Gehrlein: Die Rechtsprechung des BGH zu gegenseitigen Verträgen in der Insolvenz NZI 2015, 97

Die Rechtsprechung des BGH zu gegenseitigen Verträgen in der Insolvenz

Professor Dr. Markus Gehrlein*

Die Behandlung gegenseitiger Verträge in der Insolvenz gehört seit jeher zu den schwierigsten Bereichen des Insolvenzrechts. Die Materie hat große praktische Bedeutung, geht es doch gerade bei Sanierungen darum, mit Hilfe bestehender Vertragsverbindungen das Unternehmen in eine bessere Zukunft zu führen. Die InsO hat hier im Vergleich zur KO durch §§ 103 ff. wesentliche Neuerungen und Klarstellungen geschaffen; viele Probleme sind aber geblieben oder neu entstanden. Der nachfolgende Beitrag versucht, in diesem Bereich die Grundzüge der höchstrichterlichen Rechtsprechung herauszuarbeiten.

I. Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf beiderseits nicht erfüllte gegenseitige Verträge

1. Grundgedanken der gesetzlichen Regelung

a) Keine Umgestaltung des Vertrags

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt – entgegen früherer Rechtsprechung – kein Erlöschen der Erfüllungsansprüche aus gegenseitigen Verträgen im Sinne einer materiell-rechtlichen Umgestaltung. Vielmehr verlieren die noch offenen Ansprüche im Insolvenzverfahren ihre Durchsetzbarkeit. Die Verfahrenseröffnung hat wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden der Vertragspartner (§ 320 BGB) zur Folge, dass diese ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche nur durchsetzen können, soweit es sich um Ansprüche auf die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt[1]. Jedoch führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zum Erlöschen der (Nach-) Erfüllungsansprüche im Sinne einer materiell-rechtlichen Umgestaltung des Vertrags. Wird der Vertrag nicht im Laufe des Insolvenzverfahrens umgestaltet, so kann das Vertragsverhältnis nach Verfahrensbeendigung zwischen den Vertragsteilen grundsätzlich so abgewickelt werden, als ob es nie zu einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens gekommen wäre[2].

b) Rechtliche Behandlung des Vertrags

Das durch § 103 InsO begründete Wahlrecht soll dem Insolvenzverwalter ermöglichen, einen von keiner Seite bereits vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag zum Vorteil der Masse und damit der Gläubigergesamtheit auszuführen. Gleichzeitig soll dem Vertragspartner der durch das funktionelle Synallagma vermittelte Schutz erhalten bleiben. Dem Insolvenzverwalter wird eine einseitige Wahlmöglichkeit eingeräumt, den Vertrag zu erfüllen oder die Erfüllung abzulehnen. Der vorleistende Gläubiger hat als Entgelt seiner Leistungen vor Verfahrenseröffnung nur eine Insolvenzforderung, auch wenn der Insolvenzverwalter Erfüllung wählt, § 105 InsO. Die Masse erhält einen Anspruch auf das Entgelt der vom Schuldner bis zur Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen, auch wenn der Insolvenzverwalter die Vertragserfüllung ablehnt[3].

Falls der Vertragspartner vor Insolvenzeröffnung im Unterschied zu dem Schuldner eine Teilleistung bewirkt hat, steht dem Vertragspartner ein der Teilleistung entsprechender Anspruch auf die Gegenleistung als Insolvenzforderung zu; in diesem Fall kann der

Insolvenzverwalter einen Anspruch gegen den Vertragspartner nicht geltend machen. Sofern der Schuldner vor Verfahrenseröffnung anders als sein Vertragspartner teilweise geleistet hat, kann der Insolvenzverwalter grundsätzlich eine der tatsächlich bewirkten Leistung entsprechende anteilige Vergütung beanspruchen. Von beiden Vertragspartnern vor Insolvenzeröffnung erbrachte gleichwertige Teilleistungen werden in ihrer Wirksamkeit von der Insolvenzeröffnung nicht berührt. Haben beide Seiten bis zur Insolvenzeröffnung keine Teilleistungen erbracht, steht dem Insolvenzverwalter mangels eines Erfüllungsverlangens we

gen der Einrede aus § 320 BGB kein durchsetzbarer Anspruch gegen seinen Vertragspartner zu[4]. Wird von der Schuldnerin eine Teilleistung erbracht, kann keine anteilige Vergütung verlangt werden, wenn die vereinbarte Gegenleistung als Pauschalvergütung unteilbar ist[5].

2. Voraussetzungen des § 103 InsO

a) Keine beiderseitige Erfüllung

Die Abwicklung eines beiderseits nicht erfüllten Kaufvertrags richtet sich nach § 103 InsO. Im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist ein Grundstückskaufvertrag von keiner Vertragspartei vollständig erfüllt, wenn weder der Schuldner den Kaufpreis vollständig gezahlt (§ 433 II BGB), noch der Verkäufer dem Schuldner das Eigentum an dem verkauften Grundstück verschafft (§ 433 I 1 BGB) hatte. In einem solchen Fall steht dem Insolvenzverwalter das in § 103 InsO geregelte Wahlrecht zu. Er kann an Stelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen (§ 103 I InsO), oder er kann die Erfüllung des Vertrags ablehnen (§ 103 II 1 InsO)[6].

b) Leistungsbewirkung

Voraussetzung für die Anwendung des § 103 InsO bildet eine Leistungsbewirkung seitens des Schuldners an den Vertragspartner. Der Insolvenzverwalter wählt mit der Ausübung eines Rücktrittsrechts nicht schon die Erfüllung des Rückabwicklungsverhältnisses. Vielmehr muss hinzutreten, dass er als Folge der Umgestaltung des Vertragsverhältnisses eine an den Vertragspartner bewirkte Leistung zurückverlangt. Erklärt der Vertragsgegner den Rücktritt, kann eine Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter ebenfalls nur angenommen werden, wenn er die Rückgewähr der an den Vertragsgegner erbrachten Leistung beansprucht. Bei der gebotenen insolvenzrechtlichen Betrachtungsweise begehrt der Verwalter mit dem Grundbuchberichtigungsanspruch nicht eine von dem Schuldner im Rahmen des Grundstückskaufvertrags erbrachte, im Vermögen der Käufer dauerhaft einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert verkörpernde Leistung. Vielmehr zieht der Verwalter mit seinem Klageantrag lediglich die Konsequenzen aus der gesetzlich festgelegten Rechtslage, dass infolge des von den Käufern erklärten Rücktritts ihr Eigentumsübertragungsanspruch und damit die Vormerkung als akzessorisches Sicherungsmittel entfallen sind[7].

Einer Vormerkung kommt selbst bei Bestehen des Erwerbsanspruchs für sich genommen kein wirtschaftlicher Wert zu. Ihr wohnt keine Leistung des Verkäufers inne, die sich nach grundbuchmäßigem Vollzug im Vermögen des Käufers wiederfindet. Die Bewilligung der Vormerkung belastet das Vermögen des Verkäufers nicht. Die Belastung liegt vielmehr allein

in der Übernahme der Auflassungsverpflichtung. Spiegelbildlich vermehrt allein der Auflassungsanspruch und nicht die auf dessen Sicherung beschränkte Vormerkung das Vermögen des Käufers. Die Vormerkung ist lediglich eine „Durchgangserscheinung" auf dem Weg vom schuldrechtlichen Anspruch zur Begründung des dinglichen Rechts und erlischt, sobald es zur Begründung des dinglichen Rechts kommt und der geschützte Anspruch durch Erfüllung untergeht. Sie ist als bloßes Sicherungsrecht keine Vorstufe der Auflassung und darum von dem zu erfüllenden Anspruch zu unterscheiden. Nach dem Rücktritt der Käufer vom Kaufvertrag ist die zu ihren Gunsten bewilligte Vormerkung erloschen, weil die durch sie gesicherte Forderung nicht mehr existiert. Mit dem Untergang des Auflassungsanspruchs wird das Grundbuch wegen der Akzessorietät der eingetragenen Vormerkung „unrichtig" iSd § 894 BGB. Eine nichtige Vormerkung hat keinerlei dingliche Wirkung. Die Käufer sind damit nur noch Buchberechtigte einer keinen Rechtsanspruch verkörpernden Vormerkung, die nicht mehr der Sicherung eines Erwerbsanspruchs dient und allenfalls eine formale Rechtsposition ausdrückt[8].

c) Synallagma

§ 103 InsO betrifft nur gegenseitige Verträge iSd §§ 320 ff. BGB, bei denen Leistung und Gegenleistung synallagmatisch verknüpft sind. Damit sind Verträge gemeint, aus denen jeder Teil dem anderen Teil eine Leistung schuldet und bei denen jede Leistung deshalb geschuldet wird, weil die andere geschuldet wird. Macht der Insolvenzverwalter einen nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis wurzelnden Anspruch geltend, ist § 103 InsO unanwendbar[9].

Im Verhältnis zwischen dem Kaufpreisanspruch und dem Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung fehlt es an der erforderlichen synallagmatischen Verknüpfung. Die Vormerkung kann ihre auf die Vorleistung des Käufers gerichtete sichernde Wirkung gerade nur dann entfalten, wenn sie vor der Zahlung des Käufers eingetragen wird; ihr Bestand ist mithin von der Erfüllung des Kaufpreisanspruchs gänzlich unabhängig. Die Zahlung des Kaufpreises ist nicht Voraussetzung für die Eintragung einer Vormerkung, sondern umgekehrt die Eintragung einer Vormerkung Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs und damit seiner Erfüllung. Mit der Zahlung des Kaufpreises wird allein der die Vormerkung nicht berührende Zweck verfolgt, die Auflassung des Grundstücks herbeizuführen. Eine synallagmatische Verbindung liegt folglich nur zwischen Kaufpreis und Eigentumsübertragungsanspruch vor[10].

Ist der Übereignungsanspruch als Folge des Rücktritts entfallen, besteht zwischen einem Anspruch auf Kaufpreisrückerstattung und einem solchen auf Löschung der Vormerkung gleichfalls kein Gegenseitigkeitsverhältnis. Die Vormerkung sichert lediglich den Anspruch auf Erfüllung des Übereignungsanspruchs, auch in der Insolvenz, weil das vormerkungsgesicherte Recht gem. § 106 I 1 InsO aus der Insolvenzmasse zu erfüllen ist. Fehlt es an einem sicherungsfähigen Eigentumsübertragungsanspruch, so sichert die Vormerkung nicht etwa den Anspruch des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises nach Rücktritt von dem Kaufvertrag. Die gegenteilige Auffassung könnte nicht selten zu dem höchst unbefriedigenden Ergebnis führen, dass das Grundbuch auf Dauer unrichtig wird, weil der Verwalter angesichts des Kaufpreiserstattungsanspruchs von einer Durchsetzung seines Grundbuchberichtigungsanspruchs absieht. Diese Betrachtungsweise liefe nicht nur auf eine mit der eindeutigen Gesetzeslage unvereinbare Umwidmung der Sicherungsfunktion einer Vormerkung hinaus, sondern würde als weitere Folge eine der materiellen Rechtslage widersprechende formelle Rechtslage perpetuieren[11].

d) Ausübung des Wahlrechts

aa) Inhalt der Erklärung

Das Wahlrecht nach § 103 I InsO wird durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt. Eine bestimmte Form schreibt das Gesetz nicht vor, so dass der Verwalter auch durch schlüssiges Verhalten die Erfüllung des Vertrags wählen kann. Für die Auslegung seines Verhaltens ist maßgebend, welche Bedeutung ihm der Vertragsgegner nach der Verkehrssitte und den Gesamtumständen beimessen musste. An ein konkludentes Erfüllungsverlangen sind hohe Anforde

rungen zu stellen. Die Veräußerung von Vorbehaltsware bedeutet nicht zwingend, dass der Verwalter die Erfüllung des Kaufvertrags mit dem Vorbehaltslieferanten wählt[12].

Die Erklärung des Insolvenzverwalters braucht nur objektiv den Inhalt zu haben, es werde die Erfüllung eines von beiden Seiten nicht oder nicht vollständig erfüllten Vertrags verlangt. Ein Erfüllungsverlangen liegt auch dann vor, wenn der Verwalter aus irrigen tatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen bei einem beiderseits nicht voll erfüllten Vertrag (ohne Vorbehalt, Bedingung oder entgegenstehendem Zusatz) schlechthin Erfüllung verlangt. Jedoch muss der wirkliche Wille des Verwalters unter Berücksichtigung der ganzen Umstände ermittelt werden, insbesondere dahin, ob er tatsächlich uneingeschränkt oder nur beschränkt Erfüllung verlangt hat, vor allem, ob nicht in seiner Erklärung dem Gegner erkennbar zum Ausdruck gebracht worden ist, dass er, der Verwalter, selbst nicht bereit ist, den Vertrag noch zu erfüllen, falls er nicht bereits vom Schuldner erfüllt sein sollte Darum liegt nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum ein Erfüllungsverlangen iSd § 103 I InsO nicht vor, wenn der Insolvenzverwalter mit der Leistungsaufforderung zum Ausdruck bringt, dass der Schuldner nach seiner Auffassung den Vertrag bereits voll erfüllt habe[13].

Die Erfüllung eines Konsignationslagervertrags kann dadurch gewählt werden, dass der Verwalter dem Lager im Eigentum des Vertragspartners stehendes Material entnehmen und im Betrieb des Schuldners verarbeiten lässt. In einer vom *BGH* entschiedenen Sache sah der Vertrag vor, dass die Kl. ihr gehörende Kunststoffgranulate unter Eigentumsvorbehalt bei der Schuldnerin einlagerte. Die Schuldnerin entnahm Material, um es weiter zu verarbeiten. Mit der jeweiligen Entnahme kam ein Kaufvertrag über die entnommene Menge zu Stande, auf Grund dessen die Schuldnerin den vereinbarten Kaufpreis zu entrichten hatte (§ 433 II BGB). Gezahlt wurde durch Verrechnung mit den Warenlieferungen der Schuldnerin an die Kl.[14]. Das BerGer. hat die Erfüllungswahl daraus hergeleitet, dass der Bekl. nicht nur wusste, dass die bei der Schuldnerin lagernden Kunststoffgranulate im Eigentum der Kl. standen, sondern dass er auch mit der zuständigen Mitarbeiterin der Kl. über die Fortsetzung der Produktion gesprochen hat. Nach eigener Darstellung des Bekl. sind auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entnommene Mengen gemeldet und daraufhin in Rechnung gestellt worden. Mit der Entnahme von Material kam jeweils ein Kaufvertrag über dieses zu Stande[15].

bb) Erklärung durch Verwalter

Das Wahlrecht aus § 103 I InsO steht ausschließlich dem Insolvenzverwalter zu, nicht dem vorläufigen Insolvenzverwalter. Dies ergibt sich hinreichend deutlich aus dem Wortlaut des Gesetzes, das vom Insolvenzverwalter – nicht vom vorläufigen Insolvenzverwalter – spricht,

sowie aus der systematischen Stellung des § 103 InsO im Dritten Teil der InsO (§§ 80 bis 147), welcher die Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens behandelt[16].

cc) Aufforderung des Vertragspartners zur Abgabe der Erklärung

Fordert der andere Teil den Verwalter zur Ausübung seines Wahlrechts auf, hat der Verwalter unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, kann er auf der Erfüllung nicht bestehen. Die Aufforderung nach § 103 II 2 InsO ist ausschließlich an den Insolvenzverwalter zu richten. Auch in § 103 II InsO geht es allein um den Verwalter, und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird vorausgesetzt. Ihrem Sinn und Zweck nach kann die Vorschrift ebenfalls erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Anwendung finden. Sie soll dem Vertragspartner des Insolvenzschuldners ermöglichen, die Unsicherheit darüber zu beseitigen, ob ein gegenseitiger Vertrag erfüllt werden wird oder nicht, sowie eine etwaige Schadensersatzforderung zu berechnen und zur Tabelle anzumelden. Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens besteht diese Unsicherheit nicht. Die Anordnung der vorläufigen Verwaltung hat keinen Einfluss auf den Fortbestand der Verträge. Dieses Ereignis bedarf auch nicht in den Fällen einer Korrektur, in denen vorläufiger und endgültiger Insolvenzverwalter personenidentisch sind und der Verwalter nicht schlüssig darlegen kann, das verfrühte Aufforderungsschreiben bis zur Eröffnung vernichtet, verlegt oder vergessen zu haben. Insbesondere weiß der Vertragspartner des Schuldners, dass erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Erfüllung des Vertrags entschieden werden kann. Er bedarf insoweit auch keines besonderen Schutzes. Den Zeitpunkt der Eröffnung erfährt er dadurch, dass der Eröffnungsbeschluss veröffentlicht (§ 30 I InsO) und den Gläubigern und Schuldnern des Insolvenzschuldners zugestellt (§ 30 II InsO) wird[17].

e) Rechtsfolge einer Erfüllungswahl

Mit der Wahl des Verwalters, einen Bauvertrag zwischen Schuldnerin und deren Vertragspartnerin zu erfüllen, wurde den Ansprüchen der Bestellerin auf die noch ausstehenden Werkleistungen der Schuldnerin und deren Anspruch auf eine entsprechende Gegenleistung die Rechtsqualität von originären Masseverbindlichkeiten und -forderungen beigelegt[18]. Lehnt der Verwalter hingegen die Erfüllung ab, verbleibt es bei der durch die Insolvenzeröffnung bewirkten Undurchsetzbarkeit der wechselseitigen Ansprüche. Der Verwalter kann nicht Übereignung der Kaufsache verlangen. Ein Restkaufpreisanspruch der Gegenseite bildet nur einfache Insolvenzforderung[19]. Bereits erbrachte Leistungen der Schuldnerin kann der Verwalter trotz Ablehnung der Erfüllung nicht unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zur Masse zurückverlangen, weil der Vertrag bestehen bleibt[20]. Die vor Verfahrenseröffnung erfolgte Sicherungszession eines Anspruchs des Schuldners aus einem im Eröffnungszeitpunkt beiderseits nicht vollständig erfüllten Vertrag verliert grundsätzlich mit der Erfüllungswahl des Verwalters nach § 103 I InsO ihre Wirkung[21].

3. Kaufvertrag: Rechtsfolgen der Erfüllungsablehnung

a) Erfüllungsanspruch des Vertragspartners

Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, bleibt der Vertrag in der Lage bestehen, in welcher er sich bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens befand. Der Vertragspartner des Schuldners kann einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Insolvenzforderung zur Tabelle anmelden (§ 103 II 1 InsO). Sieht er hiervon ab, bleibt ihm der – während der Dauer des Insolvenzverfahrens nicht durchsetzbare – Erfüllungsanspruch erhalten; er kann ihn nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens als solchen gegen den Schuldner geltend

machen[22].

b) Bereicherungsanspruch des Verwalters

aa) Grundsatz

Weder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch die Erfül

lungsablehnung des Verwalters lösen in aller Regel einen Anspruch auf Rückzahlung der vom Schuldner vor der Eröffnung erbrachten Teilleistungen aus. Ein Rückzahlungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil der Vertrag mit der Ablehnung der Erfüllung in der Lage vom Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestehen bleibt. Einen Rückzahlungsanspruch wegen Wegfalls des Interesses des Verwalters an der Durchführung des beiderseits nicht vollständig erfüllten Vertrags hat der *Senat* lediglich im Sonderfall der beiderseits teilbaren Leistungen der Vertragsparteien erwogen, um dem Verwalter die Erfüllungsablehnung auch des insolvenzrechtlich grundsätzlich selbständig zu behandelnden vollständig erfüllten Vertragsteils zu ermöglichen. Ein Grundstückskaufvertrag hat jedoch regelmäßig keine teilbaren Leistungen in diesem Sinne zum Gegenstand[23].

bb) Sonderfall der Aussonderung

Der Verwalter kann ausnahmsweise dem Grunde nach die Rückzahlung des angezahlten Kaufpreises verlangen, wenn der Verkäufer seinerseits den Kaufgegenstand nach § 47 InsO ausgesondert hat. Im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens war der Verkäufer Eigentümer des Grundstücks. Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens stand dem Herausgabeanspruch des Verkäufers aus § 985 BGB der Anspruch auf Übereignung gem. § 433 I BGB entgegen (§ 986 I 1 BGB). Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens änderte daran zunächst nichts. Nach gefestigter Rechtsprechung des *BGH* führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zu einem Erlöschen der beiderseitigen Ansprüche aus einem beiderseits nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag. Die Ansprüche beider Vertragsparteien auf Leistung und Gegenleistung bleiben vielmehr bestehen. Sie verlieren lediglich vorläufig, nämlich bis zu einem Erfüllungsverlangen des Verwalters, ihre Durchsetzbarkeit. Lehnt der Verwalter die Erfüllung des Vertrags ab, kann der Eigentümer aussondern. Von diesem Recht hat der Verkäufer Gebrauch gemacht. Er hat die Löschung der zu Gunsten des Schuldners eingetragenen Vormerkung verlangt und das Grundstück anderweitig veräußert[24]. Sondert der Verkäufer in der Insolvenz des Käufers die Kaufsache auf Grund des bei ihm verbliebenen Eigentums aus, kann der Verwalter seinerseits die Rückgewähr der bereits erbrachten Teilleistungen des Schuldners verlangen[25].

c) Schadensersatzanspruch des Verkäufers

Der Anspruch des Verwalters auf Rückzahlung der Kaufpreisanzahlung ist mit dem Anspruch des Verkäufers wegen Nichterfüllung des Kaufvertrags aus § 103 II 1 InsO zu verrechnen. Ob die Voraussetzungen des § 95 I 3 InsO erfüllt sind oder nicht, ist nicht von Belang. Gegenseitige Ansprüche aus dem nämlichen Vertragsverhältnis bedürfen keiner Aufrechnung; sie sind Rechnungsposten bei der Ermittlung des Ersatzanspruchs. Dieser aus der synallagmatischen Verbundenheit der Ansprüche (§§ 320 ff. BGB) folgende Grundsatz

gilt auch nach der Erfüllungsablehnung fort. Der Verwalter kann den Kaufpreis daher nur insoweit zurückverlangen, als dieser den Nichterfüllungsschaden des Verkäufers übersteigt[26].

4. Kauf unter Eigentumsvorbehalt

Bei einem Eigentumsvorbehalt hat der Verkäufer in der Insolvenz des Käufers kein Recht, die Kaufsache bis zur Bezahlung des Kaufpreises wieder an sich zu nehmen. Wählt der Insolvenzverwalter nach § 103 InsO die Erfüllung des Kaufvertrags, kann der Verkäufer vielmehr bei Zahlungsverzug nur nach Maßgabe der §§ 323 ff. BGB vom Vertrag zurücktreten und Aussonderung nach § 47 I InsO verlangen. Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrags ab, kann der Vorbehaltsverkäufer zwar unmittelbar zurücktreten und nach § 47 I InsO vorgehen. Die Bezahlung des Kaufpreises kann er dann aber nicht mehr verlangen[27].

Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter an Stelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen (§ 103 I InsO); lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so kann der andere Teil eine Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen. Hat indes vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Schuldner eine bewegliche Sache unter Eigentumsvorbehalt verkauft und dem Käufer den Besitz an der Sache übertragen, so kann der Käufer die Erfüllung des Kaufvertrags verlangen, § 107 I 1 InsO. Weitere Voraussetzung des insolvenzrechtlichen Bestands der Position des Vorbehaltskäufers ist gem. § 107 I 1 InsO, dass ihm der Besitz an der Sache vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Vorbehaltsverkäufer übertragen worden ist. Dies entspricht der Voraussetzung für das Entstehen einer dinglichen Anwartschaft durch aufschiebend bedingte Übereignung insofern, als diese nicht nur die bedingte Einigung über den Eigentumsübergang, sondern auch einen Besitzakt erfordert, der in der Übertragung des unmittelbaren Besitzes, welche in der Praxis die Regel ist, wie in der Begründung mittelbaren Besitzes des Vorbehaltskäufers bestehen kann. Eine mittelbare Besitzübertragung wäre gegeben, wenn die im Besitz des Fahrzeugs befindliche Verkäuferin (spätere Gemeinschuldnerin) und der Käufer die Übergabe an diesen dadurch ersetzt haben, dass zwischen beiden ein Rechtsverhältnis vereinbart worden ist, auf Grund dessen der Käufer den mittelbaren Besitz erlangt hat. Das vom Käufer im Verkaufsraum ausgesuchte und von ihm gekaufte Fahrzeug war nämlich bereits insoweit individualisiert als die Gemeinschuldnerin es aus dem Verkaufsraum entfernt, vereinbarungsgemäß dem Wunsch des Käufers entsprechend mit einer Anhängerkupplung versehen und – nach Durchführung einer Auslieferungsinspektion – als zu verkaufendes Fahrzeug in einem für die Auslieferung vorgesehenen Bereich der (so genannte Auslieferungs-)Halle separiert hatte[28].

5. Werkvertrag

Bauleistungen sind regelmäßig teilbar. Für die Teilbarkeit reicht es grundsätzlich aus, wenn sich die erbrachte Leistung feststellen und bewerten lässt. Der Umfang der vor Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen kann grundsätzlich – gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe – ermittelt und bewertet werden[29]. Bei Fertigstellung und Ablieferung eines Schiffsbauwerkes durch den Verwalter wird der Gesamtbaulohn zu demjenigen Teil Masseforderung, der sich aus dem Wertverhältnis ergibt, in welchem zur Zeit der Ablieferung das fertiggestellte Schiff zu dem Schiffsbauwerk nach seinem Bauzustand bei Konkurseröffnung steht[30]. Das Verlangen des Verwalters, den Vertrag zu erfüllen, hat

diejenigen Ansprüche der Schuldnerin, welche auf die bei Verfahrenseröffnung bereits erbrachten Werkleistungen entfielen, nicht berührt. Dies gilt auch, wenn diese Ansprüche im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht fällig waren (§§ 641, 640 BGB)[31].

101

Gehrlein: Die Rechtsprechung des BGH zu gegenseitigen Verträgen in der Insolvenz (NZI 2015, 97)

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt nicht zum Erlöschen der (Nach-)Erfüllungsansprüche im Sinne einer materiell-rechtlichen Umgestaltung des Vertrags. Auch während eines Insolvenzverfahrens geht das Vertragsverhältnis erst dadurch vom (Nach-)Erfüllungsstadium in das Stadium der sekundären Gewährleistungsansprüche über, dass eine vom Besteller gem. § 634 I 3 BGB aF unter Ablehnungsandrohung gesetzte Frist zur Nachbesserung erfolglos abgelaufen ist[32]. Die Rechtsfolgen des § 634 I 3 BGB aF werden auch durch eine Nachfristsetzung gegenüber dem Insolvenzverwalter herbeigeführt, unabhängig davon, ob er dem Nachbesserungsverlangen aus insolvenzrechtlichen Gründen entsprechen darf. So wie ein an den Insolvenzverwalter gerichtetes Nachbesserungsverlangen gem. § 13 Nr. 5 VOB/B geeignet ist, die Verjährung der Mängelansprüche zu unterbrechen, entfaltet auch eine an den Insolvenzverwalter gerichtete Nachfristsetzung gem. § 634 I 1 BGB aF ihre Rechtswirkungen[33]. Der Gläubiger hat im Insolvenzverfahren keine rechtliche Möglichkeit mehr, seinen Anspruch auf Wandelung durch eine entsprechende Rückzahlungsklage gegen den Willen des Insolvenzverwalters durchzusetzen. Lehnt es dieser nämlich ab, den Vertrag rückabzuwickeln, so kann der Auftraggeber seinen Anspruch auf Wandelung gem. § 87 InsO nicht durch eine entsprechende Klage durchsetzen, sondern nur gem. § 45 S. 1 InsO mit dem ihm beizulegenden Wert als Insolvenzforderung geltend machen[34].

6. Versicherungsvertrag

a) Notwendigkeit einer Kündigung zur Geltendmachung des Rückkaufwerts

Ist ein Lebensversicherungsvertrag beidseitig vor Insolvenzeröffnung noch nicht (vollständig) erfüllt, liegen die Voraussetzungen des § 103 I InsO vor. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlieren die Ansprüche der Parteien eines Versicherungsvertrags, insbesondere eines Lebensversicherungsvertrags, lediglich ihre Durchsetzbarkeit, aber bleiben als solche erhalten. Die Verfahrenseröffnung bewirkt keine materiell-rechtliche Umgestaltung des Versicherungsvertrags[35]. Der Anspruch auf Zahlung des Rückkaufswerts entsteht erst mit der Kündigung des Lebensversicherungsvertrags. Mit der Insolvenzeröffnung kommt es zu einer Vertragsaufspaltung in einen vor Insolvenzeröffnung bereits (einseitig) erfüllten Vertragsteil und einen im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung beiderseits noch unerfüllten Vertragsteil. Anders als etwa für die Vergütung aus einem aufgespaltenen Kauf- und Werkvertrag ergibt sich aus dem aufgespaltenen Versicherungsvertrag jedoch nicht ohne Weiteres auf Grund der Zahlung der Prämien ein Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Versicherungsleistung. Der Versicherungsvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Versicherer diese erst im Versicherungsfall und bei der Kapitallebensversicherung für den Todesfall zusätzlich bei Vertragsaufhebung durch Rücktritt, Kündigung oder Anfechtung zu erbringen hat (§ 176 I VVG aF; vgl. für das neue Recht § 169 I VVG). Die Insolvenzeröffnung lässt die Erfüllungsansprüche desjenigen Vertragspartners, der vor Eröffnung mehr Leistungen als der andere erbracht hat, grundsätzlich unberührt. Daraus folgt, dass der Insolvenzverwalter nur dann gegen den Lebensversicherer einen Anspruch auf Zahlung des Rückkaufswerts hat, wenn er den

11. Teilbare Leistungen (§ 105 InsO): Tätigkeiten vor und nach Verfahrenseröffnung

Nach § 108 III InsO kann der Vertragspartner eines Dienstverhältnisses für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens Ansprüche nur als Insolvenzgläubiger geltend machen. Bei einer entsprechenden Anwendung von § 55 I Nr. 2 1. Alt. InsO folgt das gleiche Ergebnis aus §§ 103 I, 105 InsO. Danach ist der Gläubiger, der die von ihm geschuldete teilbare Leistung bei Insolvenzeröffnung bereits teilweise erbracht hat, hinsichtlich der Gegenleistung für diesen Teil auch dann Insolvenzgläubiger, wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt. Bei einer Beratungstätigkeit handelt es sich um eine teilbare Leistung iSv § 105 S. 1 InsO. Für den Anwendungsbereich des § 105 InsO gilt ein weiter Teilbarkeitsbegriff. Für die Teilbarkeit genügt es, wenn sich die vor Insolvenzeröffnung erbrachte Teilleistung feststellen und bewerten lässt. Der Insolvenzverwalter soll bei teilbaren Leistungen nach § 105 S. 1 InsO aus der Masse nur die Gegenleistung des Vertragspartners zu vergüten haben, die der Masse nach Insolvenzeröffnung noch zufließt. Der Vertragspartner ist mit seinen Vorleistungen ein Ausfallrisiko eingegangen wie andere Vertragspartner, die ihre Vorleistung bereits vollständig vor Insolvenzeröffnung erbracht haben. Nur soweit nach Insolvenzeröffnung Leistungen zur Masse fließen, besteht ein vollwertiger Anspruch auf die Gegenleistung. Ansprüche für eine Beratungstätigkeit in der Zeit vor Insolvenzeröffnung nicht Masseverbindlichkeiten iSv § 55 I Nr. 2 Alt. 1 InsO. Die Beratertätigkeit hat zwar noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens angedauert. Bei der Beratungstätigkeit handelt es sich jedoch um eine teilbare Leistung iSv § 105 InsO. Die vom Berater bis zur Insolvenzeröffnung erbrachten Beratungsleistungen lassen sich ohne Weiteres feststellen und bewerten[65].

12. Sicherung durch Vormerkung

Die Regelung des § 106 I InsO greift nur durch, wenn die Vormerkung zu Gunsten des Käufers schon zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetragen war. Zwar treten die Wirkungen des § 106 I InsO auch dann ein, wenn bereits zuvor die Vormerkung bindend bewilligt wurde und der Berechtigte den Eintragungsantrag gestellt hat. Ist jedoch ein vorläufiges richterliches Veräußerungs- und Verfügungsverbot erlassen worden, müssen die Voraussetzungen bereits zu diesem Zeitpunkt erfüllt sein[66]. Die vor Verfahrenseröffnung erfolgte Sicherungszession eines Anspruchs des Schuldners aus einem im Eröffnungszeitpunkt beiderseits nicht vollständig erfüllten Vertrag verliert grundsätzlich mit der Erfüllungswahl des Gesamtvollstreckungsverwalters nach § 103 I InsO ihre Wirkung[67]. Abweichend kann der Gläubiger nach § 106 I InsO die Erfüllung des Anspruchs verlangen, wenn zu dessen Sicherung eine Vormerkung eingetragen ist. Das ansonsten vorhandene Wahlrecht des Verwalters ist dann ausgeschlossen; eine vor Verfahrenseröffnung vorgenommene Abtretung des schuldnerischen Anspruchs auf die Gegenleistung bleibt wirksam[68].

13. Keine Bindung des Verwalters an von Schuldner geschlossene Schiedsabrede bei Ansprüchen aus § 103 InsO

Zwar ist ein Insolvenzverwalter grundsätzlich an eine von dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossene Schiedsabrede gebunden. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn es um Rechte des Insolvenzverwalters geht, die sich nicht unmittelbar aus dem vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Vertrag ergeben, sondern auf der InsO beruhen und daher insolvenzspezifisch sind, mithin der Gemeinschuldner nicht befugt ist,

über sie zu verfügen oder Einfluss darauf zu nehmen, wann, in welcher Weise und bei welcher Stelle sie geltend gemacht werden. Dieser Grundsatz gilt auch für das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO. Denn insoweit handelt es sich – wie nicht zuletzt § 119 InsO bestätigt, wonach Vereinbarungen unwirksam sind, durch die im voraus die Anwendung des § 103 InsO ausgeschlossen oder beschränkt wird – um keine Befugnis, die ursprünglich der Gemeinschuldnerin zustand und die deshalb Gegenstand von vertraglichen Vereinbarungen einschließlich einer entsprechenden Schiedsabrede hätte sein können, sondern um ein gesetzlich dem Insolvenzverwalter zustehendes Recht. Die grundsätzliche Bindung des Insolvenzverwalters an eine vom Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossene Schiedsabrede gilt darum nicht, soweit es um Rechte des Insolvenzverwalters geht, die sich nicht unmittelbar aus dem vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Vertrag ergeben, sondern auf der InsO beruhen; zu diesen selbstständigen, der Verfügungsgewalt des Gemeinschuldners entzogenen Rechten gehört nicht nur die Insolvenzanfechtung, sondern auch das Wahlrecht des Insolvenzverwalters aus § 103 InsO. Sofern im Schiedsverfahren geltend gemachte Feststellungs- und Verpflichtungsanträge unmittelbar oder als entscheidungserhebliche Vorfrage das Recht des Verwalters nach § 103 InsO betreffen, ist ein Schiedsverfahren unzulässig[69].

II. Lösungsklauseln

Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen, sind gem. § 119 InsO unwirksam.

1. Zweck der Regelung des § 119 InsO

§ 105 InsO soll dem Verwalter ermöglichen, Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie im Insolvenzverfahren zu den gleichen Bedingungen fortzusetzen. Die Fortführung eines Unternehmens sollte in dieser Weise erleichtert werden. Hierdurch wird der Vertragspartner, der seine Rückstände nur als Insolvenzforderungen geltend machen kann, im Vergleich zu anderen Gläubigern nicht unzumutbar belastet, weil er bei einer Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters nach Eröffnung die vereinbarte Gegenleistung aus der Masse erhält. Dieser Regelungsabsicht bei Einführung des § 105 InsO widerspräche es, wenn ein massegünstiger Vertrag dem Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters durch eine vertragliche Lösungsklausel entzogen werden könnte[70].

2. Rechtsfolge

Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel ist bei Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie nach § 119 InsO unwirksam, wenn sie im Voraus die Anwendung des § 103 InsO ausschließt. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Vereinbarung einer gesetzlich vorgesehenen Lösungsmög

lichkeit entspricht. Dies ist auch für Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie anzunehmen, wenn sie im Voraus die Anwendung des § 103 InsO ausschließen. Der Zweck des Erfüllungswahlrechts ist es, die Masse zu schützen und im Interesse einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung zu mehren. Dieser Zweck könnte vereitelt werden, wenn sich der Vertragspartner des Schuldners allein wegen der Insolvenz von einem für die

Masse günstigen Vertrag lösen und damit das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO unterlaufen kann[71]. Das Wahlrecht könnte leicht beseitigt werden, wenn sich der Vertragspartner des Schuldners ein Kündigungsrecht oder eine automatische Vertragsauflösung für den Fall ausbedingen könnte, dass ein Insolvenzantrag gestellt oder ein Insolvenzeröffnungsverfahren eingeleitet wird[72]. Soll die Vorschrift des § 119 InsO praktische Bedeutung behalten, muss ihr eine Vorwirkung jedenfalls ab dem Zeitpunkt zuerkannt werden, in dem wegen eines zulässigen Insolvenzantrags mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ernsthaft zu rechnen ist. Jedes Insolvenzverfahren setzt einen schriftlichen Eröffnungsantrag nach § 13 I 1 InsO zwingend voraus. Könnte eine Lösungsklausel wirksam an den Eröffnungsantrag anknüpfen, würde in der Praxis die Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbst als Anknüpfung für nur dann als unwirksam anzusehende Lösungsklauseln jede Bedeutung verlieren. Der von § 119 beabsichtigte Masseschutz könnte ohne Weiteres ausgeschlossen und der Zweck der Vorschrift unterlaufen werden[73]. Auf Grund der Unwirksamkeit der insolvenzbedingten Lösungsklausel wird ein Energielieferungsvertrag nicht mit der Insolvenzantragstellung oder Einleitung des Eröffnungsverfahrens beendet, sondern hat weiterhin Bestand[74].

3. Unbedenkliche Klauseln

Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel liegt vor, wenn eine der Parteien für den Fall der Zahlungseinstellung, des Insolvenzantrags oder der Insolvenzeröffnung das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen, oder wenn der Vertrag unter der auflösenden Bedingung des Eintritts dieser insolvenzbezogenen Umstände steht. Im Unterschied dazu knüpfen insolvenzunabhängige Lösungsklauseln an nicht insolvenzspezifische Umstände an, etwa an den Verzug oder an sonstige Vertragsverletzungen. Solche insolvenzunabhängigen Lösungsklauseln sind nicht auf das Ziel ausgerichtet, die Wahlmöglichkeiten des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO auszuhöhlen, so dass § 119 InsO – mit Ausnahme der Kündigungssperre des § 112 InsO – nicht berührt ist[75]. Sieht eine Vertragsklausel die Kündigung aus wichtigem Grund vor, knüpft die Kündigungsbefugnis nicht an die Insolvenzeröffnung und auch nicht an die Ausübung des Wahlrechts aus § 103 InsO an. Kündigungsgrund ist vielmehr das Vorliegen von Tatsachen, auf Grund derer die Fortsetzung des Vertrags unzumutbar ist. Solche Tatsachen können auch und gerade außerhalb einer Insolvenz gegeben sein. Außerdem sollt bei Vorliegen solcher Tatsachen jeder der beiden Vertragsteile zur Kündigung berechtigt sein. Durch die vertragliche Regelung werden der Insolvenzmasse jedoch keine Nachteile auferlegt, die über diejenigen hinausgehen, welche mit jeder Beendigung des Nutzungsvertrags verbunden sind. Die damit einher gehenden Nachteile sind auch keine spezielle Sanktion dafür, dass der Verwalter in Ausübung seines gesetzlichen Wahlrechts die Nichterfüllung gewählt hat. Sie wären in gleicher Weise eingetreten, wenn das Nutzungsverhältnis aus anderen, ebenfalls zur fristlosen Kündigung berechtigenden Gründen beendet worden wäre[76].

---

* Der Autor ist Mitglied des für Insolvenzrecht sowie Anwalts- und Steuerberaterhaftung zuständigen *IX. Zivilsenats* des *BGH* und Honorarprofessor an der Universität Mannheim. – Der Aufsatz stellt die aktualisierte und erweiterete Fassung eines Beitrags des Autors in der 2014 erschienenen Festschrift zum 75. Geburtstag für *Hans-Jürgen Lwowski* dar.

1 *BGHZ* 150, 353 (359) = NZI 2002, 375; *BGH*, NZI 2010, 180 Rn. 11.
2 *BGH*, NJW 2010, 1284 Rn. 30.
3 *BGH*, NZI 2012, 76 Rn. 38.
4 *BGH*, NZI 2010, 180 Rn. 12.
5 *BGH*, NZI 2010, 180 Rn. 26.
6 *BGH*, NZI 2013, 296 Rn. 8.

7 *BGH*, NZI 2009, 235 Rn. 10.
8 *BGH*, NZI 2009, 235 Rn. 11 f.
9 *BGH*, NZI 2009, 235 Rn. 15.
10 *BGH*, NZI 2009, 235 Rn. 16.
11 *BGH*, NZI 2009, 235 Rn. 17.
12 *BGH*, NZI 2014, 400 Rn. 12.
13 *BGH*, Beschl. v. 10.11.2007 – IX ZR 39/05, BeckRS 2007, 17770 Rn. 2.
14 *BGH*, NZI 2014, 400 Rn. 9.
15 *BGH*, NZI 2014, 400 Rn. 13 f.
16 *BGH*, NZI 2008, 36 Rn. 9.
17 *BGH*, NZI 2008, 36 Rn. 10 ff.
18 *BGHZ* 150, 353 (359) = NZI 2002, 375.
19 *BGH*, NZI 2007, 404 Rn. 15.
20 *BGH*, NZI 2007, 404 Rn. 15.
21 *BGH*, NZI 2006, 350 Rn. 12.
22 *BGH*, NZI 2013, 296 Rn. 8.
23 *BGH*, NZI 2013, 296 Rn. 9.
24 *BGH*, NZI 2013, 296 Rn. 10.
25 *BGH*, NZI 2013, 296 Rn. 11.
26 *BGH*, NZI 2013, 296 Rn. 12.
27 *BGH*, NJW-RR 2008, 818 Rn. 43 = NZI 2008, 704 Ls.
28 *OLG Düsseldorf*, NZI 2013, 303.
29 *BGHZ* 150, 353 (358 f.) = NZI 2002, 375.
30 *BGHZ* 147, 28 = NZI 2001, 537,
31 *BGHZ* 150, 353 (364) = NZI 2002, 375.
32 *BGH*, NJW 2010, 1284 Rn. 30, 31.
33 *BGH*, NJW 2010, 1284 Rn. 34.
34 *BGH*, NJW 2010, 1284 Rn. 24.
35 *BGH*, NZI 2012, 76 Rn. 18.
36 *BGH*, NZI 2012, 76 Rn. 22, 23.
37 *BGH*, NZI 2012, 76 Rn. 28.
38 *BGH*, NZI 2012, 76 Rn. 30.
39 *BGH*, NZI 2012, 76 Rn. 33 ff.
40 *BGH*, NZI 2012, 76 Rn. 38.
41 *BGH*, NZI 2014, 369 Rn. 14 ff.
42 *BGH*, NZI 2014, 369 Rn. 19 ff.
43 *BGH*, NZI 2009, 894 Rn. 1.
44 *BGH*, NZI 2009, 894 Rn. 2.
45 *BGH*, NZI 2011, 936 Rn. 5 f.
46 *BGH*, NZI 2011, 936 Rn. 7.
47 *BGH*, NZI 2007, 335 Rn. 11, 12, 15, 20 ff.
48 *BGH*, NZI 2007, 713 Rn. 18 ff., 23.
49 *BGH*, NZI 2013, 414 Rn. 12, 18 f.
50 *BGH*, NZI 2014, 614.
51 *BGH*, NZI 2014, 614.
52 *BGH*, NZI 2011, 443 Rn. 14 ff.
53 *BGH*, NZI 2006, 97 Rn. 13 f.
54 *BGH*, NZI 2006, 97 Rn. 10 f.
55 *BGH*, NZI 2010, 180 Rn. 10.
56 *BGH*, NZI 2011, 341 Rn. 50.
57 *BGH*, NZI 2014, 156 Rn. 8.
58 *BGH*, NZI 2014, 156 Rn. 9.
59 *BGH*, NZI 2014, 156 Rn. 12 ff., 19 ff.
60 *BGH*, NZI 2010, 859 Rn. 10, 11; ZIP 2011, 282 = BeckRS 2010, 29551 Rn. 7, 8.
61 *BGH*, NZI 2010, 859 Rn. 12, 13; ZIP 2011, 282 = BeckRS 2010, 29551 Rn. 9, 10.
62 *BGH*, NZI 2010, 859 Rn. 16; ZIP 2011, 282 = BeckRS 2010, 29551 Rn. 13.
63 *BGH*, NZI 2010, 859 Rn. 21; ZIP 2011, 28 = BeckRS 2010, 29551 Rn. 18.
64 *BGH*, NZI 2006, 229 = WM 2006, 144 (146 f.).
65 *BAG*, NJW 2010, 2154 Rn. 29 ff.
66 *BGH*, NZI 2006, 350 Rn. 16.
67 *BGH*, NZI 2006, 350 Rn. 12.
68 *BGH*, NZI 2006, 350 Rn. 14.
69 *BGH*, NZI 2011, 634 Rn. 14, 16.
70 *BGH*, NZI 2013, 178 Rn. 14.
71 *BGH*, NZI 2013, 178 Rn. 13.
72 *BGH*, NZI 2013, 178 Rn. 18.
73 *BGH*, NZI 2013, 178 Rn. 19.

74 *BGH*, NZI 2013, 178 Rn. 22.
75 *BGH*, NZI 2013, 178 Rn. 9.
76 *BGH*, NZI 2006, 229 Rn. 26 ff.