

Prof. Dr. von Wilmowsky  
**Insolvenzrecht II: Vertiefung**  
(Vorlesung)

## **Geschäftsbesorgungsvertrag (und Auftragsvertrag) bei Insolvenz einer Vertragspartei**

Einleitung	3
I.    Zivilrechtliche Struktur des Geschäftsbesorgungsvertrags	3
II.   Struktur des Insolvenzrechts des Geschäftsbesorgungsvertrags	4
A.    Auftragnehmer in Insolvenz	5
I.    Vertragliche Lösungsklausel für die Insolvenz des Auftragnehmers	5
1.  Vertragsrechtliche Gestaltungsfreiheit	5
2.  Anfechtungsrecht	6
II.   Verwertung des Insolvenzvermögens: Die Ansprüche des Auftragnehmers aus dem Vertrag	6
III.  Verteilung des Insolvenzvermögens: Die Befriedigung der vertraglichen Ansprüche des Auftraggebers	7
1.  Geltendmachungsentscheidung	7
2.  Nichtgeltendmachungsentscheidung	8
IV.   Vorbehalt	9

B.	Auftraggeber in Insolvenz	10
B1.	Auftraggeber in Insolvenz (1): Geschäftsbesorgungsvertrag und Auftragsvertrag	10
I.	Vertragliche Lösungsklausel für die Insolvenz des Auftraggebers	11
II.	Verwertung des Insolvenzvermögens: Die vertraglichen Rechte des insolventen Auftraggebers	11
	1. Geschäft vor Verfahrenseröffnung noch nicht ausgeführt	11
	2. Geschäft bereits vor Verfahrenseröffnung ausgeführt	13
	3. Übungsfall „Einkaufskommission“	13
III.	Verteilung des Insolvenzvermögens: Die Befriedigung der vertraglichen Ansprüche des Auftragnehmers	16
IV.	Kritik der gesetzlichen Regelung	17
B2.	Auftraggeber in Insolvenz (2): Zahlungsdienstevertrag	19
I.	Vertragliche Lösungsklausel für die Insolvenz des Zahlungsdienstnutzers (etwa: des Überweisungsauftraggebers)	20
II.	Verwertung des Insolvenzvermögens: Die vertraglichen Rechte des insolventen Zahlungsdienstnutzers (des „Zahlers“ im Sinn des § 675f Abs. 1 BGB, etwa: des Auftraggebers einer Überweisung)	20
III.	Verteilung des Insolvenzvermögens: Die Befriedigung der vertraglichen Ansprüche des Kreditinstituts	21
	1. Überweisung vor Verfahrenseröffnung noch nicht ausgeführt	21
	2. Überweisung bereits vor Verfahrenseröffnung ausgeführt	22

## Einleitung

### I. Zivilrechtliche Struktur des Geschäftsbesorgungsvertrags

- § 675 Abs. 1 BGB
- Grundlage: Dienst- oder Werkvertrag
- Qualifizierung: „Geschäftsbesorgung“
- drei Kennzeichen einer „Geschäftsbesorgung“ (im Sinn des § 675 Abs. 1 BGB)

Selbständigkeit (Ausgrenzung: Dienstleistungen in abhängiger Stellung)

Wirtschaftliche Art der Tätigkeit: Die Tätigkeit wirkt sich auf das Vermögen aus. (Ausgrenzung: z.B. Arzt)

Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen: Die Tätigkeit betrifft nicht das eigene Vermögen, sondern das des Auftraggebers.

- Beispiele: Rechtsberatung; Steuerberatung; Vermögensverwaltung; Baubetreuung
- Systematik des BGB-Vertragsrechts:

Grundtyp des Geschäftsbesorgungsvertrags: § 675 Abs. 1 BGB

(Dort wird jedoch nur auf einzelne Regelungen des Rechts des Auftragsvertrags verwiesen.

spezieller Typ von Geschäftsbesorgungsvertrag: Zahlungsdienstvertrag (§ 675f BGB)

## II. Struktur des Insolvenzrechts des Geschäftsbesorgungsvertrags

-- Insolvenz des Auftragnehmers:

Es gilt das allgemeine Insolvenzvertragsrecht (§ 103 InsO).

-- Insolvenz des Auftraggebers:

Hier kommt einer von zwei speziellen Regelungen zur Anwendung:

spezielles Insolvenzvertragsrecht 1: §§ 115, 116 InsO.

Das allgemeine Insolvenzvertragsrecht wird (insoweit) verdrängt.

spezielles Insolvenzvertragsrecht 2: Auftrag im Rahmen eines Zahlungsdienstevertrags (§ 675f Abs. 4 Satz 2 BGB); Auftrag zwischen Zahlungsdienstleistern; Auftrag im Sinn des § 675b BGB (§ 116 Satz 3 InsO)

Bei diesen Verträgen kommt jedoch nicht das allgemeine Insolvenzvertragsrecht wieder zu Anwendung, sondern eine eigenständige Regelung.

## **A. Auftragnehmer in Insolvenz**

- keine spezielle gesetzliche Regelung für die Insolvenz des Auftragnehmers
- mithin: es gilt das allgemeine Insolvenzvertragsrecht (§ 103 InsO)
- Anwendungsbereich: sämtliche Geschäftsbesorgungsverträge (bei Insolvenz des Auftragnehmers)
- Prüfung:  
Trennung von Fragen der Verwertung und denen der Verteilung;  
für beide Bereiche jedoch von Bedeutung, ob der Vertrag (Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag) wegen der Insolvenz des Auftragnehmers vorzeitig endet oder (ohne Mitwirkung der Insolvenzverwaltung des Auftragnehmers, etwa durch außerordentliche Kündigung des Auftraggebers) vorzeitig beendet werden kann

### **I. Vertragliche Lösungsklausel für die Insolvenz des Auftragnehmers**

#### **1. Vertragsrechtliche Gestaltungsfreiheit**

- Abrede in Geschäftsbesorgungsvertrag: fristloses Kündigungsrecht des Auftraggebers für den Fall, dass sich die Vermögensverhältnisse des Auftragnehmers erheblich verschlechtern, insbesondere Insolvenz eintritt<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Vergleich zum Werkvertrag: Kündigungsrecht des Bestellers einer Bauleistung bei Insolvenz des Werkunternehmers nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B.

## 2. Anfechtungsrecht

- Wirkung: Verlust (ganz oder teilweise) des Anspruchs des insolventen Auftragnehmers auf die vereinbarte Vergütung
- Anfechtungsrecht: Es gelten die allgemeinen Kriterien.<sup>2</sup> Anwendungsbereich des Rechts der Anfechtung wegen Schuldnerfehlverhaltens eröffnet, wenn:
  - Nachteil für die Insolvenzgläubiger: Die Lösung des Vertragsverhältnisses ist nachteilig, weil der Vergütungsanspruch des insolventen Auftragnehmers höher ist als der Aufwand zur Erbringung der Geschäftsbesorgungsleistung (d.h. deren Marktwert);
  - Kausalität der Lösungsklausel für den Nachteil:  
Auslotungserfordernis: Der Auftraggeber muss abwarten, bis die Insolvenzverwaltung des Auftragnehmers entschieden hat, ob sie den Anspruch auf Vergütung geltend macht und hierzu die noch ausstehende Geschäftsbesorgung erbringt.
- Ergebnis: um außerhalb der Reichweite des Anfechtungsrechts zu bleiben: Auslegung von insolvenzbezogenen, vertraglichen Lösungsklauseln dahin, dass zunächst eine Frist abzuwarten ist, in der auszuloten ist, ob der insolvente Auftragnehmer vollständig leisten wird oder nicht.

## II. Verwertung des Insolvenzvermögens: Die Ansprüche des Auftragnehmers aus dem Vertrag

- Anspruch des Auftragnehmers aus Geschäftsbesorgungsvertrag: Zahlung der vereinbarten Vergütung

---

<sup>2</sup> Siehe Vorlesungs-Übersicht „Lösungsklauseln für den Insolvenzfall“.

- Aufwand für Geltendmachung des Vergütungsanspruchs: Um die Einrede des Auftraggebers der mangelnden Fälligkeit (bei Vorleistungspflicht des Auftragnehmers) oder aus § 320 BGB (bei Leistung Zug um Zug) zu überwinden, muss die dem Auftraggeber zustehende Leistung (vollständig) erbracht werden. (mit den Mitteln des Insolvenzvermögens)

vertretbare Handlungen: kann die Insolvenzverwaltung entweder selbst oder durch einen Dritten erbringen.

unvertretbare Handlung: Der Vergütungsanspruch kann nicht geltend gemacht werden, es sei denn, der Schuldner ist von sich aus bereit, seine Leistung zu erbringen (oder wird vom Vertragspartner durch Einzel-Zwangsvollstreckung dazu gezwungen). Die Insolvenzverwaltung kann ihn hierzu nicht zwingen.

- Kriterium für Verwertungsentscheidung: Verhältnis zwischen Kosten (Aufwand zur Erbringung der geschuldeten Geschäftsbesorgung = Marktwert der geschuldeten Geschäftsbesorgung) und Nutzen (Höhe der vereinbarten Vergütung)

### **III. Verteilung des Insolvenzvermögens: Die Befriedigung der vertraglichen Ansprüche des Auftraggebers**

abhängig von Verwertungsentscheidung

#### **1. Geltendmachungsentscheidung**

Entscheidet die Insolvenzverwaltung, den Vergütungsanspruch geltend zu machen: vollständige und gegenständliche Befriedigung des Auftraggebers

flankierend: Massestatus des Anspruchs des Auftraggebers (§ 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 InsO)

## 2. Nichtgeltendmachungsentscheidung

Entscheidet die Insolvenzverwaltung, den Vergütungsanspruch nicht geltend zu machen: Differenzierung danach erforderlich, ob sich der Anspruch des Auftraggebers auf eine vertretbare oder eine unvertretbare Handlung (des Auftragnehmers) richtet.

- vertretbare Handlung: Befriedigung des Anspruchs des Auftraggebers im ersten Schritt durch Verrechnung seines Anspruchswerts (Marktwert der Geschäftsbesorgung) gegen den Wert des Anspruchs des insolventen Auftragnehmers (vereinbarte Vergütung) und im zweiten Schritt durch Insolvenzquote auf den Überschuss (aus der Verrechnung) zugunsten des Auftraggebers (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO)
- unvertretbare Handlung:

Der Anspruch auf eine unvertretbare Handlung (des Insolvenzschuldners) ist keine Insolvenzforderung; er ist kein „Vermögensanspruch“ im Sinn des § 38 InsO. Er nimmt daher nicht am Insolvenzverfahren und damit auch nicht an der Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO teil.

Will der Auftraggeber am Insolvenzverfahren teilnehmen, muss er seinen Anspruch auf die unvertretbare Handlung in einen Schadensersatzanspruch überführen. (Dies erfolgt außerhalb des Insolvenzrechts. Um zu einem Schadensersatzanspruch zu kommen, steht dem Auftraggeber der Weg des § 281, des § 283 oder des § 311a Abs. 2 BGB zur Verfügung.) Sobald ein Schadensersatzanspruch vorliegt, kann der Auftraggeber ihn im Insolvenzverfahren durchsetzen (d.h. anmelden).

Für die h.M. stellen sich hier (unvertretbare Handlungen) keine Fragen. Folgt man ihr, bewirkt die Nichtgeltendmachungsentscheidung, dass der Erfüllungsanspruch der AVP zu einem Schadensersatzanspruch wird.



#### **IV. Vorbehalt**

Bei unvertretbaren Handlungen (die der Insolvenzschuldner als Auftragnehmer schuldet) scheint mir die insolvenzrechtliche Beurteilung nicht restlos geklärt zu sein.

## **B. Auftraggeber in Insolvenz**

### **B1. Auftraggeber in Insolvenz (1):**

#### **Geschäftsbesorgungsvertrag und Auftragsvertrag**

- bei dieser Rollenverteilung (d.h. Insolvenz des Auftraggebers): spezielle gesetzliche Regelung in den §§ 115, 116 InsO
  - Inhalt: Erlöschen des Geschäftsbesorgungsvertrags (bzw. des Auftrags); zwingende Regelung (§ 119 InsO)
  - Gründe für diese gesetzliche Regelung: kaum nachvollziehbar<sup>3</sup>
  - Anwendungsbereich: alle Geschäftsbesorgungsverträge und Aufträge (etwa: Giroverträge, Baubetreuungsverträge, Handelsvertreterverträge, Kommissionsverträge, Maklerverträge und Vermögensverwaltungsverträge)
  - ausgenommen: Weisungen („Aufträge“), die im Rahmen bestimmter Bankverträge erteilt werden (§ 116 Satz 3 InsO)
  - hier zunächst: Grundtyp des Geschäftsbesorgungsvertrags und Auftrags  
= Anwendungsbereich der Erlöschensanordnung in §§ 115, 116 InsO
  - Reihenfolge der folgenden Darstellung:  
Trennung von Fragen der Verwertung und denen der Verteilung;
- 

3 Um eine Aufhellung der Entstehungsgeschichte bemüht sich *Marotzke*, Der Einfluß des Insolvenzverfahrens auf Auftrags- und Geschäftsbesorgungsverhältnisse, in: Festschrift Henckel, 1995, 579 (581-585).

für beide Bereiche jedoch von Bedeutung, ob der Vertrag (Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag) mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Auftraggeber endet oder (ohne Mitwirkung der Insolvenzverwaltung des Auftraggebers, etwa durch außerordentliche Kündigung des Auftragnehmers) beendet werden kann

## **I. Vertragliche Lösungsklausel für die Insolvenz des Auftraggebers**

- kein Problem
- keine Anfechtbarkeit:

Das Gesetzesrecht ordnet ohnehin zwingend an, dass Geschäftsbesorgungsverträge durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Auftraggeber erlöschen (§§ 115 Abs. 1, 116 Satz 1 InsO). Vertragsklauseln, die diese Rechtslage wiederholen, sind nicht anfechtbar.<sup>4</sup>

## **II. Verwertung des Insolvenzvermögens: Die vertraglichen Rechte des insolventen Auftraggebers**

Ansprüche des Auftraggebers aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag: abhängig vom Erfüllungsstadium des Vertrags bei Eröffnung Insolvenzverfahren

### **1. Geschäft vor Verfahrenseröffnung noch nicht ausgeführt**

Anspruch des Auftraggebers auf Vornahme des Geschäfts?

- Anspruchsgrundlage: § 611 Abs. 1 BGB oder § 631 Abs. 1 BGB

---

<sup>4</sup> Die Frage nach der Anfechtbarkeit (der insolvenzbezogenen Lösungsklausel) kann sich aber bei den Verträgen stellen, die unter § 116 Satz 3 InsO fallen.

- aber: Erlöschensanordnung in §§ 115 Abs. 1, 116 Satz 1 InsO.
- Damit erübrigt sich eine Verwertungsentscheidung.
- Kritik: Warum der Gesetzgeber dem insolventen Auftraggeber diesen Anspruch entzogen hat, ist unverständlich. Diese Maßnahme kann erhebliche wirtschaftliche Nachteile für das Insolvenzvermögen zur Folge haben. Hält die Insolvenzverwaltung einen von der IVP abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag oder Auftrag für wirtschaftlich sinnvoll, kann sie nicht dessen Ausführung verlangen, sondern ist darauf angewiesen, einen neuen Geschäftsbesorgungsvertrag oder Auftrag (mit der AVP oder einem anderen Auftragnehmer) abzuschließen. Ein neuer Vertrag kann mit erheblichen Mehrkosten verbunden sein.

Anspruch des Auftraggebers z.B. auf Herausgabe von Vorschüssen, die er an den Auftragnehmer (gemäß § 669 BGB) geleistet hatte?

- Anspruchsgrundlage: §§ 675 Abs. 1, 667 BGB
- erloschen nach §§ 115 Abs. 1, 116 Satz 1 InsO?
- Rechtsprechung: nein; zwar mit Gesetzeswortlaut „erlöschen“ nicht vereinbar; aber: Die beiderseitigen Ausgleichsansprüche seien ungeachtet des verordneten Erlöschens weiterhin den vertraglichen Rechtsgrundlagen zu entnehmen. Der insolvente Auftraggeber kann daher die Herausgabe seines Vorschusses nach §§ 675 Abs. 1, 667 BGB verlangen. Gehen bei einer Bank nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen ihren Kunden weitere Zahlungen ein, die für den Kunden bestimmt sind, muss sie diese Gelder nach § 675t BGB und §§ 675 Abs. 1, 667 BGB an die Insolvenzverwaltung des Kunden herausgeben, obwohl der Girovertrag mit dem Kunden „erloschen“ ist.

Die h.M. beschränkt die Erlöschensanordnung des § 115 Abs. 1 also auf den Erfüllungsanspruch des Auftraggebers.

## 2. Geschäft bereits vor Verfahrenseröffnung ausgeführt

Anspruch des Auftraggebers auf Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten

- Anspruchsgrundlage: §§ 675 Abs. 1, 667 BGB; beim Zahlungsdienstevertrag: § 675t BGB
- Erlöschen gemäß §§ 115 Abs. 1, 116 Satz 1 InsO?
- einhellige Meinung: kein Erlöschen der vertraglichen Ausgleichsansprüche, nachdem das Geschäft ausgeführt wurde
- mithin: Der insolvente Auftraggeber kann das vom Auftragnehmer aus der Geschäftsführung Erlangte herausverlangen.

Verwertung dieses Anspruchs?

- Um über die Verwertung dieser Herausgabeansprüche entscheiden zu können, ist von Interesse, ob der AVP (also dem Auftragnehmer) Zurückbehaltungsrechte zustehen (welche die Insolvenzverwaltung durch vollständige Befriedigung der Gegenansprüche des Auftragnehmers zu überwinden hätte).

## 3. Übungsfall „Einkaufskommission“

Sachverhalt:

Eine Werbeagentur W erteilt dem Gemäldehändler H den (unentgeltlichen) Auftrag, gegen Auslagenersatz ein bestimmtes Gemälde eines berühmten Malers zu besorgen. Dieses soll den Eingangsbereich der W schmücken. H erwirbt das gesuchte Gemälde im eigenen Namen und ohne Stellvertretungswillen bei einem privaten Kunstsammler für 21.000 €. Bevor er das Bild an W ausliefern kann, fällt diese in Insolvenz; über ihr

Vermögen wird das Insolvenzverfahren eröffnet. Welche Überlegungen wird die Insolvenzverwaltung der W anstellen?<sup>5</sup>

Lösung:

- Anspruch der W gegen den Händler H:  
Die Insolvenzverwaltung kann von dem Händler die Übereignung des Gemäldes verlangen. Siehe § 667 Alternative 2 BGB: Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten.
- Erlöschen dieses Anspruchs durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Auftraggeber W?  
Zwar ist der Auftrag durch die Insolvenzeröffnung erloschen (§ 115 Abs. 1 InsO); das ändert nach h.M. aber nichts an der Fortgeltung der vertraglichen Ausgleichsansprüche des Auftraggebers gegen den Beauftragten. (Die h.M. beschränkt die Erlöschensanordnung des § 115 Abs. 1 InsO auf den Anspruch des Auftraggebers auf Vornahme des Geschäfts.)
- Verwertungsentscheidung über diesen Anspruch:  
Ob es sich (für das Insolvenzvermögen) lohnt, diesen Anspruch geltend zu machen, hängt u.a. von den Kosten seiner Durchsetzung ab.
- Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB:  
Frage, die sich hier stellt: Kann H gegenüber dem Übereignungsanspruch der W aus § 667 BGB das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB erheben? Dieses Zurückbehaltungsrecht steht dem H aus § 670 BGB zu; danach hat H gegen W einen Anspruch auf Aufwendungsersatz (hier: Zahlung von 21.000 €). Da dieser Anspruch des H nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis zum Anspruch der W aus § 667 BGB steht, vermittelt er ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB.

---

5 Vgl. *Marotzke*, Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurs des Gegners, JA (Juristische Arbeitsblätter) 1988, 117 (118-121). -- Kurzer Kommentar auch bei *Kübler / Prütting / Bork (Tintelnot)*, InsO, Stand 2019, §§ 115, 116 Rn. 9b.

H.M.: Die AVP darf im Insolvenzverfahren gegen die IVP ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB nicht ausüben.<sup>6</sup> Aus dieser Perspektive (der h.M.) steht außer Zweifel, dass es sich lohnt, den Übereignungsanspruch geltend zu machen: Die Insolvenzverwaltung kann den Anspruch der W aus § 667 Alternative 2 BGB auf Übereignung des Bilds durchsetzen, ohne hierzu den Anspruch des H aus § 670 BGB auf Aufwendungsersatz erfüllen zu müssen. Weitere Folge der h.M.: H's Aufwendungsersatzanspruch (in Höhe von 21.000 €) wird nur in Höhe der Insolvenzquote befriedigt werden. Argument der h.M.: Es gäbe keine Vorschrift in der InsO, die die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 BGB erlauben würde. Daher: Verstoß gegen § 87 InsO, wenn die AVP das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB ausüben könnte.

Kritik: kein Grund, warum die AVP im Insolvenzverfahren gegen die IVP die aus § 273 BGB verlieren sollte:<sup>7</sup>

Das macht der Vergleich mit dem Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB deutlich. Dass *dieses* Zurückbehaltungsrecht in der Insolvenz der IVP wirksam bleibt, steht außer Zweifel. Keine Vorschrift der InsO enthält eine ausdrückliche Erlaubnis, sich auf das Zurückbehaltungsrecht des § 320 auch in der Insolvenz des Einredegegners zu berufen. Gleichwohl ist bei § 320 BGB (im Gegensatz zu § 273 BGB) bislang niemand auf die Idee gekommen, aus dem Schweigen des Gesetzes zu schließen, die Zurückhaltung der eigenen Leistung bewege sich außerhalb der Vorschriften über das Insolvenzverfahren und verstoße daher gegen § 87 InsO. Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB nimmt ähnliche Funktionen wie das des § 320 BGB wahr und knüpft an ähnliche Voraussetzungen an. Wo sich nicht mit Gewissheit feststellen lässt, ob sich zwei Ansprüche synallagmatisch oder lediglich konnex gegenüberstehen, überlappen sich die Anwendungsbereiche beider Leistungsverweigerungsrechte. In der Insolvenz können sie nicht entgegengesetzt beurteilt werden. Es wäre nicht zu erklären, warum die

---

6 RG, 21.6.1922, I 668/21, RGZ 105, 125 (128).

7 Überzeugend begründet von *Marotzke* (Aufsatz in JA, oben Fn. 5).

Einrede aus § 320 BGB in der Insolvenz fortbestünde, nicht jedoch die des § 273 BGB.

Richtigere Ansicht nach besteht die Einrede aus § 273 BGB in der Insolvenz des Einredegegners fort. Der Händler H darf das Gemälde bis zur (vollständigen) Befriedigung seines Anspruchs auf Aufwendungsersatz (in Höhe von 21.000 €) zurückhalten. Den Übereignungsanspruch geltend zu machen, lohnt sich folglich nur dann, wenn das Bild einen höheren Marktwert besitzt.

- Ergebnis: Die Insolvenzverwaltung kann den Anspruch der W gegen H auf Übereignung des Bilds nur Zug um Zug gegen Ersatz der Aufwendungen des H (21.000 €) geltend machen.

### **III. Verteilung des Insolvenzvermögens: Die Befriedigung der vertraglichen Ansprüche des Auftragnehmers**

- verschiedene Ansprüche, die dem Auftragnehmer gegen den insolventen Auftraggeber zustehen können: Beim Geschäftsbesorgungsvertrag kann der Auftragnehmer Zahlung der vereinbarten Vergütung verlangen (§ 675 Abs. 1 mit § 631 Abs. 1 oder § 611 Abs. 1 BGB); Ansprüche auf Vorschuss (§ 669 BGB) und auf Erstattung der zur Ausführung des Auftrags gemachten Aufwendungen (§ 670 BGB) kommen sowohl beim Geschäftsbesorgungsvertrag als auch beim Auftrag in Betracht.
- Erlöschen dieser Ansprüche gemäß §§ 115 Abs. 1, 116 Satz 1 InsO?
- Antwort: abhängig vom Erfüllungsstadium
- Geschäft vor Verfahrenseröffnung noch nicht ausgeführt: Erlöschen

Die Ansprüche des Auftragnehmers sind mit Verfahrenseröffnung erloschen.



Ausnahme: Der Auftragnehmer führt in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung das Geschäft aus, während das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Auftraggebers läuft. Der Gesetzgeber eilt insofern zur Hilfe, als er Geschäftsbesorgungsverträge und Aufträge fortgelten lässt, solange der Auftragnehmer die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne Verschulden nicht kennt (§§ 115 Abs. 3 Satz 1, 116 Sätze 1 und 2 InsO). Unter dieser Voraussetzung bleiben auch die Vergütungs- und Aufwendungsersatzansprüche des Auftraggebers bestehen. Als Insolvenzforderungen sind sie lediglich quotaal zu befriedigen.

- Geschäft bereits vor Verfahrenseröffnung ausgeführt: kein Erlöschen

In den Fällen, in denen der Auftragnehmer das Geschäft bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeführt hatte, werden seine vertraglichen Ansprüche (auf Vergütung und auf Aufwendungsersatz) von der Erlöschensverfügung nicht erfasst. Sie sind Insolvenzforderungen (§ 38 InsO).

#### **IV. Kritik der gesetzlichen Regelung**

- zahlreiche Ausnahmen von „Erlöschen“, die die Rechtsprechung macht: weisen auf Defizite der gesetzlichen Regelung hin
- unterschiedliche insolvenzrechtliche Behandlung von Dienst- und Werkverträgen (ohne Verpflichtung zur Wahrnehmung von Vermögensinteressen des Werkbestellers bzw. Dienstberechtigten) auf der einen und Geschäftsbesorgungsverträgen (also Dienst- und Werkverträgen mit der genannten Verpflichtung) auf der anderen Seite: wenig plausibel

Während z.B. ein Architektenvertrag, der die Erstellung eines Bauplans für ein Haus zum Inhalt hat, nicht nach den §§ 115 Abs. 1, 116 Satz 1 InsO erlischt, ereilt dieses Schicksal solche Verträge, mit denen der Architekt zugleich auch die Organisation der Bauausführung übernommen hat.

- Regelungszweck: Der Gesetzgeber wollte mit den §§ 115 Abs. 1, 116 Satz 1 InsO sicherstellen, dass die Verwaltung des Insolvenzvermögens allein in den Händen des Insolvenzverwalters liegt. Andere Personen als der Insolvenzverwalter sollen keine Verwaltungsmaßnahmen und Verfügungen über das Insolvenzvermögen vornehmen dürfen.<sup>8</sup> Um dieses Ziel zu erreichen, werden die §§ 115, 116 InsO jedoch gar nicht benötigt. Würden Geschäftsbesorgungsverträge und Aufträge auch in der Insolvenz des Auftraggebers fortbestehen, könnten sie das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Insolvenzverwalters (§ 80 InsO) nicht beeinträchtigen. Dem Auftragnehmer eventuell erteilte Vollmachten erlöschen ohnehin mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Auftraggeber (§ 117 InsO); mithin ist es ausgeschlossen, dass sich ein Auftragnehmer in die Verwaltung von oder die Verfügung über Insolvenzvermögen einmischt. Möglicherweise hat der Gesetzgeber mit den §§ 115, 116 InsO die Trennung zwischen Geschäftsbesorgungs- bzw. Auftragsverhältnis und Vollmacht aus den Augen verloren. Im Übrigen steht die letztlich getroffene Regelung mit dem verfolgten Anliegen zum Teil sogar in Widerspruch. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters wird gewiss nicht gestärkt, wenn man dem Insolvenzvermögen die Ansprüche aus Geschäftsbesorgungs- und Auftragsverhältnissen entzieht.
  
- Wie wenig der Gesetzgeber selbst von dem von ihm verfükten Erlöschen überzeugt ist, belegt die Ausnahme, die er für die praktisch wichtigen Überweisungsverträge (und eine Anzahl weiterer Bankverträge) macht. Indem er diese Verträge fortbestehen lässt (§ 116 Satz 3 Halbsatz 1 InsO), zieht er die für den Grundtyp geltende Regel in Zweifel.
  
- Rechtsvergleich Schweiz: Art. 405 Abs. 1 OR (Obligationenrecht): Danach wird vermutet, dass ein Auftrag bei Konkurs einer Vertragspartei aufgehoben sein soll. Es handelt sich jedoch um eine dispositive Regelung;

---

8 Siehe die Begründung der Bundesregierung zum Regierungsentwurf für eine Insolvenzordnung, BR-Dr. 1/92, Erläuterung zu § 133 RegE.

es steht den Parteien frei, zu vereinbaren, dass der Auftragsvertrag im Insolvenzfall fortbesteht.<sup>9</sup>

- Ergebnis: rechtspolitisch: Man sollte die §§ 115, 116 InsO ersatzlos streichen.<sup>10</sup>

## **B2. Auftraggeber in Insolvenz (2):**

### **Zahlungsdienstevertrag**

- Der § 116 Satz 3 InsO ordnet an: Ausnahme von der Erlöschensanordnung der §§ 115 Abs. 1, 116 Satz 1 InsO: Weisungen („Aufträge“), die in bestimmten Bankverträgen, auf deren Grundlage der bargeldlose Zahlungsverkehr stattfindet, erteilt werden, „bestehen mit Wirkung für die Masse fort“.

Beispiel: Weisung im Rahmen eines Zahlungsdienstvertrags (§ 675f Abs. 2 BGB) (= „Zahlungsauftrag“); etwa: Auftrag, eine Überweisung durchzuführen

- Damit schafft der § 116 Satz 3 InsO eine Ausnahme von der Erlöschensanordnung des § 115 InsO. Ob diese Ausnahme für den ganzen Vertrag gilt oder nur für die konkrete Weisung („Auftrag“), die innerhalb des Vertrags vor dem Insolvenzverfahren erteilt worden war, vermag ich nicht zu beurteilen. (Der Wortlaut des § 116 Satz 3 InsO „Aufträge“ deutet auf die zweite Möglichkeit hin.)

---

9 Art. 405 Abs. 1 OR (Schweiz): „Der Auftrag erlischt, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäftes gefolgert werden muss, durch . . . den Konkurs des Auftraggebers oder des Beauftragten.“

10 Siehe z.B. *Marotzke*, in: Festschrift Henckel, 1995, 579 (590 f.); *Kübler / Prütting / Bork (Tintelnot)*, InsO, Stand 2019, §§ 115, 116 Rn. 2, 10 („rechtspolitisch fragwürdig“ und wenig sachgerecht).

- Rechtsfolge: Die Erlöschensanordnung gilt nicht. Diese Ausnahme von der Erlöschensanordnung führt jedoch *nicht* zum allgemeinen Insolvenzvertragsrecht zurück. (Das wäre zu einfach!) Vielmehr schafft der § 116 Satz 3 InsO für den Fall, dass der Zahlungsdienstnutzer in Insolvenz fällt, ein weiteres Sonderrecht.

### **I. Vertragliche Lösungsklausel für die Insolvenz des Zahlungsdienstnutzers (etwa: des Überweisungsauftraggebers)**

[noch offen]

### **II. Verwertung des Insolvenzvermögens: Die vertraglichen Rechte des insolventen Zahlungsdienstnutzers (des „Zahlers“ im Sinn des § 675f Abs. 1 BGB, etwa: des Auftraggebers einer Überweisung)**

In den Fällen, in denen der Überweisungsauftrag vor Verfahrenseröffnung noch nicht ausgeführt wurde, gehört der Anspruch auf Ausführung des Auftrags zum Insolvenzvermögen. Käme allgemeines Insolvenzvertragsrecht zur Anwendung, hätte die Insolvenzverwaltung zu entscheiden, wie dieser Erfüllungsanspruch des insolventen Überweisungsauftraggebers zu verwerten ist. Das für Zahlungsdienstverträge geltende spezielle Insolvenzvertragsrecht macht eine Verwertungsentscheidung jedoch entbehrlich. Indem das Gesetz die Gegenansprüche des Kreditinstituts aus der Durchführung des Zahlungsauftrags in den Rang von Masseforderungen erhebt (§ 116 Satz 3 Halbsatz 2 InsO), bleibt der Insolvenzverwaltung nichts anderes übrig, als den Erfüllungsanspruch des insolventen Auftraggebers gegen das Kreditinstitut geltend zu machen. Die Insolvenzverwaltung kann lediglich überlegen, ob sie von dem Widerrufsrecht Gebrauch macht, das der Zahlungsdienstnutzer (Überweisungsauftraggeber) in den Grenzen des § 675p BGB besitzt.

### **III. Verteilung des Insolvenzvermögens: Die Befriedigung der vertraglichen Ansprüche des Kreditinstituts**

Ansprüche des Kreditinstituts: Dem Kreditinstitut können Ansprüche auf das für die Überweisung vereinbarte Entgelt (§ 675f Abs. 5 BGB), auf Erstattung des Überweisungsbetrags (§§ 675 Abs. 1, 670 BGB) oder auf Stellung eines Vorschusses (§§ 675 Abs. 1, 669 BGB) zustehen.

Befriedigung: Wie diese Ansprüche befriedigt werden, hängt davon ab, ob und wann das Kreditinstitut die Überweisung ausführte.

#### **1. Überweisung vor Verfahrenseröffnung noch nicht ausgeführt**

keine Ausführung vor Insolvenzverfahren: Zwar ist der Zahlungsdienstevertrag erloschen, nicht jedoch die vor dem Insolvenzverfahren erteilte Weisung (Auftrag, Zahlungsauftrag). (So verstehe ich jedenfalls den § 116 Satz 3 InsO.) Damit bleiben auch diejenigen Ansprüche des Kreditinstituts bestehen, die sich auf diese Weisung (Zahlungsauftrag) beziehen. (Das sind die Ansprüche auf Vergütung dieser Überweisung und auf Vorschuss für diese Überweisung.)

Befriedigung:

- Die Befriedigung dieser Ansprüche erfolgt jedoch nicht nach allgemeinem Insolvenzvertragsrecht. Nach dessen Regeln wären die Ansprüche des Kreditinstituts nur dann vollständig zu befriedigen, wenn die Insolvenzverwaltung des Überweisungsauftraggebers die Ausführung der Überweisung verlangte. Machte die Insolvenzverwaltung den Anspruch auf Ausführung der Weisung (d.h. des „Zahlungsauftrags) dagegen nicht geltend, würden die Ansprüche des Überweisungs-Auftragnehmers (d.h. der Bank) durch Verrechnung befriedigt (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO).
- Für Weisungen im Rahmen eines Zahlungsdienste(rahmen)vertrags gilt vielmehr eine Sonderregelung: Die Ansprüche des angewiesenen Kreditinstituts sind Masseforderungen, wenn die Weisung (der Auftrag,

der Zahlungsauftrag) nach Insolvenzeröffnung durchgeführt wird (§ 116 Satz 3 Halbsatz 2 InsO: „mit Wirkung für die Masse“).

- von diesem Befriedigungsstatus erfasst: Vergütungsanspruch der Bank aus § 675f Abs. 5 BGB; Anspruch der Bank aus § 670 BGB auf Aufwendungsersatz für die ausgeführte Überweisung
- Dem Kreditinstitut wird dadurch ein Rangprivileg eingeräumt, für das es keine Rechtfertigung gibt. Es handelt sich um ein Bankenprivileg.<sup>11</sup>
- Aufgrund dieses Rangprivilegs genießt das Kreditinstitut eine bequeme Position: Es braucht sich um die Insolvenz des Kunden (des Zahlungsdienstnutzers) nicht zu kümmern. Es kann der Weisung (d.h. dem „Zahlungsauftrag“) nachkommen, ohne Nachteile befürchten zu müssen (vorausgesetzt, das Insolvenzvermögen reicht zur Befriedigung der Masseforderungen aus). Ob der Auftraggeber („Zahlungsdienstnutzer“) ein Guthaben in Höhe des Überweisungsbetrags unterhält oder hierfür einen Kredit in Anspruch nehmen muss, spielt dabei keine Rolle.<sup>12</sup>

## 2. Überweisung bereits vor Verfahrenseröffnung ausgeführt

Ausführung vor Insolvenzverfahren: Hatte das Kreditinstitut die Überweisung noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeführt, sind seine vertraglichen Ansprüche (auf Vergütung, auf Aufwendungsersatz) gewöhnliche Insolvenzforderungen.

Vorläufige Fassung; Stand Juni 2019; Änderungen vorbehalten

---

11 Kübler / Prütting / Bork (*Tintelnot*), InsO, Stand 2019, § 115, 116 Rn. 2a.

12 Anders offenbar die Beurteilung von *Obermüller*, Insolvenzzrechtliche Wirkungen des Überweisungsgesetzes, ZInsO 1999, 690 (695).