

Eric Abfalg\*

**Die Aufrechnung einer Masseforderung gegen  
eine Insolvenzforderung – zugleich Besprechung  
von BGH, Urt. v. 8.05.2014 – IX ZR 118/12,  
BGHZ 201, 121**

**Abstract**

Die allgemeinen Aufrechnungsregeln der §§ 387 ff. BGB werden in der Insolvenz durch die §§ 94 ff. InsO ergänzt. Ihrem Wortlaut nach beziehen sich die §§ 94 ff. InsO jedoch allein auf eine durch den Insolvenzgläubiger erklärte Aufrechnung, das heißt auf die Aufrechnung mit einer Insolvenzforderung gegen eine Masseforderung. Wie verhält es sich im umgekehrten Fall, wenn der Insolvenzverwalter mit einer Masseforderung gegen eine Insolvenzforderung aufrechnen will? Lässt sich dieser Fall mit einer analogen Anwendung der §§ 94 ff. InsO erfassen oder gelten andere Regeln?

---

\* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht (Prof. Dr. Andreas Piekenbrock) der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag basiert auf der vom Verfasser im Sommersemester 2014 geschriebenen Studienarbeit im Schwerpunktbereich Zivilverfahrensrecht. Dank gilt Herrn Prof. Dr. Andreas Piekenbrock für seine hilfreichen Anmerkungen.

## I. Einführung

In der Rechtsprechung des *BGH* fand sich zur Frage der Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters lange Zeit nur ein einziges Urteil aus dem Jahr 1987.<sup>1</sup> Der nur sehr knapp begründeten Entscheidung wurde jedoch viel Kritik entgegengebracht.<sup>2</sup> Selbst amtierende *BGH*-Richter verweigerten ihr zuletzt die Gefolgschaft.<sup>3</sup> Das Urteil vom 8.5.2014 – IX ZR 118/12 bot dem *BGH* nun erstmals seit Inkrafttreten der InsO die Gelegenheit, die Rechtsfrage erneut aufzuwerfen. Diese Gelegenheit wurde genutzt, um die Abkehr von der damaligen Rechtsprechung zu erklären und neue Grundsätze aufzustellen. Wirklich „neu“ ist die nunmehr vom *BGH* vertretene Auffassung allerdings nicht, entspricht sie doch in wesentlichen Punkten zugleich der Rechtsprechung des *RG*<sup>4</sup> und der vor 1987 überwiegend vertretenen Ansicht in der Literatur<sup>5</sup> zur Aufrechnungsbefugnis des Konkursverwalters.

## II. Das Urteil des *BGH* vom 8.5.2014 – IX ZR 118/12

Die dem Urteil des *BGH* vom 8.5.2014 – IX ZR 118/12 zugrundeliegende Konstellation einer Doppelinsolvenz kann man gut als „Standardfall“ der Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter bezeichnen: Der Kläger ist Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der B-GmbH. Der Beklagte ist Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der D-GmbH. Beide Gesellschaften haben wechselseitig Forderungen in etwa gleicher Höhe gegeneinander, die auch jeweils zur Insolvenztabelle festgestellt wurden. Da im Verfahren der D-GmbH eine geringere Befriedigungsquote zu erwarten war als im Verfahren der B-GmbH, rechnete der Kläger mit der Forderung der B-GmbH gegen die Forderung der D-GmbH zum Nennbetrag auf. Der Beklagte erkannte dies jedoch nicht an, sodass der Kläger Vollstreckungsgegenklage erhob.

<sup>1</sup> *BGH*, Urt. v. 19.3.1987 – IX ZR 148/86 = BGHZ 100, 222.

<sup>2</sup> *Windel*, in: Jaeger, Insolvenzordnung II, 2007, § 94 Rn. 54: „wohl wenig reflektiert“; *Eckardt*, Zur Aufrechnungsbefugnis des Konkursverwalters, ZIP 1995, 257 (257 f.); *Dobmeier*, Die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter, ZInsO 2007, 1208 (1210); *Rost/Lind*, Die Aufrechnung des Insolvenzverwalters gegen eine Insolvenzforderung nach ihrer Feststellung, ZInsO 2012, 2179 (2183).

<sup>3</sup> *Kayser*, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2014, § 94 Rn. 16 f.; *Lobmann*, in: MüKo-InsO II, 3. Aufl. 2013, § 94 Rn. 14.

<sup>4</sup> *RG*, Juristische Wochenschrift (JW) 1915, 1437 (1438); Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (LZ) 1910, Sp. 231 (232); 1907, Sp. 835 (836).

<sup>5</sup> Vertreten z.B. von *Weber*, in: Jaeger, Konkursordnung II/1, § 145 Rn. 11; *Kuhn/Uhlenbruck*, Konkursordnung, 10. Aufl. 1986, § 53 Rn. 3 und § 145 Rn. 9; *Kilger*, Konkursordnung, 15. Aufl. 1987, § 145 Anm. 3), 6).

Die Klage wurde in der ersten Instanz abgewiesen<sup>6</sup> und in der Berufungsinstanz durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.<sup>7</sup> Der BGH hat die von ihm zugelassene Revision als unbegründet zurückgewiesen: Die Aufrechnung in Höhe des Nennbetrags sei aus materiell-rechtlicher Sicht bereits lange vor der Insolvenzeröffnung möglich gewesen; insoweit werde die Rechtsprechung aus dem Jahr 1987 aufgegeben, wonach die Insolvenzforderung erst mit der Feststellung zur Tabelle erfüllbar sei. Weil die Passivforderung allerdings bereits zur Insolvenztabelle festgestellt worden sei, sei die Aufrechnung nach § 178 Abs. 3 InsO i.V.m. § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert. Nicht präkludiert sei zwar eine Aufrechnung in Höhe der Insolvenzdividende, die auf die Forderung der D-GmbH auszus zahlen sei; dahingehend könne die Aufrechnungserklärung des Klägers aber nicht ausgelegt werden.

In der Literatur wurde das Urteil durchweg positiv aufgenommen, insbesondere im Hinblick auf seine dogmatische Begründung.<sup>8</sup> Ob dem beige pflichtet werden kann, ist nachfolgend zu klären. Anhand des „Normalfalls“ der Aufrechnung durch den Insolvenzgläubiger wird dabei zunächst aufgezeigt, worin die besondere Bedeutung der Aufrechnung in der Insolvenz liegt (**III.**). Mit diesen Erkenntnissen gerüstet kann der eigentliche Gegenstand der Arbeit untersucht werden, die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter (**IV.**). Ob die neue BGH-Rechtsprechung überzeugt und der Fall richtig entschieden wurde, wird im Anschluss daran behandelt (**V.**).

### III. Aufrechnung einer Insolvenzforderung gegen eine Masseforderung

Der „Normalfall“ einer Aufrechnung in der Insolvenz ist die Aufrechnung einer Insolvenzforderung gegen eine Masseforderung durch den Insolvenzgläubiger. Besondere Bedeutung kommt der Aufrechnung in der Insolvenz zu, weil sie aus Sicht des Insolvenzgläubigers eine Sicherungsfunktion hat, die nun

<sup>6</sup> *LG Berlin*, Urt. v. 6.4.2011 – 20 O 313/10.

<sup>7</sup> *KG*, Beschl. v. 2.5.2012 – 23 U 84/11 = BeckRS 2014, 10912; zu den Erwägungen, die dieser Entscheidung zugrunde liegen vgl. *KG*, Beschl. v. 29.3.2012 – 23 U 84/11 = BeckRS 2014, 12501.

<sup>8</sup> *Schur*, Zur Aufrechnung einer Forderung der Masse gegen eine Insolvenzforderung, EWiR 2014, 489 (490); *Lange*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.05.2014 – IX ZR 118/12, NZI 2014, 693 (695); *Seagon*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.05.2014 – IX ZR 118/12, LMK 2014, 359828; *Ries*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.05.2014 – IX ZR 118/12, FD-InsR 2014, 359296; *Hasse*, Aufrechnung von Masse-/Insolvenzforderungen im Insolvenzverfahren (auch Änderung der bisherigen Rechtsprechung) – Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.05.2014 – IX ZR 118/12, ZInsO 2014, 1796 (1797).

in den Vordergrund tritt:<sup>9</sup> Soweit die Aufrechnung gemäÙ § 389 BGB ein Erlösch der Insolvenzforderung (d.h. der Aktivforderung) bewirkt, erlangt der Aufrechnende wirtschaftlich betrachtet vollständige Befriedigung, weil zugleich seine eigene, zur Masse zu erbringende Schuld (d.h. die Passivforderung) in entsprechender Höhe erlischt. Wäre die Aufrechnung nicht erklärt, müsste der Insolvenzgläubiger seine eigene Schuld vollständig zur Masse erfüllen, während seine Insolvenzforderung nur in Höhe der Insolvenzdividende befriedigt würde.

Weil die Aufrechnung wirtschaftlich betrachtet in Höhe des Aufrechnungsbetrags die vollständige Befriedigung der Insolvenzforderung ermöglicht, ist sie vielfach mit einem Pfandrecht bzw. einem Absonderungsrecht verglichen worden,<sup>10</sup> denn auch ein Absonderungsrecht ermöglicht es dem Insolvenzgläubiger, vollständige Befriedigung zu erlangen (vgl. § 170 Abs. 1 S. 2 InsO). Gegenüber dem Pfandrecht hat die Aufrechnung sogar einige Vorteile: Es besteht nicht das Risiko, dass das „Pfand“ bei seiner Verwertung nur einen Mindererlös erbringt und deshalb die gesicherte Forderung nicht ganz abdeckt.<sup>11</sup> Außerdem ist das Pfandrecht auf ein bestimmtes Zugriffsobjekt (das Pfand) beschränkt, während der Aufrechnende wählen kann, welche Forderung des Aufrechnungsgegners er tilgen möchte (§ 396 Abs. 1 S. 1 BGB).<sup>12</sup> Darüber hinaus wird bei der Aufrechnung nicht um Feststellungs- und Verwertungskosten gemäÙ §§ 170, 171 InsO gekürzt.<sup>13</sup>

Für den aufrechnungsberechtigten Insolvenzgläubiger ist die Aufrechnung also vorteilhaft. Aus Sicht der anderen Insolvenzgläubiger liegt in der Anerkennung

---

<sup>9</sup> Grundlegend *Böttcher*, Die „Selbstexekution“ im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, in: FS Schima, 1969, S. 95 ff.; *Honsdorf*, Zur Aufrechnung im Konkurs, 1982, S. 8-15; *Henckel*, Aufrechnung in der Insolvenz, in: FS Lücke, 1997, S. 237 (240 f.); *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, 14. Aufl. 1987, § 18 VI (S. 255).

<sup>10</sup> So bereits in den Motiven zur KO, S. 226 = *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band IV: Materialien zur Konkursordnung, Neudruck 1983, S. 216: „Für ihn [den Gläubiger] ist die Kompensation eine Deckung, wie die Retention und das Pfandrecht. Sie alle drei sind Sicherungsmittel für den Kreditgeber; ...“, Klammerzusatz durch den Verfasser. Vgl. ferner BGHZ 177, 1 (Rn. 29); 160, 107 (111); 129, 336 (341); BGH, NJW 1960, 1295 (1296); *Dieckmann*, in: Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 211; *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Aufl. 2010, § 50 Rn. 3; *Becker*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 1186; kritisch zu diesem Vergleich v. *Wilmowsky*, NZG 1998, 481 (482).

<sup>11</sup> *Herling*, Konkursrechtliche Schranken der Aufrechenbarkeit, 1932, S. 2.

<sup>12</sup> Vgl. *Spellenberg*, Zum Gegenstand des Konkursfeststellungsverfahrens (§§ 138 ff. KO), 1973, S. 127 f.

<sup>13</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 19.02 f. spricht daher sogar von einem „Erfüllungsäquivalent“.

einer bestehenden Aufrechnungslage durch § 94 InsO dagegen eine unwillkommene Durchbrechung des Grundsatzes der *par conditio creditorum*, die sie jedoch wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung hinnehmen müssen.

#### IV. Aufrechnung einer Masseforderung gegen eine Insolvenzforderung

##### 1. Anwendungsfälle

In bestimmten Konstellationen kann es aus Sicht der Masse wünschenswert sein, sich die Sicherungsfunktion der Aufrechnung zunutze zu machen. Das gilt vor allem, wenn die Masseforderung nicht vollwertig ist, wie z.B. in der Doppelinsolvenz.<sup>14</sup> Die Aufrechnung durch den Verwalter kann aber auch sinnvoll sein, um zu verhindern, dass sich ein Insolvenzgläubiger, dessen Insolvenzforderung die gegen ihn gerichtete Masseforderung übersteigt, zunächst auf seine Insolvenzforderung die Insolvenzdividende auszahlen lässt und anschließend seine Restforderung gegen die Masseforderung aufrechnet; dann stünde er im Ergebnis besser, als wenn bereits vor der Dividendenauszahlung aufgerechnet worden wäre („Teildeckungsproblem“).<sup>15</sup> Zur Verdeutlichung folgendes *Beispiel*:<sup>16</sup>

*Der Insolvenzgläubiger IG hat eine Insolvenzforderung von 1600 € gegen den Insolvenzschuldner IS; die Insolvenzquote liegt bei 25 %. IG schuldet IS seinerseits 1200 €.*

*Var. 1: Noch bevor IG seine Forderung anmeldet, erklärt er die Aufrechnung der Forderungen in Höhe von 1200 €. Seine Restforderung von 400 € meldet er zur Tabelle an und erhält die Insolvenzdividende in Höhe von 100 €. Sein Verlust beläuft sich auf 300 €.*

*Var. 2: IG meldet seine Forderung in voller Höhe zur Tabelle an und lässt sich die Insolvenzdividende in Höhe von 400 € auszahlen. Mit den verbleibenden 1200 € rechnet er gegen die Forderung des IS auf und erlangt so Vollbefriedigung.*

Ferner kann die Aufrechnung dazu dienen, eine verjährte Masseforderung einzutreiben (§ 215 Var. 1 BGB) und damit zugleich eine Insolvenzforderung zu tilgen.<sup>17</sup> Wirtschaftlich sinnvoll ist dies, weil die Insolvenzforderung andernfalls in Höhe der Insolvenzquote in bar zu befriedigen ist, während die Masseforderung nach Erhebung der Verjährungseinrede uneinbringlich und damit wertlos wird. Außerdem ermöglicht es die Aufrechnung, eine

<sup>14</sup> So die Konstellation in den Fällen BGHZ 201, 121 und RG LZ 1907, Sp. 835.

<sup>15</sup> Vgl. *Windel*, in: Jaeger, Insolvenzzordnung II (Fn. 2), § 94 Rn. 236.

<sup>16</sup> Nach *Honsdorf* (Fn. 9), S. 15 f.

<sup>17</sup> *Jacoby*, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, Vor §§ 94 ff. InsO Rn. 10; *Nissen*, in: Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht, 2014, Kap. 8 Rn. 80.

Insolvenzforderung zu tilgen, um die für sie vom Schuldner bestellte Sicherheit wieder für die Masse freizumachen.<sup>18</sup>

In allen Anwendungsfällen kommt es allerdings wegen § 389 BGB unvermeidlich in entsprechender Höhe zur (Voll-)Befriedigung der Forderung des Insolvenzgläubigers als Aufrechnungsgegner. Der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger (§ 1 S. 1 InsO) könnte betroffen sein. Es fragt sich daher, ob eine Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter überhaupt zulässig ist (2.), und – wenn ja – welchen Einschränkungen sie im Hinblick auf den Zweck des Insolvenzverfahrens unterliegt (3. und 4.).

## 2. Zulässigkeit der Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter ist gemäß § 80 Abs. 1 InsO bzgl. der Insolvenzmasse verwaltungs- und verfügungsbefugt; das beinhaltet die Befugnis zur Ausübung von Gestaltungsrechten<sup>19</sup> und damit auch zur Aufrechnung mit Wirkung für und gegen die Masse.<sup>20</sup>

## 3. Unanwendbarkeit der §§ 94 ff. InsO

Anders als die Aufrechnung durch den Insolvenzgläubiger ist die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Die §§ 94 ff. InsO beziehen sich ihrem Wortlaut nach nur auf die Aufrechnung durch den Insolvenzgläubiger.<sup>21</sup> Eine analoge Anwendung der Normen scheidet – selbst wenn man eine Regelungslücke unterstellt – an der fehlenden Vergleichbarkeit beider Fälle: § 94 InsO schützt die Möglichkeit des Insolvenzgläubigers, sich aufgrund einer bei Verfahrenseröffnung bestehenden Aufrechnungslage volle Befriedigung seiner Insolvenzforderung zu beschaffen, obwohl Insolvenzforderungen an sich nur quotaal befriedigt werden.<sup>22</sup> § 95 Abs. 1 InsO erweitert diesen Schutz unter bestimmten Voraussetzungen für nach Insolvenzeröffnung eintretende Aufrechnungslagen.<sup>23</sup> § 96 Abs. 1 InsO dagegen vermeidet eine Aushöhlung des Gedankens der *par conditio creditorum*,

<sup>18</sup> *Dobmeier* (Fn. 2), S. 1208; *Piekenbrock*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Fachanwaltskommentar Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2014, § 94 Rn. 9.

<sup>19</sup> *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2014, § 80 Rn. 5; *Sternal*, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung, 19. Aufl. 2016, § 80 Rn. 28.

<sup>20</sup> *Zeuner*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2010, § 94 Rn. 19; *Bernsau*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 8. Aufl. 2015, § 94 Rn. 4.

<sup>21</sup> Der § 96 Abs. 1 Nr. 4 InsO fügt sich in dieses System allerdings nicht ein, vgl. *Jauernig/Berger* (Fn. 10), § 50 Rn. 16.

<sup>22</sup> *Nissen* (Fn. 17), Kap. 8 Rn. 10; *Schmidt*, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 8. Aufl. 2016, § 94 Rn. 1 f.

<sup>23</sup> *Häsemeyer* (Fn. 13), Rn. 19.17; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2010, Kap. 34 Rn. 17.

die einträge, wenn sich Insolvenzgläubiger auch noch nach Verfahrensöffnung beliebig eine Aufrechnungsmöglichkeit und damit Vollbefriedigung für ihre Insolvenzforderung verschaffen könnten.<sup>24</sup> Bei einer Masseforderung bedarf es aber weder des Schutzes durch §§ 94, 95 Abs. 1 InsO noch der Verbote des § 96 Abs. 1 InsO, weil Masseforderungen ohnehin in voller Höhe zu befriedigen sind.<sup>25</sup>

Es entspricht daher allgemeiner Ansicht, dass die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter allein nach den §§ 387 ff. BGB zu beurteilen ist.<sup>26</sup> Eine Ausnahme bildet allerdings der Fall, dass der Insolvenzgläubiger ebenfalls insolvent ist. Dies liegt nicht daran, dass die o.g. Erwägungen in diesem Fall nicht zuträfen. Vielmehr sind die §§ 94 ff. InsO unmittelbar anwendbar, da der aufrechnende Insolvenzverwalter aus Sicht des anderen Insolvenzverfahrens die Stellung eines Insolvenzgläubigers hat, dessen Aktivforderung nur als Insolvenzforderung zu qualifizieren ist.<sup>27</sup>

#### 4. Grenzen der Aufrechnungsmöglichkeit des Insolvenzverwalters

##### a) Einschränkungen aufgrund der §§ 387 ff. BGB

Die Aufrechnungsmöglichkeit des Insolvenzverwalters dadurch eingeschränkt, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 387 ff. BGB gegeben sein müssen.

##### aa) Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der Forderungen

Zwischen Insolvenzschuldner und Insolvenzgläubiger müssen wechselseitig Forderungen bestehen. Die Insolvenzmasse erlangt im Insolvenzverfahren keine eigene Rechtspersönlichkeit,<sup>28</sup> sie bleibt Vermögen des Insolvenz-

<sup>24</sup> Eckardt (Fn. 2), S. 257; Windel, in: Jaeger, Insolvenzordnung II (Fn. 2), § 94 Rn. 1; § 96 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO haben eine vergleichbare Wirkung wie § 91 Abs. 1 InsO für „echte“ Absonderungsrechte.

<sup>25</sup> Vgl. Eckardt (Fn. 2), S. 257.

<sup>26</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 9); OLG Schleswig, Urt. v. 20.12.2007 – 5 U 39/07 = BeckRS 2008, 02694; FG Berlin, Urt. v. 29.8.2005 – 8 K 8517/02 = BeckRS 2005, 26018766; Dobmeier (Fn. 2), S. 1208; Hess, in: Hess, Insolvenzrecht I, 2. Aufl. 2013, § 94 Rn. 87; Thole, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung, 19. Aufl. 2016, § 94 Rn. 8; Schmidt, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 22), § 94 Rn. 14; Piekenbrock, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier (Fn. 18), § 94 Rn. 8; Sinz, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 14. Aufl. 2015, § 94 Rn. 76; Bernsau, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 20), § 94 Rn. 4.

<sup>27</sup> Vgl. BGHZ 201, 121 (Rn. 9).

<sup>28</sup> Dies gilt jedenfalls für die Amtstheorie und die Vertretertheorie. Anders wäre dies auf Grundlage der Organtheorie. Gegen diese aber zu Recht Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 75. Einen anderen Ansatz wählt auch Piekenbrock, in: Lobinger/Piekenbrock/Stoffels, Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik, 2014, S. 75 ff., wo die Insolvenzmasse als „Liquidationsgesellschaft“ angesehen wird.

schuldners.<sup>29</sup> Eine Insolvenzforderung ist folglich immer gegen den Insolvenzschuldner gerichtet; zugleich ist der Insolvenzschuldner Inhaber der Masseforderungen. Gegenseitigkeit liegt deshalb immer vor, wenn der Schuldner der Masseforderung zugleich Insolvenzgläubiger ist. Für die Frage der Gleichartigkeit der Forderungen gelten die allgemeinen Regeln.<sup>30</sup> Gleichartigkeit liegt auch vor, wenn die Insolvenzforderung wie im Regelfall nicht vollwertig ist.<sup>31</sup>

bb) Vollwirksame und fällige Aktivforderung

Als Aktivforderung muss die Masseforderung nach allgemeinen Grundsätzen wirksam, einredefrei und fällig sein.<sup>32</sup> § 41 Abs. 1 InsO gilt für sie nicht.<sup>33</sup>

cc) Wirksame und erfüllbare Passivforderung

Die Insolvenzforderung als Passivforderung muss wirksam und erfüllbar sein.<sup>34</sup> Ab welchem Zeitpunkt Insolvenzforderungen erfüllbar sind, bedarf indes einer genaueren Untersuchung.

b) *Aufrechnungserklärung vor Feststellung der Insolvenzforderung*<sup>35</sup>

In dem bereits erwähnten Urteil aus dem Jahr 1987 hat der BGH die Ansicht vertreten, vor Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle könne der Insolvenzverwalter nicht wirksam aufrechnen.<sup>36</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt fehle es an der Erfüllbarkeit der Passivforderung als Tatbestandsmerkmal der Aufrechnung.<sup>37</sup> Lasse man eine Aufrechnung vor der Feststellung zu, werde das den Insolvenzgläubigern im Prüfungstermin zustehende Widerspruchsrecht

<sup>29</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 10); 100, 222 (226); RGZ 53, 350 (352); 52, 330 (332); *Eckardt* (Fn. 2), S. 260; *Ott/Vuia*, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 80 Rn. 11.

<sup>30</sup> Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, § 387 Rn. 8-10.

<sup>31</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 10); 100, 222 (227); RG LZ 1910 Sp. 231 (232).

<sup>32</sup> Vgl. z.B. *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Fn. 30), § 387 Rn. 11.

<sup>33</sup> *Bäuerle*, in: Braun, Insolvenzordnung, 6. Aufl. 2014, § 41 Rn. 3.

<sup>34</sup> Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Fn. 30), § 387 Rn. 12.

<sup>35</sup> Klarstellend sei bemerkt: Mit „Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle“ ist der Zeitpunkt gemeint, in dem die Eintragung gemäß § 178 Abs. 3 InsO in Rechtskraft erwächst; das ist nach der hier vertretenen Ansicht der Zeitpunkt der *tatsächlichen Eintragung* der Forderung, diese hat also konstitutive Wirkung (BGHZ 168, 112 [Rn. 20]); *Schumacher*, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 178 Rn. 56 ff.; a.A. *Eckardt*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, Kap. 17 Rn. 36).

<sup>36</sup> BGHZ 100, 222; zustimmend *Gerhardt*, Kurzkomentar zu BGH, Urt. v. 19.3.1987 – IX ZR 148/86, EWIR 1987, 1011 (1012); *Holzer*, Die Aufrechnung im neuen Insolvenzrecht, DStR 1998, 1268 (1269); *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, 29. EL 2016, § 94 Rn. 7.

<sup>37</sup> BGHZ 100, 222 (227).



(§§ 176 S. 2, 178 Abs. 1 S. 1 InsO) unterlaufen.<sup>38</sup> Überdies sei eine Aufrechnung vor der Feststellung der Insolvenzforderung mit dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger unvereinbar, weil der Insolvenzgläubiger in Höhe des Aufrechnungsbetrags voll befriedigt werde.<sup>39</sup>

aa) Umgehung des Widerspruchsrechts der Insolvenzgläubiger?

Dem Argument, es drohe eine Umgehung des Widerspruchsrechts, liegt die Annahme zugrunde, ein Insolvenzgläubiger werde seine Forderung nicht mehr zur Insolvenztabelle anmelden bzw. seine Anmeldung zurücknehmen, wenn seine Insolvenzforderung bereits infolge Aufrechnung erloschen ist.<sup>40</sup> Das führt wegen § 176 S. 1 InsO dazu, dass die Forderung nicht geprüft und ihr damit auch nicht widersprochen werden kann.

Andererseits wird der Insolvenzgläubiger seine Insolvenzforderung zumindest dann zur Tabelle anmelden, wenn sie die Masseforderung übersteigt und daher durch Aufrechnung nicht vollständig erlischt. Auf seine Restforderung kann er sich noch die Insolvenzquote auszahlen lassen, die vorangegangene Aufrechnung verwehrt ihm dies nicht.<sup>41</sup> In diesem Fall haben die anderen Insolvenzgläubiger die Möglichkeit, Bestand oder Höhe der Forderung im Prüfungstermin zu bestreiten.

Wenn die Insolvenzforderung vollständig erloschen ist, wird den Insolvenzgläubigern in der Tat keine Möglichkeit bleiben, ihr Widerspruchsrecht auszuüben. Man kann hier jedoch nicht von einer „Umgehung“ des Widerspruchsrechts sprechen, weil die Aufrechnung mit einer bestehenden Insolvenzforderung – und damit deren Vollbefriedigung – kein Sachverhalt ist, auf dessen Vermeidung das Widerspruchsrecht ausgerichtet ist: Das Widerspruchsrecht soll die Insolvenzgläubiger in die Lage versetzen, die Masse von unberechtigten (Quoten-) Ansprüchen freizuhalten und sich so selbst mittelbar eine höhere Befriedigungsquote zu sichern.<sup>42</sup> Sie haben deshalb gemäß § 176 S. 2 InsO *nur* die Möglichkeit, eine Insolvenzforderung in ihrer Höhe oder in ihrem Bestand überhaupt zu bestreiten. Weil das Widerspruchsrecht aber lediglich auf die Teilnahme von Insolvenzforderungen an der Verteilung bezogen ist, schützt es die Insolvenzgläubiger nicht vor

<sup>38</sup> BGHZ 100, 222 (227); *Holzer* (Fn. 36), S. 1269 befürchtet sogar, der Insolvenzverwalter könne so das Widerspruchsrecht gezielt umgehen.

<sup>39</sup> BGHZ 100, 222 (227).

<sup>40</sup> Vgl. *Eckardt* (Fn. 2), S. 264; in BGHZ 100, 222 nicht weiter ausgeführt.

<sup>41</sup> Vgl. RGZ 26, 110 (116).

<sup>42</sup> *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzzordnung VI, 2010, § 176 Rn. 2; *Baur/Stürmer*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs und Vergleichsrecht, Band II: Insolvenzrecht, 12. Aufl. 1990, Rn. 21.9; *Bork* (Fn. 28), Rn. 331 mit Fn. 2.

massebenachteiligenden Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters vor dem Prüfungstermin. Das Widerspruchsrecht ist von vornherein nicht geeignet, zu verhindern, dass der Insolvenzverwalter – mittels der Aufrechnung als Erfüllungssurrogat – Forderungen befriedigt, die er noch nicht bzw. nicht in dieser Höhe befriedigen darf.

Selbst wenn man dem Widerspruchsrecht „an sich“ einen Wert beimisst und daher bereits das bloße Entfallen der – bei bestehenden Forderungen ohnehin nicht erfolgsversprechenden – Widerspruchsmöglichkeit als ungerechtfertigt empfindet, liegt darin kein Argument für die Versagung der Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters: Für den aufrechnungsbefugten Insolvenzgläubiger folgt aus § 94 InsO, dass er auch dann aufrechnen kann, wenn er seine Insolvenzforderung nicht zur Tabelle anmeldet.<sup>43</sup> Wenn er aber seine Insolvenzforderung nicht anmeldet und stattdessen wirksam mit ihr aufrechnet, entzieht er damit gleichfalls den anderen Insolvenzgläubigern die Widerspruchsmöglichkeit. Der Gesetzgeber war sich dessen bewusst:<sup>44</sup> Er hielt das Entfallen des Widerspruchsrechts für gerechtfertigt, weil der aufrechnungsbefugte Insolvenzgläubiger nicht gemeinschaftliche, sondern abgesonderte Befriedigung erstrebe.<sup>45</sup> Sei die Wirksamkeit der Aufrechnung zweifelhaft, solle dies – wie bei „echten“ Absonderungsrechten – allein mit dem Insolvenzverwalter geklärt werden; die Gläubiger hätten kein „Recht auf Zuziehung“.<sup>46</sup> Bei einer Aufrechnung durch den Insolvenzgläubiger wird den anderen Insolvenzgläubigern aber nicht nur das Widerspruchsrecht entzogen, sie ist für die Insolvenzmasse regelmäßig auch nachteilig. Erklärt dagegen der Insolvenzverwalter die Aufrechnung, kann dies aus Sicht der Masse durchaus vorteilhaft sein. Zwar kann auch hier gegebenenfalls das Widerspruchsrecht nicht ausgeübt werden; wenn das Gesetz aber unter den gleichen Voraussetzungen sogar die nachteilige Aufrechnung durch den Insolvenzgläubiger zulässt, kann das Entfallen des Widerspruchsrechts kein ausschlaggebendes Kriterium für die Versagung einer Aufrechnungsbefugnis sein.

---

<sup>43</sup> *Smid*, Handbuch Insolvenzrecht, 6. Aufl. 2012, § 16 Rn. 5; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2001, Kap. 7 Rn. 10. Deutlicher wurde dies in § 53 KO („braucht nicht“).

<sup>44</sup> *Eckardt* (Fn. 2), S. 264 f. zu § 53 KO. Mit der Übernahme dieser Regelung in § 94 InsO dürften die Erwägungen auch im geltenden Recht zum Tragen kommen, denn die Neuformulierung der Vorschrift sollte lediglich „zusätzlich“ zum Ausdruck bringen, dass auch der weitere Verlauf des Verfahrens die Aufrechnungsbefugnis nicht berührt, vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 140 zu § 106 RegEInsO.

<sup>45</sup> Motive zur KO, S. 229 = Hahn (Fn. 10), S. 219.

<sup>46</sup> *Ebd.*

bb) Verstoß gegen den Grundsatz der *par conditio creditorum*?

Der BGH hat in seinem Urteil außerdem auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der *par conditio creditorum* hingewiesen.<sup>47</sup> Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden; es muss vielmehr danach unterschieden werden, ob der Insolvenzgläubiger seinerseits aufrechnen konnte.

(1) Der Insolvenzgläubiger kann seinerseits aufrechnen

Ein Insolvenzgläubiger, der gemäß §§ 94, 95 InsO aufrechnen kann, erlangt eine gesicherte Rechtsstellung, die im Insolvenzverfahren uneingeschränkt anerkannt wird.<sup>48</sup> Der Insolvenzgläubiger kann von seiner Aufrechnungsbezugnis jederzeit Gebrauch machen, um sich (in Höhe des Aufrechnungsbetrags) voll zu befriedigen. Wenn der Insolvenzverwalter in einem solchen Fall die Aufrechnung erklärt, erkennt er letztlich nur die gesicherte Rechtsstellung an;<sup>49</sup> der Insolvenzgläubiger erhält nur, was er sich auch durch eigene Aufrechnungserklärung hätte nehmen können.<sup>50</sup> Eine im Hinblick auf den Verfahrenszweck unzulässige Besserstellung dieses Insolvenzgläubigers durch den Insolvenzverwalter liegt nicht vor, weil der Insolvenzgläubiger schon von Gesetzes wegen bessergestellt wird.<sup>51</sup> Würde der Verwalter die Aufrechnung nicht erklären, könnte sich dies sogar nachteilig für die Masse auswirken, wenn der Insolvenzgläubiger seine Forderung zunächst zur Insolvenztabelle anmeldet, sich die Insolvenzdividende auszahlen lässt und danach mit der Restforderung aufrechnet (Teildeckungsproblem).<sup>52</sup>

Die Annahme in der Literatur, der Insolvenzverwalter bevorzuge den Insolvenzgläubiger unangemessen, wenn er die Aufrechnung erkläre, obwohl der aufrechnungsberechtigte Insolvenzgläubiger selbst nicht aufrechnen möchte,<sup>53</sup> ist unrichtig. Denn in den für die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter relevanten Konstellationen ist es regelmäßig so, dass der

---

<sup>47</sup> BGHZ 100, 222 (227).

<sup>48</sup> So die amtl. Begründung in BT-Drucks. 12/2443, S. 140 zu § 106 RegEInsO.

<sup>49</sup> Eckardt (Fn. 2), S. 265.

<sup>50</sup> Ebd.; Zeuner, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, (Fn. 20), § 94 InsO Rn. 20; Brandes/Lohmann, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 94 Rn. 14.

<sup>51</sup> Auch bei „echten“ (unanfechtbar erlangten) Absonderungsrechten ist anerkannt, dass die Befriedigung des absonderungsberechtigten Insolvenzgläubigers in der besicherten Höhe der Forderung keine Gläubigerbenachteiligung (i.S.d. § 129 InsO) bewirkt, vgl. BGH, ZIP 2012, 1301 (Rn. 22) m.w.N.

<sup>52</sup> Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus (Fn. 23), Kap. 34 Rn. 13 a.E.

<sup>53</sup> Becker, Begünstigen und Zurückdrängen der Aufrechnung unter laufendem Insolvenzverfahren, DZWIR 2005, 221 (226); Eickmann, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2006, § 94 Rn. 24.

Insolvenzgläubiger an der Aufrechnung kein Interesse hat, beispielsweise, weil die Masseforderung verjährt ist.

(2) Der Insolvenzgläubiger kann seinerseits nicht aufrechnen

Ein nicht aufrechnungsberechtigter Insolvenzgläubiger erlangt durch die Aufrechnung seitens des Insolvenzverwalters eine Vollbefriedigung in Höhe des Aufrechnungsbetrags, die er nicht selbst hätte erlangen können. Seine Besserstellung verletzt den Grundsatz der *par conditio creditorum*.<sup>54</sup>

Anders kann dies sein, wenn der Insolvenzgläubiger ebenfalls insolvent ist: Wird im Insolvenzverfahren des Insolvenzgläubigers eine niedrigere Befriedigungsquote erzielt, ist die Aufrechnung aus Sicht der Masse vorteilhaft. Rechnerisch betrachtet erhält der Insolvenzgläubiger zwar in Höhe der Aufrechnung Vollbefriedigung; im Ergebnis erhält er aber *in bar* nicht mehr (oder sogar weniger), als er erhielte, wenn nicht aufgerechnet, seine Befriedigungsquote ausgezahlt und auch die Masseforderung quotale befriedigt würde.<sup>55</sup> Dies lässt sich am folgenden *Beispiel* veranschaulichen:

*IG hat eine Insolvenzforderung von 3000 € gegen den Insolvenzschuldner IS; die Insolvenzquote im Verfahren des IS liegt bei 25 %. IG schuldet dem IS seinerseits ebenfalls 1500 €; auch IG ist insolvent, in seinem im Verfahren liegt die Insolvenzquote aber nur bei 5 %.*

*Var. 1: Der Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren des IS erklärt die Aufrechnung. Beide Forderungen erlöschen in Höhe von 1500 €, IS erlangt Vollbefriedigung. Bei Verteilungen muss an IG in bar nur noch die Quote auf die Restforderung von 1500 € ausbezahlt werden, d.h. 375 €.*

*Var. 2: Eine Aufrechnung wird nicht erklärt. IG erhält auf seine Forderung im Verfahren des IS 750 € ausbezahlt. IS erhält auf seine Forderung im Verfahren des IG lediglich 75 € ausbezahlt. Wenn man beide Zahlungen verrechnet, erhält IG in bar 675 €.*

Im Ergebnis steht der Insolvenzgläubiger bei den Verteilungen i.S.d. §§ 187 ff. InsO nicht besser, als er ohne die Aufrechnung stünde; zugleich führt die Aufrechnung dazu, dass sich die Befriedigungsaussichten der anderen Insolvenzgläubiger verbessern. Der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger ist deshalb nicht verletzt.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Zeuner, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Fn. 20), § 94 Rn. 20; Brandes/Lohmann, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 94 Rn. 14; Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus (Fn. 23), Kap. 34 Rn. 13.

<sup>55</sup> Eckardt (Fn. 2), S. 266.

<sup>56</sup> Ebd.; Zeuner, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Fn. 20), § 94 Rn. 20.

Wenn in beiden Insolvenzverfahren die gleiche Befriedigungsquote ausgezahlt wird, wirkt sich die Aufrechnung nicht aus; in dieser Konstellation ist der Grundsatz der *par conditio creditorum* ebenfalls gewahrt.<sup>57</sup> Ist dagegen im Verfahren des Insolvenzgläubigers die Befriedigungsquote höher, wird er gegenüber den anderen Insolvenzgläubigern im Ergebnis bessergestellt, sodass hier der Grundsatz der *par conditio creditorum* verletzt ist.<sup>58</sup>

### (3) Schlussfolgerungen

Es kann festgehalten werden, dass die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter zumindest dann, wenn der Insolvenzgläubiger seinerseits nicht aufrechnungsberechtigt ist, gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung verstoßen kann. Wie der BGH nunmehr zutreffend herausgehoben hat,<sup>59</sup> macht es für die Frage, ob ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung vorliegt, allerdings keinen Unterschied, ob die betreffende Insolvenzforderung bereits zur Tabelle festgestellt wurde. Die rechtskräftige Feststellung der Insolvenzforderung ändert nichts daran, dass der Insolvenzgläubiger Vollbefriedigung erlangt, wenn mit der Forderung aufgerechnet wird. Betonte man konsequent den Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, dürfte eine Aufrechnung deshalb auch nach der Feststellung nicht zulässig sein.

#### c) Erfüllbarkeit als ungeeignetes Einschränkungskriterium

Aus dem Verstoß gegen den Grundsatz der *par conditio creditorum* folgte der BGH: Da der Insolvenzverwalter die Insolvenzforderung nach den Wertungen der InsO nicht befriedigen dürfe, könne er die ihm obliegende Leistung auch nicht bewirken; es fehle an der Erfüllbarkeit der Passivforderung.<sup>60</sup> Ob die „Erfüllbarkeit der Passivforderung“ der richtige Anknüpfungspunkt ist, um die Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters zu beschränken, ist jedoch zweifelhaft.

#### (1) Erfüllbarkeit als Bestimmung der Leistungszeit

Das Tatbestandsmerkmal der Erfüllbarkeit bezieht sich nach herkömmlichem Verständnis auf die Leistungszeit: Es regelt, ab welchem Zeitpunkt eine

---

<sup>57</sup> Eckardt (Fn. 2), S. 266.

<sup>58</sup> Ebd.

<sup>59</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 12); so auch bereits Eckardt (Fn. 2), S. 267.

<sup>60</sup> BGHZ 100, 222 (227).

Forderung vom Schuldner getilgt werden kann.<sup>61</sup> Das Merkmal nimmt folglich die Tilgungswirkung der Aufrechnung in den Blick und hat die Funktion, den Aufrechnungsgegner vor einer vorzeitigen Erfüllgung seiner Passivforderung zu schützen.<sup>62</sup> Deshalb kann der Aufrechnungsgegner auf das Erfordernis der Erfüllbarkeit der Passivforderung auch wirksam verzichten<sup>63</sup> und deshalb ist die Erfüllbarkeit eine (ungeschriebene) Voraussetzung des Annahmeverzugs gemäß §§ 293 ff. BGB.<sup>64</sup> Auf Basis der Rechtsprechung des *BGH* von 1987 wird das Merkmal der Erfüllbarkeit in seiner Funktion praktisch umgekehrt: Es dient letztlich nur noch den Interessen Dritter, d.h. den Interessen der übrigen Insolvenzgläubiger.<sup>65</sup>

## (2) Unvereinbarkeit mit der Wertung des § 94 InsO

Darüber hinaus setzt sich die Deutung des *BGH* mit der Wertung des § 94 InsO in Widerspruch:<sup>66</sup> § 94 InsO schützt eine bestehende Aufrechnungslage, er macht aber nicht die Tatbestandsvoraussetzungen des § 387 BGB entbehrlich.<sup>67</sup> Bei einer Aufrechnung durch den Insolvenzgläubiger muss deshalb diejenige Forderung fällig sein, die sich aus seiner Sicht als Aktivforderung darstellt, d.h. die Insolvenzforderung.<sup>68</sup> Die Fälligkeit der Insolvenzforderung setzt allerdings notwendig deren Erfüllbarkeit voraus.<sup>69</sup> Nimmt man an, die Insolvenzforderung sei vor ihrer Feststellung zur Tabelle nicht erfüllbar, so nimmt man zwingend zugleich dem Insolvenzgläubiger seine Aufrechnungsmöglichkeit. In der Konsequenz wäre § 94 InsO ohne Anwendungsbereich: Jede vor Verfahrenseröffnung zugunsten des (späteren) Insolvenzgläubigers bestehende Aufrechnungslage müsste mit Insolvenzeröffnung entfallen – in diesem Zeitpunkt entscheidet sich nämlich, ob es sich

<sup>61</sup> *Gernhuber*, Handbuch des Schuldrechts, Band III: Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, § 12 V 1 (S. 252); *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2015, Rn. 236.

<sup>62</sup> Vgl. *Eckardt* (Fn. 2), S. 263 dort auch mit Nachweisen zur Entstehungsgesichte; *Gernhuber* (Fn. 61), § 12 V 1 (S. 252).

<sup>63</sup> Vgl. BGHZ 94, 132 (135); *BGH*, NJW 1970, 41 (42); RGZ 104, 186 (188); *Gernhuber* (Fn. 61), § 14 II 1 (S. 330); *Gursky*, in: Staudinger, 2011, Vorbem. zu §§ 387 ff. Rn. 68.

<sup>64</sup> *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 546; *Looschelders* (Fn. 61), Rn. 723.

<sup>65</sup> *Eckardt* (Fn. 2), S. 263.

<sup>66</sup> *Ebd.*, S. 263 f.; *Blersch/v.Olshausen*, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht, 56. EL 2016, § 95 Rn. 10.

<sup>67</sup> *Jacoby*, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht (Fn. 17), § 94 Rn. 1; *Hess*, in: Hess, Insolvenzrecht I (Fn. 26), § 94 Rn. 8.

<sup>68</sup> *Bernsau*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 20), § 94 Rn. 12.

<sup>69</sup> *Blersch/v.Olshausen*, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht (Fn. 66), § 95 Rn. 10; allgemein *Gernhuber* (Fn. 61), § 12 V 1 (S. 252): „Erfüllbarkeit ist weniger als Fälligkeit“.

bei der Passivforderung um eine Insolvenzforderung handelt, § 38 InsO –, sodass es auf den Schutz des § 94 InsO nie ankäme.

Entgegengesetzt könnte man dem allerdings den Wortlaut des § 187 Abs. 1 InsO, denn nach dieser Norm „kann“ eine Befriedigung der Insolvenzgläubiger vor dem Prüfungstermin nicht erfolgen. Dieser Wortlaut scheint anzudeuten, dass Insolvenzforderungen erst nach dem Prüfungstermin erfüllbar sind. Dieses „können“ in § 187 Abs. 1 InsO meint jedoch kein „rechtliches Können“, sondern sollte nach dem Willen des Gesetzgebers dem Insolvenzverwalter Ermessen einräumen,<sup>70</sup> wie sich insbesondere an § 187 Abs. 2 S. 1 InsO zeigt. § 187 Abs. 1 InsO ist daher als „rechtliches Dürfen“, d.h. als Ermessensschränke zu interpretieren. Diese Interpretation ist zwingend,<sup>71</sup> weil es sonst zu der genannten Unanwendbarkeit der §§ 94 ff. InsO käme und das Gesetz dann in sich widersprüchlich wäre. § 187 Abs. 1 InsO steht der Erfüllbarkeit der Insolvenzforderung also nicht entgegen.

Es war daher nicht richtig, dass der *BGH* in seinem Urteil von 1987 gefolgert hat, der Insolvenzverwalter „könne“ nicht aufrechnen, weil er dies nach den Wertungen der InsO nicht „dürfe“.<sup>72</sup> Der Schluss von rechtlichem „nicht Dürfen“ auf rechtliches „nicht Können“ ist weder zwingend, noch lässt er sich mit den Wertungen der §§ 94 ff. InsO vereinbaren.<sup>73</sup> Die Erfüllbarkeit der Passivforderung (Insolvenzforderung) ist als Anknüpfungspunkt für Beschränkungen der Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters folglich nicht geeignet. Zu Recht hat der *BGH* diese Rechtsprechung nunmehr aufgegeben.<sup>74</sup>

dd) Rückgriff auf die allgemeinen Grenzen des § 80 Abs. 1 InsO

Wie kann ein ausreichender Schutz der Gläubigergesamtheit auf anderem Wege verwirklicht werden? Eine Lösung im Rahmen des § 387 BGB hätte den Nachteil, dass sie ohne Bezug zum Einzelfall erfolgen müsste, weil die Aufrechnungsvoraussetzungen nicht von Wertentscheidungen oder dergleichen abhängen. Es wäre auch wenig überzeugend, die Tatbestandsmerkmale des § 387 BGB für den Sonderfall einer Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter abweichend von den allgemeinen Regeln auszulegen. Die Lösung ist also in der InsO zu suchen. Dabei muss man die Grundentscheidung des § 80 Abs. 1 InsO

<sup>70</sup> Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 186 zu § 215 RegEInsO; dafür spricht auch der dortige Verweis auf § 149 KO, der von einem „sollen“ sprach.

<sup>71</sup> Zur Notwendigkeit, Normwidersprüche zu vermeiden vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 155.

<sup>72</sup> BGHZ 100, 222 (227); für „im Hinblick auf die Normteleologie sachgerecht“ hält diese Schlussfolgerung trotz allem *Gerhardt* (Fn. 36), S. 1012.

<sup>73</sup> *Eckardt* (Fn. 2), S. 266.

<sup>74</sup> In BGHZ 201, 121 (Rn. 12 f.).

berücksichtigen: Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters bzgl. der massezugehörigen Gegenstände ist grundsätzlich nicht beschränkt,<sup>75</sup> weil gemäß § 80 Abs. 1 InsO die entsprechenden – unbeschränkten – Befugnisse des Insolvenzschuldners auf den Insolvenzverwalter „übergehen“. Deshalb kann man aus dem möglichen Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung nicht folgern, die Aufrechnung sei schlechthin unzulässig. Wenn man die Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters aus § 80 Abs. 1 InsO herleitet, liegt es nahe, sich auf die anerkannten Schranken dieser Norm zu stützen. Es kommt dann einerseits eine Haftung gemäß § 60 Abs. 1 InsO in Betracht – die jedoch nur im Innenverhältnis wirkt –, andererseits eine Nichtigkeit wegen Insolvenzzweckwidrigkeit. Auf diese Grenzen verweist nunmehr auch der *BGH*.<sup>76</sup> Diese Lösung überzeugt: Sie ermöglicht es, das Verhalten des Insolvenzverwalters einzelfallbezogen zu bewerten und kann so den verschiedenen Konstellationen gerecht werden.<sup>77</sup> Außerdem wird eine Sonderbehandlung der Aufrechnung vermieden, die sich nicht ohne weiteres rechtfertigen ließe: Auch andere Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters, wie beispielsweise die Freigabe eines Massegegenstands, können im Einzelfall vorteilhaft oder nachteilig für die Insolvenzgläubiger sein, ohne dass man hier spezielle Bewertungskriterien entwickelt hätte.

Eine Nichtigkeit wegen Insolvenzzweckwidrigkeit wird jedoch nur äußerst selten vorliegen: Weil vor dem Prüfungstermin oft nicht eindeutig zu beurteilen ist, ob die Aufrechnung wirtschaftlich sinnvoll ist, wird es regelmäßig an der „Evidenz“<sup>78</sup> der vom Insolvenzverwalter begangenen Pflichtverletzung fehlen.<sup>79</sup> Zwar wird teilweise ein Verzicht auf das Evidenzerfordernis in Erwägung gezogen;<sup>80</sup> dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass eine umfassende Nichtigkeit von Rechtshandlungen mit den Interessen des Rechtsverkehrs in Konflikt geriete, der auf die Wirksamkeit der Rechtshandlung vertraut.<sup>81</sup> Überdies besteht kein Bedürfnis nach einer weitgreifenden Nichtigkeit, weil die Insolvenzmasse bei nachteiligen Rechtshandlungen gemäß §§ 60 Abs. 1, 92 InsO schadlos gehalten wird, wenn den Insolvenzverwalter ein Verschulden

<sup>75</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 13); *Webel*, in: Graf-Schlicker, Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2014, § 80 Rn. 16; *Mock*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 14. Aufl. 2015, § 80 Rn. 81.

<sup>76</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 13).

<sup>77</sup> In diese Richtung auch *Schur* (Fn. 8), S. 490.

<sup>78</sup> Allgemein zu diesem Erfordernis BGHZ 150, 353 (360 f.) m.w.N.

<sup>79</sup> *Rost/Lind* (Fn. 2), S. 2182 u. 2184.

<sup>80</sup> *Eckardt* (Fn. 2), S. 266 f.; *Mock*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung (Fn. 75), § 80 Rn. 83.

<sup>81</sup> Vgl. *Hess*, in: Hess, Insolvenzrecht I (Fn. 26), § 80 Rn. 450; *Windel*, in: Jaeger, Insolvenzordnung II (Fn. 2), § 94 Rn. 58.



trifft. Ein solches Verschulden wird man regelmäÙig annehmen können, wenn der Insolvenzverwalter eine Aufrechnung erklärt, ohne deren wirtschaftliche Konsequenzen zuverlässig abschätzen zu können. Wenn die Aufrechnung *evident* spekulativen Charakter hat, dürfte sogar Insolvenzzweckwidrigkeit vorliegen.<sup>82</sup>

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter vor der Feststellung der Insolvenzforderung möglich und grundsätzlich auch wirksam ist.

### c) Aufrechnungserklärung nach Feststellung der Insolvenzforderung

Bei einer Aufrechnung nach Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: Die Aufrechnung gegen die Insolvenzforderung „als solche“, d.h. zum Nennbetrag, und die Aufrechnung gegen den Anspruch auf die Insolvenzdividende. Unter dem „Anspruch auf die Insolvenzdividende“ ist dabei derjenige Teil der Insolvenzforderung zu verstehen, der perspektivisch durch die Verteilungen der Insolvenzmasse gemäß §§ 187 ff. InsO getilgt wird. Man kann darüber streiten, ob der „Anspruch auf die Insolvenzdividende“ rechtlich verselbstständigt ist – mit der Folge, dass er neben der fortbestehenden Insolvenzforderung stünde, aber in Entstehung und Fortbestand von ihr abhinge –,<sup>83</sup> oder ob er lediglich einen besonderen Teil der Insolvenzforderung selbst bezeichnet.<sup>84</sup> Letztlich kommt diesem Streit keine entscheidende Bedeutung zu, solange man sich vergegenwärtigt, dass die Bezeichnung als eigenständiger „Anspruch“ im Wesentlichen den Zweck verfolgt, die besondere Qualität dieses Forderungsteils herauszustellen.

Die Unterscheidung zwischen der Insolvenzforderung „als solcher“ und dem Dividendenanspruch ist jedenfalls für die nachfolgende Untersuchung sinnvoll, weil im Hinblick auf den „sicheren“ Dividendenanspruch andere Regeln gelten könnten als für die nicht mehr zu befriedigende Restforderung.

<sup>82</sup> Vgl. *OLG Celle*, ZIP 2006, 1364 (1365 f.); *Mock*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung (Fn. 75), § 80 Rn. 85: Börsenspekulationsgeschäfte mit Massmitteln sind insolvenzzweckwidrig. Andererseits *BGH*, ZIP 1983, 589 (591): Stellt eine Handlungsalternative eine „bloÙe [...] schwerlich zu verantwortende Spekulation“ dar, handelt der Verwalter nicht insolvenzzweckwidrig, wenn er eine andere Handlungsalternative wählt, die für die Masse vorteilhafter sein kann.

<sup>83</sup> *Eckardt* (Fn. 2), S. 261; *Spellenberg* (Fn. 12), S. 80, spricht von Akzessorietät.

<sup>84</sup> Gegen eine Verselbstständigung des Dividendenanspruchs: *Häsemeyer*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, Kap. 15 Rn. 111; *Rost/Lind* (Fn. 2), S. 2183. Auch diese Autoren sprechen aber von einem „Anspruch auf die Insolvenzdividende“, sodass es sich v.a. um terminologische Unterschiede handeln dürfte. Kritisch auch *Ries* (Fn. 8).

## aa) Aufrechnung mit dem Anspruch auf die Insolvenzdividende

## (1) Materielles Recht

Eine Aufrechnung mit dem Anspruch auf die Insolvenzdividende ist im Hinblick auf den Zweck des Insolvenzverfahrens unbedenklich, weil der Insolvenzgläubiger in Höhe der Insolvenzquote ohnehin zu befriedigen ist.<sup>85</sup> Es entspricht gerade dem Grundsatz der *par conditio creditorum*, dass der Insolvenzgläubiger die Insolvenzquote ausbezahlt bekommt. Der Insolvenzverwalter kann daher ohne weiteres eine Masseforderung gegen den Dividendenanspruch des Insolvenzgläubigers aufrechnen.<sup>86</sup>

Vielfach wird gesagt, die Aufrechnung wirke in diesem Fall bei der Verteilung gemäß §§ 187 ff. InsO als Surrogat für die Erfüllung mittels tatsächlicher Auszahlung, sodass sie wegen § 187 Abs. 1 InsO erst nach dem Prüfungstermin erfolgen könne.<sup>87</sup> Richtig ist hieran, dass die Aufrechnung als Erfüllungssurrogat wirkt. Unrichtig ist allerdings die Annahme, die Aufrechnungsmöglichkeit sei durch § 187 Abs. 1 InsO in zeitlicher Hinsicht beschränkt: Die genannte Aussage kann nur so verstanden werden, dass es wegen § 187 Abs. 1 InsO bis zum Prüfungstermin an einer Aufrechnungslage fehlen soll.<sup>88</sup> Wer aber aus § 187 Abs. 1 InsO das Fehlen einer Aufrechnungslage folgert, kann sich wegen des Wortlauts „Mit der Befriedigung der Insolvenzgläubiger [...] kann erst [...] begonnen werden“ nur darauf stützen, es fehle bis zum Prüfungstermin an der Erfüllbarkeit der Passivforderung als Tatbestandsmerkmal der Aufrechnung.<sup>89</sup> Wie gesehen<sup>90</sup> ist § 187 Abs. 1 InsO aber – um die §§ 94 ff. InsO nicht unanwendbar zu machen – einschränkend dahin

<sup>85</sup> Zeuner, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Fn. 20), § 94 Rn. 19; Eckardt (Fn. 2), S. 260, vergleicht diesen Anspruch mit einer Masseverbindlichkeit.

<sup>86</sup> Allgemeine Ansicht: BGHZ 201, 121 (Rn. 21); Biersch/v.Olshansen, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht (Fn. 66), § 95 Rn. 10; Brandes/Lobmann, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 94 Rn. 13; Lüke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, 61. EL 2014, § 94 Rn. 32; Häsemeyer (Fn. 84), Kap. 15 Rn. 111; Kayser, Wirksame und unwirksame Aufrechnungen und Verrechnungen in der Insolvenz (§§ 94 bis 96 InsO), WM 2008, 1477 (1479); Dobmeier (Fn. 2), S. 1209; Peitsch, Die Insolvenzaufrechnung, 2001, S. 21.

<sup>87</sup> Brandes/Lobmann, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 94 Rn. 13; Windel, in: Jaeger, Insolvenzordnung II (Fn. 2), § 94 Rn. 56; Nissen (Fn. 17), Kap. 8 Rn. 79.

<sup>88</sup> Ein anderes Verständnis beruhte auf dem unzutreffenden Schluss, der Insolvenzverwalter „dürfe“ (wegen § 187 Abs. 1 InsO) nicht aufrechnen und „könne“ es folglich auch nicht; vgl. dazu oben IV. 4. b) cc) (2).

<sup>89</sup> Besonders deutlich bei Brandes/Lobmann, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 94 Rn. 13, die zur Begründung der dargestellten Auffassung den Wortlaut des § 387 BGB verwenden: „Vorher kann der Insolvenzverwalter [...] die ihm obliegende Leistung nach § 187 Abs. 1 [...] nicht bewirken“. Nahezu wortgleich auch Kayser (Fn. 86), S. 1479.

<sup>90</sup> Oben bei IV. 4. b) cc) (2).

auszulegen, dass er der Erfüllbarkeit der Passivforderung gerade nicht entgegensteht. Ob die Aufrechnung nun im Nennbetrag oder nur in Höhe der Insolvenzdividende erfolgt, ändert an dieser Auslegung nichts. Auf § 187 Abs. 1 InsO kann man sich folglich nicht stützen. Der Grund, warum die Aufrechnung erst nach dem Prüfungstermin möglich ist, liegt vielmehr darin, dass sich die Insolvenzquote frühestens ab diesem Zeitpunkt bestimmen lässt.<sup>91</sup> Weitergehend sogar: Wenn vor der Feststellung eine Aufrechnung gegen die Insolvenzforderung „in Höhe des späteren Dividendenanspruchs“ erfolgte, hätte dies, weil durch die Aufrechnung zugleich die Insolvenzforderung vermindert würde, die seltsame Konsequenz, dass im Prüfungstermin auf die Forderung eine dem Betrag nach geringere Quote als die der Aufrechnung zugrunde gelegte entfiel.<sup>92</sup> Auch auf Grundlage dieser Begründung bleibt es aber bei dem Ergebnis, dass der Insolvenzverwalter nach der Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle mit dem Anspruch auf die Insolvenzdividende aus materiell-rechtlicher Sicht aufrechnen kann.

(2) Präklusion der (wirksamen) Aufrechnung gemäß § 767 Abs. 2 ZPO?

Welche Bedeutung kommt nun dem Tabelleneintrag zu, wenn der Insolvenzverwalter eine Aufrechnung erklärt? Gemäß § 178 Abs. 3 InsO wirkt der Eintrag der Insolvenzforderung in die Tabelle „wie ein rechtskräftiges Urteil“. Wenn der Insolvenzverwalter nichts unternimmt, muss er die Forderung in das Verteilungsverzeichnis gemäß § 188 S. 1 InsO aufnehmen und die Insolvenzquote auszahlen; er kann sich wegen der Rechtskraftwirkung nicht darauf berufen, der Insolvenzgläubiger sei bereits durch Aufrechnung befriedigt worden.<sup>93</sup>

Einig ist man sich, dass wegen der Wirkung „wie ein rechtskräftiges Urteil“ die entsprechenden Rechtsmittel der ZPO gegen die Tabelleneintragung statthaft sind. Eine Aufrechnung gegen die festgestellte Forderung ist deshalb mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO geltend zu machen.<sup>94</sup> Die Einwendung, die Forderung sei infolge Aufrechnung erloschen, darf jedoch

---

<sup>91</sup> *Blersch/v.Olshausen*, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht (Fn. 66), § 95 Rn. 10. Soweit die Insolvenzquote im Einzelfall auch in diesem Zeitpunkt nicht zweifelsfrei zu bestimmen ist, wird die Aufrechnungsmöglichkeit entsprechend verzögert.

<sup>92</sup> Vgl. *Eckardt* (Fn. 2), S. 262: Der Grundlage für die Zahlung der Konkursdividende würde sogleich wieder der Boden entzogen.

<sup>93</sup> *BGH*, ZIP 2009, 243 (Rn. 12); *Irschlinger*, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 53), § 188 Rn. 4.

<sup>94</sup> *BGHZ* 201, 121 (Rn. 7); *BGH*, NJW-RR 2013, 757 (Rn. 8); *BGHZ* 113, 381 (383); 100, 222 (224); *Brentigam*, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht, 50. EL 2014, § 178 Rn. 21; *Wagner*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier (Fn. 18), § 178 Rn. 13; *Depré*, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 22) § 178 Rn. 9.

nicht gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert sein. Das hätte nicht nur die Unbegründetheit der Vollstreckungsabwehrklage zur Folge,<sup>95</sup> sondern auch die materiell-rechtliche Unwirksamkeit der Aufrechnungserklärung selbst.<sup>96</sup> Ob die Präklusion eingreift, hängt davon ab, ob die Einwendung vor dem maßgeblichen Zeitpunkt „entstanden ist“ und ob sie „den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst“ betrifft (vgl. § 767 Abs. 1, 2 ZPO).

Maßgeblich für die Präklusion gemäß § 767 Abs. 2 ZPO ist derjenige Zeitpunkt, bis zu dem Gelegenheit bestand, Einwendungen gegen die nachfolgende rechtskräftige Entscheidung vorzubringen.<sup>97</sup> Im Insolvenzverfahren ist dies der Zeitpunkt, in dem die Insolvenzforderung zur Tabelle festgestellt wird (§ 178 Abs. 1, 3 InsO).<sup>98</sup> Bei der Aufrechnung streitet man allerdings über die Frage, wann diese i.S.d. § 767 Abs. 2 ZPO als Einwendung „entstanden“ ist. Der BGH in ständiger Rechtsprechung<sup>99</sup> und ein ihm folgender Teil der Literatur<sup>100</sup> stellen darauf ab, wann sich die Forderungen aufrechenbar gegenüberstanden, sodass die Aufrechnung objektiv möglich war. Die Gegenauffassung<sup>101</sup> hält den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung für maßgeblich. Soweit es um die Aufrechnung mit der Insolvenzdividende geht, ist dieser Streit letztlich nicht entscheidend: Mit dem Anspruch auf die Insolvenzdividende kann frühestens nach Prüfung und Feststellung der Insolvenzforderung aufgerechnet werden, sodass es nach allen Ansichten nicht zu einer Präklusion kommt.

<sup>95</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 8, 16); *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 1339.

<sup>96</sup> BGH, NJW-RR 2013, 757 (Rn. 10); BGH, NJW 2009, 1671 (Rn. 12); BGHZ 125, 351 (354); 24, 97 (99); *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 37. Aufl. 2016, § 767 Rn. 21a. Die Masseforderung bleibt aber bestehen, vgl. BGH, NJW-RR 2013, 757 (Rn. 10); BGHZ 34, 274 (280).

<sup>97</sup> *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 40 Rn. 89.

<sup>98</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 16); BGHZ 113, 381, (383 f.); *Herget*, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 31. Aufl. 2016, § 767 Rn. 15; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 97), § 40 Rn. 90.

<sup>99</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 17); 163, 339 (342); 125, 351 (352 f.); 103, 362 (366); 100, 222 (225); 38, 122 (123); 24, 97 (98); BGH, NJW-RR 2013, 757 (Rn. 10); BGH, NJW 2009, 1671 (Rn. 11); grundlegend RGZ 64, 228.

<sup>100</sup> *Herget*, in: Zöller, Zivilprozessordnung (Fn. 98), § 767 Rn. 14; *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung (Fn. 96), § 767 Rn. 22a; differenzierend *K. Schmidt/Brinkmann*, in: MüKo-ZPO II, 4. Aufl. 2012, § 767 Rn. 82.

<sup>101</sup> *Lackmann*, in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung, 13. Aufl. 2016, § 767 Rn. 37; *Münzberg*, in: Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, Band VII, 22. Aufl. 2002, § 767 Rn. 35 u. 37; *Brox/Walker* (Fn. 95), Rn. 1346; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 97), § 40 Rn. 62 ff.

## bb) Aufrechnung in Höhe des Nennbetrags der Insolvenzforderung

Für die Aufrechnung mit der Insolvenzforderung „als solche“ ergeben sich in materiell-rechtlicher Hinsicht keine Besonderheiten im Vergleich zur Aufrechnung vor der Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle. Auf Grundlage der prozessualen Rechtskrafttheorie lässt die rechtskräftige Feststellung der Insolvenzforderung die materielle Rechtslage unberührt.<sup>102</sup>

Eine Aufrechnung gegen die Insolvenzforderung in Höhe ihres Nennbetrags könnte nach der Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle jedoch gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert sein. Voraussetzung dafür ist zunächst, dass der Aufrechnungseinwand „entstanden“ ist, nachdem die Insolvenzforderung zur Tabelle festgestellt wurde. Stellt man mit der erwähnten Gegenauffassung auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung ab, steht § 767 Abs. 2 ZPO einer Aufrechnung in Höhe des Nennbetrags auch nach der Feststellung der Insolvenzforderung nicht entgegen.<sup>103</sup> Auf Basis der Rechtsprechung des *BGH* kommt es zu keiner Präklusion, wenn die Aufrechnungslage erst nach der Feststellung entstanden ist. Wenn man richtigerweise davon ausgeht, die Insolvenzforderung sei bereits erfüllbar, bevor sie gemäß § 178 InsO festgestellt wird, stehen sich die Forderungen aber normalerweise bereits vor der Feststellung aufrechenbar gegenüber.

Folgt man der Rechtsprechung des *BGH*, die auch nachfolgend zugrunde gelegt wird, kommt es im Regelfall entscheidend darauf an, ob die Aufrechnung eine Einwendung ist, die i.S.d. § 767 Abs. 2 ZPO „den durch das Urteil (die Tabelleneintragung) festgestellten Anspruch selbst betrifft“. Welches ist aber der „festgestellte Anspruch“ im Zusammenhang mit § 178 Abs. 3 InsO?

(1) Notwendigkeit einer genauen Bestimmung des Feststellungsgegenstands der §§ 174 ff. InsO im Hinblick auf § 767 Abs. 2 ZPO

Der *BGH* hat diese Frage in seinem Urteil nicht genau beantwortet, sondern sich mit dem Hinweis begnügt, § 767 Abs. 2 ZPO sei entsprechend anzu-

<sup>102</sup> Vgl. *Eckardt*, „Unanmeldbare“ Forderungen im Konkursfeststellungsverfahren nach §§ 138ff. KO, ZIP 1993, 1765 (1773) und allg. *Büscher*, in: *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung, Fünfter Band, Teilband 1, 4. Aufl. 2015, § 322 Rn. 32. Auf Grundlage der materiellen Rechtskrafttheorie würde die Insolvenzforderung im Zeitpunkt ihrer Feststellung neu begründet, sodass die Aufrechnungslage in diesem Zeitpunkt neu entstünde. Gegen diese Theorie jedoch zu Recht *Büscher (ebd.)*, § 322 Rn. 30 f. In der Ablehnung dieser Theorien liegt aber kein Argument gegen die in BGHZ 100, 222 (227) vorgenommene Anknüpfung an die Feststellung als „Tatbestandsvoraussetzung“ der Aufrechnung, da eine rechtskräftige Entscheidung auch nach der prozessualen Rechtskrafttheorie Tatbestandswirkung entfalten kann.

<sup>103</sup> Vgl. *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 97), § 40 Rn. 67.

wenden, weil die Eintragung in die Tabelle für die festgestellte Forderung gemäß § 178 Abs. 3 InsO wie ein rechtskräftiges Urteil wirke.<sup>104</sup> Auch in der Literatur findet sich diese Begründung häufig.<sup>105</sup>

Im Hinblick auf den Normzweck des § 767 Abs. 2 ZPO ist diese Begründung jedoch zu oberflächlich. § 767 Abs. 2 ZPO soll eine Durchbrechung der materiellen Rechtskraft des Urteils bzw. der Tabelleneintragung verhindern.<sup>106</sup> „Durchbrechungen“ kann es aber nur geben, soweit die materielle Rechtskraft der Ausgangsentscheidung reicht. Wegen dieses Normzwecks ergibt die Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO keinen Sinn, soweit im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage Einwendungen erhoben werden, deren Berücksichtigung die Rechtskraft der Ausgangsentscheidung nicht berührt. § 767 Abs. 2 ZPO wird dementsprechend auch für unanwendbar gehalten, wenn aus einem Urteil vollstreckt wird, das nicht der materiellen Rechtskraft fähig ist.<sup>107</sup> Positiv gewendet bedeutet dies, dass § 767 Abs. 2 ZPO nur anwendbar sein kann, wenn und soweit Einwendungen erhoben werden, die sich auf dasjenige beziehen, was rechtskräftig festgestellt wurde. Das führt zu der Frage, was Gegenstand der rechtskräftigen Feststellung gemäß § 178 Abs. 3 InsO ist, d.h. welchen Umfang die objektive Rechtskraft des § 178 Abs. 3 InsO hat.

(2) Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens gemäß §§ 174 ff. InsO – Meinungsstand

Gemäß dem Wortlaut des § 178 Abs. 3 InsO ist „die Forderung“ Gegenstand der rechtskräftigen Feststellung, und zwar in Bezug auf Betrag und Rang. Das legt nahe, es werde ein Anspruch des Insolvenzgläubigers i.S.d. § 194 Abs. 1 BGB oder jedenfalls ein prozessualer Anspruch festgestellt. Andererseits soll das Feststellungsverfahren gemäß §§ 174 ff. InsO (nur) die quotale Befriedigung der Insolvenzgläubiger ermöglichen.<sup>108</sup> Man könnte unter „Forderung“ deshalb auch den Anspruch des Insolvenzgläubigers auf Auszahlung der auf seine Forderung entfallenden Insolvenzquote verstehen.

<sup>104</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 16); ebenso bereits RG, LZ 1910, 231 (232); LZ 1907, 835 (836).

<sup>105</sup> Lange (Fn. 8), S. 695; Seagon (Fn. 8), 359828; Kayser (Fn. 86), S. 1479; Eckardt (Fn. 2), S. 258.

<sup>106</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 16); 125, 351 (352); 124, 164 (172); BGH, NJW 1953, 345 (345); Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 97), § 40 Rn. 53; Brox/Walker (Fn. 95), Rn. 1340.

<sup>107</sup> BGHZ 124, 164 (172); Brox/Walker (Fn. 95), Rn. 1340.

<sup>108</sup> Pape/Schaltke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, 60. EL 2014, § 174 Rn. 8.

Im Anschluss an zwei Entscheidungen des RG<sup>109</sup> wird vertreten, Gegenstand der Feststellung sei die angemeldete Forderung in ihrer Eigenschaft als Insolvenzforderung bestimmten Ranges und Betrages.<sup>110</sup> Damit werde (auch) über den Bestand der Forderung rechtskräftig entschieden.<sup>111</sup> Geht man hiervon aus, wäre § 767 Abs. 2 ZPO anzuwenden, um diese rechtskräftige Feststellung zu schützen.

Andere sind der Ansicht, Gegenstand der Feststellung sei das „insolvenzspezifische Haftungsrecht“ des Insolvenzgläubigers an der Masse, d.h. sein Recht auf quotale Befriedigung aus der Insolvenzmasse („Theorie vom Haftungsrecht“).<sup>112</sup> Ein insolvenzspezifisches Haftungsrecht setzt zwar notwendig das Bestehen der Insolvenzforderung voraus, dabei handelt es sich jedoch um eine bloße Vorfrage. Es entspricht einem zu § 322 Abs. 1 ZPO anerkannten Grundsatz, dass nur das Ergebnis des Subsumtionsschlusses in Rechtskraft erwächst, nicht aber die Entscheidung über eine Vorfrage.<sup>113</sup> Da auf § 322 Abs. 1 ZPO auch im Rahmen des § 178 Abs. 3 InsO zurückgegriffen werden kann,<sup>114</sup> wird nach dieser Auffassung über den Bestand der Insolvenzforderung nicht rechtskräftig entschieden.<sup>115</sup> Weil in Bezug auf die Insolvenzforderung „als solche“ gerade keine Rechtskraft eintritt, kann die sich auf das Haftungsrecht beziehende Entscheidung den Aufrechnungseinwand nicht gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludieren. Folgt man dieser Auffassung, ist

<sup>109</sup> RG, JW 1921, 1363 mit abl. Anm. O. Fischer und Dove, RGZ 55, 157 (160).

<sup>110</sup> Graf-Schlücker, in: dies. (Fn. 75), § 178 Rn. 5; Weber, in: Jaeger, Konkursordnung (Fn. 5), § 146 Rn. 13. Insoweit auch Häsemeyer, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507 (546), der aber die materielle Rechtskraft nur auf die Insolvenzquote erstreckt und deshalb § 767 Abs. 2 ZPO im Ergebnis für unanwendbar hält, vgl. Häsemeyer (Fn. 13), Rn. 19.34. Für die Rechtskraft bzgl. der Eigenschaft als Insolvenzforderung ablehnend BGHZ 168, 112 (Rn. 21).

<sup>111</sup> RGZ 55, 157 (160); Graf-Schlücker, in: dies. (Fn. 75), § 178 Rn. 5.

<sup>112</sup> Henckel, Der Gegenstand des Verfahrens zur Feststellung von Konkursforderungen, in: FS Michaelis, S. 167; Spellenberg (Fn. 12), S. 113 ff.; Eckardt (Fn. 102), S. 1771 f.; Smid, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Fn. 20), § 178 Rn. 3; Schumacher, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 178 Rn. 15; Gerhardt, in: Jaeger, Insolvenzordnung VI (Fn. 42), § 178 Rn. 31; Sing, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung (Fn. 26), § 178 Rn. 28; Peitsch (Fn. 86), S. 23 f.; Reischl, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 752.

<sup>113</sup> Vgl. BGH, NJW-RR 2013, 757 (Rn. 6); BGHZ 183, 77 (Rn. 9 f.) m.w.N. zur Rspr.; Leipold, in: Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, Band IV, 22. Aufl. 2008, § 322 Rn. 80 ff.; Gottwald, in: MüKo-ZPO I, 4. Aufl. 2013, § 322 Rn. 91 ff.

<sup>114</sup> Das folgt aus der Fiktion, die Tabelleneintragung wirke „wie ein Urteil“; BGH, NJW-RR 2013, 757 (Rn. 6); BGH, ZIP 2012, 537 (Rn. 13); Eckardt (Fn. 102), S. 1773.

<sup>115</sup> Henckel (Fn. 112), S. 167; Eckardt (Fn. 35), Kap. 17 Rn. 39; Gerhardt, in: Jaeger, Insolvenzordnung VI (Fn. 42), § 178 Rn. 33; Rost/Lind (Fn. 2), S. 2181 f.

die Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle für die Aufrechnungsmöglichkeit des Insolvenzverwalters im Ergebnis ohne Bedeutung.<sup>116</sup>

(3) Das „insolvenzspezifische Haftungsrecht“ als zutreffender Gegenstand des Feststellungsverfahrens gemäß §§ 174 ff. InsO

Das RG hat sich zur Begründung seiner Ansicht auf den Standpunkt gestellt, die Annahme eines „Haftungsrechts“ als Gegenstand des Feststellungsverfahrens sei mit dem Begriff des rechtskräftigen Urteils unvereinbar.<sup>117</sup> Ein rechtskräftiges Urteil schaffe zwischen den Beteiligten unabänderliches Recht dergestalt, dass es auch für spätere Rechtsstreitigkeiten eine unverrückbare Grundlage bilde.<sup>118</sup> Diese Begründung täuscht jedoch darüber hinweg, dass auch ein Urteil nur soweit unabänderliches Recht schafft, wie dessen Rechtskraft reicht. Es ist gerade die zu beantwortende Frage, welchen Umfang die objektive Rechtskraft des § 178 Abs. 3 InsO hat. Die Argumentation des RG erweist sich mithin als Zirkelschluss.

Möglicherweise gibt der Zweck des § 178 Abs. 3 InsO Aufschluss über den Gegenstand des Feststellungsverfahrens nach §§ 174 ff. InsO. Die in § 178 Abs. 3 InsO angeordnete Rechtskraftwirkung soll eine schnelle und abschließende Feststellung darüber ermöglichen, welche Forderungen mit welchem Betrag an der Verteilung teilhaben; es soll nachträglichen Streitigkeiten hierüber vorgebeugt werden.<sup>119</sup> Damit dieser Zweck nicht dadurch unterlaufen werden kann, dass der Insolvenzverwalter nach der Feststellung einer Insolvenzforderung deren (teilweises) Erlöschen geltend macht, ist nach der Ansicht des BGH die Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO erforderlich.<sup>120</sup> Macht man die Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO vom Umfang der objektiven

<sup>116</sup> *Windel*, in: Jaeger, Insolvenzzordnung II (Fn. 2), § 94 Rn. 59; *Blersch/v.Olshausen*, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht (Fn. 66), § 95 Rn. 10; *Brandes/Lobmann*, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 94 Rn. 14; *Rost/Lind* (Fn. 2), S. 2185; *Peitsch* (Fn. 86), S. 23 f.

<sup>117</sup> RGZ 55, 157 (161).

<sup>118</sup> RG, JW 1921, 1363; RGZ 55, 157 (161).

<sup>119</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 19). Vgl. Motive zur KO, S. 357 = Hahn (Fn. 10), S. 322: Der Gesetzesentwurf war bestrebt, „dem Verfahren eine noch größere Beschleunigung und Einfachheit zu geben, sodann dasselbe so zu konstruieren, daß dadurch [...] für alle späteren Verhandlungen im Konkurse [...] eine judikatsmäßig feste und leicht übersichtliche Grundlage gewonnen werde“. Es galt deshalb, der „Unzuträglichkeit nachträglicher Widersprüche“ zu begegnen (Motive zur KO, S. 364 = Hahn (Fn. 10), S. 327). Zwar betrafen diese Erwägungen § 145 Abs. 2 KO; diese Regelung hat der Gesetzgeber aber in § 178 Abs. 3 InsO übernommen, ohne inhaltliche Änderungen intendiert zu haben: In BT-Drucks. 12/2443, S. 185 zu § 206 RegEInsO, wird nur darauf verwiesen, was unter der KO über den Wortlaut hinaus zum Regelungsgehalt der Norm anerkannt war.

<sup>120</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 19); zustimmend *Schur* (Fn. 8), S. 490.



Rechtskraft des § 178 Abs. 3 InsO abhängig, erscheint es deshalb konsequent, die Insolvenzforderung „als solche“ zum Gegenstand des Feststellungsverfahrens zu machen und die materielle Rechtskraft auf ihren Bestand zu erstrecken: Es könnten dann keine rechtsvernichtenden Einwendungen gegen die Insolvenzforderung geltend gemacht werden, die vor dem Prüfungstermin „entstanden“ sind.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass diese Erwägung nicht zutrifft: Unabhängig von der Theorie, die man zum Gegenstand des Feststellungsverfahrens vertritt, sind nach der Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle jedenfalls solche rechtsvernichtenden Einwendungen, die den Anspruch auf die Insolvenzdividende betreffen, nicht präkludiert; obwohl § 767 Abs. 2 ZPO prinzipiell anwendbar ist, fehlt es regelmäßig an der Tatbestandsvoraussetzung, dass die Einwendung „vor dem maßgeblichen Zeitpunkt entstanden“ ist. Eine solche rechtsvernichtende Einwendung kann und muss der Insolvenzverwalter aber mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen. Soweit es um den Anspruch auf die Insolvenzdividende geht, lässt sich ein Streit über die Teilnahme der Insolvenzforderung am Insolvenzverfahren also überhaupt nicht vermeiden, auch nicht durch die Rechtskraftwirkung des § 178 Abs. 3 InsO.<sup>121</sup>

Der wesentliche Unterschied beider Theorien liegt darin, dass § 767 Abs. 2 ZPO nach der Theorie vom Haftungsrecht unanwendbar ist, wenn Einwendungen gegen die Insolvenzforderung „als solche“ erhoben werden, weil derartige Einwendungen nicht „den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst“ betreffen. Da § 767 Abs. 2 ZPO aber nach beiden Ansichten jedenfalls auf den Anspruch auf die Insolvenzdividende anwendbar ist (mag er auch im Regelfall nicht durchgreifen), stellt sich die Frage, wie auf Basis der Ansicht des RG die „zusätzliche“ Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO auf Einwendungen gegen die Insolvenzforderung „als solche“ zu einer weiteren Beschleunigung des Insolvenzverfahrens führen soll. Im Insolvenzverfahren muss grundsätzlich nur nachträglichem Streit über das Bestehen von Ansprüchen auf die Insolvenzdividende vorgebeugt werden. Streitigkeiten, die den Bestand der Insolvenzforderung „als solche“ betreffen, muss nicht vorgebeugt werden, weil solche Streitigkeiten sich nicht auf die Verteilungen der Insolvenzmasse auswirken und das Insolvenzverfahren daher aus sich heraus nicht verzögern können.

---

<sup>121</sup> Auch in dem Urteil BGHZ 100, 222 wurde nur um die Berechtigung zur Aufrechnung mit der Insolvenzdividende gestritten und dort war die Feststellung zur Insolvenztabelle bereits erfolgt.

Eine Verzögerung des Insolvenzverfahrens durch Streitigkeiten über den Bestand der Insolvenzforderung „als solche“ ist nur denkbar, wenn man annimmt, dass das Nichtbestehen oder Erlöschen der Insolvenzforderung „als solche“ auf den Anspruch auf die Insolvenzdividende „durchschlägt“. Es müsste also möglich sein, bei Erlöschen der Insolvenzforderung „als solche“ mittels Vollstreckungsgegenklage auch das Erlöschen des Anspruchs auf die Insolvenzdividende geltend zu machen.<sup>122</sup>

Aus *materiell-rechtlicher* Sicht wird man einen solchen „Durchschlag“ ohne weiteres annehmen können; selbst diejenigen, die meinen, das Haftungsrecht stehe selbstständig neben der Insolvenzforderung „als solche“, gehen davon aus, dass es in Entstehung und Fortbestand von der Insolvenzforderung abhängig ist.<sup>123</sup> Aus *prozessualer* Sicht ist jedoch zu bedenken: Wenn das Nichtbestehen bzw. Erlöschen eines Anspruchs geltend gemacht wird, so kann dies (abgesehen vom Bestreiten der Tatbestandsvoraussetzungen des Anspruchs) nur dadurch erfolgen, dass rechtshindernde oder rechtsvernichtende Einwendungen behauptet und bewiesen werden.<sup>124</sup> Soweit sich derartige Einwendungen auf den Dividendenanspruch beziehen, ist § 767 Abs. 2 ZPO auch auf Grundlage der Theorie vom Haftungsrecht anzuwenden: Wenn das Haftungsrecht rechtskräftig festgestellt wird, muss *diese* rechtskräftige Entscheidung mittels des § 767 Abs. 2 ZPO geschützt werden. Das insolvenzspezifische Haftungsrecht an der Masse ist aber nichts anderes als der Anspruch auf die Insolvenzdividende, wie sich bereits aus der oben verwendeten Definition des Haftungsrechts als „Recht auf quotale Befriedigung aus der Insolvenzmasse“ ergibt.<sup>125</sup> Auf Grundlage der Theorie vom Haftungsrecht schlägt eine rechtsvernichtende Einwendung, die zum Erlöschen der Insolvenzforderung „als solche“ führt, auf den Bestand des Dividendenanspruchs daher nur „durch“, wenn die Einwendung, soweit sie sich auch auf den Dividendenanspruch bezieht, im Einzelfall nicht gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert ist. Das ist dann der Fall, wenn die rechtsvernichtende Einwendung nach der Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle „entstanden“ ist. Eine solche rechtsvernichtende Einwendung wäre aber auch nach der vom RG vorgenommenen Auslegung nicht präkludiert.

<sup>122</sup> Dafür wohl *Rost/Lind* (Fn. 2), S. 2185.

<sup>123</sup> Vgl. oben Fn. 83.

<sup>124</sup> BGHZ 113, 222 (224 f.); 87, 393 (399 f.); BGH, NJW 1986, 2426 (2427); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 115 Rn. 7; *Reichbold*, in: *Thomas/Putzo*, Zivilprozessordnung (Fn. 96), Vorbem. § 284 Rn. 23.

<sup>125</sup> So geht auch *Eckardt* (Fn. 2), S. 261 davon aus, das Haftungsrecht wandle sich nach der Feststellung in einen „Haftungsanspruch“ um, der nichts anderes sei als der Anspruch auf die Insolvenzdividende.

Es kann damit festgehalten werden, dass die Theorie vom Haftungsrecht die Verwirklichung des Normzwecks des § 178 Abs. 3 InsO nicht mehr beeinträchtigt, als es bei Zugrundelegung der Gegenauffassung der Fall ist. Dann gibt es aber eigentlich keinen Grund, die Präklusionswirkung des § 767 Abs. 2 ZPO auf weitere Teile der Insolvenzforderung zu erstrecken, die im Insolvenzverfahren ohne Relevanz sind.

Weitergehend führte die Auslegung des RG sogar zu Ergebnissen, die sich mit dem Zweck des § 178 Abs. 3 InsO – der Beschleunigung des Insolvenzverfahrens – nur schwer vereinbaren lassen: Weil das Bestehen eines insolvenzspezifischen Haftungsrechts an der jeweiligen Insolvenzmasse nur im betreffenden Insolvenzverfahren von Bedeutung ist und diese Frage nur ausnahmsweise für spätere Rechtsstreitigkeiten präjudiziell sein kann, bewirkt die Theorie vom Haftungsrecht zugleich, dass die Rechtskraftwirkung auf das Insolvenzverfahren beschränkt ist.<sup>126</sup> Erstreckte man die Rechtskraft dagegen mit dem RG auf die Insolvenzforderung „als solche“, hätte dies zur Konsequenz, dass die Feststellung des Bestehens der Forderung im Insolvenzverfahren auch für spätere Rechtsverhältnisse der Insolvenzgläubiger untereinander als „unverrückbare Grundlage“<sup>127</sup> präjudiziell wäre, und zwar unabhängig davon, ob diese Rechtsverhältnisse in Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren stünden. Um hieraus möglicherweise resultierende Nachteile zu vermeiden, sähen sich die Insolvenzgläubiger gegebenenfalls gezwungen, vorsorglichen Widerspruch einzulegen und entsprechende Feststellungsprozesse (§ 179 Abs. 1, 2 InsO) zu führen. Zu unnötigen Verzögerungen der Abwicklung des Insolvenzverfahren würde dies vor allem dann führen, wenn der Streit über eine nachrangige Insolvenzforderung (§ 39 InsO) ausgetragen würde, auf die im betreffenden Insolvenzverfahren ohnehin keine Insolvenzdividende mehr entfällt.<sup>128</sup> Insolvenzgläubiger, die – z.B. wegen einer gemäß § 94 InsO geschützten Aufrechnungsmöglichkeit – kein Interesse an der Teilnahme am Insolvenzverfahren haben, wären bei einer so verstandenen Rechtskraft überdies (mittelbar) gezwungen, am Insolvenzverfahren teilzunehmen und Widerspruch einzulegen,<sup>129</sup> weil die rechtskräftige Feststellung gemäß § 178 Abs. 3 InsO gegenüber allen Insolvenzgläubiger wirkt, unabhängig davon, ob sie ihre Forderung zur Insolvenztabelle

---

<sup>126</sup> *Spellenberg* (Fn. 12), S. 115 ff.; *Eckardt* (Fn. 35), Kap. 17 Rn. 42; *Sinz*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung (Fn. 26), § 178 Rn. 28; *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung VI (Fn. 42), § 178 Rn. 64.

<sup>127</sup> RG, JW 1921, 1363; RGZ 55, 157 (160).

<sup>128</sup> *Spellenberg* (Fn. 12), S. 117; *Henckel* (Fn. 112), S. 160 f.; *Eckardt* (Fn. 102), S. 1771 f. So auch BGHZ 168, 112 (Rn. 26).

<sup>129</sup> *Spellenberg* (Fn. 12), S. 117 f.

anmelden.<sup>130</sup> Dem Ziel des Gesetzgebers, das Insolvenzverfahren mithilfe des § 178 Abs. 3 InsO zu beschleunigen, wäre durch die vom RG vorgenommene Auslegung also nicht gedient.

Eine Beschränkung des Feststellungsgegenstands auf das „Haftungsrecht“ lässt sich darüber hinaus mit dem Regelungszweck der §§ 174 ff. InsO bzw. des Insolvenzverfahrens in seiner Gesamtheit (§ 1 S. 1 InsO) besser in Einklang bringen: Das Insolvenzverfahren dient der Verwirklichung der Vermögenshaftung, wenn der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, alle Gläubiger voll zu befriedigen.<sup>131</sup> Anstelle des Prioritätsprinzips der Einzelzwangsvollstreckung tritt daher der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger (§ 1 S. 1 InsO). Im Rahmen dieses Systems dient das Feststellungsverfahren nach §§ 174 ff. InsO dazu, die Grundlage für die Erstellung des Verteilungsverzeichnisses (§ 188 InsO) zu liefern und so die gleichmäßige, teilweise Befriedigung der Insolvenzgläubiger durch Auszahlung der Insolvenzdividende zu ermöglichen.<sup>132</sup> Dafür bedarf es der rechtskräftigen Feststellung der Insolvenzforderung „als solcher“ nicht, solange klar ist, ob und in welcher Höhe die Insolvenzdividende ausbezahlt ist.<sup>133</sup> Wenn man den Zweck des § 178 Abs. 3 InsO in der Absicherung des Prüfungsergebnisses sieht, stellt sich viel eher die Frage, wie hiermit die nach Ansicht des RG über das Insolvenzverfahren hinausgehende Rechtskraftwirkung gerechtfertigt werden soll, ist doch das Prüfungsergebnis allein für die Abwicklung des Insolvenzverfahrens von Bedeutung.<sup>134</sup>

Die Vorstellung, es sei das Haftungsrecht Gegenstand des Feststellungsverfahrens, kommt zudem bereits in den Materialien zu § 164 Abs. 2 KO (=§ 201 Abs. 2 S. 1 InsO) zum Ausdruck.<sup>135</sup> So findet sich dort die Aussage, es werde mit der Anmeldung und Feststellung der Konkursforderung nichts anderes „verfolgt und bewirkt [...], als das Recht der Teilnahme an den Beschlussfassungen über die Konkursmasse und an der Verteilung

<sup>130</sup> Dazu bereits RGZ 37, 1 (2); *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung VI (Fn. 42), § 178 Rn. 49.

<sup>131</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 108 zu § 1 RegEInsO.

<sup>132</sup> *Spellenberg* (Fn. 12), S. 9 f.; *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung VI (Fn. 42), § 178 Rn. 29; *Reischl* (Fn. 112), Rn. 754 f.

<sup>133</sup> *Reischl* (Fn. 112), Rn. 754 f.; *Eckardt* (Fn. 35), Kap. 17 Rn. 40.

<sup>134</sup> In diese Richtung bereits *Spellenberg* (Fn. 12), S. 149, allerdings zum Umfang der subjektiven Rechtskraft. *Eckardt* (Fn. 102), S. 1772 verweist darauf, die Rechtskraftwirkung rechtfertige sich allein durch die auf das Insolvenzverfahren beschränkte Selbstverwaltungskompetenz der Gläubigersamtheit. Ähnlich *Schumacher*, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 178 Rn. 15: Kein schutzwürdiges Interesse der Insolvenzgläubiger an weitergehender Rechtskraftwirkung.

<sup>135</sup> Das hat bereits *Eckardt* (Fn. 35), Kap. 17 Rn. 40 herausgestellt.

derselben“.<sup>136</sup> An anderer Stelle wird darauf hingewiesen, im Verfahren nach §§ 138 ff. KO (= §§ 174 ff. InsO) werde festgestellt, „dass die Forderung im Konkurs zu berücksichtigen sei, in demselben die Rechte einer unstreitigen Konkursforderung genieße“.<sup>137</sup> Die Konkursforderung selbst werde durch die Tabelle nur „mittelbar“ anerkannt.<sup>138</sup>

Als diesen Erwägungen steht möglicherweise die Regelung des § 201 Abs. 2 S. 1 InsO entgegen. Nach dieser Norm kommt der rechtskräftigen Feststellung einer Forderung im Insolvenzverfahren die gleiche Wirkung zu wie einem rechtskräftigen Leistungsurteil gegen den Schuldner, denn sie bildet wie dieses die Grundlage für die Zwangsvollstreckung (§ 704 ZPO). Bei einem Leistungsurteil bemisst sich der Umfang der Rechtskraft gemäß § 322 Abs. 1 ZPO nach dem vom Kläger erhobenen prozessuale Anspruch, d.h. dem Streitgegenstand des Prozesses i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.<sup>139</sup> Wenn man auch für § 201 Abs. 2 S. 1 InsO davon ausgeht, der Umfang der Rechtskraft bemesse sich nach dem zugrundeliegenden Streitgegenstand, so könnte man hieraus für § 178 Abs. 3 InsO schließen, es müsse jedenfalls auch die Insolvenzforderung Streitgegenstand der Feststellungsverfahrens sein.<sup>140</sup>

Bedenkt man jedoch, dass auch der Gesetzgeber des § 164 Abs. 2 KO scheinbar von einem „Haftungsrecht“ als Gegenstand des Feststellungsverfahrens ausging, so fragt sich, wie die Norm aus seiner Sicht mit § 145 Abs. 2 KO in Einklang gebracht werden sollte. Ausweislich der Gesetzesmaterialien war § 164 Abs. 2 KO letztlich eine Kompromisslösung: Man ging davon aus, dass die „Feststellung der Konkursforderungen im Konkursverfahren [...] auf den Kreis des Konkursrechtes beschränkt“ sei.<sup>141</sup> Es müsse deshalb die Wirksamkeit der Feststellung „gegenüber dem früheren Gemeinschuldner nach Aufhebung des Verfahrens an und für sich verneint werden“.<sup>142</sup> Da das Bestehen der Konkursforderung durch die Konkurstabelle aber zumindest „mittelbar anerkannt“ werde, sollte der Konkursgläubiger nicht gezwungen sein, seine Forderung nach Aufhebung des Verfahrens erneut

<sup>136</sup> Motive zur KO, S. 384 = Hahn (Fn. 10), S. 343; die Rechtschreibung wurde angepasst.

<sup>137</sup> *Ebd.*, S. 175 = Hahn (Fn. 10), S. 669; die Rechtschreibung wurde angepasst.

<sup>138</sup> Vgl. *ebd.*, S. 385 = Hahn (Fn. 10), S. 344.

<sup>139</sup> BGHZ 183, 77 (Rn. 9); BGH, NJW 1995, 967 (968); *Büscher*, in: *Wieczorek/ Schütze*, Zivilprozessordnung, Fünfter Band, Teilband 1 (Fn. 102), § 322 Rn. 114; *Rosenberg/ Schwab/ Gottwald* (Fn. 124), § 153 Rn. 2.

<sup>140</sup> In diese Richtung RGZ 55, 157 (160); *Weber*, in: *Jaeger*, Konkursordnung (Fn. 5), § 164 Rn. 4; deutlich *Spellenberg* (Fn. 12), S. 147, der dieser These im Ergebnis aber nicht folgt.

<sup>141</sup> Motive zur KO, S. 384 = Hahn (Fn. 10), S. 343.

<sup>142</sup> Motive zur KO, S. 384 = Hahn (Fn. 10), S. 343.

gerichtlich einzuklagen.<sup>143</sup> Man wollte den „unnötigen und kostspieligen Aufschub“ vermeiden, der mit einem solchen Zweitprozess über eine an sich bereits geklärte Rechtsfrage verbunden gewesen wäre.<sup>144</sup> Es erschien daher gerechtfertigt, die Wirkungen des Feststellungsverfahrens auch gegenüber dem Gemeinschuldner eintreten zu lassen, wenn er sich gegen den erhobenen Anspruch im Konkursverfahren nicht mittels Widerspruchs zur Wehr setze.<sup>145</sup> Sinn des § 164 Abs. 2 KO war also eine „Rechtskrafterstreckung auf die Entscheidungsgründe“.<sup>146</sup> Legt man diese Vorstellung auch dem § 201 Abs. 2 S. 1 InsO zugrunde, so zeigt sich, dass die in dieser Norm angeordnete Rechtskraft- und Vollstreckungswirkung gerade kein Argument gegen die Theorie vom Haftungsrecht ist, sondern diese vielmehr bestätigt.

Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente dafür, als Gegenstand der rechtskräftigen Feststellung gemäß § 178 Abs. 3 InsO das „insolvenzspezifische Haftungsrecht“ des Insolvenzgläubigers anzusehen. Wenn aber die Entscheidung über die Insolvenzforderung „als solche“ nicht in Rechtskraft erwächst, bedarf es insoweit auch nicht des Schutzes durch § 767 Abs. 2 ZPO. Die Norm ist folglich nicht anwendbar, soweit der Insolvenzverwalter nach Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle mit dieser zum Nennbetrag aufrechnet. Im Ergebnis kann der Insolvenzverwalter daher auch nach Feststellung der Insolvenzforderung gegen diese wirksam zum Nennbetrag aufrechnen und dies mithilfe der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen.

## V. Schlussbemerkungen

Zusammengefasst ergibt sich Folgendes:

Der Insolvenzverwalter kann während des gesamten Insolvenzverfahrens mit einer Masseforderung gegen eine Insolvenzforderung bis zur Höhe des Nennbetrags der letzteren aufrechnen, wenn materiell-rechtlich die Voraussetzungen der §§ 387 ff. BGB vorliegen. Dabei ergeben sich durch das Insolvenzverfahren keine Besonderheiten im Hinblick auf die Erfüllbarkeit der Passivforderung.

Soll nur gegen den Anspruch des Insolvenzgläubigers auf Auszahlung der Insolvenzdividende aufgerechnet werden, muss der Insolvenzverwalter abwarten, bis sich die Insolvenzdividende bestimmen lässt; dies ist frühestens nach dem Prüfungstermin der Fall.

---

<sup>143</sup> *Ebd.*, S. 384 = Hahn (Fn. 10), S. 344.

<sup>144</sup> *Ebd.*

<sup>145</sup> *Ebd.*, S. 385 = Hahn (Fn. 10), S. 344.

<sup>146</sup> *Eckardt* (Fn. 35), Kap. 17 Rn. 39, der von „Entscheidungselementen“ spricht.

Nach Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle muss der Insolvenzverwalter eine Aufrechnung im Wege der Vollstreckungsgegenklage gem   § 767 Abs. 1 ZPO geltend machen. Eine Präklusion der Aufrechnung nach § 767 Abs. 2 ZPO kommt dabei nicht in Betracht.

Die Aufrechnung ist nur ausnahmsweise wegen Insolvenzzweckwidrigkeit nichtig. Für die Vornahme einer nachteiligen oder die Nichtvornahme einer vorteilhaften Aufrechnung haftet der Insolvenzverwalter gem   § 60 Abs. 1 InsO.

Für das *Urteil des BGH vom 8.5.2014 – IX ZR 118/12* ergibt sich in der Zusammenschau daher folgender Befund: Das *Gericht* bejaht zutreffend die Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage. Zu begrüssen ist auch, dass die Rechtsprechung aus dem Urteil des *BGH* vom 19.3.1987 – III ZR 2/86 zur Erfüllbarkeit der Passivforderung (Insolvenzforderung) aufgegeben wird.<sup>147</sup> Die Grenzen der Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters sieht der *BGH* zutreffend in § 60 Abs. 1 InsO und dem Grundsatz der Insolvenzzweckwidrigkeit, wobei auch die Subsumtion im konkreten Fall fehlerfrei erfolgt ist. Es überzeugt dagegen nicht, dass die Aufrechnung unter Hinweis auf § 767 Abs. 2 ZPO als präkludiert angesehen wird. Der *BGH* hat daher im Ergebnis m.E. nach nicht richtig entschieden. Er hätte den Zurückweisungsbeschluss des *Berliner Kammergerichts* vom 2.5.2012 – 23 U 84/11 gem   § 562 Abs. 1 ZPO aufheben müssen.<sup>148</sup> Da die Sache zur Endentscheidung reif war, wäre gem   § 563 Abs. 3 ZPO vom *BGH* selbst zu entscheiden und der Klage stattzugeben gewesen.

Es sei noch darauf verwiesen, dass die gefundenen Ergebnisse den Anforderungen der Praxis besser gerecht werden als die im Urteil des *BGH* vom 8.5.2014 – IX ZR 118/12 aufgestellten Grundsätze: Für Insolvenzverwalter kann es häufig schwierig sein, vor dem Prüfungstermin abzuschätzen,

---

<sup>147</sup> Rechtsprechungs  nderungen haftet stets das Problem an, das Vertrauen desjenigen zu verletzen, der sich auf die alte Rechtsprechung verlässt (vgl. *Larenz/Canaris*, [Fn. 71], S. 259 ff.). *In casu* wird die Problematik allerdings dadurch entschärft, dass mit der Rechtsprechungsänderung angesichts der selbst von *BGH*-Richtern geübten Kritik (vgl. oben, I.) zumindest gerechnet werden musste; *Hasse* (Fn. 8), S. 1797 meint gar, die Entscheidung sei zu erwarten gewesen und überrasche nicht.

<sup>148</sup> Der Wortlaut „Urteil“ in § 562 S. Abs. 1 ZPO steht nicht entgegen, da der im Jahr 2011 eingeführte § 522 Abs. 3 ZPO gegen den Beschluss i.S.d. § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO die Nichtzulassungsbeschwerde gem   § 544 ZPO zulässt; wird der Nichtzulassungsbeschwerde stattgegeben, wird das Beschwerdeverfahren gem   § 544 Abs. 6 S. 1 ZPO als Revisionsverfahren fortgesetzt, sodass der Zurückweisungsbeschluss zum Gegenstand des Revisionsverfahrens wird; zum Ganzen *Meller-Hannich*, Die Neufassung von § 522 ZPO – Unbestimmte Rechtsbegriffe, Ermessen und ein neuartiges Rechtsmittel, NJW 2011, 3393 (3396).

ob eine Aufrechnung für die Masse vorteilhaft oder nachteilig ist.<sup>149</sup> So kann bis zum Prüfungstermin – und sogar darüber hinaus – Unklarheit herrschen, ob und in welcher Höhe Insolvenzforderungen zur Tabelle angemeldet werden; auch der genaue Betrag der Verteilungsmasse kann ungewiss sein.<sup>150</sup> Im Fall der Doppelinsolvenz kommt die Unsicherheit über die auf die Masseforderung zu erzielende Insolvenzdividende hinzu, die der Insolvenzverwalter trotz Anwendung größtmöglicher Sorgfalt nicht beseitigen kann.<sup>151</sup> Die neue Rechtsprechung des *BGH* zwingt den Insolvenzverwalter, die Entscheidung über das „ob“ der Aufrechnung auf gegebenenfalls unsicherer Tatsachengrundlage und in der zudem im Regelfall sehr knapp bemessenen Zeit bis zum Prüfungstermin zu treffen, weil nach der Feststellung der Insolvenzforderung die Präklusion gemäß § 767 Abs. 2 ZPO droht.<sup>152</sup> Das ist nicht nur aus Sicht der Insolvenzverwalter wegen der möglichen Haftung gemäß § 60 Abs. 1 InsO gefährlich, sondern kann auch für die Gläubigergemeinschaft erhebliche Nachteile zur Folge haben, wenn es – wie im zu besprechenden Fall – um erhebliche Geldsummen geht.<sup>153</sup> Dass nach dem Prüfungstermin auch nach Ansicht des *BGH* noch die Möglichkeit einer Aufrechnung gegen den Anspruch auf die Insolvenzdividende besteht,<sup>154</sup> kann die hierdurch entstehenden Einbußen nicht in jedem Fall vollumfänglich ausgleichen.

---

<sup>149</sup> *Rost/Lind* (Fn. 2), S. 2182.

<sup>150</sup> *Ebd.* Das übersieht *Dobmeier* (Fn. 2), S. 1211, wenn er für die Präklusion gemäß § 767 Abs. 2 ZPO auf den Zeitpunkt abstellen will, in dem der Insolvenzverwalter von der Aufrechnungslage Kenntnis erlangt, vgl. *Rost/Lind* (Fn. 2), S. 2184 f.

<sup>151</sup> *Seagon* (Fn. 8).

<sup>152</sup> *Lange* (Fn. 8), S. 696.

<sup>153</sup> *Ebd.*; *Hasse* (Fn. 8), S. 1798.

<sup>154</sup> Diese Frage hat der *BGH* in seinem Urteil letztlich offen gelassen; die Formulierung „verhilft der Klage deshalb nicht zu einem Teilerfolg“ deutet aber stark darauf hin, dass der *BGH* diese Aufrechnung für zulässig erachtet.