

Prof. Dr. von Wilimowsky
Insolvenzrecht II: Vertiefung
Vorlesung

**Allgemeines Insolvenzvertragsrecht:
Teilleistungen vor dem Insolvenzverfahren**

B. Teilleistung der AVP

Übersicht

- I. Unteilbarkeit des Vertrags:
Allgemeine Grundsätze des Insolvenzvertragsrechts**
- II. Teilbarkeit des Vertrags:
Spezielle Regelung durch § 105 InsO**

Gliederung

I.	Unteilbarkeit des Vertrags: Allgemeine Grundsätze des Insolvenzvertragsrechts	3
	1. Verwertung	3
	2. Verteilung	5
	a) Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP (nach den Grundsätzen des allgemeinen Insolvenzvertragsrechts)	5
	aa) Verteilung nach Verwertungsentscheidung „Geltendmachung“	5
	bb) Verteilung nach Verwertungsentscheidung „Nichtgeltendmachung“	5
	b) Anspruch der AVP auf Rückgewähr der Teilleistung?	6
	aa) Rechtsauffassung (Teil Schrifttum): kein Anspruch auf Rückgewähr	6
	bb) Rechtsauffassung (Teil Schrifttum): Anspruch aus Bereicherungsrecht	7
	cc) Rechtsauffassung (Teil Schrifttum): Rücktrittsrecht der AVP; Anspruch auf Rückgewähr	7
	dd) Rechtsfolge eines Rücktritts der AVP	9
	c) Ergebnis	10
	3. Übungsfall	10
	4. Anwendungsbereich dieser Grundsätze: Unteilbarer Vertrag	11
II.	Teilbarkeit des Vertrags: Spezielle Regelung durch § 105 InsO	11
	1. Verwertung	12
	2. Verteilung	15
	a) Geltendmachung der Vertragsansprüche der IVP	15
	aa) Hypothetische Rechtslage nach allgemeinem Insolvenzvertragsrecht	16
	bb) Verteilungswirkung des § 105 Satz 1 InsO	17
	cc) Verteilungsnachteil der AVP aufgrund von § 105 Satz 1 InsO	18
	b) Keine Geltendmachung der Vertragsansprüche der IVP	18
	aa) Rechtsprechung: Teilgegenanspruch und Schadensersatzanspruch der AVP	19
	bb) zutreffende Auffassung (m.E.): wahlweise Verrechnungsrecht oder Rücktrittsrecht der AVP	19
	(i) insolvenzmäßige Befriedigung des VA AVP	20
	(1)(hypothetische) Verteilung nach allgemeinem Insolvenzvertragsrecht:	20
	(2) Verteilung aufgrund von § 105 Satz 1 InsO:	20
	(3) Kein Verteilungsnachteil der AVP aufgrund von § 105 Satz 1 InsO	21
	(ii) Rücktrittsrecht der AVP	22
	3. Übungsfälle	23
	Anhang: Kurz-Übersicht	24

I. Unteilbarkeit des Vertrags:

Allgemeine Grundsätze des Insolvenzvertragsrechts

- In diesem Abschnitt wird die Rechtslage dargestellt, die sich ergibt, wenn man die allgemeinen Grundsätze des Insolvenzvertragsrechts zugrunde legt.
- Diese Rechtslage hat jedoch nur einen beschränkten Anwendungsbereich: Sie gilt nur in den Fällen, in denen der Vertrag unteilbar ist. (Kann der Vertrag dagegen entlang der Teilleistung der AVP geteilt, gilt kraft gesetzlicher Intervention eine andere Rechtslage.)
- Wie diese Rechtslage im Einzelnen beschaffen ist, ist wenig geklärt; es herrscht beträchtliche Rechtsunsicherheit.¹ Zu den Gründen gehört, dass über die Grundsätze, die das allgemeine Insolvenzvertragsrecht prägen, kein Einvernehmen besteht. Außerdem wird oft versucht, die Rechtslage im Insolvenzfall so zu „gestalten“ (d.h. zu manipulieren), dass sich möglichst günstige Ergebnisse für die IVP (und damit für das Insolvenzvermögen) ergeben; Letzteres stellt weder zivilrechtlich noch insolvenzrechtlich einen vertretbaren Ausgangspunkt dar.²

1. Verwertung

Ohne eine spezielle gesetzliche Regelung hätte eine Teilleistung, die die AVP vor dem Insolvenzverfahren an die IVP erbracht hatte, folgende Wirkung:

1 Siehe etwa die (wenig übersichtliche) Kommentierung in Münchener Kommentar zur InsO (Huber), 4. Aufl., Band 2, 2019, § 105 Rn. 28-29 und 33-35 (jeweils zur Teilleistung der AVP bei *Unteilbarkeit* des Vertrags). Die übrigen Ausführungen in diesem Kommentar betreffen allein die *teilbaren* Verträge, siehe dort Fn. 115 zu § 103 Rn. 25.

2 Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (*Tintelnot*), InsO, Loseblatt, § 103 Rn. 9 f. (Stand 2011): Einen „Grundsatz der Meistbegünstigung der Masse“ gibt es nicht.

Verwertungsentscheidung: Frage, ob der (restliche) Vertragsanspruch der IVP (gegen Erbringung der der AVP zustehenden Gegenleistung) geltend gemacht wird oder nicht; Kriterium: Vergleich Nutzen (durch Erhalt der Leistung) und Aufwand (durch Erbringung der Gegenleistung).

Wirkung der Teilleistung der AVP: Da die IVP einen Teil der ihr zustehenden Leistung bereits erhalten hat, verringert sich ihr Anspruch, der im Insolvenzverfahren noch aussteht, um diese Teilleistung. Der Nutzen, der erzielt wird, wenn der Vertragsanspruch der IVP geltend gemacht wird, fällt entsprechend geringer aus. Dadurch wird es weniger attraktiv, diesen (Rest-) Anspruch geltend zu machen: Um die restliche, noch fehlende Leistung von der AVP zu erhalten, muss die Gegenleistung, die der AVP noch zusteht, vollständig und gegenständlich aus dem Insolvenzvermögen (an die AVP) erbracht werden.³

Extrembeispiel (bei Verkäufer-Insolvenz): Kaufvertrag; Kaufpreis 100 €; vor Insolvenz: Käufer (= AVP) leistete eine Anzahlung von 99 €; Eröffnung Insolvenzverfahren gegen Verkäufer. – Zum Insolvenzvermögen gehört der Anspruch des (insolventen) Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises; hierauf steht aber nur noch 1 € offen. Um diesen Zahlungsanspruch (in Höhe von 1 €) erfolgreich beim Käufer geltend zu machen, muss die Insolvenzverwaltung des Verkäufers die volle Gegenleistung erbringen, d.h. den Kaufgegenstand übereignen. Das lohnt sich nicht (vorausgesetzt der Wert des Kaufgegenstands ist größer als 1 €.)

Zusammenhang: Je größer die Teilleistung der AVP, desto geringer der Nutzen, der durch die Geltendmachung des (Rest-) Vertragsanspruchs der IVP noch zu erzielen ist (desto niedriger also die Wahrscheinlichkeit, dass auf Geltendmachung zu entscheiden ist).

Die Teilleistung der AVP verschiebt die Gewichte mithin zugunsten der Nichtgeltendmachung (des Vertragsanspruchs der IVP).

³ Als Formel: Geltendmachung, wenn: Wert Rest-VA IVP > Wert VA AVP.

2. Verteilung

a) *Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP (nach den Grundsätzen des allgemeinen Insolvenzvertragsrechts)*

abhängig von der Entscheidung, die die Insolvenzverwaltung der IVP über die Verwertung des Rest-Vertragsanspruchs der IVP getroffen hat

aa) *Verteilung nach Verwertungsentscheidung „Geltendmachung“*

Entscheidung, den Rest-Vertragsanspruch der IVP geltend zu machen:

-- Der Vertragsanspruch der AVP wird vollständig und gegenständlich befriedigt.

-- Verteilungsstatus: Masseforderung (§ 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 InsO)

bb) *Verteilung nach Verwertungsentscheidung „Nichtgeltendmachung“*

Entscheidung, den Rest-Vertragsanspruch der IVP nicht geltend zu machen (etwa weil es sich wegen der bereits erhaltenen Teilleistung der AVP nicht lohnt, den noch ausstehenden Vertragsanspruch geltend zu machen):

-- Vollständige und gegenständliche Befriedigung des VAAVP ist ausgeschlossen.

-- Wahlrecht der AVP:

entweder: insolvenzmäßige Befriedigung ihres Vertragsanspruchs.

Das bedeutet:

exklusive Verwendung des Werts des Rest-VA IVP zur (wertmäßigen) Befriedigung des VA AVP;

Mittel: Verrechnung der Anspruchswerte;

die Differenz, die nach der Verrechnung zugunsten der AVP verbleibt:
Befriedigung in Höhe der Insolvenzquote (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) ⁴

oder: Rücktritt der AVP vom Vertrag;

Begründung des Rücktrittsrechts der AVP: siehe b)

b) *Anspruch der AVP auf Rückgewähr der Teilleistung?*

Frage: ob die AVP – *alternativ* zur insolvenzmäßigen Befriedigung ihres Vertragsanspruchs (durch Verrechnung gegen den Wert des Vertragsanspruchs der IVP) – berechtigt ist, vom Vertrag zurückzutreten

Antwort: umstritten; Rechtslage wenig übersichtlich; Zusammenhang mit „Lösungsklauseln für den Insolvenzfall“

aa) *Rechtsauffassung (Teil Schrifttum): kein Anspruch auf Rückgewähr*

Teil des Schrifttums: kein Recht der AVP, vom Vertrag zurückzutreten; daher auch kein Anspruch auf Rückgewähr der an die IVP erbrachten Teilleistung⁵

wesentliches Argument: Erstreckung des Verbots des § 105 Satz 2 InsO auch auf unteilbare Verträge. Nach dieser Vorschrift darf die AVP (bei Nichtgeltendmachungsentscheidung) ihre Teilleistung nicht zurückverlangen (vorausgesetzt der Vertrag ist teilbar).

Kritik: § 105 InsO ist ausdrücklich auf teilbare Verträge beschränkt; im Übrigen ist die Regelung des § 105 Satz 2 InsO rechtspolitisch verfehlt und sollte auch deshalb nicht über seinen gesetzlichen Geltungsbereich hinaus ausgedehnt werden.

4 Als Formel: Differenzforderung (im Sinn des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) = Wert VA AVP - Wert Rest-VA IVP.

5 U.a.: *Linder*, Vorleistungen in der Insolvenz, 2006, 146 f.

bb) Rechtsauffassung (Teil Schrifttum): Anspruch aus Bereicherungsrecht

- teilweise wird vertreten: Die AVP könne (bei Unteilbarkeit des Vertrags) die von ihr erbrachte Teilleistung (nach der Nichtgeltendmachungsentscheidung der Insolvenzverwaltung der IVP) nach Bereicherungsrecht zurückverlangen. Dieser Rückgewähranspruch werde als Insolvenzforderung befriedigt.
- Diese Rechtsauffassung ließ sich auf die sog. Erlöschenstheorie stützen, die der BGH in den Jahren 1988 bis 2002 vertrat. Seit Aufgabe dieser Rechtsprechung scheint es für einen Bereicherungsanspruch der AVP keine Grundlage mehr zu geben.
- Gleichwohl halten einige Autoren auch heute noch einen Rückgewähranspruch der AVP aus Bereicherungsrecht (wegen „Zweckverfehlung“) für denkbar.⁶
- Kritik: keine Grundlage für Bereicherungsrecht ersichtlich. Die Entscheidung der Insolvenzverwaltung, den VA IVP nicht geltend zu machen, entzieht der Teilleistung der AVP nicht die Rechtsgrundlage und lässt auch deren „Zweck“ nicht entfallen.

cc) Rechtsauffassung (Teil Schrifttum): Rücktrittsrecht der AVP; Anspruch der AVP auf Rückgewähr ihrer Teilleistung

Teil des Schrifttums: Recht der AVP, vom Vertrag zurückzutreten⁷

Begründung:

- zwar kein gesetzliches Rücktrittsrecht:

§ 323 BGB:

⁶ Münchener Kommentar zur InsO (Huber), 4. Aufl., Band 2, 2019, § 105 Rn. 33.

⁷ M.E. die zutreffende Ansicht. -- U.a.: Marotzke, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 7.1 ff., 7.17 ff., 7.25 ff.

Die dort genannten Rücktrittsgründe (pflichtwidrige Verzögerung der Leistung und pflichtwidrige Schlechtleistung) liegen nicht vor.

Keine Pflichtverletzung: Dass die AVP während des Insolvenzverfahrens nicht mehr wie im Vertrag vorgesehen, sondern nur noch nach den Regeln des Insolvenzrechts befriedigt wird, wird durch das Insolvenzrecht angeordnet. Weder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch die Entscheidung der Insolvenzverwaltung, den Vertrag nicht weiter durchzuführen, sind Pflichtverletzungen.

Im Gegenteil: Das Insolvenzverfahren bedeutet die Vollstreckung der Ansprüche gegen den Insolvenzschuldner und damit auch der Ansprüche von Vertragspartnern aus Verträgen. Die Vollstreckung (auch) der vertraglichen Ansprüche kann diese nicht verletzen.

-- aber vertragliches Rücktrittsrecht:

ausdrückliche vertragliche Regelung: In der Praxis sehen viele Verträge ein Rücktrittsrecht der AVP für den Fall vor, dass die Insolvenzverwaltung der IVP die Geltendmachung des Vertragsanspruchs der IVP ablehnt und dadurch ausgeschlossen wird, dass der Vertragsanspruch der AVP vollständig und gegenständlich befriedigt wird. (kein Konflikt mit dem Anfechtungsrecht; siehe Übersicht „Lösungsklauseln“)

ergänzende Vertragsauslegung: Wo eine ausdrückliche Regelung im Vertrag fehlt, ist eine Vertragsergänzung durch Auslegung in Betracht zu ziehen. Inhalt (der Ergänzung): Rücktrittsrecht der AVP unter den genannten Voraussetzungen

-- Rechtsvergleich Schweiz: Gemäß Art. 83 OR (Obligationenrecht) ist die AVP zum Rücktritt vom gegenseitigen Vertrag berechtigt, wenn die IVP in Konkurs geraten ist *und* hierdurch die Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP gefährdet wird. Indem das schweizerische Recht die Gefährdung des Anspruchs der AVP verlangt, knüpft es (bei beiderseitig noch nicht vollständig erfüllten Verträgen) an die Entscheidung der

Insolvenzverwaltung an, den Vertragsanspruch der IVP nicht geltend zu machen.⁸

dd) Rechtsfolge eines Rücktritts der AVP

- (1) Erlöschen der beiderseitigen Erfüllungsansprüche
- (2) Anspruch der AVP auf Rückgewähr der Teilleistung (§ 346 Abs. 1 BGB):

Befriedigungsstatus dieses Anspruchs: Wie wird der Rückgewähranspruch der AVP (im Insolvenzverfahren gegen die IVP) befriedigt?

Antwort: abhängig vom Inhalt des Rückgewähranspruchs

- Rückgewähr durch Verschaffen eines Gegenstands oder Zahlung einer Geldsumme: dann Insolvenzforderung; d.h. wertmäßige Befriedigung in Höhe der Insolvenzquote (§ 38 InsO)

Bsp.: Die Teilleistung der AVP bestand aus der Übereignung einer Sache. Dann richtet sich der Anspruch auf Rückgewähr auf Rückübereignung, damit auf ein Verschaffen.

- Rückgewähr durch Herausgabe eines Gegenstands: Befriedigung durch Aussonderung (§ 47 InsO)

Bsp.: Die Teilleistung der AVP bestand aus der Einräumung des Besitzes an einer Sache (der AVP). Dann richtet sich der Anspruch auf Rückgewähr auf Herausgabe dieser Sache.

8 Text des Art. 83 OR: „(1) Ist bei einem zweiseitigen Vertrag der eine Teil zahlungsunfähig geworden, wie namentlich, wenn er in Konkurs geraten oder fruchtlos gepfändet ist, und wird durch diese Verschlechterung der Vermögenslage der Anspruch des andern gefährdet, so kann dieser seine Leistung so lange zurückhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird. (2) Wird er innerhalb einer angemessenen Frist auf sein Begehren nicht sichergestellt, so kann er vom Verträge zurücktreten.“

c) *Ergebnis*

-- Wahlrecht der AVP:

entweder: insolvenzmäßige Befriedigung ihres Vertragsanspruchs (durch Verrechnung gegen den Wert des Vertragsanspruchs der IVP plus die Differenz als Insolvenzforderung);

oder: Rücktritt vom Vertrag

-- Kriterien, nach denen die AVP ihre Wahl ausüben wird:

Wo die AVP lediglich solche Rückgewähransprüche erhält, die (wie der Anspruch auf Verschaffung eines Gegenstands oder auf Zahlung einer Geldsumme) zu einer Insolvenzforderung führen, wird sich der Rücktritt für sie in aller Regel nicht lohnen. Dass die Insolvenzverwaltung die weitere Durchführung des Vertrags abgelehnt hat, weist auf das überwiegende Interesse der AVP hin, den Vertrag erfüllt zu erhalten. Dann liegt es nahe, dass die AVP für die insolvenzmäßige Befriedigung ihres Vertragsanspruchs optiert. Dann behält die AVP ihren Vertragsanspruch (auf die noch ausstehende Leistung der IVP) und erhält diesen in der Form befriedigt, dass dessen Wert gegen den Wert des Vertragsanspruchs der IVP verrechnet wird.

Ein Rücktritt empfiehlt sich für die AVP nur dann, wenn er ein Besitzrecht der IVP beendet und der AVP dadurch die Aussonderung einer ihr gehörenden Sache aus dem Insolvenzvermögen ermöglicht.

3. **Übungsfall**

siehe Teilleistungen AVP, Fälle, Fall II 1: „Käufer-Insolvenz; Grundstück; Übergabe vor Insolvenzverfahren“

4. Anwendungsbereich dieser Grundsätze: Unteilbarer Vertrag

- Die Wirkungen einer Teilleistung der AVP, die hier (in diesem Abschnitt) aus den Grundsätzen des allgemeinen Insolvenzvertragsrechts abgeleitet wurden, gelten nur für unteilbare Verträge.
- Bei teilbaren Verträgen werden diese Grundsätze zum Teil durch die spezielle gesetzliche Regelung des § 105 InsO verdrängt.

II. Teilbarkeit des Vertrags:

Spezielle Regelung durch § 105 InsO

- Einleitung:

Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die Rechtslage, die bei Teilleistungen der AVP nach den Grundsätzen des allgemeinen Insolvenzvertragsrechts besteht, in den Fällen abzuändern, in denen es möglich ist, den Vertrag (genau: den vertraglichen Anspruch der AVP) entlang der Teilleistung aufzuteilen.

Kritik: Besondere Regelungen für teilbare Verträge sind weder erforderlich noch sinnvoll. Ob ein Vertrag teilbar ist oder nicht, sollte für seine insolvenzrechtliche Beurteilung keine Bedeutung haben. Einen Vertrag zu teilen, widerspricht dem Willen der Vertragsparteien.

- Anwendungsbereich des § 105 InsO:

Teilleistung der AVP sowie Teilbarkeit des Vertrags

- Konzept der „Teilbarkeit“ eines Vertrags:

Der Vertrag wird entlang der Teilleistung, die die AVP vor dem Insolvenzverfahren an die IVP erbrachte, aufgespalten. Hierzu muss sich die Leistung, die die IVP der AVP schuldet (= der Vertragsanspruch der

AVP), so aufteilen lassen, dass dadurch ein Teil entsteht, der der (bereits erbrachten) Teilleistung der AVP gegenübersteht.

Leitlinie: Die Gerichte verfahren hierbei sehr großzügig.⁹

1. Verwertung

Grundsatz des Insolvenzvertragsrechts:

Geltendmachung des restlichen VA IVP, wenn Rest-VA IVP einen höheren Wert hat als VA AVP

Abänderung durch § 105 Satz 1 InsO:

Regelung des § 105 Satz 1 InsO:

-- Wortlaut:

Lautet die Verwertungsentscheidung, den Vertragsanspruch der IVP gegen die AVP geltend zu machen, dann ist zur Durchsetzung nicht erforderlich, den Gegenanspruch der AVP vollständig zu erfüllen. Vielmehr wird derjenige Teil des Gegenanspruchs der AVP, der sich auf die Teilleistung der AVP bezieht, nicht vollständig und gegenständlich, sondern nur mit der Insolvenzquote befriedigt.

-- Regelungsgehalt:

Beschneidung der Einreden, die die AVP dem Vertragsanspruch der IVP entgegenhalten kann (wenn die Insolvenzverwaltung diesen geltend macht).

Nach allgemeinem Zivilrecht braucht die AVP den Restanspruch der IVP nur bei Bewirkung (oder Sicherung) der *vollen* Gegenleistung der IVP zu erfüllen (Fälligkeit bei Vorleistungspflicht der IVP; Einrede der

⁹ Siehe die Aussage in Münchener Kommentar zur InsO (Huber), 4. Aufl., Band 2, 2019, § 105 Rn. 21: Von Ausnahmen abgesehen sei grundsätzlich jede Leistung teilbar.

Unsicherheit bei Vorleistungspflicht der AVP; Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Zug-um-Zug-Leistung; Zurückbehaltungsrecht bei Konnexität).

Gemäß § 105 Satz 1 InsO darf die AVP die Erfüllung des Vertragsanspruchs der IVP nicht mehr bis zur vollen Befriedigung des eigenen Anspruchs verweigern, sondern nur noch bis zur Befriedigung desjenigen Teils des eigenen Anspruchs, der sich auf ihre noch ausstehende Restleistung bezieht.

Keine Einrede kann die AVP dagegen auf den Teil ihres Anspruchs stützen, der der bereits erbrachten Teilleistung entspricht.

Von einer Beschränkung des Einrederechts der AVP ist in § 105 Satz 1 InsO zwar nicht ausdrücklich die Rede; doch ergäbe die Bestimmung ohne die beschriebene Einschränkung keinen Sinn (ganz h.M.).

- Fazit zur Wirkung des § 105 Satz 1 InsO: Verschiebung der Gewichte zwischen Geltendmachung und Nichtgeltendmachung

Damit verschiebt § 105 Satz 1 InsO die Parameter der Entscheidung über die Verwertung des Erfüllungsanspruchs der IVP. Die Kosten des Geltendmachens werden gesenkt. Nicht mehr die gesamte Forderung der AVP muss vollständig aus dem Insolvenzvermögen bestritten werden, um den Erfüllungsanspruch der IVP durchzusetzen, sondern nur noch derjenige Teil der Forderung der AVP, der dem restlichen Erfüllungsanspruch der IVP wertmäßig entspricht (also Rest-VA AVP).

- Ergebnis zur Verwertungsentscheidung unter § 105 Satz 1 InsO:

Geltendmachungsentscheidung bereits dann, wenn Rest-VA IVP größer als die Differenz von VA AVP minus Teil-VA AVP (mit Teil-VA AVP =

derjenige Teil des VA AVP, der sich der erbrachten Teilleistung der AVP zuordnen lässt)¹⁰

- Bereich, um den die Geltendmachung erweitert wird (Erweiterungsbereich):

Gegenüber dem allgemeinen Insolvenzvertragsrecht erweitert § 105 Satz 1 InsO den Bereich der Geltendmachungsentscheidung um den Wert des Teil-VA AVP. Dieser Wert, den die IVP normalerweise aus dem Insolvenzvermögen zu bestreiten hätte, bleibt bei der Gegenüberstellung von Kosten und Nutzen unberücksichtigt; entgegen den allgemeinen Regeln fließt er nicht in die Kosten ein.

- Hintergrund der gesetzlichen Regelung:

Der § 105 Satz 1 InsO wurde unter anderem im Hinblick auf Verträge über Energiebezug geschaffen. Sehr häufig haben Insolvenzschuldner Lieferungen von Energie (Strom, Gas, Wärme) bei Insolvenzeröffnung nicht vollständig bezahlt. Nach allgemeinen Grundsätzen dürfte das Unternehmen der Energieversorgung die Weiterbelieferung verweigern, bis sämtliche ausstehenden Rechnungen bezahlt sind. Diese Rechtslage, an der außerhalb der Insolvenz kein Zweifel besteht, empfand der Gesetzgeber offenbar als ungerecht oder unbefriedigend, sobald gegen den Schuldner die Kollektivvollstreckung (durch das Insolvenzverfahren) begonnen wird. Dieses Unbehagen des Gesetzgebers entbehrt jeder Grundlage.

- Kritik:

Die Beschneidung der Einrederechte der AVP ist durch nichts zu rechtfertigen. Soll ein Vertrag genutzt werden (indem der Anspruch, den der Insolvenzschuldner aufgrund des Vertrags hat, geltend gemacht wird), sollte dies nur möglich sein, wenn der Vertragspartner durch die Einrede

10 Als Formel: Geltendmachung, wenn: $\text{Rest-VA IVP} > \text{Wert VA AVP} - \text{Wert Teil-VA AVP}$.

des nichterfüllten Vertrags sämtliche ihm noch zustehenden Leistungen erhält. Indem der § 105 Satz 1 InsO dem Vertragspartner diese Einrede zum Teil aus den Händen schlägt, zerstört diese gesetzliche Regelung die Grundlage, auf der der Vertragspartner dem Vertrag zugestimmt hatte.

Im Schrifttum wird folgerichtig z.T. scharfe Kritik an § 105 Satz 1 InsO geäußert: „grundsätzlich fragwürdig“; „rechtspolitischer Missgriff“; „völlig verfehlt“; „vielleicht sogar nichtig“.¹¹

2. Verteilung

Wie die vertraglichen Ansprüche der AVP in dem Insolvenzverfahren befriedigt werden, hängt in erster Linie von der Entscheidung ab, die die Insolvenzverwaltung über die Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP trifft.

Durch § 105 Satz 1 InsO wird dabei der VA AVP bei der Verteilung zurückgesetzt (im Vergleich zum allgemeinen Insolvenzvertragsrecht). Diese Verteilungverschlechterung ist auf den Bereich beschränkt, um den § 105 Satz 1 InsO den Bereich der Geltendmachung erweitert hat.¹² (Außerhalb dieses „Erweiterungsbereichs“ ändert sich an den Verteilungsverhältnissen durch § 105 Satz 1 InsO nichts.)

a) Geltendmachung der Vertragsansprüche der IVP

Geltendmachungsentscheidung:

11 *Hüsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 20.27; *Marotzke*, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 4.164; Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung (*Marotzke*), 11. Aufl. 2023, § 105 Rn. 3-7. Vgl. auch Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (*Tintelnot*), InsO, Loseblatt, § 103 Rn. 247 (Stand 2011): Das rechtsethische Problem des § 105 InsO liege darin, dass die AVP „an ein Gegenleistungsverhältnis gebunden wird, das so nicht geschlossen wurde. . . . Niemals hat [sie] . . . kumulativ ein Kredit- und ein Auftraggeber-Risiko übernommen.“

12 Hierzu oben unter II 1.

aa) *Hypothetische Rechtslage nach allgemeinem Insolvenzvertragsrecht*

-- nach allgemeinem Insolvenzvertragsrecht: vollständige und gegenständliche Befriedigung des VA AVP

-- Erweiterungsbereich:

In dem Bereich, in dem es nur aufgrund von § 105 Satz 1 InsO zu einer Geltendmachungsentscheidung kommt (Wert Rest-VA IVP ist größer Wert Rest-VA AVP, aber kleiner als Wert VA AVP), wäre ohne § 105 Satz 1 InsO entschieden worden, den Rest-VA IVP nicht geltend zu machen.

Diese Verwertungsentscheidung (Nichtgeltendmachung) bedeutet für die Verteilung:

Der (gesamte) VA AVP hat Verrechnungsstatus. Er wird befriedigt in erster Linie durch die Wertverrechnung mit dem Rest-VA IVP. Hinsichtlich des Überschusses, der zugunsten der AVP verbleibt, ist die AVP auf die Insolvenzquote beschränkt.

Der Wert, den der Rest-VA IVP besitzt, wird damit in Gänze dazu eingesetzt, den VA AVP zu befriedigen.

Als Formel:

Ausschüttung auf VA AVP: $(\text{Wert VA AVP} - \text{Wert Rest-VA IVP}) \times \text{IQ}$

-- Ergebnis:

Nach allgemeinem Insolvenzvertragsrecht hätte die Entscheidung, den Rest-VA IVP geltend zu machen, die (Verteilungs-) Wirkung, dass der Ertrag, den die Geltendmachung des Rest-VA IVP erbringt, zur Befriedigung des VA AVP verwendet wird. Diese Wertzuweisung gilt auch in dem (Erweiterungs-) Bereich, in dem es ohne § 105 Satz 1 InsO zur Nichtgeltendmachungsentscheidung kommen würde. Zwar erlangt dann der VA AVP keinen Massestatus; aber der Verrechnungsstatus (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) bewirkt gleichfalls, dass der Wert, den der Rest-VA IVP besitzt, dazu reserviert ist, auf den Wert des (ganzen) VA AVP ausgeschüttet zu werden.

- aber: Abänderung dieser Verteilung (insbesondere des Verteilungsvorrechts zugunsten des (ganzen) VA AVP) durch § 105 Satz 1 InsO

bb) Verteilungswirkung des § 105 Satz 1 InsO

- Lediglich derjenige Teil, mit dem die AVP von der IVP die Teil-Gegenleistung für ihre *noch ausstehende* Leistung beansprucht (Rest-VA AVP), erhält den Rang einer Masseverbindlichkeit; (nur) insoweit gilt § 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 InsO.
- Dagegen nimmt derjenige Teil, mit dem die AVP den Teil der Gegenleistung der IVP beansprucht, der sich auf die *bereits erbrachte* Teilleistung bezieht (Teil-VA AVP), nicht an dieser Rangverbesserung teil. Insoweit bleibt der Erfüllungsanspruch der AVP Insolvenzforderung und wird (trotz der Durchführungsentscheidung) lediglich mit der Insolvenzquote befriedigt (§ 105 Satz 1 InsO).
- Zusammenhang mit dem partiellen Entzug des Einrederechts der AVP: Soweit der AVP die Einrede aus § 320 BGB (bzw. die Einwendung der mangelnden Fälligkeit bzw. die Einrede der Unsicherheit) entzogen wird, kann die AVP das Bewirken ihrer noch ausstehenden Restleistung nicht an die vollständige eigene Befriedigung knüpfen. Infolgedessen besteht insoweit auch kein Anlass, den Befriedigungsrang ihres Erfüllungsanspruchs zu verbessern.
- Als Formeln:
Ausschüttung auf Rest-VA AVP: vollständige Befriedigung
Ausschüttung auf Teil-VA AVP: Insolvenzquote
Überschussbetrag von Rest-VA IVP: Soweit der Ertrag aus der Geltendmachung des Rest-VA IVP nicht zur Befriedigung des Rest-VA AVP benötigt wurde: Ausschüttung an die Gläubigersamtheit. (Das wird durch den Insolvenzstatus des Teil-VA AVP bewirkt.)

cc) Verteilungsnachteil der AVP aufgrund von § 105 Satz 1 InsO

§ 105 Satz 1 InsO entzieht der AVP das Befriedigungsvorrecht, welches sie als Vertragspartnerin am Rest-VA IVP besitzt, zu einem Teil. Entzogen wird derjenige Teil, um den der Rest-VA IVP den Rest-VA AVP dem Wert nach übersteigt (Überschussbetrag aus Rest-VA IVP). Der Überschussbetrag verkörpert den Wert, den die Einrede besitzt, die die AVP durch § 105 Satz 1 InsO verliert: Soweit es um den Teil-VA AVP geht, kann die AVP der IVP, die den Rest-VA IVP geltend macht, keine Einrede entgegenhalten. Der Überschussbetrag kann also (nach § 105 Satz 1 InsO und in der betrachteten Verwertungsentscheidung „Geltendmachung des Rest-VA IVP“) nicht dazu dienen, den Teil-VA AVP zu befriedigen.

Diesen Verteilungsnachteil erleidet die AVP auch im Erweiterungsbereich, in dem nach allgemeinem Insolvenzvertragsrecht nicht auf Geltendmachung, sondern auf Nichtgeltendmachung des Rest-VA IVP entschieden würde. Denn im Verrechnungsstatus des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO würde auch der genannte Überschussbetrag zur wertmäßigen Befriedigung des (ganzen) VA AVP verwendet.

Für den Verteilungsnachteil, den die AVP durch den partiellen Einredeverlust nach § 105 Satz 1 InsO bei der Geltendmachungsentscheidung erleidet, spielt es keine Rolle, ob die Entscheidung, den Rest-VA IVP geltend zu machen, auf § 105 Satz 1 beruht oder auch ohne diese Vorschrift getroffen worden wäre.

Zusammengefasst:

Überschussbetrag (= Ertrag aus Geltendmachung Rest-VA IVP – Aufwand Befriedigung Rest-VA AVP): kein Befriedigungsvorrecht für Teil-VA AVP

Gegensatz zu allgemeinem Insolvenzvertragsrecht: Dort würde (auch) der Überschussbetrag auf den VA AVP ausgeschüttet.

b) Keine Geltendmachung der Vertragsansprüche der IVP

Bleibt der Wert des Rest-VA IVP hinter dem des Rest-VA AVP zurück (also nicht nur hinter dem Wert des ganzen VA AVP, sondern sogar hinter dem des Rest-

VA AVP), vermag auch § 105 Satz 1 InsO die Entscheidung, dass der Rest-VA IVP nicht geltend gemacht wird, nicht abzuwenden.

In diesen Fällen (Entscheidung der Insolvenzverwaltung, den Anspruch der IVP auf die Erbringung der restlichen Leistung nicht geltend zu machen) ist zunächst über den Ansatz zu entscheiden, der der Verteilungsfrage (Ausschüttung auf den VA AVP unter Berücksichtigung des § 105 Satz 1 InsO) zugrunde zu legen ist. Wer noch den Ansatz vertritt, dass die Nichtgeltendmachungsentscheidung einen Schadensersatzanspruch der AVP begründet, wird die Beurteilung anders vornehmen als diejenigen Juristen, die § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO als eine Wertverrechnung verstehen, in der sich ein Befriedigungsvorrecht (der AVP am Wert des VA IVP) realisiert.

aa) Rechtsprechung: Teilgegenanspruch und Schadensersatzanspruch der AVP

Die BGH-Judikatur teilt den Vertrag.

-- Aus dem Erfüllungsanspruch der AVP wird ein Teil abgetrennt, der sich als Gegenanspruch für die (von der AVP erbrachte) Teilleistung auffassen lässt (Teil-VA AVP). Dieser Teil des Erfüllungsanspruchs der AVP besteht trotz der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Nichtgeltendmachungsentscheidung fort (modifizierte Erlöschenstheorie). Die AVP kann ihn als Insolvenzforderung anmelden, ohne dass die IVP (oder deren Insolvenzverwaltung) einwenden dürfte, dass die Restleistung der AVP (auf den Rest-VA IVP) noch aussteht.

-- hinsichtlich des übrigen Vertragsteils: (angeblicher) Schadensersatzanspruch der AVP aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO

bb) zutreffende Auffassung (m.E.): wahlweise Verrechnungsrecht oder Rücktrittsrecht der AVP

Wahlrecht AVP: Wie beim unteilbaren Vertrag kann die AVP auch beim teilbaren Vertrag zwischen Verrechnung und Rücktritt wählen, wenn die Insolvenzverwaltung entschieden hat, den Rest-VA IVP nicht geltend zu machen.

(i) *insolvenzmäßige Befriedigung des VA AVP*

(1) (hypothetische) Verteilung nach allgemeinem Insolvenzvertragsrecht:

- Der (gesamte) VA AVP hätte Verrechnungsstatus.
- Befriedigung des (vollständigen) Vertragsanspruchs der AVP durch Verrechnung gegen den Wert des Anspruchs der IVP auf die Rest-Leistung (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO)
- Auf den Wert des VA AVP würde verteilt:
im ersten Schritt: der Wert des Rest-VA IVP
im zweiten Schritt: die Insolvenzquote auf die noch verbleibende Differenz
- Der Wert, den der Rest-VA IVP besitzt, würde damit in Gänze dazu eingesetzt, den VA AVP zu befriedigen.
- Als Formel:
Ausschüttung auf VA AVP: $(\text{Wert VA AVP} - \text{Wert Rest-VA IVP}) \times \text{IQ}$

(2) Verteilung aufgrund von § 105 Satz 1 InsO:

- Die Entscheidung des Gesetzgebers in § 105 Satz 1 InsO ist zu berücksichtigen.
- Wenn bei der Geltendmachungsentscheidung der Wert des Rest-VA IVP wirtschaftlich nicht dazu eingesetzt werden darf, den vollständigen VA AVP zu befriedigen, sondern nur dazu, den Rest-VA AVP zu befriedigen (so der § 105 Satz 1 InsO), dann sollte das auch bei Nichtgeltendmachungsentscheidung gelten. Das bedeutet: An der Verrechnung (gegen den Wert des Rest-VA IVP) darf nur der Rest-VA AVP teilhaben; nicht dagegen der Teil-VA AVP.
- somit: Aufteilung des VA AVP:

der Teil des VA AVP, der der Teilleistung der AVP entspricht: nur Insolvenzquote

der Rest-VA AVP: Verrechnung gegen den Rest-VA IVP (nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO)

- Unter Berücksichtigung des § 105 Satz 1 InsO wird auf den Wert des VA AVP verteilt:
auf den Teil-VA AVP: Insolvenzquote
auf den Rest-VA AVP:
 im ersten Schritt: der Wert des Rest-VA IVP
 im zweiten Schritt: die Insolvenzquote auf die noch verbleibende Differenz
 als Formel: $(\text{Wert Rest-VA AVP} - \text{Wert Rest-VA IVP}) \times \text{IQ}$

- Aber: In der hier betrachteten Konstellation (Nichtgeltendmachungsentscheidung) wirkt sich die Aufteilung in einen Teil-VA AVP und einen Rest-VA AVP auf die Verteilung nicht aus. Das ergibt sich aus der Ausgangslage: Der Wert des Rest-VA IVP ist kleiner als der des Rest-VA AVP. Andernfalls wäre nicht auf Nichtgeltendmachung entschieden, sondern der Rest-VA IVP geltend gemacht worden. Folglich reicht der Wert des Rest-VA IVP schon nicht aus, den Wert des Rest-VA AVP abzudecken. Bereits diese Verrechnung (des Rest-VA AVP gegen den Rest-VA IVP) führt zu einer Differenz zugunsten der AVP, die nur noch mit der Insolvenzquote bedient werden kann. Dazu addiert sich dann der Wert des Teil-VA AVP mit seinem Insolvenzstatus. Verrechnet man gleich den Wert des ganzen VA AVP gegen den Wert des Rest-VA IVP, ergibt sich dasselbe Ergebnis.

- Deshalb lässt sich die Verteilung nach Nichtgeltendmachungsentscheidung einfacher ausdrücken:

Ausschüttung auf den (ganzen) VA AVP:
 $(\text{Wert VA AVP} - \text{Wert Rest-VA IVP}) \times \text{IQ}$

- (3) Kein Verteilungsnachteil der AVP aufgrund von § 105 Satz 1 InsO

Wie aus der Analyse der Verteilungsfrage unter (2) bereits erkennbar wurde, begründet der Einredevverlust der AVP nach § 105 Satz 1 InsO in den Fällen, in

denen entschieden wird, den Rest-VA IVP nicht geltend zu machen, keinen Verteilungsnachteil für die AVP.

Der Verteilungsnachteil, den § 105 Satz 1 InsO für die AVP begründet, liegt im Verlust der Einrede, soweit diese auf den Teil-VA AVP gestützt wird. Wird der noch ausstehende Vertragsanspruch des Insolvenzschuldners (Rest-VA IVP) nicht geltend gemacht, kann ein Einrederecht der AVP keine Bedeutung erlangen. Der wirtschaftliche Wert der Einrede, den die AVP durch § 105 Satz 1 InsO verliert, liegt in dem Überschussbetrag, um den der Rest-VA IVP den Rest-VA AVP dem Wert nach übersteigt. Da in der hier betrachteten Konstellation (Nichtgeltendmachungsentscheidung) der Wert des Rest-VA IVP *geringer* ist als der Wert des Rest-VA AVP (andernfalls gäbe es keine Nichtgeltendmachungsentscheidung), gibt es keinen Überschussbetrag, den die AVP aufgrund von § 105 Satz 1 InsO an die Gläubigergesamtheit verlieren würde.

(ii) *Rücktrittsrecht der AVP*

-- Rücktrittsrecht der AVP: Zum anderen hat die AVP das Recht, vom Vertrag zurückzutreten. Macht die AVP hiervon Gebrauch, kann sie ihre Vorleistung nach § 346 Abs. 1 BGB als Insolvenzforderung zurückverlangen.

-- Ausschluss des Rücktrittsrechts durch § 105 Satz 2 InsO?

umstritten, ob diese Bestimmung das Rücktrittsrecht der AVP ausschließt oder lediglich den Befriedigungsstatus des (aus dem Rücktritt fließenden) Anspruchs auf Rückgewähr der Teilleistung auf eine Insolvenzforderung beschränkt; die besseren Argumente sprechen für die zweite Sichtweise.

damit: Regelungsgehalt des § 105 Satz 2 InsO: Verbot der Aussonderung der Teilleistung an die AVP, wenn es sich um einen teilbaren Vertragsgegenstand handelt; konstitutive Bedeutung entfaltet dieses Verbot (nur) dort, wo sich der Rückgewähranspruch aus dem Rücktritt auf Herausgabe der Teilleistung (und nicht auf eine Verschaffung der Teilleistung, etwa durch Rückübereignung) richtet.

3. Übungsfälle

siehe Teilleistungen AVP, Fälle,

- Fall II 2: „Sachsenmilch“
- Fall II 3: „Bauvertrag“ (Werkunternehmer-Insolvenz: Anzahlung des Bestellers; teilbarer Vertrag)

Anhang: Kurz-Übersicht

Teilleistung der AVP

Differenzierung:

