

Kapitel 1: Allgemeiner Teil

A. Grundsätze zum Insolvenzvertragsrecht

I. Verwertung und Verteilung des Insolvenzvermögens

Das Insolvenzverfahren besitzt zwei elementare Regelungsbereiche. Es hat zum einen zu klären, wie das Insolvenzvermögen verwertet werden soll, als auch, wie der Verwertungserlös verteilt werden soll.³ Das deutsche Insolvenzrecht stellt dabei auf die Befriedigungsinteressen der Gläubiger ab.⁴ In diesem Sinne wird auch in § 1 Satz 1 InsO die Befriedigung der Gläubiger als Zweck festgelegt.

Die Gläubiger sind es, die über die Verwertung der Gegenstände des Insolvenzvermögens entscheiden. Sie entscheiden über das Schicksal des gesamten Unternehmens und treffen dazu eine Prognose, ob eine Stilllegung oder Fortführung (entweder durch den Schuldner im Rahmen einer Reorganisation oder durch Übertragung auf einen neuen Träger) den höchsten Erlös erzielen wird.⁵ Dies beinhaltet auch eine Verwertungsentscheidung über jeden einzelnen Vermögensgegenstand, wie die Ansprüche des Schuldners gegenüber seinen Vertragspartnern. Auch bei einer Fortführung des Unternehmens kann es sein, dass Ansprüche nicht geltend gemacht werden, und umgekehrt kann es sich trotz Stilllegung lohnen, einen Anspruch einzutreiben, da dieser zu einem Wertzuwachs führt. Die Verwertungsentscheidungen im Ganzen und in einzelnen Teilen sind somit nicht gleichlaufend. Es lassen sich aber ähnliche Mechanismen in beiden Verwertungsprozessen erkennen, um eine Neutralität des Insolvenzverwertungsrechts zu erzielen. Damit sich immer diejenige Verwertungsoption durchsetzen kann, die den höchsten Ertrag ver-

3 Siehe zur Trennung von Verwertung und Verteilung: *von Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 219 ff.

4 Siehe bezüglich nicht relevanter Entscheidungskriterien und eines Vergleichs im dem französischen Rechtssystem: *von Wilmowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (658-660).

5 Der Stilllegungswert ergibt sich aus dem Ertrag, den die Zerschlagung des Unternehmens erzielt. Der Fortführungswert ergibt sich aus den Gewinnen, die das Unternehmen zukünftig erwirtschaftet, siehe hierzu: *von Wilmowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (660).

spricht, wurde das Insolvenzverwertungsrecht so ausgestaltet, dass es keine Verwertungsoption begünstigt oder benachteiligt.⁶ Bezüglich der Gesamtverwertungsentscheidung über das Unternehmen gilt das Fortführungsgebot. Würde das Unternehmen vorläufig stillgelegt werden, bedürfte es zusätzlichen Aufwand, um eine Wiederaufnahme zu ermöglichen. Dies schüfe eine Tendenz zur Verwertungsoption der Stilllegung.⁷ Und bezüglich Ansprüche aus noch nicht erfüllten Verträgen wird ein Schwebezustand erzeugt, der bis zur Verwertungsentscheidung anhält. Beide Maßnahmen gewähren der Gläubigergesamtheit ausreichend Zeit, um die Verwertungsentscheidung vorzubereiten.

Wenn das Vermögen des Insolvenzschuldners nicht ausreicht, um alle Verbindlichkeiten vollständig zu befriedigen, bedarf es Regeln für die Verteilung des Vermögens, um zu bestimmen, wem wie viel zufließen soll oder anders ausgedrückt, wer welche Verluste zu tragen hat.⁸ Doch es ist nicht Aufgabe des Insolvenzverteilungsrechts Rangverhältnisse festzulegen, denn bereits vor dem Insolvenzverfahren war dieses Verhältnis zwischen den Gläubigern begründet worden. Die Rangverhältnisse ergeben sich aus den Vereinbarungen, die der Schuldner zur Zeit der Solvenz mit den Gläubigern getroffen hat.⁹ Bestellte der Schuldner ein Sicherungsrecht, so soll dem Sicherungsnehmer im Falle der Insolvenz ein Befriedigungsvorrang gewährt werden. Der Wert des Sicherungsgutes soll vordergründig dem Sicherungsnehmer zukommen und nur ein eventuell erzielter Übererlös an die ungesicherten Gläubiger verteilt werden. Im Gegenzug hatte der Sicherungsnehmer dem Schuldner durch eine Zinsverbilligung eine Gegenleistung für die bestellte Sicherheit erbracht. Das gleiche Spiel zeigt sich auch im umgekehrten Fall. Vereinbarten der Schuldner und der Gläubiger einen Nachrang, so soll die Forderung erst befriedigt werden, wenn zuvor alle vollrangigen ungesicherten Gläubiger die ihnen gebührende Befriedigung erlangten. Die Nachrangvereinbarung ist aus diesem Grund mit Zahlung eines höheren Zinssatzes verbunden. Der Schuldner erreicht mit dem Nachrang zugleich, dass sich die Höhe der vollrangigen Verbindlichkeiten reduziert und er von seinen vollrangigen Gläubigern bessere Konditionen erlangt. Aus dieser Gesamtschau der getroffenen Vereinbarungen ergibt sich eine vorinsolvenzrechtlich

6 *Von Wilmowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (660).

7 *Von Wilmowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (661).

8 *Von Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 259; *von Wilmowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (660, 668).

9 *Von Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 260 ff.

festgelegte Hierarchie der Gläubiger.¹⁰ Dieses Verhältnis muss auch im Insolvenzverteilungsrecht übernommen werden. Würde man den bereits vereinbarten Leistungsaustausch unberücksichtigt lassen und die Befriedigungsaussichten im Insolvenzfall abändern, so schüfe dies ggf. Anreize, das Insolvenzverfahren zu missbrauchen, um die Befriedigungschancen zu erhöhen. Daher hat das Insolvenzvertragsrecht die vor der Insolvenzeröffnung begründeten Rangverhältnisse zwischen den Gläubigern zu respektieren.¹¹ Dies schließt zugleich auch ein, dass das Insolvenzverteilungsrecht dafür Sorge zu tragen hat, dass sich die Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern während des Verfahrens nicht verändern. Sollte es dennoch zu Befriedigungseinbußen kommen, weil der Wert des Gegenstands, an dem ein Befriedigungsvorrecht besteht, am Tag der Verwertung geringer ist als zu Beginn des Verfahrens, so müssen solche Veränderungen bei der Verteilung korrigiert werden.

II. Begrifflichkeiten bezüglich beiderseitig noch nicht erfüllter Verträge

Der Vertragsanspruch des Insolvenzschuldners aus einem beiderseitig noch nicht erfüllten Vertrag ist ein Vermögensgegenstand, über den eine Verwertungsentscheidung getroffen werden muss. Nach dem Wortlaut des § 103 Abs. 1 InsO soll die Insolvenzverwaltung entscheiden, ob sie den Vertrag erfüllt und ebenfalls die Erfüllung vom anderen Teil verlangt oder nicht. Ist der Vertrag für die Gläubigergemeinschaft vorteilhaft, so wird die Insolvenzverwaltung eine Vertragserfüllung verlangen und bei einem nachteiligen Vertrag hiervon absehen. Das Erfüllungsverlangen wird als Geltendmachungsentscheidung (GME) bezeichnet und der umgekehrte Fall, also die Entscheidung, keine Erfüllung vom anderen Teil zu verlangen als Nichtgeltendmachungsentscheidung (NGME). Der § 103 Abs. 2 InsO nutzt jedoch eine Formulierung, die durchaus missverständlich ist, wenn von einer Ablehnung der Erfüllung gesprochen wird.¹² Selbstverständlich kann die Insolvenzverwaltung keine Entscheidung dahingehend

10 *Von Wilmowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (668, 669).

11 *Von Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 259 ff.; *von Wilmowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (671).

12 Vgl. zur insolvenzgemäßen Erfüllung: *von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (469 f.); einen Schadensersatzanspruch annehmend: BGH, Urt. v. 29.01.1987 - IX ZR 205/85 = NJW 1987, 1702 (1703); Uhlenbruck-InsO/D. *Wegener*, § 103 Rn. 166; K.Schmidt-InsO/*Ringsteiner*, § 103 Rn. 2, 56; Braun-InsOKomm/*Kroth*, § 103 Rn. 49, 55; vgl. auch: Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 103 Rn. 61; Münch-

treffen, die Forderung der anderen Vertragspartei nicht zu erfüllen, denn das Insolvenzverfahren dient ja gerade dazu die Forderungen der anderen Vertragspartner zu befriedigen. Ihre Kompetenz liegt ausschließlich darin, eine Verwertungsentscheidung hinsichtlich eines Gegenstands des Insolvenzvermögens zu treffen (hierzu zählt auch der Vertragsanspruch des Insolvenzschuldners aus dem noch nicht erfüllten Vertrag).¹³ Der Vertragsanspruch der anderen Vertragspartei ist hingegen eine Verbindlichkeit des Insolvenzschuldners. Um die beiden Vertragsseiten deutlich unterscheiden zu können, wird die insolvente Vertragspartei als „IVP“ und die andere Vertragspartei als „AVP“ bezeichnet. Darauf Bezug nehmend werden in den Grafiken die im Gegenseitigkeitsverhältnis bestehenden Ansprüche der Parteien „VA IVP“ (Vertragsanspruch der insolventen Vertragspartei) und „VA AVP“ (Vertragsanspruch der anderen Vertragspartei) genannt.

III. Reichweite des § 103 InsO und Sondervorschriften

Die Grundnorm des Insolvenzvertragsrechts ist § 103 InsO. Doch welche Vertragstypen von ihr erfasst sind, lässt sich aus der Regelung nicht ohne Weiteres entnehmen. Es bestehen zum Teil erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Von der Norm erfasst sind Kaufverträge, Tauschverträge und auch Werklieferungsverträge, welche wegen § 650 BGB unter das Kaufvertragsrecht fallen. Auch Mietkaufverträge¹⁴ sind überwiegend, entsprechend ihres Regelungsgehalts, Kaufverträge und fallen damit in den Anwendungsbereich. Ebenfalls dem Bereich des § 103 InsO zuzuordnen sind Werkverträge ohne Geschäftsbesorgungscharakter sowie Miet-, Pacht- und Leasingverträge über bewegliche Gegenstände (mit Ausnahme der refinanzierten Mobilienmietverträge, für welchen § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO gilt).¹⁵

Es bestehen für diverse Vertragstypen Sondervorschriften im Insolvenzvertragsrecht, welche den § 103 InsO verdrängen. Schon diese Vielzahl

Komm-InsO/Huber, § 103 Rn. 8; *Tintelnot*, ZIP 1995, 616 (618); *Rosenberger*, BauR 1975, 233 (234); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.25.

13 Siehe hierzu: *von Wilimowsky*, KTS 2011, 453 (469 f.).

14 Das mietvertragliche Element tritt vollständig zurück. Sollte allerdings der Erwerber mit Zahlung der letzten Rate ohne einen weiteren Rechtsakt das Eigentum erwerben handelt es sich jedoch um einen Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Siehe hierzu: FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 27.

15 Vgl. zum Anwendungsbereich auch: *Bosch*, WM 1995, 413 (414); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.01, 20.12.

an Sonderwegen und Ausnahmen weisen auf eine Schwachstelle des Regelungssystems zum Insolvenzvertragsrecht hin. Dem Rechtsanwender und den Beteiligten des Verfahrens würde eine Vereinfachung und Vereinheitlichung deutlich entgegenkommen. Die nachfolgende Auflistung soll lediglich einen groben Überblick über diese Sonderregelungen des Insolvenzvertragsrechts verschaffen:¹⁶

Für Fixgeschäfte und Finanzleistungen gilt nach § 104 InsO ein besonderes Insolvenzvertragsrecht, das ihr automatisches Erlöschen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens regelt. War die Lieferung von Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist vereinbart und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein, so kann nur eine Forderung wegen der Nichterfüllung geltend gemacht werden.

Auch der vom Schuldner erteilte Auftrag, der sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen bezieht, erlischt automatisch durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 115 InsO.

Hat sich jemand durch einen Dienst- oder Werkvertrag mit dem Schuldner verpflichtet, ein Geschäft für diesen zu besorgen, so fallen diese Verträge unter § 116 InsO, welcher auf den § 115 InsO verweist, sodass auch diese Verträge mit der Verfahrenseröffnung erlöschen.

Eine dem § 103 InsO gegensätzliche Regelung wurde für Dienstverträge ohne Geschäftsbesorgungskarakter sowie Miet- und Pachtverträge über unbewegliche Gegenstände und Räume geschaffen. Bezüglich dieser gilt ein besonderes Insolvenzvertragsrecht, das eine automatische Fortführung festlegt. In § 108 InsO ist normiert, dass diese Verträge mit Wirkung für die Masse fortbestehen.

Diese sehr feingliedrige Aufteilung führt nicht selten zu Schwierigkeiten bei der Abgrenzung, insbesondere, wenn der Vertrag mehrere Elemente unterschiedlicher Vertragstypen enthält und daher ein inhaltlicher Schwerpunkt des Vertrags herauszuarbeiten und festzulegen ist.¹⁷ So kommt beispielsweise je nach individueller Ausgestaltung bei einem „Wartungsvertrag“¹⁸, welcher im Gesetz nicht als eigener Vertragstyp mit

16 Für eine ausführliche Übersicht über Verträge die in den Anwendungsbereich des § 103 InsO fallen sowie Verweise auf Sondervorschriften: MünchKommInsO/Huber, § 103 Rn. 67-86; Uhlenbruck-InsO/D. Wegener, § 103 Rn. 26-56.

17 K.Schmidt-InsO/Ringsteiner, § 103 Rn. 19, Uhlenbruck-InsO/D. Wegener, § 103 Rn. 26.

18 Auch als Instandhaltungsvertrag, Servicevertrag, Inspektionsvertrag bezeichnet.

bestimmten Rechten und Pflichten erfasst ist, entweder ein Werk- oder ein Dienstvertrag in Betracht.

B. Nachteile beim Warten auf die Verwertungsentscheidung

Dass Verträge im Stadium des § 103 InsO, bei dem also weder der Insolvenzschuldner noch der andere Vertragspartner eine Leistung erbracht hat, keine Seltenheit darstellen, ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass ein Leistungsverpflichteter häufig erst nach bereits erfolgter Zahlung oder nur Zug um Zug zur Leistungserbringung bereit ist. Regelmäßig wird ein Verkäufer die Übereignung und Übergabe bewusst noch nicht veranlassen, wenn sich die Kaufpreiszahlung nach Fälligkeit verzögerte oder der Verkäufer sogar von der drohenden Insolvenz seines Vertragspartners erfährt. Der Verkäufer behält dann typischerweise seine Leistung zurück und wägt sich in einer guten Situation, nicht wissend, dass er nach der aktuellen Rechtslage ein nicht abschätzbares finanzielles Risiko auf sich nimmt.

Es erscheint sinnvoll, die möglichen Nachteile der AVP danach einzuteilen, ob sie ohne ihr Zutun entstehen, wie dies bei Wertverlusten durch Marktpreisschwankungen der Fall ist oder aufgrund eines Handelns der AVP eintreten, wie das Übernehmen zusätzlicher Kosten während der Schwebezeit.

I. Nachteile durch Wertveränderungen

Durch Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP, die ein Teil des Schuldnervermögens darstellen,¹⁹ besteht für die AVP die Gefahr, Befriedigungseinbußen zu erleiden. Im Falle einer Nichtgeltendmachungsentcheidung kommt es zu einer insolvenzrechtlichen Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP, die eine Verrechnung der Werte der gegenseitigen Vertragsansprüche beinhaltet. Je geringer der Wert des Vertragsanspruchs der IVP ist, desto geringer ist auch die Befriedigung der AVP im Wege der Verrechnung. Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP während der Schwebezeit wirken sich damit negativ für die Befriedigung der AVP aus. Vor diesen Wertverlust während der Schwebezeit kann sich die AVP nicht schützen, da sie an den Vertrag mit dem Insolvenzschuldner

¹⁹ *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 2.6; *von Wilimowsky*, KTS 2011, 453 (454).

gebunden ist und ihr ein Warten auf die Verwertung durch die Insolvenzverwaltung abverlangt wird.

II. Nachteile durch zusätzliche Kosten

Für die gesamte Dauer der Schwebezeit muss sich die AVP für eine mögliche Geltendmachungsentscheidung leistungsbereit halten. Dies ist in aller Regel mit Aufwand verbunden, der entbehrlich wären, wenn die Verwertungsentscheidung schon bei Verfahrenseröffnung feststehen würde. Neben Kosten, die der Erhaltung der eigenen Leistungsfähigkeit dienen, können darüber hinaus auch Kosten entstehen, wenn Geschäfte zur Überbrückung der Schwebezeit abgeschlossen werden müssen, denn für die AVP ist unklar, ob sie die versprochene Leistung von der IVP erhalten wird oder nicht. Ein solches Überbrückungsgeschäft hätte sie ohne das Warten auf die Verwertungsentscheidung nicht tätigen müssen und ist damit gleichfalls eine verfahrensbedingte Belastung.

III. Höhe der Belastungen

In welcher Intensität diese Belastungen auftreten werden, ist am Tag der Verfahrenseröffnung nicht zu ermitteln und steht erst nach Ablauf der Schwebezeit fest. Weder ist vorherzusehen, ob und in welchem Umfang einzelne Teile des Insolvenzvermögens an Wert verlieren, noch wie hoch eventuelle zusätzliche Kosten bis zur Verwertungsentscheidung sein werden. Selbst wenn die Aufwendungen, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums anfallen, im Vorfeld ermittelt werden könnten, so ist letztlich doch die Dauer der Schwebezeit nicht abschätzbar und damit auch der absolute Wert der Belastung nicht berechenbar. Ungewissheit besteht auch bezüglich des Ausgangs der Verwertungsentscheidung. Da die AVP typischerweise keinen Einblick in den Entscheidungsprozess hat, kann sie auch nicht vorhersehen, ob die Insolvenzverwaltung eine Geltendmachungsentscheidung oder eine Nichtgeltendmachungsentscheidung treffen wird. Bezüglich der Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP muss ermittelt werden, welchen Nutzen eine Vertragserfüllung für die IVP hätte. Doch die AVP kennt nicht die im Einzelfall relevanten Faktoren.²⁰ Als Folge dieser Ungewissheit bezüglich der Entscheidung der Insolvenzver-

20 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (458).

waltung muss sie sich leistungsbereit für eine mögliche Geltendmachungsentscheidung halten und sich zugleich ab Verfahrenseröffnung darauf einstellen, längere Zeit auf die versprochene Leistung der IVP warten zu müssen und diese im Falle einer Nichtgeltendmachungsentscheidung auch zukünftig nicht mehr zu erhalten. Dies alles führt zu einer Gemengelage mit unkalkulierbaren Risiken.

C. Bisherige Lösungsvorschläge und ihre Grenzen

Wie mit den Nachteilen, die der AVP während der Schwebezeit entstehen, umzugehen ist, stellt das Forschungsanliegen dieser Arbeit dar. Der Gesetzgeber war nicht untätig geblieben und hat einzelne Konzepte entwickelt, um die verfahrensbedingten Nachteile der wartenden Gläubiger gering zu halten. Nachfolgend werden diese im Gesetz bereits verankerten Lösungsansätze dargestellt, deren Grenzen und Schwächen aufgezeigt und schließlich in den nächsten Kapiteln neue umfassende Lösungsansätze vorgestellt.

I. Verwertungserzwingungsrecht, § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO

Das Gesetz gewährt der AVP ein Verwertungserzwingungsrecht nach § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO. So heißt es: „Fordert der andere Teil den Verwalter zur Ausübung seines Wahlrechts auf, so hat der Verwalter unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung verlangen will.“ Dieses Rechtsinstitut wurde eingeführt, da der Gesetzgeber erkannte, dass der AVP Nachteile beim Warten auf die Verwertungsentscheidung entstehen können. Jedoch verschafft dieses Rechtsinstitut der AVP nur wenig Vorteile.

1. „Unverzüglich“ i.S.d. § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO

Die AVP besitzt ein Recht zur Erzwingung einer Verwertungsentscheidung nach § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO und kann hierüber schließlich auch eine Beendigung des Schwebezustands bezüglich des noch nicht erfüllten Vertrags herbeiführen lassen. Doch die Bezeichnung „Erzwingungsrecht“ täuscht eine höhere Wirksamkeit vor, als dieses Instrument tatsächlich besitzt. Somit überrascht es nicht, dass in der Literatur dieses Mittel zum Teil als ausreichend angesehen wird, um auf die Gefahr von verfahrensbe-

dingten Belastungen der AVP zu reagieren.²¹ Zu beachten ist aber, dass der Insolvenzverwalter trotz einer Ausübung des Erzwingungsrechts ausreichend Zeit zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung eingeräumt werden muss. Gem. § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO soll der Insolvenzverwalter nach der Aufforderung zur Ausübung des Wahlrechts „unverzüglich“, das heißt „ohne schuldhaftes Zögern“ (vgl. § 121 Abs. 1 Satz 2 BGB), die Geltendmachung bzw. Nichtgeltendmachung erklären.²² Es kann mit dem Verwertungserzwingungsrecht also lediglich verhindert werden, dass die Insolvenzverwaltung die Entscheidung schuldhaft verzögert. Es wird der Insolvenzverwaltung durch das Gesetz aber beispielsweise keine Frist gesetzt, innerhalb der eine Entscheidung zu treffen ist. Es steht ihr vielmehr eine nach den Umständen angemessene Zeitspanne zu, um die für eine sinnvolle Ausübung des Wahlrechts und bestmögliche Verwertung erforderliche Sachverhaltsaufklärung herbeiführen zu können.²³ Die Insolvenzverwaltung muss ihre Entscheidung gegenüber dem anderen Teil erst dann treffen, wenn sie Gelegenheit für eine sachgerechte Prüfung zum konkreten Fall hatte.²⁴ Der Gesetzgeber verdeutlichte hierzu, dass der Verwalter Zeit braucht, um die Vor- und Nachteile der jeweiligen Verwertungsentscheidungen beurteilen zu können und er sich dazu häufig einen ersten Überblick über die Möglichkeiten einer zeitweiligen Fortführung der Geschäfte verschaffen müsse.²⁵ Doch bei einem ersten Überblick allein bleibt es nicht. Je nach Komplexität des Unternehmens, Höhe des Insolvenzvermögens und Anzahl der zu bewertenden Ansprüche aus beiderseitig noch nicht erfüllten Verträgen und je nach Abhängigkeiten der Verwertungsentscheidung von anderen geschäftlichen Beziehungen kann die benötigte Zeit für die Verwertungsentscheidung ganz unterschiedliche

-
- 21 MünchKomm-InsO/Huber, § 103 Rn. 170; Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar, InsO, § 103 Rn. 43, die darauf hinweisen, dass ein Verwertungserzwingungsrecht auch vor Fälligkeit des Vertrags ausgeübt werden kann; K.Schmidt-InsO/Rings-tmeier, § 103 Rn. 23, 24; vgl. JaegerKomm-InsO/Jacoby, § 103 Rn. 203.
 - 22 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 117 RegE (= § 103 InsO), MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 17, von Wilmowsky, KTS 2011, 453 (459); Marotzke, Gegenseitige Verträge, Rn. 4.182.
 - 23 Zum Recht des Insolvenzverwalters zur Wahlrechtsausübung erst nach einer den Umständen angemessenen Zeit: OLG Köln, Urt. v. 02.12.2002 - 15 W 93/02 = NZI 2003, 149 1. LS.; siehe hierzu auch: Wortberg, ZInsO 2006, 1256 (1257); MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 17; JaegerKomm-InsO/Jacoby, § 103 Rn. 208.
 - 24 MünchKomm-InsO/Huber, § 103 Rn. 173; Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 26; vgl. Marotzke, Gegenseitige Verträge, Rn. 4.175.
 - 25 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 117 RegE (= § 103 InsO).

Ausmaße einnehmen. Der Begriff „unverzüglich“ beschreibt daher unter Umständen eine lange Zeitspanne und er wurde bewusst nicht näher konkretisiert oder zeitlich begrenzt.

Soll entschieden werden, ob bezüglich eines noch nicht erfüllten Vertrags eine Geltendmachungsentscheidung oder Nichtgeltendmachungsentscheidung zu treffen ist, so sind der mögliche Ertrag und der nötige Aufwand gegenüberzustellen. Es muss ermittelt werden, welcher Ertrag für die IVP mit dem Einfordern der von der AVP geschuldeten Leistung erzielt werden kann und welcher Aufwand aus dem Insolvenzvermögen getätigt werden muss, um die der AVP zustehende Leistung zu erbringen und damit die Einwände der AVP zu überwinden.²⁶ Nicht selten wird der Ausgang der Verwertungsentscheidung über einen noch nicht erfüllten Vertrag aber auch davon abhängig sein, ob das gesamte Unternehmen des Insolvenzschuldners stillgelegt oder fortgeführt wird. Denn eventuell kann der Ertrag aus der Geltendmachung des noch nicht erfüllten Vertrags der IVP nur bei einer Unternehmensfortführung von Nutzen sein und dann einen Vorteil bringen. In solchen Fällen kann es geboten sein, die Gesamtverwertungsentscheidung für das Unternehmen als Ganzes abzuwarten und die Entscheidung bis zum Berichtstermin aufzuschieben. Ebenso kann die Einbeziehung der Gläubiger in die Entscheidung über die Verwertung des Vertrags nach § 160 Abs. 1 InsO erforderlich sein, wenn die Verträge besondere Bedeutung für das Insolvenzverfahren besitzen. In derartigen Fällen wird eine Verwertungsentscheidung eher Monate als Tage benötigen.²⁷ Um es mit den Worten des BGH bezüglich Verzögerungen bei der Verwertung von Sicherungsgegenständen auszudrücken: „Erhebliche Verzögerungen bei der Verwertung beruhen entweder auf Beschlüssen der Gläubigerversammlung – zum einseitigen Nutzen der Insolvenzmasse – oder auf gestreckten Verwertungshandlungen des Insolvenzverwalters.“²⁸ Ein solches Hinausschieben liegt im Interesse der Masse²⁹ und ist offensichtlich akzeptiert. Die Frage ist wie weit diese Akzeptanz reichen sollte.

Das Gesetz kennt keine absolute Grenze für einen Zeitraum, innerhalb dessen die Insolvenzverwaltung das Wahlrecht auszuüben hat.³⁰ Der BGH stellte sogar fest, dass auch eine Ausübung des Wahlrechts 7 Jahre nach Er-

26 Von *Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (457).

27 So auch die Einschätzung von: Kübler/Prütting/Bork-InsO/*von Wilmowsky*, § 104 Rn. 24.

28 BGH, Urt. v. 20.02.2003 - IX ZR 81/02 = ZIP 2003, 632 (637).

29 MünchKomm-InsO/*Kern*, § 169 Rn. 20.

30 Braun-InsOKomm/*Kroth*, § 103 Rn. 51; FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 89; *Wortberg*, ZInsO 2006, 1256 (1257).

öffnung des Verfahrens kein Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt.³¹ Generell gilt zwar nach § 159 InsO, dass im Anschluss des Berichtstermins zu verwerten ist und dies gilt auch für Ansprüche, die der IVP aus den noch nicht erfüllten Verträgen zustehen,³² wann der Berichtstermin zu terminieren ist, wurde aber gleichfalls nicht mit einem festen Zeitpunkt vom Gesetzgeber vorgegeben. Nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 2 InsO soll der Berichtstermin nicht über sechs Wochen und darf nicht später als drei Monate nach Verfahrenseröffnung angesetzt werden. Man wird daher annehmen müssen, dass die Verwertung spätestens ab Ablauf der Drei-Monats-Frist beginnt. Es besteht jedoch keine gesetzliche Regel, wie zu verfahren ist, wenn die Anberaumung des Berichtstermins unangemessen hinausgezögert wird.³³ Sollte dies der Fall sein, so verlagert sich beispielsweise der Beginn der Verzinsungspflicht aus § 169 InsO zum Nachteil des absonderungsberechtigten Gläubigers nach hinten, sofern nicht im konkreten Fall der § 169 Satz 2 InsO eingreift. Dem Gläubiger stehen in diesem Fall lediglich mögliche Ansprüche gegen den Verwalter aus § 60 InsO zu, die er gerichtlich zu erstreiten hat. Der Berichtstermin gibt bei einigen Vertragsarten an, ab wann die AVP typischerweise mit einer Erklärung des Insolvenzverwalters rechnen kann. Bei Vorbehaltskäufen sowie Verträgen für die § 107 Abs. 2 Satz 1 InsO analog anzuwenden ist, soll die Verwertungsentscheidung „unverzüglich nach dem Berichtstermin“ erfolgen. Dieses zeitliche Ziel nützt der AVP jedoch auch in diesen Fällen nicht, wenn gerade die Terminierung des Berichtstermins ungewiss ist. In diesem Sinne hilft es ebenso nicht, wenn § 159 InsO bei der Festlegung der Verwertungsspflicht des Insolvenzverwalters erneut die Formulierung aufgreift, dass der Verwalter das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen „unverzüglich“ nach dem Berichtstermin zu verwerten hat, soweit keine Beschlüsse der Gläubigerversammlung entgegenstehen. Denn auch die Wiederholung dieser Angabe hilft letztlich nicht darüber hinweg, dass mit der gewollten Flexibilität³⁴ bei der Verwertung eine hieraus folgende Schwierigkeit darin liegt einen festen Zeitpunkt zu ermitteln, bis wann die Verwertungsentscheidung noch „unverzüglich“ erfolgte und ab wann die Verwertung mit schuldhaftem Zögern erfolgte.³⁵ Somit läuft auch die

31 BGH, Urt. v. 25.02.1983 - V ZR 20/82 = ZIP 1983, 709, 1. LS.

32 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (458).

33 Hierzu: MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 12, 15.

34 Siehe hierzu auch Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302, Erläuterungen zu § 194 Abs. 1 RegE (= § 169 InsO).

35 So auch: *Rosenberger*, BauR 1975, 233 (236).

Regelung des § 103 Abs. 2 Satz 3 InsO regelmäßig ins Leere. Wird vom Verwalter keine Verwertungsentscheidung bekannt gegeben, so kann dies von der AVP als eine Nichtgeltendmachungsentscheidung interpretiert werden, mit der Folge, dass die Verpflichtungen aus dem Vertrag entfallen und fortan keine Bindung an den insolventen Vertragspartner mehr besteht. Doch ist für die AVP gerade nicht klar zu erkennen, wann die Insolvenzverwaltung ihr Wahlrecht verwirkt hat.

2. Schwächen des Verwertungserzwingungsrechts

Das Verwertungserzwingungsrecht setzt erst ein, wenn die Zeit abgelaufen ist, die zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung über den Vertrag benötigt wird. Innerhalb dieser Zeitspanne ist die AVP nicht vor den Nachteilen durch das Warten auf die Verwertungsentscheidung geschützt. Währenddessen kann sich der Wert des Vertragsanspruchs der IVP bereits verändert haben. War die AVP mit dem Wert des Vertragsanspruchs der IVP zunächst gesichert, so führt ein Absinken des Wertes dieses Anspruchs dazu, dass die AVP zunehmend zu einem ungesicherten Gläubiger wird. Auch zusätzliche Kosten können anfallen, bevor das Recht aus § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO für die AVP greift. Diese finanziellen Belastungen während der Schwebezeit bestehen zudem auch dann, wenn die Forderung der AVP aufgrund einer Geltendmachungsentscheidung voll befriedigt werden sollte.

Da der AVP mit jedem Tag, an dem sie auf eine Verwertungsentscheidung wartet, Nachteile entstehen, wirkt sich der Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung, welcher vor oder nach dem Berichtstermin liegen kann, nicht auf die Frage aus, ob ein Nachteil entsteht, sondern nur, wie hoch ein solcher ausfällt. Selbst bei einer kurzen Zeitspanne bis zur Verwertungsentscheidung können der AVP bereits erhebliche Nachteile entstehen. Das Verwertungserzwingungsrecht dient folglich lediglich dazu, die Befriedigungseinbußen und die zusätzlichen Kosten der AVP geringzuhalten, indem es die Entscheidungszeit verkürzt.³⁶ Es kann jedoch nicht die Nachteile gänzlich verhindern oder gar entstandene Kosten ausgleichen. Dieses Recht bietet der AVP somit keinen ausreichenden Schutz vor Nachteilen beim Warten auf die Verwertungsentscheidung.

36 So auch: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 26, 180; vgl. Marotzke, Gegenseitige Verträge, Rn. 5.11.

Bereits der historische Gesetzgeber zur Konkursordnung erkannte die Gefahr von Nachteilen des Mitkontrahenten durch Verzögerungen bei der Verwertung des Schuldnervermögens und erörterte verschiedene Wege, um hierauf zu reagieren. So wurde die Möglichkeit einer gerichtlich festgelegten Erklärungsfrist in Bezug auf die schwebenden Verträge behandelt. Dieses Mittel zur Eindämmung der Nachteile wurde zugleich aber wegen einer befürchteten Verzögerung der Entscheidung wieder abgelehnt.³⁷ Und auch bei der Schaffung der InsO war in § 194 Abs. 2 RegE zur Stärkung der Rechtsstellung von absonderungsberechtigten Gläubigern folgender Inhalt vorgesehen, der zugleich auch Ausgangspunkt für einen weiteren Schutz der AVP, zum Beispiel im Wege einer Analogie, hätte darstellen können: „Auf Antrag des Gläubigers und nach Anhörung des Verwalters kann das Insolvenzgericht eine Frist bestimmen, innerhalb welcher der Verwalter den Gegenstand zu verwerten hat. Dabei hat das Gericht auch die Nachteile zu berücksichtigen, die sich bei einer Verzögerung der Verwertung für den Gläubiger unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse ergeben.“³⁸ Bei der Bemessung der Frist sollten die Interessen des absonderungsberechtigten Gläubigers gegen die Belange der Gläubigergesamtheit vom Gericht abgewogen werden.³⁹ Der Vorteil in einer gerichtlichen Festsetzung der Verwertungsfrist liegt darin, dass der Gläubiger die Beschleunigung der Verwertung aktiv vorantreiben kann. Doch obwohl es diese Überlegungen zur Verbesserung der Rechtsstellung des absonderungsberechtigten Gläubigers gab, wurde das Initiativrecht in den Gesetzesberatungen wieder gestrichen. Begründet wurde die Streichung vom Rechtsausschuss damit, dass die Rechtsposition des Gläubigers insoweit nicht wesentlich verschlechtert werden würde, als dieser den Insolvenzverwalter zu einem gesetzmäßigen Verhalten auch durch die Haftungsnorm des § 81 RegE (heutiger § 60 InsO) anhalten kann und er zudem Zinsen für seine gesicherte Forderung erhält.⁴⁰ Diese Verweigerung des Initiativrechts ist Ausdruck der Konzentration des Verwertungsverfah-

37 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 68, in der sich folgende Aussage finden lässt: „Es liegt aber auf der Hand, daß die Dazwischenkunft des Gerichts, welches zuvörderst über die Natur des Geschäfts und die dasselbe begleitenden Umstände klar werden muß, die Entscheidung der Sache verzögert.“

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

39 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 194 Abs. 2 RegE (= § 169 InsO).

40 Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302, Erläuterungen zu § 194 Abs. 2 RegE (= § 169 InsO).

rens und der Verwertungsbefugnis beim Insolvenzverwalter,⁴¹ dem eine hohe Bedeutung beigemessen wird. Auch vonseiten der Literatur wird die Effektivität einer „zeitraubenden gerichtlichen Fristbestimmung“ infrage gestellt.⁴² Dennoch darf dieses Argument nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Schadensersatzprozess gegen den Verwalter dem Absonderungsberechtigten nicht den gleichen Schutz gewährt wie das angedachte Institut der Fristbestimmung als präventive Maßnahme. Denn die Voraussetzung für die Haftung des Verwalters auf Schadensersatz ist, dass eine schuldhafte Pflichtverletzung festgestellt werden kann und ein Schaden bereits eingetreten ist.

Auch das amerikanische Recht setzt sich mit diesem Spannungsverhältnis zwischen den Interessen der Vertragspartner und denen der Gläubigersamtheit auseinander. In § 365 (d) BC werden der Insolvenzverwaltung je nach Art des Insolvenzverfahrens und des Vertragstyps verschiedene zeitliche Grenzen gesetzt, innerhalb derer die Entscheidung über einen Fortbestand des Vertrags durch die Abwehr des Rücktritts oder der Kündigung durch den Vertragspartner erfolgen muss.⁴³ Zur Erhaltung der Flexibilität und zur Förderung einer optimalen Verwertung können die Fristen bei Vorliegen von berechtigten Gründen nochmals verlängert werden. Auch der amerikanische Gesetzgeber hielt es für erforderlich, dass der Zeitraum, innerhalb der eine Verwertungsentscheidung getroffen werden muss, situationsbedingt angepasst werden kann. Die Kritik an dieser Regelung ist gleichwohl umfangreich. Während einerseits bemängelt wird, dass die vom Gesetz vorgegebenen Fristen und Verlängerungsmöglichkeiten für kleinere Verfahren eventuell noch als ausreichend betrachtet werden können, für größere Verfahren hingegen aber zu kurz bemessen sein könnten,⁴⁴ ist andererseits eine Frist von bis zu 7 Monaten⁴⁵ derart lang, dass dem Vertragspartner in dieser Zeit erhebliche Nachteile entstehen können, auf welche die Regelung nicht zu reagieren vermag. Auch die Variante einer Fristsetzung kann damit keine Abhilfe schaffen und fällt als Alternative für eine Fortentwicklung des deutschen Insolvenzrechts weg.

Damit ist festzuhalten, dass unabhängig davon welche der aufgezeigten Möglichkeiten der AVP zur Verfügung gestellt werden, um den Verwer-

41 MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 18.

42 MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 5, 19.

43 *Von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (459).

44 *Baird*, *The Elements of Bankruptcy*, S. 133, 134.

45 § 365 (d)(4) BC sieht eine Frist von 120 Tagen und eine Verlängerungsmöglichkeit von 90 Tagen vor.

tungsprozess zu beschleunigen – ob, wie ursprünglich vom deutschen Gesetzgeber angedacht, durch ein Antragsrecht für eine gerichtliche Fristbestimmung oder durch ein Verwertungserzwingungsrecht direkt gegen den Insolvenzverwalter – die AVP vor Nachteilen nicht verschont bleibt. Soll die Insolvenzverwaltung zur optimalen Mehrung der Insolvenzmasse für jeden noch nicht erfüllten Vertrag eine separate Verwertungsentscheidung treffen können, so muss ihr immer eine gewisse Zeitspanne eingeräumt werden, die zur Vorbereitung der Entscheidung benötigt wird. Innerhalb dieser Zeitspanne sind Nachteile der AVP zu befürchten. Hierin liegt die grundsätzliche Schwäche des Verwertungserzwingungsrechts, als auch ihrer Alternative in Form einer gesetzlichen Fristsetzung.

3. Grenzen des Verwertungserzwingungsrechts

Neben den generellen Schwächen des Verwertungserzwingungsrechts stößt das Recht der AVP auch bei verschiedenen Vertragsverhältnissen an seine Grenzen. Das Rechtsinstitut greift nicht, wenn die Verwertungsentscheidung über den Vertrag davon abhängt, wie das Unternehmen des Schuldners insgesamt zu verwerten ist. Die Verwertungsentscheidung über den Vertragsanspruch der IVP kann dann erst nach der Gesamtverwertungsentscheidung über das Unternehmen getroffen werden. Als populäre Beispiele hierfür sind hier Beherrschungsverträge, Kaufverträge unter Eigentumsvorbehalt sowie Miet- und Leasingverträge zu nennen. Letztlich kann diese Problematik aber bei jedem Vertrag auftreten, bei dem der Verwalter eine herausragende Relevanz für die Gesamtverwertungsentscheidung feststellt.⁴⁶

Die Schätzung, wonach die Vorbereitung der Verwertungsentscheidung einige Monate andauern könnte,⁴⁷ kann durchaus als moderat betrachtet werden, denn nicht wenige Insolvenzverfahren werden durch schwierige Rechtsfragen in die Länge gezogen und erstrecken sich über einen Zeitraum von mehreren Jahren. Im Jahr 2018 veröffentlichte das Statistische Bundesamt Destatis, dass von den im Jahr 2012 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen von Unternehmen 42,3 % nach 4 Jahren noch nicht abgeschlossen werden konnten.⁴⁸ Und auch von den im Jahr 2011 er-

46 Siehe zu Abwägungsschwierigkeiten und wirtschaftlichen Folgen beim Verwalterwahlrecht auch: *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2199).

47 Siehe: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 24.

48 Pressemitteilung Nr. 113 des statistischen Bundesamtes vom 28.03.2018.

öffneten Unternehmensinsolvenzverfahren waren bis zum Jahresende 2015 noch immer 42 % nicht beendet.⁴⁹ Ist die Vorbereitung der Gesamtverwertungsentscheidung zeitaufwendig, so können auch von ihr abhängige Verwertungsentscheidungen über einzelne Verträge entsprechend langwierig sein. Das Risiko der AVP verfahrensbedingte Nachteile zu erleiden, erhöht sich in derartigen Fällen um ein Vielfaches.

a. Kaufverträge unter Eigentumsvorbehalt

Bei einem Eigentumsvorbehaltskauf mit der IVP als Käuferin und der AVP als Verkäuferin ist nach § 107 Abs. 2 Satz 1 InsO das Verwertungserzwingungsrecht modifiziert. Der Verwalter braucht, auch wenn ihn der Verkäufer zur Ausübung des Wahlrechts aufgefordert hat, die Erklärung über die Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP erst unverzüglich nach dem Berichtstermin abzugeben, in welchem der Insolvenzverwalter über die wirtschaftliche Lage des Schuldners und ihre Ursachen berichtet. Ziel der Vorschrift ist es, bestehende Fortführungs- und Sanierungschancen zu erhalten, indem es dem Verwalter ermöglicht wird, Unternehmensgegenstände, auch solche aus unerfüllten Eigentumsvorbehaltskäufen, bis zur Gesamtverwertungsentscheidung über das Unternehmen zusammenzuhalten. Wäre die Insolvenzverwaltung verpflichtet, vor dem Berichtstermin die Entscheidung über die Erfüllung der vom Schuldner getätigten Eigentumsvorbehaltskäufe zu treffen, so liefe sie bei einer Ablehnung Gefahr, Gegenstände herausgeben zu müssen, die für eine spätere Fortführung benötigt werden.⁵⁰ Dies soll durch die Regelung und der Verlängerung der Überlegungsfrist vermieden werden. Allerdings ist dies ein Problem, das grundsätzlich auf alle Vertragstypen zutrifft, weshalb auch der Anwendungsbereich der Norm zunehmend erweitert wird.⁵¹

In § 107 Abs. 2 Satz 2 InsO existiert zwar eine Rückausnahme, wonach die Modifizierung des Verwertungserzwingungsrechts dann nicht gilt, wenn in der Zeit bis zum Berichtstermin eine erhebliche Verminderung des Wertes der Sache zu erwarten ist und der Gläubiger den Verwalter

49 Pressemitteilung Nr. 162 des statistischen Bundesamtes vom 17.05.2017.

50 Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar, § 107 Rn. 4; Windel, JURA 2002, 230 (234).

51 Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar, § 103 Rn. 45, Braun-InsOKomm/Kroth, § 103 Rn. 50; FK-InsO/B. Wegener, § 103 Rn. 90; in diesem Vorgehen (lediglich) eine dogmatische Schwierigkeit erkennend, weil die Spezialregelung zum Regelfall wird: K.Schmidt-InsO/Ringstmeier, § 103 Rn. 35; von Wilmowsky, KTS 2011, 453 (459), siehe hierzu auch: Tintelnot, ZIP 1995, 616 (617).

auf diesen Umstand hingewiesen hat, doch versetzt diese Rückausnahme den Gläubiger lediglich wieder in die unbefriedigende Situation, welche unter der Geltung der Grundnorm nach § 103 InsO besteht. Der Insolvenzverwalter hat die Erklärung dann wieder unverzüglich nach Aufforderung abzugeben, jedoch entstehen der AVP auch bereits in dieser, dem Verwalter zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung gewährten Zeitspanne Nachteile durch Zeitablauf. Da die AVP schon durch das Verwertungserzwingungsrecht aus § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO nicht vor den Nachteilen während der Schwebzeit geschützt ist, gilt Gleiches auch für die Regel in § 107 Abs. 2 Satz 2 InsO, welche die Modifikation für Eigentumsvorbehaltsverkäufen aufhebt und den unter der Grundnorm bestehenden Zustand wieder herstellt.

b. Miet-, Pacht- und Leasingverträge

Grundsätzlich steht das Verwertungserzwingungsrecht des § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO jeder AVP eines gegenseitigen Vertrags zu, aber im Fall eines Insolvenzverfahrens gegen den Mieter könnte die Geltung des § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO durch die Regelung in § 107 Abs. 2 Satz 1 InsO ausgeschlossen sein. Diese Regelung soll, nach allerdings umstrittener Meinung, in der Mieterinsolvenz nach Überlassung der Mietsache eine analoge Anwendung finden.⁵² Der Grund hierfür liegt darin, dass viele Gegenstände, die für den Betrieb eines Unternehmens benötigt werden, nicht gekauft, sondern zum Beispiel gemietet werden. Der Vermieter soll die Insolvenzverwaltung des Mieters nicht zwingen dürfen, bereits vor dem Berichtstermin zu entscheiden, ob sie das Gebrauchsrecht des Mieters (und damit das Mietverhältnis) aufrechterhält. Aus diesem Grund besitzt der Vermieter kein Verwertungserzwingungsrecht nach der Grundnorm. Dies lässt sich nicht nur auch auf Pacht- und Leasingverträge übertragen, sondern auf viele weitere Vertragsarten. Ist der jeweilige Vertrag für die Fortführung des Unternehmens unentbehrlich, soll deshalb das Verwertungserzwingungsrecht durch das Fortführungsgebot verdrängt werden.⁵³

52 Vgl. Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar, § 103 Rn. 45; Marotzke, JZ 1995, 803 (814); kritisch: FK-InsO/B. Wegener, § 103 Rn. 90.

53 Von Wilmowsky, KTS 2011, 453 (459, 460), Marotzke, JZ 1995, 803 (814).

c. Beherrschungsverträge

Besteht zwischen der IVP als Obergesellschaft und der AVP als Untergesellschaft ein Beherrschungsvertrag, ergibt sich die Situation, dass die Obergesellschaft die Ansprüche aus dem Verhältnis mit der Untergesellschaft nur bei einer Fortführung benötigt. Deshalb kann in diesem Fall über die Verwertung der Ansprüche der IVP gegenüber der AVP aus dem Beherrschungsverhältnis erst entschieden werden, wenn über die Verwertung des gesamten Unternehmens der IVP entschieden worden ist.⁵⁴Hieran ändert sich auch nichts, wenn die Untergesellschaft ein Verwertungserzwingungsrecht nach § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO besitzt und dieses ausübt.⁵⁵

4. Zusammenfassung zum Verwertungserzwingungsrecht

Im Ergebnis ist das Verwertungserzwingungsrecht nicht geeignet, um das Problem, dass sich durch das Warten auf die Verwertungsentscheidungen Nachteile für die AVP ergeben, zu lösen. Das Rechtsinstitut kann die Nachteile während der Schwebezeit weder verhindern noch kompensieren. Es wird auch nicht möglich sein, eine ideale Zeitspanne zu finden, die sowohl die Interessen der AVP schützt als auch im Interesse der Gläubigersamtheit eine optimale Verwertung des Insolvenzvermögens ermöglicht. Selbst wenige Tage können im Einzelfall schon zu lang sein, um die AVP vor Nachteilen zu bewahren. Auch innerhalb einer solchen kurzen Zeitspanne können Wertverluste des Schuldnervermögens eintreten oder zusätzliche Kosten anfallen. Durch direkte oder analoge Anwendung des § 107 Abs. 2 Satz 1 InsO ist zudem das Verwertungserzwingungsrecht für einige Verträge von vornherein ausgeschlossen und der AVP wird ein Abwarten für eine Zeit über den Berichtstermin hinaus abverlangt. Ziel des deutschen Gesetzgebers war es, der Insolvenzverwaltung einen individuell an die Komplexität des Sachverhalts angepassten Zeitraum einzuräumen, der für die Verwertungsentscheidung des Vertragsanspruchs der IVP benötigt wird. An dem Ziel und der Umsetzung ist unter dieser Prämisse auch nichts auszusetzen. Anstatt daher Änderungen an den Regeln für das Verwertungserzwingungsrecht vorzunehmen oder die Zeitspanne bis zur Verwertungsentscheidung zu verkürzen, sollten die Interessen der AVP vielmehr auf andere Weise geschützt werden.

54 *Von Wilmsowsky*, DK 2016, 261 (271).

55 *Von Wilmsowsky*, DK 2016, 261 (273).

II. Interpretation der Forderungen wegen Nichterfüllung als Schadensersatz

In § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO heißt es: „Lehnt der Verwalter die Erfüllung des Vertrages ab, so kann der andere Teil eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend machen.“ Doch welche Art von Anspruch hier umschrieben wird, ist unklar. Je nach Verständnis dieser Forderung könnten hieraus Rückschlüsse für den Umgang mit Belastungen der AVP gezogen werden.

In der Rechtsprechung und weiten Teilen des Schrifttums wird die „Forderung wegen Nichterfüllung“ als ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung verstanden.⁵⁶ Danach werden die mit Verfahrenseröffnung nicht durchsetzbaren Erfüllungsansprüche aus dem Vertrag mit der Nichtgeltendmachungsentscheidung endgültig nicht durchsetzbar und werden durch einen einseitigen Anspruch der AVP auf Schadensersatz ersetzt.⁵⁷ Befürworter dieser Ansicht könnten die AVP darauf verweisen, die finanziellen Nachteile, die ihr während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung entstehen, als Schadensersatz geltend zu machen, denn Ziel des Schadensersatzes ist es, die AVP so zu stellen, wie sie stehen würde, wenn sie die von der IVP versprochenen Vertragsleistung vollständig zur rechten Zeit erhalten hätte. Es müssten allerdings die Tatbestandsmerkmale eines Schadensersatzanspruchs auch tatsächlich vorliegen. Dies ist höchst fraglich und wird von kritischen Stimmen immer wieder verneint.⁵⁸ Der Knackpunkt bezüglich des Bestehens möglicher Schadensersatzansprüche der AVP gegen die IVP ist, dass die Schadensersatznormen des BGB-Vertragsrechts eine schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten voraussetzen. Und genau dies gilt es zu prüfen.

56 BGH, Urt. v. 29.01.1987 - IX ZR 205/85 = NJW 1987, 1702 (1703); Uhlenbruck-InsO/D. Wegener, § 103 Rn. 166; K.Schmidt-InsO/Ringstmeier, § 103 Rn. 2, 56; Braun-InsOKomm/Kroth, § 103 Rn. 49, 55; vgl. auch: Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar, § 103 Rn. 61; MünchKomm-InsO/Huber, § 103 Rn. 8; Tintelnot, ZIP 1995, 616 (618); Rosenberger, BauR 1975, 233 (234); Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 20.25.

57 Braun-InsOKomm/Kroth, § 103 Rn. 48, 54; FK-InsO/B. Wegener, § 103 Rn. 2; siehe auch: Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar, § 103 Rn. 62; Andres/Leithaus-InsOKomm/Andres, § 103 Rn. 34, kritisch: von Wilmowsky, KTS 2011, 453 (467).

58 JaegerKomm-InsO/Jacoby, § 103 Rn. 34; von Wilmowsky, KTS 2011, 453 (468 ff.); Kübler/Prütting/Bork-InsO/Tintelnot, § 103, Rn. 318 ff.; Wortberg, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 158-160; vgl. auch: Andres/Leithaus-InsOKomm/Andres, § 103 Rn. 35; Marotzke, Gegenseitige Verträge, Rn. 5.17 ff., 5.64 ff.; Windel, JURA 2002, 230 (233).

Zunächst sei bemerkt, dass eine solche Pflichtverletzung nicht allein mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder dem Eintritt der materiellen Insolvenz begründet werden kann. Abgesehen von strafrechtlich relevanten Fällen des Bankrotts (§ 283 StGB) hat der Schuldner die Insolvenz nicht schuldhaft herbeigeführt. Das Insolvenzverfahren ist lediglich eine gemeinschaftliche Vollstreckung gegen den Schuldner, die im Interesse aller Gläubiger geführt wird. Von deren Interesse ist auch mit umfasst, dass die Durchführung der Gesamtvollstreckung und die optimale Verwertung des Schuldnervermögens Zeit benötigt. Der Grund dafür, dass bis zur Verwertung und Ausschüttung des Erlöses Zeit verstreicht, liegt in der Komplexität des Verfahrens. Wird die Verwertung und Verteilung des Insolvenzvermögens nach den Regeln des Insolvenzvertragsrechts vollzogen, so kann hieraus keine Pflichtverletzung wegen Verzögerung der Leistung nach § 281 BGB generiert werden.

In Bezug auf die Frage, ob nach einer Nichtgeltendmachungsentscheidung der Anspruch der AVP aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO ein Schadensersatz darstellt, ist ebenso zu klären, auf welchen Haftungstatbestand dieser beruhen könnte. In Betracht kommen die Schadensersatzansprüche wegen Unmöglichkeit (§ 283 BGB) oder Erfüllungsverweigerung (§ 281 BGB)⁵⁹.

Durch die Entscheidung der Insolvenzverwaltung, den Vertragsanspruch der IVP nicht geltend zu machen, ist es ausgeschlossen, dass der Anspruch der AVP vollständig und gegenständlich befriedigt wird. Aus diesem Grund könnte eine Unmöglichkeit der Vertragserfüllung angenommen werden. Die Haftungsnorm des § 283 BGB erfasst die nachträgliche Unmöglichkeit als Pflichtverletzung. Der Schuldner ist aufgrund des Vertrags verpflichtet, zu verhindern, dass nach Vertragsschluss Hindernisse eintreten, die ihm die Leistung unmöglich machen. Bei einer schuldhaften Verletzung dieser Pflicht haftet er auf Schadensersatz. Den Schuldner trifft aber keine Pflicht zu verhindern, dass im Fall seiner Insolvenz sein Anspruch aus dem Vertrag (der Vertragsanspruch der IVP) durch Nichtgeltendmachung verwertet wird und der Vertragsanspruch der AVP insolvenzmäßig befriedigt wird. Wichtig ist zu unterscheiden, dass die Insolvenzverwaltung nicht die Erfüllung des Anspruchs AVP ablehnt, wenn sie sich entscheidet, die Erfüllung des Vertrags abzulehnen. Die Insolvenzverwaltung ist selbstverständlich bereit, den Vertragsanspruch der AVP

59 Urt. v. 29.01.1987 - IX ZR 205/85 = NJW 1987, 1702 (1703); Uhlenbruck-InsO/D. Wegener, § 103 Rn. 166 167; K.Schmidt-InsO/Ringstmeier, § 103 Rn. 52, 56; Pickenbrock/Ludwig, WM 2014, 2197 (2199); vgl. Braun-InsOKomm/Kroth, § 103 Rn. 53.

in der Weise zu erfüllen, die das Insolvenzvertragsrecht in § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO für diesen Fall vorsieht - die Verrechnung der Vertragsansprüche und Ausschüttung der Insolvenzquote auf eine zugunsten der AVP bestehende Restforderung.⁶⁰ Die Nichtgeltendmachungsentscheidung ist kein von § 283 BGB umfasstes Hindernis. Würde man dies anders sehen, räumte man der AVP einen vertraglichen Anspruch auf eine bestimmte Verwertungsentscheidung ein.⁶¹ Die AVP könnte verlangen, dass der gegen sie gerichtete Vertragsanspruch der IVP geltend gemacht wird. Ein solcher Anspruch existiert für die AVP aber gerade nicht. Die Verwertungsentscheidung über den Vertragsanspruch der IVP steht allein den Gläubigern zu, welche durch die Insolvenzverwaltung, d. h. durch den Insolvenzverwalter bei Fremdverwaltung bzw. durch den Insolvenzschuldner bei Eigenverwaltung vertreten werden.⁶²

Wäre die Nichtgeltendmachungsentscheidung der Insolvenzverwaltung als Erfüllungsverweigerung zu deuten, so könnte auch der Haftungsstatbestand nach § 281 BGB in Betracht gezogen werden.⁶³ Das Gesetz spricht in § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO von der Ablehnung der Erfüllung. Dies ist eine Formulierung, die leicht missverstanden werden kann. Hiermit ist nicht die Verweigerung der Erfüllung gemeint. Die Insolvenzverwaltung besitzt auch nicht das Recht, die Erfüllung des Vertragsanspruchs der AVP zu verweigern.⁶⁴ Ein solches Verständnis würde gar dem Prinzip des Insolvenzverfahrens zuwiderlaufen, denn es dient als Gesamtvollstreckungsverfahren gerade der Vollstreckung aller Forderungen gegen den Schuldner.⁶⁵ Umschrieben wird hier lediglich die Rechtsmacht der Insolvenzverwaltung bezüglich der zwei Varianten zur Verwertung des Insolvenzvermögens. Die Verwaltung kann bezüglich des Anspruchs der IVP entscheiden, diesen geltend zu machen oder nicht geltend zu machen. Beide Varianten dienen der Vollstreckung des Vertragsanspruchs der AVP. Die insolvenzrechtlich vorgesehene Verteilung des Insolvenzvermögens kann dabei nicht als Erfüllungsverweigerung betrachtet werden. Wenn bei der Nichtgeltendmachungsentscheidung die Befriedigung des Anspruchs der AVP nicht in der vereinbarten Höhe erreicht wird, beruht dies auf der Tatsache, dass das Vermögen in der Insolvenz des Schuldners nicht

60 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (468, 469).

61 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (468).

62 FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 6; *von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (468).

63 Dies annehmend: K.Schmidt-InsO/*Ringsteiner*, § 103 Rn. 52.

64 Zur Vertragsbindung: *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 28, 31 ff.; siehe auch: *von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (469).

65 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (469).

zur vollständigen Befriedigung aller Forderungen ausreicht. Keinesfalls ist die der AVP zukommende Befriedigung durch eine Verweigerungshandlung der Insolvenzverwaltung begründet. Vielmehr handelt es sich hierbei um genau die vom Insolvenzrecht vorgesehene Erfüllung des Vertragsanspruchs der AVP.⁶⁶

Für einen Schadensersatzanspruch der AVP gegen den Schuldner fehlt es damit bereits an den Tatbestandsmerkmalen. Darüber hinaus hätte ein solcher Anspruch lediglich Insolvenzstatus und würde in Höhe der Quote befriedigt werden. Er ist somit nicht geeignet, die Nachteile der AVP vollständig auszugleichen. Und letztlich wird die Differenzforderung nur im Falle der Nichtgeltendmachungsentscheidung gebildet. Nachteile während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung können aber unabhängig vom Ausgang dieser Entscheidung sowohl bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung als auch einer Geltendmachungsentscheidung entstehen. Die anfänglichen Überlegungen, die Nachteile der AVP über einen Schadensersatzanspruch zu kompensieren, der jedoch nur bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung bestände, führen daher nicht zu einem befriedigenden Ergebnis. Hierin ist kein tauglicher Lösungsweg zu erkennen.

III. Verwalterhaftung nach § 60 InsO

Ob sich auch die Problematik bezüglich der Nachteile, welche die AVP in der Schwebezeit erleidet, eventuell über die Verwalterhaftung lösen lässt, soll ebenfalls erörtert werden. Bereits in der Formulierung der Norm zeigt sich ein restriktives Verständnis zur Haftung des Insolvenzverwalters, welches der BGH bereits unter der Geltung der KO entwickelt hatte und schließlich vom InsO-Gesetzgeber in § 60 InsO fortgeführt wurde.⁶⁷ Der Insolvenzverwalter haftet den Beteiligten des Verfahrens gegenüber nach dieser Vorschrift, wenn er schuldhaft Pflichten verletzt, die ihm nach der Insolvenzordnung obliegen. Die Insolvenzkommission befürchtete eine Ausuferung der Verwalterhaftung.⁶⁸ Daher wurde in § 60 InsO der haftungsbegründende Kreis der Verwalterpflichten auf die

⁶⁶ Von Wilmowsky, KTS 2011, 453 (469, 470).

⁶⁷ Zum restriktiven Verständnis und den, aus der Konkursordnung herzuleitenden, Pflichten: BGH, Urt. v. 04.12.1986 - IX ZR 47/86 = NJW 1987, 844 (845), wonach für eine Haftung erhebliche, aus der KO herzuleitende Pflichten schuldhaft verletzt sein müssen.

⁶⁸ RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 71 RegE (= § 60 InsO); MünchKomm-InsO/Schoppmeyer, § 60 Rn. 3.

wichtigsten insolvenzspezifischen Aufgaben in den jeweiligen Verfahrensabschnitten eingegrenzt. Der Beteiligte hat zudem nur einen Anspruch nach § 60 InsO, wenn der Insolvenzverwalter schuldhaft seine Pflichten verletzt. Die gesetzgeberische Zielsetzung beruht auf einer Abwägungsentscheidung. Zum einen soll das Vermögen von Personen geschützt werden, die mit der Insolvenzverwaltung in Berührung kommen und zum anderen sollen die Haftungsrisiken für den Insolvenzverwalter sowohl voraussehbar als auch kalkulierbar sein.⁶⁹ Anders als zuvor in der KO wurde dem Insolvenzverwalter in der InsO aber die insolvenzspezifische Pflicht auferlegt, keine Masseschulden zu begründen, zu deren Erfüllung die Masse voraussichtlich nicht ausreicht, § 61 InsO.

Auch wenn *Wortberg*, der sich ausgiebig mit den Belastungen der Vertragspartner von noch nicht erfüllten Verträgen befasst, diese durch die Schadensersatzpflichten des Insolvenzverwalters nach § 61 InsO als gut geschützt ansieht, da eine Geltendmachungsentscheidung nur dann getroffen werden darf, wenn die Forderung des Gläubigers nach einer vorherigen Prognose aus der Masse voll erfüllt werden kann,⁷⁰ sollte dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Von einem ausreichenden Schutz kann bei der restriktiv zu handhabenden Vorschrift nicht die Rede sein. Wurde eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen ist es irrelevant, welche Absicherungen für eine Geltendmachungsentscheidung im Raum gestanden hätten. Zudem sind zusätzliche Kosten, welche die AVP während der Schwebezeit zu tragen hat, unabhängig vom Ausgang der Verwertungsentscheidung und bestehen bei einer Geltendmachungsentscheidung und Nichtgeltendmachungsentscheidung in gleicher Höhe. Die Aufwendungen stehen auch nicht mit der Befriedigung der Forderung in Verbindung. Es ist diesbezüglich nicht relevant, ob für eine Geltendmachungsentscheidung die Masse ausreichte, um alle Masseverbindlichkeiten zu erfüllen oder ob hier eine Fehleinschätzung der Insolvenzverwaltung vorlag. Ob die Prognose der Verwaltung richtig oder falsch war, hat keine Auswirkung auf die Belastungen der AVP aufgrund zusätzlicher Kosten.

Auch bezüglich der Frage, wann oder unter welchen Entscheidungskriterien die Verwertungsentscheidung getroffen werden soll, bringt uns der Weg über die Verwalterhaftung nicht voran, denn der Verwalter ist bei der Ausübung seines Wahlrechts aus § 103 InsO nicht an die Grundsätze von Treu und Glauben gebunden und hat sich ausschließlich zum Wohle der

69 Vgl. RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 71 RegE (= § 60 InsO); MünchKomm-InsO/*Schoppmeyer*, § 60 Rn. 1.

70 *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 6.

Gläubigergesamtheit zu entscheiden.⁷¹ Dies gilt auch wenn der andere Teil bereits seit mehreren Jahren auf die Endgültigkeit des Vertrags vertraut hatte⁷² oder bereits nahezu vollständig erfüllt wurde.⁷³ Die Interessen der AVP fließen in den Entscheidungsprozess nicht ein.

Bezüglich der absonderungsberechtigten Gläubiger entfaltet die Haftung des Verwalters eine wichtige Bedeutung, wenn es um Wertverluste des Sicherungsgutes geht. Der Verwalter schuldet einen sorgfältigen Umgang bezüglich der Gegenstände, an denen ein Absonderungsrecht besteht, um die Absonderungsberechtigten vor Vermögensschäden zu schützen. Denn jeder Wertverlust, der nicht über § 172 InsO ausgeglichen wird, höhlt das Sicherungsrecht des absonderungsberechtigten Gläubigers zunehmend aus. Der Verwalter ist aus diesem Grund verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ein Absonderungsgut keinen Wertverlust zum Beispiel durch einen vermeidbaren Rechtsmangel erleidet.⁷⁴ Ohne nähere Details zu nennen, sieht *Schoppmeyer* in der Verlagerung der Verwertungsbefugnisse auf den Insolvenzverwalter ein nicht voraussehbares Risiko für absonderungsberechtigte Gläubiger.⁷⁵ Möglicherweise werden hier Verzögerungen angesprochen. Da auch die AVP eines noch nicht erfüllten Vertrags durch ihre Verbindlichkeit gegenüber der IVP gesichert ist, eröffnet sich hier eventuell ein schmaler Pfad, um auf die Belastungen der AVP, die auf Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP aufgrund von Marktpreisschwankungen beruhen, zu reagieren. Doch da die Haftung des Insolvenzverwalters eine schuldhaftige Pflichtverletzung voraussetzt, erweist sich dieser Weg sogleich

71 KölnKomm-InsO/*Cymutta/Hess*, § 103 Rn. 297; FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 91; BGH, Urt. v. 25.02.1983 - V ZR 20/82 = ZIP 1983, 709, 1. LS.

72 FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 92.

73 HambKomm-InsO/*Abrendt*, § 103 Rn. 17.

74 BGH, Urt. v. 09.03.2006 - IX ZR 55/04 = ZIP 2006, 859, 1. LS - In dem vom BGH entschiedenen Fall trat ein Wertverlust an einem mit einem Absonderungsrecht belasteten Gegenstand durch die Nichtkündigung eines Mietverhältnisses ein. Die Schuldnerin (vertreten durch den Insolvenzverwalter) war Eigentümerin und Vermieterin eines Grundstücks. Der Mietvertrag verlängerte sich um jeweils ein Jahr, wenn er nicht unter Einhaltung der Frist gekündigt wurde. Mit notariellem Vertrag verkaufte die Schuldnerin das Grundstück und verpflichtete sich dieses frei von Rechten Dritter an die Käuferin zu übertragen. Den Kaufpreisanspruch trat die Schuldnerin zur Sicherung von Darlehensforderungen ab. Die Käuferin weigerte sich jedoch später, den vollen Kaufpreis zu bezahlen, weil sich mangels rechtzeitiger Kündigung das Mietverhältnis über das Grundstück um ein weiteres Jahr verlängert habe. Der BGH bejahte in dieser Konstellation die Haftung des Verwalters.

75 MünchKomm-InsO/*Schoppmeyer*, § 60 Rn. 1.

als untauglich, um eine allgemeine Möglichkeit zur Kompensation von verfahrensbedingten Nachteilen zu erreichen.

Es könnte der Versuch unternommen werden, die Verwalterhaftung zu verschärfen und inhaltlich auszudehnen, um auf diese Weise auch Nachteile der AVP zu erfassen. Eine strengere Haftung könnte darüber realisiert werden, dass eine Frist zur Bekanntgabe der Verwertungsentscheidung gesetzlich vorgegeben wird und für Schäden, die der AVP nach Ablauf dieser Frist entstehen, das Verschulden des Verwalters vermutet wird. Ergänzt werden könnte die Vorschrift über die Möglichkeit, eine Fristverlängerung zu beantragen, jedoch nur unter der Nennung der Gründe, die eine längere Frist nötig machen.⁷⁶ Und über eine Exkulpationsmöglichkeit des Verwalters wäre eine Befreiung von der Haftung denkbar. Es ist vorstellbar, dass der Verwalter unter diesen Umständen einer verschärften persönlichen Haftung die Verwertungsentscheidung noch schneller vorantreiben wird und sowohl Wartezeit als auch Nachteile der AVP damit geringer ausfallen werden. Jedoch wäre selbst hierdurch noch kein ausreichender Schutz der AVP geschaffen. Bezüglich der Wertverluste des Schuldnervermögens und der zusätzlichen Kosten, die innerhalb dieser Frist anfallen, bliebe die Belastung der AVP weiterhin bestehen. In diesem Zeitraum würde eine Verschärfung keine Verbesserung der Situation der AVP bedeuten. Falls die Exkulpationen der Verwalter ausufern sollten, würde die AVP auch für die Zeit nach Fristablauf keine spürbare Entlastung erfahren. Dies zu verhindern wäre dann Aufgabe der Gerichte. Des Weiteren ist zu bedenken, dass der Schutz durch eine Verschärfung der Verwalterhaftung insgesamt nicht weit genug greift, da nicht alle Nachteile der AVP, die mit dem Warten in Verbindung stehen, als Schaden deklariert werden können. Aufwendungen, die die AVP zum Erhalt der Leistungsfähigkeit tätigt, sind freiwillige Vermögensopfer und kein Schaden. Es ist hingegen gerade die Pflicht der AVP, eine einwandfreie Leistung zu erbringen. Auch für solche zusätzlichen Kosten der AVP, die dem Erhalt der eigenen Leistungsfähigkeit dienen, eine Verwalterhaftung greifen lassen zu wollen, würde konstruiert erscheinen. Darüber hinaus würde der vom Gesetzgeber gewollte restriktive Charakter der Norm aufgehoben werden. Auch durch eine Verschärfung der Verwalterhaftung wäre letztlich nur ein geringer Vorteil für die AVP zu verzeichnen. Bezüglich der Problematik der AVP von Belastungen während der Schwebezeit betroffen zu sein, gilt es folglich ein anderes Mittel zu suchen oder zu entwickeln.

76 Anlehnung an das amerikanische Recht, § 365 (d) BC.

IV. Lösungsklauseln

Auch die bis 2012 gängige Praxis von vertraglichen Lösungsklauseln zeigt, dass das Warten auf die Verwertungsentscheidung von der solventen Partei des noch nicht erfüllten Vertrags als belastend wahrgenommen wurde. Diese Möglichkeit, sich vom Vertrag beim Eintritt bestimmter festgelegter Ereignisse wie der Insolvenz des Geschäftspartners lösen zu können, wurden in die Verträge aufgenommen, um sich vor Nachteilen zu schützen.⁷⁷ Die Klauseln waren in allen Bereichen des Vertragsrechts verbreitet.⁷⁸ Interessant ist, dass eine Vertragslösung in der Regel zu einem sehr frühen Zeitpunkt ausgeführt wurde, meist bei Zahlungsunfähigkeit oder Eröffnung des Insolvenzverfahrens und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem das Ergebnis der Verwertungsentscheidung noch nicht bekannt oder zumindest vage vorhersehbar war. Die AVP nahm damit in Kauf, dass ihr die Vorteile der Vertragserfüllung bei einer möglichen Geltendmachungsentscheidung verloren gehen, nur um nicht dem unkalkulierbaren Risiko während der Schwebezeit ausgesetzt zu sein. Denn die Höhe der Belastungen der AVP kann zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht abgeschätzt werden und ist vor allem von der Zeit, die zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung benötigt wird, abhängig. Diese Nachteile erschienen der AVP offensichtlich gravierender als der mögliche Nutzen, den eine Geltendmachungsentscheidung mit sich bringen kann. Mit dem Mittel der Vertragslösung konnte die AVP Belastungen während der Schwebezeit zielsicher verhindern.

Über einen Zeitraum von vielen Jahrzehnten nach Inkrafttreten der KO, mit den bis heute fortbestehenden Grundregeln zum Vertragsrecht, herrschte kein Zweifel an der Wirksamkeit von Lösungsklauseln. Bis in die Siebzigerjahre hinein ging die höchstrichterliche Rechtsprechung ohne Weiteres davon aus, dass ein Vertragspartner sich durch Ausübung einer Lösungsklausel endgültig von einem bereits geschlossenen Vertrag lösen kann und betrachtete diese Klauseln für wirksam.⁷⁹ Es wurde in dieser Zeit auch nicht der Einwand laut, dass das Verwalterwahlrecht durch

77 Huber, NZI 2014, 49 (50); dies bestätigend: Wortberg, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 6-13, 25; vgl. für Dauerschuldverhältnisse: Eckert, ZIP 1996, 897 (902).

78 Römermann, NJW 2013, 1159 (1162); von Wilmowsky, ZIP 2007, 553 (555); Raeschke-Kessler/Christopeit, WM 2013, 1592 (1592); Bruns, ZZZ 1997, 305 (314); in diesem Sinne die Entscheidung des BGH als „weitreichend“ bezeichnend: Foerste, ZInsO 2015, 601, (606).

79 BGH, Urt. v. 26.09.1895 - VII ZR 19/85 = ZIP 1985, 1509; vgl. BGH, Urt. v. 11.11.1993 - IX ZR 257/92 = ZIP 1994, 40; siehe auch für Auflistung weiterer

eine Vertragslösung funktionslos sei oder ausgehöhlt wird.⁸⁰ Doch genau diese Kritik wurde im Jahr 2012 vom BGH gegen die Lösungsklauseln ins Feld geführt und erklärt, es käme zu einer Umgehung des § 103 InsO. Mit dem Urteil vom 15.11.2012⁸¹ wurde entschieden, dass insolvenzbezogene Lösungsklauseln für Energielieferungsverträge unwirksam sind. Die Unwirksamkeit ergebe sich aus § 119 InsO, welcher die §§ 103 bis 118 InsO für unabdingbar erkläre. Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel würde im Vorfeld eine Anwendung des § 103 InsO ausschließen⁸² und damit die Kompetenz der Insolvenzverwaltung über die Verwertung der Ansprüche und Rechte aus dem noch nicht erfüllten Vertrag zu entscheiden unterlaufen.⁸³

Verwunderlich ist im Zusammenhang mit diesem Urteil, dass das Gesetz für Terminverträge eine Vertragslösung nach § 104 InsO selbst anordnet und die Begründung, welche der BGH für die Unwirksamkeit von Lösungsklauseln bekannt gibt, auch eine Unwirksamkeit dieser Rechtsnorm herbeiführen müsste. Indem die Verträge aufgehoben werden, wenn eine der Vertragsparteien in Insolvenz fällt, wird der Insolvenzverwaltung gleichfalls die Möglichkeit entzogen, über die Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP zu entscheiden. Aus der Perspektive der zitierten Rechtsprechung muss die Aufhebungsregelung des § 104 InsO damit als rechtspolitisch verfehlt erscheinen.⁸⁴ Dennoch wird für diese Verträge ein wesentliches Gestaltungsinteresse angenommen, welches die Vereinbarung insolvenzbezogener Aufhebungsklauseln rechtfertigen soll. Doch anstatt die Gesetzesnorm konsequenterweise grundsätzlich infrage zu stellen, wird erklärt, dass auch nach Ansicht des BGH insolvenzabhängige Lösungsklauseln anzuerkennen sind, wenn sie der Vereinbarung einer gesetzlich vor-

Leitentscheidungen: *von Wilmsky*, ZIP 2007, 553 (553); *Bosch*, WM 1995, 413 (423).

80 Die Diskussion zur Unwirksamkeit von Lösungsklauseln ist erst 1975 aufgekommen, u. a. ausgelöst von: *Rosenberger*, BauR 1975, 233 (236 ff.), der sämtliche Kündigungsrechte als unwirksam betrachtet und sich auf die Bedeutung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters und dem Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger stützt; siehe zum Aufflammen der Diskussion auch: *Bosch*, WM 1995, 413 (422, 423).

81 BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11 = NJW 2013, 1159.

82 BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11 = NJW 2013, 1159, Rn. 13.

83 BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11 = NJW 2013, 1159, Rn. 19; vgl. auch Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmsky, § 104 Rn. 228.

84 Zu diesem Widerspruch bezüglich § 104 InsO siehe: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmsky, § 104 Rn. 169, 170, 228.

gesehenen Lösungsmöglichkeit entsprechen.⁸⁵ Diese Thematik soll hier jedoch nicht vertieft werden, es genügt bereits für einzelne Schwächen des Insolvenzvertragsrechts zu sensibilisieren.

Nach Verkündung des Urteils bestand Uneinigkeit darüber, welche Ausstrahlungswirkung der Entscheidung hinsichtlich anderer Vertragstypen zugeschrieben werden muss. Durch die allgemein ausformulierte Begründung kann die Entscheidung des BGH, die zum Bereich Energieverträge erging, auf zahlreiche weitere Branchen und Bereiche angewandt werden.⁸⁶ Argumente für eine solche breite Ausstrahlung liefert die ausführliche Auseinandersetzung des BGH zur Anwendbarkeit des § 119 InsO auf Lösungsklauseln,⁸⁷ als auch eine Stellungnahme des IX. Senats zu dem in der Literatur ausgetragenen Meinungsstreit, welcher sich auf sämtliche Arten von noch unerfüllten Austauschverträge bezog.⁸⁸ Für eine eingeschränkte Deutung, wonach Lösungsklauseln nur für Dauerschuldverhältnisse oder sogar gar nur für den im Urteil behandelten Vertragstyp unwirksam sein sollen, finden sich hingegen keine durchschlagenden Anhaltspunkte im Urteil. Schon nach Verkündung des Urteils festigte sich somit die Meinung, dass es nur schwer vorstellbar sei, dass der BGH dort, wo im Vertragsverhältnis keine besonderen Eigenheiten bestehen, der Möglichkeit einer Vertragslösung durch entsprechende Klauseln noch weiten Spielraum einräumen wird.⁸⁹ Das Urteil zur Unwirksamkeit insolvenzbedingter Lösungsklauseln wurde schließlich 2013 mit einer Entscheidung zum Mietvertragsrecht bestätigt.⁹⁰ Mehr Klarheit zur Frage, ob eine Einzelfallentscheidung oder ein Grundsatzurteil vorliegt, brachte letztlich aber der VII. Senat im Jahr 2016. Bezüglich des Kündigungsrechts des Bauherrn nach § 8 VOB/B nahm der BGH keinen Verstoß gegen §§ 103, 119 InsO an, sondern betrachtete die Aufhebungsklausel nun für wirksam.⁹¹ Damit

85 *Obermüller*, ZInsO 2013, 476 (477); BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11 = NJW 2013, 1159, Rn. 13.

86 *Römermann*, NJW 2013, 1159 (1162); *Raeschke-Kessler/Christopeit*, WM 2013, 1592 (1593).

87 *Lenger/Schmitz*, NZI 2015, 396 (397).

88 Siehe hierzu auch: *Foerste*, ZInsO 2015, 601, (605); BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11 = NJW 2013, 1159, Rn. 11, 12.

89 Auch nachdem der Vorsitzende des IX. Zivilsenats verlauten ließ, der BGH will Lösungsklauseln nicht generell an § 119 InsO scheitern lassen (*Kayser*, ZIP 2013, 1353 (1362)) änderte sich an der bestehenden Problematik zur Einschätzung nichts: *Lenger/Schmitz*, NZI 2015, 396 (397), *Foerste*, ZInsO 2015, 601, (606).

90 BGH, Urt. v. 22.10.2013 - II ZR 394/12 = NZI 2014, 25.

91 BGH, Urt. v. 07.04.2016 - VII ZR 56/15 = NJW 2016, 1945 - die Kündigungsrechte, wie das nach VOB/B und nach AGB-Banken, wurde auch zuvor in Teilen der

existieren nun zwei gegensätzliche, höchstrichterliche Urteile zur Rechtsfrage der Wirksamkeit von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln. Für alle vom BGH nicht behandelten Vertragstypen bleibt diese Frage weiterhin offen. Ihr Ergebnis wird davon abhängig sein, wie sich der jeweilige Senat bezüglich der Vertragsfreiheit und den Interessen der Insolvenzgläubiger positioniert.⁹²

Während nicht wenige Autoren der Rechtsprechung zur Unwirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln kritisch entgegengetreten und aus dem Sinn und Zweck der §§ 103 ff. InsO und dem Gesetzgebungsverfahren zur Insolvenzordnung⁹³ den Rückschluss ziehen, dass der Gesetzgeber Aufhebungsklauseln als wirksam zulassen wollte,⁹⁴ sind andere Autoren der Meinung, dass sich hieraus das Gegenteil ableiten lässt und derartige Klauseln unwirksam sind.⁹⁵ Je nach Ansatz werden insolvenzbezogene Lösungsklauseln auch als anfechtbar betrachtet.⁹⁶ Doch diese Fragen, ob der Gesetzgeber Lösungsklauseln für wirksam erachtete oder ob die BGH-Rechtsprechung von 2012 verfehlt ist, ist hier nicht weiter zu erörtern. Es wird an dieser Stelle auf die bestehende umfangreiche Literatur zu die-

Literatur als wirksam angesehen: *Huber*, NZI 2014, 49 (51), *Obermüller*, ZInsO 2013, 476 (477, 481); siehe zur Kontroverse auch: *Huber*, ZInsO 2016, 2130, (2132, 2133), der die Entscheidung VII. Senat, sprachlich treffend als "Löschwasser" für die bis dahin hitzig geführte Diskussion bezeichnet.

92 Siehe hierzu auch: MünchKomm-InsO/*Huber*, § 119 Rn. 44.

93 Es wird hierbei auf die Streichung des § 137 Abs. 2 RegE Bezug genommen, welcher Lösungsrechte, die an die Insolvenzeröffnung anknüpfen, für unwirksam erklärte.

94 Lösungsklauseln für wirksam erachtend: *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 52, 53, 150; *von Wilmsky*, ZIP 2007, 553 (554); siehe auch: *Bosch*, WM 1995, 413 (424); *Bruns*, ZZZP 1997, 305 (323-326); distanziert zur Rechtsprechung auch: *Raeschke-Kessler/Christopeit*, WM 2013, 1592 (1594); kritische Betrachtung zum Gesetzgebungsverfahren: *Foerste*, ZInsO 2015, 601, (603, 605).

95 Lösungsklauseln für unwirksam erachtend: *Römermann*, NJW 2013, 1159 (1162), *Huber*, NZI 2014, 49 (50, 54), *Lenger/Schmitz*, NZI 2015, 396 (397), *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 259, 260.

96 Es wird darauf hingewiesen, dass die IVP durch die Aufhebung des Vertrags ihren Erfüllungsanspruch verliert und damit Vermögen. Dieser Verlust ist mit Hilfe des Anfechtungsrechts zu bekämpfen. Zur Vermeidung der Anfechtbarkeit hat die Lösungsklausel auf die Verwertungsentscheidung abzustellen, denn das Ausfallrisiko der AVP hängt mit dem Wert zusammen, den die weitere Vertragserfüllung für die IVP besitzt und ist erst erhöht, wenn auf Nichtgeltendmachung entschieden wird. Siehe hierzu: *von Wilmsky*, ZIP 2007, 553 (555 ff.); *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmsky*, § 104 Rn. 229, 244, 245, ebenfalls die Anfechtbarkeit von Lösungsklauseln bestätigend: *Foerste*, ZInsO 2015, 601, (611).

sen Themenkreisen verwiesen.⁹⁷ Entscheidend ist allein, dass es der AVP seit der Rechtsprechungsänderung nicht mehr ohne Weiteres möglich ist, sich durch das Ausüben von Lösungsklauseln von ihren Pflichten aus einem nicht erfüllten Vertrag zu befreien, um hierdurch Nachteile, die im Insolvenzverfahren durch das Warten auf die Verwertungsentscheidung entstehen, abzuwenden. Was einst als Ausweg aus dem Dilemma der AVP genutzt wurde, steht nun zur Lösung der Problematik nicht mehr zur Verfügung. Die Vertragspartner müssen damit rechnen, dass Auflösungsklauseln von den Gerichten als unwirksam angesehen werden. Eine erneute grundlegende Rechtsprechungsänderung ist derzeit nicht in Aussicht. In einer Vielzahl der gegenseitigen Verträge werden Lösungsklauseln daher auch zukünftig keinen Einzug mehr finden.

V. Zwischenergebnis zu den bisherigen Lösungsansätzen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich bezüglich der Nachteile der AVP während der Schwebzeit die bisher im Gesetz verankerten Lösungswege als wenig effektiv erweisen. Das Verwertungserzwingungsrecht und die Verwalterhaftung können allenfalls Belastungen gering halten, sie aber nicht verhindern oder kompensieren. Und gegen das Verständnis die Forderung wegen Nichterfüllung aus § 103 Abs. 2 InsO als eine Schadensersatzforderung zu verstehen, spricht, dass bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen fehlen. Da insolvenzabhängige Lösungsklauseln als unwirksam betrachtet werden, kann auch auf diese Weise keine Abhilfe geschaffen werden. Die Problematik, dass die AVP während der Schwebzeit durch Wertschwankungen und zusätzlichen Kosten belastet wird, könnte über zwei neue Institute zum Wertausgleich und Aufwandsausgleich gelöst werden. Durch die Kodifizierung derartiger Ansprüche kann der AVP sowohl Rechtssicherheit als auch umfassenden Schutz gewährt werden. Doch bevor eine Fortentwicklung des Insolvenzrechts zu Debatte gestellt wird, sollte geprüft werden, ob die verfahrensbedingten Belastungen, welche die AVP derzeit auf sich nehmen muss, vom Gesetzgeber erkannt und ggf. sogar toleriert wurden oder ob sich womöglich aus den Motiven des Gesetzgebers erkennen lässt, dass eine systematische Lücke besteht.

97 Siehe insbesondere: *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 52 ff.; *von Wilmsky*, ZIP 2007, 553 (554 ff.); *Foerste*, ZInsO 2015, 601, (611); *Bruns*, ZZP 1997, 305 (323-326); *Römermann*, NJW 2013, 1159 (1162), *Huber*, NZI 2014, 49 (50, 54), *Lenger/Schmitz*, NZI 2015, 396 (397).

D. Veränderung der Rechtslage der AVP - Zunahme der Belastungen

Der Gesetzgeber der InsO erklärte, dass es sein mag, dass der Insolvenzverwalter einen berechtigten Grund hat, die Verwertung aufzuschieben, doch das sich dies nicht zum Nachteil des Gläubigers auswirken darf.⁹⁸ Warum der Gesetzgeber dennoch untätig blieb, Ansprüche zugunsten der AVP zu gestalten, bleibt fraglich. Die Gründe könnten in der historischen Entwicklung des Insolvenzrechts bezüglich der Behandlung von noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträgen gefunden werden, da die InsO zum Großteil auf den Regeln des Konkursrechts aufbaut und diese übernahm. Will man die insolvenzrechtliche Lage der AVP und die Notwendigkeit für eine Ergänzung der Insolvenzordnung erörtern, so kommt man nicht an einem historischen Rückblick vorbei. Dieser wird zeigen, dass aus dem zunächst beabsichtigten Schutz der AVP nunmehr eine erzwungene Bindung wurde. Darüber hinaus soll untersucht werden, inwiefern die Gesetzgeber der jeweiligen Zeit die Nachteile der AVP tatsächlich im Blick hatten.

I. Rechtslage zur Zeit der Entstehung der Konkursordnung

1. Ungewissheit durch Rechtszersplitterung

Die Vorgängervorschriften des heutigen Insolvenzvertragsrechts zu den noch nicht erfüllten Verträgen finden sich in der Konkursordnung im Regelungssystem der §§ 17-28 KO⁹⁹ im zweiten Titel „Erfüllung der Rechtsgeschäfte“. Will man die insolvenzrechtliche Situation der AVP zur Zeit der Entstehung der Konkursordnung beurteilen, muss der Blick über das Konkursrecht hinaus auf das gesamte Zivilrecht gerichtet werden.

Zur Zeit der Entstehung der Konkursordnung bestand für Deutschland noch kein einheitliches Zivilrecht.¹⁰⁰ Die KO trat am 01.10.1879 in Kraft

98 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 194 RegE (= § 169 InsO); dies bestätigend: BGH, Urt. v. 20.02.2003 - IX ZR 81/02 = ZIP 2003, 632 (637); MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 20.

99 Bei Inkrafttreten der KO umfasste der zweite Titel noch die Normen §§ 15-21 KO, weshalb sich auch die Motive zu dem Entwurf einer KO auf diese Normen beziehen.

100 Im Gebiet des „gemeinen Rechts“ galt zum Beispiel der Grundsatz „Kauf bricht Miete“. Demgegenüber enthielt das französische, badische und preußische Recht ein gegensätzliches Prinzip. Und nach dem österreichischen, sächsischen, schweizerischen und bayrischen Recht trat der Erwerber zwar zunächst in einen

und damit deutlich früher als das BGB, dessen Inkrafttreten erst zur Zeit des deutschen Kaiserreichs am 01.01.1900 erfolgte. Dieses Wissen um die Ausgangslage ist entscheidend, um die Motive des Gesetzgebers in Bezug auf die KO nachvollziehen zu können. Verschiedene allgemeine zivilrechtliche Thematiken stellten im Insolvenzverfahren Herausforderungen dar und hielten die Verfasser der Konkursordnung für regelungsbedürftig. So auch die Fragen nach der Wirkung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder die Frage, ob und inwieweit ein bereits geschlossener Vertrag nach der Verfahrenseröffnung noch in der vertragsgemäßen Weise erfüllt werden kann oder muss.¹⁰¹ Denn es bestand beispielsweise nach preußischem Recht ein Verbot der Übertragung eines Pacht- oder Mietverhältnisses auf eine andere Person und es sollte klargestellt werden, dass nach Konkurseröffnung und dem Eintritt des Konkursverwalters in die Stellung des Gemeinschuldners das Fortbestehen dieser Vertragsverhältnisse nicht gehindert wird, da der Verwalter den Gemeinschuldner repräsentiert.¹⁰² Und in gleicher Weise war es fraglich, ob noch nicht erfüllte Verträge nach Eröffnung des Konkursverfahrens überhaupt durchführbar sind.¹⁰³ Es bestand die Möglichkeit, dass für diese Verträge die Vorschriften aus dem bürgerlichen Recht zur Nichterfüllung oder Unmöglichkeit der Erfüllung eines Vertrags oder der Unmöglichkeit der Erfüllungsart anzuwenden gewesen wären. Durch das Fehlen eines einheitlichen Zivilrechts bestand die Gefahr, dass die Frage nach der Möglichkeit der Erfüllung dieser Verträge von Fall zu Fall völlig unterschiedlich beantwortet werden würde. Zum einen bestand die Gefahr, dass die einzelnen Rechtssysteme für einen bestimmten Fall jeweils unterschiedliche Vorschriften des bürgerlichen Rechts anwenden könnten und zum anderen knüpften die unterschiedlichen Rechtssysteme auch an ein und denselben Tatbestand unterschiedliche Rechtsfolgen an.¹⁰⁴

Eines der vorrangigen Ziele war es für die Verfasser daher, in diesem Bereich eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten. Vorteilhafte Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen sollten im Konkursverfahren nutz-

von dem Veräußerer abgeschlossenen Mietvertrag ein, er besaß jedoch ein Sonderkündigungsrecht, siehe hierzu: *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 52, 53.

101 *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 61; Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 62, 63.

102 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 77, siehe hierzu auch: *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 48.

103 Vgl. *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 2.19.

104 Siehe: Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 63.

bar gemacht werden und die Verträge erfüllt werden können. Und der AVP sollte bei der Vertragserfüllung die volle Gegenleistung zufließen. Somit lässt sich feststellen, dass mit der Einführung des Wahlrechts des Verwalters nicht nur ein Vorteil für die Konkursmasse, sondern auch ein Schutz des anderen Vertragspartners bezweckt wurde. Dies verdeutlichen auch die Äußerungen, wonach der Verwalter die Möglichkeit hat, „die Erfüllung des Vertrages zu verlangen oder es bei der Nichterfüllung desselben zu belassen. Des letzteren braucht das Gesetz nicht Erwähnung zu thun; die Nichterfüllung ist die unmittelbare Folge der Konkursöffnung, das Gesetz braucht nur auszuführen, daß der Verwalter befugt ist, auf der beiderseitigen Vertragserfüllung zu bestehen.“¹⁰⁵ Das Wahlrecht diene somit vordergründig dazu, die Vertragsdurchführung in der Insolvenz trotz Unsicherheit über die Stellung des Verwalters und dem regional unterschiedlichen materiellen Recht überhaupt erst möglich zu machen.¹⁰⁶

2. Auseinandersetzung der Verfasser der KO mit Nachteilen der AVP und Reaktionen

Die Verfasser der KO verfolgten das Ziel, die Situation des anderen Vertragsteils zu verbessern, indem eine ausdrückliche Nennung des Rechts auf Erfüllungswahl die Durchführbarkeit der noch nicht erfüllten Verträge möglich machen sollte.¹⁰⁷ Sie erklärten, dass dem Mitkontrahent als Gläubiger grundsätzlich nur eine Geldforderung bzw. eine in Geld umgewandelte Forderung gegen den Gemeinschuldner zusteht und die Gläubiger bezüglich der Befriedigung ihrer Forderungen mit allen übrigen persönlichen Gläubigern des Schuldners in Konkurrenz stehen.¹⁰⁸ Durch die Zweiseitigkeit des noch nicht erfüllten Vertrags besteht jedoch die Möglichkeit, dass es zu einem vollständigen Austausch der Leistung und Gegenleistung kommt, wenn vom Verwalter eine Erfüllungswahl getroffen wird. Nach § 17 Abs. 1 KO konnte der Konkursverwalter anstelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen. Dies wurde verständlicherweise

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

106 *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 2.19, 5.54, 4.140; *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 43, 44, 105.

107 Siehe hierzu: *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 43, 44, 105; eine andere Ansicht vertritt *Obermüller*, der den Zweck des Erfüllungswahlrechts darin sieht, die Masse zu schützen und im Interesse der Gläubiger zu mehren, *Obermüller*, ZInsO 2013, 476 (477).

108 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 65.

als überaus positiv erachtet. In den Motiven heißt es dementsprechend auch: „Im Allgemeinen aber wird die Lage desselben in dem vorausgesetzten Fall, daß der Verwalter die Erfüllung verlangt, durch die Konkurseröffnung eine günstigere, als sie vorher war. Der Mitkontrahent steht nicht mehr dem zahlungsunfähigen Gemeinschuldner gegenüber und hat nicht mehr die Konkurrenz aller anderen Gläubiger zu befürchten, er erhebt jetzt seinen Anspruch gegen den Verwalter und als Masseanspruch.“¹⁰⁹ Diese Passage zeigt deutlich, dass die Verfasser die Beteiligung des anderen Teils aus einem noch nicht erfüllten Vertrag am Konkursverfahren als eine Chance verstanden haben und seine Position als vorteilhaft im Vergleich zur Stellung der Insolvenzgläubiger angesehen hatten.¹¹⁰ Möglicherweise wurden unter diesem Blickwinkel, den die Verfasser der KO einnahmen, die Nachteile, welche den anderen Teil in der Schwebzeit aufgebürdet werden, nicht erkannt oder nicht angemessen gewichtet. Dies soll näher untersucht werden.

a. Verträge unter dem Anwendungsbereich der Grundnorm

aa. Radius der von den Verfassern erörterten Nachteile

In den Motiven wird auf die Problematik der Masseunzulänglichkeit eingegangen und diesbezüglich mögliche Nachteile nach einer Erfüllungswahl behandelt. So stellten sich die Verfasser der KO die Frage, ob der andere Teil bei einer Erfüllungswahl durch den Verwalter dadurch geschützt werden sollte, dass ihm das Gesetz ein Recht auf Sicherheitsleistung beilegt. Denn der Gesetzgeber erkannte, dass die Gefahr besteht, dass nicht alle bestehenden Masseverbindlichkeiten durch Verteilung der Konkursmasse beglichen werden könnten. Eine Pflicht zur Sicherheitsleistung würde jedoch das Recht des Verwalters auf Erfüllung vereiteln, der Willkür Vorschub leisten und in der praktischen Durchführung unlösbare Schwierigkeiten bereiten. Mit dem erneuten Hinweis darauf, dass sich die Lage des anderen Teils durch die Erfüllungswahl deutlich zum vorteilhaften

109 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 69.

110 So auch: *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenzen, S. 46 ff.; er zieht diesen Rückschluss aus der Tatsache, dass es zur Zeit der Entstehung der Konkursordnung noch kein einheitliches Zivilrecht in Deutschland gab und es das Ziel der Verfasser der KO war sicherzustellen, dass mit der Konkurseröffnung keine automatische Auflösung aller Verträge erfolgt, sondern die Fortführung und Erfüllung des Vertrags möglich ist.

wendet, da er einen Masseanspruch erhält und nicht mehr der Konkurrenz aller anderen Gläubiger ausgesetzt ist, wird das Einräumen einer Sicherheitsleistung im Falle einer Erfüllungswahl schließlich abgelehnt.¹¹¹

Auch bei der Frage, ob eine Aufhebung des Vertrags allein aufgrund der Eröffnung des Konkursverfahrens in Betracht käme, wird der Blick nur auf eine Erfüllungswahl gerichtet. Hier heißt es: „Es würde vonseiten des Mitkontrahenten offenbar eine Chikane sein, wenn er eine Leistung des Verwalters zurückweisen wollte, die ihm ganz dasselbe gewährt, was er durch die Leistung des Gemeinschuldners haben würde.“¹¹² Doch ist es tatsächlich so, dass der andere Teil genau das erhält, was vertraglich vereinbart wurde? Hieran bestehen Zweifel. Ein in der Schwebezeit auftretender Wertverlust birgt die Gefahr, Einbußen zu erleiden. Und auch die vom anderen Teil wegen der Ungewissheit über den Fortbestand des Vertrags zusätzlich aufgenommenen Kosten sorgen dafür, dass er durch die Teilnahme am Gesamtvollstreckungsverfahren Nachteile erleidet, die ihm bei Solvenz und einer zeitnahen Erfüllung nicht entstehen würden.

Die zwei Passagen legen offen, dass der von den Verfassern der KO gesetzte Radius bezüglich der zu erwartenden Nachteile bei Einführung der Grundnorm möglicherweise zu eng war. Es wurden im Entwurf nur die möglichen negativen Konsequenzen einer Erfüllungswahl behandelt und damit nicht jene Nachteile erfasst, die bei einer Nichterfüllung des Vertrags auftreten bzw. vom Wahlrecht des Verwalters vollkommen unabhängig sind.

Es wird zudem die Ansicht vertreten, dass die Verfasser bei der Erarbeitung der Grundregel des Verwalterwahlrechts zudem nur bestimmte Leistungen im Blick hatten. So will *Wortberg* aufgedeckt haben, dass die Verfasser der KO in ihren Erörterungen ausdrücklich oder stillschweigend davon ausgingen, dass dem anderen Teil ein Zahlungsanspruch gegen den Gemeinschuldner zusteht.¹¹³ Diese Fallvariante liegt vor, wenn der andere Teil leistungs verpflichtet ist und der Schuldner bezüglich des Vertragsgegenstandes leistungsberechtigt ist. Unbeachtet wäre demnach die Variante des Konkurses des Leistungsverpflichteten geblieben, bei der dem anderen Teil beispielsweise ein Anspruch auf Übergabe oder Überlassung eines Vertragsgegenstandes zusteht. Zur Belegung dieser These bezieht er sich unter anderem auf folgende Passage: „Es mag sein, dass mitunter

111 Siehe hierzu: *Motive zu dem Entwurf einer KO*, S. 69.

112 *Motive zu dem Entwurf einer KO*, S. 67.

113 *Wortberg*, *Lösungsklauseln und Insolvenz*, S. 49; ähnliche Ansicht auch: *Marotzke*, *Gegenseitige Verträge*, Rn. 5.25, 5.72.

die Konkursmasse nicht zureicht, um alle Masseschulden zu bezahlen. Dass insofern also der Mitkontrahent nicht unbedingt gesichert erscheinen möchte. [...] Der Mitkontrahent steht nicht mehr dem zahlungsunfähigen Gemeinschuldner gegenüber und er hat nicht mehr die Konkurrenz aller anderen Gläubiger zu befürchten, er erhebt jetzt seinen Anspruch gegen den Verwalter und als Masseanspruch.“¹¹⁴ Die Wortwahl in dieser Passage (dass „die Konkursmasse nicht zureicht, um alle Masseschulden zu bezahlen“ und der Mitkontrahent nicht mehr dem „zahlungsunfähigen Gemeinschuldner“ gegenübersteht) deutet tatsächlich darauf hin, dass sie sich allein auf Zahlungsansprüche des Vertragspartners konzentriert hatten.¹¹⁵ Dies könnte der Grund dafür sein, warum nicht alle möglichen Nachteile Beachtung fanden. Allerdings wird zumindest eingangs bei der Begründung der Grundnorm auch der Konkurs des Leistungsverpflichteten zumindest mit angesprochen,¹¹⁶ wodurch die Argumentation entkräftet wird. Darüber hinaus behandeln die Verfasser diese Konstellation später bei der Begründung der Termingeschäfte und Mietverträge sehr ausführlich.¹¹⁷ Aus diesem Grund kann nicht behauptet werden, dass der Gesetzgeber diese Fallkonstellation des Konkurses des Leistungsverpflichteten vollständig übersehen hätte.

bb. Unzureichende Nachteilsverhütung durch Verwertungserzwingungsrecht

Die erkannten Nachteile sollten durch das Verwertungserzwingungsrecht begrenzt werden. Die Verfasser der KO haben den Nutzen des Verwertungserzwingungsrechts doch womöglich überschätzt. Hierauf lässt folgende Aussage schließen: „Zur Ausübung des Wahlrechts muss der Verwalter, auch wenn die kontraktliche Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, von dem anderen Theil angehalten werden können, damit dieser nicht durch die längere Ungewißheit Nachtheilen ausgesetzt werde...“¹¹⁸ Diese Passage zeigt, dass die Verfasser der KO die durch die Ungewissheit hervorgerufenen Risiken für den anderen Teil durchaus erkannt hatten. Mit dem Hinweis darauf, dass der Verwalter sein Wahlrecht unverzüglich

114 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 69.

115 So: Wortberg, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 49.

116 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 65.

117 Siehe: Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70, 76.

118 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 68.

ausüben muss, sahen sie die möglichen Gefahren aber offenbar als gebannt an. Damit haben sie den Nutzen, den das Verwertungserzwingungsrecht dem anderen Teil bietet als zu hoch eingestuft, denn dem Verwalter wird immer eine Bearbeitungszeit für die Verwertungsentscheidung eingeräumt werden müssen, sodass Belastungen durch Zeitablauf nicht verhindert werden können.

Der KO-Gesetzgeber erwähnt sogar selbst, dass der Ausdruck „ohne Verzug“ eine Berücksichtigung der einzelnen Umstände zulässt,¹¹⁹ und hätte somit zum Schluss kommen können, dass das Verwertungserzwingungsrecht nicht die erwarteten und notwendigen Erfolge verspricht und die Risiken für den anderen Teil weiterhin unkalkulierbar sind. Mit diesem Hintergrund erscheint auch die Begründung, warum es für die Wahlrechtsausübung keiner besonderen Erklärungsfrist bedarf, höchst widersprüchlich: „Eine besondere, noch so kurze Erklärungsfrist kann dem Mitkontrahenten die schwersten Verluste zufügen; oft bringen wenige Tage oder Stunden Kursschwankungen mit sich...“¹²⁰ Gerade aus diesem Grund hätte für die Nachteilsverhütung ein anderes Mittel gewählt werden müssen. Doch offenbar sah der KO-Gesetzgeber es als Angelegenheit des Verwalters an, über sämtliche noch unerfüllten Verträge sofortige Kenntnis zu erlangen und gleichfalls über alle Informationen bezüglich möglicher Risiken des anderen Teils zu verfügen, um so eventuelle Schäden zu vermeiden. Eine vom Gericht festgelegte Erklärungsfrist bedürfte es nach dessen Ansicht jedenfalls nicht, da der Verwalter selbst die Verantwortlichkeit für die Rechtzeitigkeit seiner Entscheidung trägt und zudem Kursschwankungen generell auch nicht zu seinem Vorteil ausnutzen dürfe.¹²¹ Diese Betrachtungsweise ist höchst illusorisch. Auch der Verwalter wird einige Zeit benötigen, um sich Einblick in das Unternehmen zu verschaffen und kann nicht alle möglichen Gefahren für den anderen Teil überblicken, um eine Erklärung auch in seinem Sinne zur rechten Zeit abzugeben. Insofern hilft es auch nicht, wenn in Einzelfällen ein Gericht darüber zu entscheiden hat, ob das Wahlrecht noch rechtzeitig ausgeübt worden ist oder nicht.¹²² Das Mittel, das zur Nachteilsverhütung gewählt wurde, ist insgesamt nicht geeignet, um den anderen Teil vor Schäden zu bewahren.

119 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 69.

120 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 68.

121 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 68.

122 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 69, vgl. auch Begründung S. 70.

b. Sonderregelung in der KO für Fixgeschäfte

Ein vollkommen anderes Bild ergibt sich, wenn die Begründung zu § 18 KO (die Vorläufervorschrift des heutigen § 104 InsO) betrachtet wird. Der Gesetzgeber überschlägt sich hier förmlich mit der Offenlegung einer ganzen Reihe von möglichen Nachteilen bei Termingeschäften und sieht eine Ausnahme von der Grundregel für geboten an.

aa. Erkannte Nachteile bei Fixgeschäften

Die von den Verfassern der KO angesprochenen Nachteile betreffen die Belastungen durch die Ungewissheit während der Schwebezeit, Gefahren durch Kursschwankungen und Spekulationen und sogar die Gefährdung der Sicherheit des Verkehrs.

Die Verfasser der KO erkennen bei einer Anwendung des allgemeinen Konkursvertragsrechts auf Terminverträge, die üblicherweise mit Finanzinstituten geschlossen wurden, einen „entscheidenden Übelstand“, nämlich „die Ungewissheit, welche die Wahl des Verwalters zwischen Erfüllung und Nichterfüllung bedingen, und die Unsicherheit, ob der Verwalter, wenn er die Erfüllung wählt, diese pünktlich leisten würde.“¹²³ Der andere Vertragspartner soll vor den Belastungen durch die Ungewissheit über den Ausgang der Verwertungsentscheidung verschont bleiben. So heißt es in der Gesetzesbegründung weiter: „In welche Lage würde der Mitkontrahent kommen, wenn er in der Ungewißheit bliebe, ob das Geschäft mit dem Gemeinschuldner erfüllt werden wird oder nicht? Der Käufer des Gemeinschuldners kann nicht riskieren, daß dessen Lieferung unterbleibt, er muß weiter liefern und daher doppelt kaufen, wählt trotzdem der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages, so hätte der Kontrahent unnütz und, bei ungünstiger Konjunktur, mit doppeltem Verlust gekauft, der Verwalter nimmt nicht ab, der Kontrahent bleibt „hängen“. Allemal sind ihm die Hände gebunden.“¹²⁴

Auch die Gefahren durch Preisschwankungen und Spekulationen werden bezüglich dieser Verträge thematisiert: „Es ist eine naturgemäße Erscheinung, daß der Kurs der Fonds oder der Produkte, welche der Gemeinschuldner an dem zukünftigen Termin liefern oder abnehmen sollte, in der Zwischenzeit von der Eröffnung des Konkursverfahrens bis zu die-

123 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70.

124 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70.

sem Termin ein wechselnder und namentlich in Zeiten von Krisen, in welchen Zahlungseinstellungen eine größere Verbreitung erlangen, ein erheblich verschiedener sein wird.¹²⁵ Würde das Verwalterwahlrecht auch bei Fixgeschäften existieren, „so entstünden durch die Kursschwankungen die größten Uebelstände, sowohl für die Konkursmasse als für den Mitkontrahenten.“¹²⁶ Die an sich voraussichtlich schon unzureichende Masse darf weder der Spekulation des Einen noch des Anderen und auch nicht den oft unberechenbaren Schwankungen der Kurse ausgesetzt werden.¹²⁷ Und es sei „ungerecht“, das nachträgliche Steigen oder Fallen der Kurse gegen den Mitkontrahenten spielen zu lassen.¹²⁸ Der andere Teil soll daher von vornherein nicht den Nachteilen durch Kursschwankungen ausgesetzt werden.

Und schließlich sehen die Verfasser nicht nur den anderen Teil, sondern den gesamten Verkehr als gefährdet an, sollte das Wahlrecht des Konkursverwalters auch für Fixgeschäfte bestehen. Dass zwischen dem Gemeinschuldner und dem betreffenden Kontrahenten abgeschlossene Geschäft stände nicht vereinzelt da, sondern bildet ein Glied in einer langen Kette gleichartiger Geschäfte. Sobald ein Glied ausfällt, muss es durch ein anderes ersetzt werden.¹²⁹ Die Ungewissheit über den Fortbestand des Vertrags schlägt auf die anderen Kettenglieder durch und gefährde somit die Sicherheit des Verkehrs.

Diese sehr detaillierte Darstellung der möglichen Nachteile, hervorgerufen durch das Verwertungsrecht des Verwalters, wie es die Grundnorm vorsieht, überrascht im höchsten Maße. Zum einen, weil sie ausschließlich für Terminverträge erörtert werden und bei gewöhnlichen Verträgen unausgesprochen blieben. Zum anderen aber auch, weil diese Probleme schon im 19. Jahrhundert so klar offengelegt wurden und nach wie vor nicht an Aktualität und Brisanz verloren haben, da bis heute keine Lösung für das allgemeine Insolvenzvertragsrecht ausgearbeitet wurde.

125 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70.

126 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70.

127 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 72.

128 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 73.

129 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70.

bb. Nachteilsverhütung durch gesetzlich vorgegebene Vertragsaufhebung

Bezüglich der Termingeschäfte erachtete der Gesetzgeber die Nachteile, die während des Wartens auf die Ausübung des Wahlrechts entstehen, für nicht tolerierbar¹³⁰ und begrenzte die Gefahren für den anderen Vertragspartei, indem der Verwalter nicht mit einem Wahlrecht ausgestattet wurde. Stattdessen schrieb die KO die strikte Beendigung dieser Verträge vor. Es sei nach Ansicht des Gesetzgebers eine „sofortige“ und „endgültige“ Maßnahme geboten, die nur in der insolvenzbezogenen Aufhebung des Vertrags gefunden werden könne, da die Nachteile, die für den anderen Teil eines Fixgeschäftes bestehen, auch auf den Verkehr durchschlagen. Es wird sogar die These aufgestellt, dass der Verkehr, den das Recht nicht hemmen, sondern schützen soll, das Wahlrecht verbieten würde.¹³¹ Durch die Aufhebungs- und Ausgleichsregelung konnte konsequenterweise der andere Teil vor Nachteilen und Belastungen verschont werden, die mit der Geltung der Grundregel des Konkursvertragsrechts einhergehen.¹³² Der andere Teil sollte nicht auf eine Verwertungsentscheidung warten müssen, sondern sofort Gewissheit über die Rechtslage haben.

cc. Ursprung der Sonderbehandlung von Termingeschäften

Der Gesetzgeber hatte ausschließlich für die Fixgeschäfte eine Sonderregelung vorgesehen. Damit stellt sich die Frage, womit die privilegierte Sonderbehandlung erklärt wird, welche das Gesetz den Vertragspartnern dieser Verträge gewährt. Die damalige, wie auch heutige Rechtsmeinung, die zur gesetzlichen Aufhebungsregelung vorherrscht, geht dahin, dass die Belastungen, die der AVP durch das Gesamtvollstreckungsverfahren auferlegt werden, bei Terminverträgen höher seien als bei Nicht-Terminverträgen. Geht man zurück auf die historischen Ursprünge dieser Regelung, war diese Rechtsauffassung anfänglich auch begründet. Die Verwertungsregeln des Konkursrechts waren früher so ausgestaltet, dass sie den anderen Teil bei einem Terminvertrag stärker belasteten als bei einem sofort fälligen Vertrag.

130 Wortberg, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 50.

131 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70, 71, siehe hierzu auch: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 47.

132 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 24.

Bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts bestand die Rechtslage, dass im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens und dem Bestehen eines gegenseitigen Vertrags über die Verwertung des Vertragsanspruchs des Gemeinschuldners erst entschieden werden durfte, wenn die vertraglich vereinbarte Fälligkeit eingetreten war.¹³³ Hierdurch war der andere Teil tatsächlich einer höheren Belastung ausgesetzt, denn die beschriebene Rechtslage bewirkte, dass die Zeitspanne, in der die Verwertung des Vertrags ungewiss ist, bei Terminverträgen länger ausfiel als bei sofort fälligen Verträgen. Mit einer längeren Schwebezeit werden typischerweise auch die auf der Ungewissheit beruhenden Nachteile für den anderen Teil größer. Dies wurde zu Recht als Missstand empfunden. Vor diesem Hintergrund erklärt sich, dass der preußische Gesetzgeber sich bei einer Neukodifikation des Konkursrechts mit § 17 der preußischen Konkursordnung von 1855 dazu entschied, Terminverträge vom Verwertungsrecht auszuschließen und stattdessen diese Verträge mit Verfahrenseröffnung aufzuheben und finanziell auszugleichen.¹³⁴

Dieser Grund, warum die gesetzliche Aufhebungs- und Ausgleichsregelung einst geschaffen wurde, existierte jedoch bereits seit Inkrafttreten der deutschen Konkursordnung von 1877 nicht mehr. Der Verwertungszeitpunkt, zu dem über den Vertragsanspruch des Schuldners entschieden werden muss, war zu dieser Zeit nicht mehr an den Fälligkeitszeitpunkt gebunden. Dass bei Terminverträgen die Fälligkeit der Leistungspflichten erst später eintritt, kann auch keine Rechtfertigung dafür darstellen, die Verwertungsentscheidung bis zu diesem Datum hinauszuschieben.¹³⁵ Obwohl der Verwertungszeitpunkt angepasst wurde und vom Fälligkeitszeitpunkt unabhängig war, floss dennoch in die Konkursordnung von 1877 als auch in die heute geltende Insolvenzordnung von 1994 eine gesetzliche Regelung ein, welche Terminverträge von der Geltung des Verwertungsrechts des Verwalters insgesamt ausnimmt.¹³⁶ Da der Regel heute die Existenzgrundlage fehlt, muss nicht weiter erwähnt werden, dass es längst an der Zeit ist, diese kritisch zu hinterfragen.

133 Dies galt auch dann, wenn der andere Teil bei Gericht beantragte, eine Frist zur Verwertung festzulegen, da die Frist nicht vor dem Fälligkeitstermin enden durfte. Siehe hierzu: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 172.

134 Hierzu: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 171, 172.

135 § 17 Abs. 2 Satz 1 KO von 1877 hatte bezüglich des Verwertungserzwingungsrechts bereits einen anderen Inhalt: „Der Verwalter muß auf Erfordern des anderen Teils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will.“

136 Hierzu: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 171, 173.

c. Regelung für Mietverhältnisse

aa. Erkannte Nachteile bei Mietverträgen

Die Verfasser der KO beschäftigten sich mit der Frage, ob dem Verwalter auch für Miet- und Pachtverträge ein Wahlrecht zustehen soll. Sie betrachteten dafür die möglichen negativen Auswirkungen, die ein Verwertungsrecht für die Parteien haben würde. Bezüglich der Miet- und Pachtverträge wird in der KO danach unterschieden, ob der Vertragsgegenstand vor Verfahrenseröffnung bereits an den Leistungsberechtigten überlassen wurde oder nicht.

(1) Nachteile des anderen Teils, wenn die Überlassung bereits erfolgt war

Für die Fallvariante, dass eine Überlassung des Vertragsgegenstandes bereits erfolgt war, betonten die Verfasser der KO, dass es den Miet- und Pachtverträgen eigen sei, dass feste Termine bestehen, zu denen der Antritt und das Ende erfolgen.¹³⁷ Würde dem Verwalter ein Wahlrecht eingeräumt werden und durch eine ablehnende Entscheidung das Vertragsverhältnis umgehend beendet werden, hätte dies schwere Nachteile für die Vertragsparteien zur Folge. War der andere Teil leistungs verpflichtet (als Vermieter oder Verpächter), so würde ihm bei einer sofortigen Beendigung des Vertrages „die Leistungsfähigkeit seiner Sache auch noch für eine gewisse Zukunft entzogen werden“¹³⁸. „Bei jedem anderen Verträge kann der Mitkontrahent die Erfüllung, wenn sie nicht durch den Gemeinschaftschuldner oder den Konkursverwalter erfolgt, durch den Abschluß eines gleichartigen Vertrags mit einem Anderen sofort bewirken. Der Vermieter und Verpächter kann es nicht.“¹³⁹ Die Verfasser hatten hier die Problematik vor Augen, dass dem Vermieter bzw. Verpächter Zahlungsausfälle drohen, wenn für einen neuen Vertragsabschluss mit einem anderen Interessenten Zeit benötigt wird. Und für den Fall, dass der andere Teil leistungsberechtigt ist (Mieter oder Pächter) stufen sie die Nachteile durch eine sofortige Vertragsbeendigung sogar als noch gravierender ein: „Dem in Besitz befindlichen Pächter, der vielleicht eben die Bestellung des Guts vollendet und im Begriff steht die Ernte zu beginnen, mitten im Wirt-

137 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 76.

138 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 76.

139 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 76.

schaftsjahr aus der Pacht zu entsetzen, kann gewiß nicht einer Rechtsanschauung entsprechen.¹⁴⁰ Dieser Anschauung ist hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Ausrichtung zuzustimmen und sie trifft darüber hinaus auch auf weitere relevante Vertragstypen, wie beispielsweise den Lizenzverträgen zu. Unter der heute geltenden Gesetzeslage entfalten die bereits vom KO-Gesetzgeber angesprochenen Problematiken mehr Relevanz denn je. In den Motiven heißt es bezüglich dieser Vertragsverhältnisse ferner: „Die weitere Ausübung der Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners aus dem Pacht- und Mietvertrage durch den Konkursverwalter erregt keine Bedenken, weder in Betreff des anderen Kontrahenten, noch in Betreff der Konkursmasse.“¹⁴¹ Es sollte daher in dieser Konstellation keinem Teil ein Kündigungsrecht gewährt werden und das Vertragsverhältnis unverändert bestehen bleiben.¹⁴² Wie hinsichtlich eventuell mit dem Schuldner vereinbarter Nebenleistungspflichten und hierauf beruhende Nachteile beim Ausbleiben eben dieser zu verfahren ist, behandelt der KO-Gesetzgeber allerdings nicht.

(2) Nachteile des anderen Teils, wenn keine Überlassung erfolgt war

Für die Situation, dass zur Zeit der Konkursöffnung noch keine Übergabe erfolgt war, sind die Erläuterungen des KO-Gesetzgebers überraschend kurz. Es werden keinerlei Nachteile des anderen Teils behandelt. Es findet sich hingegen der Hinweis, dass die Nachteile, die nach erfolgter Überlassung des Vertragsgegenstandes auftreten können, in dieser Fallvariante nicht eintreten würden.¹⁴³ Diese Aussage ist jedoch nicht korrekt. War der andere Teil leistungs verpflichtet, so ist eine erneute Vermietung oder Verpachtung des Vertragsgegenstandes an einen anderen Interessenten auch in dieser Konstellation mit Aufwand und ggf. Zahlungsausfällen durch Zeitablauf verbunden. Es ist diesbezüglich für den anderen Teil nicht relevant, in welchem Stadium das Vertragsverhältnis beendet wird. Und auch wenn der andere Teil leistungsberechtigt ist, verursacht das Warten auf die Leistung des Schuldners und die Ungewissheit, ob diese noch erfolgen wird, Nachteile. Die Annahme, dass dem anderen Teil durch das Wahlrecht keine Nachteile entstünden, wenn der Vertragsgegenstand noch

140 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 76.

141 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 80, 81.

142 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 80, 81.

143 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 82.

nicht überlassen wurde, ist schlicht nicht zutreffend. Die Ausarbeitung weist hier erhebliche Lücken auf.

bb. Nachteilsverhütung durch Kündigungs- und Rücktrittsrechte

War der Vertragsgegenstand bereits vor Verfahrenseröffnung überlassen worden, so legen die Verfasser der KO fest, dass ein Pacht- oder Mietverhältnis nicht gesetzlich aufgrund der Konkureröffnung unterbrochen werden darf und auch nicht der einseitigen Wahl des Verwalters unterworfen sein soll. Aufgrund der erkannten Nachteile für den anderen Teil entscheiden sie sich dafür das Verwalterwahlrecht, wie es in der Grundnorm vorgesehen war, erneut auszuschließen.¹⁴⁴ Es wird stattdessen beiden Vertragspartnern ein Kündigungsrecht gewährt, wenn der andere Teil leistungs verpflichtet war (z. B. als Vermieter oder Verpächter), § 19 KO. Die Verfasser erklären hierzu: „Es besteht überhaupt kein entscheidender Grund, dem einen Theil die Kündigung mit Rücksicht auf den Eintritt des Konkursverfahrens zu gewähren und sie dem anderen Theil zu versagen.“¹⁴⁵ Der KO-Gesetzgeber erklärt, dass der andere Teil hiermit vor Nachteilen hinreichend geschützt ist, da der Verwalter zu einer gehörigen Kündigung verpflichtet ist und dem anderen Teil im Übrigen seine vertraglichen Ansprüche auf Entschädigung zustehen.¹⁴⁶ Durch eine solche Kündigungsmöglichkeit kann der andere Vertragspartner in der Tat verhindern, Nachteile zu erleiden, die während des Wartens auf eine Verwertungsentscheidung des Verwalters entstehen könnten. Ob eine Kündigung aber für beide Beteiligten eine optimale Lösung des zugrunde liegenden Problems darstellt, ist fraglich. Es besteht die Gefahr, dass der andere Teil die negativen Folgen einer Kündigung hinnimmt, nur um noch größere Nachteile durch den Zeitablauf während des Verfahrens zu verhindern. Für die umgekehrte Variante, dass der solvente Vertragspartner leistungsberechtigt ist (Mieter oder Pächter) gewährte der KO-Gesetzgeber dagegen keinem Teil ein Kündigungsrecht nach den Regeln der KO, sondern erklärt das unveränderte Fortbestehen des Vertrags.¹⁴⁷ Da Gefahren durch das Ausbleiben von Nebenleistungspflichten nicht erkannt wurden, fehlt es auch an einer Regelung diesbezüglich.

144 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 76.

145 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 79.

146 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 78.

147 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 80, 81.

Für den Fall, dass vor Verfahrenseröffnung noch keine Überlassung des Vertragsgegenstandes erfolgt war, wird dem anderen Teil allgemein ein Rücktrittsrecht¹⁴⁸ zur Verfügung gestellt. Hierdurch konnte der andere Teil ebenso wie durch ein Kündigungsrecht verhindern, den Risiken einer Schwebezeit ausgesetzt zu werden. Es kam außerdem teilweise zu einer Umkehrung des Verwertungserzwingungsrechts. Auf Ersuchen des Verwalters soll der andere Teil demselben ohne Verzug erklären, ob er von dem Vertrag zurücktreten will. Sollte er dies unterlassen, so kommen die Bestimmungen der Grundnorm zur Anwendung und dem Verwalter steht ein Wahlrecht zu, § 20 Abs. 2 KO. Zwar benannte der historische Gesetzgeber in den Motiven nicht ausdrücklich die einzelnen Nachteile, die der andere Teil auch dann erleiden kann, wenn eine Überlassung des Vertragsgegenstands noch nicht stattgefunden hat, doch führte die gewählte gesetzliche Ausgestaltung dazu, dass der solvente Vertragspartner das Schicksal des Vertrags selbst in der Hand hielt und sich so vor Nachteilen schützen konnte, die sonst mit einer Ungewissheit über den Fortbestand des Vertrags einhergehen.

3. Rückschlüsse aus der Untersuchung zur KO-Gesetzgebung

Die Untersuchung zeigt, dass der KO-Gesetzgeber die Gefahren für den Vertragspartner eines noch nicht erfüllten Vertrages ganz unterschiedlich einschätzte. So scheinen die Nachteile durch ein Verwertungsrecht des Verwalters für den solventen Vertragspartner aus einem gewöhnlichen Vertrag unterschätzt oder nicht erkannt worden zu sein.¹⁴⁹ Demgegenüber wurden die Gefahren eines Wahlrechts bei Fixgeschäften teilweise überhöht und durch die gesetzlich vorgeschriebene Vertragsbeendigung von vornherein ausgeschlossen. Auch bezüglich der genannten Dauerschuldverhältnisse wurde das Wahlrecht ebenfalls ausgeschlossen und es der solventen Vertragspartei teilweise ermöglicht selbst über den Fortbestand des Vertrags zu entscheiden, sodass in diesen Fällen gleichfalls mit dem

148 Bei Inkrafttreten der KO im Jahr 1877 hieß es in § 18 KO noch, dass der andere Teil vom Vertrag abgehen kann, gleich als ob derselbe nicht geschlossen worden wäre. In den Erläuterungen wird dieses Recht zum „Abgehen“ jedoch als Rücktrittsrecht bezeichnet, siehe Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 82.

149 Auch Wortberg, will aufzeigen, dass der Gesetzgeber die Gefahren des anderen Teils als zu gering einschätzte und Nachteile übersehen wurden, jedoch bezüglich eines anderen Kontextes und mit anderer Begründung: Wortberg, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 49, 50.

Wegfallen einer Schwebezeit auch hierauf beruhende Risiken ausblieben. In anderen Konstellationen sah das Gesetz eine unveränderte Vertragsfortführung vor. Überall dort, wo das Gesetz keine Schwebezeit anordnete, bestand nachvollziehbarer Weise auch keine Notwendigkeit, die negativen Auswirkungen durch eine Ungewissheit für den anderen Teil weiter zu erörtern.

Die KO war mehr als 100 Jahre in Kraft und prägte das Verständnis zu diesem Rechtsgebiet grundlegend. Am 01.01.1999 wurde die KO schließlich gemeinsam mit der Vergleichsordnung und der Gesamtvollstreckungsordnung von der InsO abgelöst. Trotz der umfangreichen Reformierungen des Insolvenzrechts baut die heutige InsO auf den Vorschriften der KO auf. Wege, welche der KO-Gesetzgeber bereits beschritten hatte, werden von dem Gesetzgeber der InsO fortgeführt und zunehmend gefestigt.¹⁵⁰ In den Fällen, in denen mit hoher Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann, dass der KO-Gesetzgeber Nachteile des anderen Teils übersah oder deren Bedeutung falsch einschätzte, kann dies als ein Anzeichen dafür betrachtet werden, dass auch der InsO-Gesetzgeber diesem Trugschluss unterlag, wenn die Normen inhaltsgleich übernommen wurden. Vor allem aber, wenn der InsO-Gesetzgeber das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters auf weitere Vertragstypen ausdehnt und die Gesetzmaterien der InsO keine kritische Auseinandersetzung zur Schwebezeit erkennen lassen, ist besondere Aufmerksamkeit geboten.

II. Situation der AVP nach Inkrafttreten der InsO

Mit der Reformierung sollte das Insolvenzrecht an Effektivität gewinnen.¹⁵¹ Dieses Ziel galt auch für das Insolvenzvertragsrecht. Unter dieser Prämisse wurde bei der neuen Ausgestaltung dieses Regelungskomplexes die Position der AVP in mehreren Hinsichten geschwächt. Zwar stattet der InsO-Gesetzgeber die AVP nach dem Vorbild der KO ebenfalls mit einem Verwertungserzwingungsrecht aus, doch wurde dessen Wirkung sogleich für Kaufverträge, die unter einem Eigentumsvorbehalt abgeschlossen wur-

150 Es wurden mehrere Strukturen aus der KO übernommen. Und so heißt es beispielsweise auch in den Erläuterungen zur Grundnorm des Vertragsrechts das Wahlrecht des Verwalters soll „inhaltlich unverändert“ in das neue Gesetz einfließen, RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 117 RegE (= § 103 InsO).

151 *Weiland*, Par condicio creditorum, S. 46 ff.

den, eingeschränkt. Und während unter der Geltung der KO noch Kündigungsrechte für beide Vertragsparteien bestanden, wenn der solvente Vertragspartner einen Gegenstand vermietet oder verpachtet hatte, wurde in der InsO stattdessen mit § 112 InsO eine Kündigungssperre für diese Konstellation in das Gesetz aufgenommen. Beide Normen, die in die InsO Einzug fanden, tragen dem Reformziel Rechnung, die Sanierungschancen zu erhöhen, indem der Unternehmensverbund zunächst erhalten bleibt.¹⁵² Denn falls Vermögensgüter vorzeitig aus dem technisch-organisatorischen Verbund herausgelöst werden, wird damit auch die Masseverwertung behindert. Einzelne gesicherte Gläubiger könnten dadurch anderen Verfahrensbeteiligten erhebliche Schäden zufügen. Die Verfasser der InsO betrachteten die Beschränkung einiger Rechte daher als erforderlich.¹⁵³ Dem Reformziel und auch dem Mittel, um dies zu erreichen, namentlich der Zusammenhalt des schuldnerischen Unternehmens, ist nichts entgegenzusetzen. Doch jedes Mal, wenn die Rechte der AVP eingeschränkt werden, ist zu bedenken, ob nicht im Gegenzug auch eine Kompensation von aufgebürdeten Nachteilen notwendig ist.

1. Auseinandersetzung der Verfasser der InsO mit Nachteilen der AVP und Reaktionen
 - a. Verträge, die unter den Anwendungsbereich der § 103 InsO fallen
 - aa. Erkannte und unerkannte Nachteile

Die Verfasser der InsO scheinen gleichfalls, wie damals der historische Gesetzgeber der KO, die Situation der AVP eines gewöhnlichen Vertrags, der in den Anwendungsbereich der Grundnorm fällt, als vorteilhaft gegenüber den restlichen Gläubigern verstanden zu haben. Hierfür spricht, dass sich im Regierungsentwurf für eine InsO kaum Überlegungen zu möglichen Nachteilen der AVP finden lassen. Der Gesetzgeber könnte durch Einnahme des bereits unter der KO geprägten, eingeschränkten Blickwinkels die möglichen Nachteile der AVP aus den Augen verloren haben. Es mag

152 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 77 und Erläuterungen zu § 191 RegE (= § 166 InsO); *Eckert*, ZIP 1996, 897 (897, 898); *Bruns*, ZZP 1997, 305 (308, 309).

153 Vgl. RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 79; siehe hierzu auch: *von Wilmsowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 227, 228.

also sein, dass auch der InsO-Gesetzgeber die positiven Auswirkungen, die eine Geltendmachungsentscheidung für die AVP besitzt (vorrangige und vollständige Befriedigung aus der Insolvenzmasse) überschätzt hat und aus diesem Grund die beachtlichen verfahrensbedingten Belastungen der AVP keine Berücksichtigung in der Grundnorm gefunden haben. Zu beachten ist, dass auch dann, wenn die Verwertungsentscheidung in ihrem Ergebnis zuweilen positiv für die AVP ausfallen kann (beispielsweise, weil die Geltendmachungsentscheidung ausgesprochen wird und es sich um ein für die AVP vorteilhaftes Geschäft handelt), das Warten auf die Verwertungsentscheidung für die AVP gleichwohl immer nachteilig ist und sie das Risiko von zusätzlichen Kosten trägt. Und falls eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen wird, kann sie neben der Belastung durch zusätzliche Kosten auch Nachteile durch Wertschwankungen erleiden.

Eine Auseinandersetzung mit Nachteilen durch Wertverluste während der Schwebezeit erfolgt lediglich in Bezug auf die Sonderregel zu Eigentumsvorbehaltskaufverträgen. Der § 107 Abs. 1 InsO regelt den Fall der Verkäuferinsolvenz und Abs. 2 die Käuferinsolvenz. Die Ausführungen des Gesetzgebers hierzu sind aufschlussreich, soweit sie auch für die Verträge zutreffen, die unter § 103 InsO fallen.

Ist die AVP Käuferin einer unter Eigentumsvorbehalt bereits vor Insolvenzeröffnung gelieferten Sache, so besagt § 107 Abs. 1 InsO, dass die AVP die Erfüllung des Vertrags verlangen kann. Der AVP wird kein Warten auf die Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung abverlangt. Da sie selbst die Kontrolle über den weiteren Verlauf und den Fortbestand des Vertrages hat, ist die AVP in dieser Konstellation nicht von den Nachteilen betroffen. Offenbar sollte die AVP als Käuferin einer Vorbehaltsware vor Ungewissheiten bei einer Verwertung durch den Insolvenzverwalter verschont bleiben.

Eine andere Situation ergibt sich, wenn die AVP die Verkäuferin der Vorbehaltsware ist. Dann gilt, dass nach § 107 Abs. 2 Satz 1 InsO die Verwertungsentscheidung gem. § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO erst unverzüglich nach dem Berichtstermin von der Insolvenzverwaltung abgegeben werden braucht. Die Insolvenzverwaltung kann die Ausübung des Wahlrechts aufschieben, bis auch die Gläubiger über die Verwertung des insolventen Unternehmens entschieden haben.¹⁵⁴ Es kann sein, dass der Berichtstermin drei Monate nach der Eröffnung des Verfahrens terminiert wurde und die AVP erst nach Ablauf dieser Zeitspanne mit einer „unverzüglichen“

154 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 121 Abs. 2 RegE (= § 107 InsO).

Verwertungsentscheidung rechnen kann. Ziel der Vorschrift ist es, bestehende Fortführungs- und Sanierungschancen zu erhalten, indem es der Insolvenzverwaltung ermöglicht wird, die Unternehmensgegenstände, auch die unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Gegenstände, bis zur Gesamtverwertungsentscheidung über das Unternehmen zusammenzuhalten.¹⁵⁵ Hier zeigt sich, dass der Gesetzgeber den Interessen der Insolvenzverwaltung, mehr Zeit zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung zu haben, größeres Gewicht zugemessen hat als den Interessen der AVP. Um jedoch in besonders gelagerten Fällen auch auf die Interessen der AVP einzugehen, wurde eine Ausnahmeregelung bei drohender Wertminderung der Vorbehaltswaren in § 107 Abs. 2 Satz 2 InsO aufgenommen. Die verlängerte Entscheidungsfrist gilt danach nicht, wenn in der Zeit bis zum Berichtstermin eine erhebliche Wertminderung der Sache zu erwarten ist und der Gläubiger den Verwalter hierauf hingewiesen hat. Aus den Anmerkungen im Ausschussbericht des Bundestages zum Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung ist zu erkennen, dass beabsichtigt wurde, eine Sonderregelung für leicht verderbliche Waren und Saisonartikel zu gestalten. Der Gesetzgeber erklärt, dass es bei diesen Gegenständen dem Eigentumsvorbehaltsverkäufer unzumutbar sein kann, wenn der Verwalter eine Erklärung erst nach dem Berichtstermin abgibt, da leicht verderbliche Waren dann bereits verdorben sind und Saisonartikel ihre Aktualität verloren haben können.¹⁵⁶ Angesprochen sind hier die Fälle von Wertverlusten während der Schwebzeit an. Diese Gefahren können aber bezüglich aller Arten von Vertragsgegenständen im gleichen Maße eintreten und sind keine Nachteile, die signifikant bei Vorbehaltswaren auftreten. Hierin liegt ein erheblicher Kritikpunkt an der gesetzlichen Ausgestaltung.

bb. Mittel zur Nachteilsverhütung

Der InsO-Gesetzgeber wählte mit der Gewährung eines Verwertungserzwingungsrechts nach § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO ein wenig effektives Mittel zur Nachteilsverhütung. Es ist ungeeignet, um die AVP vollständig vor verfahrensbedingten Nachteilen zu bewahren und durch die Aufforderung das Wahlrecht unverzüglich auszuüben kann keine Kompensation von

155 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 121 Abs. 2 RegE (= § 107 InsO).

156 Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302, Erläuterungen zu § 121 Abs. 2 RegE (= § 107 Abs. 2 InsO).

bereits eingetretenen Nachteilen erfolgen, die innerhalb des benötigten Entscheidungszeitraums entstanden. Dies gilt für Verträge, die unter den Anwendungsbereich des § 103 InsO fallen, ebenso wie für Kaufverträge, die unter Eigentumsvorbehalt geschlossen wurden und für die wieder nach § 107 Abs. 2 InsO eine Rückausnahme von der verlängerten Entscheidungsfrist greift. Der Gesetzgeber erklärt, dass in diesen Fällen wieder die allgemeine Regel zum Verwalterwahlrecht Geltung erlangen soll, um der Problematik von Wertverlusten von Vorbehaltswaren entgegenzuwirken.¹⁵⁷ Es scheint die Annahme vorgelegen zu haben, dass die Interessen der AVP durch das Verwertungserzwingungsrecht ausreichend geschützt werden und dem Verkäufer so keine unangemessenen Nachteile aufgebürdet werden.¹⁵⁸ Doch muss sich der Gesetzgeber damit dem Vorwurf aussetzen, ein Regelungssystem geschaffen zu haben das tatsächlich nur geringen Erfolg verspricht und wenig Kreativität erkennen lässt, obwohl einzelne Belastungen der AVP durchaus erkannt wurden.

Kritik ist aber auch hinsichtlich der Regelung des § 107 Abs. 1 InsO zu äußern. Die Vorschrift ist nur auf den Fall der Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers zugeschnitten. Schon die Aufnahme einer weiteren Spezialvorschrift in das Insolvenzvertragsrechts ist verfehlt, wo doch gerade eine Vereinheitlichung dringend nötig wäre. Festzustellen ist aber insbesondere, dass die AVP als Käuferin einer Vorbehaltsware selbstständig die Vertragserfüllung verlangen kann und damit keinen Nachteilen durch Unsicherheiten während der Schwebezeit ausgesetzt ist. Ein solches Privileg besteht für alle anderen Vertragspartner aus noch nicht erfüllten Kaufverträgen sowie sonstigen Verträgen nicht. Es sollte aber keinen Unterschied machen, ob ein gewöhnlicher Kaufvertrag oder ein Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt geschlossen wurde und stattdessen für sämtliche Vertragspartner eine einheitliche Lösung gefunden werden.

Der unzureichende Schutz wird umso offensichtlicher, wenn ein Blick auf die Regelungen in § 104 InsO und § 108 InsO und den hierzu gemachten Ausführungen des Gesetzgebers geworfen wird.

157 Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302, Erläuterungen zu § 121 Abs. 2 RegE (= § 107 Abs. 2 InsO).

158 Vgl. hierzu auch: Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar, § 107 Rn. 18.

cc. Kritik an der gesetzlichen Ausgestaltung des § 107 Abs. 2 Satz 2 InsO

Kritik ist des Weiteren bezüglich der Ausgestaltung des § 107 Abs. 2 Satz 2 InsO zu äußern. Es ist fraglich, wann „eine erhebliche Verminderung des Wertes der Sache zu erwarten ist“. Orientiert man sich an der Vorstellung des Gesetzgebers, der leicht verderbliche Waren und Saisonartikel im Blick hatte, so scheint sich die Sonderregelung nur auf bestimmte Arten von Schäden und besondere Waren zu beziehen. Somit wird teilweise angenommen, dass eine erhebliche Wertminderung nur in Ausnahmefällen Beachtung finden darf.¹⁵⁹ Wann „Ausnahmefälle“ vorliegen, ist aber verständlicherweise schwer zu bestimmen. Da in das Gesetz eine allgemein gehaltene Formulierung Einzug gefunden hat, kann auch eine gegensätzliche Meinung vertreten werden, wonach der Anwendungsbereich weit auszulegen ist. Doch auch dieses Vorgehen stößt sogleich auf Schwierigkeiten. Ob unter einer Wertminderung der Sache nur Veränderungen der Sache selbst erfasst sein sollen, wie beispielsweise eine Materialermüdung oder auch ein sinkender Marktpreis für das fragliche Gut tatbestandsmäßig ist, bleibt dabei umstritten.¹⁶⁰ Von der Problematik mitbetroffen ist der Umgang mit Wertverlusten, die darauf beruhen, dass die Vorbehaltsware einem schnellen technologischen Wandel unterliegt und es zu einer Veralterung infolge des technischen Fortschritts kommt.¹⁶¹ Des Weiteren finden sich Bemühungen in einer direkten oder analogen Anwendung des § 107 Abs. 2 InsO auch Wertminderungen zu erfassen, die aufgrund einer Nutzung der Vorbehaltsware durch die Insolvenzverwaltung während Überlegungsfrist entstehen.¹⁶² Als Alternative hierzu wird bei nutzungsbedingten Wertminderung stattdessen auf eine mögliche Analogie des § 172 Abs. 1

159 K.Schmidt-InsO/*Ringstmeier*, § 107 Rn. 26, Uhlenbruck-InsO/*Knof*, § 107 Rn. 14.

160 Für eine Erfassung von Marktpreisschwankungen: MünchKomm-InsO/*Vuia*, § 107 Rn. 22; Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 107 Rn. 17, gegen eine Erfassung der Veränderung der Marktlage: Uhlenbruck-InsO/*Knof*, § 107 Rn. 14; Braun-InsOKomm/*Kroth*, § 107 Rn. 16; Kübler/Prütting/Bork-InsO/*Tintelnot*, § 107 Rn. 80, und als Mittelweg nur „normalen“ Wertveränderungen vom Anwendungsbereich ausschließend: K.Schmidt-InsO/*Ringstmeier*, § 107 Rn. 26.

161 Den Anwendungsbereich für diesen Fall als eröffnet ansehend: Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 107 Rn. 17, ebenso auch: Andres/Leithaus-InsOKomm/*Andres*, § 107 Rn. 13, der allerdings veränderte Marktbedingungen/Marktpreisschwankungen als allgemeinen Grund für eine Wertminderung wiederum ausschließen will.

162 Vgl. Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 107 Rn. 17, gegen eine solche Erweiterung: K.Schmidt-InsO/*Ringstmeier*, § 107 Rn. 26, Andres/Leithaus-InsOKomm/*Andres*, § 107 Rn. 13, Uhlenbruck-InsO/*Knof*, § 107 Rn. 14, Kübler/

InsO verwiesen.¹⁶³ Eine klare Richtschnur ist dabei für den Rechtsanwender nur schwer zu erblicken.

Und noch ein weiteres Problem verbirgt sich hinter der Begrifflichkeit der „erheblichen Wertminderung“. Durch diese Formulierung steht die Verlängerung der Entscheidungsfrist unter dem Vorbehalt der Angemessenheit und bedarf einer Abwägung.¹⁶⁴ Die Absicht war, dem Vorbehaltsverkäufer nicht erhebliche eigene Schädigungen zuzumuten, nur damit die restlichen Gläubiger von dem längeren Entscheidungsspielraum profitieren können. Doch welche Maßstäbe bei der Voraussetzung der „Erheblichkeit“ zur Ermittlung anzulegen sind, hat der Gesetzgeber nicht definiert.¹⁶⁵ Daher bleibt es fraglich, ob für die Feststellung einer erheblichen Wertminderung allein auf die Vermögensauswirkungen für den Verkäufer abzustellen ist oder auch die Konsequenzen einer frühzeitigen Verwertungsentscheidung für das Verfahren miteinfließen soll. Für erstere Ansicht spricht der Wortlaut der Norm, der nur den Verkäufer erwähnt, für letztere die implizite Verweisung auf eine unverzügliche Entscheidung nach § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO, bei deren Bemessung auch die Konsequenzen für den Wert der Insolvenzmasse und die übrigen Gläubiger einfließen.¹⁶⁶ Diese letzte Meinung findet Zustimmung, wenn gefordert wird, dass dem Vorbehaltsverkäufer Wertminderungen umso mehr zugemutet werden sollen, je größer die Bedeutung der Vorbehaltsware für die Fortführung des Unternehmens ist.¹⁶⁷ Doch sollten die Wertminderungen überhaupt der AVP zu Last fallen oder ist nicht eher ein neues Institut zum Wertausgleich zu konzipieren?

Prütting/Bork-InsO/*Tintelnot*, § 107 Rn. 80; MünchKomm-InsO/*Vuia*, § 107 Rn. 22.

163 Einen Ausgleichsanspruch durch analoge Anwendung des § 172 Abs. 1 InsO bejahend: MünchKomm-InsO/*Vuia*, § 107 Rn. 22, Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 107 Rn. 17; *Marotzke*, JZ 1995, 803 (813); dagegen aber: *Tintelnot*, ZIP 1995, 616 (617).

164 Andres/Leithaus-InsOKomm/*Andres*, § 107 Rn. 13.

165 Siehe hierzu auch: Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 107 Rn. 16, 18.

166 Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 107 Rn. 18.

167 Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 107 Rn. 18.

b. Fortführung des Sonderwegs für Fixgeschäfte und Finanzleistungen

aa. Erkannte Nachteile bei Fixgeschäften und Finanzleistungen

Der Gesetzgeber erkennt, dass das Verwalterwahlrecht, wie es für das allgemeine Insolvenzvertragsrecht vorgesehen ist, für die AVP eine Zeitspanne mit erheblichen Ungewissheiten erzeugt. Doch ausschließlich für Verträge, die in den Anwendungsfall des § 104 InsO fallen (zusammenfassend bezeichnet als Fixgeschäfte und Finanzleistungen) wird in der InsO der bereits unter der KO geübte Sonderweg fortgeführt. In den Gesetzesmaterialien der InsO werden die zur Zeit der KO erarbeiteten Standpunkte scheinbar ungeprüft übernommen.

Bezüglich Fixgeschäfte und Finanzleistungen¹⁶⁸ erklärt der InsO-Gesetzgeber, dass der Vertragspartner besonders an einer schnellen Klärung der Rechtslage interessiert ist¹⁶⁹ und daher eine andere Behandlung geboten sei als für sonstige Verträge. Die Gefahren durch Preisschwankungen am Markt¹⁷⁰ und mögliche Spekulationen des Verwalters über die künftigen Entwicklungen¹⁷¹ werden als problematisch betrachtet. Und noch ein weiterer Umstand, der bereits bei Schaffung der Vorgänger Norm, dem § 18 KO, das Regelungsbedürfnis begründete, gab auch bei der InsO-Gesetzgebung Anlass für das Fortbestehen der Sonderregelung. Sollte der Schuldner leistungsverpflichtet sein und wartet die AVP auf die versprochene

168 Der Umfang der von § 188 RegE erfassten Geschäfte wurde im Ausschussbericht nochmal erweitert, siehe Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302, Erläuterungen zu § 118 Abs. 1 RegE (= § 104 InsO): Zusätzlich zu den bisher in § 118 Abs. 2 des Regierungsentwurfs geregelten Devisen- und Indextermingeschäften sollen Edelmetall- und Wertpapiertermingeschäfte sowie Geschäfte über Optionen auf die bisher und die neu geregelten Leistungen erfaßt werden.

169 Vgl. RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 118 RegE (= § 104 InsO).

170 So die Begründung des KO-Gesetzgebers, Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70; diese Auffassung wird vom InsO-Gesetzgeber übernommen. In den Erläuterungen des RegE heißt es: „das Wahlrecht [wird] in Anlehnung an § 18 Abs. 1 KO ausgeschlossen“ und dass der Vertragspartner „besonders“ an einer schnellen Klärung interessiert ist, RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 118 RegE (= § 104 InsO).

171 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 118 RegE (= § 104 InsO), auch im Ausschussbericht werden Gefahren bei Kurspekulationen durch den Verwalter explizit angesprochen, siehe: Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302, Erläuterungen zu § 118 Abs. 1 RegE (= § 104 InsO).

Ware oder Finanzleistung, so steckt sie in einer Zwickmühle. Wartet sie die Entscheidung ab und es wird eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen, so muss sie eventuell zu einem höheren Preis ein Ersatzgeschäft abschließen, wenn der Marktpreis zwischenzeitlich gestiegen ist. Und sollte er bereits bei Verfahrenseröffnung ein Ersatzgeschäft eingegangen sein, so könnte sich dies als unnötig erweisen, wenn eine Geltendmachungsentscheidung getroffen wird. Falls in der Zwischenzeit der Marktpreis gefallen ist, so erleidet der andere Teil einen finanziellen Schaden, denn in diesem Fall muss er seine Ersatz-Ware oder Ersatz-Finanzleistung mit Verlust verkaufen.¹⁷² Eine erforderliche Erklärung, weshalb der Vertragspartner eines Termingeschäfts vor diesen Nachteilen geschützt werden soll und dieses Privileg für andere Vertragspartner nicht gilt, lässt sich in den Materialien jedoch nicht finden. Möglicherweise bediente er sich den Erklärungsversuchen des KO-Gesetzgebers. Seinerseits schrieb dieser hierzu die wenig zufriedenstellende Begründung: „...es ist vielmehr naturgemäß, daß der vorher eintretende Konkurs das Lieferungsgeschäft in ein Differenzgeschäft auflöst.“¹⁷³ Auch hieß es: „Der Kontrahent [...] muß vor dem Lieferungstermin wissen, ob das eine Geschäft erfüllt wird oder nicht.“¹⁷⁴ „Die Gewißheit, daß das Geschäft nicht zur Ausführung kommt, und stattdessen Entschädigung gewährt wird, gereicht beiden Theilen zum Vorteil.“¹⁷⁵

Die Belastungen durch das allgemeine Insolvenzvertragsrecht, die beim Warten auf die Verwertungsentscheidung für die Vertragspartner des Schuldners aus noch nicht erfüllten Verträgen entstehen, sollen nach der Anschauung der Gesetzgeber unzumutbar für Vertragspartner von Terminverträgen sein.¹⁷⁶ Da der Gesetzgeber keine Einblicke in seine Überlegungen gewährt, welche Rückschlüsse darauf zuließen, wie er zu diesem Ergebnis gelangte, kann dem nicht zugestimmt werden. Es wird nicht ersichtlich, warum die AVP eines Vertrags, der von § 103 InsO erfasst wird,

172 Vgl. Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 68, 70; den Eindeckungsbedarf ebenfalls anführend: *Bosch*, WM 1995, 413 (415); siehe bezüglich § 104 InsO auch: *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 175.

173 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 71.

174 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70.

175 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 71.

176 *Ebricke*, ZIP 2003, 273 (273); vgl. auch Auslegung der Gesetzesmaterialien: *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 174; *JaegerKomm-InsO/Jacoby*, § 104 Rn. 4 ff.

nicht im gleichen Maße an einer „schnellen Klärung der Rechtslage“¹⁷⁷ interessiert sein sollte oder warum die aufgebürdeten Nachteile in ihrem Fall unproblematisch sein sollten. Zweifellos werden bei der Wiedergabe von möglichen Nachteilen bei Termingeschäften Belange angesprochen, die für jeden Vertragspartner eines gegenseitig noch nicht erfüllten Vertrags gleichermaßen gelten.

bb. Nachteilsverhütung durch Vertragsbeendigung kraft Gesetzes

Für Fixgeschäfte und Finanzleistungen hielt der Gesetzgeber ein Wahlrecht des Insolvenzverwalters nicht für sinnvoll. Es sei daher sachgerecht, dieses Wahlrecht ebenso wie auch zuvor unter der Geltung der KO (vgl. § 18 Abs. 1 KO) von vornherein auszuschließen.¹⁷⁸ Statt der Insolvenzverwaltung ein Wahlrecht zu gewähren, werden daher die Verträge durch § 104 InsO kraft Gesetzes beendet. Die sofortige Vertragsbeendigung verhindert zielsicher mögliche Spekulationen des Verwalters über die künftigen Entwicklungen.¹⁷⁹ Durch das Fehlen eines Wahlrechts kommt es auch nicht zu Ungewissheiten über einen Fortbestand des Vertrags und mangels einer Schwebezeit kommt es nicht zu Belastungen des Vertragspartners durch Zeitablauf. Die unabwendbare Vertragsbeendigung birgt allerdings neue Gefahren für beide Vertragsparteien. Der Gesetzgeber erkennt sogar das Dilemma, dass eine Beendigung des Vertrages sogar in den Fällen erfolgt, in denen für die IVP eine Geltendmachungsentscheidung vorteilhafter sein würde.¹⁸⁰ Hier werden dann Werte vernichtet. Gleichwohl wurde der Sonderweg für Termingeschäfte unbeirrt beibehalten.

177 Vgl. RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 118 RegE (= § 104 InsO).

178 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 118 RegE (= § 104 InsO).

179 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 118 RegE (= § 104 InsO), auch im Ausschussbericht werden Gefahren bei Kursspekulationen durch den Verwalter explizit angesprochen, siehe: Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302, Erläuterungen zu § 118 Abs. 1 RegE (= § 104 InsO).

180 Vgl. RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 118 RegE (= § 104 InsO).

cc. Kritik an der Ausnahmeregelung für Termingeschäfte

Warum das Gesetz eine besondere Handhabung für Terminverträge vorgibt, die für alle anderen Vertragstypen nicht akzeptiert wird, bedarf einer Begründung. Doch nach dem Wegfall des historischen Grundes,¹⁸¹ der den Ursprung der Sonderbehandlung bildete, wird sich eine solche kaum finden lassen. Es wird nach wie vor die Ansicht vertreten, dass Terminverträge eine Besonderheit in sich trügen, durch welche die Belastungen der AVP höher ausfielen als bei sofort fälligen Verträgen, wenn dem Verwalter ein Wahlrecht eingeräumt werden würde.¹⁸² Dieser Umstand würde die gesetzliche Aufhebungs- und Ausgleichsregelung rechtfertigen.¹⁸³ Die Richtigkeit dieser Annahmen soll einmal auf den Prüfstand gestellt werden und die behaupteten Besonderheiten und angenommenen Folgen für die Vertragsparteien bei Termingeschäften und sonstigen Verträgen untersucht werden.

Es wird behauptet, die Waretermingeschäfte wären ein „Glied in einer langen Kette gleichartiger Geschäfte“¹⁸⁴. Doch selbst wenn sich empirisch bestätigen ließe, dass Termingeschäfte typischerweise eine Kette bilden, würde dies eine Sonderbehandlung nicht erklären können. Auch sofort fällige Verträge können ein Glied in einer Kette sein, wenn die AVP eine Ware mit sofortiger Fälligkeit gekauft hat und ihrerseits weiterverkauft.¹⁸⁵ Bezüglich der möglichen Strategien zur Vermeidung und zum Ausgleich von Nachteilen sollte es zudem nicht darauf ankommen, ob ein Nachteil nur gegenüber einem Vertragspartner oder gegenüber einer Vielzahl von weiteren Kontrahenten eintritt. Das Insolvenzrecht muss die Gläubiger des

181 Es bestand bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts die Rechtslage, dass über die Verwertung des Vertragsanspruchs des Gemeinschuldners erst entschieden werden durfte, wenn die vertraglich vereinbarte Fälligkeit eingetreten war. Hierdurch war der andere Teil eines Termingeschäftes tatsächlich einer höheren Belastung ausgesetzt. Siehe hierzu: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 174, 179, 180.

182 Siehe u.a. *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2200); Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 104 Rn. 4 ff.; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 8.15.

183 *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 8.300, 8.301; Vgl. *Uhlenbruck-InsO/Knof*, § 104 Rn. 13.; Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 104 Rn. 4 ff.; *K.Schmidt-InsO/Ringstmeier*, § 104 Rn. 1; *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2200); *Bosch*, WM 1995, 365 (367); kritisch: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 171, 174.

184 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70.

185 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 47.

Schuldners in diesem Punkt gleich behandeln, auf eine Kette von weiteren Geschäften kann es nicht ankommen. Auch das Bedürfnis zum Abschluss eines Deckungsgeschäfts begründet keine besondere Behandlung, denn es besteht ebenso bezüglich sofort fälliger Verträge.¹⁸⁶ Bezüglich aller Vertragsarten wirkt sich die Ungewissheit, die sich aus der Schwebezeit bis zur Verwertungsentscheidung ergibt, nachteilig für die AVP aus.¹⁸⁷

Der KO-Gesetzgeber hatte offensichtlich in Hinblick auf Termingeschäfte auch gesamtwirtschaftliche Aspekte in den Vordergrund geschoben, wenn er erklärt: „Der Verkehr, den das Recht nicht hemmen, sondern schützen soll, verbietet das Wahlrecht.“¹⁸⁸ Doch lassen sich wirtschaftliche Folgen nicht daran festmachen, ob ein Termingeschäft oder ein Nicht-Termingeschäft mit dem Schuldner vereinbart worden war. Das Insolvenzrecht ruft Belastungen für die AVP hervor, wenn ihr ein Warten auf die Verwertungsentscheidung aufgebürdet wird und keine Kompensation dieser Nachteile erfolgt. Ob die weiteren Auswirkungen dieser Belastungen gravierende Folgen für den Wirtschaftsraum haben, ist davon abhängig, welche Marktposition das jeweilige Unternehmen innehat und ob es beispielsweise „systemrelevant“¹⁸⁹ ist.

Es ist auch vollkommen richtig beobachtet, dass dem Vertragspartner durch das Warten auf die Verwertungsentscheidung Einbußen entstehen können, wenn der Marktpreis für den Vertragsgegenstand sinkt. Es wird vom Gesetzgeber unterstellt, Preisschwankungen seien bei Termingeschäften häufiger und stärker als bei Nichtterminverträgen: „Kein anderer Vertrag unterliegt so regelmäßigen und so erheblichen Preisschwankungen seines Gegenstandes wie ein solches Fixgeschäft.“¹⁹⁰ Doch ist diese Darstellung wiederum nicht korrekt. Es bestehen auch hinsichtlich der Volatilität der Marktpreise keine Besonderheiten bei Terminverträgen. Die Preise für sofort fällige Verträge schwanken im gleichen Maße.¹⁹¹ Nicht die Vertrags-

186 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 47; vgl. Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 20.35.

187 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 47.

188 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70, 71; in diesem Sinne auch: Bosch, WM 1995, 413 (422); Bosch, WM 1995, 365 (367).

189 Begriff wurde im Finanzsektor für Banken entwickelt; für eine gesetzliche Definition der Systemrelevanz eines Instituts siehe etwa § 20 Abs. 1 SAG.

190 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 70; siehe hierzu auch: Bosch, WM 1995, 413 (414).

191 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 174, 176; andere Ansicht: Piekenbrock/Ludwig, WM 2014, 2197 (2200).

art ist entscheidend, sondern der Vertragsgegenstand, wenn es um die Marktrisiken hinsichtlich des Preises geht.

Und schließlich wurde als Argument für eine besondere Behandlung der Terminverträge die Gefahr von Spekulationen durch die Insolvenzverwaltung ins Feld geführt.¹⁹² An dieser Überlegung ist korrekt, dass die Insolvenzverwaltung bei der Entscheidung über die Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP eine Prognoseentscheidung bezüglich der zukünftigen Entwicklung des Marktpreises trifft. Dies ist jedoch immer erforderlich, wenn über den Vertragsanspruch der IVP entschieden werden muss, bevor das Geschäft fällig ist. Es liegt auch hierbei keine Eigentümlichkeit von Terminverträgen vor.¹⁹³

Der Grund für die bis heute bestehende Aufhebungsregelung in § 104 InsO scheint, zumindest in Hinblick auf Finanzleistungen, im Einfluss der Interessenverbände der Banken auf die Gesetzgebung zu finden zu sein.¹⁹⁴ Die Verbände der Finanzwirtschaft, wie die ISDA und AFME, richteten sich bei ihrer Lobbyarbeit auf die insolvenzbezogene Vertragsaufhebung, da dieses Instrument offenbar von den meisten Staaten leichter akzeptiert werden konnte als alternative Modelle, wie beispielsweise die Bestellung von wechselseitigen und die einzelnen Verträge übergreifenden Pfandrechte.¹⁹⁵

Dass das Gesetz Terminverträge von der Geltung des Insolvenzverwertungsrechts ausnimmt, während es bei sofort fälligen Verträgen der AVP die Belastungen zumutet, kann nicht nachvollziehbar begründet werden. Da die behaupteten Unterschiede zwischen Termingeschäften und sofort fälligen Verträgen nicht bestätigt werden können und die Belastungen durch die Schaffung einer Schwebezeit für die Vertragspartner gleich hoch sind, wirft die asymmetrische Behandlung hingegen vielmehr Folgefragen auf.

192 Obermüller, *Insolvenzrecht in der Bankpraxis*, Rn. 8.300, 8.301; *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2200); *Uhlenbruck-InsO/Knopf*, § 104, Rn. 15; *Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar*, § 104 Rn. 6, 8; *FK-InsO/Bornemann*, § 104 Rn. 9; *Braun-InsOKomm/Kroth*, § 104 Rn. 1; vgl. *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, Rn. 20.35.

193 *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 178.

194 *Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar*, *InsO*, § 104 Rn. 3, *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 179 m.w.N.

195 *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 188; vgl. *Obermüller*, *Insolvenzrecht in der Bankpraxis*, Rn. 8.244, 8.366; eine internationale Tendenz für ein Netting ebenfalls bestätigend: *Bosch*, WM 1995, 365 (369), *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, Rn. 20.34.

c. Regelungen für Dauerschuldverhältnisse

aa. Nachteile bei Dauerschuldverhältnissen

Wurde ein Miet- oder Pachtverhältnis über einen unbeweglichen Gegenstand oder einen Raum geschlossen, so greift § 108 Abs. 1 InsO mit der Folge, dass das Vertragsverhältnis mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbesteht. Ganz offensichtlich soll mit dem gewährten Massestatus der Gefahr vorgebeugt werden, dass die AVP als Vermieter oder Verpächter Zahlungsausfälle erleidet.

Wurde jedoch eine bewegliche Sache vermietet oder verpachtet, so kommt § 103 InsO zur Anwendung und dem Verwalter steht ein Wahlrecht zur Verfügung. Im Regierungsentwurf findet sich hierzu eine überraschende Anmerkung: „Abweichend vom geltenden Recht werden allerdings Miet- und Pachtverhältnisse über bewegliche Sachen und Rechte aus der Regelung über das Fortbestehen von Dauerschuldverhältnissen ausgenommen. Sie unterliegen damit dem Wahlrecht des Verwalters; wenn dieser nicht die Erfüllung wählt, enden sie mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Damit wird eine klare Rechtslage hergestellt.“¹⁹⁶ Was der Gesetzgeber unter einer „klaren Rechtslage“ verstand, ist fraglich. Das Gesetz eröffnet einen Schwebezustand, der erhebliche Unsicherheiten und Risiken für die AVP herbeiführt.

Es wird hier die Vermutung bestätigt, dass der Gesetzgeber die Gefahren der AVP durch Zahlungsausfälle belastet zu sein, falsch eingeschätzt hat, wenn er erwähnt, dass die Dauerschuldverhältnisse bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung mit Verfahrenseröffnung enden. Auch zwischen der Verfahrenseröffnung und der Nichtgeltendmachungsentscheidung liegt eine gewisse Zeitspanne. Wegen der Kündigungssperre kann der andere Teil das Vertragsverhältnis, das der Schuldner als Mieter oder Pächter eingegangen war, nicht wegen eines Verzugs, der in der Zeit vor dem Eröffnungsantrag eingetreten ist oder wegen einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners kündigen. Auch wenn der AVP nach dem Zivilrecht ein Kündigungsgrund zusteht, schreibt die InsO die Vertragsfortführung fort.¹⁹⁷ Erst wenn der Schuldner nach Verfahrenseröffnung weitere Zahlungen schuldig bleibt, kann von dem Kündigungsrecht wieder Gebrauch gemacht werden. Dann aber sind bereits Ausfälle

196 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 122 RegE (= § 108 InsO).

197 Von Wilmowsky, ZInsO 2004, 882 (882 ff.).

eingetreten. Wie diesbezüglich zu verfahren ist, klärt das Gesetz nicht zufriedenstellend. Von einer eindeutigen Rechtslage kann nicht die Rede sein. Auch warum im Insolvenzverwertungsrecht eine Unterscheidung nach der Art des Mietgegenstandes vorgenommen wird, ist nicht nachvollziehbar.¹⁹⁸ Die befürchteten Belastungen durch Zahlungsausfälle stehen mit dem Verwertungsrecht und der Natur eines Dauerschuldverhältnisses in Verbindung und sind keinesfalls abhängig von der Art des Vertragsgegenstands.

bb. Nachteilsverhütung durch Fortbestehen einzelner Verträge und Massestatus

Durch die gesetzlich angeordnete Fortführung von Miet- und Pachtverträgen über unbewegliche Gegenstände wird kein Schwebezustand geschaffen. Nachteile, die mit dem Warten auf eine Verwertungsentscheidung einhergehen, sind somit ausgeschlossen. Und durch den vom Gesetz angeordneten Massestatus für die Forderungen der Vermieter und Verpächter haben diese keine Einbußen zu befürchten. Im Regierungsentwurf für eine InsO findet sich hierzu der Hinweis, dass diese Lösung im Grundsatz dem zuvor geltenden Recht entspricht sowie ein Verweis auf die §§ 19 bis 22 KO, § 51 VerglO, § 9 Abs. 2, 3 Satz 1 GesO.¹⁹⁹

cc. Nachteilsverstärkung durch Kündigungssperre

In § 112 InsO ist eine Kündigungssperre kodifiziert, die für alle Miet- oder Pachtverträge gilt, die der Schuldner als Mieter bzw. Pächter eingegangen war, unabhängig von der Art des Vertragsgegenstandes. Doch während die Forderungen eines Vermieters, der eine unbewegliche Sache oder einen Raum vermietet, durch das Gesetz Massestatus erhalten, gilt dies nicht für Vermieter von beweglichen Gegenständen. Hier werden Ausfälle in Kauf genommen, wenn der Verwalter eine Nichtgeltendmachungsentscheidung erst nach einiger Zeit ausspricht. Der Gesetzgeber hielt es für inakzeptabel, der AVP so wie zuvor unter der Geltung der KO ein kurzfristiges Kündi-

198 Siehe auch Ausführungen von *Bruns*, der die Sonderbehandlung kritisiert: *Bruns*, ZZP 1997, 305 (324 ff.).

199 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 122 RegE (= § 108 InsO).

gungsrecht zur Verfügung zu stellen. Ein solches Recht hindere eine sachgerechte Insolvenzabwicklung und erschwere eine zeitweilige Fortführung des insolventen Unternehmens erheblich.²⁰⁰ Dieses Argument zum Unternehmenszusammenhalt findet sich auch in der Begründung zur Kündigungssperre, wenn erklärt wird, dass die wirtschaftliche Einheit im Besitz des Schuldners nicht zur Unzeit auseinandergerissen werden darf.²⁰¹ Dies soll für gemietete oder gepachtete Gegenstände auch dann gelten, wenn bereits Zahlungsrückstände bestehen. Der Gesetzgeber war der Ansicht, dass die Interessen der AVP dennoch ausreichend geschützt seien. So heißt es hinsichtlich der Einräumung des Wahlrechts der Insolvenzverwaltung: „der Vermieter erscheint durch die Rechte, die ihm bei Verzug oder anderen Vertragsverletzungen zustehen, ausreichend geschützt“²⁰² und bezüglich der Einführung der Kündigungssperre: „Im einzelnen ist die Vorschrift so ausgestaltet, daß die berechtigten Interessen des anderen Teils gewahrt werden.“²⁰³ Begründet wird Letzteres damit, dass die Kündigungsrechte ausschließlich in den zwei von der Norm genannten Fällen eingeschränkt sind und dass im Übrigen dafür gesorgt wird, dass während der zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung benötigten Zeit „in der Regel“ kein solcher Verzug eintritt.²⁰⁴ - Schon die Wortwahl des Gesetzgebers zeigt an, dass ein Verzug bzw. eine Verzögerung weder auszu-schließen noch für den anderen Teil vorhersehbar ist. Der Gesetzgeber erklärt weiter, dass das Gericht die Verwaltung des Schuldnervermögens auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter übertragen könne und die Forderungen des Vermieters aus der Masse beglichen werden, sofern der vertragliche Gegenstand für das verwaltete Vermögen genutzt wird.²⁰⁵ Und wenn dann auch die letzte Hürde überwunden wurde (dem Schuldner muss ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt worden sein, §§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 22 Abs. 1 InsO), dann kommt es für die Forderungen des Vermieters aus der

200 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 122 RegE (= § 108 InsO).

201 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 126 RegE (= § 112 InsO).

202 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 122 RegE (= § 108 InsO).

203 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 126 RegE (= § 112 InsO).

204 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 126 RegE (= § 112 InsO).

205 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 126 RegE (= § 112 InsO).

Zeit des Vorverfahrens zu einer Rangverbesserung nach § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO.²⁰⁶ Und für die Zeit nach der Verfahrenseröffnung könnte § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO greifen,²⁰⁷ allerdings nur, wenn die Masseverbindlichkeit durch eine Handlung des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet worden war. Je nach Ausgang der Verwertungsentscheidung kommt auch § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO in Betracht. Es bedarf hinsichtlich dieser Reihe an Hindernissen keiner ausschweifenden Erläuterung, dass diese Voraussetzungen keinesfalls geeignet sind, um die AVP ausreichend vor Nachteilen zu schützen.

2. Geschwächte Stellung der AVP durch verändertes Rechtsverständnis zu Lösungsklauseln

Eine Erklärung dafür, dass der Gesetzgeber die Nachteile der AVP eines Vertrags, der unter die Grundnorm fällt, nicht ausführlicher thematisierte, könnte darin zu finden sein, dass bis vor wenigen Jahrzehnten Lösungsklauseln für den Fall der Insolvenz des Vertragspartners in der Praxis stark etabliert waren und als wirksam angesehen wurden.²⁰⁸ Zur Zeit der Kodifizierung der KO und der InsO war deshalb eine Fokussierung auf die Nachteile der AVP nicht im gleichen Maße erforderlich, wie es heute der Fall ist. Da die AVP über die Anwendung von Lösungsklauseln jeder Zeit aus dem Vertragsverhältnis mit der IVP aussteigen konnte, hatte sie es selbst in der Hand, ob sie die Risiken einer insolvenzbedingten Schwebezeit auf sich nehmen will oder nicht. Dass dem Gesetzgeber die positive Wirkung einer Vertragslösung bekannt war, zeigt sich durch die Sonderregelungen hinsichtlich Terminverträgen in § 18 KO bzw. § 104 InsO, die ebenfalls nichts anderes ist als eine kodifizierte Lösungsklausel. Bezüglich der sofort fälligen Verträge wurde dieses Mittel zur Nachteilsverhütung jedoch nicht gesetzlich angeordnet, denn es birgt auch Nachteile für beide Vertragspartner. Eine Vertragslösung wurde stattdessen den Parteien durch individuelle vertragliche Vereinbarung überlassen. Im Konkursverfahren,

206 Diese letzte Hürde, das Verfügungsverbot des Schuldners, wird vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich angesprochen, ergibt sich aber aus § 64 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs, RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, § 64.

207 Vgl. RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 126 RegE (= § 112 InsO).

208 *Römermann*, NJW 2013, 1159 (1162); *von Wilmsowsky*, ZIP 2007, 553 (555); vgl. *Eckert*, ZIP 1996, 897 (902).

das eine Ausrichtung auf die Zerschlagung des Unternehmens und der Versilberung der Masse erkennen ließ, wurde die Bindung an ein langfristiges Dauerschuldverhältnis ohnehin als Nachteil für die Masse angesehen. Demzufolge liefen auch eine automatische Vertragsauflösung bei sofort fälligen Verträgen oder eine fristlose Kündigung von Dauerschuldverhältnissen dem Konkurszweck nicht zuwider.²⁰⁹ Solange das vom Gesetzgeber auserkorene Mittel zur Nachteilsverhütung bei Terminverträgen auch für sofort fällige Verträge durch Individualabsprachen zur Verfügung stand und ohnehin bereits weit verbreitet war, kam es folglich bei der Gesetzgebung nicht auf eine ausführliche Behandlung und Regelung möglicher Nachteile der AVP an.

Das Bedürfnis zur Klärung des Umgangs mit den Nachteilen durch das Insolvenzvertragsrecht tritt erst einige Jahre nach Inkrafttreten der InsO hervor, welche nun die Unternehmenssanierung als mögliches Verfahrensziel verfolgt.²¹⁰ Zunächst war die Ausübung von insolvenzbezogenen Lösungsklauseln weiterhin ohne Einschränkungen möglich. Noch 1997 erklärte *Bruns*, dass bereits bei eintretender Vermögensverschlechterung Vertragslösungen eine weitverbreitete Regel sind und damit die Frage nach der Zulässigkeit von vertraglichen Lösungsklauseln bei Insolvenz des Vertragspartners ihre Dramatik verliert und die Bewertung der Wirksamkeit dieser Klauseln eine „gellassene“ Beurteilung verdient.²¹¹ Doch mit der Rechtsprechungsänderung des BGH in 2012, wonach derartige Klauseln für unwirksam erklärt wurden,²¹² veränderte sich die Lage der AVP gravierend. Das Gefahrenpotenzial der AVP erhöhte sich durch die Rechtsprechungsänderung von einem Moment auf den anderen in erheblicher und nicht beherrschbarer, geschweige denn vorhersehbarer Weise. Nunmehr ist festzustellen, dass der Senat dem Wahlrecht der Insolvenzverwaltung einen Vorrang zuerkannt hat und damit die Vertragsfreiheit hinten angestellte.²¹³ Nach der Änderung des Rechtsverständnisses zu Lösungsklauseln und dem damit verbundenen erhöhten Risiko der AVP bedarf es nun mehr denn je einer Auseinandersetzung mit den Belastungen während der Schwebzeit und einer Lösung für dieses Spannungsfeld. Es entstand be-

209 Siehe hierzu: *Eckert*, ZIP 1996, 897 (902) m.w.N.

210 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 77 und Erläuterungen zu § 191 RegE (= § 166 InsO); *Eckert*, ZIP 1996, 897 (897, 898); *Bruns*, ZZZ 1997, 305 (308, 309).

211 *Bruns*, ZZZ 1997, 305 (314 ff.).

212 BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11 = NJW 2013, 1159.

213 *Foerste*, ZInsO 2015, 601, (606), ebenfalls kritisch hinsichtlich der Auseinandersetzung im Urteil mit der Vertragsfreiheit: *Huber*, NZI 2014, 49 (51).

reits 2012 ein akuter Handlungsbedarf, der auch im Jahr 2021 noch immer fortbesteht. Die Trägheit, die sich in dieser Rechtsmaterie zeigt, könnte darauf beruhen, dass die Normen des Insolvenzrechts eine lange Tradition besitzen und daher eine gewisse Scheu vor einer Veränderung besteht. Doch wird sich die unterschiedliche Lage der AVP damals unter der Geltung der KO und heute unter der Geltung der InsO bewusst gemacht, stellt sich eine Ergänzung des Insolvenzvertragsrechts um neue Ansprüche zugunsten der AVP als notwendige Fortentwicklung dar. Da der AVP ein mögliches Mittel zur Vermeidung insolvenzbedingter Nachteile nicht mehr zur Verfügung steht und sich ihre Situation massiv verschlechterte, muss dem Aufbürden von insolvenzbedingten Nachteilen entgegengetreten werden und auf Gesetzesebene Abhilfe geschaffen werden. Das Insolvenzrecht sollte daher um neue Institute zum Ausgleich von Wertverlusten und zusätzlichen Kosten ergänzt werden, um die verfahrensbedingten Belastungen der AVP zu kompensieren.

III. Stellungnahme und Meinungsaustausch zur Situation der AVP

In der Begründung zu § 188 RegE, eine Norm, die im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wieder gestrichen wurde, aber gleichwohl eine Ausrichtung des Gesetzgebers erkennen lässt, hieß es: „Der Gläubiger soll durch den Zeitablauf im Grundsatz keinen Schaden erleiden.“²¹⁴ Dieser Gedanke ist richtig. Die flächendeckende Umsetzung lässt jedoch zu wünschen übrig.

Aus dem anfänglichen Schutz der AVP durch den § 17 KO mit dem Ziel, eine Möglichkeit zu schaffen, die noch nicht erfüllten Verträge überhaupt erst durchführbar zu machen, wurde im Laufe der Zeit eine erzwungene Vertragsbindung, mit welcher der AVP zugleich erhebliche Nachteile während der Schwebezeit aufgebürdet werden. Dass die während der Schwebezeit zu befürchtenden Nachteile gerade nicht unerheblich sind, zeigt sich an der Vielzahl der speziellen Regelungen für besondere Vertragstypen, insbesondere in der Regelung des § 104 InsO. Der Gesetzgeber stufte die Nachteile durch das Warten auf die Verwertungsentscheidung bezüglich Terminverträgen sogar als derart gravierend ein, dass durch die allgemeine Vertragsbeendigung auch noch mögliche Vorteile zunichtegemacht werden, die eine Geltendmachungsentscheidung mit sich brächte. Wenn nun den Vertragspartnern der sofort fälligen Verträge kein taugli-

214 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 188 RegE.

ches Mittel zur Nachteilsverhütung oder zur Kompensation eingetretener Belastungen zur Verfügung gestellt wird, kann dem Vorwurf einer inkonsequenten Gesetzgebung nur wenig entgegenhalten werden.

Doch so wie der Gesetzgeber seinen Blick nur auf einen Bruchteil der möglichen Nachteile der AVP richtete, scheinen auch die Autoren jeweils nur einzelne Fallgestaltungen zu betrachten. Eine lebhaft und ausgedehnte Diskussion bezüglich der ganzen Bandbreite der auftretenden Nachteile der AVP während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung sucht man derzeit vergebens. So werden von *Wortberg*, *Vuia* und *Jacoby* nur Nachteile betrachtet, die bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung auftreten.²¹⁵ Damit wird die Untersuchung von Belastungen der AVP bereits im Vorfeld vom Ausgang der Verwertungsentscheidung abhängig gemacht und unter Einnahme dieses Blickwinkels die Problematik jener Nachteile, die vom Ausgang dieser Entscheidung unabhängig sind bzw. auch bei einer Geltendmachungsentscheidung auftreten, nicht berücksichtigt. Mit dem bekannten Hinweis darauf, dass Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners nach einer Erfüllungswahl in den Rang von Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO gehoben werden, betrachtet unter anderen auch *Wortberg* die Gefahren der AVP während der Schwebzeit als ein geringes Problem.²¹⁶ Und der BGH betont, dass das Insolvenzvert-

215 *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 6-13, 25; In diesem Sinne erklärt auch *Vuia*, dass einem Vorbehaltsverkäufer im Falle einer Nichtgeltendmachungsentscheidung die Nachteile durch eine Wertminderung der Vorbehaltsware nicht zugemutet werden können, weshalb in einem solchen Fall der verlängerte Entscheidungsspielraum aus § 107 Abs. 2 S. 1 InsO nicht bestehen sollte: MünchKomm-InsO/*Vuia*, § 107 Rn. 22. Von *Vuia* wird nicht berücksichtigt, dass der AVP auch bei einer Erfüllungswahl Nachteile entstehen können und es somit nicht auf das Ergebnis der Verwertungsentscheidung ankommt; *Jacoby* weist kurz darauf hin, dass der Vertragspartner Einbußen beim Ausbleiben der Erfüllungswahl erleidet. Allerdings bezieht sich diese Anmerkung nur darauf, dass der Vertragspartner in diesem Fall eine quotale Befriedigung erhält und daher eine Beeinträchtigung auftritt, die auch die üblichen Insolvenzgläubiger ausgesetzt sind: JaegerKomm-InsO/*Jacoby*, Vor §§ 103 - 119 Rn. 31.

216 *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 6-13, 25, er erkennt nicht, welche allgemeinen Nachteile das Verfahren für die AVP bereithält, die bei Geltendmachungsentscheidung als auch bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung auftreten. Vielmehr betrachtet er Gefahren, die beispielsweise mit der fehlenden Fachkompetenz des Verwalters oder dem Fehlen einer freiwilligen Mitarbeit des Insolvenzschuldners in Verbindung stehen. Auch die Erfüllung von Sekundärpflichten, wie z. B. die Pflicht der Mängelbeseitigung im Rahmen der Gewährleistung, wird problematisiert. Ist der Schuldner eine juristische Person und wird das Unternehmen liquidiert so ist nach der Vollbeendigung des Unterneh-

ragrecht die Möglichkeit einer Geltendmachung des Vertrags bietet und dadurch Masseverbindlichkeiten begründet werden, wenn es um die Frage der Zumutbarkeit der insolvenzbedingten Belastungen der Vertragspartner geht.²¹⁷ Doch wurde dabei auch berücksichtigt, dass zusätzliche Kosten während der Schwebzeit in einer solchen Größenordnung anfallen können, dass selbst ein für die AVP vorteilhaftes Geschäft sich trotz einer Geltendmachungsentscheidung als ein Verlustgeschäft erweist? Weitere Stellungnahmen lassen sich zu dieser Problematik nicht finden. Teilweise wird für Dauerschuldverhältnisse, die in den Anwendungsbereich des § 103 InsO fallen, eine Rangverbesserung jener Forderungen der AVP vorgeschlagen, die sich auf die Schwebzeit beziehen.²¹⁸ Ein allgemeiner Lösungsansatz, der auch für die Vertragspartner anderer Vertragstypen greift, lässt sich hieraus aber nicht herleiten.

Nicht wenige Autoren beschäftigen sich mit den Gründen für die Sondervorschriften des § 104 InsO und erkennen, dass deren Zweck darin besteht, die Belastungen zu vermeiden, welche das allgemeine Insolvenzrecht hervorruft.²¹⁹ Es wird aber bedauerlicherweise im Anschluss an diese Erkenntnis üblicherweise keine Initiative ergriffen, die Situation der AVP auch für Verträge, die unter die Grundnorm des § 103 InsO fallen, zu verbessern. Es wird auch nicht der Schluss gezogen, dass eine Änderung des § 103 InsO angebracht wäre. Eine Ausnahme stellt hier die Ausarbeitung dar, die von *Wilmowsky* liefert.²²⁰ Und von *Schöneberger* wurde für das Sonderinsolvenzrecht über Finanzinstitute ein alternatives Regelungsmodell präsentiert und dessen Anwendung auch für das allgemeine Insol-

mens der ursprüngliche Schuldner des Gläubigers nicht mehr existent. Der Gläubiger kann dann keine Ansprüche mehr geltend machen, was gleichfalls Nachteile verursacht. Jedoch handelt es sich hierbei insgesamt um solche Gefahren, die immer bei einem Verkauf oder einer Liquidierung eines Unternehmens auftreten und unabhängig vom Insolvenzverfahren sind; Im Zusammenhang mit der Gefahr von Einbußen betont auch *Jacoby* die schützende Wirkung des Synallagmas: JaegerKomm-InsO/*Jacoby*, Vor §§ 103 - 119 Rn. 31,4.

217 BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/1 = NJW 2013, 1159, Rn. 14.

218 *Eckert*, ZIP 1996, 897 (904); *von Wilmowsky*, ZInsO 2004, 882 (885, 886); siehe zu Problemen durch auflaufende Zahlungsrückstände bei Dauerschuldverhältnissen: *Tetzlaff*, NZI 2006, 87 (88).

219 Siehe u.a.: Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 104 Rn. 4 ff.; K.Schmidt-InsO/*Ringstmeier*, § 104 Rn. 1; Braun-InsOKomm/*Kroth*, § 104 Rn. 1; *Bosch*, WM 1995, 413 (414, 422).

220 Kübler/Prütting/Bork-InsO/*von Wilmowsky*, § 104 Rn. 180, der eine Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts vorschlägt.

venzvertragsrecht zur Diskussion gestellt.²²¹ Die Idee zielt darauf ab, dass alle Verträge zunächst erfüllt werden und für den Fall, dass die Insolvenzverwaltung nach ihrer Prüfung zu dem Schluss kommt, dass eine Nichtgeltendmachungsentscheidung die bessere Wahl gewesen wäre, ein Ausgleich von der AVP an die IVP stattfindet.²²² Dieser Vorschlag wurde bislang aber nicht erneut aufgegriffen oder weiter verfolgt. Während dieses Modell für Verträge über Finanzleistungen relativ leicht umzusetzen ist, bedarf es einer kritischen Prüfung, ob das vorgeschlagene Regelungsmodell tatsächlich für eine Neuregelung des § 103 InsO geeignet ist. Eine Anwendbarkeit auch für die Grundnorm wurde von *Schöneberger* nicht explizit geprüft und erscheint fraglich.

Teilweise werden die negativen Folgen der Ungewissheit während der Schwebezeit zwar kurz erwähnt, aber sogleich mit Hinweis auf die Möglichkeit des Verwertungserzwingungsrechts abgehandelt und erklärt, dass es die AVP selbst „in der Hand“ hätte den Umstand zu beenden, der Belastungen verursacht.²²³ Doch entfaltet das Verwertungserzwingungsrecht seine Wirkung nicht augenblicklich, sondern gewährt der Insolvenzverwaltung weiterhin ausreichend Zeit zur Prüfung der Verwertungsoptionen. Es ist allenfalls dazu geeignet, die Nachteile gering zu halten, nicht jedoch diese zu verhindern oder zu kompensieren, sodass hierin keine befriedigende Lösung gefunden werden kann. Und es darf auch nicht als eine Lösung verstanden werden, wenn *Marotzke* erwähnt, dass die Schwebezeit auch durch die sofortige Erbringung der geschuldeten Leistung beendet werden kann,²²⁴ da der hieraus folgende Tausch der vollen Leistung gegen eine Quote für die AVP in der Regel ebenfalls finanziell nachteilig ist.

Und schließlich lässt sich im Meinungs austausch auch die Aussage finden, dass sich die Insolvenzverwaltung bei der Verwertungsentscheidung ausschließlich an den Interessen der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger

221 *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 263 ff.

222 *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 267.

223 MünchKomm-InsO/*Huber*, § 103 Rn. 170; Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, InsO, § 103 Rn. 43; K.Schmidt-InsO/*Ringstmeier*, § 103 Rn. 23; FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 117; *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2199); *Rosenberger*, BauR 1975, 233 (235); JaegerKomm-InsO/*Jacoby*, § 103 Rn. 203; *Marotzke*, JZ 1995, 803 (811, 812) - Es wird beim Vorschlagen dieser Lösung nicht beachtet, dass auch Wertminderungen, welche innerhalb der benötigten Entscheidungszeit nach § 103 InsO entstanden, schon zu Befriedigungseinbußen führen und ebenfalls zusätzliche Kosten in der Zeit auftreten können.

224 *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 5.11.

orientieren brauche und auf die Interessenlage des Vertragspartners keine Rücksicht nehmen müsse.²²⁵ Auch eine über längere Zeit nicht erfolgte Erfüllungswahl sei deshalb nicht missbräuchlich.²²⁶ Die AVP hätte den Schwebezustand hinzunehmen²²⁷ und damit wohl auch die negativen Folgen durch Zeitablauf. Mit Blick auf die derzeitige Gesetzeslage und die Pflichten, die der Insolvenzverwaltung bei der Ausübung der Verwertungsentscheidung auferlegt werden, mag diese Positionierung zutreffen, führt aber hinsichtlich der Frage, wie tatsächlich mit Belastungen der Vertragspartner umgegangen werden muss, nicht weiter. Selbstverständlich ist die Insolvenzverwaltung zu einer bestmöglichen Verwertung verpflichtet,²²⁸ dies schließt jedoch nicht aus, dass das Insolvenzrecht auch die Belastungen der AVP berücksichtigen und hierauf eingehen sollte. Gleichfalls wenig zielführend ist es, wenn *Rosenberger* die Nachteile durch die Schwebezeit zuweilen negiert, indem er die Unsicherheit während der Schwebezeit nur als „unangenehm“ bezeichnet.²²⁹

Damit die AVP vor Belastungen geschützt wird, welche durch Zeitablauf und der Ungewissheit während der Schwebezeit entstehen, sollte das Insolvenzvertragsrecht fortentwickelt werden. Es wird hierzu vorgeschlagen, das Insolvenzvertragsrecht durch eine einheitliche Regelung für alle unter § 103 InsO fallenden Verträge zu ergänzen²³⁰ und sich von den Bestrebungen, immer wieder neue Sondervorschriften zu entwickeln, zu lösen.²³¹ Diese einheitliche Regelung kann durch eine Erweiterung des § 103 InsO umgesetzt werden. In die Grundnorm können neue Institute zum Wertausgleich und zum Aufwandsausgleich aufgenommen

225 Uhlenbruck-InsO/D. *Wegener*, § 103 Rn. 97; HambKomm-InsO/*Ahrendt*, § 103 Rn. 17; FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 66; K.Schmidt-InsO/*Ringstmeier*, § 103 Rn. 24, 29; Andres/Leithaus-InsOKomm/*Andres*, § 103 Rn. 20; auch nach Ansicht der Rechtsprechung bestehen keine Kollisionen mit Treu und Glauben: OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.07.1990 - 11 U 8/90 = ZIP 1990, 1143 (1144); BGH, Urt. v. 25.02.1983 - V ZR 20/82 = ZIP 1983, 709.

226 MünchKomm-InsO/*Huber*, § 103 Rn. 204.

227 *Trams*, NJW-Spezial 2017, 597 (597).

228 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (458).

229 *Rosenberger*, BauR 1975, 233 (237).

230 Hierfür plädiert auch *von Wilmowsky*: Kübler/Prütting/Bork-InsO/*von Wilmowsky*, § 104 Rn. 180.

231 Nach wie vor konzentrieren sich die Gesetzgebungsprozesse auf die Bildung weiterer Sondervorschriften, wie es sich zuletzt auch in den Bestrebungen nach einem beabsichtigten § 108 a InsO zeigte.

werden.²³² Dieser Lösungsansatz wird hier präferiert. Ferner könnte eine Neuregelung des Insolvenzvertragsrechts auch in dem Verzicht auf das Wahlrecht der Insolvenzverwaltung gefunden werden, indem eine gesetzliche Vorgabe zur Aufhebung oder zur Ausführung bzw. Fortführung aller Verträge getroffen wird. Welche Vorteile aber auch Nachteile diese alternativen Regelungskonzepte hätten, wird am Ende dieser Arbeit gleichfalls erörtert.

E. Die neuen insolvenzrechtlichen Institute und ihre Parteien

Beim Warten auf die Verwertungsentscheidung kann es zum einen zu Wertverlusten des Schuldnervermögens und dadurch zu Befriedigungseinbußen der AVP kommen, zum anderen können der AVP während der Schwebezeit zusätzliche Kosten aufgebürdet werden. Es sind daher zwei separate Institute zu schaffen, die hier als Wertausgleichsinstitut und als Aufwandsausgleichsinstitut bezeichnet werden.

I. Wertausgleichsinstitut

Ein Wertverlust des Vertragsanspruchs der IVP, der zum Schuldnervermögen zählt,²³³ wirkt sich auf das Verteilungsverhältnis aus, welches schon bei Verfahrenseröffnung bestand und sich in der Zeit bis zur Verwertung verändert. Da dieses Verhältnis ausschließlich zwischen den Gläubigern besteht, muss bei einer Veränderung der Befriedigungsverhältnisse auch innerhalb der Gruppe der Gläubiger ein Ausgleich geschaffen werden. Die Parteien des Wertausgleichsinstituts sind die Vertragspartner der noch nicht erfüllten Verträge auf der einen Seite und die ungesicherten Gläubiger auf der anderen Seite, vertreten durch die Insolvenzverwaltung. Die Gläubiger können durch den Insolvenzverwalter bei einer Fremdverwaltung oder durch den Insolvenzschuldner bei einer Eigenverwaltung vertreten sein. Wichtig ist, dass der Insolvenzschuldner selbst nicht im Ausgleichsverhältnis als Partei beteiligt ist, auch wenn dem Vertragsanspruch

232 Ein Ausgleichsinstitut bei Wertverlusten wird auch erwähnt und vorgeschlagen in der Kommentierung zu § 104 InsO von *Wilmowsky*, ohne jedoch nähere hierauf einzugehen. Siehe: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von *Wilmowsky*, § 104 Rn. 189 ff., 240.

233 So auch: *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 2.6.

der insolventen Vertragspartei eine wesentliche Rolle beim Befriedigungsvorrecht der AVP zukommt.

Das Institut greift nur bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung ein, da es nur bei dieser Form der Verwertung zu einer Befriedigung der AVP durch Verrechnung der Werte der noch nicht erfüllten Vertragsansprüche kommt²³⁴ und bei Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP Befriedigungseinbußen drohen.

Es sollte darüber hinaus geprüft werden, ob für den umgekehrten Fall, der Wertsteigerung des Vertragsanspruchs der IVP, das Wertausgleichsinstitut im Falle einer Nichtgeltendmachungsentscheidung unter Umständen auch zu Gunsten der IVP greifen sollte.

Das Wertausgleichsinstitut umfasst Befriedigungseinbußen aufgrund von Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP und greift bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung. Die Parteien des Wertausgleichsinstituts sind die AVP auf der einen Seite und die ungesicherten Gläubiger auf der anderen Seite.

Ergänzender Hinweis: Bezüglich absonderungsberechtigter Gläubiger sollte auf Basis der gewonnenen Erkenntnisse der Anwendungsbereich der bereits bestehenden Norm zum Ausgleich von Wertverlusten des Sicherungsgutes möglicherweise erweitert werden.

II. Aufwandsausgleichsinstitut

Werden der AVP beim Warten auf die Verwertungsentscheidung durch eine Maßnahme des Insolvenzverwertungsrechts zusätzliche Kosten aufgebürdet, so erleidet sie Nachteile. Sofern diese insolvenzrechtliche Maßnahme im Interesse der restlichen Gläubiger stattfindet, ist eine Umverteilung anzudenken. Die Maßnahme, die für die zusätzlichen Kosten der AVP ursächlich ist, ist die Schaffung einer Schwebezeit mit erzwungener Vertragsbindung.

Die AVP hat regelmäßig Aufwendungen zum Erhalt ihrer Leistungsfähigkeit zu tätigen, um im Falle einer Geltendmachungsentscheidung leistungsbereit zu sein. Zudem trägt sie Kosten zur Überbrückung der Schwebezeit, der Zeit, in der sie auf die versprochene Leistung der IVP

234 Von *Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (464 f.).

wartet. Diese zusätzlichen Kosten, die hier auch als Bereithaltungskosten bezeichnet werden, treffen sie sowohl wenn sie leistungsberechtigt oder leistungs verpflichtet aus dem Vertragsverhältnis mit der IVP ist. Die Parteien des Aufwandsausgleichsinstituts sind auch hier die AVP auf der einen Seite und die übrigen ungesicherten Gläubiger, vertreten durch die Insolvenzverwaltung, auf der anderen Seite.

Das Aufwandsausgleichsinstitut umfasst die zusätzlichen Kosten der AVP beim Warten auf die Verwertungsentscheidung. Die Bereithaltungskosten (Kosten zum Erhalt der eigenen Leistungsfähigkeit und Kosten zur Überbrückung der Schwebezeit) sind von den Gläubigern zu tragen, die von der insolvenzrechtlichen Maßnahme, der Erzeugung einer Schwebezeit mit erzwungener Vertragsbindung, profitieren.

F. Kategorisierung der gegenseitigen Verträge

In der hier vorliegenden Arbeit wird für die Herleitung und Ausarbeitung der neuen insolvenzrechtlichen Institute eine Unterscheidung der gegenseitigen Verträge nach Art des Leistungsaustauschs vorgenommen. Es wird dabei nach Verträgen mit einem „einmaligen Leistungsaustausch“ und Dauerschuldverhältnissen unterschieden. Diese grobe Unterscheidung dient der besseren Übersichtlichkeit. Allerdings weist eine solche Aufteilung auch Schwächen auf, da nicht alle Vertragstypen und Sonderformen sprachlich exakt erfasst werden können. Sie weicht zudem von der Unterscheidung ab, die *Häsemeyer* vornimmt, wenn er zwischen Austauschverträgen und Dauerschuldverhältnissen unterscheidet: Während er bei den Austauschverträgen die Kaufverträge, Tauschverträge, Werk- und Werklieferungsverträge aufzählt und auf den Anwendungsbereich der §§ 103 bis 107 InsO verweist, nennt er für Dauerschuldverhältnisse die Dienst- und Nutzungsverträge und verweist auf die §§ 108 bis 114 InsO.²³⁵ Dieser Unterscheidung sollte aber nicht gefolgt werden, da Nutzungsverträge sehr wohl auch unter den § 103 InsO fallen, sofern sie sich auf einen beweglichen Vertragsgegenstand beziehen. Unter § 108 InsO fallen hingegen nur die Nutzungsverträge für unbewegliche Sachen und Räume und die refinanzierten Mobilienmietverträge. Auch lässt der Begriff „Austauschvertrag“ kein Rückschluss auf die Dauer des Vertragsverhältnisses zu. Ob der

235 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.01.

Austausch einmal oder wiederkehrend stattfindet, ist somit dem Begriff nicht zu entnehmen. Vielmehr wird mit dem Begriff „Austausch“ das Bestehen gegenseitiger und voneinander abhängiger Pflichten umschrieben. Ein solches Synallagma ist das Merkmal eines jeden gegenseitigen Vertrags und liegt sowohl bei einem Kaufvertrag als auch bei einem Mietvertrag vor.²³⁶ In diesem Sinne enthalten einige Auflistungen zu den Austauschverträgen folglich neben Kauf- und Tauschverträgen z. B. auch Miet- und Werkverträge.²³⁷ Die Formulierung „Austauschvertrag“ sollte daher bei einer Abgrenzung zu Dauerschuldverhältnissen vermieden werden.

Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen außerdem auch durch individuelle Vertragsabsprachen zwischen den Parteien. So bedürfen beispielsweise Lieferverträge einer genauen Betrachtung. Bei den Raten- und Teillieferverträgen liegt der Lieferumfang bei Vertragsschluss schon fest und die Leistung wird lediglich in mehreren Teilen erbracht, ein Dauerschuldverhältnis soll diesbezüglich nicht vorliegen. Anders ist es jedoch, wenn kein Umfang bestimmt wurde und somit ein Dauerlieferungs- oder Bezugsvertrag ohne Gesamtmengenbegrenzung vorliegt. Ein solcher Vertrag soll dann als Dauerschuldverhältnis einzustufen sein.²³⁸ Gleichfalls schwierig ist die Zuordnung auch bei (Finanzierungs)-Leasingverträgen.²³⁹ Um derartige, detaillierte Abgrenzungsprobleme auszuklammern und den Fokus auf die jeweiligen Kernprobleme des Insolvenzvertragsrechts zu lenken, soll daher lediglich nach Verträgen mit einmaligen und dauernden synallagmatischen Leistungsaustausch unterschieden werden.²⁴⁰

Daraus folgt, dass unter Verträge mit „einmaligen Leistungsaustausch“ in der hier vorliegenden Arbeit sowohl solche Verträge mit einem sofortigen vollständigen Leistungsaustausch als auch solche mit einem mehrteiligen Leistungsaustausch verstanden werden. Es werden hierunter Kaufverträge, Tauschverträge, Werklieferungsverträge und Mietkaufverträge gefasst und behandelt, ebenso wie Kaufverträge, die unter Eigentumsvorbehalt geschlossen wurden. Ob aber im Vertrag eine Ratenzahlung oder Ratenlieferung vereinbart wurde (in diesem Sinne dann also keine einmalige Leistung vorliegt), soll hier nicht weiter sprachlich unterschieden werden.

236 *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 281.

237 MünchKomm-BGB/*Schäfer*, § 705 Rn. 165, 166; ebenfalls bei Austauschverträgen allein auf das Synallagma abstellend: NomosKomm-BGB/*Heidel*, § 705, Rn. 85; *Windel*, JURA 2002, 230 (230, 232).

238 NomosKomm-BGB/*Jung*, § 314, Rn. 14-15.

239 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.12.

240 So auch vorgenommen von: *Kübler/Prütting/Bork-InsO/Tintelnot*, § 103, Rn. 42.

Eine solche Aufspaltung besäße für die Frage nach der Notwendigkeit einer Erweiterung des Insolvenzvertragsrechts um neue Rechtsinstitute auch keine Relevanz. Diese Thematik unterfällt vielmehr den Fragen, die im Rahmen des § 105 InsO zu stellen sind.

Den Dauerschuldverhältnissen liegt hingegen eine fortlaufende Leistungspflicht zu Grunde. Charakteristisch für diese Verträge ist, dass der Umfang der vertragstypischen Hauptleistung erst mit Hilfe der Zeit quantifizierbar ist.²⁴¹ Nutzungsverhältnisse wie Miet-, Pacht- und Leasingverträge, die auf einen beweglichen Vertragsgegenstand gerichtet sind, fallen in den Anwendungsbereich des § 103 InsO ebenso wie Werkverträge ohne Geschäftsbesorgungscharakter.²⁴²

Die Grundsätze für die neuen insolvenzrechtlichen Institute zum Wertausgleich und Aufwandsausgleich werden zunächst für Verträge mit einmaligem Leistungsaustausch erarbeitet. Dies erfolgt am Beispiel von Kaufverträgen. Hierauf aufbauend werden bestehende Abweichungen für Dauerschuldverhältnisse am Beispiel von Mietverträgen über bewegliche Mietgegenstände erläutert. Für die sonstigen vom Anwendungsbereich des § 103 InsO erfasste Verträge mit einmaliger oder andauernder Leistungsbeziehung gelten die Ausarbeitungen jeweils entsprechend.

241 MünchKomm-BGB/Gaier, § 314 Rn. 6.

242 Siehe für die Zuordnung weiter Vertragsarten, insbesondere Lizenzverträgen und Verlagsverträgen: Kübler/Prütting/Bork-InsO/Tintelnot, § 103, Rn. 73; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 20.12.