

Herausgeber: Hermann-Wilfried Bayer, Wilhelm Bichlmeier, Rainer Funke, Reinfrid Fischer, Volker Grub, Norbert Horn, Hartmut Oetker, Dieter Reuter, Rolf A. Schütze, Stefan Smid, Harm Peter Westermann

Korrespondierender Beirat: Rainer M. Bähr, Christian Graf Brockdorff, Peter Depré, Norbert Fehl, Volkhard Frenzel, Ottmar Hermann, Klaus Hubert Görg, Horst M. Johlke, Wulf-Gerd Joneleit, Harro Mohrbutter, Peter Mohrbutter, Hans-Jürgen Papier, Horst Piepenburg, Michael Pluta, Rolf Rattunde, Harald Schliemann, Ulrich Weisemann, Tobias Wellensiek, Frank M. Welsch, Wilhelm Wessel, Klaus Wimmer, Mark Zeuner

Schriftleitung: Michael Schmidt

Christoph Becker*

Begünstigen und Zurückdrängen der Aufrechnung unter laufendem Insolvenzverfahren

I. Aufrechnung trotz Insolvenz

Die Bezeichnung des Forderungsberechtigten als Gläubiger kennzeichnet die Hoffnung auf Leistung. Diese Hoffnung enttäuscht oftmals Unwille oder Unfähigkeit des Schuldners. Aufrechnung erspart mühselige Auseinandersetzung mit dem Schuldner, weil sie ohne dessen Mitwirkung geschieht (§§ 387 f. BGB). Die einseitige Gestaltung ist einer der seltenen Fälle dem Rechtsteilnehmer gestatteter Selbsthilfe. Sie zu üben, wird weder durch die Insolvenz (§§ 16–19 InsO) noch durch den Eröffnungsantrag (§ 13 Abs. 1 Satz 1 InsO) noch durch Verdrängen des Schuldners aus der Verfügungsgewalt während des Eröffnungsverfahrens (§§ 21 Abs. 2 Nr. 1 und 2, 22 InsO) noch endlich durch die Eröffnung (§ 27 Abs. 1 Satz 1 InsO) schlechthin ausgeschlossen. Vielmehr bewirkt die Insolvenz je nach Stadium und Stellung des Gläubigers sehr unterschiedliche Veränderungen der Aufrechnungsmöglichkeit mit teils einschränkender und teils begünstigender Tendenz. Ausdrückliche Bestimmungen trifft die Insolvenzordnung freilich nur für die Aufrechnung eines Insolvenzgläubigers.

II. Aufrechnungswunsch von Masse-, Aussonderungs-, Absonderungs- und Neugläubigern

Den Aufrechnungswunsch anderer als der in § 38 InsO genannten Gläubiger muss man nach den generellen Wirkungen des Verfahrens beurteilen. Zunächst einmal ist zu beachten, dass diese Gläubigergruppen als solche ebenso wie diejenige der Insolvenzgläubiger erst mit Eröffnung des Verfahrens entstehen. Ihre Ansprüche begründet aber nicht notwendig erst die Zeit seit der Eröffnung. Vielmehr können ihre Rechte zu einem großen Teil aus der Zeit davor herrühren, und teilweise müssen sie dies sogar.

1. Massegläubiger

Masseverbindlichkeiten (§ 53 InsO) werden sowohl nach Eröffnung begründet (§ 55 Abs. 1 InsO) als auch zuvor während des Eröffnungsverfahrens (§ 55 Abs. 2 InsO; darüber hinaus einige Kostenpositionen im Sinne von § 54 InsO).

a) Insolvenzverfahren

Nach Eröffnung kann der Massegläubiger gegen eine in der Masse liegende Forderung unbeschränkt aufrechnen. Die Hürden, welche § 90 InsO zu Lasten des Massegläubigers vor der Zwangsvollstreckung wegen einer Masseverbindlichkeit errichtet, schlagen nicht auf eine Aufrechnung durch. Gleichgültig ist, ob der Massegläubiger selbst bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zum Schuldner wurde oder erst nach ihr.

b) Insolvenzeröffnungsverfahren

Während des Eröffnungsverfahrens ist der Gläubiger mit Aussicht auf spätere Behandlung als Massegläubiger (§ 55 Abs. 2 InsO) noch kein Massegläubiger, weil er diesen Status erst mit Abgrenzung der Masse bei Konkurseröffnung (§ 35 InsO) erlangt. Er rechnet also als gewöhnlicher Gläubiger auf, so wie Gläubiger das ohne Insolvenz tun. Grundsätzliche Beschränkungen gibt es nicht. Gehindert ist der Gläubiger allenfalls durch eine vorläufige Maßnahme der Massesicherung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO.

Namentlich steht die Sperre eines Bankkontos der Aufrechnung durch die Konto führende Bank entgegen. Dazu muss die Kontosperre allerdings eine umfassende sein.

* Univ.-Prof. Dr. iur., Universität Augsburg.

Schließt sie nur Abflüsse aus neuen Dispositionen des (maßlich) insolventen Bankkunden auf der Grundlage des Kontovertrages – wie künftiges Geldabheben, Überweisungsaufträge, Lastschriften und Scheckeinlösen – aus, so bleibt die Aufrechnung wegen schon vorhandener Verbindlichkeiten (mit künftigen Masseschuldcharakter) ebenso möglich wie die Aufrechnung wegen neuer Verbindlichkeiten (mit künftigen Masseschuldcharakter). Eine vollkommene Sperre von Bankkonten wird für zulässig erachtet¹, obgleich damit stärkere Hemmnisse entstehen als im eröffneten Verfahren, in dem nur das Gesetz, nicht das Insolvenzgericht für Masseerhalt sorgt, und in dem das Gesetz der Aufrechnung durch Massegläubiger nicht entgegentritt². Ähnlich verhält es sich mit dem Verbot des Forderungseinzuges als vorläufiger Maßnahme nach § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO³. Die Aufrechnung schließt ein solches Verbot nur aus, wenn es sie eigens anspricht. Denkbar ist schließlich auch ein gesondertes Aufrechnungsverbot.

Stets muss sich das Insolvenzgericht bei der Entscheidung über Verhängen einer Maßnahme fragen, ob der Ausschluss der Aufrechnung nicht eine unverhältnismäßige Behinderung darstellt. Es wägt das legitime Interesse an Beruhigung der Vermögensentwicklung damit ab, dass letztlich, d. h. nach der Eröffnung, der Masseverzehr durch Aufrechnung oder sonstige Befriedigung des Gläubigers angesichts der Vorrangstellung nicht verhinderbar, sondern vom Gesetzgeber gewünscht ist. Die Verhütung anfechtbarer Vermögensabflüsse fällt bei den Masseschulden nicht mit in die Waagschale. Man würde einen Wertungswiderspruch zulassen, wenn man Begründung, Sicherung oder Befriedigung von Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren für gemäß §§ 129 ff. InsO anfechtbar halten wollte⁴.

c) Pfändbarkeit von Forderungen

Der aufrechnungswillige (gegenwärtige oder künftige) Massegläubiger muss, ebenso wie ohne Insolvenz jeder andere Gläubiger, auf Pfändbarkeit der gegen ihn selbst gerichteten Forderung achten. Gemäß § 394 Satz 1 BGB darf er dem Schuldner nicht durch Aufrechnung den Gegenstand einer unpfändbaren Forderung entziehen. Das gilt sowohl vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens als auch danach. Da die Grenze zwischen Pfändbarkeit und Unpfändbarkeit außerdem (im Wesentlichen) zugleich die Grenze zwischen Masse (§ 35 InsO) und beschlagfreiem Schuldnervermögen darstellt (§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO), ergibt sich auch, dass der Massegläubiger nach der Eröffnung nicht gegen eine Forderung aufzurechnen vermag, die sich im freien Vermögen des Schuldners befindet. Eine Ausnahme muss man aber dann machen, wenn die Forderung pfändbar ist, sie daher zunächst in die Masse fiel und der Verwalter sie lediglich freigab.

2. Aussonderungsgläubiger

Bei Aussonderungen wird sich die Aufrechnungsfrage angesichts des Anspruchsinhaltes kaum je stellen. In Betracht kommt nur das Zusammentreffen eines vor Konkurseröffnung begründeten Herausgabeanspruchs auf eine (ausnahmsweise) körperlich abgrenzbare Geldmenge mit einer Geldschuld des Herausgabeberechtigten. Generelle Aufrechnungshindernisse bringt die Insolvenz des Herausgabepflichtigen weder vor der Eröffnung (dann ist der Herausgabe-

anspruch allerdings noch nicht als Aussonderungsrecht charakterisiert) noch danach.

Ein erst nach der Eröffnung begründeter Herausgabeanspruch vermittelt kein Aussonderungsrecht, sondern ist Masseverbindlichkeit. Die Aufrechenbarkeit richtet sich nach dem oben Gesagten⁵.

3. Absonderungsgläubiger

Absonderungsgläubiger haben ebenfalls selten Ansprüche, die ihrem Inhalte nach aufrechnungsfähig sind. Denkbar ist allerdings, dass sich nach Versilberung Gleichartigkeit von Forderung und Gegenforderung ergibt.

a) Alte Befriedigungsrechte vor Eröffnung

Vor Konkurseröffnung gibt es noch keine Absonderungsgläubiger als solche. Allerdings gibt es schon die Befriedigungsrechte, die nach Eröffnung als Absonderungsrechte (§§ 49 bis 51 InsO; auch außerhalb der InsO, z. B. § 157 VVG) eingestuft werden. Treffen aus deren Verwirklichung entstehende Ansprüche auf gleichartige Gegenansprüche (mit oder ohne Wurzel im Befriedigungsrecht), so ist Aufrechnung uneingeschränkt möglich. Sicherungsmaßnahmen des Eröffnungsverfahrens (§ 21 Abs. 1 Satz 1 InsO) können allerdings in diese Freiheit einschneiden.

b) Alte Befriedigungsrechte nach Eröffnung

Auch nach der Eröffnung steht Aufrechnung frei. Nach der vom Verwalter freihändig durchgeführten Verwertung (§§ 166, 173 Abs. 2 Satz 2, 313 Abs. 3 Satz 3 InsO) ist das Absonderungsrecht auf einen Auszahlungsanspruch reduziert (§ 170 Abs. 1 Satz 2 InsO). Diesen Anspruch kann der Absonderungsgläubiger uneingeschränkt nutzen, um sich von einer in die Masse zu entrichtenden Geldschuld zu befreien.

Ist der Absonderungsgläubiger seinerseits der Masse zur Erlösauskehr verpflichtet, weil er selbst verwertete (§§ 173 Abs. 1, 313 Abs. 3 Satz 2 InsO), so kann er diese Last ebenfalls durch Aufrechnung abstreifen. Dazu benutzt er eigene Forderungen aus anderwärtigem Absonderungsrecht oder als Massegläubiger. Eine mit dem Absonderungsrecht zusammenhängende Insolvenzforderung (§ 38 InsO) braucht er nicht in Aufrechnung zu nehmen. Vielmehr wird sie unmittelbar auf den vom Absonderungsgläubiger erzielten Erlös verrechnet, so dass der Absonderungsgläubiger von vornherein nur einen Überschuss zur Masse schuldet. Aber auch eine nicht mit dem Absonderungsrecht zusammenhängende Insolvenzforderung taugt nicht zur Aufrechnung gegen die Pflicht zur Erlösauskehr. Denn schuldig zur Erlösauskehr wurde der Absonderungsgläubiger erst nach der Konkurseröffnung. Bei einer so späten Begründung der Aufrechnungslage schließt § 96 Abs. 1 Nr. 1

¹ Eigens die Verhinderung von Aufrechnungen und Verrechnungen als Ziel der Kontosperrung ansprechend Hess/Weis/Wienberg, InsO, Bd. 1, 2. Aufl. 2001, § 21 Rdn. 63. Ohne Zielsetzung erscheint Kontosperrung schlechthin als Maßnahme der Massesicherung bei MK-InsO/Haarmeyer, Bd. 1, 2001, § 21 Rdn. 45; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, Stand 10/2004, § 21 Rdn. 61.

² Zuvor a).

³ Diese Maßnahme nennt z. B. MK-InsO/Haarmeyer, aaO (Fn. 1), § 21 Rdn. 45.

⁴ Pape/Uhlenbruck, Insolvenzrecht, 2002, Rdn. 422; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2003, § 22 Rdn. 239.

⁵ Zuvor zu 1.

InsO die Aufrechnung aus. Die Selbstverwertung ist also kein Instrument, das der Gläubiger zur nachträglichen einseitigen Ausdehnung des Sicherungszwecks missbrauchen könnte.

c) Neue Befriedigungsrechte

Nicht um ein Absonderungsrecht, sondern um die Stellung als Massegläubiger handelt es sich, wenn erst der vorläufige Insolvenzverwalter mit alleiniger Verfügungsgewalt (§ 55 Abs. 2 Satz 1 InsO) oder der Insolvenzverwalter (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) Sicherheit gewährte⁶.

4. Neugläubiger

Ungünstig ist die Stellung der Neugläubiger. Von ihnen nimmt die Insolvenzordnung kaum Notiz (siehe allerdings § 96 Abs. 1 Nr. 4 InsO; ferner die Überschrift von § 265 InsO). Das Schweigen des Gesetzes heißt nun nicht, dass Neugläubigern Aufrechnung zu beliebiger Bedienung offenstünde. Vielmehr bilden sie die Gläubigerschaft mit den schlechtesten Aufrechnungsmöglichkeiten.

Die Frage erhebt sich nur nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Vor Eröffnung gibt es weder Neugläubiger noch Gläubiger, welche nach Eröffnung zu Neugläubigern werden. Erst die Eröffnung trennt das Vermögen des Schuldners in Masse und Beschlagfreies, und deswegen kann auch erst nach Eröffnung aus Aktivitäten des Schuldners eine neue Verbindlichkeit entstehen, weil sie aus beschlagfreien Aktivitäten des Schuldners hervorgeht.

Erwirbt jemand nach der Eröffnung aus Wirtschaft des Schuldners in seinem beschlagfreien Vermögen, unerlaubte Handlung inbegriffen, eine Forderung, so kann er sich regelmäßig keine Befriedigung durch Aufrechnung verschaffen.

Gegen seine zur Masse zu erfüllende Verbindlichkeit kann der Neugläubiger deswegen nicht aufrechnen, weil er sonst die Trennung der Befriedigungsmassen durchbräche und mittelbar an dem ihm verschlossenen Insolvenzverfahren teilnähme. Er würde aus demjenigen Vermögen zehren, welches den Insolvenzgläubigern zur Befriedigung vorbehalten ist. § 96 Abs. 1 Nr. 4 InsO verbietet dem Neugläubiger, dessen Anspruch auf beschlagfreiem Felde entstand, die Aufrechnung ausdrücklich.

Und eine gegen den Neugläubiger gerichtete Forderung, die der Schuldner außerhalb des Konkursbeschlages hält, ist zuallermeist unpfändbar (§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO), so dass das Aufrechnungsverbot des § 394 BGB eingreift. Nur wenn es sich um eine zunächst in die Masse gefallene und dann vom Insolvenzverwalter freigegebene Forderung handelt, ist Aufrechnung ohne die Beschränkung des § 394 BGB denkbar.

III. Aufrechnungswunsch eines Insolvenzgläubigers

Der Aufrechnungswunsch des Insolvenzgläubigers ist in §§ 94 bis 96 InsO besonders geregelt. Behandelt ist die Aufrechnung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Regelungen für die Zeit des Eröffnungsverfahrens fehlen.

1. Vor dem Eröffnungsverfahren und während dessen

a) Grundsätzliche Möglichkeit

Vor dem Eröffnungsverfahren, aber auch noch während seines Laufes, rechnet der Gläubiger, dessen Forderung nach

Eröffnung Insolvenzforderung würde (§ 38 InsO), grundsätzlich ungehemmt auf.

b) Vorläufige Anordnungen zur Massesicherung

Maßnahmen der Massesicherung (§ 21 Abs. 1 Satz 1 InsO) können das jedoch ebenso verhindern, wie dies schon bei den künftigen Massegläubigern beschrieben ist⁷. Das Insolvenzgericht muss aber auch die Interessen der künftigen Insolvenzgläubiger sorgfältig abwägen und darf nicht voreilig Aufrechnungen unterbinden. Insbesondere muss das Insolvenzgericht bedenken, dass das Gesetz die Befriedigung des Insolvenzgläubigers auf dem individuellen Wege der Aufrechnung in §§ 94 ff. InsO insgesamt kaum hinter die in § 1 Satz 1 InsO sog. gemeinschaftliche Befriedigung mit den Instrumenten der Gesamtvollstreckung zurücktreten lässt, obwohl § 87 InsO grundsätzlich das individuelle Vorgehen missbilligt.

c) Anfechtbarkeit der Aufrechnung

Weitere Grenzen setzen die Anfechtungsregeln. Die vom Gläubiger während des Eröffnungsverfahrens oder noch davor erklärte Aufrechnung ist Rechtshandlung im Sinne von § 129 InsO. Aufrechnung verkürzt – jedenfalls im Grundsatz – die Befriedigungsaussichten der übrigen Gläubiger, weil der aufrechnende Gläubiger sich nicht mit der Konkursquote begnügt, sondern in Höhe des Aufrechnungsvolumens volle Befriedigung erlangt. Aufrechnung ist Befriedigung gewährende Rechtshandlung im Sinne der Anfechtungstatbestände in §§ 130 f. InsO⁸. Der aufrechnende Gläubiger muss also befürchten, dass nach Eröffnung der ursprüngliche Forderungsbestand wiederaufgebaut wird und er dabei Insolvenzgläubiger ist (§§ 143 Abs. 1 Satz 1, 144 Abs. 1 InsO)⁹. Dabei zeigt sich der Bundesgerichtshof streng. Wenn reguläre Erfüllung kongruent wäre, soll deswegen nicht die Aufrechnung ohne Weiteres ebenfalls kongruent sein¹⁰.

Zu dieser Differenzierung gelangt das Gericht mit der generellen Überlegung, dass die Art und Weise einer Erfüllung Inkongruenz ergeben kann. Beispiele dafür sind Leistung an Erfüllung Statt (§ 364 Abs. 1 BGB) oder Leistung erfüllungshalber (§ 364 Abs. 2 BGB). Der Grundsatz erscheint zwar zutreffend. Aber der Schluss auf die Aufrechnung überzeugt nicht. Der Leistungsgegenstand erleidet bei Aufrechnung, anders als bei Leistung an Erfüllung Statt oder erfüllungshalber, keine Veränderung. Auch weicht die Leistungszeit nicht von der Verpflichtung ab. Aufrechnung kürzt lediglich die Leistungswege ab. Diese allseitige Erleichterung ist nichts, was schlechthin Belange der übrigen Insolvenzgläubiger negativ berührt. § 131 InsO schützt nicht die Erwartung der übrigen (künftigen) Insolvenzgläubiger, dass Scheu des Schuldners vor den Mühen bereits anstehender regulärer Erfüllung massekonservierend wirken möge. Anfechtbar als inkongruente Erfüllung ist Aufrechnung daher nur dann, wenn erst nach-

⁶ Es ist also auf das oben zu 1 Gesagte zu verweisen.

⁷ Siehe oben II. 1. b.

⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 29. 6. 2004 – IX ZR 195/03, DZWIR 2004, 519, 521.

⁹ Den rückwirkenden Wiederaufbau der Forderungen beschreibt BGH, Urt. v. 22. 7. 2004 – IX ZR 270/03, DZWIR 2005, 121, 122.

¹⁰ BGH, DZWIR 2004, 519, 521. Gegen *Häsemeyer*, Die Aufrechnung nach der Insolvenzordnung, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 645 ff., 657.

trägliche Abmachungen die nach dem Gesetz noch nicht mögliche Aufrechnung eröffnen. Ansonsten bleibt allenfalls der Tatbestand kongruenter Deckung (§ 130 InsO) oder einer der ferneren Anfechtungstatbestände.

Das Gericht spricht überdies davon, dass die anfechtbare Aufrechnung schon mit der Eröffnung unwirksam werde¹¹. Nur auf den ersten Blick scheint das eine Eigentümlichkeit der Anfechtung gerade einer Aufrechnung zu sein. Die Wahl des Zeitpunkts ist Hinweis darauf, dass der Bundesgerichtshof die Anfechtung als schuldrechtliche Regelung auffasst¹². Wenn der Verwalter oder ein Gläubiger (§ 312 Abs. 2 Satz 1 InsO) die Anfechtbarkeit des Vermögensabflusses reklamiert, so gestaltet er damit nicht erst die Rechtslage, sondern fordert nur das ein, was das Gesetz in den Anfechtungstatbeständen schon ordnet, (allerdings auf der anderen Seite nicht schon selbst dinglich wirkend durchführt).

d) Anfechtbarkeit der Aufrechnungslage

Schon die Gegenseitigkeit zweier Forderungen, die sich zur Aufrechenbarkeit entwickeln kann, herzustellen, ist je nach den Umständen anfechtbar (als Ermöglichten von Befriedigung nach §§ 130 f. InsO, aber eventuell auch nach den anschließenden Vorschriften¹³). § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO schließt es ausdrücklich aus, eine anfechtbar hergestellte Aufrechnungslage nach der Eröffnung auszunutzen. Dabei kommt es im Prinzip nicht darauf an, ob die Insolvenzforderung die ältere oder die jüngere der gegeneinander tretenden Forderungen ist. Um festzustellen, dass die Begründung der Aufrechnungslage anfechtbar sei, muss nicht die Begründung der Insolvenzforderung überhaupt anfechtbar sein. Die Gegenüberstellung von Forderung und Gegenforderung an und für sich ist zu betrachten. Zu missbilligen kann sein, dass der (künftige) Insolvenzgläubiger in der Krise gegenüber dem Schuldner eine Verbindlichkeit eingeht, welche Gelegenheit zur bequemen Deckung der Insolvenzforderung durch Aufrechnung verschafft¹⁴. Zu missbilligen kann sein, dass die künftige Insolvenzforderung zwar in der Krise erzeugt, trotzdem für sich genommen unschädlich ist und im Insolvenzverfahren bedient werden muss, aber gerade wegen der Möglichkeit zur Aufrechnung gegen eine schon bestehende Forderung des Schuldners die Gefahr der Masseverkürzung in sich trägt. Sofern schon die Begründung der Insolvenzforderung anfechtbar ist, steht es dem anfechtenden Verwalter immer noch frei, allein die Anfechtbarkeit der Aufrechnungslage geltend zu machen¹⁵. Er kann also die zweifelhafte Verpflichtung des Schuldners stehen lassen.

Bei den Überlegungen zur Anfechtbarkeit muss man allerdings auch das grundsätzliche Wohlwollen des Gesetzgebers gegenüber der Aufrechnung bedenken. Wenn nur die Aufrechnungslage selbst unanfechtbar entstand, verkürzt letzten Endes diejenige Aufrechnung nicht die Befriedigungsaussicht der anderen Gläubiger, welche der Gläubiger nach Eröffnung als Insolvenzgläubiger gemäß §§ 94 f. InsO¹⁶ (und ohne Hinderung gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO) immer noch hätte ausüben dürfen. Es liegt dann, dem zuvor aufgestellten Grundsatz zuwider, doch keine Gläubigerbenachteiligung vor. Dieser Zusammenhang entzieht einer Anfechtung von Aufrechnungen, die der potentielle Insolvenzgläubiger vor Eröffnung erklärte, viel Boden.

Zu bedenken ist ferner, ob die Schaffung der Aufrech-

nungslage wirklich die Gefahr mit sich bringt, dass die Masse später durch eine Aufrechnung entkräftet wird. Hier können die Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung eine Rolle spielen. Wenn der künftige Insolvenzgläubiger eine überhöhte Schuld eingeht, spricht das gegen Benachteiligung der Gläubiger. Denn auf außergewöhnlich erlösträchtige Verkäufe aus der Masse beispielsweise dürfen die Gläubiger ohnehin nicht hoffen. Bewusst überhöhte Verbindlichkeiten gegenüber dem späteren Gemeinschuldner kommen offenbar tatsächlich vor. Als Motiv hierfür erscheint »Debitorenvereinigung«¹⁷. Der Gläubiger erspart sich mit einer überschlägigen Berechnung des Ausfalls nach der zu erwartenden Konkursquote und darauf abgestimmter Bemessung des Gegengeschäfts die Prozedur einer Teilnahme am Insolvenzverfahren, ohne den übrigen Gläubigern effektiv etwas zu nehmen. So zu verfahren liegt dann besonders nahe, wenn Schuldner und Gläubiger als verbundene Unternehmen verlässlichen Informationsfluss untereinander haben¹⁸. Wo allerdings ein derartiges Motiv fehlt, muss sich der Insolvenzgläubiger an dem nominell für ihn ungünstigen Geschäft festhalten lassen, das er unter kritischen Umständen mit dem späteren Gemeinschuldner abschloss. Seine hohe Schuld wurde zuverlässig Bestandteil des Schuldnervermögens. Der schuldende Insolvenzgläubiger darf dann nach der Eröffnung nicht aufrechnen, hat die hohe Leistung zur Masse zu erbringen und muss sich wegen seiner eigenen Forderung mit der Konkursquote begnügen.

Keinen Nachteil für die Gläubigerschaft stellt es dar, dass mit dem Kompensationsgeschäft künftige Kostenbeiträge nach §§ 170 f. InsO ausfallen, weil das Geschäftsobjekt ein Gegenstand mit Absonderungsrecht (§§ 49–51 BGB) war. Die Kostenbeiträge dienen nicht voraussetzungslos der Masseanreicherung, sondern gleichen (wenn auch nur in vergrößerter Berechnung) wirklichen Aufwand des Insolvenzverwalters aus. Der Aufwand entfällt, wenn der Gegenstand schon vor der Konkurseröffnung verkauft ist¹⁹.

Überdies genügt es, um Anfechtung der Aufrechnungslage zu verneinen, dass das Gegenüber von Forderung und Gegenforderung lediglich unter unzweifelhaften Umständen begründet ist. Ausreifen kann die Aufrechnungslage in der Krise. Sie bleibt unanfechtbar, obwohl neue Schaffung einer Aufrechnungslage schon nicht mehr ohne Anfechtungsrisiko möglich ist²⁰. Die Ausreifungsmöglichkeit entspricht der Aus-

¹¹ BGH, DZWIR 2005, 121, 122.

¹² Zu den Theorien über die Wirkung der Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. InsO Nerlich/Römermann/Nerlich, aaO (Fn. 1), § 129 Rdn. 6 ff.

¹³ Beispiel für Absichtsanfechtung nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO (entspricht § 135 Abs. 1 InsO): BGH, Urt. v. 22. 4. 2004 – IX ZR 370/00, DZWIR 2004, 516 f.; Beispiel für Prüfung von Anfechtung wegen Nähe nach § 135 Abs. 2 InsO in Ergänzung zum Tatbestand der Vorsatzanfechtung nach § 135 Abs. 1 InsO (im Fall verneint): BGH, DZWIR 2005, 121 ff.

¹⁴ Uhlenbruck, aaO (Fn. 4), § 96 Rdn. 24.

¹⁵ BGH, DZWIR 2005, 121, 122.

¹⁶ Dazu sogleich unten 2.

¹⁷ So in Falle von BGH, DZWIR 2005, 121 ff., wo der Schuldner in der Krise technische Anlagen überteuert an den künftigen Insolvenzgläubiger verkaufte.

¹⁸ Im Fall BGH, DZWIR 2005, 121, ist Gemeinschuldner die Komplementär-GmbH in der Kommanditgesellschaft, welche die Rolle des künftigen Insolvenzgläubigers besetzte.

¹⁹ Anhand seiner eigenen Praxis bekräftigt von BGH, DZWIR 2005, 121, 122.

²⁰ BGH, DZWIR 2004, 519, 521, betreffend die einem Handelsvertreter versprochene Provision, solange das vermittelte Geschäft noch nicht, wie von § 87 a Abs. 1 Satz 1 HGB verlangt, ausgeführt ist.

reifungsmöglichkeit nach Eröffnung gemäss § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO²¹. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich der Reifeprozess unter der Ägide eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters vollzieht. Der Gedanke, dass Geschäfte des vorläufigen Insolvenzverwalters, auf den die Verfügungsgewalt überging (§ 21 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 Fall 1, 22 Abs. 1 Satz 1 InsO), nach der Wertung des § 55 Abs. 2 InsO nicht anfechtbar sein können²², wird nicht benötigt. Auch die Entwicklung während des Amtes eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters kommt dem Insolvenzgläubiger zugute.

f) Sittenverstoß

Nur ausnahmsweise wird eine Schaffung der Aufrechnungslage oder Aufrechnung vor Eröffnung wegen schädlicher Auswirkungen zu Lasten anderer Gläubiger sittenwidrig und deswegen nach § 138 Abs. 1 BGB wirkungslos sein²³.

2. Im eröffneten Insolvenzverfahren

Auf den ersten Blick überraschend gestattet § 94 InsO dem Insolvenzgläubiger die Aufrechnung so, als ob kein Insolvenzverfahren anhängig sei. Nicht nur die vom Gesetz eröffnete Aufrechnung zählt (§ 94 Fall 1 InsO), sondern auch die vertragliche Modifikation der Aufrechnungsvoraussetzungen (§ 94 Fall 2 InsO). Das Gesetz macht bei der Aufrechnung aufgrund Vereinbarung keinen Unterschied zwischen Erhöhen und Herabsetzen der gesetzlichen Voraussetzungen. Vertragliche Beschneidung der Aufrechnungsbefugnis beschwert den Insolvenzgläubiger gemäß § 94 Fall 2 InsO ebenso noch in der Insolvenz, wie er gemäß § 94 Fall 2 InsO vertragliche Erleichterung der Aufrechnung noch nach Eröffnung nutzt²⁴. Es ist unschädlich, wenn die Aufrechnungsmöglichkeit erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens heranreift (§ 95 Abs. 1 Satz 1 InsO), sofern sie nur vor der Eröffnung schon begründet war (§ 96 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO). Es muss nur so sein, dass die Forderung des Insolvenzgläubigers eher zur Aufrechnung befähigt als die in der Masse enthaltene (§ 95 Abs. 1 Satz 3 InsO). Wird seine Schuld zur Masse schneller als die eigene Forderung fällig, darf der Gläubiger von Anfang an nicht darauf vertrauen, dass die Aufrechnungslage sich zur ihm nutzbaren Reife entwickle, ohne dass der Schuldner ihn in Anspruch nehme.

Rücksichtnahme auf die Entwicklungsfähigkeit nimmt dem Insolvenzgläubiger aber nicht die Last ab, die Aufrechnung auch wirklich gemäß § 388 BGB zu erklären. Erst die gestaltende Erklärung nach Heranreifen der bei Konkurseröffnung nur begründeten Aufrechnungslage enthebt den Insolvenzgläubiger von den Mühen der Anmeldung und der Verteidigung in der Prüfung (§§ 174 ff. InsO). Nicht tut dies die herangereifte Aufrechnungslage an sich oder gar schon die noch reifende Aufrechnungslage. Auf die Ausübung und nicht allein auf die Ausübbarkeit des Aufrechnungsrechts achtet die Rechtsprechung seit einiger Zeit auch im Erkenntnisverfahren, wenn es um die beidseitig (§ 91 a ZPO) oder einseitig erklärte Erledigung geht²⁵. Der Gedanke müsste konsequenterweise auf die Frage nach Präklusion der Vollstreckungsbwehrklage ausgedehnt werden²⁶.

Die Verfahrenseröffnung erleichtert gemäß § 95 Abs. 2 InsO sogar die Aufrechnung ein wenig. Die generelle Beschleunigung der Fälligkeit (§§ 41, 46 Satz 1 InsO) und Umrechnung (§§ 45, 46 Satz 2 InsO) von Insolvenzforderungen

(§ 38 InsO) schlägt allerdings nicht auf die Aufrechnungsreife durch (§ 95 Abs. 1 Satz 2 InsO).

3. Verwandtschaft des Aufrechnungsrechts mit Absonderungsrechten

a) Abweichung vom Gleichmaß der Gläubigerbefriedigung

Die prolongierte und erleichterte Aufrechnungsbefugnis läuft dem Ziel gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung (§ 1 Satz 1 InsO) zuwider. Sie ist individuelle Rechtsdurchsetzung, welche eigentlich nach § 87 InsO mit der Eröffnung zu enden hätte. Diese Abweichung erklärt sich daraus, dass die Aufrechnungsmöglichkeit einem Absonderungsrecht (§§ 49–51 InsO) ähnlich ist²⁷. Die Gegenüberstellung gleicher Forderungen erzeugt eine im Insolvenzverfahren von allen Beteiligten zu respektierende Anwartschaft auf vorzugsweise Befriedigung. Der Insolvenzgläubiger bewahrt sich mit Aufrechnung davor, in voller Höhe in die Masse leisten zu müssen und nur anteilig aus der Masse Leistung zu gewinnen. Aufrechnung sorgt für die Deckung der beiden Leistungsströme zu ihrem Nennwert.

Begründen einer Aufrechnungslage ist der Schaffung eines Absonderungsrechts ähnlich. Auch das Absonderungsrecht braucht nur vor Eröffnung erzeugt zu sein. Verwertungsreife muss es nicht schon vor der Eröffnung erlangt haben.

Der Schutz von reifer und reifender Aufrechnungslage im Insolvenzverfahren liegt parallel zu dem Schutz des Aufrechnungsrechts in der Einzelzwangsvollstreckung gegen den Gegner. Wenn ein Dritter beim Gegner eine Forderung pfänden lässt (§ 829 Abs. 1 Satz 1 ZPO), so hindert das den Verpflichteten (das ist aus der Sicht des Vollstreckungsgläubigers der Drittschuldner) nicht, mit einer gegenläufigen Forderung gegen den Vollstreckungsschuldner (und Inhaber der gepfändeten Forderung) aufzurechnen (§ 392 BGB).

b) Entwicklungsfähigkeit von Forderungen noch nach Eröffnung

Fasst man die Aufrechnung als absonderungsähnliche Befriedigung auf, versteht man auch die Zurückhaltung gegenüber §§ 41, 45 InsO in § 95 Abs. 1 Satz 2 InsO²⁸. Das Absonderungsrecht entwickelt sich ebenfalls nur nach den ihm innewohnenden Gesetzmäßigkeiten. Es nimmt nicht unmittelbar an den Besonderheiten für Insolvenzforderungen aus §§ 41 ff. InsO teil, sondern allenfalls, je nach Zweck und Gestaltung der Sicherheit, durch Rückwirkung aus der gesicherten Insolvenzforderung, die §§ 41 ff. InsO unterworfen ist. Andererseits ist es diese Entwicklungsfähigkeit, welche auch das noch nicht reife Recht zur Aufrechnung ebenso berücksichtigungsfähig macht (§ 95 Abs. 1 Satz 1 InsO) wie das noch nicht reife Verwertungsrecht (§§ 49 bis 51 InsO) setzen für die grundsätz-

²¹ Siehe sogleich 2.

²² *Pape/Uhlenbruck*, aaO (Fn. 4), Rdn. 422; *Uhlenbruck*, aaO (Fn. 4), InsO, § 22 Rdn. 239. Derselbe Gedanke begegnete bereits oben II. 1 bei Unanfechtbarkeit der Bedienung künftiger Masseverbindlichkeiten noch im Eröffnungsverfahren.

²³ Beispiel für verneinende Prüfung: BGH, DZWIR 2005, 121, 122.

²⁴ BGH, Urt. v. 15. 7. 2004 – IX ZR 224/03, DZWIR 2005, 119, 120.

²⁵ BGH, Urt. v. 17. 7. 2003 – IX ZR 268/02, NJW 2003, 3134 ff.

²⁶ *Schröcker*, Prozessaufrechnung als erledigendes Ereignis, NJW 2004, 2203, 2204.

²⁷ BGH, DZWIR 2005, 119, 120; *Barnert*, Anm. zu BGH, Urt. v. 1. 4. 2004 – IX ZR 305/00 (KTS 2005, 89 ff. = DZWIR 2004, 334), KTS 2005, 93, 94.

²⁸ Zuvor 2.

liche Anerkennung des Absonderungsrechts keine Fälligkeit voraus).

Weitere Parallele ist die schon zuvor erwähnte Anfechtbarkeit²⁹. Nach §§ 129 ff. InsO anfechtbar kann die Erzeugung eines Aufrechnungsrechts ebenso sein wie die Herstellung eines Absonderungsrechts.

c) Unterschiede zum Absonderungsrecht

Unterschiede macht die Insolvenzordnung allerdings bei der Zuordnung des Konkursrisikos. Der Absonderungsberechtigte, welcher zugleich Insolvenzgläubiger ist (§§ 38, 52 Satz 1 InsO), muss sich gemäß § 52 Satz 2 InsO zunächst zwischen Nutzung des Absonderungsrechts und Verzicht darauf entscheiden, um anschließend den ausgefallenen Betrag oder den ganzen Betrag seiner Insolvenzforderung durchzusetzen. Er kann nicht zuerst die Absonderung genießen, um sich danach allgemeine Ausschüttungen (§ 187 InsO) zu genießen, welche nach der ganzen Forderung berechnet würden. Deckte beispielsweise die Sicherheit seine Insolvenzforderung zu 80 vom Hundert und beträgt die Befriedigungsquote aus der allgemeinen Verteilung (§ 195 InsO) 10 vom Hundert, so gelangt der Gläubiger insgesamt auf eine Deckung von 82 vom Hundert (80% vom Ganzen zzgl. 10% vom Ausfall, der 20% vom Ganzen betrug). Nicht etwa erzielt er eine Gesamtdeckung in Höhe von 90 vom Hundert (80% vom Ganzen zzgl. 10% vom Ganzen). Der Absonderungsgläubiger hat sich frühzeitig über seine Absichten zu erklären (§ 28 Abs. 2 InsO). Er muss sich außerdem an den Kosten des Insolvenzverfahrens beteiligen (§§ 170 f. InsO).

Für den Aufrechnungsbefugten gelten diese Regeln nicht. Er schuldet keinen Kostenbeitrag für die Ermittlung der Aufrechnungslage und braucht sich nicht darüber zu äußern, ob er die Aufrechnungsgelegenheit wahrnimmt oder nicht. Der Insolvenzverwalter und die anderen Gläubiger haben es hinzunehmen, dass die Aufrechnung eine Gestaltung nach freier Willkür ist. Allenfalls kann es sein, dass der Insolvenzgläubiger mit seinem Verhalten die Aufrechnungsbefugnis verwirkt oder umgekehrt sich nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gegen seinen Willen so behandeln lassen muss, als ob er die Aufrechnung erklärt habe. Bis zu einer Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB) ist deshalb der Insolvenzgläubiger nicht an der Verfolgung seiner Insolvenzforderung in voller Höhe gehindert, und er nimmt an allgemeiner Erlösausschüttung gemäß der vollen Höhe seiner Forderung teil. § 52 InsO hat keine Entsprechung in einer Regelung für Aufrechnungslagen. Wenn allerdings der Insolvenzgläubiger die Aufrechnung erklärt, steht er auch ohne besondere Vorschrift im Ergebnis nicht anders da als der Absonderungsgläubiger, der nach § 52 Satz 2 Fall 2 InsO nur den Ausfall weiterverfolgen darf. Denn die Aufrechnung lässt die Insolvenzforderung gemäß § 389 BGB in Höhe des Aufrechnungsvolumens erlöschen. Nur der Rest liegt dann noch der Berechnung anteilmäßiger Befriedigung zugrunde.

d) Aufrechnung neben einem Absonderungsrecht

Ein neben der Aufrechnungsmöglichkeit bestehendes wirkliches Absonderungsrecht allerdings büßt – je nach seiner Gestaltung – seine Deckungskraft nicht notwendig mit erklärter Aufrechnung proportional zum Erlöschen der Insolvenzforderung ein. Es kann beispielsweise sein, dass eine zunächst

nur die Hälfte der Insolvenzforderung deckende Sicherungsübereignung nach Aufrechnung die ganze, nun auf ein Viertel zusammengeschrumpfte Insolvenzforderung deckt.

e) Wechselseitigkeit des Aufrechnungsrechts

Ein Absonderungsrecht ist stets ein Recht nur des Gläubigers. Daran ändert nichts, dass das Gesetz in einigen Fällen dem Verwalter die Befugnis zur Verwertung des fraglichen Massegegenstandes zusätzlich (§ 165 InsO) oder exklusiv (§ 166 InsO) zuweist. Denn auch die vom Verwalter veranlasste Ver Silberung respektiert noch das Vorzugsrecht des Absonderungsgläubigers (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG; § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO). Die Aufrechnung hingegen steht dem Verwalter als Repräsentant des Schuldners ebenso zu wie dem Gläubiger – vorausgesetzt, dass die in der Masse ruhende Forderung gegen den Insolvenzgläubiger die zur Aufrechnung nötige Reife erlangt hat. Das in der Aufrechnungsbefugnis bestehende Vorzugsrecht des Insolvenzgläubigers hat also eine Spiegelung, welche den Absonderungsrechten fremd ist. Doch gibt es bei großzügiger Betrachtung immerhin insoweit eine Parallele, als dem Verwertungsrecht des Absonderungsgläubigers spiegelbildlich der massezugehörige Freigabeanspruch des Schuldners und Sicherungsgebers, folglich des Verwalters, bei Erledigung des Sicherungszwecks gegenübertritt.

Wenn der Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzgläubiger die Aufrechnung erklärt, so tut er das im Rahmen seiner Verwaltungsmacht nach §§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO. Der Verwalter wird aber sehr genau zu bedenken haben, ob er mit seiner Aufrechnung nicht das Gleichmaß der Gläubigerbefriedigung stört. Es ist Hauptaufgabe des Verwalters, das Verfahrensziel gleichmäßiger Befriedigung der Insolvenzgläubiger zu verwirklichen. Aufrechnung gewährt dem Insolvenzgläubiger auch dann, wenn er sie nicht selbst erklärt, sondern nur erleidet, in Höhe des Aufrechnungsvolumens volle Befriedigung. Diese volle Befriedigung kennzeichnete die Aufrechnungslage als absonderungsähnlich, sofern sie vom Insolvenzgläubiger auszunutzen war³⁰. Wenn der Insolvenzgläubiger darauf verzichtet, die Aufrechnung zu erklären, verdient er keine Bevorzugung. Aufrechnungsaktivität des Verwalters wäre dann in der Tat Überbegünstigung. Wenn hingegen der Insolvenzgläubiger bekundet, dass er aufrechnen werde, begünstigt der mit eigener Aufrechnungserklärung zuvorkommende Verwalter den Insolvenzgläubiger nicht übermäßig. Eine vorausseilende Aufrechnungserklärung kann dem Verwalter sinnvoll erscheinen, um klare Verhältnisse zu schaffen oder selbst eine Auswahl unter den einander gegenüberstehenden Forderungen zu treffen. Schlichte Zögerlichkeit des Insolvenzgläubigers wird der Verwalter nicht als Entschlossenheit zur Aufrechnung deuten dürfen.

IV. Unterstützen und Begrenzen der Aufrechnung nach Eröffnung

Das Absonderungsrecht wie die Aufrechnungsbefugnis sind in der Insolvenzordnung berücksichtigt. Aber beide Vorzugsrechte stehen nicht im Regelungszentrum, sondern erfahren

²⁹ Oben 1. b.

³⁰ Oben a.

nur insoweit Beachtung, als ihre Ausübung auf die Behandlung der Insolvenzforderungen abzustimmen ist. Der Bundesgerichtshof bemüht sich in mehreren Entscheidungen vom Sommer des Jahres 2004 um eine Balance zwischen den Interessen des zur Masse schuldenden Insolvenzgläubigers und der übrigen Insolvenzgläubiger³¹. Er muss dabei feststellen, wie stark gesetzliches Gleichmaß der Gläubigerbefriedigung und gesetzliche Anerkennung des Vorzugs einer Gegenposition einander begrenzen. Wechselseitiger Einfluss der beiden Prinzipien ist seinerseits Prinzip. Erst die Anschauung des einzelnen Falles macht die Gewichtsverteilung sichtbar.

1. Unterstützen der Aufrechnung

Der Gesetzgeber hat in §§ 94 f. InsO eine Grundentscheidung getroffen, die Aufrechnungsmöglichkeit und schon die Anwartschaft darauf zu schonen. Diese Grundentscheidung müssen Insolvenzverwalter und im Streit angerufenes Gericht im Auge halten, wenn sie dazu neigen, eine Ausnahme nach § 96 Abs. 1 InsO zwecks Schonung der Masse festzustellen. Noch in seiner Begrenzung also wirkt sich die Unterstützung des Aufrechnungswillens aus. Für und Wider stehen nicht isoliert gegeneinander, sondern das Wider trägt das Für in sich, so wie das Für unter dem Vorbehalt des Wider steht. § 96 InsO hat also eine Rückkoppelung an §§ 94 f. InsO. Dieser zu behutsamer Abwägung zwingende Denkweg tritt an vielen Stellen der Rechtsordnung auf. Während seiner Ausbildung wird der Jurist mit dem Muster spätestens im Verfassungsrecht vertraut gemacht. Dort sind der Konflikt unter mehreren Grundrechtspositionen, der Widerstreit eines Grundrechts mit einem anderen Verfassungswert und die Beschränkung eines Grundrechts durch die Ordnung der einfachen Gesetze mit Begrenzung der Begrenzung, der Unterstützung einer Position noch im Aufbau der Gegenposition zu bewältigen³².

a) Weiterzig aufzufassende Entwicklungsfähigkeit der aufzurechnenden Forderung

In diesem Denkmuster ist der Entfaltung einer Aufrechnungslage erst nach Verfahrenseröffnung breiter Raum zu gewähren, ohne dass sogleich die Ausnahme des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO eingreift, wonach derjenige Insolvenzgläubiger keine Aufrechnung genießt, der erst nach Verfahrenseröffnung Schuldner der Masse wurde. Die Begünstigung des Aufrechnungswillens aus § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO ist weiterzig aufzufassen. Das Merkmal »aufschiebend bedingt oder noch nicht fällig« darf man nicht zu eng beim Worte nehmen. Vielmehr kommt es darauf an, dass im Keim die Aufrechnungslage vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens angelegt ist. Was bei Konkurseröffnung noch an voller Ausreifung fehlt, ist gleichgültig, wenn nur der Grund für die Insolvenzforderung und der Grund für die Forderung der Masse gegen den Insolvenzgläubiger schon gelegt sind. Der Bundesgerichtshof neigt im Interesse des auf Aufrechenbarkeit hoffenden Insolvenzgläubigers zu möglichst großzügiger Handhabung von § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO³³.

Deshalb ist dem Insolvenzgläubiger die Aufrechnung auch dann möglich, wenn der Forderung der Masse zunächst noch eine gesetzliche Voraussetzung gefehlt hatte, wenn eine »Rechtsbedingung« noch nicht erfüllt war³⁴. So erkennt der BGH die Aufrechnung des Insolvenzgläubigers an, die sich gegen eine Forderung der Masse auf Auszahlung eines Gut-

habens aus Auseinandersetzung einer Gesellschaft richtet, an welcher der Schuldner beteiligt ist. Die Auszahlungsforderung ist bereits mit dem Beitritt zur Gesellschaft angelegt. Wenn sich Ausscheiden aus der Gesellschaft oder deren Auflösung von selbst, insbesondere durch Insolvenz des Mitgliedes, ergibt, ist das ein von § 95 InsO geschütztes Ausreifen der Aufrechnungslage³⁵.

Wenn hingegen erst eine Willenserklärung oder eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung den Anspruch wirksam macht, verdient der Insolvenzgläubiger keinen Schutz³⁶. Zu denken ist z. B. an einen Rücktritt, eine Kündigung oder die Wahrnehmung einer Option. Ist der Insolvenzgläubiger eine Gesellschaft, worin der Schuldner Mitglied ist, und lässt die Insolvenz des Mitgliedes weder von selbst die Gesellschaft insgesamt noch von selbst die Mitgliedschaft des Schuldners enden, so darf die Gesellschaft nicht erwarten, dass der Insolvenzverwalter die Mitgliedschaft durch Kündigung beendet und damit die Verpflichtung zur Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens auslöst. Kündigt der Insolvenzverwalter gleichwohl, so ergibt sich keine geschützte Aufrechnungslage. Vielmehr scheidet die Aufrechnung des Insolvenzgläubigers an § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO wegen Entstehung der Schuld erst nach Konkurseröffnung³⁷. Auch die gestaltende Erklärung eines Dritten – z. B. die Kündigung der Gesellschaft durch ein anderes Mitglied – ist kein die Forderung zur Reife führendes Ereignis, auf das der Insolvenzgläubiger zählen darf.

Hängt indessen die volle Entwicklung der Aufrechnungslage von einer Erklärung des Insolvenzgläubigers ab, so scheint wiederum der Schutz des § 95 InsO angebracht. Wenn § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO schon den zufälligen Eintritt einer tatsächlichen Bedingung offenhält, so muss das erst recht für Entwicklungen gelten, deren Verlauf der Insolvenzgläubiger in der Hand hält. Dies gilt zumal dann, wenn im Einzelfall nicht leicht zu erkennen ist, ob die in einer ursprünglichen Abmachung zwischen Schuldner und künftigen Insolvenzgläubiger vorgesehene anspruchsauslösende Erklärung eine aufschiebende Potestativbedingung nach § 158 Abs. 1 BGB oder eine Willenserklärung darstellt.

Auf diese Weisen entwicklungsfähig ist auch die zur Aufrechnung zu nutzende Insolvenzforderung. Doch erstreckt sich die Entwicklung der Insolvenzforderung nicht über eben die Verwendung zur Aufrechnung hinaus. Für Zwecke der Anmeldung und Befriedigung nach §§ 174 ff., 187 ff. InsO gibt

³¹ Siehe auch *Smid*, Struktur und systematischer Gehalt des deutschen Insolvenzrechts in der Judikatur des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (III), DZWIR 2005, 89, 90 ff.

³² Zur Abwägung zwischen Art. 1, 2 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Pressefreiheit) mit ihren jeweiligen Grenzen gemäß Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 2 GG siehe BVerfG, Urt. v. 5. 6. 1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 219 ff., 238 f.; BVerfG, Beschl. v. 8. 2. 1983 – 1 BvL 20/81, BVerfGE 63, 131, 143 f. Zum Verhältnis von Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) und Wirksamkeit der Rechtspflege BVerfG, Beschl. v. 31. 1. 1973 – 2 BvR 454/71, BVerfGE 34, 238, 248 f. Zur Konfrontation der Freiheit zur Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) mit den allgemeinen Gesetzen BVerfG, Urt. v. 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 207 ff.

³³ BGH, Urt. v. 29. 6. 2004 – IX ZR 147/03, DZWIR 2004, 517, 518.

³⁴ BGH, DZWIR 2004, 517, 518.

³⁵ BGH, DZWIR 2004, 517, 518 f.

³⁶ BGH, DZWIR 2004, 517, 519.

³⁷ BGH, DZWIR 2004, 517, 519.

es keine Veränderung des Forderungsbestandes über das bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens Erreichte hinaus. Nur die (für eine Aufrechnung wiederum nach § 95 Abs. 1 Satz 2 InsO unbeachtlichen) Modifikationen in §§ 41, 45, betreffend Vorfälligkeit und Geldumrechnung ändern die Insolvenzforderung zwecks einheitlicher Abwicklung.

b) Kein prinzipieller Ausschluss von Aufrechnungslagen aus dem Eröffnungsverfahren

Anerkennung des Aufrechnungsinteresses als grundsätzlich gewichtig speist Zurückhaltung gegen Ausdehnung des Ausschlussstatbestandes in § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO auf Aufrechnungslagen, die zwar vor Eröffnung, aber nach dem Eröffnungsantrag begründet wurden. Gegen Aufrechnung aus Aufrechnungslagen, die in der Zeit vor Eröffnung wurzeln, hilft nur der Gesichtspunkt der Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. InsO mit § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO³⁸. Weitere Einschränkung durch analoge Anwendung von § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO widerspräche dem Sinn des Gesetzes. Ausschluss der Aufrechnung aus Aufrechnungslagen, die nach Eröffnung entstehen (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO) schützt die bei Eröffnung vorhandene Masse. Entsprechende Anwendung von § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO würde einem Vermögensabfluss vorbeugen, bevor die Masse existiert. Dieser Schutz ist Angelegenheit der Anfechtungsregeln (mit § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Soweit diese der Begründung einer Aufrechnungslage nicht entgegenstehen, bewendet es bei der Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzgläubigers. Daran ändert auch nichts, dass das Insolvenzgericht zum Eröffnungsverfahren einen vorläufigen Insolvenzverwalter berief (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO), die Verfügungsgewalt des Schuldners begrenzte (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO) oder ein Vollstreckungsverbot erließ (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO), das man mit einem Pfändungsausschluss und somit einem Aufrechnungsverbot gemäß § 394 BGB gleichzusetzen versucht sein mag³⁹. Allenfalls als gezielte Anordnung, Aufrechnungslagen nicht entstehen zu lassen, kann eine vorläufige Maßnahme nach § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO die Aufrechnung nach der Eröffnung verhindern. Geschäfte mit dem künftigen Insolvenzgläubiger während des Eröffnungsverfahrens muss dann der Schuldner oder der vorläufige Verwalter mit der Klausel tätigen, dass Aufrechnung nach Eröffnung ausgeschlossen sei.

2. Begrenzen vertraglicher Gestaltung der Aufrechnungslage

a) Konzernverrechnungsklausel als vertragliche Gestaltung der gesetzlichen Aufrechnungsbefugnis

Restriktive Haltung indessen nimmt der Bundesgerichtshof gegenüber Konzernverrechnungsklauseln ein. Derartige Abreden sind vertragliche Ausdehnung der gesetzlichen Aufrechnungsbefugnis. Sie helfen über die Notwendigkeit exakt spiegelbildlicher Forderungslage hinweg. Die Konzernverrechnungsklausel kommt in zwei (regelmäßig miteinander verknüpften) Spielarten vor. In der einen Spielart nutzt ein Verbundmitglied die Schuld eines anderen Mitgliedes, um eine eigene Forderung aufzurechnen. In der anderen Spielart nutzt ein Verbundmitglied die Forderung eines anderen Mitgliedes, um sich von einer eigenen Schuld durch Aufrechnung zu befreien⁴⁰.

Ein solcher Verrechnungsverbund kommt nicht nur unter Unter-

nehmen vor, sondern auch auf seiten der öffentlichen Hand⁴¹. Mit etwas Großzügigkeit kann man dort ebenfalls von »Konzernverrechnungsklausel« sprechen, wenngleich ein neutraler Begriff wie »Verbundklausel« oder »Verrechnungsverbundklausel« glücklicher wäre – gleichviel, ob es sich um Nichtunternehmen oder um Unternehmen handelt. Und wenn man den nicht im Gesetz vorkommenden Begriff der »Konzernverrechnungsklausel« bei einer Mehrzahl von Unternehmen verwendet, so setzt er ähnlich dem Begriff »Konzerneigentumsvorbehalt« (vgl. § 449 Abs. 3 BGB) nicht deren Verbindung zu einem Konzern im Sinne der Regeln über verbundene Unternehmen nach §§ 291 ff. AktG voraus.

aa) Aufrechnung mit Hilfe fremder Schuld

Nach der Konzernverrechnungsklausel erster Spielart kann ein Gläubiger über § 387 BGB hinaus nicht nur dann aufrechnen, wenn er selbst seinem Schuldner gleichartige Leistung schuldet. Er kann es auch dann tun, wenn ein verbundenes Unternehmen Schuldner des Schuldners ist.

Die von der Konzernverrechnungsklausel erster Spielart erfassten verbundenen Unternehmen haben sich untereinander gestattet, die jeweils fremden Aufrechnungspotentiale wie eigene zu nutzen. Der Gläubiger darf somit sowohl im Innenverhältnis zu seinen übrigen Verbundmitgliedern als auch im Außenverhältnis zum Schuldner sowohl sich selbst durch Aufrechnung entlasten als auch das Verbundmitglied. Seine Forderungen behält jedes Verbundmitglied unverändert. Es wandert also nicht die Forderung durch Abtretung (§ 398 BGB) in die Hand desjenigen Verbundmitgliedes, das dem Schuldner verbindlich ist, sondern die Stellung als Schuldner vermehrt sich. Die Mehrung der Schuldnerstellung beschränkt sich allerdings auf die Aufrechnungsbefugnis. Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB), Schuldmitübernahme (§ 421 BGB) oder befreiende Schuldübernahme (§ 415 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist damit nicht verknüpft.

bb) Aufrechnung mit Hilfe fremder Forderung

In der Variante, dass ein Verbundmitglied gegen seinen Gläubiger die Forderung eines anderen Verbundmitgliedes aufrechnen darf, gehen Gläubiger und schuldendes Verbundmitglied ebenfalls über § 387 BGB hinaus. Nunmehr soll das schuldende Verbundmitglied aufrechnen dürfen, obwohl es keine Forderung gegen seinen Gläubiger hat. Der Gläubiger nimmt es hin, dass das schuldende Mitglied sich auf die Forderung eines anderen Mitgliedes beruft.

Auch dieser Spielart der Konzernverrechnungsklausel liegt im Innenverhältnis der Mitglieder keine Abtretung zugrunde. Das schuldende Mitglied übernimmt nicht die Forderung. Das die Forderung innehabende Mitglied duldet lediglich, dass das schuldende Mitglied die Forderung mittels Aufrechnung verzehrt.

b) Verringerung des Insolvenzzrisikos durch Konzernverrechnungsklausel?

Die Konzernverrechnungsklausel beiderlei Typs soll den Verbund davor bewahren, dass ein Glied in der Rolle des Insolvenzgläubigers ohne Aufrechnungspotential steht, während

³⁸ BGH, DZWIR 2004, 519, 520.

³⁹ BGH, DZWIR 2004, 519, 521.

⁴⁰ Lies auch *Schwahn*, Konzernverrechnungsklauseln in der Insolvenz, NJW 2005, 473 ff.

⁴¹ Beispiel: OLG Köln, Urt. v. 10. 11. 2004 – 2 U 168/03, NJW 2005, 1127 ff.

ein anderes Glied als Schuldner des Gemeinschuldners Aufrechnungspotential hat, aber selbst nicht Insolvenzgläubiger ist. Die Gliederung des im Konzern insgesamt vorhandenen Vermögens in getrennte Massen verstärkt das Ausfallrisiko aus Insolvenz der Geschäftspartner. Wenn der Geschäftspartner einmal in Konkurs gefallen ist, können die Verbundmitglieder das Ausfallrisiko nicht mehr dadurch auffangen, dass der Insolvenzgläubiger unter ihnen seine Forderung an dasjenige Mitglied abtritt (§ 398 BGB), welches zur Masse schuldet. Denn für den Fall nachträglicher Übernahme der Insolvenzforderung schließt § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Aufrechnung aus. Deswegen würde es auch nichts nützen, zur gemeinsamen Aufrechnung einen Gläubigerpool zu bilden. Es würde ferner nicht helfen, wenn umgekehrt der Insolvenzgläubiger die Schuld des anderen Verbundmitgliedes mit Außenwirkung gegenüber der Masse übernehme (§§ 414, 415 Abs. 1 BGB) oder mitübernehme (§ 421 BGB). Für den Fall der nach Eröffnung begründeten Schuld schließt § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Aufrechnung aus. Die Konzernverrechnungsklausel beiderlei Spielart nun sucht einen Mittelweg zwischen den Ausschlussgründen von § 96 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO, um doch noch eine Aufrechnung zu ermöglichen.

Im Grundsatz müssten Insolvenzverwalter und die übrigen Gläubiger des Gemeinschuldners es ertragen, wenn verbundene Unternehmen von der mit dem Schuldner abgestimmten Konzernverrechnungsklausel Gebrauch machen. § 94 Fall 2 InsO schützt nicht allein die gesetzliche, sondern auch die vertragliche Aufrechnungslage. Doch sieht die Rechtsprechung die Gefahr einer Umgehung der Aufrechnungsausschlüsse in § 96 Abs. 1 InsO.

aa) Aufrechnung mit fremder Forderung

Die Aufrechnung mit fremder Forderung aufgrund einer Konzernverrechnungsklausel⁴² empfindet der Bundesgerichtshof als Verstoß gegen den Grundsatz gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung. Die Gegenseitigkeit des Forderungsbestandes hält er für unverzichtbar. Aufrechnung mit fremder Forderung sieht das Gericht in Analogie zu § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO für ausgeschlossen an. Die eine solche Aufrechnung eröffnende Konzernverrechnungsklausel ist ihm also nicht insolvenzfest⁴³. Dies entspricht einer von der Rechtsprechung schon unter der Konkursordnung eingenommenen Haltung⁴⁴. Kontinuität zur Jurisdiktion unter der Konkursordnung zu wahren sieht der BGH als Anliegen der Verfasser von §§ 94 bis 96 InsO. Er vermisst eine Wortwahl, die sich deutlich von der früheren Handhabung distanziert und gelangt deshalb zu einer empfindlichen Einschränkung von § 94 InsO⁴⁵. Hier wirkt also die Grundentscheidung in § 94 InsO nicht schrankenbeschränkend auf § 96 InsO ein. Das OLG Köln bekräftigte diese Kontinuität bei analoger Anwendung von § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf übergreifende Aufrechnungsklauseln, die mehrere öffentlich-rechtliche juristische Personen zusammenfassen⁴⁶.

Der Bundesgerichtshof bezweifelt sogar, dass bei Forderungen, die der Aufrechnende nur wegen der Konzernverrechnungsklausel gegeneinander führen kann, überhaupt eine Aufrechnungslage aus Wechselseitigkeit besteht⁴⁷. Dieser Gedanke hätte ihn freilich dazu führen müssen, dass es auf §§ 94–96 InsO gar nicht ankommt und die Aufrechnung schon von vornherein unmöglich ist⁴⁸. Doch ist die Lösung deswegen im Rahmen der §§ 94–96 InsO zu suchen, weil die

Konzernverrechnungsklausel gerade die Wechselseitigkeit simuliert und § 94 InsO vertragliche Regeln zur Aufrechenbarkeit ohne jede Einengung anspricht.

Das Ergebnis befriedigt, weil es uferloser Massevernichtung⁴⁹ Dämme setzt. Doch ist es mit der derzeitigen Fassung des Gesetzes kaum zu vereinbaren. Es ist Sache des Gesetzgebers, die vertragliche Ausdehnung von Aufrechnungsmöglichkeiten ganz oder in bestimmten Ausprägungen aus dem Schutz des § 94 InsO zu entfernen. Der Wille des Gesetzgebers spricht nicht genügend deutlich für Analogie zu § 96 Abs. 1 InsO. Insbesondere hilft nicht der Verweis⁵⁰ auf das sich zugleich mit Einführung der Insolvenzordnung in § 449 Abs. 3 BGB niederschlagende Misstrauen des Gesetzgebers gegen konzernweite Absicherung durch Eigentumsvorbehalt.

Fragen mag man noch wollen, ob Aufrechnung mit fremder Forderung nach Konkurseröffnung entgegenstehe, dass schon nach bürgerlichem Recht, unabhängig von einer Insolvenz, eine Veränderung der Personenkonstellation in gewisser Weise übergangen wird: Weder die heranreifende noch die ausgereifte Aufrechnungslage hindert zwar eine Abtretung durch den Aufrechnungsgegner oder den Aufrechnungswilligen. Doch kann der Aufrechnungswillige sich, wenn die gegen ihn gerichtete Forderung durch Zession abwanderte und damit die Gegenseitigkeit aufgelöst oder (bei Vorausabtretung) sogar von Anfang an verhindert ist, gemäß näherer Bestimmung in § 406 BGB auf die Forderungsinhaberschaft des Zedenten bei Begründung des Forderungspaares oder zumindest bei Fälligerwerden der aufzurechnenden Forderung berufen. Diese Regelung ist aber aufrechnungsfördernd, nicht aufrechnungsbegrenzend. Sie eignet sich nicht als Argument zum Unterverbinden der Aufrechnung nach Konkurseröffnung.

bb) Aufrechnung gegen fremde Schuld?

Wenn ein künstliches Zusammenlaufen von Forderung und Schuld zu dem Zweck, dass eine Insolvenzforderung gegen eine Forderung der Masse aufgerechnet werden möge, missbilligenswert sein soll, so kann es auf die Richtung des Zusammenlaufens nicht ankommen. Konsequenterweise müsste die Rechtsprechung auch einer Konzernverrechnungsklausel in der Variante, dass der Insolvenzgläubiger die Schuld eines anderen Verbundmitgliedes gegenüber dem Gemeinschuldner durch Aufrechnung tilgen könne⁵¹, die Insolvenzfestigkeit absprechen. Paralleler methodischer Ansatz wäre die Analogie zu § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO⁵². Die Bedenken dagegen sind dieselben wie zur Abweisung des anderen Klauseltyps. Der mutmaßliche Wille des Gesetzgebers zeigt sich nicht hinreichend deutlich gegen Konzernverrechnung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingestellt.

⁴² Oben a) aa).

⁴³ BGH, DZWIR 2005, 119, 120.

⁴⁴ BGH, DZWIR 2005, 119, 120. Siehe auch *Schwahn*, NJW 2005, 473, 474; *Windel*, Anm. zu demselben Urte. des BGH, KTS 2004, 563, 565.

⁴⁵ BGH, DZWIR 2005, 119, 120.

⁴⁶ OLG Köln, NJW 2005, 1127, 1128 ff.

⁴⁷ BGH, DZWIR 2005, 119, 120.

⁴⁸ *Windel*, KTS 2004, 563, 565.

⁴⁹ Auch dieses Argument führt BGH, DZWIR 2005, 119, 120.

⁵⁰ BGH, DZWIR 2005, 119, 120.

⁵¹ Oben a) bb).

⁵² *Schwahn*, NJW 2005, 473, 474.