

Kapitel 4: Alternativen zum Wertausgleichs- und Aufwandsausgleichsinstitut

Als Alternative zu einem Wertausgleichsinstitut für Wertschwankungen des Vertragsanspruchs der IVP und einem Aufwandsausgleichsinstitut bezüglich Bereithaltungskosten der AVP kommen auch zwei andere Konzepte für eine Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts in Betracht. Wenn die noch nicht erfüllten Verträge entweder auf gesetzliche Anordnung vorzeitig beendet werden (zum Beispiel mit Orientierung an § 104 InsO) oder deren Fortbestand mit Wirkung für die Insolvenzmasse bestimmt wird (in diesem Fall bestehen Parallelen zu § 108 InsO) muss von der Insolvenzverwaltung keine Verwertungsentscheidung für jeden einzelnen Vertrag getroffen werden. Da es nicht zu einem Schwebezustand in der Zeit bis zur Verwertungsentscheidung kommt, entfallen für die AVP auch sämtliche Nachteile, die mit dem Zeitablauf und der Ungewissheit in Verbindung stehen. Eines Wertausgleichsinstituts bzw. Aufwandsausgleichsinstituts für Befriedigungseinbußen oder zusätzliche Kosten der AVP während der Schwebezeit bedarf es dann nicht. Doch solche Konzepte, bei denen die Verwertungsentscheidung vorgegeben wird, bergen nicht nur Vorteile, sondern auch erhebliche Nachteile für beide Vertragsparteien. Daher sollen die Konsequenzen, welche eine gesetzlich festgelegte Verwertungsentscheidung mit sich bringt, ebenfalls Gegenstand der nun folgenden Untersuchung sein, um zu ermitteln, ob das jeweilige Regelungssystem, das für einzelne Vertragstypen bereits in die Insolvenzordnung eingeflossen ist, auch auf die Gesamtheit der bilateralen Verträge ausgeweitet werden sollte.

A. Insolvenzbedingte Vertragsbeendigung

Mit der vorzeitigen Vertragsbeendigung wurde durch § 104 InsO für Fixgeschäfte und Verträge über Finanzleistungen ein zu § 103 InsO konträres Regelungskonzept umgesetzt. Trotz dieser gegensätzlichen Ausrichtung könnte die automatische Vertragsbeendigung ohne erhebliche Schwierigkeiten auf sämtliche unerfüllte gegenseitige Verträge ausgedehnt werden. Ob es jedoch sinnvoll ist, für alle Verträge eine Nichtgeltendmachungsentcheidung bzw. Nichterhaltungsentscheidung zu treffen ist fraglich.

I. Vorteile des Regelungssystems der Vertragsauflösung

Anders als § 103 InsO ändert der § 104 InsO den Vertrag, den die Parteien geschlossen haben, ab. Die beiderseitigen Erfüllungsansprüche erlöschen und werden durch einen Anspruch auf Wertausgleich ersetzt.⁶⁰² Da die vertraglichen Erfüllungsansprüche nicht mehr existieren, kann über diese auch keine Verwertungsentscheidung getroffen werden.⁶⁰³ Es besteht hierdurch für die Vertragsparteien sofortige Klarheit hinsichtlich des Vertragsverhältnisses. Da sicher ist, dass das Vertragsverhältnis nicht erfüllt bzw. nicht fortbestehen wird, entfallen alle Nachteile aufgrund einer Ungewissheit über den Ausgang der Verwertungsentscheidung. Und es bestehen mangels eines Schwebestands keinerlei Nachteile durch einen Zeitablauf. Die mit der Vertragsaufhebung einhergehenden Ausfälle sind der AVP bereits mit Insolvenzeröffnung bekannt. Mit der Aufkündigung der Verträge werden auch verschiedene Risiken für die AVP verringert. Zu nennen sind das Kredit-, Zahlungs- und Fremdwährungsrisiko, Liquiditätsrisiken sowie Risiken aufgrund fallender oder steigender Marktpreise des Vertragsgegenstandes.⁶⁰⁴ Auch muss die AVP keine Aufwendungen tätigen, um sich leistungsbereit zu halten oder die Schwebezeit zu überbrücken.

Das Regelungssystem der vorzeitigen insolvenzbezogenen Aufhebung der Verträge erzeugt darüber hinaus den Vorteil, dass es das Verfahren beschleunigt, was für alle Beteiligten vorteilhaft ist. Dieser Effekt wäre umso größer, wenn das gesamte Insolvenzvertragsrecht die vorzeitige insolvenzbedingte Aufhebung der Verträge vorschriebe. Durch eine Beschleunigung des Verfahrens werden die Verfahrenskosten insgesamt reduziert.

Mit dem Verzicht auf ein Wahlrecht des Verwalters werden zudem die von einigen Autoren befürchteten Kursspekulationen von vornherein vermieden.⁶⁰⁵ Spekulative Geschäfte kollidieren nach Ansicht von *Obermüller* stets mit den Pflichten der Insolvenzverwaltung zur Sicherung und Erhaltung des vorhandenen Insolvenzvermögens und dem Ziel der mög-

602 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von *Wilmowsky*, § 104 Rn. 3, 15, 21.

603 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von *Wilmowsky*, § 104 Rn. 18.

604 Schimansky/Bunte/Lwowski-BankR-HdB/*Jahn/Reiner*, § 114 Rn. 177.

605 *Obermüller*, Insolvenzzrecht 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/*Ringstneier*, § 104 Rn. 1; *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2200); kritisch: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von *Wilmowsky*, § 104 Rn. 171, 174; *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht, Rn. 20.34, 20.35.

lichst hohen Befriedigung der Gläubiger.⁶⁰⁶ Auch der Gesetzgeber sieht hierin ein Problem und erklärt, es dürften keine Spekulationen des Verwalters (zumindest für die von § 104 InsO erfassten Verträge) zugelassen werden.⁶⁰⁷ Und *Bosch* bezeichnet die Saldierungsregelung als eine Risikobegrenzung für alle Beteiligten und lässt die Regelung damit insgesamt als ein erstrebenswertes Modell für noch nicht erfüllte Verträge erscheinen.⁶⁰⁸ Der angenommene Vorteil und der tatsächliche Nutzen durch die in § 104 InsO getroffene Regelung ist allerdings zweifelhaft. Die Insolvenzverwaltung trifft bei ihren Verwertungsentscheidungen über die Gegenstände des Insolvenzvermögens stets auch eine Prognose bezüglich der zukünftigen Preisentwicklung und kann mit ihren Mutmaßungen richtig oder falsch liegen.⁶⁰⁹ So unterliegen beispielsweise auch die zum Insolvenzvermögen gehörenden Grundstücke, Warenvorräte, Wertpapiere und sonstigen Gegenstände Marktpreisschwankungen und die Gläubigergesamtheit läuft immer Gefahr, eventuell einen günstigen Zeitpunkt zu verpassen. Hierin ist aber keine Form der „Spekulation“ zu erblicken, die der Gesetzgeber zu verbieten hätte. Bezüglich der Verwertung dieser Gegenstände wird die Insolvenzverwaltung die Vermögensdisposition fortführen, die der Insolvenzschuldner zuvor getätigt hatte, als er Vermögensgegenstände mit einem schwankenden Preis erwarb. Vor allem kann diese Arbeit der Insolvenzverwaltung nicht mit risikoreichen Geschäften verglichen werden, bei denen Gegenstände des Insolvenzvermögens verwertet und spekulativ angelegt werden.⁶¹⁰

War zwischen den Vertragsparteien eine Vielzahl von Verträgen geschlossen worden, so wird durch die Maßnahmen der vorzeitigen Aufhebung und des Ausgleichs erreicht, dass die AVP ein vertragsübergreifendes Befriedigungsvorrecht erlangt. Ohne diese rangverbessernden Maßnahmen würden sich die Verteilungsrechte der AVP nur auf die einzelnen Geschäfte beziehen. Sie hätte nur ein Befriedigungsvorrecht an der Gegenforde-

606 *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 8.217, 8.277 – Geschäfte, die der Absicherung von Risiken dienen sind jedoch das Gegenteil von Spekulationen und sollen hiervon ausgenommen werden: *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 8.218, 8.277.

607 Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302, Erläuterungen zu § 118 Abs. 1 RegE (= § 104 InsO).

608 *Bosch*, WM 1995, 365 (369).

609 Vgl.: *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2198); *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 45.

610 *Von Wilmowsky*, WM 2002 (2267, 2268); *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 45.

zung der IVP aus demselben Vertrag und nicht an den Gegenforderungen der IVP aus sämtlichen zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträgen.⁶¹¹ Doch dadurch, dass die Verträge beendet werden, alle Forderungen in Geldforderungen umgerechnet und sofort fällig gestellt werden, stehen sie sich gleichartig zur Aufrechnung gegenüber.⁶¹² Die AVP erhält das Recht, ihre Differenzforderungen aus sämtlichen für sie günstigen Verträgen gegen jene Differenzwerte aus den für die IVP vorteilhaften Verträgen aufzurechnen.⁶¹³ Durch diese vertragsübergreifende Aufrechnungslage wird die Befriedigungsmöglichkeit der AVP verbessert, da die Werte aus den für die IVP positiven Abschlüssen nun in erster Linie ihrer Befriedigung dienen.⁶¹⁴ Doch offenbart dies bereits die sprichwörtlich zweite Seite der Medaille. Denn aus Sicht der Insolvenzgläubiger bedeutet dies eine Verschlechterung ihrer Befriedigung, da die Differenzwerte aus den jeweiligen für die IVP vorteilhaften Abschlüssen nun nicht mehr für deren gleichmäßige Befriedigung zur Verfügung stehen.

II. Nachteile des Regelungssystems der Vertragsauflösung

Bereits ein Blick in die Motive der KO genügt, um zu erkennen, dass diese Sonderbehandlung für Fixgeschäfte schon damals umstritten war. Es wurden verschiedene Einwendungen erhoben und vorgebracht, dass die Bestimmung willkürlich sei und im Widerspruch zum Handelsgesetzbuch stehe. Vor allem aber wiesen Kritiker darauf hin, dass der Konkursmasse Vorteile abgeschnitten werden, die nur bei einer Erfüllung der Geschäfte zur Verfügung ständen und für eine erfolgreiche Fortführung des Unternehmens erforderlich sind.⁶¹⁵ Doch der KO-Gesetzgeber entgegnet, dass es nur den Anschein habe, dass ein Vorteil verloren ginge, denn die Ware könne auf dem Markt von dem Verwalter jederzeit neu beschafft oder abgesetzt werden. Im Gegenteil soll nach seiner Ansicht die Vertragsauflö-

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

612 Von Wilmowsky, WM 2002 (2268, 2269).

613 Diese Maßnahmen werden international weit verbreitet und werden auch als Close-out Netting bezeichnet. Siehe auch: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 36; Bretthauer/Garbers/Streit, NZI 2017, 953 (953); Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 20.34.

614 Von Wilmowsky, WM 2002 (2268, 2269).

615 Vgl. hierzu: Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 71 m.w.N.

sung sogar für beide Parteien vorteilhaft sein.⁶¹⁶ Welcher Vorteil damit angesprochen werden sollte, ist jedoch aus den Aussagen nicht ersichtlich und muss insofern nur im Rahmen der obigen Überlegungen vermutet werden. Offensichtlich und Nachweisen zugänglich sind allerdings die Nachteile für das Insolvenzvermögen und damit für die Gläubigergesamtheit. Auch zur Zeit der Kodifizierung der InsO erkannte der Gesetzgeber, dass es sein kann, dass eine Vertragsaufhebung stattfindet, obwohl die Ware zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners benötigt wird und erklärt erneut, dass in derartigen Fällen der Verwalter die Möglichkeit hat, sich ohne Schwierigkeiten anderweitig einzudecken.⁶¹⁷ Gerade diese These ist aber höchst kritisch zu hinterfragen.

Zunächst ist festzustellen, dass Nachteile auch dort zugefügt werden, wo die abgebrochenen Verträge durch Neuabschlüsse ersetzt werden können.⁶¹⁸ Die Annahme, dass ein Ersatzgeschäft abgeschlossen werden kann, ohne dass sich hierdurch der Wert des Insolvenzvermögens verändere, ist gerade nicht korrekt. Die Reihe der Nachteile, die sowohl die AVP als auch die Insolvenzgläubiger treffen, ist im Gegenteil sehr lang. Und es muss bei der Behandlung dieser vom Gesetzgeber aufgestellten These zudem im Hinterkopf behalten werden, dass die Möglichkeit ein Deckungsgeschäft abzuschließen, für sämtliche Verträge besteht, die sich auf marktgängige Waren und Finanzleistungen beziehen. Sie alle können jederzeit aufgehoben und durch inhaltsgleiche Verträge mit anderen Vertragspartnern ersetzt werden.⁶¹⁹ Die Erkenntnisse, die bei der Prüfung von möglichen Vorteilen und Nachteilen eines Neuabschlusses aufkommen, sind demnach nicht auf Termingeschäfte zu begrenzen.

Werden durch eine gesetzliche Regelung sämtliche Verträge aufgehoben, so löst dies eine ganze Welle von Neuabschlüssen aus, mit denen beide Vertragsparteien (AVP und IVP) versuchen werden, die verlorenen Rechtspositionen zu ersetzen. Dieser Umstand kann bei einer hohen Nachfrage die Marktpreise nach oben treiben, sodass Neueindeckungen nur

616 „Die Gewißheit, daß das Geschäft nicht zur Ausführung kommt, und statt dessen Entschädigung gewährt wird, gereicht beiden Theilen zum Vortheil.“
Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 71.

617 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 118 RegE (= § 104 InsO), siehe auch: Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302, Erläuterungen zu § 118 Abs. 2 RegE (= § 104 InsO).

618 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 240.

619 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 48, 160.

zu höheren Konditionen möglich sind.⁶²⁰ Es können den Parteien bei einem neuen Vertragsabschluss auch zuvor gewährte Sonderkonditionen, die in den ursprünglichen Verträgen enthalten waren, verloren gehen.⁶²¹ Gleichfalls sind bei einer Vielzahl von Neuabschlüssen auch Nachteile aufgrund fallender Marktpreise zu befürchten, denn ein eventuelles Überangebot der nun zur Verfügung stehenden Vertragsgegenstände schickt deren Marktpreise nach unten.⁶²²

Finanzielle Belastungen beim Abschluss eines Ersatzvertrags entstehen des Weiteren durch hiermit verbundenen Arbeitsaufwand und sonstigen Kostenpunkten. Es muss geprüft werden, ob ein Ersatzgeschäft überhaupt getätigt werden soll. Hierzu muss dessen wirtschaftliche Bedeutung ermittelt werden. Für diese Bewertung bedarf es Personal, das bezahlt werden muss.⁶²³ Hinsichtlich des Unternehmens der IVP erschwert sich eine solche Bewertung der Verträge dadurch, dass die Mitarbeiter, die mit den Geschäften vertraut sind, ggf. das Unternehmen aufgrund der bevorstehenden oder eingetretenen Insolvenz bereits verlassen haben. Die Klärung, ob die Kompetenz der vorhandenen Mitarbeiter ausreicht oder ob neues Personal eingestellt werden muss, dass sich dann intensiv in die Verträge einzuarbeiten hat, ist damit eine Folgeproblematik. Bei einem neuen Vertragsabschluss entstehen nicht selten auch Abschlusskosten, zum Beispiel aufgrund von Provisionszahlungen.⁶²⁴

Kommt es zu einem zeitlichen Auseinanderfallen von Aufhebung und Neuabschluss, so besteht die Gefahr von Verlusten aufgrund Preisschwankungen. In der Zeit, die bis zum Abschluss des neuen Vertrags verstreicht,

620 *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 262; Kübler/Prütting/Bork-InsO/von *Wilmowsky*, § 104 Rn. 53; *Baird*, The Elements of Bankruptcy, S. 137.

621 Vgl. *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 129.

622 *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 261; Kübler/Prütting/Bork-InsO/von *Wilmowsky*, § 104 Rn. 53.

623 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von *Wilmowsky*, § 104 Rn. 162-164; hierzu nennt *von Wilmowsky* folgendes Beispiel: Als die Insolvenzanträge gegen diese Gesellschaften der Lehman-Brothers-Gruppe gestellt wurden (im September 2008), wurden die meisten dieser Verträge (ca. 80 %) abgebrochen - wohl durch Vertragsklauseln, die die automatische Aufhebung bei Insolvenz vorsahen. Die aufgehobenen Geschäfte zu bewerten und wenigstens zum Teil darauf zu überprüfen, ob sie durch neue Verträge ersetzt werden sollten, war eine gewaltige Herausforderung, die viele Monate benötigte und hohe Kosten verursachte; mit ähnlicher Begründung argumentiert auch: *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 262.

624 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von *Wilmowsky*, § 104 Rn. 163, 164.

kann sich der Marktpreis verändert haben und Einbußen sowohl bei der Veräußerung als auch bei einem Erwerb bewirken. Zu bedenken ist auch, dass Sicherungslücken in der Zeit bis zum Neuabschluss auftreten können.⁶²⁵ Wenn sich das Risiko realisiert, vor dem sich die Vertragspartei durch den ursprünglichen Vertrag zu schützen versuchte, sind weitere erhebliche finanzielle Nachteile zu verzeichnen.

Während alle zuvor genannten Nachteile beide Vertragsparteien gleichermaßen belasten können, besteht für die IVP darüber hinaus auch noch die Gefahr einer Preiserhöhung aufgrund ihrer Bonitätsverschlechterung. Auch wenn Verbindlichkeiten, die von der Insolvenzverwaltung begründet werden, nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 2 InsO Masseverbindlichkeiten darstellen, wird dies nicht immer verhindern, dass potenzielle Geschäftspartner sich bei einem Vertragsabschluss mit der IVP einem höheren Risiko ausgesetzt sehen und einen Risikozuschlag verlangen werden.⁶²⁶

Wie sich in all diesen Beispielen zeigte, verursacht die Reproduktion des aufgehobenen Vertrags Kosten. Doch hiermit ist nicht das Ende der Aufzählung der möglichen Nachteile erreicht.

Weitere Nachteile bestehen insbesondere für die IVP auch dadurch, dass der Insolvenzverwaltung die Möglichkeit der Vertragserfüllung entzogen wird. Der Verlust des Erfüllungsanspruchs der IVP führt immer dann zu einer Schädigung des Vermögens der IVP, wenn der Vertrag für sie vorteilhaft war, also wenn die ihr gebührende Leistung wertmäßig höher war, als der von ihr zu erbringende Aufwand.⁶²⁷ In Fällen, in denen die IVP noch Leistungen von der AVP beanspruchen kann oder ihr ein schuldrechtliches Nutzungsrecht eingeräumt wurde, kann es für die IVP wirtschaftlich sinnvoll sein, die geschuldete Leistung trotz der eigenen Insolvenz vollständig zu erbringen. Denn nur so kann sie den eigenen Anspruch durchzusetzen oder das Nutzungsrecht erhalten.⁶²⁸ Gerade wenn es sich um individualisierte Verträge handelt, höchstpersönliche Leistungspflichten oder der Vertragsgegenstand eine Stückschuld darstellt, ist nach einer gesetzlich vorgegebenen Aufhebung ein neuer Vertragsabschluss mit der AVP nicht sicher und eine Reproduzierbarkeit mit anderen Vertrags-

625 *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 262; *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 166.

626 *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 167; *Baird*, *The Elements of Bankruptcy*, S. 137, 138.

627 *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 157.

628 *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 244.

partnern nicht gegeben. Und sollte die AVP zu einem Neuabschluss bereit sein, so verstärkt sich das Risiko einer Preiserhöhung nicht nur aufgrund der Bonitätsverschlechterung der IVP, sondern auch aufgrund der Monopolstellung bzw. einer ähnlichen marktbeherrschenden Stellung, welche die AVP innehat. Besitzt die Leistung der AVP für die IVP einen hohen Wert, so kann die AVP beim Neuabschluss ihre starke Verhandlungsposition ausnutzen und den Maximalpreis aushandeln, den die IVP gerade noch zu zahlen im Stande ist. Ohne eine vorzeitige insolvenzbedingte Vertragsaufhebung wäre hingegen der Vertrag mit der AVP zu den ursprünglichen Konditionen geltend gemacht oder unverändert fortgeführt worden.

Da eine Geltendmachungsentscheidung von der Insolvenzverwaltung unter Umständen auch dann getroffen wird, wenn der noch nicht erfüllte Vertrag für die AVP wirtschaftlich vorteilhaft ist (etwa weil die IVP als Verkäuferin ein besonderes Interesse an einer zügigen Übergabe der Ware hat), können die erwähnten Nachteile beim Entzug der Möglichkeit einer Vertragserfüllung auch für die AVP auftreten. Durch die automatische Vertragsaufhebung werden auch jene für die AVP vorteilhaften Rechtsgeschäfte beendet, sodass ihr Belastungen entstehen, wenn die IVP den Vertragsgegenstand bereits an einen anderen Marktteilnehmer veräußert hat, bevor die AVP einen Neuabschluss mit der IVP tätigen konnte oder wenn die IVP nach einer erneuten Prüfung nicht mehr bereit ist, zu den ursprünglichen Bedingungen zu leisten.

Wurde eine Mehrzahl von Verträgen zwischen den Vertragsparteien abgeschlossen, so gilt jedoch generell, dass die Befriedigung der AVP durch die vorgeschriebene Vertragsbeendigung verbessert wird, da ihr eine vertragsübergreifende Aufrechnungsmöglichkeit gewährt wird. Im gleichen Maße wird folglich die Befriedigungsmöglichkeit der restlichen Gläubiger verschlechtert. Die Differenzwerte aus den für die AVP günstigen Verträgen werden durch die Verrechnung mit den Differenzwerten aus den für die IVP günstigen Verträgen vollständig und nicht nur mit der Insolvenzquote befriedigt. Dadurch wird verhindert, dass die Werte, aus den für die IVP vorteilhaften Verträgen, gleichmäßig an alle Insolvenzgläubiger verteilt werden können.⁶²⁹ Grundsätzlich ist an dem Interesse der Parteien, Befriedigungsvorrechte an den Ansprüchen der Gegenseite aus allen Einzelverträgen zu erhalten, nichts auszusetzen. Aus insolvenzrechtlicher Sicht muss dies nicht beanstandet werden.⁶³⁰ Es ist jedoch fraglich,

629 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 40.

630 Vgl. hinsichtlich Terminverträge: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 240.

ob das Gesetz diese Rechtslage vorschreiben sollte. Für das Ziel der Parteien, ein Befriedigungsvorrecht zu begründen, stehen andere Lösungen zur Verfügung, die keinen Verlust für das Insolvenzvermögen mit sich bringen. Es ist hierfür nicht nötig, die Verträge zu zerstören. Ein Befriedigungsvorrecht kann auch durch die Bestellung von gegenseitigen, die Einzelverträge übergreifenden Pfandrechte erzeugt werden.⁶³¹ Es spricht nichts dagegen, dieses Anliegen der Privatautonomie zu überlassen.

Abschließend sollen auch gesamtwirtschaftliche Aspekte in den Mittelpunkt der Betrachtungen rücken. Fällt ein systemrelevantes Unternehmen in die Insolvenz, so werden „Dominoeffekte“ anderer Beteiligter befürchtet. Mit dem Ziel, derartige Effekte auszugleichen, empfiehlt beispielsweise der Basler Ausschuss für Bankaufsicht den Gesetzgebern, die insolvenzbezogene Aufhebung von Terminverträgen rechtlich zu fördern.⁶³² Doch ganz offenbar kann die vorzeitige Aufhebung von Terminverträgen die (Finanz)märkte schädigen,⁶³³ wie sich eindrucksvoll am Beispiel der Insolvenz des Hedgefonds Long Term Capital Management (LTCM) zeigte, bei der eine kostspielige Rettung des Fonds durch die Federal Reserve wesentlich wegen der Sorge vor Verwerfungen an den Finanzmärkten erfolgte. Vor allem den negativen Folgen durch Notverkäufe und der Neugewichtung des Derivateportfolios der Vertragsparteien sah man besorgt entgegen.⁶³⁴ Diese Erkenntnisse können auch auf andere für den Markt relevante Unternehmen übertragen werden. Je vernetzter ein Unternehmen ist und je bedeutsamer seine Stellung im Markt ist, desto größer ist die Gefahr von Folgeinsolvenzen. Die Aufhebung aller Verträge stellt dabei kein geeignetes Mittel dar, um diesem Problem entgegenzutreten. Im Gegenteil wird es dies sogar häufig noch verschärfen, wenn hierdurch die Fortführungschancen des in die Krise geratenen Unternehmens gemindert werden.

631 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 187 ff., 240; es wird hierzu vorgeschlagen: Dieses Pfandrecht kann an den Erfüllungsansprüchen bestellt werden, die der einen Partei aus allen gegenwärtigen und zukünftigen Terminverträgen gegen die andere Partei zustehen bzw. zustehen werden. Gesichert würden die Ansprüche der anderen Partei aus sämtlichen Einzelverträgen. Erfolgt die Bestellung wechselseitig, so sind beide Vertragsseiten mit Pfandrechten gesichert.

632 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 49 m.w.N.

633 Vgl. Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 54.

634 Siehe hierzu: *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 261, 262 m.w.N.

Vom Gesetzgeber war beabsichtigt, dass das Insolvenzrecht neutral bleibt bezüglich der Gesamtverwertungsoptionen des Unternehmens hinsichtlich einer Fortführung oder Stilllegung. Dies wird aber erschwert, wenn sämtliche gegenseitigen Verträge aufgelöst werden, da hierdurch eine Tendenz zur Stilllegung erzeugt wird. Damit spricht selbst die beabsichtigte Ausrichtung des Insolvenzrechts gegen eine allgemeine Vertragsbeendigung.

III. Stellungnahme zur vorzeitigen Vertragsbeendigung

Würde dem Konzept gefolgt werden und das Verwertungsrecht des Verwalters bezüglich aller zweiseitigen Verträge ausgeschlossen werden, so wird hierfür ein hoher Preis gezahlt. Ein solches Regelungssystem führt zu weit mehr Nachteilen als Vorteilen. Ganz besonders der Gläubigersamtheit fügen es erhebliche Schäden zu.

In der Tat sind nahezu alle Verträge reproduzierbar. Die Vertragsparteien haben dadurch die Möglichkeit, das Geschäft, das aufgehoben wurde, zu ersetzen und die Vorteile wiederzuerlangen, die der vereinbarte Vertrag verkörperte und die durch die Aufhebung verloren gingen.⁶³⁵ Auf dieses komplizierte und kostspielige Unterfangen kann jedoch verzichtet werden, wenn der Insolvenzverwaltung ein Verwertungsrecht eingeräumt wird und die Ansprüche aus vorteilhaften Verträgen geltend gemacht werden können.

Durch den Erhalt des vorinsolvenzrechtlichen Zustands, also durch die Schaffung eines Schwebezustands, wird ebenso wie durch das Fortführungsgebot verhindert, dass durch das Insolvenzrecht eine Tendenz zur Stilllegung gelegt wird und den Gläubigern die Vorzüge einer Betriebsfortführung entzogen werden.

Gravierende Belastungen der ungesicherten Gläubiger und Folgeprobleme nach einer vorzeitigen Vertragsbeendigung waren auch Teil eines vom BGH zu klärenden Konflikts, indem über die Wirksamkeit von insolvenzbezogenen Lösungsklauseln entschieden wurde.⁶³⁶ Es ist verständlich, dass der BGH eine vorzeitige Aufhebung der für die IVP vorteilhaften Verträge für inakzeptabel hielt, wenn es der solventen Partei offensichtlich nur darum ging, die Konditionen des Vertrags bei einem Neuabschluss

635 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 159.

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

zu verbessern.⁶³⁷ In der Tat stellt es ein erhebliches rechtliches Problem dar, wenn sich ein Vertragspartner des Insolvenzschuldners durch das Ausüben von Lösungsklauseln beabsichtigt, sich einen einseitigen Vorteil zu verschaffen und die restlichen Gläubiger hierdurch massiv belastet werden. Der Grundhaltung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist damit zuzustimmen, wenngleich der vom BGH gewählte Lösungsweg dennoch infrage gestellt werden kann. Da die auf Lösungsklauseln basierende Vertragsauflösung die gleichen Gefahren für die ungesicherten Gläubiger birgt, wie eine gesetzlich angeordnete Vertragsbeendigung, würde das hier erörterte Regelungssystem für sämtliche gegenseitigen Verträge auch mit den Wertungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Konflikt stehen.

Neben der Tatsache, dass das System einer allgemeinen Vertragsbeendigung angesichts der Vielzahl an Nachteilen nicht zu empfehlen ist, muss auch die Frage, ob dies eine taugliche Strategie zur Vermeidung der verfahrensbedingten Nachteile der AVP darstellt, vereint werden. Die teilweise zweifelhaften Vorzüge aus der automatischen Aufkündigung der Verträge werden durch die erheblichen Nachteile überschattet. Zwar würde die AVP vor Nachteilen durch das Warten auf eine Verwertungsentscheidung verschont bleiben, aber es werden ihr zugleich neue Belastungen durch die Beendigung sämtlicher bilaterale Verträge aufgebürdet.

Und da die Nachteile für die ungesicherten Gläubiger häufig noch intensiver ausfallen, stellt die automatische Vertragsbeendigung insgesamt keine sinnvolle Methode zur Verwertung und gemeinschaftlichen Verteilung des Insolvenzvermögens dar. Aus dem gleichen Grund ist auch in Hinblick auf Fixgeschäfte und Finanzleistungen in Erwägung zu ziehen, auf die Sonderregelung des § 104 InsO gänzlich zu verzichten und diese abzuschaffen.⁶³⁸ Die durch dieses Regelungsmodell entstehenden Nachteile der AVP und der restlichen Gläubiger können durch nichts gerechtfertigt werden.

637 *Obermüller*, ZInsO 2013, 476 (480); dem Fall, welcher der Entscheidung zugrunde lag, war die IVP auf die Lieferung von Energie angewiesen. Nach Vertragsauflösung wurde ihr ein neuer Vertrag seitens der AVP jedoch nur mit einem deutlich höheren Entgelt angeboten.

638 So auch: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von *Wilmowsky*, § 104 Rn. 240.

B. Erfüllungspflicht

Auch die umfassende Erfüllung aller noch nicht erfüllten Verträge steht zur Diskussion für ein mögliches Regelungsmodell und ließe sich gleichfalls leicht in das bestehende Insolvenzgesetz integrieren.

I. Modell einer Erfüllungspflicht

Eine Regelung, wonach alle unerfüllten Verträge generell erfüllt werden sollen, ist keine gänzlich neuartige Idee. Die Verfasser der Konkursordnung äußerten sich bezüglich Terminverträge ebenfalls zu dieser Alternative. Eine gesetzlich vorgegebene Vertragserfüllung wurde jedoch abgelehnt mit der Begründung, „die regelmäßige Erfüllung verbietet sich von selbst, bei dem häufig unzureichenden Stande der Konkursmasse und der oft beträchtlichen Anzahlung und Höhe der schwebenden Zeitgeschäfte.“⁶³⁹ In der Tat scheint diese Regelung mit Blick auf die angeschlagene finanzielle Lage der IVP problematisch, da Insolvenzmasse regelmäßig nicht ausreicht, um alle Verbindlichkeiten des Schuldners zu erfüllen und ggf. auch nicht genügt, um die Verbindlichkeiten aus den noch nicht erfüllten Verträgen vollständig zu begleichen. Gleichwohl ist dem Insolvenzrecht eine solche Regelung nicht gänzlich fremd. So existiert mit § 108 InsO bereits die gesetzliche Vorgabe, dass die hier genannten Dauerschuldverhältnisse mit Wirkung für die Masse fortbestehen. Für eine generelle Erfüllung der gegenseitigen Verträge schlägt *Schöneberger* das Modell einer „angepassten Erfüllungspflicht“ vor. Die Empfehlung richtet sich auf Insolvenzverfahren über Finanzinstitute, doch könne dieser Vorschlag auch der Neuregelung des allgemeinen Insolvenzvertragsrechts dienen.⁶⁴⁰ Die noch nicht erfüllten Geschäfte sollen aufgrund einer gesetzlichen Regel zwingend erfüllt werden. Es entfällt dadurch das Recht der Insolvenzverwaltung, eine Verwertungsentscheidung zu treffen, wie es das allgemeine Insolvenzrecht derzeit vorsieht.⁶⁴¹ Um die Insolvenzgläubiger vor den negativen Auswirkungen der Geltendmachung eines für die IVP nachteiligen Geschäfts zu schützen, soll zugleich eine Ausgleichspflicht der AVP eingeführt werden. Die Höhe der Forderung der restlichen Gläubiger gegen die AVP soll sich nach dem Wert bemessen, um den die Forderungen der AVP gekürzt

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

640 *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 264.

641 *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 265.

worden wäre, wenn die Insolvenzverwaltung eine Nichtgeltendmachungsentscheidung ausgesprochen hätte. Bezüglich Finanzgeschäfte müsste die Berechnung der Ausgleichspflicht unter der Annahme erfolgen, dass die AVP eine „reguläre Forderung“ gegen die IVP besitzt. Ziel ist es, dass hierdurch Derivate unberührt bleiben und weiter handelbar sind.⁶⁴² Insgesamt soll durch dieses Vorgehen somit der Wert zurückgeführt werden, um den die AVP durch eine automatische Erfüllung im Vergleich zur aktuellen Rechtslage zu sehr im Vorteil ist bzw. die IVP durch den Entzug der Möglichkeit, eine Nichtgeltendmachungsentscheidung zu treffen, finanziell benachteiligt ist. Um den Vertragspartner vor Risiken zu schützen, soll eine Aufrechnung gestattet sein.⁶⁴³

Durch diese Umkehrung der Idee der Differenzforderung aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO wird eine Ausgleichspflicht der AVP zugunsten der ungesicherten Gläubiger geschaffen. Dies stellte ein Gegenstück dar, wie das Negativ eines Fotobildes. Folgende Beispiele sollen diese Aussage verdeutlichen:

Angenommen der Wert des Vertragsanspruchs der AVP beträgt 1500 Euro und der Wert des Vertragsanspruchs der IVP 1000 Euro und würde nach dem allgemeinen Insolvenzrecht eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen werden so sähe die Befriedigung der AVP wie folgt aus: Durch Verrechnung würde die AVP in Höhe von 1000 Euro vollständig befriedigt werden und bezüglich der verbleibenden Differenzforderung in Höhe von 500 Euro eine quotale Befriedigung erhalten. Bei einer angenommenen Quote von 10 % stehen der AVP dann nochmals 50 Euro zu. Insgesamt erhält die AVP damit einen Betrag von 1050 Euro nach aktueller Rechtslage.

Bei der angepassten Erfüllung wird die Leistung der IVP an die AVP wie vertraglich vereinbart erbracht. Liegt ein noch nicht erfüllter Kaufvertrag vor, so hat die IVP entweder die Kaufsache zu übereignen oder den Kaufpreis an die AVP zu entrichten. Die AVP erhält eine Leistung mit einem Wert von 1500 Euro. Zugleich besteht aber eine Ausgleichspflicht der AVP. Es soll der Betrag ermittelt werden, um den der Anspruch der AVP bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung gekürzt worden wäre. Eine Kürzung hätte nach der aktuellen Rechtslage in Höhe von 450 Euro stattgefunden. Demnach müssen nun von der AVP durch die Ausführung einer Zahlung 450 Euro an die restlichen Gläubiger zurückgeführt wer-

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

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

den. Im Ergebnis erhält die AVP in dieser Variante ebenfalls eine Befriedigung in Höhe von 1050 Euro.

Doch ob dieser neue Lösungsweg, der rechnerisch zum gleichen Ergebnis führt, auch tatsächlich erfolgversprechend für eine Fortführung des Insolvenzrechts sein kann, soll genauer geprüft werden.

II. Vorteile und Nachteile einer Pflicht zur Vertragserfüllung

Der Vorteil eines jeden Regelungssystems, welches die Verwertungsentscheidung vorgibt, ist die Vermeidung von Belastungen während eines ansonsten bestehenden Schwebzustandes. Durch die erzwungene Erfüllung soll für beide Parteien Klarheit darüber bestehen, dass sie die von ihnen geschuldete Leistung zu erbringen haben und die Leistung des Geschäftspartners erhalten werden. Ist die AVP leistungs verpflichtet, kann sie ihre Leistung unverzüglich an die IVP erbringen und muss keinen Aufwand betreiben, um sich leistungsbereit zu halten. Sie erhält von der IVP den um die Ausgleichspflicht gekürzten Kaufpreis. Ist hingegen die AVP leistungsberechtigt, so muss sie sich nicht anderweitig für die Dauer des Schwebzustandes eindecken, sondern erhält ohne weiteres Zuwarten die von der IVP versprochene Leistung und muss im Gegenzug die vertraglich vereinbarte Zahlung sowie ggf. die Ausgleichszahlung an die IVP erbringen. Der AVP werden somit keine Belastungen durch das Insolvenzverfahren aufgebürdet.

Doch dieses Modell ist von einigen theoretischen Überlegungen geprägt und bildet die Lebenswirklichkeit nicht komplett ab. Es wird zunächst vorausgesetzt, dass die IVP leistungsfähig ist. Ob das insolvente Unternehmen aber tatsächlich die versprochene Leistung erbringen kann, ist höchst fraglich. Ist die IVP zur Übereignung eines Vertragsgegenstandes oder Erbringung einer Dienstleistung verpflichtet oder wurden weitere Verpflichtungen wie Wartungsarbeiten oder Schulungen vereinbart, ist eine forcierte Erfüllung unter Umständen nicht realisierbar. Und auch wenn die IVP eine Zahlungspflicht übernommen hat, ist nicht klar, ob die Liquidität der IVP ausreicht, um alle Verbindlichkeiten aus den noch nicht erfüllten Verträgen zu erfüllen. Bislang besaßen die Massegläubiger einen Schadensersatzanspruch gegen den Insolvenzverwalter, wenn dieser Masseschulden begründet hatte, zu deren Erfüllung die Masse nicht ausreicht, § 61 InsO. Bezüglich einer oktroyierten Masseverbindlichkeit greift jedoch keine Haftung des Verwalters.

Schöneberger hatte bei der Vorstellung des alternativen Regelungsmodells vor allem Derivate im Blick. Aber nicht alle Vorteile, die bei einem Finanzgeschäft entstehen, treten auch bei sonstigen Verträgen zutage. In der Arbeit von *Schöneberger* findet sich die Aussage, dass sich durch die Aufrechnungslage die Risiken des solventen Vertragspartners nicht erhöhen würden.⁶⁴⁴ Dies ist aber nur zum Teil richtig. Sofern Zahlungsansprüche gegen die IVP bestehen, wie es zum Beispiel bei einer Käuferinsolvenz der Fall ist und die AVP nach Erhalt der Kaufsache zur Zahlung eines Ausgleichsbetrags verpflichtet ist, können beide auf Geld gerichteten Ansprüche gegeneinander verrechnet werden. Es liegt Gleichartigkeit bezüglich der Kaufpreiszahlung und der Ausgleichszahlung vor und durch die Möglichkeit der Aufrechnung erhöht sich in diesem Fall das Risiko der AVP nicht. Die AVP erhält von der IVP nicht den vollen, sondern nur den um die Ausgleichspflicht gekürzten Kaufpreis. Nicht beachtet wurde allerdings, dass sich in einer umgekehrten Konstellation die Risiken für die IVP durchaus erhöhen. Liegt der Fall einer Verkäuferinsolvenz vor, so besitzt die AVP gegen die IVP einen Anspruch auf Übereignung und Überlassung der Kaufsache. Die AVP ist zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet und für den Fall, dass die Insolvenzverwaltung eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen hätte, auch zur Begleichung einer Ausgleichsforderung verpflichtet.⁶⁴⁵ Eine Aufrechnungsmöglichkeit des Übereignungsanspruchs mit dem Ausgleichsanspruch ist hier mangels Gleichartigkeit nicht gegeben. Die IVP trägt das volle Kreditrisiko der AVP, denn auch die Zahlung der AVP kann ausfallen. Ob sich ein Unternehmen, das sich bereits in der Insolvenz befindet, noch weiteren finanziellen Risiken aussetzen sollte, ist kritisch zu hinterfragen. Zwar liegt es im Aufgabenbereich der Insolvenzverwaltung, die Forderungen der IVP einzutreiben, sodass dieses Risiko auf den ersten Blick als gering eingestuft werden könnte, doch bedeutet die Insolvenz der IVP immer auch eine finanzielle Belastung ihrer Vertragspartner, sodass Folgeinsolvenzen dieser nicht auszuschließen sind. Tritt dies ein, hätte die IVP ggf. nur einen Anspruch auf quotale Befriedigung ihres Ausgleichsanspruchs und den Gläubigern der IVP stände am Ende eine noch geringere Insolvenzmasse zur Verfügung

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

645 Folgendes Rechenbeispiel kann dem Beispiel zugrunde gelegt werden: Angenommen der Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache hat einen Wert von 1500 Euro (VA AVP), der Anspruch auf Kaufpreiszahlung besitzt einen Wert von 1000 Euro (VA IVP) und die Insolvenzquote beträgt 10%, so erhält die AVP zunächst eine Ware im Wert von 1500 Euro und hat eine Ausgleichszahlung in Höhe von 450 Euro an die IVP zu leisten.

als ohne das Modell der generellen Vertragserfüllung. Und auch wenn die AVP nicht zahlungsunfähig, sondern lediglich zahlungsunwillig ist, ist dies für die IVP mit weiteren Anstrengungen und Belastungen verbunden. Das Unternehmen der IVP, das sich bereits in einer finanziell angespannten Lage befindet, sollte durch einen Ausgleichsanspruch gegen die AVP nicht weiteren Risiken ausgesetzt werden.

In der Theorie erfolgt die gesamte Abwicklung des Vertrags und Errechnung der eventuell bestehenden Ausgleichszahlung ohne Zeitverzug. Die Forderung der AVP aus dem Vertrag und die Ausgleichsforderung der IVP stehen sich daher unter dieser Perzeption zeitgleich zur Aufrechnung gegenüber. Tatsächlich muss aber auch bei einem Modell mit angepasster Vertragserfüllung erst eine Bewertung aller Ansprüche aus dem noch nicht erfüllten Vertrag vorgenommen werden, um zu ermitteln, ob eine Ausgleichspflicht besteht. Es wird hierfür die gleiche Vorbereitungszeit benötigt wie bei einer Verwertungsentscheidung nach § 103 InsO nach aktueller Rechtslage. Hatte die IVP als Käuferin aufgrund der Erfüllungspflicht zunächst den vollen Kaufpreis Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe der Kaufsache gezahlt und ergibt sich später, dass eine Korrektur vorgenommen werden muss, so muss die IVP ihre Ausgleichszahlung von der AVP einfordern. Da die Vertragsansprüche durch Erfüllung bereits erloschen sind, kann die IVP von der Möglichkeit der Aufrechnung keinen Gebrauch mehr machen. Stattdessen trägt die IVP auch in einer Situation, in welcher theoretisch eine Aufrechnung möglich ist, ein Kreditrisiko. Sie läuft Gefahr, dass sie die Ausgleichszahlung durch die AVP nicht oder verspätet erhält.

Sollte die Insolvenzverwaltung zunächst alle Verträge erfüllen und anschließend eine Korrektur vornehmen müssen, bleibt die Frage, ob und wie Wertschwankungen bei der Höhe der Rückzahlungspflicht der AVP berücksichtigt werden. Nur in der Theorie, in der die gesamte Abwicklung augenblicklich erfolgt, brauchen Nachteile durch Zeitablauf nicht erfasst werden. In der Realität werden Nachteile, zum Beispiel durch Preisschwankungen, während des gesamten Abwicklungsprozesses jedoch eine wichtige Rolle einnehmen.

Ergänzend zur Kritik, die hinsichtlich des Rückzahlungsanspruchs der AVP geäußert wurde, sind auch weitere Bedenken hinsichtlich einer Erfüllungspflicht der IVP aufzuzeigen. Das Modell der generellen Vertragserfüllung wandelt das Fortführungsgebot zu einem Fortführungszwang um. Wenn ungeprüft alle noch offenen Verträge erfüllt werden müssen, bleibt das Unternehmen, bis alle unerfüllten Verträge abgewickelt sind, in der gleichen Weise am Markt tätig, wie zuvor unter der Leitung des Insolvenz-

schuldners, der das Unternehmen in die Insolvenz geführt hatte. Trotz der Ausgleichspflicht der AVP ist davon auszugehen, dass die Erfüllungspflicht eine Reorganisation des Unternehmens erschwert.⁶⁴⁶ Die Insolvenzverwaltung muss für eine Sanierung und Neuausrichtung des Unternehmens schnell und zugleich überlegt handeln und hierfür auch die IVP nachteilige Verträge ablehnen können. Neben der eingangs gestellten Frage, ob die IVP alle vereinbarten Leistungen an die AVP erbringen kann, ist zudem unklar, ob sie alle Leistungen der AVP annehmen kann. Bei Kaufverträgen besteht eine Pflicht zur Abnahme des Vertragsgegenstandes. Es handelt sich hierbei nicht lediglich um eine Obliegenheit. Sieht die Insolvenzverwaltung allerdings einen Vorteil darin, Teilbereiche des Unternehmens stillzulegen und beispielsweise eine Produktion zu verschlanken oder das angebotene Sortiment zu reduzieren, sind Konflikte vorprogrammiert, insbesondere, wenn die Kapazität zur Abnahme nicht gegeben ist. Auch ein Weiterverkauf kann hier nicht immer Abhilfe verschaffen, da auch dieser Zeit benötigt und mit Aufwand verbunden ist.

Durch eine angepasste Erfüllungspflicht wird das Verfahren auch nicht zwangsläufig beschleunigt. Zunächst muss die Insolvenzverwaltung Aufwand betreiben, um alle Geschäfte zu erfüllen (sofern dies überhaupt möglich ist) und anschließend noch mal Anstrengungen beim Ermitteln und Eintreiben der Ausgleichsforderungen aufbringen. Es lassen sich die Aussagen finden, dass statistisch gesehen die Insolvenzverwaltung überwiegend eine Nichtgeltendmachungsentscheidung aussprechen würde.⁶⁴⁷ Trifft dies zu, so bewirkt die generelle Vertragserfüllung, dass die Insolvenzverwaltung insgesamt einen erheblich höheren Aufwand zu betreiben hätte als nach aktueller Rechtslage. Es ist davon auszugehen, dass hierdurch auch die Verfahrenskosten ansteigen würden.

Das Modell der angepassten Vertragserfüllung hat somit einige Schattenseiten. Eine gesetzliche Bestimmung, wonach alle noch nicht erfüllten Verträge zunächst erfüllt werden müssen, verschont die AVP vor Belastun-

646 Die gegenteilige Aussage einer verbesserten Reorganisation wird von *Schöneberger* als Argument vorgebracht. Allerdings bezieht sich der Vergleich allein auf Finanzinstitute, welche derzeit Nachteile durch eine massenhafte Aufhebung der Geschäfte erleiden. *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 267.

647 So jedenfalls: *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 111; dies bereits zu einem früheren Zeitpunkt ebenfalls ansprechend: *Bruns*, der die Erfüllungswahl sogar naturgemäß als statistische Ausnahme bezeichnet: *Bruns*, ZZZP 1997, 305 (320) - kritisch ist anzumerken, dass keine Zahlengrundlagen genannt werden, welche diese Annahmen bestätigen.

gen aufgrund der Ungewissheit, die während einer Schwebezeit besteht (unterstellt die Vertragsdurchführung ist möglich), sie verursacht aber zugleich neue Belastungen und ist insbesondere für die Gläubiger der IVP nachteilig. Es ist hierin keine sinnvolle Alternative zum aktuell bestehenden Regelungsmodell zu erblicken.

C. *Stellungnahme*

Die Vergleiche mit den zwei alternativen Regelungsmodellen zeigten auf, dass an der bestehenden Grundregel des Insolvenzvertragsrechts festgehalten werden sollte, wonach für jeden Vertrag einzeln eine Verwertungsentscheidung getroffen wird. Nur durch dieses Vorgehen kann die bestmögliche Befriedigung für die Insolvenzgläubiger erreicht werden und der Wert der Masse insgesamt erhöht werden. Mit Einführung einer der angesprochenen Alternativen, also der Abschaffung des Wahlrechts, indem der Insolvenzverwaltung aufgrund einer gesetzlichen Vorgabe angehalten ist, alle Verträge zu erfüllen oder abzulehnen, bestände keine Möglichkeit im Insolvenzverfahren optimal zu reagieren. Dies würde erhebliche Nachteile für die ungesicherten Gläubiger hervorrufen.

Da das aktuelle Regelungssystem, welches separate Verwertungsentscheidungen für jeden einzelnen Vertrag vorsieht, jedoch auch zeitintensiv ist und Nachteile für die wartende Partei verursacht, soll es für die AVP einen Wertausgleichs- und Aufwandsausgleichsanspruch bereithalten. Mit anderen Worten: um die Vorteile von separaten Verwertungsentscheidungen genießen zu können sind auch die Kosten zu tragen, die hierdurch entstehen. Verglichen mit der aktuellen Rechtslage werden die Befriedigungsaussichten der ungesicherten Gläubiger durch die neue Masseverbindlichkeiten reduziert. Verfehlt wäre es jedoch, die Ergänzung der Insolvenzordnung um neue Ausgleichsinstitute als ungerecht zu empfinden oder allgemein Anstoß daran zu nehmen, dass die Masseverbindlichkeiten erhöht werden. Einem solchen Ansatz läge der Gedanke zu Grunde, dass die AVP nun durch die neuen Institute einen unverhofften oder gar ungerechtfertigten Vorteil erhielte. Dem ist jedoch nicht so. Es ist ein Fehler, die AVP vordergründig als Schuldnerin zu verstehen, und ihre Rolle als Gläubigern aus dem Blick zu verlieren. Es muss daran erinnert werden, dass auch die AVP eine Forderung gegen die IVP besitzt und das Insolvenzrecht als Gesamtvollstreckungsverfahren darauf abzielt, die Forderungen aller Gläubiger zu vollstrecken und diese zu befriedigen. Der AVP werden durch das Insolvenzverfahren und den Zeitablauf jedoch

Nachteile aufgebürdet, vor denen andere Gläubigergruppen verschont bleiben. Anders als teilweise angenommen ist die Lage der AVP gerade nicht vergleichbar mit denen der ungesicherten Gläubiger.⁶⁴⁸ Während die ungesicherten Gläubiger auf einen möglichst hohen Verwertungserlös und die Ausschüttung der Quote warten, steigen für die AVP vor allem die Belastungen durch die Dauer des Verfahrens. Um diese Belastungen der AVP auszugleichen, müssen ihr Ausgleichsansprüche mit Massestatus gewährt werden. Nur so wird eine Schwachstelle behoben, die das Insolvenzvertragsrecht derzeit aufweist.

648 Vgl. hierzu: JaegerKomm-InsO/Jacoby, Vor §§ 103 - 119 Rn. 31.