

Thomas Rühle
Gegenseitige Verträge nach Aufhebung
des Insolvenzverfahrens

Schriften zum deutschen,
europäischen und internationalen
Insolvenzrecht

S-INSO Band 2

Schriften zum deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Stefan Smid, Kiel
Rechtsanwalt Dr. Mark Zeuner, Hamburg
Rechtsanwalt Michael Schmidt, Berlin

S-INSO Band 2



De Gruyter Recht · Berlin

Thomas Rühle

Gegenseitige Verträge nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens

Ansprüche aus gegenseitigen „schwebenden“ Verträgen
gem. § 103 InsO nach vollzogener Schlussverteilung
(§ 200 Abs. 1 InsO) und rechtskräftig bestätigtem Insolvenzplan
(§ 258 Abs. 1 InsO)



De Gruyter Recht · Berlin

Dr. *Thomas Rühle*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN-13: 978-3-89949-303-0
ISBN-10: 3-89949-303-6

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright 2006 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Umschlaggestaltung: Christopher Schneider, Berlin

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Geleitwort der Herausgeber

Das Insolvenzrecht gehört zu dem Kernbestand der Regelwerke, die das Vertrauen der Rechtsgenossen in eine Rechtsordnung sichern. Es regelt die Bedingungen allseitiger Haftung eines Schuldners und steckt damit zugleich den Rahmen ab, innerhalb dessen die Gläubiger erwarten können, dass ihre Rechte in einer und durch eine Reorganisation und Sanierung des schuldnerischen Unternehmens gewahrt werden.

Die faktische Wirkung des Insolvenzrechts endet nicht an nationalstaatlichen Grenzen. Das Insolvenzverfahren ist nach seinem Anspruch auf universelle Geltung angelegt. In fast allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union gilt heute als innerstaatliches Recht ein gemeinsames Recht grenzüberschreitender Insolvenzverfahren. Dieses gemeinsame europäische Recht strahlt auf die innerstaatlichen Reformbemühungen aus – es hat Einfluss auf die Insolvenzgesetzgebung. Die innerstaatlichen Gesetzgebungen werden zudem von UNCITRAL-Modellgesetzgebungen beeinflusst. Die wissenschaftliche Diskussion geht zusehends auf die damit ausgelösten Konvergenzbewegungen ein; die Praxis bedarf rechtsdogmatischer Aufklärung über die komplexer werdenden Regelungen des Insolvenzrechts und der Unterrichtung über die Strukturen und Problemstellungen ausländischer europäischer und außer-europäischer Insolvenzrechte, auch und gerade in ihrer Wechselwirkung mit dem deutschen Recht.

Die Schriftenreihe der DZWIR ist ein Forum dieser Diskussionen. Sie wird in loser Folge monographische Untersuchungen zu Grundsatzfragen des deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrechts veröffentlichen. Damit leistet diese Schriftenreihe einen Beitrag ebenso zur rechtsdogmatischen Klärung von Streitfragen wie nicht minder zur Unterstützung der europäischen Integration der nationalstaatlichen Insolvenzrechte.

Kiel, Hamburg und Berlin im November 2005

Stefan Smid/Mark Zeuner/Michael Schmidt

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2005 von der Juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem verehrten Doktorvater und akademischen Lehrer Prof. Dr. Stefan Smid, dessen Lehrstuhl ich seit meiner Studentenzeit verbunden bin und der mein Interesse für das Insolvenzrecht geweckt hat. Prof. Smid hat das Thema dieser Arbeit angeregt, mir stets wertvolle Anregungen gegeben und mir die wissenschaftlichen und zeitlichen Freiräume ermöglicht, um dieses Vorhaben während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter zu verwirklichen. Zu Dank verpflichtet bin ich auch Prof. Dr. Werner Schubert für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein Bruder Peter und meine Freundin Jean Amy Dembowski haben mich bei der Korrektur der Arbeit tatkräftig unterstützt. Für diese zeitaufwendige Tätigkeit danke ich ihnen herzlich.

Dieses Werk widme ich meinen Eltern, die mir Studium und Promotion ermöglicht haben.

Kiel, im Januar 2006

Thomas Joachim Rühle

Inhaltsverzeichnis

A. Gegenstand der Arbeit	1
I. Einführung in das Thema	1
II. Relevante Vorfragen	2
1. Einfluss der Wahlrechtsausübung durch den Insolvenzverwalter	2
2. Auswirkungen der Verfahrenseröffnung und der Erfüllungs- ablehnung bzw. der Verwirkung des Wahlrechts	5
a) Konsequenzen aus der „Erlöschenstheorie“	5
b) Konsequenzen aus der „Gestaltungstheorie“	5
c) Konsequenzen aus der „Durchsetzbarkeitstheorie“ bzw. der „haftungsrechtlichen Theorie“	6
3. Bedeutung der rechtsdogmatischen Einordnung der „Forderung wegen der Nichterfüllung“	6
III. Spannungsverhältnis zwischen allgemeinem vertraglichen Schuld- recht und materiellem Insolvenzrecht	8
B. Behandlung gegenseitiger Austauschverträge in der Insolvenz nach § 103 InsO	10
I. Geschichtliche Entwicklung der Behandlung gegenseitiger Austauschverträge in der Gesamtvollstreckung	10
1. Gegenseitige Austauschverträge im überkommenen Konkursrecht	11
a) Regelung der §§ 15 f. der Preußischen Konkursordnung vom 8.5.1855	11
b) Regelung der §§ 17, 26 der Konkursordnung des Deutschen Reiches vom 10.2.1877	13
2. Regelung des § 103 der Insolvenzordnung vom 5.10.1994	16
II. Exkurs: Anwendung des § 103 InsO bei grenzüberschreitenden Insolvenzen	17
III. Interessenlage der Beteiligten	18
IV. Tatbestand des § 103 InsO	21
1. Gegenseitiger Vertrag	22
a) Synallagma als Tatbestandsmerkmal	22
b) Grenzfälle	23
2. Keine oder keine vollständige Erfüllung auf Schuldner- und Gläubigerseite	23
V. Rechtsfolgen des § 103 InsO	24
1. Rechtliche Einordnung des Wahlrechts	24

Inhaltsverzeichnis

2. Rechtsfolgen der Erfüllungswahl	25
3. Rechtsfolgen der Erfüllungsablehnung bzw. der Verwirkung des Wahlrechts	26
a) „Forderung wegen der Nichterfüllung“ gem. § 103 Abs. 2 S. 1 InsO	26
aa) Rechtsgrundlage der Forderung	27
(1) Kann Rechtsgrundlage offen bleiben?	28
(2) Vorliegen eines bürgerlichrechtlichen Schadensersatzanspruchs?	30
(a) Relevanter Zeitpunkt	30
(b) Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB	34
(c) Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB	39
(d) Schadensersatzanspruch aus p.V.V.?	41
(e) Schadensersatzanspruch wegen Eingriffs in fremde Rechte bzw. wegen unverschuldeten Unrechts?	43
(f) Zusammenfassung	43
bb) Berechnung der „Forderung wegen der Nichterfüllung“	44
(1) Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB oder Begrenzung auf den Nennwert?	45
(2) Zulässigkeit der „Schadensberechnung“ nach der Austauschmethode?	49
b) Sonderproblem: Vorleistungen des Schuldners	53
4. Rechtsfolgen bei unterlassener Wahlrechtsausübung	55
5. Zusammenfassung	55
C. Wirkung der Verfahrenseröffnung und Wahlrechtsausübung bzw. -verwirkung auf gegenseitige „schwebende“ Verträge	57
I. Die praktische Bedeutung des Streits	57
II. „Gestaltungstheorie“	61
1. Kernaussagen	61
2. Konsequenzen	61
III. „Erlöschenstheorie“	63
1. Kernaussagen	63
2. Konsequenzen	64
IV. „Durchsetzbarkeitstheorie“	65
1. Kernaussagen	65
2. Konsequenzen	66
V. „Haftungsrechtliche Theorie“	68
1. Kernaussagen	68
2. Konsequenzen	68
VI. Kritische Würdigung der „Theorien“	70
1. Wortlaut	70
2. Entstehungsgeschichte	72

3. Systematik	73
4. Teleologische Auslegung	76
a) Ratio legis von § 103 InsO?	76
b) Aufrechnungsmöglichkeiten nach Erfüllungswahl	79
c) Sicherungsabtretungen nach Erfüllungswahl	83
5. Kritik an der dogmatischen Konstruktion der „Durchsetzbarkeitstheorie“	85
6. Zusammenfassung	90

D. Auswirkungen des Wahlrechts auf die Rechtslage nach Aufhebung des Verfahrens infolge vollzogener Schlussverteilung

gem. § 200 Abs. 1 InsO	92
I. Rechtslage bei vorheriger Erfüllungswahl durch den Verwalter	93
II. Rechtslage bei Erfüllungsablehnung durch den Verwalter bzw. Verwirkung des Wahlrechts	94
1. Zugrundelegung der „Gestaltungstheorie“	94
2. Zugrundelegung der „Erlöschentheorie“	95
3. Zugrundelegung der „Durchsetzbarkeitstheorie“ bzw. der haftungsrechtlichen Theorie“	96
a) Materiellrechtliche Umgestaltung des Schuldverhältnisses?	98
aa) Voraussetzungen der materiellrechtlichen Umgestaltung	98
(1) Umgestaltung schon infolge der Anmeldung der Forderung?	99
(2) Umgestaltung infolge der Feststellung der Forderung?	100
(3) Umgestaltung erst bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 201 Abs. 2 InsO?	100
(4) Umgestaltung bei Empfangnahme der ersten Abschlagszahlung?	101
bb) Art der materiellrechtlichen Umgestaltung	102
(1) Ersetzung der gegenseitigen Primäransprüche?	102
(2) Ergänzung der gegenseitigen Primäransprüche?	103
(3) Möglichkeit einer „Feststellung beschränkt auf die Haftung der Masse“?	103
b) Keine materiellrechtliche Umgestaltung des Schuldverhältnisses?	105
c) Stellungnahme	106
aa) Materiellrechtliche Umgestaltung des Schuldverhältnisses?	106
(1) Rechtsgrundlage der „Forderung wegen der Nichterfüllung“ ist §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB	107
(2) Rechtsgrundlage der „Forderung wegen der Nichterfüllung“ ist §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB	108
(3) Rechtsgrundlage der „Forderung wegen der Nichterfüllung“ ist die ursprüngliche Rechtsgrundlage i.V.m. § 103 Abs. 2 S. 1 InsO und den allgemeinen Grundsätzen des Insolvenzrechts	114

Inhaltsverzeichnis

bb) Wahlrecht des Vertragspartners?	120
cc) Zusammenfassung	120
III. Rechtslage bei unterlassener Wahlrechtsausübung	121
E. Auswirkungen des Wahlrechts auf die Rechtslage nach Aufhebung des Verfahrens infolge rechtskräftigen Insolvenzplans gem. § 258 Abs. 1 InsO	122
I. Überblick über das Insolvenzplanverfahren	123
1. Historische Entwicklung	123
a) Der Vergleich nach der Vergleichsordnung	124
aa) Das Vergleichsverfahren im Überblick	124
bb) Exkurs: Die Behandlung gegenseitiger „schwebender“ Verträge nach der Vergleichsordnung (§§ 36, 50 ff. VglO)	125
b) Der Zwangsvergleich nach den §§ 173 ff. KO	126
2. Sinn und Zweck des Insolvenzplanverfahrens	128
3. Ablauf des Insolvenzplanverfahrens	129
4. Rechtsnatur des Insolvenzplans	131
II. Rechtslage zwischen den Parteien eines Vertrages i.S.v. § 103 InsO nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens gem. § 258 Abs. 1 InsO	132
1. Rechtslage bei vorheriger Erfüllungswahl durch den Verwalter	132
2. Rechtslage bei Erfüllungsablehnung durch den Verwalter bzw. bei Verwirkung des Wahlrechts	133
a) Ausschluss der nicht angemeldeten Forderungen?	133
b) Ist das „Ob“ der Planbetroffenheit abhängig von der Verfahrensteilnahme?	134
c) Art der Planbetroffenheit des Vertragspartners	135
aa) Bei materiellrechtlicher Umgestaltung des Schuldverhältnisses während des Insolvenzverfahrens	136
(1) Einfluss der Verfahrenseröffnung bzw. der Erfüllungs- ablehnung auf den materiellrechtlichen Bestand der Primäransprüche?	137
(2) Bei Anmeldung einer „Forderung wegen der Nicht- erfüllung“ zur Tabelle	137
(3) Bei unterlassener Anmeldung	138
(4) Zwischenergebnis	139
bb) Bei Fehlen einer materiellrechtlichen Umgestaltung des Schuldverhältnisses während des Insolvenzverfahrens	140
(1) Ist „Forderung wegen der Nichterfüllung“ planbetroffen?	140
(2) In welcher „Gestalt“ wird der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners planbetroffen?	144
(3) Schutz des Vertragspartners vor „volle Leistung gegen Quote“	146
(a) Schutz des funktionellen Synallagmas als gesetzliches Leit- prinzip	146

(b) Schutz durch Aufrechnungsmöglichkeit?	147
(c) Bindung des Schuldners an die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters?	147
(d) Insolvenzplanfestigkeit des § 320 BGB?	149
(e) § 103 InsO analog zugunsten des Schuldners	152
3. Rechtslage bei unterlassener Wahlrechtsausübung	155
4. Einfügung eines § 259 Abs. 4 BGB in die Insolvenzordnung	156
F. Zusammenfassung der Ergebnisse	157
Literaturverzeichnis	159
Stichwortverzeichnis	167

A. Gegenstand der Arbeit

I. Einführung in das Thema

§ 103 InsO ist als zentrale Vorschrift des materiellen Insolvenzrechts von hoher praktischer Bedeutung¹. Bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens hat der Insolvenzverwalter häufig über die Art der Abwicklung – Erfüllung oder (insolvenzbedingte) Nichterfüllung – einer Vielzahl von gegenseitigen „schwebenden“, d.h. von keiner Partei vollständig erfüllten Verträgen zu entscheiden. Dies gilt insbesondere für Unternehmensinsolvenzen². Ausdrückliche Rechtsfolgen knüpft das Gesetz an die Wahlrechtsausübung nur hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Stellung des Vertragspartners³. Verlangt der Insolvenzverwalter nach § 103 Abs. 1 InsO die Erfüllung des Vertrages, so wird der Vertragspartner mit seinem noch offenen Erfüllungsanspruch gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 InsO zum Massegläubiger. Ansonsten bleibt er mit seiner „Forderung wegen der Nichterfüllung“ nach § 103 Abs. 2 S. 1 InsO Insolvenzgläubiger. Gleiches gilt bei einer teilbaren Vorleistung des Vertragspartners vor Verfahrenseröffnung für den entsprechenden Teil des Anspruchs auf die Gegenleistung, auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt, § 105 S. 1 InsO⁴. Darüber hinaus schweigt das Gesetz allerdings über die Rechtsfolgen, die sich aus der Ausübung bzw. Nichtsausübung des Wahlrechts nach § 103 InsO ergeben. Insbesondere fehlt es an einer gesetzlichen Regelung bezüglich der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters und der Beständigkeit von Vorausverfügungen des Schuldners über seinen Erfüllungsanspruch im Falle der positiven Wahlrechtsausübung. Ferner ist der Einfluss der Verfahrenseröffnung und des Verwalterwahlrechts auf das zweiseitige Schuldverhältnis zwischen dem Schuldner und seinem Vertragspartner problematisch. Insoweit stellt sich die grundlegende Frage, unter welchen Voraussetzungen insolvenzbedingte Ereignisse und Handlungen „nachhaltig“ auf das materielle (Schuld-)Recht einwirken. Vor diesem Befund wird verständlich, dass die Regelung des § 103 InsO einen fruchtbaren Nährboden für Rechtsfragen sowohl dogmatischer als auch pragmatischer Art bietet. Das im Spannungsverhältnis zwischen dem insolvenzrechtlichen Grundsatz „par conditio

¹ Nach Musielak (AcP 179 (1979), 189, 189) zählt § 103 InsO zu den „wichtigsten und am häufigsten angewendeten Vorschriften der Insolvenzordnung“; vgl. auch Pape/Uhlenbruck, RdNr. 640.

² Keplinger, S. 1.

³ Das in § 103 Abs. 1 InsO genannte Recht des Insolvenzverwalters, im Fall der positiven Wahlrechtsausübung die Erfüllung vom anderen Teil verlangen zu können, ergibt sich schon aus seiner in § 80 Abs. 1 InsO normierten Rechtstellung und der Zugehörigkeit des Erfüllungsanspruchs des Schuldners zur Aktivmasse (§ 35 Var. 1 InsO) und hat daher nur klarstellende Bedeutung.

⁴ Ausführlich Wiegmann, S. 17 ff.

A. Gegenstand der Arbeit

creditorum“ und dem vertragsrechtlichen Grundsatz „pacta sunt servanda“⁵ stehende Wahlrecht des Insolvenzverwalters ist dementsprechend in der Vergangenheit schon häufig Gegenstand wissenschaftlicher Arbeiten gewesen⁶. Im Mittelpunkt dieser Untersuchungen hat indes nur die Rechtslage innerhalb des Insolvenzverfahrens gestanden und nicht die Rechtslage für die Zeit nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens. Ziel der vorliegenden Arbeit ist deshalb die Untersuchung der zwischen den Parteien eines Vertrages i.S.d. § 103 InsO bestehenden Rechtslage, nachdem das Insolvenzverfahren entweder nach vollzogener Schlussverteilung (§ 200 Abs. 1 InsO) oder nach Inkrafttreten eines Insolvenzplans (§ 258 Abs. 1 InsO) aufgehoben worden ist:

Können die Vertragsparteien, d.h. der Schuldner und sein Vertragspartner die gegenseitigen zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch offenen Erfüllungsansprüche nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens wieder in ihrer ursprünglichen Gestalt geltend machen?

II. Relevante Vorfragen

Das Schicksal der Erfüllungsansprüche eines gegenseitigen „schwebenden“ Vertrages nach Verfahrensaufhebung hängt von einer Reihe von insolvenzbedingten Ereignissen ab. Diese sind im Wesentlichen die Aus- bzw. Nichtausübung des Wahlrechts nach § 103 InsO durch den Insolvenzverwalter sowie die Art der Einwirkungen der Verfahrenseröffnung und der Wahlrechtsausübung bzw. -nichtausübung auf die noch offenen Erfüllungsansprüche aus dem gegenseitigen Vertrag⁷. Außerdem wird die Rechtsnatur der „Forderung wegen der Nichterfüllung“⁸ für die Frage relevant, ob es zu einer materiellrechtlichen Umgestaltung des Schuldverhältnisses im Insolvenzverfahren kommt, wenn der Vertragspartner durch Anmeldung dieser Forderung am Verfahren teilnimmt.

1. Einfluss der Wahlrechtsausübung durch den Insolvenzverwalter

Die Beantwortung der zu untersuchenden Frage hängt zunächst davon ab, ob – und wenn ja – wie der Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren von seinem ihm nach § 103 InsO zustehenden Wahlrecht Gebrauch gemacht hat. Vier verschiedene Möglichkeiten sind denkbar:

⁵ Vgl. Smid-Smid, InsO, 2. Aufl., § 103 RdNr. 2 f. und sogleich unter III.

⁶ Die ersten Arbeiten über die Behandlung gegenseitiger Verträge im Konkurs stammen aus dem 19. Jahrhundert (z. B. *Grünwald*, Ueber den Einfluß des Konkurses eines der Contrahenten auf Kauf- und Miethsverträge derselben, 1889). Anfang des 20. Jahrhunderts erschien dann eine ganze Reihe von Dissertationen zu diesem Thema. Das bedeutendste Werk über gegenseitige Verträge in der Insolvenz ist die Habilitationsschrift „Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich“ von *Wolfgang Marotzke* aus dem Jahr 1984, die 2001 in der 3. Auflage unter dem Titel „Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht“ erschienen ist.

⁷ Hierzu unter C).

⁸ Hierzu unter B)V.3.a).

II. Relevante Vorfragen

- Der Insolvenzverwalter hat gem. § 103 Abs. 1 InsO die Erfüllung des gegenseitigen Vertrages (ausdrücklich oder konkludent) gewählt (im Folgenden: „Erfüllungswahl“)
- Der Insolvenzverwalter hat die Erfüllung des gegenseitigen Vertrages (ausdrücklich oder konkludent) abgelehnt, vgl. § 103 Abs. 2 S. 1 InsO (im Folgenden: „Erfüllungsablehnung“)
- Der Insolvenzverwalter hat die Ausübung seines ihm nach § 103 InsO zustehenden Wahlrechts unterlassen, obwohl der andere Teil ihn hierzu nach § 103 Abs. 2 S. 2 InsO aufgefordert hat (im Folgenden: „verwirktes Wahlrecht“)
- Der Insolvenzverwalter hat die Ausübung seines ihm nach § 103 zustehenden Wahlrechts und der andere Teil hat die Ausübung seines ihm nach § 103 Abs. 2 S. 2 InsO zustehenden Aufforderungsrechts unterlassen (im Folgenden: „unterlassenes Wahlrecht“)

Am einfachsten ist die Beurteilung der Rechtslage in der ersten Konstellation, also bei einer Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter. Hier wird der Vertragspartner des Schuldners nämlich nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 InsO zum Massegläubiger, der gem. § 53 InsO vorweg zu befriedigen ist. Regelmäßig wird sich dann die Frage nach der Rechtslage nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens gar nicht stellen, da die gegenseitigen Primäransprüche zumeist zu diesem Zeitpunkt schon durch Erfüllung untergegangen sind. Sollte dies ausnahmsweise, etwa aufgrund einer versehentlichen Nichtberücksichtigung der Masseforderung im Insolvenzverfahren, nicht der Fall sein, so ist nach der Art der Verfahrensaufhebung zu unterscheiden:

Bei einer Verfahrensaufhebung nach § 200 Abs. 1 InsO gilt nach § 201 Abs. 1 InsO der „Grundsatz der freien Nachforderung“⁹. Hiernach kann der Schuldner – vorbehaltlich einer Restschuldbefreiung nach einem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer natürlichen Person (§§ 201 Abs. 3, 286 ff. InsO) bzw. einer Liquidation des Rechtsträgers nach einem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer juristischen Person – wieder unbeschränkt in Anspruch genommen werden. Allerdings beschränkt der Wortlaut des § 201 Abs. 1 InsO dieses Recht auf „die Insolvenzgläubiger“. Zu klären ist deshalb, ob der Vertragspartner eines Vertrages nach § 103 InsO, dessen Erfüllungsanspruch aufgrund der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters zur Masseforderung gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 1. Var. InsO geworden ist, ein Recht zur „freien Nachforderung“ hat. Dann könnte er nämlich nach Verfahrensaufhebung gem. § 200 Abs. 1 InsO noch die Erfüllung seines ursprünglichen Primäranspruchs vom Schuldner verlangen¹⁰.

Gänzlich unkompliziert ist die Rechtslage im Falle einer Verfahrensaufhebung nach § 258 Abs. 1 InsO bei einer vorangegangenen Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter nach § 103 Abs. 1 InsO. Durch einen Insolvenzplan kann nämlich nur in die

⁹ Kritisch hierzu *Smid*, Grundzüge, 4. Aufl., § 22 RdNr. 8: „Dies ist jedenfalls dann unsozial, wenn der Konkurs – wie nicht selten – auf Vorgänge zurückzuführen ist, die für den Gemeinschaftschuldner unvorhersehbar und nicht steuerbar waren.“

¹⁰ Hierzu ausführlich unter DJL.

A. Gegenstand der Arbeit

Rechte der Insolvenzgläubiger und der absonderungsberechtigten Gläubiger eingegriffen werden, nicht hingegen in die Rechte der Massegläubiger¹¹. Deshalb können sowohl der Schuldner als auch sein Vertragspartner nach einer Verfahrensaufhebung gem. § 258 Abs. 1 InsO noch die Erfüllung ihrer noch offenen Primäransprüche verlangen¹². Diese Ansprüche bleiben vom Insolvenzplan unberührt.

Komplizierter ist indessen die Rechtslage nach Verfahrensaufhebung, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung des gegenseitigen Vertrages abgelehnt hat, bzw. ein Fall des verwirkten oder unterlassenen Wahlrechts vorliegt. In diesen Fällen müssen zwecks Ermittlung der Rechtslage nach Verfahrensaufhebung zunächst die zeitlich davor liegenden (insolvenzbedingten) Ereignisse einer rechtlichen Untersuchung unterzogen werden¹³. Dies sind die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, die Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter oder der Ablauf der Erklärungsfrist gem. § 103 Abs. 2 S. 2 InsO, die Anmeldung einer „Forderung wegen der Nichterfüllung“ sowie die (rechtskräftige) Feststellung derselben zur Tabelle. Sollte eines dieser Ereignisse das ursprünglich aus gegenseitigen Erfüllungsansprüchen bestehende Schuldverhältnis materiellrechtlich in eine einseitige Differenzforderung umwandeln bzw. aus prozessualen Gründen den Einwand präkludieren, es werde eigentlich nicht die „Forderung wegen der Nichterfüllung“, sondern eine Naturalleistung geschuldet, so fällt die Frage nach der Rechtslage nach Verfahrensaufhebung wieder denkbar leicht aus:

Keine der Parteien könnte dann nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens wieder auf ihre ursprünglichen Erfüllungsansprüche zurückgreifen. Diese existierten entweder gar nicht mehr, da sie in der „Forderung wegen der Nichterfüllung“ aufgegangen wären, oder sie könnten jedenfalls nicht mehr gerichtlich geltend gemacht werden. Bei einer Verfahrensaufhebung nach § 200 Abs. 1 InsO könnte der Vertragspartner in der Nachhaftung eine etwaige „Forderung wegen der Nichterfüllung“ gem. § 103 Abs. 1 S. 1 InsO insoweit gegen den Schuldner persönlich durchsetzen, als er keine (nominale) Befriedigung im Insolvenzverfahren erfahren hat. Demgegenüber könnte der Vertragspartner bei einer Verfahrensaufhebung nach § 258 Abs. 1 InsO nur den entsprechend den Festsetzungen des gestaltenden Teils des Insolvenzplans quotaal auf die „Forderung wegen der Nichterfüllung“ entfallenden Betrag einfordern (§§ 254 Abs. 1 S. 1, 221 InsO)¹⁴.

11 Allg.M., vgl. statt vieler MünchKomm-Eidenmüller, InsO, § 217 RdNr. 77 m.w.N.; vgl. für den Zwangsvergleich RGZ 85, 221, 222; 98, 136, 137; Petersen-Kleinfeller, KO, 4. Aufl., §§ 193, 94 Anm. 6.

12 Siehe unter E)II.1.

13 Siehe unter D)II.3.

14 Insolvenzpläne sehen in aller Regel im gestaltenden Teil den teilweisen Erlass der Forderungen der Insolvenzgläubiger, also eine Teilschuldbefreiung des Schuldners vor. Vgl. Smid, Grundzüge, 4. Aufl., § 25 RdNr. 15.

2. Auswirkungen der Verfahrenseröffnung und der Erfüllungsablehnung bzw. der Verwirkung des Wahlrechts

Der Streit um die Wirkungen der Verfahrenseröffnung und der Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter bzw. der Verwirkung des Wahlrechts auf die noch offenen gegenseitigen Erfüllungsansprüche ist nicht nur ein „Klassiker“ in der insolvenzrechtlichen Diskussion, sondern von entscheidender Bedeutung für die zu untersuchende Rechtslage nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens¹⁵.

a) Konsequenzen aus der „Erlöschenstheorie“

Nimmt man ein Erlöschen (im materiellrechtlichen Sinne) der gegenseitigen noch offenen Erfüllungsansprüche schon infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an¹⁶, so muss die Antwort auf die gestellte Frage konsequenterweise unabhängig davon gleich ausfallen, ob der Insolvenzverwalter die Erfüllung des gegenseitigen Vertrages abgelehnt hat oder er sein Wahlrecht verwirkt bzw. unterlassen hat. Die Parteien könnten dann mangels einer Rechtsgrundlage für ein „Wiederaufleben“¹⁷ der ursprünglichen Erfüllungsansprüche nicht auf diese (nicht mehr existierenden) Ansprüche zurückgreifen. Bei einer Verfahrensaufhebung nach § 200 Abs. 1 InsO könnte daher der Vertragspartner eine etwaige „Forderung wegen der Nichterfüllung“ voll, bei einer Aufhebung nach § 258 Abs. 1 InsO nur quotaal, d.h. entsprechend den Festsetzungen im Insolvenzplan durchsetzen. Diese Konsequenzen der „Erlöschenstheorie“ werden allerdings von einigen ihrer Vertreter – dogmatisch widersprüchlich – bestritten¹⁸.

b) Konsequenzen aus der „Gestaltungstheorie“

Geht man indes davon aus, dass die gegenseitigen noch offenen Erfüllungsansprüche nicht schon durch die Verfahrenseröffnung, sondern erst durch die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters bzw. durch die Verwirkung des Wahlrechts durch diesen erlöschen¹⁹, so ergibt sich in der Regel das gleiche Bild: Der Vertragspartner könnte nach Verfahrensaufhebung nur noch eine etwaige „Forderung wegen der Nichterfüllung“ entweder nominal (Aufhebung nach § 200 Abs. 1 InsO) oder quotaal (Aufhebung nach § 258 Abs. 1 InsO) durchsetzen. Nur im Falle der unterlassenen Wahlrechtsausübung bliebe, anders als nach der „Erlöschenstheorie“, ein Rückgriff der Parteien auf den ursprünglichen Schuldinhalt nach Verfahrensaufhebung denkbar. Problematisch und daher im Rahmen der gesetzten Aufgabe gründlich abzuhandeln ist insoweit der Fall der Verfahrensaufhebung nach Inkrafttreten eines Insolvenzplans. Hier gilt es, den Vertragspartner davor zu schützen, seinerseits voll an den Schuldner leisten zu müssen und im Gegenzug nur die

¹⁵ Vgl. statt vieler nur Jaeger-Henckel, KO, 9. Aufl., § 17 RdNr. 159.

¹⁶ So die „Erlöschenstheorie“, siehe hierzu unter C)III.

¹⁷ Vgl. e contrario §§ 144 Abs. 1, 255 InsO.

¹⁸ Vgl. MünchKomm-Krefz, InsO, § 103 RdNr. 18 m.w.N.

¹⁹ So die „Gestaltungstheorie“, siehe hierzu unter C)II.