

Kapitel 3: Aufwandsausgleichsinstitut bei zusätzlichen Kosten in der Schwebezeit

A. Einführung zum Aufwandsausgleichsinstitut

I. Regelungsbedarf bezüglich der Erstattung zusätzlicher Kosten

Bislang wurde die Frage geklärt, wie Befriedigungseinbußen der AVP kompensiert werden können. Es ist jedoch möglich, dass der AVP während der Schwebezeit nicht nur Belastungen durch Einbußen, sondern auch durch zusätzliche Kosten entstehen. Anders als die Befriedigungseinbußen, welche aufgrund von Wertverlusten des Schuldnervermögens ohne ein Zutun der AVP entstehen, handelt es sich bei den zusätzlichen Kosten um Aufwendungen, welche die AVP tätigt. Zu klären ist, unter welchen Voraussetzungen ein Regelungsbedarf zur Neuverteilung dieser Kosten besteht und eine Kompensation erfolgen sollte.

1. Regelungsbedürftigkeit abstrakt

Ein Bedarf für einen Aufwandsausgleich besteht, wenn einer Gläubigergruppe Nachteile aufgrund einer insolvenzrechtlichen Maßnahme aufgebürdet werden und diese Maßnahme zugunsten einer anderen Gläubigergruppe durchgeführt wurde. Aufbürden soll damit in diesem Zusammenhang bedeuten, dass die kostentragende Gruppe und die von der Maßnahme profitierende Gruppe nicht identisch sind. Um die finanziellen Belastungen, die durch das Insolvenzrecht und seine Maßnahmen entstehen, denjenigen Gläubigern zuzuordnen, die durch die Maßnahme begünstigt sind, bedarf es einer Umverteilung der Kosten. Es ist folglich in zwei Schritten zu prüfen, ob die AVP während des Verfahrens Kosten trägt und ob diese auf einer Maßnahme beruhen, welche im Interesse einer anderen Gläubigergruppe erfolgte.

In diesem Punkt besteht ein Unterschied zur Prüfung der Regelungsbedürftigkeit hinsichtlich der zwei Ausgleichsinstitute. Beim Wertausgleichsinstitut war die Frage zu klären, ob die AVP Einbußen erleidet, welche die anderen Gläubiger nicht erleiden. Die ungesicherten Gläubiger besitzen kein Befriedigungsvorrecht und laufen daher nicht Gefahr, dass sich der

Wert eines Sicherungsgegenstandes zu ihrem Nachteil verringert. Und auch die absonderungsberechtigten Gläubiger werden durch Wertschwankungen nicht belastet, weil das Gesetz für sie einen Ausgleich vorsieht und der Anwendungsbereich des § 172 InsO um einige weitere Fälle im Wege der Rechtsfortbildung erweitert wird. Es bestanden daher für die AVP außergewöhnliche Belastungen durch das Warten auf die Verwertungsentscheidung, welche andere Gläubigergruppen nicht zu tragen haben. Zugleich wurde festgestellt, dass die Wertveränderungen des Anspruchs der IVP das Befriedigungsverhältnis zwischen den Gläubigern ändert. Ziel des Wertausgleichsinstituts ist es daher, dass ursprüngliche Verhältnis zwischen den Gläubigern wieder herzustellen. Bezüglich des Aufwandsausgleichsinstituts gelten andere Maßstäbe. Es kommt nicht auf die Frage an, ob die AVP besondere Kosten trägt, welche die übrigen Gläubiger nicht tragen müssen. Und auch die Betrachtung der Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern erübrigt sich, da es nicht um die Höhe von Verwertungserlösen und Wertminderungen von Sicherungsgegenständen geht, sondern um Aufwendungen der AVP. Würde vorschnell die Vermutung aufgestellt werden, dass auch der Aufwandsausgleich davon abhängig ist, dass außergewöhnliche Kosten vorliegen, die nur die AVP und keine anderen Gläubiger zu tragen haben, würde dies nicht zu einem interessengerechten Ergebnis führen. Durch das Aufstellen einer solchen Voraussetzung würden zu viele mögliche Kosten ausgeschlossen werden. – Ein Ausgleich wäre nämlich immer dann entbehrlich, wenn Nachteile vorliegen, die sämtliche Gläubiger betreffen. Dieses Ergebnis kann aber bezüglich der zusätzlichen Kosten nicht richtig sein. Tragen alle Gläubiger durch eine insolvenzrechtliche Maßnahme zusätzliche Kosten, aber profitieren von der Maßnahme nur einzelne Gläubigergruppen, so muss eine Regelungsbedürfnis zum Aufwandsausgleich gerade bejaht werden. Entscheidend ist nicht, wie viele Gläubiger die jeweilige Belastung erfahren, sondern allein, ob die übernommenen Kosten der Durchsetzung der eigenen Interessen dienen oder die Kostentragung für die anderen Gläubiger von Nutzen sind. Denn das Ergebnis des Aufwandsausgleichsinstituts soll es sein, dass diejenigen Gläubiger, die von einer insolvenzrechtlichen Maßnahme profitieren, konsequenterweise auch die durch die Maßnahme hervorgerufenen Kosten tragen.

2. Regelungsbedürftigkeit konkret

Zur Feststellung eines Regelungsbedürfnisses soll überprüft werden, ob die AVP während der Schwebzeit Kosten trägt und diese aufgrund einer insolvenzrechtlichen Maßnahme im Interesse einer anderen Gläubigergruppe getragen werden.

Für die AVP ist der Ausgang der Verwertungsentscheidung bekanntermaßen nicht absehbar. Diese wird allein von der Insolvenzverwaltung getroffen, ohne dass die AVP Einfluss hierauf nehmen kann. Die AVP muss sich bis zur Verwertungsentscheidung leistungsbereit für eine mögliche Geltendmachungsentscheidung halten. Dieser Erhalt der Leistungsbereitschaft erfordert regelmäßig die Aufnahme zusätzlicher Kosten. Welche Kosten dies im Einzelnen sind, ist von der Stellung der AVP als leistungsverpflichtete oder leistungsberechtigte Partei und vom Vertragstyp abhängig.

Als leistungsverpflichtete Partei, zum Beispiel als Verkäuferin bei einer Käuferinsolvenz, können der AVP Bereithaltungskosten durch die Instandhaltung oder Lagerung des Vertragsgegenstandes entstehen. Zudem wartet die AVP in dieser Konstellation auf eine Zahlung (z. B. Kaufpreiszahlung). Muss sie sich zur Überbrückung der Schwebzeit anderweitig finanzielle Mittel besorgen, entstehen ihr bei der Kreditaufnahme zusätzliche Kosten durch Zinsen. Ob es sich auch bezüglich dieser Kosten um Bereithaltungskosten im weiteren Sinne handelt, soll nachfolgend untersucht werden.

Und ist die AVP die leistungsberechtigte Partei, zum Beispiel als Käuferin bei einer Verkäuferinsolvenz, so entstehen ihr Bereithaltungskosten in Bezug auf das vereinbarte Zahlungsmittel, wenn Minuszinsen während der Schwebzeit für die Bereithaltung eines Geldbetrags zu entrichten sind. Die Kosten der Bereithaltung des Zahlungsmittels wird in dieser Arbeit auch als Liquiditätsbereithaltungskosten bezeichnet. Des Weiteren können bei dieser Fallvariante Kosten entstehen, wenn Überbrückungsgeschäfte getätigt werden müssen, während die AVP auf eine Leistung (z. B. Übergabe des Vertragsgegenstandes) der IVP wartet. Es kann daher erforderlich sein, den fraglichen Gegenstand während der Schwebzeit anzumieten und durch die Mietzahlungen von zusätzlichen Kosten betroffen zu sein. Ob auch solche Überbrückungskosten letztlich Kosten zur Bereithaltung der Leistungsfähigkeit der AVP sind und ausgeglichen werden müssen, soll gleichfalls ein Bestandteil der weiteren Untersuchung sein.

Als insolvenzrechtliche Maßnahme, welche die Ursache dafür legt, dass die AVP zusätzliche Kosten aufnehmen muss, kommt die Schaffung eines Schwebzustandes bezüglich des noch nicht erfüllten Vertrags und die

hiermit einhergehende erzwungene Vertragsbindung der AVP an den insolventen Schuldner in Betracht. Von dieser Maßnahme profitieren allein die ungesicherten Gläubiger, da das Verwertungsverfahren hinsichtlich der Verwertungsoptionen neutral bleibt und der Insolvenzverwaltung ausreichend Zeit eingeräumt wird, um die möglichen Optionen zu prüfen und die bestmögliche Verwertung vorzubereiten. Dadurch kann sich schließlich die Verwertungsoption durchsetzen, die den ungesicherten Gläubigern den höchsten Erlös verspricht, welcher quotale an sie verteilt wird. Für die AVP ist die insolvenzrechtliche Maßnahme hingegen nachteilhaft. Weder die gründliche Vorbereitung der Verwertungsentscheidung noch die Höhe der Insolvenzquote bieten ihr einen Vorteil. Bei einer Geltendmachungsentscheidung erhält sie das, was sie auch ohne die Schwebzeit erhalten hätte. Und bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung erfolgt nach der Verrechnung eine quotale Befriedigung der Differenzforderung. In beiden Fällen werden ihre Belastungen durch die Schwebzeit aufgebürdet. - Spitzfindig könnte darauf hingewiesen werden, dass eine höhere Insolvenzquote auch zu einer besseren Befriedigung der Differenzforderung führt und dies günstig für die AVP ist. Doch die Vorbereitungszeit verursacht der AVP derart gravierende Nachteile, dass der Vorteil durch eine leicht höhere Quote im Schatten der aufgebürdeten Belastungen als verschwindend gering bezeichnet werden muss. Es bleibt damit bei der Bewertung, dass die Schwebzeit für die AVP nachteilig ist.

Da es die Gruppe der ungesicherten Gläubiger ist, die von der insolvenzrechtlichen Maßnahme profitiert, die Vertragspartner der noch nicht erfüllten Verträge aber die Kosten der Maßnahme tragen, ist ein Ausgleich notwendig. Sofern keine zivilrechtlichen Lösungsansätze greifen, um eine Zuordnung der Kosten auf die von der Maßnahme begünstigten Gläubiger zu erreichen, ist eine derartige Verteilung über ein neues insolvenzrechtliches Institut in Erwägung zu ziehen.

II. Zivilrechtliche Lösungsansätze

Das Insolvenzvertragsrecht sieht bei Belastungen der AVP mit Kosten, die ihr während der Schwebzeit aufgebürdet werden, keine Aufwandsausgleichsansprüche vor. Zu prüfen ist, ob das allgemeine Zivilrecht Lösungsvorschläge für eine neue Zuteilung der Kosten aufzeigt.

1. Auftragsrecht und Regeln der GoA

Möglicherweise könnte ein Anspruch aus einem Auftragsverhältnis bestehen. In § 670 BGB heißt es: „Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet.“ Allerdings trägt die AVP während der Schwebezeit zusätzliche Kosten, um ihre Leistungsfähigkeit gegenüber der IVP zu erhalten. Sie ist zur Leistung gegenüber der IVP vertraglich verpflichtet und nicht zur Ausführung eines Auftrags von der IVP beauftragt worden. Zudem ist das Insolvenzverfahren ein Vollstreckungsverfahren gegen die IVP, bei dem die Vollstreckung auch im Anliegen der AVP stattfindet. Die Vorschriften des Auftragsrechts, mit der AVP als Beauftragter der IVP, passen nicht zur vorliegenden Situation.

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt man auch bei der Prüfung einer Geschäftsführung ohne Auftrag. Hierunter wird ein Rechtsinstitut verstanden, das jenseits vertraglicher Beziehungen ein altruistisches Handeln belohnt. Da zwischen den Parteien aber ein Vertragsverhältnis besteht, kann ein vollkommen selbstloses Handeln der AVP nicht angenommen werden. Zwar ergreift die AVP Maßnahmen zum Erhalt eines Gegenstandes, der für die IVP bestimmt ist, die AVP ist jedoch zur ordentlichen Leistungserbringung verpflichtet. Darüber hinaus wäre es auch höchst fraglich, ob das vorgenommene Geschäft im Interesse und mutmaßlichen Willen der IVP erfolgte, wenn die Insolvenzverwaltung eine Nichtgeltendmachungsentscheidung trifft. Bezüglich der zusätzlichen Kosten, die der AVP während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung entstehen, greifen somit auch die Regeln der GoA für die Herleitung eines Erstattungsanspruchs nicht.

2. Leistungsstörungenrecht

Fraglich ist, wie das von der AVP abverlangte Warten auf die Verwertungsentscheidung zu bewerten ist. Eventuell könnte die AVP einen Erstattungsanspruch gegen die IVP aus dem Leistungsstörungenrecht geltend machen, wenn die Voraussetzungen zum Verzug des Schuldners (hinsichtlich der IVP als zur Leistung verpflichtete Partei) oder den Verzug des Gläubigers (hinsichtlich der Annahme einer von der AVP angebotenen Leistung durch die IVP) vorliegen. Das Insolvenzrecht äußert sich nicht explizit zur Frage, ob ein Schuldner- oder Gläubigerverzug nach den Re-

geln des BGB im Insolvenzverfahren fortbestehen oder erstmalig eintreten kann.⁵³³ Jedoch lassen sich verschiedene Äußerung der Verfasser der KO zu dieser Thematik finden. Nach deren Verständnis hätten die Vorschriften über das Recht zum Rücktritt vom Vertrag wegen Verzugs in Betracht kommen können, sofern kein insolvenzrechtlicher Regelungskomplex zur Behandlung von zweiseitigen Verträgen kodifiziert worden wäre.⁵³⁴ Doch bevor hieraus auch für das heutige Insolvenzrecht Rückschlüsse gezogen werden sollen, muss berücksichtigt werden, dass zu der damaligen Zeit kein einheitliches Zivilrecht in Deutschland existierte und die Verfasser an dieser Stelle eine Auflistung aller möglichen Eventualitäten für die Behandlung derartiger Verträge aufgezeigt hatten. Es sollte dadurch die Notwendigkeit für ein einheitliches Konkursrecht unterstrichen werden. Unter diesem Gesichtspunkt kann die Passage heute keine fundierten Erkenntnisse liefern. Lediglich einen klarstellenden Charakter hatten folgende Aussagen: „Die Ausführung der Gegenleistung durch diesen (gemeint ist der Verwalter) gibt dem Mitkontrahenten im Allgemeinen keinen Grund, vom Vertrag zurückzutreten.“⁵³⁵ „Es würde von Seiten des Mitkontrahenten offenbar eine Shikane sein, wenn er eine Leistung des Verwalters zurückweisen wollte, die ihm ganz dasselbe gewährt, was er durch die Leistung des Gemeinschuldners haben würde.“⁵³⁶ Die Verfasser der KO halten hier lediglich fest, dass allein die Verfahrenseröffnung oder die Leistung durch den Verwalter keine Gründe für einen Rücktritt liefern⁵³⁷ und reagierten auf Rechtsfragen, welche die damalige juristische Diskussion prägten. Damit erklärt sich auch, dass die Verfasser der KO anmerken, dass ein gesetzlicher Hinweis, wonach das Recht zum Rücktritt vom Vertrag nicht berührt wird (wie er zur damaligen Zeit im internationalen Raum in anderen Konkursordnungen enthalten war) überflüssig sei und nur geeignet wäre, Missverständnisse hervorzurufen.⁵³⁸ Die Ausführungen

533 Die InsO behandelt lediglich die speziellere Frage, wie mit einer Verzögerung der Verwertung durch den Insolvenzverwalter umzugehen ist, § 169 InsO.

534 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 63.

535 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 66.

536 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 67.

537 „...es fragt sich vielmehr nur, ob die Eröffnung des Konkursverfahrens selbst einen Grund zu Aufhebung des Vertrags zugunsten des Mitkontrahenten abgeben soll. Diese Frage muß verneint werden.“, Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 66.

538 „Soweit diese Zusätze dem Kontrahenten das Recht vorbehalten sollen, aus einem vor der Eröffnung des Konkursverfahrens oder unabhängig von diesem begründeten Umstände, z. B. wegen Betruges, Irrtums, Verzugs u.s.w. von dem Vertrag abzugehen, sind sie überflüssig und nur geeignet, Missverständnisse

der Verfasser der KO eignen sich insgesamt nicht dazu die Frage, ob ein Verzug während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung bestehen oder entstehen kann, inhaltlich zu klären.

Und auch die heutige juristische Auseinandersetzung zur Frage des Verzugs während der Schwebezeit ist nur wenig zufriedenstellend. Es wird von *B. Wegener* erörtert, ob Verzugsschäden, die vor Verfahrenseröffnung eingetreten sind, als Masse- oder Insolvenzforderung zu qualifizieren sind.⁵³⁹ Dadurch, dass keine Verzugsschäden nach der Eröffnung des Verfahrens von ihm thematisiert werden, könnte hieraus eventuell abzuleiten sein, dass ein Verzug in diesem Zeitraum von ihm nicht angenommen wird. In diese Richtung könnte auch *Tintelnot* verstanden werden. Dieser unterscheidet die Zeiträume vor und nach der Erfüllungswahl. Er erklärt, dass Verzugsschäden, die vor der Verfahrenseröffnung eingetreten sind (damit auch vor der Verwertungsentscheidung) Insolvenzforderungen sein sollen, während Verzugsschäden, die nach dem Erfüllungsverlangen entstehen, aus der Masse zu befriedigen sind.⁵⁴⁰ Was sich hieraus für die Schwebezeit ableiten lässt, ist jedoch nicht eindeutig zu ermitteln. Der Satz: „Masseschulden begründen Verzugsschäden nur, soweit sie auf den Verzug des Verwalters zurückzuführen sind, was vor seinem Erfüllungsverlangen nicht in Betracht kommt.“⁵⁴¹ kann so verstanden werden, dass während der Schwebezeit ein Verzug möglich ist und auf den Verzugsschaden eine Quote ausgeschüttet wird⁵⁴² oder dass die Verzugsvoraussetzungen in dieser Zeit nicht bestehen.⁵⁴³ Von anderen Autoren wird die Möglichkeit, dass nach Verfahrenseröffnung ein Verzug eintreten kann, ohne eine solche zeitliche Differenzierung allgemein bejaht⁵⁴⁴ und bei einem Annahmeverzug ohne nähere Begründung sodann Ansprüche gegen die Insolvenzmasse aus § 304 BGB angenommen.⁵⁴⁵ Da diese Thematik eine

hervorzurufen. Ein solcher Rücktrittgrund wird nicht berührt...“, Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 66.

539 FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 98; vgl. zur Einstufung auch: *Kübler/Prütting/Bork-InsO/Tintelnot*, § 103, Rn. 228, 271.

540 *Kübler/Prütting/Bork-InsO/Tintelnot*, § 103, Rn. 271, 272.

541 *Kübler/Prütting/Bork-InsO/Tintelnot*, § 103, Rn. 272.

542 Hierfür spricht auch die weitere Aussage: „Vor dem Erfüllungsverlangen eingetretene Verzugsschäden und verfallene Vertragsstrafenansprüche sind daher Insolvenzforderung.“ *Kübler/Prütting/Bork-InsO/Tintelnot*, § 103, Rn. 271.

543 Hierfür spricht die Aussage, dass die Verzögerung dem Verwalter zugerechnet werden können muss. Vgl: *Kübler/Prütting/Bork-InsO/Tintelnot*, § 103, Rn. 272.

544 *Rosenberger*, *BauR* 1975, 233 (234), *Marotzke*, *Gegenseitige Verträge*, Rn. 5.54, 5.91 ff.; kritisch: *Kübler/Prütting/Bork-InsO/Tintelnot*, § 103, Rn. 272.

545 Vgl. *Marotzke*, *Gegenseitige Verträge*, Rn. 5.51, 5.54.

zentrale Bedeutung für die Frage besitzt, ob das Insolvenzrecht um ein Aufwandsausgleichsinstitut erweitert werden muss, sollen die Verzugsvoraussetzungen daher hier im Einzelnen geprüft werden.

a. Schuldnerverzug der IVP

Die AVP wartet auf eine Leistung der IVP, weshalb ein Schuldnerverzug der IVP in Erwägung gezogen werden kann. Gem. § 286 Abs. 1 BGB muss eine wirksame und fällige Forderung vorliegen und keine Einwendungen bestehen. Durch eine Mahnung des Gläubigers, die unter Umständen aber entbehrlich sein kann, kommt der Schuldner in Verzug. Nach § 288 BGB ist dann die Geltendmachung von Verzugszinsen und eines sonstigen Verzugschadens möglich. Der Insolvenzschuldner müsste sich also in rechtswidriger Weise mit der Erfüllung seiner Pflicht aus dem Schuldverhältnis aus einem von ihm zu vertretenen Grund im Rückstand befinden. Dies ist gerade nicht der Fall. Es wird ein Gesamtvollstreckungsverfahren gegen den Insolvenzschuldner betrieben. Wie alle anderen Gläubiger vollstreckt auch die AVP in das Vermögen der IVP. Das die Vollstreckung auch im Anliegen der AVP stattfindet und das Warten auf die Verwertungsentscheidung keine Verzögerung im Sinne eines Verzugs darstellt, wird deutlich, wenn man sich vorstellt, der Vertragspartner des noch nicht erfüllten Vertrags sei der einzige Gläubiger der IVP.⁵⁴⁶ Welche Dauer das Verfahren zur Verwertung und anschließenden Verteilung des Insolvenzvermögens beansprucht, hängt nicht von der IVP ab. Faktoren wie die Komplexität des Unternehmens, die Bewertung des Insolvenzvermögens oder mögliche weiterführende Rechtsstreitigkeiten spielen eine entscheidende Rolle hinsichtlich der Dauer des Verfahrens. Keinesfalls ist eine lange Verfahrensdauer als eine rechtswidrige Verzögerung zu bewerten, die der Schuldner zu vertreten hätte. Und auch die bloße Tatsache, dass gegen die IVP ein Insolvenzverfahren betrieben wird, bietet keinen Spielraum für die Annahme einer Pflichtverletzung durch die IVP.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ Von Wilmowsky, KTS 2011, 453 (469 f.).

⁵⁴⁷ Vgl. Ausführungen zur Verneinung einer Pflichtverletzung des Insolvenzschuldners: von Wilmowsky, KTS 2011, 453 (468 f.).

b. Gläubigerverzug / Annahmeverzug der IVP

Zu denken ist auch an einen Annahmeverzug. Dieser liegt gem. § 293 BGB vor, wenn der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Und nach § 298 BGB besteht bei einem Zug-um-Zug-Geschäft außerdem ein Annahmeverzug, wenn der Gläubiger bereit wäre, die Leistung anzunehmen, nicht jedoch die von ihm geschuldete Gegenleistung erbringt. Das Nichtanbieten der geschuldeten Gegenleistung steht damit einer Nichtannahme der angebotenen Leistung gleich. Sofern ein Annahmeverzug vorliegt, kann die sich nicht in Verzug befindende Vertragspartei nach § 304 BGB Ersatz von Mehraufwendungen verlangen, die sie für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen musste.

Fraglich ist folglich, ob die IVP die ihr angebotene Leistung nicht annimmt. Die Annahme der von der AVP angebotenen Leistung durch die IVP stellt je nach Vertragstyp ggf. keine Pflicht dar, sondern lediglich eine Obliegenheit. Doch ebenso wenig wie das Eröffnen und Betreiben eines Insolvenzverfahrens noch keine Pflichtverletzung beinhaltet, ist hierin auch keine Obliegenheitsverletzung zu erkennen. Und auch eine eventuelle Nichtgeltendmachungsentscheidung ist nicht als Verweigerung der Annahme zu deuten. Die Nichtgeltendmachungsentscheidung beinhaltet lediglich die Entscheidung, dass die IVP ihren Anspruch gegenüber der AVP nicht geltend macht. Die AVP kann gleichwohl weiterhin leisten. Ein Fall des § 293 BGB ist damit nicht gegeben.

Die IVP könnte mit Blick auf § 298 BGB darüber hinaus auch in Verzug geraten, wenn sie zwar zur Annahme der angebotenen Leistung bereit ist, die von der AVP verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet. In diesem Fall ist zu klären, was die Gegenleistung ist, die von der AVP verlangt werden kann und ob diesbezüglich nicht gegebenenfalls doch ein Angebot der IVP bereits mit Verfahrenseröffnung vorliegt. Will man die vertraglich vereinbarte Leistung als die zu beanspruchende Gegenleistung verstehen, so ist darauf hinzuweisen, dass bei einem noch nicht erfüllten Vertrag die Insolvenzverwaltung nicht berechtigt ist die vertraglich vereinbarte Gegenleistung vor der Verwertungsentscheidung zu erbringen. Bei einem solchen Vorgehen könnte der Insolvenzverwalter in Haftung genommen werden. Die vertraglich vereinbarte Gegenleistung darf erst nach einer Geltendmachungsentscheidung an die AVP erbracht werden. Im Falle einer Nichtgeltendmachungsentscheidung steht der AVP nur eine Gegenleistung nach den insolvenzrechtlichen Regeln zu. Auch die insolvenzrechtliche Befriedigung durch Ausschüttung der Insolvenzquote bewirkt,

dass der Anspruch der AVP durch Erfüllung erlischt. Anderenfalls könnte die AVP nach dem Insolvenzverfahren erneut gegen den Insolvenzschuldner vollstrecken. Als Konsequenz dieser beiden Aussagen ergibt sich, dass die ab Insolvenzeröffnung von der AVP zu verlangende Gegenleistung (Zug um Zug gegen Erbringung der eigenen Leistung) nur die insolvenzgemäße Befriedigung ist. Diese Leistung, die Ausschüttung einer Quote, bietet die IVP der AVP ohne Verzögerung an. Schließlich beinhaltet das Insolvenzverfahren ja gerade die Vollstreckung der Forderungen der AVP gegen die IVP. Aus diesem Grund muss bereits die Durchführung des Vollstreckungsverfahrens als ein Angebot i.S.v. § 298 BGB bezüglich der verlangten Gegenleistung verstanden werden bzw. dieses ersetzen.

Liegt beispielsweise eine Insolvenz des Leistungsberechtigten vor, so kann die AVP den Vertragsgegenstand je nach Vertragstyp überlassen bzw. übereignen und erhält die Insolvenzquote auf den vereinbarten Preis. Es steht ihr bereits ab Eröffnung frei, die eigene Leistung sofort zu erbringen, Zug um Zug gegen Erhalt der Insolvenzquote. Und im Falle der Insolvenz des Leistungsverpflichteten wird der Übereignungsanspruch bzw. Gebrauchsgewähranspruch der AVP zunächst in einen Geldbetrag umgerechnet. Dies ergibt sich aus § 45 Satz 1 InsO, wonach alle Forderungen, die nicht auf Geld gerichtet sind, mit dem Wert geltend zu machen sind, der für die Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschätzt werden kann. Die von der AVP zu verlangende Leistung ist dann ab Insolvenzeröffnung nicht der Vertragsgegenstand, sondern eine Insolvenzquote auf die in einen Geldbetrag umgewandelte Forderungen gegen die IVP. In beiden Fallvarianten ist die Leistung, welche die AVP verlangen kann, eine quotale Befriedigung, welche ihr ab Verfahrenseröffnung angeboten wird.

Es ist folglich ein Angebot für die Gegenleistung gegeben. Eine Verzögerung trat diesbezüglich nicht ein. Da die Voraussetzungen für die Verzugsvorschriften nicht vorliegen ist ein Annahmeverzug der IVP abzulehnen.

3. Stellungnahme zum Leistungsstörungsrecht

Die zusätzlichen Belastungen, welche der AVP während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung entstehen, können nicht durch die Rechtsinstitute des Auftragsrechts oder Leistungsstörungsrechts auf die ungesicherten Gläubiger umverteilt werden. Der AVP stehen bezüglich der während der Schwebezeit anfallenden Bereithaltungskosten keine Erstattungsansprüche aus dem allgemeinen Zivilrecht zu.

War schon vor der Insolvenzeröffnung ein Annahmeverzug der IVP eingetreten, steht der AVP für die Zeit vor der Eröffnung ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 304 BGB für die Kosten zur Aufbewahrung und zur Erhaltung des geschuldeten Gegenstands zu. In der Solvenz endet der Verzug erst, sobald die erforderliche Mitwirkungshandlung, zum Beispiel das Anbieten der verlangten Gegenleistung, nachgeholt wird. Bei einer Insolvenz führt die Verfahrenseröffnung zu einer Beendigung des Annahmeverzugs, da nun eine insolvenzrechtliche Leistung angeboten wird. Doch die Situation der AVP verbessert sich hierdurch nicht. Es häufen sich weiterhin Kosten an. Die Bereithaltungskosten könnten ggf. durch einen Tausch der vollen Leistung gegen eine Insolvenzquote verringert werden, doch ist dies für die AVP ebenfalls nachteilig. Obwohl auch das Insolvenzvertragsrecht diesen Tausch als ungerecht betrachtet, wie sich bereits aus der Existenz des § 103 InsO entnehmen lässt,⁵⁴⁸ werden der AVP keine tauglichen Mechanismen angeboten, um sich von den Belastungen während der Schwebzeit zu befreien. Aus diesem Grund soll untersucht werden, welche Möglichkeiten für eine Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts bestehen.

III. Perspektiven für eine Fortentwicklung - Ausgleich von Aufwendungen

Das Insolvenzrecht kennt keinen Erstattungsanspruch der AVP für die während der Schwebzeit aufgebürdeten Kosten. Möglicherweise existiert jedoch für ähnlich gelagerte Fälle bereits eine Regelung, die für eine Fortentwicklung des Insolvenzrechts eine Orientierungshilfe bieten kann. Angesprochen sind auch hier Regelungen zum Schutz der absonderungsberechtigten Gläubiger. Das Insolvenzrecht begegnet den Fällen einer verzögerten Verwertung von Sicherungsgütern mit einem Zinsanspruch gem. § 169 InsO. Der Zinsanspruch soll Nachteile, die durch Zeitablauf auftreten, kompensieren. Der Anspruch besitzt nach seinem Inhalt und seiner Funktion den Charakter einer Entschädigung.⁵⁴⁹ Ziel ist es, einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass der gesicherte Gläubiger wegen des in § 166 InsO normierten Verlusts seines Einzelverwertungsrechts im Interesse der übrigen Gläubiger häufig geraume Zeit auf die ihm zustehenden Verwer-

548 Vgl.: *von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (463, 464); *Windel*, JURA 2002, 230 (232); *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 2.21.

549 BGH, Urt. v. 16.02.2006 - IX ZR 26/05 = NJW 2006, 1873, Rn. 18.

tungserlöse warten muss.⁵⁵⁰ Für die AVP, die zwar ein gesicherter Gläubiger ist (gesichert durch den Wert des Anspruchs der IVP), aber nicht zum Kreis der absonderungsberechtigten Gläubiger zählt, besteht dieser Anspruch auf Zahlung laufender Zinsen nicht. Es bleibt zu überdenken, ob eine Fortentwicklung des Insolvenzrechts durch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 169 InsO im Wege einer Analogie möglich ist oder ein neues insolvenzrechtliches Aufwandsausgleichsinstitut gebildet werden sollte. Insgesamt gilt, dass für eine Weiterentwicklung ein Blick auf die dem Insolvenzrecht innewohnenden Regelungsprinzipien als auch jene außerhalb des Insolvenzrechts bestehenden Prinzipien zu werfen ist.

Die nachfolgende Untersuchung behandelt die Insolvenz des Leistungsberechtigten als auch den umgekehrten Fall der Insolvenz des Leistungsverpflichteten. Da die Art der Kosten, welche die AVP während der Schwebezeit zum Erhalt ihrer Leistungsfähigkeit und zur Überbrückung der Schwebezeit aufbringen muss, wesentlich von dem mit der IVP abgeschlossenen Vertragstyp abhängig ist, wird zwischen Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch und den Dauerschuldverhältnissen unterschieden.

B. Insolvenz des Leistungsberechtigten – Bereithaltungskosten

Dieser Abschnitt behandelt die Insolvenz des Leistungsberechtigten. Es soll bezüglich Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch am Beispiel der Käuferinsolvenz und bezüglich Dauerschuldverhältnisse am Beispiel der Mieterinsolvenz untersucht werden, welche zusätzlichen Belastungen der AVP als leistungsverpflichtete Partei während der Schwebezeit durch das Insolvenzverfahren aufgebürdet werden und ob ihr diesbezüglich ein Anspruch auf Aufwandsausgleich gewährt werden sollte.

I. Verträge mit einmaligen Leistungsaustausch – am Beispiel der Käuferinsolvenz

Bei der Käuferinsolvenz besitzt die IVP einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache. Die AVP besitzt einen Zahlungsanspruch

⁵⁵⁰ BGH, Urt. v. 16.02.2006 - IX ZR 26/05 = NJW 2006, 1873, Rn. 13; BGH, Urt. v. 20.02.2003 - IX ZR 81/02 = ZIP 2003, 632 (636).

gegen die IVP. Die während der Schwebezeit anfallenden Kosten der AVP werden in dieser Arbeit auch als Bereithaltungskosten bezeichnet.

1. Bereithaltungskosten der AVP als Verkäuferin

Da der Ausgang der Verwertungsentscheidung für die AVP ungewiss ist, muss sie sich für die Dauer der Schwebezeit für eine mögliche Geltendmachungsentscheidung bereithalten. Dies ist mit Aufwendungen zum Erhalt des Vertragsgegenstandes verbunden. Zudem bedeutet das Warten auf eine Verwertungsentscheidung durch die Insolvenzverwaltung auch, dass sie ggf. ein Geschäft zur Überbrückung der Schwebezeit aufnehmen muss und ihr auch hierdurch Kosten entstehen, die ihr bei einer sofortigen Verwertung des schuldnerischen Anspruchs erspart geblieben wären. Auch diese Kosten könnten der Tatsache geschuldet sein, dass sich die AVP für eine Verwertungsentscheidung durch die Insolvenzverwaltung bereithält. Es sind somit zwei Teilbereiche zu unterscheiden: zum einen Kosten, die im Zusammenhang mit der Leistungspflicht der AVP stehen, also dem Anspruch der IVP auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache und zum anderen Kosten, die mit der erwarteten Leistung der IVP, also dem Anspruch der AVP auf Kaufpreiszahlung, in Verbindung stehen.

a. Kosten zum Erhalt des Vertragsgegenstandes

Die AVP kann nicht abschätzen, ob die IVP die angebotene Leistung abnehmen wird oder nicht. Aufgrund der Ungewissheit bleibt der AVP nichts anderes übrig, als sich für die gesamte Dauer der Schwebezeit leistungsbereit zu halten, denn sie muss damit rechnen, dass seitens der IVP die Erfüllung des Vertrags jeder Zeit verlangt werden könnte.⁵⁵¹ Würde sie im Falle einer Geltendmachungsentscheidung nicht leisten können, würde sie sich schadensersatzpflichtig machen.

Bezieht sich die Leistungspflicht der AVP als Verkäuferin auf einen körperlichen Gegenstand, so entstehen der AVP Kosten, die dem Erhalt der Sache dienen, denn nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB hat ein Verkäufer die Sache dem Käufer frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Zu denken ist an Kosten durch Wartung und Instandhaltung, Lagerkosten zum

551 Diese Problematik der Ungewissheit ebenfalls ansprechend: *Obermüller*, ZInsO 2013, 476 (481); *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 25.

Schutz vor Umwelteinflüssen wie Oxidation, Feuchtigkeit oder Sonneneinstrahlung sowie eventuelle weitere erforderliche Schutzmaßnahmen. Und auch bei Einhaltung aller Vorsichtsmaßnahmen können Reparaturkosten anfallen, wenn durch Zeitablauf unvermeidliche Mängel entstehen, zum Beispiel, wenn ein Materialverschleiß eintritt. Gerade bezüglich Automobilen entstehen bereits nach kurzer Dauer sog. Standschäden, wenn die Sache nicht benutzt wurde. Und bezüglich Tieren entstehen laufende Unterhaltskosten wie Futter-, Stall- und Tierarztkosten.

Aber auch wenn eine Sachqualität des Kaufgegenstandes fehlt und ein Rechtskauf nach § 453 Abs. 1 BGB bezüglich eines sonstigen Gegenstandes vereinbart wurde, entstehen der AVP regelmäßig Kosten, die dem Erhalt des Kaufgegenstandes dienen. Solche sonstigen Gegenstände können Softwareprogramme sein, die häufig über Datennetze geliefert werden. Zu denken ist aber auch an Informationen z. B. aus Online-Datenbanken sowie sonstige digitale Güter, wie aus dem Internet geladene Musik, Videos und Texte.⁵⁵² Diesbezüglich können Kosten zum Erhalt der Sache durch benötigte Serverkapazitäten entstehen. Möglich sind auch Kosten zur Aktualisierung und Fortentwicklung eines Computerprogramms⁵⁵³ oder zur Markenmeldung und Rechtserhaltung. Auch an ggf. zu leistende Lizenzgebühren ist zu denken. Die Auflistung ließe sich sowohl für körperliche als auch unkörperliche Gegenstände erweitern.

Bereithaltungskosten können über die genannten Beispiele hinaus ferner auch in Form von Überwachungskosten auftreten, zum Beispiel bezüglich gefährlicher Stoffe und Chemikalien, aber auch zum Schutz des körperlichen oder geistigen Eigentums vor Diebstahl und Cyberkriminalität.

Bislang wurden die Fälle betrachtet, in denen die AVP als Verkäuferin im Besitz des Kaufgegenstandes war. Auch das Gegenteil kann der Fall sein. Wurde der Vertragsgegenstand noch nicht erworben, so entstehen der AVP keine Kosten zum Erhalt oder zur Überwachung des Vertragsgegenstandes. Dies bedeutet aber nicht, dass die AVP bei einem Leerverkauf keine Risiken durch die Schwebezeit erleidet. Sofern der Marktpreis für den Vertragsgegenstand steigt, erhöhen sich die Beschaffungskosten. Im Falle einer Geltendmachungsentscheidung entstehen der AVP Nachteile durch die erhöhten Kosten zur Eindeckung. Diese Kosten sind gleichfalls verfahrensbedingte Belastung und sollten kompensiert werden. Würde man dies anders sehen, so würde sich die AVP letztlich bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens immer umgehend mit der vereinbarten Leistung

552 Beispiele von Jauernig-BGB/Berger, § 453 Rn. 11.

553 Beispiele nutze von Wilmowsky: *von Wilmowsky*, ZInsO 2011, 1473 (1476).

vollständig eindecken, diese einlagern und sonstigen Erhaltungsaufwand betreiben, nur um sich über den Aufwandsausgleichsanspruch schadensfrei halten zu können, da ihr anderenfalls bei einem Leerverkauf keine Erstattung zustände. Dies wäre ökonomisch und ökologisch nicht sinnvoll. Daher ist eine Übertragung der Ergebnisse zu einem gedeckten Verkauf auch auf einen ungedeckten Verkauf vorzunehmen.

b. Kosten zur Überbrückung der Schwebezeit

Neben den Kosten, die dem Erhalt des Vertragsgegenstands dienen, trägt die AVP ggf. auch Kosten zur Überbrückung der Schwebezeit. Als Verkäuferin wartet die AVP auf eine Zahlung der IVP. Im Falle einer Geltendmachungsentscheidung erhält sie die Kaufpreiszahlung und im Falle einer Nichtgeltendmachungsentscheidung eine insolvenzgemäße Befriedigung durch Verwertung ihrer Sicherheit (den Vertragsanspruch der IVP) und Ausschüttung einer Quote auf die Restforderung. In beiden Verwertungsoptionen wartet die AVP auf Liquidität, doch wann ihr diese zufließt, bleibt ungewiss, da die Verwertungsentscheidung allein durch die Insolvenzverwaltung und nach deren Entscheidungskriterien getroffen wird. Gegebenenfalls muss sich die AVP daher zur Überbrückung der Schwebezeit finanzielle Mittel in Höhe des Wertes ihrer Sicherheit anderweitig besorgen. Auch das Eingehen eines Kreditvertrags ist aufgrund der Verpflichtung zur Zinszahlung mit zusätzlichen Kosten verbunden. Nimmt die AVP Kosten auf, um sich ersatzweise Liquidität zu verschaffen, so ist auch dies eine Handlung, die dem Bereithalten während der Schwebezeit und einer eventuellen Vertragserfüllung mit der IVP dient.

c. Folge der Schwebezeit und erzwungenen Vertragsbindung

Die Bereithaltungskosten, also Aufwendungen zum Erhalt und zum sonstigen Schutz des Vertragsgegenstandes sowie die Kosten zur Überbrückung der Schwebezeit, müssten mit der Schwebezeit und der erzwungenen Vertragsbindung im Zusammenhang stehen. Während die Belastungen der AVP durch einen Wertverlust des schuldnerischen Anspruchs allein durch Zeitablauf entstehen, beruhen die Bereithaltungskosten auf einem Handeln der AVP. Dieser Umstand erfordert es, ein größeres Augenmerk auf die ursächlichen Zusammenhänge zwischen der insolvenzrechtlichen Maßnahme und den Belastungen zu legen.

Die Aufwendungen bezüglich des Vertragsgegenstandes würden der AVP erspart bleiben, wenn eine Verwertungsentscheidung sofort zum Beginn des Verfahrens feststehen würde. Bei einer Geltendmachungsentscheidung käme es zu einem Gefahrübergang und bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung könnte der Vertragsgegenstand einem anderen Interessenten angeboten werden. Doch in einem Insolvenzverfahren, das über jeden Vertrag im Stadium des § 103 InsO eine einzelne Verwertungsentscheidung vorsieht und damit eine intensive Vorbereitung der Verwertung voraussetzt, wird der AVP das Warten auf die Verwertungsentscheidung durch die Insolvenzverwaltung abverlangt, denn während der Schwebezeit ist der AVP die Einzelzwangsvollstreckung in das Vermögen der IVP verwehrt. Auch in sonstiger Hinsicht hat sie keine adäquate Möglichkeit, sich von diesen zusätzlichen Kosten zu befreien. Das Ausüben einer vertraglichen Lösungsklausel, um zeitnah einen Neuabschluss mit einem anderen Marktteilnehmer zu avisieren und den Vertragsgegenstand alsbald zu übereignen, ist der AVP nicht gestattet.⁵⁵⁴ Sollte die AVP Erhaltungsmaßnahmen während der Schwebezeit unterlassen, zum Beispiel indem sie keine Einlagerung der Waren zum Schutz vor Umwelteinflüssen vornimmt, drohen ihr im Falle eine Geltendmachungsentscheidung erhebliche Kosten durch eine Neubeschaffung und sie trägt zudem das Risiko, sich schadensersatzpflichtig zu machen, wenn eine Wiederbeschaffung nicht oder nur verspätet möglich ist.⁵⁵⁵

Kritik könnte dahingehend geäußert werden, dass der AVP ein Tausch der vollen Leistung gegen Erhalt einer Quote möglich ist. Durch Erfüllung ihrer Leistungspflicht gegenüber der IVP, also das Herbeiführen des Gefahrübergangs durch Übergabe und Übereignung der Kaufsache, kann sie sich von notwendigen Aufwendungen zum Erhalt des Vertragsgegenstandes befreien. Das Insolvenzrecht versagt der AVP nur einen Einzelzugriff in das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung ihrer eigenen Forderung, nicht aber die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit gegenüber der IVP. Dies gilt auch dann, wenn die Insolvenzverwaltung beabsichtigt, eine Nichtgeltendmachungsentscheidung zu treffen.⁵⁵⁶ Da aber in der großen Mehrheit der Verfahren nur eine geringe Insolvenzquote zu erwarten ist,

554 Zur Unwirksamkeit von Lösungsklauseln siehe: BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11= NJW 2013, 1159.

555 Regelmäßig liegt die Höhe der Aufwendungen, die zum Schutz des Vertragsgegenstandes getätigt werden, unter den Kosten einer Neubeschaffung und sind daher keine unverhältnismäßigen Ausgaben. Aus diesem Grund verstößt die AVP auch nicht gegen eine Schadensminderungspflicht.

556 *Von Wilimowsky*, KTS 2012, 285 (313); *Marotzke*, *Gegenseitige Verträge*, Rn. 5.51.

ist der Tausch der vollen Leistung gegen die Insolvenzquote für die AVP typischerweise mit Verlusten verbunden. Nur in besonders gelagerten Fällen könnte sich die vollständige Leistungserbringung gegen eine Quote für die AVP lohnen. Etwa wenn die AVP an einer Übereignung und Übergabe ein besonderes Interesse hat, z. B. weil sie Verkäufer gefährlicher Chemikalien ist, sie einen Überwachungs- und Sicherungsaufwand vermeiden will⁵⁵⁷ und ggf. andere Kaufinteressenten nicht zeitnah ausfindig zu machen sind. Doch diese Ausnahme darf nicht verallgemeinert werden und die AVP keinesfalls generell zu einem solchen Tausch gedrängt werden. Vor allem darf aus dem Einwurf auch nicht geschlussfolgert werden, dass die AVP verfahrensbedingte Belastungen leicht vermeiden könne, da auch dieses Vorgehen ebenfalls finanzielle Nachteile hervorruft.

Auch diese Kosten der Kreditaufnahme entfielen, wenn keine Schwebzeit mit erzwungener Vertragsbindung erzeugt werden würde. Angenommen, die Verträge würden am Tag der Insolvenzeröffnung vertragsgemäß erfüllt werden, so erhielte die AVP ihre Zahlung umgehend und es bedürfte keines Kredits zur Überbrückung einer Schwebzeit. Und bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung am Tag der Insolvenzeröffnung oder der Möglichkeit einer Vertragslösung durch Lösungsklauseln wäre der AVP ein neuer Vertragsabschluss mit einem anderen Marktteilnehmer umgehend möglich. Auch in den zwei letztgenannten Fällen erhielte die AVP durch einen Neuabschluss mit einem anderen Marktteilnehmer zügig die vereinbarte Kaufpreiszahlung. Doch durch den Schwebzustand und der erzwungenen Vertragsbindung wird sie handlungsunfähig. Solange noch keine Verwertungsentscheidung getroffen ist, kann sie weder die Vertragserfüllung mit der IVP einfordern noch einen Abschluss mit einem anderen Kontrahenten vornehmen. Das Warten auf eine Kaufpreiszahlung führt zu Liquiditätsengpässen. Die ihr fehlende Liquidität ist die Konsequenz daraus, dass während der Schwebzeit volle Leistungsfähigkeit gegenüber der IVP abverlangt wird. Nimmt die AVP einen Kredit auf und entstehen ihr damit zusätzliche Kosten, so sind auch dies Belastungen, die durch eine Maßnahme hervorgerufen wurden, die im Interesse der ungesicherten Gläubiger erfolgte.

557 Dieses Beispiel zu gefährlichen Stoffen wird auch von *Marotzke* genutzt, mit dem Hinweis darauf, dass es keine Rechtsvorschrift gibt, welche der AVP die Leistungserfüllung verwehrt, auch wenn die Insolvenzverwaltung die Nichterfüllung wählt: *Marotzke*, *Gegenseitige Verträge*, Rn. 5.51, vgl. auch: *Von Wil-mowsky*, KTS 2011, 453 (467).

Es könnte auch bezüglich des angestrebten Ausgleichs dieser Kosten eine Kritik verlautbart werden, indem darauf hingewiesen wird, dass auch die ungesicherten Gläubiger auf die Ausschüttung der Insolvenzquote und damit auf Liquidität warten müssen. Auch ihnen können Liquiditätsengpässe entstehen, wodurch eine Kreditaufnahme erforderlich wird und sie durch Zinsenzahlungen belastet werden. Mit dieser Anmerkung könnte die Behauptung verbunden sein, dass es sich bezüglich der Belastung der AVP bei der Liquiditätsbeschaffung um einen Nachteil handelt, von dem auch andere Gläubiger betroffen sind und der damit nicht mit der Schwebezeit des noch nicht erfüllten Vertrags in Verbindung steht. Zu beachten ist aber, dass den ungesicherten Gläubigern kein Einzelverwertungsrecht bezüglich einer Sicherheit entzogen wird und ihnen nicht im Interesse einer anderen Gruppe ein Warten auf die Verwertung des Sicherungsgegenstandes durch die Insolvenzverwaltung abverlangt wird. Ganz im Gegenteil ist die Vorbereitung der Verwertungsoptionen gerade in ihrem Sinne. Dieser Aspekt wurde auch bereits beim Regelungsbedürfnis für ein Aufwandsausgleichsinstitut angesprochen. Während bei dem Institut des Wertausgleichs ein Regelungsbedarf verneint wurde, wenn alle Gläubiger gleichermaßen von einem Nachteil betroffen sind, gilt beim Aufwandsausgleichsinstitut ein anderer Maßstab. Es kommt nicht darauf an, wie viele Gläubiger einen Nachteil erfahren (z. B. Belastungen aufgrund einer Kreditaufnahme), sondern allein darauf, in wessen Interesse die kostenverursachende Maßnahme (die Schaffung des Schwebezustandes zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung) erfolgte. Die Tatsache, dass auch andere Gläubiger Belastungen durch eine Liquiditätsbeschaffung tragen, ist nicht geeignet, um den Zusammenhang zwischen der Eröffnung eines Schwebezustands über den noch nicht erfüllten Vertrag und den Bereithaltungskosten der AVP zu widerlegen und einen Aufwandsausgleich abzulehnen.

2. Nachteilskompensation durch Aufwandsausgleichsinstitut

Die Bereithaltungskosten der AVP während der Schwebezeit sollten die ungesicherten Gläubiger tragen und zwar unabhängig davon, ob eine Geltendmachungsentscheidung oder Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen wird. Denn das Entstehen und die Höhe dieser Kosten sind vom Ausgang der Verwertungsentscheidung unabhängig, da der AVP bis zum Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung immer die volle Leistungsfähigkeit abverlangt wird, ganz gleich, auf welche Weise der Anspruch der

IVP letztlich verwertet wird. Es ist zu betonen, dass die Kosten so hoch ausfallen können, dass sich auch ein ursprünglich für die AVP vorteilhaftes Rechtsgeschäft durch das Aufsummieren zusätzlicher Kosten in ein Verlustgeschäft wandeln kann. Auch dies gilt unabhängig vom Ausgang der Verwertungsentscheidung. Zu einem Verlustgeschäft aufgrund hoher zusätzlicher Kosten kann es für die AVP sowohl dann kommen, wenn eine Geltendmachungsentscheidung getroffen wird und die AVP ohne ein Aufwandsausgleichsinstitut ausschließlich die vertraglich vereinbarte Gegenleistung von der IVP erhält, als auch wenn eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen wird und die AVP den Kaufgegenstand an einen anderen Marktteilnehmer zum Marktpreis veräußern kann.

Zwei Beispiele sollen die Gefahren aufgrund hohe Kosten zum Erhalt des Vertragsgegenstandes verdeutlichen:

Die gewöhnlichen monatlichen Ausgaben für ein Pferd liegen erfahrungsgemäß zwischen 300 Euro und 700 Euro, wobei die Kosten auch hier im Einzelfall z. B. bei Krankheiten noch mal deutlich höher ausfallen können. Der Verkaufspreis eines Fohlens beginnt in der Regel bei ca. 2000 Euro, wobei dies lediglich der Umsatz und nicht der Gewinn ist. Sollte die AVP ein Jahr auf eine Verwertungsentscheidung warten müssen, so würden die gewöhnlichen Unterhaltskosten von 3600 bis 8400 Euro den Kaufpreis bei Weitem übersteigen. Im Falle der Geltendmachungsentscheidung erhielte die AVP die vertraglich vereinbarte Zahlung von 2000 Euro. Im Falle der Nichtgeltendmachungsentscheidung wird die AVP nach den insolvenzrechtlichen Regeln befriedigt. Durch die Nichtgeltendmachungsentscheidung wird sie von ihrer Leistungspflicht gegenüber der IVP befreit und kann das Pferd einem anderen Interessenten zum Kauf anbieten. In beiden Fällen trägt sie jedoch die Bereithaltungskosten in voller Höhe. Ganz gleich wie die Verwertungsentscheidung ausfällt, wird die AVP durch die Verfahrensdauer massiv belastet. Bezüglich des hier aufgezeigten Beispiels könnte auch eingewandt werden, dass das Pferd einen Wertzuwachs erfahren hätte. Je nach Einzelfall und Alter des Pferdes wird häufig aber auch das Gegenteil der Fall sein und der Wert stagnieren oder ein Wertverlust eintreten, wenn das Pferd nicht alsbald veräußert wird. Selbstverständlich ist unter Umständen auch an Nutzungen zu denken, die sich die AVP ggf. entgegenhalten lassen muss.

In einem weiteren Beispiel soll angenommen werden, dass die AVP einen Kaufvertrag (oder Werklieferungsvertrag) über ein Metalltor mit der IVP abgeschlossen hat und im Besitz des bereits hergestellten, aber bezüglich Witterungsschäden noch unbehandelten Tores ist. In diesem Fall kann das Tor beim Warten auf die Verwertungsentscheidung Rost-

schäden erleiden. Will sie die Schäden vermeiden, muss die AVP das Metalltor kostenpflichtig vor Umwelteinflüssen geschützt lagern. Sobald die Verwertungsentscheidung getroffen wird, erhält sie ihre volle oder insolvenzrechtliche Befriedigung. Gleichwohl bleibt sie durch die Kosten für das Bereithalten der Ware weiterhin belastet.

Zuletzt soll auch für die Überbrückungskosten ein Beispiel aufgezeigt werden. Es wird unterstellt, die AVP erhält von ihrem Zulieferanten Werbeartikel, die sie nach individuellen Vorgaben bedruckt und weiterverkauft. Gegenüber der IVP hatte sie sich zur Übereignung von einer Million Kugelschreibern verpflichtet. Typisch für derartige Verträge ist eine knapp kalkulierte Gewinnmarge von wenigen Cent pro Artikel. Das Geschäft rentiert sich für die AVP durch den Einkauf und schnellen Weiterverkauf großer Mengen. Sollte sie allerdings geraume Zeit auf die Kaufpreiszahlung warten müssen und gezwungen sein, einen Kredit aufzunehmen, damit sie die Forderungen ihrer Zulieferer begleichen kann, so können die Belastungen durch die Kreditzinsen nach einiger Zeit höher ausfallen als der zu erwartende Gewinn aus dem Weiterverkauf an die IVP.

Diese Beispiele dienen dazu, die Notwendigkeit der Fortentwicklung des Insolvenzrechts für einen Ausgleich der Bereithaltungskosten aufzuzeigen und die Unabhängigkeit der zusätzlichen Kosten vom Ausgang der Verwertungsentscheidung zu verdeutlichen. Hierin besteht ein Unterschied zum Wertausgleichsinstitut. Der Wertverlust der Sicherheit tritt für die AVP nur bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung belastend zutage und bedarf daher nur bei dieser Verwertungsform einer Kompensation. Im Falle einer Geltendmachungsentscheidung ist ein Wertverlust des Anspruchs der IVP für die AVP irrelevant und führt zu keiner Belastung, da sie die vertraglich vereinbarte Gegenleistung erhält.

Im Schrifttum bestehen teilweise andere Ansätze und ein anderes Vokabular zur Einordnung der Belastungen der AVP während der Schwebezeit. *Von Wilmowsky* zeigt auf, dass sich Belastungen durch Zeitablauf ergeben, wenn die AVP Aufwendungen während der Schwebezeit tätigt, welche sich als vergeblich erweisen, sofern sich die Insolvenzverwaltung entscheidet, den Vertrag nicht geltend zu machen.⁵⁵⁸ Das hierzu gebildete Beispiel für einen vergeblichen Aufwand der AVP lautet wie folgt: „Hatte sich die AVP zur Übereignung von 100 X-Aktien verpflichtet und deckt sie sich entsprechend ein, kann sie bei Nichtgeltendmachungsentscheidung der Insolvenzverwaltung einen Verlust erleiden, und zwar dann, wenn der

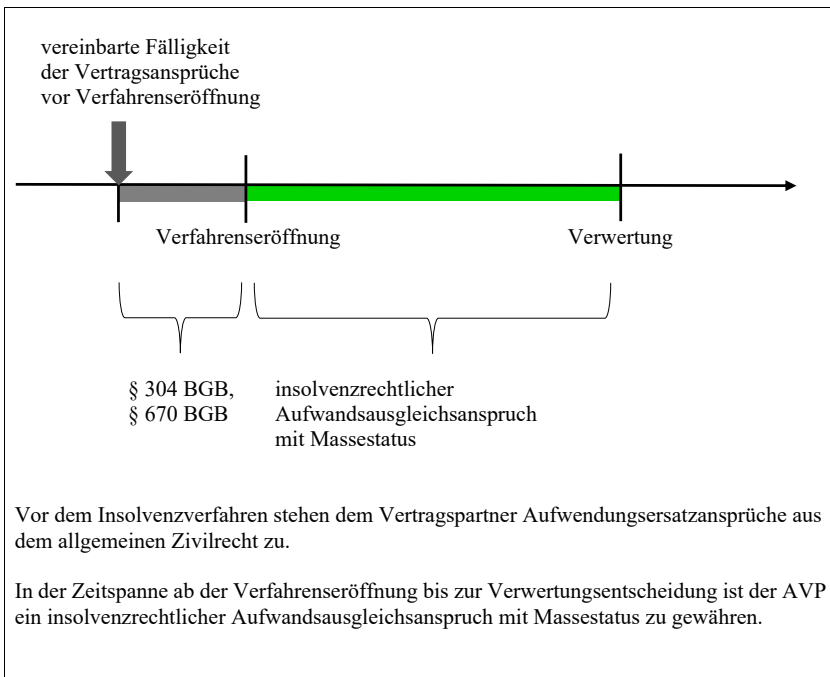
558 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (458); Kübler/Prütting/Bork-InsO/*von Wilmowsky*, § 104 Rn. 25.

Marktpreis der X-Aktie inzwischen gefallen ist.⁵⁵⁹ Der Aufwand wird bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung ein vergeblicher. Der Verlust der AVP ist in diesem Beispiel vom Marktpreis abhängig. Dies weicht von den in dieser Arbeit vorgenommenen Denkweisen ab, wonach Belastungen durch Marktpreisschwankungen im Rahmen des Wertausgleichsinstituts behandelt werden. (Wertschwankungen können zu Befriedigungseinbußen führen, wenn sich der Wert des Vertragsanspruchs der IVP, welcher der AVP als Sicherheit dient, während der Schwebezeit verringert.) Demgegenüber sollen unter Aufwendungen jene Kosten verstanden werden, die dem Erhalt des Vertragsgegenstandes dienen und damit die Leistungsfähigkeit der AVP sichern. Zusätzlich kann die AVP beim Warten auf eine Leistung der IVP auch mit Kosten zur Überbrückung der Schwebezeit belastet sein. Diese Kosten, die zusammenfassend als Bereithaltungskosten bezeichnet werden, sollen im Rahmen eines Aufwandsausgleichsinstituts Beachtung finden.

3. Auswirkung des Fälligkeitszeitpunkts für das Entstehen des Aufwandsausgleichsanspruchs

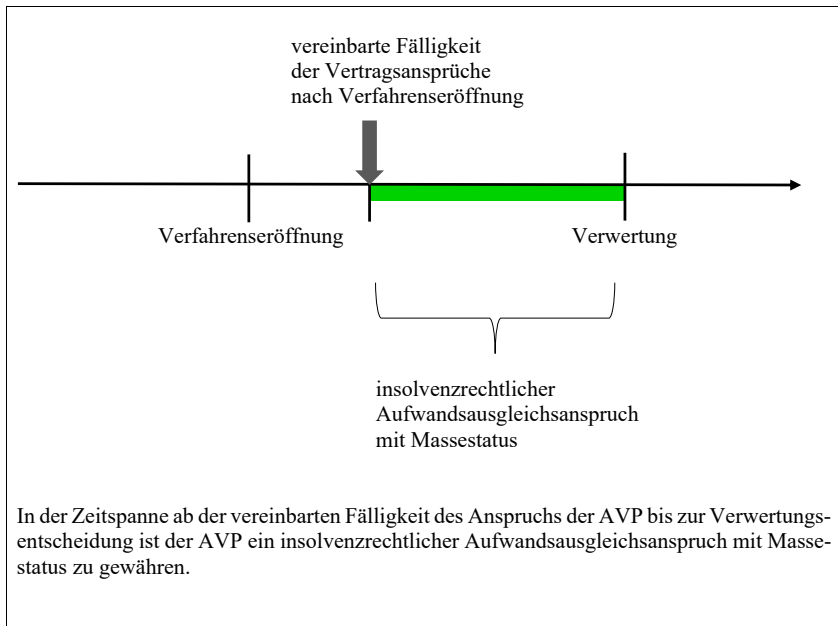
War der Vertragsanspruch der AVP bereits zur Zeit der Solvenz des Vertragspartners fällig geworden, so gewährt das allgemeine Zivilrecht bei Vorliegen aller weiteren Voraussetzungen Erstattungsansprüche. Gemäß § 304 BGB sollen beispielsweise Mehraufwendungen eines Verkäufers kompensiert werden. Und ab Verfahrenseröffnung sollte der AVP ein insolvenzrechtlicher Aufwandsausgleichsanspruch zur Verfügung stehen.

559 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 25.



Ein leicht abgewandeltes Bild ergibt sich, wenn der Anspruch der AVP entsprechend der vertraglichen Vereinbarungen zu einem Zeitpunkt fällig wird, der nach der Verfahrenseröffnung liegt. In diesem Fall steht der AVP ein Aufwandsausgleichsanspruch nur für die Zeit zwischen der Fälligkeit und der Verwertung zu. Zwar besagt der § 41 InsO, dass noch nicht fällige Forderungen ab Verfahrenseröffnung als fällig gelten, allerdings darf diese Fiktion⁵⁶⁰ nicht dazu verleiten, der AVP in der Insolvenz Ansprüche zu gewähren, die sie bei der Solvenz des Vertragspartners (noch) nicht besäße. Deshalb ist für das Bestehen des Aufwandsausgleichsinstituts auf die vertraglich vereinbarte Fälligkeit abzustellen.

⁵⁶⁰ HeidelbKomm-InsO/Marotzke, § 41 Rn. 13.



Sollte die Verwertungsentscheidung getroffen werden, bevor der Anspruch der AVP fällig geworden ist, so besteht konsequenterweise kein Aufwandsausgleichsanspruch der AVP gegen die ungesicherten Gläubiger. Aufwendungen, die beispielsweise zur Erhaltung des Vertragsgegenstandes getätigt werden, gehören vor der Möglichkeit einer Vertragserfüllung zum allgemeinen und vertraglich übernommenen Risiko eines Leistungsverpflichteten.

4. Argumente und Orientierung für ein Aufwandsausgleichsinstitut

Nachfolgend soll betrachtet werden, welche Argumente für einen Ausgleich der Bereithaltungskosten ins Feld geführt werden können.

a. Grundsatz des Verwertungsrechts bezüglich der Bereithaltungskosten

Bezüglich des Ausgleichs der Bereithaltungskosten könnten Argumente greifen, die sich auf den insolvenzrechtlichen Grundsatz der Verfahrenskostenzuteilung stützen und das Fortführungsgebot näher beleuchten.

aa. Verfahrenskostenzuweisung unter Beachtung des Fortführungsgebots

Für ein Aufwandsausgleichsinstitut streiten zwei Leitgedanken, die sich aus der erzwungenen Vertragsbindung der AVP als auch dem insolvenzrechtlichen Fortführungsgebot ergeben. Beide Argumentationsstränge bestätigen die Annahme, dass es sich bei den Bereithaltungskosten der AVP um Verfahrenskosten handelt.

In der Solvenz kann die AVP ohne Zeitverzug in das Vermögen des Vertragspartners vollstrecken und es entständen ihr keine Bereithaltungskosten. Gleiches gilt, wenn ein Gesamtvollstreckungsverfahren betrieben wird und am Tag der Verfahrenseröffnung eine Verwertungsentscheidung feststände. Sie würde die vereinbarte Leistung gegen Erfüllung des Vertragsanspruchs der IVP oder eine insolvenzgemäße Befriedigung und die Möglichkeit der Veräußerung des Vertragsgegenstandes an einen anderen Marktteilnehmer erhalten. Zu den Bereithaltungskosten der AVP kommt es allein deswegen, weil das Insolvenzverfahren Zeit benötigt, um eine optimale Verwertungsentscheidung vorzubereiten. Diejenigen Gläubiger, die von dem Verfahren profitieren, insbesondere der Schaffung einer Schwebezeit mit erzwungener Vertragsbindung der Vertragspartner aus § 103 InsO, sollen die Kosten des Verfahrens tragen.

Und noch ein weiterer Punkt soll ins Auge gefasst werden. Angenommen die AVP wäre bei einem Insolvenzverfahren die einzige Gläubigerin, so würde sie abwägen, ob sie ein zeitintensives Verfahren führt, das ihr möglicherweise mehr Kosten verursacht als Nutzen bringen kann. Die AVP würde berücksichtigen, dass die Bereithaltungskosten so hoch ausfallen könnten, dass auch die Geltendmachungsentscheidung und vollständige Leistungserbringung durch die IVP nicht verhindern kann, dass sich das Vertragsverhältnis für sie als Verlustgeschäft entpuppt. In einem Gesamtvollstreckungsverfahren mit mehreren Gläubigern besitzt die AVP diese Entscheidungsfreiheit jedoch nicht. Das Interesse der AVP ist dem gesamtheitlichen Interesse der Gläubigerschaft unterworfen. Dies zeigt sich bereits darin, dass der AVP keine Einflussnahme auf die Verwertungsentscheidung gestattet ist und auch die Ausübung von Lösungsklauseln verwehrt wird, um sich von der Leistungspflicht gegenüber der IVP zu befreien. Wird ein Verfahren im Gesamtinteresse der Gläubigerschaft geführt und dabei die Interessen einzelner Beteiligter übertönt, so dürfen die Bereithaltungskosten nicht bei der AVP verbleiben, sondern müssen den Gläubigern zugeteilt werden, in deren Interesse das Verfahren geführt wird.

Dieses Ergebnis wird darüber hinaus durch eine Betrachtung des insolvenzrechtlichen Fortführungsgebots gestützt. Das Insolvenzrecht beabsichtigt mit dem Gebot zur Fortführung des Unternehmens eine Neutralität bis zur Verwertungsentscheidung hinsichtlich der Verwertungsoptionen einer Stilllegung oder Fortführung, um so die bestmögliche Verwertung des Schuldnervermögens zu ermöglichen. Laufende Kosten und Aufwendungen, die für die Fortführung des reibungslosen Betriebs des Unternehmens notwendig sind, werden aus dem Insolvenzvermögen beglichen und von den Gläubigern getragen. Diese Posten zählen zweifellos zu den Verwertungs- bzw. Verfahrenskosten. Die Bandbreite der anfallenden Kosten und Aufwendungen ist weit und reicht von Strom-, Wasser- und Gaskosten bis hin zu Instandhaltungskosten, Reparaturen und Wartungsarbeiten bezüglich der Gegenstände des schuldnerischen Unternehmens und einigen mehr. Neben den Fortführungskosten bezüglich schuldneigener Vermögensgegenstände sind zudem regelmäßig auch Kosten für schuldnerfremde Gegenstände zu tragen, wenn eine Sicherungsübereignung stattgefunden hatte. Es ist in Sicherungsverträgen eine etablierte und sinnvolle Absprache, dass nicht der Sicherungsnehmer, sondern der Sicherungsgeber, der weiterhin im Besitz des Gutes ist, die zum Erhalt erforderlichen Aufwendungen trägt, wie beispielsweise Wartungskosten.⁵⁶¹ Diese Kosten werden in der Solvenz vom Sicherungsgeber und in der Insolvenz aus der Insolvenzmasse und damit von den ungesicherten Gläubigern beglichen. Obwohl auch die AVP ein gesicherter Gläubiger ist, gelten die Vorzüge, die ein absonderungsberechtigter Gläubiger genießt, für sie nicht. Denn die AVP ist nicht durch den Vertragsgegenstand gesichert, dessen Bereithalten ihr Kosten verursacht, sondern durch den Wert der Forderung der IVP, dem Vertragsanspruch der IVP, der selbst keine Kosten hervorruft. Aus diesem Grund lassen sich die Feststellungen zur Kostenübernahme beim Sicherungsvertrag nicht direkt auf die Situation eines Vertrags im Stadium des § 103 InsO übertragen. Diese hier erfolgten Ausführungen verschaffen jedoch ein Problembewusstsein und verdeutlichen zugleich, dass sich die Verfahrenskosten nicht abschließend und trennscharf aus §§ 54, 55 InsO herleiten lassen, sondern Randbereiche existieren. Aus diesem Grund sind beispielsweise die Gläubiger auch verpflichtet, Aufwendungen zur Abwendung von Schäden hinsichtlich eines Vertragsgegenstands zu tätigen, den die IVP als Vorbehaltskäuferin vor der

561 Siehe z. B. die vertragliche Absprache, bezüglich der vom Sicherungsgeber zu übernehmenden Wartungskosten: BGH, Urt. v. 30.10.1990 - IX ZR 9/90 = NJW 1991, 353 (355).

Verfahrenseröffnung in Besitz genommen hat, dessen Übereignung aber noch aussteht. Auch bezüglich solcher Gegenstände handelt es sich nicht um Vermögensgegenstände des Schuldners, doch gleichwohl tragen die Gläubiger bis zur Verwertungsentscheidung diverse Erhaltungskosten.

Aus Sicht des Verkäufers kann es vom Zufall abhängen, ob der Vertragsgegenstand vor oder nach Insolvenzeröffnung an den Käufer übergeben wurde. Die weiteren Folgen, bezogen auf die Belastungen der AVP, sind jedoch gravierend. Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: Der Insolvenzschuldner betreibt einen Reitstall. Die Gläubiger zahlen sämtliche Kosten für die Unternehmensfortführung und folglich auch alle Aufwendungen bezüglich der schon im Unternehmen vorhandenen Pferde. Wurde vor der Insolvenzeröffnung ein Kaufvertrag über ein weiteres Pferd geschlossen, die gegenseitigen Hauptleistungspflichten der Parteien aber noch nicht erfüllt, so tragen die Gläubiger für dieses Pferd hingegen keinerlei Kosten. Sämtliche Aufwendungen, welche auf die Zeit entfallen, in der das insolvenzrechtliche Fortführungsgebot gilt, werden der AVP auferlegt.⁵⁶²

Alles in allem könnte der Umgang mit Belastungen der Vertragspartner in den sich gegenüberstehenden Situationen der Solvenz und Insolvenz kaum konträrer sein: Während dem Vertragspartner in der Solvenz nach dem allgemeinen Zivilrecht Erstattungsansprüche zustehen, existieren solche Ansprüche für die AVP nach geltendem Insolvenzvertragsrecht nicht. Darüber hinaus bewirken die Maßnahmen des Insolvenzrechts, die nicht in ihrem Interesse eingeleitet werden, dass die Höhe der Bereithaltungskosten unkalkulierbar wird. Zu bedenken ist, dass es eine gezielte Entscheidung des Gesetzgebers war, bezüglich eines beiderseitig noch nicht erfüllten Vertrags einen Schwebezustand zu erzeugen und bezüglich des insolventen Unternehmens ein Fortführungsgebot anzuordnen. Hierdurch wird das Ziel verfolgt, dass keine Tendenz für eine Verwertungsentscheidung gelegt wird, damit sich schließlich die bestmögliche Option durchsetzen kann. Es wird auch jeweils das gleiche Instrument verwendet, indem ein vor der Insolvenz bestehender Ist-Zustand aufrecht erhalten bleibt: Das laufende Unternehmen wird vorläufig fortgeführt und der noch nicht erfüllte Vertrag bleibt während der Schwebezeit unerfüllt. Wenn nun das Verwertungsverfahren auf das Unternehmen als Ganzes

562 Zu einer leichten Verbesserung der Lage der AVP kommt es, wenn ein Kauf unter Eigentumsvorbehalt geschlossen wurde und die Sondervorschrift des § 107 InsO und anerkannte Analogien zur Anwendung kommen. Diese Unterscheidungen innerhalb des Insolvenzvertragsrechts sind jedoch insgesamt wenig zweckmäßig.

sowie die Verträge im Stadium des § 103 InsO, auf die gleiche Weise Einfluss nimmt, es sich hierbei also beim insolvenzvertragsrechtlichen Schwebzustand um ein Pendant des allgemeinen Fortführungsgebots handelt, so sollten auch die Folgen, die hieran geknüpft werden, die gleichen sein. In beiden Fällen sind die Kosten als Verfahrenskosten zu klassifizieren.

Ein entgegenstehendes System, wie es nach aktueller Rechtslage besteht, widerspricht den gesetzgeberischen Wertungen die mit der Regelung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO getroffen wurde. Die Norm zielt darauf ab, die AVP vor dem als unfair empfundenen Tausch der vollen Leistung gegen Insolvenzquote zu bewahren.⁵⁶³ Je mehr die Bereithaltungskosten durch Zeitablauf aber ansteigen, desto mehr wird die AVP durch die tatsächlichen Umstände dazu gezwungen, den für sie unvorteilhaften Tausch schließlich doch zu akzeptieren. Spätestens wenn die zusätzlichen Kosten derart hoch sind, dass auch eine Geltendmachungsentscheidung für die AVP nicht mehr vorteilhaft ist oder bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung und einem erneuten Vertragsabschluss die Kosten nicht mehr eingeholt werden können, wird sie kein längeres Zuwarten auf die Verwertungsentscheidung verkraften können und sich zum Schutz vor weiterhin ansteigenden Kosten mit der Quote abfinden. Der vom Gesetzgeber beabsichtigte Zweck wird dann nicht erreicht. Soll das Anliegen des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO konsequent umgesetzt werden, so muss die AVP von den Belastungen des Bereithaltens befreit werden. Anderenfalls wird sie zu einem nachteiligen Tausch gezwungen, obwohl der Gesetzgeber einen solchen gerade vermeiden wollte.

Ein Gedankenbeispiel, das schon in ähnlicher Weise *Marotzke* aufgezeigt hat, verdeutlicht ebenfalls die Thematik. Er machte darauf aufmerksam, dass die Lage eines Gläubigers, der den Vertrag mit der IVP seinerseits bereits vollständig erfüllt hat, sich während der Dauer des Insolvenzverfahrens nicht verschlechtert. Der Insolvenzgläubiger wartet ausschließlich auf die Ausschüttung einer Quote. Es kann maximal zu einem vollständigen Forderungsausfall kommen. Zusätzliche Kosten und damit weitere Verluste durch Zeitablauf entstehen ihm hingegen nicht. Während ein Insolvenzgläubiger beim Warten auf die Verwertungsentscheidung damit der Möglichkeit entgegenseht, eine insolvenzrechtliche Befriedigung und damit einen Teil seiner erwarteten Leistung zu empfangen, verschlechtert sich die Lage der AVP zunehmend. Hierin liegt der Knackpunkt. Ein Vertragspartner, der noch Primäransprüche gegen den Insolvenzschuldner

563 Vgl.: von *Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (463, 464); *Windel*, JURA 2002, 230 (232); *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 2.21.

geltend machen kann, sollte aber nicht schlechter gestellt sein als ein Insolvenzgläubiger, der keine Primäransprüche mehr besitzt.⁵⁶⁴

Auch dies spricht dafür, dass die Kosten, die der AVP dadurch entstehen, dass sie den Regeln des Gesamtvollstreckungsverfahrens unterworfen ist und ihr im Interesse der ungesicherten Gläubiger ein Abwarten der Verwertung abverlangt wird, nicht bei ihr verbleiben sollten, sondern auf die ungesicherten Gläubiger umgelegt werden müssen.

Es wird daher dafür plädiert, dass die ungesicherten Gläubiger nicht nur die bisher anerkannten Fortführungskosten, sondern auch die Bereithaltungskosten der AVP als Kosten des Verfahrens zu tragen haben. Um dies zu erreichen, ist ein Aufwandsausgleichsanspruch zugunsten der AVP im Gesetz aufzunehmen.

bb. Anmerkung zum Verteilungsrecht

Die insolvenzrechtliche Befriedigung der AVP wird durch die Übernahme zusätzlicher Kosten nicht beeinträchtigt. Die auf die AVP entfallende Quote (bei Nichtgeltendmachungsentscheidung) oder die vereinbarte Gegenleistung (bei Geltendmachungsentscheidung) bleiben wertmäßig unverändert, auch wenn Bereithaltungskosten entstanden sind. Anders als bei der Frage nach dem Umgang mit Belastungen durch Wertverluste des schuldnerischen Vertragsanspruchs wird bezüglich der verfahrensbedingten Aufwendungen das Insolvenzverteilungsrecht nicht berührt. Aus diesem Grund können Leitgedanken zum Verteilungsrecht und der Verteilungsgerechtigkeit⁵⁶⁵ keine Orientierung für eine Fortentwicklung des Insolvenzrechts um ein neues Aufwandsausgleichsinstitut bieten. Sicherlich ist es aus dem Standpunkt von Gerechtigkeitsüberlegungen aus höchst bedenklich, dass der AVP durch die Schwebezeit Kosten aufgebürdet werden, damit die ungesicherten Gläubiger von einer höheren Insolvenzquote profitieren können, weshalb ein vorschneller Bezug zur Verteilungsgerechtigkeit gezogen werden könnte. Tatsächlich wird hier jedoch eine Verwertungsthematik angesprochen: Die zusätzlichen Kosten während der

564 Vgl. *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 5.66 – 5.71; den Überlegungen zustimmend: *von Wilmsky*, KTS 2011, 453 (463, 471); *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 159.

565 Im Gesamtvollstreckungsverfahren ist das Vermögen des Schuldners zu verwerten und aufgrund der unzureichenden Masse eine gerechte Verteilung zwischen den Gläubigern zu beachten. siehe hier: *Weiland*, Par condicio creditorum, S. 12, 13.

Schwebezeit, müssen von den Gläubigern getragen werden, denen durch die Maßnahme eine höhere Verteilungsquote bzw. ein höherer Verwertungserlös beschert wird. Den vom Verwertungsverfahren hervorgerufenen Belastungen ist auch mit Hilfe der Verwertungsregeln zu begegnen.

b. Vergleich mit Schutz für absonderungsberechtigte Gläubiger, § 169 InsO

Für alle am Insolvenzverfahren beteiligten Gläubiger spielt der Liquiditätszufluss eine wichtige Rolle. Das Insolvenzvertragsrecht reagiert auf dieses Bedürfnis mit verschiedenen Regeln. Ist einem Gläubiger bei einer schuldhaft verspäteten Auskehr ein Schaden durch eine kostspielige Refinanzierung entstanden, so steht ihm ein Schadensersatzanspruch nach § 60 InsO zu.⁵⁶⁶ Allerdings stellt dieser Fall eine Ausnahme dar. Der Gesetzgeber erkannte darüber hinaus einen Bedarf für einen verschuldensunabhängigen Nachteilsausgleich zugunsten des absonderungsberechtigten Gläubigers, dem die Verwertungsbefugnis entzogen wurde und der auf die Verwertung des Sicherungsgutes und die Auskehr des Verwertungserlöses warten muss.⁵⁶⁷ Der Verwalter, der über den Zeitpunkt der Verwertung entscheidet, könnte das Sicherungsgut zeitlich unbegrenzt nutzen, was zur Folge hätte, dass das Sicherungsgut an Wert verliert. Denn eine Entwertung des Sicherungsgegenstandes wird auch dadurch hervorgerufen, dass der Absonderungsberechtigte am Zugriff auf das Sicherungsgut gehindert ist und deshalb auf Liquidität verzichten muss.⁵⁶⁸

Primäres Ziel des § 169 InsO ist es daher, dem gesicherten Gläubiger bei einer Verzögerung der Verwertung Liquidität zu verschaffen⁵⁶⁹ bzw. ihm die Möglichkeit zu geben, sich zur Überbrückung der Zeit bis zur Verwertung seine Liquidität anderwärts zu finanzieren.⁵⁷⁰ Durch den Zinsausgleichsanspruch ist ihm die Möglichkeit gegeben, ein Darlehen aufzunehmen, um so den Zeitraum bis zur Verwertung des Absonderungsgutes zwi-

566 Siehe auch: MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 44.

567 Nerlich/Römermann-InsO/Becker, § 169 Rn. 2; BGH, Urt. v. 20.02.2003 - IX ZR 81/02 = ZIP 2003, 632 (636, 637); BGH, Urt. v. 16.02.2006 - IX ZR 26/05 = NJW 2006, 1873, Rn. 13; JaegerKomm-InsO/Eckardt, § 169 Rn. 49, 52.

568 JaegerKomm-InsO/Eckardt, § 169 Rn. 1, 49; MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 1, 2, 10; KölnKomm-InsO/Hess, § 169 Rn. 9.

569 MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 45; vgl. Kübler/Prütting/Bork-InsO/Flöther, § 169 Rn. 2; KölnKomm-InsO/Hess, § 169 Rn. 9.

570 Nerlich/Römermann-InsO/Becker, § 169 Rn. 2.

schenfinanzieren zu können.⁵⁷¹ Zur Begründung heißt es, dass weder der Insolvenzverwalter noch die restlichen Gläubiger davon ausgehen können, dass der Absonderungsgläubiger ohne Kompensation die Gegenstände, die mit Absonderungsrechten belastet sind, zur Verfügung stellt.⁵⁷² Selbst bei Masseunzulänglichkeit sind die Zinszahlungen nach § 169 InsO in voller Höhe zu leisten, denn würde in diesem Fall bei einer Einstufung als Altmasseverbindlichkeit nur eine quotale Befriedigung erfolgen, so würde das Ziel einer Kompensation des Nachteils verfehlt werden.⁵⁷³

Für die AVP, die nicht nach §§ 49, 50, 51 InsO zum Kreis der absonderungsberechtigten Gläubiger zählt, findet § 169 InsO keine Anwendung, obwohl auch die AVP eine durch den Wert des Vertragsanspruchs der IVP gesicherter Gläubiger ist und ihr der Zugriff und eine eigenständige Verwertung ihrer Sicherheit aufgrund des Verbots der Einzelzwangsvollstreckung nach § 89 InsO verwehrt ist. Sie hat ebenso wie ein absonderungsberechtigter Gläubiger auf eine Verwertung durch die Insolvenzverwaltung zu warten und kann sich erst nach der Verwertungsentscheidung befriedigen. Durch den Zeitablauf ist die AVP ebenfalls belastet. Sie muss sich zur Überbrückung der Schwebezeit ihre Liquidität anderweitig verschaffen und darüber hinaus Aufwendungen zum Erhalt des Vertragsgegenstandes tätigen. - Trotz all dieser Parallelen ist eine Rechtsfortbildung im Wege eines Analogieschlusses jedoch abzulehnen. Der Gesetzgeber hat ganz gezielt nur die absonderungsberechtigten Gläubiger im Wortlaut aufgenommen. Diese Entscheidung spiegelt sich auch in der Verortung der Norm im dritten Abschnitt der Insolvenzordnung zu den Gegenständen mit Absonderungsrechten wider und der damit deutlich vorgenommenen systematischen Abgrenzung zum Abschnitt über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte. Und schließlich spricht auch der über die Gesetzesmaterialien erkennbar zum Ausdruck kommende Willen des Gesetzgebers gegen eine solche Analogie. Die Materialien beziehen sich allein auf absonderungsberechtigte Gläubiger und lassen keine Rückschlüsse zu, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Norm auch für andere Gläubigergruppen eröffnen wollte.⁵⁷⁴ Zulässig ist diese Form der Rechtsfortbildung nur, wenn anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber den betreffenden Sachverhalt bei vollständiger Tatsachenkenntnis und fehlerfreier Umsetzung seines Wil-

571 MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 2.

572 MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 48.

573 MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 48.

574 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 194 (= § 169 InsO).

lens geregelt hätte.⁵⁷⁵ Die Interessenslagen der Sicherungsnehmer und der Vertragspartner der unerfüllten Verträge sind zwar in mehreren Punkten vergleichbar, die Lebenssachverhalte jedoch insgesamt so unterschiedlich, dass hier keine Fortführung des erkennbaren gesetzgeberischen Willens angenommen werden kann. Statt einer Analogie sollte eine Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts mit Orientierung an § 169 InsO in Erwägung gezogen werden.

Die Argumente, welche der Gesetzgeber für die Regelung zugunsten der Absonderungsberechtigten aufzeigt, könnten auch Berechtigung für die AVP entfalten und damit das Vorhaben für eine Erweiterung der Insolvenzordnung um ein neues Aufwandsausgleichsinstitut unterstützen. Im Regierungsentwurf für eine Insolvenzordnung findet sich die Erklärung, dass vermieden werden muss, dass der Absonderungsberechtigte einen Schaden dadurch erleidet, dass die Verwertung des Sicherungsgutes im Interesse einer Unternehmensfortführung oder einer Gesamtveräußerung hinausgeschoben wird.⁵⁷⁶ Es wird deutlich, dass sich eine Verzögerung der Verwertung, gleich aus welchem Grund, nicht zum Nachteil des absonderungsberechtigten Gläubigers auswirken darf. Deshalb unterscheidet der Wortlaut des § 169 Satz 1 InsO auch nicht danach, ob der Insolvenzverwalter überhaupt in der Lage war, das Sicherungsgut bis zum Berichtstermin zu verwerten⁵⁷⁷ oder ob es ein besonderes Interesse für das Aufschieben der Verwertung gab. Der Gesetzgeber erkannte, dass es vorkommen kann, dass der Verwalter einen berechtigten Grund hat, die Verwertung aufzuschieben und gibt bezüglich dieses Interessenskonflikts zugleich eine Bewertung ab, indem er den absonderungsberechtigten Gläubigern auch in dieser Fallvariante einen Zinsanspruch einräumt.⁵⁷⁸ Durch die Zinszahlung soll der Insolvenzverwalter zu einer zügigen Verwertung und Befriedigung des Absonderungsberechtigten angehalten werden und zugleich sollen die Belastungen dieser Gläubiger, die durch Zeitablauf entstehenden, kompensiert werden.⁵⁷⁹ Mit Blick auf die AVP ist

575 *Schmidt*, *VerwArch* 2006, 139 (158).

576 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 194 Abs. 3 RegE (= § 169 InsO).

577 Jedoch eine einschränkende Auslegung befürwortend und eine Nachteilsausgleichspflicht nur annehmend, wenn der Verwalter eine reale Verwertungsmöglichkeit nicht genutzt hatte: *KölnKomm-InsO/Hess*, § 169 Rn. 22.

578 Vgl. RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 194 Abs. 3 RegE (= § 169 InsO).

579 *MünchKomm-InsO/Kern*, § 169 Rn. 2, 45; *Kübler/Prütting/Bork-InsO/Flöther*, § 169 Rn. 2.

festzustellen, dass gleichfalls die Verwertung ihrer Sicherheit im Interesse der ungesicherten Gläubiger hinausgeschoben wird. Durch die Schaffung eines Schwebbezustands wird beabsichtigt, den Verwertungserlös bei einer Unternehmensfortführung oder einer Gesamtveräußerung unverfälscht zu erhalten. Zugleich ist das Warten auf eine Verwertungsentscheidung über den Vertrag im Stadium des § 103 InsO für die AVP mit Belastungen verbunden. Auch ihr bleibt eine frühzeitige Befriedigung aus ihrer Sicherheit verwehrt und zusätzlich hat sie Aufwendungen zu tätigen. Im Sinne einer Kontinuität der richtungsweisenden Wertungen des Gesetzgebers muss auch bezüglich der AVP die Aussage zutreffen, dass eine hinausgeschobene Verwertung sich nicht zu ihrem Nachteil auswirken darf. Der Schutz, welcher den Absonderungsberechtigten zugutekommt, ist auch der AVP zu gewähren. Und eine Zinszahlungspflicht wäre gleichfalls auch bezüglich beiderseitig noch nicht erfüllter Verträge geeignet, um eine zügige Verwertung zu unterstützen. Nicht nur der Grundgedanke, dass es eines Ausgleichs bedarf, wenn der gesicherte Gläubiger im Interesse der ungesicherten Gläubiger „geraume Zeit auf die ihm zustehenden Verwertungserlöse warten muss“⁵⁸⁰, passt auf die Situation der AVP, auch die einzelnen Argumente sind inhaltlich übertragbar. Und schließlich lässt sich ein Erstrechtsschluss bilden, der die Notwendigkeit einer Erweiterung des Insolvenzvertragsrechts abschließend unterstreicht: Dem Absonderungsberechtigten wird ein Zinszahlungsanspruch zugesprochen, obwohl die Verwertung durch die Insolvenzverwaltung für ihn auch Vorteile beinhaltet. Durch die Verwertungsmöglichkeiten des Verwalters hinsichtlich einer Sachgesamtheit kann im Vergleich zur Einzelverwertung regelmäßig ein höherer Verwertungserlös erzielt werden. Hiervon profitiert auch der absonderungsberechtigte Gläubiger. Für die AVP besteht ein solcher Vorteil nicht. Sie profitiert weder vom Goodwill des Unternehmens, dem Wert der Sachgesamtheit oder dem Verhandlungsgeschick der Insolvenzverwaltung. Zudem ist die AVP nicht nur durch die Kosten zur Überbrückung der Schwebzeit belastet, sondern muss, anders als ein absonderungsberechtigter Gläubiger, zusätzlich auch noch Aufwendungen zum Erhalt des Vertragsgegenstandes tätigen. Da für die AVP eine Verwertung durch die Insolvenzverwaltung keine Vorteile bereithält und sie durch das Warten auf die Verwertungsentscheidung unter Umständen sogar noch stärker belastet ist als ein absonderungsberechtigter Gläubiger, sollten ihr die durch das Insolvenzverfahren aufgebürdeten Nachteile erstrecht erstattet werden.

580 Vgl.: BGH, Urt. v. 16.02.2006 - IX ZR 26/05= NJW 2006, 1873, Rn. 13; BGH, Urt. v. 20.02.2003 - IX ZR 81/02 = ZIP 2003, 632 (636).

Nun, da festgestellt wurde, dass ein Bedarf zur Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts mit Orientierung an den gesetzlichen Wertungen des § 169 InsO besteht, stellt sich die Frage nach der genauen Ausgestaltung dieses Aufwandsausgleichsinstituts. Schon der Zinszahlungsanspruch zugunsten der Absonderungsberechtigten stößt zum Teil auf Bedenken. Nach § 169 InsO sind die „geschuldeten Zinsen“ zu entrichten. Die Höhe des Zinszahlungsanspruchs wird vom Gesetz nicht näher präzisiert und richtet sich in erster Linie nach den Zinsen, welche der Gläubiger aus dem Schuldverhältnis mit dem Schuldner beanspruchen konnte, und beim Fehlen vertraglicher Absprachen nach den kraft Gesetz geschuldeten Verzugszinsen.⁵⁸¹ Die Höhe der Verzugszinsen ist im Laufe der vergangenen Jahrzehnte zunehmend gestiegen. Der BGH sieht es für sachgerecht an eine Mindestverzinsung von 4 % anzusetzen und verweist darauf, dass dies auch dem Wert des gesetzlichen Verzugszinssatzes bei Inkrafttreten der InsO entspricht.⁵⁸² Nach Auffassung des BGH würde eine Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen in der heutigen Höhe von 6 – 9 % den Insolvenzverwalter davon abhalten, im Interesse einer Unternehmensfortführung oder einer Gesamtveräußerung die Verwertung von mit Absonderungsrechten belasteten Gegenständen aufzuschieben.⁵⁸³ Da dies aber gerade das Ziel der Vorschrift ist, wirkt die Kritik verfehlt und die Argumentation dreht sich sprichwörtlich im Kreis. Wenngleich es eine diskutierbare Lösung zu sein scheint, die Höhe des Anspruchs für Verzugszinsen zu begrenzen, damit die Insolvenzverwaltung nicht um jegliche Handlungsfähigkeit beraubt wird, soll dieser Streit bezüglich der widerstreitenden Interessen der absonderungsberechtigten Gläubiger und der ungesicherten Gläubiger hier nicht entschieden werden. Die Auseinandersetzung offenbart, dass die beabsichtigten Ziele einer zügigen Verwertung und Befriedigung des gesicherten Gläubigers sowie die Reduzierung der verfahrensbedingten Belastungen tatsächlich erreicht werden. Für die AVP könnte aber ein alternativer Lösungsweg herangezogen werden. Um den Belastungen der AVP während der Schwebzeit zu begegnen, sollten ihr keine Zinsen ausbezahlt werden, sondern stattdessen die tatsächlich angefallenen Kosten von den ungesicherten Gläubiger getragen werden. Die Kosten, welche die AVP notwendigerweise zum Erhalt des Vertragsgegenstandes aufnehmen

581 Vgl. JaegerKomm-InsO/Eckardt, § 169 Rn. 12 ff.; MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 34, 37; BGH, Urt. v. 16.02.2006 - IX ZR 26/05 = NJW 2006, 1873, 3. und 4. LS, Rn. 29.

582 BGH, Urt. v. 16.02.2006 - IX ZR 26/05 = NJW 2006, 1873, Rn. 29-31.

583 BGH, Urt. v. 16.02.2006 - IX ZR 26/05 = NJW 2006, 1873, Rn. 29-31.

muss, sollen ihr vollständig erstattet werden. Des Weiteren sind Kosten zu berücksichtigen, die durch eine Kreditaufnahme entstehen, wie Zinszahlungen, wenn die AVP auf eine Zahlung der IPV wartet und vorübergehend zur Überbrückung der Schwebezeit einen Kredit aufnehmen musste. Ebenso wie Aufwendungen nicht in unbegrenzter Höhe getätigt werden dürfen, sondern diese dem Merkmal der Erforderlichkeit genügen müssen, sind auch bezüglich einer Kreditaufnahme Beschränkungen gegeben. Die Höhe des aufgenommenen Kredits darf den Wert des Vertragsanspruchs der IVP nicht überschreiten, denn nur in dieser Höhe ist die AVP gesichert und nur bis zu diesem Wert könnte sie im Falle einer Nichtgeltendmachungsentscheidung eine Befriedigung durch Verrechnung erlangen. Eventuelle Liquiditätsgpässe, die über diesen Betrag hinausgehen, stehen nicht mit dem insolvenzrechtlichen Schwebezustand in Verbindung. Anders als in § 169 InsO vorgesehen, soll ein Aufwandsausgleichsanspruch der AVP jedoch bereits ab Verfahrenseröffnung und nicht erst nach dem Berichtstermin Wirkung entfalten.

c. Orientierung an Optionsgeschäften

Ein Vergleich mit den Optionsgeschäften sensibilisiert überdies für die Fortentwicklung des Insolvenzrechts hinsichtlich eines Aufwandsausgleichsinstituts. Die Käuferinsolvenz weist Ähnlichkeiten zu „Call“-Optionen auf. Der Käufer einer „Call“-Option besitzt das Recht, den Optionsgegenstand zum vereinbarten Preis zu erwerben („Long-Call“-Position). Der Verkäufer einer „Call“-Option geht hingegen eine unwiderrufliche Verpflichtung ein und muss den Basiswert liefern, sobald das Optionsrecht ausgeübt wird („Short-Call“-Position).⁵⁸⁴ Die zu zahlende Optionsprämie dient nicht nur dazu, die erwarteten Marktpreisschwankungen zu kompensieren, sondern stellt auch ein Entgelt für das Einräumen der Option und das Eingehen einer nachteiligen Position dar.⁵⁸⁵ Dies ist ein entscheidender Anknüpfungspunkt für den Vergleich von Optionsgeschäften und Verträgen, die unter § 103 InsO fallen. Der Optionsverpflichtete beabsich-

584 *Hull*, Options, futures, and other derivatives, S. 214, 215; MünchKomm-BGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 70; Kübler/Prütting/Bork-InsO/*von Wilmowsky*, § 104 Rn. 75.

585 *Breker*, Optionsrechts und Stillhalteverpflichtungen, S. 47; *Heussinger/Klein/Raum*, Optionsscheine, Optionen und Futures, S. 64 - 74.

tigt einen Vorteil aus dem Geschäft zu ziehen und falls dies nicht möglich ist, sich zumindest vor finanziellen Belastungen zu schützen.

Für Derivate, die über die Börse gehandelt werden, sind die Modelle zur Berechnung der Prämie festgelegt und nicht individuell verhandelbar. Auch für OTC-Derivattransaktionen, die an sonstigen Handelsplätzen „over the counter“ abgewickelt werden, wurden grundlegende vertragliche Verpflichtungen zwischen den handelnden Parteien in den ISDA Master Agreements festgelegt.⁵⁸⁶ Ziel des Rahmenvertrags ist die standardisierte Abwicklung der OTC-Derivate. Aus diesem Grund wird die Höhe der Prämie bzw. die ihr zugrunde liegenden Faktoren nicht im Wege einzelner Absprachen zwischen den Parteien ausgehandelt, sondern ergibt sich aus standardisierten Berechnungsmethoden.⁵⁸⁷ Schließen allerdings zwei Parteien ein Optionsgeschäft, welches sie im Rahmen der Privatautonomie frei gestalten, so können sie für die Prämie selbstverständlich individuelle Absprachen treffen und auch spezielle Kosten einpreisen, wie Lagerkosten oder sonstige Erhaltungskosten. Der Stillhalter hat sich bis zur Ausübung oder bis zum wertlosen Verfall des Optionsrechts leistungsbereit zu halten, doch je nach Absprachen werden die erwarteten Kosten ausgeglichen und fallen ihm nicht zu Last.

Diese Grundgedanken zu den Optionsgeschäften sollen mit den Verträgen im Stadium des § 103 InsO verglichen und ggf. übertragen werden. War der Insolvenzschuldner die leistungsberechtigte Vertragspartei, so trifft die Insolvenzverwaltung eine Geltendmachungsentscheidung oder Nichtgeltendmachungsentscheidung und wählt, ob der Vertrag wie vereinbart erfüllt wird oder die AVP eine insolvenzgemäße Befriedigung erhält. Die AVP hat, ähnlich wie der Stillhalter eines Optionsgeschäfts, keinen Einfluss auf den Ausgang der Entscheidung. Ob die vereinbarte Leistung abverlangt wird, bleibt bis zum Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung ungewiss. Auch sie muss sich leistungsbereit halten, um im Falle einer Geltendmachungsentscheidung die vereinbarte Leistung an die IVP erbringen zu können. Wäre zwischen den zivilrechtlichen Parteien des noch nicht erfüllten Vertrags ein Optionsrecht geschlossen worden, so hätte die AVP für das Eingehen der nachteilhaften Position eine Prämie erhalten. Möglicherweise wären sogar die Kosten, die ihr durch das Bereithalten entstehen, eingepreist worden.

586 Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 8.242 – 8.244.

587 Vgl. Hull, Options, futures, and other derivatives, S. 234 ff.; Breker, Optionsrechts und Stillhalterverpflichtungen, S. 41; Heussinger/Klein/Raum, Options-scheine, Optionen und Futures, S. 64 - 74.

Zusätzlich zum Vergleich der Rechte und Pflichten der IVP und AVP bestehen auch Entsprechungen zwischen dem Optionsausübungsrecht und dem Verwalterwahlrecht hinsichtlich der Motivation des Berechtigten. Ebenso wie ein Optionsberechtigter erlangt auch die Insolvenzverwaltung einen Vorteil durch die gewonnene Entscheidungszeit. In der Schwebezeit kann die Insolvenzverwaltung die möglichen Verwertungsoptionen prüfen und abwägen. Sie kann sämtliche ihr zugehenden Informationen nutzen und in ihre Entscheidung entfließen lassen. Bedeutsam ist dies beispielsweise, wenn zu Beginn des Verfahrens noch unklar ist, ob der Vertragsgegenstand der AVP für die Fortführung benötigt wird. Sollte die Insolvenzverwaltung am Tag der Verfahrenseröffnung nicht über alle entscheidungsrelevanten Informationen verfügen und daher noch keine Verwertungsentscheidung treffen können, wird sie die durch das Insolvenzrecht eingeräumte Entscheidungsfreiheit dazu nutzen, die Verwertung zu einem späteren Zeitpunkt vorzunehmen. Hierbei nimmt sie in Kauf, dass der AVP zusätzliche Kosten durch Zeitablauf entstehen. Dies gilt auch dann, wenn der Marktpreis konstant blieb. Die Schwebezeit ist bereits durch die „gewonnene“ Zeit für die ungesicherten Gläubiger vorteilhaft und für die AVP nachteilhaft. Dies gilt auch dann, wenn es nicht zu Marktpreisschwankungen gekommen ist. Anders als im Schrifttum teilweise dargestellt, liegt das Kernproblem folglich nicht darin, dass die Insolvenzverwaltung nur die für sie vorteilhaften Verträge geltend macht.⁵⁸⁸ Es ist nicht die Art der Verwertung durch die Insolvenzverwaltung (das Fällen einer Nichtgeltendmachungsentscheidung oder Geltendmachungsentscheidung) die kritisch zu bewerten wäre, sondern der Zeitpunkt, zu dem die Verwertungsentscheidung getroffen wird. Nicht auf das „Wie“ sondern auf das „Wann“ ist bezüglich der Verwertungsentscheidung abzustellen, wenn Anstoß an der aktuellen gesetzlichen Situation und den aufgebürdeten Belastungen der AVP genommen wird.

Die aufgezeigten Ähnlichkeiten zwischen einem Stillhalter aus einem Optionsgeschäft und der Situation der AVP eines Vertrags im Stadium des § 103 InsO regen dazu an, dass Insolvenzvertragsrecht durch einen Aufwandsausgleichsanspruch zu erweitern. Die Kosten, die der AVP durch

588 *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 8.300, 8.301; *Brettbauer/Garbers/Streit*, NZI 2017, 953 (953); *Ehrliche*, ZIP 2003, 273 (279); *Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar*, § 104 Rn. 46; *Bosch*, WM 1995, 365 (367, 368); *Bosch*, WM 1995, 365 (367); *Bosch*, WM 1995, 413 (419); kritisch hierzu: *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmsowsky*, § 104 Rn. 31; *von Wilmsowsky*, ZIP 2012, 401 (407); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.34.

das Verfahren während der Schwebezeit aufgebürdet werden, sollten von den ungesicherten Gläubigern ausgeglichen werden, denn warum die Insolvenzverwaltung ein kostenloses Wahlrecht erhält und die AVP die Belastungen des Bereithaltens allein zu tragen hat, ist nicht nachvollziehbar. Während allerdings die Optionsprämie auf Basis prognostizierter Werte berechnet wird, sollte der Aufwandsausgleichsanspruch der AVP ausschließlich auf die tatsächlich angefallenen Kosten gerichtet sein.

5. Zwischenergebnis zum Aufwandsausgleichsinstitut bei Kaufverträgen

Die Untersuchung zu den Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch zeigte, dass der AVP während der Schwebezeit Belastungen durch Bereithaltungskosten entstehen. Zum einen ist die AVP verpflichtet, den Vertragsgegenstand bereitzuhalten und muss hierfür regelmäßig Aufwendungen zu dessen Erhalt tätigen, zum anderen beinhaltet die Verpflichtung des Bereithaltens, dass die AVP auf Liquidität wartet und sich zur Überbrückung der Schwebezeit möglicherweise mit einem Kredit zwischenfinanzieren muss, wodurch ihr Belastungen aufgrund von Zinszahlungen entstehen. Aus den Grundprinzipien des Verwertungsrechts mit der Kostentragungsregel bezüglich der Verfahrenskosten, aus dem Vergleich mit den in § 169 InsO festgehaltenen Wertungen des Gesetzgebers und aus den Erkenntnissen zu den Optionsgeschäften und deren Reaktion auf Risiken eines Stillhalters ergibt sich, dass die Bereithaltungskosten von den ungesicherten Gläubigern zu tragen sind. Der AVP dürfen nicht länger die Bereithaltungskosten aufgebürdet werden.

Da die Belastungen durch zusätzliche Kosten unabhängig vom Ausgang der Verwertungsentscheidung bestehen, darf auch der Anspruch nicht von der Art der Verwertung abhängig sein. Ein Abstellen auf eine Geltendmachungsentscheidung oder Nichtgeltendmachungsentscheidung, würde anderenfalls zu einer Verteuerung dieser Entscheidungen führen und die angestrebte Neutralität des Insolvenzverwertungsrechts bedrohen. Der Gesetzgeber hat auf diese Problematik zu reagieren und ein Aufwandsausgleichsinstitut im Gesetz aufzunehmen. Um eine Kompensation der Belastungen zu erreichen, muss der Anspruch der AVP Massestatus erhalten.

II. Ergänzungen zu Dauerschuldverhältnissen – am Beispiel der Mieterinsolvenz

Ob der AVP als leistungsverpflichtete Partei eines Dauerschuldverhältnisses ebenfalls zusätzliche Kosten während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung entstehen, soll am Beispiel der Mieterinsolvenz geprüft werden. Es ist hierbei zu untersuchen, ob die Kosten auf Pflichten beruhen, welche die AVP aufgrund des Dauerschuldverhältnisses übernommen hat oder ob ihr Kosten durch das Insolvenzverfahren aufgebürdet werden. Auch das Erfüllungsstadium des Vertrags spielt dabei eine entscheidende Rolle.

1. Verpflichtungen aus dem Dauerschuldverhältnis

Als Vermieter ist die AVP verpflichtet, den Mietgegenstand für die gesamte Dauer des Mietverhältnisses in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Sämtliche Kosten, die aufgewandt werden, damit der Mieter sein Gebrauchsrecht nutzen kann (beispielsweise Wartungs- und Instandhaltungskosten) muss der Vermieter aufgrund des eingegangenen Schuldverhältnisses tragen. Sie werden der AVP nicht durch das Insolvenzverfahren aufgebürdet. Bezüglich dieser Kosten, die auf mietvertraglichen Verpflichtungen des Vermieters beruhen, besteht kein Bedürfnis zur Umverteilung.

Die Mietforderungen des Vermieters, die auf die Schwebzeit entfallen, müssen allerdings eine Rangverbesserung erfahren und vollständig aus der Insolvenzmasse befriedigt werden. Denn anders als bei Verträgen mit einem einmaligen Leistungsaustausch, bei denen eine Leistung auch an einen anderen Marktteilnehmer noch nachgeholt werden kann, besteht bei Dauerschuldverhältnissen nach dem Verstreichen der Vertragszeit keine Möglichkeit mehr, eine Leistung erneut zu erbringen. Während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung hielt der Vermieter den Mietgegenstand für die IVP bereit oder überließ diesen der IVP zu deren Nutzung. Die Rangverbesserung der Vermieterforderungen, die sich auf die Dauer der Schwebzeit beziehen, ergibt sich, wie *von Wilmsowsky* aufzeigte, bereits aus dem verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums.⁵⁸⁹ Nach § 543 Abs. 1 BGB liegt ein Grund zur fristlosen Kündigung vor. Hierdurch können Mietausfälle, die während der Schwebzeit zu befürchten sind, verhindert werden. Doch der Vermieter bleibt durch die Wirkung

⁵⁸⁹ *Von Wilmsowsky*, ZInsO 2004, 882 (886).

der Kündigungssperre aus § 112 InsO an den Vertrag mit dem insolventen Mieter zwangsweise gebunden. Für diese Dauer der Vertragsbindung scheidet eine Vermietung an einen solventen Mieter aus.⁵⁹⁰ Würden die Mietforderungen, die auf die Zeit der erzwungenen Vertragsfortsetzungen entfallen, nicht vollständig befriedigt werden, so wäre die Eigentums-garantie des Art. 14 GG verletzt. Die vom Gesetz vorgeschriebene Bindung ist deshalb nur dann verfassungskonform, wenn der Vermieter für die Dauer, in der die Kündigungssperre wirkt, die vertraglich vereinbarte Gegenleistung erhält. Die Vermieterforderungen sind folglich in den Rang von Masseforderungen zu erheben.⁵⁹¹

2. Bereithaltungskosten der AVP als Vermieterin

Während bei einem Vertragsverhältnis mit einem einmaligen Leistungs-austausch der AVP während der Schwebezeit Kosten zum Erhalt des Ver-tragsgegenstandes aufgebürdet werden, zeichnet sich bezüglich des Lei-stungsverpflichteten aus einem Dauerschuldverhältnis ein anderes Bild ab. Für sämtliche Kosten, die auf den vom Vermieter vertraglich übernom-menen Pflichten beruhen und daher auch in der Solvenz zu erbringen sind, bedarf es keines Ausgleichs. Hierbei handelt es sich nicht um verfahrensbe-dingte Belastungen. Zu betrachten sind ausschließlich Kosten, die nicht bereits aufgrund des Nutzungsvertrags zu übernehmen sind.

Wurde der Vertragsgegenstand bereits vor der Verfahrenseröffnung an den Mieter überlassen, werden dem Vermieter durch das Insolvenzverfah-ren keine zusätzlichen Kosten zum Erhalt des Vertragsgegenstandes aufge-bürdet. Denn aufgrund der Überlassung ist der Vermieter beispielsweise nicht gezwungen, den Mietgegenstand einzulagern oder besonderen Über-wachungsaufwand zu betreiben. Erhält er außerdem für die Dauer der Schwebezeit den vereinbarten Mietzins, so kommt es auch nicht zu Liqui-ditätsengpässen und es wird keine Kreditaufnahme zur Überbrückung der Schwebezeit notwendig. In diesem Erfüllungsstadium besteht für den Ver-mieter dann nicht die Gefahr durch Bereithaltungskosten belastet zu sein.

Liegt der Erfüllungstatbestand vor, dass der Mietgegenstand noch nicht an den Mieter überlassen wurde, so ist es möglich, dass der AVP zusätzli-che Kosten entstehen, die im Vertrag nicht vorgesehen waren. Die AVP muss während der Schwebezeit den Vertragsgegenstand angemessen ver-

590 *Von Wilmowsky*, ZInsO 2004, 882 (882, 887).

591 *Von Wilmowsky*, ZInsO 2004, 882 (886); *Eckert*, ZIP 1996, 897 (989, 904).

wahren und Kosten zur Lagerung und ggf. Überwachung aufnehmen. Je nach Art des Gegenstandes und abhängig von der Menge können hierdurch erhebliche finanzielle Belastungen auftreten. Zu denken ist beispielsweise an große Maschinen, Oldtimer oder Tiere. Dem Grundsatz nach käme eine Umverteilung dieser Kosten auf die ungesicherten Gläubiger infrage. Allerdings wird dafür plädiert, dass die Zahlungsansprüche des Vermieters, die sich auf die Schwebezeit beziehen, in den Rang einer Masseforderung zu erheben sind. Erhält der Vermieter die Mietzahlungen in voller Höhe, so ist kein Grund ersichtlich, warum ihm darüber hinaus Kosten erstattet werden sollten, die allein darauf beruhen, dass er selbst seiner Leistungspflicht noch nicht nachgekommen ist. Würde die AVP der IVP den Gegenstand zum Gebrauch überlassen, entfielen die genannten Kosten augenblicklich. Sollte die AVP, gleich aus welchem Grund, nicht aufgefordert werden, den Vertragsgegenstand zu überlassen (möglicherweise, weil die IVP keine Verwendung für diesen Gegenstand hat), so erweist sich die Tatsache, dass der Vertragsgegenstand keine Abnutzung durch einen Gebrauch erfährt als ein Vorteil für die AVP. (Auch hinsichtlich unkörperlicher Gegenstände lässt sich dieser Gedanke übertragen, wenn beispielsweise die IVP eine Lizenz erworben hat, aber aufgrund der nicht erfolgten Nutzung keine Marktsättigung eintritt.) Folgt man diesen Anschauungen, so entstehen der AVP durch die Schwebezeit keine Belastungen, die es auszugleichen gilt.

Ein anderes Ergebnis ist möglich, wenn die Zahlungsansprüche des Vermieters nicht vollständig beglichen werden, etwa weil nach einer fragwürdigen Rechtsauffassung ein Anspruch auf weitere Belassung angenommen wird. Nach dieser Ansicht stehe der IVP ein Anspruch auf weitere Belassung in Höhe der Marktmiete zu, welcher gegen die Zahlungsansprüche der AVP zu verrechnen sei. In diesem Fall werden die Ansprüche des Vermieters, die sich auf die Schwebezeit beziehen, nicht vollständig beglichen und der AVP können verfahrensbedingte Belastungen entstehen, die dann zu erstatten sind. Die Theorie zum Belassensanspruch sollte allerdings aufgrund fehlender zivilrechtlicher Grundlagen abgelehnt werden.

3. Bekräftigung der Argumente zum Aufwandsausgleichsinstitut bei Dauerschuldverhältnissen

Trägt die AVP Bereithaltungskosten und wird durch das Warten auf die Verwertungsentscheidung tatsächlich belastet, so gelten die Argumente, die bezüglich der Verträge mit einmaligem Leistungsaustausch herausge-

arbeitet wurden, auch für Dauerschuldverhältnisse. Angesprochen ist die Einordnung der Bereithaltungskosten als Verfahrenskosten und der Vergleich mit den § 169 InsO, dessen Kerngedanke darin zu erblicken ist, dass ein gesicherter Gläubiger keinen Nachteil dadurch erfahren soll, dass er im Insolvenzverfahren sein Einzelverwertungsrecht verliert und ihm für längere Zeit ein Warten auf die Verwertung durch die Insolvenzverwaltung abverlangt wird. Bekräftigt wird dieses Ergebnis durch einen Vergleich mit den Optionsgeschäften, bei denen die Prämie auf die erwarteten Risiken des Stillhalters abgestimmt ist und dessen Nachteile kompensieren soll. Weshalb die Insolvenzverwaltung ein kostenloses Wahlrecht erhält, ist unter diesem Blickwinkel nicht verständlich.

III. Ergebnis zum Aufwandsausgleichsinstitut bei Insolvenz des Leistungsberechtigten

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass zusätzlich und unabhängig vom Wertausgleichsanspruch aus § 172 InsO einem absonderungsberechtigten Gläubiger auch ein Anspruch auf Zinszahlungen nach § 169 InsO wegen einer Verzögerung der Verwertung zustehen soll.⁵⁹² Kein geringerer Schutz sollte für die AVP gelten. Auch bezüglich der AVP ist der Schutz durch das Wertausgleichsinstitut durch ein weiteres Institut zu ergänzen, welches Belastungen erfasst, die daher rühren, dass der AVP die Verwertungsbefugnis entzogen wurde und zusätzlich während der Schwebzeit volle Leistungsfähigkeit abverlangt wird. Da die zusätzlichen Kosten der AVP allein mit dem Bereithalten während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung in Verbindung stehen, müssen sie ihr immer erstattet werden, unabhängig, ob eine Geltendmachungsentscheidung oder Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen wird. Und der Anspruch der AVP muss Massestatus erhalten, damit er zur Kompensation der angefallenen Bereithaltungskosten geeignet ist.

Die Ergänzung des Insolvenzvertragsrechts um ein Aufwandsausgleichsinstitut führt nicht zu unverhältnismäßig starken Belastungen der ungesicherten Gläubiger. Zu beachten ist, dass sich die AVP vor dem Aufsummieren der zusätzlichen Kosten während der Schwebzeit nicht schützen kann. Die Insolvenzverwaltung besitzt hingegen die Möglichkeit, die Ver-

592 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 194 Abs. 3 RegE (= § 169 InsO).

wertungsentscheidung frühzeitig zu treffen und damit die Höhe der zu erstattenden Kosten geringzuhalten.

Bislang beeinflussten die Kosten, die der AVP aufgebürdet wurden, den Prozess der Verwertungsentscheidung nicht. Die Insolvenzverwaltung konnte sich die Zeit einräumen, die für eine optimale Verwertung, das heißt für einen möglichst hohen, auf die ungesicherten Gläubiger zu verteilenden Verwertungserlös benötigt wurde. Dabei entstanden der AVP beim Warten auf die Verwertungsentscheidung zusätzliche Kosten. Die ungesicherten Gläubiger hatten hingegen keine Nachteile durch den Zeitablauf zu befürchten. Im Gegenteil, für sie war die Schwebezeit ausschließlich vorteilhaft. Damit enthält das derzeitige Insolvenzvertragsrecht ohne einen Ausgleich der Bereithaltungskosten eine Asymmetrie. Den ungesicherten Gläubiger fließen sämtliche Vorteile aus den noch nicht erfüllten Verträgen und der Schwebezeit mit der erzwungenen Vertragsbindung zu. Und die Vertragspartner der noch nicht erfüllten Verträge werden in ihren Verwertungsrechten eingeschränkt und tragen sämtliche Kosten bis zur Verwertungsentscheidung. Dieses Missverhältnis gilt es durch das Aufwandsausgleichsinstitut zu beheben. Nach der Erweiterung der Insolvenzordnung um ein Aufwandsausgleichsanspruchs zugunsten der AVP wird der Entscheidungsprozess nicht mehr unabhängig von den insolvenzrechtlichen Belastungen geführt. Es ist davon auszugehen, dass sich die Vorbereitungszeit verkürzen wird und frühzeitiger eine Geltendmachungsentscheidung oder Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen wird. Sollte die Verwertungsentscheidung im Interesse der ungesicherten Gläubiger dennoch hinausgeschoben werden, so tragen die ungesicherten Gläubiger allein das Risiko von weiteren auflaufenden Kosten. Da die angefallenen zusätzlichen Kosten der AVP immer zu erstatten sind, ganz gleich, für welche Form der Verwertung sich die Insolvenzverwaltung entscheidet, kommt es zu keiner Verteuerung von einer der beiden Verwertungsoptionen. Die Neutralität des Verwertungsprozesses bleibt gewahrt.

C. Insolvenz des Leistungsverpflichteten - Bereithaltungskosten

Der nun folgende Abschnitt behandelt die Konstellation der Insolvenz der leistungsverpflichteten Vertragspartei. Es soll bezüglich Verträge mit einmaligem Leistungsaustausch am Beispiel der Verkäuferinsolvenz und bezüglich Dauerschuldverhältnisse am Beispiel der Vermieterinsolvenz untersucht werden, ob der AVP zusätzliche Belastungen während der

Schwebezeit durch das Insolvenzverfahren aufgebürdet werden und ob diesbezüglich ein Ausgleich stattfinden sollte.

I. Verträge mit einmaligem Leistungsaustausch – am Beispiel der Verkäuferinsolvenz

Bei der Verkäuferinsolvenz besitzt die AVP einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache. Die IVP besitzt einen Zahlungsanspruch gegen die AVP. Möglicherweise entstehen auch der Käuferin Bereithaltungskosten während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung.

1. Bereithaltungskosten der AVP als Käuferin

Die Ungewissheit über den Ausgang der Verwertungsentscheidung wirkt sich auch auf die AVP als leistungsberechtigte Partei aus. Als Käuferin kann sie nicht abschätzen, ob die IVP die versprochene Leistung erbringen wird.⁵⁹³ Die AVP muss für eine mögliche Geltendmachungsentscheidung das vereinbarte Zahlungsmittel bereithalten. Zudem wird sie regelmäßig ein Geschäft zur Überbrückung der Schwebezeit aufnehmen müssen. Aufgrund dieser beiden Aspekte können zusätzliche Kosten entstehen.

a. Kosten bei Bereithaltung des Zahlungsmittels, Liquiditätsbereithaltungskosten

Während der Schwebezeit kann jeder Zeit eine Geltendmachungsentscheidung seitens der Insolvenzverwaltung getroffen werden, weshalb die AVP einen Geldbetrag in Höhe ihrer Zahlungsverpflichtung vorhalten muss. Kosten beim Bereithalten des Zahlungsmittels können durch Minuszinsen entstehen, wenn zur sicheren Verwahrung ein Kreditinstitut genutzt wird. Die Gefahr durch Minuszinsen könnte die AVP zwar vermeiden, indem sie den Geldbetrag bei einer geeigneten Stelle hinterlegt, allerdings verursacht auch eine Hinterlegung Kosten, die von der AVP zu begleichen sind, beispielsweise wenn sie die Hinterlegung im Falle einer Nichtgeltendma-

⁵⁹³ Diese Problematik ebenfalls ansprechend: *Obermüller*, ZInsO 2013, 476 (481).

chungsentscheidung zurücknimmt.⁵⁹⁴ Als weitere Alternative kommt eine Barauszahlung des Geldbetrages in Betracht. Hierbei fielen keine Bereithaltungskosten an, sofern Möglichkeiten zur Verwahrung gegeben sind. Sind diese allerdings nicht vorhanden, so muss auch in eine sichere Aufbewahrungsmöglichkeit investiert werden, da die AVP anderenfalls erhebliche Risiken eines Verlustes eingeht. Das Eingehen derartiger Risiken kann von der AVP nicht abverlangt werden.

Sofern der AVP während der Schwebezeit Kosten durch die Bereithaltung des Zahlungsmittels entstehen, sollten ihr diese erstattet werden. Denn auch diese Liquiditätsbereithaltungskosten würden entfallen, wenn am Tag der Verfahrenseröffnung eine Verwertungsentscheidung feststünde oder der AVP eine Lösung vom Vertrag durch die Ausübung einer Lösungsklausel möglich wäre. Sie sind eine Folge der insolvenzrechtlichen Maßnahme (der Schaffung eines Schwebezustands mit erzwungener Vertragsbindung der AVP).

Sollte angemerkt werden, dass die AVP zur Leistungserbringung an die IVP berechtigt ist und dadurch die Liquiditätsbereithaltungskosten entfallen, ist zum einen anzumerken, dass ihr Zurückbehaltungsrechte zustehen und dies zu respektieren ist und ihr gleichwohl Kosten zur Überbrückung der Schwebezeit entstehen. Denn auch wenn sie ihrer Zahlungsverpflichtung nachgekommen ist, müsste sie weiterhin zuwarten, ob eine gegenständliche Leistung seitens der IVP erbracht wird oder nicht und sich abnahmebereit halten.

b. Kosten zur Überbrückung der Schwebezeit

Die Schwebezeit birgt eine besondere Schwierigkeit für die AVP als leistungsberechtigte Partei. Zum einen benötigt sie den Leistungsgegenstand in der Regel zeitnah, kann aber nicht abschätzen, ob und wann sie die vereinbarte Leistung von der IVP erhält. Sie wird sich daher nach einer alternativen Bezugsquelle umschaun und mit einem anderen Vertragspartner ein neues Geschäft schließen. Diesbezüglich zeigt auch *von Wilmowsky* die Nachteile eines Ersatzgeschäftes auf, wenn sich die AVP vollständig eindeckt. Da die AVP damit rechnen muss, dass die Insolvenzverwaltung eine Nichtgeltendmachungsentscheidung trifft, könnte sie sich gezwungen sehen, sich den benötigten Gegenstand anderweitig zu besorgen. Die

⁵⁹⁴ Vgl. hierzu auch die Regelung des § 381 BGB bei Vorliegen eines Gläubigerverzugs.

Ersatzbeschaffung wird aber zu Verlusten führen, wenn eine Geltendmachungsentscheidung getroffen wird und die AVP an der doppelten Menge des benötigten Gutes kein Interesse hat und den Ersatzgegenstand aufgrund veränderter Marktpreise nur mit Verlust weiter veräußern kann.⁵⁹⁵ Zudem kann die AVP durch die vorgenommene Investition für die Ersatzbeschaffung in Liquiditätsschwierigkeiten geraten, wenn eine Geltendmachungsentscheidung von der Insolvenzverwaltung getroffen wird.

Je dringender die AVP die vertragliche Leistung benötigt, etwa um die eigene unternehmerische Tätigkeit aufrechtzuerhalten, desto stärker wird sie es als erforderlich ansehen, einen neuen Vertragsabschluss für einen schnellen Erhalt der Leistung zu tätigen. Zugleich muss sie aber auch ihre Leistungsfähigkeit gegenüber der IVP erhalten, denn für den Fall einer Geltendmachungsentscheidung ist die AVP verpflichtet, die vereinbarte Zahlung zu erbringen. Wäre ihr dies nicht möglich, würde sie selbst vertragsbrüchig werden. Was zunächst wie ein Widerspruch erscheint, ist realisierbar, wenn ein Vertrag mit einem anderen Marktteilnehmer lediglich zeitlich begrenzt geschlossen wird. Als Alternative zum Ersatzgeschäft, bei dem sich die AVP vollständig eindeckt, könnte sie auch ein Geschäft abschließen, das lediglich der Überbrückung der Schwebzeit dient. Da bezüglich Gebrauchsgüter und Verbrauchsgüter verschiedene Überbrückungsgeschäfte infrage kommen, muss danach unterschieden werden, welche Art von Leistungsgegenstand dem noch nicht erfüllten Vertrag zugrunde liegt.

aa. Überbrückungsgeschäft bei Gebrauchsgütern

Ein Gebrauchsgut ist ein Gegenstand, der mehrfach und über längere Zeit genutzt werden kann. Hierzu zählen unter anderem Maschinen, Werkzeuge und Möbel. Statt dieses Gut einzukaufen, kommt zur Überbrückung der Schwebzeit eine Anmietung des Gegenstands mit einer kurzen Vertragslaufzeit in Betracht. Der Vorteil einer Anmietung im Vergleich zu einem Kauf liegt darin, dass die Mietzahlungen für ein Gebrauchsgut typischerweise deutlich geringer ausfallen als dessen Kaufpreis. Durch die geringere finanzielle Belastung erhält sich die AVP einen Großteil ihrer Zahlungsfähigkeit gegenüber der IVP für den Fall einer Geltendmachungsentscheidung. Wurde der Mietvertrag zudem mit einer kurzen Kündigungsfrist abgeschlossen oder von vornherein nur eine kurze Lauf-

595 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 25.

zeit vereinbart, so kann die AVP das Überbrückungsgeschäft beenden und die freigewordene Liquidität nutzen, um die Forderung der IVP zu befriedigen (wenn eine Geltendmachungsentscheidung getroffen wurde) oder um sich dauerhaft bei einem anderen Marktteilnehmer einzudecken (wenn eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen wurde). Durch ein Überbrückungsgeschäft in Form der Anmietung hält sich die AVP auch hinsichtlich ihrer Abnahmekapazität für den Fall einer Geltendmachungsentscheidung bereit. Sie läuft zudem nicht Gefahr, nach einer Leistung der IVP dann im Besitz der doppelten Menge zu sein und die nicht benötigten Güter mit Verlust weiterverkaufen zu müssen.

Nur in seltenen Fällen wird es vorkommen, dass eine Anmietung für einen Gebrauchsgegenstand nicht möglich ist oder aus anderen Gründen ein Kaufvertrag wirtschaftlich sinnvoller ist. Ist der noch nicht erfüllte Vertrag beispielsweise ein Werklieferungsvertrag bezüglich eines stark individualisierten Gutes, so kann es an dem nötigen Angebot zum Abschluss eines Mietvertrages fehlen. Beispielhaft soll angenommen werden, dass ein noch nicht erfüllter Werklieferungsvertrag geschlossen wurde, über eine maßgefertigte Sicherheitstür, die für die Verwahrung wertvoller Gegenstände benötigt wird. Um die Genstände vor Umwelteinflüssen und starken Beschädigungen zu schützen (dies ist häufig bei Kunstgegenständen erforderlich) und zugleich vor Diebstahl zu sichern, kann die AVP sich gezwungen sehen, während der Schwebezeit ein Ersatzgeschäft in Form eines neuen Werkvertrags zu tätigen. Entscheidet sich die Insolvenzverwaltung später eine Geltendmachungsentscheidung zu treffen, so sollte der AVP jener Verlust kompensiert werden, der beim Weiterverkauf des nun überflüssig gewordenen Gutes entsteht.⁵⁹⁶ Denn das Risiko, einen solchen finanziellen Nachteil durch das Insolvenzverfahren zu erleiden, soll nicht der AVP aufgebürdet werden, sondern die ungesicherten Gläubiger tragen, welche den Zeitpunkt und den Ausgang der Verwertung beeinflussen können. Und im Falle einer Nichtgeltendmachungsentscheidung ist an eine Erstattung von Mehrkosten zu denken, die mit dem Ersatzkauf eventuell verbunden waren.

Für diese Kosten, die der AVP durch das Überbrückungsgeschäft während der Schwebezeit entstehen, soll eine Umverteilung auf die ungesicherten Gläubiger erfolgen. So wie bei Schadensersatzansprüchen eine

596 Dieses Problem, das nach Vertragserfüllung die Leistung des Insolvenzschuldners überflüssig wird, sprach bereits der KO-Gesetzgeber bezüglich Vertragspartner von Fixgeschäften an: Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70, er ließ diese Problematik aber für Verträge, die unter die Grundnorm fielen, ungeklärt.

Schadensminderungspflicht besteht, soll auch für die AVP eine Kostenminderungspflicht greifen. Sie soll verpflichtet sein, dasjenige Geschäft zu wählen, das die geringsten Kosten verursacht. Regelmäßig werden die zusätzlichen Kosten bei Abschluss eines Mietvertrags im Vergleich zum Kaufvertrag günstiger sein. Ein Kaufvertrag als Überbrückungsgeschäft kann aber dann wirtschaftlich sinnvoll sein, wenn zum Beispiel bei einem Abverkauf der Kaufpreis ausnahmsweise unter den Mietzahlungen für die erwartete Dauer der Schwebezeit liegt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass für die AVP nicht immer eine Anmietung des benötigten Gegenstandes möglich ist und dann nur der Ersatzkauf infrage kommt.

bb. Überbrückungsgeschäft bei Verbrauchsgütern

Bezüglich Verbrauchsgütern wie Rohstoffe oder Nahrungsmittel scheidet die Variante einer Anmietung aus, da das Verbrauchsgut nach der Nutzung nicht mehr in seiner ursprünglichen Form fortbesteht. Zu prüfen ist, unter welchen Umständen auch der Kauf eines benötigten Verbrauchsguts als Überbrückungsgeschäft eingestuft werden kann.

Der Umfang des von der AVP getätigten Überbrückungsgeschäfts soll sich nach dem tatsächlichen Bedarf während der Schwebezeit richten. Hierbei können der AVP Mehrkosten entstehen, die daher rühren, dass sich die AVP beim neuen Vertragspartner nicht zu den gleichen Konditionen wie gegenüber der IVP eindecken kann. Dies ist bei der Abnahme einer kleinen Menge regelmäßig der Fall, da Mengenrabatte verloren gehen. Sollte die AVP gezwungen sein, das benötigte Gut noch vor der Verwertungsentscheidung bei einem anderen Marktteilnehmer zu erwerben, sollten ihr die Mehrkosten durch das eingegangene Überbrückungsgeschäft erstattet werden. Angenommen, die AVP hat als Betreiberin einer Kaffeerösterei den Jahresbedarf von 120 Säcken Kaffeebohnen bei der IVP eingekauft. Noch vor Zahlung des Kaufpreises und Übereignung der Kaufsache wird das Insolvenzverfahren eröffnet. Bis zur Verwertungsentscheidung vergehen 3 Monate, in denen die AVP ein Ersatzgeschäft tätigen muss, um ihr Unternehmen betreiben zu können. Die Mehrkosten, die der AVP bei einem anderen Marktteilnehmer für eine Lieferung von 30 Säcken (den Bedarf für die Dauer der Schwebezeit) entstehen, sind ihr zu erstatten.

Der Vorteil der stückweisen Eindeckung mit einer kleinen Menge des benötigten Verbrauchsguts, die zeitnah verbraucht wird, liegt ebenso wie bei einer Anmietung eines Gebrauchsguts darin, dass ein Großteil der

Liquidität für den Fall einer Geltendmachungsentscheidung zur Verfügung steht und die Abnahme der Leistung der IVP möglich bleibt. Ein eindrucksvolles Beispiel für die Bedeutung der Abnahmekapazität bot der Rohölmarkt zu Beginn des Jahres 2020. Die Rohölpreise erreichten kurzzeitig sogar Negativwerte - Verkäufer mussten den Großabnehmern Geld zahlen, damit diese ihnen den Rohstoff abnahmen. Der Grund für diese historische Marktanomalie war die stark gesunkene Ölnachfrage durch die weltweite Corona-Pandemie und die vollen Lager der Käufer. Die Abnahme von weiterem Rohöl war deshalb zeitweise nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich.⁵⁹⁷

Einige Negativbeispiele sollen die Einordnung eines neuen Vertrags als Überbrückungsgeschäft zusätzlich veranschaulichen. Sollte die AVP während der Schwebezeit ein Geschäft tätigen, welches die Leistung der IVP ersetzt (im obigen Beispiel also 120 Säcke Kaffeebohnen bei einem anderen Marktteilnehmer erwerben), so können der AVP bei einer Geltendmachungsentscheidung und einer begrenzten Kapazität ihres Lagers Nachteile durch eine erforderliche Zwischenlagerung entstehen. Diese Kosten beruhen allerdings nicht auf einer Überbrückung der Schwebezeit und sind deshalb nicht vom Aufwandsausgleichsinstitut zu berücksichtigen. Dies gilt auch für Mehrkosten des Ersatzkaufs bezüglich einer Lieferung, welche deutlich über ihren Bedarf während der Schwebezeit liegt. Ebenfalls vom Aufwandsausgleichsinstitut unberücksichtigt bleiben eventuelle Nachteile nach der Verwertungsentscheidung durch Marktpreisschwankungen, beispielsweise weil die AVP sich stärker eingedeckt hat als erforderlich und ihr nach einer Geltendmachungsentscheidung aufgrund gefallener Marktpreise ein Verkauf der nicht benötigten Güter nur mit Verlusten möglich ist. Bezüglich dieser Belastungen handelt es sich nicht um zusätzliche Kosten, die der AVP durch die Vertragsbindung an die IVP während der Schwebezeit entstehen.

c. Erstattungsfähigkeit von Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts

In der Literatur und Rechtsprechung besteht eine Meinungsauseinandersetzung darüber, ob die Mehrkosten des Deckungskaufs ein Schaden statt der Leistung oder neben der Leistung darstellen. Unklar ist, ob ein Käu-

⁵⁹⁷ *Kuckelkorn*, Ölpreise im freien Fall, Brent-Preis stürzt um 26 Prozent ab, *Börsen-Zeitung*, 22.04.2020; *Blume/Witsch*, Negativer Rohölpreis, Was der historische Öl-Crash für Verbraucher und Anleger bedeutet, *Handelsblatt*, 21.04.2020.

fer neben der Erfüllung des Kaufvertrags zusätzlich auch die Mehrkosten eines eigens getätigten Deckungsgeschäfts als Verzögerungsschaden beanspruchen kann.⁵⁹⁸ Der BGH schloss sich der Meinung der vorherrschenden Literatur an, wonach die Mehrkosten eines Deckungskaufs nur als Schadensersatz statt der Leistung erstattet werden können mit der Folge, dass die ursprüngliche Leistung dann nicht mehr verlangt werden kann.⁵⁹⁹ Lag der im Kaufvertrag vereinbarte Preis unterhalb des Marktniveaus, so soll der Käufer nicht berechtigt sein, zum Nachteil des Verkäufers die Leistung in doppelter Menge zum günstigen Preis zu erhalten. Dies wäre die Konsequenz, wenn der Verkäufer zu dem ursprünglichen günstigen Preis liefern muss und zugleich die Mehrkosten des vom Käufer getätigten Deckungsgeschäfts erstatten soll.

Fraglich ist, ob diese Wertungen zur Erstattungsfähigkeit von Mehrkosten eines Deckungskaufs auch richtungsweisend für die insolvenzrechtliche Thematik bezüglich der zusätzlichen Kosten der AVP während der Schwebezeit sind. Sollten basierend auf diesen Erkenntnissen möglicherweise die Mietzahlungen oder Mehrkosten eines Überbrückungsgeschäfts der AVP nur bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung zu erstatten sein und im Falle einer Geltendmachungsentscheidung eine Erstattung der zusätzlichen Kosten entfallen? Eine Bejahung dieser Frage ist aus zweierlei Gründen nicht angemessen. Während bei Vorliegen der Solvenz der leistungsberechtigte Käufer eine Wahlmöglichkeit bei den Schadensersatzansprüchen besitzt und zwischen einer Schadenserstattung statt oder neben der Leistung entscheiden kann, besteht während der Insolvenz für die AVP keine Möglichkeit der Einflussnahme auf den Ausgang der Verwertungsentscheidung und damit auf die Art der Erfüllung ihres Anspruchs. Diese Wahl ist den restlichen Gläubigern vorbehalten, die in ihrem Interesse die für sie ertragreichste Entscheidung treffen. Der entscheidende Unterschied liegt demnach in der Möglichkeit der Einflussnahme. Durch das Treffen einer Wahl beendet der Leistungsberechtigte während der Solvenz selbstständig den Zustand der Ungewissheit. Hat er ein Deckungsgeschäft getätigt und die Erstattung der Mehrkosten verlangt, so soll er in der Tat nicht zusätzlich die Vertragserfüllung gegenüber dem ursprünglichen Schuldner verlangen können. Er ist aber zugleich auch nicht mehr zu Erfüllung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses (Abnahme der Leistung und Zahlung des Kaufpreises) verpflichtet. Eine andere Situation ergibt sich für die AVP, die sich für eine unbekannte Dauer leistungsbe-

598 Vgl. BGH, Urt. v. 03.07.2013 - VIII ZR 169/12 = NJW 2013, 2959, Rn. 14.

599 BGH, Urt. v. 03.07.2013 - VIII ZR 169/12 = NJW 2013, 2959.

reit für eine mögliche Vertragserfüllung halten muss und währenddessen aber zugleich auch mit einer Nichterfüllung des Vertrags rechnen muss. Bezieht sie die benötigte Leistung von einem anderen Marktteilnehmer, so bleibt sie gleichwohl zur Vertragserfüllung verpflichtet, wenn eine Geltendmachungsentscheidung getroffen wird. Aufgrund dieser belastenden Lage des Käufers bei Insolvenz des Verkäufers erscheint die Erstattung der Mehrkosten, die ihr durch das Überbrückungsgeschäft entstehen, als geboten. Die zusätzlichen Kosten durch den Ersatzkauf oder der Ersatzanmietung sollen ihr deshalb immer erstattet werden, unabhängig davon, ob die Insolvenzverwaltung eine Geltendmachungsentscheidung oder Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen hat.

Hinzukommt, dass im Insolvenzverfahren bereits aus tatsächlichen Gründen nicht die vom BGH aufgezeigte ungerechtfertigte Begünstigung des Käufers eintritt. Auch wenn der AVP die zusätzlichen Kosten durch das Überbrückungsgeschäft erstattet werden und ihr Anspruch, aus dem mit der IVP geschlossenen Vertrag, vertragsgemäß erfüllt wird, wird sie hierdurch in aller Regel nicht in der Weise begünstigt, dass sie die doppelte Menge der Leistung zu einem günstigen (unter dem Marktpreis liegenden) Preis erhält. Denn eine Geltendmachungsentscheidung wird typischerweise dann getroffen, wenn der vereinbarte Preis, der dem noch nicht erfüllten Vertrag zugrunde liegt, über dem Marktpreis liegt. Durch die Geltendmachungsentscheidung und Vertragserfüllung des für die IVP vorteilhaften Geschäfts erhöht sich dann der Wert des Insolvenzvermögens. Sollte mit der AVP ein Kaufpreis vereinbart worden sein, der unter dem Marktpreis liegt und es sich somit um ein für die IVP nachteilhaftes Geschäft handeln, so wird die Insolvenzverwaltung eine Nichtgeltendmachungsentscheidung treffen und ihre Leistung ggf. erneut am Markt zu einem höheren Preis anbieten. Somit kommt es in beiden Fällen nicht zu einer eingangs befürchteten ungerechtfertigten Begünstigung der AVP und zu keiner Kollision mit den Ergebnissen der BGH-Rechtsprechung. Der AVP sollen die zusätzlichen Kosten, die ihr durch das Überbrückungsgeschäft während der Schwebezeit anfallen, erstattet werden und hierbei auf die Umstände des Einzelfalls Bezug genommen werden. Wurde mit der IVP ein Kaufvertrag über ein Gebrauchsgut abgeschlossen, sollen der AVP die zur Überbrückung der Schwebezeit anfallenden Mietzahlungen erstattet werden. In Fällen, in denen eine Anmietung ausscheidet oder unwirtschaftlich ist, muss auf die Kosten eines Ersatzkaufs abgestellt werden. Wurde ein Kaufvertrag über ein Verbrauchsgut geschlossen, so scheidet eine Anmietung zur Überbrückung der Schwebezeit von vornherein aus und der AVP sollen stattdessen die Mehrkosten erstattet werden, die

ein Ersatzgeschäft oder mehrere schrittweise erfolgte Ersatzgeschäfte verursacht haben, die hinsichtlich ihrer geringen Menge gezielt der Überbrückung der Schwebzeit dienen.

2. Argumente und Orientierung für ein Aufwandsausgleichsinstitut

Die Argumente, die bei der Insolvenz des Leistungsberechtigten für einen Ausgleich der Bereithaltungskosten der AVP sprachen, können auch bei der Insolvenz des Leistungsverpflichteten Geltung beanspruchen.

a. Grundsätze des Verwertungsrechts bezüglich der Bereithaltungskosten

Die Belastungen der AVP, die ihr durch das Bereithalten des Zahlungsmittels sowie zur Überbrückung der Zeit bis zur Verwertungsentscheidung entstehen, beruhen auf einer insolvenzrechtlichen Maßnahme (die Schaffung eines Schwebzustandes mit erzwungener Vertragsbindung), die im Interesse der ungesicherten Gläubiger erfolgt. Denn sofern die Verwertungsentscheidung bereits am Tag der Insolvenzeröffnung feststände oder eine Vertragslösung seitens der AVP möglich wäre, würde die AVP entweder den Vertragsgegenstand bei einer Geltendmachungsentscheidung von der IVP zeitnah erhalten oder ihn bei einem anderen Marktteilnehmer umgehend erwerben. Sie kann also weder wie beabsichtigt investieren noch sich wie vorgesehen eindecken. Die Kosten, die ihr dadurch entstehen, dass sie den Regeln des Gesamtvollstreckungsverfahrens unterworfen ist und im Interesse der ungesicherten Gläubiger ihr ein Warten auf die Verwertung abverlangt wird, sollten nicht bei ihr verbleiben, sondern als Verfahrenskosten auf die ungesicherten Gläubiger umverteilt werden. Zu berücksichtigen ist bei der Insolvenz des Leistungsverpflichteten auch, dass sich die AVP mit dem Überbrückungsgeschäft für eine mögliche Geltendmachungsentscheidung und Vertragserfüllung mit der IVP bereithält und auch dies im weiteren Sinne im Interesse der ungesicherten Gläubiger geschieht und der optimalen Verwertung dient. (Angesprochen ist hier die Aufrechterhaltung der Abnahmekapazität als auch Zahlungsfähigkeit.) Die den ungesicherten Gläubigern eingeräumte Wahlmöglichkeit bezüglich der Verwertungsoptionen ermöglicht es ihnen, den Wert des Insolvenzvermögens und damit ihre Verteilungsquote zu erhöhen, indem sie eine für sie vorteilhafte Entscheidung treffen. Dies darf allerdings nicht auf Kosten der AVP erfolgen.

b. Vergleich mit Schutz für absonderungsberechtigte Gläubiger,
§ 169 InsO

Auch der dem § 169 InsO zugrunde liegende Gedanke, dass der gesicherte Gläubiger beim Warten auf die Verwertung durch die Insolvenzverwaltung keinen Nachteil erleiden soll, fällt ins Gewicht bei der Frage einer neuen Zuteilung der Bereithaltungskosten der AVP als leistungsberechtigte Partei. Wenn bezüglich eines absonderungsberechtigten Gläubigers das Warten auf Liquidität bereits als regelungsbedürftig angesehen wird, so muss dies für die AVP beim Warten auf den vereinbarten Vertragsgegenstand erstrecht gelten, da deren Verfügbarkeit oftmals noch existenzieller für den Vertragspartner ist. Zu denken ist hierbei etwa an eine für die Produktion erforderliche Maschine oder an einen unerlässlichen Rohstoff.

c. Orientierung an Optionsgeschäften

Bei Optionsverträgen dient die Zahlung einer Prämie dazu, die erwarteten finanziellen Nachteile des Stillhalters zu kompensieren. Bei Insolvenz des Leistungsverpflichteten ist die Situation der AVP in den Grundzügen vergleichbar mit einer „Short-Put“-Position.⁶⁰⁰ Die IVP hat das Recht, einen Gegenstand zu einem festgelegten Preis zu verkaufen, die AVP trägt die Verpflichtung, den Gegenstand bei einer Geltendmachungsentscheidung zum vereinbarten Preis zu kaufen. Ebenso wie bei einem Optionsgeschäft die Nachteile nicht dem Stillhalter aufgebürdet werden, sollten auch bei einem Gesamtvollstreckungsverfahren die verfahrensbedingten Nachteile der AVP nicht bei ihr verbleiben.

Dies trifft im besonderen Maße für den Fall einer Verkäufersinsolvenz zu. Denn während der Stillhalter eines Optionsgeschäfts die Verpflichtungen bewusst eingegangen war, gilt dies nicht für die AVP. Die bei einer Verkäufersinsolvenz bestehende Konstellation passt zwar hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Parteien zu denen eines Optionsgeschäfts, aber die Interessenlage der AVP und die eines Stillhalters in einer „Put-Option“ weichen stark voneinander ab. Wer einen Vertragsgegenstand benötigt, ggf. sogar dringend auf diesen angewiesen ist und deshalb einen Kaufvertrag abschließt, würde kein Optionsgeschäft eingehen und in einem solchen erstrecht nicht eine „Short“-Position vereinbaren. Der Käufer würde

600 Vgl. zum Optionsgeschäft: *Hull*, Options, futures, and other derivatives, S. 214, 215.

in diesem Fall das Wahlrecht nicht dem Verkäufer überlassen. Diese Gegenüberstellung verdeutlicht, wie belastend die Situation der AVP ist. Der Vergleich mit den Optionsgeschäften unterstützt nicht nur das Vorhaben einer Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts mit einem Aufwandsausgleichsinstitut, er fordert dies geradezu ein. Denn wenn bereits der Stillhalter eine Kompensation für bewusst eingegangene Risiken erhält, so muss dies für eine unfreiwillig in diese Lage geratene AVP, der noch mehr Nachteile aufgebürdet werden, erstrecht gelten. Hierüber rechtfertigt es sich, der AVP die Kosten eines Überbrückungsgeschäfts zu erstatten, auch wenn für diese Kosten keine Entsprechung bei den preisbestimmenden Faktoren der Optionsprämie existiert.⁶⁰¹

II. Ergänzungen zu Dauerschuldverhältnissen – am Beispiel der Vermieterinsolvenz

Bezüglich Dauerschuldverhältnisse ist das Erfüllungsstadium des Vertrags entscheidend bezüglich der Frage, ob der AVP als Mieterin zusätzliche Kosten während der Schwebezeit entstehen.

War der Mietgegenstand bereits vor der Insolvenzeröffnung zur Nutzung überlassen worden und kann die AVP den Gegenstand während der Schwebezeit ungehindert nutzen so besteht keine Notwendigkeit zum Abschluss eines Überbrückungsgeschäfts. Je nach Einzelfall ist das Ergebnis anzupassen, wenn eine vertragsgemäße Nutzung aufgrund noch nicht erfüllter Nebenleistungspflichten der IVP nicht möglich war.

War die Nutzungseinräumung allerdings noch nicht erfolgt, so könnte sich die AVP gezwungen sehen, ein Geschäft zur Überbrückung der Schwebzeit abzuschließen, welches ggf. mit Mehrkosten verbunden ist. In Betracht kommt ein Mietvertrag mit kurzer Vertragslaufzeit bzw. kurzen Kündigungsfristen bezüglich des benötigten Gegenstandes. Typischerweise sind bei Nutzungsverträgen mit kurzen Laufzeiten die Mietzinsen höher als bei langfristigen Verträgen. Um den Betrag, um den die finanzielle Belastung durch das Überbrückungsgeschäft die mit der IVP vereinbarte Miete übersteigt, soll ein Ausgleich stattfinden. Bezüglich noch nicht erfüllter Mietverträge soll also nur die Differenz zwischen dem ursprünglich verein-

601 Vgl. zu den preisbestimmenden Faktoren der Prämie: *Hull*, Options, futures, and other derivatives, S. 234 ff.; *Breker*, Optionsrechts und Stillhalterverpflichtungen, S. 41; *Heussinger/Klein/Raum*, Optionsscheine, Optionen und Futures, S. 64 - 74.

barten Mietzins und dem während der Schwebezeit anfallenden Mietzins aus dem Überbrückungsgeschäft erstattet werden, denn anderenfalls wäre die Lage der AVP im Insolvenzverfahren besser als in der Solvenz. Eine vollständige Erstattung der Mietzinsen aus dem Überbrückungsgeschäft würde die AVP so stellen, als hätte die IVP ihre Leistung unentgeltlich erbracht. Mietzinsen in der Höhe, wie sie mit der IVP vereinbart waren, können als „Sowieso-Kosten“ betrachtet werden, die auch ohne eine Schwebezeit angefallen wären. Hierin besteht ein Unterschied zu noch nicht erfüllten Kaufverträgen, bei denen die Mietzinsen, die während der Schwebezeit entstanden sind, in voller Höhe auszugleichen sind. Denn als Käuferin würde die AVP unter regulären Umständen (ohne die insolvenzrechtliche Maßnahme) gerade keine Mietzinsen zahlen.

III. Ergebnis zum Aufwandsausgleichsinstitut bei Insolvenz des Leistungsverpflichteten

Die AVP wird auch in der Insolvenz des Leistungsverpflichteten durch zusätzliche Kosten während der Schwebezeit belastet. Zum einen hält sie das vereinbarte Zahlungsmittel bereit, wodurch ihr beispielsweise Minuszinsen entstehen können, zum anderen können ihr während des Wartens auf die Leistung der IVP Kosten durch das Eingehen eines Überbrückungsgeschäfts entstehen. Diese verfahrensbedingten Kosten sollen den ungesicherten Gläubigern zugeteilt werden. Der AVP ist deshalb ein Erstattungsanspruch mit Massestatus zu gewähren.

Von dem Aufwandsausgleichsinstitut sollen keine Kosten erfasst werden, die nach der Verwertungsentscheidung aufgrund eines veränderten Marktpreises entstehen. Dies gilt sowohl, wenn nach einer Geltendmachungsentscheidung aufgrund gefallener Marktpreise ein Verkauf der evtl. nicht benötigten Güter nur mit Verlusten möglich ist, als auch wenn nach einer Nichtgeltendmachungsentscheidung ein Vertragsabschluss mit einem anderen Marktteilnehmer nur zu schlechteren Konditionen möglich ist, da der Marktpreis zwischenzeitlich gestiegen ist. Dies sind Kosten, die nicht während der Schwebezeit, sondern nach der Schwebezeit entstehen. Das Aufwandsausgleichsinstitut liefert hierauf keine Antwort.