrechts sein:

BGH, Beschluss v. 26.4.2012 – IX ZR 73/11, WM 2012, 1079; st. Rspr.

Tritt der für die Verbindlichkeiten aus einem Mietvertrag haftende Schuldner ohne wirtschaftlichen Anlass selbst in den Mietvertrag ein, liegt eine objektive Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO vor, weil hierdurch die Haftungsforderung für die Mietforderungen, die nur eine Insolvenzforderung gewesen wäre, zu einer selbständigen Mietforderung wird, die im Falle der Insolvenz zu einer voll zu begleichenden Masseverbindlichkeit aufgewertet wird (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, § 108 Abs. 1 S. 1, § 109 Abs. 1 S. 1 InsO) und so die Aktiva des Schuldners verkürzt.

**c) Ansprüche aus der Zeit vor Eröffnung bleiben
Insolvenzforderungen, § 108 Abs. 3 InsO**

hier z.B.: Anspruch auf Anlage der Mietkaution

BGH, Urteil v. 13.12.2012 – IX ZR 9/12, ZIP 2013, 138

In der **Insolvenz des Vermieters** steht dem Mieter gegen vor Insolvenzeröffnung fällig gewordene Mieten ein Zurückbehaltungsrecht wegen der vertragswidrig nicht insolvenzfest angelegten Barkaution nicht zu.

Rn. 10f:

Bei dem Anspruch auf vertragsgemäße Anlage der Mietsicherheit handelt es sich um eine einfache Insolvenzforderung nach § 38 InsO. Ansprüche aus einem gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO nach Insolvenzeröffnung fortbestehenden Mietverhältnis sind allerdings Masseverbindlichkeiten, wenn ihre Erfüllung für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO). Ansprüche für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Mieter dagegen gemäß § 108 Abs. 3 InsO nur als Insolvenzgläubiger geltend machen. Die Ansprüche des Mieters gegen die Schuldnerin wegen der vertragswidrigen Nichtanlage der Mietsicherheit waren vor Insolvenzeröffnung entstanden und fällig. Es handelt sich insoweit daher um einfache Insolvenzforderungen, selbst wenn der Mietvertrag durch den Kläger fortgesetzt wurde (vgl. § 108 Abs. 3, § 38 InsO).

Daraus ergibt sich geradezu zwingend, dass in diesen Fällen sowohl der Rückgewähranspruch wie auch der Anspruch des Mieters auf insolvenzfeste Anlage des Kautionsbetrags nur als einfache Insolvenzforderungen geltend gemacht werden können. Die Gegenmeinung übersieht die Zäsurwirkung des § 108 Abs. 3 InsO.

Gegen den Anspruch der Masse auf Zahlung der Miete konnte der Beklagte nicht mit seinem Anspruch auf Rückgewähr der von ihm an die Schuldnerin erbrachten Barkaution gemäß § 95 Abs. 1 Satz 3, § 110 Abs. 3 Satz 2 InsO aufrechnen, weil dieser Anspruch zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung nicht fällig war. Die Fälligkeit des Rückgewähranspruchs ist bis Vertragsende und Ablauf der Abrechnungsfrist hinausgeschoben.

2. Enthftungserklärung bei Wohnung des Schuldners nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO:

Grundsätzlich hat der der Insolvenzverwalter bei Mietverhältnissen ein Sonderkündigungsrecht nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO.

Bei der Wohnung des Schuldners tritt an die Stelle der Kündigungsmöglichkeit die Enthftungserklärung:

Problem: Was ist die Folge der Enthftungserklärung?

Hier: Guthaben bei Nebenkostenabrechnung

BGH, Urteil v. 22.5.2014 – IX ZR 1365/13, ZIP 2014, 1341

Mit dem Wirksamwerden der Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters oder Treuhänders hinsichtlich der Wohnung des Schuldners erlangt der Mieter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Mitvertragsverhltnis zurück. Dem Insolvenzverwalter oder Treuhänder fehlt die Prozessführungsbefugnis, gegen den Vermieter Ansprüche auf Auszahlung von **Guthaben aus Nebenkostenabrechnungen** an die Masse für einen Zeitraum nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung geltend zu machen.

Zusatzfrage: Wem steht die Kautions des Mieters zu?

Der BGH hat das bisher offen gelassen.
ME steht sie dem Mieter zu; so z.B. auch Gehrlein, ZInsO 2016, 1456

Folgen für eine Kündigung wegen Zahlungsverzug nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung:

BGH, VersUrteil v. 17.6.2016 – VIII ZR 19/14, ZIP 2015, 1496

1. Die Kündigungssperre des § 112 InsO gilt nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO weder im Insolvenzverfahren noch in dem sich daran anschließenden Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 286 ff. InsO). Nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO sind rückständige Mieten, mit deren Zahlung der Mieter bereits vor Insolvenzantragstellung in Verzug geraten war, bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer (auch) hierauf gestützten fristlosen Kündigung des Vermieters nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB zu berücksichtigen. (Rn.18)

2. Der Verzug (§§ 286 ff. BGB) des Mieters mit der Entrichtung der Miete endet nicht mit der Insolvenzeröffnung.

Wirkung der Enthftungserklärung gegenüber dem alten Vermieter auch für den Grundstückserwerber.

BGH, Urteil v. 23.2.2012 – IX ZR 29/11, ZIP 2012, 784

Die Erklärung des Insolvenzverwalters/Treuhänders, für Ansprüche aus dem Wohnraummietverhältnis des Schuldners nach Ablauf der dreimonatigen gesetzlichen Kündigungsfrist nicht mehr mit der Insolvenzmasse aufzukommen, wirkt auch gegenüber dem Erwerber, auf den das Mietverhältnis infolge Veräußerung des Grundstücks übergegangen ist, wenn sie in Unkenntnis des Eigentumsübergangs dem alten Vermieter gegenüber abgegeben worden ist.

3. Dienstverhältnisse:

BGH, Urteil v. 20.10.2011 – IX ZR 10/11, ZIP 2011, 2262

1. Erfüllt der Insolvenzverwalter ein Dienstverhältnis des Schuldners weiter, so kann gegen die Entgeltforderung der Masse nicht mit einer Insolvenzforderung aufgerechnet werden.

2. Ein Dienstverhältnis des Schuldners besteht nicht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort, wenn die Dienstleistung nur durch Begründung erheblicher Masseschulden erbracht werden kann.

VIII.

Schuldner als Vermieter nicht fertiggestellter/noch nicht (wieder) übergebener Mietsachen

BGH, Urteil v. 5.7.2007 – IX ZR 185/06, ZIP 2007, 2067

In der Insolvenz des Vermieters besteht das Mietverhältnis nur dann mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort, wenn die Mietsache im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Mieter bereits überlassen worden ist.

BGH, Urteil v. 11.12.2014 – IX ZR 87/14, ZIP 2015, 135

In der Insolvenz des Vermieters besteht das Mietverhältnis nicht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort, wenn es in Vollzug gesetzt war, der Mieter aber den Besitz an der Wohnung bei Insolvenzeröffnung wieder aufgegeben hatte.

IX.**Sonderfall: Vormerkung nach § 106 InsO****BGH, Urteil v. 9.3.2006 – IX ZR 55/05, ZIP 2006, 859**

Rn. 12ff:

Die vor Verfahrenseröffnung erfolgte Sicherungszession eines Anspruchs des Schuldners aus einem im Eröffnungszeitpunkt beiderseits nicht vollständig erfüllten Vertrag verliert grundsätzlich mit der Erfüllungswahl des Gesamtvollstreckungsverwalters ihre Wirkung. Daran hat der Senat auch nach Änderung seiner Rechtsprechung, wonach die gegenseitigen Erfüllungsansprüche durch die Verfahrenseröffnung lediglich ihre Durchsetzbarkeit verlieren, festgehalten.

Allerdings kann der Gläubiger nach § 106 Abs. 1 InsO die Erfüllung des Anspruchs verlangen, wenn zu dessen Sicherung eine Vormerkung eingetragen ist. Das ansonsten vorhandene Wahlrecht des Verwalters ist dann ausgeschlossen; eine vor Verfahrenseröffnung vorgenommene Abtretung des schuldnerischen Anspruchs auf die Gegenleistung bleibt dann wirksam.

X.**Auftrag, Geschäftsbesorgung, Vollmacht, Treuhand:
§§ 115, 116, 117 InsO****Grundsatz:**

Aufträge, Geschäftsbesorgungsverträge und Vollmachten des Schuldners erlöschen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Auch Prozessvollmachten.

Ausnahme 1:

BGH, Beschluss v. 20.1.2011 – IX ZB 242/08, ZIP 2011, 1014

Die einem Rechtsanwalt im Eröffnungsverfahren erteilte Vollmacht zur Vertretung des Schuldners im Insolvenzverfahren erlischt nicht gemäß § 117 Abs. 1 InsO durch den Eröffnungsbeschluss.

Ausnahme 2:

Sanierungs- und Restrukturierungstreuhandverträge, die (auch) dem Interesse Dritter dienen, bleiben wirksam

BGH, Urteil v. 24.9.2015 – IX ZR 272/13, ZIP 2015, 2286 Rn. 37ff

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Treugebers bleibt ohne Einfluss auf die Wirksamkeit einer doppel- oder mehrseitigen Treuhandvereinbarung, wenn dies zur Wahrung der Rechte eines Drittbegünstigten erforderlich ist.

Eine Treuhandvereinbarung mit schützender Drittwirkung ist anzunehmen, wenn Kreditgeber oder sonstige Dritte ihren Beitrag zu Sanierungs- oder Restrukturierungsmaßnahmen von der Übertragung der Gesellschaftsanteile des Treugebers auf einen Treuhänder abhängig machen, damit eine vom Einfluss des Treugebers unabhängige Durchführung der Maßnahme gewährleistet ist.

XI. Entgegennahme weiterer Erfüllungsleistungen mit anschließender Ablehnung der Erfüllung?

BGH, Urteil v. 25.2.2016 – IX ZR 146/15, ZIP 2016, 682

1. Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung eines beidseits zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht (vollständig) erfüllten gegenseitigen Vertrages ab, obwohl der andere Teil nach Insolvenzeröffnung noch weitere Leistungen erbracht hat, entstehen hierdurch keine Neuverbindlichkeiten **des Schuldners**.

2. Nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont richtet sich eine in der **Bereitstellung von Versorgungsleistungen** (Strom, Gas) liegende Realofferte eines Versorgungsunternehmens **hinsichtlich eines massezugehörigen, vollständig fremdvermieteten Grundstücks** nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht an den Schuldner persönlich, sondern **entweder an den Insolvenzverwalter oder an die Mieter**.

Rn.: 9

Allgemeiner Ansicht entspricht es, den stillschweigenden Bezug von Versorgungsleistungen nach Insolvenzeröffnung bei Hinzutreten besonderer Umstände als konkludentes Erfüllungsverlangen des Verwalters nach § 103 Abs. 1 InsO und die hieraus entstehenden Forderungen als sonstige Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 InsO anzusehen.

Ist von einer konkludenten Erfüllungswahl nicht auszugehen, kann der fortgesetzte Energiebezug ohne weitere Erklärungen nach dem objektiven Empfängerhorizont dahingehend interpretiert werden, dass der Verwalter den Abschluss eines neuen Vertrages begehrt; hierdurch entstehende Forderungen sind dann nach einer Auffassung sonstige Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, andere Stimmen befürworten die Begründung sonstiger Masseverbindlichkeiten unter analoger Anwendung von § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO oder aus ungerechtfertigter Bereicherung der Masse gemäß § 812 Abs. 1 BGB, § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO, weil insoweit von einer rechtsgrundlosen Abnahme von Energie durch den Verwalter auszugehen sei.

XII.

Der Insolvenzverwalter kann nicht vom Vertragspartner des Schuldners Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, nachdem er selbst die Erfüllung des Vertrages abgelehnt hat.

Ausgangsfall:

Vom Schuldner (Bauträger) bereits voll erfüllter Subunternehmervertrag; kein Wahlrecht nach § 103 InsO; der Verwalter kann aber Nachbesserung durch Subunternehmer ablehnen und Minderung geltend machen, wenn der Bauherr wegen der Mängel nur eine Insolvenzforderung hat.

BGH, Urteil v. 10.8.2006 – IX ZR 28/05, ZIP 2006, 1736

Der Insolvenzverwalter kann beim VOB-Bauvertrag in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Hauptunternehmers von dem Nachunternehmer Minderung statt Nachbesserung verlangen, wenn dem Bauherrn wegen der Mängel an dem Bauwerk nur eine Insolvenzforderung zusteht.

Anders bei bestehendem Wahlrecht:

BGH, Urteil v. 19.11.2015 – IX ZR 198/14, ZIP 2016, 85

Lehnt der Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Bauträgers die Erfüllung eines beiderseits nicht erfüllten Subunternehmervertrages ab, kann er nicht statt der Erfüllung von diesem Subunternehmer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Rn. 19:

Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, bleibt der Vertrag in der Lage bestehen, in welcher er sich bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens befand. Der Verwalter hätte, um Ansprüche aus dem Bauvertrag gegen die Subunternehmerin geltend zu machen, also Erfüllung des Vertrages verlangen müssen. Dann hätte er anstelle der Erfüllung in Form der Nachbesserung an deren Stelle tretende Ansprüche auf Schadenersatz

geltend machen können, das Vorliegen der hierfür erforderlichen zusätzlichen Voraussetzungen vorausgesetzt.

Die Senatsentscheidung vom 10. August 2006 (IX ZR 28/05, BGHZ 169, 43), auf die das Berufungsgericht und die Revision Bezug nehmen und in welcher der Senat einen Minderungsanspruch des Insolvenzverwalters des Bauträgers statt eines Nachbesserungsanspruches gegenüber dem Subunternehmer bejaht hat, wenn dem Bauherrn wegen der Mängel an dem Bauwerk gegen den insolventen Bauträger nur eine Insolvenzforderung zusteht, betraf einen Fall, in dem im Verhältnis des Bauträgers zum Subunternehmer § 103 InsO nicht anwendbar war. Vielmehr hatte dort der Bauträger seine Leistung gegenüber dem Subunternehmer voll umfänglich erbracht; er wollte lediglich wegen der viel später festgestellten Mängel Minderung geltend machen. Auf § 103 InsO kam es deshalb in jenem Fall im Verhältnis zum Subunternehmer nicht an.

XIII.

Zurückbehaltungsrecht des Verwalters, nachdem er die Erfüllung selbst abgelehnt hat?

BGH. Urteil v. 17.7.2013 – VIII ZR 163/12, ZIP 2013, 1729

Hat der Insolvenzverwalter Erfüllung gewählt und später die Erfüllung endgültig abgelehnt, berechtigt die darin liegende Vertragsverletzung den Vertragspartner, ohne weitere Fristsetzung Deckungskäufe zu tätigen und dem Insolvenzverwalter die Mehrkosten nach § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1, 2 BGB zu berechnen.

Der Verwalter kann sich demgegenüber nicht auf § 320 BGB wegen nicht erfüllten Vertrages (wegen früherer nicht erfüllter Teilrechnungen) berufen. Die Einrede aus § 320 BGB hat die Funktion, die geschuldete Gegenleistung zu erzwingen, und steht deshalb einer Partei, die deutlich gemacht hat, dass sie nicht am Vertrag festhalten will, nicht zu.

Teil B

Von §§ 103 bis 118 abweichende vertragliche Abreden:

§ 119 InsO

Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen

Vereinbarungen, durch die im Voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 InsO ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind unwirksam.

I.

Lösungsklauseln

Die Wirksamkeit von Lösungsklauseln war seit Inkrafttreten der InsO höchst streitig.

Die Frage ist bisher nur z.T. geklärt.

1.

Energie- und Warenlieferungsverträge

BGH, Urteil v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, ZIP 2013, 274

Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen, sind unwirksam.

Wesentlicher Sachverhalt:

Der Stromversorgungsvertrag sah vor, dass der Vertrag endet, wenn der Kunde einen Insolvenzantrag stellt oder aufgrund eines Gläubigerantrags ein vorläufiges Insolvenzverfahren eingeleitet wird. Der vorläufige Verwalter unterschrieb im Eröffnungsverfahren einen neuen Vertrag mit wesentlich schlechteren Konditionen unter dem Vorbehalt, dass der alte Vertrag aufgelöst ist. Er zahlte nach den Konditionen des alten Vertrages. Der Stromversorger verlangte die Differenz.

Bestand der alte Vertrag fort, hatte der vorläufige Verwalter konkludent Erfüllung verlangt.

Wesentliche Aussagen:

1. Insolvenzabhängige Lösungsklausel liegen vor, wenn eine der Parteien für den Fall der Zahlungseinstellung, des Insolvenzantrages oder der Insolvenzeröffnung das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen, oder wenn der Vertrag wie im Streitfall unter der auflösenden Bedingung des Eintritts dieser insolvenzbezogenen Umstände steht. Im Unterschied dazu knüpfen insolvenzunabhängige Lösungsklauseln an nicht insolvenzspezifische Umstände an, etwa an den Verzug oder an sonstige Vertragsverletzungen
2. Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel ist bei Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie nach § 119 InsO unwirksam, wenn sie im Voraus die Anwendung des § 103 InsO ausschließt. **Dies gilt nur dann nicht, wenn die Vereinbarung einer gesetzlich vorgesehenen Lösungsmöglichkeit entspricht.** Die vom Rechtsausschuss des Bundestages befürwortete Zulässigkeit vertraglicher Lösungsklauseln (BT-Drucks. 12/7302, S. 170 zu § 137 RegE) hat im Gesetzeswortlaut keinen Ausdruck gefunden und widerspricht den Zielsetzungen des § 103 InsO. Der Zweck des Erfüllungswahlrechts ist es, die Masse zu schützen und im Interesse einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung zu mehren. Dieser Zweck könnte vereitelt werden, wenn sich der Vertragspartner des Schuldners allein wegen der Insolvenz von einem für die Masse günstigen Vertrag lösen und damit das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO unterlaufen kann.
3. Der Anwendbarkeit des § 119 InsO steht nicht entgegen, dass die streitgegenständliche Klausel die Vertragsauflösung bereits für den Fall eines Eigenantrags oder eines zulässigen Gläubigerantrags vorsieht. Soll die Vorschrift des § 119 InsO in der Praxis nicht leer

laufen, muss ihr eine Vorwirkung jedenfalls ab dem Zeitpunkt zuerkannt werden, in dem wegen eines zulässigen Insolvenzantrags mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ernsthaft zu rechnen ist. Jedes Insolvenzverfahren setzt einen schriftlichen Eröffnungsantrag nach § 13 Abs. 1 Satz 1 InsO zwingend voraus. Könnte eine Lösungsklausel wirksam an den Eröffnungsantrag anknüpfen, würde in der Praxis die Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbst als Anknüpfung für nur dann als unwirksam anzusehende Lösungsklauseln jede Bedeutung verlieren. Der von § 119 beabsichtigte Masseschutz könnte ohne weiteres ausgeschlossen und der Zweck der Vorschrift unterlaufen werden.

2.

§ 8 Abs. 2 VOB/B

BGH, Urteil v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, WM 2016, 944

Die in einen Bauvertrag einbezogenen Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) sind nicht gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen §§ 103, 119 InsO unwirksam.

Die Regelungen:

§ 8 VOB/B

Kündigung durch den Auftraggeber

(1) ...

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

2. Die ausgeführten Leistungen sind nach § 6 Absatz 5 abzurechnen. Der Auftraggeber kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Restes verlangen.

Für die Frage, ob diese Regelungen wirksam sind, wäre es nach Auffassung des IX. Zivilsenats darauf angekommen, ob

die Regelung unter werkvertraglichen Gesichtspunkten einer gesetzlich vorgesehenen Lösungsmöglichkeit entspricht. Das erschien aus der Sicht des IX. Zivilsenats denkbar.

Die Kündigung als solche war wegen § 649 BGB unproblematisch.

Problematisch waren dagegen die daran anknüpfenden weitergehenden Rechtsfolgen.

Der VII. Zivilsenat hat auch insoweit eine Vergleichbarkeit mit gesetzlichen Regelungen bejaht und dies mit folgenden Erwägungen begründet:

Rn. 25ff:

(1) Es ist dem Auftraggeber im Fall des Eigeninsolvenzantrags des Auftragnehmers regelmäßig nicht zuzumuten, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die sich anschließende Entscheidung des Insolvenzverwalters zur Fortführung des Bauvertrags. Zwar hat der Insolvenzverwalter auf Aufforderung des Auftraggebers unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung des Vertrags verlangen will, § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO. Dies gilt jedoch erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Eine dem vorläufigen Insolvenzverwalter gegenüber erklärte Aufforderung zur Wahlrechtsausübung bleibt wirkungslos. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens muss der Auftraggeber daher zunächst abwarten. Hinzu kommt, dass sich der Insolvenzverwalter nach der Aufforderung durch den Auftraggeber nur unverzüglich, nicht jedoch sofort erklären muss. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern im Sinne des § 121 Abs. 1 BGB. Dem Insolvenzverwalter steht eine nach den Umständen angemessene Überlegungszeit zur Verfügung. Angemessen ist diejenige Zeitspanne, die im Einzelfall objektiv benötigt wird, um Klarheit über die Maßstäbe zur Wahlrechtsausübung und deren Bewertung zu erlangen. Die Prüfung, ob sich eine Erfüllung des Vertrags für die Masse lohnt, ist regelmäßig komplex. So erschöpft sich die Beurteilung nicht in der bloßen Beantwortung der Frage, ob der für die restliche Bauleistung vom

Auftraggeber noch zu zahlende Werklohn den Aufwand für die Werkleistung übersteigt. Zu berücksichtigen sind zusätzlich die Folgen und die Reichweite möglicher Mängelrechte, das Risiko der Übernahme eines etwaigen Vertragsstrafeversprechens und die Übernahme erheblicher Haftungsrisiken durch Verzug oder Mangelfolgeschäden. Der Prozess der Entscheidungsfindung nimmt deshalb - noch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens - erfahrungsgemäß einen längeren Zeitraum in Anspruch. Während dieser Zeit können sowohl dem Auftraggeber selbst als auch sämtlichen am Bau Beteiligten durch den daraus regelmäßig folgenden Baustillstand erhebliche Schäden entstehen, die durch eine frühzeitige Vertragsbeendigung geringer gehalten werden können.

Dem Auftraggeber ist es häufig auch in persönlicher Hinsicht nicht zuzumuten, den Vertrag gegen seinen Willen mit dem Auftragnehmer, der einen Eigeninsolvenzantrag gestellt hat, **oder mit dem Insolvenzverwalter** fortzusetzen. Bei einem Bauvertrag sind die persönlichen Eigenschaften des Auftragnehmers (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) für den Auftraggeber von wesentlicher Bedeutung. Der Abschluss eines Bauvertrags erfolgt deshalb regelmäßig unter Inanspruchnahme besonderen Vertrauens.

Dieses Vertrauen zerstört der Schuldner, der einen Eigeninsolvenzantrag stellt. Aus Sicht des Auftraggebers bringt der Auftragnehmer mit seinem Eigeninsolvenzantrag zum Ausdruck, dass ihm die finanziellen Mittel zur vertragsgemäßen Erfüllung des Bauvertrags fehlen. Daran ändert nichts, dass nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Vertragsfortsetzungsverlangen durch den Insolvenzverwalter dieser an die Stelle des Insolvenzschuldners tritt.

Der Insolvenzverwalter kann das für die Erfüllung des Bauvertrags erforderliche Vertrauen nicht in gleicher Weise für sich in Anspruch nehmen wie der Schuldner vor der Eigeninsolvenzantragstellung. Er wird zur Fortführung des Bauvorhabens regelmäßig auf die Mitwirkung Dritter (z.B. von Materiallieferanten, Nachunternehmern und Banken) angewiesen sein, die sich häufig in Folge eigener Forderungsausfälle nicht zur Weiterarbeit bereitfinden. Aus Sicht des Auftraggebers steht daher zu befürchten, dass die weiteren Arbeiten durch den Insolvenzschuldner oder den Insolvenzverwalter nicht ordnungsgemäß ausgeführt werden können.

Für den Fall der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO) gelte nichts anderes.

Hinsichtlich der Eigenverwaltung fehlt eine nähere Auseinandersetzung. Insoweit ist die Äußerung ein obiter dictum, weil kein Fall der Eigenverwaltung vorlag.

Insoweit ist das Urteil allerdings ohne Bindungswirkung für andere Senate des BGH.

3. Andere Verträge

Insoweit ist noch alles offen.

II. Abweichung von § 104 InsO

Hier: Aktienspekulationsgeschäfte

1. BGH, Urteil v. 9.6.2016 – IX ZR 314/14, ZIP 2016, 1226

Treffen Parteien von Aktienoptionsgeschäften, die dem deutschen Recht unterliegen, für den Fall der Insolvenz einer Partei eine Abrechnungsvereinbarung, die § 104 InsO widerspricht, ist diese insoweit unwirksam und die Regelung des § 104 InsO unmittelbar anwendbar.

Wesentlicher Sachverhalt:

Die Parteien stritten nach dem Eintritt der Insolvenz über das Vermögen der beklagten Bank um Ansprüche aus zuvor geschlossenen Optionsgeschäften.

Die Klägerinnen hatten mit der beklagten Bank, einer Handelsgesellschaft englischen und walisischen Rechts, Aktienoptionsgeschäfte geschlossen. Die Klägerinnen räumten der Beklagten Kaufoptionen für SAP-Aktien dergestalt ein, dass die Beklagte das Recht hatte, zu einem bestimmten Stichtag eine bestimmte Anzahl dieser Aktien zu einem bestimmten Kaufpreis (Ausübungspreis) zu erwerben. Die Option sollte als ausgeübt gelten, wenn der Börsenkurs der Aktien am Stichtag höher oder gleich dem vereinbarten Ausübungspreis sein würde. Andernfalls sollten die Optionen verfallen. Dem Vertrag lag unter anderem der "Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte" zugrunde. Dieser beruht auf dem vom deutschen Bundesverband Deutscher Banken publizierten Muster "Deutscher Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte".

Am 15. September 2008 wurde über das Vermögen der beklagten Bank beim zuständigen High Court of Justice in London das Insolvenzverfahren eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt war zwischen der Beklagten den Klägerinnen jeweils noch ein Optionsgeschäft mit Ausübungsstichtag 18. Dezember 2009 über jeweils 2 Mio. SAP-Aktien zu einem Kaufpreis in Höhe von 36,10 € je Aktie offen. Der Schlusskurs der SAP-Aktie belief sich am 15. September 2008 auf 38,15 €. Am 18. Dezember 2009, dem vorgesehenen Stichtag, betrug der Schlusskurs 32,205 €.

Die Parteien stritten darüber, welche Auswirkungen die Insolvenz der Beklagten vor dem Hintergrund der Regelungen des Rahmenvertrages und den Vorschriften der Insolvenzordnung hat. Die Beklagte errechnete auf der Basis des Rahmenvertrages für sich einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 12,974 Mio. € je streitgegenständlichem Optionsgeschäft und verweigerte vor diesem Hintergrund die Herausgabe der verpfändeten Aktien. Das Landgericht hat die entsprechende Widerklage der Beklagten abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht dem Anspruch der Bank bis auf einen kleinen Teil stattgegeben.

Aus den Gründen:

1. Ob die abweichend von § 104 InsO bereits für den Fall des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens getroffene Vereinbarung der auflösenden Bedingung wirksam ist, weil sie als solche die in § 104 InsO vorgesehenen Rechtsfolgen nicht ändert, insbesondere nicht ein gemäß § 104 Abs. 2 InsO ohnehin nicht bestehendes Wahlrecht des Insolvenzverwalters aushöhlen kann, blieb in Rn. 55 ausdrücklich dahingestellt.
2. Der IX. Senat ist aber davon ausgegangen, dass das in § 104 InsO geregelte Ausgleichsregime im Insolvenzfall gegenüber dem Rahmenvertrag vorrangig ist. Dies ergibt sich aus § 119 InsO, wonach Vereinbarungen, die wie die Vorliegende im Voraus die Anwendung von § 104 InsO beschränken, unwirksam sind. Danach ist die Vereinbarung unwirksam, soweit die darin vorgesehene Berechnungsmethode für den Ausgleichsanspruch im Insolvenzfall von § 104 Abs. 2 und 3 InsO abweicht. Es sei widersprüchlich, wenn einerseits die Masse durch § 104 Abs. 2 InsO geschützt werden solle, indem diese Vorschrift kein Insolvenzverwalterwahlrecht vorsehe, andererseits die Parteien gerade diesen Zweck des

Masseschutzes durch individualvertragliche Vereinbarungen umgehen könnten, die eine vom Gesetz zu Lasten der Masse abweichende Berechnungsweise des Ausgleichsanspruchs vorsehen. Insbesondere die im Rahmenvertrag, nicht jedoch in § 104 Abs. 3 InsO vorgesehene Beschränkung eines von der solventen Partei auszugleichenden finanziellen Vorteils auf den von der insolventen Partei erlittenen Schaden wäre geeignet, das durch § 104 Abs. 3 InsO gewährleistete Niveau des Masseschutzes abzusenken. Der Umstand, dass in § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO Rahmenverträge über Finanzdienstleistungen erwähnt werden, eröffne nicht die Möglichkeit, über den in dieser Vorschrift vorgesehenen Regelungsrahmen hinaus Abweichungen von § 104 InsO vertraglich vorzusehen.

2. Reaktion:

Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung (BR-Drucks. 548/16)

Auszug:

- a) „§ 104
Fixgeschäfte, Finanzleistungen, vertragliches Liquidationsnetting“ (**Soll ab 0.6.2016 gelten**)

Absatz 3 wird wie folgt geändert:

- a) In Satz 1 werden die Wörter „zu einem von den Parteien vereinbarten Zeitpunkt, spätestens jedoch am fünften“ durch die Wörter „am zweiten“ ersetzt.

b) Die Sätze 2 und 3 werden aufgehoben.

3. Die folgenden Absätze 4 und 5 werden angefügt:

(4)

”

Die Vertragsparteien können abweichende Bestimmungen treffen, sofern diese mit den wesentlichen Grundgedanken der jeweiligen gesetzlichen Regelung vereinbar sind, von der abgewichen wird. Sie können insbesondere vereinbaren,

1. dass die Wirkungen nach Absatz 1 oder Absatz 2 auch vor der Verfahrenseröffnung eintreten, insbesondere bei Stellung des Antrags einer Vertragspartei auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das eigene Vermögen oder bei Vorliegen eines Eröffnungsgrundes (vertragliche Beendigung),

2. dass einer vertraglichen Beendigung auch solche Geschäfte nach Absatz 1 oder Absatz 2 unterliegen, bei denen die Ansprüche auf die Lieferung der Ware oder die Erbringung der Finanzleistung vor der Verfahrenseröffnung, aber nach dem für die vertragliche Beendigung vorgesehenen Zeitpunkt fällig werden,

3. dass die Forderung wegen Nichterfüllung

a) sich nach dem Markt- oder Börsenpreis für ein Ersatzgeschäft bestimmt, das unverzüglich, spätestens jedoch am fünften Werktag nach der vertraglichen Beendigung abgeschlossen wird,

b) sich nach dem Markt- oder Börsenpreis für ein Ersatzgeschäft bestimmt, das zu einem vereinbarten Zeitpunkt, spätestens jedoch am fünften Werktag nach der vertraglichen Beendigung hätte abgeschlossen werden können,

c) falls das Marktgeschehen den Abschluss eines Ersatzgeschäfts nach den Buchstaben a und b nicht zulässt, nach Methoden und Verfahren zu bestimmen ist, die Gewähr für eine angemessene Bewertung des beendeten Geschäfts bieten.

(5) Der andere Teil kann die Forderung wegen Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.“

b) § 104 der Insolvenzordnung, die zuletzt durch Artikel 1 dieses Gesetzes geändert worden ist, wird wie folgt geändert: (Soll ab Inkrafttreten des neuen Gesetzes gelten)

1. Die Absätze 1 bis 3 werden wie folgt gefasst:

(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 Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein, so kann nicht Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden. Dies gilt auch für Geschäfte über Finanzleistungen, die einen Markt- oder Börsenpreis haben und für die eine bestimmte Zeit oder eine bestimmte Frist vereinbart war, die nach der Eröffnung des Verfahrens eintritt oder abläuft. Als Finanzleistungen gelten insbesondere

1. die Lieferung von Edelmetallen,

2. die Lieferung von Finanzinstrumenten oder vergleichbaren Rechten, soweit nicht der Erwerb einer Beteiligung an einem

Unternehmen zur Herstellung einer dauernden Verbindung beabsichtigt ist,

3. Geldleistungen,

a) die in ausländischer Währung oder in einer Rechnungseinheit zu erbringen sind oder

b) deren Höhe unmittelbar oder mittelbar durch den Kurs einer ausländischen Währung oder einer Rechnungseinheit, durch den Zinssatz von Forderungen oder durch den Preis anderer Güter oder Leistungen bestimmt wird,

4. von Nummer 2 nicht ausgeschlossene Lieferungen und Geldleistungen aus derivativen Finanzinstrumenten,

5. Optionen und andere Rechte auf Lieferungen nach Satz 1 oder auf Lieferungen, Geldleistungen, Optionen und Rechte im Sinne der Nummern 1 bis 5,

6. Finanzsicherheiten im Sinne des § 1 Absatz 17 des Kreditwesengesetzes.

Finanzinstrumente im Sinne von Satz 3 Nummer 2 und 4 sind die in Anhang I Abschnitt C der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349; L 74 vom 18.3.2015, S. 38; L 188 vom 3.7.2016, S. 28), die zuletzt durch die Richtlinie (EU) 2016/1034 (ABl. L 175 vom 30.6.2016, S. 8) geändert worden ist, genannten Instrumente.

(2) Die Forderung wegen Nichterfüllung bestimmt sich nach dem Markt- oder Börsenwert des Geschäfts. Als Markt- oder Börsenwert gilt

1. der Markt- oder Börsenpreis für ein Ersatzgeschäft, das unverzüglich, spätestens jedoch am fünften Werktag nach der Eröffnung des Verfahrens abgeschlossen wird, oder

2. falls kein Ersatzgeschäft nach Nummer 1 abgeschlossen wird, der Markt- oder Börsenpreis für ein Ersatzgeschäft, das am zweiten Werktag nach der Verfahrenseröffnung hätte abgeschlossen werden können.

Sofern das Marktgeschehen den Abschluss eines Ersatzgeschäfts nach Satz 2 Nummer 1 oder 2 nicht zulässt, ist der Markt- und Börsenwert nach Methoden und Verfahren zu bestimmen, die Gewähr für eine angemessene Bewertung des Geschäfts bieten.

(3) Werden Geschäfte nach Absatz 1 durch einen Rahmenvertrag oder das Regelwerk einer zentralen Gegenpartei im Sinne von § 1 Absatz 31 des Kreditwesengesetzes zu einem einheitlichen Vertrag zusammengefasst, der vorsieht, dass die einbezogenen Geschäfte bei Vorliegen bestimmter Gründe nur einheitlich beendet werden können, gilt die Gesamtheit der einbezogenen Geschäfte als ein Geschäft im Sinne des Absatzes 1. Dies gilt auch dann, wenn zugleich andere Geschäfte einbezogen werden; für letztere gelten die allgemeinen Bestimmungen.“

2. Absatz 4 Satz 2 wird wie folgt geändert

a) In den Nummern 1 und 2 wird die Angabe „oder Absatz 2“ gestrichen.

b) Nummer 3 wird wie folgt gefasst:

„3. dass zwecks Bestimmung des Markt- oder Börsenwerts des Geschäfts

a) der Zeitpunkt der vertraglichen Beendigung an die Stelle der Verfahrenseröffnung tritt,

b) die Vornahme des Ersatzgeschäfts nach Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 bis zum Ablauf des zwanzigsten Werktags nach der vertraglichen Beendigung erfolgen kann, soweit dies für eine wertschonende Abwicklung erforderlich ist,

c) anstelle des in Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 genannten Zeitpunkts ein Zeitpunkt oder Zeitraum zwischen der vertraglichen Beendigung und dem Ablauf des fünften darauf folgenden Werktages maßgeblich ist.“

Stellungnahme: Es handelt sich entgegen der Begründung keineswegs um eine Klarstellung des im Gesetz schon bisher Geregelter, sondern um eine grundlegende Neuregelung.

III.

Sind Schenkungsverträge an Angehörige mit Rückforderungsvorbehalt für den Fall der Insolvenz des Beschenkten nichtig?

BGH, Beschluss v. 13.3.2008 – IX ZB 39/05, ZIP 2008, 1028

Ein Schenkungsvertrag über ein Grundstück, in dem zugleich ein durch Vormerkung gesicherter Rückübertragungsanspruch für den Fall des Vermögensverfalls oder der Insolvenz des Begünstigten vereinbart wird, ist im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Begünstigten mangels objektiver Gläubigerbenachteiligung nicht anfechtbar.

Frage: Handelt es sich aber um eine unwirksame Lösungsklausel?

ME: Nein