Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

NZG 13/1998

10. Juli · 1. Jahrgang 1998 · Seite 481–524

Schriftleitung: Professor Dr. Lutz Michalski, Fakultät RW, Universitätsstraße 30, 95440 Bayreuth

Aufsätze

Aufrechnung in der Insolvenz

Von Univ.Prof. Dr. Peter von Wilmowsky, LL.M. (Berkeley), Hannover

Der folgende Beitrag will Orientierung vermitteln. Er arbeitet die Funktionen heraus, die das Insolvenzrecht gegenüber Aufrechnungsrechten der Gläubiger des insolventen Schuldners wahrnehmen sollte, und erläutert hieran die entsprechenden Vorschriften der InsO.

I. Einleitung

Ein insolventer Schuldner besitzt regelmäßig nicht nur Verbindlichkeiten, sondern auch Vermögen. Zu diesem können Forderungen gehören. Richten sie sich gegen Personen, denen der Insolvenzschuldner zugleich etwas schuldet, können Aufrechnungslagen bestehen. Für diejenigen Gläubiger, die ihrerseits dem Schuldner zu Zahlungen verpflichtet sind, stellt sich die Frage, ob sie ihre Verbindlichkeiten gegenüber dem insolventen Schuldner durch Aufrechnung (mit ihren Gegenforderungen) erfüllen können.

Das Recht der Aufrechnung stellt das eigene Vorstellungsvermögen auf eine harte Probe. Zwei Personen schulden einander etwas und stehen sich damit jeweils sowohl als Schuldner als auch als Gläubiger gegenüber. Jede von ihnen spielt eine Doppelrolle. Unsichtbar kreuzen sich ihre wechselseitigen entgegengerichteten Forderungen in einer abstrakten Gedankenwelt. Wenn Kenner der Materie stöhnen, „setoff law is so crushingly complex“[1], dann gilt dies erst recht für die Aufrechnung in der Insolvenz. Hier wird die doppelseitige Beziehung wirtschaftlich asymmetrisch. Eine der Forderungen hat aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des betreffenden Schuldners dramatisch an Wert verloren. Entsprechend hoch ist dann der wirtschaftliche Stellenwert, den Aufrechnungsbefugnisse erlangen.

Um den Regelungsgehalt der §§ 94 bis 96 InsO zu erfassen, ist es hilfreich, sich die (rechtspolitische) Frage vorzulegen, welche Haltung das Insolvenzrecht zur Aufrechnung bei Insolvenz des Aufrechnungsgegners einnehmen sollte. Zu diesem Zweck sind die Regelungsfunktionen der beteiligten Rechtsgebiete in Erinnerung zu rufen.

II. Regelungsfunktionen der beteiligten Rechtsgebiete

1. Funktionen der Aufrechnung

Die Aufrechnung nimmt zwei Funktionen wahr[2]. Zum einen tilgt der Aufrechnende eine Verbindlichkeit, die ihn gegenüber dem Aufrechnungsgegner trifft[3]. Anstatt zu zahlen, rechnet er auf. Das bedeutet: Der Aufrechnende verwendet einen seiner Vermögensgegenstände, nämlich die Aktiv- oder Gegenforderung, um damit die Verbindlichkeit zu erfüllen, die er dem Aufrechnungsgegner schuldet. Insoweit handelt der Aufrechnende als Schuldner (der Haupt- oder Passivforderung), so daß diese Komponente der Aufrechnung auch als *Schuldnerakt* bezeichnet wird[4]. Der Aufrechnende hat das Recht, seine Schuld nicht durch Barzahlung erfüllen zu müssen, sondern durch Verrechnung mit einer Forderung, die er seinerseits gegen den Aufrechnungsgegner besitzt, erfüllen zu können. Dem Aufrechnenden wird die Möglichkeit gewährt, ein Erfüllungssurrogat erbringen zu können. Dieses wird dem Gläubiger der Hauptforderung (= Passivforderung) aufgezwungen. Das BGB-Schuldrecht behandelt die Aufrechnung daher im Abschnitt „Erlöschen der Schuldverhältnisse“. Durch die Erfüllungswirkung wird der Aufrechnende von seiner Verbindlichkeit befreit (Befreiungsfunktion).

1) *Wood*, Principles of International Insolvency, 1995, Rdn. 16–11.

2) S. *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., 1994, § 12 I 3; *Staudinger/Gursky*, BGB, 13. Bearb. 1995, Vorbem. zu §§ 387 ff. Rdn. 5–12; *Habermeier*, Grundfragen der Aufrechnung, JuS 1997, 1057.

3) Zur Terminologie: Die Forderung des insolventen Schuldners gegen einen Gläubiger, die dieser mit Hilfe einer Aufrechnung zum Erlöschen bringen will, heißt *Hauptforderung* (oder Passivforderung). Bei der Forderung, die dem Gläubiger gegen den Schuldner zusteht und die jener zur Aufrechnung einsetzt, handelt es sich um die *Gegenforderung* (oder Aktivforderung) im Sinne des § 387 BGB. S. *MünchKomm/Feldmann*, BGB, 3. Aufl., 1994, § 387 Rdn. 1; *Gernhuber* (o. Fußn. 2) § 12 I 1; *Stürner*, in: *Jauernig/Schlechtriem/Stürner/Teichmann/Vollkommer*, BGB, 7. Aufl., 1994, § 387 Anm. 1; *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II: Insolvenzrecht, 12. Aufl., 1990, Rdn. 16.1; *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, 1995, Rdn. 264. – Die Terminologie ist jedoch nicht einheitlich. Manche Autoren bezeichnen gerade umgekehrt die Forderung des insolventen Schuldners als Gegenforderung und die zur Aufrechnung verwandte Forderung des Insolvenzgläubigers als Hauptforderung. Auch die Begründung der Bundesregierung zum Entwurf einer Insolvenzordnung (BR-Dr 1/92, 140 f. = Erläuterung zu § 107 des RegInsO) verwendet diese umgedrehte Terminologie.

4) S. *Gernhuber* (oben Fußn. 2), § 12 I 3.

Zum anderen erreicht der Aufrechnende, daß diejenige Forderung, die er selbst gegenüber dem Aufrechnungsgegner besitzt (Gegen- oder Aktivforderung), befriedigt wird. Mit Hilfe der Aufrechnung setzt er eine eigene Forderung durch, ohne das Klage- und Vollstreckungsverfahren betreiben zu müssen (Befriedigungsfunktion). Da der Aufrechnende insoweit als Gläubiger (der Gegen- = Aktivforderung) handelt, spricht man auch vom *Gläubigerakt*. Die Aufrechnung führt dieselben Wirkungen herbei, die eintreten würden, wenn der Aufrechnende ein Urteil (über seine Gegen- oder Aktivforderung) gegen seinen Schuldner erstritte und sich aus dessen Vermögen die (gegen ihn selbst gerichtete) Haupt- oder Passivforderung pfänden und überweisen ließe[5]. Insoweit kommt der Aufrechnungsbefugnis eine Sicherungsfunktion zu: Wer einer anderen Person etwas schuldet, braucht sich über die Befriedigung der eigenen Forderung, die ihm gegen diese Person zusteht, keine Gedanken mehr zu machen[6]. Diese Sicherungswirkung darf jedoch nicht dahin mißverstanden werden, daß der zur Aufrechnung Berechtigte ein Sicherungsrecht an der gegen ihn gerichteten (Haupt-)Forderung seines Schuldners besäße. Weder besitzt er ein Pfandrecht an dieser Forderung, noch ist ihm diese zur Sicherheit abgetreten worden[7]. Der Vergleich mit einem Sicherungsrecht würde die andere Wirkung der Aufrechnung verdrängen, dem Aufrechnungsberechtigten ein Erfüllungssurrogat in die Hand zu geben.

Beide Wirkungen der Aufrechnung (Erfüllung einer Verbindlichkeit und Durchsetzung einer Forderung) lassen sich nicht voneinander trennen; jeder Vorschlag zur Lösung eines Aufrechnungsproblems muß beide Wirkungen berücksichtigen[8].

Das BGB verlangt für eine Aufrechnung, daß die beteiligten Forderungen den Aufrechnungsparteien wechselseitig zustehen (Gegenseitigkeit), daß sie auf den gleichen Gegenstand gerichtet sind (Gleichartigkeit) und daß die Forderung des Aufrechnenden fällig und die des Aufrechnungsgegners erfüllbar ist (§ 387 BGB).

2. Funktionen des Insolvenzrechts

Um die Position zu bestimmen, die das Insolvenzrecht gegenüber der Aufrechnung in der Insolvenz beziehen sollte, hat man sich die Regelungsfunktionen dieses Rechtsgebiets vor Augen zu halten. Kann ein Schuldner seinen gesamten Verpflichtungen (wegen Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit) nicht mehr nachkommen, wird über sein Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet. Ziel dieses Verfahrens ist die Verwirklichung der Haftung des Schuldnervermögens. Das Recht hat dabei zwei Regelungsprobleme zu bewältigen[9].

a) Verwertung des Schuldnervermögens. Zum einen muß entschieden werden, was mit dem Vermögen des Schuldners in Zukunft geschehen soll. Zu treffen ist eine Verwertungsentscheidung. Besteht das Vermögen des Schuldners aus einem Unternehmen, gibt es zwei Möglichkeiten der Verwertung: die Verwertung durch Beendigung und Auflösung des Unternehmens und die Verwertung durch Fortführung des Unternehmens (sei es in Trägerschaft eines Dritten, sei es in Trägerschaft des insolventen Schuldners). Das Insolvenz(verwertungs)recht hat sich neutral gegenüber diesen Verwertungsmöglichkeiten zu verhalten und dafür zu sorgen, daß das Schuldnervermögen derjenigen Verwertung zugeführt wird, die den höchsten Ertrag verspricht. Das bedeutet vor allem, daß das Unternehmen bis zur Entscheidung über seine zukünftige Verwendung als „going concern" erhalten bleibt; andernfalls würde die Option Auflösung gegenüber der Option Fortführung bevorzugt.

b) Verteilung des verwerteten Schuldnervermögens. Die zweite in der Insolvenz anstehende Entscheidung ist darüber zu fällen, wie das Verwertungsergebnis auf die Geldgeber des Schuldners zu verteilen ist. Dies ist die Verteilungsentscheidung. Da das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung sämtlicher Forderungen nicht ausreicht, kommt es auf das Rangverhältnis innerhalb der Geldgeber des Schuldners an. Maßgeblich hierfür sind die außerhalb der Insolvenz geltenden Regeln über die Rangverhältnisse. Die außerhalb des Insolvenzrechts geschaffenen Rangverhältnisse gelten auch und gerade für den Fall, daß der Schuldner insolvent wird. Über die Verteilung des Insolvenzvermögens auf die Geldgeber des Schuldners entscheiden die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln. Die außerhalb der Insolvenz begründeten Rangverhältnisse sind vom Insolvenzrecht zu respektieren.

Das Insolvenzrecht sollte lediglich dort intervenieren und Änderungen in den Rangverhältnissen anordnen, wo seine Regelungsanliegen dies erfordern. Es gibt nur wenige Gründe, in die außerhalb der Insolvenz begründeten Verteilungsverhältnisse aus Anlaß der Insolvenz einzugreifen. Zu ihnen gehören die Anordnung einer pro-rata-Befriedigung der ungesicherten Gläubiger sowie die Einräumung eines Vorrangs für die Kosten, die die Durchführung eines Insolvenzverfahrens verursacht[10].

3. Unterscheidung zwischen der Begründung von Aufrechnungsrechten und Eingriffen in Aufrechnungsrechte

Vor dem Hintergrund dieser Regelungsfunktionen zeichnet sich die Rolle ab, die das Insolvenzrecht gegenüber der Aufrechnung spielen sollte[11].

Das Insolvenzrecht sollte davon absehen, selbst Aufrechnungsbefugnisse zu *begründen*. Die Begründung solcher Rechte ist weder zur Verwertung des Schuldnervermögens noch zu dessen Verteilung erforderlich. Außerdem würde man, wenn das Insolvenzrecht selbst Aufrechnungsrechte begründete, zu einem „forum shopping" einladen: Gläubiger wären versucht, Insolvenzverfahren allein deshalb zu beantragen, um in den Genuß von Aufrechnungsrechten zu kommen, die ihnen außerhalb des Insolvenzrechts nicht zustehen.

Ob eine Befugnis zur Aufrechnung entstanden ist, sollte sich daher auch in den Fällen, in denen der Aufrechnungsgegner insolvent ist, ausschließlich nach Nicht-Insolvenzrecht, also dem Recht außerhalb des Insolvenzrechts, beantworten[12]. Quelle für Aufrechnungsbefugnisse sollte allein § 387 BGB sein[13].

Das Insolvenzrecht sollte sich vielmehr mit *Interventionen* befassen. Es hat sich der Frage anzunehmen, ob und unter welchen Umständen in die nach allgemeinem Zivilrecht begründeten Aufrechnungsbefugnisse aus Anlaß der Insolvenz des Aufrechungsgegners eingegriffen wird. Derartige Eingriffe sollten (nur) dort angeordnet werden, wo sie nötig sind, um die Regelungsaufgaben zu erfüllen, die das Insolvenzrecht bei der Verwertung und der Verteilung des Vermögens des insolventen Schuldners wahrzunehmen hat.

Hält man sich an diese Rollenverteilung zwischen dem allgemeinen Zivilrecht (Begründung von Aufrechnungsbefugnis-

5) Vgl. *Staudinger (Gursky)* (oben Fußn. 2), Vorbem. zu §§ 387 ff. Rdn. 5.

6) Zur wirtschaftlichen Bedeutung der Sicherungsfunktion, s. *Wood*, English and International Set-Off, 1989, Rdn. 1–56 – 1–61.

7) S. *Gernhuber* (oben Fußn. 2) § 12 I 1 (225) und *Wood* (oben Fußn. 6), Rdn. 1–62 f.

8) *Staudinger (Gursky)* (o. Fußn. 2), Vorbem. zu §§ 387 ff. Rdn. 6, m. w. Nachw.

9) S. *Jackson*, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, 1986, 22–27, 57–67.

10) Zur Befriedigung der ungesicherten Gläubiger nach gleichen Anteilen s. unten III 2.

11) Für die Insolvenz gilt folgende Sprachregelung: Die Gläubiger besitzen Forderungen gegen den insolventen Schuldner (= Gegen- oder Aktivforderungen), die sie dazu verwenden wollen, eigene Verbindlichkeiten gegenüber dem insolventen Schuldner (also dessen Haupt- oder Passivforderungen) zu erfüllen.

12) *Baird/Jackson*, Cases, Problems, and Materials on Bankruptcy, 2nd edition 1990, 511.

13) Verfehlt erschienen daher die Sonderaufrechnungsrechte, die der § 54 KO speziell für den Konkursfall gewährte. S. unten V.

sen) und dem Insolvenzrecht (Eingriffe in bestehende Aufrechnungsbefugnisse), läßt sich z. B. ein Schweigen des Insolvenzgesetzgebers zutreffend deuten. Soweit das Insolvenzrecht zur Frage der Aufrechnung schweigt, bedeutet dies, daß es auf Eingriffe verzichtet. Dann bleiben die nach allgemeinem Zivilrecht begründeten Aufrechnungsbefugnisse erhalten.

Der in Deutschland vorherrschenden Insolvenzrechtsdoktrin liegt ein anderes Verständnis zugrunde. Man meint, daß Aufrechnungsbefugnisse in der Insolvenz nur dann fortbestünden, wenn das Insolvenzrecht dies so bestimme. Entsprechende Regelungen werden als „Insolvenzschutz" oder „Vertrauensschutz" bezeichnet[14]. Damit wird der Eindruck erweckt, daß die Aufrechnungsbefugnis unterginge, wenn eine Fortbestandsgarantie fehlt.

Das Gegenteil ist jedoch richtig. Daß Aufrechnungsbefugnisse in der Insolvenz fortbestehen, ist selbstverständlich. Ebenso wie die Insolvenz nichts an den Pflichten ändert, die den Insolvenzschuldner treffen, behält er auch die ihm zustehenden Forderungen und sonstigen Rechte. An das Insolvenzrecht richtet sich nicht die Frage nach einem Fortbestand von Rechten und Pflichten, sondern die nach insolvenzveranlaßten Eingriffen in bestehende Rechte oder Pflichten.

Beispiel: Die Aufrechnungsvorschriften der Konkursordnung von 1877 (§§ 53–55 KO) äußerten sich nicht zu solchen Aufrechnungsbefugnissen, die auf Aufrechnungs*verträgen* beruhen. Bislang hat die Rechtsprechung vereinbarten Aufrechnungsrechten jede Wirkung in der Insolvenz versagt[15]. Diese Judikatur scheint auf der Vorstellung zu beruhen, das Schweigen der KO sei dahin zu verstehen, daß die auf Aufrechnungsverträgen beruhenden Aufrechnungsbefugnisse unter der KO keinen „Insolvenzschutz" genössen und daher in der Insolvenz aufgehoben seien. Zu einer ganz anderen Einschätzung gelangt die hier erläuterte Rollenverteilung: Schweigt das Insolvenzrecht zu Aufrechnungsverträgen, so bedeutet dies, daß es von Eingriffen in durch Aufrechnungsverträge begründete Aufrechnungsbefugnisse absieht. Folglich bestehen diese in der Insolvenz unverändert fort[16]. Der Gesetzgeber hat die Wirksamkeit von Aufrechnungsverträgen in der Insolvenz nunmehr ausdrücklich bestätigt (§ 94 InsO)[17].

Ausgehend von der hier vertretenen Rollenverteilung ist zu untersuchen, welche Eingriffe das Insolvenzrecht in die Befugnis zur Aufrechnung gegenüber einem insolventen Aufrechnungsgegner führen sollte.

Rechnet ein Gläubiger während eines Insolvenzverfahrens gegen Forderungen seines Schuldners mit Gegenforderungen auf, so werden hiervon beide Regelungsgegenstände des Insolvenzrechts berührt. Die eine Wirkung der Aufrechnung, die Forderung des insolventen Schuldners zu erfüllen, wirkt sich auf die *Verwertung* des Schuldnervermögens aus. Die andere Wirkung der Aufrechnung, die eigene Forderung des Gläubigers gegen den insolventen Schuldner zu befriedigen, beeinflußt die *Verteilung* des Schuldnervermögens auf die Gläubiger.

Dementsprechend sind zwei Interventionsgründe in Betracht zu ziehen: Aufgrund der doppelten Wirkung kann eine Aufrechnung im Insolvenzfall sowohl die Funktionen stören, die das Insolvenzrecht hinsichtlich der Verwertung des Schuldnervermögens wahrzunehmen hat, als auch die Funktionen beeinträchtigen, die das Insolvenzrecht hinsichtlich der Verteilung des Verwertungsergebnisses zu erfüllen hat. Da die Eingriffe des Rechts der Insolvenzverteilung in die Befugnis zur Aufrechnung weiter gehen als die Eingriffe des Rechts der Insolvenzverwertung, werden jene hier zuerst aufgegriffen.

III. Insolvenzverteilungsrecht: Eingriffe in das Recht zur Aufrechnung

1. Aufrechnung als Verteilung von Schuldnervermögen

Als Gläubigerakt wirkt sich die Aufrechnung auf die *Verteilung* des Schuldnervermögens aus. Durch die Aufrechnung erreicht der Aufrechnende, daß seine Gegen- (= Aktiv-)Forderung gegen den insolventen Schuldner befriedigt wird. Die zum Schuldnervermögen gehörende Haupt- (= Passiv-)Forderung wird dazu verwendet, die Forderung des Aufrechnenden zu realisieren. Um zu ermitteln, ob die Aufrechnung in der Insolvenz des Aufrechnungsgegners eingeschränkt werden sollte, ist zu untersuchen, wann die Wirkung der Aufrechnung, die eigene Forderung des Aufrechnenden zu tilgen, mit den Eingriffen, die das Insolvenzverteilungsrecht anordnet, in Konflikt geraten kann.

2. Eingriff des Insolvenzteilungsrechts: Die pro-rata-Befriedigung gleichrangiger Gläubiger

Im Hinblick auf die Aufrechnung ist das Verhältnis der ungesicherten Gläubiger untereinander von Interesse. Außerhalb der Insolvenz, d. h. nach allgemeinem Zivilrecht, entscheidet die zeitliche Reihenfolge des (von den Mitteln des Vollstrekkungsrechts getragenen) Zugriffs über die Rangfolge innerhalb der ungesicherten Gläubiger. Wer zuerst in einen Gegenstand des Schuldnervermögens vollstreckt, erlangt insoweit einen Befriedigungsvorrang vor den anderen ungesicherten Gläubigern. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hebt das Insolvenzrecht diese Verteilungsregel auf und ordnet statt dessen die pro-rata-Befriedigung aller ungesicherten Forderungen an: Bei gleichem Rang werden Forderungen der Insolvenzgläubiger nach dem Verhältnis ihrer Beträge berichtigt[18]. Die zeitliche Reihenfolge des Zugriffs auf einzelne Vermögensgegenstände wird ersetzt durch eine Befriedigung zu gleichen Anteilen. Damit entzieht das Insolvenz(verteilungs)recht denjenigen Gläubigern, die keine Sicherungsrechte am Vermögen des insolventen Schuldners erworben haben, das Recht, eine vollständige Befriedigung aus dem Schuldnervermögen zu versuchen. Das Schuldnervermögen haftet ihnen vielmehr nur noch mit der Quote, die eine pro-rata-Befriedigung sämtlicher ungesicherten Forderungen erlaubt.

Die pro-rata-Verteilung findet ihre Rechtfertigung darin, daß sie sämtlichen ungesicherten Gläubigern nützt. Sie erspart ihnen erheblichen Kontrollaufwand. Ohne sie hätten die ungesicherten Gläubiger Kosten aufzuwenden, um ständig den Schuldner auf Anzeichen drohender Zahlungsunfähigkeit sowie die anderen Gläubiger auf Sicherungs- und Vollstrekkungshandlungen zu überwachen und sich für einen Spurt auf die Vermögenswerte bereitzuhalten[19]. Die ungesicherten Gläubiger würden die anteilige Befriedigung für den Fall der Insolvenz ihres Schuldners selbst vereinbaren, wenn nicht die große Zahl ungesicherter Gläubiger und der ständige Wechsel in der personellen Zusammensetzung eine solche Abrede vereitelten. Die gesetzliche Regelung fixiert demnach das, was die ungesicherten Gläubiger in einer Welt ohne Transaktionskosten von sich aus festlegen würden[20].

---

14) Vgl. z. B. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2. Aufl., 1998, Rdn. 19.02 ff.; *ders.*, Die Aufrechnung nach der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 489 (Rdn. 2); *Gottwald*, in: Insolvenzrechts-Handbuch (hrsg. von *Gottwald*), 1990, § 47 Rdn. 1.

15) *BGHZ* 81, 15, 18 ff. – NJW 1981, 2257 (Konzernaufrechnungsklauseln, bei denen das in § 387 BGB verlangte Erfordernis der Gegenseitigkeit abgeändert wird); ebenso *OLG Köln*, BB 1995, 1870.

16) Zu diesem Ergebnis kam eine beachtete Gegenmeinung zur Rechtsprechung im Schrifttum: *Joussen*, ZIP 1982, 279, 281 ff.; *Gottwald*, in: Insolvenzrechts-Handbuch (o. Fußn. 14), § 47 Rdn. 76; *Kuhn/Uhlenbruck*, Konkursordnung, 11. Aufl. 1994, § 55 Rdn. 7 q.

17) Hierzu *Häsemeyer* (o. Fußn. 14), in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, 489, 502 f., Rdn. 40 f.

18) Vgl. § 39 I InsO; früher § 61 II 2 KO.

19) Dazu *Jackson* (o. Fußn. 9) 15 f.

20) Zu dem Modell, Verteilungsfragen mit Hilfe eines fiktiven Gläubiger-Insolvenzverteilungsvertrags zu untersuchen, siehe *Jackson* (o. Fußn. 9) 29–31, sowie *ders.*, Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain, 91 Yale L.J. 857 (1982). – Eine andere, meines Erachtens jedoch nicht überzeugende Erklärung bietet *Häsemeyer* (o. Fußn. 14), Rdn. 10.34 und 2.24–2.27 an.

3. Erstreckung des pro-rata-Eingriffs auf Gläubigerforderungen, die zur Aufrechnung eingesetzt werden können?

Kann ein Gläubiger eine eigene Forderung als Aufrechnungsmittel gegenüber der Forderung seines Schuldners auch bei dessen Insolvenz einsetzen, genießt er ein Befriedigungsvorrecht an einem bestimmten Gegenstand des Schuldnervermögens, nämlich an der gegen ihn gerichteten (Haupt- =Passiv-)Forderung des insolventen Schuldners. Indem der Aufrechnende in voller Höhe von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem insolventen Schuldner frei wird, erreicht er zugleich, daß seine eigene (Gegen- = Aktiv-)Forderung in voller Höhe der Aufrechnungslage befriedigt wird.

Das Befriedigungsprivileg, das die Aufrechnung vermittelt, wird deutlich, wenn man sie hinwegdenkt. Könnte der Gläubiger seine Verbindlichkeit gegenüber dem insolventen Schuldner nicht durch Aufrechnung tilgen, müßte er sie voll erfüllen, während er selbst auf seine eigene Forderung lediglich die Insolvenzquote erhielte.

Hinsichtlich der Befriedigungswirkung der Aufrechnung[21] stellt sich in der Insolvenz folgende Frage: Inwieweit soll die Anordnung des Insolvenzverteilungsrechts, daß gleichrangige Forderungen pro rata zu befriedigen sind, auch solche Forderungen erfassen, die nach allgemeinem Zivilrecht zur Aufrechnung gegen eine Forderung des insolventen Schuldners verwendet werden können? Mit anderen Worten: Soll man zur Aufrechnung geeignete Gläubigerforderungen in den Herrschaftsbereich des pro-rata-Eingriffs einbeziehen? Nimmt man eine solche Erstreckung vor, richtet sie sich darauf, das Recht zur Aufrechnung im Insolvenzfall aufzuheben.

Um die aufgeworfene Frage zu beantworten, ist auf den dargestellten Zweck des pro-rata-Eingriffs abzustellen: Diesem Befriedigungsmodell sollten alle diejenigen Gläubiger unterworfen sein, die im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ungesicherte Forderungen gegen den insolventen Schuldner besitzen. Diese Gläubiger sind die Nutznießer: In ihrem Interesse liegt diese Befriedigungsregelung. Betrachtet man die als Aufrechnungsmittel in Betracht kommende Gegenforderungen unter diesem Blickwinkel, sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden.

a) **Aufrechnungsrecht vor Insolvenz.** Zunächst sind diejenigen Fälle zu betrachten, in denen der Gläubiger noch vor der Insolvenz seines Schuldners ein Recht zur Aufrechnung seiner eigenen Schuld erworben hatte. Hier besteht kein Grund für eine Intervention des Insolvenz(verteilungs)rechts.

An die pro-rata-Verteilung sind diejenigen Gläubiger gebunden, die sich vor der Insolvenz des Schuldners untereinander an einer Verteilungsabrede dieses Inhalts beteiligt hätten. Das sind diejenigen Gläubiger, die durch dieses Verteilungsmodell Überwachungskosten einsparen. Ebenso wie die gesicherten Gläubiger zählen auch solche Gläubiger *nicht* hierzu, die *vor* dem Insolvenzeintritt ein Recht zur Aufrechnung (sei es aus Vertrag, sei es aus Gesetz) erworben hatten. Da sie damit rechnen konnten, ihre Forderung durch Aufrechnung befriedigt zu erhalten, bestand für sie kein Anlaß, ihren Schuldner und die anderen Gläubiger zu überwachen, um für ein Wettrennen auf die Vermögensgegenstände des Schuldners gerüstet zu sein.

Das gilt für sämtliche Fälle, in denen vor Insolvenzeröffnung ein Recht zur Aufrechnung begründet worden war. Bestand die Haupt-(=Passiv-)Forderung bereits, als der Gläubiger seine Gegen-(=Aktiv-)Forderung begründete, konnte er sich sicher fühlen, den gewährten Kredit notfalls per Aufrechnung zurückzuerhalten. Aber auch im umgekehrten Fall (zuerst entsteht die Gegenforderung des Gläubigers, dann die Hauptforderung des Schuldners) wird der Gläubiger eine Überwachung des Schuldners und der konkurrierenden Gläubiger für entbehrlich halten. Sobald die Hauptforderung entstanden ist, wird der Gläubiger ab diesem Zeitpunkt seine Gegenforderung für sicher halten und eventuell zuvor ergriffene Überwachungsmaßnahmen beenden. Dann scheidet er noch vor Insolvenzeintritt aus dem Kreis der Interessenten an einer pro-rata-Befriedigung aus.

Damit ist festzuhalten, daß die Regelungszwecke, die das Insolvenzverteilungsrecht mit der pro-rata-Befriedigung verfolgt, keine Einschränkungen der Aufrechnungsbefugnisse von Gläubigern verlangen, soweit die Aufrechnungslage bereits vor Insolvenzbeginn bestand.

Zu dieser Einschätzung fand auch der Gesetzgeber. Bestand die Aufrechnungslage bei Insolvenzeröffnung bereits, dann tastet das Insolvenzrecht die Aufrechnungsbefugnisse nicht an (§ 94 InsO; § 53 KO)[22]. Diese Regelung hat nach der hier vertretenen Sichtweise lediglich deklaratorische Bedeutung. Gäbe es sie nicht, würde dasselbe gelten. Der Verzicht auf Eingriffe (d. h. auf Abänderungen der Rechtslage, die außerhalb der Insolvenz besteht) braucht nicht normiert zu werden. Anders versteht die überwiegende Doktrin diese Vorschrift. Ihr zufolge verleiht der § 94 InsO (§ 53 KO) den bei Insolvenzbeginn bestehenden Aufrechnungsrechten „Vertrauens-" und „Insolvenzschutz"[23].

b) **Aufrechnungsrecht nach Insolvenz.** Die Begründung von Aufrechnungsbefugnissen richtet sich auch während des Insolvenzverfahrens nach allgemeinem Zivilrecht. Treten die Voraussetzungen des § 387 BGB nach Insolvenzbeginn ein, entsteht in diesem Moment ein Recht zur Aufrechnung. Es stellt sich die Frage, ob das Insolvenzverteilungsrecht intervenieren und ein Aufrechnungsrecht verhindern sollte.

Die Antwort hierauf fällt unterschiedlich aus. Sie hängt von den Gründen ab, derentwegen das Aufrechnungsrecht nicht vor, sondern nach Insolvenzbeginn entstand. Über den Zeitpunkt, zu dem eine Befugnis zur Aufrechnung entsteht, entscheiden die Zeitpunkte, in denen die Hauptforderung entsteht und erfüllt werden kann sowie die Gegenforderung entsteht und fällig wird. Dementsprechend sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden.

aa) Hauptforderung des insolventen Schuldners: Entstehen nach Insolvenzbeginn. In einer ersten Gruppe lassen sich diejenigen Fälle erfassen, in denen es die (Haupt- = Passiv-)Forderung des insolventen Schuldners ist, die nach Insolvenzeintritt entsteht. Dagegen bestand die (Gegen- = Aktiv-)Forderung des Gläubigers bereits zuvor. Zur Veranschaulichung stelle man sich vor, daß der Insolvenzverwalter einem Insolvenzgläubiger eine Maschine verkauft oder vermietet und auf diese Weise während des Insolvenzverfahrens einen Anspruch (hier: auf Zahlung des Kaufpreises oder Mietzinses) gegen den Insolvenzgläubiger erwirbt.

Wer bis zur Insolvenzeröffnung eine Forderung gegen einen Schuldner besitzt, ohne diesem seinerseits etwas zu schulden, befindet sich in der typischen Rolle eines ungesicherten Gläubigers. Wie alle ungesicherten Gläubiger ist er an einer pro-rata-Verteilung interessiert, um den Aufwand für eine andauernde Kontrolle des Schuldners und seiner konkurrierenden Gläubiger einzusparen. Folglich sollten solche Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners nicht aufrechnen können. Sie sind vielmehr an die pro-rata-Verteilung gebunden.

---

21) Zur Wirkung der Aufrechnung, die Forderung des insolventen Schuldners zu erfüllen und damit den Gläubiger von dieser Verbindlichkeit zu befreien, s. unten IV.

22) Ebenso verhält sich das amerikanische Insolvenzrecht. Siehe § 553 (a) B.C.: „... this title [11 U.S.C.] does not affect any right of a creditor to offset a mutual debt owing by such creditor to the debtor [= *Hauptforderung des insolventen Schuldners*] that arose before the commencement of the case under this title against a claim of such creditor against the debtor [= *Gegenforderung des Gläubigers*] that arose before the commencement of the case, except to the extent that – ... (3) the debt owed to the debtor by such creditor [= *Hauptforderung*] was incurred by such creditor – (A) after 90 days before the date of the filing of the petition; (B) while the debtor was insolvent; and (C) for the purpose of obtaining a right of setoff against the debtor".

23) Hierzu oben Text zu Fußn. 14.

So hat der Gesetzgeber auch reagiert. In § 96 Ziff. 1 InsO (§ 55 Ziff. 1 KO) verbietet er die Aufrechnung gegenüber solchen (Haupt- =Passiv-)Forderungen des insolventen Schuldners, die erst nach dem Eintritt der Insolvenz entstanden sind. Diese Position nehmen auch das englische und das amerikanische Insolvenzrecht ein[24].

bb) Gegenforderung des Gläubigers: Aufrechnungsmittel nach Insolvenzbeginn. In der zweiten Fallgruppe liegt es an der Gegen-(=Aktiv-)Forderung des Gläubigers, daß das Aufrechnungsrecht nach Insolvenzbeginn entsteht. Sie steht erst nach Insolvenzbeginn als Aufrechnungsmittel zur Verfügung. Dies kann auf zwei Umständen beruhen: daß die Gegenforderung erst nach Insolvenzbeginn entstand (1) oder daß sie zwar vor der Insolvenz entstanden war, aber erst während des Insolvenzverfahrens fällig wurde (2). Die (Haupt- = Passiv-)Forderung des insolventen Schuldners war dagegen vor Insolvenzbeginn entstanden.

(1) Entstehen der Gegenforderung nach Insolvenzbeginn. Entstand die (Gegen- = Aktiv-)Forderung des Gläubigers zu einem Zeitpunkt, als der Schuldner bereits insolvent war, sollte das Insolvenzrecht nicht gegen die (im Insolvenzverfahren entstehende) Aufrechnungsbefugnis dieses Gläubigers vorgehen.

Da der Gläubiger hier vor dem Eintritt des Insolvenzfalls noch kein Gläubiger war, hatte er keinen Anlaß, irgendwelche Überwachungsmaßnahmen zu ergreifen. Er kann daher nicht auf eine pro-rata-Befriedigung verpflichtet sein. Vielmehr steht ihm zu, als sogenannter Massegläubiger im Rang vor den Insolvenzgläubigern befriedigt zu werden (§ 55 Ziff. 1 InsO).

Beispiel: Ein Schuldner des Insolvenzschuldners wird während des Insolvenzverfahrens dessen Gläubiger, indem er dem Insolvenzschuldner ein Darlehen gibt oder eine Sache verkauft oder vermietet.

Es gibt keinen Grund, diesen Gläubiger in den Herrschaftsbereich des pro-rata-Eingriffs einzubeziehen und ihm das Recht zur Aufrechnung zu entziehen. Soweit er nach § 387 BGB zur Aufrechnung berechtigt ist, bleibt es trotz der Insolvenz des Aufrechnungsgegners hierbei.

Das Gesetz regelt diesen Fall nicht. Nach der hier vertretenen Konzeption bedeutet dieses Schweigen, daß das Insolvenzrecht davon absieht, in nach § 387 BGB begründete Aufrechnungsrechte einzugreifen. So entscheiden im Ergebnis auch die Gerichte: Der § 96 InsO (§ 55 KO) mit seinen Aufrechnungsverboten gilt nicht, wenn mit einer Masseforderung als Gegen- (= Aktiv-)Forderung gegen eine Forderung des Insolvenzvermögens aufgerechnet wird[25].

(2) Fälligkeit der Gegenforderung nach Insolvenzbeginn. Die Aufrechnungsvoraussetzungen treten auch dann erst nach Insolvenzbeginn ein, wenn die Gegenforderung zwar vor Insolvenzbeginn entstanden war, aber erst hernach fällig geworden ist[26]. Gemäß § 387 BGB kann der Gläubiger in diesem Fall mit seiner Gegenforderung ab dem Fälligkeitsdatum gegen die (vor der Insolvenz entstandene) Hauptforderung des insolventen Schuldners aufrechnen. Ob das Insolvenz(verteilungs)recht diese Aufrechnungsbefugnis entziehen sollte, läßt sich nicht pauschal beantworten. Vielmehr ist zu differenzieren. Es kommt darauf an, in welcher zeitlichen Reihenfolge Haupt- und Gegenforderung fällig werden.

(a) Fälligkeit der Gegenforderung vor der der Hauptforderung. Wird die Gegenforderung des Gläubigers fällig, bevor die Hauptforderung des Insolvenzschuldners fällig wird, befindet sich der Gläubiger in einer Lage, die nicht mit der eines ungesicherten Gläubigers gleichgesetzt werden kann. Zwar besitzt er bei Insolvenzbeginn lediglich eine ungesicherte Forderung. Da diese jedoch früher fällig wird als die Hauptforderung, kann er sich darauf verlassen, sie zur Aufrechnung gegenüber der Hauptforderung verwenden zu können. Sobald seine (Gegen-)Forderung fällig wird, kann er ihre Befriedigung erreichen, indem er sie zur Aufrechnung gegenüber der (erst später fällig werdenden) Hauptforderung einsetzt. Ein Gläubiger, der seinerseits seinem Schuldner etwas schuldig ist und diese Schuld nicht vor der Fälligkeit seines Anspruchs erfüllen muß, hat keinen Anlaß, zur Durchsetzung seiner Forderung Überwachungsmaßnahmen gegenüber seinem Schuldner oder konkurrierenden Gläubigern zu ergreifen. Er gehört somit nicht zum Kreis derjenigen Gläubiger, die an einem pro-rata-Pakt untereinander interessiert sind. Folglich sollte man ihn auch nicht (durch Vorenthalten der Aufrechnungsbefugnis) in diesen Verteilungsrahmen hineinzwingen.

Diese Überlegung steht hinter der gesetzlichen Regelung in § 95 I 1 InsO. Wenn es dort heißt, daß Gegenforderungen als Aufrechnungsmittel eingesetzt werden können, sobald sie fällig geworden sind, wird damit die allgemeine Regelung des § 387 BGB wiederholt. Mit anderen Worten: In der hier betrachteten Fallkonstellation (Hauptforderung vor Insolvenzbeginn entstanden; Gegenforderung vor Insolvenzbeginn entstanden, aber erst nach Eintritt in die Insolvenz und hierbei vor der Hauptforderung fällig) tastet das Insolvenzrecht ein nach § 387 BGB begründetes Recht zur Aufrechnung nicht an.

(b) Fälligkeit der Gegenforderung nach der der Hauptforderung. Anders sind die Fälle zu beurteilen, in denen die Gegenforderung später fällig wird als die Hauptforderung. Wenn sowohl die Haupt- als auch die Gegenforderung vor der Insolvenz entstanden sind und die Gegenforderung nach Insolvenzeröffnung und nach der Hauptforderung fällig wird, spricht viel dafür, die Gegenforderung nicht zur Aufrechnung zuzulassen und statt dessen dem pro-rata-Eingriff zu unterwerfen.

In dem hier betrachteten Fall wird die Hauptforderung früher fällig als die Gegenforderung. Dann kann die Hauptforderung ab *ihrem* Fälligkeitstermin (bis zur Fälligkeit der Gegenforderung) geltend gemacht und durchgesetzt werden, ohne daß sich der Inhaber der Gegenforderung durch eine Aufrechnung befreien könnte. Bis zur Fälligkeit seiner Gegenforderung muß der Gläubiger seine Schuld durch Zahlung erfüllen. Gleichzeitig bedeutet dies, daß er sich zur Befriedigung *seiner* (Gegen-)Forderung nicht auf seine eigene Schuld verlassen kann. Da er seine Schuld (d. h. die Hauptforderung seines Schuldners) vorher zu begleichen hat, kann er nicht davon ausgehen, bei der später eintretenden Fälligkeit seiner Gegenforderung deren Befriedigung noch durch eine Aufrechnung herbeiführen zu können. Vielmehr muß er damit rechnen, daß sein Schuldner die diesem zustehende Hauptforderung beitreibt, so daß die Hauptforderung gar nicht mehr besteht, wenn die Gegenforderung fällig wird. Will er seine Gegenforderung gesichert sehen, bleibt ihm daher nur der Weg, für sie ein Sicherungsrecht am Vermögen seines Schuldners zu erwerben.

Muß der Gläubiger der Gegenforderung seine Verbindlichkeit gegenüber dem Schuldner vor Fälligkeit seiner Gegenforderung erfüllen, besteht Interessenidentität mit den ungesicherten Gläubigern. Ebenso wie diese müßte er den Schuldner auf Anzeichen von Zahlungsschwierigkeiten und die konkurrierenden Gläubiger auf Vollstreckungsvorbereitungen überwachen, gäbe es die pro-rata-Regel nicht.

Diese Überwachung wird erst dann entbehrlich, wenn die Gegenforderung fällig wird *und* die Hauptforderung zu diesem Zeitpunkt trotz ihrer früher eingetretenen Fälligkeit noch besteht. Dieser Fall

24) England: *Wood* (o. Fußn. 6), Rdn. 7–120 – 7–125. USA: § 553 (a) (3) (B) B.C. (o. Fußn. 22).

25) Nachweise bei *Kuhn/Uhlenbruck* (oben Fußn. 16), § 55 Rdn. 7g; *Kilger/Karsten Schmidt,* Insolvenzgesetze (KO/VerglO/GesO), 17. Aufl., 1997, § 55 KO Anm. 2; *Baur/Stürner* (o. Fußn. 3), Rdn. 16.16. – Dieselbe Rechtslage besteht im englischen Insolvenzrecht; s. *Wood* (o. Fußn. 6), Rdn. 7–88 f., 7–94 – 7–96, 7–209 –7–213.

26) Zum Fälligkeitserfordernis für die Gegenforderung siehe § 387 BGB: „... sobald er die ihm gebührende Leistung fordern ... kann".

kann dann eintreten, wenn der Schuldner seine Hauptforderung trotz Fälligkeit aus irgendwelchen Gründen (eigene Nachlässigkeit oder erfolgreiche Hinhaltetaktik des Gläubigers) nicht durchsetzt. Sollte demnach die Hauptforderung noch bestehen, wenn die Gegenforderung fällig wird, entsteht in diesem Augenblick das Recht zur Aufrechnung; ab diesem Augenblick ist der Inhaber der Gegenforderung gesichert. Damit gehört er ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zum Kreis der dem pro-rata-Eingriff unterliegenden Gläubiger. Dies setzt jedoch voraus, daß nicht zwischenzeitlich ein Insolvenzverfahren eingeleitet wurde. Wird die Gegenforderung erst nach Insolvenzbeginn fällig (so die Voraussetzung der hier betrachteten Fallkonstellation), dann stand *bei* Insolvenzbeginn die Gegenforderung des Gläubigers nicht als Aufrechnungsmittel zur Verfügung.

Eine Aufrechnung sollte hier ausgeschlossen werden. Dieser Gläubiger gehört zu dem Kreis derjenigen Gläubiger, für die die pro-rata-Verteilung geschaffen wurde. Auch er sollte daher auf eine anteilige Befriedigung verpflichtet werden.

Zur Illustrierung stelle man sich vor, ein Gläubiger habe dem Schuldner ein Darlehen gewährt, welches in fünf Jahren zurückzuzahlen ist. Dieser Rückzahlungsanspruch bildet die (in fünf Jahren fällige) Gegenforderung. Umgekehrt schuldet auch der Gläubiger dem Schuldner etwas: Da er vom Schuldner eine Sache gekauft hat, schuldet er diesem die Zahlung des Kaufpreises. Diese (Haupt-)Forderung ist in drei Monaten fällig. Nach zwei Monaten wird das Insolvenzverfahren eröffnet. – Erfüllt der Darlehensgeber seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag und zahlt in drei Monaten den geschuldeten Kaufpreis, so erlischt seine Schuld, so daß sie ihm nicht zur Durchsetzung seiner Darlehensforderung dienen kann, wenn diese in fünf Jahren fällig wird. Im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung steckt der Darlehensgeber in der Rolle eines ungesicherten Gläubigers: Er kann nicht damit rechnen, daß der Darlehensnehmer die diesem zustehende Kaufpreisforderung trotz Fälligkeit fünf Jahre lang nicht durchsetzen wird und er (der Darlehensgeber) dann diese Schuld zur Befriedigung seines Rückzahlungsanspruchs wird verwenden können. Sollte in fünf Jahren das Konkursverfahren weiter anhängig sein und die Aufrechnungsvoraussetzung „Fälligkeit der Gegenforderung" eintreten, hat das Insolvenzrecht zu verhindern, daß der Darlehensgeber hier gemäß § 387 BGB ein Recht zur Aufrechnung erwirbt. Wer bei Insolvenzbeginn an die pro-rata-Befriedigung gebunden war, behält diesen Status bis zum Abschluß des Insolvenzverfahrens. Der Umstand, daß der Darlehensgeber im Zeitpunkt des Eintritts in die Insolvenz aufgrund seines ungesicherten Status (bei Fehlen einer pro-rata-Regel) zu Überwachungsmaßnahmen gezwungen gewesen wäre, kann nicht nachträglich entfallen.

(c) Gesetzliche Regelung in § 95 I 3 InsO. Der Gesetzgeber hat in diesem Sinn entschieden. Nach § 95 I 3 InsO ist die Aufrechnung ausgeschlossen, „wenn die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, unbedingt und fällig wird, bevor die Aufrechnung erfolgen kann". Dieses Aufrechnungsverbot gilt für die hier erörterte Fallkonstellation: Haupt- und Gegenforderung vor Insolvenzbeginn entstanden; Gegenforderung nach Insolvenzbeginn und später als die Hauptforderung fällig. Dieser Geltungsbereich des § 95 I 3 InsO ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift, wohl aber aus dem systematischen Zusammenhang.

Das Aufrechnungsverbot des § 95 I 3 InsO kann von vornherein nur in den Fällen zum Einsatz gelangen, in denen sowohl die Gegenforderung als auch die Hauptforderung *vor* Insolvenzeröffnung entstanden sind. Das steht zwar in § 95 I 3 InsO nicht ausdrücklich, ergibt sich aber aus folgender Überlegung: Würde die *Gegen*forderung erst nach Insolvenzeröffnung entstehen, handelte es sich nicht, wie von den §§ 94–96 InsO generell vorausgesetzt, um eine Insolvenzforderung, sondern um eine Masseforderung. Für diese kommen jedoch keine Aufrechnungsbeschränkungen in Betracht[27]. Würde die *Haupt*forderung erst nach Insolvenzeröffnung entstehen, wäre die Aufrechnung (mit einer vor Insolvenzeröffnung begründeten Gegenforderung) ohnehin ausgeschlossen (und zwar nach § 96 Nr. 1 InsO = § 55 Nr. 1 KO)[28]. Eine weitere Qualifizierung des Anwendungsbereichs des § 95 I 3 InsO ergibt sich aus der Überschrift der Norm. Da dort der Eintritt der Aufrechnungslage während des Insolvenzverfahrens verlangt wird, kann die Vorschrift allein solche Fälle erfassen, in denen die Gegenforderung nach Insolvenzeröffnung fällig wird. Würde sie vor Insolvenzeröffnung fällig, träte die Aufrechnungslage vor dem Insolvenzfall ein, da ja auch die Hauptforderung bereits vor Insolvenzeröffnung besteht[29].

Daß § 95 I 3 InsO Fälligkeit der Gegenforderung *nach* Insolvenzeröffnung voraussetzt, ergibt auch ein Vergleich mit § 392 BGB, dem der § 95 I 3 InsO nachgebildet ist. Die Beschlagnahme der Hauptforderung bewirkt ein Erfüllungsverbot gegenüber dem Schuldner (§ 829 I 1 ZPO) und damit auch ein Verbot der Aufrechnung als Erfüllungsersatz. Das Aufrechnungsverbot des § 392 BGB setzt voraus, daß die Gegenforderung nicht nur nach der Hauptforderung, sondern auch nach der Beschlagnahme (der Hauptforderung) fällig wurde. Übersetzt man diese Regelung in die Insolvenzsituation, dann entspricht die Beschlagnahme der Insolvenzeröffnung. Folglich greift dieses Aufrechnungsverbot nur ein, wenn die Gegenforderung nach dem Beginn des Insolvenzverfahrens fällig wurde.

Zieht man alle Voraussetzungen zusammen, dann konzentriert sich § 95 I 3 InsO auf einen Fall: Die vor Insolvenz entstandene Gegenforderung wird nach der Insolvenzeröffnung fällig und soll nunmehr gegen eine Hauptforderung aufgerechnet werden, die gleichfalls vor Insolvenzeröffnung bestand und die früher als die Gegenforderung fällig geworden war[30]. Hier schreitet § 95 I 3 InsO ein und verhängt ein Aufrechnungsverbot.

(3) Erwerb der Gegenforderung durch Abtretung. In einer weiteren Fallkonstellation entzieht das Insolvenzrecht eine Aufrechnungsbefugnis, die nach allgemeinem Zivilrecht bestehen würde. Ist jemand dem Insolvenzschuldner etwas schuldig und wird er dadurch zum Insolvenzgläubiger, daß er (nach Insolvenzbeginn) eine Gegenforderung gegen den Schuldner *im Wege der Abtretung* von einem bisherigen Insolvenzgläubiger erwirbt, dann ist ihm – trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 387 BGB – die Aufrechnung versagt (§§ 96 Ziff. 2 InsO; 55 Ziff. 2 KO)[31].

Dieses Aufrechnungsverbot wird benötigt, um das Regelungsanliegen des Insolvenzverteilungsrechts zu fördern. Da der Zedent der späteren Gegenforderung als ungesicherter Insolvenzgläubiger zur Zeit der Insolvenzeröffnung keine Aufrechnungsmöglichkeit besaß, gehörte er zum Kreis derjenigen Gläubiger, die auf eine anteilige Befriedigung verpflichtet sind. Vor der Abtretung war diese Insolvenzforderung somit dem pro-rata-Regime unterworfen. Die Abtretung an eine Person, die dem Insolvenzschuldner etwas schuldet, kann hieran nichts ändern. Nach Beginn des Insolvenzverfahrens kann ein Schuldner des Insolvenzschuldners kein Aufrechnungsrecht durch den Erwerb einer Insolvenzforderung erhalten[32].

---

27) Oben III 3 b bb (1).

28) Oben III 3 b aa.

29) Daß § 95 I 3 InsO Fälligkeit der Gegenforderung *nach* Insolvenzeröffnung voraussetzt, ergibt auch ein Vergleich mit § 392 BGB, dem der § 95 I 3 InsO nachgebildet ist. Die Beschlagnahme der Hauptforderung bewirkt ein Erfüllungsverbot gegenüber dem Schuldner (§ 829 I 1 ZPO) und damit auch ein Verbot der Aufrechnung als Erfüllungsersatz. Das Aufrechnungsverbot des § 392 BGB setzt voraus, daß die Gegenforderung nicht nur nach der Hauptforderung, sondern auch nach der Beschlagnahme (der Hauptforderung) fällig wurde. Übersetzt man diese Regelung in die Insolvenzsituation, dann entspricht die Beschlagnahme der Insolvenzeröffnung. Folglich greift dieses Aufrechnungsverbot nur ein, wenn die Gegenforderung nach dem Beginn des Insolvenzverfahrens fällig wurde.

30) Der S. 2 des § 95 I InsO stellt klar, daß die (erst nach Insolvenzbeginn eintretende) Fälligkeit der Gegenforderung nicht (nach § 41 I InsO) fingiert wird.

31) Entsprechendes gilt im englischen Insolvenzrecht, s. *Wood* (o. Fußn. 6), Rdn. 7–227 – 7–260, und im amerikanischen Insolvenzrecht, siehe § 553 (a) (2) B.C. Letztgenannte Bestimmung lautet: Die Aufrechnung ist unzulässig mit einer Gegenforderung, „[which] was transferred, by an entity other than the debtor, to such creditor (A) after the commencement of the case; or (B) (i) after 90 days before the date of the filing of the petition; and (ii) while the debtor was insolvent ...".

32) Die Beweislast trägt der Aufrechnende: Er muß beweisen, daß die Aufrechnungsbefugnis bereits bei Verfahrenseröffnung bestand. Im Fall durch Abtretung erworbener Gegenforderungen muß er beweisen, daß die Abtretung *vor* Insolvenzbeginn erfolgt war. Siehe *BGH*, WiB 1997, 700, 701.

cc) Hauptforderung und Gegenforderung: Entstehen nach Insolvenzbeginn. Die dritte Fallgruppe innerhalb der nach Insolvenzbeginn entstehenden Aufrechnungsrechte kennzeichnet, daß sowohl die (Haupt-)Forderung des insolventen Schuldners als auch die (Gegen-)Forderung des Gläubigers nach Eintritt des Insolvenzfalls entstanden ist. Die insolvenzrechtliche Beurteilung bereitet keine Schwierigkeiten. Da die Gegenforderung zu Insolvenzbeginn noch nicht existierte, fehlt jeder Grund, auf sie den Eingriff der pro-rata-Befriedigung zu erstrecken[33]. Folglich kommen Einschränkungen eines nach § 387 BGB begründeten Aufrechnungsrechts durch das Insolvenzverteilungsrecht nicht in Betracht. Als Masseforderungen sind diese Gegenforderungen ohnehin im Rang vor Insolvenzforderungen zu befriedigen.

dd) Eingriffe während des Vorverfahrens. Die Aufrechnungsverbote, die die InsO verhängt, gelten erst ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Sie gelten nicht für das Vorverfahren (Eröffnungsverfahren) zwischen dem Eröffnungsantrag und dem Beschluß hierüber. Nach wohl überwiegender Meinung können sie in dieser Zeit auch durch Sicherungsanordnungen nach § 21 InsO nicht in Kraft gesetzt werden[34]. Unberührt hiervon bleibt die Anwendbarkeit des Anfechtungsrechts. Wurde das Aufrechnungsrecht während des Vorverfahrens durch eine anfechtbare Handlung begründet, fällt es unter das Verbot des § 96 Ziff. 3 InsO. Die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen werden ab dem Eröffnungsantrag häufig vorliegen.

An dieser Zurückhaltung mag man rechtspolitische Zweifel hegen. Andere Insolvenzrechte, wie etwa das amerikanische, sind offensiver und lassen ihre Aufrechnungsverbote ab Stellung des Eröffnungsantrags oder gar ab Eintritt der Überschuldung des Aufrechnungsgegners eingreifen. So gilt das Aufrechnungsverbot des § 553 (a) B.C. z. B. gegenüber solchen Hauptforderungen des Insolvenzschuldners, die nach Stellung des Eröffnungsantrags entstanden sind[35]. Auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kommt es nicht an. Demgegenüber erfaßt das entsprechende deutsche Verbot lediglich Aufrechnungen gegenüber solchen Hauptforderungen, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind (§ 96 Ziff. 1 InsO). Einige deutsche Gerichte finden sich hiermit nicht ab und wenden die gesetzlichen Aufrechnungsbeschränkungen auf das Eröffnungsverfahren analog an[36].

IV. Insolvenzverwertungsrecht: Eingriff in die Ausübung des Aufrechnungsrechts

Auch aus dem anderen Zweig des materiellen Insolvenzrechts, dem Insolvenz*verwertungs*recht, können sich Gründe ergeben, Aufrechnungsrechte in der Insolvenz des Aufrechnungsgegners einzuschränken. Wie sich die Aufrechnung als Gläubigerakt auf die Verteilung des Schuldnervermögens auswirkt, beeinflußt sie als Schuldnerakt die Verwertung des Schuldnervermögens.

1. Aufrechnung als Verwertung von Schuldnervermögen

Zur *Verwertung* des Insolvenzvermögens gehört der Einzug der dem Insolvenzschuldner zustehenden Forderungen. Diese Verwertungsmaßnahme wird dem Insolvenzverwalter aus der Hand genommen, wenn der Schuldner der Forderung des Insolvenzschuldners zugleich Gläubiger des Insolvenzschuldners ist und mit seiner Gegenforderung aufrechnet.

Wenn ein Gläubiger seine (Gegen-)Forderung zur Aufrechnung gegenüber einer (Haupt-)Forderung des insolventen Schuldners einsetzt, verfügt er über einen Gegenstand des Schuldnervermögens: Er erfüllt die gegen ihn gerichtete Hauptforderung durch ein Surrogat (nämlich die eigene Gegenforderung) und bringt sie dadurch zum Erlöschen. Mit der Aufrechnung wird die Hauptforderung des Insolvenzschuldners getilgt; eine Entscheidung des Insolvenzverwalters, ob und wie er die (Haupt-)Forderung einziehen will, erübrigt sich.

Das Recht zur Aufrechnung vermittelt somit die Macht, über einen Gegenstand des Insolvenzvermögens einzeln, d. h. losgelöst von der Verwertung durch den Insolvenzverwalter, zu verfügen. Durch diese Wirkung könnte die Aufrechnung mit dem zentralen Regelungsanliegen des Insolvenzverwertungsrechts in Widerspruch stehen: den Zugriff einzelner Gläubiger auf das Schuldnervermögen zu verbieten und statt dessen eine kollektive Verwertung des Schuldnervermögens zu ermöglichen.

2. Das insolvenzrechtliche Verbot des Einzelzugriffs

Das Insolvenz(verwertungs)recht hat die Aufgabe, das Schuldnervermögen der besten weiteren Verwendung zuzuführen, damit der maximale Ertrag an die Gläubiger (in bar oder in Rechten an dem Schuldnervermögen) verteilt werden kann[37]. Dazu ist es erforderlich, den Gläubigern des insolventen Schuldners die individuellen Zugriffsrechte auf das Schuldnervermögen zu entziehen und in der Hand des Insolvenzverwalters zu kollektivieren. Hätten die Gläubiger auch noch bei Insolvenz ihres Schuldners die Möglichkeit, individuell auf das Schuldnervermögen zur Befriedigung ihrer Forderungen zuzugreifen, bestünde die Gefahr, daß das Schuldnervermögen suboptimal verwertet wird. Unkoordinierte Vollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger sind nicht in der Lage, eventuelle Verbundwerte auszuschöpfen, die in dem Schuldnervermögen stecken. Deutlich wird dies, wenn das Schuldnervermögen aus einem Unternehmen besteht. Dort führt der unkoordinierte Einzelzugriff durch Gläubiger zu einer Zerschlagung und damit Beendigung des Unternehmens, und zwar auch in den Fällen, in denen eine Fortführung des Unternehmens einen höheren Ertrag hervorbringen würde. Um eine Vernichtung von Verbundwerten zu verhindern und die Option auf eine Fortführung des schuldnerischen Unternehmens zu erhalten, verbieten praktisch sämtliche Insolvenzrechte den individuellen unkoordinierten Zugriff der Gläubiger.

3. Erstreckung des insolvenzrechtlichen Zugriffsverbots auf die Aufrechnung?

Der Schuldnerakt der Aufrechnung wirft die Frage auf, ob das insolvenzrechtliche Verbot des Einzelzugriffs nicht auch die Aufrechnungsrechte von Gläubigern erfassen müßte.

a) Inhalt des Zugriffsverbots bei der Aufrechnung. Eine Erstreckung des Zugriffsverbots kann nicht dazu führen, daß das Aufrechnungsrecht selbst aufgehoben wird[38]. Das Anliegen, eine kollektive Verwertung zu ermöglichen, rechtfertigt keine Eingriffe in die Substanz der nach allgemeinem Zivilrecht begründeten Aufrechnungsrechte. Zur Debatte steht lediglich die Einbringung von Aufrechnungsrechten in das kollektive Verwertungsverfahren, indem deren *Ausübung* während des Insolvenzverfahrens untersagt wird. Somit läßt sich die Frage dahin präzisieren, ob das Insolvenzverwertungsrecht in der Weise intervenieren sollte, daß es den zur Aufrechnung berechtigten Gläubigern in der Insolvenz des Aufrechnungsgegners untersagt, dieses Recht einzeln auszuüben[39].

33) Vgl. hierzu oben III 3 b bb (1) (Hauptforderung vor, Gegenforderung nach Insolvenzbeginn entstanden).

34) Zum Meinungsstand s. *Häsemeyer* (o. Fußn. 14), in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 489, Rdn. 50; *Mankowski*, Aufrechnung während der Sequestrationsphase, insb. unter der GesO, JZ 1996, 392, 396.

35) S. den Wortlaut der Vorschrift, wiedergegeben in Fußn. 22.

36) S. z. B. *OLG Dresden*, ZIP 1998, 432, 433 f.

37) S. oben II 2. a.

38) Anders im Insolvenz*verteilungs*recht: Dessen Eingriff der pro-rata-Befriedigung kann zur Aufhebung von Aufrechnungsrechten führen. Oben III.

39) Der Vollzug der Aufrechnung ist von Land zu Land unterschiedlich geregelt. Nach deutschem Recht wird die Aufrechnung durch Willenserklärung der aufrechnenden Partei vollzogen (§ 388 Satz 1 BGB). Im französischen Recht vollzieht sich die Aufrechnung dagegen automatisch

b) **Entscheidung des Gesetzgebers.** Die meisten Insolvenzrechte sehen davon ab, die Ausübung von Aufrechnungsrechten dem insolvenzrechtlichen Verbot des individuellen Zugriffs auf das Schuldnervermögen zu unterwerfen.

aa) Deutsches Insolvenzrecht. Im deutschen Insolvenzrecht hat das Verbot des Einzelzugriffs zwei Ausprägungen erfahren. Die Ausübung von Aufrechnungsrechten, die durch rechtsgestaltende Willenserklärung (§ 388 Satz 1 BGB) erfolgt, wird von keiner von beiden erfaßt.

Die eine Ausprägung bildet das Vollstreckungsverbot des § 89 I InsO (§ 14 I KO). Diese Bestimmung verwehrt den ungesicherten Gläubigern, mit den Mitteln der Zwangsvollstrekkung auf Gegenstände des Vermögens des insolventen Schuldners zuzugreifen. Fraglich ist, ob dieses Verbot auch die Ausübung von Aufrechnungsbefugnissen erfaßt. Wegen der Tilgungsfunktion der Aufrechnung und der damit verbundenen Wirkung, über einen Gegenstand des Insolvenzvermögens zu verfügen, wäre dies durchaus folgerichtig. Gleichwohl findet das Verbot der Zwangsvollstreckung auf die Aufrechnung nach h. M. keine Anwendung[40]. Man begründet dies mit dem Schweigen des Gesetzgebers: Das Gesetz hat die (insolvenzveranlaßten) Eingriffe in die Aufrechnung in den §§ 94–96 InsO (§§ 53–56 KO) abschließend geregelt, ohne die Ausübung der Aufrechnungsbefugnis zu suspendieren.

Die andere Ausprägung des Verbots des Einzelzugriffs betrifft die Verwertung von Sicherungsrechten. Auch den gesicherten Gläubigern muß es verwehrt sein, durch eine individuelle Verwertung der belasteten Gegenstände das Vermögen des Schuldners auseinander zu reißen. Mithin entzieht die InsO (in § 166) auch dieser Gläubigergruppe die individuellen Verwertungsbefugnisse (was die andere Funktion der Sicherungsrechte, ihren Inhabern ein Befriedigungsvorrecht an dem erfaßten Gegenstand des Schuldnervermögens zu vermitteln, selbstverständlich nicht antastet). Dies gilt auch für bestimmte Sicherungsrechte an Forderungen, so daß ein Insolvenzgläubiger, dem eine Forderung als Sicherheit übertragen worden war, diese nicht gegenüber dem Drittschuldner geltend machen darf; dies ist vielmehr dem Insolvenzverwalter vorbehalten[41].

Auch die für Sicherungsrechte geltenden Verbote der Einzelverwertung greifen gegenüber der Ausübung von Aufrechnungsbefugnissen nicht ein. Zwar besitzt die Aufrechnungsbefugnis ähnliche Wirkungen wie ein Sicherungsrecht an der Hauptforderung. Gleichwohl handelt es sich nicht um ein Sicherungsrecht an der Hauptforderung[42]. Daher gilt der Entzug der Einzelverwertungsbefugnis, den der § 166 InsO den Inhabern von Sicherungsrechten an Gegenständen des Schuldnervermögens auferlegt, nicht für Rechte zur Aufrechnung.

bb) Englisches Insolvenzrecht. Zu demselben Ergebnis wie das deutsche Recht hat das englische Recht gefunden. Auch dort erfaßt das insolvenzrechtliche Verbot des Einzelzugriffs die Ausübung von Aufrechnungsbefugnissen durch Insolvenzgläubiger nicht[43].

cc) Amerikanisches Insolvenzrecht. Anders hat sich der amerikanische Bankruptcy Code entschieden. Sein Verbot des Einzelzugriffs gilt auch für die Ausübung von Aufrechnungsrechten[44]. Aufrechnungsbefugten Gläubigern ist es verwehrt, von sich aus dieses Recht auszuüben. Hierzu benötigen sie vielmehr einen Beschluß des Insolvenzgerichts, der den „automatic stay" insoweit wieder aufhebt[45]. Die Erstreckung des Zugriffsverbots auf die Aufrechnung hat nicht zur Folge, daß der aufrechnungsberechtigte Insolvenzgläubiger seine Schuld gegenüber dem insolventen Schuldner durch Barzahlung erfüllen müßte. Dies käme einer Aufhebung des Aufrechnungsrechts gleich, die von den Regelungsanliegen des Insolvenz*verwertungs*rechts gerade nicht gefordert wird. Dem Insolvenzgläubiger steht vielmehr die Einrede der Aufrechenbarkeit zu[46].

c) **Stellungnahme.** Rechtspolitisch stellt sich die Frage, ob das insolvenzrechtliche Zugriffsverbot den Insolvenzgläubigern auch die Ausübung von Aufrechnungsbefugnissen sperren sollte.

Zwar läßt sich nicht leugnen, daß ein Insolvenzgläubiger mit einer Aufrechnung einzeln über einen Gegenstand des Schuldnervermögens verfügt. Insoweit überzeugt der Regelungsansatz des amerikanischen Rechts, den „automatic stay" (also das Verbot des Einzelzugriffs) auf Aufrechnungen zu erstrecken.

Die Regelungsanliegen, die das insolvenzrechtliche Zugriffsverbot verfolgt, sind bei einer Aufrechnung allerdings nur in geringem Maße angesprochen. Mit der Kollektivierung der individuellen Zugriffsrechte sollen eine Vernichtung von Verbundwerten, die in dem Schuldnervermögen stecken mögen, verhindert und die Option, das schuldnerische Unternehmen als Ganzes fortzuführen, erhalten werden. Um dieses Regelungsziel zu erreichen, ist eine Kollektivierung der Ausübungsbefugnisse für Aufrechnungsrechte von Insolvenzgläubigern nicht nötig. Im Gegensatz zu den sächlichen Betriebsmitteln (wie Maschinen und Betriebsgrundstücken) können Forderungen keine Verbundvorteile vermitteln. Ihre Verbindung mit anderen Gegenständen des Schuldnervermögens führt zu keinen Wertzuwächsen[47]. Mithin kann es die Verwertung des Schuldnervermögens als Einheit und insbesondere die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens nur wenig stören, wenn Insolvenzgläubiger individuell und unkoordiniert von ihren Aufrechnungsbefugnissen Gebrauch machen und auf diese Weise über zur Insolvenzmasse gehörende Forderungen verfügen. Wegen der lediglich geringfügigen Auswirkungen auf die Verwertung ist es kein dringendes insolvenzpolitisches Anliegen, die Ausübung von Aufrechnungsbefugnissen im Insolvenzfall zu sperren.

V. Sonderaufrechnungsrechte in der Insolvenz?

Manche Insolvenzrechte ziehen der Aufrechnung im Insolvenzfall nicht nur Schranken, sondern sehen auch zusätzliche Aufrechnungsrechte vor. Erweiterungen gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht sind etwa dahin vorstellbar, daß man auf die Fälligkeit der Gegenforderung oder auf die Gleichartigkeit von Haupt- und Gegenforderung verzichtet. Derartige Sonderaufrechnungsrechte kannte die KO: Deren § 54 I ermöglichte die Aufrechnung sowohl mit nicht fälligen als auch mit nicht gleichartigen (Gegen-)Forderungen, wenn der Inhaber der Hauptforderung in Konkurs gefallen war[48]. In-

(Art. 1690 Code civil). Siehe den rechtsvergleichenden Überblick bei *Martin Wolf*, Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht, Diss. Münster, 1989, S. 86 ff.

40) *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., Band 1 (§§ 1–42), 1997, § 14 Rdn. 12 f.

41) § 166 II InsO. – Der Entzug der Verwertungsbefugnis gilt nur für die Sicherungsabtretung, nicht für Pfandrechte an der Forderung. Diese Differenzierung ist nicht plausibel; siehe jedoch die Begründung der Bundesregierung zum Regierungsentwurf der InsO, BR-Dr. 1/92, 178, Anmerkungen zu § 191 des Regierungsentwurfs.

42) S. oben im Text zu Fußn. 7.

43) *Wood* (oben Fußn. 6) Rdn. 7–20.

44) § 362 (a) (7) B.C. lautet zum Teil: „[A] petition [filed for bankruptcy] operates as a stay ... of ... (7) the setoff of any debt owing to the debtor that arose before the commencement of the case under this title against any claim against the debtor ...".

45) § 362 (d) B.C.

46) § 542 (b) B.C.: „[A]n entity that owes a debt that is property of the estate ... shall pay such debt to, or on the order of, the trustee, except to the extent that such debt may be an offset under Section 553 of this title against a claim against the debtor". – Hierzu *Baird*, The Elements of Bankruptcy, 1993, 211 f. – Das deutsche Zivilrecht kennt eine derartige Einrede nicht; siehe *Gernhuber* (o. Fußn. 2) § 12 I 4 b, m. w. Nachw.

47) So auch die Begründung des Regierungsentwurfs von 1992 zur InsO, s. die Begründung zu § 191 II des Regierungsentwurfs, BR-Dr 1/92, 178.

48) Erläuterungen hierzu bei *Gottwald*, in: Insolvenzrechts-Handbuch (o. Fußn. 14), § 47 Rdn. 21–44.

dem die KO damit Aufrechnungsbefugnisse verlieh, die außerhalb der Insolvenz nicht erhältlich waren, verschaffte sie den Gläubigern von noch nicht fälligen („betagten") oder nicht gleichartigen Gegenforderungen ein Befriedigungsprivileg, für das eine Rechtfertigung jeweils nicht ersichtlich war[49]. Mit dem Inkrafttreten der InsO haben diese Sonderaufrechnungsrechte ihr Ende gefunden. Seit dem 1. 1. 1999 kann mit vor Insolvenzeröffnung entstandenen, aber noch nicht fälligen (oder nicht gleichartigen) Gegenforderungen gemäß § 387 BGB erst mit Eintritt der Fälligkeit (bzw. der Gleichartigkeit) aufgerechnet werden (§ 95 I 1 InsO), vorausgesetzt es greift nicht das Aufrechnungsverbot des § 95 I 3 InsO ein[50].

VI. Ergebnisse

Für die Aufrechnung in der Insolvenz verdient festgehalten zu werden: Ob ein Recht zur Aufrechnung *entstanden* ist, sollte sich auch dann, wenn der Aufrechnungsgegner insolvent ist, ausschließlich nach dem allgemeinen Zivilrecht (d. h. dem Nicht-Insolvenzrecht) beantworten. Dem Insolvenzrecht fällt demgegenüber die Aufgabe zu, Aufrechnungsrechte dort *aufzuheben* oder *einzuschränken*, wo sie Regelungsanliegen des Insolvenzrechts stören würden. Für derartige Eingriffe des Insolvenzrechts kommen zwei verschiedene Gründe in Betracht.

1. Eingriffe des Insolvenzverwertungsrechts

Dem Insolvenz*verwertungs*recht obliegt es, dafür zu sorgen, daß das Insolvenzvermögen als Ganzes verwertet werden kann. Nur dann können Verbundwerte, die zwischen den einzelnen Vermögensgegenständen bestehen mögen, genutzt werden. Zu diesem Zweck muß das Insolvenzvermögen vor dem unkoordinierten Zugriff der Gläubiger geschützt werden. Da die Aufrechnung als *Schuldnerakt* dem Insolvenzvermögen einen Vermögensgegenstand, nämlich die Hauptforderung, durch Erfüllung entzieht, könnte man daran denken, das insolvenzrechtliche Verbot des Einzelzugriffs auch auf die Aufrechnung zu erstrecken. Dann bestünde das Aufrechnungsrecht zwar fort, dürfte während des Insolvenzverfahrens jedoch nicht ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters oder Insolvenzgerichts ausgeübt werden. Derartige Ausübungsbeschränkungen kennt das deutsche Insolvenzrecht (im Gegensatz zum amerikanischen) nicht.

2. Eingriffe des Insolvenzverteilungsrechts

Den zweiten Interventionsgrund liefert das Insolvenz*verteilungs*recht. Diejenigen Gläubiger des insolventen Schuldners, die im Verhältnis zu den anderen Gläubigern weder einen Vorrang am Schuldnervermögen erworben haben noch einen Nachrang eingegangen sind, verpflichtet es auf eine pro-rata-Verteilung: Diese Gläubiger können ihre Forderungen nur noch anteilig befriedigt erhalten. Da die Aufrechnung als *Gläubigerakt* bewirkt, daß die zur Aufrechnung eingesetzte Gegenforderung in voller Höhe befriedigt wird, steht das Insolvenzrecht vor der Frage, den pro-rata-Eingriff auch auf als Aufrechnungsmittel geeignete Gegenforderungen zu erstrekken und das Recht zur Aufrechnung aufzuheben. Gerechtfertigt erscheint dieser Eingriff (nur) dann, wenn der Inhaber der Gegenforderung zum Kreis derjenigen Gläubiger gehört, die an einer pro-rata-Befriedigung interessiert sein müßten, weil ihre vollständige Befriedigung nicht gesichert ist. Diese Kontrollüberlegung steckt die Fälle ab, in denen Aufrechnungsrechte Konflikte mit den Regelungsaufgaben des Insolvenzverteilungsrechts auslösen und daher aufgehoben werden sollten.

Bestand das Recht zur Aufrechnung bereits *vor* der Insolvenz, gehört die Gegenforderung des Gläubigers nicht in den Herrschaftsbereich der pro-rata-Befriedigung. Folglich rechtfertigt die Insolvenz des Aufrechnungsgegners keine Einschränkungen der Aufrechnungsbefugnisse. Dies kommt in § 94 InsO zum Ausdruck.

Eine differenzierende Beurteilung verdienen die Fälle, in denen das Recht zur Aufrechnung *nach* Insolvenzbeginn entsteht. Hier treten die Voraussetzungen des § 387 BGB ganz oder zum Teil während des Insolvenzverfahrens ein. Eingriffe des Insolvenzrechts sind (nur) dann erforderlich, wenn die Gegenforderung zu denjenigen Forderungen gegen den insolventen Schuldner gehört, die das Konzept der pro-rata-Befriedigung erfassen sollte. Dies ist dann der Fall, wenn bei Insolvenzbeginn die vollständige Befriedigung nicht gewährleistet ist. Sobald der Inhaber der Gegenforderung nicht sicher sein kann, daß seine Forderung vollständig befriedigt werden wird, gehört er zu denjenigen Gläubigern, für die die pro-rata-Verteilung geschaffen wurde. Sie liegt im Interesse aller ungesicherten Gläubiger, weil sie ihnen erspart, den Schuldner auf Zeichen von Zahlungsschwierigkeiten sowie die konkurrierenden Gläubiger auf Vollstreckungsvorbereitungen zu überwachen. Nach diesem Maßstab sind verschiedene Fallgruppen zu unterscheiden.

War die Gegenforderung des Gläubigers vor Insolvenzbeginn, die *Hauptforderung* des Schuldners jedoch erst *nach* Insolvenzbeginn entstanden, sollte ein nach § 387 BGB begründetes Aufrechnungsrecht durch das Insolvenzrecht aufgehoben werden. Unter diesen Bedingungen war die Befriedigung der Gegenforderung zur Zeit des Insolvenzbeginns nicht gewährleistet, weil der Gläubiger dem Schuldner seinerseits noch gar nichts schuldete und es folglich noch keine Verbindlichkeit gab, durch deren Aufrechnung er die Befriedigung seiner (Gegen-)Forderung hätte erreichen können. Als die Insolvenz eintrat, war der Gläubiger ein gewöhnlicher ungesicherter Gläubiger. Seine Forderung ist dem pro-rata-Eingriff zu unterwerfen. Folgerichtig verbietet der § 96 Nr. 1 InsO den Einsatz von vor Insolvenzeintritt entstandenen Gegenforderungen zur Aufrechnung gegenüber nach Insolvenzbeginn entstandenen Hauptforderungen.

Facettenreich sind die Fälle, in denen Haupt- und Gegenforderung vor Insolvenzbeginn entstanden sind, die *Gegenforderung* aber erst *nach* Insolvenzbeginn *fällig* wurde. Stellt man darauf ab, ob im Zeitpunkt des Eintritts in die Insolvenz die Befriedigung der Gegenforderung gesichert war oder nicht, so erlangt die zeitliche Reihenfolge der Fälligkeiten entscheidende Bedeutung. Wird die Gegenforderung später als die Hauptforderung fällig, so bedeutet dies, daß der Gläubiger seine Schuld zu einem Zeitpunkt zu erfüllen hatte, bevor er die Befriedigung seiner Gegenforderung verlangen konnte. Folglich war bei Insolvenzbeginn nicht gewährleistet, daß die Gegenforderung durch Aufrechnung gegenüber der Hauptforderung würde befriedigt werden können. Hier muß das Insolvenzrecht die Aufrechnungsbefugnis entziehen (§ 95 I 3 InsO). Wird die Gegenforderung dagegen zeitlich eher fällig als die Hauptforderung, steht sie einer gesicherten Forderung gleich. Eine Intervention des Insolvenzrechts scheidet aus (vgl. § 95 I 1 InsO).

Klar fällt die Beurteilung der Fälle aus, in denen die *Gegenforderung nach* Insolvenzbeginn *entsteht*. Da hier die Gegenforderung beim Eintritt in die Insolvenz noch gar nicht existierte, kann sie nicht dem pro-rata-Regime unterstellt werden. Folglich kommt nicht in Betracht, das Recht zur Aufrechnung wegen der Insolvenz des Aufrechnungsgegners zu entziehen. Die §§ 94–96 InsO ordnen denn auch keinen Eingriff an. Gleichgültig ist hierbei, ob die Hauptforderung vor oder nach Insolvenzbeginn entstanden war.

---

49) Vgl. auch die Kritik im RegInsO, BR-Dr 1/92, 140 f. (Erläuterung zu § 107 des RegE).

50) Zu § 95 I 3 InsO s. oben III 3 bb (2) (c).