

### Übungsfall 3

#### Erfüllungswahlrecht, Aufrechnung

Im September 2015 hatte die Pellet GmbH mit der Automobil AG vereinbart, ihr 2.000 Stück Anhängerkupplungen zum Stückpreis von 50 EUR zu liefern. Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 4.11.2015 hatte die Pellet GmbH eine Teilmenge von 800 der 2000 Kupplungen ausgeliefert.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 4.11.2015 wählt der Insolvenzverwalter der Pellet GmbH die Erfüllung des Vertrags. Es gelingt ihm, den Betrieb aufrechtzuerhalten und die ausstehenden 1200 Kupplungen an die Automobil AG zu liefern.

Der Insolvenzverwalter verlangt nun die Zahlung des Kaufpreises von insgesamt 100 000 EUR. Die Automobil AG überweist jedoch lediglich 20 000 EUR. Sie begründet den reduzierten Betrag wie folgt: Im August 2015 habe sie zwei LKW zum Gesamtpreis von 80 000 EUR an die Pellet GmbH verkauft. Die Bezahlung durch die Pellet GmbH sei noch nicht erfolgt, so dass nun die Aufrechnung seitens der Automobil AG erfolge.

Der Insolvenzverwalter Herr Ostler hält dies für unbegründet und verklagt die Automobil AG auf Zahlung weiterer 80 000 EUR.

**Bearbeitervermerk:** Hat der Verwalter den Anspruch auf Zahlung der 80 000 EUR?

### Lösung

- I. Entstehung des Anspruchs
- II. Erlöschen des Anspruchs
  1. Erlöschen durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens
  2. Erlöschen durch Erfüllung, § 362 I BGB
  3. Erlöschen durch Aufrechnung, § 389 BGB
    - a) Ausschluss der Aufrechnung nach § 95 I 3 InsO
    - b) Ausschluss der Aufrechnung nach § 96 I Nr. 1 InsO
    - c) Korrektur dieses Ergebnisses
    - d) Ergebnis zur Aufrechnung
  4. Ergebnis zum Erlöschen der Forderung
- III. Anspruch durchsetzbar
- IV. Ergebnis

Ein Anspruch des Insolvenzverwalters auf Zahlung weiterer 80 000 EUR könnte sich aus §§ 651 S. 1, 433 II BGB ergeben (Werklieferungsvertrag). Der Anspruch müsste entstanden sein. Er dürfte nicht erloschen sein und müsste durchsetzbar sein.

#### I. Entstehung des Anspruchs

Ein Anspruch auf Zahlung von 100 000 EUR für die Herstellung und Lieferung der Anhängerkupplungen aus §§ 651 S. 1, 433 II BGB entstand mit Abschluss des Vertrags im September 2015. Wirksamkeitshindernisse sind nicht ersichtlich.

## II. Erlöschen des Anspruchs

Der Anspruch könnte erloschen sein.

### 1. Erlöschen durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Denkbar wäre, dass mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Erfüllungsansprüche erlöschen. Diese Erlöschenstheorie vertrat früher der BGH. Nach neuerer Rechtsprechung des BGH erlöschen die Ansprüche der Parteien jedoch nicht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Sie verlieren stattdessen, soweit es sich nicht um Ansprüche auf die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt, vorübergehend ihre Durchsetzbarkeit, § 320 BGB.<sup>101</sup>

### 2. Erlöschen durch Erfüllung, § 362 I BGB

In Höhe von 20 000 EUR ist der Anspruch der Pellet GmbH durch die Leistung von 20 000 EUR durch die Automobil AG erloschen, § 362 I BGB.

### 3. Erlöschen durch Aufrechnung, § 389 BGB

In Höhe von 80 000 EUR könnte der Anspruch nach § 389 BGB durch Aufrechnung erloschen sein. Gemäß § 387 BGB kann die Automobil AG ihre Forderung aus dem Verkauf der beiden LKW gegen die Forderung der Pellet GmbH aufrechnen, wenn einander Leistungen geschuldet werden, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, die Automobil AG die ihr gebührende Leistung fordern und die ihr obliegende Leistung bewirken kann (Aufrechnungslage). Die Aufrechnung muss erklärt worden sein, § 388 BGB, und sie dürfte nicht nach den Vorschriften des Insolvenzverfahrens ausgeschlossen sein, §§ 94 ff. InsO.

Vorliegend stehen sich die Forderung der Pellet GmbH gegen die Automobil AG aus dem Werklieferungsvertrag wegen der Lieferung von 2000 Anhängerkupplungen in Höhe von noch 80 000 EUR aus §§ 651 S. 1, 433 II BGB als Hauptforderung, also Forderung „gegen“ die aufgerechnet werden soll, und der Kaufpreisanspruch der Automobil AG gegen die Pellet GmbH wegen Veräußerung von zwei LKWs in Höhe von 80 000 EUR aus § 433 II BGB als Gegenforderung, „mit“ der aufgerechnet wird, gegenüber. Die beiden Ansprüche stehen im Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinn von § 387 BGB.

Beide Ansprüche sind auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet und damit gleichartig im Sinn von § 387 BGB.

Die Erfüllbarkeit der Werklieferungsforderung der Pellet GmbH und die Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Kaufpreisforderung der Automobil AG sind gegeben.

Die Erklärung der Aufrechnung gemäß § 388 S. 1 BGB durch die Automobil AG ist explizit erfolgt.

<sup>101</sup> Vergleiche Übungsfall 1.

Die Aufrechnung könnte jedoch durch die §§ 95, 96 InsO ausgeschlossen sein.

### Exkurs **Aufrechnung in der Insolvenz**

Die Aufrechnung findet sich in §§ 94 ff. InsO geregelt.<sup>102</sup> Sie bleibt in der Insolvenz in weitem Umfang zulässig. Dahinter steht die Wertung, dass die Aufrechnung in vielen Aspekten einem Sicherungsrecht gleichkommt. Sie hat dieselbe Wirkung wie ein Absonderungsrecht und erweist sich ihm sogar überlegen, da weder ein Feststellungs- noch ein Verwertungskostenbeitrag gezahlt werden müssen. Dem Aufrechnenden wird die Möglichkeit eingeräumt, seine Verbindlichkeit mithilfe eines Erfüllungssurrogats zum Erlöschen zu bringen. Neben dieser Befreiungsfunktion erfüllt die Aufrechnung eine Befriedigungsfunktion, da der Aufrechnende seine Forderung nicht im Prozessweg durchzusetzen braucht. Die Rechtslage erschließt sich im Vergleich zu den ungesicherten Gläubigern. Ihnen kommt eine *pro-rata* Befriedigung dann zugute, wenn sie sich dafür die Überwachung des Schuldners sparen können. Ein Aufrechnungsgläubiger hingegen wäre schlecht beraten, sich bei einer hypothetischen Vereinbarung vor der Insolvenz auf eine *pro-rata* Befriedigung einzulassen. Er hätte davon keinen Vorteil, da er den Schuldner nicht überwachen muss, sondern sich auf sein Aufrechnungsrecht verlassen kann. Darin unterscheidet sich der Aufrechnungsgläubiger wesentlich von den ungesicherten Gläubigern, und die Regelung des § 95 InsO wird verständlich. Die Aufrechnung ist danach ausgeschlossen, wenn die Forderung des Gläubigers gegenüber der Insolvenzmasse später fällig wird, als die zur Insolvenzmasse zählende Forderung des Insolvenzschuldners gegen die aufgerechnet wird. Zu unterschiedlichen Fälligkeiten kann es kommen, da § 41 InsO nicht zur Anwendung kommt. Ist die Forderung des Insolvenzgläubigers (Gegenforderung) schon früher entstanden, aber erst nach Verfahrensbeginn fällig geworden, kommt es darauf an, in welcher zeitlichen Reihenfolge Haupt- und Gegenforderung fällig werden.

Wird die Gegenforderung des Gläubigers als erste fällig, ist seine Lage nicht mit der eines ungesicherten Gläubigers vergleichbar. Obwohl er bei Insolvenzbeginn nur eine ungesicherte Forderung besitzt, kann er davon ausgehen, beizeiten mit ihr gegen die Hauptforderung des Gemeinschuldners aufrechnen zu können und die ihm obliegende Leistung bei Fälligkeit nicht erbringen zu müssen. Er wäre sonst von dem aus seiner Sicht unbeeinflussbaren Beginn des Insolvenzverfahrens benachteiligt und hätte die Aufrechnungsmöglichkeit nur deswegen verloren, weil das Verfahren vor Fälligkeit begann.

Wird hingegen die Hauptforderung des Schuldners zuerst fällig, ist die Aufrechnung nach § 95 I 3 InsO vergleichbar dem § 392 BGB ausgeschlossen, denn die Hauptforderung kann in der Phase zwischen ihrem Fälligkeitstermin und dem Fälligkeitstermin der Gegenforderung uneingeschränkt verfolgt werden. Für diesen Zeitraum ist der demnächst aufrechnungsberechtigte Insolvenzgläubiger einem ungesicherten Gläubiger gleichgestellt.

#### a) *Ausschluss der Aufrechnung nach § 95 I 3 InsO*

Die Aufrechnung könnte vorliegend gemäß § 95 I 3 InsO ausgeschlossen sein. Demnach ist eine Aufrechnung nicht möglich, wenn die Hauptforderung, das heißt die Forderung gegen die aufgerechnet werden soll, unbedingt und fällig wird, bevor die Aufrechnung erfolgen kann. Bei der Forderung, gegen die die Automobil AG aufrechnet, handelt es sich vorliegend um die Werklieferungsforderung der Pellet GmbH aus den §§ 651 S. 1, 433 II BGB. Sie wurde mit Vertragsschluss im September fällig, § 271 I BGB, da für die Leistung der Automobil AG, also des Geldes, eine Zeit weder bestimmt wurde, noch aus den Umständen zu entnehmen ist. Insoweit wären die Voraussetzungen des § 95 I 3 InsO erfüllt und die Aufrechnung demnach ausgeschlossen.

<sup>102</sup> Vgl. Zimmermann, Grundriss des Insolvenzrechts, 10. Aufl. 2015, Rn. 265 ff.

Die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, muss aber auch durchsetzbar sein. Diese Voraussetzung ist für § 95 I 3 InsO in gleicher Weise zu ergänzen, wie es für den Verzug nach § 286 I 1 BGB der Fall ist. Beide Vorschriften sprechen nur von der Fälligkeit der Forderung, ohne die Durchsetzbarkeit als weiteres Tatbestandsmerkmal aufzuführen. Ist jedoch eine Forderung für den Gläubiger nicht durchsetzbar, kommt der Schuldner weder in Verzug, noch verliert er nach § 95 I 3 InsO das Recht zur Aufrechnung.

Vorliegend war die Forderung der Pellet GmbH erst durchsetzbar, nachdem die Kupplungen geliefert worden waren und der Vertrag damit von Seiten der Pellet GmbH erfüllt worden war. Denn ebenso wie bei § 286 I 1 BGB lässt sich auch im Rahmen des § 95 I 3 InsO argumentieren, dass bereits das objektive Bestehen des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB die Durchsetzbarkeit hindert, ohne dass es einer Geltendmachung bedarf.<sup>103</sup>

Die Aufrechnung ist demnach vorliegend nicht nach § 95 I 3 InsO ausgeschlossen.

#### *b) Ausschluss der Aufrechnung nach § 96 I Nr. 1 InsO*

Es könnte jedoch das Aufrechnungsverbot des § 96 I Nr. 1 InsO eingreifen.

Nach dieser Norm ist die Aufrechnung unzulässig, wenn ein Insolvenzgläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Insolvenzmasse schuldig geworden ist.

Die Automobil AG müsste gemäß § 96 I Nr. 1 InsO Insolvenzgläubigerin sein. Insolvenzgläubiger sind gemäß § 38 InsO diejenigen Gläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben. Der Kaufvertrag über die beiden Lastwagen war im August 2015 geschlossen und damit der Anspruch aus § 433 II BGB auf Bezahlung der Lastwagen begründet worden. Das Insolvenzverfahren wurde am 4.11.2015 eröffnet. Der Anspruch der Automobil AG aus § 433 II BGB war damit vor Eröffnung des Verfahrens begründet worden, folglich ist sie Insolvenzgläubigerin.

Die Automobil AG müsste zudem nach Eröffnung des Verfahrens etwas zur Masse schuldig geworden sein. Der Anspruch der Pellet GmbH auf Zahlung des Kaufpreises für die Anhängerkupplungen ist mit Vertragsschluss im September 2015 entstanden. Dieser Zeitpunkt liegt vor der Verfahrenseröffnung. Die Automobil AG ist nicht nach Eröffnung des Verfahrens etwas zur Masse schuldig geworden. Die Voraussetzungen des § 96 I Nr. 1 InsO liegen nicht vor, so dass er der Aufrechnung nicht entgegensteht.

<sup>103</sup> Man könnte hier auch argumentieren, bei fehlender Durchsetzbarkeit sei eine Forderung schon gar nicht fällig, könne also vom Gläubiger nicht gefordert werden. Für die Betrachtung von Fälligkeit und Durchsetzbarkeit als je eigenständige Voraussetzungen spricht jedoch, dass es sich bei § 273 I BGB um eine Einrede handelt, die durch den Schuldner erhoben werden muss. Erhebt sie der Schuldner nicht, kann der Gläubiger die Leistung fordern. Weiter steht dem Gläubiger bei Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 I BGB durch den Schuldner gemäß § 273 III 1 BGB die Möglichkeit offen, Sicherheit zu leisten und das Zurückbehaltungsrecht abzuwehren.

c) *Korrektur dieses Ergebnisses*

Etwas anderes könnte sich angesichts des bei Verfahrenseröffnung beiderseitig nicht vollständig erfüllten Vertrags ergeben.

Zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens waren von den 2000 Kupplungen 800 Stück ausgeliefert worden. Diese Teilleistung entspricht einer Werklohnforderung von 40 000 EUR. Die restlichen, erst nach Verfahrenseröffnung gelieferten Kupplungen entsprechen einer Werklohnforderung von 60 000 EUR. Es könnte daher gerechtfertigt sein, den Teil der Werklohnforderung in Höhe von 60 000 EUR, der der nach Verfahrenseröffnung erbrachten Leistung entspricht, dennoch der Sperre des § 96 I Nr. 1 InsO zu unterwerfen.

Dagegen und damit für eine Aufrechnung in Höhe der gesamten 80 000 EUR spricht der Zweck der §§ 94 ff. InsO. Sie sind Ausdruck der Vergleichbarkeit eines aufrechnungsberechtigten Gläubigers mit einem gesicherten Gläubiger. So müssen beide Gläubiger keine besonderen Vorkehrungen zu ihrem Schutz treffen und er fällt auch nicht unter die Gläubiger, die pro rata befriedigt werden und deren Schutz das Insolvenzverfahren dient. Dieser Zustand tritt bereits mit Entstehen der Aufrechnungslage ein. Die Automobil AG hätte bereits kurz nach Vertragsschluss im September die Aufrechnung erklären und die Forderung der Pellet GmbH damit in Höhe von 80 000 EUR zum Erlöschen bringen können.

Für einen Ausschluss der Aufrechnung in Höhe von 60 000 EUR spricht die hinter § 103 InsO stehende Wertung, der Masse im Interesse der gleichwertigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger für die von ihr erbrachten Leistungen die volle Gegenleistung zukommen zu lassen. Wenn die Leistung mit Mitteln der Masse erbracht wird, soll als Kompensation eine Gegenleistung in die Masse fließen.

Wenn die Automobil AG vorliegend auch gegenüber den 60 000 EUR nach Verfahrenseröffnung aufrechnet, wird die Pellet GmbH zwar in derselben Höhe von ihrer Verbindlichkeit gegenüber der Automobil AG aus dem Kauf der LKWs befreit. Sie müsste jedoch ohne Aufrechnung auf diese Verbindlichkeit lediglich die Insolvenzquote von vielleicht 10 % der Verbindlichkeit begleichen,<sup>104</sup> während die restlichen 54 000 EUR in die Insolvenzmasse fließen würden. Dieser Betrag entgeht der Insolvenzmasse bei Aufrechnung durch die Automobil AG.

Dieses Ergebnis lässt sich mit dem Rechtsgedanken des § 105 InsO stützen. Die Masse ist demnach schutzwürdig, soweit aus ihr nach Insolvenzeröffnung Aufwendungen zur Vertragserfüllung getätigt werden mussten. Direkt einschlägig ist § 105 I InsO im vorliegenden Fall nicht, da die Automobil AG als „anderer Teil“ keine Vorleistung erbracht hat. Nur die Insolvenzschuldnerin Pellet GmbH hatte mit Lieferung von 800 Anhängerkupplungen die Leistung teilweise erbracht.

---

104 Die Befriedigungsquote der Insolvenzgläubiger fällt in den meisten Verfahren sehr gering aus. Quoten von deutlich unter 10 % sind keine Seltenheit.

Der Vergütungsanspruch der Pellet GmbH wäre demnach in Höhe von 60 000 EUR nicht durch Aufrechnung erloschen, da die Aufrechnung entsprechend § 96 I Nr. 1 InsO insoweit ausgeschlossen ist.

Die genaue Höhe der möglichen Aufrechnung richtet sich nun danach, auf welchen Teil der Werklohnforderung der Pellet GmbH von 100 000 EUR die durch die Automobil AG bereits gezahlten 20 000 EUR anzurechnen sind.

Aus Sicht der Automobil AG wäre es günstiger, wenn ihre Zahlung auf die 60 000 EUR nach Verfahrenseröffnung angerechnet würde, da sie insoweit wegen § 91 I Nr. 1 InsO nicht aufrechnen kann. Die Schuld von 60 000 EUR würde dann um 20 000 EUR auf 40 000 EUR verringert, während die Schuld von 40 000 EUR aus der Zeit vor Eröffnung in vollem Umfang durch Aufrechnung erlöschen würde.

Die Automobil AG hat es jedoch versäumt, in entsprechender Anwendung des § 366 I BGB bereits bei Zahlung eine Bestimmung zu treffen. Die Regelung des § 366 II BGB hilft in direkter Anwendung nicht weiter, da es sich vorliegend nicht um mehrfache Schulden, sondern nur um die eine Schuld von 100 000 EUR handelt. In entsprechender Anwendung des § 366 II BGB lässt sich jedoch argumentieren, es solle die Schuld getilgt werden, die dem Gläubiger, hier also der Pellet GmbH, die geringere Sicherheit bietet. Das sind vorliegend die 40 000 EUR aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung.

Die Forderung aus der Zeit nach Verfahrenseröffnung von insgesamt 60 000 EUR besteht daher noch in derselben Höhe. Die Forderung aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung in Höhe von 40 000 EUR ist in Höhe von 20 000 EUR durch Aufrechnung erloschen, § 389 BGB, in Höhe von weiteren 20 000 EUR durch Erfüllung, § 362 I BGB.

#### *d) Ergebnis zur Aufrechnung*

In Höhe von 20 000 EUR ist die Forderung durch Aufrechnung erloschen, § 389 BGB.<sup>105</sup>

#### **4. Ergebnis zum Erlöschen der Forderung.**

Die Forderung der Pellet GmbH aus §§ 651 S. 1, 433 II BGB ist in Höhe von 20 000 EUR durch Erfüllung und in Höhe von weiteren 20 000 EUR durch Aufrechnung erloschen.

### **III. Anspruch durchsetzbar**

Der verbleibende Anspruch in Höhe von 60 000 EUR müsste durchsetzbar sein.

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt bei beiderseitig nicht vollständig erfüllten Verträgen zum Verlust der Durchsetzbarkeit. Die Erfüllungswahl durch den Insolvenz-

---

<sup>105</sup> Man könnte hier wiederum erwägen, ob auch in Höhe von 20 000 EUR die Aufrechnung ausgeschlossen ist, da die Aufrechnungslage anfechtbar herbeigeführt wurde, § 96 I Nr. 3 InsO. Vergleichen Sie hierzu den 11. Einführungsfall.

verwalter gibt der Forderung des Gemeinschuldners ihre Durchsetzbarkeit zurück.<sup>106</sup>  
Die Forderung auf Zahlung von 60 000 EUR ist daher durchsetzbar.

#### **IV. Ergebnis**

Der Anspruch des Insolvenzverwalters gegen die Automobil AG ist in Höhe von 60 000 EUR begründet.

---

<sup>106</sup> Die Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter verleiht der Forderung des Vertragspartners den Rang einer Masseverbindlichkeit, § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO. Hier betrifft dies den Anspruch der Automobil AG auf Erbringung der Lieferung von 1200 Kupplungen.