

MAYER | BROWN

October 2023

# DEUTSCHES INSOLVENZRECHT

Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters



## EINLEITUNG

Im deutschen Vertragsrecht gilt das Prinzip der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*), welches die Verpflichtung zur Erfüllung von Verträgen zum Gegenstand hat. Hiervon werden im Falle der Insolvenz einer Vertragspartei Ausnahmen gemacht. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird das Prinzip der Vertragstreue modifiziert.

Die insolvenzrechtlichen Regelungen zur Erfüllung von gegenseitigen Rechtsgeschäften (§§ 103 ff. InsO) räumen dem Insolvenzverwalter ein Erfüllungswahlrecht für Verträge ein. Dieses Wahlrecht gilt für Verträge, die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingegangen wurden, bis zu diesem Zeitpunkt aber noch von keiner Partei vollständig erfüllt worden sind. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt zwar keine inhaltliche Umgestaltung der Verträge, allerdings sind die noch offenen Ansprüche aus einem gegenseitig nicht erfüllten Vertrag nicht mehr durchsetzbar. Zweck der Regelungen ist es, dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit einzuräumen, die Insolvenzmasse zu erhalten bzw. zu mehren, um Sanierungsversuche zu ermöglichen, oder aber sich von für die Insolvenzmasse nachteiligen Verträgen zu lösen. Darüber hinaus soll auch verhindert werden, dass sich der Vertragspartner des Schuldners wegen dessen Insolvenz von einem für die Masse günstigen Vertrag lösen kann.

Nachfolgend werden die wichtigsten Regelungen erläutert.

## WAHLRECHT DES INSOLVENZVERWALTERS, § 103 INSO

### 1. VORAUSSETZUNGEN

Wesentliche Voraussetzung für die Geltendmachung des Insolvenzverwalterwahlrechts ist die Gegenseitigkeit von Ansprüchen, die zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beiderseitig nicht oder nicht vollständig erfüllt wurden. Zu einer Ausübung des Wahlrechts kommt es insbesondere häufig bei Kaufverträgen, Werk- oder Werklieferungsverträgen, Lizenzverträgen und Darlehensverträgen. Keine Anwendung findet das Insolvenzverwalterwahlrecht hingegen auf einseitig bereits voll erfüllte gegenseitige Verträge, Verträge mit einer wirksamen Lösungsklausel, Gesellschafterverträge sowie andere Verträge hinsichtlich derer Spezialregelungen greifen, wie etwa bei Miet- und Pachtverhältnissen.

Der Insolvenzverwalter muss sein Erfüllungsverlangen gegenüber dem Vertragspartner erklären. Hierbei ist er an keine Fristen gebunden. Allerdings kann die Gegenseite den Insolvenzverwalter auffordern, das Wahlrecht auszuüben und eine entsprechende Erklärung abzugeben. In diesem Fall hat der Insolvenzverwalter die Erklärung unverzüglich abzugeben, wobei „unverzüglich“ ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern meint. Dem Insolvenzverwalter wird also eine, je nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls angemessene Zeit eingeräumt, um die Folgen der Wahlrechtsausübung zu prüfen, beispielsweise nach vorheriger Einholung einer Zustimmung des Gläubigerausschusses, nach abschließender Prüfung etwaiger Sanierungsmöglichkeiten oder nach dem Berichtstermin an die Gläubiger.

### 2. FOLGEN UND WIRKUNGEN

#### a) Erfüllungswahl:

Entscheidet sich der Insolvenzverwalter für die Erfüllung eines beidseitig noch nicht oder nicht vollständig erfüllten Vertrages, tritt er an Stelle des Schuldners in dessen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag ein. Die Erklärung des Verwalters wirkt für die Zukunft (*ex nunc*). Als Folge wird die vom Schuldner unter dem betreffenden Vertrag zu erbringende Leistung zur Masseverbindlichkeit, und die von der Gegenseite zu erbringende Leistung wird zur Masseforderung. Inhaltlich gelten die ursprünglich vereinbarten Leistungskonditionen unverändert fort. Bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandene Forderungen des Vertragspartners werden von der Wirkung der Erfüllungswahl nicht umfasst. Sie sind als einfache, ungesicherte Insolvenzforderungen im Insolvenzverfahren geltend zu machen, die dann in Höhe der Insolvenzquote befriedigt werden.

#### b) Nichterfüllungswahl:

Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung eines Vertrages ab, hat dies nur deklaratorische Bedeutung, da, wie bereits beschrieben, die wechselseitigen Ansprüche mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohnehin nicht mehr durchsetzbar sind. An die Stelle der vertraglichen Gegenforderung tritt ein Schadensersatzanspruch des Vertragspartners wegen Nichterfüllung. Diesen Anspruch kann der Vertragspartner als Insolvenzforderung zur Tabelle anmelden. Die Höhe des Anspruchs berechnet sich nach der sog. Differenzmethode. Danach werden die sich aus der Nichterfüllung des Vertragsverhältnisses ergebenden gegenseitigen Ansprüche miteinander verrechnet. Ergibt sich zugunsten des Vertragspartners ein positiver Saldo, so kann er diesen als Insolvenzforderung geltend machen. Diese wird dann in Höhe der Insolvenzquote befriedigt.

**Teilbare Leistungen, § 105 InsO**

Für Verträge über teilbare Leistungen sieht § 105 InsO besondere Regelungen für das Wahlrecht des Insolvenzverwalters vor. Dies betrifft insbesondere sog. Dauerschuldverhältnisse, z.B. Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie. In diesem Zusammenhang gilt, dass – unabhängig von der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters – für vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Teilleistungen die entsprechende Gegenforderung nur als Insolvenzforderung geltend gemacht werden kann. Entscheidet sich der Insolvenzverwalter sodann für die Fortsetzung des Vertrags, wird der Vertragspartner mit seinen weiteren Forderungen aus zu erbringenden Teilleistungen zum Massegläubiger. Bereits vor Insolvenzeröffnung erbrachte Teilleistungen können nicht zurückverlangt werden.

Dass bereits vor Eröffnung des Verfahrens erbrachte Leistungen nur als Insolvenzforderung geltend gemacht werden können, dient vor allem dem Zweck, eine Belastung der Insolvenzmasse zu vermeiden. Eine solche könnte sich insbesondere daraus ergeben, dass der Insolvenzverwalter zunächst die Vertragserfüllung ablehnen müsste, um Forderungen gegen die Insolvenzmasse zu vermeiden, um anschließend den Vertrag zu vielleicht schlechteren Konditionen neu abzuschließen.

**UNWIRKSAMKEIT VON LÖSUNGSKLAUSELN, § 119 INSO**

Vertragliche Vereinbarungen, die im Voraus eine Anwendbarkeit des Insolvenzverwalterwahlrechts nach den §§ 103 ff. InsO ausschließen oder beschränken, sind unwirksam. So hat der Bundesgerichtshof (BGH) in einem Grundsatzurteil vom 15. November 2012 (Az. IX ZR 169/11) im Falle von Dauerschuldverhältnissen klargestellt, dass eine insolvenzbezogene Lösungsklausel in die Verwertungskompetenz des Insolvenzverwalters eingreife and somit unzulässig sei. Dies betrifft

insbesondere Klauseln, die den Parteien ein außerordentliches Kündigungsrecht einräumen, wenn die jeweils andere Partei Insolvenzantrag gestellt hat oder über deren Vermögen das (vorläufige) Insolvenzverfahren eröffnet wird. In einem jüngeren Urteil vom 27. Oktober 2022 (Az. IX ZR 213/21) hat der BGH die allgemeinen Regelungen dahingehend konkretisiert, dass in Fällen, in denen bereits das Gesetz ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund vorsieht (z.B. im Werkvertragsrecht), insolvenzabhängige Lösungsklauseln, die die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als wichtigen Grund nennen, wirksam sein können. Dies setzt jedoch voraus, dass die Klausel durch objektive Gründe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gerechtfertigt ist und ihre Ausübung im konkreten Fall nicht Treu und Glauben widerspricht (z.B. eine Kündigung allein in der Absicht, höhere Preise zu verlangen).

Zugunsten von Geldleistungsgläubigern sind insolvenzbezogene Lösungsklauseln weiterhin regelmäßig unzulässig, da ihnen andere Schutzmechanismen, wie die Einrede des nichterfüllten Vertrages, zur Verfügung stehen. Ebenso sind in aller Regel Lösungsklauseln, die nicht an die Insolvenz, sondern an andere Ereignisse anknüpfen rechtlich unbedenklich. Derartige Ereignisse können etwa der Verzug der Leistungspflichten, die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen über das Vermögen der anderen Partei, die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten oder der Eintritt einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögenslage sein.

## SONDERBESTIMMUNGEN FÜR EINZELNE VERTRAGSTYPEN

Das Insolvenzrecht sieht für einige Vertragstypen Sonderbestimmungen vor, die das generelle Wahlrecht des Insolvenzverwalters verdrängen bzw. modifizieren:

### 1. ERLÖSCHEN VON VERTRÄGEN, §§ 115 – 117 INSO

Von wenigen Ausnahmen abgesehen, erlöschen Aufträge, Geschäftsbesorgungsverträge und Vollmachten, die sich auf das zur Insolvenzmasse gehörige Vermögen beziehen, mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens kraft Gesetzes. Ansprüche auf eine im Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag vereinbarte Vergütung oder Aufwendungsersatz können nur als Insolvenzforderung zur Tabelle angemeldet werden.

### 2. ENTZUG DES WAHLRECHTS, §§ 106, 107 INSO

Vorbehaltlich etwaiger Anfechtungsrechte wird für bereits vor der Insolvenzeröffnung im Grundbuch eingetragene Vormerkungen dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht entzogen, § 106 InsO. Diese eingetragenen Vormerkungen sind somit insolvenzfest. Die durch die Vormerkung gesicherten Ansprüche müssen entsprechend vollständig aus der Insolvenzmasse bedient werden.

Die Insolvenzfestigkeit gilt auch für das Anwartschaftsrecht des Käufers in der Insolvenz des Verkäufers, wenn der Schuldner eine bewegliche Sache unter Eigentumsvorbehalt verkauft und dem Käufer bereits Besitz an der Sache übertragen hat, § 107 InsO.

### 3. FORTBESTEHEN BESTIMMTER SCHULDVERHÄLTNISSSE – BESONDERE RÜCKTRITTS- UND KÜNDIGUNGSRECHTE, §§ 108 FF INSO

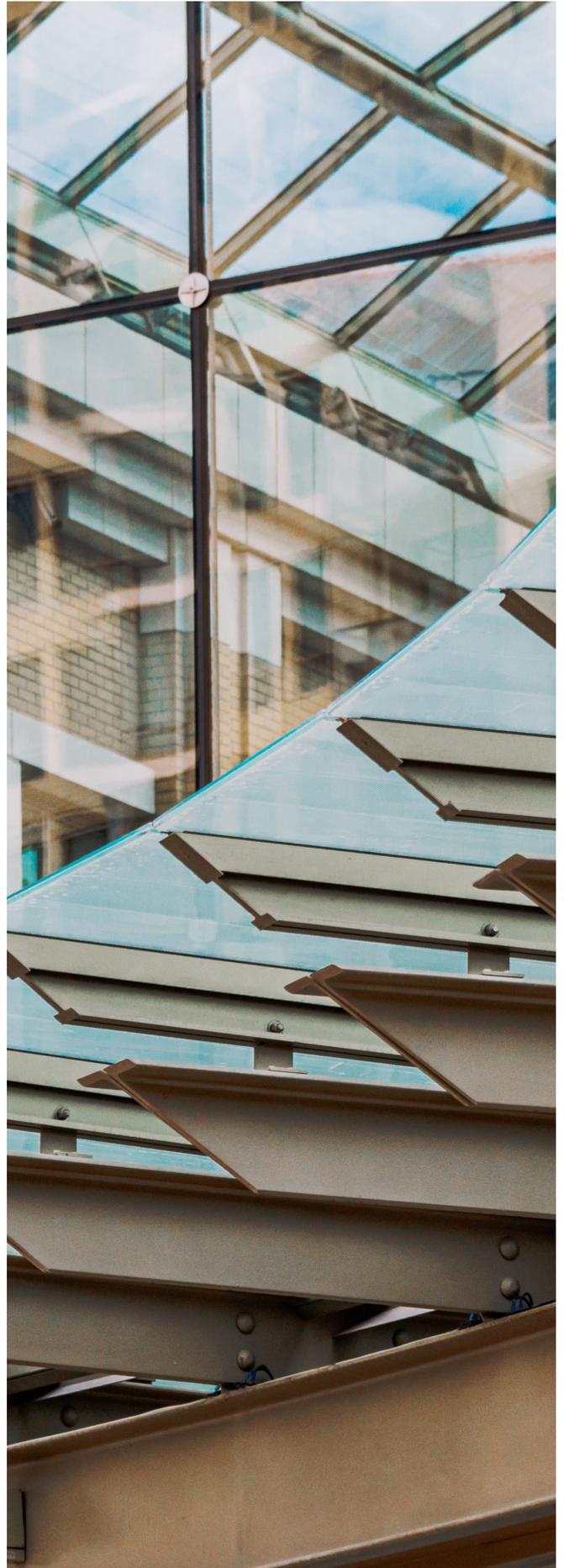
Für Mietverträge über unbewegliche Gegenstände sowie für Arbeits- und Dienstverträge des Schuldners ordnet das Gesetz auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens deren Fortbestand an, § 108 InsO. Ansprüche aus diesen Verträgen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, sind als einfache, ungesicherte Insolvenzforderungen zur Insolvenztabelle anzumelden; danach entstehende Ansprüche sind hingegen Masseverbindlichkeiten. An die Stelle des Insolvenzverwalterwahlrechts treten für diese Vertragstypen besondere Kündigungs- und Rücktrittsrechte.

#### a) Mietverträge

Im Mietvertragsrecht wird dem Insolvenzverwalter unabhängig von den vertraglichen Regelungen ein Sonderkündigungsrecht von maximal drei Monaten zum Monatsende eingeräumt. Dies erlaubt es ihm, sich zugunsten der Insolvenzmasse von für die Masse unvorteilhaften Verträgen zu lösen. Im Falle einer Insolvenz des Mieters können sowohl der Insolvenzverwalter als auch der Vermieter vom Vertrag zurücktreten, wenn das Mietobjekt zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht dem Mieter überlassen war. Tritt der Insolvenzverwalter vom Vertrag zurück, kann der Vermieter wegen vorzeitiger Beendigung des Vertragsverhältnisses als Insolvenzgläubiger Schadenersatz verlangen. In der Insolvenz des Mieters wird dem Vermieter das Recht versagt, das Mietverhältnis wegen eines vor Insolvenzantragstellung eingetretenen Verzuges der Miet- bzw. Pachtzahlung oder wegen einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners zu kündigen, sog. Kündigungssperre, § 112 InsO. Eine Kündigung aus sonstigen Gründen bleibt grundsätzlich weiterhin möglich.

**b) Arbeits- und Dienstverträge**

Im Bereich des Arbeits- und Dienstvertragsrechts besitzt der Insolvenzverwalter ebenfalls ein maximal dreimonatiges Kündigungsrecht zum Monatsende, das unabhängig von der vertraglich vereinbarten oder gesetzlich geltenden Kündigungsfrist ist. Arbeitnehmer, denen nach ihrem Arbeits- oder Tarifvertrag ein längeres Kündigungsrecht zusteht oder die sogar unkündbar sind, können als Insolvenzgläubiger Schadensersatz geltend machen. Dessen Höhe richtet sich nach der Höhe des Gehalts und der Nebenleistungen, die der Arbeitnehmer bei Geltung der regulären Kündigungsfristen bekommen hätte. Bei unkündbaren Verträgen ist dies allerdings auf den Zeitraum der längsten gesetzlich vorgesehenen ordentlichen Kündigungsfrist beschränkt.



## IHRE ANSPRECHPARTNER



PARTNER  
**DR. MARCO WILHELM**  
FRANKFURT +49 69 7941 2731  
[MWILHELM@MAYERBROWN.COM](mailto:MWILHELM@MAYERBROWN.COM)



COUNSEL  
**DR. MALTE RICHTER, LL.M.**  
FRANKFURT +49 69 7941 2533  
[MRICHTER@MAYERBROWN.COM](mailto:MRICHTER@MAYERBROWN.COM)



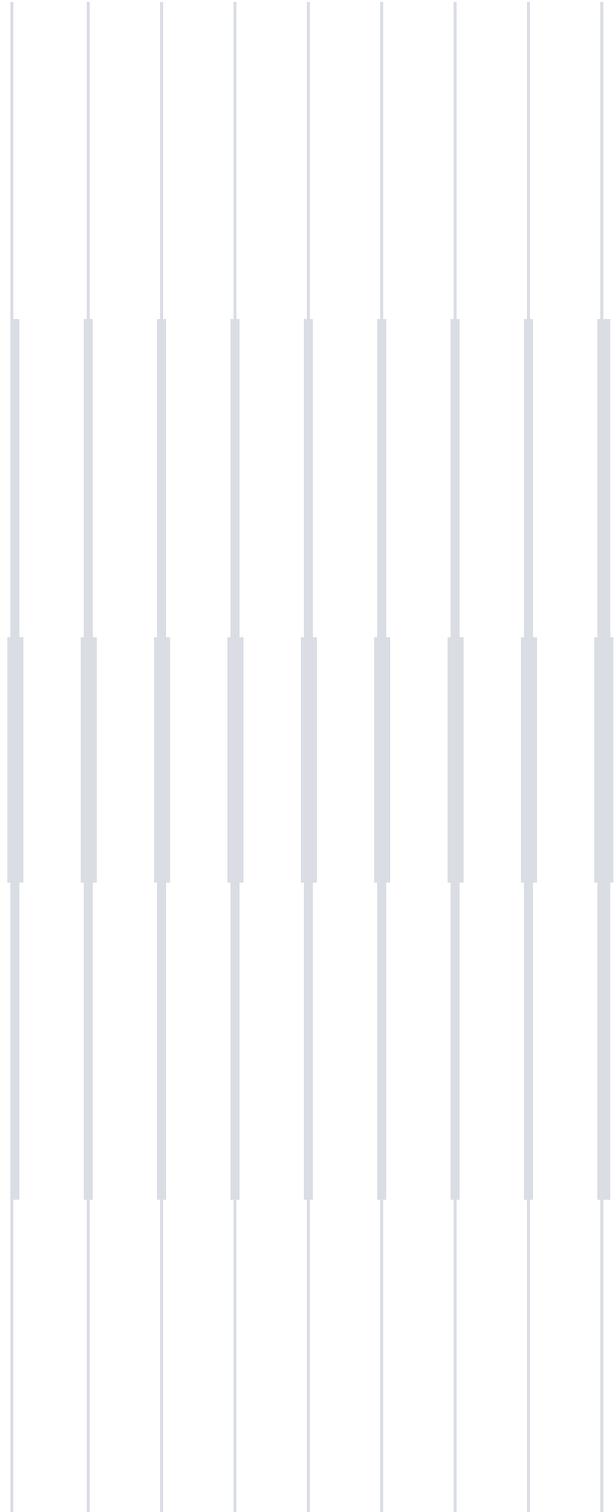
COUNSEL  
**STEFANIE SKORUPPA, LL.M.**  
FRANKFURT +49 69 7941 1017  
[SSKORUPPA@MAYERBROWN.COM](mailto:SSKORUPPA@MAYERBROWN.COM)



COUNSEL  
**TINA HOFFMANN**  
FRANKFURT +49 69 7941 1281  
[THOFFMANN@MAYERBROWN.COM](mailto:THOFFMANN@MAYERBROWN.COM)



ASSOCIATE  
**INGA RUPP**  
FRANKFURT +49 69 7941 1063  
[IRUPP@MAYERBROWN.COM](mailto:IRUPP@MAYERBROWN.COM)





## ABOUT MAYER BROWN

Mayer Brown is a leading international law firm positioned to represent the world's major corporations, funds, and financial institutions in their most important and complex transactions and disputes.

Please visit [mayerbrown.com](https://www.mayerbrown.com) for comprehensive contact information for all our offices.

Mayer Brown is a global services provider comprising associated legal practices that are separate entities, including Mayer Brown LLP (Illinois, USA), Mayer Brown International LLP (England & Wales), Mayer Brown (a Hong Kong partnership) and Tauil & Chequer Advogados (a Brazilian law partnership) and non-legal service providers, which provide consultancy services (collectively, the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are established in various jurisdictions and may be a legal person or a partnership. PK Wong & Nair LLC ("PKWN") is the constituent Singapore law practice of our licensed joint law venture in Singapore, Mayer Brown PK Wong & Nair Pte. Ltd. Details of the individual Mayer Brown Practices and PKWN can be found in the Legal Notices section of our website. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of Mayer Brown.

© 2024 Mayer Brown. All rights reserved.

Attorney Advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.

MAYER | BROWN

[mayerbrown.com](http://mayerbrown.com)

Americas | Asia | EMEA