Prof. Dr. von Wilmowsky

Insolvenzrecht I: Grundzüge

(Vorlesung)

Die Verträge des Insolvenzschuldners

Allgemeines Insolvenzvertragsrecht

Teil A. Grundstruktur

Einleitung: Grundstruktur 2

I. Verwertung: Der Anspruch der IVP aus dem Vertrag 2

1. Die Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung 2

2. Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung: Recht der AVP, jederzeit die unverzügliche Entscheidung über die Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP zu erzwingen 6

II. Verteilung: Der Anspruch der AVP aus dem Vertrag (= Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP) 7

1. Entscheidung, den Vertragsanspruch der IVP geltend zu machen (Geltendmachungsentscheidung, Durchführungsentscheidung) 8

2. Entscheidung, den Vertragsanspruch der IVP nicht geltend zu machen (Nichtgeltendmachungsentscheidung, Nichtdurchführungsentscheidung) 9

a) Herleitung der Regel, die für die Befriedigung des VA AVP (nach Nichtgeltendmachungsentscheidung) gilt 9

b) Gesetzliche Regelung: § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO 13

c) Verrechnung: ipso iure (d.h. kraft Gesetzes) oder Gestaltungsrecht der AVP? 16

d) Inhalt des VA AVP nach der Nichtgeltendmachungsentscheidung 17

III. Literaturhinweise 17

Einleitung: Grundstruktur

Ein Vertrag, der vom Insolvenzschuldner geschlossen worden war und der bislang weder vom Insolvenzschuldner noch von dessen Vertragspartner vollständig erfüllt wurde, enthält – aus der Perspektive des Insolvenzschuldners – sowohl einen Vermögensgegenstand als auch eine Verbindlichkeit.

Vermögensgegenstand: Anspruch, der dem Insolvenzschuldner aufgrund des Vertrags gegen den Vertragspartner zusteht
Insolvenzschuldner = insolvente Vertragspartei (IVP)
vertraglicher Anspruch der IVP: VA IVP

Verbindlichkeit: Anspruch, der dem Vertragspartner aus dem Vertrag gegen den Insolvenzschuldner zusteht
Vertragspartner = andere Vertragspartei (AVP)
vertraglicher Anspruch der AVP: VA AVP

Durch den Vertrag sind Vermögensgegenstand (Vertragsanspruch der IVP) und Verbindlichkeit (Vertragsanspruch der AVP) miteinander verknüpft.

Im Insolvenzverfahren sind zwei Regelungsbereiche zu unterscheiden: die *Verwertung* des Anspruchs, der der IVP aus dem Vertrag zusteht, und die *Verteilung* von Insolvenzvermögen zur Befriedigung des Anspruchs, den die AVP aus dem Vertrag besitzt.

I. Verwertung: Der Anspruch der IVP aus dem Vertrag

1. Die Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung

-- Aufgabe der Insolvenzverwaltung:

Zu den Aufgaben der Insolvenzverwaltung gehört, über die Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP zu entscheiden.

-- Optionen

Zwei Möglichkeiten bestehen: Entweder macht die Insolvenzverwaltung den Vertragsanspruch der IVP geltend, oder sie macht diesen Vertragsanspruch nicht geltend.

-- Kriterium:

Kriterium für diese Verwertungsentscheidung: Vergleich von Aufwand und Ertrag der Geltendmachung.

-- Aufwand

Der Aufwand ergibt sich daraus, dass zur Geltendmachung des Vertragsanspruchs der IVP ein Leistungsverweigerungsrecht der AVP überwunden werden muss.

Leistungsverweigerungsrecht der AVP: entweder aus § 320 BGB oder aus § 273 BGB

Aufwand: wenn zur Überwindung dieser Einrede der AVP Insolvenzvermögen aufgewendet werden muss.

Anderenfalls (d.h. ohne Überwindung der Einrede der AVP) könnte der Vertragsanspruch der IVP nicht durchgesetzt werden, sondern würde auf die Einrede der AVP aus § 320 BGB oder § 273 BGB stoßen.

Inhalt und Höhe des Aufwands: Erbringung der Leistung, die die AVP nach dem Vertrag noch zu beanspruchen hat

-- Ertrag:

Nutzen, den die Leistung der AVP im Insolvenzvermögen stiften wird; hilfsweise: der Marktwert der Leistung der AVP

-- Gesetzliche Regelung (der Verwertung des VA IVP): § 103 *Abs. 1* InsO

Dort wird die Aufgabe der Insolvenzverwaltung beschrieben, über die Verwertung des Anspruchs der IVP aus dem Vertrag zu entscheiden.

meines Erachtens (nicht h.M.): deklaratorische Funktion; dass die Entscheidung über die Verwertung des VA IVP zu den Aufgaben der Insolvenzverwertung der IVP gehört, ergibt sich bereits aus § 159 InsO.

Anmerkungen:

-- Über die Verwertungsseite des gegenseitigen Vertrags in der Insolvenz besteht kein Streit.

-- Verbreitet wird jedoch eine Terminologie eingesetzt, die zu Missverständnissen neigt.

-- Terminologie „Wahlrecht“:

Die Überschrift des § 103 InsO gibt Anlass zu Missverständnissen. Sie lautet: „Wahlrecht des Insolvenzverwalters“. Der Ausdruck „Wahlrecht“ könnte den Eindruck erwecken, dass die Insolvenzverwaltung frei wählen dürfte, ob sie den Vertragsanspruch der IVP geltend macht oder nicht. Dieser Eindruck wäre verfehlt. Richtig ist: Die Insolvenzverwaltung ist verpflichtet, über die Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP zu entscheiden; insofern besteht eine Wahlpflicht (Entscheidungspflicht) und nicht etwa ein Wahlrecht (etwa im Sinn des § 262 BGB).

-- Terminologie „Erfüllungsablehnung“:

Die Entscheidung der Insolvenzverwaltung, den Vertragsanspruch der IVP nicht geltend zu machen, wird sehr häufig als „Erfüllungsablehnung“ bezeichnet. Diese Bezeichnung ist *allein* dann richtig, wenn man darunter versteht, dass die Insolvenzverwaltung es ablehnt, von der AVP die Erfüllung des eigenen Vertragsanspruchs (also die Erfüllung des VA IVP) zu verlangen.

Sie ist falsch, wenn man darunter versteht, dass die Insolvenzverwaltung es ablehnt, den (gegen die IVP gerichteten) Vertragsanspruch der AVP zu erfüllen.[1] Die Verwaltungsbefugnis (und damit auch Entscheidungsbefugnis) bezieht sich auf das Vermögen des Insolvenzschuldners (§ 80 Abs. 1 InsO), nicht auf dessen Verbindlichkeiten. Die Insolvenzverwaltung ist nicht berechtigt, die Erfüllung von Verbindlichkeiten zu verweigern. Im Gegenteil: Das Insolvenzverfahren dient der Vollstreckung der Verbindlichkeiten. Mit ihren Entscheidungen sorgt die Insolvenzverwaltung für die Vollstreckung der Ansprüche der Gläubiger. Das gilt auch für die Entscheidung, einen vertraglichen Anspruch der IVP nicht geltend zu machen. Auch sie ist Teil der Vollstreckung des Vertragsanspruchs der AVP.

Dass vollstreckt wird, sagt nichts darüber aus, in welchem Umfang die vollstreckten Ansprüche befriedigt werden. Wenn, wie bei der Nichtgeltendmachungsentscheidung, keine vollständige Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP erzielt wird, trägt dies der Insolvenz des Schuldners Rechnung. „Insolvenz“ bedeutet, dass das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, sämtliche (vermögenswirksamen) Ansprüche, die gegen den Schuldner bestehen, vollständig zu befriedigen.

Dass der Begriff „Erfüllungsablehnung“ häufig unrichtig (im Sinn von „Ablehnung, Verpflichtungen des Insolvenzschuldners zu erfüllen“) verwendet wird, ist die Quelle zahlreicher Missverständnisse. Daher empfiehlt es sich, diesen Sprachgebrauch zu vermeiden. Richtig ist „Entscheidung, den Vertragsanspruch der IVP nicht geltend zu machen“.

-- Terminologie „Erfüllungswahl“:

Zu den Rechtsfolgen, die mit der Entscheidung der Insolvenzverwaltung, den Vertragsanspruch der IVP geltend zu machen, verbunden sind, wird mitunter genannt: Damit „tritt der Insolvenzverwalter anstelle des

---

1 So etwa Kübler / Prütting / Bork (*Tintelnot*), InsO, Stand 2011, § 107 Rn. 36.

Schuldners in den Vertrag ein".[2] Diese Einschätzung geht fehl. Der Insolvenzverwalter tritt nicht in den Vertrag ein; ebenso wenig findet eine Vertragsübertragung statt. Vertragspartei ist und bleibt der Insolvenzschuldner. Dass es der Insolvenzverwalter ist, der die Rechte des Schuldners aus dem Vertrag ausübt, machte den Insolvenzverwalter nicht zur Vertragspartei. (Ebenso wenig wird der Insolvenzverwalter Eigentümer von Sachen des Schuldners, nur weil er die Eigentümerbefugnisse ausübt.)

2. Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung: Recht der AVP, jederzeit die unverzügliche Entscheidung über die Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP zu erzwingen

-- allgemein für die Gegenstände des Schuldnervermögens: § 159 InsO: Verwertet wird im Anschluss an dem Berichtstermin.

-- speziell für Ansprüche aus Verträgen: § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO: Verwertungserzwingungsrecht der AVP

Die AVP kann die Entscheidung der Insolvenzverwaltung über die Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP vorzeitig herbeiführen. Sie ist berechtigt, jederzeit die Insolvenzverwaltung aufzufordern, dass diese <u>unverzüglich</u> über die Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP entscheidet (Verwertungserzwingungsrecht). Schweigt die Insolvenzverwaltung auf die Aufforderung der AVP, gilt dies als Entscheidung, den Vertragsanspruch der IVP nicht geltend zu machen (§ 103 Abs. 2 Sätze 2 und 3 InsO).

-- „Unverzüglich": Damit wird lediglich verhindert, dass die Insolvenzverwaltung die Entscheidung schuldhaft verzögert (§ 121 Abs. 1 BGB). Der Insolvenzverwaltung steht weiterhin derjenige Zeitraum zur

---

2 So etwa Rattunde / Smid / Zeuner (*Zeuner*), InsO, 4. Aufl. 2019, § 103 Rn. 42.

Verfügung, der im konkreten Fall für eine sachgerechte Prüfung erforderlich ist.

-- Rechtsvergleich US-Recht: § 365 (d) (1) und (2) B.C.:

(1) bei Verfahren nach Chapter 7: 60-Tages-Frist für die Verwertungsentscheidung

(2) bei Verfahren nach Chapter 11: Gericht setzt Frist auf Antrag der AVP

-- Grenzfall: Verträge, die für die Fortführung des Unternehmens des Insolvenzschuldners von zentraler Bedeutung sind

Beispiel: Insolvenzschuldner produziert eine Ware, für die er eine Lizenz benötigt. Hier bedeutet die Entscheidung, die Rechte aus dem Lizenzvertrag geltend zu machen oder nicht geltend zu machen, zugleich auch die Entscheidung über die Fortführung oder Stilllegung des Unternehmens.

denkbare Lösung: Vorrang der Regeln über die Verwertung des Unternehmens (als Ganzes); insoweit Verdrängung der Regeln über die Verwertung der Ansprüche aus dem Vertrag.

II. Verteilung: Der Anspruch der AVP aus dem Vertrag (= Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP)

Wie der Vertragsanspruch der AVP im Insolvenzverfahren über das Vermögen der IVP befriedigt wird, hängt von mehreren Umständen ab. In erster Linie kommt es auf die Entscheidung an, die (auf der Verwertungsseite) zur Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP getroffen wird.

1. Entscheidung, den Vertragsanspruch der IVP geltend zu machen (Geltendmachungsentscheidung, Durchführungsentscheidung)

-- Terminologie:
  -- treffend: Geltendmachungsentscheidung; Erfüllungsverlangen
  -- h.M.: „Erfüllungswahl“

-- Bedingung der Geltendmachungsentscheidung:

Macht die Insolvenzverwaltung den Vertragsanspruch der IVP gegenüber der AVP geltend, wird der Vertragsanspruch der AVP vollständig befriedigt.

Dafür sorgt das allgemeine BGB-Vertragsrecht: Ohne vollständige Erfüllung würde die AVP dem Erfüllungsverlangen der Insolvenzverwaltung die Einrede aus § 320 oder § 273 BGB (oder, bei Vorleistungspflicht der AVP, die Einrede aus § 321 BGB) entgegenhalten.

-- Ergänzung: Status als Masseverbindlichkeit

Das Insolvenzrecht ergänzt diese Rechtslage, indem es dem Vertragsanspruch der AVP den Rang eines Masseanspruchs verleiht (§ 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 InsO). (Masseansprüche werden vorrangig aus dem Insolvenzvermögen befriedigt, § 53 InsO.)

-- *Anmerkung*: Insoweit besteht kein Meinungsstreit.

(Umstritten ist jedoch, ob Rechte, die am Vertragsanspruch der IVP vor dem Insolvenzverfahren bestanden, im Insolvenzverfahren fortbestehen (Teil der Rechtsliteratur) oder erlöschen (Rechtsprechung). Hierzu Übersicht II („Rechte am Vertragsanspruch der IVP“).)

2. Entscheidung, den Vertragsanspruch der IVP nicht geltend zu machen (Nichtgeltendmachungsentscheidung, Nichtdurchführungsentscheidung)

Terminologie:

-- treffend: Nichtgeltendmachungsentscheidung

-- h.M.: „Ablehnung der Erfüllung“ (dazu oben unter 1 a)

Ausblick:

Wenn es sich nicht lohnt, den Anspruch, der der IVP aus dem Vertrag (noch) zusteht, geltend zu machen, wird die Insolvenzverwaltung dementsprechend entscheiden und den Vertragsanspruch der IVP nicht geltend machen. Für diesen Fall sieht das Insolvenzvertragsrecht für den Vertragsanspruch der AVP eine Befriedigung vor, die von derjenigen Befriedigung, die sich nach allgemeinem Zivilrecht und nach allgemeinem Insolvenzrecht einstellen würde, abweicht und die AVP besser stellt.

a) Herleitung der Regel, die für die Befriedigung des VA AVP (nach Nichtgeltendmachungsentscheidung) gilt

Herleitung in drei Schritten:

(i) Schritt 1: Befriedigung, wenn es nur das generelle Insolvenzrecht (und nicht das Insolvenzvertragsrecht mit der Regelung in § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) gäbe

-- Generelles Zivil- und Insolvenzrecht:

Nach generellem Zivil- und Insolvenzrecht hätte die Entscheidung, den Vertragsanspruch der IVP nicht geltend zu machen, folgende Konsequenz: Die AVP müsste ihren Vertragsanspruch als Insolvenzforderung anmelden (§ 38 InsO). Diese Forderung würde als Zug um Zug zu erfüllende Forderung in der Tabelle eingetragen (§ 322 Abs. 1 BGB). Das bedeutet: Damit auf den Vertragsanspruch der AVP die Insolvenzquote

ausgeschüttet wird, muss die AVP zuvor ihre Vertragsleistung vollständig erbringen.

-- somit Wirkung der Einrede (der IVP):

Die Einrede der IVP (ausgeübt durch die Insolvenzverwaltung) wirkt sich auf die Verteilung dahin aus, dass ohne (vollständige) Bewirkung der Gegenleistung die AVP nicht an der Verteilung des Insolvenzvermögens (quotal) teilhaben kann.

-- Ergebnis:

Nach generellem Zivil- und Insolvenzrecht erhielte die AVP daher auf ihren Vertragsanspruch die Quote gegen die vollständige Erbringung der eigenen Vertragsschuld.

sog. „Quote gegen Leistung"

-- Formel für die Befriedigung des VA AVP:

(IQ x VA AVP) - Aufwand zur vollständigen Erbringung des VA IVP
kurz:
IQ x VA AVP - 100% VA IVP

IQ = Insolvenzquote
VA AVP = Wert des Vertragsanspruchs der AVP
VA IVP = Wert des Vertragsanspruchs der IVP

(ii) Schritt 2: Kritische Einschätzung

Kritische Einschätzung dieses (vorläufigen) Ergebnisses:

-- Wirkung: Der Wert, den der VA IVP verkörpert, kommt sämtlichen Gläubigern der IVP zugute.

-- Vergleich mit den Verteilungsfolgen bei Geltendmachungsentscheidung:

Bei *dieser* Verwertungsentscheidung wird der Wert, den der Vertragsanspruch der IVP besitzt, in erster Linie dazu verwendet, den Vertragsanspruch der AVP zu befriedigen.

denn: Auf Geltendmachung wird nur dann entschieden, wenn der Wert des VA IVP höher ist als der Wert des VA AVP. Das bedeutet: Der Ertrag, den die Einziehung des VA IVP erbringt, dient dazu, den Aufwand zu tragen, der zur Befriedigung der AVP erforderlich ist. Dadurch kommt der Wert, den der VA IVP verkörpert, vorrangig der AVP (d.h. zur Befriedigung des VA AVP) zugute.

-- Folgerung aus diesem Vergleich: Das muss auch bei der Nichtdurchführungsentscheidung gelten. Denn: kein Grund, dass der Vermögensgegenstand „Vertragsanspruch IVP“ anders verteilt wird.

Grundprinzip des Insolvenzrechts: Unabhängigkeit von Verwertung und Verteilung (!): Wie der Vermögensgegenstand „VA IVP“ verwertet wird, soll sich nicht auswirken auf die Art und Weise, wie der Erlös hieraus verteilt wird.

-- Zwischenergebnis:

Die Verteilungsregel, die maßgeblich ist, wie der VA AVP (bei Nichtgeltendmachungsentscheidung) befriedigt wird, muss dafür sorgen, dass der Wert, den der VA IVP verkörpert, primär zur Befriedigung des VA AVP verwendet wird.

(iii) Schritt 3: Maßnahme des Insolvenzvertragsrechts: Verrechnungsrecht der AVP

-- Gesucht: Rechtsinstitut, welches zu dem genannten Zwischenergebnis führt und der AVP ein Befriedigungsvorrecht am VA IVP einräumt.

-- Rechtsfigur: Recht der AVP zu Verrechnung

Nach Nichtgeltendmachungsentscheidung (der Insolvenzverwaltung der IVP):

Recht der AVP, ihren Vertragsanspruch gegen den Vertragsanspruch der IVP wertmäßig zu verrechnen.

Die Verrechnung hat die Wirkung, dass der Wert des VA IVP ausschließlich dazu verwendet ist, den VA AVP wertmäßig zu befriedigen.

dadurch: Besserstellung der AVP.
Durch die Verrechnung wird der Wert des Vertragsanspruchs der IVP vorrangig zur wertmäßigen Befriedigung der AVP verwendet. Die AVP erhält dadurch ein Befriedigungsvorrecht an dem gegen sie gerichteten Vertragsanspruch der IVP.

-- Begründung für dieses Verrechnungsrecht der AVP:
ergänzende Auslegung eines gegenseitigen Vertrags

Wer eine vertragliche Verbindlichkeit eingeht, um einen vertraglichen Anspruch zu erhalten, wird typischerweise damit einverstanden sein, dass dieser Vermögensgegenstand im Insolvenzfall die (gleichfalls mit dem Vertrag) eingegangene Verbindlichkeit sichert. Die Verknüpfung von Vermögensgegenstand und Verbindlichkeit in einem Rechtsverhältnis legt nahe, dass der Vermögensgegenstand im Insolvenzfall zuvörderst der Befriedigung der Verbindlichkeit dient.

Da der Vermögensgegenstand „Vertragsanspruch der IVP“ seine Entstehung der Eingehung der Verbindlichkeit der IVP verdankt, sollte er im Insolvenzfall für die Befriedigung dieser Verbindlichkeit reserviert sein.

Die Interessen der Parteien eines gegenseitigen Vertrags richten sich typischerweise darauf, dass der Wert des Vertragsanspruchs der IVP im Insolvenzfall nicht gleichmäßig auf sämtliche Gläubiger der IVP verteilt wird, sondern in erster Linie der AVP zugute kommt.

-- Ergebnis:
Die Parteien eines gegenseitigen Vertrags wollen typischerweise, dass bei Insolvenz einer Seite die andere Vertragsseite berechtigt ist, ihren Vertragsanspruch gegen den Vertragsanspruch des insolventen Partners zu verrechnen.

-- Verbleibende Differenz:

Nach dieser Verrechnung verbleibt eine Differenz zugunsten der AVP. Da der Vertragsanspruch der IVP mit der Verrechnung erloschen ist, steht einer Anmeldung der Differenzforderung als Insolvenzforderung kein Einwand (d.h. keine Einrede oder Einwendung) der IVP mehr gegenüber.

-- Gesamtergebnis der Verteilung:

Mit Hilfe des Verrechnungsrechts erhält die AVP auf ihren Vertragsanspruch folgende Ausschüttung aus dem Insolvenzvermögen: Insolvenzquote multipliziert mit der Differenz zwischen dem Wert des Vertragsanspruchs der AVP und dem Wert des Vertragsanspruchs der IVP.

-- Formel:

(VA AVP – VA IVP) x IQ
oder: IQ x (VA AVP – VA IVP)

b) Gesetzliche Regelung: § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO

-- § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO

-- Streit über den Inhalt der dort getroffenen Regelung

(i) Frühere Mindermeinung (Marotzke), heute starke Strömung im Schrifttum: Verrechnungsregelung

Der § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO hat die (wertmäßige) Verrechnung der beiderseitigen Vertragsansprüche zum Inhalt.

Entscheidet die Insolvenzverwaltung, den VA IVP nicht geltend zu machen, wird der VA AVP in zwei Schritten befriedigt:

-- Schritt 1: Verrechnung

Der Wert, den der VA AVP besitzt, wird gegen den Wert, den der VA IVP besitzt, verrechnet.

Soweit die Werte beider Ansprüche sich decken, wird der Vertragsanspruch der AVP *seinem Wert nach* vollständig befriedigt.

-- Schritt 2: Differenzforderung

Die Differenzforderung, die nach der Verrechnung zugunsten der AVP verbleibt, ist die „Forderung wegen der Nichterfüllung", die der § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO erwähnt.

Diese Differenzforderung wird mit der Insolvenzquote befriedigt.

-- somit: Inhalt des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO:

Verrechnung der beiderseits noch ausstehenden Vertragsansprüche:
„Nach der Entscheidung der Insolvenzverwaltung, den Vertragsanspruch des Insolvenzschuldners nicht geltend zu machen, hat der Vertragspartner das Recht, seinen Vertragsanspruch gegen den des Insolvenzschuldners zu verrechnen und in dieser Höhe wertmäßig zu befriedigen. Die (zugunsten des Vertragspartners) verbleibende Differenz wird als Insolvenzforderung in Höhe der Insolvenzquote befriedigt."

-- Vertreter:
Heidelberger Kommentar zur InsO (*Marotzke*), 11. Aufl. 2023, § 103 Rn. 98;
Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (*Tintelnot*), InsO, § 103 Rn. 317 f. (Bearbeitung 2011)
Jaeger (*Jacoby*), InsO, 2. Aufl., Band 4, 2022, § 103
-- Rn. 244: Inhalt der Forderung des § 103 Abs. 2 Satz 1: Geldwert bzw. Betrag der Forderung der AVP vermindert um den Betrag bzw. Geldwert der Gegenforderung der IVP
-- Rn. 33: Option der AVP, alternativ zu § 103 Abs. 2 Satz 1 nach dem Modell „Leistung gegen Quote" vorzugehen

-- Die Differenzforderung kann nur der AVP zustehen. Sollte die Differenzbildung zugunsten der IVP ausfallen, erwächst dieser keine

Differenzforderung.[3] Vielmehr kommt darin zum Ausdruck, dass die Verwertungsentscheidung „Nichtgeltendmachung des Vertragsanspruchs der IVP“ falsch war. Da der Wert des Vertragsanspruchs der IVP offenbar höher war als der des Vertragsanspruchs der AVP, hätte richtigerweise auf Geltendmachung entschieden werden müssen. Möglicherweise haftet die Insolvenzverwaltung der Gläubigergesamtheit auf Schadensersatz (§ 60 InsO).

(ii) Rechtsprechung und früher vorherrschende Auffassung in der Rechtsliteratur: Schadensersatzanspruch der AVP

-- Schadensersatzanspruch der AVP

Die Erfüllungsansprüche der beiden Vertragsparteien erlöschen und werden ersetzt durch einen einseitigen Anspruch der AVP auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Der BGH versteht die „Forderung wegen der Nichterfüllung“, die in § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO genannt wird, als Schadensersatzanspruch.

Unterstützung in Teilen des Schrifttums; etwa:
früher: Jaeger (*Henckel*), Konkursordnung, 9. Aufl. 1980, § 17 Rn. 170-206
heute:
Uhlenbruck (*D. Wegener*), InsO, 15. Aufl. 2019, § 103 Rn. 166, der sogar vertritt, es sei „allgemein anerkannt, dass es sich hierbei um einen Schadensersatzanspruch handelt“
Frankfurter Kommentar zur InsO (*B. Wegener*), 10.Aufl. 2018, § 103 Rn. 115 (unter Ausblendung der Gegenmeinung, die mittlerweile vorherrscht)
Rattunde / Smid / Zeuner (*Zeuner*), InsO, 4. Aufl. 2019, § 103 Rn. 48

-- Kritik am Verständnis als Schadensersatz:

Weder der Eintritt der Insolvenz, noch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, noch die Entscheidung der Insolvenzverwaltung, den

3 Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (*Tintelnot*), InsO, § 103 Rn. 317 (Bearbeitung 2011).

Vertragsanspruch der IVP nicht geltend zu machen, kann einen Schadensersatzanspruch der AVP begründen. Die genannten Ereignisse erfüllen weder den Tatbestand einer Pflichtverletzung, noch beruhen sie auf einem rechtswidrigen oder gar schuldhaften Verhalten der IVP.

c) Verrechnung: ipso iure (d.h. kraft Gesetzes) oder Gestaltungsrecht der AVP?

(i) Mindermeinung (Marotzke) (die mir zutreffend erscheint): Gestaltungsrecht

-- Gestaltungsrecht:

Die AVP habe das Recht, die Verrechnung zu ersetzen, indem sie ihren VA AVP als Insolvenzforderung anmeldet und hierzu die von ihr geschuldete Leistung vollständig erbringt.

Somit: Die AVP könne wählen, ob sie ihren Vertragsanspruch gegen den der IVP verrechnet oder ob sie ihn (gegen Erbringung der selbst geschuldeten Leistung) als Insolvenzforderung anmeldet.

-- Sinn eines Austauschs „Quote gegen (volle) Leistung“:

nur in seltenen Fällen sinnvoll

-- Fälle, in denen sich „Leistung gegen Quote“ ausnahmsweise lohnen würde:

hohe Insolvenzquote (Bsp.: nahe 100%)

Schuldet die AVP z.B. die Übereignung einer Sache, die sie bereits hergestellt oder sich verschafft hat und die inzwischen wertlos geworden ist, weil sie sich nicht mehr anderweitig absetzen lässt, kann die Anmeldung des ungekürzten Vertragsanspruchs gegen Übereignung dieser Sache die für die AVP günstigere Variante sein.

(ii) h.M.

-- kein Gestaltungsrecht der AVP

-- konsequent, wenn man den § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO nicht als eine Regelung der Verrechnung versteht, sondern als Schadensersatzanspruch.

d) Inhalt des VA AVP nach der Nichtgeltendmachungsentscheidung

Macht die AVP von ihrem Verrechnungsrecht (aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) Gebrauch, ändert sich der Inhalt der beiderseitigen Erfüllungsansprüche aus dem Vertrag. Inhalt ist nunmehr die Zahlung von Geld; der VA AVP richtet sich (aufgrund der Verrechnung) auf die Zahlung der Differenzforderung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO. Bei dieser Inhaltsänderung bleibt es auch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens.[4]

Keine Inhaltsänderung tritt ein, wenn die AVP ihr Verrechnungsrecht nicht ausübt; dann bleibt es bei dem ursprünglichen Vertragsinhalt. In diesem Fall hat die AVP zwei Möglichkeiten: Sie kann ihren Vertragsanspruch als Insolvenzforderung anmelden (was voraussetzt, dass sie den VA IVP vollständig befriedigt). Oder sie kann dem Insolvenzverfahren fernbleiben und ihren Vertragsanspruch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens verfolgen.

III. Literaturhinweise

-- Marotzke, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2001, § 2 (I + II); § 3 (I, II, IV, V); § 5

---

4 Vgl. Uhlenbruck (*Wegener*), Insolvenzordnung, 15. Aufl. 2019, § 103 Rn. 158 (allerdings nicht in Bezug auf das Verrechnungsrecht der AVP, sondern auf die „Geltendmachung der Nichterfüllungsforderung" der AVP, die als „Schadensersatzanspruch" bezeichnet wird).

-- von Wilmowsky, Insolvenzvertragsrecht: Die Grundstruktur, KTS 2011, 453-479