Prof. Dr. von Wilmowsky

Insolvenzrecht I: Grundzüge

Die Verträge des Insolvenzschuldners

Allgemeines Insolvenzvertragsrecht

Teil B. Rechte am Vertragsanspruch des Insolvenzschuldners

I. Vorbemerkung: Bedeutung des BGH-Konzepts zu gegenseitigen Verträgen in der Insolvenz 3

II. Die Rechtsprechung des BGH („Novationstheorie") 4

1. Rechtsregel des BGH 4
   a) Voraussetzungen 4
   b) Rechtsfolge 4

2. Begründung des BGH 5
   a) Regelungsanliegen des BGH 5
   b) Rechtsdogmatik des BGH 6
      aa) Sog. „Erlöschenstheorie" (1988 – 2002) 7
      bb) Sog. „Qualitätsänderungstheorie" (2002 - ?) 7

3. Kritik 8

III. Zutreffende Ansicht 10

1. Lösungsansatz: Verteilungsvorrechte am Vertragsanspruch der IVP 11

2. Rangverhältnis: Vorrang des Verteilungsvorrechts zugunsten des Vertragsanspruchs der AVP gegenüber dem anderen Recht (Sicherungsrecht oder Aufrechnungsrecht) 11

3. Ergebnisse 13

IV. Anwendungsfälle 15

1. (Vorausgegangene) Abtretung des Vertragsanspruchs der IVP 15

2. (Vorausgegangene) Verpfändung des Vertragsanspruchs der IVP 17

3. Aufrechnungsrecht der AVP (mit einer „zweiten" Forderung gegen die IVP) 18

V. Hinweis 20

I. Vorbemerkung: Bedeutung des BGH-Konzepts zu gegenseitigen Verträgen in der Insolvenz

Der BGH hat zu gegenseitigen Verträgen in der Insolvenz ein bestimmtes Konzept entwickelt. Dieses befasst sich mit der Frage, wie sich die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen eine der beiden Vertragsparteien auf den Vertrag und die mit ihm begründeten (und noch nicht erfüllten) Ansprüche auswirkt. Damit scheint dieses Konzept für sämtliche Fälle, in denen ein gegenseitiger Vertrag mit noch offenen Ansprüchen vorliegt, von Bedeutung zu sein. Dieser Eindruck trügt indes: Bedeutung entfaltet dieses Konzept (und der mit ihm verbundene Meinungsstreit) allein in den Fällen, in denen vor dem Insolvenzverfahren **Rechte am Vertragsanspruch der IVP** bestanden. Zwei Arten von Rechten sind denkbar: Sicherungsrechte Dritter am Vertragsanspruch der IVP (Abtretung; Pfandrechtsbestellung) und Aufrechnungsrechte der AVP (mit einem anderen Anspruch als dem Vertragsanspruch der AVP) gegenüber dem Vertragsanspruch der IVP.

Hinweis: Die Frage nach Rechten am Vertragsanspruch der IVP kann sich nur in den Fällen stellen, in denen die Insolvenzverwaltung entschieden hat, den Vertragsanspruch der IVP geltend zu machen (Durchführungsentscheidung = Erfüllungsverlangen = Geltendmachungsentscheidung). -- Hat die Insolvenzverwaltung dagegen entschieden, den Vertragsanspruch der IVP nicht geltend zu machen, dann werden beide Vertragsansprüche dem Wert nach verrechnet, § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO. Durch die Verrechnung erlöschen beide Vertragsansprüche, soweit sie sich wertgleich gegenüberstehen. Da der Wert des Vertragsanspruchs der IVP bei der Verwertungsentscheidung „Nichtgeltendmachung“ geringer ist als der des Vertragsanspruchs der AVP, erlischt der Vertragsanspruch der IVP vollständig und mit ihm auch die an ihm bestehenden Rechte.

II. Die Rechtsprechung des BGH („Novationstheorie")

1. Rechtsregel des BGH

Der BGH vertritt seit 1988 folgende Rechtsregel:

a) Voraussetzungen

-- Die Insolvenzverwaltung entscheidet, den Vertragsanspruch der IVP geltend zu machen.

-- *Und*: Die Leistung, die der AVP aufgrund des Vertrags noch zusteht, wurde oder wird aus dem Insolvenzvermögen an die AVP erbracht. (Ohne diese Leistung hätte die AVP Einreden oder Einwendungen gegen den Vertragsanspruch der IVP, was die erfolgreiche Geltendmachung vereiteln würde.)

b) Rechtsfolge

Rechte, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens an dem Vertragsanspruch der IVP bestanden, erlöschen.

-- Abtretung:
Eine (Sicherungs-) Abtretung, die die IVP vor der Insolvenz vorgenommen hatte, verliert ihre Wirkung. Inhaber des geltend gemachten Vertragsanspruchs ist (trotz der vorausgegangenen Abtretung) die IVP.

-- Pfandrecht:
Eine Verpfändung, die die IVP vor der Insolvenz vorgenommen hatte, verliert ihre Wirkung. Unter den genannten Voraussetzungen besteht das Pfandrecht nicht mehr.

-- Aufrechnungsrecht:
War die AVP zur Aufrechnung gegen den Vertragsanspruch der IVP

berechtigt, so erlischt dieses Aufrechnungsrecht unter den genannten Voraussetzungen.

2. Begründung des BGH

a) Regelungsanliegen des BGH

Dem BGH geht es darum, folgendes Problem zu lösen.

-- Aufwand aus dem Insolvenzvermögen: Um den Vertragsanspruch der IVP geltend machen zu können, wird aus dem Insolvenzvermögen Aufwand erbracht. Dieser liegt darin, dass die Leistung, die die AVP noch zu beanspruchen hat, erbracht wird. (Nur so lassen sich die Einwände der AVP, etwa die Einrede des § 320 BGB, überwinden.)

-- Ertrag aus der Einziehung (des Vertragsanspruchs der IVP): Der Ertrag aus der Geltendmachung des Vertragsanspruchs der IVP (= die Leistung, die die AVP zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit erbringt) scheint jedoch nicht in das Insolvenzvermögen zu fließen, sondern an den Inhaber des Rechts an dem Vertragsanspruch der IVP zu gehen.
Abtretung: Die Leistung, die die AVP erbringt, scheint dem Abtretungsempfänger (Zessionar) zuzustehen. (Denn er ist der Inhaber des von der Insolvenzverwaltung der IVP geltend gemachten Anspruchs.)
Pfandrecht: Die Leistung, die die AVP erbringt, scheint (nach Eintritt der Pfandreife) dem Inhaber des Pfandrechts (am Vertragsanspruch der IVP) zuzustehen. (Denn: Der Inhaber des Pfandrechts ist berechtigt, die gesicherte Forderung aus der eingezogenen Leistung zu befriedigen; §§ 1287, 1228 Abs. 2 BGB.)
Aufrechnungsrecht: Die AVP scheint ihre Leistung nicht wie geschuldet erbringen zu müssen, sondern ihre Leistungspflicht per Aufrechnung (mit einer Gegenforderung) erfüllen zu dürfen (§ 387 BGB).

-- BGH-Ziel: Der BGH will verhindern, dass der Aufwand, der zur Geltendmachung des Vertragsanspruchs der IVP erforderlich ist, zwar aus

dem Insolvenzvermögen erbracht wird, der Ertrag hieraus jedoch dem Inhaber des Rechts an dem Vertragsanspruch zugute kommt.

-- Kritik: Dieses Regelungsanliegen ist völlig berechtigt. Nicht zu überzeugen vermag jedoch das rechtliche Mittel, das der BGH hierzu einsetzt. Um das beschriebene Regelungsanliegen zu erreichen, ist es nicht erforderlich, das Recht (Sicherungsrecht oder Aufrechnungsrecht) an dem Vertragsanspruch der IVP zu vernichten. Es reicht aus, die Rangfolge zu beachten, die hinsichtlich der Verteilung des Werts, den der Vertragsanspruch der IVP verkörpert, besteht. Hierzu unten III.

b) Rechtsdogmatik des BGH

Der BGH vertritt die Auffassung, dass der Vertragsanspruch der IVP durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens entweder erlischt („Erlöschenstheorie", 1988 - 2002) oder sich mit novierender Wirkung umwandelt („Qualitätsänderungstheorie", seit 2002).

Folge der BGH-Rechtsprechung (in beiden Varianten): Erlöschen der Sicherungsrechte und der Aufrechnungsrechte, die an bzw. gegenüber dem Vertragsanspruch der IVP vor dem Insolvenzverfahren bestanden haben

Grund: Der BGH ist der Ansicht, dass die Entscheidung der Insolvenzverwaltung, den Vertragsanspruch der IVP geltend zu machen, diesem Anspruch eine neue rechtliche Qualität verleihe. Es finde eine *Novation* statt, d.h. der von der Insolvenzverwaltung geltend gemachte Vertragsanspruch der IVP sei ein neuer Anspruch, der mit dem ursprünglichen Vertragsanspruch der IVP nicht identisch sei. Aufgrund dieser Novation könnten die Rechte, die an dem ursprünglichen Vertragsanspruch der IVP bestanden hatten, an dem nunmehr geltend gemachten neuen Vertragsanspruch der IVP nicht fortbestehen. (D.h.: Aufgrund dieser neuen rechtlichen Qualität entfallen Sicherungsrechte, die dritte Parteien vor dem Insolvenzverfahren an dem Vertragsanspruch der IVP erworben hatten, und Aufrechnungsrechte, die die AVP vor dem Insolvenzverfahren ihm gegenüber besessen hatte.)

Wie begründet der BGH die (angebliche) Novation?

aa) Sog. „Erlöschenstheorie" (1988 – 2002)

1988 bis 2002: In dieser Zeit vertrat der BGH die sog. *Erlöschenstheorie*. Danach bewirke die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, dass die beiderseitigen Erfüllungsansprüche aus dem Vertrag erlöschen. Die Insolvenzverwaltung habe aber die Macht, die beiderseitigen (erloschenen) Erfüllungsansprüche wieder auferstehen zu lassen. Zu diesem Wiederaufleben komme es, wenn die Insolvenzverwaltung entscheidet, den Anspruch der IVP aus dem Vertrag gegenüber der AVP geltend zu machen. Die Wiederauferstehung habe novierende Wirkung, so dass Rechte, die an dem ursprünglichen Vertragsanspruch der IVP gegen die AVP bestanden, am wieder auferstandenen Vertragsanspruch der IVP nicht fortbestehen.

Leitentscheidungen (Erlöschenstheorie): BGH, 11.2.1988, BGHZ 103, 250; BGH, 20.12.1988, BGHZ 106, 236; BGH, 21.11.1991, BGHZ 116, 156

bb) Sog. „Qualitätsänderungstheorie" (2002 - ?)

Seit 2002: Im Jahr 2002 gab der BGH diese „Erlöschenstheorie" auf. Es ließ sich nicht erklären, warum Ansprüche, die vor der Insolvenz bestanden, wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (d.h. wegen des Beginns der Kollektivvollstreckung sämtlicher Ansprüche, und damit auch der vertraglichen Ansprüche, gegen den insolventen Vertragspartner) erlöschen sollten. Der BGH hält jedoch daran fest, dass die Entscheidung der Insolvenzverwaltung, den Vertragsanspruch der IVP geltend zu machen, zu einer Novation (mit den beschriebenen Auswirkungen auf Sicherungsrechte an dem Vertragsanspruch der IVP und Aufrechnungsrechten der AVP) führe.

Leitentscheidung (Novation ohne Erlöschen): BGH, 25.4.2002, BGHZ 150, 354

> BGH, 25.04.2002, IX ZR 313/99
>
> Leitsatz 1c
>
> „Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt kein Erlöschen der Erfüllungsansprüche aus gegenseitigen Verträgen im Sinne einer materiell-rechtlichen Umgestaltung. Vielmehr verlieren die noch offenen Ansprüche

im Insolvenzverfahren ihre Durchsetzbarkeit, soweit sie nicht auf die anteilige Gegenleistung für vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistungen gerichtet sind. Wählt der Verwalter Erfüllung, so erhalten die zunächst nicht durchsetzbaren Ansprüche die Rechtsqualität von originären Forderungen der und gegen die Masse.“ [1]

Rn. 24 (Distanzierung von dem Konzept des „Erlöschens“):
„Soweit der Bundesgerichtshof bislang davon gesprochen hat, daß derartige Ansprüche mit der Eröffnung des Insolvenzverfahren erlöschen (vgl. etwa BGHZ 129, 336, 338; 135, 25, 26 m.w.N.), wird dies der Rechtslage nicht voll gerecht. Die Verfahrenseröffnung bewirkt keine materiell-rechtliche Umgestaltung des gegenseitigen Vertrages, sondern hat wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden der Vertragspartner (§ 320 BGB) nur zur Folge, daß diese ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche, soweit es sich nicht um Ansprüche auf die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt, nicht durchsetzen können. Mit der Wahl des Beklagten als Gesamtvollstreckungsverwalter, den Bauvertrag zwischen Schuldnerin und ARGE zu erfüllen, wurde den Ansprüchen der ARGE auf die noch ausstehenden Werkleistungen der Schuldnerin und deren Anspruch auf eine entsprechende Gegenleistung die Rechtsqualität von originären Masseverbindlichkeiten und -forderungen beigelegt.“

3. Kritik

Kritik an dem Novationskonzept (Qualitätsänderungskonzept):

---

1 Kritischer Hinweis: Das Insolvenzvermögen (die „Masse“) ist nicht rechtsfähig. Daher können ihm weder Ansprüche zustehen, noch können sich Ansprüche gegen es richten. Die Ausdrucksweisen „Forderungen der Masse“ und „Forderungen gegen die Masse“ (BGH-Urteil, Leitsatz 1c) sind unrichtig. Gemeint sind mit erstgenannter Wendung Forderungen des Insolvenzschuldners, die unter die Insolvenzverwaltung (Fremdverwaltung oder Eigenverwaltung) fallen. Die zweitgenannte Wendung bezieht sich auf den Befriedigungsstatus der Forderung eines Gläubigers, nämlich Forderungen mit Massestatus.

-- These von der „Qualitätsänderung“ durch Verlust der „Durchsetzbarkeit“: weder plausibel noch nachvollziehbar

Wie sich die Novation dogmatisch erklären lasse, beantwortet der BGH derzeit nicht. Der BGH verweist darauf, dass die beiderseitigen Erfüllungsansprüche durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihre „Durchsetzbarkeit“ verlören. Hieran ist zu kritisieren, dass das Insolvenzverfahren gerade die Aufgabe hat, sämtliche gegen den Insolvenzschuldner gerichteten (vermögenswirksamen) Ansprüche durchzusetzen. Das gilt auch für diejenigen Ansprüche, die gegen den Insolvenzschuldner aus gegenseitigen Verträgen bestehen. Einem Verfahren, das die Ansprüche gegen den Schuldner vollstreckt, die Wirkung zuzuschreiben, dass dadurch deren Durchsetzbarkeit verloren ginge, erscheint widersprüchlich.

-- Funktionsgleichheit mit Erlöschenstheorie:

Die Qualitätsänderungstheorie ist lediglich eine andere Bezeichnung für dieselbe Funktion, mit der die Erlöschenstheorie betraut war: durch eine Novation des Vertragsanspruchs der IVP diejenigen Rechte zum Erlöschen zu bringen, die vor dem Insolvenzverfahren an diesem Vertragsanspruch bestellt worden waren.[2]

-- Verhältnis zur Erlöschenstheorie: unklar

Unterschied zur Erlöschenstheorie, die der BGH zuvor zu vertreten schien, wird nicht deutlich. Unklar insbesondere: Wenn der ursprüngliche Vertragsanspruch nicht erlischt: Was passiert dann mit ihm, wenn der von der Insolvenzverwaltung geltend gemachte Vertragsanspruch der IVP mit dem ursprünglichen Vertragsanspruch nicht identisch sein soll? Besteht der

---

2 Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (*Tintelnot*), InsO, § 103 Rn. 31 (Bearbeitung 2011): „Es scheint dabei derselbe ‚Trick‘ durch wie bei der aufgegebenen Erlöschenstheorie, nämlich einen Anknüpfungspunkt für eine novierende Wirkung zu setzen.“

ursprüngliche Vertragsanspruch dann eventuell neben dem neu geltend gemachten Vertragsanspruch fort? (Das wäre kaum vorstellbar.)

-- Enteignung:

Die (vom BGH vorgenommene) Novation bewirkt eine Enteignung der Inhaber von Rechten am Vertragsanspruch der IVP: Diese Rechte (d.h. Sicherungsrecht, Aufrechnungsrecht) werden vernichtet. Für diese Enteignung fehlt jeder Grund.

-- Ergebnis:

Die These von der Novation ist zurückzuweisen. Warum der Vertragsanspruch der IVP, den die Insolvenzverwaltung geltend macht, mit dem Vertragsanspruch der IVP, wie er im Vertrag vereinbart wurde, nicht identisch sein soll, lässt sich nicht begründen.[3]

III. Zutreffende Ansicht

Generell:

-- Ausgangspunkt: Fortbestand der Rechte am VA IVP

-- Eines der Anliegen, das der BGH mit seiner Theorie der (angeblichen) „Qualitätsänderung" verfolgt, ist richtig:

Es muss dafür gesorgt werden, dass der Aufwand, der zur Geltendmachung des Vertragsanspruchs der IVP aus dem Insolvenzvermögen erbracht wird, nicht dem Inhaber des Rechts (Sicherungsrechts, Aufrechnungsrechts) an dem Vertragsanspruch der IVP zugute kommt.

---

3 Zu den wenigen weiteren Kritikern gehört: Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (*Tintelnot*), InsO, § 103 Rn. 25-34 und 288 f. (Bearbeitung 2011).

-- erforderlich: zutreffende rechtliche Konstruktion, mit der dieses Ziel erreicht werden kann.

-- Schlüssel zur Lösung:

Außer dem Recht (Sicherungsrecht, Aufrechnungsrecht) besteht noch ein weiteres Verteilungsvorrecht an dem Vertragsanspruch der IVP.

1. Lösungsansatz: Verteilungsvorrechte am Vertragsanspruch der IVP

Um die Fragen, die durch ein Sicherungsrecht oder ein Aufrechnungsrecht am Vertragsanspruch der IVP im Insolvenzverfahren aufgeworfen werden, zuverlässig beantworten zu können, muss man sich die *Verteilungsrechte* vor Augen halten, die am Vertragsanspruch der IVP bestehen.

Im Blick steht bislang das Recht am Vertragsanspruch der IVP, das durch Sicherungsabtretung oder eine Aufrechnungslage entstanden ist. Dieses Recht ist aber nicht das einzige Befriedigungsvorrecht, das am Vertragsanspruch der IVP besteht. Vielmehr: Es besteht ein weiteres Befriedigungsvorrecht (am Vertragsanspruch der IVP) und zwar zugunsten des Vertragsanspruchs der AVP. (Dieses ergibt sich letztlich aus einer ergänzenden Vertragsauslegung des Vertrags zwischen IVP und AVP).

2. Rangverhältnis: Vorrang des Verteilungsvorrechts zugunsten des Vertragsanspruchs der AVP gegenüber dem anderen Recht (Sicherungsrecht oder Aufrechnungsrecht)

-- Rangfolge:

Das Verteilungsvorrecht, das zugunsten des Vertragsanspruchs der AVP am Vertragsanspruch der IVP besteht, hat Vorrang vor dem anderen Recht (Sicherungsrecht, Aufrechnungsrecht).

Der Wert, den der Vertragsanspruch der IVP verkörpert, ist der vorrangigen Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP reserviert. Im

Insolvenzverfahren wird der Erlös, den die Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP erbringt, vorrangig zur Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP verwendet. Das gilt für jede der beiden Formen, in der die Verwertung erfolgen kann.

-- Nichtgeltendmachungsentscheidung: Deutlich ist das Verteilungsvorrecht, das zugunsten des Vertragsanspruchs der AVP besteht, zu erkennen, wenn die Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung dahin geht, den Vertragsanspruch der IVP *nicht* geltend zu machen. Bei dieser Verwertungsentscheidung ist die AVP gemäß § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO berechtigt, ihren Vertragsanspruch, der nunmehr als Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme ausgedrückt wird, gegen den Vertragsanspruch der IVP zu verrechnen. Soweit sich beide Ansprüche der Höhe nach decken, wird der Vertragsanspruch der AVP nicht nur quotal, sondern (dem Wert nach, nicht gegenständlich) vollständig befriedigt. Die Verrechnung der Anspruchswerte bedeutet: Der (zum Insolvenzvermögen gehörende) Vertragsanspruch der IVP wird seinem Wert nach zur Befriedigung allein des Vertragsanspruchs der AVP eingesetzt.

-- Geltendmachungsentscheidung: Weniger deutlich zu erkennen ist das Verteilungsvorrecht zugunsten des Vertragsanspruchs der AVP, wenn die Verwertungsentscheidung lautet, den Vertragsanspruch der IVP geltend zu machen. In diesem Fall wird der Erlös, den die Einziehung erbringt (= Wert der Leistung der AVP, = Wert des Vertragsanspruchs der IVP), dazu verwendet, den Aufwand zu tragen, den die Erbringung der Leistung an die AVP erforderte. Dieser Aufwand entspricht dem Wert des Vertragsanspruchs der AVP. Die Entscheidung geltend zu machen, bedeutet mithin, dass (auch hier) der Wert des Vertragsanspruchs der IVP dazu verwendet wird, den Vertragsanspruch der AVP zu erfüllen.

(Die der AVP geschuldete Leistung wird nicht etwa deshalb erbracht, weil die AVP hierauf einen Anspruch hat. Ansprüche werden in der Insolvenz nicht vollständig, sondern nur insolvenzmäßig befriedigt. Die vollständige Befriedigung der AVP beruht vielmehr auf dem Befriedigungsvorrecht, welches die AVP für ihren Vertragsanspruch am Vertragsanspruch der IVP

besitzt. Indem die Insolvenzverwaltung zur Durchsetzung des Vertragsanspruchs der IVP den Vertragsanspruch der AVP vollständig erfüllt, realisiert sie dieses Befriedigungsvorrecht: Der Vertragsanspruch der IVP wird verwertet, und der hierbei erzielte Erlös wird vorrangig zur Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP eingesetzt.)

Die Verständnisprobleme, die sich hier stellen, resultieren aus der zeitlichen Reihenfolge, in welcher die Verwertungsentscheidung „Geltendmachung" ausgeführt wird: Zuerst wird der Vertragsanspruch der AVP erfüllt, und erst danach wird der Vertragsanspruch der IVP eingezogen. Die Verteilung erfolgt mithin vor der Verwertung. Es fällt schwer zu verstehen, dass (mit der Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP) ein Erlös verteilt wird, der in diesem Zeitpunkt noch gar nicht vorhanden ist, sondern erst später (durch die Einziehung des Vertragsanspruchs der IVP) erzielt wird. Wirtschaftlich betrachtet geschieht jedoch genau dies. Der Aufwand zur Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP wird letztlich aus dem Verwertungserlös des Vertragsanspruchs der IVP bestritten.

-- Der Vertragsanspruch der IVP dient mithin in erster Linie der Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP. In dieser Höhe ist der Erlös aus der Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP damit verbraucht. Eine *weitere* Verteilung aus diesem Erlös ist nur dann möglich, wenn nach Abzug der Befriedigungskosten noch eine Differenz verbleibt. Allein die *Differenz*, die vom Verwertungserlös des Vertragsanspruchs der IVP nach Abzug der Kosten der Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP verbleibt, steht zur Befriedigung weiterer Gläubiger zur Verfügung.

3. Ergebnisse

-- An dem Vertragsanspruch der IVP bestehen in der Insolvenz *zwei* Befriedigungsvorrechte: das Sicherungsrecht bzw. das Aufrechnungsrecht, welches der Befriedigung der gesicherten Forderung des gesicherten Gläubigers bzw. der „zweiten" Forderung der AVP dient, und das Befriedigungsvorrecht, welches für den Vertragsanspruch der AVP besteht.

-- Rangfolge zwischen diesen beiden Verteilungsvorrechten: Für die Verteilung des Ertrags (also des Werts der Leistung oder der Leistungspflicht der AVP) besteht eine bestimmte *Rangfolge*: Zunächst ist der Aufwand zu erstatten, der zur Geltendmachung aus dem Insolvenzvermögen aufgebracht worden war; der Vertragsanspruch der IVP dient in erster Linie zur Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP. Erst danach kann der (verbliebene) Ertrag dem Inhaber des Rechts (an dem Vertragsanspruch der IVP) zugute kommen.
M.a.W.: Das Recht am Vertragsanspruch der IVP (Abtretung, Pfandrecht, Aufrechnungsrecht) ist demjenigen Befriedigungsvorrecht, das zugunsten des Vertragsanspruchs der AVP besteht, untergeordnet.

-- Folge: Das Befriedigungsvorrecht, welches zum Recht am Vertragsanspruch der IVP gehört, ist begrenzt: Es erfasst *allein den Wertüberschuss*, um den der Wert des Vertragsanspruchs der IVP den Aufwand übersteigt, der zur Erfüllung des Vertragsanspruchs der AVP (aus dem Insolvenzvermögen) zu bestreiten war.[4]

Anwendung dieser Grenze auf die verschiedenen Rechte (Abtretung, Verpfändung, Aufrechnungsrecht): IV.

---

4 Dasselbe Ergebnis vertritt Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (*Tintelnot*), InsO, § 103 Rn. 25-34 und 281-293 (Bearbeitung 2011), der darauf hinweist, dass es sich hierbei um die „traditionelle“ Sichtweise handelt, die vor 1988 (Beginn der BGH-Rechtsprechung zur (angeblichen) Novation der Geltendmachungsentscheidung der Insolvenzverwaltung) galt.

IV. Anwendungsfälle

1. (Vorausgegangene) Abtretung des Vertragsanspruchs der IVP

-- Sachverhalt: Vor der Insolvenz hatte der (spätere Insolvenz-) Schuldner seinen Anspruch aus dem Vertrag an eine dritte Person (Zessionar) abgetreten.

-- Verwertungsbefugnis der Insolvenzverwaltung:

Wenn die Abtretung Sicherungsfunktion hat (d.h. der Sicherung einer Forderung dient, die der Abtretungsempfänger gegen die spätere IVP hat), steht die Verwertungsbefugnis der Insolvenzverwaltung außer Frage. Zwar ist die IVP nicht mehr Inhaber des Vertragsanspruchs; die Verwertungsbefugnis ihrer Insolvenzverwaltung ergibt sich aber aus § 166 Abs. 2 InsO.

Erfolgte die Abtretung ohne Sicherungszweck, ist streitig, ob die Insolvenzverwaltung (des Zedenten) zur Verwertung des (abgetretenen) Vertragsanspruchs befugt ist. Streng genommen fehlt die Verwertungsbefugnis; § 166 Abs. 2 InsO greift nicht ein. Die Rechtsprechung (mit überwiegender Unterstützung in der Literatur) sieht die Insolvenzverwaltung gleichwohl zur Verwertung befugt (wenn die oben genannten Voraussetzungen für die „Novationsthese“ vorliegen).[5]

-- Verwertungsentscheidung: Die Verwertungsentscheidung folgt denselben Kriterien, die auch sonst (d.h. ohne Sicherungsabtretung) für die Verwertung von Ansprüchen aus Verträgen gelten.

---

5 Münchener Kommentar zur InsO (*Huber*), 4. Aufl., Band 2, 2019, § 103 Rn. 205. – Anderer Auffassung: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung (*Marotzke*), 11. Aufl. 2023, § 103 Rn. 47.

-- Nichtgeltendmachungsentscheidung:[6] Der Vertragsanspruch der IVP wird (in voller Höhe) dazu verwendet, den Geldwert des Vertragsanspruchs der AVP zu befriedigen. Gemäß § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO ist die AVP berechtigt, den Wert ihres Vertragsanspruchs gegen den Vertragsanspruch der IVP zu verrechnen. Nur den Betrag, um den ihr Vertragsanspruch den der IVP im Wert übersteigt, muss sie als Insolvenzforderung (mit lediglich quotaler Befriedigung) verfolgen. Da der Vertragsanspruch der IVP durch die Verrechnung erlischt, bleibt für die Sicherungsabtretung nichts mehr übrig: Der Sicherungszessionar geht bei der Verteilung des Werts des Vertragsanspruchs der IVP leer aus.

  Die Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO sorgt dafür, dass das Verteilungsvorrecht, welches am Vertragsanspruch der IVP zugunsten des Vertragsanspruchs der AVP besteht, Vorrang vor dem Sicherungsrecht des Abtretungsempfängers erhält

-- Geltendmachungsentscheidung: Sie wird getroffen, wenn der Vertragsanspruch der IVP einen höheren Wert hat als die Leistung, die noch an die AVP (auf deren Vertragsanspruch) zu erbringen ist. Um den Vertragsanspruch der IVP mit Erfolg geltend zu machen, erbringt die Insolvenzverwaltung die noch ausstehende Leistung an die AVP (aus dem Insolvenzvermögen).

-- Verteilungsverhältnisse: Am Vertragsanspruch der IVP besteht immer auch ein Befriedigungsvorrecht zugunsten des Vertragsanspruchs der AVP. Dieses Verteilungsvorrecht hat Vorrang vor anderen Befriedigungsvorrechten (am Vertragsanspruch der IVP). Nachdem die der AVP geschuldete Leistung aus dem Insolvenzvermögen erbracht wurde, wird der Erlös, den die Einziehung des Vertragsanspruchs der IVP erzielt, in erster Linie zur Deckung des Aufwands verwendet.

---

6 Dieser Abschnitt dient nur zur Vollständigkeit. Die Entscheidung, nicht geltend zu machen, hat mit der Novationsthese nichts zu tun.

-- Ergebnis: Das Verteilungsvorrecht, das der Sicherungszessionar am Vertragsanspruch der IVP besitzt, kann nur an dem Betrag bestehen, der verbleibt, wenn zuvor die Kosten abgezogen werden, die zur Befriedigung der AVP aufzuwenden sind oder waren.

-- Zusätzliches Argument: Wie der Betrag verteilt wird, der mit der Einziehung des sicherungszedierten Vertragsanspruchs der IVP erlöst wird, ist in § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO geregelt. Danach sind vor einer Ausschüttung an den Sicherungszessionar die Kosten der Verwertung abzuziehen. Zu den Kosten der Verwertung kann man den Aufwand rechnen, der zu bestreiten war, um den Vertragsanspruch der AVP zu erfüllen und den Vertragsanspruch der IVP dadurch einziehen zu können. Für dieses Verständnis des § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO spricht obige Überlegung, dass der Wert, den der Vertragsanspruch der IVP besitzt, in erster Linie dazu dient, den Vertragsanspruch der AVP zu erfüllen. Der Abzug der Kosten der Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP spiegelt die Verteilungsrechte wider, die am Vertragsanspruch der IVP bestehen.

-- Nachtrag: Die Insolvenzverwaltung ist zur Verwertung von Sicherungsgut nicht verpflichtet. Sie kann die Verwertung auch dem Inhaber des Sicherungsrechts überlassen (§ 170 Abs. 2 InsO). An den Verteilungsverhältnissen ändert sich dadurch nichts.

2. (Vorausgegangene) Verpfändung des Vertragsanspruchs der IVP

-- Sachverhalt: Vor der Insolvenz hatte der (spätere Insolvenz-) Schuldner seinen Anspruch aus dem Vertrag an eine dritte Person (Pfandrechtsnehmer) verpfändet.

-- Verwertungsbefugnis der Insolvenzverwaltung:

zweifelhaft; nicht aus § 166 Abs. 2 InsO. Nach Eintritt des Sicherungsfalls (d.h. der Fälligkeit der gesicherten Forderung) ist streng genommen allein der Inhaber des Pfandrechts zu Einziehung des verpfändeten Vertragsanspruchs der IVP berechtigt, § 1282 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Rechtsprechung und h.M.: Im Anwendungsbereich der „Novationslehre“ ergebe sich die Verwertungsbefugnis der Insolvenzverwaltung aus § 103 Abs. 1 InsO.

-- im Übrigen: wie Sicherungszession

-- Ergebnis: Aus dem eingezogenen Betrag sind zunächst die Kosten der Befriedigung der AVP zu bestreiten, bevor der verbleibende Differenzbetrag zur Befriedigung der gesicherten Forderung (des Pfandrechtnehmers) verwendet werden kann.

3. Aufrechnungsrecht der AVP (mit einer „zweiten“ Forderung gegen die IVP)

-- Sachverhalt: Die AVP besitzt außer ihrem Vertragsanspruch noch einen weiteren („zweiten“) Anspruch gegen die IVP; dieser zweite Anspruch ist auf Zahlung von Geld gerichtet. Auch der Vertragsanspruch der IVP ist ein Zahlungsanspruch.

-- Verwertungsbefugnis der Insolvenzverwaltung: kein Problem; Inhaber des Vertragsanspruchs der IVP ist weiterhin die IVP; daher erstreckt sich die Verwertungsbefugnis der Insolvenzverwaltung auf den Vertragsanspruch der IVP.

-- Geltendmachungsentscheidung: Die Insolvenzverwaltung entscheidet, den Vertragsanspruch der IVP geltend zu machen und erbringt hierzu die Leistung, die die AVP noch zu beanspruchen hatte.

-- Aufrechnungsrecht der AVP: begründet nach § 387 BGB

-- BGH (Novation wegen „Qualitätsänderung“):

Folge: Verbot, gegenüber dem neu entstandenen („novierten“) VA IVP aufzurechnen (§ 96 Abs. 1 Ziff. 1 InsO)

Kritik und Ablehnung dieser BGH-Rechtsprechung

-- zutreffende Auffassung:

Fortbestand des Aufrechnungsrechts;

jedoch: Grenze des Aufrechnungsrechts der AVP (aufgrund der Verteilungsrechte, die an dem Vertragsanspruch der IVP bestehen):

Das Aufrechnungsrecht der AVP muss sich den Vertragsanspruch der IVP mit einem weiteren Verteilungsvorrecht teilen. Außer dem Aufrechnungsrecht (welches der AVP ein Befriedigungsvorrecht für ihre „zweite" Forderung vermittelt) besitzt die AVP noch ein weiteres Verteilungsvorrecht am Vertragsanspruch der IVP: Als Vertragspartnerin der IVP genießt die AVP für ihren Vertragsanspruch insofern ein Verteilungsvorrecht, als der Erlös, der mit der Einziehung des Vertragsanspruchs der IVP erzielt wird, vorrangig dazu dient, ihren Vertragsanspruch entweder gegenständlich oder wertmäßig zu befriedigen.

-- Zusammenspiel der beiden Befriedigungsvorrechte der AVP:

Sobald eine der beiden Forderungen der AVP aus dem Wert des Vertragsanspruchs der IVP befriedigt wird, steht zur Befriedigung der anderen Forderung (aus dem Wert des Vertragsanspruchs der IVP) nur noch die verbleibende Differenz zur Verfügung. Insoweit geht die Befriedigung des einen Anspruchs (aus dem Wert des Vertragsanspruchs der IVP) zu Lasten der Befriedigung des anderen Anspruchs (aus dem Wert des Vertragsanspruchs der IVP).

Auf die „zweite" Forderung der AVP kann aus dem Wert des Vertragsanspruchs der IVP nur der Betrag ausgeschüttet werden, der durch eine vorausgegangene Ausschüttung auf den Vertragsanspruch der AVP noch nicht verbraucht wurde.

-- Ergebnis: Die Aufrechnung mit der zweiten Forderung der AVP ist nur in der Höhe zulässig, um die der Vertragsanspruch der IVP den Aufwand übersteigt, der zur Erbringung der der AVP geschuldeten Leistung erforderlich ist oder war.

V. Hinweis

Diese Übersicht ist zu einem Aufsatz ausgearbeitet:
von Wilmowsky, Insolvenzvertragsrecht: Rechte am Vertragsanspruch des Insolvenzschuldners, ZIP 2012, 401-413.