

DIE INSOLVENZAUFRECHNUNG

Dissertation
zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von
Philipp Chr. Peitsch
2001

Meiner Mutter

Dank sagen möchte ich Herrn Prof. Dr. Reinhard Bork für seine Hilfestellung bei der Themenwahl und die stets positive und unkomplizierte Betreuung. Ihm danke ich ebenso wie dem Zweitvotanden Herrn Prof. Dr. Heribert Hirte für die zügige Begutachtung. Mein tiefer Dank gilt ferner Stefanie Vendt, Dr. Sven HansenHöchstädt und Wiebke Lüdemann.

Berlin, Januar 2002

Philipp Chr. Peitsch

Inhaltsverzeichnis

<u>Abkürzungsverzeichnis</u>	XI
<u>Literaturverzeichnis</u>	XII
<u>A. Einleitung</u>	1
<u>I. Zum Wesen des Insolvenzrechts</u>	1
<u>1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz</u>	1
<u>2. Marktkonformität</u>	2
<u>II. Zum Wesen der Aufrechnung</u>	4
<u>1. Terminologie</u>	4
<u>2. Die Doppelfunktion der Aufrechnung</u>	5
<u>3. Aufrechnungslage und Aufrechnungserklärung</u>	6
<u>B. Die Aufrechnungsregelungen in der Insolvenzordnung</u>	8
<u>I. Allgemeines</u>	8
<u>II. Die Erhaltung von Aufrechnungslagen aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung, § 94</u>	10
<u>1. Allgemeines</u>	10
<u>2. „Insolvenzgläubiger“ / Der personelle Anwendungsbereich der §§ 94 ff.</u>	11
a) Insolvenzgläubiger als Quotengläubiger	11
b) Massegläubiger	12
aa) Hinreichende Masse	13
bb) Masseunzulänglichkeit	13
(I) Die Gläubigergleichbehandlung in der Masseinsuffizienz und die analoge Anwendung der §§ 94 ff.	14
(II) Folgen der analogen Anwendung der Aufrechnungsregeln	17
(1) Anwendbare Normen	17
(2) Betroffene Gläubigergruppen	19
(3) Absolute Grenze des § 209 Abs. 1?	20

(III) Zusammenfassung	20
c) Insolvenzverwalter.....	21
aa) Aufrechnung gegen eine Masseforderung	21
bb) Aufrechnung gegen den Quotenanspruch	21
cc) Aufrechnung gegen eine Insolvenzforderung	22
d) Fazit.....	24
<u>3. „Zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ / Die temporäre Grenze des Vertrauensschutzes</u>	25
<u>4. „Kraft Gesetzes oder auf Grund einer Vereinbarung“ / Die Beschaffenheit der Aufrechnungslage</u>	26
a) Gesetzliche Aufrechnungslagen.....	26
b) Vertragliche Aufrechnungsvereinbarungen	26
aa) Die Aufrechnung kraft Vereinbarung als Sicherungsrecht.....	28
bb) Die analoge Anwendung der Aufrechnungsverbote	29
cc) § 96 Abs. 1 Nr. 2 als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB	30
c) Fazit	31
<u>5. Die Durchsetzung der Aufrechnung, insbesondere die Rechtskraft des Aufrechnungsstreits</u>	31
a) Rechtskraft der Forderungsfeststellung für einen späteren Aufrechnungsstreit.....	32
b) Rechtskraft eines vorherigen, rechtskräftig entschiedenen Aufrechnungsstreites	35
c) Exkurs: Vollstreckung gegen den Schuldner nach Verfahrensaufhebung.....	37
d) Fazit.....	37
<u>6. Zwischenergebnis</u>	38
<u>III. Werdende Aufrechnungslagen, § 95 Abs. 1</u>	39
<u>1. Allgemeines</u>	39
<u>2. Bedingte Forderung, § 95 Abs. 1 S. 1, 1. Fall</u>	40
a) Grundsätzliches	40
b) Aufschiebende und auflösende Bedingungen	41
c) Parteibedingung, Rechtsbedingung und gesetzliche Bedingung	42
aa) condicio iuris.....	42
bb) Gesetzliche Bedingung.....	44

cc) Fazit.....	47
<u>3. Betagte Forderung, § 95 Abs. 1 S. 1, 2. Fall</u>	47
<u>4. Ungleichartige Forderungen, § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall</u>	48
a) Anwendungsbereich der Norm	49
b) Fallgruppen	51
aa) Vertragsbruchtatbestände	51
bb) Insolvenzspezifische Nichterfüllungsforderungen	53
cc) Gewährleistungsansprüche.....	54
dd) Regreßansprüche dritter Sicherungsgeber und Gesamtschuldner.....	55
ee) Vertragliche Forderungsumwandlung	59
c) Fazit	59
<u>5. Anwartschaftliche Aufrechnungslagen</u>	60
a) Vorüberlegungen	60
b) Die Entstehung des obligatorischen Anwartschaftsrechts	62
c) Der Schutz der anwartschaftlichen Aufrechnungslage in der Insolvenz	63
aa) Die Behandlung des Anwartschaftsrechts in der Insolvenz	63
bb) Die Orientierung der anwartschaftlichen Aufrechnungslage im Gefüge der insolvenzrechtlichen Aufrechnungsregeln.....	65
cc) Die Grenze der Aufrechenbarkeit mit anwartschaftlichen Aufrechnungslagen.....	69
d) Fazit.....	69
<u>7. Ergebnis</u>	69
<u>IV. Die wirtschaftliche Gleichartigkeit, § 95 Abs. 2</u>	71
<u>V. Aufrechnungsverbote, § 96 Abs. 1</u>	72
<u>1. Allgemeines</u>	72
<u>2. § 96 Abs. 1 Nr. 1</u>	72
a) Grundsätzliches	72
b) „Insolvenzgläubiger“ – Die vom Aufrechnungsverbot Betroffenen	73
c) „Zur Insolvenzmasse schuldig geworden“ – Die Existenz der Hauptforderung	73
aa) Die nachträglich entstandene Forderung nach §§ 667, 675 BGB aus vor Verfahrenseröffnung übernommener Geschäftsführung	74

(I) Erneut: Die Bedingungstheorie	75
(II) Zur Rechtsprechung des BGH	76
(1) Dritter Zivilsenat	77
(2) Zweiter Zivilsenat	77
(3) Erster Zivilsenat.....	78
(4) Neunter Zivilsenat	80
(III) Kritik und Fazit	81
bb) Aufrechnung gegen die Forderung auf Mehrerlösauskehr	82
cc) Der Anspruch der Masse auf Kostenerstattung aus einem Rechtsstreit	86
dd) Fazit	88
d) „Zur Insolvenzmasse schuldig geworden“ – Die Gegenseitigkeit.....	89
aa) Der Erhalt der bestehenden Aufrechnungslage	89
(I) Der zivilrechtliche Vertrauensschutz	90
(II) Der insolvenzrechtliche Vertrauensschutz	90
bb) Die Sicherungszession	92
(I) Wirkung der Sicherungstreuhand auf die Aufrechnungslage.....	92
(II) Wirkung der Sicherungstreuhand auf das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 1	95
(III) Die Wirkung der Sicherungstreuhand auf den Vertrauensschutz – Der Pacht–Fall	96
cc) Fazit.....	97
dd) Schuldübernahme	97
e) „Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ – Die Anwendbarkeit des § 96 Abs. 1 Nr. 1 analog im Vorverfahren	98
aa) Die Lehre nach <i>Canaris</i>	99
bb) Kritik	99
(I) Die Vergleichbarkeit von Aufrechnung und Kontokorrent	99
(II) Die Vergleichbarkeit von Aufrechnung und Vollstreckung	100
(III) Das Bestehen einer offenen Regelungslücke.....	101
(IV) Die Verhältnismäßigkeit der Eingriffsintensität.....	102
(V) Die Rechtsprechung im Vorfeld der Insolvenzordnung	103
cc) Fazit.....	104
f) Zwischenergebnis	104
3. § 96 Abs. 1 Nr. 2	105
a) Grundsätzliches	105
b) Insolvenzgläubiger	106
c) Erwerb von einem anderen Gläubiger	106

aa) Einzelrechtsnachfolge.....	106
(I) Zession	106
(1) Rechtsgeschäftlicher Forderungserwerb	106
(2) Gesetzlicher Forderungserwerb	107
(a) Der Regreß dritter Sicherungsgeber und Gesamtschuldner.....	107
(b) Der Regreß nach der Einlösung des Wechsels.....	109
(c) Der Regreß nach Ablösung durch Dritten (§ 268 Abs. 3 S. 1 BGB).....	112
(d) Zusammenfassung	113
(II) Rückzession	113
(1) Erstzession vor, Rückzession nach Verfahrenseröffnung.....	114
(2) Erst- und Rückzession nach Verfahrenseröffnung.....	115
(3) Zusammenfassung.....	116
(III) Die Drittaufrechnung	116
(1) Zustimmung nach § 182, 184 BGB.....	117
(2) §§ 51, 52 SGB I.....	117
(3) Zusammenfassung.....	118
bb) Gesamtrechtsnachfolge.....	118
cc) Fazit.....	119
d) Originärer Forderungserwerb	119
aa) Regelfall	122
bb) Ausnahmen	122
(I) Forderung wegen der Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages	123
(II) Schadensersatz wegen Nichterfüllung	124
(III) Der Rückgewähranspruch des Anfechtungsgegners.....	126
(IV) Aufwendungsersatzansprüche aus Auftrag oder Geschäftsbesorgung	127
(V) Zusammenfassung.....	128
cc) Grenzfälle	129
(I) Prozeßkosten.....	129
(II) Durch den Insolvenzverwalter begründete Schadensersatzforderung aus wechselseitigen ursprünglichen Verträgen	130
(III) Der Regreß nach Leistung durch einen Dritten	130
(1) Mögliche Anspruchsgrundlagen	130
(a) Berechtigte Tilgung	131
(b) Aufgedrängte Tilgung.....	131
(2) Zusammenfassung.....	135
dd) Fazit	135
e) nach Verfahrenseröffnung	137
f) Zwischenergebnis	137

<u>4. § 96 Abs. 1 Nr. 3</u>	137
a) Grundsätzliches	137
b) Insolvenzgläubiger	138
c) Möglichkeit der Aufrechnung	139
d) Rechtshandlung	141
e) Der Verweis auf das Anfechtungsrecht	142
aa) Die anwendbaren Anfechtungstatbestände	143
bb) Folgeprobleme.....	146
(I) Die Aufwertung einer untauglichen Sicherungsmöglichkeit eines Schuldners	146
(II) Das Entfallen der Sicherungsmöglichkeit eines Gläubigers.....	147
f) Rekurs: Verhältnis zu den Aufrechnungsverboten des § 96 Abs. 1 Nr. 1 und 2.....	148
g) Fazit.....	148
<u>5. § 96 Abs. 1 Nr. 4</u>	149
a) Grundsätzliches	149
b) Teleologische Reduktion der Norm?	150
c) Fazit	151
<u>6. Ergebnis</u>	152
a) § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2	152
b) § 96 Abs. 1 Nr. 3	153
c) § 96 Abs. 1 Nr. 4	153
<u>VI. Die Privilegierung des europäischen Bankverkehrs, § 96 Abs. 2</u>	155
<u>VII. Die Aufrechnung im Systemzusammenhang mit verfahrensbedingten Forderungen</u>	157
<u>1. Das Verhältnis von Insolvenzverwalterwahlrecht und Aufrechnungsrecht</u>	
<u>und die Aufrechnung mit und gegen Folgeansprüche des Wahlrechts, §§ 103 ff.</u>	157
a) Das Verhältnis der §§ 103 ff. zu den Aufrechnungsregeln.....	157
aa) Der Streitstand.....	157
bb) Insbesondere: Das Verhältnis zu den Aufrechnungsregeln.....	160
cc) Fazit.....	163
b) Die Aufrechenbarkeit der Folgeansprüche aus dem Wahlrecht.....	163
bb) Die Rechtslage bis zur Wahl des Insolvenzverwalters	163
cc) Die Rechtslage nach der Wahl des Insolvenzverwalters	164
(I) Erfüllungswahl	164
(II) Erfüllungsablehnung	164

(1) Anspruch des Vertragspartners wegen Nichterfüllung	164
(a) Anspruchsgrundlage	164
(b) Aufrechenbarkeit.....	166
(c) Fazit.....	169
(2) Rückforderungsanspruch der Masse	169
d) Zwischenergebnis	170
<u>2. Die Aufrechenbarkeit mit den anfechtungsrechtlichen Rückgewähransprüchen,</u>	
<u>§§ 143, 144</u>	170
a) Der Rückgewähranspruch der Masse, § 143.....	171
b) Gegenansprüche des Anfechtungsgegners, § 144.....	172
aa) Rekonstituierung der Gläubigerforderung (§ 144 Abs. 1)	172
bb) Rückerstattung der Gegenleistung (§ 144 Abs. 2)	172
(I) Masseforderung (§ 144 Abs. 2 S. 1)	173
(II) Insolvenzforderung (§ 144 Abs. 2 S. 2)	173
c) Zwischenergebnis	173
<u>C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</u>	174

Abkürzungsverzeichnis

Agl.	Anspruchsgrundlage
EInsO	Entwurf einer Insolvenzordnung
InsO	Insolvenzordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung

Im übrigen wird hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen auf

Wermke , Matthias	Duden, Band 1, Rechtschreibung der
Klose , Anette	deutschen Sprache, 22. Auflage, Mannheim,
Kunkel–Razum , Kathrin	Leipzig, Wien, Zürich 2000.
Scholze–Stubenrecht , Werner	

und

Kirchner , Hildebert	Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
	4. Aufl., Berlin, New York 1993

Bezug genommen.

Literaturverzeichnis

- Adam, Roman F.** Die Aufrechnung im Rahmen der Insolvenzordnung – Zur neuen Rechtslage und zu alten Problemen –, WM 1998, S. 801 – 807.
Zitiert: *Adam*, WM 1998
- Kann das Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters mit einer Aufrechnungserklärung beantwortet werden ?, NJW 1995, S. 3103 – 3104.
Zitiert: *Adam*, NJW 1995
- Balz, Manfred** Die Ziele der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne, Berlin 2000, S. 3 – 22.
Zitiert: *Balz*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung
- Baumbach, Adolf**
Hefermehl, Wolfgang Wechselgesetz und Scheckgesetz, 22. Aufl., München 2000.
Zitiert: *Baumbach/Hefermehl*
- Baumbach, Adolf**
Lauterbach, Wolfgang
Albers, Jan
Hartmann, Peter Zivilprozeßordnung, 60. Aufl., München 2002.
Zitiert: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann–
Bearbeiter
- Baur, Jürgen F.**
Stürner, Rolf Zwangsvollstreckungs–, Konkurs und Vergleichsrecht, Band II, Insolvenzrecht, 12. Aufl., Heidelberg 1990.
Zitiert: *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht
- Sachenrecht, 17. Aufl., München 1999.
Zitiert: *Baur/Stürner*, Sachenrecht

- Berger, Klaus Peter** Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne, Berlin 2000, S. 499 – 530.
Zitiert: *Berger*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung
- Zur Wirksamkeit von Lösungsklauseln für den Konkursfall, ZIP 1994, S. 173 184.
Zitiert: *Berger*, ZIP 1994
- Berscheid, Ernst–Dieter** Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen nach § 113 InsO (Teil II), ZInsO 1998, S. 159 – 172.
Zitiert: *Berscheid*, ZInsO 1998
- Biehl, Kristof** Wesen und Wirken der Insolvenzanfechtung nach neuem Recht, KTS 1999, S. 313 – 321.
Zitiert: *Biehl*, KTS 1999
- Bischof, Hans Helmut** Der Freistellungsanspruch, ZIP 1984, S. 1444 – 1453.
Zitiert: *Bischof*, ZIP 1984
- Blomeyer, Arwed** Anmerkung zu OLG Frankfurt, U 19/57, JZ 1958, S. 404 – 406.
Zitiert: *Blomeyer*, JZ 1958
- Bork, Reinhard** Anmerkung zu BGH, IX ZR 256/93, JZ 1996, S. 51 – 53.
Zitiert: *Bork*, JZ 1996
- Einführung in das neue Insolvenzrecht, 2. Aufl., Tübingen 1998.
Zitiert: *Bork*
- Zur Dogmatik des § 17 KO, in: Festschrift für Albrecht Zeuner zum 70. Geburtstag, Tübingen 1994, S. 297 – 315.
Zitiert: *Bork*, FS Zeuner

- Bötticher, Eduard** Die „Selbstexekution“ im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, in: Festschrift für Hans Schima, Wien 1969, S. 95 110.
Zitiert: *Bötticher*, FS Schima
- Brehm, Wolfgang** Der Anspruch auf Primärleistung bei nachträglich zu vertretender Unmöglichkeit, JZ 1974, S. 573 – 577.
Zitiert: *Brehm*, JZ 1974
- Breuer, Wolfgang** Das neue Insolvenzrecht, München 1998.
Zitiert: *Breuer*
- Breutigam, Axel**
Blersch, Jürgen
Goetsch, HansW. Insolvenzrecht, Stand: 10. Lfg. Juni 2001, Berlin 2001.
Zitiert: *Breutigam/Blersch/Goetsch–Bearbeiter*
- Breutigam, Axel**
Tanz, Matthias Einzelprobleme des neuen Insolvenzanfechtungsrechts, ZIP 1998, S. 717 – 725.
Zitiert: *Breutigam/Tanz*, ZIP 1998
- Brox, Hans** Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, JuS 1962, S. 121 – 128.
Zitiert: *Brox*, JuS 1962
- Erbrecht, 18. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1999.
Zitiert: *Brox*
- Büdenbender, Ulrich** Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, AcP 2000, S. 627 – 683.
Zitiert: *Büdenbender*, AcP 2000

Bülow, Peter

Heidelberger Kommentar zum Wechselgesetz /
Scheckgesetz und zu den Allgemeinen
Geschäftsbedingungen, Kommentar, 3. Aufl.,
Heidelberg 2000.

Zitiert: *Bülow, WechselG*

Recht der Kreditsicherheiten, 5. Aufl., Heidelberg
1999.

Zitiert: *Bülow, Kreditsicherheiten*

Canaris, Claus–Wilhelm

Bankvertragsrecht, Berlin, New York, 1975.

Zitiert: *Canaris*

Die Auswirkungen von Verfügungsverboten vor
Konkurs und Vergleichseröffnung im
Girovertragsrecht, ZIP 1986, S. 1225 – 1232.

Zitiert: *Canaris, ZIP 1986*

Der Bereicherungsausgleich im
Dreipersonenverhältnis, in: Festschrift für Karl
Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973,
S. 799 – 865.

Zitiert: *Canaris, FS Larenz*

Canaris, Claus–Wilhelm

Schilling, Wolfgang

Ulmer, Peter

Handelsgesetzbuch Großkommentar:

Dritter Band, 2. Halbband, §§ 352 – 372, 3. Aufl.,
Berlin, New York 1978.

Zitiert: *Bearbeiter* in HGBGroßkommentar;

Bankvertragsrecht, 1. Teil, 4. Aufl.,
Berlin, New York 1989.

Zitiert: *Bearbeiter* in HGBGroßkommentar/BankR

Claussen, Carsten Peter

Bank und Börsenrecht, 2. Aufl., München 2000.

Zitiert: *Claussen*

- Coester–Waltjen, Dagmar** Die dingliche Surrogation, JURA 1996, S. 24 – 28.
Zitiert: *Coester–Waltjen*, JURA 1996
- Dampf, Peter** Die Rückführung von Kontokorrentkrediten in der Unternehmenskrise und ihre Behandlung nach KO und InsO, KTS 1998, S. 145 – 174.
Zitiert: *Dampf*, KTS
- Dauernheim, Jörg** Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz, Neuwied, Kriftel, 1999.
Zitiert: *Dauernheim*
- Dieckmann, Albrecht** Zur Aufrechnung, in: Insolvenzrecht im Umbruch, Köln, Berlin, Bonn, München 1991, S. 211 – 237.
Zitiert: *Dieckmann*, Insolvenzrecht im Umbruch
- Dinstühler, Klaus–Jürgen** Die Abwicklung massearmer Insolvenzverfahren nach der Insolvenzordnung, ZIP 1998, S. 1697 – 1707.
Zitiert: *Dinstühler*, ZIP 1998
- Eckardt, Diederich** Die „Teilklage“ – Nachforderungsmöglichkeit und Rechtskraftbindung bei Klagen auf einmalige und wiederkehrende Leistung, JURA 1996, S. 624 – 633.
Zitiert: *Eckardt*, JURA 1996
- Die Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne, Berlin 2000, S. 743 – 780.
Zitiert: *Eckardt*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung
- Zur Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters, ZIP 1995, S. 257 – 268.
Zitiert: *Eckardt*, ZIP 1995

- Edelmann, Hervé** Aufrechnung und Verrechnung durch Bankinstitute nach Erlaß eines Veräußerungsverbots im Sinne von § 106 KO, WiB 1995, S. 992 – 995.
Zitiert: *Edelmann, WiB 1995*
- Egert, Hans** Die Rechtsbedingung im System des bürgerlichen Rechts, Berlin 1974.
Zitiert: *Egert*
- Eickmann, Dieter**
Flessner, Axel
Irschlinger, Friedrich
Kirchhof, Hans–Peter
Kreft, Gerhart
Landfermann, Hans–Georg
Marotzke, Wolfgang Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Heidelberg 2001.
Zitiert: *HK–Bearbeiter*
- Enneccerus, Ludwig**
Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Zweiter Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1960.
Zitiert: *Enneccerus/Nipperdey*
- Ensthaler, Jürgen** Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 1999.
Zitiert: *GK/HGB–Bearbeiter*
- Erman, Walter**
Westermann, Harm Peter (Hrsg.) Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:
1. Band, §§ 1 853, 10. Aufl., Münster 2000;
2. Band, §§ 854 – 2385, 10. Aufl., Münster 2000.
Zitiert: *Erman–Bearbeiter*
- Fikentscher, Wolfgang** Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin, New York 1997.
Zitiert: *Fikentscher*

- Fleddermann, Christoph** Kostenrechtliche Probleme der Beteiligung Dritter am Zivilprozeß, Osnabrück 1998, zugl. Dissertation, Universität Osnabrück 1998.
Zitiert: *Fleddermann*
- Flessner, Axel** Grundfragen des künftigen Sanierungsrechts, ZIP 1981, S. 113 – 119.
Zitiert: *Flessner*, ZIP 1981
- Flume, Werner** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1992.
Zitiert: *Flume*
- Foerste, Ulrich** Rezension zu Reinhard Bork: Einführung in das neue Insolvenzrecht, ZZP 110 (1997), S. 227 – 229.
Zitiert: *Foerste*, ZZP 110 (1997)
- Fricke, FriedrichW.** Unzulässigkeit der Aufrechnung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 KO nach Rückerwerb der vor Konkurseröffnung zur Sicherheit abgetretenen (Gegen) Forderung ?, NJW 1974, S. 2118 – 2120.
Zitiert: *Fricke*, NJW 1974
- Gerhardt, Walter** Kommentierung zu BGH IX ZR 148/86, EWiR 1987 S. 1011 – 1012.
Zitiert: *Gerhardt*, EWiR 1987
- Der Befreiungsanspruch – zugleich ein Beitrag zum arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruch, Göttingen 1966.
Zitiert: *Gerhardt*

Gereimtes und Ungereimtes im Anfechtungsrecht der neuen Insolvenzordnung, in: Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, Köln 1996, S. 605 – 619.

Zitiert: *Gerhardt*, FS Brandner

Vorausabtretung und § 17 KO, in: Festschrift für Franz Merz zum 65. Geburtstag, Köln 1992, S. 117 – 132.

Zitiert: *Gerhardt*, FS Merz

Die Verfahrenseröffnung nach der Insolvenzordnung und ihre Wirkung, ZZP 109 (1996), S. 415 – 427.

Zitiert: *Gerhardt*, ZZP 109 (1996)

Verfügungsbeschränkungen in der Eröffnungsphase und nach Verfahrenseröffnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne, Berlin 2000, S. 193 – 219.

Zitiert: *Gerhardt*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung

Zahlungseingänge auf ein debitorisches Konto in der Krise und während des Konkurs bzw. Vergleichseröffnungsverfahrens, in: Festschrift für Albrecht Zeuner, Tübingen 1994, S. 353 – 367.

Zitiert: *Gerhardt*, FS Zeuner

Gernhuber, Joachim

Die fiduziarische Treuhand, JuS 1988, S. 355 – 363.

Zitiert: *Gernhuber*, JuS 1988

Handbuch des Schuldrechts, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989.

Zitiert: *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis

Handbuch des Schuldrechts, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., Tübingen 1994.

Zitiert: *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate

Gottwald, Peter
Adolphsen, Jens

Die Rechtsstellung dinglich gesicherter Gläubiger in der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne, Berlin 2000, S. 1043 – 1082.

Zitiert: *Gottwald/Adolphsen*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung

Grill, Wolfgang
Gramlich, Ludwig
Eller, Roland

Gabler Banklexikon, 11. Aufl., Wiesbaden 1995.

Zitiert: Gabler Banklexikon

Günther, Christoph A.

Anmerkung zu LG Göttingen – 10 T 166/00, DZWir 2001, S. 306 – 308.

Zitiert: *Günther*, DZWir 2001

Habermeier, Stefan

Grundfragen der Aufrechnung, JuS 1997, S. 1057 – 1062.

Zitiert: *Habermeier*, JuS 1997

Hanisch, Hans

Zur Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts, ZZP 90 (1977), S. 1 – 38.

Zitiert: *Hanisch*, ZZP 90 (1977)

Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, Frankfurt 1973, zugl. Habil.Schrift, Universität Freiburg 1971.

Zitiert: *Hanisch*

Häsemeyer, Ludwig

Das funktionelle Synallagma im Konkurs und Vergleichsverfahren, KTS 1973, S. 2 – 16.

Zitiert: *Häsemeyer*, KTS 1973

Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS
1982, S. 507 – 575.

Zitiert: *Häsemeyer*, KTS 1982

Vertragsabwicklung, Aufrechnung und Anfechtung
im Konkurs – BGHZ 89, 189, JuS 1986,
S. 851 – 856.

Zitiert: *Häsemeyer*, JuS 1986

Anmerkung zu BGH IX ZR 290/90, JR 1992,
S. 423 – 425.

Zitiert: *Häsemeyer*, JR 1992

Die Aufrechnung nach der Insolvenzordnung, in:
Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl.,
Herne, Berlin 2000, S. 645 – 669.

Zitiert: *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur
Insolvenzordnung

Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn,
München 1998.

Zitiert: *Häsemeyer*

Heidland, Herbert

Welche Änderungen ergeben sich für den
Bauvertrag durch die Insolvenzordnung im
Verhältnis zur bisherigen Rechtslage? Wie ist der
Wortlaut der VOB Teil A und B zu ändern?,
BauR 1998, S. 643 – 668.

Zitiert: *Heidland*, BauR 1998

Ist die Bestimmung in § 8 Nr. 2 VOB/B, nach
welcher der Auftraggeber im Falle der
Konkurseröffnung über das Vermögen des
Auftragnehmers den Vertrag kündigen kann,
unwirksam?, BauR 1981, S. 21 – 35.

Zitiert: *Heidland*, BauR 1981

Zu Rosenberger: Vertragsabwicklung im Konkurs
des Bauunternehmers (BauR 1975, 233 ff.),
BauR 1975, S. 305 – 308.

Zitiert: *Heidland*, BauR 1975

Heiermann, Wolfgang

Riedl, Richard

Rusam, Martin

Handkommentar zur VOB Teile A und B, 9. Aufl.,
Wiesbaden, Berlin 2000.

Zitiert: *Heiermann/Riedl/Rusam*

Hellner, Thorwald

Steuer, Stephan

Bankrecht und Bankpraxis:

Band 1, Köln 1999;

Band 3, Köln 1999.

Zitiert: *Hellner/Steuer*

Henckel, Wolfram

Insolvenzanfechtung, in: Kölner Schrift zur
Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne, Berlin 2000,
S. 813 – 857.

Zitiert: *Henckel*, Kölner Schrift zur
Insolvenzordnung

Der Gegenstand des Verfahrens zur Feststellung
von Konkursforderungen, in: Festschrift für Karl
Michaelis zum 70. Geburtstag, Göttingen 1972,
S. 151 – 172.

Zitiert: *Henckel*, FS Michaelis

Anmerkung zu BGH IX ZR 189/94, JZ 1996,
S. 531 – 532.

Zitiert: *Henckel*, JZ 1996

Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich,
ZZP 99 (1986), S. 419 – 445.

Zitiert: *Henckel*, ZZP 99 (1986)

Aufrechnung in der Insolvenz, in: Festschrift für Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag, München 1997, S. 237 – 263.

Zitiert: *Henckel*, FS Lücke

Hess, Harald

Kommentar zur Konkursordnung, 5. Auflage, Neuwied, Krieffel, Berlin 1995.

Zitiert: *Hess-Bearbeiter*

Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1 – Insolvenzordnung, 2. Aufl., Heidelberg 2001.

Zitiert: *Hess*

Hess, Harald

Weis, Michaela

Das neue Anfechtungsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1999.

Zitiert: *Hess/Weis*

Heublein, Gerrit

Gutschriften in der Krise – insolvenzfester Glücksfall oder anfechtbare Scheindeckung?, ZIP 2000, S. 161 – 173.

Zitiert: *Heublein*, ZIP 2000

Huber, Michael

Die Abwicklung gegenseitiger Verträge nach der Insolvenzordnung, NZI 1998, S. 97 – 102.

Zitiert: *Huber*, NZI 1998

Neues Insolvenzrecht – Eine Einführung mit Fallbeispielen, 3. Teil., JuS 1998, S. 644 – 648.

Zitiert: *Huber*, JuS 1998

Huber, Ulrich

Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999.

Zitiert: *Huber*

Hueck, Alfred

Canaris, ClausWilhelm

Recht der Wertpapiere, 12. Aufl., München 1986.

Zitiert: *Hueck/Canaris*

- Ingenstau**, Heinz
Korbion, Hermann
VOB Teile A und B Kommentar, 14. Aufl.,
Düsseldorf 2001.
Zitiert: *Ingenstau/Korbion*
- Jaeger**, Ernst
Kommentar zur Konkursordnung, 6. und 7. Aufl.,
zweiter Band §§ 47 – 244, Berlin, Leipzig 1936.
Zitiert: *Jaeger*, Kommentar zur Konkursordnung,
6. und 7. Aufl.
- Jaeger**, Ernst
Henckel, Wolfram
Konkursordnung, Großkommentar, §§ 1 – 42,
Register, 9. Aufl., Berlin, New York 1997.
Zitiert: *Jaeger/Henckel*
- Jaeger**, Ernst
Lent, Friedrich
Weber, Friedrich
Konkursordnung mit Einführungsgesetzen,
Erster Band §§ 1 – 70 KO, 8. Aufl., Berlin 1958.
Zitiert: *Jaeger/Lent*
- Jauch**, HansGerd
Kommentierung zu LG Chemnitz, 2 HKO 142/97,
EWiR 1998, S. 39 – 40.
Zitiert: *Jauch*, EWiR 1998
- Jauernig**, Othmar
Ist die Rechtsmacht des Konkursverwalters durch
den Konkurszweck begrenzt?, in: Festschrift für
Friedrich Weber zum 70. Geburtstag, Berlin,
New York 1975, S. 307 – 322.
Zitiert: *Jauernig*, FS Weber
- Zwangsvollstreckungs und Insolvenzrecht, 21.
Aufl., München 1999.
Zitiert: *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs– und
Insolvenzrecht
- Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., München 1999.
Zitiert: *Jauernig–Bearbeiter*
- Zivilprozeßrecht, 26. Aufl., München 2001.
Zitiert *Jauernig*, Zivilprozeßrecht

- Joussen, Peter** Konzernverrechnungsklauseln, ZIP 1982,
S. 279 – 287.
Zitiert: *Joussen*, ZIP 1982
- Kaser, Max** Römisches Privatrecht, 16. Aufl., München 1992.
Zitiert: *Kaser*
- Kessler, Christian** Sicherungszessionen und das Aufrechnungsverbot
nach § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO, ZInsO 2001,
S. 148 – 154.
Zitiert: *Kessler*, ZinsO 2001
- Kilger, Joachim** Der Konkurs des Konkurses, KTS 1975,
S. 142 – 166.
Zitiert: *Kilger*, KTS 1975
- Kilger, Joachim** Konkursordnung, 16. Aufl., München 1993.
Schmidt, Karsten Zitiert: *Kilger/Schmidt*, Konkursordnung
- Insolvenzgesetze KO/VgIO/GesO, 17. Auflage,
München 1997.
Zitiert: *Kilger/Schmidt*, Insolvenzgesetze
- Kirchhof, Hans Peter** Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung,
Lwowski, HansJürgen
Stürner, Rolf Band 1, §§ 1 – 102 InsO, InsVV, München 2001.
Zitiert: *MÜKO/InsO–Bearbeiter*
- Knorr, Klaus** Begriff und Rechtsfolgen der Rechtsbedingung,
Dissertation, Universität Marburg 1978.
Zitiert: *Knorr*
- Kohler, Josef** Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891.
Zitiert: *Kohler*
- Kohls, Rainer M.** Bankrecht, 2. Aufl., München 1997.
Zitiert: *Kohls*

- König, Bernhard** Bemerkungen zu den anfechtungsrechtlichen Normen aus österreichischer Sicht, in: Insolvenzrecht im Umbruch, Köln, Berlin, Bonn, München 1991, S. 255 – 260.
Zitiert: *König*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung
- Kornblum, Udo** Schuldnerschutz bei Forderungsabtretung, BB 1981, S. 1296 – 1309.
Zitiert: *Kornblum*, BB 1981
- Kreft, Gerhart** Die Wende in der Rechtsprechung zu § 17 KO, ZIP 1997, S. 865 – 871.
Zitiert: *Kreft*, ZIP 1997
- Kretschmer, Ernst** Kann sich der Befreiungsanspruch des Bürgen in einen Zahlungsanspruch verwandeln?, NJW 1962, S. 141 – 142.
Zitiert: *Kretschmer*, NJW 1962
- Krull, Helge** Zur Abwicklung schwebender Vertragsverhältnisse im künftigen Insolvenzverfahren, ZInsO 1998, S. 291 – 297.
Zitiert: *Krull*, ZInsO 1998
- Kübler, Bruno**
Prütting, Hanns InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand: 10. Lfg. August 2001, Köln 2001.
Zitiert: *Kübler/Prütting–Bearbeiter*
- Kübler, Bruno** Die Behandlung massearmer Insolvenzverfahren nach neuem Recht, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne, Berlin 2000, S. 967 – 981.
Zitiert: *Kübler*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung
- Kuhn, Georg**
Uhlenbruck, Wilhelm Konkursordnung, 11. Aufl., München 1994.
Zitiert: *Kuhn/Uhlenbruck*

- Landfermann, Hans–Georg** Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne, Berlin 2000, S. 159 – 192.
Zitiert: *Landfermann*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung
- Lange, Heinrich**
Kuchinke, Kurt Lehrbuch des Erbrechts, 5. Aufl., München 2001.
Zitiert: *Lange/Kuchinke*
- Lange, Hermann** Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz, 2. Aufl., Tübingen 1990.
Zitiert: *Lange*, Schadensersatz
- Larenz, Karl** Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.
Zitiert: *Larenz*, Schuldrecht
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1991.
Zitiert: *Larenz*, Methodenlehre
- Larenz, Karl**
Wolf, Manfred Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997.
Zitiert: *Larenz/Wolf*
- Lueke, Gerhard**
Wax, Peter Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 2, §§ 355 – 802, 2. Aufl., München 2000.
Zitiert: *MÜKO/ZPO–Bearbeiter*
- Mankowski, Peter** Aufrechnung während der Sequestrationsphase, insbesondere unter der GesO, JZ 1996, S. 392 – 398.
Zitiert: *Mankowski*, JZ 1996

Marotzke, Wolfgang

Die Behandlung der „schwebenden
Rechtsgeschäfte“, in: Insolvenzrecht im Umbruch,
Köln, Berlin, Bonn, München 1991, S. 183 – 196.

Zitiert: *Marotzke*, Insolvenzrecht im Umbruch

„Dingliche“ Wirkungen der Gläubiger- und
Konkursanfechtung, KTS 1987, S. 1 – 25.

Zitiert: *Marotzke*, KTS 1987

Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht,
3. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 2001.

Zitiert: *Marotzke*, Gegenseitige Verträge

Kommentierung zu BGH IX ZR 36/87, EWiR 1988,
S. 285 – 286.

Zitiert: *Marotzke*, EWiR 1988

Kommentierung zu BGH V ZR 17/90, EWiR 1991,
S. 907 – 908.

Zitiert: *Marotzke*, EWiR 1991

Anmerkung zu BGH IX ZR 283/88, JR 1990,
S. 331 – 335.

Zitiert: *Marotzke*, JR 1990

Kommentierung zu OLG Koblenz 2 U 1903/93,
EWiR 1995, S. 797 – 780.

Zitiert: *Marotzke*, EWiR 1995

Die dinglichen Sicherheiten im neuen
Insolvenzrecht, ZZP 109 (1996), S. 429 – 471.

Zitiert: *Marotzke*, ZZP 109 (1996)

Medicus, Dieter

Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 12. Aufl.,
München 2000.

Zitiert: *Medicus*, Schuldrecht I

Bürgerliches Recht, 18. Aufl., Köln, Berlin, Bonn,
München 1999.

Zitiert: *Medicus*, Bürgerliches Recht

Mitglieder des Bundesgerichtshofes Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer
Berücksichtigung der Rechtsprechung des
Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes,
Kommentar:

Band II 1. Teil, §§ 241 – 413, 12. Aufl., Berlin 1976.

Zitiert: RGRK–*Bearbeiter*

Mohrbutten, Jürgen

Handbuch des gesamten Vollstreckungs und
Insolvenzrechts, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn,
München 1974.

Zitiert: *Mohrbutten*, Vollstreckungs– und
Insolvenzrecht

Mohrbutten, Jürgen

Mohrbutten, Harro

Handbuch der Insolvenzverwaltung, 7. Aufl., Köln,
Berlin, Bonn, München 1997.

Zitiert: *Mohrbutten/Mohrbutten*, Insolvenzverwaltung

Handbuch der Konkurs und Vergleichsverwaltung,
6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1990.

Zitiert: *Mohrbutten/Mohrbutten*, Konkurs und
Vergleichsverwaltung

Müller, Franz

Probleme der Aufrechnung mit Konkurs und
Masseforderungen, Dissertation, Universität
Göttingen 1981.

Zitiert: *Müller*

MüllerChristmann, Bernd

Schnauder, Franz

Wertpapierrecht, eine falldidaktische Einführung,
Berlin, Heidelberg 1992.

Zitiert: *Müller–Christmann/Schnauder*

- Münch**, Joachim
Kommentierung zu BGH IX ZR 149/93,
EWiR 1994, S. 591 – 592.
Zitiert: *Münch*, EWiR 1994
- Musielak**, HansJoachim
Die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters
Zur Auslegung des § 17 Abs. 1 der
Konkursordnung, AcP 179 (1979), S. 189 – 213.
Zitiert: *Musielak*, AcP 197 (1979)
- Nerlich**, Jörg
Römermann, Volker
Insolvenzordnung, Stand: 2. Lfg. November 2000,
München 2000.
Zitiert: *Nerlich/Römermann–Bearbeiter*
- Niesel**, Klaus
Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht,
Band 1, Stand: 34. Lfg., August 2001, München
2001.
Zitiert: *Kasseler Kommentar–Bearbeiter*
- Niesert**, Burkhard
Das Recht der Aus und Absonderung nach der
neuen Insolvenzordnung, InVO 1998, S. 141 – 147.
Zitiert: *Niesert*, InVO 1998
- Nörr**, Knut Wolfgang
Scheyhing, Robert
Pöggeler, Wolfgang
Handbuch des Schuldrechts, Sukzessionen,
2. Aufl., Tübingen 1999.
Zitiert: *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*
- Obermüller**, Manfred
Insolvenzrechtliche Wirkungen des
Überweisungsgesetzes, ZInsO 1999, S. 690 – 696.
Zitiert: *Obermüller*, ZInsO 1999
- Auswirkungen der Insolvenz des Bankkunden auf
die Kontobeziehung und den Zahlungsverkehr,
ZInsO 1998, S. 252 – 259.
Zitiert: *Obermüller*, ZInsO 1998

Die Verrechnung von Zahlungseingängen und Zahlungsausgängen im Vorfeld der Insolvenz des Kontoinhabers, ZInsO 1999, S. 324 – 327.

Zitiert: *Obermüller*, ZInsO 1999

Zur Zulässigkeit der Verrechnung von Zahlungseingängen bei allgemeinem Veräußerungsverbot – Anmerkung zum Nichtannahmebeschluß des BGH vom 4.6.1998 – IX ZR 166/97, ZInsO 1998, S. 178 – 179.

Zitiert: *Obermüller*, ZInsO 1998

Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 5. Aufl., Köln 1997.

Zitiert: *Obermüller*, Bankpraxis

Obermüller, Manfred
Hess, Harald

InsO – eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts, 3. Aufl., Heidelberg 1999.

Zitiert: *Obermüller/Hess*

Oertmann, Paul

Die Rechtsbedingung, Leipzig, Erlangen 1924.

Zitiert: *Oertmann*

Oetker, Friedrich

Ueber den Einfluss der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge, ZZP 14 (1890), S. 1 – 51.

Zitiert: *Oetker*, ZZP 14 (1890)

Palandt, Otto

Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl., München 2001.

Zitiert: *Palandt–Bearbeiter*

Pape, Gerhard

Der lange Schatten der Insolvenzordnung – Vorwirkung eines Gesetzes, NJW 1997, S. 2777 – 2781.

Zitiert: *Pape*, NJW 1997

Ablehnung und Erfüllung schwebender
Rechtsgeschäfte durch den Insolvenzverwalter, in:
Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl.,
Herne, Berlin 2000, S. 531 – 591.

Zitiert: *Pape*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung

Die Haftung des Insolvenzverwalters für den
Kostenerstattungsanspruch des Prozessgegners,
ZIP 2001, S. 1701 – 1705.

Zitiert: *Pape*, ZIP 2001

Paulus, Christoph G.

Rechtspolitisches und Rechtspraktisches zur
Insolvenzfestigkeit von
Aufrechnungsvereinbarungen, in: Festschrift 50
Jahre Bundesgerichtshof, Band III., München 2000,
S. 765 – 784.

Zitiert: *Paulus*, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof

Zum Verhältnis von Aufrechnung und
Insolvenzanfechtung, ZIP 1997, S. 569 – 577.

Zitiert: *Paulus*, ZIP 1997

Pawlowski, Hans–Martin

Zur Aufrechnungslage bei verhaltenen Ansprüchen,
DZWir 1996, S. 431 – 434.

Zitiert: *Pawlowski*, DZWir 1996

Pflug, HansJoachim

Der rücklaufende Wechsel, München 1967.

Zitiert: *Pflug*

Pickart, Heinz

Probleme der sachenrechtlichen und
schuldrechtlichen Anwartschaft, in: Festschrift 150
Jahre Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn,
München 1965, S. 179 – 196.

Zitiert: *Pickart*, FS Carl Heymanns Verlag

- Pletzsch, Michael** Die Erfüllungsverweigerung des Konkursverwalters
– Ein Beitrag zur Dogmatik des § 17 KO unter
besonderer Berücksichtigung des
Eigentumsvorbehalts, Frankfurt 1973.
Zitiert: *Pletzsch*
- Pohlmann, Ulrich** Befugnisse und Funktionen des vorläufigen
Insolvenzverwalters, Köln 1998, zugleich
Dissertation, Universität Hamburg 1997.
Zitiert: *Pohlmann*
- Prediger, Bernhard** Der Vorabausgleichsanspruch gemäß § 426
Abs. I Satz 1 BGB – ein Befreiungsanspruch?,
NJW 1970, S. 125 – 127.
Zitiert: *Prediger*, NJW 1970
- Rebmann, Kurt**
Säcker, Franz Jürgern
Rixecker, Roland Münchener Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch:

Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1 – 240, 3. Aufl.,
München 1993;

Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil,
§§ 241 – 432, 4. Aufl., München 2001;

Band 3, Schuldrecht – Besonderer Teil I,
§§ 433 – 606, 3. Aufl., München 1995;

Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil II,
§§ 607 – 704, 3. Aufl., München 1997;

Band 5, Schuldrecht – Besonderer Teil III,
§§ 705 – 853, 3. Aufl., München 1997.

Zitiert: *MÜKO–Bearbeiter*
- Richardi, Reinhard** Wertpapierrecht, Heidelberg 1987.
Zitiert: *Richardi*

- Rosenberg, Leo** Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., München 1993.
Schwab, Karl Heinz Zitiert: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*
Gottwald, Peter
- Rosenberger, Fritz** Vertragsabwicklung im Konkurs des Bauunternehmers, BauR 1975, S. 233 – 239.
Zitiert: *Rosenberger*, BauR 1975
- Runkel, Hans P.** Rechtsfolgen der Masseunzulänglichkeit, NZI 2000,
Schnurbusch, Wolfram S. 49 – 57.
Zitiert: *Runkel/Schnurbusch*, NZI 2000
- Runkel, Hans–Peter** Probleme bei Neuerwerb in der Insolvenz, in:
Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis,
Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck, Köln 2000,
S. 315 – 333.
Zitiert: *Runkel*, FS Uhlenbruck
- Schellhammer, Kurt** Zivilprozeß, 9. Aufl., Heidelberg 2001.
Zitiert: *Schellhammer*
- Schießer, Oliver** Bedingte und betagte Ansprüche nach altem und
neuem Insolvenzrecht, München 1998, zugleich
Dissertation, Universität München 1998.
Zitiert: *Schießer*
- Schlüter, Wilfried** Erbrecht, 14. Aufl., München 2000.
Zitiert: *Schlüter*
- Schmidt, Karsten** Anmerkung zu BGH VII R 88/94, JuS 1997, S. 276.
Zitiert: *Schmidt*, JuS 1997
- Handelsrecht, 5. Aufl., Köln, Berlin, Bonn,
München 1999.
Zitiert: *Schmidt*, Handelsrecht

Schmidt, Rudolf

Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht,
München 1915.

Zitiert: *Schmidt*, Gesetzeskonkurrenz

Schwerdtner, Peter

Anwartschaftsrechte (1. Teil), JURA 1980,
S. 609 – 614.

Zitiert: *Schwerdtner*, JURA 1980

Serick, Rolf

Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung:

Band II, Die einfache Sicherungsübereignung –
erster Teil, Heidelberg 1965;

Band III, Die einfache Sicherungsübertragung –
Zweiter Teil, Heidelberg 1970;

Band IV, Verlängerungs– und Erweiterungsformen
des Eigentumsvorbehaltes und der
Sicherungsübertragung – Erster Teil
Verlängerungsformen und Kollisionen,
Heidelberg 1976;

Band V, Verlängerungs– und Erweiterungsformen
des Eigentumsvorbehaltes und der
Sicherungsübereignung – Zweiter Teil:
Erweiterungsformen und Dritter Teil: Sonstiges,
Heidelberg 1982.

Zitiert: *Serick*, Band

Aufrechnungsprobleme bei sicherungsrechtlichen
Vorausabtretungen §§ 406, 404 BGB und §§ 53 ff.
KO, BB 1982, S. 873 – 886.

Zitiert: *Serick*, BB 1982

Smid, Stefan

Die Haftung des Insolvenzverwalters in der
Insolvenzordnung – Kontinuität und Diskontinuität
des Rechts der Haftung des Insolvenzverwalters,
Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl.,
Herne, Berlin 2000, S. 453 – 482.

Zitiert: *Smid*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung

Anmerkung zu BGH IX ZR 290/90, WuB VI B.
§ 17 KO 1.92, S. 582 – 584.

Zitiert: *Smid*, WuB

Grundzüge des neuen Insolvenzrechts, 3. Aufl.
München 1999.

Zitiert: *Smid*

Insolvenzordnung, Stuttgart, Berlin, Köln 1999.

Zitiert: *Smid–Bearbeiter*

Soergel, HansTheodor

Siebert, Wolfgang

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen, Kommentar:

Band 2, §§ 104 – 240, 13. Aufl., Stuttgart, Berlin,
Köln 1999;

Band 2, Schuldrecht I, §§ 241 – 432, 12. Aufl.,
Stuttgart, Berlin, Köln 1990;

Band 6, §§ 854 – 1296, 12. Aufl., Stuttgart, Berlin,
Köln 1990.

Zitiert: *Soergel–Bearbeiter*

Spliedt, Jürgen D.

Aufrechnung und Anfechtung während des
Eröffnungsverfahrens erwirtschafteter Ansprüche,
DZWir 2000, S. 418 – 426.

Zitiert: *Spliedt*, DZWir 2000

Staudinger, Julius von

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und
Nebengesetzen:

Erstes Buch, Allgemeiner Teil,
§§ 90 – 240, 12. Aufl., Berlin 1980;

Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse,
Einleitung zu §§ 241 ff., §§ 241 – 243, 13. Aufl.,
Berlin 1995;

Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse,
§§ 255 – 292, 13. Aufl., Berlin 1995;

Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse,
§§ 362 – 396, Neubearbeitung 2000, Berlin 2000;

Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse,
§§ 397 – 432, 13. Aufl., Berlin 1999;

Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse,
§§ 433 – 534, 13. Aufl., Berlin 1995;

Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse,
§§ 652 – 704, 13. Aufl., Berlin 1995;

Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse,
§§ 765 – 778, 13. Aufl., Berlin 1997;

Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse,
§§ 812 – 822, 13. Aufl., Berlin 1999;

Drittes Buch, Sachenrecht, §§ 1204 – 1296,
13. Aufl., Berlin 1997.

Zitiert: *Staudinger–Bearbeiter*

Stein, Friedrich
Jonas, Martin

Kommentar zur Zivilprozeßordnung:

Band 2, §§ 91 – 252, 21. Aufl., Tübingen 1994;

Band 3, §§ 253 – 299a 21. Aufl., Tübingen 1997;

Band 4/1, §§ 300 – 347, 21. Aufl., Tübingen 1998;

Band 5/1, §§ 511 – 591, 21. Aufl., Tübingen 1994.

Zitiert: *Jonas/Stein–Bearbeiter*

Steinecke, Alexandra

Kommentierung zu BGH, IX ZR 165/97, EWiR
1998, S. 755 – 756.

Zitiert: *Steinecke*, EWiR 1998

Steinhoff, Judith

Die insolvenzrechtlichen Probleme im
Überweisungsverkehr, ZIP 2000, S. 1141 – 1150.

Zitiert: *Steinhoff*, ZIP 2000

Stürner, Rolf

Umwelthaftung und Insolvenz, in: Festschrift für
Franz Merz zum 65. Geburtstag, Köln 1992,
S. 563 – 580.

Zitiert: *Stürner*, FS Merz

Anmerkung zu BGH, IX ZR 290/90, Lindenmaier–
Möhring, § 17 KO, Nr. 29, Blatt 3, 4.

Zitiert: *Stürner*, LM

Kommentierung zu BGH, IX ZR 143/88,
EWiR 1989 S. 495 – 496.

Zitiert: *Stürner*, EWiR 1989

Aktuelle Probleme des Konkursrechts,
ZZP 94 (1981), S. 263 – 310.

Zitiert: *Stürner*, ZZP 94 (1981)

- Sundermann, Werner** Anmerkung zu BGH IX ZR 50/88,
WuB VI B. § 15 KO 1.89, S. 925 – 926.
Zitiert: *Sundermann, WuB*
- Schwab, Martin** Das neue Schuldrecht im Überblick, JuS 2002,
S. 1 – 8.
Zitiert: *Schwab, JuS 2002*
- Tintelnot, Albrecht** Die gegenseitigen Verträge im neuen
Insolvenzrecht, ZIP 1995, S. 616 – 623.
Zitiert: *Tintelnot, ZIP 1995*
- Trinkl, Kolomann** Befreiungsanspruch und Aufrechnung, NJW 1968,
S. 1077 – 1078.
Zitiert: *Trinkl, NJW 1968*
- Uhlenbruck, Wilhelm** Anmerkung zu BGH, IX ZR 290/90, JZ 1992,
S. 425 – 426.
Zitiert: *Uhlenbruck, JZ 1992*
- Sanierung und Reorganisation als drittes
Insolvenzverfahren in einem künftigen Recht ?,
KTS 1981, S. 513 – 575.
Zitiert: *Uhlenbruck, KTS 1981*
- Kosten eines nach Unterbrechung wieder
aufgenommenen Prozesses im Insolvenzverfahren,
ZIP 2001, S. 1988 – 1989.
Zitiert: *Uhlenbruck, ZIP 2001*
- Ulmer, Eugen** Recht der Wertpapiere, Stuttgart, Berlin 1938.
Zitiert: *Ulmer*
- Ulrich, Werner**
Pastor, Walter Der Bauprozeß, 9. Aufl., Düsseldorf 1999.
Zitiert: *Ulrich/Pastor*

- v. Caemmerer, Ernst** Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, in:
Festschrift für Hans Dölle, Band I, Tübingen 1963,
S. 135 – 168.
Zitiert: *vCaemmerer*, FS Dölle
- v. Campe, Moritz** Insolvenzanfechtung in Deutschland und
Frankreich, Köln, Berlin, Bonn, München 1996.
Zitiert: *vCampe*
- v. Feldmann, Börries** Die Aufrechnung – ein Überblick, JuS 1983,
S. 357 – 363.
Zitiert: *vFeldmann*, JuS 1983
- v. Olshausen, Eberhardt** Die Aufrechnung mit dem Regreßanspruch eines
Bürgen oder Wechseleinlösers in der Insolvenz des
Hauptschuldners oder des Akzeptanten nach der
InsO – alles wie gehabt?, KTS 2000, S. 1 – 13.
Zitiert: *vOlshausen*, KTS 2000
- Die Insolvenzanfechtung einer
Aufrechnungserklärung nach der InsO, KTS 2001,
S. 45 – 66.
Zitiert: *vOlshausen*, KTS 2001
- v. Wilmowski, Peter** Aufrechnung in der Insolvenz, NZG 1998,
S. 481 – 489.
Zitiert: *vWilmowski*, NZG 1998
- van Zwoell, Christiane** Kommentierung zu OLG Dresden, 4 U 1837/97,
EWiR 1998, S. 379 – 380.
Zitiert: *van Zwoell*, EWiR 1998
- Viertelhausen, Andreas** Einzelzwangsvollstreckung während des
Insolvenzverfahrens, Hamburg 1999, zugleich
Dissertation, Universität Giessen 1999.
Zitiert: *Viertelhausen*

Aufrechnungen und Abtretungen im
Insolvenzverfahrens, InVO 2000, S. 77 – 84.
Zitiert: *Viertelhausen*, InVO 2000

Wannagat, Georg

Sozialgesetzbuch, Kommentar zum Recht des
Sozialgesetzbuches, Erstes Buch (I) Allgemeiner
Teil, 9. Lfg., Kassel 2000.
Zitiert: *Wannagat–Bearbeiter*

Weigelin, Ernst

Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an
eigener Schuld, Hannover 1904.
Zitiert: *Weigelin*

Weitenkamp, Claudia

Kommentierung zu LG Zwickau, 6 S 198/98,
EWiR 1999, S. 513 – 514.
Zitiert: *Weitenkamp*, EWiR 1999

Wimmer, Klaus

Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung,
2. Aufl., Neuwied, Kriftel 1999.
Zitiert: *FK–Bearbeiter*

Windel, Peter A.

Die Aufrechnungslage als objektiv–
vermögensrechtlicher Tatbestand, KTS 2000,
S. 215 – 238.
Zitiert: *Windel*, KTS 2000

Die Verteilung der Befugnisse zur Entscheidung
über Vermögenserwerb zwischen (Gemein)
Schuldner und Konkurs (Insolvenz) Verwalter bzw.
Vollstreckungsgläubiger nach geltendem und
künftigen Haftungsrecht, KTS 1995, S. 367 – 409.
Zitiert: *Windel*, KTS 1995

Wittig, Arne

Zur Verrechnung von Zahlungseingängen während
der Sequestration im
Gesamtvollstreckungsverfahren, WM 1995,
S. 865 – 867.
Zitiert: *Wittig*, WM 1995

Wolf, Manfred

Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation,

1. Teil. Grundlagen, JuS 1975, S. 643 – 644;

2. Teil. Die dingliche Surrogation bei einzelnen Fallgestaltungen, JuS 1975, S. 710 – 716, JuS 1975 S. 32 – 36.

Zitiert: *Wolf*, JuS 1975

3. Teil. Zusammenfassender Überblick über die einzelnen Grundprinzipien und Fallgestaltungen, JuS 1976, S. 104 – 106.

Zitiert: *Wolf*, JuS 1976

Zeller, Friedrich

Stöber, Kurt

Zwangsversteigerungsgesetz, Kommentar zum ZVG, 16. Aufl., München 1999.

Zitiert: *Zeller/Stöber*

Zeuner, Mark

Die Anfechtung in der Insolvenz, München 1999.

Zitiert: *Zeuner*

Zippelius, Reinhold

Juristische Methodenlehre, 7. Aufl., München 1999.

Zitiert: *Zippelius*

Zöllner, Richard

Zivilprozeßordnung, 22. Aufl., Köln 2001.

Zitiert: *Zöllner-Bearbeiter*

Zöllner, Wolfgang

Wertpapierrecht, 14. Aufl., München 1987.

Zitiert: *Zöllner*

Gesetzesmaterialien

Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Kommunikationsforum für Recht Wirtschaft Steuern, 1985.

Zitiert: Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht

Diskussionsentwurf Bundesministerium der Justiz, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Kommunikationsforum für Recht Wirtschaft Steuern, 1988.

Zitiert: Diskussionsentwurf

Bundesministerium der Justiz Referentenentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Kommunikationsforum für Recht Wirtschaft Steuern, 1989.

Zitiert: Referentenentwurf

Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO), BR–Drucksache 1/92.

Zitiert: RegE InsO, BR–Drucks 1/92

Kübler, Bruno / Prütting, Hanns (Hrsg.), Das neue Insolvenzrecht, InsO/EGInsO, 2. Aufl., Köln 2000.

Zitiert: *Kübler/Prütting*, das neue Insolvenzrecht

Hahn, C. (Hrsg.), Die gesamten Materialien zu den Reichs–Justizgesetzen,

Band 4., Die gesamten Materialien zur Konkursordnung und dem Einführungsgesetze, Berlin 1881.

Zitiert: *Hahn*

Mugdan, Benno (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich,

Band I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Neudruck, Aalen 1979;

Band II, Das Recht der Schuldverhältnisse, Neudruck, Aalen 1979.

Zitiert: *Mugdan*

A. Einleitung

Dem zivilrechtlichen Institut der Aufrechnung, geregelt im 2. Buch, Dritter Abschnitt, Dritter Titel des Bürgerlichen Gesetzbuches, liegt die Konstellation zugrunde, daß zwei Personen einander gegenseitig gleichartige Leistungen schulden. Die Äquivalenz beider Seiten berechtigt beide Parteien, die eigene Forderung durch die Aufrechnung zu befriedigen und gleichzeitig die eigene Schuld zu tilgen.

Wird über das Vermögen eines Beteiligten ein Insolvenzverfahren eröffnet, so wird das spiegelbildliche Gegenseitigkeitsverhältnis der an der Aufrechnung Beteiligten wirtschaftlich asymmetrisch, denn der Haftungswert der gegen den insolventen Schuldner gerichteten Forderung reduziert sich auf die Quote. Die Zulässigkeit der Aufrechnung bestimmt sich nunmehr nach den §§ 94 bis 96 der Insolvenzordnung.¹

Die Insolvenzaufrechnung baut dabei grundsätzlich auf den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Zivilrechts auf (§ 94, 1. Alt.). Sie bildet auf diese Weise eine Schnittstelle zwischen dem allgemeinen Zivil- und dem Insolvenzrecht.

I. Zum Wesen des Insolvenzrechts

Das Insolvenzverfahren regelt die Gesamtvollstreckung in die Vermögensmasse des insolventen Schuldners. Hierbei will es durch den Abbau von Vorrechten und Vorzugsstellungen allen Gläubigern möglichst gleiche Haftungsbedingungen gewähren.

1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz

Dies war nicht immer so. Ursprünglich zeichnete sich das Konkursverfahren, bedingt durch das materielle gemeine deutsche Recht, durch ein ausdifferenziertes System von Vorrechten aus. Dieses Konzept änderte sich erstmalig 1855² mit der Einführung der preußischen Konkursordnung, die im wesentlichen die Ranggleichstellung der gegen die Masse gerichteten Forderungen proklamierte. Diese Konzeption stellte eine bedeutende Vereinfachung des Konkursrechtes dar, die auch in die Entwürfe zur Konkursordnung im Jahre 1875 Einfluß fand³. In den Entwürfen ist der Grundgedanke der Gleichbehandlung, daß grundsätzlich „jede persönliche Forderung der anderen gleich (steht)“, und deshalb „alle

¹ Im folgenden beziehen sich alle Paragraphenangaben, sofern keine weitere Kennzeichnung erfolgt, auf die Insolvenzordnung.

² Nicht erst, wie *Häsemeyer* (S. 30 Rn. 2.17) es angibt, mit der Konkursordnung von 1877.

³ Siehe dazu die Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung, Vorwort S. 6 und S. 253 f., abgedruckt bei *Hahn*, S. 38 und S. 238 ff.

Forderungen gleichmäßig nach Verhältnis ihres Umfangs ... berichtigt werden (müssen)“ ausdrücklich erwähnt.⁴

Die *par conditio creditorum* ist seither vielfach als tragendes Prinzip⁵ und Kernstück des Konkurses⁶ bezeichnet worden. Sie hat allerdings, insbesondere in der Reformdiskussion, auch Kritik erfahren⁷. Richtig daran ist, daß es eine Gleichbehandlung seit jeher nur für den kleinen Kreis der nicht gesicherten und nicht bevorrechtigten Gläubiger gibt. Zutreffend ist auch, daß dieser kleine Kreis hinter den Bevorrechtigten bislang kaum Befriedigung erfahren hat⁸. Zumindest die Umsetzung des Gleichberechtigungsgedankens im alten Konkursrecht kann also, gemessen an der konkursrechtlichen Realität, kaum überzeugen.

Richtig ist aber ebenso, daß eine verbesserte Gesamtbefriedigung nicht nur auf dem Wege verschärfter Vorzugsregelung und Differenzierung zu erreichen ist, sondern gerade auch durch erweiterte Gleichbehandlung bei gleichzeitiger Beschneidung von Vorzugsrechten. Der Gesetzgeber hat sich für die Insolvenzordnung unter dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit und in Kenntnis der Mängel der Konkursordnung für letzteren Weg ausgesprochen.⁹ Die Gläubigergleichbehandlung muß daher weiterhin als maßgebliche Leitvorstellung des Insolvenzrechts betrachtet werden.¹⁰

2. Marktkonformität

Indessen will und darf das Insolvenzrecht innerhalb einer funktionierenden Wirtschaftsordnung nicht Fremdkörper oder Hindernis sein.¹¹ Dem Prinzip der Gleichbehandlung aller Gläubiger ist deshalb nicht allumfassende Priorität einzuräumen. Es hat sich vielmehr an der geltenden Wirtschaftsverfassung zu orientieren und das Vertrauen des Marktes in den Bestand gewisser Rechtspositionen zu respektieren. Das geltende Insolvenzrecht setzt dies dadurch um, daß es die durch Privatautonomie und Prioritätsprinzip erworbenen dinglichen Rechtspositionen weitgehend vom Gleichbehandlungsgrundsatz ausnimmt. Wer sich

⁴ Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung, Vorwort S. 6, abgedruckt bei *Hahn*, S. 238.

⁵ *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 354, Rn. 494; *Hanisch*, ZZP 90 (1977), S. 1, 1, mwN.

⁶ St. Rspr BGHZ 25, S. 395, 397; 41, S. 98, 101; 88, S. 147, 151; BGH ZIP 1987, S. 725, 727; *Bork*, S. 2, Rn. 2.

⁷ Vgl. *Flessner*, ZIP 1981, S. 113, 117; *Stürmer*, ZZP 94 (1981), S. 263 (270 f.); *Uhlenbruck*, KTS 1981, S. 513, 568; die in der Hauptsache auf die Wettbewerbs- und damit Sicherungsfreiheit verweisen. Ihnen sei entgegenhalten, daß diverse Gläubigergruppen, wie etwa Arbeitnehmer, aber auch die Deliktsgläubiger praktisch nie die Möglichkeit zur Sicherungserlangung haben. Ein Ausfall dieser Gruppen in der Insolvenz wäre aber wohl kaum zu rechtfertigen.

⁸ Im Durchschnitt erzielten die nicht bevorrechtigten Gläubiger bis 1992 nur etwa 5 % auf ihre Forderungen, RegE InsO, BRDrucks. 1/92, S. 72, A. 1. a); vgl. auch *Hanisch*, ZZP 90 (1977), S. 1, 2.

⁹ RegE InsO, BRDrucks. 1/92, S. 81, A. 3. c).

¹⁰ Vgl. auch *Häsemeyer*, S. 31, Rn. 2.19, der die Gleichbehandlung als zwingende Folge des Privatrechts und des wechselseitigen Einflusses der Gläubigerforderungen aufeinander darstellt.

¹¹ Vgl. Begründung RegE InsO, BRDrucks. 1/92, S. 75, 77 ff., A. 2. und 3.

Befriedigung oder dingliche Sicherheit vor Verfahrenseröffnung verschafft hat, verliert seine Position nur unter den Voraussetzungen der Anfechtung (§§ 129 ff.) oder des § 88.

II. Zum Wesen der Aufrechnung

Die Aufrechnung im Sinne des allgemeinen Zivilrechts ist die wechselseitige Tilgung zweier sich gegenüberstehender Forderungen durch ein einseitiges Rechtsgeschäft

1. Terminologie

In der Betrachtung der Aufrechnung gilt es zuvorderst, ein terminologisches Problem betreffend die Bezeichnung der zur Aufrechnung gestellten Forderungen anzusprechen. Hier haben sich verschiedenste Begriffspaare gefunden, von denen sich aktuell noch keines endgültig durchgesetzt hat. Das wohl gebräuchlichste ist das des § 530 Abs. 2 ZPO. Hier wird die Forderung des die Aufrechnung erklärenden Teils als Gegen-, die des Erklärungsempfängers als Hauptforderung bezeichnet.¹ Diese Begrifflichkeit erklärt sich aus der Funktion der Aufrechnung als Einwendung im Prozeß. Dort ist sie Verteidigungsmittel des Beklagten *gegen* den Hauptanspruch des Klägers.² Diese Terminologie wird folglich auch in der ständigen Rechtsprechung des BGH zugrundegelegt. Allerdings ist diese Bezeichnung geeignet, Mißverständnisse hervorzurufen, da außerhalb des Prozesses gemeinhin davon gesprochen wird, daß *mit* einer Forderung *gegen* eine andere aufgerechnet wird, wessenthalben diese andere Forderung schnell als Gegenforderung bezeichnet wird.³ Nicht zuletzt der Gesetzgeber der Insolvenzordnung verwendet diese umgekehrte Begrifflichkeit, wenn er von der Forderung des Insolvenzgläubigers und der Gegenforderung der Masse spricht.⁴

Wegen dieser begrifflichen Schwierigkeit des Namenspaares Haupt- und Gegenforderung wird ein anderes Begriffspaar vorgeschlagen, das der wechselnden Rolle des Aufrechnenden besser entgegenkommen soll. Hiernach ist die Forderung des Aufrechnenden, unabhängig von dessen Stellung als Schuldner im Prozeß oder „Gläubiger“ außerhalb des Prozesses, als Aktivforderung, die des Aufrechnungsgegners als Passivforderung zu bezeichnen.⁵

Im folgenden wird, im Einklang mit der in der ZPO und vom BGH verwendeten Terminologie, die zur Aufrechnung gestellte Forderung des Insolvenzgläubigers Gegenforderung genannt und die des Insolvenzschuldners als Hauptforderung bezeichnet. Diese Begrifflichkeit

¹ Vgl. etwa *Habermeier*, JuS 1997, S. 1057, 1058; *vFeldmann*, JuS 1983, S. 357, 357.

² Vgl. *Stein/Jonas-Grunsky*, § 530 ZPO, Rn. 12.

³ Vgl. *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 I. 1., S. 226; *Staudinger-Gursky*, Vorbem zu §§ 378 ff BGB, Rn. 1.

⁴ RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 108, S. 141.

⁵ *Windel*, KTS 2000, S. 215, 219; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 I. 1., S. 227; *Staudinger-Gursky*, Vorbem zu §§ 378 ff BGB, Rn. 1.

reflektiert den Sichtwinkel der Masse beziehungsweise des Insolvenzverwalters, der im Zuge der Anreicherung der Ist-Masse auf dem Weg zur Soll-Masse ein Interesse an der vollbetraglichen Einziehung der massezugehörigen Forderungen hat.

2. Die Doppelfunktion der Aufrechnung

In der Vergangenheit sind zur Funktion der Aufrechnung im wesentlichen zwei Positionen, wengleich mit unterschiedlichen Spielarten, bezogen worden.⁶ Die als *Befriedigungstheorie* bezeichnete Position sah in der Aufrechnung maßgeblich ein Mittel zur Forderungsdurchsetzung, vergleichbar der Einzelzwangsvollstreckung.⁷ Die Gegenposition, sie wird *Tilgungstheorie* genannt, erkannte dagegen die Möglichkeit zur Tilgung der eigenen Schuld ohne reale Leistungserbringung als Hauptfunktion der Aufrechnung, wofür etwa die systematische Stellung der Aufrechnung im 2. Buch, 3. Abschnitt des BGB⁸ angeführt werden kann.⁹

Mit der heute herrschenden *Kombinationstheorie*¹⁰ ist festzustellen, daß beide Positionen in ihrer Einseitigkeit nicht haltbar sind. Der Aufrechnende hat stets eine zweifache Position inne. Er ist zugleich Schuldner der Hauptforderung und Gläubiger der Gegenforderung. Die Aufrechnung hat deshalb immer eine Doppelfunktion.¹¹ In seiner Stellung als Gläubiger ermöglicht sie es dem Aufrechnenden, aus eigener Kraft Befriedigung an seiner Forderung zu nehmen und stellt so einen Akt der Selbstvollstreckung dar. Im Vorfeld der Befriedigung hat die Aufrechnung dabei außerdem eine Sicherungsfunktion, denn sie enthebt den Gläubiger des Risikos, auf seine Schuld vorleisten zu müssen, ohne daß die Befriedigung seiner Forderung feststünde.¹²

In seiner Position als Schuldner stellt die Aufrechnung für den Aufrechnenden ein Erfüllungssurrogat und gebräuchliches Verteidigungsmittel im Zivilverfahren dar,¹³ mit dem er

⁶ Vgl. zu diesem, so nicht mehr aktuellen, Streitstand und seinen Vertretern Staudinger–Gursky, Vorbem zu §§ 387 ff. BGB, Rn. 6. Zu den verschiedenen Spielarten der Tilgungs- und der Befriedigungstheorie vgl. Windel, KTS 2000, S. 215, 221 f.

⁷ Aktuell noch: Böttcher, FS Schima, S. 95 ff.

⁸ Vgl. Staudinger–Gursky, Vorbem zu §§ 387 ff BGB, Rn. 7; Windel, KTS 2000, S. 215, 217.

⁹ So noch heute: Häsemeyer, S. 357, Rn. 19.02, BGHZ 99, S. 39, 41; LG Zwickau, ZIP 1999, S. 767, 767.

¹⁰ Vgl. Staudinger–Gursky, Vorbem zu §§ 387 ff. BGB, Rn. 6, mwN.; Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 I. 3. a), S. 227 mwN. in Fn. 3.

¹¹ Vgl. Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 I. 3. a), S. 227 f.; vWilmowski, NZG 1998, S. 481, 481 f.; Windel, KTS 2000, S. 215, 217 f.; Gerhardt, ZZP 109 (1996), S. 415, 420; MÜKO/InsO–Brandes, § 94, Rn. 3.

¹² Zur Sicherungsfunktion schon Weigelin, S. 28 ff. Staudinger–Gursky (Vorbem zu §§ 387 ff BGB, Rn. 5 a.E.) bezeichnet als Sicherungsfunktion dagegen (lediglich), die Wirkung der §§ 390 S. 2, 392, 406 BGB, §§ 94 ff. InsO eine einmal eingetretene Aufrechnungslage zu erhalten. Windel (KTS 2000, S. 215, 222) benennt die Sicherungsfunktion als dritte Funktion der Aufrechnung. Da es sich bei der Sicherung um einen vorgehenden Reflex der Befriedigung handelt, soll hier aber an der funktionalen Zweiteilung festgehalten werden. Vgl. ferner MÜKO/InsO–Brandes, § 94, Rn. 3 mwN.

¹³ Vgl. Windel, KTS 2000, S. 215, 217.

die Hauptforderung zum Erlöschen bringen kann. Beide Funktionen der Aufrechnung sind dabei untrennbar miteinander verbunden und treten in ihrer Wirkung nicht ohne ihr Pendant auf.¹⁴ Eine Beschränkung oder maßgebliche Übergewichtung der einen oder anderen Funktion der Aufrechnung ist daher abzulehnen.¹⁵

Für die Insolvenz hat diese grundlegende Betrachtung deshalb Gewicht, weil an verschiedenen Stellen versucht worden ist, die Aufrechnung, mit Blick auf ihre Befriedigungsfunktion, der Vollstreckung¹⁶ oder der Absonderung¹⁷ nahe- oder gleichzustellen. Solchen Aussagen wird mit Vorsicht zu begegnen sein. Ein funktionaler Vergleich auf Grundlage lediglich der Befriedigungsfunktion kann dem ambivalenten Gesamtcharakter der Aufrechnung nicht ohne weiteres gerecht werden.¹⁸

3. Aufrechnungslage und Aufrechnungserklärung

Rechtsfolge der Aufrechnung ist die beiderseitige Forderungstilgung. Das Aufrechnungsrecht ist demnach ein Gestaltungsrecht.¹⁹ Diese Rechtsfolge wird erst durch die Abgabe einer Aufrechnungserklärung gegenüber dem anderen Teil ausgelöst (§ 388 S. 1 BGB), doch wirkt sie auf den Zeitpunkt zurück, in dem sich die beiderseitigen Forderungen erstmalig aufrechenbar gegenüberstanden (§ 389 BGB). Aufrechnungslage und Aufrechnungserklärung sind somit kumulative Voraussetzungen der Aufrechnungswirkung.²⁰

Allerdings bewirkt schon der Eintritt der Aufrechnungslage eine deutliche Wirkung: Ab dem Zeitpunkt, da sich zwei gleichartige Forderungen gegenüberstehen, die Gegenforderung durchsetzbar, die Hauptforderung wenigstens erfüllbar, werden die Parteien auf verschiedenste Weise gegen den Verlust einer dieser Voraussetzungen geschützt (§§ 390 S. 2, 392, 406 BGB). Das Gesetz schützt insoweit das Vertrauen²¹ des Aufrechnungsbefugten auf

¹⁴ Vgl. *vWilmowski*, NZG 1998, S. 481, 482.

¹⁵ Vgl. *Staudinger-Gursky* (Vorbem zu §§ 387 ff. BGB, Rn. 6, mwN.): „Nur wenn man beide Aspekte berücksichtigt – die Aufrechnung also sowohl als Schuldtilgungsgeschäft wie auch als Gläubigerakt zur Durchsetzung der eigenen Forderung deutet – läßt sich die gesetzliche Regelung der Aufrechnung ohne Gewaltsamkeiten erklären.“

¹⁶ Vgl. sub B. II. 1. b) a.E. und B. IV. 2. e) aa).

¹⁷ Vgl. sub B. II. 4.

¹⁸ Vgl. *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 I. 3. b), S. 227 f.; *vWilmowski*, NZG 1998, S. 481, 482.

¹⁹ *Staudinger-Gursky*, Vorbem. §§ 387 ff BGB, Rn. 14.

²⁰ Vgl. hierzu und zu dem vormals bestehenden Streit um ein funktionales Übergewicht von Aufrechnungslage oder -Erklärung: *Staudinger-Gursky*, Vorbem zu §§ 387 ff BGB, Rn. 13 – 20; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 I. 4., S. 229 ff. und *Windel*, KTS 2000, S. 215, 219 f.

²¹ Der Vertrauens- oder Erwartungsschutz wird gemeinhin als Grundlage des Schutzes der Aufrechnungslage genannt (BGHZ 2, S. 300, 305; *Staudinger-Gursky*, Vorbem §§ 387 ff. BGB, Rn. 18; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 I. 4. b), S. 231). Dagegen will *Windel*, KTS 2000, S. 215, 224 f. den Schutz an den objektiv-vermögensrechtlichen Wirkungen der Aufrechnung festmachen.

die „praktische Erledigung seiner Schuld“,²² respektive die jederzeitige Möglichkeit „selbstexekutorischer Befriedigung“²³ vor solchen Veränderungen der Aufrechnungslage, die sich in der Sphäre des Aufrechnungsgegners abspielen²⁴. Dabei ist aber zu beachten, daß dieser Schutz weder absolut noch generell ist. Vielmehr bestimmt das Gesetz in den genannten Tatbeständen sehr differenziert, welche Veränderungen die einmal entstandene Aufrechnungslage nicht mehr betreffen.²⁵ Dennoch liegt in dem Schutz einer einmal eingetretenen Aufrechnungslage das wesentliche Merkmal der Aufrechnung. Zwischen der Begründung der Aufrechnungslage und der Auslösung ihrer Rechtsfolgen tritt damit ein Schwebezustand ein, in dem die Forderungen sich zwar selbständiger zeigen als bloße Verrechnungsposten, aber dennoch nicht mehr ungebunden sind.

Der gewährte Schutz zeigt, daß die Aufrechnungslage eine eigenständige Rechtsposition ausmacht. In dem Moment, da die wechselseitigen Forderungen sich aufrechenbar gegenüberstehen bilden sie ein Mehr als die Summe ihrer Teile. Sie formen eine besondere Rechtsposition, die man etwa als „Anwartschaft“²⁶ oder „offenes Kontaktverhältnis“²⁷ bezeichnen kann.²⁸ Es geht mit der Begründung einer Aufrechnungslage also nicht mehr um die Beurteilung der einzelnen Forderungen, sondern um die Beurteilung einer eigenständigen, geschützten Vermögensposition.

²² *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 I. 4. b), S. 231.

²³ *Häsemeyer*, KTS 1982, S. 507, 566.

²⁴ Vgl. *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 VII. 4. b) a.E., S. 310.

²⁵ Vgl. *Windel*, KTS 2000, S. 215, 224 f.

²⁶ *Staudinger-Gursky*, Vorbem zu §§ 387 ff BGB, Rn. 18.

²⁷ *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 I. 4. b), S. 231.

²⁸ *Windel*, KTS 2000, S. 215, 224 nennt weitere Bezeichnungen.

B. Die Aufrechnungsregelungen in der Insolvenzordnung

I. Allgemeines

„Eine erworbene Aufrechnungsbefugnis ist eine gesicherte Rechtsstellung, die auch im Insolvenzverfahren uneingeschränkt anerkannt wird“, so heißt es in der Begründung zu § 106 RefE (= § 94). In diesem Ausspruch vereint sich die soeben skizzierte zivilrechtliche Wertung des Schutzes der Aufrechnungslage und deren Anerkennung als eigenständige Vermögensposition mit der insolvenzspezifischen Wertung, daß der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung nicht zu einem Verlust von erworbenen Rechtspositionen führt.

Wann von so einer „erworbenen Aufrechnungsbefugnis“ ausgegangen werden kann, bestimmt sich in erster Linie nach dem allgemeinen Zivilrecht (§ 94 1. Fall, § 387 BGB). Der Grundgedanke der §§ 94 ff. wäre demnach so zu formulieren, daß Gläubiger, die zur Zeit der Verfahrenseröffnung nach den §§ 378 ff. zur Aufrechnung berechtigt sind, ihre Rechtsstellung durch die Insolvenz nicht verlieren. Dabei bleibt es aber nicht. Bereits in § 94 2. Alt. findet sich eine Erweiterung des Schutzes auf solche Aufrechnungslagen, die aufgrund einer Vereinbarung bestehen. § 95 Abs. 1 S. 1 verändert den Schutzbereich weiter, indem diese Norm solche (Vor-)Aufrechnungslagen, deren teilnehmende Forderungen bei Verfahrenseröffnung zwar existent, aber noch nicht gleichartig oder durchsetzbar sind, für schützenswert erklärt. § 95 Abs. 2 schließlich erlaubt die Aufrechnung auch mit und gegen Fremdwährungsforderungen.

Das Korrektiv zu dieser Ausdehnung geschützter Aufrechnungslagen bilden die Aufrechnungsverbote. Sie finden sich vor allem in § 96 Abs. 1, wobei § 96 Abs. 1 Nr. 3 insofern eine Sonderstellung einnimmt, als es hier nicht um die Qualität der Aufrechnungslage geht, sondern um die Art und Weise ihrer Herbeiführung.

§ 95 und § 96 Abs. 1 stehen sich damit wie zwei Seiten einer Medaille gegenüber. Während § 95 den Schutz bestimmter (Vor-)Aufrechnungslagen unter Vertrauensgesichtspunkten ausweitet,¹ verwehrt § 96 Abs. 1 die Aufrechnung aus solchen Aufrechnungslagen, denen kein schützenswertes Vertrauen zugrundeliegt.² Dabei bilden diese Normen mit § 94 einen einheitlichen Regelungskomplex, dem mangels einer Normpriorität³ nur in Gesamtschau Rechnung getragen werden kann.⁴ Das dadurch bedingte Wechselspiel der Normen bewirkt, daß auftretende Probleme oftmals die Schnittstelle zweier Vorschriften ausmachen und

¹ Vgl. RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 107, S. 141.

² Vgl. RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 108, S. 141.

³ Vgl. *Adam*, WM 1998, S. 801, 802.

⁴ Vgl. *Kübler/Prütting-Lüke*, § 94, Rn. 2.

daher an der einen wie an der anderen Norm festgemacht werden können. Im folgenden soll versucht werden, dieser Normenkonkurrenz weniger dadurch zu begegnen, daß das Problem – sozusagen ergebnisorientiert – im Regelungsbereich der Norm aufgeführt wird, die sich durchsetzt, als vielmehr mit einer Darstellung, die vom Allgemeinen ins Besondere geht. Überschneidungen werden nach Möglichkeit vermieden, lassen sich aber nicht gänzlich ausschließen.

II. Die Erhaltung von Aufrechnungslagen aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung, § 94

1. Allgemeines

§ 94 schreibt im Kern die bisherige Rechtslage fort: Ein Insolvenzgläubiger, der im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nach den allgemeinen Vorschriften zur Aufrechnung berechtigt ist, verliert dieses Recht durch die Verfahrenseröffnung nicht. § 94 schützt damit, entsprechend den §§ 390 S. 2, 392, 406 BGB, die bestehende Aufrechnungslage vor nachträglichen Veränderungen.¹

Die erworbene Aufrechnungslage wird als gesicherte Rechtsstellung im Insolvenzverfahren uneingeschränkt anerkannt.² Der Gesetzgeber wollte mit der Formulierung des § 94 zum Ausdruck gebracht wissen, daß „der weitere Ablauf des Verfahrens, insbesondere die Annahme und Bestätigung eines Sanierungsplanes, die Befugnis zur Aufrechnung nicht beeinträchtigen kann“.³ § 53 KO traf diese Feststellung noch nicht so pointiert. Mit der Formulierung, daß der aufrechnungsbefugte Gläubiger seine Forderung im Konkursverfahren „nicht geltend zu machen“ braucht, stellte zwar schon diese Norm klar, daß die Durchsetzung der Gegenforderung unabhängig vom Verfahren betrieben werden konnte, der aufrechnungsbefugte Gläubiger seine Forderung also nicht anmelden und feststellen lassen mußte, doch sollte nunmehr – mit Blick auf das Planverfahren – weitergehend klargestellt werden, daß auch über die Geltendmachung der Forderung hinaus die Aufrechnungsmöglichkeit durch das Verfahren unberührt bleibt. Wird damit inhaltlich auch kein Neuland betreten, so ist mit der Formulierung des § 94 der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers, die Aufrechnung völlig vom Insolvenzverfahren freizustellen, doch Nachdruck verliehen worden.

Da das Recht zur Aufrechnung vom Verfahren unangetastet bleibt, ergeben sich die Rechtsfolgen der Aufrechnung aus dem BGB. Gemäß § 389 BGB erlöschen Haupt- und Gegenforderung *ex tunc*. Der Aufrechnende erhält so auf seine Forderung volle Befriedigung.⁴ Dieser Umstand hat keine besondere Erwähnung in der Insolvenzordnung gefunden.⁵

¹ Vgl. *Bork*, S. 128, Fn. 1; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 I. 4. b), S. 230 f.; *Staudinger-Gursky*, Vorbem zu §§ 387 ff BGB, Rn. 5; *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 94, Rn. 2.

² Vgl. *RegE InsO*, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 106, S. 140.

³ Vgl. *RegE InsO*, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 106 S. 140.

⁴ Vgl. statt aller *Kübler/Prütting-Lüke*, § 94, Rn. 12.

⁵ *Diekmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 211, 212 f. schlägt eine ergänzende Zusatzformel vor.

Damit nimmt der Aufrechnende gegenüber den anderen Gläubigern eine Sonderstellung ein, wie sie sonst nur der Aussonderungsberechtigte innehat, der gleich dem Aufrechnenden sein Recht unberührt vom Verfahren in voller Höhe durchsetzen kann (§ 47 S. 2).⁶ Der immer noch häufig anzutreffende Vergleich des zur Aufrechnung Berechtigten mit einem Absonderungsberechtigten⁷ ist dagegen nicht mehr zutreffend. Zwar erfährt jener ebenfalls wertmäßige Befriedigung, doch ist er nunmehr im Rahmen der Durchsetzung und Verwertung seines Rechts grundsätzlich an das Verfahren gebunden (§§ 49 ff., 165 ff.),⁸ was etwa zur Folge hat, daß er die Kosten der Verwertung tragen muß (§ 170). Das Absonderungsrecht entfernt sich damit inhaltlich merklich vom Recht der Aufrechnung.⁹ Daß beide Rechtsinstitute nicht länger gleichgestellt sind, wird auch in der jetzt erfolgten systematischen Trennung von Absonderung und Aufrechnung deutlich.¹⁰

Darüber hinaus gibt § 94 Auskunft über die Grenzen der Insolvenzaufrechnung im Hinblick auf den personellen und temporären Anwendungsbereich (Wer? und Wann?), die Qualität der geschützten Aufrechnungslagen (Was?) und die Durchsetzung der Aufrechnung (Wie?).

2. „Insolvenzgläubiger“ / Der personelle Anwendungsbereich der §§ 94 ff.

§ 94 schützt nur die Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzgläubigers. Dagegen findet sich weder für die Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters noch die der Massegläubiger eine Regelung in der Insolvenzordnung. Auch hierin schreibt das Gesetz – wenngleich deutlicher formuliert – die Rechtslage nach §§ 53 ff. KO fort.¹¹ Es versäumt somit freilich, bestehende Unklarheiten auszuräumen.

a) Insolvenzgläubiger als Quotengläubiger

So bleibt unberücksichtigt, wie ein Insolvenzgläubiger zu behandeln ist, der lediglich mit seinem Anspruch auf Zahlung der Quotendividende aufrechnen will.

⁶ Vgl. *Paulus*, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band III., S. 765, 782; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 94, Rn. 4.

⁷ Aktuelle Beispiele: *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 94, Rn. 29; *HK-Eickmann*, § 94, Rn. 19; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 94, Rn. 1; *FK-App*, § 94, Rn. 1; *Bork*, S. 129, Rn. 263; *Schießer*, S. 53. Vgl. bereits die Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung, S. 236, abgedruckt bei *Hahn*, S. 224; *Jaeger/Lent*, § 53 KO, Einl.

⁸ Insbesondere im Bereich der besitzlosen Mobiliarsicherheiten war das bislang nicht der Fall, vgl. etwa *Kübler/Prütting-Kemper*, § 166, Rn. 1.

⁹ Vgl. auch *Windel*, KTS 2000, S. 215, 222 f.; *Spliedt*, DZWIR 2000, S. 418, 423.

¹⁰ Vgl. *Kübler/Prütting-Lüke*, § 94, Rn. 4.

¹¹ Allerdings war schon die Regelung der §§ 53 ff. KO eindeutig, denn § 55 Nr. 1 KO unterschied zwischen einem Schuldig-Werden „zur Masse“ und einer Forderung „an den Gemeinschuldner“ (vgl. OLG Köln ZIP 1987, S. 928, 928 a.E. mwN; *Kuhn/Uhlenbruck*, § 55 KO, Rn. 7g; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 7, hält den Wortlaut der KO sogar teilweise für deutlicher).

Diese Konstellation, die im folgenden *Quotenaufrechnung* genannt wird, kann keinesfalls mit der gewöhnlichen Insolvenzaufrechnung gleichgesetzt werden, weist sie doch dieser gegenüber zwei wesentliche Besonderheiten auf: Zum einen wird durch eine Aufrechnung mit dem Quotenanspruch weder die Masse benachteiligt noch eine die Gläubigergleichbehandlung gefährdende Vorzugsstellung erlangt, denn die der Aufrechnung zugrunde liegende Forderung erfährt – insofern vergleichbar einer Masseforderung – auch ohne Aufrechnung volle Befriedigung. Zum anderen stellt die Quotenaufrechnung einen Verfahrensakt dar. Der Insolvenzgläubiger nimmt mit ihr nicht außerhalb des Insolvenzverfahrens als Gläubiger eines zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruchs teil (§ 38), sondern setzt lediglich seinen verfahrensisernen Haftungsanspruch mit eigener Kraft durch. Weder ist er damit ein Gläubiger im Sinne des § 94, noch nimmt er eine vom Verfahren losgelöste Rechtshandlung vor. Die Quotenaufrechnung stellt sich vielmehr als spezifische Form der Masseverteilung dar.¹² Es stellt sich hier also nicht die Frage, ob die Aufrechnung als Vorrecht in der Insolvenz zulässig ist, sondern die, ob der Insolvenzgläubiger sein Haftungsrecht aus eigener Kraft voll durchsetzen kann. Dabei ist auf Seiten des Insolvenzverwalters und der übrigen Gläubigerschaft kein schützenswertes Interesse auszumachen, das der Aufrechnung entgegenstünde. Vielmehr ist eine Aufrechnung mit der Quotenforderung sogar wünschenswert, denn sie erspart dem Insolvenzverwalter die Einziehung der Hauptforderung und befreit die Masse vom Risiko der Nichtbebringbarkeit derselben.

Der Insolvenzgläubiger kann daher mit seinem Anspruch auf Zahlung der Quotendividende unbeachtlich der §§ 94 ff. aufrechnen.¹³ Als Verwertungsakt ist die Aufrechnung allerdings an den §§ 187 ff. zu messen. Sie kann daher gemäß § 187 Abs. 1 erst dann erfolgen, wenn der Prüfungstermin abgeschlossen ist. Jede vorherige Aufrechnung stellt dagegen eine (Teil-) Aufrechnung mit der Insolvenzforderung dar und ist allein unter den Voraussetzungen der §§ 94 ff. zulässig.

b) Massegläubiger

§ 94 betrifft ausdrücklich nicht die Gruppe der Massegläubiger. Ihre Behandlung ist für den Regelfall unproblematisch, bedarf aber in der Masseunzulänglichkeit einer genaueren Betrachtung.

¹² Vgl. Nerlich/Römermann–Wittkowski, § 94, Rn. 6.

¹³ Vgl. Eckardt, ZIP 1995, S. 257, 261 bei Fn. 24; Kübler/Prütting–Lüke, § 94, Rn. 15.

aa) Hinreichende Masse

Bei normalem Verfahrensgang – gemeint ist die Konstellation, daß die Masse zur vollen Befriedigung der Massegläubiger ausreicht – werden die Massegläubiger „vorweg“, d.h. in voller Höhe befriedigt (§ 53). Der Masse kann durch die Aufrechnung mit einer Masseforderung also kein wirtschaftlicher Nachteil entstehen. Massegläubiger werden in ihrer Rechtsverfolgung gegenüber der Masse deshalb durch die §§ 94 ff. nicht beschränkt¹⁴ und sind nur den zivilrechtlichen Aufrechnungsvoraussetzungen unterworfen.¹⁵

bb) Masseunzulänglichkeit

Die Aufrechnungsbefugnis der Massegläubiger muß jedoch im Fall der Masseunzulänglichkeit – also in der, vormals als „Konkurs des Konkurses“ oder „Konkurs im Konkurs“ bezeichneten Situation,¹⁶ daß die Masse nicht zur vollen Befriedigung der Masseforderungen, ausreicht – grundlegend neu betrachtet werden.¹⁷

Für diesen Fall ordnet § 209 die Masseverbindlichkeiten nach Rängen. Zunächst sind die Verfahrenskosten zu berichtigen (§ 209 Abs. 1 Nr. 1), dann werden diejenigen Massegläubiger berücksichtigt, die ihren Anspruch erst nach dem Zeitpunkt der Anzeige der Masseunzulänglichkeit (§ 208 Abs. 1 S. 1) erhalten haben (§ 209 Abs. 1 Nr. 2), die sogenannten *Neumassegläubiger*, zuletzt diejenigen, die schon vor der Masseunzulänglichkeitsanzeige einen Masseanspruch hatten (§ 209 Abs. 1 Nr. 3), genannt *Altmassegläubiger*. Ungesicherte Insolvenzgläubiger fallen ganz aus. Kann ein Rang nicht voll befriedigt werden, so werden die betroffenen Massegläubiger nurmehr anteilig bedacht (§ 209 Abs. 1).

Jedenfalls die Altmassegläubiger erfahren demnach quotale Befriedigung. Die Aufrechnung durch einen Altmassegläubiger stört dann die gleichmäßige Verteilung der Masse innerhalb seiner Gläubigergruppe und kann sogar die Befriedigung der ranghöheren Gläubigergruppen gefährden. Die haftungsrechtliche Behandlung und die Interessenlage der Altmassegläubiger entspricht damit der von Insolvenzgläubigern bei gewöhnlichem Verfahrensgang.¹⁸

¹⁴ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108, S. 141 a.E.

¹⁵ Kübler/Prütting–Lüke, § 94, Rn. 14.

¹⁶ Kilger, KTS 1975, S. 142, 142 ff.; Schmidt, JuS 1997, S. 276, 276; RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 320, S. 219.

¹⁷ Dabei ist im folgenden stets davon auszugehen, daß die Masse wenigstens zur Berichtigung der Massekosten reicht, andernfalls das Verfahren erst gar nicht eröffnet (§ 26 Abs. 1) beziehungsweise eingestellt wird (sog. Masselosigkeit).

¹⁸ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 320, S. 219; Kübler/Prütting–Lüke, § 94, Rn. 18.

(I) Die Gläubigergleichbehandlung in der Masseinsuffizienz und die analoge Anwendung der §§ 94 ff.

Es ist deshalb naheliegend, die Altmassegläubiger in der Masseinsuffizienz gleich Insolvenzgläubigern dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu unterwerfen und die Aufrechnungsbefugnis der Altmassegläubiger durch eine analoge Anwendung der §§ 94 ff. zu beschränken. Der Begriff des „Konkurses im Konkurs“ beziehungsweise der „Insolvenz in der Insolvenz“ reflektiert insofern ein spezifisches Modell, denn er umschreibt das Einrücken der quotaal zu befriedigenden Massegläubiger in eine Haftungsposition gleich Insolvenzgläubigern.¹⁹

Die Annahme dieser Rechtsfolge der Masseunzulänglichkeit war vormals umstritten,²⁰ entspricht aber seit BGHZ 130, 38, 45 ff.²¹ ganz herrschender Meinung.²² Auch der Gesetzgeber ging zunächst von diesem Modell der Masseinsuffizienz aus.²³ Die in § 320 Abs. 2 RegE²⁴ entsprechend vorgesehene Regelung wurde vom Rechtsausschuß in seiner Fassung des § 234 b allerdings wieder gestrichen. Mit dieser Streichung sollte zwar kein gegenteiliges Ergebnis erzielt werden (vielmehr wollte man es bloß der Rechtsprechung überlassen, inwiefern „die Regeln ... über die Aufrechnung im Verfahren ... auf derartige Masseverbindlichkeiten übertragen werden können“²⁵), die Frage aber, ob, dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung folgend, die Aufrechnungsmöglichkeit der Massegläubiger zu beschränken ist, oder ob, im Gegenteil, das Vorrecht der Massegläubiger gerade in der Masseinsuffizienz unantastbar sein soll, ist aufs Neue eröffnet worden.

Der Wortlaut der §§ 208 ff. ist für die Beantwortung dieser Frage – der Intention des Rechtsausschusses entsprechend – unergiebig.²⁶ Doch belegen Neufassung und

¹⁹ Vgl. *Dinstühler*, ZIP 1998, S. 1697, 1703.

²⁰ **Dafür** etwa: *Kuhn/Uhlenbruck*, § 55 Rn. 7g mwN. **Dagegen:** *Kilger/Schmidt*, Konkursordnung, § 55 KO, 2); *Mohrbutter/Mohrbutter*, Konkurs- und Vergleichsverwaltung, 6. Aufl., § 55, Rn. 493; *Jaeger/Lent* § 55 KO, Rn. 4

²¹ In BGHZ 30, S. 248, 250 f. und BGH ZIP 1986, S. 720, 724 noch offengelassen.

²² *Dinstühler*, ZIP 1998, S. 1697, 1703; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 96, Rn. 3; *Bork*, S. 135, Rn. 277; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 94, Rn. 18; *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 96 Rn. 16 (unverständlich allerdings bei § 94, Rn. 4); weniger deutlich: *HK-Eickmann*, § 94, Rn. 21; *FK-App*, § 96, Rn. 20 und *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 654, Fn. 37. Vormals entgegenstehende Literatur hat sich, soweit ersichtlich, dem Urteil des BGH angeschlossen: *Kilger/Schmidt*, Insolvenzgesetz, § 55 KO, 2) b); *Mohrbutter/Mohrbutter*, Insolvenzverwaltung, S. 328, Rn. VII.22.

²³ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 320, S. 219.

²⁴ § 320 Abs. 2 RegE wäre einem heutigen § 208 Abs. 4 vergleichbar.

²⁵ Begründung des Rechtsausschusses zu § 243 b, abgedruckt in *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 437.

²⁶ Der scheinbar eindeutige Wortlaut („Insolvenzgläubiger“) der §§ 94 ff. ist dagegen unerheblich, denn die §§ 94 ff. betreffen nicht die Regelungsmaterie der Massearmut. Systematisch sind allein die §§ 208 ff. einschlägig, weswegen auch § 320 RegE an dieser Stelle angesetzt hat.

Neukonzeption dieses Normenkomplexes auch weiterhin die Vorstellung von einer „Insolvenz in der Insolvenz“.

Den ersten Hinweis hierauf enthält § 209 Abs. 1. Dessen differenzierte Verteilungsordnung nach Rängen droht nämlich, durch die Aufrechnungsmöglichkeit der jeweils niedrigeren Ränge unterlaufen zu werden. Insbesondere die Trennung von Alt- und Neumassegläubigern reflektiert dabei das Modell der „Insolvenz in der Insolvenz“,²⁷ denn die Unterteilung nach dem Erwerbszeitpunkt der Gegenforderung vor und nach „Verfahrenseröffnung“ entspricht der Unterteilung nach §§ 38, 55. Gegenüber dieser Norm enthielten die Bestimmungen der Konkursordnung lediglich in § 60 KO einen Verteilungsschlüssel für Massekosten und Masseschulden, ohne dabei aber eine vergleichbare Rangordnung vorzusehen oder zwischen Neu- und Altmassegläubigern zu differenzieren.

§ 210 trägt dieses Verständnis fort, indem nunmehr²⁸ für Altmassegläubiger ein von Amts wegen zu beachtendes Vollstreckungsverbot normiert wird.²⁹ Hierin ist ebenfalls eine Parallele zur Stellung der Insolvenzgläubiger (§ 89) zu sehen. Gleichzeitig wird die gesetzliche Tendenz dokumentiert, Vorzugsrechte der Altmassegläubiger zugunsten ihrer Gleichbehandlung zu begrenzen.

Das hat Anlaß dazu gegeben, § 210 als Vollstreckungsverbot im Sinne des § 394 BGB zu behandeln und auf diese Weise die Aufrechnungsbefugnis der Altmassegläubiger zu beschränken;³⁰ doch geht dieser Vorschlag zu weit. Unabhängig davon, daß damit auch solche Altmassegläubiger ihrer Aufrechnungsmöglichkeit enthoben wären, die schon vor der Anzeige der Masseunzulänglichkeit aufrechnungsbefugt waren – was eine ungerechtfertigte Schlechterstellung im Vergleich zu den Insolvenzgläubigern im eröffneten Verfahren bedeuten würde –, ist ein solcher Schritt mit dem Regelungszweck des § 394 BGB unvereinbar. Dieses zivilrechtliche Aufrechnungsverbot gilt nicht für die Pfändungsverbote der Insolvenzordnung.

Rechtshistorisch betrachtet ist § 394 BGB Auswuchs der Aufrechnungsverbote gegen Alimentationsforderungen aus den verschiedenen Privatrechtsordnungen des Deutschen Reiches.³¹ Diese Regelungsmaterie sollte im Wege einer Anknüpfung an das Pfändungsverbot des § 750 CPO, dem Vorgänger der §§ 850 ff. ZPO, übernommen werden. Wie aus den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch hervorgeht, war Grundmotiv der

²⁷ Vgl. *Dinstühler*, ZIP 1998, S. 1697, 1703.

²⁸ Vormalig konnte sich der Konkursverwalter nach h.M. bloß mit einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO behelfen; vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, § 60 KO, Rn. 3h.

²⁹ Vgl. etwa *Kübler/Prütting-Lüke*, § 210, Rn. 4.

³⁰ So aber *Runkel/Schnurbusch*, NZI 2000, S. 49, 55; ähnlich wohl *Smid-Smid*, § 96, Rn. 19.

³¹ Vgl. zur Entstehungsgeschichte ausführlich *Staudinger-Gursky*, § 394 BGB, Rn. 2; *Mankowski*, JZ 1996, S. 392, 393.

Regelung, dem Forderungsberechtigten den nötigen Lebensunterhalt zu gewährleisten.³² Das Aufrechnungsverbot hat folglich eine hohe sozialpolitische Ausrichtung und spiegelt in erster Linie das öffentliche Interesse an der Sicherung einer Existenzgrundlage wieder.³³ Zwar läßt der breite Wortlaut der Norm keine Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Gründen, aus denen ein Pfändungsverbot erlassen wurde, erkennen und wird deswegen auch auf solche Pfändungsverbote angewendet, die, wie etwa § 852 ZPO, eine andere Zielrichtung als den Erhalt einer Existenzgrundlage haben, doch bleibt die soziale Ausrichtung der Norm davon unberührt.³⁴ § 392 BGB hat ausschließlich schuldnerschützende Funktion und kann deswegen nur auf solche Pfändungsverbote Anwendung finden, die die Sicherung einer Forderung zum Schutz des Schuldners erreichen wollen, nicht aber auf solche Verbote, die wie § 210 die Vollstreckung gegen den insolventen Schuldner für unzulässig erklären, um die Gesamtheit der Gläubiger zu verteidigen.³⁵ Es bleibt daher bei der indiziellen Wirkung des § 210. Materiellrechtliche Rechtsfolgen für die Aufrechnung ergeben sich nicht aus dieser Norm.

Eine weitere bedeutende Änderung gegenüber der Konkursordnung findet sich in § 208 Abs. 1 S. 2. Diese Vorschrift betrifft die kritische Phase, in der allein die ernsthafte Gefahr drohender Masseunzulänglichkeit besteht, ihre Voraussetzungen aber noch nicht gegeben sind. Da es bislang dem Konkursverwalter nur gestattet war, die *vorliegende* Masseunzulänglichkeit anzuzeigen (§ 60 Abs. 1, 1. HS KO) war die Masse während dieser Phase dem Zugriff aufrechnungsbefugter Massegläubiger preisgegeben. Diese Lücke im Masseschutz hat für das Konkursrecht zur Konstruktion einer Einwendung der (drohenden) Masseunzulänglichkeit geführt.³⁶ Mit dieser Einwendung – besser Einrede³⁷ – sollte der Konkursverwalter vollstreckende Massegläubiger noch vor der Anzeige der Masseunzulänglichkeit abwehren können und hätte, über § 390 BGB, auch die Aufrechnung durch einen Massegläubiger verhindern können.³⁸

Die in § 208 Abs. 1 S. 2 vorgesehene, vorgezogene Anzeigemöglichkeit des Insolvenzverwalters³⁹ macht diese Ansätze überflüssig, denn nunmehr kann der Insolvenzverwalter schon bei drohender Masseunzulänglichkeit Anzeige einreichen und so die Vollstreckung

³² Vgl. Motive zu § 288 BGB, abgedruckt bei *Mugdan*, Band II, S. 62.

³³ Vgl. Palandt–Heinrichs, § 394 BGB, Rn. 1; Staudinger–Gursky, § 394 BGB, Rn. 4; Marotzke, EWIR 1995, S. 797, 798.

³⁴ Vgl. BGHZ 125, S. 116, 121 ff. zur insofern verwandten Norm des § 400 BGB.

³⁵ So auch *Mankowski*, JZ 1996, S. 392, 394; vgl. weiterhin Staudinger–Gursky, § 394 BGB, Rn. 45 (für § 14 KO (= § 89)); a.A. BGHZ 130, S. 76, 82 (für § 2 Abs. 4 GesO).

³⁶ BAGE 31, S. 288, 295 ff.; später auch BGH ZIP 1988, S. 1068, 1069.

³⁷ Vgl. *Henckel*, FS Lüke, S. 237, 261.

³⁸ Vgl. *Henckel*, FS Lüke, S. 237, 262, 262; *ders.* in JZ 1996 S. 531, 532.

³⁹ Vgl. hierzu allgemein: *Kübler*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 967, 974 f., Rn. 25 ff.

zukünftiger Altmassegläubiger direkt nach § 210, die Aufrechnung unmittelbar nach §§ 94 ff. analog, beschränken. Das Gesetz verstärkt den Masseschutz also auch an dieser Stelle erheblich und bestätigt so insgesamt, daß es der Gleichbehandlung gegenüber der bevorrechtigten Befriedigung einzelner Altmassegläubiger den Vorrang einräumt.

Die Streichung des § 320 Abs. 2 RegE durch den Rechtsausschuß stellt sich gegenüber dieser grundlegenden gesetzlichen Intention als Fremdkörper dar. Gleichzeitig bedeutet sie ein Abweichen von der ansonsten Gesetz gewordenen Vorstellung der „Insolvenz in der Insolvenz.“ Im Ergebnis ist daher, der ursprünglichen Vorstellung des Gesetzgebers folgend und im Einklang mit der herrschenden Lehre, auch weiterhin von der analogen Anwendung der §§ 94 ff. auf die Gruppe der Altmassegläubiger auszugehen.

(II) Folgen der analogen Anwendung der Aufrechnungsregeln

Ist damit die analoge Anwendung der Aufrechnungsregeln für richtig erkannt, so stellen sich infolgedessen weitere Fragen.

(1) Anwendbare Normen

Grundsätzlich finden, dem Bild von der „Insolvenz in der Insolvenz“ folgend, alle Normen aus dem Komplex der §§ 94 bis 96 Anwendung. Insbesondere die gläubigergünstige Norm des § 95 ist zu berücksichtigen.⁴⁰ Eine Schlechterstellung der Massegläubiger gegenüber den aufrechnungsbefugten Insolvenzgläubigern kommt nicht in Betracht, denn das würde deren grundsätzliche Bevorrechtigung ungerechtfertigt in ihr Gegenteil verkehren. Die Aufrechnungsverbote des § 96 Abs. 1 Nr. 3 finden ebenfalls Anwendung,⁴¹ doch gilt es, die Anfechtungstatbestände auf die Situation der Masseinsuffizienz abzustimmen.

Probleme ergeben sich hier etwa dadurch, daß es für die Anfechtungstatbestände der §§ 130 ff. immer auf den Zeitpunkt des Eröffnungsantrags ankommt, ein vergleichbarer Verfahrensschritt im Vorfeld der Masseinsuffizienz jedoch fehlt.

Der einzig greifbare Verfahrensschritt liegt in der Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter. Mit dieser löst der Insolvenzverwalter die Wirkungen der §§ 208 ff. aus. Der Anzeige kommt damit, gleich dem Eröffnungsantrag, „verfahrenseröffnende“ Wirkung zu. Die sich hier andeutende Parallele zum Eröffnungsantrag findet indes in zeitlicher Hinsicht ihre Grenze, denn die Anzeige ist, anders als der Eröffnungsantrag, der

⁴⁰ Vgl. OLG Köln, ZIP 1987, S. 928, 929.

⁴¹ Vgl. Henckel, FS Lücke, S. 237, 263; a.A. MÜKO/InsO–Brandes, § 94, Rn. 46.

„Verfahrenseröffnung“ nicht vorgelagert, sondern fällt mit ihr zusammen. Sie ist dahingehend der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vergleichbar,⁴² nicht aber der Antragstellung.

Diese zeitliche Divergenz kann allerdings hingenommen werden. Die Bezugnahme der Anfechtungstatbestände auf den Zeitpunkt der Antragstellung erfolgte allein deswegen, weil bei einer Anknüpfung an den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung ein sich in die Länge ziehendes Vorverfahren die Anfechtung vereiteln könnte.⁴³ Damit sind für diese Regelung allein praktischzwingende Gesichtspunkte ausschlaggebend gewesen. Darüber hinausgehende Wertungen liegen nicht vor. Da bei der Masseinsuffizienz ein solcher Verlust des Anfechtungsrechts nicht droht, und in Ermangelung anderer Verfahrensschritte, kann im Rahmen der §§ 130 ff. – wo diese die Antragstellung verlangen – auf den Zeitpunkt der Anzeigenstellung durch den Insolvenzverwalter abgestellt werden.

Ein weiteres Problem ergibt sich, wo, wie bei den regelmäßig anzuwendenden⁴⁴ Anfechtungstatbestände des § 130 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit im Vorfeld der Verfahrenseröffnung vorausgesetzt wird. Diese „Kenntnis der Krisentatsachen“⁴⁵ muß in der Masseinsuffizienz als Kenntnis von der Unzulänglichkeit der Masse gelesen werden.

Problematisch ist hieran, daß insofern detaillierte Kenntnis von der Vermögenslage des Schuldners erforderlich wäre.⁴⁶ Anders als zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit reicht es nicht, daß der Schuldner die vom jeweiligen Gläubiger eingeforderte Verbindlichkeit erkennbar dauerhaft nicht erbringen kann.⁴⁷ Vielmehr muß zur Beurteilung der Masseunzulänglichkeit zumindest der Größenordnung nach erkennbar sein, welche Masseforderungen auf welche Aktiva treffen. Schon von daher wird es an entsprechender Kenntnis regelmäßig fehlen. Da zudem der Insolvenzverwalter – durch die persönliche Haftung des § 61 bedroht – unverzüglich nach eigener Kenntnis von der drohenden Masseunzulänglichkeit diese anzeigen wird, müßte der aufrechnende Massegläubiger auch noch vor dem Insolvenzverwalter solche Kenntnis erlangt haben. Dieser Fall wird praktisch auszuschließen sein, da normalerweise niemand einen dem Insolvenzverwalter vergleichbaren Überblick über die Vermögenslage des Schuldners hat⁴⁸. Allein Insider könnten über eine solche Kenntnis verfügen, doch spricht gegen diese ohnehin die

⁴² Vgl. Kübler/Prütting–Lüke, § 94, Rn. 25.

⁴³ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, S. 156.

⁴⁴ Vgl. Kübler/Prütting–Lüke, § 96, Rn. 47; Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch, § 94, Rn. 11 mwN.

⁴⁵ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, S. 156.

⁴⁶ A.A.: Kübler/Prütting–Lüke, § 94, Rn. 25 ff., der deshalb § 96 Abs. 1 Nr. 3 in der Masseinsuffizienz für generell unanwendbar erklärt.

⁴⁷ Vgl. zur Definition der Zahlungsunfähigkeit etwa Nerlich/Römermann–Nerlich, § 130, Rn. 10 mwN.

⁴⁸ Vgl. BAGE 31, S. 288, 295: „Ob die gesetzmäßige Befriedigung der Massegläubiger ... gefährdet ist, kann nur der Konkursverwalter feststellen, weil niemand sonst die Übersicht haben kann.“

Vermutung des § 130 Abs. 3. Für alle übrigen Gläubiger dürfte § 96 Abs. 1 Nr. 3 in der Masseinsuffizienz regelmäßig unergiebig sein. Vor Anzeigenstellung erworbene Aufrechnungslagen werden deshalb für gewöhnlich Bestand haben.

(2) Betroffene Gläubigergruppen

Ist bislang von den Altmassegläubigern gesprochen worden, so fragt sich nun, ob auch die Neumassegläubiger in ihrer Aufrechnungsmöglichkeit durch eine analoge Anwendung der §§ 94 ff. zu begrenzen sind.

Wie das Wort von der „Insolvenz in der Insolvenz“ treffend umschreibt, wird das Insolvenzverfahren in der Massearmut gleichsam eine Stufe emporgehoben und auf Masseverbindlichkeiten reduziert. Entsprechend werden die Gläubigergruppen neu geordnet: Einfache Insolvenzgläubiger fallen aus, die Massegläubiger werden nach dem Erwerb ihrer Forderung vor oder nach der Anzeige beurteilt, wobei die Altmassegläubiger anteilige Befriedigung erfahren und, gleichsam in den Rang Insolvenzgläubiger eintretend, durch die §§ 94 ff. analog beschränkt werden, Neumassegläubiger aber – vorausgesetzt, daß die Masse zu ihrer vollen Befriedigung genügt – weiterhin uneingeschränkt aufrechnen können.

Damit scheint auch die Behandlung der Neumassegläubiger vorgegeben, wenn die Masse nicht einmal zu deren Befriedigung ausreicht. Das Verfahren wird dann erneut eine Stufe emporgehoben. Jetzt bleiben die Altmassegläubiger unberücksichtigt und die Neumassegläubiger sind vom Gebot gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung betroffen. Für letztere muß daher gleichsam die Aufrechnungsmöglichkeit beschränkt werden, wenn sie erst nach dem Zeitpunkt der Masseunzulänglichkeitsanzeige etwas zur Masse schuldig geworden sind.

An diesem Ergebnis bestehen aber wegen des Vollstreckungsverbots des § 210 Zweifel. Dieses verbietet nur Altmassegläubigern die Vollstreckung. Von § 210 aus rückschließend könnte daher davon auszugehen sein, daß grundsätzlich nur die Altmassegläubiger an der überquotalen Befriedigung gehindert werden sollen und die Masse dem Einzelzugriff der Neumassegläubiger, ungeachtet ihrer haftungsrechtlichen Stellung im übrigen, zur Verfügung steht.

Das kann freilich nicht richtig sein. Es ist kein überzeugender Grund dafür ersichtlich, warum die Neumassegläubiger anders zu behandeln sein sollten als Altmasse- und Insolvenzgläubiger, wenn sie diesen haftungsrechtlich ansonsten vergleichbar gestellt sind, also ebenfalls vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung und vom Gebot der Rangwahrung betroffen sind. Reicht die Masse nicht zur Deckung der Neumassegläubiger, dann sind auch diese im Rahmen der §§ 94 ff. an der Aufrechnung zu hindern. Ebenso ist,

entgegen dem Wortlaut des § 210, den Neumassegläubigern die Zwangsvollstreckung zu verwehren.⁴⁹

(3) Absolute Grenze des § 209 Abs. 1?

Schließlich ist zu überdenken, ob in der Grenze der Rangwahrung ein absolutes Aufrechnungsverbot gesehen werden kann;⁵⁰ ob also nachrangigen Massegläubigern, unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 94 ff., schon dann die Aufrechnungsbefugnis abzuspochen ist, wenn sie mit der Aufrechnung die Quote eines übergeordneten Ranges gefährden. Für eine solche uneingeschränkte Rangwahrung spräche jedenfalls die praktische Überlegung, daß Neumassegläubiger bei entsprechender Absicherung eher bereit sein werden, Rechtsgeschäfte im Sinne des § 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 einzugehen. Die Insolvenzordnung verbietet ein solches Vorgehen indes eindeutig. Würde man nämlich diejenigen Gläubiger von der Aufrechnung ausschließen, die mit dieser die Quote eines übergeordneten Ranges gefährden, dann wären damit „schnelle“ Gläubiger begünstigt. Der „erste“ Insolvenzgläubiger könnte so eventuell noch aufrechnen ohne den höheren Rang zu gefährden, wohingegen einem „zweiten“, bei nunmehr verringerter Masse, wegen der Schmälerung des höheren Ranges die Aufrechnung verwehrt bliebe. Die Insolvenzordnung stellt aber allein auf den Zeitpunkt der Entstehung der Aufrechnungslage und nicht auf den der Aufrechnungserklärung ab. Mit der Erlangung der Aufrechnungslage hat der Aufrechnende eine insolvenzfeste Rechtsposition erobert, die ihm hernach nicht wieder genommen wird. Diese systematische Entscheidung gilt im normalen Verfahren wie in der Masseinsuffizienz.

Die Quote des übergeordneten Ranges kann daher kein absolutes Aufrechnungsverbot darstellen.

(III) Zusammenfassung

Der Gruppe der Massegläubiger ist die Aufrechnung nur insoweit freigestellt, als sie nicht vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung betroffen ist. In der Masseunzulänglichkeit sind die anteilig zu befriedigenden Massegläubiger wie Insolvenzgläubiger den §§ 94 ff. unterworfen. Die vollständige Befriedigung der höherrangigen Gläubigergruppen stellt dabei kein Aufrechnungshindernis dar.

⁴⁹ Hierzu wird man auf die zu § 60 KO gebildete Rechtsprechung zurückgreifen müssen, daß durch die Massearmut die Rechte der Gläubiger materiellrechtlich verkürzt werden. Die Vollstreckung ist dann durch den Verwalter mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO abzuwehren (vgl. Breutigam/Bliersch/Goetsch-Breutigam, § 210, Rn. 9, Kübler/Prütting-Pape, § 210, Rn. 6; Nerlich/Römermann-Westphal, § 210, Rn. 8; Kübler, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 967, 980, Rn. 44).

⁵⁰ Vgl. Kübler/Prütting-Lüke, § 94, Rn. 20 ff., im Ergebnis wie hier.

c) Insolvenzverwalter

Die §§ 94 ff. wenden sich ausschließlich an den Insolvenzgläubiger. Die Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters betreffen sie nicht. Dieser ist über das Schuldnervermögen verfügungsbefugt (§ 80 Abs. 1) und kann nach den allgemeinen Regeln des Zivil- (§§ 387 ff. BGB) und Zivilprozeßrechts (§ 767 ZPO) aufrechnen.⁵¹ Insolvenzspezifische Grenzen seiner Aufrechnungsbefugnis ergeben sich daher nicht aus dem materiellen Insolvenzrecht, sondern allein aus dem Verfahrensrecht.⁵²

Der Insolvenzverwalter ist allerdings an das Gebot der Gläubigergleichbehandlung gebunden. Im Rahmen seiner insolvenzspezifischen Pflichten ist er zur möglichst umfassenden Befriedigung der Insolvenzgläubiger verpflichtet und hat unter anderem dafür Sorge zu tragen, daß die Masse nicht durch eine Aufrechnung ungerechtfertigt verkürzt wird.⁵³ Auch für die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter ist daher nach der bevorrechtigenden Wirkung der Aufrechnung zu fragen und danach zu differenzieren, ob die Hauptforderung (das ist in dieser Konstellation die Forderung des Insolvenz- oder Massegläubigers) aus einer Masse-, Quoten- oder Insolvenzforderung besteht.

aa) Aufrechnung gegen eine Masseforderung

Kann ein Insolvenzgläubiger aufrechnen, dann gilt das umgekehrt auch für den Insolvenzverwalter. Dieser gewährt mit der Aufrechnung dann nicht mehr, als jener sich nach dem Gesetz ohnehin nehmen könnte.⁵⁴ Der Masse droht durch die Aufrechnung also keine ungerechtfertigte Schmälerung. Die Aufrechnung gegen eine Masseforderung ist daher unbedenklich.

bb) Aufrechnung gegen den Quotenanspruch

Ebensowenig ist die Aufrechnung gegen den Dividendenanspruch eines Insolvenzgläubigers zu beanstanden. Da die Aufrechnung gegen⁵⁵ den Anspruch auf Zahlung der Quotendividende allerdings eine spezifische Form der Masseverteilung darstellt, hat der Insolvenzverwalter die §§ 187 ff. zu beachten⁵⁶ und kann, gemäß § 187 Abs. 1, erst *nach*

⁵¹ Vgl. statt aller *Eckardt*, ZIP 1995, S. 257, 257 mwN in Fn. 3.

⁵² Die Insolvenzordnung inkorporiert materiellrechtliche wie verfahrensrechtliche Normen. Näheres bei *Häsemeyer*, S. 54 ff.

⁵³ Vgl. *Smid*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 453, 461 f., Rn. 24 für die Verkürzung der Masse durch die Anerkennung unberechtigter Forderungen.

⁵⁴ In der Masseinsuffizienz kann sich dies, wie gezeigt (super B. II. b) bb)), ändern. Will der Verwalter gegen eine nur quotall gedeckte Masseforderung aufrechnen, dann ist diese wie eine Insolvenzforderung zu behandeln (vgl. dazu sub B. II. c) cc)).

⁵⁵ Für die Aufrechnung *mit* einer Quotenforderung vgl. super B. II. 1. a).

⁵⁶ Vgl. *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 668, Rn. 63; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 94, Rn. 30; *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 94, Rn. 6; *MÜKO/InsO-Brandes*, § 94, Rn. 48.

Beendigung des Prüfungstermins aufrechnen.⁵⁷ Dies ist ihm regelmäßig zu empfehlen, denn der Insolvenzverwalter kann mit der Aufrechnung das Risiko und den Aufwand der Eintreibung der Hauptforderung zur Masse vermeiden.⁵⁸

Dagegen wäre es unrichtig, dem Insolvenzverwalter zu diesem Zeitpunkt die Aufrechnung aus dem Grunde versagen zu wollen, weil er mit dieser eine verspätete, rechtsvernichtende Einwendung gegen den festgestellten Anspruch geltend macht (§ 767 Abs. 2 ZPO).⁵⁹ Insofern ist zwischen dem materiellrechtlichen Bestand der angemeldeten Forderung und dem haftungsrechtlichen Anspruch auf Zahlung der Quotendividende streng zu trennen. Mit dem Feststellungsverfahren wird die Existenz der zugrundeliegenden Insolvenzforderung und ihre Verfolgbarkeit in der Insolvenz festgestellt.⁶⁰ Nur in der Aufrechnung gegen die Insolvenzforderung kann daher eine rechtsvernichtende Einwendung gegen die Feststellung liegen. Rechnet der Verwalter aber gegen die Quotendividende auf, dann liegt darin sogar eine Anerkennung der festgestellten Forderung.

cc) Aufrechnung gegen eine Insolvenzforderung

Haftungsrechtliche Bedeutung kommt der Aufrechnung des Insolvenzverwalters zu, wenn sie gegen eine Insolvenzforderung erfolgen soll. Mit der überquotalen Befriedigung der Insolvenzforderung droht der Haftungsmasse ein ungerechtfertigter Verlust. Um das zu verhindern, sind verschiedene Versuche unternommen worden.

Die vormals herrschende Ansicht gestattete die Aufrechnung nur *bis* zur Forderungsfeststellung.⁶¹ Dies unter Berufung auf folgende prozeßrechtliche Überlegung: Die Eintragung einer Insolvenzforderung in die Tabelle hat die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils (§ 178 Abs. 3). Einwendungen gegen den festgestellten Anspruch können deswegen nurmehr mit den Mitteln geltend gemacht werden, die auch gegen ein rechtskräftiges Urteil zur Verfügung stünden.⁶² Die Tilgung des festgestellten Anspruchs im Wege der Aufrechnung muß folglich mit einer Vollstreckungsgegenklage analog § 767 Abs. 2 ZPO durchgesetzt werden. Deren Voraussetzung ist, daß dem Kläger Einwendungen (Tilgung der

⁵⁷ Vgl. HK–Eickmann, § 94, Rn. 24; Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 668, Rn. 63; Smid–Smid, § 94, Rn. 20; Eckardt, ZIP 1995, S. 257, 262.

⁵⁸ Vgl. Eckardt, ZIP 1995, S. 257, 260.

⁵⁹ Das Feststellungsverfahren dient zur endgültigen Klärung des haftungsrechtlichen Bestandes der angemeldeten Forderungen. Einwendungen gegen festgestellte Forderungen sind nach deren Feststellung daher grundsätzlich präkludiert (§ 767 Abs. 2 ZPO). Näheres hierzu sogleich sub. B. II. 2. c) cc).

⁶⁰ Vgl. Henckel, FS Michaelis, S. 151, 152 ff, insbes. S. 154 c).

⁶¹ Vgl. Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 6. und 7. Aufl., 2. Band, § 145, Rn. 11; BGHZ 100, S. 222, 224 f.; weitere Nachweise bei Eckardt, ZIP 1995, S. 257, 258, Fn. 9; nunmehr wieder MÜKO/InsO–Brandes, § 94, Rn. 50.

⁶² Kübler/Prütting–Pape, § 178, Rn. 6.

Forderung durch die Aufrechnung) gegen die im Urteil (der Tabelle) festgestellten Forderungen zustehen, die erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung (der Tabelleneintragung) entstanden sind. Da der Aufrechnungseinwand bereits mit Eintritt der Aufrechnungslage – und nicht erst mit der Aufrechnungserklärung – entsteht,⁶³ muß der Verwalter mit dem Einwand der Aufrechnung also immer dann präkludiert sein, wenn die Aufrechnungslage vor der Forderungsfeststellung eingetreten war.

Diese Ansicht ist mit einem Urteil des BGH aus dem Jahre 1987 praktisch aufgegeben worden.⁶⁴ Der BGH entschied hier, daß die (Insolvenz-)Forderung des Aufrechnungsggners solange noch nicht erfüllbar und damit nicht aufrechenbar sei, wie sie noch nicht zur Tabelle festgestellt worden ist. Der Verwalter sei daher zwar *vor* der Feststellung der Insolvenzforderung aus materiellrechtlichen Gründen (§ 387 BGB) an der Aufrechnung gehindert, möglich sei die Aufrechnung aber *nach* der Feststellung der Forderung, denn mangels vorheriger Aufrechenbarkeit komme eine Präklusion (§ 767 Abs. 2 ZPO) nicht in Betracht.

Beide Ansichten lassen sich vor der Anordnung des § 94, daß das Recht zur Aufrechnung vom weiteren Verfahren nicht berührt wird, nicht halten.⁶⁵ Der materiellrechtliche Bestand der Insolvenzforderung außerhalb des Verfahrens ist vom haftungsrechtlichen Bestand der Forderung als Voraussetzung des Quotenanspruchs streng zu trennen.⁶⁶ Das Feststellungsverfahren betrifft die Insolvenzforderung nur als Voraussetzung der Quotendividende, nicht

⁶³ St. Rspr. (BGHZ 24, S. 97, 98; 34, S. 274, 100, S. 222, 225; 279). Das ist nicht unumstritten, soll aber hier einstweilen angenommen werden.

⁶⁴ BGHZ 100, S. 220, 227 f. Zustimmend: *Kilger/Schmidt*, Insolvenzzesetze, § 53 KO, 10); *Mohrbutter/Mohrbutter*, Insolvenzverwaltung, S. 327, Rn. VII.17; *Hess–Hess*, § 53 KO, Rn. 3a; *Gerhardt*, EWiR 1987, S. 1011, 1011 f.; *Kübler/Prütting–Pape*, § 178, Rn. 9; *Nerlich/Römermann–Wittkowski*, § 94, Rn. 6. A.A.: *Kuhn/Uhlenbruck*, § 145 KO, Rn. 9; nunmehr wieder *MÜKO/InsO–Brandes*, § 94, Rn. 50.

⁶⁵ *Kübler/Prütting–Lüke*, § 94, Rn. 33 ff., ist allerdings zuzugeben, daß die Unabhängigkeit vom Feststellungsverfahren schon mit der Formulierung des § 53 KO deutlich herausgestellt war, und daß die Neuformulierung deswegen nicht maßgeblich zu dem Streit beigetragen hat. Das wird auch an den Motiven deutlich (RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 106 S. 140): Der Gesetzgeber hatte es bei der Änderung insbesondere auf die Unabhängigkeit der Aufrechnung vom Planverfahren abgesehen (vgl. insofern auch sub B. II. 5.).

⁶⁶ Durchbrechungen dieser Regel beruhen stets auf besonderen Umständen und ändern nichts an diesem Grundsatz. So bedingen sich die materiellrechtliche und die haftungsrechtliche Position deswegen in ihrem Fortbestand, weil durch das Auseinanderfallen von Haftung und Schuld keine Doppelbelastung des Schuldners entstehen darf. Daß die Tabelleneintragung nach dem Verfahren wie ein rechtskräftiges (nicht vollstreckbares – vgl. *Kübler/Prütting–Pape*, § 178, Rn. 9) Urteil als Titel erhalten kann, sofern der Schuldner ihr nicht widersprochen hat (§ 201 Abs. 2), beruht allein auf prozeßökonomischen Gründen (vgl. Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung, S. 384 zu § 153 (= § 162 KO = § 201) abgedruckt bei *Hahn*, S. 343 f.: „ Die Feststellung der Konkursforderung ... ist auf den Kreis des Konkursrechtes beschränkt. ... Die Gesetzgebung indes wird .. nach einem Mittel suchen müssen, diese (die juristischen Konsequenzen) mit den praktischen Bedürfnissen zu versöhnen. ... Es würde unnötigen und kostspieligen Aufschub verursachen ... wenn dieselben (die Gläubiger) genötigt werden sollten, trotz der ihre Forderungen mittelbar anerkennenden Tabelle und Urteile sie gegen den Schuldner von neuem durch Klage zu verfolgen.“ – Klammerzusätze durch den Verfasser).

aber in ihrem materiellrechtlichen Bestand als Aufrechnungsobjekt.⁶⁷ Die Aufrechnung kann deshalb unabhängig vom Feststellungsverfahren betrieben werden.⁶⁸ Weder vermag das Aufrechnungsverfahren eine Einwendungspräklusion im Hinblick auf die Insolvenzforderung selber zu begründen noch kann es Voraussetzung der Aufrechnung sein.⁶⁹

Vorzugswürdig ist deshalb die vordringende Ansicht, daß die Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters grundsätzlich nicht beschränkt ist.⁷⁰ Grenzen der Aufrechnungsbefugnis bestehen nur im rechtlichen Dürfen, denn der Insolvenzverwalter wird durch das verfahrensimmanente Gebot der Gläubigergleichbehandlung verpflichtet.⁷¹ Rechnet er daher auf, ohne daß eine insolvenzgeschützte Aufrechnungslage besteht und verschafft er dem Aufrechnungsgegner so einen ungerechtfertigten Vorteil, dann macht er sich nach § 60 gegenüber den übrigen Gläubigern haftbar. Die Wirksamkeit der Aufrechnung berührt das nicht.⁷² Lediglich, wenn ein offener Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot festzustellen ist, kann die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters wegen der objektiven Insolvenzzweckwidrigkeit der Aufrechnung beschränkt sein.⁷³ Nur dann ist die durch den Verwalter erklärte Aufrechnung unwirksam.

d) Fazit

Wer durch die Aufrechnung eine überquotale Befriedigung erwarten kann, die Masse also entsprechend zu Lasten der übrigen Gläubiger schmälert, ist gemäß oder entsprechend §§ 94 ff. an der Aufrechnung zu hindern. Insolvenzgläubiger sind davon immer dann betroffen, wenn sie mit ihrer Insolvenzforderung in voller Höhe aufrechnen wollen, Massegläubiger lediglich dann, wenn sie in der Masseunzulänglichkeit nur anteilige Befriedigung zu erwarten haben.

⁶⁷ Vgl. *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 668 f., Rn. 64; *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 571; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 95, Rn. 10. Eine eingehende Untersuchung zum Inhalt des Feststellungsverfahrens bietet *Henckel*, FS Michaelis, S. 151, 151 ff.

⁶⁸ Vgl. *Eckardt*, ZIP 1995, S. 257, 261 a.E. – 262, mwN.

⁶⁹ Vgl. zu den Wechselwirkungen von Feststellungsverfahren und Aufrechnungsstreit sub. B. II. 3. a) und b).

⁷⁰ So *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 668 f., Rn. 64; *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 571; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 95, Rn. 10; Im Ergebnis auch: *Kübler/Prütting-Lüke*, § 94, Rn. 33 ff. A.A.: *Eckardt*, ZIP 1995, S. 257, 261 ff., der zwar ebenfalls zwischen Quotenforderung und Insolvenzforderung trennt, aber dennoch § 767 Abs. 2 ZPO anwenden will (S. 262 und 268); *MÜKO/InsO-Brandes*, § 94, Rn. 50.

⁷¹ Vgl. *Smid*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 453, 461, Rn. 24, 41; *Nerlich/Römermann-Abeltshauer*, § 60, Rn. 21, 23.

⁷² Das mißachtet der BGH in der angesprochenen Entscheidung (BGHZ 100, S. 220 ff.) – vermutlich bewußt – , denn es heißt hier (S. 227): „Deshalb darf der Konkursverwalter eine Forderung, die noch nicht zur Tabelle festgestellt ist, nicht befriedigen und kann jedenfalls bis zur Feststellung die ihm obliegende Leistung nicht bewirken.“

⁷³ Vgl. hierzu etwa *Jaeger/Henckel*, § 6 KO, Rn. 150 mwN; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 80, Rn. 28 ff. mwN; sowie ausführlich *Jauernig*, FS Weber, S. 307, 307 ff.

Der Insolvenzverwalter ist in seiner Verfügungsbefugnis über die Masse nicht durch die Aufrechnungsverbote beschränkt. Er ist aber im Rahmen seiner Verwalterpflichten gehalten, die Masse zur möglichst gleichmäßigen Befriedigung zu führen. Er darf deshalb grundsätzlich nur dann aufrechnen, wenn auch der jeweilige Aufrechnungsgegner aufrechnungsbefugt ist und muß im Falle einer Verletzung dieser insolvenzspezifischen Pflicht mit persönlicher Inanspruchnahme (§ 60) rechnen.

3. „Zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ / Die temporäre Grenze des Vertrauensschutzes

Zweifellos ist die Aufrechnung zulässig, wenn deren Voraussetzungen bereits vor Verfahrenseröffnung vorlagen. Nach Verfahrenseröffnung entstandene Aufrechnungslagen berechtigen dagegen grundsätzlich nicht zur Aufrechnung.

Nach dieser elementaren Grenzziehung sind auch solche Aufrechnungslagen geschützt, die noch im Eröffnungsverfahren entstehen. Die §§ 21, 22 wollen in dieser Phase zwar eine Schmälerung der Masse verhindern, betreffen aber nicht die Aufrechnung.⁷⁴

In den gängigen Formulierungen („§ 94 schützt Insolvenzgläubiger in ihrem Vertrauen auf bestehende Aufrechnungslagen“⁷⁵, „die vor Verfahrenseröffnung erworbene Aufrechnungsbefugnis (wird) ... nicht mehr angetastet“⁷⁶, „wer vor Verfahrenseröffnung aufrechnen konnte kann dies auch noch nach Verfahrenseröffnung tun.“⁷⁷) sind allerdings solche Aufrechnungslagen nicht berücksichtigt, die *im* Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung entstehen. Diese Konstellation präsentiert sich auf den ersten Blick als theoretischer Fall, doch wird sie später bei der Frage von Bedeutung sein, ob durch die Verfahrenseröffnung selber Aufrechnungslagen entstehen oder erlöschen können.⁷⁸ Die Behandlung dieser Fälle ergibt sich aus dem Zusammenspiel von §§ 94, 95 und § 96 Abs. 1. §§ 94, 95 schützen die *zur Zeit* der Verfahrenseröffnung bestehende Aufrechnungsbefugnis. § 96 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 verbieten die Aufrechnung, wenn die Aufrechnungslage erst *nach* der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlangt wurde. Die „logische Sekunde“ der Verfahrenseröffnung unterfällt demzufolge den §§ 94, 95. Auch im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung entstehende Aufrechnungslagen werden folglich geschützt.

⁷⁴ Vielfach wird allerdings eine analoge Anwendung der § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2 erwogen. Vgl. hierzu sub B. IV. 2. e) und 3. e).

⁷⁵ Nerlich/Römermann–Wittkowski, § 94, Rn. 2.

⁷⁶ Kübler/Prütting–Lüke, § 94, Rn. 7.

⁷⁷ Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch, § 94, Rn. 1.

⁷⁸ Vgl. sub B. IV. 2. d) bb) (III).

Der umgekehrte Fall wird von den zitierten Formulierungen dagegen abgedeckt. Es genügt für die Anwendbarkeit der Aufrechnungsregeln, wenn *zur Zeit* der Verfahrenseröffnung eine Aufrechnungslage bestand. Die Verfahrenseröffnung selbst und im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung eintretende verfahrensbedingte Rechtsfolgen können die bestehende Aufrechnungslage bereits nicht mehr betreffen.

4. „Kraft Gesetzes oder auf Grund einer Vereinbarung“ / Die Beschaffenheit der Aufrechnungslage

§ 94 umfaßt ausdrücklich gesetzliche wie vertragliche Aufrechnungslagen und geht hierin erheblich über den Regelungsgehalt der §§ 53 ff. KO hinaus. Ob mit der ausdrücklichen Erwähnung der Aufrechnungslagen „auf Grund einer Vereinbarung“ jedoch eine qualitative Aussage getroffen wurde, oder ob diese Formulierung lediglich deklaratorischer Natur ist, ist fraglich.

a) Gesetzliche Aufrechnungslagen

Geschützt wird jede Aufrechnungslage, die kraft Gesetzes, also gemäß den §§ 387 ff. BGB, zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestand. Demnach müssen sich zwei Forderungen gleichartig, gegenseitig, erfüllbar (Hauptforderung) und durchsetzbar (Gegenforderung) gegenüberstehen. § 94 führt hierin die bisherige Gesetzeslage nach §§ 53 ff. KO, § 54 VgIO und § 7 Abs. 5 GesO in einem bundeseinheitlichen Aufrechnungssystem fort.

b) Vertragliche Aufrechnungsvereinbarungen

Daneben umfaßt § 94, nach Auffassung des Rechtsausschusses⁷⁹ nur klarstellend,⁸⁰ vertragliche Aufrechnungsvereinbarungen. Diese, Aufrechnungsverträge genannten, Abreden haben praktisch große Bedeutung.⁸¹ Sie sind ihrer Wirkung nach in aufrechnungsvollziehende Vereinbarungen, vorgeifliche Verrechnungsvereinbarungen und vorgeiflich vereinbarten Aufrechnungserweiterungen zu unterscheiden.⁸² Zivilrechtlich sind

⁷⁹ Nicht etwa – wie nicht selten zu lesen – des „Gesetzgebers“, was keinesfalls dasselbe ist. Vgl. *Berger*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 499, 511 f., insbes. Rn. 26; *Nerlich/Römermann–Balthasar*, § 119, Rn. 10.

⁸⁰ Begründung des Rechtsausschusses zu § 106 RegE, abgedruckt bei *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 274.

⁸¹ MÜKO–*Schlüter*, § 387 BGB, Rn. 51.

⁸² Vgl. *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 658 f., Rn. 37 ff.

alle diese Varianten gleichermaßen zulässig.⁸³ Im Hinblick auf ihre Wirksamkeit in der Insolvenz ist indes zu differenzieren:

Die ersten beiden Gruppen von Aufrechnungsverträgen lassen lediglich von der Aufrechnungserklärung absehen, betreffen aber nicht die weiteren Voraussetzungen der Aufrechnung. Das ist insolvenzrechtlich grundsätzlich unbedenklich, denn der Schutzbereich der §§ 94 ff. bestimmt sich ausschließlich nach der Aufrechnungslage und nicht nach dem Zeitpunkt oder den Modalitäten der Aufrechnungserklärung. Zu beachten ist lediglich, daß der sofortige Aufrechnungsvollzug natürlich nur bis zur Verfahrenseröffnung mit dem Schuldner vereinbart werden kann (§ 80) und daß solche Vereinbarungen, die die Verrechnung auch künftiger Forderungen vorsehen – beispielsweise Kontokorrentabreden – wegen der von ihnen umfaßten Vorausverfügungen mit Verfahrenseröffnung erlöschen (§ 91).⁸⁴

Problematisch sind dagegen die vereinbarten Aufrechnungserweiterungen. Diese ermöglichen die Aufrechnung unter Umgehung eines oder mehrerer ihrer gesetzlichen Tatbestandsmerkmale.⁸⁵ Der Vollzug der Aufrechnung ist dabei regelmäßig bloß von einer späteren, einseitigen Erklärung abhängig. Denkbar sind aber auch solche Vereinbarungen, die, unter Umgehung der gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung, eine Aufrechnungserklärung im ganzen entbehrlich machen.

Zu den vertraglichen Aufrechnungserweiterungen zählen insbesondere die sogenannten *Konzernverrechnungsklauseln*. Mit diesen, im geschäftlichen Verkehr nicht selten verwendeten Abreden wird vereinbart, daß ein Konzernunternehmen gegen Forderungen seines Vertragspartners mit Forderungen anderer, dem Konzern zugehöriger Rechtssubjekte, aufrechnen kann, die diese gegen denselben Vertragspartner haben. Solche Vereinbarungen berechtigten bislang nicht zur Aufrechnung im Vermögensverfall des einen Teils.⁸⁶ Dies zurecht, denn die durch sie geschaffene Aufrechnungslage wird letztlich nur dadurch erlangt, daß bewußt eine ansonsten notwendige Zession, und damit das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 2, umgangen wird.⁸⁷ Erschwerend tritt hinzu, daß der Konzernverrechnung realiter kaum einmal schützenswertes Vertrauen zugrunde liegen

⁸³ MÜKO–Schlüter, § 387 BGB, Rn. 51.

⁸⁴ Vgl. Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 658 f., Rn. 38 ff.; Kübler/Prütting–Lüke, § 94, Rn. 75. Umstritten ist, ob schon das allgemeine Verfügungsverbot im Vorverfahren (§§ 21 Abs. 2, Nr. 1, 2, 24) die Vorausabtretungen erlöschen läßt. **Dafür** etwa: HK–Kirchhof, § 24, Rn. 5; Gerhardt, ZZP 109 (1996), S. 415, 419; Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 659, Rn. 39; BGHZ 27, S. 360, 366 f. **Dagegen:** BGHZ 135, S. 140, 144; kritisch Kübler/Prütting–Pape, § 24, Rn. 5f.; FK–Wimmer, § 24, Rn. 9 f.

⁸⁵ Lediglich das Bestehen zweier Forderungen ist dabei unumgänglich (vgl. Bork, S. 129, Fn. 5), ansonsten auch hier eine Aufrechnung ins Leere geht.

⁸⁶ BGHZ 81, S. 15, 18 ff.; BGH, ZIP 1996, S. 552, 552; LG Hamburg, BB 1991, S. 504, 504; OLG Köln, ZIP 1995, S. 850, 851 ff.; Kilger/Schmidt, Insolvenzgesetze, § 55 KO, 1); Mohrbutter/Mohrbutter, Insolvenzverwaltung, S. 304, Rn. VI.266 f.; a.A. Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 13. II. 6., S. 325. Jousen, ZIP 1982, S. 279, 281 ff.

⁸⁷ Vgl. BGHZ 81, S. 15, 19 f.

wird,⁸⁸ weil die verschiedenen Gesellschaften eines Konzerns regelmäßig nichts von den Forderungen der anderen Konzerngesellschaften wissen.⁸⁹

Es gilt daher, die Aufrechnung aus derart geschaffenen Aufrechnungslagen auch unter § 94 zu verhindern. Hierzu sind im wesentlichen zwei Versuche unternommen worden:

aa) Die Aufrechnung kraft Vereinbarung als Sicherungsrecht

Häsemeyer stellt sich auf den Standpunkt, daß die vereinbarte Aufrechnung mit dem Abrücken von den gesetzlichen Aufrechnungsvoraussetzungen ihren Charakter als Erfüllungsäquivalent verliert und zum bloßen Sicherungsrecht, zum Recht auf abgesonderte Befriedigung wird.⁹⁰ Er will deshalb zum einen den Aufrechnenden analog §§ 166 Abs. 2, 170 Abs. 1, 171 mit den Feststellungs- und Verwertungskosten belasten; zum anderen will er § 95 nicht auf die vertraglich geschaffenen Aufrechnungslagen anwenden, da dessen Schutz nur für die gesetzlichen Aufrechnungslagen als Erfüllungsäquivalente gelte.

Dem ist entgegenzuhalten, daß es grundsätzlich bedenklich ist, die Sicherungs- und Erfüllungsfunktion der Aufrechnung in der Betrachtung zu trennen und eine Parallele zum Absonderungsrecht allein in Ansehung der Sicherungsfunktion herzustellen.⁹¹ Doch selbst wenn man der Behauptung, die Aufrechnung verlöre ihre Erfüllungsfunktion, hier zustimmen will, so kann das allenfalls auf solche Aufrechnungsvereinbarungen zutreffen, die, wie die Konzernverrechnungsklauseln, das Gegenseitigkeitserfordernis beseitigen. Nur wenn der Aufrechnende nicht selbst Gläubiger der Gegenforderung ist, tritt in seiner Person keine Erfüllung ein. Ist dagegen vertraglich etwa bloß das Erfordernis der Fälligkeit, Gleichartigkeit oder Unbedingtheit abbedungen worden, so stellt trotz der vorgezogenen Aufrechnungsmöglichkeit die Aufrechnung für den Aufrechnenden unverändert ein Erfüllungssurrogat dar. Die Aussage *Häsemeyers* ist daher auf Konzernverrechnungsklauseln und wirkungsgleiche Abreden zu beschränken.

Selbst für solche Klauseln muß *Häsemeyer* sich aber fragen lassen, was durch seine Auffassung gewonnen ist. Die Beteiligung des Aufrechnenden an den Verfahrenskosten schont zwar die Masse in Höhe der übernommenen Kosten, doch wird diese Erleichterung oftmals nur zu gering ausfallen. Die Folgerung, § 95 nicht anzuwenden und so zumindest zu erreichen, daß die übrigen Aufrechnungsvoraussetzungen vor Verfahrenseröffnung vorliegen müssen, wird für die Konzernverrechnungsklauseln unergiebig sein, denn deren Konzeption zeigt ja, daß gerade die fehlende Gegenseitigkeit das in der Praxis am häufigsten anzutreffende Problem darstellt. Zudem werden die einschlägigen Konzernverrechnungs-

⁸⁸ Vgl. *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 659, Rn. 41; *ders.*, S. 369, Rn. 19.30.

⁸⁹ Vgl. *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 13. II. 6. a), S. 324.

⁹⁰ *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 659 f., Rn. 41; ebenso *Breuer*, S. 115; ähnlich *Paulus*, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 765, 782 ff.

⁹¹ Vgl. *super A. II. 2.*

klauseln den Verlust des von § 95 gewährten Schutzes über eine weitergreifende Lösung von den Aufrechnungsvoraussetzungen zu kompensieren wissen.

Eine effektive Lösung kann folglich nur dann erreicht werden, wenn man am Erfordernis der Gegenseitigkeit selber ansetzt.

bb) Die analoge Anwendung der Aufrechnungsverbote

Es bietet sich deshalb ein anderer Ansatz an. Die Überbrückung des Gegenseitigkeitserfordernisses durch eine Konzernverrechnungsklausel bedeutet wie gesagt nichts anderes, als daß eine ansonsten zur Herstellung der Aufrechnungslage notwendige Zession – und damit § 96 Abs. 1 Nr. 2 – bewußt umgangen wird. Dabei wird die Aufrechnungslage im Hinblick auf die Gegenseitigkeit erst durch die Aufrechnungserklärung konkretisiert. Die Aufrechnungsermächtigung entfaltet damit frühestens im Zeitpunkt der Geltendmachung eine dem Forderungserwerb vergleichbare, rechtliche Wirkung.⁹² Es liegt daher nahe, das aufrechnende Unternehmen, unter analoger Anwendung von § 96 Abs. 1 Nr. 2, so zu behandeln, als hätte dieses die zur Aufrechnung gestellte Forderung erst im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung erworben.⁹³ Das muß um so mehr gelten, da die Aufrechnungsverbote zum Schutz der Insolvenzgläubiger zwingendes Recht darstellen und daher nicht zur vertraglichen Disposition stehen.⁹⁴

Der wohl überwiegende Teil der Lehre hält diesen Weg wegen der Fassung des § 94 für nicht mehr gangbar.⁹⁵ Mit der ausdrücklichen Erwähnung der vertraglichen Aufrechnungslagen sei deren generelle Wirksamkeit fixiert worden. Dem ist indes nicht zuzustimmen, denn § 94 und § 96 Abs. 1 stehen zueinander nicht in einem Prioritätsverhältnis.⁹⁶ Die sprachliche Erweiterung des § 94 kann die Schranken des § 96 Abs. 1 nicht beeinflussen und hat dies nach Vorstellung des Gesetzgebers auch nicht getan, denn die Motive verweisen für § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2 auf Rechtsprechung und Lehre zu § 55 Nr. 1, 2.⁹⁷

Diese Überlegung wird durch den Ausspruch des Rechtsausschusses bestätigt, bei der Neufassung des § 94 handele es sich bloß um eine Klarstellung, denn dem kann nur mit dem hier vertretenen Normenverständnis gefolgt werden. Die Vertreter der Gegenauffassung

⁹² Vgl. OLG Köln, ZIP 1995, S. 850, 851.

⁹³ Vgl. BGHZ 81, S. 15, 19; OLG Köln, ZIP 1995, S. 850, 852; *Obermüller*, Bankpraxis, S. 744, Rn. 6.146; Palandt–*Heinrichs*, § 387 BGB, Rn. 22; *Adam*, WM 1998, S. 801, 804.

⁹⁴ Vgl. BGHZ 81, S. 15, 18 mwN; *Bork*, S. 129, Fn. 5.

⁹⁵ *Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch*, § 94, Rn. 8 f.; *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 659, Rn. 41, *ders.*, S. 369, Rn. 19.30; *Kübler/Prütting–Lüke*, § 94, Rn. 73 ff.; *MÜKO/InsO–Brandes*, § 94, Rn. 40; *Staudinger–Gursky*, Vorbem zu §§ 387 ff. BGB, Rn. 91 a.E.; a.A.: Palandt–*Heinrichs*, § 387 BGB, Rn. 22; *Adam*, WM 1998, S. 801, 804.

⁹⁶ Vgl. *Adam*, WM 1998, S. 801, 804.

⁹⁷ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108 S. 141.

müssen sich dagegen damit behelfen, diese Stellungnahme des Rechtsausschusses, wenig überzeugend, als Irrtum abzutun.⁹⁸

Die Wirksamkeit von vereinbarten Aufrechnungserweiterungen ist daher weiterhin an den Aufrechnungsverboten zu messen. Das Erfordernis der Gegenseitigkeit kann ebenso wenig abbedungen werden, wie die Notwendigkeit der Existenz von Haupt- und Gegenforderung⁹⁹. Wirksam sind nur solche Abreden, die die Fälligkeit, Gleichartigkeit oder Unbedingtheit betreffen, denn diese Tatbestandsmerkmale der Aufrechnungslage unterfallen nicht dem durch die Aufrechnungsverbote gewährten Gläubigerschutz und sind daher disponibel.

cc) § 96 Abs. 1 Nr. 2 als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB

Darüber hinaus kann daran gedacht werden, das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 2 als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB zu behandeln. Die Norm müßte dann auf die Nichtigkeit solcher Aufrechnungsverträge abzielen, die die Aufrechnung unter Umgehung des Gegenseitigkeitserfordernisses ermöglichen. Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung festzustellen.¹⁰⁰ Die Diktion des Gesetzes („ist unzulässig“) spricht für die Annahme eines Verbotsgesetzes,¹⁰¹ desgleichen der Umstand, daß § 96 Abs. 1 Nr. 2 Dritte, nämlich die Gläubigergemeinschaft, schützen will¹⁰² und indisponibel ist,¹⁰³ doch liegt in diesen Gegebenheiten nicht mehr als ein Anhaltspunkt der Auslegung.¹⁰⁴

Entscheidend ist allein der Gesetzeszweck¹⁰⁵ und dieser schließt die Annahme eines Verbotsgesetzes allemal aus, denn § 96 Abs. 1 Nr. 2 will nur für die Zeit des Insolvenzverfahrens die Unwirksamkeit der Aufrechnung erreichen. Die auf einer entsprechenden Abrede beruhende Verrechnung oder Aufrechnung ist nach Verfahrensbeendigung zulässig. Desgleichen sind auch Aufrechnungen, die aufgrund einer erweiternden Klausel schon vor Verfahrenseröffnung erfolgt sind nicht per se, sondern nur unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 129 ff. unwirksam.

Die Rechtsfolgen eines Verbotsgesetzes, die rückwirkende¹⁰⁶ und endgültige¹⁰⁷ Vernichtung vertraglich geschaffener Aufrechnungslagen, überstiegen das Regelungsziel der Vorschrift

⁹⁸ Vgl. etwa Kübler/Prütting-Lüke, § 94, Rn. 73; MÜKO/InsO-Brandes, § 94, Rn. 36; Paulus, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 765, 770.

⁹⁹ Vgl. dazu Bork, S. 129, Fn. 5; Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 659, Rn. 41.

¹⁰⁰ Vgl. Staudinger-Sack, § 134 BGB, Rn. 30 f.

¹⁰¹ Vgl. MÜKO-MayerMaly, § 134 BGB, Rn. 40; a.A.: Palandt-Heinrichs, § 134 BGB, Rn. 7.

¹⁰² Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 52.

¹⁰³ Vgl. Staudinger-Sack, § 134 BGB, Rn. 32; MÜKO-MayerMaly, § 134 BGB, Rn. 43 f.

¹⁰⁴ Vgl. MÜKO-MayerMaly, § 134 BGB, Rn. 41 f.

¹⁰⁵ Staudinger-Sack, § 134 BGB, Rn. 31.

¹⁰⁶ Staudinger-Sack, § 134 BGB, Rn. 65.

¹⁰⁷ Palandt-Heinrichs, § 134 BGB, Rn. 13, iVm Überbl v § 104 BGB, Rn. 27.

daher deutlich. § 96 Abs. 1 Nr. 2 kommt als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB nicht in Betracht.

c) Fazit

Vertragliche wie gesetzliche Aufrechnungslagen werden in der Insolvenz geschützt. Dabei kann allerdings weder die Existenz, noch die Gegenseitigkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderungen zur Disposition stehen.

5. Die Durchsetzung der Aufrechnung, insbesondere die Rechtskraft des Aufrechnungsstreits

Die Aufrechnung entfaltet erst mit der Willenserklärung einer der beiden beteiligten Parteien Wirkung. Die Aufrechnungserklärung ist bedingungs- und befristungsfeindlich. Sie muß als empfangsbedürftige – allerdings nicht annahmbedürftige – Willenserklärung vor Verfahrenseröffnung dem Insolvenzschuldner, hernach dem Insolvenzverwalter zugehen.¹⁰⁸

Streitigkeiten über die Aufrechnung sind zwischen dem Insolvenzverwalter und dem aufrechnenden Insolvenzgläubiger im allgemeinen Verfahren auszutragen (§ 94).¹⁰⁹

Dem ist dann besondere Beachtung zu schenken, wenn das Bestehen der Gegenforderung streitig ist. Regelmäßig wird in solchen Fällen der Insolvenzverwalter auf Leistung der Hauptforderung zur Masse klagen.¹¹⁰ Denkbar ist aber auch, daß der Insolvenzgläubiger die streitige Gegenforderung feststellen läßt oder der Insolvenzverwalter negative Feststellungsklage erhebt.¹¹¹ Für all diese Fälle ergeben sich Folgeprobleme daraus, daß der Insolvenzgläubiger neben der Aufrechnung auch die Feststellung seiner Forderung betreiben kann – etwa um sich vorsorglich die Quote zu sichern.¹¹² Bestreitet der Verwalter nun das Bestehen der Gegenforderung und macht deren Existenz somit zum Streitgegenstand¹¹³ des

¹⁰⁸ BGH NJW 1984, S. 357, 358; Kübler/Prütting-Lüke, § 94, Rn. 70; Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 94, Rn. 31.

¹⁰⁹ Vgl. Häsemeyer, S. 370, Rn. 19.34; Kübler/Prütting-Lüke, § 94, Rn. 115.

¹¹⁰ Vgl. etwa Kübler/Prütting-Lüke, § 94, Rn. 115.

¹¹¹ Zur Zulässigkeit einer solchen Feststellungsklage vgl. Stein/Jonas-Schumann, § 256 ZPO, Rn. 88, insbes. bei Fn. 224.

¹¹² Vgl. Häsemeyer, S. 370, Rn. 19.34; ders., Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 661, Rn. 46; Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 94, Rn. 32.

¹¹³ Der Begriff des Streitgegenstands wird von der ZPO nicht definiert und ist von jeher umstritten. Nach heute ganz h.M. gilt der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff, nach dem sich der Streitgegenstand aus Klagantrag und zugehörigem Lebenssachverhalt zusammensetzt (vgl. aus der Rspr. zuletzt BGH, NJW 2000, S. 1958, 1958; Schellhammer, S. 62 f., Rn. 126 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 95 III., S. 531 ff.).

Aufrechnungsstreites,¹¹⁴ dann stellt sich in diesem Zusammenhang sowohl die Frage nach einer präjudiziellen Wirkung der Forderungsfeststellung für den Aufrechnungsstreit als auch umgekehrt die Frage nach der Rechtskraftwirkung des Aufrechnungsstreites auf das Insolvenzverfahren. Im folgenden soll dabei immer davon ausgegangen werden, daß sich die angemeldete und die zur Aufrechnung gestellte Forderung decken. Hat der Aufrechnende dagegen nur den nicht durch die Aufrechnung gedeckten Forderungsteil angemeldet, dann liegen Feststellungsverfahren und Aufrechnungsstreit verschiedene Streitgegenstände zugrunde. Rechtskraftprobleme stellen sich dann nicht.

a) Rechtskraft der Forderungsfeststellung für einen späteren Aufrechnungsstreit

In der Frage nach der präjudiziellen Wirkung der Forderungsfeststellung zur Tabelle für einen späteren Aufrechnungsstreit ist die Aufmerksamkeit auf eine länger zurückliegende Entscheidung des BGH zu lenken. Dieser entschied – allerdings nicht für die Aufrechnung, sondern für die Aussonderung –, daß die Rechtskraftwirkung einer Tabelleneintragung für die ganze Forderung wirkt.¹¹⁵ Dieser Vorstellung folgend könnte man für die verwandte Rechtsposition der Aufrechnung ebenfalls annehmen, daß mit der Feststellung der Insolvenzforderung und deren Eintragung in die Tabelle nicht nur über das Bestehen dieser Forderung als Voraussetzung des Quotenanspruchs entschieden wurde, sondern daß die Forderung auch außerhalb des Verfahrens – in materiellrechtlicher Hinsicht – festgestellt ist. Bei rein prozeßrechtlicher Betrachtung scheint dieses Ergebnis zwingend richtig, denn Gegenstand des Feststellungsverfahrens ist nicht nur die Feststellung, daß die betreffende Forderung im Verfahren verfolgbar ist (etwa zu den Vermögensansprüchen im Sinne des § 38 gehört, keine Masseforderung darstellt, etc.), sondern auch die Feststellung, daß die angemeldete Forderung nach Grund und Höhe besteht.¹¹⁶ Mit der Eintragung des Feststellungsvermerks erhält diese Feststellung Urteilswirkung gegenüber allen Beteiligten (§ 178 Abs. 3).¹¹⁷ Die Feststellung der Existenz der Forderung erwächst damit in (formelle und materielle) Rechtskraft und wäre deshalb bei einem späteren Aufrechnungsstreit zwischen einem Insolvenzgläubiger und dem Insolvenzverwalter zu berücksichtigen.

¹¹⁴ Das kann sowohl bei der Feststellungsklage, als auch bei der Leistungsklage (§ 322 Abs. 2 ZPO) der Fall sein. Bei Letzterer auch dann, wenn mit der (wegen der Aufrechnung abgewiesenen) Leistungsklage bloß das Nichtmehrbestehen der Gegenforderung entschieden ist (vgl. hierzu Stein/Jonas–Leipold, § 322 ZPO, Rn. 168 f.; Zöller–Vollkommer § 322 ZPO, Rn. 21).

¹¹⁵ BGH, WM 1961, S. 427, 429.

¹¹⁶ Vgl. Henckel, FS Michaelis, S. 151, 152, 154; Häsemeyer, S. 479, Rn. 22.03.

¹¹⁷ Vgl. auch Häsemeyer, S. 489, Rn. 22.23.

Diese Sicht der Dinge widerstreitet allerdings der in § 94 festgelegten Trennung von Insolvenzverfahren und Aufrechnung.¹¹⁸ Vor dem erklärten Grundsatz der Unabhängigkeit von Aufrechnung und Insolvenzverfahren erweist sich die präjudizielle Wirkung der Forderungsfeststellung auf einen Aufrechnungsstreit als Fremdkörper. Die Anordnung des § 94 muß sich auf die Rechtskraftwirkung des Feststellungsverfahrens auswirken.

Das ist begründbar, wenn man berücksichtigt, daß *Ziel* des Verfahrens die Zulassung zur haftungsrechtlichen Masseverteilung ist, mag auch das Bestehen der Forderung *Gegenstand* des Feststellungsverfahrens sein. Damit steht hinter der Forderungsfeststellung lediglich das Interesse des Quotenwertes und damit ein anderes und wesentlich geringeres Interesse als dasjenige, das den Aufrechnungsstreit begleitet.

Dieser Umstand bleibt nicht ohne Folgen. Wenn Widersprüche in der Praxis selten sind,¹¹⁹ dann liegt das nicht zuletzt daran, daß die Beteiligten eben nur begrenztes Interesse an der Ausschließung der Forderung von der Verteilung haben. Praktisch alle denkbaren Motive für das Nichtbestreiten lassen sich auf dieses begrenzte Interesse zurückführen: Sei es das Kostenrisiko eines Feststellungsstreites, die Befürchtung, der eigene Widerspruch ziehe den des jeweiligen anmeldenden Gläubigers gegen die eigene Forderung nach sich, oder auch bloßes Desinteresse, das einen Gläubiger nicht widersprechen läßt, immer wird die Aussicht auf eine nur geringe Anreicherung der Quote mitentscheidend sein.

Haben die Beteiligten die Forderung nicht bestritten, dann findet keine materiellrechtliche Überprüfung der Forderung mehr statt,¹²⁰ denn das Feststellungsverfahren ist bloß ein summarisches Verfahren.¹²¹ Das mangelnde Interesse führt so zu einem beachtlichen Verlust materieller Verifikation der Forderung. Es ist deswegen einsichtig, daß man die Gläubigergesamtheit an die Feststellung nicht binden kann, wenn hernach der anmeldende Gläubiger die Aufrechnung erklärt und damit der Masse einen Wert zu entziehen sucht, der den Wert der Quotendividende und damit den Wert der Feststellung weit übersteigt.

Wie verhält es sich aber, wenn Feststellungsklage nach § 179 geführt und über das Bestehen der angemeldete Forderung durch rechtskräftiges Urteil – mit Wirkung gegenüber allen Gläubigern und dem Insolvenzverwalter (§ 183 Abs. 1)¹²² – entschieden worden ist?¹²³

¹¹⁸ Vgl. auch super B. II. 1. c) cc).

¹¹⁹ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates zu § 35 RegE, abgedruckt bei *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 195.

¹²⁰ Vgl. etwa Nerlich/Römermann–Becker, § 176, Rn. 13.

¹²¹ *Häsemeyer*, S. 485, Rn. 22.13.

¹²² Vgl. auch *Häsemeyer*, S. 498, Rn. 22.40.

¹²³ Das wird regelmäßig der Fall sein, ist aber nicht selbstverständlich. Denkbar ist nämlich, daß bloß isoliert über die Verfolgbarkeit der Forderung im Verfahren gestritten wird. Über das Bestehen der Forderung ist auch dann nicht rechtskräftig entschieden, wenn die Klage auf Feststellung aus alternativen Klagegründen abgewiesen wird (vgl. *Henckel*, FS Michaelis, S. 151, 155 bei Fn. 7). Diese Konstellationen sollen aber für das Folgende außer Betracht bleiben.

Dem Interesse der Beteiligten an forensischer Überprüfung ist Genüge getan. Fraglich ist deshalb nurmehr, ob das hinter dem Feststellungsstreit stehende, geringere finanzielle Interesse allein schon Grund genug ist, um die Rechtskraftwirkung der Feststellung nicht auf den Aufrechnungsstreit durchschlagen zu lassen.

Henckel scheint das anzunehmen, denn er sieht in dem das Interesse bildenden Wert der Forderung, die Grenze der Rechtskraft.¹²⁴ Das aber ist fragwürdig, denn der Wert gehört nach zivilprozessualen Vorstellungen keineswegs zu den objektiven Grenzen der Rechtskraft,¹²⁵ sofern er nicht gerade den Streitgegenstand ausmacht. Insofern ist zwischen dem geltend gemachten Wert, der Forderungshöhe (Streitgegenstand) und dem dahinter stehenden „persönlichen“ oder umsetzbaren Wert einer Forderung (Interesse) zu unterscheiden. Der Wert begründet also grundsätzlich nur dann eine Rechtskraftgrenze, wenn er verobjektiviert zur Grundlage der Klage gemacht wird. Das subjektive Wertinteresse bleibt dagegen ein unbeachtliches Motiv.

Dahingehend hinkt der Vergleich *Henckels* mit der Teilklage, denn diese zeichnet sich im Verhältnis zur Klage auf den anderen Teil gerade dadurch aus, daß ein anderer Forderungswert, ja sogar ein anderer Forderungsteil geltend gemacht wird.¹²⁶ Grundlage der Verteilung ist aber die ganze Forderung. Diese wird daher in voller Höhe zum Gegenstand der Feststellung gemacht. Der Wert/Streitgegenstand entspricht damit dem in einem späteren Aufrechnungsstreit auf die ganze Forderung.

Der Wert, beziehungsweise das Wertinteresse, ist als isoliertes Schlagwort daher wenig geeignet, eine Rechtskraftgrenze zu begründen. Dennoch geht der von *Henckel* gewählte Ansatz in die richtige Richtung. Rückt man nämlich die Besonderheiten der Feststellungsklage in den Fokus dieser Fragestellung, dann wird schnell deutlich, daß das Interesse der Parteien nicht bloß ein für die Klage unbeachtliches Motiv darstellt, sondern vielmehr Klage und Streitgegenstand völlig durchdringt. So berechnet sich der Streitwert der Feststellungsklage nicht etwa nach der Forderungssumme, sondern nach der zu erwartenden Quote (§ 182) und das angerufene Gericht prüft von Amts wegen die ordnungsgemäße Anmeldung und Prüfung der Forderung als Voraussetzung des spezifischen Feststellungsinteresses, ohne das der Klage das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.¹²⁷ Es handelt sich bei der Klage auf Feststellung im Sinne des § 179 daher zwar um eine „echte“ Feststellungsklage (§ 180 Abs. 1 S. 1, § 256 ZPO)¹²⁸, doch ist diese – trotz ihres formell umfassenden Streitgegenstandes – einzig und allein auf die Feststellung der

¹²⁴ *Henckel*, FS Michaelis, S. 151, 158 ff.

¹²⁵ Vgl. zu diesen allgemein *Brox*, JuS 1962, S. 121, 122 ff.

¹²⁶ Vgl. *Eckardt*, JURA 1996, S. 624, 626.

¹²⁷ *Kübler/Prütting–Pape*, § 181 Rn. 1; *Breutigam/Blersch/Goetsch–Breutigam*, § 181, Rn. 1; *Häsemeyer*, S. 492, Rn. 22.28.

¹²⁸ *Eckardt*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 743, 772, Rn. 52.

Forderung als Berechnungsgrundlage der Masseverteilung gerichtet. Insofern kann der Streitgegenstand der Feststellungsklage nach § 179 nicht schon mit dem Blick auf den Gegenstand der Feststellung bestimmt werden, sondern ist unter Berücksichtigung des insolvenzspezifischen Zwecks, der hinter dem gesamten Feststellungsverfahren und der Feststellungsklage steht, festzustellen.

Kann das besondere Interesse dabei nicht dem Klagantrag entnommen werden, ist insofern neben dem formellen Antrag (Feststellung der Existenz einer Forderung...) auch dessen materieller Gehalt (...als Voraussetzung des Quotenanspruchs) zu berücksichtigen. Tatsächlich findet das materielle Begehren sogar häufig Niederschlag im Klagantrag, denn es ist nicht unüblich, daß dieser auf Feststellung der Forderung „zur Tabelle“ gerichtet ist.¹²⁹ Auch findet sich im Urteilstenor bisweilen eine entsprechende Formulierung.

Der Streitgegenstand des Feststellungsstreites umfaßt die Feststellung der angemeldeten Forderung daher nur als Voraussetzung der Tabelleneintragung.¹³⁰

Es macht für die Untersuchung der Rechtskraft des Feststellungsverfahrens damit keinen Unterschied, ob die angemeldete Forderung durch den Feststellungsstreit einer materiellrechtlichen Überprüfung unterzogen worden ist oder nicht. Der Feststellungsstreit ist lediglich auf die Feststellung der angemeldeten Forderung als Voraussetzung der Tabelleneintragung gerichtet und entfaltet im Hinblick auf einen Aufrechnungsstreit keine Rechtskraftwirkung.¹³¹

b) Rechtskraft eines vorherigen, rechtskräftig entschiedenen Aufrechnungsstreites

Umgekehrt ist zu untersuchen, welche Rechtskraftwirkung dem Urteil im Aufrechnungsstreit für das weitere Verfahren zuzumessen ist.

Zunächst muß auch derjenige Insolvenzgläubiger, der über eine titulierte Forderung verfügt, wie alle anderen Gläubiger am Feststellungsverfahren teilnehmen, will er an der Verteilung partizipieren. Die materielle Rechtskraft eines früheren Urteils hat hier keine Bedeutung. Zwar ist die Rechtskraft von allen ordentlichen Gerichten von Amts wegen bei der Prüfung von Rechtsfragen zu berücksichtigen,¹³² doch findet eine solche Prüfung im Feststellungsverfahren nicht statt. Das Gericht beurkundet hier lediglich die Anerkennung der Forderung

¹²⁹ Eckardt, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 743, 772, Rn. 52.

¹³⁰ Eckardt, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 743, 772, Rn. 53, geht noch weiter und erklärt gleich die Feststellung des subjektiven Haftungsrechts des Gläubigers zum Streitgegenstand. Das ist wohl zu frei, denn damit wird die Feststellung der Existenz der angemeldeten Forderung zur bloßen Vorfrage des Urteils.

¹³¹ Vgl. Henckel, FS Michaelis, S. 151, 157 ff. – allerdings für die, insoweit vergleichbare, Situation des Absonderungsstreits; Häsemeyer, S. 370, Rn. 19.34 mit Rn. 18.76, 18.73; Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch, § 94, Rn. 10; Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 94, Rn. 3.

¹³² Vgl. Zöller-Vollkommer, Vor § 322 ZPO; Rn. 20.

durch die Gläubigerschaft, hat aber keine eigene materielle Prüfungskompetenz.¹³³ Die „Prüfung“ im Sinne des § 176 S. 1 ist, bedingt durch die Notwendigkeit einer schnellen und kostengünstigen Entscheidung über die angemeldete Forderung,¹³⁴ bloß summarischer Natur. Untersucht wird das Bestreiten oder Nichtbestreiten, nicht aber der materiellrechtliche Bestand der angemeldeten Forderung.¹³⁵ Das Feststellungsverfahren überträgt die Prüfung des Anspruches den Verfahrensbeteiligten. Es unterstellt damit die Feststellung des Anspruches für das Verfahren allein deren Disposition.

Die Rechtskraftwirkung des Aufrechnungsstreites zeigt sich daher erst dann, wenn Widerspruch eingelegt und darauffolgend Klage erhoben wird. Im Rahmen dieser Klage ist es von entscheidender Bedeutung, ob die streitige Forderung bereits tituliert war. Ist das nämlich der Fall, so trägt der widersprechende Gläubiger oder Insolvenzverwalter wegen des bestehenden Titels nicht nur die Last der Verfolgung des Widerspruchs (Fall der Rechtskrafterstreckung auf Dritte § 179 Abs. 2), er kann zudem seinen Widerspruch nur mit den Mitteln verteidigen, die ihm gegen ein rechtskräftiges Urteil zur Verfügung stünden, also nur mit der Nichtigkeits-, Restitutions- und Vollstreckungsgegenklage.¹³⁶

Ist kein Widerspruch erhoben worden, so nimmt die angemeldete Forderung allerdings unbeschadet einer vorherigen rechtskräftigen Feststellung des Nichtbestehens an der Verteilung teil. Insofern suspendiert das Feststellungsverfahren die Rechtskraft eines entgegenstehenden Urteils.

Der Aufrechnende kann freilich – unabhängig davon, ob Widerspruch erhoben wurde oder nicht – immer nur in Höhe seines Ausfalls, also des nicht durch die Aufrechnung gedeckten und erloschenen Forderungsteils, an der Verteilung teilnehmen. Vom Ergebnis her ist das selbstverständlich, findet im Gesetz allerdings keine Beachtung. Wie bisher findet sich eine entsprechende Regelung bloß für den Absonderungsberechtigten (§190). Man wird sich daher auf den Standpunkt zu stellen haben, daß der Insolvenzverwalter, dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung verpflichtet, bei der Masseverteilung nur den Ausfall des Aufrechnenden berücksichtigen darf und muß.¹³⁷

¹³³ Häsemeyer, S. 486, Rn. 22.15.

¹³⁴ Vgl. Häsemeyer, S. 478, Rn. 22.02.

¹³⁵ Nerlich/Römermann–Becker, § 176, Rn. 13.

¹³⁶ Vgl. etwa Gaul, FS Weber, S. 155, 155.

¹³⁷ Vgl. Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 661 f., Rn. 47; ders., KTS 1982, S. 507, 566; Kübler/Prütting–Lüke, § 94, Rn. 109 f.; Diekmann, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 211, 234; Adam, WM 1998, S. 801, 806 für § 52 S. 2 analog.

c) Exkurs: Vollstreckung gegen den Schuldner nach Verfahrensaufhebung

Ergänzend sei noch auf die Wechselwirkung von Aufrechnungsstreit und Urteilswirkung des Tabelleneintrages (§ 201 Abs. 2 S. 1) eingegangen.

Nach Verfahrensaufhebung stellt der unwidersprochene Tabelleneintrag einen vollstreckungsfähigen Titel dar (§ 201 Abs. 2 S. 1). Hier gilt, daß ein früherer, gleichlautender Titel seine Rechtskraft verliert und durch den Tabelleneintrag aufgezehrt wird.¹³⁸ Das ist sinnvoll, da der vor Verfahrenseröffnung erlangte Titel ohnehin, nämlich jedenfalls in Höhe der erlangten Quotendividende, als überholt angesehen werden muß.

Ist durch den Aufrechnungsstreit allerdings rechtskräftig entschieden worden, daß die Gegenforderung nicht (oder nicht mehr) besteht, dann entsteht durch die Tabelleneintragung die unglückliche Situation zweier, einander widersprechender, rechtskräftiger Urteile. Dabei entfaltet der Tabelleneintrag als zweites rechtskräftiges Urteil grundsätzlich volle Rechtskraft.¹³⁹

Dem konnte der Insolvenzschuldner schon während des Feststellungsverfahrens durch Widerspruch vorbeugen. Will der Gläubiger, trotz des Widerspruchs, aus der Forderung gegen den Schuldner vorgehen, so muß er, um den Widerspruch zu beseitigen, auf Feststellung klagen (§ 184) und innerhalb dieser Klage die entgegenstehende Rechtskraft des Aufrechnungsstreites fürchten. Hat der Schuldner die Möglichkeit des Widerspruch nicht genutzt, kann er wegen der Präklusionswirkung des Feststellungsverfahrens nicht mehr im Wege der Vollstreckungsgegenklage gegen die Vollstreckung aus der Tabelleneintragung vorgehen (§ 767 Abs. 2 ZPO); allenfalls wäre zu erwägen, ihn im Wege der Restitutionsklage nach § 580 Nr. 7 a ZPO vorgehen zu lassen.¹⁴⁰

d) Fazit

Die Rechtskraft des Feststellungsverfahrens erstreckt sich nicht auf einen etwaigen Aufrechnungsstreit. Umgekehrt kommt die Rechtskraft des Aufrechnungsstreites für die Feststellung nur dann zum Tragen, wenn innerhalb des Insolvenzverfahrens eine forensische Überprüfung der angemeldeten Forderung erfolgt.

¹³⁸ Vgl. Kübler/Prütting–Holzer, § 201, Rn. 17 f. mwN. Einzelheiten sind hier streitig, vgl. auch Gaul, FS Weber, S.155 ff., der sich wohl am intensivsten mit dieser Frage auseinandergesetzt hat.

¹³⁹ Vgl. Stein/Jonas–Leipold, § 322 ZPO, Rn. 226; vgl. auch Zöller–Vollkommer, Vor § 322 ZPO, Rn. 78, die Tabelleneintragung ist nicht unter Verstoß des ersten Titels zustande gekommen, vielmehr gestattet die Insolvenzordnung ja gerade die Feststellung ohne Berücksichtigung der materiellen oder prozessualen Rechtslage.

¹⁴⁰ Dies allenfalls *analog* § 580 Nr. 7a ZPO, denn die insolvenzbedingte Situation unterscheidet sich von der eines kollidierenden Urteils erheblich. Letzteres entsteht nämlich unter Mißachtung der entgegenstehenden Rechtskraft, also rechtswidrig, wogegen die Insolvenzordnung Tabelleneintrag und nachherige Vollstreckung gerade gestattet, mithin rechtmäßig. Generell wird man überlegen müssen, ob man die Restitutionsklage wegen der verstrichenen Widerspruchsmöglichkeit überhaupt zulassen will.

6. Zwischenergebnis

§ 94 erhält den Insolvenzgläubigern ihre ursprüngliche Aufrechnungsbefugnis und befreit sie vom weiteren Verfahren. Die Norm gewährt den Insolvenzgläubigern auf diese Weise eine, den aussonderungsberechtigten Gläubigern vergleichbare, autarke Rechtsposition und sichert ihnen volle Befriedigung zu. Gleichzeitig bestimmt die Norm den Anwendungsbereich der Aufrechnungsregeln in personeller, temporärer und sachlicher Hinsicht und regelt damit die Grundvoraussetzungen der Insolvenzaufrechnung.

Primäradressat der Aufrechnungsregeln ist der Insolvenzgläubiger (§ 38). Von diesem Begriff sind weder solche Gläubiger umfaßt, die mit einer Quotenforderung aufrechnen noch die Gläubiger einer Masseverbindlichkeit. Soweit letztere in der Massearmut allerdings nur anteilige Befriedigung erfahren, sind sie entsprechend den §§ 94 bis 96 zu behandeln. Der Insolvenzverwalter ist nicht Adressat der Aufrechnungsregeln. Er ist in seiner Verfügungsbefugnis über die Masse nicht beschränkt und nur durch seine insolvenzspezifischen Pflichten gebunden.

Schutzobjekte des § 94 sind gesetzliche und vertragliche Aufrechnungslagen. Letztere führen allerdings nur dann zu einer Aufrechnungsmöglichkeit, wenn die Gegenseitigkeit und beiderseitige Existenz der zur Aufrechnung gestellten Forderungen gegeben ist.

Dabei erklärt sich § 94 weder zu den Rechtsfolgen der Aufrechnung noch zu deren Durchsetzung. Insofern ist das BGB einschlägig. Streitigkeiten sind im allgemeinen Zivilprozeß auszutragen. Der Grundsatz, daß die Aufrechnung vom weiteren Insolvenzverfahren nicht betroffen wird, gilt auch hier.

III. Werdende Aufrechnungslagen, § 95 Abs. 1

1. Allgemeines

§ 95 Abs. 1 liegt der Gedanke zugrunde, daß das Vertrauen des Insolvenzgläubigers auf die Entstehung einer Aufrechnungslage, die der Schuldner nicht mehr verhindern kann, schutzwürdig ist.¹ Die Norm gestattet die Aufrechnung zwar erst dann, wenn die zur Aufrechnung gestellten Forderungen durchsetzbar und gleichartig geworden sind, sieht aber davon ab, die Fälligkeit, Unbedingtheit oder Gleichartigkeit der beteiligten Forderungen zur Zeit der Verfahrenseröffnung zu verlangen.² Der Gesetzgeber verengt die Voraussetzungen des insolvenzrechtlichen Aufrechnungsschutzes damit auf die Existenz und Gegenseitigkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderungen. Die fehlende Durchsetzbarkeit oder Gleichartigkeit der Forderungen wird demgegenüber zum bloßen „Hindernis“ der Aufrechnung.³

Die Regelung beinhaltet zwei wesentliche Einschnitte im Vergleich zur konkursrechtlichen Rechtslage:

Die Vorgängernorm des § 54 KO hatte die der erleichterten Forderungsanmeldung dienenden §§ 65, 69 und 70 KO (= §§ 41, 45, 46) im Rahmen der Aufrechnung für anwendbar erklärt und so Ungereimtheiten in Kauf genommen wie etwa die Rechtsfolge, daß zwar der Gläubiger einer Individualleistung diese umrechnen und damit aufrechnen konnte, nicht aber der Schuldner einer Individualleistung.⁴ § 95 Abs. 1 S. 2 erklärt jetzt die §§ 41, 45 für unanwendbar und führt die Durchsetzbarkeit und den Schutz der Aufrechnungslage damit auf zivilrechtliches Niveau zurück.

Wichtiger noch ist die Regelung des § 95 Abs. 1 S. 3, die dem Gläubiger die Aufrechnung dann nicht gestattet, wenn die Gegenforderung später als die Hauptforderung fällig, unbedingt oder gleichartig⁵ wird. Diese Norm, die ihr Vorbild in den zivilrechtlichen Vertrauensschutztatbeständen der §§ 392, 406 BGB findet,⁶ verschärft das Aufrechnungsrecht deutlich und wird realiter einen Großteil der Aufrechnungslagen

¹ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 107, S. 141.

² Vgl. Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch, § 95, Rn. 3; Nerlich/Römermann–Wittkowski, § 95, Rn. 2; Smid–Smid, § 95, Rn. 1. Beachtet sei schon hier, daß allein Kübler/Prütting–Lüke, § 95, Rn. 5 konsequent im Hinblick auf die gesetzliche Bedingung formuliert und statt begründeter Forderung von „im Grunde angelegt“ spricht.

³ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 107, S. 141.

⁴ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 107, S. 140 f.; Kübler/Prütting–Lüke, § 95, Rn. 3 f.

⁵ Vgl. MÜKO/InsO–Brandes, § 95, Rn. 33 mwN.

⁶ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 107, S. 141; Kübler/Prütting–Lüke, § 95 Rn. 5; Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch, § 95, Rn. 3; Nerlich/Römermann–Wittkowski, § 95, Rn. 1.

beseitigen.⁷ § 95 Abs. 1 S. 3 ist der Sache nach den Aufrechnungsverboten verwandt.⁸ Die systematische Stellung der Norm ist dennoch berechtigt, denn sie betrifft und beschränkt ausschließlich die Schutzerweiterungen des § 95 Abs. 1 S. 1.

Mit einer existenten, aber noch nicht fälligen, unbedingten oder auf gleichartige Leistung gerichteten Gegenforderung kann im Insolvenzverfahren damit grundsätzlich aufgerechnet werden; allerdings *erst* dann, wenn die Forderung durchsetzbar oder gleichartig wird, und *nur* dann, wenn nicht die Hauptforderung schon vor der Gegenforderung fällig, unbedingt oder gleichartig wurde oder war.

2. Bedingte Forderung, § 95 Abs. 1 S. 1, 1. Fall

a) Grundsätzliches

Der Schutz bedingter Aufrechnungslagen erklärt sich aus der rechtlichen Wirkung der Bedingung. Anders als die Tatbestandsmerkmale eines Rechtsgeschäftes oder gesetzlichen Entstehungstatbestandes nimmt die Bedingung keinen Einfluß auf die Entstehung des Rechtsverhältnisses, sondern macht allein dessen Rechtswirkungen von einem zukünftigen Ereignis abhängig⁹ und setzt damit die Präexistenz des Rechtsverhältnisses gerade voraus. An diesen Umstand schließt sich der von § 95 Abs. 1 S. 1 gewährte Vertrauensschutz an.

Die Vorschrift hat allerdings unter diesem Aspekt Kritik erfahren: Die Bedingung als zukünftiges ungewisses Ereignis erweise sich als ungeeigneter Anknüpfungspunkt. Berechtigtes Vertrauen, zumal dieses sich nicht nur auf den Bedingungseintritt an sich, sondern auch darauf beziehen müsse, daß die Gegenforderung vor der Hauptforderung unbedingt wird (§ 95 Abs. 1 S. 3), werde im Regelfall fehlen.¹⁰

Diese Auffassung scheint indessen dem Begriff der Ungewißheit eine zu enge Bedeutung beizumessen. Ungewiß ist nicht etwa nur ein zufälliges Ereignis. Vielmehr kann es sich um ein Ereignis handeln – und in dem auf Regelmäßigkeit und Sicherheit bedachten Geschäftsverkehr wird das sogar der Normalfall sein –, auf das die Parteien Einfluß haben.

⁷ Vgl. etwa *vOlshausen*, KTS 2000, S. 1, 1ff., für den Regreß des Bürgen oder Wechseleinlösers.

⁸ *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, § 50 III., S. 235.

⁹ OLG Frankfurt, JZ 1958, S. 404, 404; *Enneccerus-Nipperdey*, § 145 B. 3., S. 906; *Larenz/Wolf*, § 50, S. 944, Rn. 1; *Flume*, § 38 1. c), S. 680; *Staudinger-Bork*, Vorbem zu §§ 158 ff. BGB, Rn. 6; *Erman-Hefermehl* Vorbemerkung § 158 Rn. 1.

¹⁰ Vgl. *Kübler/Prütting-Lüke*, § 95, Rn. 17; *MÜKO/InsO-Brandes*, § 95, Rn. 9; enger noch *Adam*, WM 1998, S. 801, 803.

Dies kann insbesondere eine Parteihandlung sein,¹¹ wie etwa die vollständige Kaufpreiszahlung beim Ratenkauf.

Erkennt man solche Bedingungen als Regelfall an, erweist sich der gewährte Vertrauensschutz als unbedenklich. Hat nämlich die aufrechnende Partei (zumindest auch) die Möglichkeit, das Ob und Wann des Bedingungseintritts zu bestimmen, so kann sie ohne weiteres auf die sich anschließende Aufrechnungslage vertrauen. Hat dagegen ausschließlich die Gegenpartei Einfluß auf den Bedingungseintritt, so sind ebenfalls keine unbilligen Ergebnisse zu befürchten. Denn das hieße, daß nach Verfahrenseröffnung der Insolvenzverwalter den Zeitpunkt des Bedingungseintritts wählen kann und so die Masse über § 95 Abs. 1 S. 3 zu schützen vermag. Damit ist der Regelfall, jedenfalls nach der Verschärfung durch § 95 Abs. 1 S. 3 nicht mehr zu beanstanden.

Ganz grundsätzlich ist dabei festzuhalten, daß dem Begriff des Vertrauensschutzes mit Vorsicht zu begegnen ist. § 95 Abs. 1 fragt weder nach Vertrauen noch nach Kenntnis noch nach einem anderen subjektiven Merkmal. Der gewährte Schutz, mag er teleologisch auch das regelmäßige Vertrauen des Aufrechnenden im Blick haben, beurteilt sich tatbestandlich ausschließlich nach objektiven Merkmalen.¹² § 95 Abs. 1 legt auf diese Weise eo ipso fest, in welchen Konstellationen verobjektivierten Vertrauens (generell) Schutz zu gewähren ist. Von im Einzelfall fehlendem Vertrauen kann daher allenfalls indirekt auf die Anwendung der Norm Rückschluß gezogen werden.

b) Aufschiebende und auflösende Bedingungen

Nur die aufschiebend bedingten Forderungen sind von § 95 Abs. 1 betroffen. Gegen und mit auflösend bedingten Forderungen kann dagegen sofort aufgerechnet werden. Das ergibt sich sowohl nach zivilrechtlichen Grundsätzen als auch durch die Ausklammerung des § 42 von den in § 95 genannten, unanwendbaren Vorschriften.¹³

¹¹ Vgl. *Pickart*, FS Carl Heymanns Verlag, S. 179, 179; *Staudinger–Bork*, Vorbem zu §§ 158 ff. BGB, Rn. 5 mwN.

¹² Vgl. *Windel*, KTS 2000, S. 215, 224 f., zur Frage inwiefern Vertrauensschutz überhaupt zur Begründung des Aufrechnungsschutzes geeignet ist. *Adam*, WM 1998, S. 801, 803 hält den Begriff des Vertrauensschutzes gar für „diffus“.

¹³ Vgl. *Nerlich/Römermann–Wittkowski*, § 95, Rn. 6; *Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch*, § 95, Rn. 4. *Kübler/Prütting–Lüke*, § 95, Rn. 34 hält dagegen § 42 für unanwendbar und wendet ausschließlich zivilrechtliche Grundsätze an. Im Hinblick auf den systematischen Zusammenhang der §§ 41, 42, 45 und den Wortlaut des § 66 KO, der keine inhaltlich Modifikation erfahren sollte (RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 49, S. 124), ist das aber wohl zu feinsinnig.

c) Parteibedingung, Rechtsbedingung und gesetzliche Bedingung

Seit dem römischen Recht sind neben den privatautonom vereinbarten echten Bedingungen, den *condiciones facti*, auch die Rechtsbedingungen¹⁴ begrifflich bekannt.¹⁵ Dennoch herrschte lange Zeit keine Einigkeit über diesen Terminus. So stellte *Egert* noch 1974 fest: „die Kernfrage nach dem Wesen der von Rechts wegen bestehenden Bedingtheit des Geschäfts und nach der Abgrenzung und dem wirklichen Anwendungsbereich der Rechtsbedingung (ist) noch nicht gelöst“¹⁶. Es mag daran liegen, daß „die Frage der Rechtsbedingung seit jeher eine der dunkelsten des Privatrechtes gewesen ist“¹⁷, daß die insolvenzrechtliche Lehre sich über die Rechtsbedingung völlig ausschweigt und statt dessen einen weiteren Begriff unter die Bedingung im Sinne des § 95 Abs. 1 subsumieren will. Gemeint ist der vom BGH erstmalig 1954 aufgegriffene Terminus der gesetzlichen Bedingung.¹⁸

aa) *condicio iuris*

Zunächst soll kurz behandelt werden, welchen Inhalt der Rechtsbegriff der *condicio iuris* hat. Dies weniger wegen der langwährenden Definitionsschwierigkeiten dieser Rechtsfigur als vielmehr aufgrund der notwendigen Abgrenzung zum nachfolgend behandelten Begriff der gesetzlichen Bedingung.

Es ist das Verdienst von *Oertmann*¹⁹ und *Egert*²⁰, daß, zwischen den Bestandteilen des Rechtsgeschäfts und den Voraussetzungen seiner Wirksamkeit differenzierend, der Inhalt des Begriffes der Rechtsbedingung mittlerweile zu den gesicherten Erkenntnissen der Rechtslehre gezählt werden kann. Anerkannt ist, daß die Rechtsbedingung wie die Parteibedingung allein auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes gerichtet ist²¹ und damit, gleich dieser, die Präexistenz des Rechtsverhältnisses voraussetzt.²² Ferner stellt sie ebenfalls tatbestandlich auf ein zukünftiges ungewisses Ereignis ab.²³ Der wesentliche Unterschied zwischen *condicio iuris* und *condicio facti* ist allein in dem Umstand zu sehen,

¹⁴ Diese werden z.T. auch als Gesetzesbedingungen (etwa *Egert*, S. 2) bezeichnet. Im folgenden wird wegen der leichteren Unterscheidung vom Begriff der gesetzlichen Bedingung nur von Rechtsbedingung oder *conditio iuris* die Rede sein.

¹⁵ Vgl. *Staudinger–Bork*, Vorbem zu §§ 158 ff. BGB, Rn. 22.

¹⁶ *Egert*, S. 4.

¹⁷ *Egert*, S. 4.

¹⁸ BGHZ 15, S. 333, 335; vorher RG LZ 1911, S. 635, 635. Auch taucht der Begriff in den Motiven zu KO auf (Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung, S. 280, abgedruckt bei *Hahn*, S. 260).

¹⁹ *Oertmann*, Die Rechtsbedingung, 1924. Vgl. zur bis dahin dünnen Literaturlage *Egert*, S. 4.

²⁰ *Egert*, Die Rechtsbedingung im System des bürgerlichen Rechts, 1974.

²¹ *Nipperdey*, § 194 II. 2. a), S. 1186 f.; *Staudinger–Bork*, Vorbem zu §§ 158 ff. BGB, Rn. 23; *MÜKO–Westermann*, § 158 BGB, Rn. 1; *Soergel–Wolf*, Vor § 158 BGB, Rn. 8; *Larenz/Wolf*, § 50, S. 948, Rn. 23; *Pflug*, S. 45 ff.; *Oertmann*, S. 28; *Egert*, S. 32 f.; *Knorr*, S. 11, 12; *Schießer*, S. 33 f.

²² *Egert*, S. 33.

²³ Vgl. *Soergel–Wolf*, Vor § 158 BGB, Rn. 7; *Larenz/Wolf*, § 50, S. 948, Rn. 23; *Egert*, S. 32.

daß erstere unabhängig vom Parteiwillen auf dem Willen des Gesetzes beruht, wogegen letztere ausschließlich aus dem Parteiwillen resultiert.²⁴

Bei dieser engen Tatbestandlichkeit bleiben nur wenige Fallgruppen rechtsbedingter Forderungen übrig: zuvorderst die genehmigungsbedürftigen Verträge, das Versprechen einer unmöglichen oder unbestimmten Leistung, das formungültige Versprechen sowie unter besonderen, engen Voraussetzungen, die Auslobung.²⁵

Daß – anders als im Zivilrecht²⁶ – die Aufrechnungsregelungen für die *condicio facti* gleich wie für die *condicio iuris* gelten sollen, zeigen die Motive zur Konkursordnung²⁷: „Mag man das Rechtsgeschäft oder das gewollte Rechtsverhältnis für bedingt halten, und mag der eintretenden Bedingung rückwirkende Kraft beigelegt werden oder nicht,⁽²⁸⁾ der bedingte Gläubiger hat schon zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens einen begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner ... auch bei den letztwillig und den gesetzlich bedingten Ansprüchen ist Schuld oder Nichtschuld nur noch von dem Ereignis abhängig“.

Zu bemerken ist allerdings, daß die Motive hier nicht mehr mit der heute herrschenden Bedingungslehre übereinstimmen, wenn sie davon ausgehen, daß „solange die Bedingung noch schwebt, ...die Forderung auf den bedingt geschuldeten Gegenstand noch nicht *entstanden* (ist)²⁹. Daß der Bedingung – *conditio iuris* wie *conditio facti* – hier forderungsbegründende Wirkung zugeschrieben wird liegt indes daran, daß vor Einführung des BGB weder eine bewußte Trennung von Wirkung und Existenz des Rechtsgeschäftes noch eine einheitliche Terminologie im Hinblick auf die Bedingungswirkung existierte.³⁰ Dieses überholte Verständnis der Motive schadet aber nicht, da deren hier relevante Aussage – die Gleichbehandlung der rechtlichen und der rechtsgeschäftlichen Bedingung im Hinblick auf das Konkursverfahren aufgrund ihrer übereinstimmenden Rechtsfolgen – trotz des gewandelten Verständnisses von den Rechtswirkungen der Bedingung auch nach heutiger Betrachtung noch zutreffen.

²⁴ Vgl. Soergel–Wolf, Vor § 158 BGB Rn. 8.

²⁵ Vgl. Egert, S. 127 ff.

²⁶ Hier wird genau zwischen den Bedingungsarten differenziert (vgl. Staudinger–Bork, Vorbem zu §§ 158 ff. BGB, Rn. 22, 24; Palandt–Heinrichs, Einf v § 158 BGB, Rn. 5; MÜKO–Westermann, § 158 BGB, Rn. 54; Flume, § 38 1. c), S. 680; Enneccerus–Nipperdey, § 194 II. 2., S. 1186) dies allerdings nicht zuletzt deshalb, weil es für die *condicio iuris*, etwa mit den §§ 184 ff., spezielle Regeln gibt.

²⁷ Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung, S. 280, abgedruckt bei Hahn, S. 260; Klammerzusatz durch den Verfasser.

²⁸ Vgl. auch Egert, S. 92 f.

²⁹ Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung S. 280, abgedruckt bei Hahn, S. 260 – Klammerzusätze und Hervorhebungen durch den Verfasser.

³⁰ §§ 101, 104 ALR: Vollendung der Erwerbung des Rechts / Wiederaufhören der Wirkung der Willenserklärung / § 108 sächs. GB: Vollendung / Aufhebung des Rechtsgeschäfts / I, 34, 36 bayer. Entw.: Beginn / Ende der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts / IV 1. Art 88, 90 hess. Entw.: Aufheben / Wiederauflösen des Daseins des Rechtsgeschäfts / 92 dresd. Entw.: Eintritt / Aufhören des Rechtsverhältnisses. Alle abgedruckt bei Mugdan, Band I, zu §§ 128, 129, S. 492. Vgl. auch Schießer, S. 30 f.

bb) Gesetzliche Bedingung

Die Lehre von der Aufrechenbarkeit mit gesetzlich bedingten Forderungen hat weitestgehenden Zuspruch erhalten.³¹ Die Kritik ist dagegen vereinzelt und fallorientiert geblieben.³²

Angesichts dieses breiten Zuspruchs überrascht es, daß sich keine klare Definition dessen findet, was gesetzliche Bedingung genannt wird.³³ Schnell deutlich wird lediglich anhand der unter diesem Begriff angeführten Beispiele, daß hier nicht die *condicio iuris* gemeint sein kann. So gilt als gesetzlich bedingt der Herausgabeanspruch des Auftraggebers, der Regreßanspruch des Bürgen oder der Anspruch auf Mehrerlös bei der Verwertung von Sicherheiten, um nur einige zu nennen.³⁴

Mit Begriffsbestimmungen wie der des BGH,³⁵ daß die Bedingungen iSd § 54 KO „auch gesetzliche Voraussetzungen für das Entstehen einer Forderung umfassen“, ist zudem mehr verloren als gewonnen, da dieser Satz die Bedingung den Tatbestandsmerkmalen gleich stellt. Dieser Ansatz ist gleichwohl kein Einzelfall. Formulierungen wie „Aufschiebend bedingt im Sinne dieser Vorschrift heißt, daß im Zeitpunkt der Konkursöffnung mit Ausnahmen der Bedingung sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen müssen“³⁶ zeigen, daß diese Lehre, wenn sie von gesetzlicher Bedingung spricht, eine Art erweiterte Rechtsbedingung zu meinen scheint. Die Präexistenz der Forderung ist für diese nicht erforderlich, so daß auch künftige Forderungen, insbesondere Sekundäransprüche aus bestehenden Schuldverhältnissen, noch unter § 95 Abs. 1 S. 1 gefaßt werden. Es genüge insofern, wenn nur ein Rechtsgrund der entsprechenden Forderung bereits gelegt ist und für deren endgültige Entstehung noch zusätzliche gesetzliche Voraussetzungen erforderlich sind.³⁷ Die Präexistenz der Forderung wird damit durch die Präexistenz eines zugrundeliegenden Schuldverhältnisses ersetzt.

Bereits hier wird zweierlei deutlich. Zum einen, daß es sich bei der gesetzlichen „Bedingung“ um eine verfehlte Terminologie handelt.³⁸ Eine Bedingung mag im umgangssprachlichen, nicht aber im rechtlichen Sinne vorliegen. Zum anderen – und das wiegt schwerer – daß das mit dieser Umetikettierung erreichte Ergebnis der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung

³¹ Vgl. BGHZ 15, S. 333, 335; BGH ZIP 1990, S. 53, 55; BGH ZIP 1994, S. 714, 715; BGHZ 71, S. 380, 385; BGH ZIP 1988, 1545, 1546; *Kuhn/Uhlenbruck*, § 54 KO, Rn. 5 ff.; *Jaeger/Lent*, § 54 KO, Rn. 9; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 95, Rn. 18; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 95, Rn. 4.

³² Vgl. *Hanisch*, S. 102 f., 107; *Münch*, EWiR 1994, S. 591, 592; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht, § 16, S. 208, Rn. 16.10; *Häsemeyer*, in *Kölner Schrift*, S. 645, 652, Rn. 20; *ders.*, S. 366, Rn. 19.24.

³³ Das stellt auch *Schießer*, S. 39 a.E. f., fest.

³⁴ Vgl. für diese und weitere *Kuhn/Uhlenbruck*, § 54 KO, Rn. 5a – 6d; BGH ZIP 1994, S. 714, 715; *Münch*, EWiR 1994, S. 591, 591 f.

³⁵ BGH ZIP 1994, S. 714, 715.

³⁶ BGH ZIP 1990, S. 53, 55; vgl. auch *MÜKO/InsO-Brandes*, § 95, Rn. 10: „Er (der Begriff der Bedingung iSd § 95 – Anm. d Verf.) umfasst auch die gesetzlichen Voraussetzungen für das Entstehen einer Forderung“.

³⁷ BGH ZIP 1994, S. 714, 715; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 95, Rn. 4.

deutlich widerspricht. Es ist bereits einleitend festgehalten worden, daß die Existenz der Forderung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung Grundvoraussetzung des insolvenzrechtlichen Aufrechnungsschutzes ist. Dieser Grundsatz wird verletzt, wenn im Bereich der gesetzlichen Bedingung die Präexistenz der Forderung entbehrlich wird. Dieser Bruch mit der Konzeption der §§ 94 ff. wird auch nicht dadurch gemildert, daß für die gesetzliche Bedingung ein schon vor der Verfahrenseröffnung bestehendes Schuldverhältnis verlangt wird, denn dieses kann die Präexistenz der Forderung weder ersetzen noch begründen. Insofern waren schon die Materialien zur Konkursordnung eindeutig:³⁹ „Ein wesentliches Erfordernis für die Zulassung der Forderungen zum Konkursverfahren ist aber ... das Bestehen der Forderung, nicht bloß des Schuldverhältnisses, zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens.“ Dieser Ausspruch des Konkursgesetzgebers betrifft zwar, auf die Gegenwart gemünzt, § 38 und nicht § 95 Abs. 1, doch hat die Aussage, daß ein präexistentes (Grund-)Rechtsverhältnis und die präexistente Forderung keinesfalls einander gleichzusetzen sind, generelles Gewicht und ist auch für das Aufrechnungsrecht relevant.

Die herrschende Ansicht krankt zudem noch an ihrer unbestimmten Tragweite. Denn indem sie mit ihrem Vorgehen den Ausspruch *Oertmanns*, daß „die Scheidung dieser (der Tatbestandsstücke) von den Wirksamkeitsvoraussetzungen das oberste Erfordernis um einen brauchbaren Begriff von der Rechtsbedingung zu gewinnen (ist)“⁴⁰, ignoriert, macht sie im Grunde genommen ein jeweiliges Tatbestandsmerkmal zur Bedingung für das Vorhergehende. Konsequenterweise angewendet würde dadurch etwa die Annahme zur gesetzlichen Bedingung des Angebots. Selbst wenn man als begrenzendes Merkmal die Präexistenz eines zugrundeliegenden Schuldverhältnisses verlangt, würde der Kreis der aufrechnungsbefugten Gläubiger unabsehbar groß werden. Daß deshalb im Ergebnis eine Begrenzung der denkbaren Fallkonstellationen unumgänglich ist, erkennen sogar die Befürworter der Bedingungslehre.⁴¹ Wo und auf welcher Grundlage die Grenze von gesetzlicher Bedingung und Tatbestandsmerkmal zu ziehen ist, bleibt aber völlig unklar.

Eine Abgrenzung anhand des von *Häsemeyer* in die Diskussion eingeführten Merkmals der *Vorwirkung*⁴² hat – entgegen manchen Stimmen⁴³ – jedenfalls nicht mehr erbracht, als ein weiteres Schlagwort für die bereits bekannte Fallsammlung. Das überrascht kaum, denn eine

³⁸ Vgl. *Soergel-Wolf*, Vor § 158 BGB, Rn. 8; *Spliedt*, DZWIR 2000, S. 418, 422: „...nicht die begriffsjuristische Subsumtion, sondern die wertende Betrachtung (führt) die Feder.“; *Kilger/Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 54 KO, 4) setzt das „Bedingung“ der gesetzlichen Bedingung in Anführungszeichen.

³⁹ Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung S. 26., abgedruckt bei *Hahn*, S. 53.

⁴⁰ *Oertmann*, S. 29 – Klammerzusätze durch den Verfasser.

⁴¹ Etwa *Kübler/Prütting-Lüke*, § 95, Rn. 18.

⁴² *Häsemeyer*, S. 365, Rn. 19.10, *ders.*, *Köln*er Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 652, Rn. 20.

⁴³ Vgl. *Kübler/Prütting-Lüke*, § 95, Rn. 18; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 95, Rn. 4.

der Definition zugängliche Abgrenzung versucht *Häsemeyer*, selbst der Lehre von der gesetzlichen Bedingung wenig zugeneigt,⁴⁴ erst gar nicht vorzunehmen.

Den Grenzen der gesetzlichen Bedingung läßt sich ferner nicht durch eine Betrachtung des Verhältnisses von bedingtem Anspruch und Rechtsgrund näherkommen. Häufig stellt der gesetzlich bedingte Anspruch zwar einen speziellen Sekundäranspruch aus einem bestehenden Rechtsverhältnis dar,⁴⁵ doch kann es sich bei ihm durchaus auch um einen „unabhängigen“, bereicherungsrechtlichen Anspruch handeln.⁴⁶

Die herrschende Lehre bleibt damit eine konturierte Abgrenzung schuldig. Das schmerzt um so mehr, als sich weder in den Fallgruppen untereinander⁴⁷ noch – und das wird noch im Einzelnen zu zeigen sein⁴⁸ – innerhalb der einzelnen Fallgruppen eine klare Wertung erkennen läßt. Der Vorwurf, daß die Rechtsprechung die konturlose Weite der gesetzlichen Bedingung kalkuliert geschaffen hat, um – *petitio principii* – eine Rückwirkung da zu erreichen, wo sie billigerweise erreicht werden sollte, liegt daher nahe.⁴⁹

Obschon die herrschende Lehre sich nicht ersichtlich darauf beruft, sei aber nicht übersehen, daß hier mit anderer Begrifflichkeit nur fortgesetzt wird, was im Zivilrecht völlig anerkannt ist. Dort werden die §§ 392 und 406 BGB nach einhelliger Auffassung weit ausgelegt, so daß es für sie, statt der vom Wortlaut geforderten Existenz der Gegenforderung, schon ausreicht, wenn für diese bloß schon ein Rechtsgrund gelegt war.⁵⁰ Der Sache nach wird hier nichts anderes versucht, wenn im Rahmen der gesetzlichen Bedingung ein bestehendes Grundrechtsverhältnis ausreichend sein soll, obgleich der Wortlaut des § 95 Abs. 1 eigentlich nach einer begründeten Forderung verlangt.

Allerdings läßt sich die tatbestandliche Weite der §§ 392, 406 BGB im Hinblick auf die aufrechenbaren Vermögenslagen nicht ohne weiteres auf die Insolvenzordnung übertragen. Hintergrund der §§ 392, 406 BGB ist es, daß der Schuldner vor solchen Vorgängen auf Gläubigerseite geschützt werden soll, auf die er keinen Einfluß hat.⁵¹ Deswegen soll ihm

⁴⁴ *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 652, Rn. 20; *ders.*, S. 365, Rn. 19.24.

⁴⁵ Etwa die Ansprüche aus §§ 774, 1143, 1225 BGB oder der Anspruch aus §§ 675, 667 BGB.

⁴⁶ BGHZ 15, S. 333, 336. In Abgrenzung zu sonstigen Bereicherungsansprüchen genügte es, daß „schon damals (vor Verfahrenseröffnung) klar war, daß sie (die Anzahlung) würde zurückerstattet werden müssen“ – Klammerzusätze durch den Verfasser.

⁴⁷ Vgl. *Münch*, EWIR 1994, S. 591, 592.

⁴⁸ Vgl. sub B. IV. 2. c) aa) (II) und (III).

⁴⁹ Vgl. *Hanisch*, S. 102 f., 107; *Münch*, EWIR 1994, S. 591, 592; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht, § 16, S. 208, Rn. 16.10.

⁵⁰ Für § 392 BGB: BGH NJW 1980, S. 584, 585; Palandt–*Heinrichs*, § 392, Rn. 1; Staudinger–*Gursky*, § 392 BGB, Rn. 2, 11; MÜKO–*Schlüter*, § 392 BGB, Rn. 2.

Für § 406 BGB: BGH NJW 1980, S. 584, 585; BGH NJW 1972, S. 1193, 1194; MÜKO–*Roth*, § 406 BGB, Rn. 2, 7; RGRK–*Weber*, § 406 BGB, Rn. 11.

⁵¹ Staudinger–*Gursky*, § 392 BGB, Rn. 2.

schon bei begründeter Aussicht Vorrang vor dem die Beschlagnahme betreibenden Dritten oder Zessionar gewährt werden. Dieses Bild verändert sich jedoch völlig in der Insolvenz. Hier hat der Schuldner Einfluß auf die Verfahrenseröffnung, und zwar den gleichen wie alle anderen Insolvenzgläubiger.⁵² Er ist deshalb Mitglied der Gläubigergemeinschaft und innerhalb dieser gegenüber seinen „Mitgläubigern“ grundsätzlich gleich zu behandeln. Zur Begründung etwaiger Vorzugsrechte reicht eine bloße Aussicht nicht mehr aus.⁵³ Es ist vielmehr grundsätzlich danach zu fragen, ob schon vor Verfahrenseröffnung eine dingliche Position erlangt worden ist.⁵⁴ Insofern ist ein objektiver Vermögensniederschlag zu verlangen, wie er gerade von § 95 Abs. 1 S. 1 auch gefordert wird. Eine künftige Forderung, die sich noch in keiner Weise im Vermögen des Schuldners niedergeschlagen hat, kann deswegen keinen Schutz der späteren Aufrechnungslage begründen.

cc) Fazit

Sowohl die *conditio facti* als auch die *conditio iuris* sind aufgrund ihrer identischen Rechtswirkung auf die bedingte Forderung unter § 95 Abs. 1 S. 1, 1. Fall zu subsumieren. Die gesetzliche „Bedingung“ stellt dagegen keine Bedingung im Rechtssinne dar. Sie ist weder begrifflich noch teleologisch ohne weiteres dem § 95 Abs. 1 zuzuordnen. Die sogenannten gesetzlich bedingten Forderungen sind als nachträgliche Forderungen grundsätzlich nach § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2 zu beurteilen. Ob dennoch einzelfallbedingt zwingende Gründe dafür vorliegen, eine Rückbeziehung der Gegenforderung auf die Zeit vor Verfahrenseröffnung vorzunehmen, wird im folgenden zu behandeln sein.

3. Betagte Forderung, § 95 Abs. 1 S. 1, 2. Fall

Eine bereits entstandene, noch nicht fällige Forderung begründet ebenfalls eine geschützte Aufrechnungslage. Diese Fallgruppe werdender Aufrechnungslagen dürfte in der Praxis die größte Bedeutung haben.

Der Wortlaut des § 95 Abs. 1 S.1 greift allerdings zu weit. Er läßt vermuten, daß Fälligkeit für Haupt- und Gegenforderung zu verlangen ist. Das aber ist nicht der Fall. Im Einklang mit der zivilrechtlichen Regelung (§ 387 BGB) muß die Hauptforderung nur erfüllbar sein.⁵⁵ Durchsetzbar wird die Aufrechnungslage also bereits mit Fälligwerden der

⁵² Vgl. *Häsemeyer*, S. 36 ff., Rn. 2.24 ff, insbesondere S. 38 f., Rn. 2.26 f.

⁵³ Ähnlich wie hier argumentiert *Schießer*, S. 82 ff., 83, und kommt dabei sogar zu dem Ergebnis, daß es, anstelle der Anlehnung an § 392 BGB, besser gewesen wäre, nur die voll wirksam entstandene Aufrechnungslage in der Insolvenz zu schützen.

⁵⁴ Vgl. allgemein *Häsemeyer*, S. 33, 2.21. *Schießer*, S. 43, verlangt, daß sich die Forderung bereits „konkretisiert“ hat.

⁵⁵ Vgl. statt aller Kübler/Prütting-Lüke, § 95, Rn. 8.

Gegenforderung.⁵⁶ Wann das der Fall ist, bestimmt sich nach den vertraglichen Vereinbarungen oder den allgemeinen gesetzlichen Regeln. § 41 ist nicht anwendbar (§ 95 Abs. 1 S.2). Die Fälligkeit wird daher nicht mehr mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens fingiert.⁵⁷ Sie kann allerdings mit Verfahrenseröffnung aufgrund besonderer Anordnung eintreten (§§ 115, 116).⁵⁸

4. Ungleichartige Forderungen, § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall

Zulässig ist die Aufrechnung auch dann, wenn gegenseitige ungleichartige Forderungen nach Verfahrenseröffnung gleichartig werden. Fraglich ist dabei allerdings, welche Konstellationen von dieser Regelung überhaupt betroffen sind. Die vormals hier angesiedelten, umgerechneten Forderungen nach § 45 (= § 69 KO), entfallen jedenfalls wegen § 95 Abs. 1 S. 2.

Die Literatur führt als Fallgruppen werdender Gleichartigkeit die insolvenzspezifischen Umwandlungstatbestände, etwa § 103 Abs. 2 S. 1, die zivilrechtlichen Vertragsbruchtatbestände – gemeint sind primär die § 325 und § 326 BGB sowie die positive Forderungsverletzung – und die Regreßansprüche dritter Sicherungsgeber an.⁵⁹ Zu denken ist darüber hinaus an die Regreßansprüche unter Gesamtschuldnern und an die Gewährleistungsansprüche aus §§ 459 ff., §§ 537 ff., §§ 633 ff. BGB; weiterhin an die Forderungsumwandlung aufgrund Vertrages (§ 305, 2. Alt. BGB).

Im folgenden wird die Forderung vor ihrer Umwandlung als Individual-, nachher als Geldzahlungsanspruch bezeichnet. Diese Terminologie wird deshalb gewählt, weil sämtlichen Fällen werdender Gleichartigkeit kraft Gesetzes diese Konstellation zugrundeliegt. Vertragliche Forderungsumwandlungen werden häufig zum Zweck erleichterter Abwicklung erfolgen und haben daher regelmäßig ebenfalls die Umwandlung einer Individualforderung in einen Geldzahlungsanspruch zum Ziel. Die werdende Geldzahlungsforderung stellt mithin den Regelfall des § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall dar.

⁵⁶ Fallbildung bei Kübler/Prütting–Lüke, § 95, Rn. 9 ff.

⁵⁷ Vgl. zur vormaligen Rechtslage Kuhn/Uhlenbruck, § 54 KO, Rn. 2.

⁵⁸ Vgl. Bork, S. 131, Rn. 268.

⁵⁹ Siehe Diekmann, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 211, 226 ff.; Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 653 f., Rn. 26; Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch, § 95, Rn. 8.

a) Anwendungsbereich der Norm

§ 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall setzt, genau wie die ersten beiden Regelungsfälle des § 95 Abs. 1 S. 1, die Präexistenz der zur Aufrechnung gestellten Forderungen voraus.⁶⁰ Das ergibt sich nicht nur aus dem Regelungszusammenhang, sondern auch aus der Diktion der Norm („Sind ... die aufzurechnenden Forderungen ... noch nicht auf gleichartige Leistung gerichtet“) und der amtlichen Begründung⁶¹. Ein Unterschied zwischen den Fällen werdender Gleichartigkeit und denen werdender Unbedingtheit und Fälligkeit ist allerdings dahingehend auszumachen, daß bedingte und noch nicht fällige Forderungen im Rechtsverkehr eine gängige Erscheinung darstellen, wogegen eine Individualleistung sich nur in Ausnahmefällen in einen Geldzahlungsanspruch umwandelt. Dieser Umstand hat zu Kritik an der Regelung des § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall geführt. Der von der Norm gewährte Vertrauensschutz schlage fehl, da Individualansprüche sich nur aufgrund atypischer, kein Vertrauen begründender, Umstände in Geldforderungen verwandelten.⁶²

Diese Kritik kann schon deshalb nicht überzeugen, weil sie durchweg von einer wirklichen Bestimmung des Anwendungsbereiches der Norm absieht – ja diesen sogar kaum einmal ernsthaft diskutiert⁶³. Der von der Norm gewährte Vertrauensschutz läßt sich ohne klare Begrenzung ihres Anwendungsbereiches indes weder erkennen noch beurteilen. Vor einer Korrektur der Norm wird daher erst deren Anwendung auf die genannten Fallkonstellationen zu untersuchen sein.

Dabei demonstriert gerade der populärste Beispielfall der Kritik, die Konstellation des treuwidrigen Vertragsbruches, daß diese den Anwendungsbereich der Norm extensiver als hier vorgeschlagen interpretiert, denn die mißbräuchliche Verweigerung der Vertragserfüllung durch einen Vertragspartner des Insolvenzschuldners führt doch allemal dazu, daß der vertragliche (Individual-) Erfüllungsanspruch des Vertragspartners untergeht; sei es infolge von Unmöglichkeit (§ 275 BGB) oder infolge endgültiger Vertragsablehnung (§ 286 Abs. 2, § 326 BGB). Schon bei einer vorläufigen Betrachtung kann die dadurch entstehende (gleichartige) Schadensersatzforderung aus §§ 280, 286 Abs. 2, 325, 326 BGB oder aus positiver Forderungsverletzung iVm. § 249 BGB deshalb nur schwerlich als präexistente Forderung im Sinne des § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall verstanden werden.

⁶⁰ Vgl. statt aller *Bork*, S. 130 f., Rn. 267.

⁶¹ Hier heißt es (Begründung zu § 107 RegE InsO, BRDrucks. 1/92, S. 141), daß nur derjenige aufrechnen kann, dessen „aufzurechnende Forderungen im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung schon begründet, jedoch noch ... nicht gleichartig waren“.

⁶² Vgl. *Häsemeyer*, *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 645, 653 f., Rn. 26; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 95, Rn. 8; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 95, Rn. 36 f.; Die Kritik von *Diekmann*, *Insolvenzrecht im Umbruch*, S. 211, 226 ff., hebt dagegen wohl eher auf die Bedingungstheorie, denn auf die Regelung selber ab.

⁶³ Allein *Diekmann*, *Insolvenzrecht im Umbruch*, S. 211, 226, stellt die Frage nach dem Anwendungsbereich.

Es zeigt sich hier, daß im Rahmen des § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall zwei Konstellationen zu unterscheiden sein werden: Zum einen der Sachverhalt, daß tatsächlich nur eine einzige Forderung mit umgewandeltem Leistungsgegenstand vorliegt, mithin ein präexistentes Schuldverhältnis, das auch im und über den Zeitpunkt des Wegfalls des Aufrechnungshindernisses der fehlenden Gleichartigkeit hinaus fortbesteht (Kontinuität). Zum anderen die Sachlage, in der zwei Forderungen gegeben sind, von denen die erste, eine Individualforderung, wegen eines bestimmten Ereignisses durch eine zweite, eine Geldzahlungsforderung, ersetzt wird (Diskontinuität). Letzterenfalls ist keine Präexistenz, kein Fortbestehen der aufzurechnenden Forderung nach dem Zeitpunkt des Wegfalls des Aufrechnungshindernisses gegeben. Der „Umwandlungszeitpunkt“ stellt hier eine Zäsur im Hinblick auf die zur Aufrechnung gestellte Forderung dar, die die Anwendung von § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall ausschließt.

Die Abgrenzung zwischen diesen Fallgruppen hat unter Berücksichtigung der Identitätsgrenze zu erfolgen.⁶⁴ Fraglich ist, ob die abgeänderte Forderung mit der ursprünglichen identisch ist. Diese Abgrenzung wird nicht immer einfach sein, denn im Gegensatz zu den Kriterien der Bedingtheit und Fälligkeit, die allein die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit eines Rechtsverhältnisses betreffen, dessen Inhalt aber unberührt lassen, betrifft die Gegenseitigkeit den Leistungsgegenstand und ist damit Bestandteil des Forderungsinhaltes (§ 241 BGB). Nun ist im Leistungsinhalt zwar nicht schon die Grenze der Identität zu erkennen – das zeigt schon § 305 BGB –,⁶⁵ doch ist das Merkmal des Leistungsinhalts ein zentraler Anhaltspunkt bei der Individualisierung von Forderungen.⁶⁶ Die Forderungsexistenz wird durch den bestimmten (respektive bestimmbaren⁶⁷) Inhalt der Forderung konkretisiert. Inhalt und Existenz bilden so ein – auch abstrakt – nur schwer zu trennendes Begriffspaar. Es ist deswegen schwierig, die Kontinuität einer Forderung zu überprüfen, wenn mit dem Zeitpunkt des Wegfalls des Aufrechnungshindernisses auch ein Wechsel des Leistungsgegenstandes einhergeht.

Weiter erschwert wird die Abgrenzung dadurch, daß der Begriff der „Umwandlung“ in der Literatur nicht klar bestimmt ist und oftmals umschreibend verwendet wird.⁶⁸ Die Kontinuität der zur Aufrechnung gestellten Forderung ist daher weniger an dieser Begrifflichkeit als

⁶⁴ Vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 2 II. 1., S. 12 f.

⁶⁵ Vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 2 II. 4., S. 14.

⁶⁶ Vgl. *Staudinger-Schmidt*, Einl zu §§ 241 ff BGB, Rn. 462.

⁶⁷ Vgl. *Staudinger-Schmidt*, Einl zu §§ 241 ff BGB, Rn. 476.

⁶⁸ Vgl. *Huber*, § 35 V, S. 163.

vielmehr an der materiellrechtlichen Wirkung der jeweiligen Umwandlungstatbestände festzumachen.

Ein Anhaltspunkt für die Grenzziehung zur Diskontinuität kann dabei in der Parallele zu den Fallgruppen der Fälligkeit und Bedingtheit der Forderung gesehen werden. Beide gestatten die Aufrechnung, wenn eine existente Forderung lediglich nicht durchsetzbar ist. Diese Wertung sollte für die Gleichartigkeit übernommen werden: Wo eine Forderung gerade wegen ihrer Durchsetzung umgewandelt wird, liegt die Annahme ihrer Kontinuität nahe.

b) Fallgruppen⁶⁹

aa) Vertragsbruchtatbestände

Die Behandlung der Vertragsbruchsachverhalte ist im Ergebnis unzweifelhaft. Daß ein Insolvenzgläubiger sich durch nachträglichen Vertragsbruch – indem er treuwidrig die geschuldete Erfüllung zur Masse verweigert, Unmöglichkeit herbeiführt oder in sonstiger Weise dem Vertragspartner das Festhalten am Verträge unzumutbar macht, um gegen den Schadensersatzanspruch des Verwalters wegen der Nichterfüllung aufrechnen zu können – keine nachträgliche Deckung seiner ungesicherten Forderung verschaffen kann, ist weder unter Vertrauensschutzgesichtspunkten⁷⁰ noch nach Treu und Glauben⁷¹ zu bezweifeln.⁷²

Bestimmt man den Anwendungsbereich des § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall dabei wie vorgeschlagen, dann ergibt sich dieses Ergebnis zwanglos. Der Erfüllungsanspruch zur Masse geht nach § 275, § 326 Abs. 1 S. 2, 2. HS oder § 249⁷³ unter.⁷⁴ Der sich an den Vertragsbruch anschließende Schadensersatzanspruch wegen der Nichterfüllung nach §§ 280, 286 Abs. 2, 325, 326 BGB oder positiver Forderungsverletzung iVm. § 249 BGB entsteht erst nach Verfahrenseröffnung und stellt einen neuen, eigenständigen Anspruch dar. Demnach wäre auf Diskontinuität des nunmehr gleichartigen Anspruchs zu erkennen. Entgegen dieser Annahme findet sich allerdings bisweilen die Formulierung, daß der Erfüllungsanspruch sich in einen Schadensersatzanspruch *umwandelt*,⁷⁵ was auf Kontinuität

⁶⁹ Neben den hier aufgeführten findet sich ein weiteres Beispiel werdender Gleichartigkeit in der Forderung auf Mehrerlösauskehr nach der Verwertung eines Pfandrechts. Vgl. hierzu näher sub B. IV. 2. c) bb).

⁷⁰ Vgl. *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 653 f., Rn. 26; Nerlich/Römermann–*Wittkowski*, § 95, Rn. 8.

⁷¹ Vgl. *Kübler/Prütting–Lüke*, § 95, Rn. 36 a.E.; *Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch*, § 95, Rn. 8; *MÜKO/InsO–Brandes*, § 95, Rn. 32.

⁷² Vgl. für den umgekehrten Fall eines beabsichtigten Vertragsbruchs durch den Insolvenzverwalter sub IV. 3. d) cc) (II).

⁷³ Vgl. *Staudinger–Löwisch*, Vorbem §§ 275 ff. BGB, Rn. 49.

⁷⁴ Ebenso ein etwaiger synallagmatischer Gegenanspruch des Vertragspartners (vgl. BGH, NJW–RR 1989, S. 201, 201).

⁷⁵ *Brehm*, JZ 1974, S. 573, 573; *Fikentscher*, § 44 II. 2. a), Rn. 337; *Staudinger–Löwisch*, § 268 BGB, Rn. 66.

hinwies. Diese Darstellung von Primär- und Sekundäranspruch kann aber nicht mehr als eine bildhafte Umschreibung der Rechtslage sein.⁷⁶ Materiellrechtlich ist die Formulierung verfehlt, denn Kontinuität setzt denklogisch zwingend den Fortbestand des Primäranspruches voraus.⁷⁷

Gegen die Annahme einer Kontinuität läßt sich auch das Verhältnis der Sekundäransprüche untereinander ins Feld führen. Diese stehen dem Gläubiger in elektiver Konkurrenz zur Verfügung.⁷⁸ Anders als etwa bei einer Wahlschuld (§ 262 BGB) hat der Gläubiger nicht einen Anspruch alternativen Inhalts,⁷⁹ sondern mehrere, inhaltlich verschiedene Rechte, von denen er zwar nur eines aktualisieren kann, die ihm aber auch schon vor der Wahl nebeneinander als sogenannte „verhaltene Ansprüche“ zur Verfügung stehen.⁸⁰ Diese Anspruchspluralität bedingt eine Zensur im Sinne einer Diskontinuität. Die Vorstellung, daß der einheitliche Primäranspruch sich gleich in ein ganzes Bündel parallel existenter Sekundäransprüche *umwandelt*, übersteigt die Grenze der Anspruchsidentität merklich.

Die Einordnung der Sekundäransprüche als umgewandelte Forderungen überzeugt daher nicht. Sofern die Kritik darauf abstellt, daß § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall hier unberechtigt Vertrauensschutz gewährt, ist dem zu widersprechen.

Beachtenswert ist allerdings, daß auch an dieser Stelle die Figur der gesetzlichen Bedingung die Frage nach der Forderungsentstehung überlagert und so bestehende materiellrechtliche Grenzen verwischt.⁸¹ Dabei erschwert das Bedingungsdenken im Hinblick auf Feststellung einer Forderungskontinuität nicht nur eine konturierte Bestimmung des Merkmals der Forderungsexistenz, sondern zudem die Abgrenzung zwischen den einzelnen Fallgruppen des § 95 Abs. 1 S. 1. Obschon nämlich die Annahme einer gesetzlichen Bedingung die Einordnung der Sekundäransprüche unter § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall nicht erklären kann – allenfalls wäre ein Fall werdender Unbedingtheit auszumachen – scheint die Kritik bei ihrer Beurteilung der Sekundäransprüche nicht immer klar zwischen gesetzlicher Bedingung und

⁷⁶ Vgl. *Huber*, § 35 V, S. 163.

⁷⁷ Daß dieser endgültig untergeht wird beispielsweise auch daran deutlich, daß, selbst wenn beide Parteien ein Wiederaufleben ihrer wechselseitigen Leistungspflichten wünschen, es dazu eines neuen Vertrages bedarf (vgl. BGHZ 20, S. 338, 344).

⁷⁸ Ganz h.M.: MÜKO–*Krüger*, § 262 BGB, Rn. 12; Palandt–*Heinrichs*, § 262 BGB, Rn. 7; *Medicus*, Schuldrecht I, S. 101, Rn. 186; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 11 I. 6., S. 259 f.; BGH, NJW 1979, S. 762, 763. A.A. OLG Brandenburg, DZWir 1996, S. 430, 430 f.; dagegen mit Recht *Pawlowski*, DZWir 1996, S. 431, 433.

⁷⁹ Vgl. MÜKO–*Krüger*, § 262 BGB, Rn. 2.

⁸⁰ Vgl. *Pawlowski*, DZWir 1996, S. 431, 433 mwN; Staudinger–*Selb*, § 262 BGB, Rn. 6.

⁸¹ Vgl. *Diekmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 221, 226 ff., insbes. S. 228 d), der das gleiche erkennt und die Lösung ebenfalls in einem einschränkenden Umgang mit der Bedingung sieht, ohne dabei allerdings zwischen Rechtsbedingung und gesetzlicher Bedingung zu differenzieren.

werdender Gleichartigkeit getrennt zu haben.⁸² Neben den bereits geltend gemachten allgemeinen Unzulänglichkeiten der Bedingungslehre⁸³ führt diese hier zusätzlich zu einer wenig begrüßenswerten Vermengung der verschiedenen Vertrauenstatbestände des § 95 Abs. 1 S. 1. Erschwerend tritt hinzu, daß die Annahme einer gesetzlichen Bedingung im Ergebnis eine – de lege lata entbehrliche – wertende Korrektur⁸⁴ des § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall notwendig macht und damit der Struktur dieses Vertrauensschutztatbestandes unnötig Gewalt antut.

bb) Insolvenzspezifische Nichterfüllungsforderungen⁸⁵

Einfacher sind die insolvenzspezifischen Nichterfüllungsforderungen⁸⁶ zu beurteilen. Die §§ 103 Abs. 2 S. 1, 104 Abs. 3 bewirken der Sache nach das gleiche wie § 45 S. 1 außerhalb der Aufrechnungsregeln: sie wandeln den ursprünglichen Erfüllungsanspruch, wegen seiner Durchsetzung im Insolvenzverfahren, in einen Geldzahlungsanspruch um. Kann hierbei genaugenommen auch nicht von einer „Umwandlung“ im Rechtssinn gesprochen werden –denn die ursprünglichen Erfüllungsansprüche gehen im Laufe des Verfahrens nicht verloren, sondern werden lediglich undurchsetzbar, die Forderung im Sinne des § 103 Abs. 2 S. 1 kann zu diesen Ansprüchen deswegen nur in einem Verhältnis der Diskontinuität stehen –, so ist wegen der Funktionsgleichheit mit § 45 S. 1 dennoch im Ergebnis keine andere Beurteilung geboten.

Insbesondere aufgrund der eingangs erwähnten Parallele zu den Fällen fehlender Durchsetzbarkeit ist hier der Anwendungsbereich des § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall getroffen. Die Aufrechnung mit insolvenzspezifischen Nichterfüllungsforderungen ist daher zulässig.

Dabei ist darauf hinzuweisen, daß die speziellen Umwandlungstatbestände der Insolvenzordnung, im Gegensatz zu § 45, auch nicht wegen § 95 Abs. 1 S. 2 für die Aufrechnung ausgeschlossen werden. Der Auffassung *Häsemeyers*, Forderungsumwandlungen nach §§ 103 f. fielen wegen ihrer Funktionsgleichheit mit § 45 S. 1 aus dem Vertrauensschutztatbestand des § 95 heraus,⁸⁷ ist nicht zu folgen.⁸⁸

⁸² *Kuhn/Uhlenbruck*, § 54 KO, Rn. 8 geht von einer Bedingtheit des Sekundäranspruches aus. Indirekt deutlich wird die Vermengung von Gleichartigkeit und Bedingtheit ferner bei *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 95, Rn. 4, 8, für den dort behandelten Fall des Sicherungsgeberregresses.

⁸³ Vgl. super B. III. 2. c) bb).

⁸⁴ *Kübler/Prütting-Lüke*, § 95, Rn. 36 und *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 95, Rn. 8 berufen sich auf unzulässige Rechtsausübung § 242, *Blersch* zieht sogar eine teleologische Reduktion des § 95 Abs. 1 S. 1 in Betracht.

⁸⁵ Vgl. zu diesen ausführlicher sub B. VI. 1. c) bb) (I) (2).

⁸⁶ Zu unterscheiden sind sie von den insolvenzspezifischen Schadensersatzansprüche (§ 109 Abs. 2 S. 2, § 113 Abs. 1 S. 3, § 8 Nr. 2 Abs. 2 S. 2 VOB/B). Diese beruhen sämtlich auf Geldzahlungsansprüchen und machen daher keinen Fall werdender Gleichartigkeit aus.

⁸⁷ Vgl. *Häsemeyer*, *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 645, 653, Rn. 26, *ders.*, S. 367, Rn. 19.25; ebenso, wengleich ohne Begründung *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 95, Rn. 8.

cc) Gewährleistungsansprüche⁸⁹

Gewährleistungsansprüche finden sich im Kauf-, Dienst-, Reise- und Werkvertragsrecht. Da in diesem Zusammenhang auftretende Probleme indes zumeist anhand des Kaufvertrages erörtert werden,⁹⁰ wird im folgenden die Betrachtung ebenfalls exemplarisch auf diesen Vertragstyp beschränkt. Relevant ist die Konstellation, daß die Gefahr schon vor Verfahrenseröffnung auf den Käufer übergegangen ist und dieser erst nach der Verfahrenseröffnung seine Gewährleistungsrechte geltend macht.

War die Verkaufssache im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges mit einem Sachmangel behaftet (§ 459 Abs. 1 BGB) oder fehlte ihr eine zugesicherte Eigenschaft (§ 459 Abs. 2 BGB) und war dieser Fehler dem Käufer unbekannt (§ 460 BGB), so kann der Käufer vom Insolvenzverwalter gemäß § 462 BGB die Rückgängigmachung des Kaufvertrages (Wandelung) oder eine Herabsetzung des Kaufpreises verlangen (Minderung). Unter weiteren Voraussetzungen kann er statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 463 BGB) oder Nachlieferung (§ 480 BGB) fordern. Diese Ansprüche stehen dem Gläubiger nebeneinander zu, wobei zwischen dem Anspruch aus Wandelung und dem aus Minderung elektive Konkurrenz gegeben ist.⁹¹ Daß es sich nicht etwa um einen einheitlichen Anspruch mit mehreren Alternativen handelt, wird an den Formulierungen der §§ 463, 480 und § 477 Abs. 3 deutlich.⁹² Die Anspruchswahl des Käufers hat daher keine Bedeutung für den Bestand des jeweiligen Anspruchs. Sämtliche Ansprüche stehen dem Käufer bereits im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges zur Verfügung.⁹³ Wählt der Insolvenzgläubiger nun Nachlieferung (§ 480 BGB), so wird dieser Anspruch in der Regel auf eine ungleichartige Leistung gerichtet sein. Er kann daher nicht aufrechnungsweise, sondern lediglich als Quotenanspruch durchgesetzt werden. Entscheidet der Insolvenzgläubiger sich dagegen für Schadensersatz (§ 463 BGB), so kann er mit diesem Anspruch ohne weiteres aufrechnen, denn er verfügt mit ihm über eine ursprüngliche, unbedingte und gleichartige Forderung. Beide Wahlmöglichkeiten haben folglich im Anwendungsbereich von § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall keine Bedeutung.

⁸⁸ Hierzu ausführlicher sub B. VI. 1. c) bb) (I) (2).

⁸⁹ Nach der Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 stellt sich die im Folgenden dargestellte Problematik nicht mehr, da die Rechtsbehelfe des Rücktritts (vormals Wandelung) und der Minderung dann Gestaltungsrechte des Käufers sind (vgl. *Schwab*, JuS 2002, S. 1, 5 f.).

⁹⁰ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 225, Rn. 317.

⁹¹ Vgl. *Palandt-Heinrichs*, § 262 BGB, Rn. 6.

⁹² Vgl. *Staudinger-Honsell*, § 463 BGB, Rn. 4.

⁹³ Der Zeitpunkt für die Entstehung der Gewährleistungsrechte kann ausnahmsweise vorverlegt werden, wenn der Sachmangel unbehebbar oder die zugesicherte Eigenschaft nicht beschaffbar ist beziehungsweise wenn der Verkäufer die Mängelbeseitigung endgültig abgelehnt hat, vgl. BGHZ 34, S. 32, 34 f.; 129, S. 103, 106.

Anders ist dies bei den Ansprüchen auf Wandelung beziehungsweise Minderung (§§ 462, 459 BGB). Diese sind mit ihrer Entstehung noch nicht auf Geldzahlung, sondern auf den Abschluß eines Wandelungs- oder Minderungsvertrages mit dem Verkäufer gerichtet.⁹⁴ Erst mit einverständlicher Regelung zwischen Käufer und Verkäufer (§ 465 BGB) kommt es zu einem Anspruch *aus* Wandelung oder Minderung, der auf Geldzahlung gerichtet ist. Der Anspruch hat aber – § 462 BGB bringt das in seiner Diktion deutlich zum Ausdruck – von vornherein die Leistung des Verkäufers zum Ziel. Die §§ 465, 467, 472 BGB betreffen allein die Geltendmachung und Durchführung dieses Anspruches.⁹⁵

Es kann daher, in Parallele zu den Fällen werdender Durchsetzbarkeit, von der Kontinuität des Anspruchs aus Wandelung oder Minderung und damit von der Anwendung des § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall ausgegangen werden.⁹⁶

dd) Regreßansprüche dritter Sicherungsgeber und Gesamtschuldner

Für die Frage der Anwendbarkeit von § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall auf die Regreßansprüche Dritter, die für eine Verpflichtung des späteren Insolvenzschuldners Sicherheit gewährt und aus dieser nach Verfahrenseröffnung in Anspruch genommen worden sind beziehungsweise auf die Regreßansprüche unter Gesamtschuldnern, von denen einer insolvent geworden ist und ein anderer nach Verfahrenseröffnung die gemeinsame Verpflichtung tilgt, ist zwischen dem Regreß aus dem Innen- und dem Außenverhältnis zu differenzieren.

Dem Innenverhältnis von Schuldner und Sicherungsgeber liegt regelmäßig ein Rechtsverhältnis, meist Auftrag (§ 662 BGB) oder Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB), zugrunde. Dieses Rechtsverhältnis bestimmt, ob und in welchem Umfang der Sicherungsgeber, der aus seiner Sicherheit in Anspruch genommen wurde, vom Hauptschuldner Erstattung verlangen kann. Es bleibt dabei von der Verfahrenseröffnung unberührt, denn Auftrag oder Geschäftsbesorgung sind bereits mit Übernahme der Bürgschaft vom Auftragnehmer erfüllt worden und unterfallen daher nicht den §§ 115 f.⁹⁷

Das Innenverhältnis der Gesamtschuldner bestimmt sich nach den §§ 421 ff. BGB.

⁹⁴ So die herrschende modifizierte Vertragstheorie. Nach der Gegenansicht (Herstellungstheorie) richtet sich der Anspruch aus § 462 dagegen sofort auf Zahlung. Vgl. zum Streitstand Staudinger–Honsell, § 465 BGB, Rn. 2 ff.

⁹⁵ Zur Gesetzessystematik vgl. Staudinger–Honsell, § 462 BGB, Rn. 1.

⁹⁶ Etwas anderes scheint Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch, § 95, Rn. 4, bei Fn. 5, zu meinen, doch erweist sich die Aussage des hier zitierten Urteils (BGH ZIP 1994, 714, 714 f.) als eine andere: Mängel, die bloß *möglicherweise* gegeben sind, berechtigen nicht zur Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs als bedingte Forderung im Insolvenzverfahren.

⁹⁷ Vgl. Jaeger/Henckel, § 3 KO, Rn. 57 a.E.; Jaeger/Lent, § 67 KO, Rn. 5.

Daneben bestimmen §§ 774 Abs. 1 S. 1, 1143 Abs. 1 und 1225 BGB bei Bürgschaft, Hypothek und Pfand, und § 426 Abs. 1 S. 1 BGB beim Gesamtschuldnerinnenausgleich, den Übergang der Hauptforderung aus dem Außenverhältnis von Gläubiger und Sicherungsgeber/Gesamtschuldner auf den tilgenden Sicherungsgeber/Gesamtschuldner. Die nachträgliche Legalzession stellt allerdings keinen Fall werdender Gleichartigkeit, sondern vielmehr einen Fall der fehlenden Gegenseitigkeit dar und soll deshalb erst, im Zusammenhang mit weiteren Fällen der *cessio legis*, bei § 96 Abs. 1 Nr. 2 erläutert werden.⁹⁸ Vorerst ist lediglich der sich aus dem Innenverhältnis konstituierende Freistellungs- oder Befreiungsanspruch⁹⁹ Gegenstand der Untersuchung.

Dieser Anspruch ergibt sich aus §§ 670, 257 BGB oder §§ 675, 670, 257 BGB beziehungsweise aus § 775 Abs. 1 BGB bei der Bürgschaft¹⁰⁰. Er entsteht bereits mit Übernahme der Verbindlichkeit durch den Sicherungsgeber, mithin ursprünglich¹⁰¹, und ist, jedenfalls bis zur Tilgung, nicht auf Geldzahlung gerichtet¹⁰². Fraglich ist, ob Kontinuität gegeben ist.

Erneut erweist sich die Formulierung, daß sich mit Tilgung durch den Befreiungsgläubiger (d.h. den Sicherungsgeber) dessen Befreiungsanspruch gegenüber dem Befreiungsschuldner (also dem insolventen Schuldner der Hauptforderung) in einen Geldzahlungsanspruch *umwandelt*,¹⁰³ als unpräzise, denn der Befreiungsanspruch wird mit der Tilgung gegenstandslos. An seine Stelle tritt, je nach begründendem Rechtsverhältnis, ein vom Befreiungsanspruch identitätsverschiedener Anspruch auf Ersatz.¹⁰⁴ Es liegt bei natürlicher Betrachtung daher kein Fall werdender Gleichartigkeit der Gegenforderung vor. Eine wirkliche Umwandlung des Befreiungsanspruches (im Sinne einer Kontinuität des Anspruchs) ist nur denkbar, solange die Befreiung noch Gegenstand des Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten sein kann, also vor dem Zeitpunkt der Tilgung. Dahingehend werden zwei Fallgestaltungen diskutiert:

⁹⁸ Sub B. IV. 3. c) aa) (I) (1).

⁹⁹ Zur Terminologie vgl. *Bischof*, ZIP 1984, S. 1444, 1444.

¹⁰⁰ Auch bei der Bürgschaft ist im Innenverhältnis regelmäßig ein Auftrag gegeben. Der Befreiungsanspruch nach §§ 670, 257 BGB wird allerdings durch § 775 BGB beschränkt. Vgl. MÜKO-Habersack, § 765 BGB, Rn. 7, § 775 BGB, Rn. 1. Die Voraussetzungen des § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB dürften dabei im Vorfeld der Verfahrenseröffnung praktisch immer gegeben sein

¹⁰¹ Der Anspruch entsteht mit der getätigten Aufwendung, d.h. mit Bestellung der Sicherheit; vgl. *Staudinger-Wittmann*, § 670 BGB, Rn. 23.

¹⁰² St. Rspr., etwa RGZ 158, S. 6, 10; BGHZ 12, S. 136, 144; 25, S. 1, 6; 35, S. 317, 325; 47, S. 157, 166; *Staudinger-Selb*, § 257 BGB, Rn. 12; *Bischof*, ZIP 1984, S. 1444, 1446; a.A.: *Trinkl*, NJW 1968, S. 1077, 1077 f.

¹⁰³ Vgl. *Bischof*, ZIP 1984, S. 1444, 1447; *Henckel*, FS Lücke, S. 237, 259; *Müller*, S. 44.

¹⁰⁴ Vgl. *Gerhardt*, § 3 I., S. 34 f. und § 3 II. 2., S. 37 a.E.; *Kretschmer*, NJW 1962, S. 141, 141.

So war es lange Zeit herrschende Ansicht, daß wenn vor der Tilgung die Inanspruchnahme des Befreiungsgläubigers feststeht, dieser statt der Befreiung vom Befreiungsschuldner Geldzahlung verlangen kann.¹⁰⁵ Dieser Ansicht ist jedoch zu widersprechen. Weder kann es dem Befreiungsschuldner, angesichts seines Wahlrechts im Hinblick auf die Art und Weise der Freistellung, zugemutet werden, daß er, statt an den Gläubiger zu zahlen, an den Befreiungsgläubiger zahlen muß, ohne daß die Weiterleitung der Zahlung durch diesen an den Gläubiger sichergestellt wäre, noch ist überhaupt eine Verengung des Wahlrechts des Befreiungsschuldners mit dem Gesetz zu vereinen.¹⁰⁶ Eine Umwandlung des Befreiungsanspruches in einen Zahlungsanspruch findet hier nicht statt.

Dagegen besteht nach wie vor darin Einigkeit, daß eine Umwandlung des Befreiungsanspruches stattfindet, wenn der Befreiungsanspruch an den Gläubiger der Hauptforderung zediert wird.¹⁰⁷ Hier verbietet sich die Aufrechnung jedoch wegen § 96 Abs. 1 Nr. 2.

Läßt man diese beiden Sonderkonstellationen außer acht, bleibt festzuhalten, daß der Befreiungsgläubiger nicht nach § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall geschützt ist.

Beim Gesamtschuldnerinnenausgleich bereitet die Annahme werdender Gleichartigkeit dagegen keine Schwierigkeiten, denn der Ausgleichsanspruch des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB ist mehr als ein bloßer Befreiungsanspruch. Er entsteht mit der Begründung der Gesamtschuld¹⁰⁸ zwar zunächst als Befreiungsanspruch, geht mit der Tilgung aber nicht unter, sondern setzt sich als Ausgleichs-, d.h. als Zahlungsanspruch, fort.¹⁰⁹ Hier findet eine Forderungsumwandlung statt, die ohne weiteres unter § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall zu subsumieren ist.

Darüber hinaus eine (gesetzliche) Bedingung anzunehmen¹¹⁰, ist abermals nicht nur unnötig, sondern führt auch zu einer ungunstigen Vermengung der Fallgruppen des § 95 Abs. 1 S. 1.

¹⁰⁵ RGZ 78, S. 26, 34; tatbestandlich einschränkend RGZ 143, S. 192, 193 f. = JW 1934, S. 685, 685 mit kritischer Anm. *Oertmann*; MÜKO–*Habersack*, § 775 BGB, Rn. 13; *Staudinger–Horn*, § 775 BGB, Rn. 4; *Staudinger–Selb*, § 257 BGB, Rn. 6.

¹⁰⁶ Vgl. *Kretschmer*, NJW 1962, S. 141, 141 f.; *Gerhardt*, § 3 II. 2., S. 37 f.; dem hat sich kürzlich die höchstrichterliche Rechtsprechung und die Kommentarliteratur, soweit möglich, angeschlossen: BGHZ 140, S. 270, 274 f. und BGH ZIP 2000 S. 879, 879 f.; *Palandt–Sprau*, § 775 BGB, Rn. 1.

¹⁰⁷ Vgl. *Bischof*, ZIP 1984, S. 1444, 1447 f.; MÜKO–*Habersack*, § 775 BGB, Rn. 13; *Staudinger–Horn*, § 775 BGB, Rn. 6; St. Rspr. BGHZ 7, S. 244, 246; 12, S. 136, 141; 23, S. 17, 22; 71, S. 167, 170; 107, S. 104, 110.

¹⁰⁸ St. Rspr. und h.L.: RGZ 61, S. 56, 60; 160, S. 148, 151; BGHZ 35, S. 317, 325; 114, S. 117, 122; BGH NJW 1992, S. 2286, 2287; BGH NJW–RR 1991, S. 499, 499; *Palandt–Heinrichs*, § 426 BGB, Rn. 3; *Staudinger–Noack*, § 426 BGB, Rn. 6.

¹⁰⁹ Vgl. *Staudinger–Noack*, § 426 BGB, Rn. 6; *Palandt–Heinrichs*, § 426 BGB, Rn. 3; *Prediger*, NJW 1970, S. 125, 125.

¹¹⁰ Dafür: *Staudinger–Noack*, § 426 BGB, Rn. 200; *Kuhn/Uhlenbruck*, § 54 KO, Rn. 6 f. Dagegen: *Häsemeyer*, S. 291, Rn. 16.12.

Mit Blick auf die Gesamtschuld wird nun allerdings deutlich, daß man auch dem Befreiungsgläubiger die Aufrechnung mit seinem Ersatzanspruch nicht verwehren kann. Die unterschiedliche Regelung der Ersatzansprüche im BGB scheint im Hinblick auf die insolvenzrechtlichen Folgen zufällig. Es ist nicht ersichtlich, warum der tilgende Gesamtschuldner aufrechnen können soll, der Bürge aber nicht, sind doch beide gleichermaßen – durch den Befreiungsanspruch schon vor Verfahrenseröffnung gesichert – dem Befreiungsschuldner im Innenverhältnis letztlich nicht zur Haftung verpflichtet. Das Wesen der Bürgschaft ist es ja gerade, den Bürgen im Verhältnis zum Schuldner nicht endgültig haften zu lassen.¹¹¹

Ferner liegt aus Sicht der Masse keine nachträgliche ungerechtfertigte Schmälerung vor, da sie schon ursprünglich mit dem Befreiungsanspruch belegt war.¹¹²

Darin dürfte der entscheidende Gedanke liegen. Der nachträgliche Ersatzanspruch stellt, unter vermögensrechtlicher Betrachtung, nichts anderes dar, als die Fortführung des ursprünglichen Befreiungsanspruches. Umfang und Stoßrichtung des ursprünglichen Anspruches bleiben dabei vollständig erhalten, so daß sich an der durch den Befreiungsanspruch konkretisierten Vermögenslage für die Masse nichts ändert. Infolgedessen kann es keinen wesentlichen Unterschied ausmachen, ob die ursprüngliche Haftungsordnung durch die Umwandlung eines Anspruches oder durch den Übergang des Vermögenskernes dieses Anspruches in einen anderen realisiert wird, denn in beiden Fällen bleibt sie inhaltsgleich erhalten. Auf Grundlage dieser parallel verlaufenden Haftungsverwirklichung bietet sich daher eine analoge Anwendung des § 95 Abs. 1 S. 1 auf die Ersatzansprüche des beauftragten Sicherheitsgebers an.

Wiederum erscheint es allerdings unpassend, dieses Ergebnis damit zu begründen, daß man den Befreiungsanspruch in der Insolvenz des Befreiungsschuldners als (gesetzlich) aufschiebend bedingten Zahlungsanspruch behandelt.¹¹³ Die Einordnung der Regreßforderungen als bedingte Forderungen hat zwar den Vorteil, ohne Analogie auf die Fallgruppen des § 95 Abs. 1 S. 1 zurückgreifen zu können, doch ist dieser Vorteil nur ein scheinbarer, denn die gesetzliche Bedingung ist gerade keine Bedingung im Sinne dieser Norm.¹¹⁴ Die Übereinstimmung mit § 95 Abs. 1 S. 1 ist somit bloß terminologischer, nicht

¹¹¹ MÜKO–Habersack, § 774 BGB, Rn. 2; Palandt–Sprau, § 774 BGB, Rn. 5.

¹¹² Henckel, FS Lücke, S. 237, 259; ähnlich Häsemeyer, S. 291, Rn. 16.12, der die Vorbelastung der Masse aber aus dem Dreiecksverhältnis Bürge–Schuldner–Gläubiger herleitet (einheitlicher Forderungswert).

¹¹³ Dafür aber: Staudinger–Selb § 257 BGB, Rn. 11; BAG NJW 1975, S. 2359, 2359; Bischof, ZIP 1984, S. 1444, 1450; Kuhn/Uhlenbruck, § 54 KO, Rn. 6 f. (für § 426 BGB). Dagegen: Henckel, FS Lücke, S. 237, 258 f.; Jaeger/Henckel, § 3 KO, Rn. 57; OLG Stuttgart, ZIP 1988, S. 1344, 1345.

¹¹⁴ Vgl. super B. III. 2. c) bb).

aber rechtlicher Natur. Der propagierte Aufbau der Bedingungstheorie auf dem Gesetz¹¹⁵ ist tatsächlich nicht mehr als eine durch kaschierende Umbenennung verdeckte Umgehung der gesetzlichen Regelung.

Es ist daher vorzugswürdig, es bei der klaren Trennung von Entstehung und Durchsetzbarkeit der zur Aufrechnung stehenden Forderungen zu belassen und diese nur da – kenntlich – zu durchbrechen, wo die haftungsrechtliche Betrachtung es notwendig macht.

ee) Vertragliche Forderungsumwandlung

Letztlich ist die Umgestaltung einer Individual- in eine Geldzahlungsforderung kraft Rechtsgeschäfts zu begutachten. § 305 BGB gestattet, als Ausdruck der Privatautonomie, die Inhaltsänderung eines Schuldverhältnisses durch Vertrag und ermöglicht somit eine Umwandlung im Sinne des § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall. Dabei wird aber im Einzelfall genau zu prüfen sein, ob die Parteien tatsächlich eine Identitätswahrung der Forderung im Sinn hatten und nicht etwa durch Rechtsakt eine Schuldersetzung (Novation), also die Aufhebung des alten Schuldverhältnisses verbunden mit der Begründung eines neuen Schuldverhältnisses¹¹⁶ vornehmen wollten. Auf Seiten des Insolvenzverwalters ist dabei zu bedenken, daß dieser bei einer Kontinuität der Forderung eine zusätzliche Aufrechnungsmöglichkeit schafft und sich somit der Gefahr persönlicher Inanspruchnahme nach § 60 Abs. 1 aussetzt; er wird infolgedessen regelmäßig die Diskontinuität der Forderung beabsichtigen.

c) Fazit

§ 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall betrifft ausschließlich solche ungleichartigen Forderungen, die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung schon existent und gegenseitig waren. Werdende Gleichartigkeit im Sinne dieser Norm setzt die Kontinuität der zur Aufrechnung gestellten Forderung voraus. Die sich aus einem Vertragsbruch seitens eines Insolvenzgläubigers ergebenden Sekundärforderungen sind deswegen nicht unter diese Regelung zu subsumieren. Dagegen fallen die zivilrechtlichen Gewährleistungsansprüche auf Wandelung oder Minderung, die Regreßansprüche der Sicherungsgeber und Gesamtschuldner und die insolvenzspezifischen Nichterfüllungsforderungen in den Anwendungsbereich der Norm. Dabei zeigt sich, daß in der Abgrenzung zu solchen Geldzahlungsansprüchen, die erst nachträglich entstehen, die Frage nach dem Entstehungszeitpunkt keine absolute Geltung hat. Vielmehr sind unter haftungsrechtlicher Betrachtung auch solche Ansprüche zu

¹¹⁵ Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, § 54 KO, Rn. 5b.

¹¹⁶ Vgl. *Palandt-Heinrichs*, § 305 BGB, Rn. 8 ff.

berücksichtigen, die eine bereits ursprünglich konkretisierte Vermögenslage nur fortführen, da es aus Sicht der Masse dann keinen Unterschied macht, ob die ursprüngliche Forderung sich umgewandelt hat oder durch eine neue Forderung gleichwertig ersetzt worden ist. Die Insolvenzaufrechnung ist mithin auch dann zulässig, wenn der vermögenszuweisende Inhalt einer ursprünglichen Forderung unverändert in einer zweiten Forderung fortgeführt wird, wenn also gleichsam der Gehalt der Forderung kontinuierlich ist und lediglich in einer neuen Hülle transportiert wird. Daß sich hierbei das Bild des „Kernes“ aufdrängt, darf indes nicht dazu führen, eine Parallele zur Bedingungstheorie zu erkennen. Von deren „Kern“ unterscheidet sich der „Kern“ im Sinne der ursprünglichen Vermögenszuordnung dadurch, daß er inhaltlich konkret zugrunde gelegt und unverändert fortgeführt wird. Dieser Umstand stellt ein Abgrenzungskriterium dar, das der Bedingungstheorie fehlt.

5. Anwartschaftliche Aufrechnungslagen

Ein vom Gesetz nicht geregelter Fall einer – jedenfalls im weiteren Sinne – „werdenden Aufrechnungslage“ liegt dann vor, wenn zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung zwar die Gegenforderung noch nicht existent ist oder noch nicht an den aufrechnungswilligen Erwerber abgetreten wurde, dieser aber wegen der Forderung bereits Anwartschaftsrecht innehat.

Fraglich ist, ob die so entstehende Rechtslage, sie sei hier als anwartschaftliche Aufrechnungslage bezeichnet, in der Insolvenz des Schuldners der anwartschaftlichen Forderung schützenswert ist.

a) Vorüberlegungen

Vorab ist festzuhalten, daß sich ein Schutz jedenfalls nicht aus einem Anwartschaftsrecht an der Aufrechnungslage selber ergeben kann, da diese kein subjektives Recht darstellt, welches als Anknüpfungsgegenstand für das Anwartschaftsrecht unentbehrlich ist¹¹⁷. Zu überlegen ist aber, ob nicht der Schutz des Anwartschaftsrechts an der Gegenforderung auf die Aufrechnungslage insgesamt auszudehnen ist.

Eine grundlegende Betrachtung zeigt, daß das Anwartschaftsrecht eine *Vorstufe* zum Erwerb subjektiver Rechte markiert (Minus des Vollrechts). Von den rechtlich ungesicherten Exspektanzen und Anwartschaften unterscheidet sich das Anwartschaftsrecht dadurch, daß

¹¹⁷ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 323, Rn. 456; *Schwerdtner*, JURA 1980, S. 609, 609.

sich die Erwerbsposition schon soweit verfestigt hat, daß der Erwerb nur noch vom Erwerber abhängt und nicht mehr durch den Veräußerer verhindert werden kann.¹¹⁸

Das Anwartschaftsrecht ist ferner dem zu erwerbenden Recht *wesensgleich*.¹¹⁹ Man kann demnach zwischen obligatorischen, dinglichen, erbrechtlichen und immaterialgüterrechtlichen Anwartschaftsrechten unterscheiden, um nur die wichtigsten zu nennen.¹²⁰ Wenn hier die Vorstufe des Erwerbs der Gegenforderung untersucht wird, ist also genaugenommen das obligatorische Anwartschaftsrecht gemeint.

Die Untergliederung der Anwartschaftsrechte ist freilich im wesentlichen begrifflicher Natur. Die einzelnen Anwartschaftsrechte unterscheiden sich nicht grundsätzlich.¹²¹ Sie haben identische Voraussetzungen und begründen übereinstimmende Schutzbereiche. Ferner liegen ihnen die gleichen Wertungen zugrunde:¹²² Zum einen soll die gesicherte und werthaltige¹²³ Erwerbsposition selbst bereits wirtschaftlich verwertbar sein, weswegen das Anwartschaftsrecht als eine selbständig übertragbare und somit zirkulationsfähige Position aufgefaßt wird.¹²⁴ Zum anderen soll das Vertrauen in den Erwerb geschützt und der Erwerb da gesichert werden, wo der gesetzliche Schutz Lücken aufweist.¹²⁵

Daß hier pauschalisierend auf den deskriptiven Begriff des Anwartschaftsrechts abgestellt wird, darf dabei nicht darüber hinweg täuschen, daß nicht das Anwartschaftsrecht eine geschützte Rechtsposition begründet, sondern umgekehrt erst eine geschützte Rechtsposition die Bezeichnung als Anwartschaftsrecht erlaubt.¹²⁶ Es würde dennoch zu weit führen, hier die rein zivilrechtliche Untersuchung darüber anzustellen, in welchen Konstellationen ein Anwartschaftsrecht vorliegt. Vielmehr sollen nur mögliche Erwerbswege kurz aufgezeigt werden. Die Betrachtung wird im weiteren um die insolvenzrechtlichen Fragen kreisen, ob das Anwartschaftsrecht von der Insolvenz betroffen ist, wie es in der Insolvenz zu behandeln ist und schließlich, was sich daraus für die Aufrechnungslage ergibt.

¹¹⁸ Vgl. statt aller *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 323, Rn. 456.

¹¹⁹ Vgl. etwa *Staudinger–Bork*, Vorbem §§ 158 ff., Rn. 63 mwN., 67; *Pickart*, FS Carl Heymanns Verlag, S. 179, 181.

¹²⁰ Überblick bei *Schwerdtner*, JURA 1980 S. 609, 609 ff.

¹²¹ Vgl. *Pickart*, FS Carl Heymanns Verlag, S. 179, 193.

¹²² Vgl. BGHZ 20, S. 88, 94 f.: „Endzweck ... (ist) der Erwerb“, dann aber „Mittelpunkt ... (ist) das Recht des Anwartschaftsberechtigten“ – hier klingen beide Wertungsgesichtspunkte an.

¹²³ Man denke etwa an das Anwartschaftsrecht aus einem Ratenkauf unter Eigentumsvorbehalt, wenn der Kaufpreis schon zu großen Teilen gezahlt ist (Vgl. *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, § 59 A. I. 2) a), S. 743, Rn. 3).

¹²⁴ Vgl. *Staudinger–Bork*, Vorbem zu §§ 158 ff., Rn. 62; *MÜKO–Westermann*, § 161 BGB, Rn. 3. Bereits in den Protokollen wurde das Anwartschaftsrecht als übertragbar und vererbbar dargestellt (bei *Mugdan*, Band I, S. 763). Es ist ferner pfändbar und kann gutgläubig erworben werden (*Staudinger–Bork*, Vorbem zu §§ 158 BGB, Rn. 74, 75).

¹²⁵ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 328 f., Rn. 465 und S. 348 f., Rn. 487; andeutungsweise BGHZ 27, S. 360, 367.

¹²⁶ Vgl. *Staudinger–Bork*, Vorbem §§ 158 ff., Rn. 57; *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 348, Rn. 487.

b) Die Entstehung des obligatorischen Anwartschaftsrechts

Ein obligatorisches Anwartschaftsrecht entsteht zuvorderst bei der bedingten Forderungsübertragung.¹²⁷ Wie die bedingte Verfügung über ein dingliches Recht¹²⁸ begründet die bedingte Zession wegen § 161 Abs. 1 BGB ein Anwartschaftsrecht an der zedierten Forderung.¹²⁹

Im Gegensatz zu Bedingungen sind vertragliche Verpflichtungen grundsätzlich ungeeignet, um Rechtspositionen zu begründen, aus denen sich obligatorische Anwartschaftsrechte ableiten lassen. Vorverträge, Optionsrechte oder bindende Angebote sichern dem Berechtigten zwar eine Rechtsausübung zu, doch sind sie Aliud und niemals wesensgleiches Minus zum angestrebten Vollrecht.¹³⁰

Auch aus dem originären Erwerb einer Forderung gegen den Insolvenzschuldner kann nur schwerlich ein Anwartschaftsrecht entstehen. Sind schon kaum Beispiele für ein Anwartschaftsrecht beim originären Erwerb eines dinglichen Rechts zu finden,¹³¹ so gilt das um so mehr für den originären Erwerb einer Forderung. Ist nämlich die Forderung nurmehr von einer Bedingung abhängig, dann ist sie bereits existent und für ein Anwartschaftsrecht ist kein Platz mehr. Das gilt auch für die der bedingten Zession begrifflich nahestehende (unbedingte) Zession einer bedingten Forderung. Diese begründet ebenfalls kein Anwartschaftsrecht.

Ist die künftige Entstehung einer Forderung nicht an eine Bedingung geknüpft, entsteht dem Erwerber grundsätzlich ebenfalls kein Anwartschaftsrecht, denn die Entstehung der Forderung kann dann von den unterschiedlichsten Faktoren abhängen und vermag deswegen regelmäßig nur Exspektanzen, nicht aber Anwartschaften oder gar Anwartschaftsrechte zu begründen.¹³² Wohl allein im Anspruch auf Erstattung der prozessualen Kosten der obsiegenden Prozeßpartei (§ 91 ZPO) kann ein originär erworbenes Anwartschaftsrecht ausgemacht werden.¹³³

Begründen künftige Forderungen grundsätzlich keine Anwartschaftsrechte, dann kann auch der Vorauszessionar kein Anwartschaftsrecht erwerben. Er ist zwar aufgrund des sachenrechtlichen Prioritätsprinzips gegen Zwischenverfügungen des Vorauszedenten

¹²⁷ Vgl. *Pickart*, FS Carl Heymanns Verlag, S. 179, 194.

¹²⁸ Hierzu etwa *Schwerdtner*, JURA 1980, S. 609, 613.

¹²⁹ Vgl. *Pickart*, FS Carl Heymanns Verlag, S. 179, 194.

¹³⁰ Vgl. *Pickart*, FS Carl Heymanns Verlag, S. 179, 194.

¹³¹ Vgl. *Schwerdtner*, JURA 1980, S. 609, 611.

¹³² Vgl. *Pickart*, FS Carl Heymanns Verlag, S. 179, 195.

¹³³ Dazu sub. B. IV. 2. c) cc).

geschützt,¹³⁴ erwirbt der Ungewißheit der Forderungsentstehung wegen jedoch kein Anwartschaftsrecht an der Forderung.¹³⁵ Folglich wird die Vorauszession auch nicht in der Insolvenz geschützt. Vorauszessionen des späteren Insolvenzschuldners scheitern an § 91 Abs. 1.¹³⁶

Es ist mithin zwischen drei sich begrifflich nahestehenden Konstellationen zu unterscheiden: Einmal zwischen der bedingten Zession einer (bedingten oder unbedingten) Forderung, dann zwischen der (bedingten oder unbedingten) Übertragung einer künftigen Forderung, letztlich zwischen der unbedingten Übertragung einer bedingten Forderung. Obligatorische Anwartschaftsrechte entstehen praktisch ausschließlich im ersten Fall. Diese Konstellation wird im folgenden zugrundegelegt.

c) Der Schutz der anwartschaftlichen Aufrechnungslage in der Insolvenz

Die Frage nach dem Schutz der anwartschaftlichen Aufrechnungslage soll von zwei Seiten betrachtet werden. Zum einen wird zu untersuchen sein, welche Behandlung das Anwartschaftsrecht in der Insolvenz erfährt und welche Schlüsse daraus für eine anwartschaftliche Aufrechnungslage zu ziehen sind, zum anderen wird festzustellen sein, an welcher Stelle innerhalb der Aufrechnungsregeln das Anwartschaftsrecht am besten positioniert ist – ob es eher bei den Fallgruppen der fehlenden Existenz und Gegenseitigkeit oder den Fallgruppen der fehlenden Durchsetzbarkeit und Gleichartigkeit anzusiedeln ist.

aa) Die Behandlung des Anwartschaftsrechts in der Insolvenz

Das Anwartschaftsrecht findet in der Insolvenz ein Höchstmaß an Beachtung. So sind Anwartschaftsrechte, die sich aus einem bedingten Erwerb herleiten, grundsätzlich Insolvenzfest (§ 161 Abs. 1 S. 2, 3. Fall BGB).¹³⁷ Der Eintritt der Bedingung und damit die Vollwirksamkeit der Verfügung wird durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens also nicht beeinträchtigt.

Diese im Zivilrecht getroffene Anordnung setzt sich in der Insolvenz dahingehend fort, daß das Anwartschaftsrecht bereits eine geschützte Vermögensposition begründet, die den Erwerb des Vollrechts, ungehindert der Verfahrenseröffnung, ermöglicht.

¹³⁴ BGHZ 30, S. 149, 151.

¹³⁵ Vgl. BGH NJW 1955, S. 544, 544; *Serick*, Band IV, § 47. I. 3. S. 264.

¹³⁶ Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch, § 91, Rn. 8.

¹³⁷ Vgl. *Pickart*, FS Carl Heymanns Verlag, S. 179, 194; Breutigam/Blersch/ Goetsch–Blersch, § 91, Rn. 9.

Dies war in der Insolvenz des Erwerbers des Anwartschaftsrechts schon für das Konkursrecht unzweifelhaft.¹³⁸ Ein Vollrecht fiel in die Konkursmasse (§ 1 KO) – und nicht in den konkursfreien Neuerwerb des Gemeinschuldners –, wenn vor Verfahrenseröffnung nur das zugehörige Anwartschaftsrecht vom Gemeinschuldner erworben war.¹³⁹ Wurde also etwa ein Eigentumsvorbehalts-Käufer vor Zahlung der letzten Rate insolvent, dann konnte der Konkursverwalter den Kaufpreis tilgen und das Eigentum zur Masse ziehen.¹⁴⁰

Das Insolvenzrecht weist zwar nunmehr während des Verfahrens erlangtes Schuldnervermögen der Masse zu (§ 35), womit der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung für die Zuordnung eines Vermögensgegenstandes zur Masse bedeutungslos ist, doch bleibt der Erwerbszeitpunkt des Anwartschaftsrechts auch in der Insolvenz maßgeblich. Hatte der Insolvenzschuldner nämlich vor beziehungsweise der Insolvenzverwalter während des Verfahrens bereits ein Anwartschaftsrecht erworben, so wird das Vollrecht als massezugehörig behandelt, wenn dessen Erwerb erst nach Beendigung des Verfahrens erfolgt ist.¹⁴¹ Das Anwartschaftsrecht begründet mithin die Haftungszugehörigkeit des Vollrechts zur Masse.

Das gilt ebenso im umgekehrten Fall der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Veräußerers: Hatte der Gemeinschuldner vor Verfahrenseröffnung ein Anwartschaftsrecht übertragen, dann kann dieses noch nach Verfahrenseröffnung zum Vollrecht erstarken.¹⁴² Das Anwartschaftsrecht hat also auch zuungunsten der Masse haftungsbegründende Funktion.

Einen Sonderfall stellt hierbei der Kauf unter Eigentumsvorbehalt (§ 455 BGB) dar. Nach großen Teilen der konkursrechtlichen Lehre war das Anwartschaftsrecht eines Vorbehaltskäufers konkursfest.¹⁴³ Der BGH hat diese Ansicht allerdings nicht geteilt und mit der Begründung, daß der Verwalter nach § 17 KO die Erfüllung des Kaufvertrags ablehnen und die Bedingung damit ausfallen lassen könne, ein Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers in der Insolvenz des Veräußerers erlöschen lassen.¹⁴⁴ Freilich ging es dabei nicht um die vermögenszuweisende Funktion des Anwartschaftsrechts in der Insolvenz, sondern allein um die Frage, ob das spezifische Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers in der Insolvenz zu schützen ist.

¹³⁸ Vgl. Staudinger–Gursky, § 392 BGB, Rn. 11.

¹³⁹ Kilger/Schmidt, Insolvenzgesetze, § 1 KO, 3) B. c); Jaeger/Henckel § 1 KO, Rn. 129.

¹⁴⁰ Vgl. Jaeger/Henckel § 1 KO, Rn. 129.

¹⁴¹ Bork, S. 61, Rn. 120.

¹⁴² BGHZ 20, S. 88, 93 ff.; 27, S. 360, 367; Nerlich/Römermann–Wittkowski, § 91, Rn. 31; Jaeger/Henckel, § 15, Rn. 62; Kuhn/Uhlenbruck, § 17 KO, Rn. 21, § 15, Rn. 11; Serick, Band IV, § 47. I. 3., S. 267; Band V, § 65. II. 1. S. 478.

¹⁴³ Jaeger/Henckel, § 17 KO, Rn. 52 ff.; Kuhn/Uhlenbruck, § 17 KO, Rn. 18d mwN, Kilger/Schmidt, Insolvenzgesetze, § 17 KO, 3 b).

¹⁴⁴ BGHZ 96, S. 160, 168.

Nunmehr erkennt § 107 Abs. 1 die anwartschaftsrechtliche Haftungsordnung für die Situation des Vorbehaltskaufes an. Die Norm verwehrt dem Verwalter die Ausübung seines Wahlrechts und erhält so das Anwartschaftsrecht des Käufers. Da der Gesetzgeber bei der Schaffung von § 107 Abs. 1 ausdrücklich den Schutz des Anwartschaftsrechts im Sinn hatte,¹⁴⁵ dokumentiert die Norm besonders deutlich, daß das Anwartschaftsrecht zu den anerkannten Rechtspositionen, dem „Erworbenen“, in der Insolvenz zählt.

Zusammenfassend kann das Anwartschaftsrecht als ein in der Insolvenz anerkanntes Recht mit haftungszuweisender Funktion für und wider die Masse bezeichnet werden. Das bedingt zweierlei: Erstens die Sicherung des Erwerbers. Dieser kann auf den Erwerb des Vollrechts vertrauen, denn die Insolvenzeröffnung beeinträchtigt die Vollendung des Erwerbstatbestandes nicht. Zweitens eine Modifikation der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung. Die haftungsrechtliche Zugehörigkeit von Rechten hängt vom Zeitpunkt ihres Erwerbs ab. Bei gestreckten Erwerbstatbeständen ist dies nicht der Zeitpunkt des letztmöglichen Erwerbsschritts, sondern der, von dem an das Recht dem Vermögen des Erwerbers zuzuschlagen ist.¹⁴⁶ Das Anwartschaftsrecht stellt insofern den maßgeblichen Erwerbsschritt dar und begründet damit die haftungsrechtliche Zugehörigkeit des Vollrechts.

bb) Die Orientierung der anwartschaftlichen Aufrechnungslage im Gefüge der insolvenzrechtlichen Aufrechnungsregeln

Schon wegen dieser haftungsbegründenden Funktion des Anwartschaftsrechts ist es naheliegend, anwartschaftliche Aufrechnungslagen von den Wirkungen der Insolvenz freizustellen. Wenn die §§ 94 ff. im Rahmen der Frage nach einer bestehenden Aufrechnungslage auf die Existenz und Gegenseitigkeit der beteiligten Forderungen abstellen, dann müßte innerhalb dieser Voraussetzungen bereits das obligatorische Anwartschaftsrecht genügen, um eine schutzfähige Aufrechnungslage zu begründen.

Die Frage nach dem Schutz, den die anwartschaftliche Aufrechnungslage in der Insolvenz erfährt, reflektiert sich indessen auch in der Überlegung, ob die anwartschaftliche Aufrechnungslage eher einen Fall der nachträglichen Entstehung/Gegenseitigkeit oder einen Fall der nachträglichen Durchsetzbarkeit/Gleichartigkeit darstellt. Letzterenfalls wäre die Aufrechnung wegen § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2 zu untersagen, ersterenfalls nach Maßgabe des § 95 Abs. 1 zuzulassen.

¹⁴⁵ RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 121, S. 146; vgl. auch *Pape*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 531, 561, Rn. 45; *Gottwald/Adolphsen*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043, 1046, Rn. 12.

¹⁴⁶ Vgl. *Häsemeyer*, S. 177, Rn. 9.21.

Jedenfalls für den Regelfall eines Anwartschaftsrechts, das auf einer bedingten Zession beruht, kann an fehlende Gegenseitigkeit gedacht werden, da der Zedent des Rechts bis zur Vollendung des Erwerbstatbestandes dessen Inhaber bleibt.¹⁴⁷ Gegenseitigkeit im Hinblick auf das Vollrecht kann damit erst nach dessen Erwerb eintreten. Werdende Gegenseitigkeit könnte jedoch ohne weiteres nur dann angenommen werden, wenn das Anwartschaftsrecht selbst noch keine eigenständige dingliche Zuordnung kennen würde, der Aufrechnende also erst mit Übertragung des Vollrechts in eine dem Aufrechnungsgegner gegenübergestellte Vermögensposition einrücken würde. Das Anwartschaftsrecht selbst stellt aber bereits eine der dinglichen Anknüpfung zugängliche¹⁴⁸ und werthaltige¹⁴⁹ Vermögensposition dar. Mit diesem dinglichen und wirtschaftlichen Gewicht vermag schon das Anwartschaftsrecht, den Erwerber in eine dem Insolvenzschuldner gegenübergestellte Stellung zu rücken. Es nimmt damit die Gegenseitigkeitskonstellation der späteren Aufrechnungslage sozusagen vorweg. Daß dennoch nicht aufgerechnet werden kann liegt daran, daß das Anwartschaftsrecht nicht auf Erfüllung gerichtet ist. Damit liegt jedoch kein Fall der werdenden Durchsetzbarkeit oder Gleichartigkeit vor, denn § 95 betrifft ausschließlich die bereits entstandene oder erworbene Forderung.¹⁵⁰ Das Anwartschaftsrecht begründet nun zwar eine Vermögenszuordnung, ist aber bloß ein Platzhalter für das Vollrecht, das erst nachträglich in das Vermögen des Aufrechnenden gelangt. Es läßt die spätere Forderung zwar an seine Stelle treten, doch wandelt es sich nicht selbst in die von ihm wesensverschiedene Forderung um (Diskontinuität).

Wenngleich das Anwartschaftsrecht durch seine Vermögenszuordnung, bei wirtschaftlicher Betrachtung, eher der Fallgruppe der werdenden Durchsetzbarkeit/Gleichartigkeit angehörig scheint, steht es also in seiner rechtlichen Wirkung doch zwischen den beiden Fallgruppen

Die Frage kann daher nicht schon anhand der Begrifflichkeit Gegenseitigkeit/Gleichartigkeit geklärt werden. Vielmehr ist auf die hinter den Normen § 95 Abs.1 und § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2 stehenden Wertungen abzustellen.

§ 95 Abs. 1 will den Gläubiger schützen, der vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens darauf vertrauen durfte, seine Forderung im Wege der Aufrechnung durchsetzen zu können.¹⁵¹ Dagegen wollen § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2 die Aufrechnung da verhindern, wo ein solches schützenswertes Vertrauen bei Verfahrenseröffnung noch nicht bestand.¹⁵² Dabei greifen § 95 und § 96 Abs. 1 für die Beurteilung des Anwartschaftsrechts nahtlos ineinander.

¹⁴⁷ Staudinger–Bork, § 158 BGB, Rn. 20.

¹⁴⁸ So ist es übertragbar, verpfändbar und vererbbar (vgl. statt aller Staudinger–Bork, Vorbem zu §§ 158 BGB, Rn. 68 ff.).

¹⁴⁹ Vgl. etwa Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 59 A. I. 2. a), S. 743, Rn. 3.

¹⁵⁰ Vgl. etwa Breutigam/Goetsch/Blersch–Blersch, § 95, Rn. 8.

¹⁵¹ RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 107, S. 141.

¹⁵² RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108, S. 141.

Entscheidend für den Schutz der anwartschaftlichen Aufrechnungslage ist damit, ob der Anwartschaftsrechtsinhaber „vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens darauf vertrauen durfte, daß die Durchsetzung seiner Forderung mit Rücksicht auf das Entstehen einer Aufrechnungslage keine Schwierigkeiten bereiten werde“¹⁵³ oder nicht.

Daß das Vertrauen in den Erwerb der anwartschaftsrechtlich gesicherten Gegenforderung in der Insolvenz geschützt wird, ist soeben festgestellt worden. Nunmehr ist weiter zu fragen, inwieweit dieses Vertrauen auf die Entstehung der Aufrechnungslage insgesamt auszudehnen ist.

Auf diese Frage gibt der zivilrechtliche Vertrauensschutztatbestand des § 406 BGB und sein – sprachlich enger gefaßtes¹⁵⁴ – Pendant § 392 BGB eine Antwort. Aufgrund des Vertrauens in den zukünftigen Erwerb der Gegenforderung¹⁵⁵ und damit zur Erhaltung der Rechtsstellung, die später die Aufrechnung ermöglichen soll,¹⁵⁶ wird bei diesen Normen eine großzügige Auslegung des Erwerbszeitpunktes vorgenommen. Nicht die Vollendung des Erwerbstatbestandes der Gegenforderung soll den schutzbegründenden Zeitpunkt festlegen, es soll bereits die begründete Aussicht genügen.¹⁵⁷ Die Forderung muß dem Erwerber bloß zustehen, ohne daß er schon aufrechnungsbefugt sein müßte.¹⁵⁸ So genügt es etwa schon, daß der Rechtsgrund der Gegenforderung bereits besteht.¹⁵⁹ §§ 406, 392 BGB schützen nach dieser Lesart das Vertrauen in den Erwerb der Gegenforderung im Hinblick auf die Entstehung einer Aufrechnungslage.

Fraglich ist jedoch, ob diese Wertung auch innerhalb der Insolvenzaufrechnung brauchbar ist, ist doch bereits festgestellt worden, daß der von §§ 406, 392 BGB gewährte Vertrauensschutz nicht ohne weiteres auf die Insolvenz übertragbar ist, da die tatbestandliche Weite dieser Normen de lege ferenda keinen Anschluß an die Wertungen der Insolvenz findet.¹⁶⁰ An dieser Stelle geht es indes nicht darum, den Vertrauensmaßstab der zivilrechtlichen Vertrauensschutztatbestände für die Insolvenz heranzuziehen – denn daß das Anwartschaftsrecht in der Insolvenz schützenswertes Vertrauen begründet ist ja geklärt –, sondern einzig und allein um die Frage, ob überhaupt der einem Forderungserwerb

¹⁵³ RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 107, S. 141.

¹⁵⁴ § 406 BGB verlangt nur eine dem Schuldner „zustehende Forderung“, § 392 BGB darüber hinaus, daß der Schuldner die Forderung vor der Beschlagnahme „erworben hat“.

¹⁵⁵ RGRK–Weber, § 406 BGB, Rn. 2.

¹⁵⁶ BGH NJW 1972, S. 1193, 1194; BGHZ 19, S. 153, 157.

¹⁵⁷ MÜKO–Roth, § 406 BGB, Rn. 2; Palandt–Heinrichs, § 392 BGB, Rn. 1; Staudinger–Gursky, § 392 BGB, Rn. 2, 11.

¹⁵⁸ RGRK–Weber, § 406 BGB, Rn. 11.

¹⁵⁹ BGH NJW 1980, S. 584, 585; BGH NJW 1972, S. 1193, 1194; MÜKO–Roth, § 406 BGB, Rn. 7; MÜKO–vFeldmann, § 392 BGB, Rn. 1.

¹⁶⁰ Vgl. insofern super B. III. 2 c) bb).

inhärente Vertrauensschutz auf die Aufrechnungslage insgesamt zu erstrecken ist. Der Umstand der divergierenden Schutzintensitäten zwischen Zivil- und Insolvenzrecht wirkt sich für diese Überlegung nicht störend aus.

Dafür, daß § 95 Abs. 1 gleich den §§ 406, 392 BGB den Schutz der Aufrechnungslage allein in Ansehung des Erwerbs der Gegenforderung zu begründen vermag, spricht namentlich, daß diese Norm den §§ 406, 392 BGB nachgebildet worden ist¹⁶¹. Die grundsätzlichen Wertungen der zivilrechtlichen Vertrauensschutztatbestände können daher auch in der Insolvenz Geltung beanspruchen. Mithin wird das Vertrauen auf den Erwerb der Gegenforderung auch innerhalb der Insolvenzaufrechnung auf die gesamte Aufrechnungslage auszudehnen sein.¹⁶²

Damit ist festzuhalten, daß bereits das obligatorische Anwartschaftsrecht an der Gegenforderung eine in der Insolvenz zu schützende Aufrechnungslage schafft.

Allerdings ist bislang lediglich die Situation des § 96 Abs. 1 Nr. 2 behandelt worden. Fraglich bleibt, ob auch bei einer § 96 Abs. 1 Nr. 1 entsprechenden Sachlage – wenn etwa der spätere Insolvenzschuldner schon ein Anwartschaftsrecht an einer Forderung gegen einen Gläubiger erworben hatte, der Insolvenzverwalter dann das Vollrecht erwirbt – schützenswertes Vertrauen des aufrechnungswilligen Insolvenzgläubigers geltend gemacht werden kann. Dagegen spricht, daß das Anwartschaftsrechts ausschließlich das Vertrauen des Erwerbers schützen will. Ein Dritter kann dagegen grundsätzlich nicht auf den Erwerb vertrauen, zumal der Erwerber seinen Erwerb häufig wird verhindern können.¹⁶³ Die Vertrauensfunktion des Anwartschaftsrechts kann demnach keinen Schutz der anwartschaftlichen Aufrechnungslage im Gefüge der §§ 95, 96 begründen.

Doch stellt § 95 Abs. 1 S. 1 Haupt- und Gegenforderung im Hinblick auf ihre Aufrechenbarkeit gleich. Hauptregelungsziel bei der Neufassung dieser Norm war es, einseitige Vorzugsstellungen abzubauen.¹⁶⁴ Daher muß der Zeitpunkt, in dem ein fortschreitender Erwerb die Sicherung der Aufrechnungslage in der Insolvenz begründen kann, für Haupt- und Gegenforderung einheitlich bestimmt werden. Das Anwartschaftsrecht kommt dem durch seine haftungszuordnende Funktion nach. Diese beurteilt sich, wie gezeigt, für beide Erwerbseiten gleich und kann daher auch dann eine schützenswerte

¹⁶¹ RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 107, S. 141; Kübler/Prütting-Lüke, § 95, Rn. 5; Breutigam/Biersch/Goetsch-Biersch, § 95, Rn. 3; Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 95 Rn. 1.

¹⁶² Vgl. Staudinger-Gursky, § 392 BGB, Rn. 11 zu § 54 Abs. 1 KO; allgemein Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 649, Rn. 9.

¹⁶³ Etwa bei Ratenkauf durch Nichtzahlung, anders dagegen bei einer Bedingung, auf die auch der Erwerber keinen Einfluß hat.

¹⁶⁴ Vgl. RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 107, S. 140 f.

Aufrechnungslage begründen, wenn ein obligatorisches Anwartschaftsrecht auf Seiten der Masse einen Forderungserwerb sichert.

Es ist daher unerheblich, ob Gegen- oder Hauptforderung durch obligatorisches Anwartschaftsrechts repräsentiert werden. Eine anwartschaftliche Aufrechnungslage berechtigt in jedem Fall zur Insolvenzaufrechnung.

cc) Die Grenze der Aufrechenbarkeit mit anwartschaftlichen Aufrechnungslagen

Dabei bleiben allerdings immer die Grenze des § 95 Abs. 1 S. 1 und S. 3 zu beachten. Aus anwartschaftlichen Aufrechnungslagen kann also *erst* dann aufgerechnet werden, wenn die Forderung vollrechtlich erworben worden ist und *nur* dann, wenn die Hauptforderung nicht schon vor dem vollrechtlichen Erwerb durchsetzbar war, denn natürlich kann ein obligatorisches Anwartschaftsrecht keinen stärkeren Schutz der Aufrechnungslage begründen als eine bereits erworbene und lediglich nicht durchsetzbare beziehungsweise gleichartige Forderung. Die Aufrechnungsbegrenzungen des § 95 Abs. 1 sind daher, a maiore ad minus, auf anwartschaftliche Aufrechnungslagen anzuwenden.

d) Fazit

Obligatorische Anwartschaftsrechte entstehen praktisch ausschließlich beim bedingten Forderungserwerb. Sie begründen gleich bedingten, noch nicht fälligen oder ungleichartigen Forderungen werdende Aufrechnungslagen im Sinne des § 95 Abs. 1. Ausschlaggebend hierfür ist sowohl der dem Anwartschaftsrecht immanente *Vertrauensschutz* des Erwerbers auf den Erwerb, der im Rahmen einer Aufrechnungslage als Vertrauen auf die aufrechnungsweise Durchsetzung der anwartschaftsrechtlich gesicherten Forderung zu verstehen ist, als auch die durch das Anwartschaftsrecht begründete *Haftungszuordnung*, die es gestattet, eine Forderung schon mit dem Erwerb des Anwartschaftsrechts als erworben im Sinne des § 95 Abs. 1 zu behandeln.

7. Ergebnis

§ 95 Abs. 1 schützt die werdenden Aufrechnungslagen. Das sind solche Konstellationen, in denen sich die wechselseitigen Forderungen schon gegenseitig und existent gegenüberstehen und lediglich noch nicht durchsetzbar oder noch nicht gleichartig sind. Die fehlende Unbedingtheit, Fälligkeit oder Gleichartigkeit werden vor diesem Hintergrund zu Aufrechnungshindernissen. Sie sind, anders als die Existenz und Gegenseitigkeit der

Forderungen, keine konstitutiven Voraussetzungen des von der Insolvenzordnung gewährten Aufrechnungsschutzes.

Hält man sich diese klare Trennlinie vor Augen, dann wird deutlich, daß nur Parteibedingung und Rechtsbedingung, nicht aber die sogenannte gesetzliche Bedingung der Regelung des § 95 Abs. 1 S. 1. unterfallen können. Die gesetzliche Bedingung stellt keine Bedingung im Rechtssinne dar und setzt keine Präexistenz der Forderung voraus.

Die Grenze zwischen Aufrechnungshindernis und Aufrechnungsvoraussetzung kann allerdings nicht völlig unangetastet bleiben. Sofern eine ursprüngliche Forderung nach Verfahrenseröffnung untergeht, die ihr immanente Vermögenszuordnung aber durch eine zweite Forderung fortgeführt wird, muß die Aufrechnung mit und gegen diese zweite Forderung zulässig sein, auch wenn es sich bei ihr um eine nachträglich entstandene Forderung handelt. Das liegt zum einen daran, daß – insbesondere im Bereich der werdenden Gleichartigkeit – eine präzise Abgrenzung nicht selten schwerfällt und, im Hinblick auf die zugrundeliegenden zivilrechtlichen Regelungen, bisweilen sogar zufällig erscheint. Es erklärt sich zudem daraus, daß im Fall einer fortgesetzten Vermögenszuordnung keine nachträgliche Schmälerung der Masse und damit keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots zu konstatieren ist.

Aufrechenbar sind ferner solche Forderungen, an denen bereits ein Anwartschaftsrecht besteht.

IV. Die wirtschaftliche Gleichartigkeit, § 95 Abs. 2

§ 95 Abs. 2 ist erst auf Empfehlung des Rechtsausschusses eingefügt worden und ermöglicht es dem Aufrechnenden, sowohl mit als auch gegen eine Fremdwährungsforderung aufzurechnen, sofern diese nur im Inland konvertierbar ist. § 95 Abs. 2 gestattet die Aufrechnung mithin bei wirtschaftlicher Gleichartigkeit der Forderungen.¹

Die Regelung wurde notwendig, weil die Anwendung des § 45 S. 2 nunmehr in § 95 Abs. 1 S. 2 für die Aufrechnung ausgeschlossen ist und damit lediglich die Ersetzungsbefugnis aus § 244 Abs. 1 BGB verbliebe, die die Aufrechnung nur mit, nicht aber gegen Fremdwährungsforderungen ermöglicht.²

Dieser Regelungszusammenhang mit § 95 Abs. 1 S. 2 mag die unglückliche Stellung der Fremdwährungsklausel erklären. Unter systematischen Gesichtspunkten wäre diese Regelung besser im Rahmen des § 94 erfolgt, weil sie alle Forderungen betrifft, nicht nur die in § 95 Abs. 1 genannten.³

¹ Vgl. Begründung des Rechtsausschusses zu § 107 RegE, abgedruckt bei *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 276.

² Solche Konstellationen bloß einseitiger Aufrechenbarkeit sind wegen ihres zufälligen Charakters zu vermeiden. Vergleichbar ist diese Situation der nunmehr durch § 95 Abs. 1 S. 2 abgeschafften Bevorzugung von Naturalleistungsgläubigern (vgl. *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 95, Rn. 1).

³ *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 95, Rn. 1; *Adam*, WM 1998, S. 801, 803; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 95, Rn. 41 f. schlägt sogar – mit gutem Grund – anstatt dieser Regelung eine Erweiterung des § 244 Abs. 1 BGB vor, vgl. hierzu auch *Landfermann*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159, 182 f., Rn. 69 und *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, § 50. II, S. 235.

V. Aufrechnungsverbote, § 96 Abs. 1

1. Allgemeines

Im insolvenzrechtlichen Aufrechnungsrecht normiert § 96 Abs. 1 den Gedanken der *par conditio creditorum* dergestalt, daß er die Grenzen der nach den §§ 94, 95 zulässigen Aufrechnung in der Insolvenz aufzeigt. Die Norm beschränkt das für die Aufrechnung unabdingliche Gegenseitigkeitsverhältnis – dieses beinhaltet auch die beiderseitige Forderungsexistenz – nach den insolvenzspezifischen Bedürfnissen (Nr. 1, 2, 4) und schließt die Aufrechnung bei anfechtbar erlangten Aufrechnungslagen aus (Nr. 3). § 96 Abs. 1 lehnt sich dabei eng an die Regelung des § 55 KO an, findet sich aber redaktionell modifiziert und gestrafft.¹

2. § 96 Abs. 1 Nr. 1

a) Grundsätzliches

Das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 1 verwirklicht das Gebot der Gläubigergleichbehandlung in Ansehung der Hauptforderung. Es reglementiert den Fall, daß ein Insolvenzgläubiger erst nach Verfahrenseröffnung zum Schuldner der Masse wird, sei es daß die Hauptforderung erst nachträglich entsteht, sei es daß die schon bestehende Hauptforderung erst nachträglich zur Insolvenzmasse abgetreten wird. Die so erst nach Verfahrenseröffnung entstandene Aufrechnungslage ist nicht schutzwürdig, weil der Gläubiger bis zur Verfahrenseröffnung lediglich auf die Erfüllung seiner Quotenforderung hoffen konnte.² Ferner sollen die der Insolvenzmasse nach Verfahrenseröffnung entstandenen Forderungen ihr ungeschmälert zugute kommen und gleichmäßig an alle Gläubiger verteilt werden. Auch soll kein nachträgliches, leichtfertiges oder zielgerichtetes Schuldigwerden zur Masse mit einer verwertbaren Aufrechnungslage honoriert werden.³ Indem § 96 Abs. 1 Nr. 1 diese Wertungen nachvollzieht, greift die Norm den Regelungsgehalt von § 55 S. 1 Nr. 1 KO unverändert auf,⁴ so daß insoweit ergangene

¹ Vgl. RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 108, S. 141.

² Vgl. RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 108, S. 141.

³ Vgl. etwa Kübler/Prütting–Lüke, § 96, Rn. 8; Breutigam/Goetsch/Blersch–Blersch, § 96, Rn.4.

⁴ Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch, § 96, Rn. 7; vgl. auch RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108, S. 141.

Rechtsprechung und Stellungnahmen in der Literatur weiterhin Geltung beanspruchen können.⁵

b) „Insolvenzgläubiger“ – Die vom Aufrechnungsverbot Betroffenen

§ 96 Abs. 1 Nr. 1 betrifft, nunmehr ausdrücklich normiert, ausschließlich Insolvenzgläubiger. Für Massegläubiger ist bei Massearmut dennoch eine analoge Anwendung der Aufrechnungsverbote geboten.⁶

c) „Zur Insolvenzmasse schuldig geworden“ – Die Existenz der Hauptforderung

Wie schon die Konkursordnung (§ 55 S. 1 Nr. 1 KO) spricht die Insolvenzordnung von „schuldig geworden“, wenn sie die Existenz der Hauptforderung meint, ohne dabei zu bestimmen, wie dieses Tatbestandsmerkmal rechtlich einzuordnen ist. Das muß sie auch nicht, da allgemeine zivilrechtliche Grundsätze zugrunde gelegt werden können. Um den Zeitpunkt des Schuldigwerdens festzulegen, ist nach dem jeweiligen Schuldverhältnis zu fragen, genauer, nach dem Zeitpunkt, an dem das letzte Tatbestandsmerkmal des jeweiligen Entstehungs oder Erwerbstatbestandes vollendet ist.⁷

Unstreitig unzulässig ist die Aufrechnung deshalb etwa mit Ansprüchen aus einer nach Verfahrenseröffnung begangenen, unerlaubten Handlung oder aus Bereicherungsansprüchen wegen einer nachträglichen Entreicherung der Masse. Zulässig ist die Aufrechnung dagegen mit bereits bestehenden, nicht durchsetzbaren Ansprüchen, wie etwa Werklohnansprüchen vor Abnahme (§ 641)⁸. Insoweit findet § 95 Abs. 1 Anwendung.

Diese klare Grenze zwischen § 95 und § 96 Abs. 1 findet allerdings auch Durchbrechungen. So ist etwa die Aufrechnung gegen solche Ansprüche zulässig, an denen vor Verfahrenseröffnung nur ein obligatorisches Anwartschaftsrecht erworben war.⁹

Weiter noch gehen Lehre und Rechtsprechung in dem Versuch, wirtschaftliche Wertungen in die §§ 94 ff. zu inkorporieren. Sie ziehen dazu das bereits erwähnte Institut der gesetzlichen Bedingung heran. Wo dann im einzelnen die Grenze zwischen zulässiger Aufrechnung im

⁵ Vgl. RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 108, S. 141.

⁶ Vgl. super B. II. 1. b).

⁷ Vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, §§ 135, 136, S. 875 ff.; *Larenz/Wolf*, § 50, S. 944, Rn. 1.

⁸ Vgl. BGH, ZIP 1984, S. 190, 191.

⁹ Vgl. super B. III. 7.

Rahmen des § 95 Abs. 1 und dem Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 1 zu ziehen ist, soll anhand der folgenden Fälle und Fallgruppen untersucht werden.

aa) Die nachträglich entstandene Forderung nach §§ 667, 675 BGB aus vor Verfahrenseröffnung übernommener Geschäftsführung

Die Insolvenzordnung beschäftigt sich in §§ 115, 116 mit dem Schicksal von Auftrag und Geschäftsbesorgung¹⁰ in der Insolvenz des Auftraggebers beziehungsweise Berechtigten aus der Geschäftsbesorgung.

Rechtsfolge der Verfahrenseröffnung ist grundsätzlich das Erlöschen des Auftrages (§ 115 Abs. 1),¹¹ mit Ausnahme der Notgeschäftsführung (§ 115 Abs. 2) und im Fall unverschuldeter Unkenntnis von der Verfahrenseröffnung (§ 115 Abs. 3) – also bei gutgläubiger Auftragsfortführung. Aufwendungen¹², die der Beauftragte im Rahmen eines solchen Ausnahmetatbestandes tätigt, sind ihm nach § 670 BGB ersatzfähig. Im Fall der Notgeschäftsführung ist der Beauftragte mit ihnen Massegläubiger (§ 115 Abs. 2 S. 3). Ist er unverschuldet in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung tätig geworden, kann er sie lediglich als Insolvenzforderungen geltend machen (§ 115 Abs. 2 S. 2).¹³

Führt der Beauftragte dagegen seine Tätigkeit fort, obwohl er von der Verfahrenseröffnung weiß und liegt auch keine Notgeschäftsführung vor, so ergeben sich Ansprüche allein nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Mit diesen ist der Beauftragte natürlich ebenfalls nur Insolvenzgläubiger.¹⁴

Für Ansprüche des Geschäftsherrn auf Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten (§§ 675, 667 BGB) findet sich dagegen keine Regelung in der Insolvenzordnung. Sofern diese den Ersatzansprüchen des Geschäftsführers aufrechenbar gegenüberstehen,¹⁵ ist daher fraglich, ob es sich bei ihnen um ursprüngliche oder nachträgliche Ansprüche handelt.

¹⁰ Da beide Rechtsverhältnisse die gleiche Regelung erfahren (§ 116 S. 1), gelten die folgenden Bemerkungen immer sowohl für den Auftrag als auch für die Geschäftsbesorgung.

¹¹ Der Auftrag muß ausweislich § 115 Abs. 1 dem *Inhalt* nach auf die Masse bezogen sein. Unerheblich für die Frage nach der Massebezogenheit ist es dagegen, ob der Beauftragte Aufwendungsersatzansprüche gegen die Masse geltend machen kann (vgl. Breutigam/Blersch/Goetsch–Goetsch, § 115, Rn. 9 ff.).

¹² Auch die Vergütungsansprüche des Geschäftsbesorgers, § 116 S. 2.

¹³ Die unterschiedliche Behandlung der beiden Fallgruppen kann folgendermaßen erklärt werden: § 115 Abs. 3 dient dem Schutz des "gutgläubigen" Beauftragten. § 115 Abs. 2 dagegen dem der Masse. Um den Beauftragten dazu zu zwingen, gefahrenabwendend tätig zu werden, fingiert diese Norm das Fortbestehen des Auftrages und damit die gesetzliche Pflicht des Beauftragten, im Rahmen seines Auftrages gefahrenabwendend tätig zu werden. Der Beauftragte ist daher wie ein nachträglich vom Insolvenzverwalter Beauftragter zu stellen (vgl. auch sub III.).

¹⁴ Breutigam/Blersch/Goetsch–Goetsch, § 115, Rn. 13 f.; Nerlich/Römermann–Kießner, § 115, Rn. 17.

¹⁵ Gleichartigkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn sich der Herausgabeanspruch auf Geld bezieht (vgl. Staudinger–Gursky, § 387 BGB, Rn. 63). Im Folgenden wird daher dieser Sachverhalt zugrunde gelegt.

Problematisch ist dabei allein die Konstellation der nach Verfahrenseröffnung eingezogenen Forderung bei gutgläubiger Auftragsweiterführung (§ 115 Abs. 3).

Zieht der Beauftragte vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Rahmen seines Auftrags Forderungen Dritter ein, so handelt es sich bei den sich hieraus ergebenden Herausgabeansprüche des Auftraggebers immer um ursprüngliche Forderungen. Bei einer *gefahrenabwendenden* Tätigkeit nach Verfahrenseröffnung (§ 115 Abs. 2) stellt sich die Frage des Entstehungszeitpunktes erst gar nicht, da der Beauftragte mit seinen Ansprüchen Massegläubiger ist. Wird der Beauftragte schließlich nach und *in Kenntnis* der Verfahrenseröffnung tätig, so führt er nachträglich ein auftragsloses Geschäft. Ansprüche des Geschäftsherrn hieraus fallen ohne weiteres unter § 96 Abs. 1 Nr. 1.

De lege lata müßte das auch für die Fälle der unverschuldeten Auftragsweiterführung gelten, wenn der herauszugebende Gegenstand erst nach Verfahrenseröffnung erlangt wurde, denn der Anspruch aus § 667 entsteht erst mit der Erlangung dessen, was herauszugeben ist¹⁶.

Der BGH – und mit ihm ein Teil der Lehre – behandelt diese Fallgruppe freilich anders und kommt so zu einem Ergebnis, das noch vom Reichsgericht als „willkürlich“ bezeichnet wurde,¹⁷ nämlich daß dieser Herausgabeanspruch wie ein ursprünglicher behandelt wird und damit Ansprüchen des Geschäftsführers aufrechenbar gegenübersteht.

(I) Erneut: Die Bedingungstheorie

Der BGH bemüht zur dogmatischen Unterfütterung dieses Ergebnisses die bereits vorgestellte „gesetzliche Bedingung“. Diese Konstruktion soll für die gesetzlichen Schuldverhältnisse leisten, was sich vertraglich durch die rechtsgeschäftliche Bedingung regeln läßt, nämlich die Durchbrechung der Gleichzeitigkeit von Rechtsgeschäft und Rechtsentstehung. Der Anspruch aus § 667 sei, so argumentiert die Rechtsprechung, bereits mit dem zugrundeliegenden Auftragsverhältnis „im Kern“ angelegt gewesen¹⁸ und so, gesetzlich bedingt, bereits mit Auftragserteilung entstanden.

Daß die Vorverlagerung des Entstehungszeitpunkts des späteren Anspruchs nicht schon mit der Berufung auf eine „Bedingung“ gerechtfertigt werden kann, ist bereits dargestellt worden.¹⁹ Die „gesetzliche Bedingung“ ist von der *conditio* im eigentlichen Sinne grundverschieden und kann deren Rechtsfolgen nicht ohne weiteres für sich in Anspruch nehmen. Im folgenden ist aber zu untersuchen, ob der von der Rechtsprechung herangezogene „Kern“ der späteren Forderung zu einer Verlagerung des

¹⁶ Vgl. MÜKO–Seiler, § 667 BGB, Rn. 22; Staudinger–Wittmann, § 667 BGB, Rn. 8.

¹⁷ RGZ 53, S. 327, 330.

¹⁸ Erstmals RGZ 121, S. 367, 371 allerdings für einen Kaufvertrag.

¹⁹ Vgl. super B. III. 2. c), insbesondere bb).

Entstehungszeitpunkts geeignet ist, respektive, ob der Einzelfall hier eine Rückbeziehung rechtfertigen kann.

Grundsätzlich ist die Idee, daß ein wie auch immer gearteter Keim einer späteren Forderung anstelle dieser zur Anknüpfung bestimmter Rechtsfolgen herangezogen werden kann, der Rechtslehre nicht fremd. Ein ähnlicher Ansatz wird etwa im Zusammenhang mit der Vorauszession diskutiert. Dort soll schon ein Kern oder Keim der zukünftigen Forderung als Objekt für den Übertragungstatbestand genügen, um die erst hernach entstehende Forderung, aus dem übertragenen Kern heraus, direkt bei dem Zessionar entstehen zu lassen.²⁰

Vorliegend soll nun das Auftragsverhältnis, als Kern des zukünftigen Herausgabeanpruchs, an dessen Stelle für die Tatbestandsmerkmale der insolvenzrechtlichen Aufrechnungsverbote herangezogen werden. Beide Fallgruppen sind insofern vergleichbar, als Rechtswirkungen, die sich auf den Entstehungszeitpunkt einer zukünftigen Forderung beziehen, in Ansehung eines „Kernes“ schon vorher ansetzen sollen. Der „Kern“ wird zum Anknüpfungspunkt für die spätere Forderung, deren Entstehungstatbestand somit, im Hinblick auf bestimmte Rechtswirkungen, zeitlich vorverlagert fingiert wird.

Im Bereich der Vorauszession ist diese Vorgehensweise mittlerweile als Gewohnheitsrecht zu bezeichnen. Dogmatisch erklärt sie sich aus dem Umstand, daß als „Kern“ das Anwartschaftsrecht²¹ herangezogen wird,²² an dem als tatsächliche Rechtsposition ohne weiteres dingliche Rechtswirkungen anknüpfen können.²³ Vorliegend stellt der „Kern“ lediglich ein Schuldverhältnis dar. Das mag grundsätzlich noch angehen, da der „Kern“ hier nicht als Anknüpfungspunkt für eine Verfügung, sondern als Tatbestandsmerkmal erhalten muß. Zu fragen ist jedoch, ob das Kriterium der rechtlichen Grundlage²⁴ beziehungsweise das des Kausalverhältnisses abgrenzbar und beständig genug ist, um für eine Rechtsfolgen bedingende Anknüpfung geeignet zu sein.

(II) Zur Rechtsprechung des BGH

Die Antwort auf diese Frage ist an erster Stelle in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu suchen.

²⁰ Etwa Staudinger–Kaduk, § 398 BGB, Rn. 52 – 54; MÜKO–Roth, § 398 BGB, Rn. 81; Palandt–Heinrich, § 398 BGB, Rn. 12; RGRK–Weber, § 398 BGB, Rn. 72; Erman–Westermann, § 398 BGB, Rn. 12; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, § 9 II, S. 112 ff.; Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 58 B. III. 4., S. 740, Rn. 21; alle mwN.; BGHZ 20, S. 197, 205; 48, S. 88, 88.

²¹ Zur Entwicklung und dogmatischen Einordnung dieses Rechtsinstituts vergleiche Staudinger–Bork, Vorbem zu §§ 158 ff. BGB, Rn. 60 – 67.

²² Vgl. die in Fn. 20 Genannten; weiter dagegen Larenz, Schuldrecht, § 34 III, S. 585.

²³ Vgl. super B. III. 5. a).

(1) Dritter Zivilsenat

Im Jahre 1977 gestattete der III. Zivilsenat des BGH einem Rechtsanwalt die Aufrechnung mit seinen Honoraransprüchen gegen den Herausgabeanspruch seines Mandanten (§§ 675, 667) aus einer Forderungseinziehung im Rahmen anwaltlicher Geschäftsbesorgung.²⁵ Obwohl die Forderungen erst nach der Verfahrenseröffnung über das Vermögen des Mandanten eingezogen wurden, wurde der daraus resultierende Herausgabeanspruch des Mandanten als ursprünglicher Anspruch behandelt, weil er „im Kern“ schon mit dem Auftragsverhältnis, und damit vor Verfahrenseröffnung, vorgelegen habe. Der Auftrag bilde dabei den Rechtsgrund für den später entstandenen Anspruch auf Herausgabe und sei sozusagen Kausalverhältnis für den dinglichen Anspruch. Dieser wiederum sei, gesetzlich bedingt, schon mit der Auftragserteilung entstanden. Ferner führte der BGH die Zulässigkeit der Aufrechnung darauf zurück, daß „Anwartschaften auf eine Aufrechnung zu berücksichtigen (sind), da mit ihnen auch sonst im wirtschaftlichen Verkehr gerechnet wird“²⁶.

(2) Zweiter Zivilsenat

Im gleichen Jahr ließ es der II. Zivilsenat²⁷ dagegen ausdrücklich dahingestellt sein, ob noch ein Kausalverhältnis vorlag.²⁸ In dieser Entscheidung wollte eine Bank gegen eine vor Verfahrenseröffnung überwiesene, aber erst hernach gutgeschriebene Zahlung mit ihrem Anspruch aus dem debitorisch geführten Konto des in Konkurs gefallenen Schuldners aufrechnen. Das Gericht gelangte zu einer Aufrechenbarkeit, da der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten (also der Anspruch aus Gutschrift) zwar erst mit Gutschrift entstanden, aber mit der Überweisung bereits als Anspruch auf Gutschrift „im Kern“ angelegt gewesen sei. Nach wirtschaftlicher Betrachtung sei der Betrag damit schon vor Verfahrenseröffnung geschuldet gewesen.²⁹

Dieses Urteil ist allerdings gesondert zu betrachten, denn der BGH stellt hier, trotz ähnlicher Terminologie, nicht auf eine gesetzliche Bedingung ab. Zwar bemüht er erneut den Begriff des „Kerns“, doch verbirgt sich dahinter eine andere Wertung als zuvor, denn der BGH erachtete hier ausschließlich den Umstand für maßgeblich, daß der umstrittene Betrag wirtschaftlich schon vor Konkurseröffnung geschuldet war, und meint damit nichts anderes, als das, was in dieser Arbeit als „ursprüngliche Vermögenszuordnung“ vorgestellt worden ist:

²⁴ So die Terminologie bei BGHZ 71 S. 380, 385.

²⁵ BGHZ 71, S. 380, 380 ff.

²⁶ BGHZ 71, S. 380, 385.

²⁷ BGH NJW 1978, S. 699, 699 f.; JuS 1978, S. 421, 421 f. mit Anm. *Schmidt*.

²⁸ NJW 1978, S. 699, 699. Das Kausalverhältnis ist der Girovertrag, rechtlich ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat (vgl. *Canaris* in HGB–Großkommentar, Anm. 156 zu § 357, S. 645).

²⁹ NJW 1978, S. 699, 700.

Die Konkretisierung einer ursprünglichen Vermögenszuweisung durch einen ersten (bezifferbaren, jedenfalls dem Umfang nach bestimmbaren) Anspruch und die Fortführung dieser Vermögenszuordnung durch einen zweiten Anspruch, der an Stelle des ersten tritt.

Der Unterschied zur Bedingungslehre, wie in BGHZ 71, S. 380 ff. vertreten, ist deutlich: Dort ließ der BGH es genügen, daß ein Grundrechtsverhältnis Anknüpfungspunkt für den späteren Anspruch war, fragte aber nicht nach einer ursprünglichen Belastung der Masse. Eine Vermögenszuordnung konkretisierte sich dort erstmalig mit dem Anspruch auf Herausgabe und damit erst nach Verfahrenseröffnung. Jenem Fall lag daher eine nachträgliche Belastung der Masse zugrunde, die deswegen legitimiert werden sollte, weil mit ihr zu rechnen war. Anstelle einer ursprünglichen Vermögenszuordnung genügte insofern eine nicht näher abgegrenzte ursprüngliche Absehbarkeit des späteren Anspruchs.

Hier konnte der BGH dagegen darauf abstellen, daß eine Belastung der Masse schon vor Verfahrenseröffnung gegeben war: Zwar liegt mit dem Anspruch *aus* Gutschrift ein vom Anspruch *auf* Gutschrift gänzlich unabhängiger Anspruch vor³⁰ – weswegen der BGH besser daran getan hätte, das Merkmal der Ungleichartigkeit nicht anzusprechen –, doch transportiert dieser die in Wert und Richtung konkretisierte Vermögenszuordnung des Anspruches auf Gutschrift. Der BGH entschied daher richtig, diesen Anspruch für aufrechenbar zu erklären. Wiederum wäre es glücklicher gewesen, eine eindeutige Terminologie zu wählen und nicht von einer Anlage im „Kern“ zu sprechen, denn dieser Begriff verschleiert, ebenso wie der der Ungleichartigkeit, die hier wesentliche Wertung der ursprünglichen Vermögenszuordnung.

Damit ist der Aussage dieses Urteils zwar zuzustimmen und sie ist auch hilfreich für eine Grenzziehung zwischen der Bedingungslehre und der bislang hier vertretenen Auffassung, doch spielt das Urteil für die Betrachtung im weiteren nur eine periphere Rolle, denn es basiert nicht auf der Annahme einer gesetzlichen Bedingung.

(3) Erster Zivilsenat

Von Bedeutung für das Folgende ist dagegen die Entscheidung des I. Zivilsenates,³¹ in einem ähnlichen Fall die Aufrechnungsmöglichkeit der Bank abzulehnen. Die Erwägungen des II. Senates griffen in diesem Fall nicht, weil hier Überweisung und Gutschrift erst nach Verfahrenseröffnung erfolgt waren. Im Gegensatz zur eingangs erwähnten Entscheidung des

³⁰ Davon scheint vorliegend auch der BGH auszugehen, wenn er annimmt, daß die Gutschrift einen „abstrakten, unwiderruflichen Anspruch“ begründet. Vgl. auch *Hellner/Steuer*, Band 3, 6/203; *Canaris* in HGBGroßkommentar/BankR, Rn. 415, mwN.

³¹ BGHZ 74, S. 253, 253 ff.

III. Senats sollte aber auch das noch bestehende Kausalverhältnis, hier ein Girovertrag, in dieser Konstellation keine Aufrechnungsmöglichkeit gewähren.

Bezüglich des Zeitpunktes der Überweisung ist dem ersten Zivilsenat zuzustimmen. Stellt man darauf ab, daß der Anspruch auf Gutschrift dem aus Gutschrift entspringt und dabei diesem in Wesen und wirtschaftlicher Funktion gleichzustellen ist, dann ist der entscheidungserhebliche Zeitpunkt nicht derjenige der Gutschrift, sondern der des Zahlungseingangs.

Mit seinen Aussagen zum Kausalverhältnis setzt sich der erste Senat aber klar in Widerspruch zum Urteil des dritten Zivilsenates.

Der erste Senat begründete diese Abweichung, indem er zwischen Inkassoaufträgen oder sonstigen Aufträgen an Rechtsanwälte einerseits und dem Girovertrag andererseits differenziert. In erster Fallkonstellation beruhe die Einziehung gerade auf dem Auftragsverhältnis und könne demzufolge als im Kern angelegt betrachtet werden, wohingegen die Überweisung und Gutschrift nicht auf den Girovertrag, sondern „in erster Linie“ auf den Überweisungsauftrag des Dritten zurückzuführen sei.³²

Das aber ist nicht richtig. Sowohl der Anspruch auf als auch der aus Gutschrift beruht allein auf dem Girovertrag zwischen Empfängerbank und Empfänger.³³ Der Überweisende hat dagegen keinerlei Einfluß auf die Empfängerbank. Weder steht ihm ein Weisungsrecht zu, noch hat er die Möglichkeit eines Widerrufs, ja nicht einmal eine Leistungsbeziehung verbindet Überweisenden und Empfängerbank.³⁴ Die Aussage des BGH, die Überweisung beruhe auf dem Überweisungsauftrag des Dritten, überrascht insbesondere deswegen, weil der BGH selbst den Anspruch auf Gutschrift zuvor allein auf den Girovertrag zwischen Empfänger und Empfängerbank gestützt³⁵ und sich seither von dem Gedanken distanziert hatte, die Gutschrift sei auf den Überweisungsauftrag zurückzuführen.³⁶ Nun beruft sich der I. Zivilsenat zwar nicht ausdrücklich auf diese, vormals abgelehnte, Konstruktion eines Vertrages zugunsten Dritter zwischen Überweisungsbank und Überweisendem, doch greift er deren Ergebnis und Wertung auf, wenn er untechnisch davon spricht, die „Grundlage ... (der Gutschrift sei) in erster Linie der Überweisungsauftrag des Dritten“³⁷.

³² BGHZ 74, S. 253, 256 f. .

³³ Einhellige Ansicht, vgl. etwa: *Claussen*, S. 236 f., Rn. 19; *Kohls*, S. 151, Rn. 417; *Hellner/Steuer*, Band 1, 2/80, 81; *Canaris*, S. 671, Rn. 198; *ders.* in HGB–Großkommentar, Anm. 198 zu § 357, S. 671; nunmehr ausdrücklich in § 676 f BGB geregelt.

³⁴ Vgl. *Canaris* in HGB–Großkommentar, Anm. 195 zu § 357, S. 669.

³⁵ BGH NJW 1951, S. 758, 758; desgleichen BGH WM 1971, S. 110, 111.

³⁶ BGH, LM zu § 328 Nr. 19; vgl. auch *Canaris*, S. 646, Rn. 157.

³⁷ BGHZ 74, S. 253, 257 – Klammerzusätze und Auslassungen durch den Verfasser.

Ferner vermag der Einwurf, die Gutschrift sei zwar „auch im Rahmen ... des Girovertrages“, doch nicht auf Grundlage eines „besonderen und auf eine bestimmte Tätigkeit gerichteten Auftrages“ erfolgt,³⁸ nicht zu befriedigen, denn es wird nicht deutlich, inwiefern sich Einzel-³⁹ und Dauerschuldverhältnisse⁴⁰ als kausaler Anknüpfungspunkt unterscheiden.

Auch der vom dritten Senat angeführte Umstand der Absehbarkeit des späteren Anspruchs läßt keine abweichende Beurteilung zu, denn daß einem Konto Überweisungen gutgeschrieben werden, ist für den Rechtsverkehr ebenso selbstverständlich, wie der Umstand, daß ein Anwalt im Rahmen seiner Beauftragung Gelder einzieht.

Wenn der BGH dann abschließend anklingen läßt, daß er Banken und Sparkassen in dieser Konstellation generell nicht für schutzwürdig erachtet,⁴¹ so scheint es, als differenzierte er nicht mehr nach Bestehen, Nichtbestehen oder der Art des Kausalverhältnisses, sondern vielmehr nach der Person des Aufrechnenden.⁴² Der BGH nähert sich damit bedenklich dem Gebiet der Billigkeitsrechtsprechung.

(4) Neunter Zivilsenat

In einem jüngeren Urteil schließlich lehnte der BGH⁴³ die Aufrechnungsmöglichkeit des Anwalts ab. Er gab die Kerntheorie dabei allerdings nicht ausdrücklich auf, sondern stützte die Ablehnung darauf, daß in diesem Fall das Auftragsverhältnis mit Verfahrenseröffnung erloschen sei (§ 115 Abs. 1).

Interessant ist, daß der BGH hier keineswegs davon spricht, der Anspruch sei im Sinne einer gesetzlichen Bedingung *entstanden*, sondern, ganz im Gegenteil, zwar weiterhin eine Anlage „im Kern“ sieht, dabei aber betont – nunmehr dogmatisch korrekt⁴⁴ –, daß, solange noch kein Anspruch auf Herausgabe besteht, noch nichts aus der Geschäftsbesorgung erlangt wurde. Damit ist ein Wandel von der gesetzlichen Bedingung zur rechtlich nicht weiter qualifizierten „Anlage“ jedenfalls angedeutet. Es ist wohl die hierin mitschwingende Kritik an der

³⁸ BGHZ 74, S. 253, 257 – Auslassungen durch den Verfasser.

³⁹ Zu der Problematik, einen Komplementärbegriff zum Dauerschuldverhältnis zu bilden vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 16 I 1 d), S. 380.

⁴⁰ Grundlegend zu diesen: *Gernhuber*, das Schuldverhältnis, § 16, S. 377 ff.

⁴¹ BGHZ 74, S. 253, 258; auch S. 256 „besonders gelagerte Fälle“.

⁴² Diesen Verdacht äußert auch *Müller* (Probleme der Aufrechnung mit Konkurs- und Masseforderungen, S. 35). *Obermüller* (Bankpraxis, S. 274, Rn. 3.141a) scheint ähnliches zu vermuten, wenn er von „besonders gelagerten Fällen, wie insbesondere Inkassoaufträge ... an Rechtsanwälte“ spricht.

⁴³ BGH ZIP 1989, S. 453, 453 ff.

⁴⁴ Vgl. super B. IV. c) aa) (II) (1) und B. III. 2. c).

Kerntheorie, die Teile der Literatur dazu bewogen hat, dieses Urteil generell zur Ablehnung einer Aufrechnungsmöglichkeit heranzuziehen.⁴⁵

(III) Kritik und Fazit

Die Uneinheitlichkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung spricht für sich. Wo es nicht gelingt, Leitlinien oder nachvollziehbare Abgrenzungen für den Begriff des „Kerns“ vorzunehmen, muß der BGH sich entgegenhalten lassen, daß er diesen nur als Chimäre gebraucht, um mit dieser Begrifflichkeit Billigkeitsrecht zu verschleiern.⁴⁶

Dabei soll hier nicht generell die Möglichkeit einer Rückbeziehung des Erwerbszeitpunktes außerhalb der „echten“ Bedingungen ausgeschlossen werden. Ein solches Vorgehen vermag überall da zu sinnvollen Ergebnissen führen, wo es konsequent umgesetzt wird und verhindern kann, daß die Tatbestandsmerkmale eines gesetzlichen Anspruchs im Hinblick auf einen bestimmten Sachverhalt zu zufälligen oder unbilligen Ergebnissen führen. Voraussetzung muß indes immer sein, daß der „Kern“ ein klar bestimmbares und einer rechtssicheren Abgrenzung zugängliches Kriterium darstellt.⁴⁷ Wo dies, wie etwa beim Anwartschaftsrecht, durch ständige Anwendung und Definition der Fall ist, ist eine Rückbeziehung möglich.

Entscheidender als diese allgemeinen Überlegungen verbietet die Insolvenzordnung selbst hier die Aufrechnung.⁴⁸ Insofern ist § 115 sorgfältiger zu lesen als die Rechtsprechung dies getan hat:

§ 115 Abs. 2 und 3 fingieren das Fortbestehen des Auftrages und durchbrechen damit die von § 115 Abs. 1 angeordnete Rechtsfolge. Diese Fiktion geschieht aber nicht umfassend, sondern jeweils nur in Ansehung bestimmter Rechtsfolgen und im Rahmen des jeweiligen Schutzzweckes.

§ 115 Abs. 2 begründet eine Verpflichtung des Beauftragten, auch nach Verfahrenseröffnung noch im Rahmen des ursprünglichen Auftrages tätig zu werden, um Schäden von der Masse abzuwehren, und dient somit dem Schutz der Insolvenzmasse.⁴⁹ Zur Erreichung dieses Schutzzwecks muß das Auftragsverhältnis insgesamt als fortbestehend fingiert werden, da nur auf diese Weise die Rechte und Pflichten des Beauftragten aus dem Auftrag nach Verfahrenseröffnung fortbestehen können.

⁴⁵ Vgl. Hess, §§ 115, 116, Rn. 12; Kübler/Prütting–Tintelnot, § 115, Rn. 9. Auch Stürner will in diesem Urteil eine Tendenz gegen die Kerntheorie erkennen, EWiR 1989 S. 495, 496.

⁴⁶ Vgl. Hanisch, S. 102 f., 107; Münch, EWiR 1994, S. 591, 592; Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 16, S. 208, Rn. 16.10.

⁴⁷ Das sieht, allgemein für gesetzliche Bedingungen sprechend, auch Henckel, FS Lüke, S. 237, 250.

⁴⁸ Das Folgende galt auch für §§ 23, 27 KO iVm. §§ 672, 674 BGB.

⁴⁹ Breutigam/Goetsch/Blersch–Goetsch, § 115, Rn. 16.

§ 115 Abs. 3 dient dagegen allein dem Schutz des „gutgläubigen“ Beauftragten.⁵⁰ Wer unverschuldet in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung tätig wird, soll aus seiner Auftragsfortführung keinen Schaden erleiden. Dem Beauftragten sollen daher weiterhin seine Rechte aus dem Auftrag zugestanden werden. Dazu ist allerdings nicht die Fiktion des gesamten Auftragsverhältnisses nötig. Der Auftrag gilt daher lediglich zugunsten des Beauftragten als fortbestehend. Nur das Fortbestehen der sich aus dem Auftrag für den Beauftragten ergebenden Rechte wird fingiert.⁵¹ Im übrigen erlischt das Auftragsverhältnis.⁵² Da nun der Herausgabeanspruch des Geschäftsherren gerade kein Recht des Auftragnehmers, sondern vielmehr eine ihn aus dem Auftrage treffende Verpflichtung darstellt, muß der Auftrag also in Ansehung dieses Anspruchs mit Verfahrenseröffnung als erloschen betrachtet werden (§ 115 Abs. 1). Er kann daher nicht mehr als Kern für den Herausgabeanspruch erhalten. Es sei zwar nicht verschwiegen, daß, sofern der Beauftragte im Schutz des § 115 Abs. 3 tätig wird, ihn auch die Pflichten eines Beauftragten treffen, doch ergibt sich hieraus keine Fortbestandsfiktion des Auftrags im Hinblick auf den Herausgabeanspruch. Der Gesetzgeber hat es hier, wie bei der Schaffung des zivilrechtlichen Pendantes zu § 115 Abs. 3, dem § 674 BGB, nicht für nötig befunden, die Fiktion des Auftrages für die Pflichten des Auftragnehmers im Gesetz festzuschreiben, weil diese sich schon aus dem Recht der auftragslosen Geschäftsführung ergeben.⁵³ Das Auftragsverhältnis kann daher nicht zur Begründung für eine Ursprünglichkeit des Herausgabeanspruchs herangezogen werden.

Es bleibt daher bei dem vom Gesetz vorgesehenen Entstehungszeitpunkt des Herausgabeanspruchs. Zieht ein gutgläubiger Auftragnehmer nach Verfahrenseröffnung Forderungen für den Auftraggeber ein oder erhält eine Gutschrift, so verhindert § 96 Abs. 1 Nr. 1 die Aufrechnung gegen den aus dieser Handlung resultierenden Herausgabeanspruch zur Masse.⁵⁴

bb) Aufrechnung gegen die Forderung auf Mehrerlösauskehr

Ist ein gemäß §§ 50, 51 Nr. 1 absonderungsberechtigter Insolvenzgläubiger zur Verwertung des Sicherungsgutes berechtigt und erzielt er bei einer nach Verfahrenseröffnung erfolgten Verwertung einen Mehrerlös, so ist er dazu verpflichtet, diesen an die Insolvenzmasse

⁵⁰ Breutigam/Goetsch/Blersch–Goetsch, § 115, Rn. 27.

⁵¹ Vgl. Kübler/Prütting–Tintelnot, § 115, Rn. 13; Breutigam/Blersch/Goetsch–Goetsch, § 115, Rn. 27.

⁵² Der Beauftragte ist daher weder verpflichtet, im Rahmen des ursprünglichen Auftrages tätig zu werden, noch kann der Insolvenzverwalter eine solche Tätigkeit verlangen (Breutigam/Blersch/Goetsch–Goetsch, § 115, Rn. 29).

⁵³ Motive zu § 603 BGB, bei *Mugdan*, Band II, S. 310.

abzugeben.⁵⁵ Ein solches Verwertungsrecht des Sicherungsnehmers kann sich bei den Immobiliarpfandrechten, den Pfandrechten an beweglichen Sachen,⁵⁶ Rechten und sonstigen unkörperlichen Mobilien⁵⁷ sowie bei der Sicherungsgrundschuld und Sicherungsübereignung⁵⁸ ergeben, nicht aber bei der Sicherungszession⁵⁹.⁶⁰ Die Verpflichtung zur Abführung des Mehrerlöses ergibt sich dabei nicht aus dem Insolvenzrecht, sondern aus dem jeweiligen Sicherungsverhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer: Bei den fiduziarischen Sicherungsrechten aus Sicherungsvertrag,⁶¹ bei den Pfandrechten aus gesetzlichem Schuldverhältnis.⁶²

Sofern der Insolvenzgläubiger neben der gesicherten noch weitere Forderungen (§ 52 S. 2) gegen den Insolvenzschuldner hat, stehen diese der Forderung auf Mehrerlösauskehr gegenseitig gegenüber, wobei Gleichartigkeit auch dann gegeben ist, wenn die Mehrerlösforderung in einem dinglichen, auf Geld gerichteten Herausgabeanspruch besteht.⁶³ Wiederum ist daher fraglich, zu welchem Zeitpunkt der Aufrechnende die Mehrerlösauskehr schuldig geworden ist.

Beim Pfandrecht setzt sich kraft dinglicher Surrogation⁶⁴ die ursprünglich am Sicherungsgut bestehende Vermögenslage am Mehrerlös fort (§ 1247 S. 2).⁶⁵ Mit der Verwertung entsteht so automatisch Eigentum des Pfandgebers am Mehrerlös,⁶⁶ das nach § 985 BGB

⁵⁴ Im Ergebnis ebenso Breutigam/Goetsch/Blersch–Goetsch, § 115, Rn. 34; desgleichen Obermüller, Bankpraxis, S. 274, Rn. 3.141./3.141a, der sich damit allerdings BGHZ 74, S. 253, 253 ff. anschließt; ders., ZInsO 1998, S. 252, 257.

⁵⁵ BGH, NJW 1959, S. 2251, 2251; Breutigam/Blersch/Goetsch–Breutigam, § 173, Rn. 8; Serick, BB 1982 S. 873, 880; ders., Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, S. 39.

⁵⁶ § 166 Abs. 1 iVm § 173 Abs. 1, kein Besitz des Insolvenzverwalters wegen § 1205 BGB.

⁵⁷ Vgl. Nerlich/Römermann–Becker, § 173, Rn. 7; interessant dürfte dies – angesichts der schwankenden Entwicklung der „new economy“ – insbesondere wegen der Pfändbarkeit von Internet–Domains sein (vgl. LG Essen Beschl. v. 22.9.1999, 11 T 370/99; AG München Beschl. v. 14.1.2000, 1551 M 52605/99).

⁵⁸ Sofern ausnahmsweise (§ 148) der Schuldner eine bessere Besitzposition als der Insolvenzverwalter hat.

⁵⁹ § 166 Abs. 2 iVm. § 173 Abs. 1.

⁶⁰ Übersichtliche Darstellung der Verwertungsrechte in der Insolvenz bei Niesert, InVO 1998, S. 141, 143 ff.

⁶¹ Vgl. BGH NJW–RR 1996, S. 234, 234 f.; BGH NJW 1992, S. 1620, 1620; Bülow, Kreditsicherheiten, S. 21, Rn. 51j und S. 357, Rn. 1035.

⁶² Vgl. Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 55 B. IV. 2. d), S. 685 f., Rn. 29; Staudinger–Wiegand, § 1247 BGB, Rn. 2.

⁶³ Vgl. Staudinger–Gursky, § 387 BGB, Rn. 63; auch, wenn die Sicherungsabrede unwirksam ist und der Herausgabeanspruch auf §§ 812, 818 Abs. 2 beruht: BGH NJW 1994, S. 2885, 2886. Dagegen: BGHZ 27, S. 380, 382.

⁶⁴ Vgl. allgemein zu diesem Rechtsinstitut: Coester–Waltjen, JURA 1996, S. 24 ff.; Wolf, Jus 1975, S. 643 ff., 710 ff. und Jus 1976, S. 32 ff., 104 ff.

⁶⁵ § 1247 S. 2 BGB ist auch auf das gesetzliche Pfandrecht anwendbar (Soergel–Mühl, § 1247 Rn. 12); für das Pfändungspfandrecht ist das Surrogationsprinzip direkt heranzuziehen (Erman–Küchenhoff, § 1247 BGB, Rn. 8; Mohrbutter, Vollstreckungs und Insolvenzrecht, § 15 VII, S. 234; RGZ 156, S. 395, 399). Bei Immobiliarpfandrechten erfolgt die Erlösverteilung im Falle der Zwangsversteigerung in einem gesonderten Erlösverteilungsverfahren (§§ 105 ff. ZVG), aber auch hier setzten sich die alten Rechtsverhältnisse kraft Surrogation fort (Mohrbutter, Vollstreckungs und Insolvenzrecht, § 43 I d, S. 515, § 49 II b, S. 540).

⁶⁶ Genauer gesagt entsteht am Erlös Miteigentum in Höhe des Mehrerlöses. Erst, wenn die Vermögensmassen getrennt werden, entsteht Alleineigentum am Mehrerlös (vgl. auch Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 55 B. IV. 2. d), S. 686, Rn. 29).

herausverlangt werden kann.⁶⁷ Zwar kann der Mehrerlös natürlich erst nach der Verwertung herausverlangt werden, also nach Verfahrenseröffnung, der Anspruch nach § 985 BGB ist aber bereits mit der Übergabe der Pfandsache entstanden, und zwar als Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache.⁶⁸ Durch die dingliche Surrogation hat sich nunmehr zwar das Zuordnungsobjekt der Herausgabe gewandelt, doch ist es der ursprüngliche Anspruch, der am Surrogat fortbesteht.⁶⁹ Bei dem Mehrerlösanspruch nach einer Pfandverwertung handelt es sich daher um einen ursprünglichen, gleichartig werdenden Anspruch im Sinne des § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall.

Bei den fiduziarischen Sicherheiten setzen sich ebenfalls die am Sicherungsgut bestehenden Rechte am Verwertungserlös fort. Ist dabei die Rückübertragung des Sicherungsguts⁷⁰ durch auflösend bedingte Übertragung in der Sicherungsabrede vereinbart worden, geschieht dies ebenfalls kraft dinglicher Surrogation. Die Rechtslage gleicht insofern der beim Pfandrecht. Besteht lediglich ein schuldrechtlicher Rückübertragungsanspruch, so wird dieser mit der Verwertung durch einen Anspruch auf Übertragung eines entsprechenden Teiles des Verwertungserlöses ersetzt.⁷¹ Dabei gründet der Anspruch auf Rückübertragung des Verwertungserlöses aus dem Sicherungsvertrag; dies unter der aufschiebenden (Partei-) Bedingung, daß der Verwertungsfall eintritt und ein Mehrerlös erzielt wird.⁷² Es handelt sich bei diesem daher ebenfalls um einen ursprünglichen Anspruch (§ 95 Abs. 1 S. 1, 1. Fall).

Sowohl bei den fiduziarischen Sicherungsrechten als auch bei den Pfandrechten stellt der Anspruch auf Auskehr des Mehrerlöses also einen aufrechenbaren Anspruch dar.⁷³ Der verwertende Sicherungsnehmer kann auf diese Weise mit dem Mehrerlös weitere Forderungen gegen den Schuldner „mitsichern“.

Dieses Ergebnis überrascht, denn es sprechen erhebliche insolvenzrechtliche Wertungen gegen die Zulässigkeit einer Aufrechnung:⁷⁴ Dem Sicherungsnehmer stand im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nur in Höhe der gesicherten Forderung Befriedigung aus dem

⁶⁷ Jauernig–Jauernig § 1247 BGB, Rn. 4, § 1223 BGB, Rn. 1, dies natürlich nur, sofern der Sicherungsgeber mit dem persönlichen Schuldner personenidentisch ist, von dieser Grundkonstellation soll hier der Übersichtlichkeit halber ausgegangen werden.

⁶⁸ Solange das Pfandrecht besteht, ist dieser Anspruch des Eigentümers der Pfandsache wegen §§ 986, 1205 BGB nicht durchsetzbar.

⁶⁹ Vgl. Wolf, JuS 1976, S. 32, 33 ff.

⁷⁰ Allgemein zum Rückübertragungsanspruch des Sicherungsgebers: Gernhuber, JuS 1988 S. 355, 362 f.

⁷¹ Zur Anwendbarkeit des Surrogationsprinzips bei dinglichem oder schuldrechtlichem Rückübertragungsanspruch: Wolf, JuS 1976, S. 32, 35.

⁷² BGHZ 98, S. 256, 261; BGH NJW 1992, S. 1620, 1620; BGH NJW–RR 1996, S. 234, 235; BGH WM 1984, S. 1577, 1579; BGH WM 1988, S. 1834, 1837 – alle mwN., Serick, Band III, § 38 II 7, S. 477 f, bezeichnet den Mehrerlösanspruch als Alternativanspruch zu demjenigen auf Rückübertragung des Sicherungsgutes.

⁷³ Vgl. Serick, BB 1982 S. 873, 880; ders., Band III, § 38 II 7, S. 477 f. für die Sicherungsübereignung; vgl. zum Rückübertragungsanspruch bei der Grundschuld, Bülow, Kreditsicherheiten, S. 53 f. Rn. 126 – 126b.

⁷⁴ Vgl. auch Häsemeyer, S. 366, Rn. 19.21, der schon deswegen die Aufrechenbarkeit verneint.

Sicherungsgut zu. Bezüglich seiner sonstigen Forderungen war er als gewöhnlicher Insolvenzgläubiger auf die Quote verwiesen. Wenn er nunmehr diese Forderungen durch Aufrechnung gegen den Mehrerlösanspruch zur wertmäßigen Befriedigung führen kann, so liegt darin eine nachträgliche Besserstellung gegenüber den sonstigen Insolvenzgläubigern, mithin ein Verstoß gegen das Gebot der Gläubigergleichbehandlung.

Die Vorstellungen des Gesetzgebers sprechen ebenfalls gegen eine Aufrechnungsmöglichkeit. Bezüglich der Verwertungszuständigkeiten lassen sich zwei Maximen herausarbeiten, nach denen über die Zulässigkeit der Verwertung durch den Gläubiger zu entscheiden ist. Zum einen hat der Gesetzgeber, im Gegensatz zu § 127 Abs. 2 KO, in den §§ 49, 165 ff. sowie in den neugeschaffenen §§ 30d, 153 b ZVG, Rücksicht auf den Erhalt der

wirtschaftlichen Einheit genommen.⁷⁵ Zum anderen hat er sich von der Überlegung leiten lassen, daß eine Verwertung durch den Gläubiger nur da zuzulassen ist, wo die Verwertung durch den Verwalter keine praktischen Vorteile in der Abwicklung mit sich bringt.⁷⁶

Nach beiden Ansätzen soll der Gläubiger nur dann selbst zur Verwertung befugt sein, wenn sich daraus keine Nachteile für die Masse ergeben. Der mögliche Verlust des Verwertungsüberschusses⁷⁷ muß dieser Wertung widersprechen.⁷⁸

Die Lösung für diesen Konflikt findet sich indessen nicht im Insolvenzrecht, sondern im Sicherungsverhältnis selbst. Die Aufrechnung gegen die Mehrerlösforderung widerspricht auch zivilrechtlichen Wertungen, denn Wesen der Sicherungsrechte ist es, daß der Sicherungsgeber zu keinem Zeitpunkt mehr Sicherheit erhalten soll als zur Deckung seiner Forderung nötig ist.⁷⁹ Genau das würde aber – unabhängig vom Vermögensverfall des Sicherungsgebers – immer dann geschehen, wenn der Mehrerlös durch die Aufrechnung gleich noch weitere Forderungen abdecken würde.

Für fiduziarische Treuhandverhältnisse ist deshalb zu fragen, ob der Treuhänder die Zweckbindung des aus der Verwertung Erlangten nach Sinn und Inhalt der Sicherungsabrede als vorrangig hinzunehmen hat. Sofern die Sicherung auf eine konkrete

⁷⁵ Bork, S. 122, Rn. 251; Gottwald/Adolphsen, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1043, 1070 f., Rn. 106; vgl. auch RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 191, S. 178 f.; Zeller/Stöber, § 30d, Rn. 1, § 153b, Rn. 1, 2.

⁷⁶ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 191, S. 178 f.

⁷⁷ Wirtschaftlich betrachtet ist natürlich die gleichzeitig entfallende Quotenforderung des Gläubigers in Anschlag zu bringen, was allerdings angesichts der Quote von zZt. Etwa 3–5 % nicht entscheidend ins Gewicht fällt.

⁷⁸ Vgl. auch BGH NJW 1959 S. 2251, 2251.

⁷⁹ Daß in gewissem Rahmen auch eine Übersicherung zulässig ist, liegt an der Unsicherheit bezüglich des Wertes der gegebenen Sicherheit (vgl. hierzu und zur Festlegung der Deckungsgrenze Bülow, Kreditsicherheiten, S. 315–324, Rn. 944 – 954b), mit dem Verwertungsakt ist diese Unsicherheit behoben, so daß kein Erlös aus der Übersicherung bei dem Sicherungsnehmer verbleiben soll.

Forderung beschränkt wurde, ist das der Fall. Die Aufrechnung gegen den Mehrerlösanspruch würde die Sicherungsabrede dann nachträglich erweitern. Dazu ist der Aufrechnende nach Sinn, Zweck und Inhalt der Sicherungsvereinbarung aber nicht befugt.⁸⁰ Das ist für die Aufrechnung zu berücksichtigen. Insofern ist anerkannt, daß eine Aufrechnung ausgeschlossen sein kann, wenn dies wegen der besonderen Natur des Rechtsverhältnisses mit Treu und Glauben unvereinbar erscheint.⁸¹ Hier besteht daher nach Treu und Glauben ein Aufrechnungsverbot.

Diese Wertung ist auf das Pfandrecht zu übertragen. Das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Pfandgeber und –gläubiger sieht, wie die Sicherungsvereinbarung, nach Sinn und Zweck nur eine Sicherung der Verpfändung zugrundeliegenden Forderung vor. Dies wird durch die Akzessorietät des Pfandrechts noch herausgestellt. Auch hier muß eine nachträgliche Erweiterung des Sicherungsumfanges durch Aufrechnung unzulässig sein.

Im Ergebnis ist einem „überwertenden“ (Insolvenz–)Gläubiger die Aufrechnung gegen den Anspruch auf Mehrerlösauskehr daher versagt.

Ist die Fallgruppe der Mehrerlösauskehr auch deswegen interessant, weil sie ein weiteres Beispiel werdender Gleichartigkeit aufzeigt – nämlich die der Inhaltsänderung eines Anspruchs kraft dinglicher Surrogation bei der Mehrerlösforderung nach Pfandverwertung –, so kann sie zur Diskussion um die Bedingungstheorie nur am Rande beitragen. Festzuhalten ist insofern lediglich, daß sie jedenfalls nicht zur Stärkung der Bedingungstheorie herangezogen werden kann. *Uhlenbruck* führt sie zwar als Beispielsfall für die gesetzliche Bedingung an,⁸² doch zitiert er dazu *Serick* nur selektiv und daher verfälschend. Dieser erklärt den Anspruch auf Mehrerlösauskehr aus einer Sicherungszession – die eben dargelegte, zivilrechtliche Wertung mißachtend – zwar für aufrechenbar, da es sich bei diesem um einen bedingten ursprünglichen Anspruch handelt; *Serick* führt die Bedingung aber ausdrücklich auf die Sicherungsabrede zurück⁸³ und geht mithin – wie hier vertreten – von einer Parteibedingung, nicht aber von einer gesetzlichen Bedingung aus, für die, neben einer Parteibedingung, weder Bedarf noch Platz ist.

cc) Der Anspruch der Masse auf Kostenerstattung aus einem Rechtsstreit

Wer im Prozeß unterliegt, hat die Kosten zu tragen (§ 91 ZPO). An diesem Prinzip ändert auch die Insolvenz einer Prozeßpartei nichts. Gewinnt der Insolvenzverwalter einen vor

⁸⁰ BGH NJW 1994, S. 2885, 2886.

⁸¹ Vgl. BGHZ 71, S. 280, 383; BGHZ 113, 90, 93 f.; MÜKO/InsO–Brandes, § 94, Rn. 30.

⁸² *Kuhn/Uhlenbruck*, § 54 KO, Rn. 6d.

⁸³ *Serick*, Band V, § 69 III 2 a), S. 755.

Verfahrenseröffnung anhängig gemachten und während des Insolvenzverfahrens entschiedenen Prozeß, besteht daher ein Kostenerstattungsanspruch zur Masse. Wiederum ist bei einer Aufrechnung gegen diesen Anspruch fraglich, zu welchem Zeitpunkt der Prozeßgegner die Kostenerstattung schuldig geworden ist.

Nach herrschender Ansicht entsteht der prozessuale Anspruch⁸⁴ auf Erstattung der Prozeßkosten nicht mit dem Zeitpunkt der Kostenentscheidung, sondern, aufschiebend bedingt, schon mit der Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses.⁸⁵ Hat ein Prozeß also vor Insolvenzeröffnung begonnen und ist hernach vom Insolvenzverwalter gewonnen worden, so kann die unterlegene Partei, wenn sie gleichzeitig Insolvenzgläubiger ist, gegen dessen Kostenerstattungsanspruch nach Maßgabe des § 95 Abs. 1 aufrechnen. Die Erstattungsentscheidung (§§ 103 ff. ZPO) dient dabei lediglich zur Feststellung der Höhe dieses Anspruchs und gewährt den zur Vollstreckung notwendigen Titel, sie ist aber keine Entstehungsvoraussetzung. Der Anspruch auf Kostenerstattung ist damit schon vor der Kostenentscheidung entstanden. Er ist abtretbar und pfändbar,⁸⁶ aufrechenbar ist er zu diesem Zeitpunkt allein deswegen noch nicht, weil er der Höhe nach noch unbestimmt ist.⁸⁷

Dieses Ergebnis ist mit dem oben zur Bedingungstheorie Gesagten in Einklang zu bringen. Anknüpfungspunkt für die Entstehung der Kostenersatzforderung ist ein unzulässiges Verhalten des Insolvenzschuldners. Dieses kann in der Einreichung einer „unrühmlichen“ Klage wie in der „unangemessenen“ Verweigerung einer Pflichterfüllung liegen, die den Gläubiger zum Prozeß zwingt.⁸⁸ Anders als beim Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn ist hier nicht nur – mit dem Prozeßverhältnis – ein ursprüngliches Rechtsverhältnis gegeben. Auch das den konkreten Anspruch auslösende Verhalten hat vor dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung stattgefunden. Damit sind, vergleichbar etwa einem Anspruch aus Delikt, alle anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale schon vor Verfahrenseröffnung gegeben. Mit dem anschließenden Prozeßausgang liegt deshalb eine echte Rechtsbedingung vor.

⁸⁴ Dieser umfaßt alle Geldmittel, die unmittelbar zur Führung des Prozesses aufgewendet werden (RGZ 150, S. 37, 40). Daneben sind noch materiellrechtliche Kostenansprüche denkbar, die allerdings nicht die reinen Prozeßkosten betreffen, sondern sich auf vor- und außerprozessuale Kosten beziehen, die lediglich im Zusammenhang mit dem Prozeß entstanden sind (vgl. Zöller–Herget, Vor § 91 ZPO, Rn. 11 ff.).

⁸⁵ Schellhammer, S. 379, Rn. 775; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 87 V. 3., S. 472; Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 93 IV., S. 358; Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann–Hartmann, Übers § 91 ZPO, Rn. 33, 34; Kuhn/Uhlenbruck, § 54 KO, Rn. 6e; st. Rspr. d BGH, etwa ZIP 1993, S. 621, 621; NJW 1988, S. 3204, 3205, JZ 1988 S. 675, 675.

⁸⁶ RGZ 145, S. 13, 15; Staudinger–Bork, Vorbem §§ 158 ff., Rn. 56, 71 f., 75.

⁸⁷ Vgl. BGHZ 3, S. 381, 384; OLG Celle, JW 1936, S. 3078, 3078 mit Anm Bach.

⁸⁸ Umstritten ist hier nur der innere Haftungsgrund, was am Anknüpfungspunkt des „unrühmlichen“ Prozessierens aber nichts ändert. Vgl. zum Streitstand: Fleddermann, § 2 D., S. 75 –120.

Allerdings wird auch vertreten, daß der Kostenerstattungsanspruch erst mit der Kostenentscheidung entsteht und vorher lediglich ein Anwartschaftsrecht besteht.⁸⁹

Diese Annahme ist naheliegend, wenn man den Prozeß idealisiert und ihn als unfehlbaren und untäuschbaren Vorgang zur Wahrheitsfindung auffaßt. Dann nämlich ist in der Tat der Anspruch der obsiegenden Partei schon mit Prozeßbeginn in seiner Entstehung gegenüber hindernden Maßnahmen der Gegenpartei absolut abgesichert.⁹⁰ Auch die Eröffnung der Insolvenz vermag daran nichts zu ändern. Der Prozeß wird in jedem Fall in der Lage, in der er sich befindet,⁹¹ weitergeführt.⁹² Angesichts des tatsächlich ungewissen Prozeßausganges erscheint es indes passender, von einer Bedingung denn einem Anwartschaftsrecht zu sprechen.⁹³

Dieser Streit wirkt sich freilich allein auf rechtsdogmatischer Ebene aus.⁹⁴ In Form des Anwartschaftsrechts ist der Prozeßkostenanspruch ebenfalls schon vor der Kostenentscheidung abtretbar und pfändbar,⁹⁵ und auch im Hinblick auf die Aufrechnung ergeben sich im Ergebnis keine Unterschiede, denn das so schon vor Verfahrenseröffnung entstandene Anwartschaftsrecht führt zu einer haftungsrechtlichen Zuweisung des Vollrechts, die es erlaubt, die Schuld als ursprüngliche im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 1 zu behandeln.⁹⁶

dd) Fazit

Die Bedingungslehre muß wohl als die problematischste Abgrenzungsfrage zwischen § 95 Abs. 1 und § 96 Abs. 1 Nr. 1 aufgefaßt werden. Die Annahme einer gesetzlichen Bedingung

⁸⁹ OLG Frankfurt, JZ 1958, S. 404, 404, mit Anm. *Blomeyer*, OLG Hamburg, JZ 1957, S. 581, 581 f.; RArbG, JW 1937, S. 2614, 2614 f.; dazu *Jonas*, JW 1937, S. 2709, 2710. Nicht aber das mehrfach in diesem Zusammenhang zitierte Urteil des OLG Celle, JW 1936 S. 3078, 3078 f., das ausdrücklich von einem „vor Erlaß des Urteils ... aufschiebend bedingte(n) Kostenerstattungsanspruch“ spricht.

⁹⁰ Etwa auch, parallel zu §§ 404 ff. BGB, gegen die Abtretung einer streitbefangenen Forderung (§ 265 Abs. 2 S. 1 ZPO).

⁹¹ Vgl. BGH WM 1986, S. 295, 295.

⁹² Der Prozeß wird nach § 240 ZPO unterbrochen. Die Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten erlischt (§§ 115, 116). Der Insolvenzverwalter kann einen Aktivprozeß entweder weiterführen oder die Aufnahme ablehnen (§ 85). Letzterenfalls kann der Beklagte den Prozeß gegen den Schuldner weiterführen oder der Schuldner selbst den Prozeß aufnehmen (§ 85 Abs. 2), was nach Beendigung des Verfahrens ohnehin geschieht (§ 240 S. 1 ZPO). Ein Passivprozeß, der auf Aus-, Absonderung oder Befriedigung einer Masseverbindlichkeit gerichtet ist, kann vom Kläger oder vom Insolvenzverwalter aufgenommen werden (§ 86 Abs. 1). Erkennt der Verwalter sofort an, ist der Prozeßkostenanspruch als Insolvenzforderung geltend zu machen (§ 86 Abs. 2). Passivprozesse, die auf Insolvenzforderungen gerichtet sind, werden durch Anmeldung der Forderung zur Tabelle und Widerspruch wiederaufgenommen (§§ 87, 180 Abs. 2 iVm § 240 ZPO). Wird nicht widersprochen, so gilt die Eintragung in die Tabelle als rechtskräftiges Urteil (§ 178 Abs. 3). Prozeßkosten sind dem Kläger dann ohne weiteres nach § 103 Abs. 1 ZPO zu ersetzen (vgl. LG Köln, KTS 1985, S. 124, 124: „insoweit hat die vollstreckbare Ausfertigung der Tabelleneintragung lediglich den ursprünglichen Vollstreckungstitel ersetzt.“).

⁹³ Weitere Argumente liefert *Blomeyer*, JZ 1956, S. 404, 405.

⁹⁴ Vgl. Stein/Jonas–Bork, vor § 91 ZPO, Rn. 13; *Blomeyer*, JZ 1958, S. 404, 404 spricht von Begriffsjurisprudenz; *Kuhn/Uhlenbruck*, § 54 KO, Rn. 6e.

⁹⁵ Vgl. *Blomeyer*, JZ 1958, S. 404, 405.

⁹⁶ Vgl. super B. III. 5.

eröffnet eine frei interpretierbare Grauzone zwischen diesen Normen, die vor allem von der Rechtsprechung bisweilen zu einer Wertungsweise genutzt wurde, die mehr der Billigkeit denn dem Gesetz entspricht.

Mit den hier vorgestellten Fallgruppen dürfte die Grenze zwischen Forderungsexistenz und – durchsetzbarkeit indes hinreichend beleuchtet sein. Demnach kommt es für die Frage des „schuldig Werdens“ und damit für die Frage des Erwerbs der Hauptforderung, immer auf die Vollendung des jeweiligen Erwerbstatbestandes an.

Ist dieser noch nicht vollendet, dann reicht ein vor Verfahrenseröffnung bestehendes Kausal– oder sonstiges Rechtsverhältnis nicht aus, um die Aufrechnung zu legitimieren. Anders ist dies nur dann, wenn für eine nach Verfahrenseröffnung entstandene Forderung eine ursprüngliche Vermögenszuweisung bestand. Ersetzt der nachträgliche Anspruch einen ursprünglichen in einer Art und Weise, daß von einer nachträglichen Masseschmälerung nicht gesprochen werden kann, dann ist die Aufrechnung gegen den nachträglichen Anspruch zulässig.

Ist der Erwerbstatbestand der Hauptforderung schon ursprünglich erfüllt, dann schadet weder eine nachträgliche Bestimmbarkeit der Anspruchshöhe noch eine nachträgliche Auswechslung des Anspruchsobjekts durch eine dingliche Surrogation. Insofern sind die Fallgruppen der Durchsetzbarkeit und Gleichartigkeit des § 95 Abs. 1 betroffen.

d) „Zur Insolvenzmasse schuldig geworden“ – Die Gegenseitigkeit

Bestand die Hauptforderung schon vor Verfahrenseröffnung, gelangt jedoch erst nachträglich durch eine rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Zession⁹⁷ in die Insolvenzmasse, dann ist die Aufrechnung gleichfalls ausgeschlossen, wenn sich Haupt– und Gegenforderung damit erstmals aufrechenbar gegenüberstehen.⁹⁸

aa) Der Erhalt der bestehenden Aufrechnungslage

Bestand allerdings schon vor Verfahrenseröffnung eine Aufrechnungslage und ist diese erst durch die nachträgliche Zession zerstört beziehungsweise wiederhergestellt worden, dann wird die einmal gegebene Aufrechnungsbefugnis durch die zivilrechtlichen (§§ 406, 407 BGB) und insolvenzrechtlichen (§ 94) Vertrauensschutztatbestände geschützt.

⁹⁷ Grundlegend zur *cessio legis*: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, § 14, S. 164 ff.

⁹⁸ Allein die Tatsache, daß der Insolvenzgläubiger „redlich“ in eine nachträgliche Aufrechnungslage gelangt ist, läßt zur kurzen Betrachtung von § 96 Abs. 1 Nr. 1 unter dem Gesichtspunkt der Gläubigergleichbehandlung ein. Festzustellen ist, daß das Aufrechnungsverbot nicht nur den Gläubiger betrifft, der sich „bösgläubig“ durch nachträgliche Schaffung einer Schuld volle Deckung für seine Forderung zu schaffen versucht, sondern allgemein die nachträgliche Entstehung von Vorzugsrechten verhindern will.

(I) Der zivilrechtliche Vertrauensschutz

Wird aus einer bestehenden Aufrechnungslage die Hauptforderung zediert, dann verliert der Schuldner (so die Terminologie des BGB, gemeint ist der Schuldner der Hauptforderung) seine Aufrechnungsbefugnis dadurch nicht. Vielmehr kann er – unter Erhalt der bisherigen Aufrechnungslage – wirksam die Aufrechnung erklären. Bei Kenntnis von der Zession und unter den weiteren Voraussetzungen des § 406 BGB gegenüber dem Zessionar bei Unkenntnis gegenüber dem Zedenten (§ 407 BGB).

Das gilt ebenso, wenn aus einer insolvenzunabhängig begründeten Aufrechnungslage die Hauptforderung nach Verfahrenseröffnung in die Insolvenzmasse abgetreten wird. § 96 Abs. 1 Nr. 1 steht dem nicht entgegen. Der Schuldner ist weder ein Insolvenzgläubiger noch kann er dadurch schlechter gestellt werden, daß die die Gegenseitigkeit beseitigende Zession an den (späteren) Insolvenzschuldner erfolgt ist.

Der Schuldner kann die Aufrechnung daher unter den Voraussetzungen des § 406 BGB gegenüber dem Insolvenzverwalter, unter den Voraussetzungen des § 407 BGB gegenüber dem Zedenten erklären.⁹⁹

(II) Der insolvenzrechtliche Vertrauensschutz

Wird die Hauptforderung dagegen vor Verfahrenseröffnung aus einer Aufrechnungslage zwischen dem späteren Insolvenzgläubiger (Schuldner) und dem späteren Insolvenzschuldner heraus an einen Dritten zediert und nach Verfahrenseröffnung an den Insolvenzverwalter rückübertragen, dann muß sich die erst nachträglich wiederhergestellte Aufrechnungslage gegenüber der Masse an § 96 Abs. 1 Nr. 1 messen lassen.

Entscheidend ist nunmehr, ob die Aufrechnungslage durch die zivilrechtlichen Vertrauensschutztatbestände bis zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung erhalten wurde. Ist das der Fall, dann – so entschied der BGH im sogenannten Pacht-Fall¹⁰⁰ – wird der

⁹⁹ Anders als bei der unten skizzierten Konstellation der Rückabtretung stellt sich die Aufrechnung für die Insolvenzmasse hier nicht bloß als nachträgliche überquotale Deckungserlangung dar, sondern vielmehr als echte Schmälerung, da der Insolvenzverwalter sich wegen des Ausfalls nur an den Zedenten halten kann. Dies kann wirtschaftlich betrachtet allerdings für die Insolvenzmasse u.U. günstiger sein als das Erlöschen einer Quotenforderung, da die Regreßforderungen aus § 816 II BGB analog beziehungsweise je nach Umständen aus § 437 BGB, pFV oder § 826 BGB sich dem Umfang nach ja mit der zedierten Forderung decken, so daß im Fall ihrer Durchsetzbarkeit und Bonität der Insolvenzmasse keine Einbuße verbliebe.

¹⁰⁰ BGHZ 56, S. 111 – 115. Der Sachverhalt war hier zwar komplexer, kann für die gegenständliche Betrachtung jedoch auf die vorliegenden Angaben reduziert werden. So handelte es sich bei den Zessionen möglicherweise um solche, die sicherungshalber erfolgt waren, doch kam es dem BGH darauf nicht an. Er entschied den Fall allein auf der Grundlage rechtsgeschäftlicher Zessionen.

Insolvenzgläubiger (Schuldner) in seinem Vertrauen auf die (im Pacht-Fall nach § 406 BGB) erhaltene Aufrechnungslage geschützt.¹⁰¹

Die Lehre hat sich dieser Entscheidung zwar angeschlossen,¹⁰² doch hat sie dabei nicht immer deutlich zwischen den Wirkungen des zivilrechtlichen und des insolvenzrechtlichen Vertrauensschutzes differenziert.¹⁰³ Es ist daher eine kurze Klarstellung erforderlich.

§ 406 BGB ist Ausfluß des allgemeinen Rechtsgedankens, daß sich die Rechtsstellung des Schuldners durch eine Zession nicht verschlechtern darf.¹⁰⁴ Der aufrechnungsbefugte Schuldner kann grundsätzlich gegen den jeweils letzten Zessionar mit einer Forderung gegen irgendeinen früheren Zessionar/Zedenten aufrechnen.¹⁰⁵ Für das Insolvenzrecht heißt das, daß die einmal begründete Aufrechnungsmöglichkeit auch dann nicht durch Aufhebung der Gegenseitigkeit der Forderungen beseitigt wird, wenn dabei die zedierte Forderung in den Beschlag der Insolvenz fällt. Die Wirkung des § 406 BGB ist aber lediglich die, daß der Zessionar zum Empfänger der Aufrechnungserklärung gemacht wird. Damit wird nur das zivilrechtliche Erfordernis der Gegenseitigkeit ausgedehnt.¹⁰⁶ Folglich schützt die Norm den Schuldner zwar bei der Erstzession, nicht jedoch bei der Rückzession, da durch diese die Gegenseitigkeit ja gerade wieder hergestellt wird. Störend ist dann allein der Beschlag der Insolvenzmasse. Diesen allerdings vermag § 406 BGB nicht zu beseitigen.

Dem Schuldnerschutz wird vielmehr durch die Insolvenzordnung selbst Rechnung getragen. Was § 406 BGB für die Aufrechnungslage in zivilrechtlicher Hinsicht erreicht, gewährt § 94 für die Wirkungen der Insolvenz. Diese Norm schützt das Vertrauen in eine bestehende Aufrechnungslage in Ansehung der Wirkungen der Verfahrenseröffnung.¹⁰⁷ Dabei schützt § 94 jede bei Verfahrenseröffnung bereits bestehende Aufrechnungslage, also auch solche, aus denen die Hauptforderung erst nach Verfahrenseröffnung in die Masse gelangt.¹⁰⁸ § 96 Abs. 1 Nr. 1 ist dementsprechend so zu verstehen, daß er die Aufrechnung nur da verhindern will, wo ein Insolvenzgläubiger zu Lasten der übrigen Gläubiger eine nachträgliche Deckung zu erlangen versucht, die ihm zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch

¹⁰¹ BGHZ 56, S. 111, 114.

¹⁰² *Bork*, S. 132, Rn. 271; *Smid-Smid*, § 96, Rn. 5; *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 96 Rn. 8; *Diekmann*, S. 211, 213; *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 655, Rn. 30; *ders.*, S. 362, Rn. 19.12.

¹⁰³ Vgl. etwa *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 96, Rn. 8: „§ 96 Abs. 1 Nr. 1 findet wegen § 406 BGB keine Anwendung“; *Breutigam/Goetsch/Blersch-Blersch*, § 96, Rn. 6: „Schutz nach § 406 BGB“, § 94 Rn. 4: „durch § 406 BGB geschützt“.

¹⁰⁴ RGZ 73, S. 138, 140; *Palandt-Heinrichs*, § 406 BGB, Rn. 1.

¹⁰⁵ *Serick*, Band V, § 69 IV 3, S. 760.

¹⁰⁶ Diese Wirkung kann auch aus § 404 BGB hergeleitet werden. *Serick* etwa tut das (BB 1982, S. 873, 880 = *ders.*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band V, § 69 IV 3 S. 761 mwN.) und greift die Lösung des BGH damit an, daß er die in die Masse zedierte Forderung von vornherein als mit dem Recht der Aufrechenbarkeit belastet betrachtet (vgl. hierzu auch BGH NJW 1974 S. 2000, 2001).

¹⁰⁷ Vgl. BGHZ 2, S. 300, 304 f.; *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 94, Rn. 2.

¹⁰⁸ Vgl. die klarstellende Formel, die *Diekmann* (Insolvenzrecht im Umbruch, S. 211, 213) zur Ergänzung des § 51 Nr. 1 KO vorschlägt.

nicht zustand.¹⁰⁹ Konnte der Insolvenzgläubiger also wegen § 406 BGB schon vor Verfahrenseröffnung gegen den Zessionar aufrechnen, so steht ihm diese Aufrechnungsmöglichkeit wegen § 94 auch nach der Rückzession in die Insolvenzmasse zu.¹¹⁰

bb) Die Sicherungszession

Zusätzliche Fragen treten auf, wenn die (ursprüngliche) Zession der Hauptforderung sicherungshalber erfolgt ist. Dabei ist es die Zwitterstellung der Sicherungszession, die, bedingt durch deren fiduziarischen Charakter,¹¹¹ Probleme bereitet:

Wirtschaftlich ein Pfandrecht, ist die sicherungszedierte Forderung der Masse zugeordnet.¹¹²

Dem Sicherungszessionar wird daher in der Insolvenz des Sicherungsgebers lediglich ein Absonderungsrecht gewährt. Verwertungsberechtigt ist allein der Insolvenzverwalter (§ 166 Abs. 2)¹¹³. Dinglich hat aber mit der Sicherungsübereignung eine Vollrechtsübertragung auf den Sicherungsnehmer stattgefunden. Er ist daher der Inhaber der Forderung.¹¹⁴

Dingliche Rechtslage und haftungsrechtliche Zuordnung fallen bei der Sicherungszession somit auseinander.¹¹⁵ Zu überlegen ist daher, ob der Zedent in der Insolvenz des Zessionars weiterhin als Gläubiger der Hauptforderung und damit als Aufrechnungsgegner anzusehen ist (dazu (I)) und ob der Schuldner der Hauptforderung, aufgrund der haftungsrechtlichen Zuweisung seiner Schuld, schon vor oder im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung als Schuldner zur Masse betrachtet werden kann beziehungsweise welche Folgen sich daraus für die Anwendung von § 96 Abs. 1 Nr. 1 und § 406 BGB ergeben (dazu (II) und (III)).

(I) Wirkung der Sicherungstreuhand auf die Aufrechnungslage

Grundsätzlich ist für die Sicherungszession in der Insolvenz die haftungsrechtliche Betrachtung maßgeblich. Von jeher war in Literatur¹¹⁶ und Rechtsprechung¹¹⁷ dabei

¹⁰⁹ Vgl. BGHZ 56, S. 111, 115.

¹¹⁰ Dieses Ergebnis war auch für § 55 S. 1 Nr. 1 KO anerkannt: Vgl. Hess–Hess, § 55, Rn. 14 e); *Kilger/Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 55 KO, 3) e); *Dieckmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 211, 213; BGHZ 56, S. 111, 111 ff.

¹¹¹ Der Begriff *fiduziarisch* bezeichnet ein Rechtsverhältnis, welches dem einen Vertragspartner ein Rechtsgut zu vollem Recht überträgt, jedoch mit der Verpflichtung dem anderen Teil gegenüber von der Rechtsmacht nur beschränkten Gebrauch zu machen (vgl. *Gernhuber*, JuS 1988, S. 355, 356). Der Begriff geht zurück auf das *pactum fiduciae* des römischen Rechts (vgl. hierzu *Kaser*, § 24 II 2, S. 114, § 31 II 1, S. 140 f.).

¹¹² Vgl. *Häsemeyer*, S. 308, Rn. 18.03., *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 366, Rn. 514.

¹¹³ HK–*Landfermann*, § 166, Rn. 21; Vgl. auch *Marotzke*, ZZP 109 (1996), S. 429, 446 f.

¹¹⁴ Vgl. *Kübler/Prütting–Prütting*, § 51, Rn. 10; *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 366, Rn. 514.

¹¹⁵ *Häsemeyer*, 18.02, 11.03 ff.

¹¹⁶ Hess–Hess, KO, § 43 Rn. 83; *Kuhn/Uhlenbruck*, § 43 KO, Rn. 10f mwN.; *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 366, Rn. 512; *Kübler/Prütting–Prütting*, § 51, Rn. 10.

¹¹⁷ RGZ 118, S. 209, 209; 124, S. 73, 75; 145, S. 188, 193 mwN.; BGH, NJW 1959, S. 939, 939; BGH, NJW 1971, S. 799, 799.

anerkannt, was nunmehr vom Gesetzgeber in §§ 51 Nr. 1, 50 umgesetzt wurde: Aus der dinglichen Rechtslage vermag der Zessionar in der Insolvenz keine anderen Rechte herzuleiten als diejenigen, die ihm unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten zugebilligt werden. Er ist in der Insolvenz des Sicherungsgebers daher nur absonderungs-, nicht aber aussonderungsberechtigt, wie er es aufgrund seiner Forderungsinhaberschaft eigentlich sein müßte. Im Verhältnis von insolventem Sicherungszedenten und Sicherungszessionar ist die Forderung mithin dem Sicherungszedenten und damit der Masse zugeordnet. Unklar ist jedoch, ob der Zedent deswegen bereits wieder als Gläubiger der Hauptforderung anzusehen ist.

Serick geht unter dem Oberbegriff des *Umwandlungsprinzips*¹¹⁸ von dieser Rechtsfolge der Verfahrenseröffnung aus.¹¹⁹ Nach dieser Auffassung zeigt die fiduziarische Treuhand in der Insolvenz dingliche Wirkung. Der Sicherungsnehmer ist in seiner Rechtsstellung nicht nur auf die Position eines Absonderungsberechtigten beschränkt, er verliert im Zuge der Verfahrenseröffnung zudem seine Gläubigerstellung. Die haftungsrechtliche Zuordnung der Hauptforderung würde, über das Innenverhältnis von Sicherungsgeber und –nehmer hinaus, damit auch Dritten gegenüber Wirkung entfalten.

Dagegen spricht indessen, daß die haftungsrechtliche Zuordnung der Forderung der fiduziarischen Treuhandbindung des Sicherungsnehmers entspringt. Sie ist darauf zurückzuführen, daß die Übertragung des Vollrechts bei der Sicherungszession ein Mehr dessen darstellt, was zur Erreichung des Sicherungszwecks nötig gewesen wäre. Der Sicherungsnehmer darf deshalb, obgleich dinglich vollberechtigt, mit dem Sicherungsgut nicht nach Belieben verfahren, sondern sich, durch die Sicherungsabrede schuldrechtlich gebunden, nur in ähnlicher Weise befriedigen wie ein Pfandgläubiger.¹²⁰ Die in der Sicherungsabrede festgeschriebene Treuhandbindung ist jedoch schuldrechtlicher Natur und wirkt nur *inter partes*.¹²¹ Dementsprechend kann die haftungsrechtliche Zuordnung lediglich Innenwirkung entfalten.

Nicht verschwiegen sei allerdings, daß die treuhänderische Bindung in der Insolvenz eine relative Außenwirkung kennt,¹²² die bisweilen als „quasidingliche Wirkung“ bezeichnet wird.¹²³ Diese zeigt sich etwa in der Insolvenz des Sicherungsnehmers, in der dem Zedenten ein Aussonderungsrecht an der Sicherungsforderung zugebilligt wird, freilich erst nach

¹¹⁸ Dieser, von *Serick*, geschaffene Begriff bezeichnet alle durch die fiduziarische Treuhand in der Insolvenz bedingten Vorgänge. Vgl. etwa *Serick*, Band II, § 19 I 2, S. 77; Band III, § 37 I 3 a, S. 395; Band V, § 62 VIII 2 a, S. 395.

¹¹⁹ *Serick*, Band II, § 19 I 2, S. 77; Band V, § 69 IV 1, S. 758 und § 69 V 2, S. 763.

¹²⁰ BGH, NJW 1959, S. 939, 939.

¹²¹ Kübler/Prütting–Prütting § 51, Rn. 11.

¹²² Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 57 B V 1, S. 726, Rn. 38.

¹²³ Die Außenwirkung der Treuhandbindung ist dabei nicht auf Parteiwillen zurückzuführen, da dieser allein auf schuldrechtliche Bindung gerichtet ist, sondern auf Richterrecht (vgl. *Gernhuber*, JuS 1988, S. 355, 358).

Tilgung der gesicherten Forderung.¹²⁴ Deutlich wird sie ferner in der Einzelzwangsvollstreckung gegen den Sicherungsnehmer. Der Zedent kann hier wie ein Eigentümer nach § 771 ZPO das Sicherungsgut verteidigen.¹²⁵ Der Sicherungszedent wird in diesen Konstellationen also auch gegenüber Dritten wie der dinglich berechnigte Forderungsinhaber behandelt.

Auf diese quasidingliche Wirkung bezieht sich *Serick*: Der Verlust der Gläubigerstellung sei die Kehrseite der verstärkten Stellung des Sicherungsgebers.¹²⁶ Das eine kann aber nicht aus dem anderen geschlossen werden, denn der Sicherungsgeber ist nicht schon deswegen wie der Forderungsinhaber zu behandeln, weil ihm nur der endgültige Verlust des Sicherungsgutes durch den Zugriff Dritter droht. Die relative Außenwirkung zeigt sich vielmehr nur im Vermögensverfall des Sicherungsnehmers. Sie will ausschließlich verhindern, daß das treuhänderisch gebundene Sicherungsgut zur allgemeinen Haftungsmasse des Zessionars wird.¹²⁷ Droht ein endgültiger Verlust auf andere Weise, etwa durch Zession an oder Aufrechnung gegenüber einem Dritten, so kann und will die quasidingliche Wirkung der Treuhand dies nicht verhindern – nicht einmal auf Seiten des Sicherungsnehmers. Das Anwendungsspektrum der quasidinglichen Wirkung der fiduziarischen Treuhand ist also eng begrenzt und zweckgerichtet. Für die Insolvenz des Sicherungsgebers spielt sie keine Rolle. Entgegen *Serick* bleibt es daher bei der festgestellten Innenwirkung.

Die haftungsrechtliche Zuweisung der sicherungsbedienten Forderung zur Insolvenzmasse allein hat daher keine Wirkung auf die schon zuvor bestehende Aufrechnungslage eines Dritten gegenüber dem Sicherungszessionar. Der Satz, daß die Sicherungszession in der Insolvenz wie ein Pfandrecht zu behandeln ist,¹²⁸ gilt nur im Verhältnis von Sicherungsnehmer und –geber. Im Verhältnis zu Dritten ist allein auf die dingliche Rechtslage abzustellen. Gläubiger der Hauptforderung und damit Aufrechnungsgegner ist der Sicherungsnehmer.¹²⁹

¹²⁴ HK–Eickmann, § 47, Rn. 9; Nerlich/Römermann–Andres, § 47, Rn. 40.

¹²⁵ BGHZ 72, S. 141, 146, MÜKO/ZPO–Schmidt, § 771 ZPO, Rn. 28, mwN.; Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 57 B V 3, S. 727, Rn. 40.

¹²⁶ Vgl. *Serick*, Band II, § 19 I 2, S. 77.

¹²⁷ Vgl. MÜKO/ZPO–Schmidt, § 771 ZPO Rn. 28.

¹²⁸ Etwa Kübler/Prütting–Prütting § 51, Rn. 10.

¹²⁹ Bork, S. 121, Rn. 249.

(II) Wirkung der Sicherungstreuhand auf das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 1

Wenn nunmehr die Wirkung der durch die Sicherungszession bedingten Treuhand auf die Aufrechnungslage behandelt ist, so muß noch ergänzend die Wirkung der Treuhand auf das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 1 untersucht werden. Es stellt sich die Frage, ob in der haftungsrechtlichen Zuordnung der Hauptforderung zur Masse schon ein ursprüngliches Schuldigwerden im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 1 zu sehen ist.

Daß dies keine rein theoretische Frage ist, zeigt sich an folgendem Fall: Die spätere Hauptforderung wird sicherungshalber abgetreten, danach erst wird die Gegenforderung begründet und erst zuletzt das Insolvenzverfahren eröffnet und die Forderung rückzediert. Mangels ursprünglicher Aufrechnungslage kann hier kein schutzwürdiges Vertrauen gebildet worden sein. Es hängt daher einzig von den haftungsrechtlichen Wirkungen der Treuhand ab, ob § 96 Abs. 1 Nr. 1 einer Aufrechnung entgegensteht oder nicht.

Die Berufungsinstanz im Pacht-Fall hatte darauf abgestellt, daß die Forderung, weil „nur sicherungshalber abgetreten“, im Konkurs ohne weiteres zur Konkursmasse gehöre und deswegen § 55 S. 1 Nr. 1 KO (= § 96 Abs. 1 Nr. 1) keine Anwendung finden könne.¹³⁰ Unklar bleibt bei dieser Formulierung, ob § 96 Abs. 1 Nr. 1 deswegen ausgeschlossen wurde, weil ein Rückfall der Forderung (wegen der haftungsrechtlichen Zuordnung) schon *im* Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung vorgelegen habe¹³¹ oder deswegen, weil die Forderung (wegen des sichernden Charakters der Zession) ohnehin der Masse zuzuordnen sei¹³². Indes kann weder das eine noch das andere aus der treuhandbedingten Haftungszuordnung hergeleitet werden. Wie gezeigt, ist der haftungsrechtliche Rückfall in seiner Wirkung auf das Verhältnis Sicherungsnehmer – Sicherungsgeber beschränkt und deshalb für den Dritten außer Betracht zu lassen. Genau wie für den Dritten der Sicherungsnehmer bis zum Zeitpunkt der Rückzession Gläubiger der Forderung ist, wird er erst durch eine Rückzession wieder zur Masse schuldig.

Die haftungsrechtliche Zuordnung der Hauptforderung kann damit kein ursprüngliches Schuldigwerden des Aufrechnenden zur Masse begründen. Ist vor Verfahrenseröffnung noch keine Aufrechnungslage gegeben, dann findet § 96 Abs. 1 Nr. 1 unabhängig davon

¹³⁰ Vgl. BGHZ 56, S. 111, 114.

¹³¹ Die Entstehung der Aufrechnungslage im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung genügt, um einen Schutz der Aufrechnungslage zu begründen, vgl. *super* B. II. 2.

¹³² Dem wäre schon deswegen nicht zu folgen, weil die haftungsrechtliche Zuweisung erst mit Verfahrenseröffnung überhaupt Wirkung zeigt.

Anwendung, ob eine zederte und nach Verfahrenseröffnung rückübertragene Forderung nur sicherungshalber abgetreten wurde.

(III) Die Wirkung der Sicherungstreuhand auf den Vertrauensschutz – Der Pacht-Fall

Nachdem diese Vorfälle geklärt sind, ist noch einmal auf den Pacht-Fall¹³³ zurückzukommen. Vereinfacht liegt diesem Fall folgende Rechtslage zugrunde: Aus einer bestehenden Aufrechnungslage wird die Hauptforderung sicherungshalber an einen Dritten zedert. Dieser überträgt sie nach der zwischenzeitlichen Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Zedenten an diesen zurück.

Anders als in der eben skizzierten Fallsituation lag hier also schon vor Verfahrenseröffnung eine Aufrechnungslage vor. Es fragt sich nunmehr umgekehrt, ob durch die haftungsrechtliche Zuweisung der sicherungszedierten Forderung zur Masse der durch § 406 BGB erreichte Schutz der Aufrechnungslage im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung erlischt.

Serick nimmt das konsequenterweise an. Da, nach dem von ihm vertretenen Umwandlungsprinzip, die Gläubigerstellung des Sicherungsnehmers mit Verfahrenseröffnung erlischt, erklärt er die bestehende Aufrechnungslage zu diesem Zeitpunkt für beseitigt.¹³⁴ § 406 BGB kann dem Insolvenzgläubiger dann nicht, auch nicht in Verbindung mit § 412 BGB, seine Aufrechnungslage erhalten, da die Gegenseitigkeit durch den Rückfall wiederhergestellt ist; § 94 hilft ebenfalls nicht, da die Aufrechnungslage zwischen Insolvenzschuldner und Insolvenzgläubiger erst nach Verfahrenseröffnung eintritt. Zwar korrigiert *Serick* sein Ergebnis selbst dadurch, daß er den Verwalter die Forderung nur mit der ersten Aufrechnungslage „belastet“ zurückerwerben läßt¹³⁵ und dieser Belastung Vorrang vor der Anordnung des § 96 Abs. 1 Nr. 1 einräumt, was zur Folge hat, daß der Insolvenzgläubiger doch aufrechnen kann, doch kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, daß schon die Prämisse *Sericks*, die bestehende Aufrechnungslage erlösche mit Verfahrenseröffnung, abzulehnen ist. Der haftungsrechtlichen Zuweisung ist keine Drittwirkung beizumessen. Der Sicherungsnehmer bleibt deshalb, entgegen *Serick*, bis zur Rückzession Gläubiger der Forderung. Ein Insolvenzgläubiger kann unbeschadet der Verfahrenseröffnung bis zu diesem Zeitpunkt wegen § 406 BGB gegen den Zessionar aufrechnen und hernach gegen den Insolvenzschuldner/Zedenten, weil ihm § 94 die bestehende Aufrechnungslage erhält.

¹³³ BGHZ 56, S. 111, 114.

¹³⁴ *Serick*, Band V, § 69 V 2 a), S. 764 f.

¹³⁵ *Serick*, Band V, § 69 V 2 b), S. 766.

Gegen die Ansicht *Sericks* spricht noch ein Weiteres: Es genügt für den Schutz der Aufrechnungslage, wenn diese *im* Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestand.¹³⁶ Ab diesem Zeitpunkt greift der Schutz des § 94, der dafür sorgt, daß die Aufrechnungslage durch die Verfahrenswirkungen nicht mehr angetastet wird. Wenn *Serick* also von einer Umwandlung mit dinglicher Wirkung dergestalt ausgeht, daß die bestehende Aufrechnungslage im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung beseitigt wird, dann müßte – und das legt gerade der Begriff der Umwandlung nahe – im selben Zeitpunkt die neue Aufrechnungslage zwischen Insolvenzschuldner und –gläubiger entstehen. Damit wäre im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung eine bestehende Aufrechnungslage gegeben und Schutz direkt über § 94 zu erlangen. *Serick* geht aber nicht von dieser Rechtsfolge aus, sondern stellt – ohne nähere Begründung – darauf ab, daß alte und neue Aufrechnungslage durch eine juristische Sekunde getrennt werden, weshalb erst nach Verfahrenseröffnung wieder eine Aufrechnungslage gegeben ist.¹³⁷ Dieser Kniff *Sericks* wirkt allerdings nicht nur sehr gekünstelt, er widerspricht auch dem Schutzzweck von § 406 BGB und § 94, denn diese greifen für die Rückübertragung einer Forderung nahtlos ineinander, um bestehende Aufrechnungslagen zu erhalten.

Es bleibt festzuhalten, daß die haftungsrechtliche Zuordnung der Forderung den Vertrauensschutz des Schuldners nicht berührt. Folgerichtig konnte der BGH es hier offenlassen, ob die Hauptforderung schon durch haftungsrechtliche Zuordnung oder im Wege einer – ebenfalls gegebenen – Rückzession¹³⁸ in die Masse zurückgelangt war.

cc) Fazit

Bestand zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits eine Aufrechnungslage, dann wird diese nicht dadurch zerstört, daß die Hauptforderung zur Masse abgetreten wird. Im Falle einer einfachen Zession schützen die zivilrechtlichen Vertrauenstatbestände der §§ 406, 407 BGB den Schuldner, im Fall einer Rückzession hilft § 94. Das gilt unverändert dann, wenn die Rückübertragung der Hauptforderung im Rahmen einer Sicherungszession erfolgt ist, da deren Rechtswirkungen sich nicht im Verhältnis von Insolvenzschuldner und Insolvenzgläubiger auswirken.

dd) Schuldübernahme

Anders als die Zession ist eine Schuldübernahme gemäß §§ 414 ff. BGB zu behandeln. Hier macht sich der Insolvenzgläubiger selbst zum Schuldner der Masse und führt so nachträglich

¹³⁶ Vgl. super B. II. 2.

¹³⁷ *Serick*, Band V, § 69 V 2 a), S. 764.

die Aufrechnungslage herbei. Schützenswertes Vertrauen kann dadurch nicht entstehen. § 96 Abs. 1 Nr. 1 gilt ohne weiteres.¹³⁹

e) „Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ – Die Anwendbarkeit des § 96 Abs. 1 Nr. 1¹⁴⁰ analog im Vorverfahren

Mit Einführung der Insolvenzordnung geht der Streit um die Anwendbarkeit der Aufrechnungsverbote im Eröffnungsverfahren in die nächste Runde.¹⁴¹ Unbestritten war und ist, daß anfechtbar im Eröffnungsverfahren herbeigeführte Aufrechnungslagen (§ 96 Abs. 1 Nr. 3) nicht zur Aufrechnung berechtigen.¹⁴² Fraglich bleibt dagegen, ob das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 1 schon im Eröffnungsverfahren Anwendung findet, die Aufrechnung also bereits dann ausgeschlossen ist, wenn der Aufrechnende erst im Eröffnungsverfahren zur Masse schuldig wird.

Neuen Streitstoff hat diese Diskussion nicht nur durch die Neuordnung und Verschärfung der Sicherungsmaßnahmen im Vorverfahren¹⁴³ erhalten, sondern auch durch die Stärkung des Anfechtungsrechts und die Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 96 Abs. 1 Nr. 3 gegenüber seinem konkursrechtlichen Pendant § 55 Nr. 3 KO.

¹³⁸ Es handelte sich in diesem Fall genaugenommen um eine Rückzession über einen Dritten, da die Forderung zwischenzeitlich noch auf einen Zweitzessionar übertragen worden war.

¹³⁹ Vgl. FK-App, § 96, Rn. 5; Hess, § 96, Rn. 18, Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 96, Rn. 3.

¹⁴⁰ Diese Frage stellt sich genauso für § 96 Abs. 1 Nr. 2 (vgl. etwa Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 662 f. Rn. 48, 50; Kübler/Prütting-Lüke, § 96, Rn. 6.), wird aber von der Mehrheit der Beiträge an § 96 Abs. 1 Nr. 1 bzw. § 55 S. 1 Nr. 1 KO festgemacht, weswegen sie auch hier an dieser Stelle behandelt werden soll.

¹⁴¹ **Dafür:** LG Zwickau, ZIP 1999, S. 767, 767 ff., ausdrücklich gegen Rückschlüsse aus der InsO (vgl. dagegen sub bb) (V)); OLG Dresden, ZIP 1998, S. 432, 433 – van Zwoell, EWiR 1998, S. 379, 379f.; LG Mönchengladbach, ZIP 1993, S. 694, 696; LG Chemnitz, ZIP 1997, S. 1798, 1800 – kritisch Jauch, EWiR 1998, S. 39, 39 f.; OLG Stuttgart, ZIP 1994, S. 798, 779 f.; LG Zwickau, ZIP 1999, S. 767, 767 ff., entgegen dem BGH, zustimmend kommentiert von Weitenkamp, EWiR 1999, S. 513, 513 f.; Hess, § 96 Rn. 15 ff; FK-App, § 96, Rn. 4; Bork, S. 52, Rn. 106. **Dagegen:** OLG Koblenz, WM 1984, S. 543, 543 f. und EWiR 1995, S. 798 ausdrücklich wider OLG Stuttgart – zustimmend kommentiert von Marotzke, S. 798 f.; sowie der BGH, ZInsO 1998, S. 141, 141 (Leitsatz) – kritisch Steinecke, EWiR 1998, S. 755, 755 f. – zustimmend Obermüller, ZInsO 1998, S. 178, 179; BGHZ 99, S. 39, 40; Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 662 f, Rn. 49 f.; Adam, WM 1998, S. 801, 804; Edelmann, WiB 1995, S. 992, 994; Heublein, ZIP 2000, S. 161, 161, Fn. 1; Obermüller, Bankpraxis, S. 271 f., Rn. 3.137/3.138; ders., ZInsO 1999, S. 324, 326; Gerhardt, ZZZ 109 (1996), S. 415, 420 f.; Wittig, WM 1995, S. 865, 867; Spliedt, DZWir 2000, S. 418, 419; Breutigam/Goetsch/Blersch-Blersch, § 96, Rn. 2; MÜKO/InsO-Brandes, § 94, Rn. 44; Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 96 Rn. 23; Paulus, ZIP 1997, S. 569, 572 ff., insbesondere gegen die Parallelität von Vollstreckung und Aufrechnung (S. 572 f.).

¹⁴² Vgl. Gerhardt, FS Zeuner, S. 353, 361; Bork, S. 129 f., Rn. 265 f.

¹⁴³ Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 662, Rn. 48.

aa) Die Lehre nach *Canaris*

Den Streit entzündet hat eine Entscheidung des OLG Düsseldorf.¹⁴⁴ Das Gericht erklärte die Verrechnung mit einer Zahlung für unzulässig, welche nach Verhängung eines allgemeinen Verfügungsverbot im Vergleichseröffnungsverfahren eingegangen war.¹⁴⁵ Gleichwohl ließ es die Aufrechnung gegen eben diese Forderung zu. Aus der Divergenz von unwirksamer Kontokorrentabrede und bestehender Aufrechnungsmöglichkeit zog *Canaris* für das konkursrechtliche Eröffnungsverfahren den Schluß, daß, gleich der Kontokorrentverrechnung, auch die Aufrechnung verhindert werden müsse.¹⁴⁶ Da Aufrechnung und Verrechnung in ihrer Wirkung für die Masse übereinstimmen, ergäbe es keinen Sinn, das Erlöschen des Kontokorrents anzunehmen, wenn man die einseitige Aufrechnung zuläßt. Ferner sei die Aufrechnung aufgrund ihres selbstexekutorischen Charakters¹⁴⁷ der Zwangsvollstreckung gleichzustellen. § 394 BGB lasse den allgemeinen Rechtsgedanken erkennen, daß der Aufrechnende grundsätzlich nicht besser gestellt werden soll als der Vollstreckende.¹⁴⁸ Das Aufrechnungsverbot aus § 96 Abs. 1 Nr. 1 sei deswegen analog auf das Vorverfahren anzuwenden, um so ein Gleichgewicht zu dem Vollstreckungsverbot des § 21 Abs. 2 Nr. 3¹⁴⁹ zu erreichen.

bb) Kritik

Canaris gibt damit vor, Stimmigkeit gleich auf zwei Ebenen erreicht zu haben: zum einen zwischen Aufrechnung und Verrechnung, zum anderen zwischen Aufrechnung und Zwangsvollstreckung. Tatsächlich ist beides nicht der Fall.

(I) Die Vergleichbarkeit von Aufrechnung und Kontokorrent

Die unterschiedliche Behandlung von Aufrechnung und Verrechnung erklärt sich aus den Besonderheiten der Verrechnung und steht nicht im Widerspruch zur Behandlung der Aufrechnung.

¹⁴⁴ ZIP 1986, S. 973, 974 f.; die Revisionsentscheidung des BGH hat sich in der Frage der Aufrechnung angeschlossen, das Erlöschen des Kontokorrents aber dahingestellt sein lassen (BGHZ 99, S. 36, 38 ff.).

¹⁴⁵ Tatsächlich ist dieses Ergebnis fraglich (vgl. BGHZ 135, S. 140, 140 ff.). Der Einfachheit halber soll hier mit der eingangs erwähnten Rechtsprechung und *Canaris* davon ausgegangen werden, daß das Kontokorrent schon mit der Verhängung eines allgemeinen Verfügungsverbot im Vorverfahren und nicht erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlischt.

¹⁴⁶ Vgl. *Canaris*, ZIP 1986, S. 1225, 1225 f.

¹⁴⁷ Vgl. hierzu *Bötticher*, FS Schima, S. 95, 95 ff.

¹⁴⁸ *Canaris*, ZIP 1986, S. 1225, 1227.

¹⁴⁹ *Canaris* berief sich natürlich auf § 55 S. 1 Nr. 1 KO und § 106 Abs. 1 Satz 3 KO iVm § 772 ZPO (ZIP 1986, S. 1225, 1227), § 21 Abs. 2 Nr. 3 wäre aber um so mehr geeignet, seine These zu stützen, da nach dieser Norm nicht nur die Verwertung, sondern sogar die Vollstreckung untersagt werden kann.

Das Kontokorrent erlischt nicht wegen seiner Verrechnungsfunktion, sondern aufgrund seiner Sicherungsfunktion.¹⁵⁰ Ungeachtet dogmatischer Uneinigkeiten¹⁵¹ besteht in Lehre und Rechtsprechung Konsens darüber, daß die Wirksamkeit der Kontokorrentabrede deswegen zu begrenzen sei, weil deren antezipierte Verfügungs- und Verrechnungsvereinbarungen eine nachträgliche Besserstellung des Kontokorrentpartners ermöglichen, die dem Zweck der Gläubigergleichbehandlung widerspricht.¹⁵² Das Erlöschen des Kontokorrents mit Verhängung eines allgemeinen Verfügungsverbotens beruht mithin nicht darauf, daß dem Kontokorrentpartner eine Verrechnung ermöglicht wird, sondern darauf, daß der Insolvenzschuldner seine Verfügungsbefugnis verliert und daß im Interesse der Gläubigergleichbehandlung das Vorliegen der Verfügungsmacht bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Vorausverfügung zu verlangen ist. Nichts anderes hat auch das gegenständliche Urteil des OLG Düsseldorf erkennen lassen.¹⁵³

Der Vergleich von Kontokorrent und Aufrechnung ist daher nicht zur Begrenzung des Aufrechnungsrechts im Eröffnungsverfahren geeignet.

(II) Die Vergleichbarkeit von Aufrechnung und Vollstreckung

Auch die proklamierte Nähe von Aufrechnung und Zwangsvollstreckung vermag nicht zu überzeugen. Zwar hat die Aufrechnung durchaus eine selbstexekutorische Komponente, doch erklärt diese nur zur Hälfte deren Rechtscharakter. Durch alleiniges Betrachten der Vollstreckungsfunktion auf eine Verwandtschaft mit der Vollstreckung zu schließen, kann dem Gesamtcharakter der Aufrechnung daher nicht gerecht werden.¹⁵⁴

Daran vermag auch § 394 BGB nichts zu ändern, da diese Norm Vollstreckung und Aufrechnung nicht aufgrund ihrer Wesensverwandtschaft, sondern vielmehr aus sozialpolitischen Gründen einander gleichstellt. Ein verallgemeinerungsfähiger Rechtsgedanke ist dieser Norm, welche mitunter auch als „Sozialklausel“ bezeichnet wird,¹⁵⁵ nicht zu entnehmen.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Vgl. hierzu *Schmidt*, Handelsrecht, § 21 I. 2. b), S. 615; *GK/HGB–Herget*, § 355 BGH, Rn. 1, 30 ff.

¹⁵¹ Für das Erlöschen der Kontokorrentabrede findet sich keine Regelung in der Insolvenzordnung; vertreten werden, je nach Verständnis von der Rechtsnatur des Kontokorrents und abhängig davon, ob die Möglichkeit bestehen soll, das Kontokorrent in das Insolvenzverfahren fortzuführen, folgende Ansätze: Für §§ 115, 116 (§ 23 Abs. 2 KO): *Kilger/Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 23 KO, 1) b); für § 103: (§ 17 KO) *Canaris* in HGB–Großkommentar, § 355 Rn. 114, zwischen Verfügungs- und Verpflichtungswirkung des Kontokorrents differenzierend (Rn. 113 – 115); für § 91 (§ 15 KO): BGH NJW 1979, S. 1658, 1659, wohl maßgeblich deswegen, um den Banken § 23 Abs. 2 KO iVm § 674 BGB aus der Hand zu schlagen; für §§ 94 ff. (§§ 53 ff. KO) schließlich: *Stürmer*, ZZP 94 (1981), S. 263, 302 ff.

¹⁵² *Kilger/Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 23 KO, 1) b); *Canaris* in HGB–Großkommentar, § 355 Rn. 114; BGH NJW 1979, S. 1658, 1658 f.; *Stürmer*, ZZP 94 (1981), S. 263, 304; vgl. auch *Steinhoff*, ZIP 2000, S. 1141, 1142.

¹⁵³ ZIP 1986, S. 973, 975.

¹⁵⁴ Vgl. super A. II. 2; ferner *vWilmowski*, NZG 1998, S. 481, 482.

¹⁵⁵ *Mankowski*, JZ 1996, S. 392, 394.

¹⁵⁶ Vgl. super B. II. 1. b) bb) (I).

(III) Das Bestehen einer offenen Regelungslücke

Doch selbst wenn man annehmen will, daß sich Aufrechnung und Vollstreckung in ihrer Wirkung, zumindest aus Sicht der Masse, nahestehen und mit dieser Feststellung den für die Analogie notwendigen parallelen Sachverhalt¹⁵⁷ zu begründen versucht,¹⁵⁸ stellt sich doch die Frage, inwieweit überhaupt eine der Analogie zugängliche planwidrige Regelungslücke¹⁵⁹ besteht.

Zuvorderst ist dabei festzustellen, daß schon der gesetzliche Schutz über § 96 Abs. 1 Nr. 3 erheblich ist.¹⁶⁰ Im „Normalfall“ der Deckungsanfechtung¹⁶¹ ist bei kongruenter Deckung nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 iVm. Abs. 2 schon dann Masseschutz zu erlangen, wenn der Aufrechnende die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte beziehungsweise ihm Umstände bekannt waren, die auf diese Merkmale zwingend schließen ließen. Dabei ist in dem subjektiven Erfordernis kein großes Hindernis zu sehen: Einerseits kehrt § 130 Abs. 3 die Beweislast für nahestehende Personen (§ 138) um. Andererseits sollte, im Hinblick auf die Bekanntmachung angeordneter Verfügungsbeschränkungen (§ 23), die nötige Kenntnis des Aufrechnenden regelmäßig nachweisbar sein.¹⁶² Eine inkongruente Deckungserlangung während des Vorverfahrens ist sogar ohne weiteres anfechtbar (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt.).

Die Aufrechnung ist demnach bereits *de lege lata* nur dann möglich, wenn der Aufrechnende auf die durch die Aufrechnungslage erlangte Deckung einen Anspruch und keine Kenntnis vom Eröffnungsantrag oder der Zahlungsunfähigkeit hatte. Die verbleibende Regelungslücke ist folglich denkbar schmal.

Dabei ist zudem zu beachten, daß der Schutz der zukünftigen Masse vor Schmälerungen im Vorverfahren auch sonst nicht lückenlos ist. So fehlt es etwa weiterhin an einer § 91 entsprechenden Regelung für das Vorverfahren.¹⁶³ Das Bestehen geringfügiger Regelungslücken ist folglich nicht zwingend planwidrig. Schon von daher bestehen am Vorliegen der Voraussetzungen für eine Analogie erhebliche Zweifel.

Vor allem spricht aber die klar strukturierte Gesetzssystematik deutlich gegen eine Planwidrigkeit im Rahmen der bestehenden Regelung:

¹⁵⁷ Vgl. hierzu *Larenz*, Methodenlehre, S. 381 ff.

¹⁵⁸ Das tut das LG Zwickau, ZIP 1999, S. 767, 767. A.A.: *Edelmann*, WiB 1995, S. 992, 994.

¹⁵⁹ Zu Begriff und Voraussetzungen einer Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit: *Larenz*, Methodenlehre, S. 370 ff., 373.

¹⁶⁰ So auch *Häsemeyer*, S. 364, Rn. 19.16.

¹⁶¹ Vgl. sub B. V. 4. e) aa).

¹⁶² Vgl. *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 662, Rn. 48.

¹⁶³ Vgl. *Gerhardt*, ZJP 109 (1996), S. 415, 421.

Ihrem systematischen Zusammenhang nach betreffen die §§ 94 ff. die allgemeinen Wirkungen ausschließlich nach Verfahrenseröffnung. Sofern Normen aus diesem Regelungskomplex auch schon für das Eröffnungsverfahren gelten sollen, ordnet das Gesetz dies, wie etwa in den §§ 22 Abs. 3, 24 geschehen, ausdrücklich an. Dabei findet sich in den §§ 21 ff. nunmehr, anders als noch im generalklauselartigen § 106 KO, eine detaillierte Regelung der vorläufigen Sicherungsmaßnahmen.¹⁶⁴ Das Fehlen eines Verweises auf § 96 Abs. 1 Nr. 1 kann daher, anders als noch im Konkursrecht, nicht länger als gesetzgeberisches Versäumnis betrachtet werden.

Dieser Eindruck verstärkt sich noch, weil § 96 Abs. 1 deutlich zwischen der Zeit vor und nach Verfahrenseröffnung differenziert. So sind die Regelungen der Nr. 1 und 2 ausdrücklich auf den Zeitraum nach Verfahrenseröffnung beschränkt, Nr. 3 aber gerade nicht.

Die Kompetenzzuweisung zwischen Aufrechnungsverbot und Anfechtungsrecht für die Zeit des Vorverfahrens ist also sehr differenziert und bestimmt erfolgt. An einer klaren gesetzgeberischen Konzeption bestehen keine Zweifel. Dagegen drohen der Lehre nach *Canaris* Wertungswidersprüche, weil § 91 von der Verweisung des § 24 ausgenommen ist. Sofern nämlich eine Aufrechnungslage während des Vorverfahrens durch die Rechtshandlung eines Dritten entsteht – sei es durch Abtretung einer Forderung an den Gläubiger, sei es durch Abtretung an die Masse – würden auch die masseschmälernden Handlungen Dritter von den einstweiligen Sicherungsmaßnahmen erfaßt werden. Solche Handlungen sind indes § 91 zuzuordnen und wären deshalb im Eröffnungsverfahren grundsätzlich wirksam.¹⁶⁵

Von einer der Analogie zugänglichen planwidrigen Gesetzeslücke kann nach alledem nicht ausgegangen werden.¹⁶⁶

(IV) Die Verhältnismäßigkeit der Eingriffsintensität

Schließlich läßt sich die ausschließliche Anwendung des Anfechtungsrechts positiv begründen:

Die Anwendung des § 96 Abs. 1 Nr. 1 im Vorverfahren würde dazu führen, daß die Aufrechnungslage bereits im Zeitpunkt ihrer Entstehung im Vorverfahren nicht zur Aufrechnung berechtigt. Wird die Aufrechnung schon während des Vorverfahrens erklärt, dann ist diese Erklärung von vornherein wirkungslos.

Das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 3 wirkt dagegen rückwirkend. Erklärt der anfechtbar in eine Aufrechnungslage gelangte Schuldner die Aufrechnung schon während

¹⁶⁴ Vgl. auch *Gerhardt*, ZZP 109 (1996), S. 415, 416.

¹⁶⁵ Vgl. *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 663, Rn. 50.

¹⁶⁶ So auch *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 6, § 94 Rn. 80 ff., 90; *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 574; *Gerhardt*, ZZP 109 (1996), S. 415, 412; *Wittig*, WM 1985, S. 865, 867.

des Vorverfahrens, dann wird diese Erklärung erst mit Verfahrenseröffnung, ex tunc, unwirksam.¹⁶⁷

Diese Divergenz zwischen § 96 Abs. 1 Nr. 3 und § 96 Abs. 1 Nr. 1 ist deshalb von Bedeutung, weil während des Eröffnungsverfahrens noch keine Gewißheit darüber besteht, ob ein Insolvenzverfahren eröffnet werden wird oder nicht. Das Eröffnungsverfahren dient daher allein dem Zweck der Massesicherung *für den Fall*, daß ein Insolvenzverfahren zu eröffnen ist.¹⁶⁸ Es bereitet somit zwar den Boden für die *par condicio creditorum*, kann aufgrund dieses vorbereitenden Charakters und der zu diesem Zeitpunkt noch bestehenden Ungewißheit bezüglich der Verfahrenseröffnung aber nicht in gleicher Weise in die Rechte Dritter eingreifen wie das eröffnete Verfahren.¹⁶⁹ Auch führt erst das eröffnete Verfahren zur Liquidation, weswegen der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung erst ab Verfahrenseröffnung greift.¹⁷⁰

Es ist mithin schon aus Gesichtspunkten der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit begrüßenswert, daß mit dem Anfechtungsrecht der „Wirkungszeitpunkt“ und damit auch der „Entscheidungszeitpunkt“ in den Zeitraum des eröffneten Verfahrens fällt.¹⁷¹

(V) Die Rechtsprechung im Vorfeld der Insolvenzordnung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat von jeher eine analoge Anwendung des § 96 Abs. 1 Nr. 1 abgelehnt.¹⁷² Bemerkenswert ist dabei, daß der BGH bereits mit dem Nahen der Insolvenzordnung deren Wertungen und Regelungen vorgehend berücksichtigt hat.

So hat der IX. Zivilsenat des BGH die Neuregelung der §§ 21, 24, und 96 Abs. 1 Nr. 3 und die darin deutlich werdende gesetzgeberische Wertung maßgeblich bei seiner Entscheidung berücksichtigt, die während des konkursrechtlichen Vorverfahrens entstehenden Aufrechnungslagen den flexibleren Anfechtungsregeln zu unterwerfen.¹⁷³

Der gleiche Senat hat schon im Jahre 1996 in anderer Sache eine vergleichbare Wertung getroffen als er entschied, eine während des Vorverfahrens vorgenommene Vorausverfügung nicht nach § 106 KO zu behandeln, sondern dem Anfechtungsrecht zu unterstellen.¹⁷⁴ Bereits in dieser Entscheidung wird deutlich, daß der BGH, auf die

¹⁶⁷ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108 S. 141.

¹⁶⁸ Vgl. *Pohlmann*, S. 50, Rn. 96.

¹⁶⁹ Vgl. *Gerhardt*, ZZP 109 (1996), S. 415, 418.

¹⁷⁰ Vgl. *Gerhardt*, ZZP 109 (1996), S. 415, 418; für die KO BGHZ 135, S. 140, 145 f.

¹⁷¹ Vgl. auch *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 573 f., der richtig auf die gesetzliche Konzeption einer „Steigerung der Eingriffsintensität bei zunehmendem Verfahrensforgang“ verweist.

¹⁷² BGH, ZIP 1987, S. 626, 627; ZIP 1990, S. 112, 113 (für § 54 VglO); ZInsO 1998, S. 141, 141. Wie *Canaris* aber: OLG Hamm, ZIP 1995, S. 140, 140 ff.; OLG Stuttgart, ZIP 1994, S. 798, 798 ff.; LG Mönchengladbach, ZIP 1993, S. 694, 694.

¹⁷³ BGH, ZInsO 1998, S. 141, 141. Vgl. dazu Anmerkung *Obermüller*, ZInsO 1998, S. 178, 178 f.

¹⁷⁴ BGHZ 135, S. 140, 146 f.

Regelungen der Insolvenzordnung vorgehend,¹⁷⁵ deren, gegenüber § 106 KO präzisierende §§ 21 ff., als abschließende Regelungen für das Eröffnungsverfahren betrachtet.¹⁷⁶

cc) Fazit

Zusammenfassend ist weder davon auszugehen, daß für das Vorverfahren eine Regelungslücke verbleibt, die für eine analoge Anwendung von § 96 Abs. 1 Nr. 1 Raum ließe, noch daß die analoge Anwendung des § 96 Abs. 1 Nr. 1 maßvoll oder notwendig wäre. Während des Vorverfahrens entstehende Aufrechnungslagen sind allein § 96 Abs. 1 Nr. 3 unterworfen.

f) Zwischenergebnis

§ 96 Abs. 1 Nr. 1 untersagt Insolvenzgläubigern die Aufrechnung gegen solche Forderungen, die erst nachträglich in die Masse gelangt sind. Das ist sowohl dann der Fall, wenn die betreffende Forderung erst nachträglich entstanden ist, als auch dann, wenn sie zwar schon ursprünglich bestand, aber erst nachträglich zur Masse zediert wurde. In beiden Fällen liegt die Grenze zur zulässigen Aufrechnung im Sinne des § 95 Abs. 1 im betreffenden Erwerbszeitpunkt. Ist der jeweilige Erwerbstatbestand schon vor Verfahrenseröffnung abgeschlossen, kann aufgerechnet werden, entsteht die Forderung erst nachträglich oder tritt ein Zessionserfolg erst nachträglich ein, verhindert § 96 Abs. 1 Nr. 1 die Aufrechnung.

Von dieser grundsätzlichen Grenzziehung sind Ausnahmen zu machen: im Fall der nachträglichen Forderungsentstehung dann, wenn die nachträglich entstehende Forderung nur eine ursprüngliche Forderung ersetzt und die von dieser ursprünglichen Forderung getroffene konkrete Vermögenszuweisung fortführt. Liegen diese Voraussetzungen vor, liegt keine nachträgliche Schmälerung der Masse vor. Es ist deswegen gestattet, solche Fälle analog § 95 Abs. 1 zu behandeln. Dagegen ist es für die Zulässigkeit einer Insolvenzaufrechnung unzureichend, wenn für die nachträglich entstehende Forderung nur ein Grundverhältnis vorliegt. In diesem Fall fehlt es an einer ursprünglichen Vermögenszuweisung und eine Schmälerung der Masse konkretisiert sich erstmalig nach Verfahrenseröffnung. § 96 Abs. 1 Nr. 1 verbietet deswegen die Aufrechnung.

Wird die Hauptforderung erst nachträglich zur Masse zediert, ist die Aufrechnung trotz des Verbots des § 96 Abs. 1 Nr. 1 zulässig, wenn schon im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung

¹⁷⁵ Auch an anderer Stelle hat die Rechtsprechung der nahenden Insolvenzordnung schon vor dem 1.1.1999 Rechnung getragen: OLG Brandenburg, DZWir 1996, S. 430, 430 f; vgl. auch *Pape*, NJW 1997, S. 2777, 2778 ff.; *Gerhardt*, FS Brandner, S. 605, 606; *Tintelnot*, ZIP 1995, S. 616, 616. Methodisch ist an dieser Vorgehensweise nichts auszusetzen, vgl. *Pawlowski*, DZWir 1996, S. 431, 432; dagegen aber ausdrücklich LG Zwickau, ZIP 1999, S. 767, 768.

¹⁷⁶ BGHZ 135, S. 140, 146 f.

eine Aufrechnungslage bestand. Wird durch die Zession eine bislang bestehende Gegenseitigkeit zerstört, schützen die §§ 406, 407 BGB den Aufrechnenden; wird durch die (Rück-)Zession die Gegenseitigkeit (wieder)hergestellt, dann hilft § 94.

§ 96 Abs. 1 Nr. 1 ist daher weiter zu verstehen als sein Wortlaut es nahelegt: Die Aufrechnung ist nicht immer schon dann zu verhindern, wenn ein Insolvenzgläubiger nachträglich zur Masse schuldig wird, sondern nur dann, wenn er dadurch eine Aufrechnungsmöglichkeit oder einen Vermögensvorteil erlangt, der ihm vor Verfahrenseröffnung noch nicht zustand.

In einer anderen Hinsicht ist indessen genau an der Diktion der Norm festzuhalten. § 96 Abs. 1 Nr. 1 gilt erst ab dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung. Während des Vorverfahrens entstehende Aufrechnungslagen unterfallen ausschließlich § 96 Abs. 1 Nr. 3.

3. § 96 Abs. 1 Nr. 2

a) Grundsätzliches

§ 96 Abs. 1 Nr. 2 untersagt einem Schuldner zur Masse die Aufrechnung, wenn dieser nachträglich eine Gegenforderung erwirbt, und regelt damit die § 96 Abs. 1 Nr. 1 spiegelbildlich entgegengesetzte Situation. Primär verhindert die Norm dabei das kollusive Zusammenwirken zwischen Insolvenzgläubiger und Masseschuldner.¹⁷⁷ Letzterer mußte noch bei Verfahrenseröffnung davon ausgehen, seine Leistung voll zur Masse erbringen zu müssen. Ersterer konnte mit nicht mehr als der Durchsetzung der Quote rechnen. Die Veräußerung der Insolvenzforderung nach Verfahrenseröffnung könnte daher beiden einen nachträglichen Vorteil verschaffen. Dem Insolvenzgläubiger durch Valutierung seiner Forderung über die Quote hinaus, dem Masseschuldner durch einen günstigen Freikauf von seiner Schuld.

Die Norm beschränkt sich indes nicht auf solche Konstellationen, sondern will eine Ungleichbehandlung der Gläubiger auch in allen anderen Fälle nachträglicher Vorzugserlangung verhindern. Deutlich wird dies etwa daran, daß die Gesamtrechtsnachfolge unter die Regelung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 fällt. § 96 Abs. 1 Nr. 2 entspricht darin, wie im übrigen, inhaltlich seinem konkursrechtlichen Pendant § 55 S. 1 Nr. 2 KO.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Breutigam/Goetsch/Blersch-Blersch, § 96, Rn. 10, FK-App, § 96, Rn. 10; vgl. auch RGZ 51 S. 394, 397. RGZ 51, S. 394, 396 spricht – so griffig wie vielzitiert – von der „Ausplünderung der Masse durch frivolen Aufkauf von Passivforderungen“.

¹⁷⁸ Vgl. Kübler/Prütting-Lüke, § 96, Rn. 30; Kuhn/Uhlenbruck, § 55 KO, Rn. 9.

b) Insolvenzgläubiger

§ 96 Abs. 1 Nr. 2 gilt wie § 96 Abs. 1 Nr. 1 grundsätzlich nur für Insolvenzgläubiger. Erwirbt ein Schuldner also eine Masseforderung und macht sich so zum Massegläubiger, kann er, unabhängig vom Zeitpunkt des Erwerbs, mit dieser aufrechnen. Die Masseforderung hätte jederzeit voll erfüllt werden müssen. Daß dies nun im Wege der Aufrechnung geschieht, belastet die Masse nicht.

Wie § 96 Abs. 1 Nr. 1, findet aber auch dieses Aufrechnungsverbot bei Massearmut sinngemäße Anwendung auf Massegläubiger.¹⁷⁹ Der Zessionar kann also nur dann mit seiner Forderung aufrechnen, wenn es sich bei dieser um eine Neumasseforderung handelte und die Masse wenigstens zur vollständigen Befriedigung der Neumassegläubiger ausreicht.¹⁸⁰ Da eine Vorauszession in der Insolvenz keine geschützte Aufrechnungslage begründen kann,¹⁸¹ ist außerdem zu verlangen, daß die betreffende Forderung erst nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit abgetreten wurde.

c) Erwerb von einem anderen Gläubiger

Das Tatbestandsmerkmal des Erwerbs von einem anderen Gläubiger umfaßt Einzel- wie Gesamtrechtsnachfolge, den gesetzlichen wie den rechtsgeschäftlichen Erwerb.

aa) Einzelrechtsnachfolge

Im Bereich der Einzelrechtsnachfolge ist dabei zwischen der einfachen Zession und der Rückzession zu unterscheiden.

(I) Zession

(1) Rechtsgeschäftlicher Forderungserwerb

Die Zession kraft Rechtsgeschäfts stellt den Grundanwendungsfall des § 96 Abs. 1 Nr. 2 dar. Erfolgt sie nach Verfahrenseröffnung, so ist dem Zessionar die Aufrechnung untersagt. Allerdings ist die Aufrechnung zulässig, wenn der Zessionar schon vor Verfahrenseröffnung ein Anwartschaftsrecht an der Forderung erworben hat.¹⁸²

¹⁷⁹ Vgl. super B. IV. 2. b) sowie B. II. 1. b) bb).

¹⁸⁰ Vgl. Nerlich/Römermann–Wittkowski, § 96, Rn. 16, allerdings muß es hier wohl a.E. „zulässig“ und nicht „ausgeschlossen“ heißen.

¹⁸¹ Vgl. insofern super B. III. 5. b).

¹⁸² Vgl. super B. III. 5.

Zuzulassen ist die Aufrechnung ferner dann, wenn ein Gesamtschuldner des Insolvenzgläubigers von einem anderen aus derselben Schuld verpflichteten Gesamtschuldner die Gegenforderung erwirbt.¹⁸³ In diesem Fall hätte schon der Zedent vor Verfahrenseröffnung mit einer Aufrechnung Haupt- und Gegenforderung zum Erlöschen bringen können. Da die Zession somit keine nachträglich schmälernde Wirkung für die Masse hat, ist hier eine teleologische Reduktion des § 96 Abs. 1 Nr. 2 vorzunehmen.

Fraglich ist dagegen, ob die Aufrechnung dann zulässig ist, wenn der Zedent zwar ebenfalls schon gegen die Masse aufrechnen konnte, jedoch Schuldner einer anderen Hauptforderung ist. *Lüke* scheint das zu befürworten,¹⁸⁴ doch ist seine Aussage bei Inaugenscheinnahme der angegebenen Quellen wohl auf die Gesamtschuld zu begrenzen.

Tatsächlich ist eine Aufrechnungsmöglichkeit hier nicht zu befürworten, denn das wirtschaftliche Ergebnis für die Masse ist nur rein rechnerisch, nicht aber im Hinblick auf mögliche Begleitumstände identisch. Man muß sich nur einmal vor Augen führen, daß der Zedent der Forderung selbst unmittelbar vor dem Vermögensverfall steht. Sollte der (wirtschaftlich gut gestellte) Zessionar nunmehr aufrechnen können,¹⁸⁵ bliebe die Masse mit dem Risiko der Durchsetzung gegenüber einem praktisch insolventen Schuldner bedroht, wohingegen sie vorher noch durch die Aufrechnungslage gesichert war. Diese Risikoerhöhung ist der Masse nicht zuzumuten. Die Möglichkeit eines kollusiven Zusammenwirkens ist daher auch hier von vornherein zu unterbinden.

(2) Gesetzlicher Forderungserwerb

Der gesetzliche Forderungserwerb findet entsprechende Behandlung. Problematisch ist er allerdings in den Fällen, in denen eine *cessio legis* deshalb erfolgt, um den Regreß nach Tilgung einer fremden Schuld zu sichern oder zu ermöglichen. Denn befriedigt ein Dritter noch nach Verfahrenseröffnung einen Gläubiger, so werden Treu und Glauben es häufig verlangen, daß der Dritte auch dann mit seiner Regreßforderung gegenüber der Masse aufrechnen kann, wenn die Legalzession erst mit Tilgung der fremden Schuld nach Verfahrenseröffnung erfolgt ist. Hierzu im einzelnen:

(a) Der Regreß dritter Sicherungsgeber und Gesamtschuldner

Zunächst ist auf den Regreß Dritter, die für die Forderungen gegen einen Schuldner Sicherheit gewährt haben, zurückzukommen. Ist dabei bislang lediglich auf die möglichen

¹⁸³ BGH DZWIR 1997, S. 419, 421; FK-App, § 96, Rn. 12; *Kuhn/Uhlenbruck*, § 55 KO, Rn. 10a; *Kilger/Schmidt*, Insolvenzgesetz, § 55 KO, 4).

¹⁸⁴ Das beachtet *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 34, nicht.

¹⁸⁵ Umgekehrt kann der Insolvenzverwalter natürlich bis zur Kenntniserlangung noch gegenüber dem Zedenten aufrechnen (§ 407 BGB).

Regreßansprüche aus dem Innenverhältnis von Schuldner und Sicherungsgeber abgestellt worden,¹⁸⁶ also auf die Ersatzansprüche nach §§ 662, 670 BGB oder §§ 675, 670 BGB, so ist nunmehr auf die bei den gesetzlichen Sicherheiten anzutreffende Legalzession aus dem Außenverhältnis einzugehen.

Befriedigt ein Bürge, der Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks oder ein Verpfänder den Gläubiger der gesicherten Forderung, so geht diese auf den Sicherungsgeber über (§ 774 Abs. 1 S. 1, § 1143 Abs. 1, § 1225 BGB). Sie tritt dabei neben den Ersatzanspruch aus dem Innenverhältnis. Der Sicherungsgeber hat nach allgemeinem Zivilrecht dann die Wahl, welchen Anspruch er geltend machen will, wobei er natürlich nur einmal Befriedigung verlangen kann.¹⁸⁷

Für den Ersatzanspruch aus dem Innenverhältnis ist dabei festgestellt worden, daß dieser – vorausgesetzt natürlich, das Innenverhältnis sieht nicht gerade ein anderes vor¹⁸⁸ –, obschon er erst nachträglich mit der Tilgung entsteht, zur Aufrechnung berechtigt. Die Zulässigkeit der Aufrechnung erklärte sich dabei aus dem Umstand, daß mit dem Ersatzanspruch keine nachträgliche Belastung der Masse begründet wird. Vielmehr wird mit ihm lediglich die bereits durch den ursprünglichen Befreiungsanspruch (§§ 257, 775 BGB) konkretisierte Vermögenszuordnung und Wertung fortgeführt.

Diese Überlegung läßt sich auf den Regreßanspruch aus dem Außenverhältnis übertragen, denn die Legalzession hat primär den Zweck, den Ersatzanspruch des Sicherungsgebers aus dem Innenverhältnis zu sichern und zu verstärken.¹⁸⁹ Sie nimmt dessen Zielrichtung also zwangsläufig auf. Gleichzeitig ist sie in ihrem Bestehen in gleicher Weise vom Innenverhältnis abhängig wie der Erstattungsanspruch.¹⁹⁰ Parallel zu diesem setzt der Anspruch aus dem Außenverhältnis nur die durch den ursprünglichen Befreiungsanspruch getroffene Vermögenszuordnung fort.

Es erscheint deshalb nicht opportun, für die Frage der Aufrechenbarkeit zwischen den Regreßformen zu differenzieren. Wie im Zivilrecht kann der Sicherungsgeber bei der

¹⁸⁶ Vgl. super B. III. 4. b) cc).

¹⁸⁷ Vgl. Staudinger–Horn, § 774 BGB, Rn. 5.

¹⁸⁸ Regreß ist im Innenverhältnis natürlich nur dann möglich, wenn der Sicherungsgeber nicht auf dieses Recht verzichtet hat oder etwa dem Schuldner gegenüber zur Tilgung der Schuld verpflichtet war (vgl. Staudinger–Horn, § 774 Rn. 6, 33). Die *cessio legis* bleibt davon grundsätzlich unberührt, doch kann der Insolvenzverwalter die Aufrechnung mit der Befreiungseinrede (§ 774 Abs. 1 S. 3, § 1143 Abs. 1 S. 2, § 1225 Abs. 1 S. 2 BGB) abwehren (§ 390 BGB); vgl. etwa Staudinger–Horn, § 774, Rn. 40; Kuhn/Uhlenbruck, § 54 KO, Rn. 5e.

¹⁸⁹ Vgl. Staudinger–Horn, § 774 BGB, Rn. 3 für die Bürgschaft.

¹⁹⁰ Vgl. Staudinger–Horn, § 774 BGB, Rn. 6 für die Bürgschaft.

Insolvenzaufrechnung zwischen beiden Regreßansprüchen wählen, dabei aber natürlich auch hier nur einmal Befriedigung verlangen.¹⁹¹

Der Gesamtschuldnerinnenausgleich ist entsprechend zu behandeln. Die zu dem Ausgleichsanspruch (§ 426 Abs. 1 S. 1) hinzutretende, bestärkende¹⁹² cessio legis nach § 426 Abs. 2 S. 1 führt ebenso wie die nach § 774 Abs. 1 S. 1, § 1143 Abs. 1 § 1225 BGB zu einer weiteren, alternativen Aufrechnungsmöglichkeit des tilgenden Gesamtschuldners.

Rechtsprechung und herrschende Lehre greifen dagegen – zum Teil ohne überhaupt zwischen dem Ersatzanspruch aus dem Innenverhältnis und der cessio legis zu unterscheiden – zur Konstruktion einer gesetzlichen Bedingung.¹⁹³ Hier gilt grundsätzlich nichts anderes als bei dem Erstattungsanspruch aus dem Innenverhältnis: Zwar erleichtert man mit der Bezeichnung als bedingte Forderung die Einordnung in die Tatbestände der §§ 94 ff., doch geschieht dies auf Kosten terminologischer Genauigkeit und unter Preisgabe der deutlichen Trennung von Existenz und Durchsetzbarkeit im System der Aufrechnungsregeln.¹⁹⁴

Genaugenommen wird sogar noch eine weitere Ungenauigkeit in Kauf genommen, denn auch auf dem Rücken der Bedingungstheorie könnte doch nur der Anspruch nach § 774 Abs. 1 S. 1 bedingt sein,¹⁹⁵ nicht aber die zederte Forderung selbst. Da jedoch nicht mit dem Anspruch auf Legalzession aufgerechnet wird, sondern mit der Forderung aus Legalzession, handelt es sich bei der Gegenforderung nicht um eine bedingte Forderung, sondern um eine bedingt zederte Forderung. Diese unterfällt § 95 Abs. 1 S. 1 freilich nicht. Die Bedingungstheorie könnte sich hier allenfalls auf ein Anwartschaftsrecht wegen der bedingten Zession berufen.

(b) Der Regreß nach der Einlösung des Wechsels

Wiewohl es an der Normierung einer Legalzession fehlt, ist doch an dieser Stelle der Fall des Wechselregresses im Rücklauf zu behandeln, sozusagen als Sonderfall des Regresses der Sicherungsgeber. Fraglich ist, ob das Aufrechnungsbegehren eines wechseleinlösenden Indossatars (Art. 47 WG) mit seiner Regreßforderung (Art. 49 WG) gegen seine gegenüber einem früheren Indossanten bestehende Schuld zulässig ist, wenn der Indossant nach der

¹⁹¹ Vgl. Staudinger–Horn, § 774 BGB, Rn. 5 für die Bürgschaft.

¹⁹² BGHZ 103, S. 72, 76; MÜKO–Selb, § 426 BGB, Rn. 15c; Staudinger–Noack, § 426 BGB, Rn. 121.

¹⁹³ BGH, NJW 1974, S. 2000, 2001; Palandt–Sprau, § 774 BGB, Rn. 5; MÜKO–Habersack, § 774 BGB, Rn. 17; Kuhn/Uhlenbruck, § 54 KO, Rn. 5b, 5e; Kübler/Prütting–Lüke, § 95, Rn. 25; Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch, § 95, Rn. 4. Dagegen aber: Jaeger/Henckel, § 3 KO, Rn. 57.

¹⁹⁴ Vgl. super B. III. 4. b) cc).

¹⁹⁵ So etwa Palandt–Sprau, § 774 BGB, Rn. 5.

Weiterbegebung des Wechsels an den Indossatar, aber vor dessen Einlösung insolvent geworden ist.

Einigkeit besteht darüber, daß, sofern die Aufrechnungslage nicht kollusiv oder künstlich geschaffen wurde, die Aufrechnung mit der Regreßforderung zulässig ist. Die dogmatische Herleitung dieses Ergebnisses differiert indes:

Nach der *Offertentheorie*¹⁹⁶ erwirbt der Indossatar seine Rechte aus dem Wechsel originär. Die Rechte des Indossanten bleiben diesem daher erhalten und sind nur in ihrer Geltendmachung ausgeschlossen, solange der Indossant nicht wieder Wechselinhaber ist. Diese künstliche Erhaltung der jeweiligen Indossantenrechte zum Zwecke der Aufrechenbarkeit kann allerdings nicht überzeugen. Die Regreßforderung des jeweiligen Indossatars gegenüber seinem Indossanten entsteht erst mit der Einlösung des Wechsels (Art. 47 Abs. 3, 49 WG).¹⁹⁷ Auch spricht Art. 14 Abs. 1 WG deutlich von Übertragung, was nach allgemeinem zivilrechtlichem Verständnis (§§ 398, 413, 792 BGB) immer einen derivativen Rechtserwerb umschreibt.¹⁹⁸

Die *Bedingungstheorie* vermeidet diese Kritik, da sie von einem derivativen, allerdings auflösend bedingten Rechtserwerb ausgeht.¹⁹⁹ Das Recht aus dem Wechsel geht unter der auflösenden Bedingung auf den Indossatar über, daß dieser den Wechsel wieder einlöst, so daß der Indossant – aufschiebend bedingt – wieder sein altes Rechte erhält.

Dabei liegt die Annahme einer Parteibedingung den Umständen nach allerdings fern. Sie ist auch nicht mit Art. 12 Abs. 1 WG vereinbar.²⁰⁰ Weiter ist keine Rechtsbedingung im eigentlichen Sinne gegeben.²⁰¹ Es bleibt daher erneut nur die Konstruktion der gesetzlichen Bedingung – für die sich bezeichnenderweise auch an dieser Stelle keine Definition findet²⁰². Hier erfährt die Bedingungstheorie ihre wohl deutlichste Kritik. Dies zum einen im Hinblick auf ihre wechelspezifischen Rechtsfolgen,²⁰³ zum anderen da die Annahme einer

¹⁹⁶ St. Rspr. des RG (RGZ 77, S. 185, 187; 80, S. 407, 413; 84, S. 121, 126; 94, S. 227, 231; 117, S. 69, 75).

¹⁹⁷ *Baumbach/Hefermehl*, Art. 49 WG, Rn. 1.

¹⁹⁸ *Hueck/Canaris*, § 8 II. 1., S. 84 f.; *Richardi*, § 17 I. 2., S. 145 f.; *Baumbach/Hefermehl*, Art. 14 WG, Rn. 2, S. 186; *Pflug*, S. 13.

¹⁹⁹ *FK-App*, § 96, Rn. 15; *Kuhn/Uhlenbruck*, § 54 KO, Rn. 6; *Hess*, § 96, Rn. 57; *Jaeger/Lent*, § 55 KO, Rn. 9; vollständiger Nachweis auch älterer Quellen bei *Pflug*, S. 41, Fn. 2.

²⁰⁰ *Hueck/Canaris*, § 8 II. 2., S. 85; *Zöllner*, § 14 II., S. 88; *Pflug*, S. 48 f.

²⁰¹ *Zöllner*, § 14 II., S. 88; *Pflug*, S. 49 ff.

²⁰² *Pflug*, S. 45; dieser Mangel der Bedingungstheorie ist bereits super B. III. 2. c) bb) kritisiert worden.

²⁰³ *Pflug*, S. 44; *Müller*, S. 53 f.

gesetzlichen Bedingung im vorliegenden Fall als in höchstem Maße gekünstelt,²⁰⁴ ja schlicht überflüssig²⁰⁵ empfunden wird.

Tatsächlich läßt sich die insolvenzrechtliche Aufrechnungsproblematik²⁰⁶ besser und gesetzestreuer auf dem Rücken der nunmehr herrschenden Auffassung lösen, daß Art. 14 Abs. 1 die Rechte des Indossanten unbedingt und vollständig auf den Indossatar überträgt.²⁰⁷ Anstatt eine gesetzliche Bedingung anzunehmen, ist die Regreßforderung des befriedigten Indossatars – im Einklang mit der Regelung der Gesamtschuld § 426 Abs. 2 BGB und der §§ 774 Abs. 1 S. 1, 1143 Abs. 1, 1225 Abs. 1 BGB – im Wege einer *cessio legis* auf den Indossanten zu übertragen.²⁰⁸ Insofern wird Art. 49 Abs. 1 Nr. 1 WG als gesetzliche Übergangsnorm begriffen.²⁰⁹ Im Gegensatz zu §§ 426 Abs. 1, 775 Abs. 1 BGB fehlt es allerdings hier an einem ursprünglichen Befreiungsanspruch. Ferner wird zumeist kein Auftragsverhältnis (§§ 670, 257 BGB) vorliegen, da der Wechsel in aller Regel verkauft oder erfüllungshalber beziehungsweise sicherungshalber hingegeben wird.²¹⁰

Daß die Aufrechnung dennoch zulässig ist folgt aber daraus, daß die Wechselbeteiligten gesamtschuldnerisch haften (Art. 47 Abs. 1, 58 Abs. 1 WG). Nun ist zwar § 426 BGB lediglich subsidiär anwendbar, denn es gilt insoweit „ein anderes“, als die Regelungen des Wechselgesetzes Anwendung finden, doch können diese nicht zu einer Benachteiligung im Hinblick auf die Aufrechnungslage führen. Insofern liegt nicht nur eine der Gesamtschuld und der Bürgschaft²¹¹ vergleichbare Interessenlage vor – Sinn des Wechsels ist es ja gerade, daß der jeweilige Indossatar letztlich nicht gegenüber seinem Indossanten endgültig haftet –, die Regelungen des Wechselgesetzes wollen den Rückgriff nehmenden Indossanten haftungsrechtlich sogar besser stellen als den Gesamtschuldner. Das zeigt sich etwa daran, daß der Indossant nur als Rückgriffsschuldner haftet und selber Rückgriff nehmen kann (Art. 49 WG).²¹² Man wird also auch hier davon reden dürfen, daß die Masse schon ursprünglich

²⁰⁴ Müller–Christmann/Schnauder, S. 74, Rn. 136; Hueck/Canaris, § 8 II. 2., S. 85; vgl. auch Zöllner, § 14 II., S. 88: „gedanklich recht gewaltsamer Versuch“.

²⁰⁵ Baumbach/Hefermehl, Art. 14 WG, Rn. 2, S. 186; Hueck/Canaris, § 12 3., S. 140.

²⁰⁶ Ebenso die Frage des Einwendungsausschlusses (vgl. Hueck/Canaris, § 12 IV. 1. b), S. 141 f.).

²⁰⁷ Vgl. bereits Ulmer, § 22, S. 211; ausführlich Pflug, S. 11 ff.; Baumbach/Hefermehl, Art. 14 WG, Rn. 2, S. 186 mwN.; Zöllner, § 14 II. S. 87 f.; Richardi, § 17 I. 2., S. 145 f.; Hueck/Canaris, § 12 3., S. 140; Bülow, WechselG, Art. 14 WG, Rn. 2; Jaeger/Heckel, § 54 KO, Rn. 58; Müller–Christmann/Schnauder, S. 74, Rn. 136.

²⁰⁸ Baumbach/Hefermehl, Art. 14 WG, Rn. 4; Hueck/Canaris, § 12 3., S. 140; Zöllner, § 14 II., S. 88; Pflug, S. 51 ff.

²⁰⁹ Bülow, WechselG, Art. 49 WG, Rn. 6; Baumbach/Hefermehl, Art. 49 WG, Rn. 1.

²¹⁰ Anders ist dies nur bei der Wechselhingabe gefälligkeitshalber, hier greifen §§ 675, 670, 257 BGB. Wird der Wechsel schenkungsweise hergegeben, scheidet eine Aufrechnung natürlich aus (vgl. auch Müller, S. 56 f.).

²¹¹ Daß dieser Vergleich, die Garantiewirkung des Wechsels betonend, naheliegt, erkannte schon RGZ 77, S. 185, 187.

²¹² Vgl. Müller, S. 55 ff.

mit dem Regreßanspruch des Indossatars bedroht war und die Aufrechnung unter restriktiver Auslegung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 deshalb zulassen.

(c) Der Regreß nach Ablösung durch einen Dritten

Anders als für die Fälle des Sicherungsregresses ist für den Ablösungsregreß zu entscheiden. Befriedigt ein Dritter nach Verfahrenseröffnung einen Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung in einen Gegenstand betreibt, weil er an dem Gegenstand selbst Rechte hat, so erlischt die Forderung des Gläubigers nicht, sondern geht auf den Schuldner über. Dieser Fall unterscheidet sich von den oben aufgeführten dadurch, daß der Dritte auf eine fremde Verbindlichkeit hin leistet.²¹³ Dritter und Schuldner bilden damit keine Schicksals- oder Haftungsgemeinschaft, die ein schon vor Tilgung bestehendes Haftungsverhältnis beziehungsweise ein sich daraus herleitbares Befreiungsrecht begründen könnte. Es bleibt daher bei der Rechtsfolge, daß der Dritte die Regreßforderung erst mit Befriedigung des Gläubigers erlangt. Wegen § 96 Abs. 1 Nr. 2 kann er nicht mit seiner Regreßforderung aufrechnen.²¹⁴

Durch dieses Ergebnis wird der Dritte nicht ungerechtfertigt schlechter gestellt, denn mit der Tilgung der Forderung nach Verfahrenseröffnung erwirbt er das Pfändungspfandrecht des Gläubigers (§§ 401 Abs. 2, 412 BGB).²¹⁵ Ihm steht damit ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zu (§§ 49, 50). Daß ihm ein etwaiger Ausfall aus der Verwertung wiederum nur als Insolvenzforderung gebührt (§ 52), ist ebenfalls gerechtfertigt, da er insofern nicht besser gestellt sein darf als zuvor der Gläubiger.²¹⁶

Dieses Ergebnis ist zu überprüfen, wenn der Ablösung im Innenverhältnis – was praktisch nur selten der Fall sein dürfte – doch einmal ein Auftrag zugrunde liegen sollte. Der Ablösende leistet dann auch auf eine eigene Verbindlichkeit, nämlich die aus dem Innenverhältnis, hin und kann natürlich auch aus dem Innenverhältnis Regreß nehmen. Jedenfalls mit dieser Forderung kann er in der Insolvenz des Schuldners aufrechnen. Die übergegangene Hauptforderung steht dagegen auch hier nicht zur Aufrechnung. Insofern ist zu bedenken, daß der Anspruch aus § 268 Abs. 3 S. 1, anders die Ansprüche in den obengenannten Regreßfällen, nicht sichernder Natur ist. Vielmehr begründet er einen eigenständigen und vom Innenverhältnis unabhängigen Anspruch. Die Regreßwege aus

²¹³ Staudinger–Selb, § 268 BGB, Rn. 1.

²¹⁴ Natürlich schließt § 268 aber einen weitergehenden Regreß aus dem Innenverhältnis nicht aus (Staudinger–Selb, § 268 BGB, Rn. 15). Handelte der Dritte daher im Auftrage des Schuldners, so kann er mit der Forderung aus § 670 BGB wegen § 257 BGB aufrechnen.

²¹⁵ Dieses muß zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits bestanden haben, da andernfalls eine Zwangsvollstreckung ohnehin untersagt gewesen wäre (§ 89), § 268 BGB also gar nicht zur Anwendung hätte gelangen können (vgl. Kuhn/Uhlenbruck, § 54 KO, Rn. 5).

²¹⁶ Vgl. nunmehr Kuhn/Uhlenbruck, § 54 KO, Rn. 5; sowie eingehend Müller, S. 47.

dem Innen- und Außenverhältnis sind hier nicht miteinander verbunden, sondern bestehen unabhängig voneinander.²¹⁷

(d) Zusammenfassung

Wer für Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners Sicherheiten gestellt hat und daraus nach Eröffnung des Verfahrens in Anspruch genommen wird, kann grundsätzlich mit seiner Regreßforderung aus dem Außenverhältnis zum Hauptgläubiger aufrechnen.²¹⁸ Insofern besteht Übereinstimmung mit den jeweiligen Ersatzansprüchen aus dem Innenverhältnis von Schuldner und Sicherungsgeber, da der gesetzliche Übergang der Hauptforderung maßgeblich zur Sicherung des Innenregresses vorgesehen ist. Damit führt er gleich diesem die mit dem ursprünglichen Befreiungsanspruch angelegte Vermögenszuordnung fort.

Im Fall des Wechselregresses fehlt es an einer ausdrücklichen Vermögenszuweisung. Das Gesetz hat den Regreß hier nicht genügend ausgestaltet, so daß die zugrunde zu legende *cessio legis* in Parallele zu den übrigen Regreßfällen fingiert werden muß. Gerade aufgrund dieser Parallele darf hier ausnahmsweise allein wertend vorgegangen werden. Erweiternd kann davon gesprochen werden, daß die Aufrechnung auch dann zulässig ist, wenn es gerade dem Zweck des Rechtsverhältnisses entspricht, den Aufrechnenden im Verhältnis zum Insolvenzschuldner nicht endgültig haften zu lassen, selbst wenn eine dementsprechende Haftungsordnung nicht in Form eines Befreiungsanspruches umgesetzt worden ist.

Voraussetzung ist allerdings unverändert, daß die Vermögenslage, mithin hier die Haftungssumme, schon vor Verfahrenseröffnung bestimmt oder bestimmbar und damit konkretisiert war.

In Abgrenzung dazu führt die Legalzession nach § 268 Abs. 3 S. 1 nicht zu einer in der Insolvenz durchsetzbaren Aufrechnungslage, denn der Übergang der Hauptforderung ist hier vom Innenverhältnis losgelöst und setzt nicht dessen ursprüngliche Vermögenszuordnung fort.

(II) Rückzession

Für die Beurteilung des Erwerbszeitpunkts der Gegenforderung spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob diese durch einfache Zession oder Rückzession erworben wurde. Im Falle eines Rückerwerbs ist daher ebenfalls primär festzustellen, wann der Erwerbstatbestand vollendet wurde. Ebenso stellt sich im Rahmen einer Hin- und Rückzession die Frage, inwiefern das

²¹⁷ Vgl. auch Staudinger–Selb, § 268, Rn. 15.

²¹⁸ Häsemeyer, S. 366, Rn. 19.23.

Innenverhältnis von Zedent und Zessionar geeignet ist, eine Rückbeziehung der Zession zu ermöglichen und damit einen nachträglichen Zessionserfolg in eine durchsetzbare Aufrechnungslage zu überführen.

(1) Erstzession vor, Rückzession nach Verfahrenseröffnung

Eine Forderung, die vor Verfahrenseröffnung zediert und nach Verfahrenseröffnung rückübertragen wird, ist grundsätzlich nicht anders zu behandeln als jede andere nach Verfahrenseröffnung erlangte Forderung gegen den Insolvenzschuldner. Unbeschadet der Erstzession kann mit ihr wegen § 96 Abs. 1 Nr. 2 nicht aufgerechnet werden.

Zum Teil wird allerdings vertreten, daß bei einer Sicherungszession anders zu entscheiden sei.²¹⁹ Die nur vorübergehend abgetretene Forderung sei wirtschaftlich weiterhin dem Zedenten zugeordnet, dem eine latente Aufrechnungsmöglichkeit aufgrund des Sicherungsvertrages verbleibe. Die Sicherungsabrede stelle dabei gleichsam eine verbindende Klammer zwischen der Aufrechnungslage vor und der nach Verfahrenseröffnung dar, weswegen beide Aufrechnungslagen identisch seien.

Dagegen ist einzuwenden, daß nicht der Sicherungszweck, sondern die dingliche Rechtslage maßgeblich ist. Die Sicherungsabrede entfaltet nur relative Wirkung zwischen Zedent und Zessionar (inter partes). Sie kann keine verbindende Klammer für die Rechtsbeziehungen zwischen Schuldner und Zedent darstellen. Ebenso wenig kann eine auf der Sicherungsabrede beruhende, wirtschaftliche Zuordnung der Forderung zum Vermögen des Zedenten sich im Verhältnis zum Schuldner auswirken.²²⁰

Ferner kann die von *Fricke* angeführte Maxime,²²¹ der Sicherungsgeber solle nicht schlechter gestellt werden als der Pfandgeber, keine Allgemeingültigkeit beanspruchen. Verfügt ein Sicherungsgeber über eine Forderung dergestalt, daß er sie an einen Anderen übereignet, so muß er mit den Risiken leben, die sich aus der Vollrechtsübertragung ergeben. Das zeigt sich beispielsweise an der Gefahr einer weiteren Zession durch den Zessionar und gilt auch für den Verlust der Aufrechnungslage.

Letztlich eröffnet *Fricke* Schutzbehauptungen Tür und Tor. Wo nämlich zwei Gläubiger bereit sind, eine Rückzession vorzunehmen, um Verwertungsvorteile zu erlangen, dürfte nicht

²¹⁹ *Fricke*, NJW 1974, S. 2118, 2119; vor allem auf den ökonomischen Zweck der Sicherungsübereignung abstellend *Kessler*, ZInsO 2001, S. 148, 151 ff.; für § 406 BGB *Kornblum*, BB 1981, S. 1296, 1303; dem Wortlaut nach auch *FK-App*, § 96, Rn. 13, allerdings aufgrund der Verweise wohl mißverständlich; im Ergebnis auch *Hess*, § 96, Rn. 54, allerdings mit falschem Verweis auf *Kuhn/Uhlenbruck* (§ 55 KO, Rn. 10), der gerade das Gegenteil sagt, auch trägt das zitierte Urteil RGZ 51, S. 394, 397 dieses Ergebnis nicht, da hier die Konstellation der nachträglichen Hin- und Rückzession beschrieben wird.

²²⁰ *Kuhn/Uhlenbruck*, § 55 KO, Rn. 10 spricht von einer *nur* schuldrechtlichen Beziehung zwischen Zedent und Zessionar; vgl. ferner super B. IV. 2. d) bb).

²²¹ *Fricke*, NJW 1974, S. 2118, 2119.

selten auch die Bereitschaft zu der Erklärung vorliegen, die Zessionen seien bloß sicherungshalber erfolgt. Eine Behauptung, die im Streitfalle sicher nicht leicht zu entkräften wäre. Die Erstabtretung der Forderung als Sicherungszession bedingt daher grundsätzlich keine abweichende Behandlung der rückerworbenen Forderung.²²²

Anders ist allerdings zu entscheiden, wenn die Rückübertragung der zedierten Forderung bedingt vereinbart ist. Der Zedent ist dann nicht nur nach §§ 161 Abs. 1, III, 934, 936 Abs. 3 BGB gegen weitere Zessionen geschützt; das durch die Bedingung entstehende Anwartschaftsrecht sichert zudem die werdende Aufrechnungslage gegenüber den Wirkungen der Insolvenz.²²³

(2) Erst- und Rückzession nach Verfahrenseröffnung

Findet auch die Erstzession nach Verfahrenseröffnung statt, so mehren sich die Stimmen derer, die davon ausgehen, daß der Zedent nach der Rückzession dann aufrechnen können soll, wenn die Zession nur sicherungshalber erfolgt und daher von vornherein lediglich vorübergehend intendiert war.²²⁴

Richtig ist daran, daß der Zedent schon zur Zeit der Verfahrenseröffnung aufrechnungsbefugt war und sich durch die Rückzession nicht nachträglich bessergestellt wiederfindet. In der vorübergehenden Abwesenheit der Forderung ist keine Zäsur auszumachen, die § 96 Abs. 1 Nr. 2 aufs neue Anwendung finden ließe.

Es fragt sich jedoch, ob nicht auch jedem anderen Zedenten, der nach Verfahrenseröffnung eine Forderung abtritt und hernach rückabgetreten bekommt, gleichermaßen die Aufrechnung zu gestatten ist. Unabhängig vom Sicherungscharakter gilt doch für jede nachträgliche Hin- und Rückzession, daß schon im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung mit der später zedierten Forderung aufgerechnet werden konnte. Eine nachträgliche ungerichtfertigte Masseschmälerung liegt daher auch hier nicht vor. Ferner ist kein kollusives Zusammenwirken von Zedent und Zessionar zu befürchten, da der aufrechnungsbefugte Zedent durch die Abtretung nichts gewinnen kann. Mehr aber erfordert das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 2 nicht. Diese Norm definiert wie § 96 Abs. 1 Nr. 1 schützenswertes Vertrauen allein anhand objektiver Gesichtspunkte. Dabei fragt § 96 Abs. 1 Nr. 2 nur danach, ob der Aufrechnende schon bei Verfahrenseröffnung aufrechnungsbefugt

²²² So im Ergebnis auch: Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 96, Rn. 15; Kübler/Prütting-Lüke, § 96, Rn. 32; Breutigam/Goetsch/Blersch-Blersch, § 96, Rn. 10; MÜKU/InsOBrandes, § 96, Rn. 21; Kuhn/Uhlenbruck, § 55 KO, Rn. 10; Serick, Band V, § 69 III 2 b), S. 756.

²²³ Vgl. super B. III. 5.

²²⁴ Breutigam/Goetsch/Blersch-Blersch, § 96, Rn. 10; Kübler/Prütting-Lüke, § 96, Rn. 33; Kuhn/Uhlenbruck, § 55 KO, Rn. 10; Serick, Band V, § 69 III 2 b), S. 755 f.; RGZ 51, S. 394, 397 f.

war. Motive des Aufrechnenden, wie etwa die Frage danach, ob er bei Verfahrenseröffnung schon aufrechnen wollte, sind dagegen unerheblich.

Nach der Vorstellung des Zedenten zu differenzieren, ist daher gleich in doppelter Hinsicht systemfremd. Zum einen wird dadurch ein subjektives Element in den Tatbestand der Aufrechnungsverbote eingebracht, daß es darauf ankommen soll, ob die Zession vorübergehend intendiert war. Zum anderen wird auch der für die Betrachtung maßgebliche Zeitpunkt modifiziert. Die Frage nach der Intention des Zedenten kann sinnvollerweise nämlich erst im Zeitpunkt der Zessionsvereinbarung, also zu einem Zeitpunkt nach Verfahrenseröffnung festgestellt werden. Auf diesen Zeitraum kommt es § 96 Abs. 1 Nr. 2 aber gar nicht an, denn die Norm will ihre Voraussetzungen *im* Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung erfüllt sehen. Es läßt sich damit festhalten, daß die Unterscheidung nach den Begleitumständen der Zession nicht mit der Konzeption des § 96 Abs. 1 Nr. 2 zu vereinen ist.

Maßgeblich für den Erhalt der Aufrechnungslage ist allein, daß der Zedent schon im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aufrechnungsbefugt war und es jetzt wieder ist.²²⁵ Die nachträgliche Hin- und Rückzession schadet der Aufrechnungsbefugnis des Zedenten daher nicht.

(3) Zusammenfassung

Die Aufrechnung ist immer dann zulässig, wenn mit ihr keine nachträgliche Masseschmälerung einhergeht. Erfolgte die Erstzession einer Gegenforderung vor, die Rückzession nach Verfahrenseröffnung, dann ist die Aufrechnung nur zulässig, wenn der Rückzessionar sich mit der Vereinbarung einer Bedingung schon vor Verfahrenseröffnung ein obligatorisches Anwartschaftsrecht gesichert hat. Erfolgen beide Zessionen nach Verfahrenseröffnung steht § 96 Abs. 1 Nr. 2 der Aufrechnung nicht entgegen, da die Masse schon bei Verfahrenseröffnung von der Aufrechnung durch den Zedenten bedroht war.

(III) Die Drittaufrechnung²²⁶

Rechnet ein Schuldner der Masse mit einer Forderung auf, die nicht die seine ist, deren aufrechnungsweise Geltendmachung aber mit Zustimmung des Berechtigten erfolgt ist, so ist damit aus Sicht der Masse eine dem Erwerb der Gegenforderung wirkungsgleiche Konstellation gegeben. Fälle nachträglicher Drittaufrechnung sind daher, wie nachträgliche Erwerbsfälle, grundsätzlich § 96 Abs. 1 Nr. 2 zu unterstellen.

²²⁵ Nerlich/Römermann–Wittkowski, § 96, Rn. 15 differenziert ebenfalls nicht nach Sicherungszweck, zitiert aber die eingangs erwähnte Entscheidung RGZ 51, S. 394, 395, so daß fraglich ist, ob hier wirklich jede nachträgliche Hin und Rückzession gemeint ist.

²²⁶ Vgl. hierzu allgemein: *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 13., S. 315 ff.

(1) Zustimmung nach § 182, 184 BGB

Für gewöhnlich scheidet die Drittaufrechnung allerdings an den Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts,²²⁷ denn das Erfordernis der Gegenseitigkeit (§ 387 BGB) verlangt es, daß der Aufrechnende mit einer eigenen Forderung aufrechnen kann. Der Aufrechnungsgegner braucht nicht zu dulden, daß seine Hauptforderung mit einer schuldnerfremden Forderung zum Erlöschen gebracht wird.²²⁸ Nur wenn der Aufrechnungsgegner sich von vornherein mit der Drittaufrechnung einverstanden erklärt – wie etwa bei einer Konzernverrechnungsklausel –, kann das Gegenseitigkeitserfordernis in zivilrechtlicher Hinsicht überbrückt werden.²²⁹ Insolvenzrechtlich ist eine solche Vereinbarung allerdings wirkungslos.²³⁰

(2) §§ 51, 52 SGB I

Das zivilrechtliche Erfordernis der Gegenseitigkeit entfällt ferner im Anwendungsbereich der §§ 51, 52 SGB I.²³¹ Die Verrechnung eines Sozialleistungsträgers (§§ 12, 18 – 29 SGB I) mit Forderungen eines anderen Sozialleistungsträgers gegenüber dem Berechtigten einer Geldleistung ist unter den weiteren Voraussetzungen des § 51 SGB I wirksam, wenn der andere Sozialleistungsträger den ersten zu der Verrechnung ermächtigt hat.

Fraglich ist aber, ob sich – wie dies die Motive anheimstellen²³² – „die Auffassung vertreten (läßt), daß der Gedanke der Einheit der Sozialleistungsträger, der § 52 SGB I zugrundeliegt – dem Aufrechnungsverbot des § 108 Nr. 2 des Entwurfs (= § 96 Abs. 1 Nr. 2) vorgeht“.²³³

Dabei ist folgendes zu bedenken: Die Anerkennung der Einheit der Sozialleistungsträger bedeutet in der Insolvenz des Berechtigten nichts anderes, als daß man die Sozialleistungsträger von der Gläubigergleichbehandlung ausklammert. Dabei stellt § 52 SGB I der Sache nach nichts anderes dar als eine Konzernverrechnungsklausel, denn die Norm ermöglicht es verschiedenen, unter einem „Dach“ geführten Rechtsträgern, mit den Forderungen der jeweils anderen Rechtsträger gegen einen Gläubiger aufzurechnen.

Die Frage muß also sein, ob die Einheit der Sozialleistungsträger Besonderheiten aufweist, die eine abweichende Behandlung zur „Einheit“ von Konzerntöchtern rechtfertigt.

²²⁷ Vgl. *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 13. I. 3., S. 316 ff.

²²⁸ Vgl. *Palandt-Heirichs*, § 387, Rn. 5; *MÜKO-vFeldmann*, § 387 BGB, Rn. 5; *Staudinger-Gursky*, § 387 BGB, Rn. 10 mwN.

²²⁹ *Staudinger-Gursky*, § 387 BGB, Rn. 10.

²³⁰ Vgl. hierzu *super B. II. 2. b).*

²³¹ Vgl. *Wannagat-Thieme*, § 52 SGB I, Rn.1; *Kasseler Kommentar-Seewald*, § 52 SGB I, Rn. 2.

²³² *RegE InsO*, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108, S. 141.

²³³ Klammerzusätze durch den Verfasser.

Dagegen spricht, daß die Einheit der Sozialleistungsträger sich im wesentlichen aus der regelmäßig engen Zusammenarbeit zwischen den Sozialleistungsträgern²³⁴ und der ähnlichen Zielsetzung aller Sozialleistungen²³⁵ herleitet und ähnliche Umstände sich genau so bei Konzerntöchtern finden lassen. Zudem ist das Innenverhältnis der Sozialleistungsträger dem von Konzerntöchtern ähnlich. Hier steht dem ermächtigenden Sozialleistungsträger ein Erstattungsanspruch (§ 667 BGB analog) gegenüber dem aufrechnenden Sozialleistungsträger zu.²³⁶ Eine besondere „Einheit“ ist hier nicht auszumachen, vielmehr geht es – wie bei Konzerntöchtern – nur darum, die gegen den Schuldner gerichtete Forderung so weiterzureichen, daß die wirtschaftlichen Interessen der „unternehmensverbundenen“ Beteiligten gewahrt werden.

Diese Gesichtspunkte vermögen keine Modifizierung der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung zu begründen. Das gilt sicherlich auch für den – für diese Regelung nicht zuletzt maßgeblichen²³⁷ – Gesichtspunkt der Vereinfachung der Verwaltungsarbeit.

Die Einheit der Sozialleistungsträger dürfte der Konzernverrechnung damit zu ähnlich sein, um eine abweichende Behandlung zu gestatten.²³⁸ Das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 2 geht § 52 SGB I vor.²³⁹

(3) Zusammenfassung

Für die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung durch einen Dritten ist streng zwischen zivilrechtlicher und insolvenzrechtlicher Rechtslage zu unterscheiden. Zivilrechtlich ist es möglich, das Gegenseitigkeitserfordernis im Rahmen einer Vereinbarung mit dem Aufrechnungsgegner zu überbrücken, insolvenzrechtlich scheidet eine solche Umgehung der Aufrechnungsvoraussetzungen an § 96 Abs. 1 Nr. 2. Dies gilt sowohl für die vertragliche Abbedingung der Gegenseitigkeit als auch für die Regelung des § 52 SGB I.

bb) Gesamtrechtsnachfolge

§ 96 Abs. 1 Nr. 2 gilt ohne weiteres für die Gesamtrechtsnachfolge im Erbwege. Der Erbe konnte bis zum Erbfall nicht darauf vertrauen, eine Forderung aus der Erbmasse zu

²³⁴ Vgl. Wannagat–Thieme, § 52 SGB I, Rn.1.

²³⁵ Vgl. Kasseler Kommentar–Seewald, § 52 SGB I, Rn. 2.

²³⁶ Kasseler Kommentar–Seewald, § 52 SGB I, Rn. 16.

²³⁷ Vgl. RegE SGB I, BT–DruckS 7/868 S. 32; Wannagat–Thieme, § 52 SGB I, Rn.1; Kasseler Kommentar–Seewald, § 52 SGB I, Rn. 2.

²³⁸ Vgl. Wannagat–Thieme, § 52 SGB I, Rn. 3: „Im Zivilrecht wird dasselbe durch die Forderungsabtretung erreicht“.

²³⁹ **So im Ergebnis auch:** BayObLG, ZIP 2001, 970, 972 f.; LG Gött, DZWir 2001 S. 305 f. mit krit Anm. Günther; Kübler/Prütting–Lüke, § 96, Rn. 37; Kuhn/Uhlenbruck, § 55 KO, Rn. 10 f.; Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch, § 96, Rn. 10 a.E.; Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 655 f., Rn. 32; vgl. auch Häsemeyer, S. 31 f. Rn. 2.19 / a.A.: Nerlich/Römermann–Wittkowski, § 96, Rn. 15; MÜKU/InsOBrandes, § 96, Rn. 25; Smid–Smid, § 96, Rn. 14, allerdings mit fehlerhafter Begründung, da die Motive ausdrücklich eine Lösung offen lassen; Kilger/Schmidt, Insolvenzgesetze, § 55 KO, 4), SG Köln ZIP 1988, S. 531, 531.

erlangen, die ihm die Aufrechnung ermöglichen würde. Seine Vermögensstellung vor dem Erbfall stellt aufgrund der Testierfreiheit nicht mehr als eine Exspektanz dar.²⁴⁰

Der Nacherbe unterliegt gleichermaßen dem Aufrechnungsverbot. Zwar erhält dieser, unabhängig davon, ob der Vorerbe befreiter oder nicht befreiter Vorerbe ist (§§ 2136 BGB), schon mit dem (Vor-)Erbfall ein Anwartschaftsrecht,²⁴¹ Gegenstand dieses Anwartschaftsrechts sind aber nicht die einzelnen Erbschaftsgegenstände, sondern nur der Eintritt in die Erbenstellung als solche.²⁴² Sogar der nicht befreite Vorerbe kann daher grundsätzlich²⁴³ über einzelne Forderungen und andere Erbschaftsgegenstände verfügen.²⁴⁴ Das erbrechtliche Anwartschaftsrecht begründet deswegen keine Vermögensposition, die dem Nacherben eine bestimmte Aufrechnungslage in der Insolvenz sichern würde. Dieser kann bis zum Nacherbfall weder auf den Erhalt einer bestimmten Forderung vertrauen noch darauf, daß er diese im Aufrechnungswege wird durchsetzen können.

cc) Fazit

§ 96 Abs. 1 Nr. 2 untersagt Insolvenzgläubigern die Aufrechnung mit solchen Forderungen, die erst nachträglich von einem anderen Insolvenzgläubiger erworben wurden. Hierbei spielen Begleitumstände, wie die Art, der Zweck oder der Rechtsgrund der Zession grundsätzlich keine Rolle. Eine Ausnahme ist nur dann zu machen, wenn die Zession nicht zu einer nachträglichen Masseschmälerung geführt hat. Das ist etwa bei einer nachträglichen Hin- und Rückzession oder bei der Verwirklichung einer ursprünglichen Vermögenszuordnung (Regreßabwicklung im Außenverhältnis) der Fall. Ferner ermöglicht eine bedingte Zession die Aufrechnung in der Insolvenz, da sie ein Anwartschaftsrecht an der zedierten Forderung begründet. Dem erbrechtlichen Anwartschaftsrecht kommt diese Wirkung hingegen nicht zu.

d) Originärer Forderungserwerb

Nachdem der abgeleitete Erwerb behandelt ist, fragt sich nunmehr, wie ein Schuldner zu stellen ist, dessen Insolvenzforderung erst nachträglich begründet wurde, der also nicht durch abgeleiteten Erwerb zum Gläubiger der Masse wird, sondern vermöge eines originären Erwerbstatbestandes.

²⁴⁰ Vgl. *Schwerdtner* Jura 1980 S. 609, 610

²⁴¹ Einhellige Meinung, *Brox*, S. 208, Rn. 344; *Schlüter*, S. 289, Rn. 711; st. Rspr. BGHZ 87, 367, 369 mwN.

²⁴² *Lange/Kuchinke*, § 28 VII. 1., S. 608; BGHZ 87, S. 367, 369.

²⁴³ Mit Ausnahme der Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 – 2115 BGB.

²⁴⁴ *Lange/Kuchinke*, § 28 IV. 3., S. 583.

Seinem Wortlaut nach erfaßt § 96 Abs. 1 Nr. 2 diese Erwerbsform nicht. Die Norm behandelt ausdrücklich nur den Erwerb „von einem anderen Gläubiger“. Nachträglich in der Person des Aufrechnenden entstandene Gegenforderungen stünden demnach zur Aufrechnung.

Dieses Ergebnis ist mit Blick auf die vormalige Rechtslage zu hinterfragen. § 55 Nr. 2 KO formulierte noch zwei Erwerbsformen und untersagte die Aufrechnung gegen ursprüngliche Verpflichtungen zur Masse im Fall des nachträglichen originären Erwerbs wie im Fall des nachträglichen Erwerbs von einem anderen.²⁴⁵ Der Hauptgrund für die Regelung des § 55 Nr. 2 KO ist denn auch nicht im vielzitierten²⁴⁶, drohenden „frivolen Aufkauf von Passivforderungen“ zu sehen, sondern vielmehr in dem Umstand, daß im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch die Gegenforderung fehlt²⁴⁷ – ein Umstand, der für beide Erwerbsformen gleichermaßen zutrifft.

Dieses Regelungsmotiv setzt sich in § 96 Abs. 1 fort. Die Motive wollen die Aufrechnung immer da untersagen, wo der Gläubiger bei Verfahrenseröffnung noch nicht auf die Aufrechnungslage vertrauen konnte.²⁴⁸ Hierin findet sich ebenfalls kein Unterschied zwischen der Situation des nachträglichen, abgeleiteten Erwerbs und der nachträglichen Entstehung der Gegenforderung. § 96 Abs. 1 Nr. 1 nimmt deswegen eine derartige Differenzierung nicht vor und umfaßt beide Erwerbsalternativen gleichermaßen.

Die tatbestandliche Begrenzung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 muß also schon angesichts des unveränderten Regelungsbedarfs überraschen. Sie verwundert weiter deswegen, weil eine inhaltliche Änderung gegenüber § 55 Nr. 2 KO, ausweislich der Motive, gerade nicht erfolgen sollte. Hier heißt es: „Die schwer verständliche Vorschrift des § 55 KO wird in redaktionell erheblich vereinfachter Weise übernommen“²⁴⁹, ferner: „Für die nähere Auslegung dieser Regelungen kann auf Rechtsprechung und Lehre zu § 55 Nr. 1, 2 KO verwiesen werden“.²⁵⁰ Sollte gegenüber der Konkursordnung aber bloß eine sprachliche Änderung erfolgen, so

²⁴⁵ Vgl. auch Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung, S. 235, abgedruckt bei *Hahn*, S. 223, f. und die Behandlung beider Erwerbsformen bei *Jaeger/Lent*, § 55 KO, Rn. 8 f.

²⁴⁶ Etwa *Smid–Smid*, § 96, Rn. 12; *Kübler/Prütting–Lüke*, § 96, Rn. 34; *Kuhn/Uhlenbruck*, § 55 KO, Rn. 9b.

²⁴⁷ „Der Ausschluß der Kompensation ist nicht bloß Satzung, um die Ausplünderung der Masse durch frivolen Aufkauf von Passivforderungen zu verhüten ..., sondern er ist eine juristische Konsequenz. ... in der Hand des Erwerbers befand sich bei der Konkurseröffnung zwar ein Objekt der Masse – die Schuld –, zu einem Absonderungsrecht fehlte ihm aber die Forderung“. Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung S. 235 a.E. f., abgedruckt bei *Hahn*, S. 224.

²⁴⁸ „Die Aufrechnung durch einen Insolvenzgläubiger soll dann nicht möglich sein, wenn die Gegenforderung erst nach der Verfahrenseröffnung begründet worden ist (Nummer 1) oder wenn der Gläubiger die Forderung erst nach der Verfahrenseröffnung erworben hat (Nummer 2). In beiden Fällen konnte der Gläubiger bei der Verfahrenseröffnung noch nicht darauf vertrauen, daß er seine Forderung im Wege der Aufrechnung werde durchsetzen können.“ RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108 S. 141.

²⁴⁹ Der Zusatz „dabei wird sie inhaltlich ergänzt“ bezieht sich auf die Nr. 3 und vor allem Nr. 4 des § 96 (vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108, S. 141 f.).

²⁵⁰ RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108, S. 141.

fragt sich, ob der Gesetzgeber durch die Ausklammerung der Forderungsentstehung nicht über sein Regelungsziel hinausgeschossen ist.

Die aktuelle Literatur legt bezüglich dieser Frage eine bemerkenswerte Ambiguität an den Tag.²⁵¹ Häufig wird darauf hingewiesen, daß keine inhaltliche Änderung gegenüber der Regelung der Konkursordnung erfolgen sollte.²⁵² Dennoch findet sich durchgehend nur die Behandlung des abgeleitete Erwerbs von einem Insolvenzgläubiger.²⁵³ Im Anschluß daran fällt wiederum nicht selten die Bemerkung, daß aufschiebend in der Hand des Gläubigers *entstandene* Forderungen (entgegen § 96 Abs. 1 Nr. 2) aufgerechnet werden können.²⁵⁴ Das macht als Feststellung kaum Sinn und ist sogar widersprüchlich, wenn § 96 Abs. 1 Nr. 2 ohnehin für den originären Erwerb nicht greift. Eine Auseinandersetzung mit der Divergenz zwischen der in den Motiven avisierten ausschließlich sprachlichen Änderung und der tatsächlich stattgefundenen inhaltlichen Abweichung findet nicht statt.

Dabei liegt die Annahme eines Redaktionsversehens nicht fern, betrachtet man die Gesetzesmaterialien: Fand sich noch in der Begründung zu § 103 RefE²⁵⁵ (= § 96 Abs. 1) die Formulierung, daß die Aufrechnung dann nicht möglich sein soll, wenn der Gläubiger die Forderung erst „nach der Verfahrenseröffnung erworben hat“ – was beide Erwerbsalternativen umfaßt –, so hieß es im § 103 RefE bereits Erwerb „von einem anderen Gläubiger“. Es ist damit zwischen der Begründung des Entwurfs und dem Entwurf selbst eine Erwerbsalternative verlorengegangen, ohne daß dafür ein Grund kenntlich gemacht worden wäre. In der Begründung zu § 108 RegE setzt sich diese Unstimmigkeit fort.²⁵⁶

Ungeachtet des etwas „hinkenden“ Aufbaus im Hinblick auf § 96 Abs. 1 Nr. 1 ist es freilich auch möglich, daß das Weglassen des originären Erwerbs einen bewußten Schritt zur

²⁵¹ Konsequenz allein *Bork*, S. 133, Rn. 274, der allerdings die im folgenden aufgeführten Ausnahmekonstellationen nicht behandelt und – allerdings nur an dieser Stelle – *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 35.

²⁵² Vgl. *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 30; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 96, Rn. 10.

²⁵³ Vgl. *FK-App*, § 96, Rn. 10; *Hess*, § 96, Rn. 49; *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 96, Rn. 14; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 96, Rn. 10; *Smid-Smid*, § 96, Rn. 12; Ausdrücklich: *Häsemeyer*, *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 655, Rn. 31, *vWilowski*, *NZG* 1998, S. 481, 485, der allerdings die nachträglichen Insolvenzforderungen nicht sieht; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 30.

²⁵⁴ Vgl. *FK-App*, § 96, Rn. 11; *Hess*, § 96, Rn. 52; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 30, der allerdings später (§ 96, Rn. 40) dem ehemaligen Beauftragten die Aufrechnung gegen Herausgabeansprüche des insolventen Auftragnehmers nach § 96 Abs. 1 Nr. 2 untersagen will. Das ist konfus. Zum einen wäre hier nirgends ein abgeleiteter Erwerb zu erblicken, zum anderen fällt diese Konstellation auch nicht unter § 96 Abs. 1 Nr. 2, sondern unter § 96 Abs. 1 Nr. 1, was sich auch aus dem an dieser Stelle zitierten BGH-Urteil ergibt. Ferner irritiert der Verweis (Rn. 30, Fn. 67) auf *Kuhn/Uhlenbruck*, da dort (§ 55 KO, Rn. 9 ff., 10 g) auch der originären Erwerb behandelt wird.

²⁵⁵ Referentenentwurf, 3. Teil, Begründung zu § 103 RefE, S. 100.

²⁵⁶ RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108, S. 141: „Die Aufrechnung durch einen Insolvenzgläubiger soll zunächst dann nicht möglich sein... wenn der Gläubiger die Forderung erst nach der Verfahrenseröffnung erworben hat.“

Vereinfachung und Verknappung des Aufrechnungsrechts darstellt. Das wäre dann anzunehmen, wenn sich kein Fall eines nachträglichen, originären Erwerbs einer Gegenforderung finden ließe, bei dem die Aufrechnung zu untersagen wäre beziehungsweise nicht anderweitig untersagt werden könnte. Für diesen Fall wäre die Regelung dieser Erwerbsform in § 55 Nr. 2 überflüssig gewesen und durch die Neufassung eine Straffung erreicht.

Dahingehend sind folglich zwei, miteinander verbundene Fragen zu stellen. Zum einen, wie mögliche Fälle des nachträglichen originären Erwerbs einer Insolvenzforderung zu behandeln sind. Zum anderen, ob sich die Neufassung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 mit diesen Fällen deckt.

aa) Regelfall

Der Regelfall harmoniert mit der Änderung des § 96 Abs. 1 Nr. 2, denn nach Verfahrenseröffnung können grundsätzlich keine Insolvenzforderungen mehr begründet werden (§ 38).²⁵⁷ Begründet der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung eine Forderung gegen die Masse, dann stellt diese eine Masseforderung dar (§ 55 Abs. 1 Nr. 1, 2). Forderungen, die der Insolvenzschuldner nachträglich begründet, betreffen nur ihn selbst und sein insolvenzfreies Vermögen und sind von der Aufrechnung ausgenommen (§ 96 Abs. 1 Nr. 4). In diesem System hat die Tatbestandsalternative „nachträglicher originärer Erwerb einer Insolvenzforderung“ also keinen Anwendungsbereich. Dahingehend ist die Neufassung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 mithin gelungen.

bb) Ausnahmen

Im Rahmen des Insolvenzverfahrens ergeben sich jedoch – ausdrücklich angeordnet und insofern *lex specialis* zu § 38 – eine ganze Reihe von nachträglich entstehenden Insolvenzforderungen. Diese lassen sich in vier Gruppen ordnen:

Erstens finden sich die Forderungen wegen der Nichterfüllung einer synallagmatischen Leistungspflicht (§ 103 Abs. 2 S. 2, § 104 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1, Abs. 3), dann die ihnen nahestehenden Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 109 Abs. 2 S. 2, § 113 Abs. 1 S. 3, § 8 VOB/B) – die sich allerdings, wie noch zu zeigen sein wird, von den Forderungen wegen der Nichterfüllung mehr begrifflich als inhaltlich unterscheiden. Drittens sind die Forderungen auf Rückgewähr der Gegenleistung (§ 144 Abs. 2 S. 2) zu nennen. Letztlich die Aufwendersatzansprüche aus Auftrag, Geschäftsbesorgung oder Gesellschaftsführung (§ 115 Abs. 3 S. 2, § 116, § 118 S. 2).

²⁵⁷ Vgl. Kübler/Prütting-Lüke, § 96, Rn. 35; HK-Eickmann, § 96, Rn. 7; FK-Schulz, § 38, Rn. 6 f.; Jaeger/Henckel, § 3 KO, Rn. 32; vWilmowski, NZG 1998, S. 481, 485.

Für alle Fallgruppen wird im folgenden zu betrachten sein, ob diese, unbeachtlich der Regelung des § 96 Abs. 1 Nr. 2, entweder ohnehin aufrechenbare Forderungen betreffen oder aber, ob sie durch die übrigen Aufrechnungsverbote bereits genügend bedacht sind, so daß § 96 Abs. 1 Nr. 2 im Ergebnis keine dahingehende Regelung umfassen muß.

(I) Forderung wegen der Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages²⁵⁸

Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung eines gegenseitigen, beiderseits noch nicht erfüllten Vertrages ab, so kann der andere Teil seine Forderung wegen der Nichterfüllung lediglich als Insolvenzgläubiger geltend machen (§ 103 Abs. 2 S. 1). Nach *Henckel* setzt diese Forderung den vertraglichen Erfüllungsanspruch fort und steht deshalb zur Aufrechnung.²⁵⁹ Das dürfte richtig sein. Es ist bereits festgestellt worden, daß eine nach Verfahrenseröffnung entstandene Forderung unter analoger Anwendung des § 95 Abs. 1 S.1 aufrechenbar sein kann, wenn sie eine ursprüngliche Forderung ersetzt.²⁶⁰ Eine solche Rückbeziehung der späteren Forderung ist dann möglich, wenn durch die ursprüngliche Forderung eine bestimmte Vermögensordnung begründet worden ist und die zweite Forderung so an die Stelle der ersten tritt, daß dabei deren Umfang und Stoßrichtung erhalten bleibt. Die bereits durch die erste Forderung begründete (ursprüngliche) Vermögenslage setzt sich so in der zweiten Forderung lediglich fort.

Hier sind diese Voraussetzungen gegeben, denn der vertragliche Erfüllungsanspruch weist als ursprüngliche Forderung einen bestimmten Vermögensbestandteil des Schuldners dem Aufrechnenden zu. Die so begründete Vermögenszuordnung wird dann durch den Nichterfüllungsanspruch des Aufrechnenden erhaltend aufgegriffen. Die Forderung wegen der Nichterfüllung ist nichts anderes als der Wert des Erfüllungsanspruchs in Geld.²⁶¹

Die Vermögensordnung des Erfüllungsanspruchs setzt sich so – gegebenenfalls im Wechselspiel mit dem synallagmatischen Gegenanspruch – fort.

Die Forderung wegen der Nichterfüllung eines Fix- oder Termingeschäfts aus § 104 Abs. 1 S.2, Abs. 2 S.1, Abs. 3 ist in gleicher Weise aufrechenbar. Auch dieser Anspruch steht für den Wert des Erfüllungsanspruches, denn ersetzt wird der Differenzschaden aus

²⁵⁸ Die Darstellung des Anspruchs aus § 103 Abs. 2 ist an dieser Stelle der Übersichtlichkeit halber knapp gehalten. Zu diesem und zu weiteren Fragen betreffend § 103 ausführlicher: sub B. VI. 1. sowie die im folgenden einzeln angegebenen Verweise.

²⁵⁹ *Jaeger/Henckel*, § 17 KO, Rn. 202; *Uhlenbruck*, schließt sich dem im wesentlichen – entgegen seiner sonstigen Haltung der Bedingungstheorie gegenüber kritisch – an (*Kuhn/Uhlenbruck*, § 55 KO, Rn. 7s); ähnlich *Kübler/Prütting-Tintelnot*, § 103, Rn. 102.

²⁶⁰ Vgl. etwa super B. III. 4. b) cc) und dd).

²⁶¹ Entgegen einer verbreiteten Ansicht berechnet sich die Forderung wegen der Nichterfüllung nicht wie ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch. Sie ist das Wertäquivalent des Erfüllungsanspruchs und umfaßt keinen entgangenen Gewinn (vgl. sub B. VI. 1. c) bb) (I) (1)). *Häsemeyer*, S. 367, Rn. 19.25; *ders.*, *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 645, 653, Rn. 26, stellt § 103 Abs. 2 sogar § 45 gleich. Daß er dabei zu dem Ergebnis gelangt, die Nichterfüllungsforderung sei wegen § 95 Abs. 1 S. 2 nicht aufrechenbar, überzeugt indes nicht (vgl. hierzu sub B. VI. 1. c) bb) (I) (2)).

hypothetischem Marktpreis und aktuellem Vertragspreis im festgelegten Zeitpunkt,²⁶² also der in diesem Zeitpunkt gegebene Erfüllungswert des Fixgeschäftes.

(II) Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Nicht eine „Forderung“, sondern „Schadensersatz“ wegen Nichterfüllung schreibt das Gesetz an drei Stellen vor:

Tritt der Insolvenzverwalter nach § 109 Abs. 2 S. 1 vorzeitig von einem Mietvertrag zurück, dessen Mietobjekt dem Schuldner noch nicht überlassen worden war, so kann der Vermieter wegen der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses Schadensersatz nach § 109 Abs. 2 S. 2 verlangen. Die Bezeichnung als Schadensersatzanspruch bedingt dabei keinen Unterschied zu den Forderungen wegen der Nichterfüllung. Der Vermieter kann nicht Schadensersatz im zivilrechtlichen Sinne verlangen, was etwa Folgeschäden umfassen würde, sondern nur Ersatz dessen, was er außerinsolvenzlich an Mietzins vom Schuldner bis zu dessen erster Kündigungsmöglichkeit erhalten hätte.²⁶³ Es findet eine, den Erfüllungswert erhaltende, Differenzberechnung statt. Damit setzt dieser Anspruch ebenfalls nach Wert und Ziel den (ursprünglichen) Erfüllungsanspruch fort.

Ebenso kann der Dienstverpflichtete nach § 113 Abs. 1 S. 3 nur die Leistungswertdifferenz verlangen.²⁶⁴ Ersatzfähig ist der Verfrühungsschaden, also der Betrag, der dem Dienstverpflichteten über die Kündigung nach § 113 Abs. 1 S. 1, 2 hinaus an Bezügen zugestanden hätte, wenn es bei der ordentlichen Kündigung geblieben wäre.²⁶⁵ Damit wird auch hier bloß das ursprüngliche Erfüllungsinteresse fortgesetzt.

Ein spezieller Fall der Kündigung eines gegenseitigen Vertrages findet sich letztlich im Bauvertragsrecht. Der Bauherr kann den Vertrag mit dem Bauunternehmer wegen dessen Insolvenz gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B kündigen.²⁶⁶ Der Bauvertrag „zerfällt“ infolge der Kündigung in einen erfüllten Teil, aus dem ursprüngliche – und daher zur Aufrechnung

²⁶² Vgl. etwa Kübler/Prütting–Köndgen, § 104, Rn. 46 ff.

²⁶³ Kübler/Prütting–Tintelnot, § 109, Rn. 19; Marotzke, Gegenseitige Verträge, S. 287 f., Rn. 6.19.

²⁶⁴ Häsemeyer, S. 402, Rn. 20.66; Marotzke, Gegenseitige Verträge, S. 287 f., Rn. 6.19.

²⁶⁵ Berscheid, ZInsO 1998, S. 159, 164; Kübler/Prütting–Tintelnot, § 113, Rn. 72; Breutigam/Blersch/Goetsch–Knörig, § 113, Rn. 15; Jaeger/Henckel, § 22 KO, Rn. 39. Eine arbeitsrechtlich bedingte Besonderheit ist in der Ersatzfähigkeit entgangener Versorgungsanwartschaften wegen der verringerten Betriebszugehörigkeit (vgl. Berscheid, ZInsO 1998, S. 159, 164; Kübler/Prütting–Tintelnot, § 113, Rn. 72) zu sehen. Diese können aber als mit dem Erfüllungsanspruch schon ursprünglich verknüpft betrachtet werden und werden deshalb gleichfalls bloß fortgesetzt.

²⁶⁶ Das ist wegen des Insolvenzverwalterwahlrechts aus § 103 Abs. 1 streitig: **Dagegen:** Nerlich/Römermann–Balthasar, § 119, Rn. 16; Jaeger/Henckel, § 17 KO, Rn. 214; Rosenberger, BauR 1975, S. 233, 236 ff.; LG Aachen KTS 1979, S. 123, 124 f. **Dafür:** BGHZ 96, S. 34, 36; 68, S. 379, 381; BGH WM 1963, S. 964, 965; Heidland, BauR 1975, S. 305, 306 ff.; ders., BauR 1998, S. 643, 652 ff. mwN; Ulrich/Pastor, S. 381, Rn. 1074. Der Gesetzgeber wollte die Klärung dieser Frage ausdrücklich der Rechtsprechung überlassen: RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 137, S. 153. Vgl. generell zur Wirksamkeit von Lösungsklauseln in der Insolvenz: Berger, ZIP 1994, S. 173 ff.; ders., Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 499 ff.

stehende – Vergütungsansprüche des Bauunternehmers herrühren,²⁶⁷ und einen nicht ausgeführten Teil, aus dem der Auftraggeber Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 S. 2 VOB/B verlangen kann. Dieser Schadensersatzanspruch stellt nach den allgemeinen Vorschriften des Insolvenzrechts, da weder auf einer Massebereicherung beruhend noch dem Insolvenzverwalter zurechenbar, ebenfalls eine Insolvenzforderung dar. Fraglich ist aber, welchen Umfang er hat. Aus den bisher dargestellten Fallgruppen läßt sich für die insolvenzspezifischen Ansprüche folgendes festhalten: Der Anspruch wegen der Nichterfüllung umfaßt den Wert des Erfüllungsanspruchs. War dieser auf Naturalleistung gerichtet, so heißt er Forderung wegen der Nichterfüllung, war er auf Zahlung gerichtet, so spricht das Gesetz von Schadensersatz. *Häsemeyer* nennt diese Fortsetzung des ursprünglichen Wertes des Erfüllungsanspruchs *Nennwertprinzip* und merkt an:²⁶⁸ „Als haftungsrechtliches Prinzip verwirklicht es die Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger, so daß Forderungen wegen der Nichterfüllung oder der vorzeitigen Beendigung eines Vertrages nach dem Nennwert des Hauptleistungsanspruchs, abzüglich des Wertes der eigenen Leistung und vom Insolvenzgläubiger etwa erbrachter Teilleistungen, zu berechnen sind“.²⁶⁹ Dieser Grundsatz sollte einheitlich für den Anspruch des Bauunternehmers zugrunde gelegt werden, da hier, wie in den übrigen Fällen, die Ablehnung der Vertragserfüllung wegen der Verfahrenseröffnung erfolgt und, in Parallele zu den Ansprüchen aus §§ 109 Abs. 2 und 113 Abs. 1 S. 3, hier ebenfalls ein Verfrühungsschaden gegeben ist.

Der Anspruch des Bauunternehmers wegen Nichterfüllung ist dann ebenfalls auf Werterhalt gerichtet und tritt so an die Stelle seines Erfüllungsanspruchs.

Die Kündigung des Auftraggebers wandelt den Bauvertrag damit insgesamt in ein Abrechnungsverhältnis um, wobei die vom Bauunternehmer erbrachten Teilleistungen mit dem Schadensersatzanspruch des Auftraggebers wegen der Nichterfüllung der Restleistung wechselseitig verrechnet werden.²⁷⁰ Stehen keine Ansprüche des Bauunternehmers aus dem erfüllten Teil des Bauvertrages aus, so kann der Auftraggeber mit seinem Schadensersatzanspruch gegen weitere Forderungen des Bauunternehmers ebenso aufrechnen, als ob der Insolvenzverwalter den Bauvertrag nach § 103 Abs. 1 gekündigt hätte.²⁷¹

²⁶⁷ Vgl. *Ulrich/Pastor*, S. 382, Rn. 1048; *Ingenstau/Korbion*, § 8 VOB/B, Rn. 73; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 8 VOB/B, Rn. 17, jedenfalls diesbezüglich besteht Einigkeit, daß die Erlöschenstheorie des BGH (vgl. sub B. VI. 1. a)) nicht greift.

²⁶⁸ *Häsemeyer*, S. 298 f. Rn. 17.03 und S. 373 f., Rn. 20.06.

²⁶⁹ *Häsemeyer*, S. 373 f., Rn. 20.06.

²⁷⁰ Vgl. *Ingenstau/Korbion*, § 8 VOB/B, Rn.73.

²⁷¹ Dieses Ergebnis entspricht der h.M. (vgl. *Rosenberger*, BauR 1975, S. 233, 235). Allerdings wird auch hier unnötigerweise die Konstruktion der gesetzlichen Bedingung vertreten (Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, § 55 KO, Rn. 10g; *Heidland*, BauR 1981, S. 21, 25). Kritisch mit Recht *Rosenberger*, BauR 1975, S. 233, 235.

Alle drei Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung setzen also eine ursprüngliche Vermögenszuweisung in Form des fortgeführten Erfüllungsinteresses fort und sind demnach aufrechenbar.

(III) Der Rückgewähranspruch des Anfechtungsgegners

Die Forderung auf Rückgewähr dessen, was aufgrund eines anfechtbaren Schuldgeschäfts in die Masse gelangt ist, ohne dabei noch in der Masse unterscheidbar vorhanden zu sein beziehungsweise zu einer gegenwärtigen Bereicherung der Masse geführt zu haben,²⁷² (§ 144 Abs. 2 S. 2) betrifft dagegen kein „fortgesetztes Erfüllungsinteresse“. Im Gegenteil, hier soll Erlangtes – entgegen § 55 Abs. 1 Nr. 3 als Insolvenzforderung – aus der Masse zurückgewährt werden. Mangels ursprünglicher Vermögenszuordnung müßte § 96 Abs. 1 Nr. 2 die Aufrechnung also verhindern. Daß dieses Aufrechnungsverbot nun nicht mehr greift, schadet aber nicht, wenn über § 96 Abs. 1 Nr. 3 die Aufrechnung verhindert werden kann.

Dann müßte die Möglichkeit der Aufrechnung durch anfechtbare Rechtshandlung erlangt worden, der Erwerb der Gegenforderung in anfechtbarer Weise geschehen sein. Das wiederum wäre dann der Fall, wenn der Anspruch aus § 144 Abs. 2 S. 2 auf einer anfechtbaren Handlung beruhen würde. Die Natur dieses Anspruchs ist bereicherungsrechtlicher Art. Der Anspruch beruht daher, das macht auch der Gesetzeswortlaut deutlich, primär auf der gewährten Gegenleistung. Diese stellt aber selber keine anfechtbare Handlung dar, weil die Insolvenzgläubiger nicht durch sie benachteiligt werden (§ 129 Abs. 1). Man kann sich jedoch auf den Standpunkt stellen, daß letztlich das zugrundeliegende Kausalgeschäft als anfechtbare Handlung zum Anspruch aus § 144 Abs. 2 S. 2 geführt hat. Dieser Gedanke erscheint zwar zunächst mit Blick auf das Abstraktionsprinzip etwas unsauber, doch ist festzustellen, daß das Abstraktionsprinzip in dem § 143 f. keine konsequente Umsetzung findet. Wenn § 143 nämlich von „*durch* die anfechtbare Handlung“ Weggegebenem spricht, dann meint diese Norm nicht etwa nur *mit* der anfechtbaren (dinglichen) Handlung Weggegebenes, sondern auch das *infolge* der anfechtbaren (schuldrechtlichen) Handlung Weggegebene, wie etwa den Kaufgegenstand aus anfechtbarem Kauf.²⁷³ § 96 Abs. 1 Nr. 3 sollte dann nicht genauer zu lesen sein. Die Forderung aus § 144 Abs. 2 S. 2 ist in anfechtbarer Weise erlangt worden, weil der Rückabwicklung ein anfechtbares Kausalgeschäft zugrunde liegt.

²⁷² Vgl. zu den übrigen Gegenansprüchen des Anfechtungsgegners sub V. 2. b).

²⁷³ Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, § 37 KO, Rn. 17, *Jaeger/Henckel*, § 37 KO, Rn. 41 spricht folglich von anfechtbarer Veräußerung. A.A.: *Kübler/Prütting-Paulus*, § 143, Rn. 3, der allerdings später inkonsequenterweise die Rückgewähransprüche aus § 143 und § 144 Abs. 2 als gegenseitig bezeichnet (§ 144, Rn. 8), obwohl nach seiner Auffassung im Fall des anfechtbaren Schuldgeschäfts dem Anspruch aus § 144 Abs. 2 bereicherungsrechtliche Ansprüche gegenüberstehen müßten.

Damit ist der Anspruch des Anfechtungsgegners auf Rückgewähr des Erlangten zwar nicht aufrechenbar, doch verbleibt wegen § 96 Abs. 1 Nr. 3 keine Notwendigkeit, § 96 Abs. 1 Nr. 2 über seinen Wortlaut hinaus ein Anwendungsfeld zuzuschreiben.

(IV) Aufwendungsersatzansprüche aus Auftrag oder Geschäftsbesorgung

Die letzte Fallgruppe betrifft die Forderung des „gutgläubigen“ Auftragnehmers oder Geschäftsbesorgers auf Aufwendungsersatz (§§ 670, 675 BGB) wegen der Fortführung des Auftrages nach Verfahrenseröffnung.²⁷⁴ Diese stellt gemäß §§ 115 Abs. 3 S. 2, 116 eine Insolvenzforderung dar. Tilgt also beispielsweise ein Auftragnehmer auftragsgemäß und in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung die Forderung eines Dritten gegen den Insolvenzschuldner, dann stellt dieser Anspruch grundsätzlich eine nachträgliche, nicht aufrechenbare Forderung dar. Ferner sind hier weder ein „fortgesetzter Erfüllungsanspruch“ noch sonst eine ursprüngliche Vermögenszuweisung festzustellen, die eine Aufrechnung gestatten würden.

Das ist nur dann anders – insofern ist der Ordnung halber zu differenzieren – wenn der Auftrag in der Übernahme einer Sicherheit oder Eingehung einer sonstigen Verbindlichkeit bestand; etwa, wenn der Auftragnehmer für die Forderung eines Dritten gegen den Insolvenzschuldner noch vor Verfahrenseröffnung gebürgt hat und nach Verfahrenseröffnung aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wird.²⁷⁵ Diese Konstellation unterscheidet sich in zweifacher Hinsicht erheblich vom „Normalfall“ des Aufwendungsersatzes. Zum einen ist der Auftrag mit Übernahme der Sicherheit bereits erfüllt.²⁷⁶ Das Auftragsverhältnis steht daher nicht unter dem Vorbehalt der §§ 103 ff. und § 115 Abs. 3 greift nicht. Zum anderen ist hier wegen § 257 BGB eine ursprüngliche Vermögenszuweisung gegeben, denn der Auftragnehmer hat einen ursprünglichen Anspruch auf Befreiung, der sich im späteren Aufwendungsersatzanspruch fortsetzt.

Im „Normalfall“ des Aufwendungsersatzes greift § 257 BGB nicht. Dies nicht einmal dann, wenn, wie im hier gewählten Beispielfall, der Auftragnehmer eine Schuld des Auftraggebers tilgt und auf diese Weise ein wirtschaftliches Ergebnis herbeiführt, das dem der eingeforderten Sicherheit entspricht. § 257 BGB setzt voraus, daß der Auftragnehmer über den Auftrag hinaus eine weitere Verpflichtung gegenüber einem Dritten einget, die Tilgung ist aber nur eine Verpflichtung gegenüber dem Auftraggeber aus dem Auftrag selbst.

²⁷⁴ Die Forderung des Notgeschäftsführers stellt gem. § 115 Abs. 2 eine Masseforderung dar. Für Ansprüche aus auftragsloser Geschäftsführung vgl. sogleich sub B. IV. 3. d) cc) (III).

²⁷⁵ Diese Konstellation ist bereits behandelt worden (vgl. super B. III. 4. b) dd)).

²⁷⁶ Vgl. *Jaeger/Henckel*, § 3 KO, Rn. 57 a.E.; *Jaeger/Lent*, § 67 KO, Rn. 5.

Der Aufwendungsersatzanspruch aus nachträglich erfülltem Auftrag ist dennoch aufrechenbar. §§ 115 Abs. 3 S. 2, 116 sehen eine Fiktion des fortbestehenden Auftrages/der fortbestehenden Geschäftsbesorgung zugunsten des anderen Teils vor. Der Beauftragte beziehungsweise Geschäftsbesorger soll so behandelt werden, als wäre er noch vor Verfahrenseröffnung tätig geworden und als seien seine Ersatzansprüche zu diesem Zeitpunkt entstanden.²⁷⁷ Die Insolvenzordnung fingiert mit dem Fortbestehen des Vertrages eine ursprüngliche Forderungsexistenz, die es gebietet, die Forderung des gutgläubigen Auftragnehmers – auch im Hinblick auf die Aufrechnungsverbote – wie eine ursprüngliche Forderung zu behandeln.

Für den geschäftsführenden Gesellschafter einer GbR, OHG, KG oder KG auf Aktien erwirkt § 118 S. 2 – entsprechend der Regelung des § 115 Abs. 3 S. 2 – das Fortbestehen der Geschäftsführungsbefugnis.²⁷⁸ Auch der Gesellschafter wird bis zu seiner Kenntnis von der Gesellschaftsauflösung im Hinblick auf seine als Insolvenzforderung geltend zu machenden, nachträglichen Ersatz- und Vergütungsansprüche so gestellt als hätte er vor Verfahrenseröffnung gehandelt.²⁷⁹ Er kann mit seinen Ansprüchen daher ebenfalls aufrechnen.

Die nachträglichen Aufwendungsersatzansprüche wegen gutgläubig fortgeführter Gesellschaft oder gutgläubig fortgeführten Auftrags/Geschäftsbesorgung sind also ebenfalls aufrechenbar. Die Regelung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 kann auch diesbezüglich überzeugen.

(V) Zusammenfassung

Die insolvenzspezifischen Nichterfüllungs- und Schadensersatzforderungen sowie die Ersatzansprüche für nachträglich im Auftrag der Masse getätigte Aufwendungen sind allesamt aufrechenbar. Sie reflektieren entweder ein ursprüngliches Vermögensinteresse oder werden vom Gesetz selbst als ursprüngliche Forderungen fingiert.

Im Hinblick auf diese Fälle ist die Neufassung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 zu begrüßen, denn sie enthebt die Rechtsanwendung der Notwendigkeit, die Aufrechenbarkeit mit solchen Forderungen entgegen einem Aufrechnungsverbot erst begründen zu müssen.

²⁷⁷ Breutigam/Blersch/Goetsch–Goetsch, § 115, Rn. 33; Kübler/Prütting–Tintelnot, §§ 115, 116, Rn. 13; Jaeger/Henckel, § 23 KO, Rn. 57, § 27 KO, Rn. 5.

²⁷⁸ Die Norm setzt damit die Regelung des § 28 KO fort. Dieser wurde, über seinen Wortlaut hinaus, ebenfalls schon auf die Gesellschaftsformen der OHG, KG und KG auf Aktien angewendet (vgl. Kübler/Prütting–Tintelnot, § 118, Rn. 1, Nerlich/Römermann–Kießner, § 118, Rn. 2; Jaeger/Henckel, § 28 KO, Rn. 5).

²⁷⁹ Vgl. Jaeger/Henckel, § 28 KO, Rn. 3, Breutigam/Blersch/Goetsch–Goetsch, § 118, Rn. 11.

Dagegen ist die Forderung auf Rückgewähr des anfechtbar Erlangten nicht aufrechenbar. Die Neufassung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 schadet aber auch hier nicht, denn die Aufrechnung kann nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 verhindert werden.

cc) Grenzfälle

Von den genannten Ausnahmefällen sind die folgenden Konstellationen zu unterscheiden, die nur vermeintlich zur nachträglichen Entstehung einer Insolvenzforderung führen.

(I) Prozeßkosten

Die parallel zu den Ausnahmefällen formulierte Regelung des § 86 Abs. 2 („nur als Insolvenzgläubiger“) scheint ebenfalls eine nachträgliche Insolvenzforderung vorzusehen. Tatsächlich stellt der Kostenerstattungsanspruch aber einen ursprünglichen Anspruch dar, der schon mit Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses entsteht.²⁸⁰ Er ist daher ohnehin Insolvenzforderung (§ 38)²⁸¹ und wird nur dann zur Masseforderung, wenn der Insolvenzverwalter²⁸² den Prozeß weiterführt (§ 55 Abs. 1 Nr. 1) – sei es durch Prozeßaufnahme, sei es dadurch, daß er der Prozeßaufnahme durch den Prozeßgegner im Passivprozeß nicht durch sofortiges Anerkenntnis entgegentritt.²⁸³ § 86 Abs. 2 regelt daher keine Ausnahme zu § 38, sondern deklariert lediglich die Rechtslage in Abgrenzung zur Situation der Prozeßweiterführung.

Das trifft selbst dann zu, wenn der Prozeßgegner das Verfahren aufnimmt (§ 86 Abs. 1, 2. Alt). Unzutreffend ist nämlich die Annahme, die Kosten des Rechtsstreits würden schon mit der Aufnahme durch den Prozeßgegner wegen § 55 Abs. 1 Nr. 1 zu Massekosten, die dann wegen § 86 Abs. 2 zu Insolvenzforderungen herabgesetzt werden.²⁸⁴ Vielmehr beruhen bis zum Eintritt des Verwalters in den Prozeß sämtliche Kosten noch ausschließlich auf dem Verhalten des Schuldners. Ein dem Verwalter zurechenbares Verhalten oder eine Verwaltung, Verwertung oder Verteilung der Masse ist bis zu diesem Zeitpunkt nicht festzustellen. Auch hier werden die Prozeßkosten erst dann zu Masseforderungen, wenn der Verwalter den Prozeß für die Masse weiterführt.

²⁸⁰ Vgl. super B. IV. 2. c) cc).

²⁸¹ Vgl. *Bork*, S. 91, Fn. 8; *Häsemeyer*, S. 210, Rn. 10.51.

²⁸² Zu dessen Haftung für den Kostenerstattungsanspruch des Prozeßgegners wenn die Masse zu dessen Befriedigung nicht hinreicht vgl. BGH, ZIP 2001, 1376 ff. und *Pape*, ZIP 2001, 1701 ff.

²⁸³ Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, § 11 KO, Rn. 7; *Jaeger/Henckel*, § 11 KO, Rn. 20. *Kübler/Prütting-Lüke*, § 86, Rn. 18, *MÜKO/InsO-Schumacher*, § 85, Rn. 20 und *Uhlenbruck*, ZIP 2001, 1988 f. ordnen nur die nach Verfahrensaufnahme entstandenen Kosten als Masseforderungen ein, was dem Rechtsgedanken des § 105 InsO entspricht und dem Charakter des Kostenerstattungsanspruchs als ursprüngliche Forderung entgegenkommt.

²⁸⁴ So *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 86, Rn. 10.

Das sofortige Anerkenntnis des Verwalters hat also immer zur Folge, daß der Prozeßgegner seinen ursprünglichen Kostenerstattungsanspruch als Insolvenzforderung geltend machen kann. Eine nachträgliche Insolvenzforderung liegt nicht vor.

(II) Durch den Insolvenzverwalter begründete Schadensersatzforderung aus wechselseitigen ursprünglichen Verträgen

Desgleichen ergibt sich eine nachträgliche Insolvenzforderung nicht da, wo der Insolvenzverwalter Primärpflichten aus einem von ihm abgeschlossenen oder aufgenommenen (§ 103 Abs. 1) gegenseitigen Vertrag verletzt. Zwar wollen die Motive zur Konkursordnung die sich hieraus ergebenden Sekundäransprüche als Insolvenz- (Konkurs-)forderungen behandelt wissen,²⁸⁵ doch ist diesem Verständnis mit der heute ganz herrschenden Ansicht zu widersprechen.²⁸⁶ Daß diese Ansprüche Masseforderungen darstellen, ergibt sich nicht nur aus § 55 Abs. 1 Nr. 1, sondern auch aus der Überlegung, daß man es andernfalls dem Insolvenzverwalter gestatten würde, die Masse durch (bewußte!) Mißachtung der Primärpflichten zu enthaften.²⁸⁷ Das ist freilich genauso wenig zulässig wie der umgekehrte Fall, daß der Vertragspartner durch Vertragsbruch eine nachträgliche Besserstellung erlangt.²⁸⁸

Hier ist daher ebenfalls keine nachträgliche Insolvenzforderung gegeben.

(III) Der Regreß nach Leistung durch einen Dritten

Schließlich sind solche Ansprüche zu behandeln, die einem Schuldner der Masse dadurch entstehen, daß er, unter den Voraussetzungen des § 267 BGB und ohne zu unentgeltlicher Leistung verpflichtet zu sein, als „Dritter“ nach Verfahrenseröffnung eine Insolvenzforderung tilgt.²⁸⁹

(1) Mögliche Anspruchsgrundlagen

Grundsätzlich sind dabei zwei Konstellationen zu unterscheiden: Erstens: der Dritte ist zur Tilgung aus dem Innenverhältnis berechtigt. Er wird dann regelmäßig aufgrund eines Auftrags/einer Geschäftsbesorgung oder einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag

²⁸⁵ Vgl. Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung, S. 245, abgedruckt bei *Hahn*, S. 232.

²⁸⁶ Vgl. *Kübler/Prütting-Tintelnot*, § 103, Rn. 76; *Jaeger/Henckel*, § 3 KO, Rn. 36; *Kuhn/Uhlenbruck*, § 59 KO, Rn. 11 mwN.; *Stürmer*, FS Merz, S. 563, 577.

²⁸⁷ Vgl. *Stürmer*, FS Merz, S. 563, 577.

²⁸⁸ Vgl. super B. III. 4. b) aa).

²⁸⁹ Nicht hierher gehört das Ablösungsrecht des Dritten nach § 268 BGB. Dieses begründet eine Legalzession (§ 268 Abs. 3 BGB), aber keinen originären Regreßanspruch. Vgl. näheres super B. IV. 3. C) aa) (2) (c).

tätig. In diesem Fall kann er Aufwendungsersatz nach §§ 662, 670 BGB, §§ 675, 670 BGB oder §§ 677, 683, 670 BGB verlangen.

Zweitens: der Dritte handelt ohne Berechtigung. In diesem Fall steht ihm ein bereicherungsrechtlicher Ausgleichsanspruch (§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt BGB) oder ein Anspruch aus unberechtigter auftragsloser Geschäftsführung zu (§ 677, 684 BGB).²⁹⁰

Von diesen Ansprüchen sind die aus Auftrag/Geschäftsbesorgung bereits behandelt worden.²⁹¹ Zur Betrachtung verbleiben daher allein die Ansprüche aus berechtigter und unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag sowie die aus Bereicherungsrecht. Im einzelnen:

(a) Berechtigte Tilgung

Wurde die ungebetene Leistung des Dritten im Interesse der Masse übernommen und in deren Interesse und im Willen des Insolvenzverwalters geführt (§ 683 S. 1 BGB) oder hat der Insolvenzverwalter sie nachträglich genehmigt (§ 684 S. 2 BGB), dann wurde mit ihr ein Geschäft des Insolvenzverwalters geführt. Der Geschäftsführer ist dann so zu behandeln als sei er vom Insolvenzverwalter beauftragt worden. Der Geschäftsführer kann seinen Anspruch auf Aufwendungsersatz deshalb als Masseforderung geltend machen (§ 55 Nr. 1)²⁹² und mit diesem Anspruch selbstverständlich aufrechnen. Eine nachträgliche Insolvenzforderung liegt, trotz der Nähe dieser Fälle zu denen der Auftragstilgung, nicht vor.

(b) Aufgedrängte Tilgung

Tilgt der Dritte die Insolvenzforderung ohne dazu berechtigt zu sein, so kann er nurmehr wegen unberechtigter auftragsloser Geschäftsführung (§§ 677, 684 S. 1, 818 ff. BGB)²⁹³ oder direkt nach Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt, 818 ff. BGB)²⁹⁴ die Herausgabe der Bereicherung verlangen. Fraglich bleibt, ob der Dritte mit diesem Anspruch gegen seine Schuld aufrechnen kann und ob dieser Anspruch eine Insolvenz- oder eine Masseforderung ausmacht.

²⁹⁰ MÜKO–Keller, § 267 BGB, Rn. 18.

²⁹¹ Vgl. super B. IV. 3. d) bb) (IV).

²⁹² Allgemeine Ansicht, vgl.: Nerlich/Römermann–Andres, § 55, Rn. 79; Kuhn/Uhlenbruch, § 59 KO, Rn. 2l; Jaeger/Henckel, § 23 KO, Rn. 47; Kübler/Prütting–Pape, § 55, Rn. 29, 23.

²⁹³ Nach herrschender Ansicht stellt die Verweisung des § 684 BGB eine Rechtsfolgenverweisung dar (BGH WM 1976, S. 1056, 1060; Staudinger–Wittmann, § 684 BGB, Rn. 2 mwN; Palandt–Sprau, § 684 BGB, Rn. 1. A.A.: MÜKO–Seiler, § 684 BGB, Rn. 2).

²⁹⁴ Sogenannte Rückgriffskondition (h.M., vgl. MÜKO–Lieb, § 812 BGB, Rn. 103 mwN in Fn. 286; die a.A. nimmt statt dessen eine Leistungskondition an, etwa Palandt–Thomas, § 812 BGB, Rn. 58). § 814 steht dem Bereicherungsrückgriff nicht im Wege (allgem. Ansicht, etwa MÜKO–Keller, § 267 BGB, Rn. 18; Palandt–Thomas, § 814 BGB, Rn. 2).

Die wohl herrschende Meinung nimmt an, daß es sich bei dem Anspruch um eine nicht aufrechenbare Insolvenzforderung handelt.²⁹⁵ § 96 Abs. 1 Nr. 2 ist hier zwar mangels Zession an sich nicht einschlägig. Zu bedenken sei jedoch, daß die Zahlung letztlich einem Abkauf der Gläubigerforderung gleichkommt, weswegen die Aufrechnung mit dem Bereicherungsanspruch in entsprechender Anwendung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 zu versagen sei.

Grundsätzlich ist dieser Ansatz zu begrüßen. Daß zessionsumgehende Rechtsgeschäfte nicht zu einer Besserstellung im Hinblick auf die Aufrechnungsverbote führen dürfen, hat sich schon bei der Drittaufrechnung gezeigt²⁹⁶ und ist vorliegend gleichermaßen richtig. Gleichwohl greift diese Überlegung zu kurz, um die Aufrechnung zu untersagen, denn es gilt nicht nur eine Analogie zu § 96 Abs. 1 Nr. 2 zu begründen, sondern auch eine Ausnahme zu § 55 Abs. 1 Nr. 3. Da der Dritte mit seiner Leistung die Masse im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 3 nachträglich rechtsgrundlos²⁹⁷ bereichert hat, ist er nach dem Gesetz mit seinem Bereicherungsanspruch Massegläubiger.²⁹⁸ § 96 Abs. 1 Nr. 2 ist folglich nicht nur wegen der fehlenden Zession nicht anwendbar, sondern findet schon grundsätzlich auf die Person des Dritten keine Anwendung. Das Argument der Zessionsumgehung hilft hier nicht, denn § 55 Abs. 1 S. 3 fragt nur nach der Bereicherung der Masse, nicht aber danach, wie diese zustande gekommen ist oder welchen Regreßweg sie nach sich zieht. Eine weiterreichende Begründung findet sich indes nicht. Die Formulierung, daß hier zwar eine Bereicherung, doch kein Bereicherungsanspruch im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 3 gegeben ist,²⁹⁹ ist jedenfalls nicht mehr als eine Behauptung. Das gilt auch für die Aussage, bei der Tilgung handele es sich nur um eine nicht näher charakterisierte „mittelbare“ Bereicherung, die nicht unter § 55 Nr. 3 fällt³⁰⁰.

Deshalb erscheint eine andere Lösung vorzugswürdig. Diese zeichnet sich ab, wenn man erkennt, daß die herrschende Ansicht offensichtlich davon ausgeht, daß dem Dritten ein Bereicherungsanspruch in voller Höhe, d.h. im Umfang der getilgten Forderung, zusteht – und daß diese Annahme fehlerhaft ist. Gegenstand des bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruchs ist nicht die Schuldbefreiung selbst, sondern nur der Wert den sie für

²⁹⁵ BGH NJW 1962 S. 1200, 1202; *Kuhn/Uhlenbruck* § 55 KO, Rn. 9c; jedenfalls eine Insolvenzforderung nehmen *Mohrbutter/Mohrbutter*, Insolvenzverwaltung, S. 261, Rn. VI.117 und *Nerlich/Römermann-Andres*, § 55, Rn. 124, an.

²⁹⁶ Vgl. super B. IV. 3. c) aa) (III).

²⁹⁷ Die unberechtigte GoA ist kein Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechts, *Palandt-Sprau*, Einf v § 677 BGB, Rn. 10.

²⁹⁸ Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, § 59 KO, Rn. 16a; *Jaeger/Henckel*, § 23 KO, Rn. 47.

²⁹⁹ So *Mohrbutter/Mohrbutter*, Insolvenzverwaltung, S. 261, Rn. VI.117; *Nerlich/Römermann-Andres*, § 55, Rn. 124.

³⁰⁰ So *Kübler/Prütting-Pape*, § 55, Rn. 61, wobei auch die in Fn. 135 angegebenen Nachweise nicht helfen.

den Bereicherten hat.³⁰¹ Die Masse ist nun zwar von der gegen sie gerichteten Forderung *befreit*, *erlangt* hat sie dabei aber lediglich die Befreiung von der Quote, denn nur in dieser Höhe war die Insolvenzforderung realisierbar.³⁰² Das ist bei dem Anspruch aus unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag nicht anders. Ein Geschäft der Masse kann nur insoweit geführt worden sein, als der Rechts und Interessenkreis der Masse betroffen ist. Wiederum ist das nur in Höhe der Quote der Fall.³⁰³ Vergleichbar ist dieser Fall dem der Zahlung auf eine verjährte Forderung. Dort befreit der Dritte den Schuldner ebenfalls von einer Forderung, ohne ihn zu bereichern oder sein Geschäft zu führen, und kann daher keine Ansprüche gegen den Schuldner geltend machen.³⁰⁴ Zwar ist ein Unterschied zu der verjährten Forderung dahingehend auszumachen, daß diese *endgültig* nicht mehr durchsetzbar ist, wogegen die Insolvenzforderung nach Verfahrensbeendigung wieder voll durchsetzbar wird, doch ist dieser Umstand aus Sicht der Masse unbeachtlich, denn jedenfalls während des Insolvenzverfahrens ist die Forderung nicht in voller Höhe durchsetzbar.

Insofern sind auch die zur aufgedrängten Bereicherung entwickelten Grundsätze zu berücksichtigen. Es ist allgemein anerkannt, daß der aufgedrängte bereicherungsrechtliche Rückgriff nicht zu Lasten des Schuldners gehen kann.³⁰⁵ Tilgt ein Dritter die Forderung eines Schuldners ohne dazu berechtigt zu sein, dann muß er sich, wie der ursprüngliche Gläubiger, die Einwendungen des Schuldners aus seiner Schuld entgegenhalten lassen.³⁰⁶ Anders formuliert kann der Dritte keine „bessere“ Position erwerben als diejenige, die der Gläubiger innehatte. Hiernach kann der Dritte ebenfalls volle Befriedigung erst nach Verfahrensbeendigung vom Insolvenzschuldner erlangen, ist während des Verfahrens aber auf die Durchsetzung der Quote beschränkt.

Ist damit der Prämisse der herrschenden Meinung widersprochen, dann kann ihrer zweiten Annahme ebensowenig gefolgt werden. Könnte der Dritte seinen Bereicherungsanspruch nämlich lediglich als Insolvenzgläubiger geltend machen, dann müßte er diesen zur anteiligen Verteilung anmelden und erhielte so im Ergebnis nur die Quote auf seinen ohnehin quotalen Anspruch. Vor diesem Hintergrund findet sich die Regelung des § 55 Abs. 1 Nr. 3 bestätigt: Wer die Masse rechtsgrundlos bereichert, soll diese Bereicherung vollumfänglich zurückerhalten. Das ist nur dann möglich, wenn der Herausgabeanspruch eine

³⁰¹ Vgl. MÜKO–Keller, § 267 BGB, Rn. 18, mwN in Fn. 64.

³⁰² So auch Kuhn/Uhlenbruck, § 55 KO, Rn. 16a.

³⁰³ Vgl. BGH WM 1987, S. 602, 603.

³⁰⁴ Vgl. OLG Frankfurt, WM 1987, S. 602, 603; Staudinger–Lorenz, § 812 BGB, Rn. 72.

³⁰⁵ Einzelheiten sind hier umstritten, vgl. MÜKO–Lieb, § 812 BGB, Rn. 105, 106.

³⁰⁶ Vgl. hierzu insbesondere Canaris, FS Larenz, S. 799, 844 f.

Masseforderung darstellt. Es ist daher als Zwischenergebnis festzuhalten, daß der Dritte mit seiner Forderung Massegläubiger ist.

Weder dieser Umstand noch die Tatsache, daß der Dritte nur in Höhe der Quote aufrechnen kann, bedeutet nun allerdings, daß ihm die Aufrechnung in dieser Höhe zu gestatten wäre. Zwar ist die Masse mit der Quote schon ursprünglich bedroht gewesen und erfährt durch die Tilgung keine nachträgliche Schmälerung, doch ist der Blick auf die Masse nicht der einzige Gesichtspunkt, der hier Berücksichtigung finden muß. Beachtlich ist zudem, daß, wiederum den Grundsätzen der aufgedrängten Bereicherung folgend, der bereicherungsrechtliche Rückgriff nicht „stärker“ sein darf als der auf eine Legalzession gestützte.³⁰⁷ Hier findet sich die gleiche Überlegung wie die eingangs festgestellte: Die Sachlage bei der aufgedrängten Bereicherung ist der bei Abtretung beziehungsweise gesetzlichem Forderungsübergang zu ähnlich, als daß eine abweichende Behandlung gerechtfertigt wäre. Erst mit dem gedanklichen Zwischenschritt der aufgedrängten Bereicherung wird diese Überlegung aber für die Behandlung der Masseforderung tragfähig.

Im Ergebnis ist der herrschenden Meinung daher zuzustimmen. Die Aufrechnung ist in Fällen nachträglicher aufgedrängter Bereicherung unzulässig. Dabei ist an § 55 Abs. 1 Nr. 3 allerdings nicht vorbeizukommen. Die Forderung des Dritten ist eine Masseforderung im Sinne dieser Norm. Die Aufrechnung ist vielmehr in „doppelt“ analoger Anwendung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 zu versagen. Die Forderung des Dritten ist dabei zunächst wegen der Zessionsumgehung wie eine legalzedierte Forderung anzusehen und dann, wegen der aufgedrängten Bereicherung, wie eine Insolvenzforderung zu behandeln. Der Dritte verfügt damit zwar über eine Masseforderung im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 3, kann diese aber nur gleich einer Insolvenzforderung durchsetzen.³⁰⁸

Dieses Ergebnis bewährt sich im Rahmen der Masseverwertung. Der Dritte verfügt nur über eine Masseforderung in Höhe der Quote. Vorrangige Befriedigung kann er mit dieser nicht verlangen, denn zunächst muß feststehen, in welcher Höhe die Quote überhaupt besteht. Auch insofern kann auf den Gedanken der aufgedrängten Bereicherung rekuriert werden. Wegen dieses Grundsatzes wird man schließlich erwägen müssen, den Dritten auf die Anmeldung der Forderung zur Tabelle zu drängen. Auch im Insolvenzverfahren findet sich der Dritte daher, obschon er Massegläubiger ist, nur wie ein Insolvenzgläubiger gestellt.

³⁰⁷ MÜKO–*Lieb*, § 812 BGB, Rn. 106; *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 697, Rn. 952 a.E.; *Canaris*, FS Larenz, S. 799, 845. Vgl. auch *vCaemmerer*, FS Dölle, S. 135, 153.

³⁰⁸ Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, § 59 KO, Rn. 16a (keine Eigenschaften eines Masseanspruchs).

Dagegen verbietet es sich, wie bereits gesagt, ihm gleich nur eine Insolvenzforderung zuzubilligen. Der Dritte erhielte dann bei der Verwertung nur die Quote der Quote und wäre damit gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger oder einem durch cessio legis legitimierten Dritten ungerechtfertigt schlechter gestellt. Das wiegt nicht zuletzt deshalb besonders schwer, weil für ihn eine Aufrechnung nicht in Betracht kommt.

Im Hinblick auf die übergreifend gestellte Frage nach der Behandlung von nachträglichen Insolvenzforderungen ist damit zum einen festzuhalten, daß diese Konstellation keinen Ausnahmefall zu § 38 darstellt, denn die aufgedrängte Tilgung führt zu einer Masseforderung. Zum anderen ist – mit Rückblick auf die Drittaufrechnung – zu bestätigen, daß jedenfalls dann nachträgliche entstandene Forderungen unter § 96 Abs. 1 Nr. 2 fallen, wenn ihr Erwerb nur dazu dient, eine ansonsten notwendige Zession zu umgehen.

(2) Zusammenfassung

Für den Regreß nach Tilgung einer Insolvenzforderung durch einen Schuldner der Masse ist mithin wie folgt zu unterscheiden:

Erfolgte die Tilgung berechtigt, d.h. im Auftrag oder durch auftragslose Geschäftsführung im Interesse der Masse, dann hat der Dritte einen aufrechenbaren Anspruch auf Aufwendungsersatz. Dabei stellt der Anspruch aus Auftrag – und nur dieser – eine nachträgliche Insolvenzforderung dar. Der Anspruch aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag ist Masseforderung.

Erfolgte der Regreß dagegen unberechtigt, d.h. wurde er der Masse aufgedrängt, dann hat der Dritte lediglich einen Bereicherungsanspruch, der in Höhe der Quote der getilgten Forderung besteht. Dieser Anspruch stellt ebenfalls eine Masseforderung dar, ist aber nur wie eine nachträglich erworbene Insolvenzforderung zu behandeln.

dd) Fazit

Die Regelung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Sämtliche nachträglichen Insolvenzforderungen sind, sofern sie nicht in anfechtbarer Weise entstanden sind, berechtigtermaßen aufrechenbar. Dabei ist festzustellen, daß die auf der wertenden Grundlage der ursprünglichen Vermögenszuordnung gefundenen Ergebnisse mit denen korrelieren, die sich durch die Neuregelung de lege lata ergeben. Die zu § 96 Abs. 1 Nr. 1 entwickelten Grundsätze der ursprünglichen Vermögenszuweisung bewähren sich mithin auch hier.

Gegenüber § 55 Nr. 2 KO hat sich damit keine Änderung der Rechtslage ergeben. Der Ausspruch der Motive, die Neufassung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 sei redaktioneller Natur,³⁰⁹ ist vor diesem Hintergrund richtig.

Dennoch ist zu fragen, ob mit der sprachlichen Änderung des § 96 Abs. 1 Nr. 2 die erstrebte Vereinfachung eingetreten ist. Vom Konzept der Aufrechnungsverbote her wäre es wünschenswert gewesen, wenn § 96 Abs. 1 Nr. 2, in Parallele zu § 96 Abs. 1 Nr. 1, die originäre Forderungsentstehung mitbedacht hätte, denn dieser Normenkomplex verliert an Klarheit dadurch, daß es scheinbar nicht mehr grundsätzlich auf die Existenz der Gegenforderung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung ankommt. Daß § 96 Abs. 1 Nr. 2 gar nicht darauf abzielt, dieses Grundprinzip der Insolvenzaufrechnung zu durchbrechen, sondern vielmehr auf Kongruenz mit § 38 angelegt ist, wird weder an der Regelung selbst noch aus den Motiven deutlich.

Gleichwohl ist die Frage zu bejahen. Für die große Menge der Regelfälle strafft die Neufassung das Aufrechnungsrecht, denn insofern besteht und bestand kein Regelungsbedarf für ein Aufrechnungsverbot. Für die erwähnten Ausnahmen vereinfacht die jetzige Diktion die Rechtsanwendung, denn sie beseitigt die Notwendigkeit, in diesen Fällen die Zulässigkeit der Aufrechnung besonders begründen zu müssen.

Ausblickend bleibt noch ein Nebenergebnis festzuhalten: Eingangs wurde für den Regelfall der nachträglichen Forderungsentstehung festgestellt, daß weder der Insolvenzverwalter noch der Insolvenzschuldner nach Verfahrenseröffnung Insolvenzforderungen begründen können. Es zeigt sich, daß dies gleichermaßen für Dritte gilt. Soll an der Anspruchsentstehung nämlich der Insolvenzverwalter nicht beteiligt sein, dann kommen regelmäßig nur Ansprüche aus auftragsloser Geschäftsführung oder rechtsgrundloser Bereicherung in Betracht. Diese werden aber entweder gemäß § 55 Nr. 1 als Aufwendungsersatzansprüche aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag dem Insolvenzverwalter zugerechnet oder nach § 55 Nr. 3 als Bereicherungsansprüche ausgeglichen. In beiden Fällen entstehen Masseforderungen. Spezielle Regelungen ausgenommen, greift § 38 also auch für solche Forderungen, die weder aus einer Handlung des Insolvenzverwalter noch des Insolvenzschuldner resultieren.

³⁰⁹ RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108 S. 141.

e) nach Verfahrenseröffnung

Wie § 96 Abs. 1 Nr. 1 ist auch § 96 Abs. 1 Nr. 2 erst ab Verfahrenseröffnung anwendbar. Während des Vorverfahrens entstehende Aufrechnungslagen unterstehen allein § 96 Abs. 1 Nr. 3.³¹⁰

f) Zwischenergebnis

§ 96 Abs. 1 Nr. 2 bildet als diametrales Gegenstück zu § 96 Abs. 1 Nr. 1 dessen Grenzziehung zwischen zulässiger und unzulässiger Aufrechnung nach. Wie bei § 96 Abs. 1 Nr. 1 ist die Aufrechnung bei nachträglichem Forderungserwerb dann zulässig, wenn mit der nachträglich erworbenen Forderung lediglich die Vermögenszuweisung einer ursprünglichen Forderung fortgesetzt werden soll. Wie bei § 96 Abs. 1 Nr. 1 ist es dagegen unzureichend, diese Durchbrechung der „Existenzgrenze“ durch die Annahme einer gesetzlichen Bedingung zu rechtfertigen. Und wie § 96 Abs. 1 Nr. 1 greift § 96 Abs. 1 Nr. 2 erst ab Verfahrenseröffnung.

Die Norm verläßt die parallele Ausrichtung zu § 96 Abs. 1 Nr. 1 bei den nachträglich entstandenen Forderungen. Dies ist im Zusammenspiel mit § 38 und den speziellen §§ 103 ff. zu verstehen. Nachträglich entstandene Forderungen, die gegen die Masse gerichtet sind, sind regelmäßig Massforderungen. Sieht das Gesetz ausnahmsweise die nachträgliche Entstehung einer Insolvenzforderung vor, ist die Aufrechnung gleichwohl zulässig, entweder kraft gesetzlicher Fiktion oder aufgrund einer ursprünglichen Vermögenszuweisung. Nachträglich entstandene Gegenforderungen sind, anders als nachträglich entstandene Hauptforderungen, daher grundsätzlich aufrechenbar.

4. § 96 Abs. 1 Nr. 3

a) Grundsätzliches

Besteht im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung eine Aufrechnungslage, die jedoch in anfechtbarer Weise zustande gekommen ist, dann verhindert § 96 Abs. 1 Nr. 3 die Aufrechnung. Dabei erstreckt sich die Rechtsfolge der Unwirksamkeit – insofern über den Gesetzeswortlaut hinaus – auch auf vor Verfahrenseröffnung erklärte Aufrechnungen.³¹¹

³¹⁰ Vgl. super B. IV. 2. e).

³¹¹ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108 S. 141 (anders noch der erste Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 3.6.4, S. 339). Vgl. auch MÜKU/InsOBrandes, § 96, Rn. 37; FK-App, § 96, Rn. 18; Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 657, Rn. 36; Kuhn/Uhlenbruck § 55 KO, Rn. 15a.

Die Norm ist weit gefaßt. Ziel dieses Aufrechnungsverbotes ist es – der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgend³¹² –, durch Verweis auf die Anfechtungstatbestände jegliche anfechtbar entstandene Aufrechnungslage zu erfassen.³¹³ § 96 Abs. 1 Nr. 3 umfaßt daher den nachträglichen Erwerb der Gegenforderung (Fälle des § 96 Abs. 1 Nr. 2) ebenso wie den der Hauptforderung (Fälle des § 96 Abs. 1 Nr. 1).³¹⁴ Die einseitige Regelung des § 55 Nr. 3 KO, die noch auf den Fall beschränkt war, daß ein Schuldner des Gemeinschuldners in anfechtbarer Weise eine (Gegen–) Forderung gegen diesen erworben hatte – folglich nur Konstellationen nach § 55 Nr. 2 KO betraf –, findet sich nunmehr allseitig ausgestaltet. Die parallele Anwendung von Aufrechnungs– und Anfechtungsnormen wird damit beseitigt,³¹⁵ der Insolvenzverwalter umfassend von dem Erfordernis, die Anfechtung erklären zu müssen, befreit.³¹⁶

b) Insolvenzgläubiger

Als Adressat dieses Aufrechnungsverbots ist der Insolvenzgläubiger benannt. Das ist mißverständlich,³¹⁷ denn die Norm kann nur dann auch auf die Fälle nach § 96 Abs. 1 Nr. 2 bezogen werden, wenn man das Tatbestandsmerkmal „Insolvenzgläubiger“ auf einen Zeitpunkt nach der Erlangung der Gegenforderung bezieht und nicht so versteht, daß der Betreffende schon im Zeitpunkt des Erwerbs der Aufrechnungslage Insolvenzgläubiger gewesen sein muß. Diese Auslegung der Norm ist freilich naheliegend. Sie findet ihre Parallele in § 96 Abs. 1 Nr. 2, der ebenfalls den Insolvenzgläubiger als Adressaten benennt, obgleich dieser erst mit dem Erwerb der Aufrechnungslage Insolvenzgläubiger wird. Es geht daher wohl zu weit, die Norm als fehlerhaft formuliert zu bezeichnen.³¹⁸

³¹² Bereits im Geltungsbereich der Konkursordnung berechnete der anfechtbare Erwerb der Hauptforderung nicht zur Aufrechnung (str. vgl. Darstellung bei *Jaeger/Henckel*, § 30 KO, Rn. 268). Der BGH hat diese Situation über das Anfechtungsrecht (§ 30 Nr. 1 Fall 2 KO) direkt geregelt (vgl. etwa BGH NJW 1972, S. 633, 634). Festzuhalten ist aber, daß das Gericht dabei niemals den Tatbestand des § 55 Nr. 3 über dessen klaren Wortlaut hinweg ausgedehnt hat (vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, § 55 KO, Rn. 16). Insofern drückt sich die aktuelle Kommentarliteratur zum Teil mehr als mißverständlich aus: *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 43; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 96, Rn. 11.

³¹³ Die Norm erfaßt allerdings nicht die durch den Insolvenzschuldner in der Krise erklärte Aufrechnung, wenn der andere Teil keine Aufrechnungsbefugnis hatte. Zu dieser interessanten Konstellation vgl. *vOlshausen*, KTS 2001, S. 45ff.

³¹⁴ Allgemeine Ansicht, vgl. etwa: *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 576; *Gerhardt*, FS Brandner, S. 605, 612 f.; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 96, Rn. 11.

³¹⁵ Vgl. *Gerhardt*, FS Brandner, S. 605, 613; *Diekmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 211, 219 oben.

³¹⁶ Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108, S. 141; *Kübler/Prütting-Lüke* § 96, Rn. 2, 41; *Dampf*, KTS 1998, S. 145, 155 f.; *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 576.

³¹⁷ Vgl. *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 96, Rn. 11; *Häsemeyer*, S. 364, Rn. 19.16; *Landfermann*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159, 184, Fn. 95; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 43. Deswegen falsch: *Obermüller*, ZInsO 1999, S. 690, 691.

³¹⁸ So aber *Bork*, S. 130, Rn. 266; *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 96, Rn. 18; *MÜKU/InsOBrandes*, § 96, Rn. 28 und *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 648, Rn. 7.

Das Tatbestandsmerkmal Insolvenzgläubiger dient folglich nur insoweit als Differenzierungskriterium, als Massegläubiger wiederum nicht an der Aufrechnung gehindert werden. Es trifft keine Aussage darüber, welcher Teil der Aufrechnungslage anfechtbar erworben sein muß.

c) Möglichkeit der Aufrechnung

Mit der Formulierung, daß die „Möglichkeit der Aufrechnung“ anfechtbar erlangt sein muß, hat der Gesetzgeber sich dafür entschieden, die Aufrechnungslage zum Gegenstand der Anfechtung zu machen.³¹⁹

Damit ist in erster Linie der bisherigen Rechtsprechung³²⁰ eine Absage erteilt worden, die an den „Gesamtvorgang“ zwischen der Herstellung der Aufrechnungslage und der Erklärung der Aufrechnung angeknüpft hatte³²¹ und so dann noch zu einer Anfechtbarkeit gelangen konnte, wenn Kenntnis von der Krise erst nach dem Erwerb der Aufrechnungslage erlangt wurde.³²² Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist zu begrüßen. Die erworbene Aufrechnungslage begründet eine in der Insolvenz geschützte Rechtsposition. Der Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung ist für die Zulässigkeit der Aufrechnung dagegen in jeder Hinsicht unerheblich.³²³ Kenntnis im Sinne des Anfechtungsrechts kann nach dem anfechtungsfreien Erwerb der Aufrechnungslage daher nicht mehr schaden.³²⁴

Gleichzeitig scheint dem enger gefaßten Vorschlag *Diekmanns* widersprochen zu sein, die Anfechtbarkeit auf die Begründung des Gegenseitigkeitsverhältnisses zu beschränken.³²⁵ Eine „Möglichkeit der Aufrechnung“ beziehungsweise eine „Aufrechnungslage“, wie es in der Begründung zu § 96 Abs. 1 Nr. 3 heißt,³²⁶ hängt begrifflich von der Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderungen ab (§ 387 BGB, § 95 Abs. 1). § 96 Abs. 1 Nr. 3 wäre demnach so zu verstehen, daß neben der anfechtbaren

³¹⁹ Vgl. RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 108, S. 141: „Die Aufrechnung darf weiter dann nicht zulässig sein, wenn die Aufrechnungslage vor Verfahrenseröffnung in einer Weise herbeigeführt worden ist, die den Insolvenzverwalter ... zur Insolvenzanfechtung berechtigt.“

³²⁰ Zuletzt BGH ZIP 1995, S. 926, 928; ferner BGHZ 89, S. 189, 192 f.; 86, S. 190, 194; 86, S. 349, 353; 58, S. 108, 113. Dagegen: *Jaeger/Heckel*, § 30 KO, Rn. 269; *Kuhn/Uhlenbruck*, § 30 KO, Rn. 42g.

³²¹ Vgl. *Nerlich/Römermann–Nerlich*, § 129, Rn. 58; *Gerhardt*, FS Brandner, S. 605, 612 f.; *Zeuner*, S. 61, Rn. 96.

³²² Vgl. *Gerhardt*, FS Brandner, S. 605, 613.

³²³ Vgl. auch super B. II. 1. b) bb) (II) (3).

³²⁴ Vgl. *Jaeger/Henckel*, § 30 KO, Rn. 269.

³²⁵ *Diekmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 211, 221.

³²⁶ RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 108, S. 141. Diese Terminologie findet sich bereits im Ersten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 3.6.4, S. 338 f., im Referentenentwurf, 3. Teil, Begründung zu § 103 RefE, S. 101, sowie im Diskussionsentwurf, Begründung zu § 103 EInsO, S. B81.

Herbeiführung der Aufrechnungsvoraussetzungen auch die anfechtbare Beseitigung der Aufrechnungshindernisse zu einem Aufrechnungsverbot führt.³²⁷

Dagegen stellt der wohl überwiegende Teil der Lehre – jedenfalls, wenn es um die Benennung der Fallgruppen geht – im Rahmen der anfechtbaren Rechtshandlungen nur auf die anfechtbare Begründung oder den anfechtbaren Erwerb der Gegen– und Hauptforderung ab.³²⁸ Dieser Teil versteht das Gesetz – im Sinne *Diekmanns* – so, daß eine „Möglichkeit der Aufrechnung“ schon mit Herstellung der Gegenseitigkeit gegeben ist.

Diese Lesart entspricht der Intention des Gesetzes. Der Gesetzgeber wollte, der verwendeten weiten Diktion zum Trotz, mit der Schaffung dieses Aufrechnungsverbot nur ganz bestimmte Fallgruppen regeln.

Bereits im ersten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht wird klar, daß die Neufassung darauf abzielt, neben der Regelungsmaterie des § 55 Nr. 2 KO auch die Fälle des Erwerbs der Gegenforderung zu umfassen. Mit dem Wortlaut des Gesetzes sollte lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß mit der Neuregelung auch die nicht von § 55 Nr. 3 KO umfaßten „anderen Fälle“ der anfechtbaren Herbeiführung einer Aufrechnungslage eingeschlossen sind.³²⁹ Gemeint sind, das wird in der genannten Entscheidung BGHZ 58, 108 deutlich, die Fälle des anfechtbaren Erwerbs der Gläubigerposition. Hiernach, wie den entsprechenden Begründungen zum Diskussions–, Referenten– und Regierungsentwurf zufolge,³³⁰ soll mit dem Terminus „Möglichkeit der Aufrechnung“ nicht mehr erreicht werden, als den Tatbestand des § 55 Nr. 3 KO auf seine Gegenkonstellation zu erstrecken. § 96 Abs. 1 Nr. 3 hat dem gesetzgeberischen Verständnis nach folglich lediglich die Aufgabe, die Masse vor Erwerbshandlungen im Sinne der § 96 Abs. 1 Nr. 1 und 2 zu schützen, um so die Zweigleisigkeit zwischen dem Aufrechnungsverbot des § 55 Nr. 3 KO und dem Anfechtungstatbestand des § 30 Nr. 2 KO zu beseitigen und die für das Konkursrecht gebildete Rechtsprechung in den Aufrechnungsverboten umzusetzen.

Daß der Gesetzgeber eine weiterreichende Neuerung in dem Sinne angestrebt hätte, mit der Neufassung zugleich die Aufrechnungshindernisse dem Schutz des Anfechtungsrechts zu unterstellen, ist nicht ersichtlich.

Dies wäre gesetzessystematisch auch gar nicht die Aufgabe des Anfechtungsrechts: Es ist ein Grundsatz des Insolvenzrechts, daß sich der Masseschutz mit fortschreitendem Verfahren intensiviert.³³¹ Das Anfechtungsrecht hat dabei die Funktion, den mit

³²⁷ So *Diekmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 211, 221; *Gerhardt*, FS Brandner, S. 605, 613; ähnlich *Kübler/Prütting–Paulus*, § 130, Rn. 14 und *Nerlich/Römermann–Nerlich*, § 129, Rn. 58.

³²⁸ Vgl. *Häsemeyer*, S. 364, Rn. 19.16; *Kübler/Prütting–Lüke*, § 96, Rn. 43; *Nerlich/Römermann–Wittkowski*, § 96, Rn. 18; *Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch*, § 96, Rn. 11; *HK–Eickmann*, § 96, Rn. 10; wohl auch *Bork*, S. 130, Rn. 265.

³²⁹ Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 3.6.4, S. 338 f.

³³⁰ RefE InsO, Begründung zu § 103, S. 101; EInsO, Begründung zu § 103, S. B81; RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 108, S. 141.

³³¹ Vgl. *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 573 f.; vgl. auch super B. IV. 2. e) bb) (IV).

Verfahrenseröffnung eintretenden Insolvenzbeschlagn schon im Vorfeld der Verfahrenseröffnung zu sichern, indem es Vermögensverschiebungen rückwirkend beseitigt. Dabei greifen die Verfügungsverbote und sonstigen Beschlagnregelungen mit den Aufrechnungsregelungen im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nahtlos ineinander und bewirken so das ansteigende Schutzniveau.

Für die Aufrechnungshindernisse im Sinne des § 95 Abs. 1 S. 1 kann das Aufrechnungsrecht deshalb nicht fruchtbar gemacht werden. Die Aufrechnungshindernisse bewirken keinen Insolvenzbeschlagn. Vielmehr kann ein Insolvenzgläubiger nach Verfahrenseröffnung die Aufrechnungshindernisse beseitigen und ist im Rahmen dessen nur an Treu und Glauben gebunden.³³² Ein anfechtungsrechtlicher Schutz vor der Beseitigung der Aufrechnungshindernisse vor Verfahrenseröffnung überstiege deswegen in systemwidriger Weise das Schutzniveau im eröffneten Verfahren.

Das gilt gleichermaßen im Rahmen des § 95 Abs. 1 S. 3. Zwar besagt diese Regelung, daß die Aufrechnungslage erst dann sicher erworben ist, wenn die Gegenforderung (als erste) durchsetzbar geworden ist, doch greift sie ebenfalls nicht ab Verfahrenseröffnung, sondern bewirkt erst im Laufe des Verfahrens und unter besonderen Bedingungen die Unzulässigkeit der Aufrechnung. § 95 Abs. 1 S. 3 ist daher zwar verbotsähnlich, löst aber gleich § 95 Abs. 1 S. 1 keinen Insolvenzbeschlagn aus. Zwischen einem anfechtungsrechtlichen Masseschutz im Vorverfahren und dem Einsetzen des Masseschutzes durch § 95 Abs. 1 S. 3 bestünde eine Schutzlücke, derentwegen die Masse während des Vorverfahrens wiederum stärkeren Schutz genießen würde als im eröffneten Verfahren.

Es ist infolgedessen davon auszugehen, daß § 96 Abs. 1 Nr. 3 nur den anfechtbaren Erwerb einer Schuldner- oder Gläubigerposition meint. Die Norm beläßt es damit bei der grundsätzlichen Trennung zwischen den Aufrechnungsvoraussetzungen in § 96 Abs. 1 und den Aufrechnungshindernissen in § 95 Abs. 1. Der Wortlaut der Norm ist dabei – insofern ist *Diekmann* Recht zu geben – allerdings ein Hindernis. Daß die Anwendung des § 96 Abs. 1 Nr. 3 innerhalb des Erwerbs der Aufrechnungslage auf solche Vorgänge beschränkt ist, die die Gegenseitigkeit herstellen, wird nicht deutlich.

d) Rechtshandlung

Die Gegenseitigkeit muß durch eine „Rechtshandlung“ herbeigeführt worden sein. Dieser Begriff ist weit auszulegen.³³³ Umfaßt sind jegliche Handlungen des Schuldners, eines

³³² Gerade deswegen stellen etwa die Vertragsbruchtatbestände ein Problem dar, vgl. super III. 4. b) aa).

³³³ Vgl. zum Begriff der Rechtshandlung RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 144, S. 157; *Zeuner*, S. 12 ff, Rn. 15 ff.; *Häsemeyer*, S. 363, Rn. 19.15; *Nerlich/Römermann-Nerlich*, § 96, Rn. 18, § 129, Rn. 33 ff.; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Breutigam*, § 96, Rn. 11, § 129, Rn. 4 ff.; *Kübler/Prütting-Paulus*, § 129, Rn. 14; *Kilger/Schmidt*, Insolvenzesetze, § 29 KO, 9).

Gläubigers oder eines Dritten, die rechtliche Wirkungen auslösen.³³⁴ Als Untergrenze der Rechtshandlung ist lediglich eine vom Willen getragene Betätigung zu verlangen. Der Erwerb einer Forderung durch unbeeinflusste Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 Abs. 1 BGB) fällt daher nicht unter die anfechtbaren Rechtshandlungen im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 3.³³⁵

Die Normierung dieses Tatbestandsmerkmals in § 96 Abs. 1 Nr. 3 ist indes überflüssig, ja irreführend. Im Gegensatz zu den Merkmalen „Insolvenzgläubiger“ und „Möglichkeit der Aufrechnung“ stellt die „Rechtshandlung“ keine aufrechnungsspezifische Voraussetzung dar. Vielmehr wird dieses Tatbestandsmerkmal im Anfechtungsrecht vorausgesetzt. Die zweifache Verwendung dieses Begriffs legt daher die Annahme nahe, daß mit der Rechtshandlung im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 3 etwas anderes gemeint ist als mit der Rechtshandlung im Sinne des Anfechtungsrechts. Dabei kommt eine inhaltliche Divergenz zwar nicht in Frage – sicherlich kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, mit der Einführung einer gleichlautenden Terminologie im Rahmen eines zusammengehörigen Normenkomplexes auf verschiedene Begriffsinhalte abgezielt zu haben –, es kann gleichwohl daran gedacht werden, daß mit der Formulierung des § 96 Abs. 1 Nr. 3 das Merkmal der „Rechtshandlung“ gleichsam vor die Klammer gezogen werden sollte, um die Norm des § 129 zu überbrücken. Auch das ist jedoch nicht der Fall. § 96 Abs. 1 Nr. 3 erfaßt gleich § 129 Abs. 1 nur solche Rechtshandlungen, die vor Verfahrenseröffnung erfolgt sind³³⁶ und will, wie § 129 Abs. 2, solche Rechtsfolgen umfassen, die durch ein pflichtwidriges Unterlassen herbeigeführt worden sind. Das Merkmal „Rechtshandlung“ ist mithin uneingeschränkt im Sinne der Aufrechnungsregelungen zu verstehen.³³⁷

e) Der Verweis auf das Anfechtungsrecht

Die größten Schwierigkeiten bereitet § 96 Abs. 1 Nr. 3 mit dem pauschalen Verweis auf das Anfechtungsrecht. Die Norm scheint dabei mit der Wendung „anfechtbare Rechtshandlung“ die eigenständige Subsumtion unter einen Anfechtungstatbestand vorauszusetzen, doch will

³³⁴ Deshalb irrt *König*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 255, 260, wenn er davon ausgeht, daß der Begriff der Rechtshandlung zu eng gefaßt sei (vgl. hierzu auch *Gerhardt*, FS Brandner, S. 605, 614).

³³⁵ So schon die Motive zur Konkursordnung zu § 48 Nr. 3, dem späteren § 55 Nr. 3 KO, S. 238, abgedruckt bei *Hahn*, S. 226. Hier heißt es, daß dieser nur „fraudulöse Operationen“ betreffen sollte, ein im Wege der „Universalsuccession“ in eine Aufrechnungslage geratener Schuldner des Gemeinschuldners daher nicht von dieser Vorschrift betroffen sei. Vgl. auch *Häsemeyer*, S. 364, Rn. 19.16 und in *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, S. 645, 656, Rn. 34; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 96, Rn. 12; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 43; *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 96, Rn. 18.

³³⁶ So der RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 108, S. 141. Vgl. ferner *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 41; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 46; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 96, Rn. 11; *FK-App*, § 96, Rn. 16.

³³⁷ Von der Literatur wird § 129 stets als von der Verweisung des § 96 Abs. 1 Nr. 3 mitumfaßt behandelt, vgl. *Nerlich/Römermann-Nerlich*, § 96, Rn. 19; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 41; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 96, Rn. 11.

sie natürlich nicht nur eine autonome „Vorschaltung“ des Anfechtungsrechts erreichen, sondern vielmehr eine Verbindung von Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht. Es ist folglich hier von einem *Verweis* auf das Anfechtungsrecht zu sprechen und von einer der Verweisungsnorm *entsprechenden* Anwendung der Anfechtungstatbestände auszugehen.³³⁸

aa) Die anwendbaren Anfechtungstatbestände

Fraglich ist, auf welche Anfechtungstatbestände § 96 Abs. 1 Nr. 3 abstellt. Grundsätzlich verweist die Norm auf das gesamte Anfechtungsrecht. Die richtige Frage muß deswegen lauten, welchen Anfechtungstatbestand es im Einzelfall anzuwenden gilt.³³⁹

Dabei ist davon auszugehen, daß regelmäßig der Aufrechnende selbst die Gegenseitigkeit herstellende Rechtshandlung vorgenommen hat beziehungsweise daß, etwa im Fall der Zession, ein Dritter gehandelt hat. Im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 werden deshalb zumeist die Tatbestände der Deckungsanfechtung (§§ 130, 131) Anwendung finden, denn nur diese erlauben die Anfechtung von Rechtshandlungen schuldnerfremder Personen.³⁴⁰ Wiederum kann – hätte dies auch praktische Vorzüge – in der Wahl zwischen diesen beiden Anfechtungstatbeständen die Frage nicht lauten, ob in der Herbeiführung einer Aufrechnungslage generell ein Fall der kongruenten (§ 130) oder inkongruenten Deckung (§ 131) zu sehen ist.³⁴¹ Statt dessen ist einzelfallspezifisch zu klären, ob der Anfechtungsgegner auf die durch die Aufrechnungslage erlangte Deckung einen Anspruch hatte oder nicht. Die Anwendung des einen oder anderen Anfechtungstatbestandes hat dabei vor allem Auswirkungen für das Erfordernis der Kenntnis des Insolvenzgläubigers von der Krise. Nach § 130 ist solche Kenntnis verlangt, für § 131 ist sie dagegen nicht erforderlich. Zwei Beispiele:

– Erfolgt eine Gutschrift auf ein debitorisches Konto des späteren Insolvenzschuldners, dann ist die kontoführende Bank kraft der Kontokorrentabrede aus dem Girovertrag zur Verrechnung berechtigt und hat deswegen einen Anspruch auf die erlangte Deckung.³⁴² Die

³³⁸ Vgl. zu verweisenden Rechtsnormen: *Larenz, Methodenlehre*, S. 261.

³³⁹ Vgl. *Heublein*, ZIP 2000, S. 161, 164 f.; *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 576 f.; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 96, Rn. 11; *MÜKU/InsOBrandes*, § 96, Rn. 29 ff.; *FK-App*, § 96, Rn. 16 f.; *Henckel*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 813, 827, Rn. 31; *Jaeger/Henckel*, § 30 KO, Rn. 274; *FK-Dauernheim*, § 130, Rn. 28; *ders.* Anfechtungsrecht, § 130, V. 1., S. 58; *Obermüller/Hess*, S. 299, Rn. 1473; wohl auch *Spliedt*, DZWir 2000, S. 418, 423, bei und in Fn. 61.

³⁴⁰ Vgl. *Heublein*, ZIP 2000, S. 161, 164; bislang wurde die Anfechtbarkeit vorinsolvenzlicher Verrechnungslagen auch maßgeblich anhand der Deckungsanfechtung beurteilt, vgl. etwa *Dampf*, KTS 1998, S. 145, 156; *Steinhoff*, ZIP 2000, S. 1141, 1143 f., 1150.

³⁴¹ So aber *Landfermann*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159, 184 f., Rn. 74 (vgl. hierzu ablehnend OLG Dresden, DZWir 2001 S. 470, 471 f.) und *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 47.

³⁴² Vgl. *MÜKU/InsOBrandes*, § 96, Rn. 33 f.; *Jaeger/Henckel*, § 30 KO, Rn. 274; *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 576; BGH ZIP 1999, S. 665, 667. Dagegen: OLG Hamm, ZIP 2001, S. 1683 ff.

Aufrechnung/Verrechnung stellt dann einen Fall kongruenter Deckung dar, so daß für die Frage der Aufrechenbarkeit auf die Kenntnis der Bank von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder vom Eröffnungsantrag abzustellen ist.

– Rechnet die Bank dagegen mit der Gutschrift auf einem nicht-debitorischen Konto des Schuldners gegen dessen Negativsaldo auf einem anderen Konto auf, dann stand ihr diese Deckung nicht zu.³⁴³ Die Zulässigkeit der Aufrechnung entscheidet sich dann nach den §§ 96 Abs. 1 Nr. 3, 131, ohne daß es dabei auf die Kenntnis der Bank von der Krise ankäme. Für den Fall, daß die Gutschrift im letzten Monat vor dem Eröffnungsantrag stattgefunden hat, ist nicht einmal Zahlungsunfähigkeit des nachmaligen Insolvenzschuldners (§ 131 Abs. 1 Nr. 2) oder Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung (§ 131 Abs. 1 Nr. 3) zu verlangen.³⁴⁴

Ebenso ist der Fall zu entscheiden, daß ein Schuldner zur Masse sich noch während der Krise dadurch zum Gläubiger macht, daß er sich die Forderung eines anderen Gläubigers abtreten läßt.³⁴⁵ Ein Anspruch auf die erlangte Deckung kann hier praktisch nicht bestehen. Mit der Gegenforderung wird daher regelmäßig eine inkongruente Deckung erlangt,³⁴⁶ die die Aufrechnung unabhängig von einer Kenntnis des Zessionars unzulässig macht. Darin liegt eine deutliche Verschärfung gegenüber dem Konkursrecht, denn nach § 55 Nr. 3 KO war noch Krisenkenntnis erforderlich. Das Konkursrecht behandelte diese Konstellation folglich wie einen Fall kongruenter Deckung.

Aus diesem Umstand kann gleichwohl nicht rückschließend gefolgert werden, daß die Erlangung einer Aufrechnungslage (für das Insolvenzrecht) stets einen Fall der kongruenten Deckung darstellt.³⁴⁷ Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, anstelle eines Sondertatbestandes auf die Anfechtungstatbestände der §§ 130 ff. zurückzugreifen. Ein Rückschluß von § 55 Nr. 3 KO kann auf die Anwendung dieser Anfechtungstatbestände nicht gezogen werden, denn andernfalls wäre die Befreiung von der engen Tatbestandlichkeit konterkariert. Vielmehr ist der konkrete Fall an den Anfechtungstatbeständen selbst zu messen und das so gefundene Ergebnis dann im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 zu berücksichtigen. Wenn § 55 Nr. 3 die vorliegende Konstellation wegen seines eigenständigen Tatbestands privilegierte, dann ist diese

³⁴³ Vgl. *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 577; MÜKU/InsOBrandes, § 96, Rn. 31.

³⁴⁴ Weitere Fälle inkongruenter Deckung bei *Jaeger/Henckel*, § 30 KO, Rn. 274; *Bork*, S. 130, Rn. 266.

³⁴⁵ Vgl. *Bork*, S. 130, Rn. 266; FK-App, § 96, Rn. 17.

³⁴⁶ Vgl. auch aus der neueren Rechtsprechung: BGH ZIP 2001, 885, 887; ZIP 2000, 2207, 2210.

³⁴⁷ So aber *Landfermann*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159, 184 f., Rn. 74; ihm folgend *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 47 (anders allerdings in § 96, Rn. 60d).

Besserstellung mit Einführung des § 96 Abs. 1 Nr. 3 und der Aufgabe eines eigenen Tatbestandes für diese Norm schlicht entfallen.

Der Tatsache, daß der BGH, in dem Bemühen den von § 55 Nr. 3 nicht umfaßten Konstellationen mit dem Anfechtungsrecht zu begegnen, bislang regelmäßig auf den Tatbestand der kongruenten Deckung (§ 30 Nr. 1, 2. Fall KO) zurückgegriffen hat,³⁴⁸ kann dahingehend – entgegen manchen Stimmen³⁴⁹ – nichts Gegenteiliges entnommen werden. Sämtliche hierzu angeführten Urteile orientieren sich an § 55 Nr. 3 KO und führen aus, daß wenschon diese Vorschrift nicht greift, die Anfechtung *deshalb* nicht ausgeschlossen ist. Die in dieser Sache ergangene Rechtsprechung war mithin im wesentlichen darum bemüht, den als zu eng erkannten Tatbestand des § 55 Nr. 3 KO über die Anwendung des Anfechtungsrechts abzudecken und zu erweitern.³⁵⁰ Sie mußte *deswegen* den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 55 Nr. 3 bei der Anwendung des Anfechtungsrechts Rechnung tragen und auf den ebenfalls Kenntnis voraussetzenden Anfechtungstatbestand wegen kongruenter Deckung (§ 30 Nr. 1, 2. Fall KO) zurückgreifen. Da die Anwendung der Anfechtungsregeln nach aktueller Rechtslage nicht mehr von der Vorgabe und der engen Tatbestandlichkeit des § 55 Nr. 3 abhängig ist, kann nicht von einem Festhalten an dieser Rechtsprechung ausgegangen werden. Tatsächlich bemühte sich der BGH in einem neueren Urteil darum, die Kongruenz einer kontokorrentmäßigen Verrechnung positiv festzustellen.³⁵¹ Das LG Bochum hat dann in Kenntnis und Bezugnahme auf dieses Urteil für den Fall, daß zwar ein Negativsaldo vorgelegen hat, dabei aber die Kreditlinie noch nicht ausgeschöpft war, sogar eine inkongruente Deckungserlangung angenommen.³⁵²

Ein genereller Anfechtungstatbestand für den Erwerb einer Aufrechnungslage existiert nicht. Fehlt es an einem Anspruch des Aufrechnenden, so ist § 131 einschlägig. Hatte der Gläubiger (ausnahmsweise) einen Anspruch auf die erlangte Deckung, greift § 130. Liegt der Aufrechnungslage doch einmal eine Handlung des Schuldners zugrunde, dann kommen auch die übrigen Tatbestände des Anfechtungsrechts in Frage.³⁵³

³⁴⁸ BGHZ 56, S. 108, 113 ff.; 86, S. 190, 194; 89, S. 189, 193; BGH, ZIP 1999, S. 665.

³⁴⁹ Vgl. *Landfermann*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159, 184 f., Rn. 74; *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 657, Rn. 35; *Zeuner*, S. 61, Rn. 96; vgl. dagegen *Jaeger/Henckel*, § 30 KO, Rn. 274 a.E.

³⁵⁰ Vgl. etwa *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 41; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 96, Rn. 11.

³⁵¹ BGH, ZIP 1999, S. 665, 667 a.E.: „Daß die Beklagte die Eingänge auf dem Girokonto des Schuldners gegen den Sollsaldo verrechnete, war kongruent. Auf Grund des mit dem Schuldner geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages war sie dazu berechtigt und verpflichtet.“

³⁵² LG Bochum, ZIP 2001, S. 87, 88 f.

³⁵³ Vgl. *Heublein*, ZIP 2000, S. 161, 165; *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 657, Rn. 35; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 96, Rn. 48.

bb) Folgeprobleme

Die Entscheidung des Gesetzgebers, das Nebeneinander von Anfechtungsrecht und Aufrechnungsverboten abzuschaffen, bereitet Folgeprobleme. Prekärerweise treten diese gerade an den Stellen auf, die durch die Neuregelung vereinfacht und verbessert werden sollten: Die tatbestandliche Erweiterung des Aufrechnungsverbots und die damit einhergehende Abschaffung des Erklärungserfordernisses.

(I) Die Aufwertung einer untauglichen Sicherungsmöglichkeit eines Schuldners

So wendet *Diekmann* zurecht ein, daß der Tatbestand des § 55 Nr. 3 bestimmte Aufrechnungslagen abdeckte, die vom Anfechtungsrecht nicht erreicht werden.³⁵⁴ Die §§ 130 ff. erfassen nur solche Personen, die auch ohne eine anfechtbare Handlung Insolvenzgläubiger wären.³⁵⁵ Macht sich also ein Schuldner der Masse während und in Kenntnis der Krise zum Gläubiger – etwa, um bei dem Beispiel *Diekmanns* zu bleiben, indem er dem nachmaligen Insolvenzschuldner in Kenntnis der Eröffnungsgründe Waren verkauft, um gegen die Kaufpreisforderung mit seiner Forderung aufrechnen zu können – dann kann dem nicht mit dem Anfechtungsrecht begegnet werden.

Wie bereits erwähnt³⁵⁶ will § 96 Abs. 1 Nr. 3 dennoch diese Konstellation umfassen. Insofern kann für die Anfechtungstatbestände nichts anderes gelten als für den Wortlaut des § 96 Abs. 1 Nr. 3: Unabhängig davon, ob der die Aufrechnungslage herbeiführende Teil Schuldner oder Gläubiger des späteren Insolvenzschuldners war, ist ihm die Aufrechnung unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 130 ff. zu versagen, wenn er in der Krise die Gegenseitigkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderungen herbeiführt. Dahingehend unterstellt § 96 Abs. 1 Nr. 3 den Anfechtungstatbeständen Konstellationen, die von diesen genuin nicht umfaßt sind.³⁵⁷ Eine Verringerung des Schutzniveaus von § 55 Nr. 3 ist damit zwar nicht zu befürchten,³⁵⁸ doch ist festzustellen, daß die Formulierung des § 96 Abs. 1 Nr. 3 gleich doppelt mißverständlich ist, wenn sich der Begriff des Insolvenzgläubigers auch in dem Verweis auf das Anfechtungsrecht fortsetzt. Gleichsam ist festzustellen, daß § 96 Abs. 1 Nr. 3 das Anfechtungsrecht nicht bloß in das Aufrechnungsrecht inkorporiert (beziehungsweise daß sich die Erweiterung des Anfechtungsrechts nicht auf die Entbehrlichkeit der Anfechtungserklärung beschränkt),³⁵⁹ sondern daß die Verweisung des

³⁵⁴ *Diekmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 211, 219 f.

³⁵⁵ Kübler/Prütting–Paulus, § 130, Rn. 4; BGH ZIP 1984, S. 190, 192.

³⁵⁶ Super IV. 4. b).

³⁵⁷ Vgl. *Gerhardt*, FS Brandner, S. 605, 613; *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 576.

³⁵⁸ Vgl. auch Kübler/Prütting–Lüke, § 96, Rn. 44.

³⁵⁹ So aber die gängige Formulierung in der Literatur: Kübler/Prütting–Lüke § 96, Rn. 2, 41; *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 576; *Dampf*, KTS 1998, S. 145, 155 f.

§ 96 Abs. 1 Nr. 3 über die bloße Integration des Anfechtungsrechts hinaus eine tatbestandliche Erweiterung des Anfechtungsrechts zur Folge hat.

(II) Das Entfallen der Sicherungsmöglichkeit eines Gläubigers

Als problematisch erweist sich auch der umgekehrte Fall, daß ein Gläubiger, um sich eine Aufrechnungslage zu verschaffen, vom späteren Insolvenzschuldner Waren zu einem überhöhten Preis kauft und sich so zu dessen Schuldner macht. Bislang konnte der Verwalter in dieser Situation entweder Erfüllung des wirtschaftlich günstigen Kaufvertrages verlangen oder den Kaufvertrag im ganzen wegen der damit erlangten Deckung des Gläubigers anfechten. Dagegen war es ihm verwehrt, den Vorgang in einen massegünstigen (Kaufvertrag) und einen masseungünstigen Teil (Aufrechnungslage) aufzuspalten und unter Erhaltung des Kaufvertrages isoliert die Aufrechnung anzufechten.³⁶⁰

Das mag auf den ersten Blick befremden, denn der Gläubiger ist die für ihn ungünstige Verpflichtung ja nur deswegen eingegangen, um sich eine Aufrechnungsmöglichkeit zu verschaffen und sich dadurch im Ergebnis unbotmäßig besser zu stellen. Wenn ihm diese Möglichkeit nun verwehrt wird, dann ist man versucht, ihn die eigene Tücke spüren zu lassen, respektive der Masse den unverhofften Zuwachs nicht deswegen zu versagen, weil sich der Gläubiger in seinen gläubigerschädigenden Erwartungen getäuscht sieht.³⁶¹ Dagegen spricht allerdings, daß das Anfechtungsrecht nicht pönaler Natur ist. Es soll die Masse zwar in die Lage versetzen, in der sie ohne das anfechtbare Rechtsgeschäft wäre, nicht aber ihr Vorteile verschaffen, die sie ohne das anfechtbare Rechtsgeschäft nicht gehabt hätte.³⁶² Das Anfechtungsrecht darf nicht dazu „mißbraucht“ werden, der Masse einen über die bloße Rückabwicklung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts hinaus verbleibenden Vorteil zu verschaffen.

Um diese Wertung zu erhalten, genügte es für das Konkursrecht, dem Verwalter die isolierte Anfechtung der Aufrechnungslage zu versagen. Das ist jedoch nach aktueller Rechtslage wegen des in § 96 Abs. 1 Nr. 3 vorgesehenen Automatismus nicht mehr möglich. Die Wertung des Anfechtungsrechts wird damit gleichsam überbrückt. Um sie dennoch zu erhalten, wird man daher entweder dem Insolvenzverwalter die Wahl der Erfüllung des Kaufvertrages nach Treu und Glauben versagen oder § 96 Abs. 1 Nr. 3 teleologisch reduzieren müssen.

³⁶⁰ BGH ZIP 1998, S. 2165, 2165 ff., mwN.

³⁶¹ Vgl. auch *Jaeger/Henckel*, § 30 KO, Rn. 284 ff.

³⁶² Vgl. RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 162, S. 167; BGH ZIP 1998, S. 2165, 2166. Dafür spricht auch, daß nunmehr in § 143 Abs. 1 S. 2 ausdrücklich auf das Bereicherungsrecht verwiesen wird.

f) Rekurs: Verhältnis zu den Aufrechnungsverboten des § 96 Abs. 1 Nr. 1 und 2

Es ist bereits festgestellt worden, daß allein § 96 Abs. 1 Nr. 3 den Zeitraum vor Verfahrenseröffnung abdeckt. Dies vor allem deswegen, weil eine der analogen Anwendung von § 96 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 offenstehende Regelungslücke nicht festgestellt werden konnte.³⁶³ Das ist nunmehr ergänzend zu bestätigen: § 96 Abs. 1 Nr. 3 deckt die Tatbestände der § 96 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 für die Zeit vor Verfahrenseröffnung vollständig ab (Insolvenzgläubiger), ohne dabei über den Anwendungsbereich der Nr. 1 und Nr. 2 hinauszugehen (Möglichkeit der Aufrechnung). Weder verbleibt also eine Tatbestandslücke für die Anwendung des § 96 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 noch verbliebe bei einer Anwendung dieser Aufrechnungsverbote auf die Zeit vor Verfahrenseröffnung für die Norm des § 96 Abs. 1 Nr. 3 ein Anwendungsbereich. Eine analogiefähige Regelungslücke ist auszuschließen.

g) Fazit

§ 96 Abs. 1 Nr. 3 umfaßt mit dem Verweis auf das Anfechtungsrecht jeglichen Erwerb einer Gegen- oder Hauptforderung, der zu einer Aufrechnungslage führt. Welcher Anfechtungstatbestand dabei zum Tragen kommt, bestimmt sich nach dem Einzelfall. Zumeist werden die Tatbestände der Deckungsanfechtung (§§ 130, 131) einschlägig sein, innerhalb derer entscheidend ist, ob der Aufrechnende einen Anspruch auf die mit dem Erwerb erlangte Deckung hatte (§ 130) oder nicht (§ 131).

Indem § 96 Abs. Nr. 3 nunmehr das anfechtbare Schuldigwerden eines Gläubigers des späteren Insolvenzschuldners umfaßt, ergänzt die Norm den vormaligen § 55 Nr. 3 KO um die zu ihm entwickelte höchstrichterliche Rechtsprechung. Dies und nur dies war die gesetzgeberische Intention bei der Neufassung.

Der Gesetzeswortlaut vermag dem nur ungenügend zu folgen. Zum Teil ist er zu weit. Es wäre glücklicher gewesen, das Tatbestandsmerkmal „Rechtshandlung“ aus dem Aufrechnungsverbot herauszunehmen und anstelle der „Möglichkeit der Aufrechnung“ vom Erwerb der Gegen- und Hauptforderung oder der Herstellung der Gegenseitigkeit zu sprechen. An anderer Stelle greift er zu kurz. Daß die Norm tatsächlich auf beide Erwerbsseiten Anwendung findet, wird weder im Tatbestand noch in der Verweisung des § 96 Abs. 1 Nr. 3 deutlich. Die Norm verschweigt, daß dem Anfechtungsrecht durch das „Einfallstor“ der Verweisung Anwendungsbereiche eröffnet werden, die ihm originär nicht unterfallen und daß § 96 Abs. 1 Nr. 3 deswegen nicht nur die Institute Aufrechnungsverbote und Anfechtungsrecht verbindet, sondern auch erweitert.

³⁶³ Vgl. super B. IV. 2. e), insbesondere bb) (III) und (IV).

Insgesamt muß § 96 Abs. 1 Nr. 3 deswegen wohl als die sprachlich am wenigsten geglückte Aufrechnungsnorm bezeichnet werden.

5. § 96 Abs. 1 Nr. 4

a) Grundsätzliches

Die Regelung des § 96 Abs. 1 Nr. 4 stellt die einzige wirkliche Neuerung innerhalb der Aufrechnungsverbote dar. Sie wurde notwendig, um dem in § 35 angeordneten Neuerwerbsbeschlagn³⁶⁴ Rechnung zu tragen.³⁶⁵

Für die Altmasse, also für das Schuldnervermögen, das bis zur Verfahrenseröffnung vorlag,³⁶⁶ ist die Rechtsfolge dieses Aufrechnungsverbots, daß ein Schuldner zur Masse nicht mit einer nach Verfahrenseröffnung erworbenen Forderung gegen das freie Vermögen des Insolvenzschuldners aufrechnen kann,³⁶⁷ eine sich aus der Trennung dieser beiden Vermögensmassen (§ 80 Abs. 1) ergebende Zwangsläufigkeit: Eine (Gegen-)Forderung, die aus dem freien Vermögen des Schuldners zu erfüllen ist, steht nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zu einer (Haupt-)Forderung, die zur Insolvenzmasse gehört.³⁶⁸

Für die Neumasse hebt § 35 die haftungsrechtliche Trennung von Schuldnervermögen und Insolvenzmasse auf und weist das neu erworbene Schuldnervermögen der Masse zu. Die Trennung von massezugehörigem Neuerwerb und insolvenzfremem Schuldnervermögen ist daher keine Selbstverständlichkeit. Hier macht § 96 Abs. 1 Nr. 4 die Entscheidung des Gesetzgebers deutlich, den Neuerwerb nicht nur der weiteren Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners zu entziehen, sondern darüber hinaus die Anreicherung der Masse mit dem Neuerwerb sicherzustellen.³⁶⁹

³⁶⁴ Vgl. allgemein zu Problemen des Neuerwerbs: *Runkel*, FS Uhlenbruck, S. 315, 315 ff.

³⁶⁵ So Kübler/Prütting-Lüke, § 96, Rn. 56 f.; *Adam*, WM 1998, S. 801, 803; *Landfermann*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159, 185, Rn. 76 f.; *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 656, Rn. 33 (anders aber *ders.*, S. 363, Rn. 19.14). Zum Teil wird dagegen vertreten, die Regelung sei überflüssig: *FK-App*, § 96, Rn. 3; *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, § 50 IV 2. c), S. 236; *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 96, Rn. 20; *Viertelhausen*, S. 159 ff., versucht die Aufrechnung gegen den Neuerwerb über § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2 zu lösen.

³⁶⁶ Vgl. *Dieckmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 211, 223; *Adam*, WM 1998, S. 801, 803.

³⁶⁷ Der umgekehrte Fall, daß der Insolvenzschuldner nach Verfahrenseröffnung noch eine Forderung gegen Insolvenzgläubiger erwirbt, fällt nicht unter § 96 Abs. 1 Nr. 4, sondern unter § 96 Abs. 1 Nr. 1 (vgl. *Viertelhausen*, InVO 2000, S. 77, 82 f.).

³⁶⁸ Vgl. *Bork*, S. 126, Rn. 274 a.E.; *Landfermann*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159, 185, Rn. 76; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch*, § 96, Rn. 14 (Vergleich mit nachträglicher Verfügung des Insolvenzschuldners). Insofern geht dieses Aufrechnungsverbot aus § 55 Nr. 1, 2 hervor (vgl. RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 108, S. 141; *Landfermann*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 159, 185, Rn. 76).

³⁶⁹ Der Vertragspartner des Schuldners wird allerdings durch § 82 geschützt. Kritisch zum Beschlag des Neuerwerbs: *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts (1891), § 29, S. 124 f.

b) Teleologische Reduktion der Norm?

Daß dies nicht unproblematisch ist, zeigt sich im Licht eines Austauschvertrages. Die im Synallagma stehende Forderung des Insolvenzschuldners fällt sofort in die Masse, wogegen die Forderung seines Vertragspartners sich weiterhin gegen den Schuldner und sein knappes insolvenzfreies Vermögen richtet.

Das damit einhergehende Risikoungleichgewicht kann in Ansehung der wechselseitigen Erfüllungsansprüche allerdings weitgehend toleriert werden, denn weiß der Vertragspartner von der Insolvenz des anderen Teils, so kann er sich dadurch absichern, daß er auf einem Leistungsaustausch Zug–um–Zug besteht.³⁷⁰ Er ist zwar dadurch schlechter gestellt, daß ihm eine Aufrechnung versagt ist, doch kann dieser Umstand hingenommen werden, weil er sich, ähnlich wie bei einem vertraglichen Aufrechnungsausschluß, seiner Befriedigungsmöglichkeiten bei Vornahme des verpflichtenden Rechtsgeschäfts bewußt gewesen ist.

Hat sich der Vertragspartner in Unkenntnis der Insolvenz seines Gegenübers verpflichtet, so ist er immerhin nach den §§ 406, 407 BGB geschützt,³⁷¹ so daß der Neuerwerbsbeschlagnicht zu seinen Lasten geht.

Dagegen sind die Folgen einer positiven Forderungsverletzung durch den Insolvenzschuldner nur schwerlich zu akzeptieren: Der geschädigte Vertragspartner ist wegen § 96 Abs. 1 Nr. 4 bei der Kompensation der vertragsnahen Schädigung auf das geringe insolvenzfreie Schuldnervermögen beschränkt, ohne die Möglichkeit zu haben, mit seinem Schadensersatzanspruch gegen die eigene Schuld aufrechnen zu können. Dabei bleibt er auch weiterhin zur vollen Leistung gegenüber der Masse verpflichtet. Vor dieser Situation kann sich weder der kundige Vertragspartner über das funktionelle Synallagma³⁷² schützen noch wird der ahnungslose Vertragspartner – und dies erregt besonderes Mißfallen – durch die §§ 406, 407 BGB vor ihr geschützt. Es ist deswegen naheliegend, diesem entgegen § 96 Abs. 1 Nr. 4 die Aufrechnung zu ermöglichen.³⁷³

³⁷⁰ Kübler/Prütting–Lüke, § 96, Rn. 58; Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch, § 96, Rn. 14.

³⁷¹ Dazu *Dieckmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 211, 223; *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 664, Rn. 52; MÜKU/InsOBrandes, § 96, Rn. 40.

³⁷² Zu diesem Begriff und der Abgrenzung zum genetischen und konditionellen Synallagma vgl. *Büdenbender*, AcP 2000, S. 627, 635.

³⁷³ So, allen voran *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 664, Rn. 51 f.; ihm folgend *Nerlich/Römermann–Wittkowski*, § 96, Rn. 22 und *Adam*, WM 1998, S. 801, 803; mit anderer Begründung *Windel* KTS 1995, S. 367, 401 f. Wohl auch MÜKU/InsOBrandes, § 96, Rn. 40. Demgegenüber kritisch: Kübler/Prütting–Lüke, § 96, Rn. 58; Breutigam/Blersch/Goetsch–Blersch, § 96, Rn. 14.

Dagegen spricht allerdings, daß man es dem Insolvenzschuldner somit gestatten würde – entgegen der Anordnung und dem Zweck des § 80 Abs. 1³⁷⁴ –, noch nach Verfahrenseröffnung auf die Masse einzuwirken und diese zu schädigen.

Diese Systemwidrigkeit wird auch nicht dadurch abgeschwächt, daß dem Insolvenzschuldner über die §§ 406, 407 BGB ebenfalls die Möglichkeit gegeben ist, auf die Masse einzuwirken, denn deren Rechtsfolge kann nicht über den Umfang des Neuerwerbs hinausgehen, womit die Masse allenfalls in den Zustand versetzt werden kann, in dem sie sich ohne die Vornahme des Rechtsgeschäftes befunden hätte. Eine darüber hinausgehende Schädigung der Masse ist damit, anders als bei der Abwicklung eines Schadens aus schuldhafter vertraglicher Pflichtverletzung, nicht verbunden.

Zudem würde man den Insolvenzschuldner unnötig und leichtsinnig enthaften: Gewährt man dem geschädigten Vertragspartner die Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber der Masse, dann wird dieser seine Schadensersatzforderung auf diesem Wege ausgleichen. Dies hätte zur Folge, daß den Insolvenzschuldner die Verletzung seiner vertraglichen Nebenpflichten³⁷⁵ nur dadurch betreffen würde, daß der entsprechender Betrag – da er zur Tilgung der Gläubigergemeinschaft nicht zur Verfügung steht – nach Verfahrensaufhebung noch nachgefordert werden könnte. Das jedoch würde den Insolvenzschuldner, angesichts der Möglichkeit Restschuldbefreiung zu erlangen, häufig nicht berühren.

Man nähme dem Insolvenzschuldner also im Ergebnis zu Lasten der Masse, respektive der Gläubigergemeinschaft, die finanzielle Motivation, seinen vertraglichen Nebenpflichten ordnungsgemäß nachzukommen. Vor diesem Hintergrund fällt es leichter, die Entscheidung des Gesetzgebers zu respektieren, den Neuerwerb über § 96 Abs. 1 Nr. 4 einschränkunglos zur Masseanreicherung heranzuziehen.

Eine teleologische Reduktion des § 96 Abs. 1 Nr. 4 ist nicht vorzunehmen.

c) Fazit

Das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 4 vollzieht die Trennung von insolvenzfreiem Schuldnervermögen und Insolvenzmasse insbesondere für den Neuerwerb (§ 35). Dabei nimmt es zu Recht keine Rücksicht auf etwaige (Neu-)Vertragspartner des Insolvenzschuldners, sondern folgt konsequent dem Zweck der Masseanreicherung.

³⁷⁴ Vgl. hierzu etwa Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch, § 96, Rn. 14; Häsemeyer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 656, Rn. 33 (allerdings nur für die Altmasse). Allgemein: Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 80, Rn. 19; Jaeger/Henckel, § 6 KO, Rn. 1; Kuhn/Uhlenbruck, § 6 KO, Rn. 1.

³⁷⁵ Oder eine Schlechtleistung, sofern das betreffende Schuldverhältnis keine gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften kennt beziehungsweise eine nachvertragliche Pflichtverletzung (vgl. Palandt-Heinrichs, § 276 BGB, Rn. 109 ff., insbes. Rn. 109, 113, 121).

6. Ergebnis

Die Aufrechnungsverbote messen die Aufrechenbarkeit anhand des Erwerbs der zur Aufrechnung gestellten Forderungen. Kerngegenstand des § 96 Abs. 1 ist die Gegenseitigkeit, die den Erwerb der Schuldner- wie der Gläubigerposition umfaßt und damit das Merkmal der beiderseitigen Forderungsexistenz impliziert. Im einzelnen:

a) § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2

§ 96 Abs. 1 Nr. 1 und 2 handeln von der Gegenseitigkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderungen für die Zeit nach Verfahrenseröffnung. Die Normen regeln dabei in sprachlich und inhaltlich gleichgerichteter Art und Weise diametrale Konstellationen: § 96 Abs. 1 Nr. 1 verhindert die Aufrechnung mit nachträglich erworbenen Hauptforderungen, § 96 Abs. 1 Nr. 2 die mit nachträglich erworbenen Gegenforderungen. Dabei betrifft allein § 96 Abs. 1 Nr. 1 auch den originären Forderungserwerb. § 96 Abs. 1 Nr. 2 ist im Einklang mit § 38 auf den abgeleiteten Erwerb beschränkt.

Das Verbot der Aufrechnung mit und gegen solche Forderungen, die erst nach dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung in eine Gegenseitigkeitslage eintreten, kann indes keine absolute Geltung beanspruchen, sondern ist unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten einzuschränken.

Das ist vor allem dann der Fall, wenn ein nachträglicher Anspruch seiner Stoßrichtung, Höhe und wirtschaftlichen Funktion nach schon vor der Verfahrenseröffnung so durch einen ursprünglichen Anspruch angelegt war, daß dieser (Zweit-)Anspruch die vermögenszuweisende Anordnung jenes (Erst-)Anspruchs lediglich fortsetzt. Die Aufrechnung mit der Zweitforderung ist dann, unbeschadet ihres Erwerbszeitpunktes, in gleicher Weise möglich als handele es sich bei ihr um einen ursprünglichen, lediglich nicht durchsetzbaren oder ungleichartigen Anspruch (§ 95 Abs. 1). Die These dieser *ursprünglichen Vermögenszuweisung* berücksichtigt den Schutz des Erworbenen und das Gebot der Gläubigergleichbehandlung: Nur aus solchen (Vor-)Aufrechnungslagen, die sich schon unter einer objektiven Vermögensbetrachtung vor Verfahrenseröffnung konkretisiert haben, kann die Aufrechnung nach Verfahrenseröffnung möglich sein.

Dem vergleichbar ist der Fall eines später entstandenen oder erworbenen Anspruchs, der sich schon vor Verfahrenseröffnung in Form eines obligatorischen Anwartschaftsrechts in einer Gegenseitigkeitslage niedergeschlagen hat. Hier ist zwar keine ursprüngliche Vermögenszuordnung durch eine Erstforderung gegeben – weswegen dieser Fall nicht als Fall einer ursprünglichen Vermögenszuordnung benannt worden ist –, doch kann wegen der

dinglichen und vermögenszuweisenden Funktion des Anwartschaftsrechts ebenfalls von einer ursprünglich konkretisierten Vermögenslage gesprochen werden.

Von diesen Ansätzen ist die von der Rechtsprechung angewandte *Bedingungstheorie* zu unterscheiden. Wie die *ursprüngliche Vermögenszuweisung* nimmt diese Lehre Bezug auf ein ursprüngliches Rechtsverhältnis, um eine nach Verfahrenseröffnung entstandene Forderung so behandeln zu können als hätte sie schon ursprünglich zur Aufrechnung gestanden. Entgegen der hier vertretenen Ansicht verlangt die *Bedingungstheorie* aber keine ursprüngliche Konkretisierung der durch den nachträglichen Anspruch realisierten Vermögenslage. Es genügt ihr vielmehr in bestimmten Konstellationen, daß ein Rechtsverhältnis die spätere Forderung in nicht näher ausgeführter Art und Weise „gesetzlich bedingt“ beziehungsweise das Rechtsverhältnis eine Anlage der späteren Forderung „im Kern“ erkennen läßt. Das ist zu wenig. Weder gelingt es dieser Lehre, die von ihr erzielten Ergebnisse mit hinreichender Konstanz oder Abgrenzbarkeit zu versehen – dahingehend kann weder das Schlagwort der Bedingung noch die Beziehung auf eine Anlage des späteren Anspruchs „im Kern“ überzeugen – noch kann sie die von ihr angenommenen Rechtsfolgen auf einen dogmatisch schlüssigen Unterbau stellen. Hinzu kommt, daß mit dem Entwurf einer Bedingung *sui generis* – denn nichts anderes stellt die gesetzliche Bedingung dar – die verschiedenen Aufrechnungshindernisse und Aufrechnungsverbote in ungünstiger Weise vermischt werden.

b) § 96 Abs. 1 Nr. 3

Das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 3 deckt die von § 96 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 umfaßten Erwerbsvorgänge für die Zeit vor Verfahrenseröffnung (exklusiv) ab. Bestehende Aufrechnungslagen berechtigen und berechtigen – insofern hat das Aufrechnungsverbot retroaktive Wirkung – in der Insolvenz daher nicht zur Aufrechnung, wenn ein Teil des zugrundeliegenden Gegenseitigkeitsverhältnisses anfechtbar herbeigeführt worden ist.

Wann das der Fall ist, bestimmt sich nach den §§ 129 ff. Hierbei werden regelmäßig die Tatbestände der Deckungsanfechtung (§§ 130, 131) heranzuziehen sein, doch kann im Einzelfall jeder Anfechtungstatbestand zum Zuge kommen.

c) § 96 Abs. 1 Nr. 4

§ 96 Abs. 1 Nr. 4 schließlich stellt einen besonderen Fall der fehlenden Gegenseitigkeit dar. Die Norm betrifft das Verhältnis von Forderungen gegen das insolvenzfreie Schuldnervermögen und Ansprüchen der Insolvenzmasse, wenn sich Forderung und Schuld in einem Gläubiger vereinigen. Dabei verwirklicht sie konsequent die – für die Altmasse

selbstverständliche – Trennung dieser beiden Vermögensmassen auch in Ansehung des Neuerwerbs und ist insofern notwendige Folge des § 35.

VI. Die Privilegierung des europäischen Bankverkehrs, § 96 Abs. 2

Der aufgrund der EU-Richtlinie 98/26/EG vom 19.5.1998¹ neugeschaffene² Absatz 2 des § 96 sieht für „Ansprüche und Leistungen aus Überweisungs-, Zahlungs- oder Übertragungsverträgen“, die in ein bestimmtes System zur Ausführung solcher Verträge eingebracht worden sind, die Nichtanwendbarkeit des Abs. 1 sowie des § 95 Abs. 1 S. 3 vor.

Mit dem Begriff des „Systems“ sind die sogenannten Nettosysteme des Bankverkehrs gemeint. Das sind solche Verrechnungs- und Ausgleichssysteme des Zahlungsverkehrs, in denen einzelne Aufträge nicht gesondert abgewickelt und gebucht werden (Bruttosysteme), sondern vielmehr gesammelt und am Ende eines Verrechnungszeitraumes saldiert werden (Clearingphase). Erst dann werden die Salden auf die, regelmäßig bei einer Zentralstelle³ geführten, „Settlement“-Konten der Bankhäuser gebucht (Settlement-Phase).⁴ Es handelt sich bei diesen Zahlungssystemen, vereinfacht gesprochen, also um antezipierte Verrechnungsvereinbarungen – nicht unähnlich den Konzernverrechnungsklauseln – zwischen den einzelnen Banken.

Der Gesetzgeber hat sich entschieden, selbst keine Definition dieser Systeme vorzunehmen, sondern bezieht sich auf Art. 2 lit. a der Richtlinie. Voraussetzung ist demnach, daß das jeweilige System der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gemeldet worden ist.⁵ Welche Zahlungssysteme privilegiert werden, steht daher grundsätzlich im Ermessen eines jeden Mitgliedstaates. Aktuell umfaßt sind alle gebräuchlichen Verrechnungssysteme in der Europäischen Union, wie etwa das Abrechnungssystem der deutschen Bundesbank und der Zahlungssystemverbund „TARGET“ der europäischen Zentralbanken.⁶ Innerhalb dieser Systeme häufen sich täglich Verrechnungsvolumina in Höhe mehrerer 100 Mrd. DM an.⁷

Angesichts dieser Größenordnungen wurde nun befürchtet, daß die Insolvenz eines größeren Bankhauses und der damit verbundene Verrechnungsstop beziehungsweise die rückwirkende Unwirksamkeit bereits getätigter Verrechnungen weite Kreise ziehen, ja sogar eine Krise des internationalen Bankensystems heraufbeschwören könnte.⁸ Als besonders bedrohlich wurde dabei die Aussicht empfunden, daß die getätigten Verrechnungen als

¹ Näheres Begründung RegE, BTDrucks. 14/1539, S. 5, f.; Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 96, Rn. 27 ff.

² § 96 Abs. 2 ist durch das Gesetz zur Änderung insolvenzrechtlicher und kreditwesentlicher Vorschriften vom 8.12.1999 (BGBl I, 2384) in die Insolvenzordnung aufgenommen worden.

³ Sogenannte Clearingstellen, etwa Landeszentralbanken, vgl. hierzu Gabler Banklexikon, S. 358.

⁴ Vgl. Begründung RegE, BTDrucks. 14/1539, S. 5.

⁵ Begründung RegE, BTDrucks. 14/1539, S. 11.

⁶ Vgl. Begründung RegE, BTDrucks. 14/1539, S. 9 f.; Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 96, Rn. 27 f.; Kübler/Prütting-Lüke, § 96, Rn. 60 b.

⁷ Vgl. Begründung RegE, BTDrucks. 14/1539, S. 6 f.; Kübler/Prütting-Lüke, § 96, Rn. 60a.

⁸ Vgl. Begründung RegE, BTDrucks. 14/1539, S. 5; Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch, § 96, Rn. 16.

inkongruente Rechtsgeschäfte bewertet werden könnten (§§ 96 Abs. 1 Nr. 3, 131).⁹ Die Insolvenz eines Bankhauses hätte dann ohne weiteres zur Folge, daß sämtliche Verrechnungen im letzten Monat vor dem Eröffnungsantrag unwirksam würden.¹⁰ Mit der Einführung des § 96 Abs. 2 galt es daher primär, dieses Aufrechnungsverbot auszuschalten. Daß darüber hinaus die Aufrechnungsverbote des § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 ausgeschlossen wurden, geschah in der Absicht, den reibungslosen Ablauf des Zahlungsverkehrs und den Abschluß der Rechnung im Fall der Insolvenz eines Systemteilnehmers noch für den laufenden Geschäftstag zu ermöglichen.¹¹ § 95 Abs. 1 S. 3 wurde exkludiert, weil es für die Zulässigkeit einer Verrechnung an diesem Geschäftstag keinen Unterschied machen sollte, ob ein bestimmter Zahlungsvertrag vor oder nach dem des insolventen Teilnehmers in das System eingebracht wurde.¹² Diese Änderungen gelten wegen ihrer geringeren finanziellen Bedeutung mehr der Rechtssicherheit als der Abwehr internationaler Bankkrisen.¹³

Zwei tatbestandliche Einschränkungen sind zu beachten: Zum einen gilt § 96 Abs. 2 nur für Teilnehmer an den betreffenden Systemen. Die Norm wird also ausschließlich in der Insolvenz eines Kreditinstituts Anwendung finden. In der Insolvenz eines Bankkunden ist sie unbeachtlich. Zum zweiten gilt die Privilegierung nur für solche Verrechnungen, die noch am Tag der Verfahrenseröffnung erfolgen. § 96 Abs. 2 sieht also nicht etwa eine automatische Verrechnung vor.¹⁴ Verzögert sich die Verrechnung etwa wegen der Überschreitung eines vereinbarten Limits über den Eröffnungstag hinaus, dann stehen ihr die Aufrechnungsverbote wie jeder anderen Aufrechnung entgegen. Hier zeigt sich noch einmal, daß es nicht so sehr der Schutz eines einzelnen Systempartners des Insolvenzschuldners war, der im Mittelpunkt der Regelung steht, sondern vielmehr die Sorge um die weitreichenden Folgen einer rückwirkenden Unwirksamkeit bereits getätigter Verrechnungen.

Das Ziel der Gesetzesänderung und gleichzeitig die Rechtfertigung für die eingeräumte, sehr weitgehende Privilegierung der Systempartner eines insolventen Kreditinstituts, ist also der Schutz des (internationalen) Bank- und Zahlungsverkehrs. Die Norm nimmt wegen dieses äußerst begrenzten Regelungszwecks eine Sonderstellung im Aufrechnungsrecht der Insolvenzordnung ein, die sich etwaigen Vergleichen oder Analogien entzieht.

⁹ Vgl. hierzu auch super B. IV. 4. e) aa).

¹⁰ Vgl. Begründung RegE, BTDrucks. 14/1539, S. 10; Kübler/Prütting-Lüke, § 96, Rn. 60d; Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 96, Rn. 25.

¹¹ Begründung RegE, BTDrucks. 14/1539, S. 10.

¹² Begründung RegE, BTDrucks. 14/1539, S. 10.

¹³ Begründung RegE, BTDrucks. 14/1539, S. 10.

¹⁴ Vgl. Begründung RegE, BTDrucks. 14/1539, S. 10 f.

VII. Die Aufrechnung im Systemzusammenhang mit verfahrensbedingten Forderungen

Schließlich sind die Aufrechnungsregeln im Zusammenspiel mit den verfahrensbedingten Forderungen zu betrachten, die im Rahmen der Masseverwaltung infolge des Insolvenzverwalterwahlrechts oder der Insolvenzanfechtung begründet werden. Dabei soll nicht nur die Aufrechenbarkeit einzelner Ansprüche untersucht – das ist größtenteils schon geschehen –, sondern vielmehr in diesem Zusammenhang auftretende Probleme geschlossen vorgestellt werden.

1. Das Verhältnis von Insolvenzverwalterwahlrecht und Aufrechnungsrecht und die Aufrechnung mit und gegen Folgeansprüche des Wahlrechts, §§ 103 ff.

Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters ist für das Aufrechnungsrecht gleich in zweifacher Hinsicht interessant. Zum einen gilt es, das grundlegende Verhältnis von Insolvenzaufrechnung und Verwalterwahlrecht zu klären, zum anderen die Aufrechenbarkeit der sich im Zuge der Ausübung des Wahlrechts ergebenden Forderungen zu untersuchen.

a) Das Verhältnis der §§ 103 ff. zu den Aufrechnungsregeln

Zunächst ist klärungsbedürftig, in welchem Verhältnis die §§ 94 ff. zum Wahlrecht des Insolvenzverwalters stehen.

aa) Der Streitstand

Seit 1987¹ interpretiert der BGH in ständiger Rechtsprechung² die Rechtsfolgen des § 103 dahingehend, daß die Erfüllungsansprüche aus gegenseitigen, von keiner Seite vollständig erfüllten Verträgen – jedenfalls insoweit, als sie noch nicht erbracht sind³ – mit der Verfahrenseröffnung untergehen⁴ und nur dann beziehungsweise erst dann *neu* wiederaufleben, wenn der Verwalter sich dafür entscheidet, die Erfüllung des betreffenden

¹ Zuvor wurde der Verfahrenseröffnung keine Erlöschenwirkung zugeschrieben. Erst die Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter sollte die Erfüllungsansprüche (rechtsgestaltend) erlöschen lassen. Auch diese Auffassung ist, jedenfalls im Hinblick auf das Nachforderungsrecht der Insolvenzgläubiger, problematisch (vgl. *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, S. 58 – 78). Vgl. die Entwicklung in der Rechtsprechung bei: *Tintelnot*, ZIP 1995, S. 616, 618; *Bork*, FS Zeuner S. 297, 299; *Kreft*, ZIP 1997, S. 865 ff.

² Erstmals mit der Entscheidung des IX. Zivilsenats vom 29.1.1987, NJW 1987, S. 1702 ff.; Folgend u.a.: BGHZ 106, S. 236, 242 f.; BGHZ 116, S. 156, 158; BGHZ 129, S. 336, 338.

³ So später einschränkend BGH NJW 1995, S. 1966, 1967 (= JZ 1996, S. 49 ff., mit kritischer Anmerkung von *Bork*).

⁴ Etwa BGHZ 106, S. 236, 242.

Vertrages zu verlangen.⁵ Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, dann hat das lediglich deklaratorische Bedeutung, denn er bestätigt damit nur den mit Eröffnung des Verfahrens eingetretenen Rechtszustand.

Vordringliches Ziel dieser Rechtsprechung ist es, die Masse anzureichern.⁶ Im Zuge ihres Erlöschens haben die Erfüllungsansprüche die Behaftung mit etwaigen Gegenrechten des Vertragspartners, akzessorischen Sicherheiten, Aufrechnungslagen oder Vorauszessionen verloren. Die „wiederauferstandenen“ Ansprüche können daher uneingeschränkt zur Masse geltend gemacht werden.

Das bringt praktische Vorzüge mit sich: Der Insolvenzverwalter muß nicht nach bestehenden Gegen- oder Vorrechten forschen, die für den Fall seiner Erfüllungswahl den Erfüllungsanspruch zur Masse bedrohen würden.⁷ Damit entgeht er der Gefahr, die Masse ungewollt zu schmälern beziehungsweise wegen einer schuldhaften Fehleinschätzung im Hinblick auf die Vorteilhaftigkeit der Erfüllungswahl selbst in Anspruch genommen zu werden (§ 60).

In der Lehre ist um diese, als *Erlöschenstheorie* bezeichnete, Rechtsprechung heftiger Streit entbrannt, wobei kein deutliches Übergewicht der die Erlöschenstheorie ablehnenden oder befürwortenden Stimmen festzustellen ist.⁸ Die Einführung des § 103 hat hier nur wenig Neues ergeben.⁹ Zwar ist mit der Streichung des § 18 Abs. 3 KO ein Argument der Kritik entfallen,¹⁰ doch kann dies nicht zugunsten der Erlöschenstheorie gedeutet werden. Der Wille des Gesetzgebers war bei der Abschaffung dieser Norm allein darauf gerichtet, daß Schwierigkeiten bei der Feststellung des Marktpreises der Anwendung des § 104 nicht im Wege stehen sollen.¹¹ Eine Position in dem Streit um die Erlöschenstheorie sollte damit nicht bezogen werden.

⁵ Etwa BGHZ 116, S. 156, 158.

⁶ Vgl. *Bork*, S. 78, Rn. 156; *Henckel*, FS Lücke, S. 237, 251; *Pape*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 531, 540 f., Rn. 11.

⁷ Vgl. *Henckel*, FS Lücke, S. 237, 253 f.

⁸ **Dafür:** *Adam*, NJW 1995, S. 3103, 3103 f.; *Kreft*, ZIP 1997, S. 865, 867 ff.; *Jaeger/Henckel* § 17 KO, Rn. 115, 149 ff.; *Henckel*, ZZP 99 (1986), S. 419, 425 (allerdings sehr kritisch *ders.*, FS Lücke, S. 237, 251 ff.); *Pape*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 531, 541, Rn. 11 f.; *Huber*, NZI 1998, S. 97, 98; *ders.*, JuS 1998, S. 644, 646; *Krull*, ZInsO 1998, S. 291, 292; *Smid-Smid*, § 103 Rn. 3 – 5, § 104 Rn. 2; vorsichtiger *FK-App*, § 96, Rn. 5 und *Uhlenbruck*, JZ 1992, S. 425 f.; *Paulus*, ZIP 1997, S. 569, 571; *Stürmer*, ZZP 94 (1981), S. 263, 298; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Goetsch*, § 103, Rn. 13; *MÜKU/InsOBrandes*, § 96, Rn. 11 ff.; *Huber*, NZI 1998, S. 97, 98; *HK-Eickmann*, § 96, Rn. 5 (einschränkend im Hinblick auf die §§ 94 ff.). **Dagegen:** *Bork*, FS Zeuner, S. 297 ff.; *ders.*, S. 77 ff., Rn. 156 ff.; *ders.*, JZ 1996, S. 51 ff.; *Marotzke*, EWiR 1988, S. 285 f.; *ders.*, EWiR 1991, S. 907 f., *ders.*, JR 1990 S. 331, 333 ff.; *ders.*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 183, 186 f.; *ders.*, S. 57 – 87; *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, § 49 II., S. 225 ff.; *Häsemeyer*, JR 1992, S. 423, 423 ff.; *ders.*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 666, Rn. 56; *ders.*, S. 378 ff., Rn. 20.16 ff.; *Sundermann*, WuB VI B. § 15 KO 1.89, S. 925 ff.; *Tintelnot*, ZIP 1995, S. 616, 618 und in *Kübler/Prütting-Tintelnot*, § 103, Rn. 12; *Gerhardt*, FS Merz, S. 117, 117 ff.; *Smid*, WuB VI B. § 17 KO 1.92, S. 582 ff. (später allerdings anders, vgl. oben).

⁹ Vgl. *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, S. 10, Rn. 2.6; *Huber*, NZI 1998, S. 97, 98.

¹⁰ Vgl. *Bork*, FS Zeuner, S. 297, 305 f.

¹¹ Bericht des Rechtsausschusses zu § 118 RegE, BTDrucks. 12/7302, S. 168.

In den Reihen der Befürworter der Erlöschenstheorie beschränkt sich eine Stellungnahme zumeist auf den Hinweis der genannten massenfördernden und praktischen Vorzüge der Erlöschenstheorie, wobei deren konstruktive Schwächen nicht selten zugegeben werden.¹² Allein *Kreft*, Vors. Richter des für Konkursrecht zuständigen IX. Zivilsenats des BGH und somit einer der Väter der Erlöschenstheorie, hat sich an einer dogmatischen Verteidigung der Rechtsprechung versucht. Er hat sich dabei allerdings maßgeblich auf teleologische Positionen zurückgezogen und sich in systematischer Hinsicht darauf beschränkt, kurz Zweifel an der Kritik zu äußern.¹³

Nach der Gegenansicht hat die Verfahrenseröffnung keine rechtsvernichtende Wirkung für die wechselseitigen Erfüllungsansprüche. Diese sind lediglich bis zur Erfüllungswahl des Verwalters gehemmt¹⁴ und können – entscheidet sich der Verwalter für die Vertragserfüllung – in dem Rechtszustand geltend gemacht werden, in dem sie sich bei Verfahrenseröffnung befunden haben. Lehnt der Verwalter die Erfüllung des gegenseitigen Vertrages ab, dann bleiben die Ansprüche bis zur Beendigung des Verfahrens undurchsetzbar.¹⁵

Diese Ansicht stützt sich im wesentlichen auf die systematischen Unstimmigkeiten der Erlöschenstheorie.¹⁶ So wird beanstandet, daß die Erlöschungswirkung zwar in den §§ 104, 115, 116 geregelt ist,¹⁷ nicht aber im Grundtatbestand des § 103,¹⁸ und daß die Erlöschenlehre kaum mit dem Nachforderungsrecht der Gläubiger aus § 201 Abs. 1 vereinbar ist.¹⁹ Im Zentrum der Kritik steht freilich gerade das angestrebte Ergebnis der

¹² Etwa *Uhlenbruck*, JZ 1992, S. 425, 425 f.; *Henckel*, FS Lücke, S. 237, 251 ff.; *Adam*, NJW 1995, S. 3103, 3103; wohl auch *Krull*, ZInsO 1998, S. 291, 292.

¹³ *Kreft*, ZIP 1997, S. 865, 867.

¹⁴ Vgl. *Bork*, FS Zeuner, S. 297, 315; *Kübler/Prütting–Tintelnot*, § 103, Rn. 12. Bezeichnenderweise bedient sich *Henckel* einer Terminologie, die eher auf Hemmung, denn auf Erlöschen hinweist, wenn er davon spricht, daß der Gläubiger zwar mit Verfahrenseröffnung keine Erfüllung mehr *verlangen kann*, sich dessen Erfüllungsanspruch dem Gemeinschuldner gegenüber aber *erst dann* in einen Schadensersatzanspruch *umwandelt*, wenn er am Verfahren teilnimmt (*Jaeger/Henckel*, § 17 KO Rn. 162).

¹⁵ Sie können hernach gemäß § 201 Abs. 1 nachgefordert werden; dies, sofern sie nicht angemeldet worden sind (§ 45 S. 1), als Individualforderungen (vgl. *Nerlich/Römermann–Westphal*, § 201, 202, Rn. 17) ! Das ist auf dem Rücken der Erlöschenstheorie nicht möglich (vgl. insofern die in Fn. 19 Genannten).

¹⁶ Dies zum Teil mit deutlichen Worten: *Bork*, JZ 1996, S. 51, 51 spricht von einem „Trick“, *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, S. 129, Rn. 4.82, von einer „Zauberformel“, *Häsemeyer*, JR 1992, S. 423, 423 von einer „erstaunlichen Wiedergeburt“.

¹⁷ Genaugenommen ordnen die §§ 115, 116 eine weiterreichende Rechtsfolge an, nämlich das Erlöschen des Vertrages im Ganzen. Der Vergleich mit § 104 ist deshalb am stichhaltigsten, dies auch deswegen, weil § 104 als Ausnahmenvorschrift zu § 103 konzipiert ist (so *FK–Wegener*, § 104, Rn. 3; *Kübler/Prütting–Köndgen*, § 104, Rn. 3; *Nerlich/Römermann–Balthasar*, § 104, Rn. 4; *Jaeger/Henckel*, § 18 KO, Rn. 1).

¹⁸ Vgl. *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, S. 81 f., Rn. 3.44; *Bork*, FS Zeuner, S. 297, 305; *Kübler/Prütting–Tintelnot*, § 103, Rn. 12. Aus den Gegenstimmen ebenso: *Henckel*, FS Lücke, S. 237, 252; *Pape*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 531, 541 Rn. 12. Auch das Gegenargument der Bedingungstheorie, § 104 sei keine Ausnahme zu § 103, sondern beschränke unter Aufrechterhaltung dessen Rechtsfolgen nur das Insolvenzverwalterwahlrecht (Vgl. *Smid–Smid*, § 104, Rn. 2.), kann nicht erklären, warum sich die Rechtsfolge nicht im Grundtatbestand findet.

¹⁹ Vgl. *Häsemeyer*, S. 549 f., Rn. 25.12 ff., *Bork*, FS Zeuner S. 297, 307; das erkennt auch *Henckel* (*Jaeger/Henckel*, § 17 KO, Rn. 162 f.), dessen Lösung über eine Nichtteilnahme am Insolvenzverfahren aber dogmatisch kaum haltbar ist (vgl. *Bork*, FS Zeuner, S. 297, 308).

Erlöschenstheorie, etwaige Vorrechte an den Erfüllungsansprüchen ungeachtet speziellerer Regelungen des Insolvenzrechts untergehen zu lassen.²⁰

bb) Insbesondere: Das Verhältnis zu den Aufrechnungsregeln

Für die Aufrechnung bedeutet die Erlöschenstheorie, daß nach §§ 94, 95 geschützte Aufrechnungslagen untergehen, sofern die Hauptforderung aus einem synallagmatischen Rechtsverhältnis im Sinne des § 103 entspringt. Mit Verfahrenseröffnung erlöschen die gegenseitigen Erfüllungsansprüche. Es fehlt also zu diesem Zeitpunkt an einer aufrechenbaren Forderung. Entscheidet sich der Verwalter hernach für Erfüllung bleibt die Aufrechnung weiterhin ausgeschlossen, denn der Erfüllungsanspruch zur Masse entsteht dann *ex nunc* neu mit der Folge, daß § 96 Abs. 1 Nr. 1 der Aufrechnung entgegensteht.²¹ Entscheidet der Insolvenzverwalter sich gegen Erfüllung, wäre eine Aufrechnung mit dem Anspruch aus § 103 Abs. 2 S. 1 zwar nach der hier vertretenen Auffassung auch auf Grundlage der Erlöschenstheorie zuzulassen,²² doch kann dies nicht das Ergebnis dieser Auffassung sein, denn mit dieser Lösung wäre weder der Masseanreicherung noch der Vereinfachung der Tätigkeit des Insolvenzverwalters gedient. Dieser müßte jetzt nämlich umgekehrt klären, ob er mit der Erfüllungsablehnung die Masse gefährdet. Ergebnis der Erlöschenstheorie kann daher für die Ablehnung der Vertragserfüllung ebenfalls nur sein, daß die Aufrechnung an § 96 Abs. 1 Nr. 1 scheitert.

Die Aufrechnungsregeln unterfielen nach dieser Lesart des Gesetzes damit insgesamt dem Vorbehalt des § 103. Anders ausgedrückt stellte § 103 im Hinblick auf die Hauptforderung bereits mit Verfahrenseröffnung ein absolutes Aufrechnungshindernis dar.

Dieses Ergebnis ist schon in teleologischer Hinsicht höchst zweifelhaft, denn es ist nicht einsichtig, warum der Insolvenzverwalter infolge der Erfüllungswahl sich besser gestellt finden sollte als der Insolvenzschuldner vor Konkursöffnung.²³ Eine Entscheidung fällt an dieser Stelle dennoch schwer, da von beiden Seiten letztlich – *petitio principii* – dasjenige vorausgesetzt wird, was begründet werden soll. Die Frage, ob das Insolvenzverwalterwahlrecht zum Erlöschen von erworbenen Rechtspositionen führen will und darf, ist schließlich maßgeblich davon abhängig, inwiefern man solche Rechte überhaupt als Vorrechte, also als gesicherte Erwerbsspositionen, in der Insolvenz anerkennen will.²⁴ Die

²⁰ Vgl. Kübler/Prütting–*Tintelnot*, § 103, Rn. 12; *Bork*, FS Zeuner, S. 297, 310 ff.; *ders.*, Insolvenzrecht, S. 79, Rn. 160; *Marotzke*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 183, 187 oben.

²¹ Vgl. BGHZ 116, S. 156, 156 ff. (= JR 1992, S. 422, 422 ff., mit Ablehnender Anmerkung von *Häsemeyer*); HK–*Eickmann*, § 96, Rn. 5.

²² Vgl. super B. III. 3. d) bb) (I) und sub B. VI. 1. c) (I) (2).

²³ *Bork*, FS Zeuner, S. 297, 310.

²⁴ Besonders deutlich wird das bei der Entscheidung BGHZ 116, S. 156, 156 – 159.

Kritik sieht zur Zeit der Verfahrenseröffnung erworbene Rechte als gesichert an und moniert deswegen – folgerichtig –, daß die Erlöschenstheorie diese mit der Verfahrenseröffnung untergehen läßt.²⁵ Die Befürworter der Erlöschenstheorie setzen den Untergang dieser Rechtspositionen dagegen gerade voraus²⁶ und beanstanden – ebenso folgerichtig –, daß die Kritik diese erhält.²⁷ Gleichmaßen fallen die Ansichten über die Schutzrichtung des § 103 Abs. 1 auseinander.²⁸

Diese argumentative Ambivalenz endet allerdings am systematischen Zusammenhang des Insolvenzrechts: Gerade § 94 widerlegt deutlich die Prämisse der Erlöschenstheorie, daß Aufrechnungslagen mit Verfahrenseröffnung untergehen.²⁹ Die Norm stellt die Aufrechnung von den Wirkungen des Verfahrens ausdrücklich frei.³⁰ Ein Erlöschen „zur Zeit“ der Verfahrenseröffnung bereits erworbener Aufrechnungslagen aus Verfahrensgründen ist damit unvereinbar.³¹

Diese Rechtsfolge des § 94 wird weiter nicht durch das Insolvenzverwalterwahlrecht eingeschränkt, denn ein Vorrang des § 103 widerspräche dem allgemeinen Verständnis einer Normenkonkurrenz. Grundsätzlich ist bei zwei miteinander konkurrierenden Normen nicht von vornherein anzunehmen, daß die eine oder andere ranghöher ist.³² Ein Vorrang ist vielmehr nur innerhalb bestimmter Konstellationen anzunehmen. Decken sich die Tatbestände der konkurrierenden Normen vollständig, kann ein Vorrang auf der Spezialität der einen Norm beruhen, decken sie sich nur teilweise, kommt – sofern sich nicht beide Rechtsfolgen nebeneinander anwenden lassen³³ – nur die Exklusivität (verdrängende Wirkung) der einen Norm in Betracht. Beides ist hier gleichermaßen fernliegend:

Spezialität – die Konstellation, in der der Tatbestand einer speziellen Norm alle Tatbestandsmerkmale der generellen Norm³⁴ umfaßt³⁵ – scheidet aus, da die von §§ 94 ff. und § 103 umfaßten Tatbestände nicht deckungsgleich sind.

²⁵ Etwa *Bork*, JZ 1996, S. 51, 51.

²⁶ Ohne – wie gesagt – allerdings dafür eine normierte Rechtsfolge vorweisen zu können, vgl. die in Fn. 18 genannten.

²⁷ Etwa *Pape*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 531, 542, Rn. 13.

²⁸ Vgl. *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, S. 10, Rn. 2.6, mit Nachweisen zu den einzelnen Auffassungen in Fn. 5 – 7; anders aber *Bork*, FS Zeuner, S. 297, 309.

²⁹ Vgl. *Bork*, FS Zeuner S. 297, 310 f.; *Häsemeyer*, JR 1992, S. 423, 424.

³⁰ Vgl. auch super B. II.

³¹ Vgl. auch super B. II. 2.

³² Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 267.

³³ Das wäre ein Fall der Anspruchs- oder kumulativen Konkurrenz (vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 269).

³⁴ Oder auch mehrerer Normen, die gegenüber dem Spezialgesetz als ein Gesetz betrachtet werden (vgl. *Schmidt*, Gesetzeskonkurrenz, S. 82).

³⁵ Vgl. *Zippelius*, S. 37; präziser *Schmidt*, Gesetzeskonkurrenz, S. 82.

Die Annahme einer Exklusivität von § 103 bereitet nicht mindere Schwierigkeiten, denn diesem Normverständnis steht entgegen, daß der Tatbestand des § 94 eine Ausnahme in den Fällen des § 103 nicht kennt. Der von der Erlöschenstheorie angestrebte Vorrang des Wahlrechts kann deshalb nur auf einer restriktiven Auslegung der §§ 94 ff. beruhen. Da die Vermutung aber für eine alternative Anwendung der Normen – und damit für die Gegenmeinung – spricht, bedarf die Annahme einer Exklusivität, und damit die restriktive Auslegung der einen Norm, einer zwingenden Begründung.³⁶ Hierbei ist auf Zweck und Wertung der in Konflikt stehenden Normen zurückzugreifen.³⁷ Exklusivität kommt demnach vor allem dann in Betracht, wenn bei alternativer Anwendbarkeit der *leges* das eine praktisch bedeutungslos würde³⁸ oder durch die alternative Anwendung wesentliche Wertungsgesichtspunkte einer Norm verloren gingen.

Das ist jedoch nicht der Fall. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters wird durch die alternative Anwendung des Aufrechnungsrechts nicht berührt. Der Insolvenzverwalter ist aufgrund der Massebedrohung durch existente Aufrechnungslagen bei der Wahl lediglich gehalten, sein Recht entsprechend auszuüben. Darin ist weder eine Herabstufung des Wahlrechts an sich noch eine Umgehung seiner Wertungen zu sehen.

Vielmehr sprechen die genannten Kriterien gegen eine Exklusivität, denn es verhält sich umgekehrt so, daß die Erlöschenstheorie das Aufrechnungsrecht beschneidet, indem sie für dieses Rechtsgebiet einen gesetzlichen Vorbehalt schafft und auf diese Weise im Anwendungsbereich des § 103 sämtliche Differenzierungskriterien der §§ 95, 96 aushebelt. Dabei gehen nicht nur in quantitativer, sondern auch in qualitativer Hinsicht Wertungsgesichtspunkte verloren, denn im Zusammenspiel zwischen Aufrechnungs- und Anfechtungsrecht geht es weniger um die Frage, ob dem Insolvenzverwalter bei der Ausübung seines Wahlrechts Aufklärungsarbeit zuzumuten ist, als vielmehr darum – und das zeigt das erklärte Ziel der Massenaneicherung deutlich –, ob einzelne aufrechnungsbefugte Gläubiger zugunsten der Gläubigergesamtheit Sonderopfer bringen sollen.³⁹ Für diese Frage weisen die §§ 94 ff. eine weitaus größere Sachnähe als § 103 auf.⁴⁰

§ 103 ist deshalb kein Vorrang gegenüber dem Aufrechnungsrecht einzuräumen. Vielmehr sind die Wertungen des Aufrechnungsrechts auch dann zu erhalten, wenn die zur Aufrechnung gestellten Forderungen aus gegenseitigen Verträgen im Sinne des § 103

³⁶ Vgl. *Schmidt*, Gesetzeskonkurrenz, S. 82.

³⁷ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 268.

³⁸ Vgl. *Schmidt*, Gesetzeskonkurrenz, S. 82.

³⁹ Vgl. *Bork*, FS Zeuner, S. 297, 311.

⁴⁰ Vgl. auch *Bork*, FS Zeuner, S. 297, 311; *Kübler/Prütting–Tintelnot*, § 103, Rn. 12 a.E.; wohl auch *Stürner*, LM § 17 KO, Nr. 29, Bl. 4.

herrühren. Es bleibt bei der von § 94 angeordneten Rechtsfolge. Bei Verfahrenseröffnung bestehende Aufrechnungslagen werden durch das Verfahren nicht beseitigt.

Nur ergänzend sei auf eine weitere Unstimmigkeit der Erlöschenstheorie im Hinblick auf das Aufrechnungsrecht hingewiesen: Es ist festzustellen, daß die 1988 vom IX. Zivilsenat ins Leben gerufene Erlöschenstheorie mit der von eben jenem Senat bis in das Jahr 1989 hinein jedenfalls nicht ausdrücklich aufgegebenen *Bedingungstheorie*⁴¹ unvereinbar ist. Ein seiner Erfüllungsansprüche entkleideter Vertrag kann nicht als „Kern“ oder Grundverhältnis für Folgeansprüche herhalten, die gerade auf den erloschenen Primärpflichten beruhen. Der IX. Zivilsenat hat dies jedoch erkannt und die Bedingungstheorie zugunsten der Erlöschenlehre eingeschränkt.⁴²

cc) Fazit

Das Bemühen der Rechtsprechung um den Erhalt der Masse ist zu begrüßen, doch kann diese Zielsetzung allein nicht genügen, um den Widerspruch zur Systematik der Insolvenzordnung zu rechtfertigen. Im Ergebnis ist daher mit der Gegenmeinung davon auszugehen, daß die Erfüllungsansprüche aus wechselseitigen, noch nicht erfüllten Verträgen mit Verfahrenseröffnung nicht untergehen, sondern lediglich undurchsetzbar werden.

b) Die Aufrechenbarkeit der Folgeansprüche aus dem Wahlrecht

Es bleibt die Frage nach der Aufrechenbarkeit dieser Ansprüche.

bb) Die Rechtslage bis zur Wahl des Insolvenzverwalters

Bis zur Ausübung des Wahlrechts sind die wechselseitigen Erfüllungsansprüche gehemmt. Eine Aufrechnung ist wegen § 95 Abs. 1 S. 1 in dieser Zeit nicht möglich. Das ist im Hinblick auf die Anordnung des § 94 zu überprüfen, denn die Aufrechnungslage kann in dieser Zeit nicht nur nicht durchgesetzt werden, sie droht auch über § 95 Abs. 1 S. 3 ganz unterzugehen. Dieser verfahrensbedingte Eingriff in die Aufrechnungsbefugnis kann indes hingenommen werden, denn der aufrechnungsberechtigte Gläubiger kann die Zeit der Undurchsetzbarkeit seiner Aufrechnungslage aus eigener Kraft kurz gestalten (§ 103 Abs. 2 S. 2, 3). Ferner muß dem Insolvenzverwalter Gelegenheit gegeben werden, sein Wahlrecht anzuwenden. § 103 würde im Rahmen bestehender Aufrechnungslagen weitgehend gegenstandslos, wenn der aufrechnungsbefugte Vertragspartner der Wahl des Insolvenz-

⁴¹ BGH ZIP 1989, S. 453, 454. Diese Entscheidung betraf freilich ein Auftragsverhältnis.

⁴² Vgl. BGHZ 116, S. 156, 158, mehr dazu sogleich sub B. VI. 1. c) bb) (I) (2).

verwalters zuvorkommen könnte. Hier ist eine restriktive Auslegung des § 94 zulässig und geboten.

cc) Die Rechtslage nach der Wahl des Insolvenzverwalters

Ob und mit welcher Forderung nach der Wahl des Insolvenzverwalters aufgerechnet werden kann, ist von dessen Entscheidung abhängig.

(I) Erfüllungswahl

Entscheidet sich der Insolvenzverwalter für die Erfüllung des Vertrages, so wird die ursprüngliche Aufrechnungslage durchsetzbar. Die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters bestätigt insofern lediglich die bei Verfahrenseröffnung gegebene Rechtslage.

(II) Erfüllungsablehnung

Schwieriger gestaltet sich die Lage bei der Erfüllungsablehnung. Die vertraglichen Erfüllungsansprüche bleiben bis zur Verfahrensbeendigung gehemmt. An ihre Stelle treten neue insolvenzspezifische Ansprüche. Fraglich ist mithin, ob die Aufrechnung mit und gegen diese Ansprüche möglich ist.

(1) Anspruch des Vertragspartners wegen Nichterfüllung

Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des gegenseitigen Vertrages ab, so kann der Vertragspartner gemäß § 103 Abs. 2 S. 1 eine Forderung wegen der Nichterfüllung als Insolvenzgläubiger geltend machen.

(a) Anspruchsgrundlage

Umstritten ist bereits die Anspruchsgrundlage dieses Anspruchs. Dieser Streit ist in konstitutiver Hinsicht zwar unbedeutend, da über das Bestehen des Anspruchs Einigkeit herrscht, doch ist er von Gewicht für die Bestimmung des Anspruchsinhaltes und damit nicht zuletzt für die Frage der Aufrechenbarkeit von Bedeutung.

Da der Erfüllungsanspruch des Aufrechnenden – nach der hier vertretenen Ansicht – auch nach Verfahrenseröffnung fortbesteht, bietet es sich an, als Anspruchsgrundlage die allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts über Leistungsstörungen heranzuziehen (§§ 325, 326, positive Forderungsverletzung);⁴³ die „Forderung wegen der Nichterfüllung“ stellte dann

⁴³ So *Kuhn/Uhlenbruck*, § 17 KO, Rn. 37; *Baur/Stürmer*, Insolvenzrecht, § 9, S. 106, Rn. 9.9; *Musielak*, AcP 179 (1979), S. 189, 204 f.; *Hess*, § 103, Rn. 150; *Smid–Smid*, § 103, Rn. 35; *Kilger/Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 17 KO, 4) c); zunächst auch der BGH (BGHZ 17, S. 127, 129), später ausdrücklich offen gelassen (BGHZ

eine Schadensersatzforderung dar. § 103 Abs. 2 S. 1 sieht allerdings gerade keinen Schadensersatz, sondern eine Forderung wegen der Nichterfüllung vor. Das kann nicht als sprachliche Ungenauigkeit abgetan werden. Noch in § 111 Abs. 2 EInsO hieß es: „Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen“.⁴⁴ Diese Formulierung ist – vermutlich mit Bedacht – nicht übernommen worden.⁴⁵ Tatsächlich differieren Schadensersatz und Forderung nicht nur begrifflich. Eine zivilrechtliche Schadensersatzforderung wäre nach §§ 249 ff. BGB zu berechnen und könnte so im Einzelfall entgangenen Gewinn⁴⁶ umfassen (§ 252 BGB).⁴⁷ Für den vorliegenden Anspruch gingen aber schon die Verfasser der Konkursordnung von einem geringeren Anspruchsumfang aus. In den Motiven zeigt sich dies bei § 15 (= §17 KO / § 103): „Besteht seine Forderung in der Leistung einer Handlung, so kann er nur sein Interesse in Geld liquidieren; denn jeder obligatorische Anspruch verwandelt sich bei der schließlichen Vollstreckung in eine Geldforderung.“⁴⁸ Und weiter bei § 21 (= § 26 KO / § 105): „Um von ... dem Fall auszugehen, ... daß zufolge der Wahl des Verwalters die weitere Erfüllung eines noch nicht erfüllten zweiseitigen Vertrages unterbleibt, so ist schon zu § 15 begründet worden, daß der obligatorische Anspruch des Mitkontrahenten auf die rückständige Gegenleistung des Gemeinschuldners sich in eine Geldforderung verwandelt.“⁴⁹ Hiernach sollte sich bei der Erfüllungsablehnung durch den Verwalter der Erfüllungsanspruch lediglich in einen Zahlungsanspruch umwandeln. Der Erfüllungsanspruch erführe nach dem keine andere Behandlung als jeder andere nicht auf Geld gerichtete Anspruch (§ 69 KO = § 45 S. 1). Daß die Formulierung „Forderung wegen der Nichterfüllung“ nun bewußt aus § 26 S. 2 KO übernommen worden ist, weist darauf hin, daß dieses Verständnis fortbesteht. Bestätigt wird diese Vermutung durch die abermalige Verwendung dieses Begriffs in § 104 Abs. 3 und die dort vorgeschriebene Berechnungsweise.⁵⁰ § 103 Abs. 2 S. 1 gewährt daher lediglich Wertersatz.⁵¹

68, S. 379, 380; 96, S. 392, 395; 106, S. 236, 242); Insbesondere § 326 bietet sich an: Vgl. *Bork*, S. 81 f., Rn. 166, Fn. 22; *Musielak*, AcP 179 (1979), S. 189, 204 f.; dagegen aber *Jaeger/Henckel* § 17 KO, Rn. 171.

⁴⁴ Zu finden in: Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts (EInsO) / Bundesministerium der Justiz (1988), S. 55.

⁴⁵ Vgl. *Kübler/Prütting-Tintelnot*, § 103, Rn. 98; *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, S. 195 f., Rn. 5.17.

⁴⁶ Vgl. grundlegend hierzu *Lange*, § 6 X., S. 340 ff.

⁴⁷ Neben den in Fn. 43 genannten Befürwortern einer zivilrechtlichen Agl., die selbstverständlich von dieser Rechtsfolge ausgehen müssen, sehen auch *Breutigam/Blersch/Goetsch-Goetsch*, § 103, Rn. 51 f.; *FK-Wegener*, § 103, Rn. 82; (beide Agl. offengelassen) und *Pletzsch*, S. 90 („rein konkursrechtlicher Anspruch“, S. 89) die Forderung wegen Nichterfüllung als nach Zivilrecht zu bestimmende Schadensersatzforderung an.

⁴⁸ Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung, S. 65, abgedruckt bei *Hahn*, S. 85.

⁴⁹ Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung, S. 86, abgedruckt bei *Hahn*, S. 102.

⁵⁰ Vgl. auch *Häsemeyer*, S. 299, Rn. 17.03 und Fn. 8.

⁵¹ So im Ergebnis auch *Jaeger/Henckel*, § 17 KO, Rn. 196; *Kübler/Prütting-Tintelnot*, § 103, Rn. 97 f.; *Nerlich/Römermann-Balthasar*, § 103, Rn. 62; *Häsemeyer*, S. 381, Rn. 20.24 und S. 299, Rn. 17.03 („Nennwertprinzip“); *Pape*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 531, 553, Rn. 31; *Smid*, S. 201 f., Rn. 7.

Daß darüber hinaus entgangener Gewinn nach den §§ 325, 326 BGB oder den Regeln der positiven Forderungsverletzung als Schadensersatz – und das sogar als Masseforderung⁵² – geltend gemacht werden kann, ist mit der herrschenden Meinung zwar grundsätzlich zu bejahen, doch sind für diesen Anspruch die Voraussetzungen der §§ 325, 326 BGB oder der positiven Forderungsverletzung im Einzelfall zu überprüfen.⁵³ Dieser Anspruch ist von der in § 103 Abs. 2 S. 1 genannten Forderung zu unterscheiden.⁵⁴

Ist damit von den zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen abzusehen, so stellt sich die Frage nach einer genaueren Positionierung dieses Anspruchs in der Insolvenzordnung. Mit dem Wortlaut des § 103 Abs. 2 S. 1 abzulehnen ist jedenfalls die Auffassung, der Anspruch sei auf § 103 Abs. 2 S. 1 selbst zurückzuführen.⁵⁵ Die Formulierung „eine Forderung wegen der Nichterfüllung“ läßt sich kaum anders verstehen, als daß § 103 Abs. 2 S. 1 das Bestehen einer Forderung bereits voraussetzt.

Es bleibt daher nur die Annahme eines speziellen, nicht normierten, insolvenzrechtlichen Anspruchs,⁵⁶ der auf den Gedanken zurückzuführen ist, daß der Vertragspartner sein Individualinteresse in Gestalt eines Geldäquivalentes erhalten soll.⁵⁷

(b) Aufrechenbarkeit

Die Frage der Aufrechnungsmöglichkeit mit diesem Anspruch ist bereits zweimal angesprochen – und bejaht – worden.⁵⁸ Die soeben behandelte Frage nach dem Umfang dieses Anspruchs bestätigt die dabei bereits vorgenommene Wertung. Die Forderung wegen der Nichterfüllung setzt die durch den Individualanspruch konkretisierte Vermögenslage dadurch fort, daß sie diesen im Verfahren in eine Geldforderung überführt. Da der Wert des ursprünglichen Anspruches dabei erhalten bleibt und insofern eine ursprüngliche Vermögenszuordnung gegeben ist, kann in Anlehnung an die § 45 S. 1 vergleichbare Wirkung des § 103 Abs. 2 S. 1 untechnisch davon gesprochen werden, daß § 103 Abs. 2 S. 1 eine „Umwandlung“ des Individualanspruches vorsieht. Der Anspruch aus § 103 Abs. 2 S. 1 kann deshalb aufrechnungsweise durchgesetzt werden.

⁵² Vgl. super B. IV. 3. d) cc) (II).

⁵³ Es dürfte dahingehend regelmäßig an einem Verschulden des Insolvenzverwalters fehlen, denn dieser ist zu der Ablehnung der Erfüllung ja gerade berechtigt.

⁵⁴ So auch *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, S. 229 ff., Rn. 5.72 ff., insbesondere S. 221, Rn. 5.73.

⁵⁵ Für § 103 Abs. 2 S. 1: *Kübler/Prütting–Tintelnot*, § 103, Rn. 98; *Pape*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 531, 553, Rn. 30; *Oetker*, ZZP 14 (1890) S. 1, 49.

⁵⁶ Vgl. *Jaeger/Henckel*, § 17 KO, Rn. 171; *Pletzsch*, S. 89; *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 653, Rn. 26; *ders.*, S. 367, Rn. 19.25.

⁵⁷ Ebenso *Jaeger/Henckel*, § 17 KO, Rn. 171; *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 645, 653, Rn. 26; *ders.*, S. 367, Rn. 19.25.

⁵⁸ Super B. III. 4. b) bb) und B. IV. 3 d) bb) (I).

Dieses Ergebnis deckt sich mit dem eingeschränkten Anwendungsbereich von § 96 Abs. 1 Nr. 2.⁵⁹

Dagegen muß die Auffassung *Hanischs*⁶⁰ und – ihm folgend – *Müllers*⁶¹, die Forderung wegen der Nichterfüllung sei ganz dem Regelungsbereich des § 55 Nr. 2 KO / § 96 Abs. 1 Nr. 2 zu entziehen, weil sich das Aufrechnungsverbot nur auf Forderungen „gegen den Gemeinschuldner“ beziehe, die Forderung wegen der Nichterfüllung aber gegen die Masse gerichtet sei, als überholt betrachtet werden. Dies nicht so sehr deswegen, weil der gegenüber § 55 Nr. 2 KO geänderte Wortlaut des § 96 Abs. 1 Nr. 2 nicht mehr für diese Argumentation erhalten kann (denn insofern ist zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber keine inhaltliche Änderung dieses Aufrechnungsverbots gegenüber der Konkursordnung erreichen wollte⁶²) als vielmehr deswegen, weil die Masse nach gegenwärtigem Verständnis kein Rechtssubjekt darstellt und nicht Schuldner eines Anspruches sein kann. Rechtsträger der Masse und Schuldner aller Gläubigeransprüche ist der Insolvenzschuldner (§ 1 S. 1).⁶³ Eine Differenzierung zwischen solchen Ansprüchen, die sich gegen den Gemeinschuldner richten, und solchen, die direkt gegen die Masse gerichtet sind, ist daher systemwidrig und wäre allenfalls nach der nicht mehr aktuellen Organtheorie⁶⁴ stimmig.

Dem kann auch nicht der Kunstgriff *Müllers* abhelfen, die zunächst als „gegen den Gemeinschuldner persönlich“ gerichtet bezeichneten Forderungen später auf Forderungen gegen das insolvenzfreie Vermögen zu beschränken. Denn die Vorstellung, bloß Forderungen gegen das freie Vermögen seien Forderungen gegen den Schuldner, ist gleichermaßen falsch.

Es verwundert nicht, daß man auch an dieser Stelle auf die gesetzliche Bedingung trifft.⁶⁵ Wie sonst kann diese Konstruktion weder dogmatisch noch durch Notwendigkeit überzeugen. Neben diesen „allgemeinen“ Unzulänglichkeiten kommt speziell noch die bereits angesprochene Unvereinbarkeit mit der Erlöschenstheorie hinzu, die sich auch nicht dadurch abschwächen läßt, daß man das weiterhin bestehende Vertragsverhältnis⁶⁶

⁵⁹ Vgl. super B. IV. 3 d) bb) (l) und dd).

⁶⁰ *Hanisch*, S. 105 f., insbes. S. 106 Fn. 56.

⁶¹ *Müller*, S. 16 ff.

⁶² Vgl. RegE InsO, BRDrucks. 1/92, Begründung zu § 108, S. 141).

⁶³ So die *Amtstheorie* (St. Rspr., BGHZ 49, S. 11, 13; 88, S. 331, 334; 100, S. 346, 351; ganz herrschende Literatur, vgl. statt vieler: *Bork*, S. 13, Rn. 26 mwN.).

⁶⁴ Vgl. dazu etwa *Bork*, S. 29, Rn. 65.

⁶⁵ BGHZ 68, S. 379, 382; BGH NJW 1978, S. 2508, 2509; *Huber*, NZI 1998, S. 97, 98; *Nerlich/Römermann-Balthasar*, § 103, Rn. 65; *Kilger/Schmidt*, § 55 KO, 3) b); wohl auch *Breutigam/Blersch/Goetsch-Goetsch*, § 103, Rn. 53.

⁶⁶ Mit Verfahrenseröffnung erlöschen bloß die Erfüllungsansprüche: BGH NJW 1995, S. 1966, 1966.

sozusagen als anspruchsentkleidete Hülle zum Grundverhältnis macht.⁶⁷ BGHZ 116, 156, 158 stellt klar: „Damit (mit dem Untergang der Erfüllungsansprüche) bleibt kein Raum für die Annahme einer aufschiebenden Bedingung, denn diese setzt ein ununterbrochen bestehendes Rechtsverhältnis ... voraus.“⁶⁸ Demnach dürfte der BGH die Bedingungs- zugunsten der Erlöschenstheorie jedenfalls für diesen Bereich aufgegeben haben.⁶⁹

Letztlich ist noch die Auffassung *Häsemeyers* zu erwähnen, der sich gegen eine Aufrechnung mit dem Nichterfüllungsanspruch ausspricht. *Häsemeyer* beruft sich darauf, daß die Regelung des § 103 Abs. 2 S. 1 eine dem § 45 S. 1 vergleichbare Forderungsumwandlung mit sich bringe und deshalb, wie § 45 S. 1 (§ 95 Abs. 1 S. 2), in der Aufrechnung nicht berücksichtigt werden dürfe.⁷⁰

Richtig hieran ist die Feststellung *Häsemeyers*, daß die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters eine dem § 45 S. 1 vergleichbare „Umwandlung“ des Erfüllungsanspruches in einen wertgleichen Zahlungsanspruch bedingt. Falsch ist es jedoch, allein deswegen und entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut § 103 Abs. 2 S. 1 dem § 45 S. 1 im Hinblick auf die Aufrechnung gleichzustellen.

Das Gesetz sieht die Forderungsumwandlung nach § 45 S. 1 vor, weil die quotale Durchsetzung einer auf eine Individuelleistung gerichteten Insolvenzforderung nur als Geldforderung denkbar ist.⁷¹ Als Kern der Regelung ist damit eine schlichte, verfahrensbedingte Notwendigkeit zu erkennen.

Das gilt innerhalb einer Aufrechnungslage unverändert. In den Motiven zu § 54 Abs. 4 KO, der noch eine Verweisung auf § 62 KO (= § 45) vorsah, heißt es hierzu: „Diese Einwirkung des Konkurses ergibt sich schon aus der allgemeinen Erwägung, daß mit dem Eintritt des Konkursverfahrens jede persönliche Forderung, deren Gegenstand nicht in Geld besteht, kraft des Gesetzes sich ... in eine Geldforderung auflöst und von selbst ... gleichartig wird. Die Verweisung ... auf die §§ 62, 63 (= §§ 69, 70 KO / §§ 45, 46) wird allen Zweifeln zuvorkommen.“⁷² Die unilaterale Besserstellung der Individuelleistungsgläubiger innerhalb einer Aufrechnungslage präsentiert sich damit lediglich als Reflex der verfahrensbedingten Umwandlung. Da diese § 45 S. 1 zugrundeliegende Notwendigkeit aufrechnungsfremd ist – eine quotale Befriedigung erfolgt innerhalb der Aufrechnung gerade nicht –, muß die allein

⁶⁷ Etwas derartiges scheint Breutigam/Blersch/Goetsch–Goetsch, § 103, Rn. 53 im Sinn gehabt zu haben.

⁶⁸ Klammerergänzung durch den Verfasser.

⁶⁹ Vgl. BGHZ 116, S. 156, 160.

⁷⁰ *Häsemeyer*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 653, Rn. 26, *ders.*, S. 367, Rn. 19.25; auch Nerlich/Römermann–Wittkowski, § 95, Rn. 8.

⁷¹ Vgl. schon die Motive zur Konkursordnung, S. 290, zu finden bei *Hahn*, S. 268: „Die Vertheilung geschieht in Geld. Dem entspricht, daß jeder persönliche Gläubiger, der Theil nehmen will an der Masse, seine Forderung auf einen bestimmten Geldbetrag richten muß.“

⁷² Motive zur Konkursordnung, S. 234, zu finden bei *Hahn*, S. 222. Auslassungen und Klammerergänzungen durch den Verfasser.

aus ihr resultierende Bevorzugung der Individualleistungsgläubiger ungerechtfertigt erscheinen.

Anders § 103 Abs. 2 S. 1: Diese Norm erweitert den Gedanken des § 45 S. 1 auf beiderseitige Leistungen. Sie setzt dabei, im Gegensatz zu § 45 S. 1, voraus, daß die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Individualleistung nach Verfahrenseröffnung noch erbringbar ist. Das vertragliche Synallagma schützt den Gläubiger dahingehend vor den Wirkungen des Verfahrens. Erst wenn der Verwalter das vertragliche Synallagma löst, indem er die Erfüllung des gegenseitigen Vertrages ablehnt, wird der Gläubiger einer solchen Leistung auf die quotale – geldmäßige – Durchsetzung beschränkt.

In der Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter muß der Verlust des vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnisses daher immer mitschwingen. Die Geldzahlungsforderung aus § 103 Abs. 2 S. 1 reflektiert diesen Verlust und will damit neben der durchsetzungsbedingten Umwandlung des Individualanspruchs einen angemessenen Ausgleich für den Untergang des Synallagmas schaffen. Diese kompensatorische Wirkung des § 103 Abs. 2 S. 1 stellt eine über die bloße Verfahrensnotwendigkeit hinausgehende Wertung dar, die die Besserstellung des aufrechnungswilligen Vertragspartners jedenfalls nicht gänzlich ungerechtfertigt erscheinen läßt und die vom Gesetz vorgenommene Differenzierung zu tragen vermag.

Dem Ansatz *Häsemeyers*, die gesetzliche Differenzierung zwischen § 45 und § 103 allein mit dem Hinweis auf deren Funktionsgleichheit aufzuheben, kann daher nicht gefolgt werden. § 103 Abs. 2 S. 1 ist innerhalb von Aufrechnungslagen anwendbar.

(c) Fazit

Der Anspruch wegen der Nichterfüllung ist ein auf der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters basierender insolvenzrechtlicher Anspruch, der dem Vertragspartner das Interesse am Werterhalt seines Erfüllungsanspruches sichern will. Der Anspruch ist deswegen unter den Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 aufrechenbar.

(2) Rückforderungsanspruch der Masse

Hat der Insolvenzschuldner im Vertragsverhältnis Vorleistungen erbracht und übersteigen diese dem Wert nach die Ansprüche des Vertragspartners aus § 103 Abs. 2 S. 1, so hat die Masse nach der Ablehnung der Erfüllungsansprüche durch den Insolvenzverwalter ihrerseits einen Anspruch auf Rückgewähr in Höhe des Wertes der Mehrvorleistung.⁷³

⁷³ Vgl. Kübler/Prütting–*Tintelnot*, § 103, Rn. 95; Breutigam/Blersch/Goetsch–*Goetsch*, § 103, Rn. 53; Nerlich/Römermann–Balthasar, § 103, Rn. 68; Henckel, ZZP 99 (1986), S. 419, 437; Jaeger/Henckel, § 17 KO, Rn. 70 ff.

Im Hinblick auf diesen Rückforderungsanspruch trägt *Häsemeyer* vor, daß ein die Gläubigergleichbehandlung verwirklichender Anspruch der Masse nicht aufrechenbar ist.⁷⁴ Dem ist, ungeachtet der im einzelnen streitigen Anspruchsgrundlage,⁷⁵ zu folgen. Der Rückforderungsanspruch zur Masse trägt dem Erfüllungsinteresse des Vertragspartners bereits dadurch genügend Rechnung, daß der Anspruch aus § 103 Abs. 2 S. 1 in voller Höhe saldiert wird. Es verbleibt danach kein in Ansehung der Erfüllung zu berücksichtigendes Vermögensinteresse des Vertragspartners, das eine Aufrechnung gegen diesen Anspruch rechtfertigen könnte.

d) Zwischenergebnis

Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters stellt kein allgemeines Aufrechnungshindernis dar. Die Forderungen aus wechselseitigen, noch nicht vollständig erfüllten Verträgen gehen mit Verfahrenseröffnung nicht unter, sondern werden undurchsetzbar. Sie sind bis zur Ausübung des Wahlrechts durch den Insolvenzverwalter gehemmt. Entscheidet dieser sich für Erfüllung des betreffenden Vertrages, so bleibt es bei der mit Verfahrenseröffnung eingefrorenen Vermögenslage: Sofern die aus gegenseitigen Verträgen entstandenen Ansprüche aufrechenbar waren, bleiben sie es auch in der Insolvenz. Lehnt der Verwalter dagegen die Erfüllung ab, so kann der Vertragspartner mit seinem Anspruch wegen der Nichterfüllung aufrechnen. Der Rückforderungsanspruch der Masse ist dagegen nicht aufrechenbar.

Zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestehende Aufrechnungslagen bleiben damit unabhängig von der Entscheidung des Insolvenzverwalters erhalten (§ 94).

2. Die Aufrechenbarkeit mit den anfechtungsrechtlichen Rückgewähransprüchen, §§ 143, 144

Es verbleibt die Begutachtung der Aufrechenbarkeit mit und gegen die wechselseitigen Folgeansprüche aus einer Insolvenzanfechtung.

⁷⁴ *Häsemeyer*, S. 366, Rn. 19.21; *ders.* JuS 1986, S. 851, 853 f., ihm folgend Kübler/Prütting-Lüke, § 95, Rn. 19; Breutigam/Blersch/Goetsch-Blersch, § 95, Rn. 5.

⁷⁵ Die Anspruchsgrundlage wird zum Teil in § 812 BGB gesehen (BGHZ 15, 333, 335), was auch auf dem Rücken der Erlöschentheorie unrichtig sein dürfte, weil mit der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters nicht der Vertrag im Ganzen, sondern bloß die wechselseitigen Erfüllungsansprüche untergehen. *Häsemeyer* (KTS 1973, S. 2, 7, Fn. 17.) erkennt deswegen auf einen speziellen konkursrechtlichen Anspruch. *Kuhn/Uhlenbruck* (§ 26 KO, Rn. 18) auf allgemeine zivilrechtliche Grundsätze. Vgl. auch Nerlich/Römermann-Balthasar, § 103, Rn. 68 f.

a) Der Rückgewähranspruch der Masse, § 143

§ 143 stellt nach erfolgter Insolvenzanfechtung sicher, daß alle Erwerbsgegenstände, die in anfechtbarer Weise dem Vermögen des späteren Insolvenzschuldners entzogen wurden, zurückgewährt werden. Handelt es sich bei dem Erlangten um Geld oder ist, etwa durch Untergang des Gegenstandes⁷⁶, dessen Wert zu ersetzen,⁷⁷ so stellt sich die Frage nach der Aufrechenbarkeit dieses Anspruchs.

Diese ist zu verneinen. Zweck des Anspruches ist es, die Insolvenzmasse in den Zustand zu versetzen, in dem sie sich ohne die anfechtbare Handlung befände.⁷⁸ Der Anfechtungsgegner kann deswegen keine Aufrechnungslage infolge der Rückabwicklung erwerben. Verlagert man die Betrachtung noch einen Schritt weiter zurück, kann man formulieren, daß der Anfechtungsgegner keine Aufrechnungslage aufgrund der anfechtbaren Handlung erwerben kann, die der Rückabwicklung zugrundeliegt. Das ist der Rechtsgedanke des § 96 Abs. 1 Nr. 3.⁷⁹ Dem Anfechtungsgegner ist die Aufrechnung gegen den Rückgewähranspruch daher versagt.

Dieses Ergebnis ist in Literatur und Rechtsprechung allgemein anerkannt; freilich mit unterschiedlichen Begründungen: Die herrschende schuldrechtliche Theorie kann die Nichtaufrechenbarkeit auf § 96 Abs. 1 Nr. 1 stützen, denn nach dieser Auffassung stellt der Rückgewähranspruch aus § 143 Abs. 1 ein obligatorisches Forderungsrecht der Masse dar, das erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entsteht.⁸⁰ Die haftungsrechtliche Gegenansicht, die den anfechtbar weggegebenen Gegenstand schon mit Weggabe haftungsrechtlich der Masse zuordnet und daher annimmt, daß der Rückgewähranspruch bereits mit der anfechtbaren Rechtshandlung aufschiebend bedingt entsteht, muß die Nichtaufrechenbarkeit damit begründen, daß der Anfechtungsgegner andernfalls wegen der Anfechtung eine ungerechtfertigte Deckung erlangen würde.⁸¹ *Häsemeyer* schließlich führt (einmal mehr) den Zweck der Norm an, die Gläubigergleichbehandlung zu verwirklichen.⁸²

⁷⁶ Fraglich ist, ob der Anfechtungsgegner auch für unverschuldeten Untergang haftet. Angesichts des Wortlautes von § 292 Abs. 1 BGB liegt es nahe, von einer Zufallhaftung auszugehen (§ 143 Abs. 1 S. 2 iVm §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 284 Abs. 1 S. 2, 285, 287 BGB), vgl. *Bork*, S. 109, Rn. 226. Die Motive (RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 162, S. 167) und die wohl h.M. (vgl. *Kübler/Prütting-Paulus*, § 143, Rn. 61; *Nerlich/Römermann-Nerlich*, § 143, Rn. 25; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Breutigam*, § 143, Rn. 17; *Breutigam/Tanz*, ZIP 1998, S. 717, 724 f.; *Foerste*, ZZP 110 (1997), S. 227, 229; *Hess/Weis*, § 143, Rn. 105; *Henckel*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 813, 850, Rn. 83) setzen indes Verschulden voraus. Grundsätzlich gegen eine Zufallhaftung des Verzugsschuldners: *MÜKO-Lieb*, § 818 BGB, Rn. 116; *Staudinger-Lorenz*, § 818 BGB, Rn. 51.

⁷⁷ Vgl. zum Anspruch auf Wertersatz etwa *Nerlich/Römermann-Nerlich*, § 143, Rn. 14 ff.

⁷⁸ RegE InsO, BRDrucks 1/92, Begründung zu § 162, S. 167.

⁷⁹ Vgl. auch *Kübler/Prütting-Paulus*, § 144, Rn. 4.

⁸⁰ Vgl. BGHZ 15, S. 333, 335; 130, S. 38, 40; *Bork*, S. 110, Rn. 227; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Breutigam*, § 143, Rn. 2; *Kilger/Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 37 KO, 9); offengelassen *Kuhn/Uhlenbruck*, § 37 KO, Rn. 24; *FK-Dauernheim*, § 143, Rn. 35; vgl. auch allgemein: *Hess/Weis*, § 143, Rn. 10 – 65.

⁸¹ Vgl. *Jaeger/Henckel*, § 37 KO, Rn. 19 – 24, 84); *Jaeger/Henckel*, § 37 KO, Rn. 153; *Henckel*, JZ 1996, S. 531, 532; sich anschließend *vCampe*, S. 299; *Kübler/Prütting-Paulus*, § 143, Rn. 6, *Nerlich/Römermann-Nerlich*,

b) Gegenansprüche des Anfechtungsgegners, § 144

§ 144 bildet das Korrektiv zum Rückgewähranspruch der Masse aus § 143. Da die Anfechtung zwar ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen beseitigen soll, nicht aber zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse führen darf, gewährt § 144 dem Anfechtungsgegner einen Gegenanspruch, der dazu führen soll, daß die Insolvenzmasse so gestellt ist, wie sie ohne das anfechtbare Verhalten stehen würde.⁸³ Ob der Anfechtungsgegner mit dieser Gegenforderung aufrechnen kann, ist abhängig von der Art des angefochtenen Verhaltens und der Bereicherung der Masse⁸⁴.

aa) Rekonstituierung der Gläubigerforderung (§ 144 Abs. 1)

Ficht der Insolvenzverwalter ein Erfüllungsgeschäft an, das zur Tilgung einer gegen den Insolvenzschuldner gerichteten Forderung geführt hat, so lebt die Forderung des Anfechtungsgegners mit der Rückgewähr des seinerseits Erlangten in die Masse, in der Form, in der sie vor der Tilgung bestanden hat, wieder auf.⁸⁵ Die Rekonstituierung der Forderung soll dabei in jeder Hinsicht den ex tunc Zustand wieder herstellen.⁸⁶ Das betrifft auch eine vor Verfahrenseröffnung bestehende Aufrechnungslage. Hatte der Insolvenzschuldner schon vor Verfahrenseröffnung eine Forderung gegen den Anfechtungsgegner, dann ist die Aufrechnung gegen diesen unter den weiteren Voraussetzungen des § 95 zulässig. Ausgenommen hiervon ist natürlich die Aufrechnung gerade gegen die Forderung des Insolvenzverwalters aus § 143, da diese erst infolge der anfechtbaren Rechtshandlung entstanden ist (§ 96 Abs. 1 Nr. 3).⁸⁷

bb) Rückerstattung der Gegenleistung (§ 144 Abs. 2)

Wird ein Kausalgeschäft durch den Insolvenzverwalter angefochten, so kann der Anfechtungsgegner die von ihm erbrachte Leistung zurückfordern.

§ 143, Rn. 30, vgl. auch allgemein: *Marotzke*, KTS 1987, S. 1, 1ff.; *Biehl*, KTS 1999, S. 313, 313 ff und MÜKU/InsOBrandes, § 96, Rn. 10.

⁸² *Häsemeyer*, S. 365 f., Rn. 19.21.

⁸³ Vgl. RGZ 16, S. 23, 24, BGHZ 15, S. 333, 337, *Nerlich/Römermann-Nerlich*, § 144, Rn. 1; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Breutigam*, § 144, Rn. 1.

⁸⁴ Umstritten ist, ob die Masse bloß bis zur Verfahrenseröffnung oder aber bis zum Rückgewährvollzug bereichert sein muß, d.h., ob der Anfechtungsgegner das Risiko der Entreicherung auch noch nach Verfahrenseröffnung tragen soll. **Dagegen:** *Nerlich/Römermann-Nerlich*, § 144, Rn. 12; *Kübler/Prütting-Paulus*, § 144, Rn. 7; *Jaeger/Henckel*, § 38 KO, Rn. 8, 13. **Dafür:** *Kuhn/Uhlenbruck*, § 38 KO, Rn. 2; *Kilger/Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 38 KO, 3).

⁸⁵ *Nerlich/Römermann-Nerlich*, § 144, Rn. 2, 4; *Kübler/Prütting-Paulus* § 144, Rn. 2; *Breutigam/Blersch/Goetsch-Breutigam*, § 144, Rn. 2; *Kilger/Schmidt*, Insolvenzgesetze, § 39 KO, 1).

⁸⁶ Vgl. *Jaeger/Henckel*, § 39 KO, Rn. 15.

⁸⁷ Vgl. *Kübler/Prütting-Paulus*, § 144, Rn. 4. Die Vertreter der schuldrechtlichen Theorie (Fn. 80) kommen hier zu § 96 Abs. 1 Nr. 1, vgl. *Jaeger/Henckel*, § 39 KO, Rn. 15.

(I) Masseforderung (§ 144 Abs. 2 S. 1)

Ist die Gegenleistung des Anfechtungsgegners noch unterscheidbar in der Masse vorhanden oder ist die Masse noch um den Wert der Leistung bereichert, so stellt der Rückgewähranspruch einen Masseanspruch im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 3 dar.⁸⁸ Besteht der Rückleistungsgegenstand in Geld oder ist wegen fehlender Unterscheidbarkeit Wertersatz zu leisten, so ist die Aufrechnung mit diesem Anspruch – grundsätzlich auch gegen den Anspruch aus § 143 – möglich. Allerdings wird es praktisch kaum zu einer Aufrechnung kommen. Gegen den Anspruch aus § 143 Abs. 1 nicht, weil die Ansprüche aus den §§ 143, 144 dem bereicherungsrechtlichen Zweck der Vorschrift Rechnung tragend ohnehin saldiert werden;⁸⁹ gegen weitere Ansprüche der Masse nicht, weil nach der Saldierung ein Überschuß auf Seiten des Anfechtungsgegners nur selten verbleiben dürfte.

(II) Insolvenzforderung (§ 144 Abs. 2 S. 2)

Verbleibt der Masse keine Bereicherung, dann ist der Anfechtungsgegner mit seiner Forderung auf Rückgewähr bloß Insolvenzgläubiger.⁹⁰ Dieser Anspruch ist nicht aufrechenbar.⁹¹ Hierzu kann zwar nicht auf § 96 Abs. 1 Nr. 2 zurückgegriffen werden, doch verhindert § 96 Abs. 1 Nr. 3 die Aufrechnung.⁹²

c) Zwischenergebnis

Die Insolvenzaufrechnung hat das Ziel, nachteilige, anfechtbare Rechtshandlungen so rückabzuwickeln als wären sie niemals erfolgt. Konsequenz dessen ist, daß die wechselseitigen Rückgewähransprüche nur insoweit aufrechenbar sind, als sie darauf abzielen, einen Anspruch zu rekonstituieren, der Teil einer bestehenden Aufrechnungslage war. Aufrechenbar ist daher der Anspruch aus § 144 Abs. 1.

Im übrigen können die Ansprüche nicht aufgerechnet werden, denn dem Aufrechnungsgegner würde andernfalls infolge der Rückabwicklung ein Vorteil erwachsen (§ 96 Abs. 1 Nr. 3). Ausgenommen davon ist lediglich die Masseforderung aus § 143 Abs. 2 S. 1, doch wird diese mit dem Gegenanspruch der Masse (§ 143) saldiert.

⁸⁸ Breutigam/Blersch/Goetsch–Breutigam, § 144, Rn. 7; Nerlich/Römermann–Nerlich, § 144, Rn. 10; Kübler/Prütting–Paulus, § 144, Rn. 6.

⁸⁹ Nerlich/Römermann–Nerlich, § 144, Rn. 11, dessen Verweis auf BGH NJW 1995, S. 1093, 1095 und Bork, S. 110, Rn. 27 allerdings fehlerhaft ist, da diese Quellen sich auf den Anspruch aus § 144 Abs. 2 S. 2 beziehen; Kübler/Prütting–Paulus, § 144, Rn. 8; HK–Kreft, § 144, Rn. 6; Breutigam/Blersch/Goetsch–Breutigam, § 144, Rn. 7 spricht dennoch von Aufrechnung.

⁹⁰ Nerlich/Römermann–Nerlich, § 144, Rn. 13.

⁹¹ Vgl. Kübler/Prütting–Paulus, § 144, Rn. 9.

⁹² Vgl. super B. IV. 3. d) bb) (III). Die schuldrechtliche Theorie kann sich bei der Aufrechnung gegen den Anspruch aus § 143 erneut auf § 96 Abs. 1 Nr. 1 berufen (vgl. BGH NJW 1995, S. 1093, 1095; Bork, S. 110, Rn. 227).

C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

§ 94 stellt im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestehende Aufrechnungslagen vom weiteren Verfahren frei und macht diese damit zu gesicherten Erwerbspositionen in der Insolvenz, vergleichbar Aussonderungsrechten. Dieser Dispens des § 94 behält seine Gültigkeit sowohl angesichts der Rechtskraft eines Feststellungstreites als auch im Hinblick auf das Wahlrecht des Insolvenzverwalters (§§ 103 ff.). Er erfährt lediglich dadurch eine Einschränkung, daß Forderungen aus gegenseitigen Verträgen solange nicht (aufrechnungsweise) durchsetzbar sind, als noch nicht über das weitere Schicksal des Vertrages entschieden worden ist. Die §§ 94 bis 96 präsentieren sich damit als autonomes System innerhalb der Insolvenzordnung.

§ 94 bestimmt weiter Regelungssubjekt und Regelungsobjekt der Aufrechnungsregeln.

Regelungssubjekte der §§ 94 bis 96 sind die vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung betroffenen Gläubiger einer im Verfahren quotaal durchsetzbaren Forderung. Im „Normalfall“ des Insolvenzverfahrens sind das lediglich die Insolvenzgläubiger (§ 38), in der Massearmut sind auch die anteilig zu befriedigenden Massegläubiger betroffen. Die Gefährdung ranghöherer Gläubigergruppen durch die Aufrechnung innerhalb dieser Gläubigergruppen wird von der Insolvenzordnung hingenommen.

Der Insolvenzverwalter ist kein Adressat der Aufrechnungsregeln. Er ist wie vormals der Insolvenzschuldner zur Aufrechnung berechtigt und lediglich durch seine verfahrensspezifischen Pflichten gebunden.

Regelungsobjekte der §§ 94 ff. sind gesetzliche und vertragliche Aufrechnungslagen. § 94 gestattet es damit, im Rahmen der Vertragsautonomie über die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung (§ 389 BGB) und die Notwendigkeit einer Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB) zu disponieren, ersteres jedoch nur im Hinblick auf die Erfordernisse der Durchsetzbarkeit und Gleichartigkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderungen. Forderungsexistenz und Gegenseitigkeit bleiben auch unter § 94 indisponible Aufrechnungsvoraussetzungen.

§ 95 Abs. 1 weitet den Schutz des § 94 auf werdende Aufrechnungslagen aus. Das sind solche Verpflichtungskonstellationen, in denen sich bereits zwei bestehende Forderungen gegenüberstehen, es zur Aufrechenbarkeit aber an der Durchsetzbarkeit oder Gleichartigkeit der Forderungen mangelt. Die Norm gestattet in diesen Fällen die Aufrechnung, sobald die gegenseitigen Forderungen durchsetzbar und gleichartig geworden sind (§ 95 Abs. 1 S. 1, 2) – allerdings nur dann, wenn nicht die Hauptforderung durchsetzbar wird, bevor die Aufrechnung erfolgen kann (§ 95 Abs. 1 S. 3).

§ 96 Abs. 1 legt im Gegensatz dazu die Grenze der Insolvenzaufrechnung fest. Dabei betreffen § 96 Abs. 1 Nr. 1 und 2 die nach Verfahrenseröffnung hergestellte Gegenseitigkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderungen. Die Normen regeln dabei in sprachlich und inhaltlich gleichgerichteter Art und Weise diametrale Konstellationen: § 96 Abs. 1 Nr. 1 verhindert die Aufrechnung mit nachträglich erworbenen Hauptforderungen, § 96 Abs. 1 Nr. 2 die mit nachträglich erworbenen Gegenforderungen. Dabei betrifft allein § 96 Abs. 1 Nr. 1 auch den originären Forderungserwerb. § 96 Abs. 1 Nr. 2 ist im Einklang mit § 38 auf den abgeleiteten Erwerb beschränkt.

Beide Aufrechnungsverbote finden keine Anwendung auf vor Verfahrenseröffnung hergestellte Gegenseitigkeitslagen. Diese unterfallen ausschließlich § 96 Abs. 1 Nr. 3. Jene Norm untersagt die Aufrechnung, sofern Gegen- oder Hauptforderung anfechtbar erworben worden sind und deckt damit den Anwendungsbereich der Nr. 1 und 2 für die Zeit vor Verfahrenseröffnung ab. Welcher Anfechtungstatbestand dabei zum Tragen kommt, bestimmt sich nach dem Einzelfall. Zumeist werden die Tatbestände der Deckungsanfechtung (§§ 130, 131) einschlägig sein.

§ 96 Abs. 1 Nr. 4 schließlich regelt einen besonderen Aspekt fehlender Gegenseitigkeit. Die Norm setzt die Trennung von insolvenzfreiem Schuldnervermögen und Insolvenzmasse im Hinblick auf den Neumassebeschluss um und untersagt dabei neuen Vertragspartnern des Insolvenzschuldners die Aufrechnung mit ihren vertraglichen Primär- und Sekundäransprüchen.

§ 96 Abs. 1 bildet damit das Korrektiv zu § 95 Abs. 1, ohne sich tatbestandlich oder funktional mit dieser Norm zu überschneiden: So wie die Kriterien der Gleichartigkeit und Durchsetzbarkeit ausschließlich § 95 Abs. 1 vorbehalten sind, so sind die Voraussetzungen der Existenz und Gegenseitigkeit § 96 Abs. 1 zugewiesen. So wie die Aufrechnungsverbote von § 96 Abs. 1 normiert werden, so regelt § 95 die Aufrechnungshindernisse.

Dadurch stehen sich in den meisten Grenzfällen § 96 Abs. 1 Nr. 1 und 2 und § 95 Abs. 1, 1. und 3. Fall wie zwei Seiten einer Medaille gegenüber: Entscheidend für den Erhalt der Aufrechnungsbefugnis ist, ob das zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestehende Minus zu einer voll durchsetzbaren Aufrechnungslage ein Aufrechnungsverbot oder ein Aufrechnungshindernis ausmacht. Dabei erfahren insbesondere die Aufrechnungshindernisse erst in der Abgrenzung zur Forderungsexistenz die nötige Trennschärfe. Die Subsumtion unter die Kriterien der Bedingtheit und der werdenden Gleichartigkeit ist an der

Grenze des § 96 Abs. 1 zu messen. Die gegenseitige Forderungspräexistenz stellt die Demarkationslinie, den Limes der Insolvenzaufrechnung dar.

Zu den Bedingungen im Sinne des § 95 Abs. 1 S. 1, 1. Fall können deswegen ausschließlich die Partei- und die Rechtsbedingung gezählt werden. Nur diese setzen die Präexistenz der Forderung voraus. Die sogenannte gesetzliche „Bedingung“ verlangt dagegen anstelle der Präexistenz der Forderung lediglich die Präexistenz ihres Rechtsgrundes im weiteren Sinne. Das genügt nicht. Die gesetzliche „Bedingung“ stellt weder eine Bedingung im Rechtssinne dar, noch unterfällt sie der Regelung des § 95 Abs. 1.

Werdende Gleichartigkeit im Sinne des § 95 Abs. 1 S. 1, 3. Fall setzt gleichermaßen die Präexistenz (Kontinuität) der zur Aufrechnung gestellten Forderung voraus.

Dabei zeigt sich, daß in der Abgrenzung zu solchen gleichartigen Ansprüchen, die eine ursprüngliche ungleichartige Forderung nachträglich ersetzen (Diskontinuität), die Frage nach dem Entstehungszeitpunkt keine absolute Geltung hat. Unter haftungsrechtlicher Betrachtung sind vielmehr auch solche Ansprüche aufrechenbar, die eine ursprünglich konkretisierte Vermögenslage fortführen.

Das ist vor allem dann der Fall, wenn der vermögenszuweisende Inhalt einer ursprünglichen Forderung unverändert in einer zweiten Forderung fortgeführt wird, wenn also gleichsam der Gehalt der ursprünglichen Forderung kontinuierlich ist und lediglich in einer neuen Hülle transportiert wird. Möglich ist zudem, daß sich eine ursprüngliche Vermögenszuordnung allein aus dem Willen des Gesetzes ergibt ohne daß dabei eine vermögenszuweisende Erstforderung gegeben wäre. Voraussetzung ist hierbei allerdings unverändert, daß der Gehalt der Vermögenszuordnung schon vor Verfahrenseröffnung bestimmbar (konkretisiert) war.

Ähnlich ist der Schutz anwartschaftlicher Aufrechnungslagen zu beurteilen: Das obligatorische Anwartschaftsrecht selbst begründet mit seinem dinglichen Gehalt eine ursprüngliche konkrete Vermögenszuordnung, die im Sinne des § 95 Abs. 1 berücksichtigt werden muß.

Die auf der Grundlage der ursprünglichen Vermögenszuweisung gefundenen Ergebnisse werden vom eingeschränkten Tatbestand des § 96 Abs. 1 Nr. 2 bestätigt. Diese Norm klammert die nachträglich originär entstandenen Forderungen von den Aufrechnungsverboten aus, weil diesen Forderungen sämtlich – mit Ausnahme der § 96 Abs. 1 Nr. 3 zuzuordnenden Forderung aus § 144 Abs. 2 S. 2 – eine ursprüngliche Vermögenszuordnung zugrundeliegt.

Das Wesen der Insolvenzaufrechnung, der Schutz erworbener Aufrechnungslagen, ist damit an zwei Positionen festzumachen: Der Grenze gegenseitiger Forderungsexistenz und ihrer Durchbrechung, der ursprünglichen Vermögenszuweisung.