

indem ein neuer Sozialplan (→ Rn. 258) durchgesetzt wird. Das gilt auch für Arbeitnehmer, die bereits im alten Plan bedacht wurden (§ 124 II).

Hatten sie aufgrund des alten Plans schon *Leistungen erhalten*, so werden diese nicht zurückgefordert, sondern bei Aufstellung des neuen Plans verrechnet (§ 124 III).

e) Sicherung der betrieblichen Altersversorgung

Die Altersversorgung der Rentner erfolgt seit jeher zum weitaus größten Teil durch die gesetzliche Rentenversicherung – tatsächlich keine „Versicherung“, sondern ein Umlageverfahren, indem die monatlichen Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitnehmer und -geber, zunehmend aber auch Steuergelder, gleich wieder ausgezahlt werden. Nicht unwichtig ist daher, neben der Privatvorsorge, die „zweite Säule“: die von vielen, vor allem größeren Unternehmen zugesagte betriebliche Altersversorgung. 261

Durch sie begünstigte Arbeitnehmer können – entsprechend ihrer Beschäftigungsdauer – unverfallbare Anwartschaften und schließlich Versorgungsansprüche erwerben. Begründet werden die Ansprüche allerdings schon im Zuge des Arbeitsverhältnisses. Daher sind sie bloße Insolvenzforderungen (§ 38), wenn der Arbeitgeber insolvent wird. Die oft bedrückenden Konsequenzen liegen auf der Hand. Der Gesetzgeber hat daher seit 1974 für Insolvenzschutz gesorgt: Ein **Pensionsversicherungsverein (PSV)** erhält die Anwartschaften aufrecht bzw. erfüllt die Versorgungsansprüche (§ 7 BetrAVG). Zum Ausgleich erwirbt er die Rechte des Begünstigten gegen den insolventen Arbeitgeber (§ 9 II BetrAVG).

Finanziert wird der PSV durch Pflichtbeiträge aller insolvenzfähigen Arbeitgeber (beachte → Rn. 29), die betriebliche Altersversorgung gewähren. Insolvenzbedingte Ausfälle sind also von anderen Unternehmen (u. U. Konkurrenten!) mitzutragen. Dies kann eine arge Kostenlast sein, gerade in Zeiten schlechter Konjunktur: Das Schadenvolumen im Jahre 2009 erreichte als Folge der Finanzkrise ca. 4,3 Mrd. EUR; der Beitragssatz von nominal 14,2 Promille wurde wegen seiner extremen Höhe auf mehrere Jahre gestreckt. In den letzten Jahren war er freilich sehr viel geringer.

2. Insolvenz des Dienstverpflichteten

Dienstverhältnisse bestehen nach Verfahrenseröffnung fort 262 (§ 108 I 1). Auch bei Insolvenz eines Arbeitnehmers hat der Verwalter also **kein Wahlrecht** i. S. d. § 103. Schon gar nicht kann er das Ar-

beitsverhältnis des Schuldners kündigen! Hingegen sollte bei anderen Dienstverpflichtungen mit Massebezug (z. B. bei Insolvenz einer Privatschule) ein Wahlrecht zugestanden werden; insoweit ist § 108 I 1 zweckentsprechend einzuschränken.

- 263 **Bezüge des Schuldners**, insbesondere Ansprüche auf Lohn, Gehalt bzw. Entgelt, sind weitgehend **gebunden**. Soweit die Bezüge Tätigkeiten *während des Verfahrens* entgelten, fallen sie nämlich, soweit pfändbar, in die Masse (Neuerwerb; → Rn. 147 f.). Andererseits will der Gesetzgeber verhindern, dass über Entgeltansprüche, die *nach dem Insolvenzverfahren* erwachsen, vorzeitig verfügt wird. Denn sie sind ebenfalls den Insolvenzgläubigern vorbehalten, falls der Schuldner Restschuldbefreiung begehrt (→ Rn. 536). Der Zugriff auf Bezüge ist daher verwehrt:
- 263a (1) **Vor Verfahrenseröffnung** können Rechte an künftigen Bezügen nicht erworben werden: Der Gesetzgeber folgt der Ansicht, dass ein künftiger Anspruch, der abgetreten wird, nach seiner Entstehung nicht gleich dem Zessionar, sondern erst dem Zedenten zufällt (Durchgangserwerb); bei zwischenzeitlicher Insolvenz des Zedenten hindert folglich § 91 I den Erwerb aus der Masse (BT-Drs. 17/11268, 23; BGH NZI 2010, 682 Rn. 9).
- 263b (2) **Während des Verfahrens** ist weder eine Verfügung über die Bezüge (Abtretung, Verpfändung; § 81) noch eine Vollstreckung in sie (§ 89) möglich, auch nicht für die spätere Zeit, d. h. nach dem Verfahren (→ Rn. 165, 183).

Übersicht: Wahlrecht des Insolvenzverwalters in Sonderfällen

Insolvenz	Wahlrecht	Rechte des Vertragspartners
des Käufers bei Eigentumsvorbehalt	ja (§ 107 II)	§ 103; bei Ablehnung der Erfüllung kann Verkäufer aussondern
des Verkäufers bei Eigentumsvorbehalt	Nein (arg. § 107 I)	Käufer kann also Übereignung erzwingen, muss dem Verwalter aber herausgeben (§ 985 BGB), wenn er nicht zahlen kann
bei Fix-/Finanztermingeschäften	nein (§ 104)	nur Schadensersatzanspruch, der für Vertragspartner Insolvenzforderung ist (§ 104 III 3)
des Schuldners aus vormerkungsgesichertem Anspruch	nein (§ 106)	Masseanspruch auf Leistung

Insolvenz	Wahlrecht	Rechte des Vertragspartners
bei Miet-/Pachtverhältnissen über bewegliche Sachen	ja, für Zukunft (§§ 103, 105 S. 1)	insoweit Masseanspruch bei Erfüllungswahl (§ 55 I Nr. 2), i. ü. Insolvenzforderung
des Vermieters/Verpächters von Immobilien	nein (§ 108 I 1)	alte Entgeltansprüche sind Insolvenzforderungen, solche ab Verfahrenseröffnung Masseansprüche (§ 55 I Nr. 2)
des Mieters/Pächters von Immobilien	nein (§ 108 I 1)	Masseanspruch ab Verfahrenseröffnung (§ 55 I Nr. 2); Kündigung für Vermieter erschwert (§ 112), für Verwalter erleichtert (§ 109 I 1); für beide Seiten u. U. Rücktrittsrecht (§ 109 II)
des Arbeitgebers	nein (§ 108 I 1)	alte Lohn- und Sozialplanansprüche nur Insolvenzforderungen (aber: in 3-Monats-Phase Insolvenzgeld), ab Insolvenzeröffnung Masseschulden (§ 55 I Nr. 2 bzw. § 123 II 1); Kündigung für beide Seiten erleichtert (§ 113)
des Arbeitnehmers	nein (§ 108 I 1)	Anspruch auf Arbeitsleistung besteht fort, da ohne Bezug zur Masse

V. Beschränkung der Vertragsfreiheit

Literatur: *Berger*, Insolvenzbezogene Lösungsklauseln: Welcher Gestaltungsspielraum verbleibt nach BGHZ 195, 348?, ZInsO 2016, 2111 ff.; *Foerste*, Lösungsklauseln bei Insolvenz im Lichte der BGH-Entscheidung v. 15.11.2012, ZInsO 2015, 601 ff.; *Jacoby*, Lösungsklauseln in der Insolvenz, ZIP 2014, 649 ff.

Die Regeln über schwebende Rechtsverhältnisse sind großenteils **264 zwingendes Recht**. Denn § 119 erklärt Vereinbarungen (zwischen Schuldner und Vertragspartner), welche die Anwendung der §§ 103–118 im Voraus ausschließen oder beschränken, für unwirksam. So soll insbesondere das Wahlrecht des Insolvenzverwalters geschützt werden, insofern also die Masse.

Beispiele: Unzulässig sind Vereinbarungen, die für den Insolvenzfall – das Wahlrecht des Verwalters davon abhängig machen, dass zuvor Verhandlungen mit dem Vertragspartner geführt werden und scheitern,

- das Schweigen des Verwalters entgegen § 103 II 3 in ein Erfüllungsverlangen umdeuten,
- entgegen § 105 die Teilbarkeit von Leistungen erschweren,
- die Rückgabe von Vorleistungen des Vertragspartners vorschreiben.

265 Umstritten ist hingegen die Zulässigkeit sog. Lösungsklauseln. Die **insolvenzabhängigen Lösungsklauseln** lassen nämlich Verträge enden, sobald ein Insolvenzverfahren eröffnet oder auch nur Zahlungsunfähigkeit eintritt oder ein Insolvenzantrag gestellt wird, oder geben dem Vertragspartner des Schuldners das Recht, sich dann einseitig vom Vertrag zu lösen. Das kann ein Wahlrecht des Insolvenzverwalters untergraben.

Noch § 137 II RegE-InsO erklärte Lösungsklauseln für unzulässig. Der Rechtsausschuss des Bundestages lehnte dies allerdings ab. Diese Bewertung dürfte der Deutsche Bundestag übernommen haben. Auch das spricht für restriktive Handhabung des § 119 (Jaeger/Jacoby InsO § 119 Rn. 24 ff.; Foerste ZInsO 2015, 601–605). Diese subjektiv-historische Auslegung soll nach h. M. aber zurücktreten (HK-InsO/Marotzke § 119 Rn. 4; Prütting FS Gerhardt, 2004, 761 ff.).

Die Rspr. hält solche Klauseln jedenfalls dann für unwirksam, wenn sie in Verträgen über fortlaufende Lieferungen enthalten sind, aber wohl auch im Übrigen (Gehrlein NZI 2015, 106 f.). Demnach können sie im eröffneten Insolvenzverfahren nicht mehr schaden, sollen aber auch schon vorher – bei vorläufiger Insolvenzverwaltung – außer acht bleiben (BGH NJW 2013, 1159 Rn. 13 ff.; anders BGH NJW 2016, 1945 ff. für das wichtige Kündigungsrecht nach § 8 II Nr. 1 Fall 2 VOB/B).

265a Als unbedenklich gelten dagegen **insolvenzunabhängige Klauseln** (Gehrlein NZI 2015, 106 f.). Sie mögen an Verzug des Schuldners (ggf. in Verbindung mit dem Ablauf einer Folgefrist) anknüpfen, aber auch an frühe Verschlechterungen seiner Vermögenslage oder diesbezügliche Indizien (z. B. bestimmte Umsatzeinbrüche, eine Zwangsvollstreckung Dritter). Das strenge deutsche AGB-Recht erlaubt dies freilich nur in Grenzen (Foerste ZInsO 2015, 608 m. N.).

§ 19. Aufträge, Geschäftsbesorgung, Vollmachten

Literatur: Marotzke, Der Einfluß des Insolvenzverfahrens auf Auftrags- und Geschäftsbesorgungsverhältnisse, FS Henckel, 1995, 579 ff.; Obermüller, Überweisungsverkehr bei Insolvenz unter Berücksichtigung des neuen Rechts

der Zahlungsdienste, ZInsO 2010, 8 ff.; *Schilken*, Die Vollmacht in der Insolvenz, KTS 2007, 1 ff.

Ein vom Schuldner erteilter **Auftrag** erlischt, soweit er Massebezug hat, mit Verfahrenseröffnung (§ 115 I), es sei denn, dass er dann schon ausgeführt war. Demnach besteht **kein Wahlrecht**. 266

Jedoch bleibt der Auftrag in zwei Fällen bestehen: In *Notfällen* ist er fortzusetzen, bis der Verwalter anderweitig Fürsorge treffen kann; zum Ausgleich erhält der Beauftragte Masseansprüche (§ 115 II). Ist der Beauftragte in *schuldloser Unkenntnis von der Verfahrenseröffnung*, besteht der Auftrag ebenfalls fort. So kann der Beauftragte noch einen Aufwendungsersatzanspruch (§ 670 BGB) erwerben, freilich nur als Insolvenzforderung (§ 115 III 2).

Hat der Schuldner jemanden zur **Geschäftsbesorgung** verpflichtet, so geschah dies durch gegenseitigen Vertrag (mit Rechtsanwalt, Steuerberater, Hausverwalter usw.; § 675 I BGB). Dennoch hat der Verwalter **kein Wahlrecht**. Auch dieser Vertrag erlischt vielmehr (§§ 115 I, 116 S. 1). Er besteht nur bei *Notgeschäftsführung* bzw. *Gutgläubigkeit* des Geschäftsführers fort. Nur dann wird auch ein Masse- bzw. Insolvenzanspruch auf Aufwendungsersatz und Vergütung gewährt (§§ 116 S. 1 u. 2, 115 II 3). 267

Durch die Verfahrenseröffnung erlöschen auch vom Schuldner erteilte **Vollmachten**, soweit sie sich auf die Masse beziehen (§ 117 I; z. B. Prokura, Prozessvollmacht). Das folgt im Übrigen schon daraus, dass der Schuldner als Vollmachtgeber seine Rechtsmacht verloren hat, ggf. auch aus §§ 168 S. 1 BGB, 115 I. Die Vollmacht besteht jedoch fort, soweit sie einer *Notgeschäftsführung* dient (§ 117 II). Handelte der Bevollmächtigte dagegen in *schuldloser Unkenntnis* von der Verfahrenseröffnung, so ersetzt das nicht die Vollmacht. Auch §§ 168 S. 1 BGB, 115 III 1 sind hier unanwendbar. Dies folgt aus § 117 III, der den Gutgläubigen vor der Haftung nach § 179 BGB schützt (weil dies mangels Vollmacht nötig ist). 268

Auch §§ 115 ff. sind *zwingendes Recht* (näher → Rn. 264 f.).

Zur Vertiefung: Banküberweisung und Insolvenz

Die §§ 115 ff. betreffen auch Banküberweisungen. Dabei ist zu trennen 269 zwischen Girovertrag (erweiterter Zahlungsdienste-Rahmenvertrag i. S. d. § 675f II BGB) und der einzelnen Überweisung (Zahlungsauftrag nach § 675f III 2 BGB). Der **Girovertrag** ist Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675c I

BGB). Er erlischt daher mit Insolvenzeröffnung nach Maßgabe des § 115 (§ 116 S. 1; → Rn. 267). Auch das Kontokorrentverhältnis (§ 355 HGB) endet. Die **Überweisung** selbst erfolgt im Rahmen des Giroverhältnisses (seit 2009) als einseitige Weisung; als sog. Zahlungsauftrag. Für Erfüllung und Bereicherungsausgleich ist wichtig: Der Überweisende leistet an den Überweisungsempfänger und die Bank an den Überweisenden, indem sie dem Empfänger zuwendet.

270 Überweist eine Bank für Rechnung des Schuldners, so ist der Zeitpunkt des Auftrags maßgebend: Wurde der **Überweisungsauftrag vorinsolvenzlich** wirksam, weil er der Bank rechtzeitig zuzug (§ 675n I 1 BGB) und vorläufige Insolvenzverwaltung (§ 24 I) nicht entgegenstand (→ Rn. 98, 103a), so wird er durch die anschließende Verfahrenseröffnung nicht berührt (§ 116 S. 3). Der Verwalter hat also kein Wahlrecht. (Ein vorläufiger Verwalter mit Verfügungsmacht mag freilich noch widerrufen können: § 675p IV BGB.) Gesichert ist die Bank jedenfalls dann, wenn das Konto noch ein Guthaben aufweist, also *kreditorisch* ist: Ggf. lässt sich die Überweisung schon als Leistung an Erfüllung statt deuten; sie erfolgte seitens der Bank freilich an den Schuldner, kann also (wegen § 80 I Fall 1) nur wirksam sein, falls die Bank von der Insolvenzeröffnung nachweislich nicht wusste (§ 82 S. 1). Im Übrigen steht der Bank Aufwendungsersatz nach §§ 670, 675c I BGB zu, sogar als Masseforderung (§ 116 S. 3 Hs. 2). Damit kann sie gegen den Auszahlungsanspruch des Schuldners aufrechnen (§ 94 beschränkt nur Insolvenzgläubiger). War das Konto – in Krisenzeiten typisch – im Minus (*debitorisch*), so ist die Bank immerhin vorrangig zu befriedigen (§ 53). Ist dennoch unsicher, ob das Geld reicht, so sollte sie den Überweisungsauftrag besser ablehnen (dazu § 675o I, II BGB).

271 Wurde der **Überweisungsauftrag erst nach Insolvenzeröffnung** erteilt, so ist er unwirksam, da dem Schuldner die Verwaltungsmacht fehlte (§ 80 I Fall 1); § 116 S. 3 ändert daran nichts, denn „fort“ bestehen kann nur ein Alt-Auftrag (BT-Drs. 14/1931, 2 f.). Dennoch kann die Bank geschützt sein:

Wies das Konto ein **Guthaben** auf, so leistet die Bank wieder an Erfüllung statt, wird also frei, wenn sie noch keine Kenntnis von der Insolvenzeröffnung hatte (§ 82 S. 1; vgl. *BGH NZI* 2014, 157). Im Übrigen bleibt ihr die Chance, mit einem Gegenanspruch aufzurechnen. Dieser folgt scheinbar nicht aus §§ 670, 675c I BGB, denn der Auftrag war ja unwirksam. Dennoch steht der Bank bei *schuldloser Unkenntnis* Aufwendungsersatz zu, wenn auch nur als Insolvenzforderung. Das lässt sich auf §§ 115 III, 116 S. 1 stützen. Dabei sollte man freilich nicht auf den späten Überweisungsauftrag abstellen, für den eine „Fort“geltung ja ausscheidet, sondern auf seine Grundlage: den Girovertrag, auf dessen Bestand die Bank vertraute. Die Aufrechnung wäre nach §§ 94, 95 I 1 auch zulässig. Hatte die Bank allerdings *Kenntnis* von der Insolvenzeröffnung (dazu → Rn. 192) und überweist sie dennoch, weil der befassende Sachbearbeiter arglos war, oder war ihre Unkenntnis *fabrlässig*, so wird sie nicht einmal Insolvenzgläubigerin.

War das Konto **debitorisch**, so kann die Bank etwaige Ansprüche zur Tabelle anmelden.

Nach h. M. bleibt ihr zudem stets der **Durchgriff gegen den Überweisungsempfänger**: Die Zuwendung an diesen sei nicht mehr dem Überweisenden zurechenbar, da dessen Auftrag mit Insolvenzeröffnung entfallen sei (§ 812 I 1 Fall 2 BGB; vgl. *BGH NZI* 2014, 156 Rn. 17).

§ 20. Anhängige Gerichtsverfahren

Literatur: *Damerius*, Das Schicksal schwebender Verfahren des Insolvenzschuldners, 2007; *Froehner*, Die Qualifikation der Kosten nach der Aufnahme eines Zivilrechtsstreits im Insolvenzverfahren, *NZI* 2016, 425 ff.; *Gottwald* *InsR-HdB/Eckardt* 570 ff.; *Henckel* *FS Schumann*, 2001, 211 ff.

I. Unterbrechung

Der Insolvenzverwalter soll die Masse kontrollieren. Er muss daher auch Prozesse beeinflussen können, die *bei Verfahrenseröffnung* anhängig sind und sich auf die Masse beziehen. Massebezug ist die Regel (auch bei Klage auf Zugewinnausgleich, anders bei Klage auf entsprechende Auskunft: *OLG Naumburg NJW-RR* 2002, 1704 f.; anders auch bei Ehrenschaft-, Ehesachen, pfändungsfreiem Vermögen). Massebezogene Prozesse werden daher kraft Gesetzes unterbrochen, wenn ein Insolvenzverfahren eröffnet wird (§ 240 S. 1 ZPO). Gleiches gilt bei *Einsetzung eines „starken“ vorläufigen Verwalters* (§ 240 S. 2 ZPO). 272

Kommt es dennoch zu Prozesshandlungen, so wirken sie nicht gegen den Gegner (§ 249 II ZPO). Der Lauf der wichtigsten prozessualen Fristen endet (§ 249 I ZPO). Der Verwalter kann sich also in Ruhe überlegen, wie er auf eine gegen den Schuldner erhobene Klage reagiert (trotz §§ 275 I 1, 296 I ZPO) und ob er ein Urteil, das dem Schuldner nachteilig ist und vielleicht schon drei Wochen vor Verfahrenseröffnung zugestellt wurde, noch durch Berufung angreifen soll (trotz § 517 ZPO).

II. Ende der Unterbrechung

1. Aufnahme des Prozesses

- 273 Nicht selten endet die Unterbrechung mit einer Aufnahme des Prozesses (§ 240 S. 1 ZPO), d. h. durch Zustellung eines entsprechenden Schriftsatzes (§ 250 ZPO). Dabei ist zu unterscheiden:

a) Aktivprozesse

Im Aktivprozess nimmt der Schuldner Rechte für sich in Anspruch, meist als Kläger.

Diese Rolle kann er aber auch als Beklagter einnehmen: Der Gegner mag „*negative Feststellungsklage*“ erhoben haben (§ 256 ZPO), z. B. auf Feststellung, dass dem (insolventen) Beklagten, der sich eines Schadensersatzanspruchs berüht, ein solcher gar nicht zustehe. Wurde *Vollstreckungsgegenklage* erhoben (§ 767 ZPO), so soll die Zwangsvollstreckung aus einem Leistungsurteil für unzulässig erklärt werden, was den (insolventen) Beklagten zwingen wird, auf dem titulierten Anspruch zu beharren.

Nach Insolvenzeröffnung betrifft dieser Prozess Rechte der Masse. Man spricht deshalb auch vom „Teilungsmasse-Streit“. Einen Aktivprozess kann zunächst *allein der Verwalter* aufnehmen (§ 85 I 1). Dies wird er nur tun, wenn er die Klage für sinnvoll hält, weil sie bzw. eine spätere Vollstreckung aussichtsreich ist. Dann prozessiert er als „Partei kraft Amtes“, d. h. in gesetzlicher Prozessstandschaft für den Schuldner (§ 80 I; → Rn. 180). Verzögert er seine Entscheidung, so droht ihm eine Aufnahmefiktion, folglich auch ein Versäumnisurteil (§ 239 II–IV ZPO; § 85 I 2).

- 274 Bei *Ablehnung der Aufnahme* verzichtet der Verwalter darauf, die streitbefangene Sache bzw. Forderung für die Masse zu sichern. Das ist eine Freigabe (→ Rn. 170). Dementsprechend kann nun der Schuldner den Prozess aufnehmen (§ 85 II). Das gleiche Recht hat der Gegner; nimmt er auf, so prozessiert er infolge der Freigabe aber weiterhin „nur“ gegen den Schuldner.

Ein ganz anderer Fall ist die **Freigabe im Verwalter-Prozess**.

Hier verliert der Verwalter seine (auf § 80 I beruhende) Prozessführungsbezugnis. Nach überw. M. führt er den Prozess dennoch fort, nun als Prozessstandschafter analog § 265 II ZPO (*BGH FamRZ* 1990, 284; *Jaeger/Henckel KO* § 6 Rn. 116 ff.; anders *BGHZ* 46, 250 ff.: Prozessunterbrechung und -fortsetzung mit dem Schuldner).