

Deutsches Insolvenzrecht

Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters

German Insolvency Law

The Insolvency Administrator's Right to Choose or Reject Performance



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

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

Nachfolgend werden die wichtigsten Regelungen erläutert.

Within German contract law, the principle of being bound by a contract (*pacta sunt servanda*), i.e. the obligation to fulfill agreements, applies. In case of the insolvency of one of the contractual parties, however, exceptions are made. Upon the opening of the insolvency proceedings, the principle of being bound by a contract is modified.

The insolvency provisions concerning the fulfillment of mutual contracts (Sec. 103 et seq. German Insolvency Code (*Insolvenzordnung, InsO*)) grant the insolvency administrator an option right as to whether agreements which had been concluded prior to the opening of proceedings and which have not yet been fully performed by both parties shall be fulfilled. The opening of an insolvency proceeding does not lead to a substantive transformation of the agreements, however, any outstanding claims arising from the mutually unperformed agreement are no longer enforceable. The purpose of these rules is to allow the insolvency administrator to maintain or to increase the insolvency estate, enable restructuring attempts and to prevent the contractual partner of the debtor from terminating an agreement which was favorable for the insolvency estate due to the insolvency of the latter.

The most important stipulations are explained below.

Wahlrecht des Insolvenzverwalters, § 103 Inso

Voraussetzungen

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

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

The Insolvency Administrator's Option Right, Sec. 103 Inso

Prerequisites

The prerequisites for exercising the insolvency administrator's option right (*Insolvenzverwalterwahlrecht*) is the mutuality of the claims which have not or not fully been performed by both parties at the time of the opening of insolvency proceedings. Types of agreements which are often subject to the administrator's option right are purchase agreements, contracts for works and services, license agreements and loan agreements. However, the option right does not apply, for example, in the context of mutual agreements which have been fully performed by one party, agreements with a valid termination clause or shareholder agreements.

The administrator has to declare demand for performance to the contracting party. For this declaration, he is not bound to any time periods. However, the contracting party may ask the administrator to exercise his option right and to issue a corresponding declaration. In this case, the administrator has to issue his declaration “promptly” which means acting without undue delay. Thus, the insolvency administrator is allowed to assess the consequences of exercising his option right within a time period reasonable under the circumstances of the individual case in question, e.g., after obtaining the consent of the creditors' committee, after a final review of possible restructuring options or after the first report meeting to the creditors (*Berichtstermin*).

Folgen und Wirkungen

Erfüllungswahl: Entscheidet sich der Insolvenzverwalter für die Erfüllung eines nicht oder nicht vollständig erfüllten Vertrages, tritt er an Stelle des Schuldners in dessen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag ein. Die Erklärung des Verwalters wirkt für die Zukunft (*ex nunc*), das heißt, die vom Schuldner zu erbringende Leistung wird zur Masseverbindlichkeit, eine von der Gegenseite zu erbringende Leistung zur Masseforderung. Inhaltlich gelten die ursprünglich vereinbarten Leistungskonditionen unverändert fort. Bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandene Forderungen des Vertragspartners werden von der Wirkung der Erfüllungswahl nicht umfasst. Sie sind als Insolvenzforderung geltend zu machen.

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

Teilbare Leistungen, § 105 InsO

Für Verträge über teilbare Leistungen sieht § 105 InsO besondere Regelungen für das Wahlrecht des Insolvenzverwalters vor. Dies betrifft insbesondere sog. Dauerschuldverhältnisse, also z.B. Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie. In diesem Zusammenhang gilt, dass – unabhängig von der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters – für vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens er-

Consequences and Effects

Opting for Performance: In case the administrator decides to perform a not or not fully performed agreement, he assumes the rights and obligations of the debtor arising from the agreement. The declaration of the administrator has an effect only for the future (*ex nunc*), i.e. the performance owed by the debtor becomes a preferential obligation (*Masseverbindlichkeit*) and the performance owed by the counterparty becomes a preferential claim (*Masseforderung*). The initially agreed contractual conditions remain unchanged. Claims of the contractor which incurred prior to the opening of the insolvency proceeding are not affected by the administrator's election to choose performance. Such claims are to be filed as ordinary, unsecured insolvency claims (*Insolvenzforderung*).

Opting for Non-Performance: In cases where the insolvency administrator rejects the performance of a contract, this is only of declaratory nature, since as described above, upon opening of insolvency proceedings the reciprocal claims are no longer enforceable. The contractual claim of the contracting party is replaced by a compensation claim for non-performance. The contracting party may file such compensation claim as an ordinary, unsecured insolvency claim with the insolvency claims schedule. The amount of the damage claim is calculated based on the principles of the so-called theory of difference (*Differenztheorie*) pursuant to which the mutual claims arising from the non-performance of the agreement are netted against each other. If the result is a positive balance in favor of the contracting party, the latter can claim this balance as an insolvency claim. Satisfaction of such claim will be subject to the insolvency dividend quota.

Separable Performances, Sec. 105 InsO

For agreements containing separable performances, Sec. 105 InsO contains special provisions regarding the administrator's option right. In particular, this pertains to so-called agreements for continuing obligations, e.g. agreements for the continuous supply of goods or energy. In this context, and regardless of whether the insolvency administrator is opting for performance or not, all counterclaims for partial

brachte Teilleistungen die entsprechende Gegenforderung nur als Insolvenzforderung geltend gemacht werden kann. Entscheidet sich der Insolvenzverwalter sodann für die Fortsetzung des Vertrags, wird der Vertragspartner mit seinen weiteren Forderungen aus zu erbringenden Teilleistungen zum Massegläubiger. Bereits vor Insolvenzeröffnung erbrachte Teilleistungen können nicht zurückverlangt werden.

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

Unwirksamkeit von Lösungsklauseln, § 119 InsO

Vertragliche Vereinbarungen, die im Voraus eine Anwendbarkeit des Insolvenzverwalterwahlrechts nach den §§ 103 ff. InsO ausschließen oder beschränken, sind unwirksam. Mit Urteil vom 15. November 2012 (Az. IX ZR 169/11) hat der BGH im Falle von Dauerschuldverhältnissen klargestellt, dass eine insolvenzbezogene Lösungsklausel in die Verwertungskompetenz des Insolvenzverwalters eingreife und somit unzulässig sei. Dies betrifft insbesondere Klauseln, die den Parteien ein außerordentliches Kündigungsrecht einräumen, wenn die jeweils andere Partei Insolvenzantrag gestellt hat oder über deren Vermögen das (vorläufige) Insolvenzverfahren eröffnet wird. Regelmäßig rechtlich unbedenklich sind hingegen insolvenzunabhängige Lösungsklauseln, die u.a. an einen Verzug der Leistungspflichten, die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen über das Vermögen der anderen Partei, die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten oder den Eintritt einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögenslage anknüpfen.

performances rendered prior to the opening of insolvency proceedings can only be filed as ordinary unsecured insolvency claims. If the administrator decides in favor of the continuance of the agreement, the contracting party becomes a preferential creditor for all future claims arising from the continued supplies or services. Partial performances already rendered prior to the opening of the insolvency proceeding cannot be reclaimed.

The fact that services rendered prior to the opening of insolvency proceedings may only be asserted as ordinary unsecured insolvency claims serves mainly the purpose of avoiding an exposure of the insolvency estate. Such exposure could in particular result from the fact that the administrator would otherwise need to first reject the further performance of the contract to avoid preferential claims against the insolvency estate and would then have to conclude the same agreement at potentially worse conditions.

Invalidity of Termination Clauses, Sec. 119 InsO

Contractual agreements excluding or limiting the applicability of the insolvency administrator's option right under Sec. 103 et seq. InsO are invalid. In its judgment dated 15 November 2012, the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof, BGH*) has, with regard to agreements regarding continuing obligations, clarified that termination clauses linked to an insolvency event (*insolvenzabhängige Lösungsklausel*) jeopardize the administrator's right to choose between performance or non-performance and, thus, are invalid. This applies in particular to clauses which grant the parties the right to terminate an agreement for cause if the respective other party has filed for insolvency or if (preliminary) insolvency proceedings have been opened over the respective party's assets. On the other hand, termination clauses linked to non-insolvency events (*insolvenzunabhängige Lösungsklausel*), e.g. termination rights for default of obligations, initiation of enforcement measures in the assets of the other party, breach of essential contractual obligations or the occurrence of a significant deterioration of the financial situation of the other party, are usually deemed to be in line with legal regulations.

Sonderbestimmungen für einzelne Vertragstypen

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

Erlöschen von Verträgen, §§ 115 – 117 InsO

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

Entzug des Wahlrechts, §§ 106, 107 InsO

Vorbehaltlich etwaiger Anfechtungsrechte wird für bereits vor der Insolvenzeröffnung eingetragene Vormerkungen dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht entzogen, § 106 InsO. Derartig eingetragene Vormerkungen sind somit insolvenzfest. Die durch die Vormerkung gesicherten Ansprüche müssen vollständig aus der Insolvenzmasse bedient werden. Die Insolvenzfestigkeit gilt auch für das Anwartschaftsrecht des Käufers in der Insolvenz des Verkäufers, wenn die Parteien einen Eigentumsvorbehalt vereinbart haben, § 107 InsO.

Fortbestehen bestimmter Schuldverhältnisse – Besondere Rücktritts- und Kündigungsrechte, §§ 108 InsO

Für Mietverträge über unbewegliche Gegenstände sowie für Arbeits- und Dienstverträge ordnet das Gesetz auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens deren Fortbestand an, § 108 InsO. Ansprüche aus diesen Verträgen, die vor Eröffnung des Verfahrens entstanden sind, sind als

Exceptional provisions for different types of agreements

The insolvency laws provide for special provisions regarding certain types of agreements, which supersede or modify the administrator's option right:

Expiry of Agreements, Sec. 115 – 117 InsO

Save for very limited exceptions, assignments, agency agreements or powers of attorney relating to the insolvency estate terminate upon opening of insolvency proceedings by operation of law. Claims regarding an agreed remuneration or reimbursement of expenses can only be filed as non-preferential claims with the insolvency schedule.

Withdrawal of the Right of Choice, Sec. 106, 107 InsO

Subject to any avoidance rights, regarding priority notices (*Vormerkung*) registered prior to the opening of insolvency proceedings the administrator is deprived of his option right, Sec. 106 InsO. Hence, such priority notices are insolvency-resistant (*insolvenzfest*). Any claims secured by a priority notice must be fully compensated from the insolvency estate. The insolvency-remoteness further applies to the purchaser's expectant right (*Anwartschaftsrecht*) in the event of the insolvency of the seller, if the parties have agreed on a retention of title (*Eigentumsvorbehalt*), Sec. 107 InsO.

Continuance of Certain Agreements – Special Termination and Rescission Rights, Sec. 108 InsO

By law, lease agreements on immovable property as well as employment and service agreements are continued despite the opening of insolvency proceedings, Sec. 108 InsO. Any claims which arose prior to the opening of insolvency proceedings from such agreement have to be filed as ordinary

Insolvenzforderungen geltend zu machen; danach entstehende Ansprüche sind hingegen Masseverbindlichkeiten. An die Stelle des Insolvenzverwalterwahlrechts treten für diese Vertragstypen besondere Kündigungs- und Rücktrittsrechte.

Im Mietvertragsrecht wird dem Insolvenzverwalter unabhängig von den vertraglichen Regelungen ein Sonderkündigungsrecht von drei Monaten zum Monatsende eingeräumt. Im Falle einer Insolvenz des Mieters können sowohl der Verwalter als auch der Vermieter vom Vertrag zurücktreten, wenn das Mietobjekt zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht überlassen war. Tritt der Verwalter vom Vertrag zurück, kann der Vermieter wegen vorzeitiger Beendigung des Vertragsverhältnisses als Insolvenzgläubiger Schadenersatz verlangen. In der Insolvenz des Mieters wird dem Vermieter das Recht zur Kündigung des Mietverhältnisses wegen vorinsolvenzlichen Verzugs der Mietzahlung oder wegen einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners versagt, sog. Kündigungssperre, § 112 InsO.

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

unsecured insolvency claims. Claims which arise after the opening of insolvency proceedings, however, are preferential claims. Instead of the option right, the insolvency administrator is granted special termination and rescission rights for these types of agreements.

The law on lease agreements grants the insolvency administrator a special termination right providing for a notice period of three months to the end of the month, irrespective of the contractual termination provisions. In case of the insolvency of the lessee, both the administrator and the lessor may withdraw from the agreement, if the rental property has not already been handed over at the time of the opening of the proceedings. If the administrator withdraws from the agreement, the lessor may request damage claims for the premature termination as an ordinary unsecured creditor. During the lessee's insolvency, the lessor cannot terminate the lease agreement based on pre-insolvency default of rental payments or because of a deterioration in the financial situation of the lessee, so called termination lock (*Kündigungssperre*), Sec. 112 InsO.

With regard to the laws on employment and service agreements, the administrator is also granted the right to terminate the underlying agreement at three months' notice to the end of the month, regardless of any agreed or applicable statutory notice period. Employees who would be subject to longer notice periods or are irredeemable under their employment or labor agreements may assert damage claims as ordinary unsecured creditors in the amount of the remuneration and fringe benefits they would have received if regular notice periods had been applicable. For employees whose employment agreements are irredeemable the amount of the damage claim is, however, limited to the amount calculated on the basis of the longest notice period applicable under statutory law.

Ihre Ansprechpartner

Sollten Sie zu dieser Publikation noch mehr Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die folgenden Ansprechpartner:



Dr. Marco Wilhelm
Partner, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 2731
mwilhelm@mayerbrown.com



Dr. Malte Richter,
LL.M. (Northwestern)
Counsel, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1657
mrichter@mayerbrown.com



Tina Hoffmann
Associate, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1281
thoffmann@mayerbrown.com

Your Contacts

If you have any questions or require specific advice on any matter discussed in this publication, please contact the lawyers listed below:

About Mayer Brown

Mayer Brown is a global legal services organization advising clients across the Americas, Asia and Europe. Our presence in the world's leading markets enables us to offer clients access to local market knowledge combined with global reach.

We are noted for our commitment to client service and our ability to assist clients with their most complex and demanding legal and business challenges worldwide. We serve many of the world's largest companies, including a significant proportion of the Fortune 100, FTSE 100, CAC 40, DAX, Hang Seng and Nikkei index companies and more than half of the world's largest banks. We provide legal services in areas such as banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory and enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

Please visit www.mayerbrown.com for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

Mayer Brown comprises legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe-Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown Mexico, S.C., a sociedad civil formed under the laws of the State of Durango, Mexico; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated legal practices in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. Mayer Brown Consulting (Singapore) Pte. Ltd and its subsidiary, which are affiliated with Mayer Brown, provide customs and trade advisory and consultancy services, not legal services.

"Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

© 2018 The Mayer Brown Practices. All rights reserved.

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

