

Elisabeth Hoeg

Schutz der Vertragspartner aus § 103 InsO

Plädoyer für die Erweiterung des Insolvenzvertragsrechts
um neue Institute bei Wertverlusten und Aufwendungen



Nomos

Schriften zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln und
Prof. Dr. Florian Jacoby, Universität Bielefeld

Band 90

Elisabeth Hoeg

Schutz der Vertragspartner aus § 103 InsO

Plädoyer für die Erweiterung des Insolvenzvertragsrechts
um neue Institute bei Wertverlusten und Aufwendungen



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Frankfurt a. M., Univ., Diss., 2022

1. Auflage 2023

© Elisabeth Hoeg

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3 – 5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3 – 5 | 76530 Baden-Baden

ISBN 978-3-8487-7579-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-3713-5 (ePDF)

DOI <https://doi.org/doi.org/10.5771/9783748937135>

D 30



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Meinen Eltern und meinem Ehemann

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich mich bei den Personen bedanken, die mich während meiner Promotionszeit begleitet und mich in vielfältiger Art und Weise bei der Erstellung dieser Arbeit unterstützt haben.

An erster Stelle danke ich Herrn Professor Dr. Peter von Wilmowsky für sein persönliches Engagement bei der Betreuung dieser Arbeit und seine langjährige Förderung. Seine vielseitigen Anregungen und seine Aufgeschlossenheit und Weitsicht gaben mir den Mut, meine rechtspolitischen Ideen und Ziele weiter zu verfolgen. Ebenfalls herzlich bedanken möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. Dr. Alexander Morell für die Übernahme des Zweitgutachtens und seine konstruktiven Anmerkungen und Hinweise.

Der Grundsein dieser Arbeit wurde durch Gespräche mit meiner langjährigen Freundin Karolina Zawada über ihr Familienunternehmen gelegt. Ihr danke ich für die wertvollen Einblicke zu juristischen Schwierigkeiten und wirtschaftlichen Risiken, denen Vertragspartner eines beiderseitig nicht erfüllten Vertrags während eines Insolvenzverfahrens ausgesetzt sind. Weitere wichtige Anregungen fand ich teilweise in den Arbeiten von Professor Dr. Peter von Wilmowsky und Professor Dr. Wolfgang Marotzke.

Zum Gelingen dieser Arbeit trugen entscheiden auch die interessierten Gespräche und Diskussionsrunden mit Ulrike Hoge-Peters, Dorothee Westphal-Rohn, Steffen Rohn, Dr. Esko Horn und Professor Anthony J. Casey bei. Deren großes Interesse verdeutlichte mir zugleich die Bedeutung meines Forschungsanliegens. Zu Dank verpflichtet bin ich auch Dr. Frank Krenz und Wolfgang Suhrbier für ihre Unterstützung.

Abschließend möchte ich von Herzen meiner Familie danken: meinem Bruder Johannes Hoppe für seinen motivierenden Zuspruch, meiner während des Promotionsverfahrens viel zu früh verstorbenen Mutter Pia Diana Hoppe, die mir stets ihre bedingungslose Liebe schenkte, meinem Vater Olaf Uwe Hoppe, der mich auf meinem Lebensweg immer vorbehaltlos unterstützte, meiner während der Promotionszeit geborenen Tochter Johanna Emilia, die mir viele heitere Auszeiten bescherte und meinem geliebten Ehemann Christian Andreas Hoeg, der mir in allen Zeiten zur Seite stand und entscheidend dazu beitrug, dass ich diese Arbeit vollenden konnte.

Danksagung

Meine Arbeit wurde im Dezember 2021 vom Fachbereich der Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen.

Liederbach, November 2022

Elisabeth Hoeg

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	23
Problemdarstellung	27
Kapitel 1: Allgemeiner Teil	29
Kapitel 2: Wertausgleichsinstitut bei Veränderungen der Befriedigungsverhältnisse	102
Kapitel 3: Aufwandsausgleichsinstitut bei zusätzlichen Kosten in der Schwebezeit	252
Kapitel 4: Alternativen zum Wertausgleichs- und Aufwandsausgleichsinstitut	306
Kapitel 5: Ausblicke für das US-amerikanische Rechtssystem	325
Kapitel 6: Reformvorschlag für die InsO	334
Auszug aus der Konkursordnung	351
Literaturverzeichnis	357

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
Problemdarstellung	27
Kapitel 1: Allgemeiner Teil	29
A. Grundsätze zum Insolvenzvertragsrecht	29
I. Verwertung und Verteilung des Insolvenzvermögens	29
II. Begrifflichkeiten bezüglich beiderseitig noch nicht erfüllter Verträge	31
III. Reichweite des § 103 InsO und Sondervorschriften	32
B. Nachteile beim Warten auf die Verwertungsentscheidung	34
I. Nachteile durch Wertveränderungen	34
II. Nachteile durch zusätzliche Kosten	35
III. Höhe der Belastungen	35
C. Bisherige Lösungsvorschläge und ihre Grenzen	36
I. Verwertungserzwingungsrecht, § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO	36
1. „Unverzüglich“ i.S.d. § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO	36
2. Schwächen des Verwertungserzwingungsrechts	40
3. Grenzen des Verwertungserzwingungsrechts	43
a. Kaufverträge unter Eigentumsvorbehalt	44
b. Miet-, Pacht- und Leasingverträge	45
c. Beherrschungsverträge	46
4. Zusammenfassung zum Verwertungserzwingungsrecht	46
II. Interpretation der Forderungen wegen Nichterfüllung als Schadensersatz	47
III. Verwalterhaftung nach § 60 InsO	50
IV. Lösungsklauseln	54
V. Zwischenergebnis zu den bisherigen Lösungsansätzen	58
D. Veränderung der Rechtslage der AVP - Zunahme der Belastungen	59
I. Rechtslage zur Zeit der Entstehung der Konkursordnung	59
1. Ungewissheit durch Rechtszersplitterung	59

2. Auseinandersetzung der Verfasser der KO mit Nachteilen der AVP und Reaktionen	61
a. Verträge unter dem Anwendungsbereich der Grundnorm	62
aa. Radius der von den Verfassern erörterten Nachteile	62
bb. Unzureichende Nachteilsverhütung durch Verwertungserzwingungsrecht	64
b. Sonderregelung in der KO für Fixgeschäfte	66
aa. Erkannte Nachteile bei Fixgeschäften	66
bb. Nachteilsverhütung durch gesetzlich vorgegebene Vertragsaufhebung	68
cc. Ursprung der Sonderbehandlung von Termingeschäften	68
c. Regelung für Mietverhältnisse	70
aa. Erkannte Nachteile bei Mietverträgen	70
(1) Nachteile des anderen Teils, wenn die Überlassung bereits erfolgt war	70
(2) Nachteile des anderen Teils, wenn keine Überlassung erfolgt war	71
bb. Nachteilsverhütung durch Kündigungs- und Rücktrittsrechte	72
3. Rückschlüsse aus der Untersuchung zur KO-Gesetzgebung	73
II. Situation der AVP nach Inkrafttreten der InsO	74
1. Auseinandersetzung der Verfasser der InsO mit Nachteilen der AVP und Reaktionen	75
a. Verträge, die unter den Anwendungsbereich der § 103 InsO fallen	75
aa. Erkannte und unerkannte Nachteile	75
bb. Mittel zur Nachteilsverhütung	77
cc. Kritik an der gesetzlichen Ausgestaltung des § 107 Abs. 2 Satz 2 InsO	79
b. Fortführung des Sonderwegs für Fixgeschäfte und Finanzleistungen	81
aa. Erkannte Nachteile bei Fixgeschäften und Finanzleistungen	81
bb. Nachteilsverhütung durch Vertragsbeendigung kraft Gesetzes	83

cc. Kritik an der Ausnahmeregelung für Termingeschäfte	84
c. Regelungen für Dauerschuldverhältnisse	87
aa. Nachteile bei Dauerschuldverhältnissen	87
bb. Nachteilsverhütung durch Fortbestehen einzelner Verträge und Massestatus	88
cc. Nachteilsverstärkung durch Kündigungssperre	88
2. Geschwächte Stellung der AVP durch verändertes Rechtsverständnis zu Lösungsklauseln	90
III. Stellungnahme und Meinungsaustausch zur Situation der AVP	92
E. Die neuen insolvenzrechtlichen Institute und ihre Parteien	97
I. Wertausgleichsinstitut	97
II. Aufwandsausgleichsinstitut	98
F. Kategorisierung der gegenseitigen Verträge	99
Kapitel 2: Wertausgleichsinstitut bei Veränderungen der Befriedigungsverhältnisse	102
A. Einführung zum Wertausgleichsinstitut	102
I. Regelungsbedarf bei Wertveränderungen	102
1. Absonderungsberechtigte Gläubiger	103
2. Befriedigungsvorrecht der AVP	104
II. Perspektiven für eine Fortentwicklung - Kompensation von Befriedigungseinbußen	106
B. Insolvenz des Leistungsberechtigten - Wertverluste des Anspruchs der IVP	106
I. Verträge mit einmaligen Leistungsaustausch - am Beispiel der Käuferinsolvenz	107
1. Kriterien der Verwertungsentscheidung	107
2. Befriedigung der Zahlungsansprüche des Verkäufers	109
3. Befriedigungseinbußen der AVP als Verkäuferin bei Nichtgeltendmachungsentscheidung	111
a. Wertverlust des Anspruchs der IVP durch Veränderung des Marktpreises	113
b. Wertverlust des Anspruchs der IVP durch Wertverlust des konkretisierten Vertragsgegenstandes	115

c. Vertragsgegenstand stellt kein Sicherungsgegenstand für den Anspruch der AVP dar	115
4. Bewertung der Differenzforderung und Ergänzung durch Wertausgleichsanspruch	117
a. Verwertungsentscheidung als Bewertungszeitpunkt	117
b. Insolvenzeröffnung als Bewertungszeitpunkt und Ergänzung durch Wertausgleichsanspruch	120
c. Auswirkung des Fälligkeitszeitpunkts (Fälligkeit vor und nach Verfahrenseröffnung)	121
aa. Fälligkeit vor Verfahrenseröffnung	122
bb. Fälligkeit nach Verfahrenseröffnung aber vor Verwertungsentscheidung	123
cc. Fälligkeit nach Verfahrenseröffnung und nach Verwertungsentscheidung	126
d. Vorschau auf die Situation der Wertsteigerung des Vertragsanspruchs der IVP	128
e. Alternativmodell - Verwertungsentscheidung auf der Grundlage der Vertragswerte bei Verfahrenseröffnung	129
f. Zwischenergebnis - Bewertung der Differenzforderung ergänzt mit Wertausgleichsanspruch	130
5. Argumente und Orientierungen für ein Wertausgleichsinstitut	131
a. Grundsätze des Verwertungs- und Verteilungsrechts	131
aa. Feststellung und Folgen einer erzwungenen Vertragsbindung	132
bb. Verfahrenskostenzuweisung – Regeln des Verwertungsrechts	135
cc. Ausprägung der Verteilungsgerechtigkeit – Regeln des Verteilungsrechts	139
dd. Zwischenergebnis zu Regeln des Verwertungsrechts und Verteilungsrechts	142
b. Orientierung am Ausgleichsanspruch aus § 172 Abs. 1 InsO	143
aa. Zweckbestimmung und Anwendungsbereich der Norm	143
bb. Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 172 Abs. 1 InsO im Wege der Analogie	147
(1) Allgemeine Voraussetzungen einer Analogie	147

(2) Wertverluste an unkörperlichen Gegenständen	148
(3) Wertverluste durch Zeitablauf (Alterung oder Marktpreisschwankung)	151
(4) Gläubiger noch nicht erfüllter Verträge	153
cc. Orientierung zur Fortbildung des Insolvenzvertragsrechts um neuen Anspruch	157
c. Orientierung an Grundgedanken zu Optionsgeschäften	157
aa. Begrifflichkeiten und Hintergründe eines Optionsgeschäfts	158
bb. Vergleich Optionsausübungsrecht und Verwertungsrecht der Insolvenzverwaltung	160
(1) Zwecke	160
(2) Entscheidungskriterien	161
(3) Wirkungen	162
(4) Nachteile durch Zeitablauf	163
(5) Reaktion auf übertragene Risiken	164
(6) Resümee des Vergleichs	166
cc. Stellungnahme zur Kritik „Rosinenpickens“ und „Spekulationsgeschäfte“	168
(1) Das „Wie“ der Verwertungsentscheidung (Kritikpunkt „Rosinenpicken“)	169
(2) Das „Wann“ der Verwertungsentscheidung (Kritikpunkt Spekulation)	172
dd. Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts mit Orientierung am Optionsrecht	175
(1) Übertragung der Aspekte eines Optionsgeschäfts im engeren Sinne	176
(2) Sinngemäße Übertragung der Aspekte aus Optionsgeschäften	177
6. Zwischenergebnis zu Befriedigungseinbußen bei Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch	178
II. Dauerschuldverhältnisse – am Beispiel der Mieterinsolvenz	178
1. Befriedigung der Zahlungsansprüche des Vermieters	179
a. Ansprüche der Vertragsparteien aus dem noch nicht erfüllten Mietvertrag	179
b. Überblick über die gesetzlichen Regelungen zur Befriedigung der Vermieterforderungen	181

c.	Verrechnung der Vertragsansprüche bei ablehnender Verwertungsentscheidung	186
aa.	Erfüllungsstadium: Gebrauchsüberlassung noch ausstehend	186
bb.	Erfüllungsstadium: Gebrauchsüberlassung wurde vor Verfahrenseröffnung eingeräumt	186
(1)	Verrechnungsmodell mit Belassensanspruch	187
(2)	Verrechnungsmodell ohne Belassensanspruch	188
cc.	Zwischenergebnis zur Verrechnung nach ablehnender Verwertungsentscheidung	191
2.	Befriedigungseinbußen der AVP als Vermieterin bei Nichtgeltendmachungsentscheidung	191
a.	Ursachen für Wertverlust des Gebrauchsgewährungsanspruchs - Gebrauchsüberlassung ausstehend	192
aa.	Schwankungen der Marktmiete	192
bb.	Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP aufgrund verstrichener Mietzeit	195
b.	Ursachen für Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP - Gebrauchsüberlassung eingeräumt	195
aa.	Wertverlust des Belassensanspruchs	195
bb.	Wertverlust des Anspruchs auf Nebenleistungen	196
c.	Zwischenergebnis zu Befriedigungseinbußen	198
3.	Grenzen des Wertausgleichsinstituts bei Dauerschuldverhältnissen und Ergänzungen	199
a.	Problem der Untersicherung	199
aa.	Vollständige Befriedigung in Höhe des Marktniveaus und insolvenzgemäße Befriedigung	200
bb.	Rangverbesserung der gesamten Restforderung	201
cc.	Zwischenergebnis - Verknüpfung von Wertausgleichsinstitut und Rangverbesserung	203
b.	Problem der Übersicherung	204

4. Bekräftigung der Argumente für ein Wertausgleichsinstitut bei Dauerschuldverhältnissen	205
a. Ergänzungen zum Argument des Verwertungsrechts und Verteilungsrechts	205
aa. Zuteilung der Belastungen zu den Verfahrenskosten - Regeln des Verwertungsrechts	206
bb. Grundsätze der Verteilungsgerechtigkeit - Regeln des Verteilungsrechts	207
b. Ergänzungen der Argumente zu § 172 Abs. 1 InsO und Optionsgeschäften	208
5. Anmerkungen zu Beherrschungsverträgen	208
III. Ergebnis zum Wertausgleichsinstitut bei Insolvenz des Leistungsberechtigten	211
C. Insolvenz des Leistungsverpflichteten – Wertverluste des Anspruchs der IVP	212
I. Verträge mit einmaligem Leistungsaustausch - am Beispiel der Verkäuferinsolvenz	213
1. Befriedigung der Ansprüche der AVP als Käuferin	213
2. Befriedigungseinbußen der AVP als Käuferin	214
a. Inflation	215
b. Währungsschwankungen	216
aa. Anwendungsbereich des § 45 Satz 2 InsO - Umwandlung von Forderungen	216
bb. Wertverlust eines auf Fremdwährung gerichteten Vertragsanspruchs der IVP	218
cc. Gegenprüfung - Veränderung der Befriedigungsverhältnisse	221
3. Argumente und Orientierungen für ein Wertausgleichsinstitut	222
II. Dauerschuldverhältnisse – am Beispiel der Vermieterinsolvenz	224
1. Befriedigung der Ansprüche der AVP als Mieterin	225
2. Befriedigungseinbußen der AVP als Mieterin und deren Kompensation	227
a. Ursachen für einen Wertverlust des Zahlungsanspruchs - Gebrauchsüberlassung ausstehend	228
aa. Wertverlust des Vertragsanspruchs der IVP aufgrund von Kursschwankungen	228

bb. Wertverfall des Zahlungsanspruchs aufgrund verstrichener Vertragszeit	228
b. Ursachen für einen Wertverlust des Zahlungsanspruchs - Gebrauchsüberlassung eingeräumt	229
aa. Kritische Auseinandersetzung mit dem Verrechnungsmodell mit Belassensanspruch	230
bb. Verrechnungsmodell ohne Belassensanspruch	232
3. Zwischenergebnis zum Wertausgleichsinstitut bei Dauerschuldverhältnissen	234
III. Ergebnis zum Wertausgleichsinstitut bei Insolvenz des Leistungsverpflichteten	235
D. Wertausgleichsinstitut bei Wertsteigerung des Vertragsanspruchs der IVP	235
I. Kernaussagen zur Wertsteigerung am Beispiel der Käuferinsolvenz	236
II. Fallbeispiele zur Wertsteigerung des Vertragsanspruchs der IVP	237
1. Die AVP hatte den Vertragsgegenstand zum objektiven Marktwert verkauft.	238
2. Die AVP hatte den Vertragsgegenstand unter dem objektiven Marktwert verkauft.	239
3. Die AVP hatte den Vertragsgegenstand über dem objektiven Marktwert verkauft.	241
a. Wert des Anspruchs der IVP ist trotz Wertanstieg kleiner als Wert des Anspruchs der AVP.	242
b. Wert des Anspruchs der IVP ist am Tag der Verwertung größer als Wert des Anspruchs der AVP.	245
III. Wertrealisierung als Korrektiv	248
IV. Ergebnis zum Wertausgleichsinstitut bei Wertsteigerung	250
Kapitel 3: Aufwandsausgleichsinstitut bei zusätzlichen Kosten in der Schwebezeit	252
A. Einführung zum Aufwandsausgleichsinstitut	252
I. Regelungsbedarf bezüglich der Erstattung zusätzlicher Kosten	252
1. Regelungsbedürftigkeit abstrakt	252
2. Regelungsbedürftigkeit konkret	254

II. Zivilrechtliche Lösungsansätze	255
1. Auftragsrecht und Regeln der GoA	256
2. Leistungsstörungenrecht	256
a. Schuldnerverzug der IVP	259
b. Gläubigerverzug / Annahmeverzug der IVP	260
3. Stellungnahme zum Leistungsstörungenrecht	261
III. Perspektiven für eine Fortentwicklung - Ausgleich von Aufwendungen	262
B. Insolvenz des Leistungsberechtigten – Bereithaltungskosten	263
I. Verträge mit einmaligen Leistungsaustausch – am Beispiel der Käuferinsolvenz	263
1. Bereithaltungskosten der AVP als Verkäuferin	264
a. Kosten zum Erhalt des Vertragsgegenstandes	264
b. Kosten zur Überbrückung der Schwebezeit	266
c. Folge der Schwebezeit und erzwungenen Vertragsbindung	266
2. Nachteilskompensation durch Aufwandsausgleichsinstitut	269
3. Auswirkung des Fälligkeitszeitpunkts für das Entstehen des Aufwandsausgleichsanspruchs	272
4. Argumente und Orientierung für ein Aufwandsausgleichsinstitut	274
a. Grundsatz des Verwertungsrechts bezüglich der Bereithaltungskosten	274
aa. Verfahrenskostenzuweisung unter Beachtung des Fortführungsgebots	275
bb. Anmerkung zum Verteilungsrecht	279
b. Vergleich mit Schutz für absonderungsberechtigte Gläubiger, § 169 InsO	280
c. Orientierung an Optionsgeschäften	285
5. Zwischenergebnis zum Aufwandsausgleichsinstitut bei Kaufverträgen	288
II. Ergänzungen zu Dauerschuldverhältnissen – am Beispiel der Mieterinsolvenz	289
1. Verpflichtungen aus dem Dauerschuldverhältnis	289
2. Bereithaltungskosten der AVP als Vermieterin	290
3. Bekräftigung der Argumente zum Aufwandsausgleichsinstitut bei Dauerschuldverhältnissen	291

III. Ergebnis zum Aufwandsausgleichsinstitut bei Insolvenz des Leistungsberechtigten	292
C. Insolvenz des Leistungsverpflichteten - Bereithaltungskosten	293
I. Verträge mit einmaligem Leistungsaustausch – am Beispiel der Verkäuferinsolvenz	294
1. Bereithaltungskosten der AVP als Käuferin	294
a. Kosten bei Bereithaltung des Zahlungsmittels, Liquiditätsbereithaltungskosten	294
b. Kosten zur Überbrückung der Schwebezeit	295
aa. Überbrückungsgeschäft bei Gebrauchsgütern	296
bb. Überbrückungsgeschäft bei Verbrauchsgütern	298
c. Erstattungsfähigkeit von Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts	299
2. Argumente und Orientierung für ein Aufwandsausgleichsinstitut	302
a. Grundsätze des Verwertungsrechts bezüglich der Bereithaltungskosten	302
b. Vergleich mit Schutz für absonderungsberechtigte Gläubiger, § 169 InsO	303
c. Orientierung an Optionsgeschäften	303
II. Ergänzungen zu Dauerschuldverhältnissen – am Beispiel der Vermieterinsolvenz	304
III. Ergebnis zum Aufwandsausgleichsinstitut bei Insolvenz des Leistungsverpflichteten	305
 Kapitel 4: Alternativen zum Wertausgleichs- und Aufwandsausgleichsinstitut	 306
A. Insolvenzbedingte Vertragsbeendigung	306
I. Vorteile des Regelungssystems der Vertragsauflösung	307
II. Nachteile des Regelungssystems der Vertragsauflösung	309
III. Stellungnahme zur vorzeitigen Vertragsbeendigung	315
B. Erfüllungspflicht	317
I. Modell einer Erfüllungspflicht	317
II. Vorteile und Nachteile einer Pflicht zur Vertragserfüllung	319
C. Stellungnahme	323

Kapitel 5: Ausblicke für das US-amerikanische Rechtssystem	325
I. Vergleichender Einblick in das US-amerikanische Insolvenzrecht	326
II. Resümee des Rechtsvergleichs	332
Kapitel 6: Reformvorschlag für die InsO	334
A. Zusammenfassung der Thesen und Argumente	334
B. Wirkungskreis der Institute	340
C. Verfassungskonformität des Gesetzesentwurfs	342
D. Gesetzesentwurf zur Ergänzung des § 103 InsO	345
I. Kenntnis der Insolvenzverwaltung	345
II. Neuer Wortlaut des § 103 InsO	346
III. Anpassung des § 55 InsO	349
Auszug aus der Konkursordnung	351
Literaturverzeichnis	357

Abkürzungsverzeichnis

Für dieses Themengebiet entwickelte Abkürzungen:¹

AVP	andere Vertragspartei – beziehend auf § 103 InsO, welcher von der anderen und der insolventen Vertragspartei spricht
GME	Geltendmachungsentscheidung im Rahmen der Verwertungsentscheidung nach § 103 InsO
IVP	Insolvente Vertragspartei – beziehend auf § 103 InsO, welcher von der anderen und der insolventen Vertragspartei spricht
NGME	Nichtgeltendmachungsentscheidung im Rahmen der Verwertungsentscheidung nach § 103 InsO
VA AVP	Vertragsanspruch der anderen Vertragspartei
VA IVP	Vertragsanspruch der insolventen Vertragspartei

¹ Einige dieser Abkürzungen verwendete zuvor auch *von Wilmowsky* in diversen Veröffentlichungen. Siehe u.a.: *von Wilmowsky*, ZIP 2012, 401 (401).

Sonstige Abkürzungen:

Abs.	Absatz
Alt.	Alternative
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts – Zeitschrift
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BC	Bankruptcy Code
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drucks.	Drucksachen des deutschen Bundestages
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe (-n)
dies.	dieselbe (-n)
Diss	Dissertation
DK	Der Konzern
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FK	Frankfurter Kommentar
Fn.	Fußnote
gem.	Gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Zeitschrift
HambKomm	Hamburger Kommentar
hrgs.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
ISDA	International Swaps and Derivates Association
JURA	Juristische Ausbildung – Zeitschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KO	Konkursordnung
Komm	Kommentar
KTS	Konkurs Treuhand Sanierung – Zeitschrift für Insolvenzrecht
LS	Leitsatz
m.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
MünchKomm	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OCT	over the counter - außerbörslicher Handel
RegE	Regierungsentwurf
Reichstags- drucks.	Reichstagsdrucksache
Rn.	Randnummer
Rz.	Randzeichen
S.	Seite
sog.	Sogenannt
Univ.	Universität
VerglO	Vergleichsordnung
VerwArch	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zugl.	zugleich
zzgl.	zuzüglich
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Problemdarstellung

Ein Schuldner, der ein Unternehmen betreibt, schließt eine Vielzahl von Verträgen mit seinen Vertragspartnern ab. Wird über das Vermögen des schuldnerischen Unternehmens ein Insolvenzverfahren eröffnet, so können verschiedene Stadien bezüglich der Verträge vorliegen. Es ist möglich, dass einer der beiden Vertragsparteien die geschuldete Leistung bereits vor der Verfahrenseröffnung vollständig erbracht hat und somit nur noch eine der vereinbarten Leistungen unerfüllt ist. War es der solvente Vertragspartner der vollständig geleistet hatte, so wird seine Forderung gegen den Insolvenzschuldner quotaal befriedigt. Hatte hingegen der Insolvenzschuldner vor der Verfahrenseröffnung bereits geleistet, so muss die noch ausstehende Leistung des anderen Vertragspartners vollständig an den Schuldner erbracht werden. Es kann aber auch sein, dass keiner der beiden Vertragspartner vor der Verfahrenseröffnung vollständig geleistet hat und beiden Parteien noch Erfüllungsansprüche zustehen. Bezüglich dieser Verträge, die sich im Stadium des § 103 InsO befinden, lässt es das Gesetz offen, ob die Ansprüche des solventen Vertragspartners quotaal oder vertragsgemäß erfüllt werden. Diese Entscheidung wird das Insolvenzverfahren bei der Suche nach der bestmöglichen Verwertungsoption liefern. Doch diese Suche bzw. die Vorbereitung der Verwertungsentscheidung bezüglich des Anspruchs des Insolvenzschuldners aus einem beiderseitig noch nicht erfüllten Vertrag benötigt Zeit. Die solvente Vertragspartei hat keinen Einfluss auf diese Entscheidung und die Geltendmachung oder auch Nichtgeltendmachung des Vertrags abzuwarten. Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Frage, wie mit Nachteilen der Vertragspartei aus noch nicht erfüllten Verträgen umzugehen ist, die daraus resultieren, dass das Insolvenzverfahren Zeit benötigt.

Zu bedenken sind Nachteile durch Wertveränderungen des Schuldnervermögens, die zu einer Veränderung der Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern führen können. Es kann zu Befriedigungseinbußen kommen, wenn die Ansprüche und Gegenstände des Schuldnervermögens während der Vorbereitung der Verwertung an Wert verlieren. Hatte ein Gläubiger ein Befriedigungsvorrecht an diesem Teil des Schuldnervermögens, so erhält er am Tag der Verwertung nicht mehr die Befriedigung, die ihm zu Beginn des Insolvenzverfahrens in Aussicht gestellt wurde.

Die andere Vertragspartei kann zudem beim Warten auf die Verwertungsentscheidung auch gezwungen sein, zusätzliche Kosten aufzunehmen, die ihr erspart blieben, würde die Verwertungsentscheidung direkt am Tag der Insolvenzeröffnung getroffen werden, etwa indem das Gesetz entweder eine Geltendmachung oder Nichtgeltendmachung vorschreibt. Durch das Wahlrecht² der Insolvenzverwaltung besteht aber ein Schwebenzustand. Für die solvente Vertragspartei ist ungewiss welche Verwertungsentscheidung bezüglich des noch nicht erfüllten Vertrages getroffen wird und ob sie zur Leistungserbringung aufgefordert wird und ob sie die vereinbarte Gegenleistung erhalten wird. Sie muss daher regelmäßig Kosten zum Erhalt ihrer Leistungsfähigkeit sowie Kosten zur Überbrückung der Schwebzeit tragen. Diese zusätzlichen Kosten werden in dieser Arbeit als Bereithaltungskosten bezeichnet.

Ziel der Arbeit ist es für die Problematik der verfahrensbedingten Belastungen zu sensibilisieren und Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Bei Nachteilen durch Wertschwankungen des Schuldnervermögens sowie Nachteilen durch zusätzliche Kosten während der Schwebzeit gilt es zu überlegen das Insolvenzvertragsrecht um ein Wertausgleichsinstitut und ein Aufwandsausgleichsinstitut zu erweitern.

2 Dieser Begriff wird vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung genutzt, in der Literatur aber kritisch kommentiert, da für die Insolvenzverwaltung kein echtes Wahlrecht besteht. Siehe hierzu auch: Andres/Leithaus/Andres, § 103 Rn. 18; Huber, NZI 2014, 49 (49); Uhlenbruck-InsO/D. Wegener, § 103 Rn. 97; beachte auch: von Wilimowsky, KTS 2011, 453 (458), der darauf hinweist, dass eine Entscheidungspflicht zur bestmöglichen Verwertung besteht; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 20.16, der darauf hinweist, dass es sich hierbei eher um ein Gestaltungsrecht handelt.

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: MünchKomm-InsO/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 wäre, 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 Wilimowsky*, KTS 2011, 453 (457).

27 So auch die Einschätzung von: Kübler/Prütting/Bork-InsO/*von Wilimowsky*, § 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 schuldhaft 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 Wilmsowsky, 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 Ausgleichsregel 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 Konkurseröffnung 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 leistungsverpflichtet 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 Schwebzeit 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 Schwebezeit 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 Schwebezeit 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 Insolvenzschnldner bei einer Eigenverwaltung vertreten sein. Wichtig ist, dass der Insolvenzschnldner 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 leistungsverpflichtet 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.

Kapitel 2: Wertausgleichsinstitut bei Veränderungen der Befriedigungsverhältnisse

Kommt es in der Vorbereitungszeit der Verwertungsentscheidung zu Wertveränderungen bezüglich einzelner Gegenstände des Schuldnervermögens, so ist zu klären, ob diese Veränderungen durch ein Wertausgleichsinstitut korrigiert werden müssen, damit die Befriedigungsverhältnisse bestehen bleiben, die zu Beginn des Verfahrens bestanden. Dieses Kapitel befasst sich mit der Frage des Umgangs mit Befriedigungseinbußen der AVP durch Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP während der Schwebzeit. Da Wertveränderungen des Schuldnervermögens aber auch bei Wertsteigerungen eintreten, wird dieser Aspekt am Ende des Kapitels ergänzend bearbeitet.

A. Einführung zum Wertausgleichsinstitut

I. Regelungsbedarf bei Wertveränderungen

Welcher Wert an die Gläubiger des Insolvenzschuldners ausgeschüttet wird, bestimmt sich nach dem Zeitpunkt, in dem die Verwertung erfolgt. Die Befriedigungsverhältnisse, die zu Beginn des Verfahrens bestanden haben, bleiben gerade nicht erhalten, da bei der Verteilung nicht dieser Wert am Tag der Verfahrenseröffnung ausgeschüttet wird, sondern der Wert, den das Insolvenzvermögen zum späteren Zeitpunkt am Tag der Verwertung hat.

Wertveränderungen bezüglich des Schuldnervermögens rufen so lange keinen rechtlichen Handlungsbedarf auf, wie sie die Verteilungsverhältnisse zwischen den Gläubigern des Schuldners unberührt lassen. Dies ist der Fall, wenn jeder Gläubiger in gleichem Maß von den Wertveränderungen betroffen ist, etwa weil ein Schuldner nur ungesicherte vollrangige Gläubiger hat. Wenn nun der Wert des Insolvenzvermögens während des Verfahrens sinkt oder steigt, ändert sich an dem Verteilungsverhältnis, das zwischen den Gläubigern besteht, nichts. - Verändert sich der Wert eines Gegenstands während des Verfahrens, partizipieren alle Gläubiger an der Wertsteigerung oder sind von dem Wertverlust gleichermaßen betroffen. Ausgleichsansprüche in dieser Situation festzulegen wäre funkti-

onslos, weil die Anspruchsinhaber und die Verpflichteten identisch sind: Auf beiden Seiten steht die Gesamtheit der ungesicherten, vollrangigen Gläubiger. Dieses Beispiel zeigt nicht nur, dass ein gesetzlich festgelegter Ausgleich entbehrlich ist, wenn alle Gläubiger gleichermaßen von Wertverlusten betroffen sind, sondern es bekräftigt auch den Grundsatz, dass die Kosten des Verfahrens, auch über die in § 54 InsO aufgezählten Kosten des Gerichts und die einer eventuellen Fremdverwaltung hinaus, von den Gläubigern getragen werden.

Regelungsbedarf für einen Ausgleich entsteht, wenn sich die Werte von Gegenständen des Insolvenzvermögens während des Verfahrens verändern und sich hierdurch die Verteilungsverhältnisse zwischen den Gläubigern ändern, weil nur einzelne Gläubiger von den Wertschwankungen des Schuldnervermögens betroffen sind. Ein solcher Vorfall tritt ein, wenn ein Befriedigungsvorrecht zugunsten eines Gläubigers besteht und sich der Wert dieses Gegenstandes verändert.

1. Absonderungsberechtigte Gläubiger

Die Inhaber von Sicherungsrechten besitzen ein Befriedigungsvorrecht am Sicherungsgegenstand. Die Einzelverwertungsbefugnis des gesicherten Gläubigers darf dem Grundsatz nach während des Insolvenzverfahrens aber nicht von ihm ausgeübt werden, sondern obliegt dem Insolvenzverwalter nach § 166 InsO. Für die Zeitspanne, in der ein Gläubiger auf die Verwertung wartet, kann es zu einer Wertminderung bezüglich des Sicherungsgegenstandes kommen. Dies führt dazu, dass der bei Verfahrenseröffnung zunächst gesicherte Gläubiger insoweit zu einem ganz oder teilweise ungesicherten wird. Mit Eintritt der Untersicherung kommt es bei einer anschließenden Verwertung zu einer Befriedigungseinbuße. Falls zu Beginn die Übersicherung so hoch angesetzt wurde, dass auch bei Verminderung des Werts des Sicherungsgegenstands die Forderung weiterhin vollständig befriedigt werden kann, bleibt der Gläubiger umfassend vor Einbußen verschont. Nun sind Übersicherungen bekanntlich aber nicht unbeschränkt zulässig und dem Sicherungsnehmer diesbezüglich Grenzen gesetzt. Für den Fall eines Wertverlustes, der dadurch entstand, dass die Insolvenzverwaltung den Sicherungsgegenstand für die Insolvenzmasse genutzt hatte, besteht bereits eine Reaktion im Gesetz. Für diesen Fall besitzt der absonderungsberechtigte Gläubiger einen Ausgleichsanspruch nach § 172 InsO. Es bedarf somit bezüglich dieser Gläubiger nicht mehr der Einführung eines gänzlich neuen Ausgleichsinstituts. Zu klären ist aber,

ob möglicherweise der Anwendungsbereich der Norm um zusätzliche Fallvarianten erweitert werden sollte.

2. Befriedigungsvorrecht der AVP

Zu den Gläubigern, die ein Befriedigungsvorrecht an einem Gegenstand des Schuldnervermögens haben, zählen aber nicht nur die absonderungsberechtigten Gläubiger, sondern auch die Vertragspartner von beiderseitig noch nicht erfüllten Verträgen, welche ebenfalls ein Befriedigungsvorrecht, nämlich am Vertragsanspruch des Insolvenzschuldners, besitzen. Dieses Befriedigungsvorrecht der AVP ist nicht so offensichtlich und weniger bekannt. Es wird deutlich, wenn die Insolvenzverwaltung entscheidet, den Vertragsanspruch der IVP nicht geltend zu machen. In diesem Fall wirkt sich das Befriedigungsvorrecht in der Weise aus, dass die AVP berechtigt ist, auf den Wert des Vertragsanspruchs der IVP vorrangig zuzugreifen.²⁴³ Es wird hierfür eine Differenzforderung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO gebildet, welche dadurch entsteht, dass die Werte der beiderseitigen Vertragsansprüche miteinander verrechnet werden. Dies ist nichts anderes als eine Verwertung des Anspruchs der IVP.²⁴⁴ Doch nur die AVP ist berechtigt, den Wert des Vertragsanspruchs der IVP für ihre Befriedigung zu nutzen. Den ungesicherten Gläubigern bleibt eine Befriedigung hieraus verwehrt.²⁴⁵

Wie die AVP durch ihre eigene Verbindlichkeit gesichert sein kann, wird noch verständlicher, wenn man sich die Situation einer (Einzel-)Zwangsvollstreckung vorstellt. Ist die AVP leistungs verpflichtet, zum Beispiel als Verkäufer, so kann sie zur Durchsetzung ihres Kaufpreisanspruchs in das Vermögen der IVP vollstrecken. Da zum Schuldnervermögen auch der Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache aus § 433 I BGB gehört, kann die AVP ihre eigene Verbindlichkeit pfänden und verwerten. Somit ist dann der Kaufpreisanspruch der AVP durch den Wert ihrer eigenen Verbindlichkeit gesichert. Dieses Ergebnis entspricht auch einer ergänzenden Vertragsauslegung. Die Parteien, die einen Vertrag mit wechselseitigen Ansprüchen abschließen, werden typischerweise daran interessiert sein, dass im Fall einer Zahlungsunfähigkeit ihre Forderungen gegen den Schuldner durch jene Vermögensgegenstände befriedigt wer-

243 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (464).

244 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (464, 465).

245 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (465).

den, welche die insolventen Vertragspartner aus dem Vertragsverhältnis erlangten. Bei Bestehen eines Gegenseitigkeitsverhältnisses soll die Forderung des Schuldners also dazu dienen, die eigene Forderung zu befriedigen.²⁴⁶

Auch im Fall der Insolvenz des Vertragspartners besteht diese Sicherheit durch die eigene Verbindlichkeit fort. Der Wert des Vertragsanspruchs der IVP steht nicht allen Gläubigern zur Verfügung, sondern dient der Befriedigung der Forderung der AVP.²⁴⁷ Bei einer Geltendmachungsentscheidung finanziert der Wert des Vertragsanspruchs der IVP die Erfüllung des Vertragsanspruchs der AVP (denn der Wert des Anspruchs der IVP ist bei einer Geltendmachungsentscheidung typischerweise höher als der des Anspruchs der AVP). Die Forderung der AVP wird nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO durch die Erfüllungswahl in den Rang einer Masseverbindlichkeit erhoben.²⁴⁸ Im Falle der Nichtgeltendmachungsentscheidung erfolgt eine Verrechnung der Werte der noch nicht erfüllten Vertragsansprüche. Die AVP darf durch die Verrechnung bevorzugt auf den Wert des Anspruchs der IVP zugreifen. Die Verrechnung ist somit ein Ausdruck des Befriedigungsvorrechts der AVP.²⁴⁹ Sind die wechselseitigen Ansprüche wertmäßig gleich hoch oder liegt der Wert des Anspruchs der IVP sogar über dem des Anspruchs der AVP, so ist die AVP vollständig gesichert. Liegt der Wert des Anspruchs der IVP hingegen unter dem Wert des Anspruchs der AVP, so ist die AVP ein teilweise gesicherter Gläubiger. Eine nach der Verrechnung zugunsten der AVP verbleibende Restforderung wird schließlich quotaal befriedigt.

Kommt es zu einem Wertverlust des Vertragsanspruchs der IVP, sinkt somit der Wert der Sicherheit der AVP. Sollte eine Geltendmachungsentscheidung ausgesprochen werden, so wirkt sich ein Wertverlust der Sicherheit nicht negativ für die AVP aus, da das Gesetz eine vollständige Befriedigung der Forderung der AVP vorschreibt. Die AVP erhält genau die Leistung, die vertraglich vereinbart wurde. Befriedigungseinbußen durch Wertverluste des Schuldnervermögens sind damit bei einer Geltendmachungsentscheidung ausgeschlossen. Anders ist es jedoch bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung. Sinkt der Wert der Sicherheit,

246 *Von Wilmsowsky*, ZIP 2012, 401 (406); *von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (464).

247 *Von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (465), vgl. JaegerKomm-InsO/Jacoby, § 103 Rn. 3 f.; ebenfalls das funktionelle Synallagma als Schutz der anderen Partei betrachtend: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.08, 20.27.

248 *Von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (460).

249 *Von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (463, 464).

so verringert sich damit die Befriedigungsmöglichkeit, welche die AVP durch Verrechnung erlangen kann. Hier besteht Regelungsbedarf, da sich die Befriedigungsverhältnisse, die anfänglich zwischen den Gläubigern bestanden, verändert haben.

II. Perspektiven für eine Fortentwicklung - Kompensation von Befriedigungseinbußen

Durch eine Kompensation der Wertverluste, die beim Warten auf die Verwertungsentscheidung entstehen, würde das ursprüngliche Befriedigungsverhältnis, das zwischen den Gläubigern zu Beginn des Verfahrens bestand, wiederhergestellt werden. Mit dieser Zielsetzung sollte das Insolvenzvertragsrecht fortentwickelt und der AVP ein Anspruch mit Massestatus gewährt werden.

Nach einer Darstellung der Befriedigungsmöglichkeiten der AVP und einer Untersuchung, welche Ursachen für Wertverluste in Betracht kommen, soll zunächst geprüft werden, wie ein Wertausgleichsanspruch in das bestehende System der insolvenzgemäßen Befriedigung integriert werden kann. Im Mittelpunkt steht hierbei eine geeignete Bewertung der Differenzforderung. Im Anschluss soll ermittelt werden, welche Argumente und Orientierungshilfen sich für die Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts aus den Grundsätzen des Verwertungs- und Verteilungsrechts, dem bereits bestehenden Ausgleichsanspruch nach § 172 InsO als auch den Grundprinzipien von Optionsrechten ableiten lassen. Im Vordergrund steht die Ergänzung des Insolvenzvertragsrechts durch ein neues Wertausgleichsinstitut. Neben dieser Perspektive für eine Fortentwicklung ist jedoch auch die Überlegung berechtigt, den Anwendungsbereich der bereits für absonderungsberechtigten Gläubigern bestehenden Vorschrift um eine weitere Gläubigergruppe zu erweitern. Eine analoge Anwendung des § 172 InsO auch bei Befriedigungseinbußen der AVP soll daher gleichfalls als Lösungsweg mit in Betracht gezogen werden.

B. Insolvenz des Leistungsberechtigten - Wertverluste des Anspruchs der IVP

Dieser Abschnitt behandelt die Konstellation mit der AVP als leistungsverpflichtete und die IVP als leistungsberechtigte Vertragspartei. Es soll bezüglich Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch am Beispiel der Käuferinsolvenz und bezüglich Dauerschuldverhältnissen am Beispiel der

Mieterinsolvenz untersucht werden, ob die AVP Befriedigungseinbußen durch Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP erleidet und wie diese zu kompensieren sind. Bei der Käuferinsolvenz ist der Anspruch der IVP auf Übergabe und Übereignung eines Vertragsgegenstandes gerichtet und bei der Mieterinsolvenz zielt er auf Überlassung und Nutzungsgewährung eines Vertragsgegenstandes ab. (Lediglich zu Klarstellung sei der Hinweis erlaubt, dass „Gegenstand“ ein Oberbegriff für Sachen und Rechte ist.²⁵⁰)

I. Verträge mit einmaligen Leistungsaustausch - am Beispiel der Käuferinsolvenz

Unter der vereinfachten Formulierung „Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch“ sollen Kaufverträge, Tauschverträge sowie Werklieferungsverträge und Mietkaufverträge gefasst werden, unabhängig davon, ob eine Ratenzahlung oder Ratenlieferung vereinbart wurde. Die weitere Bearbeitung bezieht sich zur sprachlichen Vereinfachung auf Kaufverträge und behandelt die Thematik der Insolvenz des Leistungsberechtigten am Beispiel der Käuferinsolvenz. Die Ausführungen gelten für die weiteren, oben aufgeführten Vertragsarten entsprechend.

1. Kriterien der Verwertungsentscheidung

Beide Vertragsparteien besitzen bei einem Vertrag im Stadium des § 103 InsO sowohl Ansprüche gegen den jeweils anderen Vertragspartner als auch eigene Verbindlichkeiten.²⁵¹ Das Insolvenzvertragsrecht befasst sich mit der Frage, wie das Schuldnervermögen (hierzu zählt der Vertragsanspruch der IVP) verwertet werden sollte und die Ansprüche der Gläubiger (hierzu zählt der Vertragsanspruch der AVP) befriedigt werden können.²⁵²

Der Vertragsanspruch des Schuldners gegen die AVP ist ein Gegenstand des Insolvenzvermögens, dessen Verwertung nach den gleichen Regeln abläuft, wie es auch für andere Vermögensgegenstände vorgesehen ist. Bezüglich des Schuldnervermögens ist diejenige Verwendung vorzunehmen,

250 MünchKomm-BGB/Stresemann, § 90 Rn. 1.

251 Von Wilmsowsky, KTS 2011, 453 (454).

252 Von Wilmsowsky, KTS 2011, 453 (454); Marotzke, Gegenseitige Verträge, Rn. 2.6.

die dessen Wert insgesamt erhöht.²⁵³ Es sind hierfür der Ertrag, welcher bei einer Geltendmachungsentscheidung erzielt wird und der Aufwand, der zur Durchsetzung des Vertrags aufgebracht werden muss, gegenüberzustellen und zu vergleichen. Der mögliche Ertrag, den die Geltendmachungsentscheidung einbringen kann, ist der Wert des Vertragsanspruchs der IVP. Der Aufwand bemisst sich nach dem Wert der Gegenforderung, den Vertragsanspruch der AVP. Dieser Anspruch muss vollständig befriedigt werden, damit das Leistungsverlangen der IVP Erfolg hat. Somit ist der Aufwand derjenige Wert, der aufgebracht werden muss, um einen Einwand (Einwendung oder Einrede) der AVP aus § 320 BGB, § 321 BGB oder § 273 BGB zu überwinden.²⁵⁴ Ergibt sich bei der Gegenüberstellung, dass der Wert, der dem Insolvenzvermögen zufließt, den Aufwand übersteigt, wird die Insolvenzverwaltung den Vertrag geltend machen. Im umgekehrten Fall, wenn der Aufwand höher ist als der durch die Durchführung erwartete Vertrag, wird die Insolvenzverwaltung von einer Geltendmachung absehen.²⁵⁵ Eine Nichtgeltendmachungsentscheidung bedeutet aber nicht etwa, dass die Ansprüche entfallen. Hat die IVP einen Vertrag mit der AVP geschlossen, dessen Erfüllung sich für die IVP nicht lohnt, weil er für die IVP wirtschaftlich nachteilig ist, kommt es nach den Regeln der InsO zu einer insolvenzgemäßen Befriedigung des Anspruchs der AVP.²⁵⁶

Ein für die Masse erzielbarer Differenzvorteil muss nicht das einzige Kriterium für die Verwertungsentscheidung sein.²⁵⁷ Bei der Frage, wie die Befriedigungsaussichten für die Gläubigersamtheit insgesamt zu verbessern sind, können in die Entscheidung auch weitere Erwägungen einbezogen werden, wie beispielsweise die Auslastung eines ohnehin fortlaufenden

253 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (455, 457); *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 254; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.19.

254 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (455, 456); Auch der Gesetzgeber der Konkursordnung erkannte das Leistungsverweigerungsrecht im Falle der Insolvenz des Vertragspartners an: „In dieses, nach allen Rechtssystemen begründete Recht des Mitkontrahenten, die von ihm geforderte Erfüllung seiner Leistungen abzulehnen, wenn ihm nicht die Gegenleistung gewährt wird, soll selbstverständlich nicht eingegriffen werden.“ Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 69; siehe auch: *Tintelnot*, ZIP 1995, 616 (618); *JaegerKomm-InsO/Jacoby*, § 103 Rn. 5; kritische Auseinandersetzung zur Frage der Insolvenzfestigkeit der Einrede aus § 273 BGB siehe: *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 2.26 ff., 2.46 ff.

255 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (457); *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 254.

256 *Von Wilmowsky*, KTS 2012, 285 (313).

257 *Uhlenbruck-InsO/D. Wegener*, § 103 Rn. 97, so auch *K.Schmidt-InsO/Ringstmeier*, § 103 Rn. 29.

Geschäftsbetriebes, aber auch die Vermeidung des Entstehens weiterer Forderungen gegen den Schuldner.²⁵⁸ Zu denken ist etwa an Nebenleistungspflichten des Schuldners, die es eventuell bei einer Geltendmachungsentscheidung zu erfüllen gilt. Ausschlaggebend kann unter Umständen auch die Vermeidung erheblicher sonstiger Kosten sein, etwa wenn keine Abnahmemöglichkeiten gegeben sind. Zu denken ist hier unter anderen an gefährliche Waren, wie beispielsweise leicht entzündliche, explosive oder giftige Stoffe und Chemikalien, für die besondere Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden müssen. Diese Überlegungen können ebenfalls für oder gegen eine Geltendmachungsentscheidung sprechen.

2. Befriedigung der Zahlungsansprüche des Verkäufers

Ist die AVP leistungs verpflichtet, zum Beispiel als Verkäuferin, besitzt sie einen Zahlungsanspruch gegen die IVP. Während der Solvenz kann sie die vollständige Erfüllung ihres Anspruchs gerichtlich einklagen. In der Insolvenz ist bei einem noch nicht erfüllten Vertrag die Befriedigung des Anspruchs abhängig vom Ausgang der Verwertungsentscheidung.

Bei der Geltendmachungsentscheidung erfolgt die Erfüllung in der Art und Höhe, wie vertraglich vereinbart. Die AVP wird bezüglich ihres Anspruchs vollständig befriedigt. Bei einer Käuferinsolvenz erhält die AVP den vollen Kaufpreis. Sie hat im Gegenzug aber auch die von ihr verlangte Leistungspflicht gegenüber der IVP zu erfüllen, die Übergabe und Übergewinnung des Kaufgegenstandes. Typischerweise wird bei einer Geltendmachungsentscheidung der Vertragsanspruch der AVP aus dem Ertrag, den die Geltendmachung des Vertragsanspruch der IVP eingebracht hat, vollständig befriedigt.²⁵⁹

Bei der Nichtgeltendmachungsentscheidung verrechnet die AVP den Wert ihres Anspruchs gegen den Wert des Vertragsanspruchs der insolventen Vertragspartei und verwertet auf diese Weise den Anspruch der IVP. Da bei der Nichtgeltendmachungsentscheidung meist der Wert des

258 Beispiele von: K.Schmidt-InsO/*Ringstmeier*, § 103 Rn. 29, der allerdings mögliche Schadensersatzansprüche gegen den Schuldner bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung anspricht - dem kann jedoch nicht zugestimmt werden, da es an den Tatbestandsmerkmalen eines Schadensersatzes fehlt.; beachte auch *Windel*, der erklärt, dass es vorkommen kann, dass mit dem Vertragsgegenstand im Rahmen der Masseverwertung nichts angefangen werden kann, ohne jedoch Beispiele hierfür zu nennen: *Windel*, JURA 2002, 230 (233).

259 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (460).

Anspruchs der AVP höher ist als der Wert des Anspruchs der IVP verbleibt nach der Verrechnung ein Delta zugunsten der AVP.²⁶⁰ Auf diese Restforderung bzw. Differenzforderung wird die Insolvenzquote ausgeschüttet. Durch die insolvenzgemäße Befriedigung gilt der Anspruch der AVP als erfüllt. Die Erfüllung des Anspruchs der IVP wird bereits durch die wertmäßige Verrechnung der beiderseitigen Vertragsansprüche bewirkt, denn der Wert des Vertragsanspruchs der IVP ist bei dieser Verwertungsentscheidung typischerweise geringer als der Wert des Vertragsanspruchs der AVP.²⁶¹ Als Verkäuferin braucht die AVP die Kaufsache somit nicht an die IVP übereignen. (Und für den Fall, dass eine Nichtgeltendmachungsentscheidung auch dann getroffen wird, wenn der Wert des Anspruchs der AVP geringer ist als der Wert des Anspruchs der IVP, würde das nach der Verrechnung entstehende Delta zugunsten der IVP unberücksichtigt bleiben. Denn die Differenzforderung richtet sich entsprechend des Wortlautes des § 103 InsO nicht gegen die AVP.²⁶²)

Der AVP steht bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung darüber hinaus eine weitere Möglichkeit zur Verfügung. Statt eine Verrechnung vorzunehmen, kann sie sich auch entscheiden, ihre Verbindlichkeit vollständig zu erfüllen und den Wert ihres kompletten Vertragsanspruchs als Insolvenzforderung geltend zu machen. Dieses Recht zur Leistungserbringung besteht für sie immer, denn es gibt keine Rechtsvorschrift, welche der AVP die Leistungserfüllung verwehrt, auch wenn die Insolvenzverwaltung eine Nichtgeltendmachungsentscheidung wählt.²⁶³ Die vollständige Leistungserbringung trotz Nichtgeltendmachungsentscheidung, kann sich für die AVP lohnen, wenn die Insolvenzquote nahezu 100 % beträgt.²⁶⁴ Auch wenn der Vertragsgegenstand für die AVP wertlos oder lästig ist, könnte diese Variante ins Auge gefasst werden.²⁶⁵ Regelmäßig ist dies jedoch die wertmäßig schlechtere Variante.

Die hier vorgestellte Bewertung der „Forderung wegen Nichterfüllung“ aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO als Ergebnis der Verrechnung der Vertragsansprüche weicht von der vorherrschenden Meinung ab. Lange Zeit bestand Uneinigkeit darüber, wie die Grundnorm des Insolvenzvertragsrechts zu

260 *Von Wilmsky*, KTS 2011, 453 (464); *Uhlenbruck-InsO/D. Wegener*, § 103 Rn. 97.

261 *Von Wilmsky*, KTS 2011, 453 (465).

262 In § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO heißt es „so kann der andere Teil die Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen“.

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

264 *Von Wilmsky*, KTS 2011, 453 (466).

265 *Marotzke*, *Gegenseitige Verträge*, Rn. 5.51.

verstehen ist und welchen Zweck mit der Forderung wegen Nichterfüllung aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO verfolgt wird.²⁶⁶ Derzeit wird überwiegend vertreten, dass die ursprünglichen Ansprüche entfallen oder nicht durchsetzbar werden und durch einen Schadensersatzanspruch der AVP gegen die IVP ersetzt werden.²⁶⁷ Doch auch wenn man diesem Weg folgt und die Forderung wegen Nichterfüllung als Schadensersatz begreift, gelangt man zum gleichen Ergebnis. Um den Schaden zu berechnen, wird nach der Differenzmethode der Wert des Vertragsanspruchs der IVP ermittelt und hiervon die Kosten abgezogen, welche sich die AVP dadurch erspart, dass sie die versprochene Leistung nicht mehr erbringen braucht.²⁶⁸ Auf den so gebildeten Schadensersatz wird sodann die Insolvenzquote ausgeschüttet.

3. Befriedigungseinbußen der AVP als Verkäuferin bei Nichtgeltendmachungsentscheidung

Auf den ersten Blick scheint sich der Vertragspartner eines noch nicht erfüllten Vertrags in einer vorteilhaften Position zu befinden. Während ein Gläubiger, der bereits vor Eintritt der Insolvenz vollständig geleistet hat und daher ausschließlich die Ausschüttung einer Insolvenzquote erwarten kann, bestehen für die AVP eines beiderseitig noch unerfüllten Vertrags andere Aussichten. Bei einer Geltendmachungsentscheidung wird der Ver-

266 Marotzke, Gegenseitige Verträge, Rn. 2.6 ff.; *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 254; *MünchKomm-InsO/Huber*, § 103 Rn. 1 f, 184; *Uhlenbruck-InsO/D. Wegener*, § 103 Rn. 1 f.

267 *Uhlenbruck-InsO/D. Wegener*, § 103 Rn. 169; *Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar*, § 103 Rn. 64; *MünchKomm-InsO/Huber*, § 103 Rn. 35; gegen ein Erlöschen der Ansprüche aber gleichwohl ein Ersetzen bzw. Umgestalten der Ansprüche annehmend: *Braun-InsOKomm/Kroth*, § 103 Rn. 48, 54; *Andres/Leithaus-InsOKomm/Andres*, § 103 Rn. 34; zum historischen Hintergrund dieser Theorien: *Bruns*, ZZP 1997, 305 (311-313); kritisch zum Erlöschen und einer Nichtdurchsetzbarkeit: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.07.

268 *MünchKomm-InsO/Huber*, § 103 Rn. 35, 186; *Uhlenbruck-InsO/D. Wegener*, § 103 Rn. 173; *FK-InsO/B. Wegener*, § 103 Rn. 77; *K.Schmidt-InsO/Ringstmeier*, § 103 Rn. 56; *Braun-InsOKomm/Kroth*, § 103 Rn. 53, 55; *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 5.40, 8.6; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.24; vgl. *von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (467, 472); umstritten ist aber, ob ein Schadensersatzanspruch auch einen entgangenen Gewinn einschließt: *Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar*, § 103 Rn. 62, vgl. *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 5.22, 5.42 ff.; *Rosenberger*, BauR 1975, 233 (234, 235); den entgangenen Gewinn berücksichtigend u.a.: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.25.

trag in eben der Weise abgewickelt, wie von den Parteien vertraglich vereinbart und vorgesehen. Die AVP erhält dann anstelle einer Insolvenzquote die volle Leistung. Zudem haben der Wert und damit auch eventuelle Wertschwankungen des Vertragsanspruchs der IVP für diese Variante der Befriedigung keine Relevanz, sodass bei eine Geltendmachungsentscheidung auch keine Befriedigungseinbußen durch Wertverluste des Schuldnervermögens zu befürchten sind. Und im Falle der Nichtgeltendmachungsentscheidung kommt es zu einer insolvenzgemäßen Befriedigung der Forderung der AVP. Die AVP erlangt durch die Verrechnung eine vollständige Befriedigung in Höhe des Wertes des Vertragsanspruchs der IVP und auf die verbleibende Differenzforderung wird die Insolvenzquote ausgeschüttet. Bei dieser Variante braucht die AVP keine gegenständliche Leistung an die IVP zu erbringen.²⁶⁹ Als leistungsverpflichtete Partei bleibt sie weiterhin Eigentümerin des Vertragsgegenstandes und kann diesen an einen anderen Kontrahenten veräußern. Unter diesen Aspekten erscheint die Lage der AVP deutlich günstiger zu sein als die eines Insolvenzgläubigers. Doch die Tatsache, dass der Anspruch der IVP wertmäßig in die Verrechnung einfließt und sich Wertveränderungen auf die Höhe der insolvenzgemäßen Befriedigung und auch auf einen möglichen Weiterverkauf auswirken, lässt bereits erahnen, dass erhebliche Nachteile auftreten können.

Die zunächst vorteilhaft wirkende Lage der AVP entpuppt sich bei näherer Betrachtung schnell als Belastung und hohes finanzielles Risiko, das umso gewichtiger wird, je mehr Zeit beim Warten auf die Verwertungsentscheidung verstreicht.

Zu Bedenken ist, dass die Höhe der Forderungen gegen den Insolvenzschuldner und der Gesamtwert der Insolvenzmasse bereits zu Beginn des Verfahrens ein Verteilungsverhältnis bilden²⁷⁰ und der AVP bereits zu diesem Zeitpunkt eine Befriedigung in Aussicht gestellt wird. Lag bei Verfahrensbeginn der Wert des Vertragsanspruchs der AVP über den Wert des Vertragsanspruchs der IVP, so stellt der im Übereignungsanspruch (Anspruch der IVP) verkörperte Wert den Minimalerlös dar, den die AVP als Befriedigung erwarten kann (zzgl. einer Quote auf die nach Verrechnung verbleibenden Differenz). Es ist eine Aufgabe des Insolvenzrechts, die Verteilungsverhältnisse zu respektieren, die bereits vor der Insolvenz begründet worden waren.²⁷¹ Diese Aussage umfasst auch die Berücksichti-

269 Siehe hierzu auch: *von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (460 ff.).

270 *Von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (463).

271 *Von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (463).

gung der in Aussicht gestellten insolvenzgemäßen Befriedigung. Es spielt somit keine Rolle, dass der Ausgang der Verwertungsentscheidung zunächst noch ungewiss ist und die AVP möglicherweise im Falle einer Geltendmachungsentscheidung einen höheren Ertrag erlangen könnte.

Wenn der Vertragsanspruch der IVP an Wert verliert und das Insolvenzrecht bei der Verteilung der Insolvenzmasse nicht auf diese Veränderung reagiert, ändern sich die ursprünglichen Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern. Fällt der Wert des Anspruchs der IVP während des Verfahrens, so unterschreitet die tatsächliche Befriedigung der AVP am Tag der Verwertung den zur Insolvenzeröffnung berechneten Minimalwert. Zwei mögliche Ursachen können einen Wertverlust des Anspruchs der IVP hervorrufen. Zum einen kann der Wertverlust durch Marktpreisschwankungen eines Gutes eintreten und zum anderen durch die individuell auftretenden Wertverluste eines konkretisierten Vertragsgegenstandes.

a. Wertverlust des Anspruchs der IVP durch Veränderung des Marktpreises

Die AVP ist durch den Vertragsanspruch der IVP mit einem Gegenstand des Schuldnervermögens gesichert. Denn wer eine vertragliche Verbindlichkeit eingeht, um selbst einen vertraglichen Anspruch zu erhalten, wird in aller Regel damit einverstanden sein, dass dieser Vermögensgegenstand die eingegangene Verbindlichkeit im Insolvenzfall sichert.²⁷² Durch Marktpreisschwankungen im Zeitraum zwischen der Verfahrenseröffnung und der Verwertung verändert sich nicht nur der Wert des Vertragsgegenstandes selbst, sondern automatisch auch der Wert des Anspruch der IVP gerichtet auf die von der AVP geschuldete Leistung (der Übereignung des Kaufgegenstandes). Die Sicherheit der AVP verliert bei sinkenden Marktpreisen somit an Wert. Fallende Marktpreise können in einzelnen Fällen kurzweilige, vorübergehende Erscheinungen darstellen, sie können aber auch dauerhafter Natur sein. Ein kurzzeitiger Preissturz kann beispielsweise aufgrund eines plötzlichen geschäftsrelevanten Ereignisses erfolgen, von dem sich der Markt jedoch schnell wieder erholt. Eine längere Erholungshase kann bei saisonbedingten Schwankungen nötig sein. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ggf. auch Saisonartikel in der nächsten Periode nicht mehr zum ursprünglichen Preis am Markt angeboten werden können, wenn sich ein Trend für ein Design oder Geschmacksmuster bereits

272 Siehe für weitere Erläuterungen: von *Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (464).

geändert hat. Für gewöhnlich sinkt der Wert eines Gegenstandes kontinuierlich, sodass eine dauerhafte Erscheinung bezüglich des gesunkenen Marktpreises vorliegt.²⁷³ Vor allem eine technische Veralterung eines Gegenstandes führt bereits nach kurzer Zeit zu einer erheblichen Wertminderung. Als anschauliches Beispiel für Gebrauchsgegenstände, die schnell und dauerhaft an Wert verlieren, seien Mobiltelefone genannt. Bereits wenige Monate reichen aus, um den Wandel von einer technischen Innovation zum technischen Rückstand zu erleben. Ebenso sind häufig auch elektronische Bauteile einem schnellen technologischen Wandel unterworfen.²⁷⁴ Und auch andere Güter wie Rohstoffe unterliegen starken, teils langanhaltenden Schwankungen am Markt. Und schließlich können auch Pandemien und politische Ereignisse äußerst langwierige Folgen haben.

Liegen Preisschwankungen vor, so ist die Nichtgeltendmachungsentscheidung seitens der IVP umso wahrscheinlicher, je tiefer der Preis am Markt fällt, da sich die IVP dann bei anderen Lieferanten günstiger eindecken kann. Während die AVP bei einer möglichst frühen Verwertung eine hohe Befriedigung aus ihrer Sicherheit erlangt, wird ihre Befriedigungsmöglichkeit aus der Sicherheit bei einem fallenden Marktpreis zunehmend geringer. Die Differenz zwischen dem Anspruch der AVP und dem der IVP, die sich bei fortschreitendem Wertverlust immer weiter vergrößert, kann die AVP zwar als Differenzforderung geltend machen und zur Tabelle anmelden, anders als bei einer Befriedigung durch Verrechnung wird die Differenzforderung aber nur quotal befriedigt. Der Wertverlust des Vertragsanspruchs der IVP wird, wenn er in die Differenzforderung einfließt, daher nur zu einem Bruchteil erstattet und ist, wenn die Quote nur gering ausfällt, ganz überwiegend von der AVP allein zu tragen. Je länger das Verfahren andauert, desto größer werden bei stetig fallenden Preisen die Befriedigungseinbußen der AVP. Aus einem ursprünglich gesicherten Gläubiger wird zunehmend ein ungesicherter Gläubiger.

Nur im Falle der Geltendmachungsentscheidung, die bei fallenden Marktpreisen jedoch unwahrscheinlich werden dürfte, führt ein fallender Marktpreis zu keinem Nachteil der AVP. Die AVP erhält weiterhin die vertraglich vereinbarte Gegenleistung in voller Höhe.

273 Nerlich/Römermann-InsO/Becker, § 172 Rn. 11.

274 Beispiel von *Balthasar*, siehe Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 107 Rn. 17.

b. Wertverlust des Anspruchs der IVP durch Wertverlust des konkretisierten Vertragsgegenstandes

Bei einer Gattungsschuld ist der Übereignungsanspruch auf einen Gegenstand mittlerer Art und Güte gerichtet und gerade nicht auf einen konkreten Kaufgegenstand. Daher kann die Verschlechterung irgendeiner Kaufsache dieser Gattung auch keine Auswirkungen auf den Wert des Vertragsanspruchs der IVP haben. Der Verkäufer ist bei einer Geltendmachungsentscheidung verpflichtet, eine Kaufsache mittlerer Art und Güte frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

Eine andere Situation ergibt sich allerdings, wenn im Vertrag von Anfang an eine Stückschuld vereinbart wurde. Eine Stückschuld liegt typischerweise vor, wenn der Leistungsgegenstand ein Einzelstück (z. B. ein Kunstwerk, eine Individualanfertigung) oder eine Gebrauchtware (z. B. Oldtimer und sonstige historischen Gegenstände) ist. Eine Verschlechterung des Vertragsgegenstandes, etwa bei Umwelteinflüssen oder Materialermüdung, führt dann gleichfalls zu einem Wertverlust des Vertragsanspruchs der IVP.

Ferner ist der Verkäufer nur zur Übereignung eines bestimmten Kaufgegenstandes verpflichtet, wenn vor Insolvenzeröffnung eine Konkretisierung stattfand. Zu denken ist vor allem an die Fälle, in denen vor Verfahrenseröffnung bereits ein Annahmeverzug des Insolvenzschuldners eingetreten war. Gem. § 243 Abs. 2 BGB konkretisiert sich beim Annahmeverzug die Gattungsschuld in eine Stückschuld. Der Anspruch des Leistungsberechtigten ist dann nur noch auf die Übereignung genau dieser Kaufsache gerichtet. Verschlechtert sich der Gegenstand, so verliert auch der Vertragsanspruch der IVP an Wert. Und mit Wertverlust des Vertragsanspruchs der IVP verliert auch die AVP gleichfalls Teile ihrer Sicherheit.

c. Vertragsgegenstand stellt kein Sicherungsgegenstand für den Anspruch der AVP dar

Anstatt den Vertragsanspruch der IVP als Sicherheit der AVP anzusehen, ist es vorstellbar, dass fälschlicherweise der Vertragsgegenstand als Sicherheit betrachtet werden könnte. Zur Klarstellung soll hier daher angesprochen werden, warum der Gegenstand nicht der richtige Bezugspunkt ist.

Ein Verkäufer, der den vertraglich geschuldeten Gegenstand schon eingekauft oder produziert hat (dann Werklieferungsvertrag) könnte seinen Kaufpreisanspruch gegen die IVP als durch den Kaufgegenstand gesichert

ansehen. Es wäre nachvollziehbar, dass eine Absicherung zunächst in dem Wert eines Gegenstandes gesehen wird und nicht in erster Linie in einem unkörperlichen Anspruch, der zudem die eigene, noch zu erfüllende Verbindlichkeit darstellt. Eine Bestätigung für diese irrtümliche Annahme könnte durch einen Blick ins Bilanzwesen gefunden werden. Ist die AVP im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung im Besitz der Ware, findet bei einer Geltendmachungsentscheidung ein Aktivtausch statt (Ware gegen Kaufpreis). Durch die Möglichkeit, eine Einrede zu erheben, ist die AVP vor Ausfällen geschützt. Solange der Kaufpreis nicht vollständig gezahlt wurde, verbleibt die Ware in ihrem Vermögen. Und auch bei der Nichtgeltendmachungsentscheidung, behält die AVP ihre Eigentümerstellung bezüglich des Kaufgegenstandes. Auch wenn also im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung unklar ist, welche Verwertungsentscheidung bezüglich der Forderung der IVP getroffen wird, ist für die AVP sicher, dass der Warenwert in ihrer Bilanz erhalten bleibt - entweder als Sachgut oder als Kassenbestand. Daher könnte also ein Verkäufer geneigt sein, den in seinem Besitz bereits vorhandenen Vertragsgegenstand als Sicherheit für seine Kaufpreisforderung anzusehen.

Doch ist dieses Verständnis nicht korrekt und die Sicherheit der Kaufpreisforderung kann allein im Übereignungsanspruch gefunden werden. Da die Ware und der Übereignungsanspruch bezüglich der Ware identisch im Wert fallen und steigen, macht es rein rechnerisch keinen Unterschied, ob auf den Wert der Ware oder den Wert des Übereignungsanspruchs abgestellt wird. Gleichwohl ist es systematisch fehlerhaft, die Ware als Bezugspunkt anzusehen. Wenn der Verkäufer seinen Kaufpreisanspruch gegen den Vertragspartner außerhalb einer Insolvenz vollstreckt, kann er nicht in die Ware vollstrecken, da sich diese ja noch in seinem eigenen Vermögen befindet und nicht in dem des Vertragspartners. Anders ist es mit dem Übereignungsanspruch, dieser steht in der Inhaberschaft des Vertragspartners und ist damit ein geeigneter Vermögensgegenstand für eine Vollstreckung. An dieser Konstellation ändert sich auch durch den Eintritt der Insolvenz nichts. Das Insolvenzvermögen umfasst alle Vermögensgegenstände des Schuldners und damit auch den Übereignungsanspruch aus dem noch nicht erfüllten Kaufvertrag. Somit erklärt sich, dass der Übereignungsanspruch der IVP die Sicherheit des Vertragsanspruchs der AVP darstellt.

Auch in Hinblick auf die Bildung der Differenzforderung bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung zeigt sich, dass der korrekte Bezugspunkt der Wert des Anspruchs der IVP ist. Hier findet eine Verrechnung der Werte der wechselseitigen Ansprüche des noch nicht erfüllten Vertrags

statt und eben nicht eine Verrechnung der Werte des Vertragsanspruchs der AVP und des Vertragsgegenstandes.

Die Sicherheit der AVP ist demnach allein im Wert des Vertragsanspruchs der IVP (hier im Übereignungsanspruch) zu erblicken. Und ein Wertverlust des Übereignungsanspruchs kann hervorgerufen werden durch einen gesunkenen Marktpreis hinsichtlich des Vertragsgegenstandes oder durch einen Wertverlust des konkretisierten Gegenstandes.

4. Bewertung der Differenzforderung und Ergänzung durch Wertausgleichanspruch

a. Verwertungsentscheidung als Bewertungszeitpunkt

Wird die Nichtgeltendmachungsentscheidung von der Insolvenzverwaltung getroffen, so kommt es zu einer Verrechnung bzw. zu einem Abrechnungsverhältnis bezüglich der zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfüllten Vertragsansprüche.²⁷⁵ Der AVP steht der Wert des Vertragsanspruchs der IVP, den dieser am Tag der Verwertung besitzt, zur Befriedigung ihrer Forderung zur Verfügung und der verbleibende Restbetrag der Forderung der AVP wird quotaal befriedigt.²⁷⁶ Auch wenn in diesen Textpassagen nicht ausdrücklich der Zeitpunkt für die Wertermittlung der Ansprüche erörtert wird, lässt sich herausarbeiten, dass der Tag der Verwertungsentscheidung maßgeblich sein soll. Auch die Formulierung, dass eine Umwandlung oder Umgestaltung der Erfüllungsansprüche durch die Nichtgeltendmachungsentscheidung stattfindet,²⁷⁷ deuten ebenfalls darauf hin, dass der Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung relevant für die Berechnung der Forderung wegen Nichterfüllung i.S.d. § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO ist. Und letztlich spricht hierfür noch ein Vergleich mit der Einzelzwangsvollstreckung, bei der es hinsichtlich der Befriedigung der AVP ebenfalls allein auf den Wert des Vertragsanspruchs der IVP am Tag der Verwertung ankommt. Nur der Erlös, der am Tag der Verwertung realisiert wird, kann zu einer Befriedigung führen. In diesem Sinne erklärt auch *Huber*, dass sich der Wert des Anspruchs der IVP nach dem objektiven Wert richtet, den

275 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (464); *Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar*, § 103 Rn. 62.

276 Vgl. *von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (464).

277 *Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar*, § 103 Rn. 62; *Andres/Leithaus-InsOKomm/Andres*, § 103 Rn. 34.

dieser Vertragsanspruch bei einer Pfändung und Verwertung am Markt realisiert.²⁷⁸

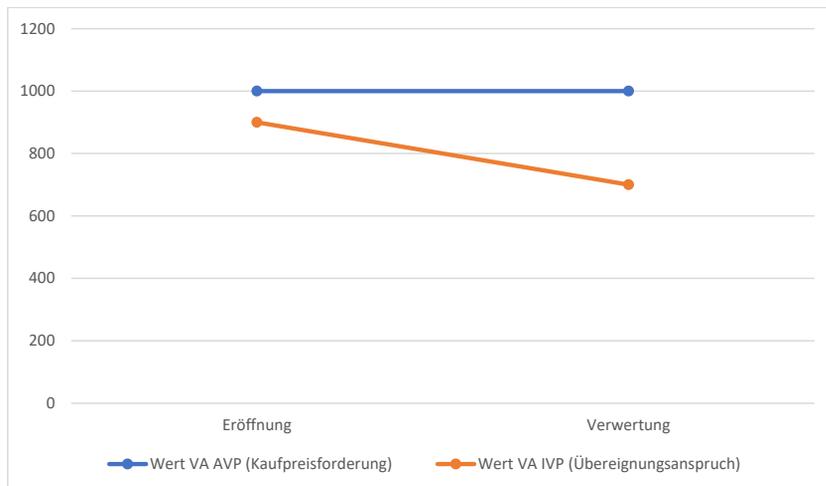
Wird die Differenzforderung mit den Werten der Vertragsansprüche am Tag der Verwertung ermittelt, so wird ihre Höhe von bereits eingetretenen Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP beeinflusst. Denn der Wert, um den sich der Anspruch der IVP mindert, verringert die Befriedigung durch Verrechnung im gleichen Maße, wie er die Differenzforderung erhöht. Die Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP, welche während der Schwebezeit entstanden, werden nur quotal als Teil der Differenzforderung befriedigt. Dies hängt mit der unterschiedlichen Wertentwicklung der Ansprüche zusammen.

Der Wert des Vertragsanspruchs der AVP ist in der Konstellation mit der AVP als leistungsverpflichtete Partei konstant. Der Anspruch ist auf eine Geldleistung gerichtet, dessen Höhe vertraglich festgelegt wurde. Auf welchen Zeitpunkt bezüglich des Anspruchs der AVP abzustellen ist, bleibt hier aufgrund des konstanten Wertes irrelevant.

Anders ist es beim Wert des Vertragsanspruchs der IVP. Der Anspruch ist auf die Übergabe und Übereignung des Vertragsgegenstandes gerichtet und der Wert des Anspruchs variiert durch Marktpreisschwankungen oder Wertminderung des konkretisierten Vertragsgegenstandes. Dadurch erhöht oder mindert sich die Differenzforderung der AVP. Ein Schaubild soll diese Problematik verdeutlichen:

278 Vgl. MünchKomm-InsO/Huber, § 103 Rn. 188, der für die Bewertung der Forderungen der AVP den Vertrags- und Marktpreis miteinander vergleicht.

B. Insolvenz des Leistungsberechtigten - Wertverluste des Anspruchs der IVP



Wert VA AVP = 1000 Euro (Höhe der Kaufpreisforderung)

Wert VA IVP (1) = 900 Euro

(Wert des Übereignungsanspruchs bei Verfahrenseröffnung)

→ Differenz VA AVP und VA IVP (1) = 100 Euro

Wert VA IVP (2) = 700 Euro (Wert des Übereignungsanspruchs bei NGME)

→ Differenz VA AVP und VA IVP (2) = 300 Euro

Am Tag der Insolvenzeröffnung wurde der AVP durch Verrechnung der Vertragsansprüche eine vollständige Befriedigung in Höhe von 900 und eine quotal zu befriedigende Differenzforderung in Höhe von 100 Euro in Aussicht gestellt.

Am Tag der Verwertung erlangt die AVP jedoch durch Verrechnung nur noch eine Befriedigung in Höhe von 700 und kann eine Differenzforderung in Höhe von 300 Euro zur Tabelle anmelden.

Die Befriedigungseinbußen bei Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP nur quotal durch Ausschüttung einer Insolvenzquote auszugleichen, ist jedoch kein zufriedenstellendes Ergebnis. Auf diese Weise können eingetretene Wertverluste üblicherweise nur zu einem sehr geringen Teil ausgeglichen werden. Der AVP werden erhebliche Nachteile durch den Zeitablauf aufgebürdet.

b. Insolvenzeröffnung als Bewertungszeitpunkt und Ergänzung durch Wertausgleichsanspruch

Möglicherweise ergibt sich durch die besondere Situation einer Gesamtvollstreckung gegen den Schuldner aber auch, dass für die Bewertung der Restforderung auf einen anderen Zeitpunkt abzustellen ist. Das Abstellen auf dem Tag der Verwertung entspricht zwar der Situation bei der Einzelzwangsvollstreckung, diese ist allerdings dadurch gekennzeichnet, dass der Schuldner solvent ist und zwischen den Gläubigern kein Verteilungskonflikt besteht. In der Insolvenz reicht das Schuldnervermögen hingegen typischerweise nicht aus, um alle Verbindlichkeiten zu erfüllen. Dies rechtfertigt es, ein anderes Regelungsregime wirken zu lassen. Das Insolvenzverfahren unterscheidet sich vom Verfahren der Einzelzwangsvollstreckung beispielsweise durch den Verzicht auf das Prioritätsprinzip nach § 804 Abs. 3 ZPO und der Geltung des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.²⁷⁹ Das Schuldnervermögen haftet in der Insolvenz für die gemeinschaftliche Befriedigung aller Gläubiger, § 1 InsO. Und auch die Gläubiger werden in der eigenständigen Ausübung ihrer Rechte beschränkt und sind den Regeln des Insolvenzrechts unterworfen. Um nun auch für die Problematik von Befriedigungseinbußen der AVP durch Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP eine interessengerechte Lösung zu finden, sollte erwogen werden, für die Bewertung der Differenzforderung auf den Tag der Verfahrenseröffnung abzustellen. Zudem sollte der AVP ein Wertausgleichsanspruch mit Massestatus zugesprochen werden.

Bestand beispielsweise bei Verfahrenseröffnung eine Differenz zwischen den Werten der Vertragsansprüche von 100 Euro und erhöhte sich die Differenz bis zum Tag der Verwertung um weitere 200 Euro, so soll gleichwohl das ursprüngliche Verhältnis maßgebend für die Bewertung der Differenzforderung sein. Bezüglich aller nach Verfahrenseröffnung eintretenden Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP sollte ergänzend ein neu zu schaffender Wertausgleichsanspruch im Rang einer Masseforderung im Gesetz aufgenommen werden. Somit würden die Wertverluste des Anspruchs der IVP in Höhe von 200 Euro in voller Höhe kompensiert werden. (De lege lata wird allein auf die Differenz am Tag der Verwertung abgestellt und so eine Differenzforderung in Höhe von 300 Euro gebildet,

²⁷⁹ *Weiland*, Par condicio creditorum, S. 10, 21; *Werres*, Grundrechtsschutz Insolvenz, S. 26; *Windel*, JURA 2002, 230 (230, 232).

auf die eine Quote ausgeschüttet wird. Der nach Verfahrenseröffnung eintretende Wertverlust ist damit ein Teil der Differenzforderung.)

Ein interessanter Aspekt ist, dass eine Differenzberechnung ebenfalls mit den Werten der Ansprüche am Tag der Insolvenzeröffnung vorgenommen wurde, als die sogenannte „Erlöschenstheorie“²⁸⁰ die vorherrschende Rechtsansicht war. Nach damaligem Verständnis hatte bereits die Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Vertragsverhältnis umgestaltet. Daher trat schon zu diesem Zeitpunkt an die Stelle der beiderseitigen Erfüllungsansprüche der einseitige Anspruch der AVP auf Nichterfüllung.²⁸¹ Heute, nach Aufgabe dieser Theorie, sollte sich an diesem Bezugspunkt nichts ändern. Schließlich wird auch weiterhin die Ansicht vertreten, dass im Verlust der Durchsetzbarkeit der Erfüllungsansprüche zugleich der Zeitpunkt zu erkennen ist, indem der Rechtsgrund für die Forderung wegen Nichterfüllung gelegt wird.²⁸² Der AVP ist damit eine Differenzforderung in Höhe des Deltas am Tag der Verfahrenseröffnung zu gewähren und während der Schwebezeit eintretende Wertverluste vollständig aus der Masse zu kompensieren.

c. Auswirkung des Fälligkeitszeitpunkts (Fälligkeit vor und nach Verfahrenseröffnung)

Drei Varianten sind bezüglich des Fälligkeitszeitpunktes der Vertragsansprüche als Möglichkeiten zu unterscheiden. Der Leistungstermin kann zeitlich bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten sein oder aufgrund vertraglicher Absprachen zu einem Zeitpunkt vereinbart sein, der nach der Verfahrenseröffnung liegt. Im letzteren Fall ist nochmals

280 Die höchstrichterliche Rechtsprechung ging zunächst davon aus, dass durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Erfüllungsansprüche aus dem gegenseitigen Vertrag erlöschen. So noch: BGH, Urt. v. 11.02.1988 - IX ZR 36/87 = NJW 1988, 1790 (1791); BGH, Urt. v. 29.01.1987 - IX ZR 205/85 = NJW 1987, 1702 (1703); von dieser Theorie wandte sich der BGH jedoch 2002 wieder ab und erklärte fortan, dass die Ansprüche ohne ein Erfüllungsverlangen der Insolvenzverwaltung nur ihre Durchsetzbarkeit verlieren: BGH, Urt. v. 25.04.2002 - IX ZR 313/99 = NJW 2002, 2783, 3. LS; siehe zu dieser Thematik auch: *von Wilmsowsky*, ZIP 2012, 401 (403); *JaegerKomm-InsO/Jacoby*, § 103 Rn. 20 ff.

281 MünchKomm-InsO/*Huber*, § 103 Rn. 189; siehe hierzu auch: *Tintelnot*, ZIP 1995, 616 (618).

282 So: MünchKomm-InsO/*Huber*, § 103 Rn. 21, 189.

zu differenzieren, ob der Fälligkeitstermin vor der Verwertungsentscheidung eingetreten ist oder dies nicht der Fall ist.

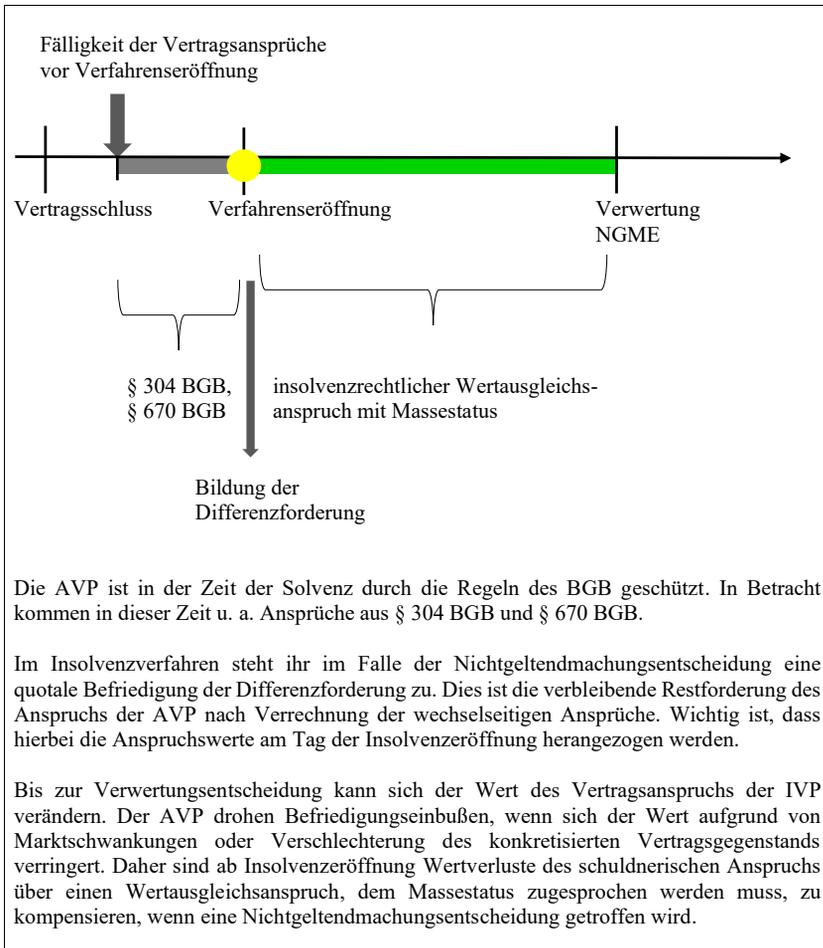
aa. Fälligkeit vor Verfahrenseröffnung

Regelmäßig werden die Vertragspartner an einer schnellen Erbringung der Leistungen interessiert sein und die Ansprüche sofort fällig sein. Diesen Ansatz spiegelt auch die Vorschrift des § 271 Abs. 1 BGB wider, wenn es dort heißt: „Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.“ Somit liegt typischerweise der von den Parteien vereinbarte Fälligkeitszeitpunkt der Leistungen, also der Zeitpunkt, ab den der Gläubiger seine Leistung fordern kann bzw. ab den der Schuldner leisten muss, noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

In der Zeit der Solvenz sind die Vertragspartner durch die Regeln des BGB geschützt, wenn trotz Eintritt der Fälligkeit keine Leistung erbracht wird. Hierbei ist insbesondere auch an den Schutz durch § 304 BGB oder § 670 BGB zum Ersatz von Aufwendungen zu denken.

Wird nun das Insolvenzverfahren eröffnet, besitzt die AVP nach wie vor einen fälligen Zahlungsanspruch gegen die IVP, doch ihr wird eine Einzelverwertung des Vertragsanspruchs der IVP verwehrt und ein Warten auf die Verwertungsentscheidung abverlangt. Kommt es zu Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP, erfährt sie verfahrensbedingte Belastungen in Form von Befriedigungseinbußen. Diese sollten ausgeglichen werden. Der Wertausgleichsanspruch erfasst daher den Wertverlust des Vertragsanspruchs der IVP in der Zeitspanne ab der Insolvenzeröffnung bis zur Verwertungsentscheidung. Und die Höhe der Forderung wegen Nichterfüllung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO ergibt sich aus der Verrechnung der Vertragsansprüche mit den Werten, den diese am Tag der Insolvenzeröffnung besitzen.

Diese Sachlage wird in folgender Darstellung veranschaulicht:



bb. Fälligkeit nach Verfahrenseröffnung aber vor Verwertungsentscheidung

Notwendige Modifikationen bezüglich des neu im Gesetz aufzunehmenden Wertausgleichsanspruchs und der Berechnung der Differenzforderung ergeben sich, wenn von den Parteien ein zukünftiger Zeitpunkt für die Fälligkeit des Anspruchs der AVP vereinbart wurde und dieser nach der

Insolvenzeröffnung liegt.²⁸³ Zu beachten ist das bei Kaufverträgen über Waren und Verträge über Finanzleistungen, deren Vertragsgegenstände einen Markt und Börsenpreis besitzen, unter die Regelung des § 103 InsO oder § 104 InsO fallen können. Während § 103 InsO eine Verwertungsentscheidung vorsieht, erfährt das Vertragsverhältnis durch § 104 InsO eine vorzeitige Beendigung, wenn gegen eine der beiden Vertragsparteien das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Welche Norm einschlägig ist, bemisst sich nach der Vereinbarung zum Zeitpunkt der Lieferung. Bezüglich Warenterminverträgen muss eine Fixschuld vereinbart worden sein, damit sie in den Anwendungsbereich des § 104 InsO fallen. Dies beinhaltet, dass die Einhaltung einer bestimmten Leistungszeit zu den Leistungspflichten gehört.²⁸⁴ Bezüglich Finanzleistungen muss keine Fixschuld vereinbart worden sein, es genügt wenn für die Leistung ein bestimmter Zeitpunkt oder eine bestimmte Frist vereinbart worden war.²⁸⁵ Da durch die Norm die Verwertungsentscheidung vorgegeben und keine Schwebezeit über den noch nicht erfüllten Vertrag erzeugt wird, entfallen die Nachteile der AVP durch Zeitablauf. Die nachfolgenden Ausführungen gelten daher nur für Kaufverträge, in denen eine zukünftige Leistungszeit vereinbart wurde, aber nicht das Merkmal einer Fixschuld vorliegt, weshalb die Verträge weiterhin vom § 103 InsO erfasst sind.

Sofern eine Leistungszeit vereinbart wurde, ergibt sich aus § 271 Abs. 2 BGB, dass die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangt werden kann, der Schuldner sie aber vorher bewirken kann. Sofern beispielsweise ein Verkäufer in der Solvenz noch keine Zahlung vom Käufer verlangen kann, da ein zukünftiger Leistungszeitpunkt vereinbart wurde, verursacht auch das Insolvenzverfahren in diesem Stadium noch keine verfahrensbedingten Belastungen. Mögliche Wertverluste des Anspruchs der IVP, die vor der vereinbarten Fälligkeit des Anspruchs der AVP eintreten und deswegen im Falle einer Verwertung des Anspruchs der IVP zu einem geminderten Erlös führen, fallen in das von der AVP eingegangene Risiko. Solange keine insolvenzrechtliche Belastung vorliegt, bedarf es auch keines Ausgleichs durch die Regeln des Insolvenzrechts. Wertschwankungen des Vertragsanspruchs der IVP werden erst ab dem vertraglich vereinbarten Termin der Fälligkeit des Anspruchs der AVP in einem Wertausgleichsanspruch berücksichtigt.

283 Zu beachten ist, dass § 104 InsO für die dort genannten Termingeschäfte eine Sonderregelung vorsieht, nach der eine Verwertungsentscheidung entfällt.

284 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 64.

285 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 65.

Der § 41 Abs. 1 InsO besagt zwar, dass nicht fällige Forderungen als fällig gelten und es kommt zu einer Vorverlegung des Fälligkeitszeitpunkts des Anspruchs der AVP auf den Termin der Verfahrenseröffnung,²⁸⁶ hierbei handelt es sich allerdings um eine Fiktion, um das Gesamtvollstreckungsverfahren für alle Gläubiger betreiben zu können.²⁸⁷ Die Fälligstellung ist erforderlich, um die Forderungen der Gläubiger zu berechnen und die Erlösverteilung zu prüfen.²⁸⁸ Diese vorgezogene Fälligkeit darf aber keine Auswirkungen auf den insolvenzrechtlichen Wertausgleichsanspruch der AVP haben. Während der Solvenz kann es vor Eintritt der Fälligkeit nicht zu einem Gläubigerverzug kommen, sodass der Vertragspartner beispielsweise keinen Anspruch aus § 304 BGB hätte. Würde nun der AVP aufgrund der vorgezogenen Fälligkeit ein Ausgleichsanspruch schon ab Verfahrenseröffnung gewährt werden, so stände sie im Insolvenzverfahren besser als außerhalb des Verfahrens. Ein solches Ergebnis muss vermieden werden.

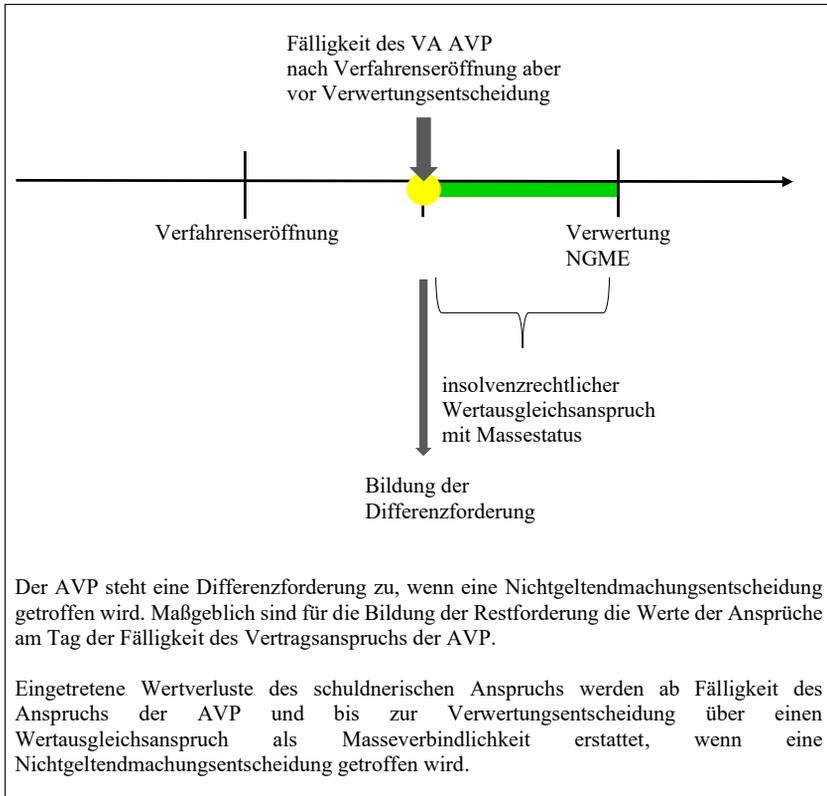
Erst ab der vereinbarten Fälligkeit des Vertragsanspruchs der AVP beginnt somit die Zeitspanne, die für die Bewertung des Wertausgleichsanspruchs relevant ist. Und für die Berechnung der Differenzforderung ergibt sich ebenfalls, dass nicht die Verfahrenseröffnung, sondern der Zeitpunkt der vereinbarten Fälligkeit maßgeblich ist. Es soll eine Verrechnung der Vertragsansprüche mit den Werten am Tag der Fälligkeit erfolgen. Wertschwankungen des Anspruchs der IVP, die vor der vereinbarten Fälligkeit des Anspruchs der AVP eintraten, dürfen keinen Einfluss auf die Höhe der Differenzforderung haben, da die AVP zu diesem Zeitpunkt auch in der Solvenz noch nicht zu einer Einzelverwertung des Vertragsanspruchs der IVP berechtigt wäre.

286 Die Vorschrift erfasst nur Forderungen der Gläubiger gegen den Schuldner. Die Insolvenzverwaltung hat kein Recht, von der AVP vorzeitig die geschuldete Leistung zu verlangen. Siehe hierzu: MünchKomm-BGB/Bitter, § 41 Rn. 1, 5.

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

288 HeidelbKomm-InsO/Marotzke, § 41 Rn. 1, 13.

Zur Veranschaulichung folgende Darstellung:



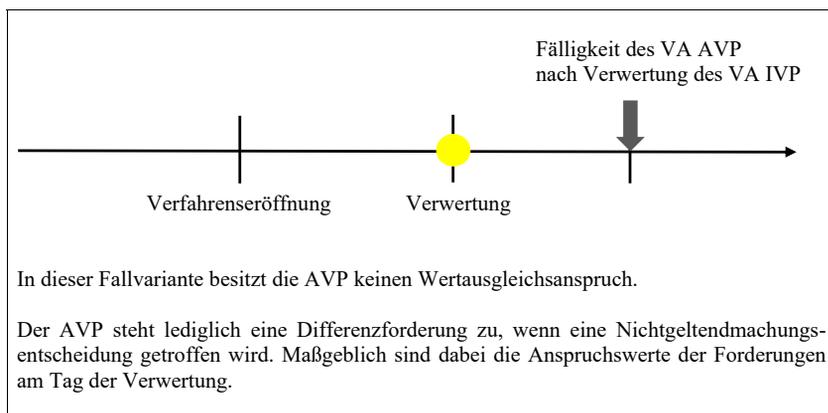
cc. Fälligkeit nach Verfahrenseröffnung und nach Verwertungsentscheidung

Ist für die Fälligkeit des Vertragsanspruchs der AVP ein zukünftiger Zeitpunkt vereinbart und wird die Verwertungsentscheidung vorher getroffen,²⁸⁹ so besteht kein insolvenzrechtlicher Wertausgleichsanspruch gegen die restlichen Gläubiger. Da der Leistungstermin noch nicht eingetreten

289 Bereits unter KO war es anerkannt, dass die Verwertungsentscheidung auch schon vor dem Fälligkeitszeitpunkt getroffen werden kann und dementsprechend auch in § 17 KO normiert: „Der Verwalter muß auf Erfordern des ande-

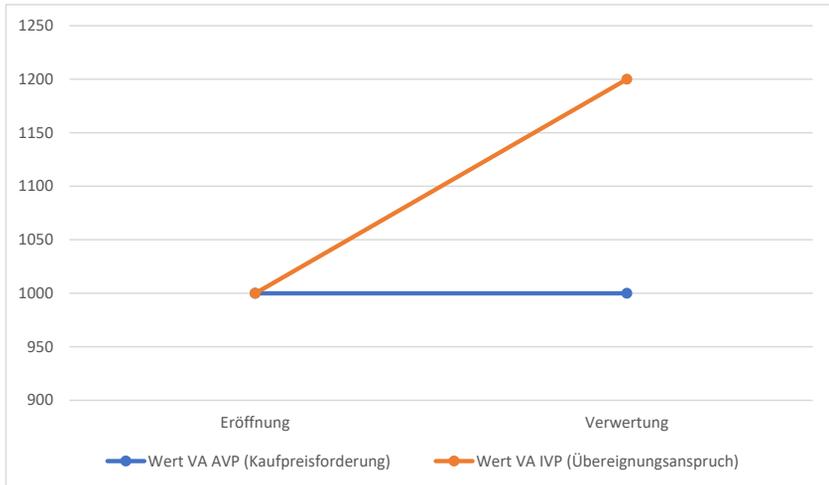
war, kommt es durch die Zeit, die zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung benötigt wird, nicht zu verfahrensbedingten Belastungen der AVP. Der Vertragspartner könnte vor Fälligkeit seines Anspruchs nicht die Gegenleistung im Wege einer Einzelzwangsvollstreckung verwerten und hatte mit der vertraglichen Vereinbarung selbst das Risiko auf sich genommen, dass er von einer für ihn negativ laufenden Marktentwicklung betroffen sein könnte. Während des Insolvenzverfahrens kann es nicht zu Befriedigungseinbußen der AVP aufgrund eines Wertverlustes des Anspruchs der IVP kommen, wenn die Verwertungsentscheidung noch vor Fälligkeit des Anspruchs der AVP getroffen wird. Auch wenn es zu Wertschwankungen des Vertragsanspruchs der IVP während der Vorbereitung der Verwertungsentscheidung kommt, müssen diese nicht von den restlichen Gläubigern ausgeglichen werden. Zudem ist die Differenzforderung mit den Werten zu bilden, welche die Vertragsansprüche am Tag der Verwertung besitzen.

Hierzu folgende Darstellung:



ren Teils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will.

d. Vorschau auf die Situation der Wertsteigerung des Vertragsanspruchs der IVP



Wert VA AVP = 1000 Euro (Höhe der Kaufpreisforderung)

Wert VA IVP (1) = 1000 Euro

(Wert des Übereignungsanspruchs bei Verfahrenseröffnung)

→ Differenz VA AVP und VA IVP (1) = 0 Euro

Wert VA IVP (2) = 1400 Euro (Wert des Übereignungsanspruchs bei NGME)

→ Differenz VA AVP und VA IVP (2) = 400 Euro (zugunsten der IVP)

Steigt der Wert des Vertragsanspruchs der IVP, so wird typischerweise von der Insolvenzverwaltung die Durchführung des Vertrags verlangt, da sich durch die Vertragserfüllung der Wert der Insolvenzmasse erhöht. Im obigen Beispiel würde der Gläubigergemeinschaft bei einer Geltendmachungsentscheidung durch die Übereignung des Kaufgegenstandes ein Wert von 1400 Euro zufließen. Gegenüber der AVP müsste jedoch nur die Kaufpreiszahlung in Höhe von 1000 Euro beglichen werden. Der Wertzuwachs von 400 Euro steht dann zur Befriedigung der restlichen Gläubiger zur Verfügung.

Würde in dieser Situation dennoch eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen werden, was unter Umständen für die IVP wirtschaftlich sinnvoll ist und selbstverständlich möglich ist, wird der Anspruch der AVP durch die Verrechnung über seinen Wert hinaus befriedigt. Ob bei Wertsteigerung des Vertragsanspruchs der IVP gleichfalls ein Ausgleichs-

anspruch der übrigen Gläubiger gegen die AVP bestehen soll, wird am Ende dieses Kapitels erörtert.

e. Alternativmodell - Verwertungsentscheidung auf der Grundlage der Vertragswerte bei Verfahrenseröffnung

Es wurde in den vorangehenden Abschnitten dafür plädiert, für die Verrechnung der Werte der gegenseitigen Vertragsansprüche auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung abzustellen und auf dieser Grundlage die Differenzforderung zu bilden. Dieser Ansatz weckt die Frage, ob dann nicht auch die Verwertungsentscheidung auf der Grundlage der Anspruchswerte bei Verfahrenseröffnung getroffen werden soll und nicht auf der Grundlage der Anspruchswerte zum Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung, wie es derzeit der Fall ist. Eine Verwertungsentscheidung, die allein die Werte der Vertragsansprüche zu Beginn des Verfahrens berücksichtigt und spätere Veränderungen nicht beachtet, birgt allerdings Gefahren.

Diesbezüglich gilt es hervorzuheben, dass es die Aufgabe der Insolvenzverwaltung ist, alle bestehenden Vermögensgegenstände zum Vorteil der Insolvenzmasse bzw. zum Vorteil der Gläubiger zu verwerten.²⁹⁰ Dies beinhaltet, dass eine Geltendmachungsentscheidung nur für jene Verträge getroffen werden darf, die für die IVP vorteilhaft sind. Bei den für die IVP ungünstigen Verträgen darf die Insolvenzverwaltung die Ansprüche der IVP hingegen nicht durchsetzen, sondern muss eine Nichtgeltendmachungsentscheidung treffen.²⁹¹ Würde sie auch bezüglich dieser Verträge eine Geltendmachungsentscheidung treffen und verliert dadurch die Insolvenzmasse an Wert, würde der Verwalter aller Wahrscheinlichkeit nach in Haftung genommen werden, sofern keine sonstigen besonderen Umstände für eine Geltendmachungsentscheidung sprechen. Aus diesem Grund muss die Verwertungsentscheidung auf Basis der Anspruchswerte zum Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung getroffen werden. Nur so kann die Insolvenzverwaltung ihre Aufgaben erfüllen. Um die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger zu erzielen, muss der Insolvenzverwaltung das Recht und die Pflicht zugesprochen werden, alle ihr während der

290 Siehe hierzu: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 31; von Wilmowsky, ZIP 2012, 401 (407); ebenfalls kritisch: Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 20.34.

291 Vgl.: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 29, 30.

Schwebezeit zufließenden Informationen zu nutzen und für ihre Verwertungsentscheidung einzusetzen. Eine Verwertungsentscheidung, die allein auf Basis der Anfangswerte getroffen wird, ignoriert diese Aspekte und würde die ungesicherten Gläubiger letztlich schlechter stellen.

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch, dass es für eine wirtschaftlich günstige Verwertungsentscheidung nicht nur auf mögliche Wertveränderungen ankommt, die es zu berücksichtigen gilt, sondern auch die Frage der Brauchbarkeit eines Gegenstandes bzw. einer Leistung Relevanz besitzt und diese beiden Faktoren kumulativ auftreten können. Es ist die Gesamtsituation zu betrachten. Ob etwa für eine Unternehmensfortführung ein Rohmaterial benötigt wird, kann von dessen Marktpreis abhängig sein und der damit verbundenen Frage, ob das Endprodukt erfolgreich am Markt positioniert werden kann. Und sollte sich zudem der Markt z. B. durch nationale oder internationale Ereignisse während der Schwebezeit grundlegend verändert haben, so wird die Abwägungsentscheidung, die bei der Verwertung getroffen wird, von weiteren Komponenten beeinflusst. Diese mehrdimensionale Entscheidung, will man sie zum Wohle der Gläubigersamtheit treffen, muss immer die aktuellen Werte und neusten Erkenntnisse einbeziehen. Die Aspekte zu trennen oder für die Entscheidung künstlich auf einen anderen Zeitpunkt und Erkenntnisstand abzustellen und damit wichtige Faktoren auszublenden, kann in Insolvenzverfahren nicht zum Erfolg führen. Die Verwertungsentscheidung sollte demnach insgesamt auf Grundlage aller vorhandenen Informationen zum Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung getroffen werden. Das eingangs in diesem Unterabschnitt präsentierte Alternativmodell ist somit nicht vorzugswürdig.

f. Zwischenergebnis - Bewertung der Differenzforderung ergänzt mit Wertausgleichsanspruch

Nach derzeitiger Rechtslage wird die Differenzforderung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Verwertungsentscheidung des Vertrags gebildet. Derjenige Teil der Differenzforderung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO, der bei dieser Bewertung auf die Verringerung des Wertes des Vertragsanspruchs der IVP während der Schwebezeit entfällt, sollte aber nicht in Höhe der Insolvenzquote, sondern in voller Höhe befriedigt werden.

Nach dem in dieser Arbeit befürworteten neuen Regelungsmodell sind der AVP nach der Verrechnung der Werte der gegenseitigen Ansprüche

eine quotale zu befriedigende Differenzforderung und ein aus der Masse zu befriedigender Wertausgleichsanspruch zu gewähren.

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Bewertung der Differenzforderung ist bezüglich bereits fälliger Forderungen die Verfahrenseröffnung. Bezüglich des Wertausgleichsanspruchs ist zu ermitteln, ob es zu einem Wertverlust des Vertragsanspruchs der IVP während der Schwebzeit kam. Es ist daher der Wert des Anspruchs am Tag der Verfahrenseröffnung und am Tag der Verwertungsentscheidung heranzuziehen. (Dieses Vorgehen ist notwendig, da anderenfalls ein und derselbe Nachteil der AVP zweimal berücksichtigt werden würde. Wären für die Berechnung der Differenzforderung weiterhin die Werte der Vertragsansprüche am Tag der Verwertungsentscheidung maßgeblich, würde ein Wertverlust des Anspruchs des IVP sowohl quotale mit der Differenzforderung und ein weiteres Mal im Wege des Wertausgleichsanspruchs befriedigt werden. Dies gilt es zu vermeiden.)

War der Vertragsanspruch der AVP zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch nicht fällig geworden, so sind die Berechnungen anzupassen. Für die Berechnung der Differenzforderung ist der Fälligkeitstag maßgeblich und für den Wertausgleichsanspruch ist auf die Zeitspanne zwischen Fälligkeit und Verwertungsentscheidung abzustellen. Sollte die Verwertungsentscheidung vor der Fälligkeit getroffen werden, ergibt sich konsequenterweise, dass kein Wertausgleichsanspruch besteht.

5. Argumente und Orientierungen für ein Wertausgleichsinstitut

Nachfolgend sollen die Argumente für die Erweiterung des Insolvenzvertragsrechts um ein neues Wertausgleichsinstitut vorgestellt werden. Dabei wird auf die im Insolvenzrecht bereits enthaltenen Leitgedanken und existierenden Regelungen Bezug genommen und schließlich ein vergleichender Blick auf die Optionsrechte gerichtet.

a. Grundsätze des Verwertungs- und Verteilungsrechts

Zur Kompensation der Folgen einer erzwungenen Vertragsbindung der AVP könnten die insolvenzrechtlichen Grundsätze der Verfahrenskostenzuteilung und Verteilungsgerechtigkeit greifen.

aa. Feststellung und Folgen einer erzwungenen Vertragsbindung

Im Insolvenzrecht etablierten sich eine ganze Bandbreite von Regelungen, welche verhindern, dass die Gläubiger unkontrolliert auf die einzelnen Gegenstände des Schuldnervermögens zugreifen und so die Unternehmensfähigkeit zum Erliegen bringen könnten. Durch das Auseinanderreißen der Gegenstände, die für die unternehmerische Tätigkeit benötigt werden, würden die ungesicherten Gläubiger am Ende schlechter stehen, als bei einem koordinierten Verfahren. Damit das Verfahren zur Verwertung des Schuldnervermögens funktionstauglich ist und eine gemeinschaftliche Abwicklung und Verteilung gewährleistet werden kann, müssen daher die individuellen Verwertungsbefugnisse der Gläubiger aufgehoben werden.²⁹² Bis zum Berichtstermin, in dem über das Schicksal des Unternehmens entschieden wird, soll das Vermögen des Schuldners grundsätzlich verwaltet, aber nicht verwertet werden.²⁹³ Das Fortführungsgebot, das in § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO für das Eröffnungsverfahren und in § 159 InsO für das eröffnete Verfahren eine Verankerung gefunden hat, schafft die Voraussetzungen, damit die Gläubiger über ein intaktes Unternehmen eine Verwertungsentscheidung treffen können und sich diejenige Verwertungsentscheidung durchsetzen kann, die den höchsten Ertrag verspricht.²⁹⁴

Die gleichen Regelungen, die eine Neutralität des Insolvenzverwertungsrechts schaffen, damit sich die Verwertungserlöse erhöhen, bewirken für die AVP eine Vertragsbindung an den insolventen Schuldner und finanzielle Belastungen. Die AVP wird ebenso wie die absonderungsberechtigten Gläubiger und die Insolvenzgläubiger daran gehindert, eigenständig bezüglich der Befriedigung ihrer Forderung tätig zu werden. Ihnen ist die Ausübung ihrer Verwertungsrechte während des Verfahrens nicht gestattet. Das Verbot der Einzelzwangsvollstreckung aus § 89 Abs. 1 InsO untersagt es den Gläubigern außerhalb des Gesamtvollstreckungsverfahrens in das Vermögen der IVP zu vollstrecken. Und die insolvenzrechtlichen Regeln zum Anfechtungsrecht und zum Aufrechnungsrecht zielen darauf ab, eine bereits erfolgte, aber anfechtbare Vermögensverschiebung zu korrigieren, indem der Vermögensgegenstand nach § 143 InsO zurückgewährt

292 *Von Wilmowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (661); siehe auch: *von Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 227, 228.

293 Keinesfalls soll die Entscheidung über den weiteren Verlauf schon durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorweggenommen werden, siehe: *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 252.

294 Vgl. RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 77; siehe auch: *Häcker*, ZIP 2001, 995 (995).

werden muss. Das Insolvenzvertragsrecht bekräftigt diese Einschränkungen, indem bezüglich eines beiderseitig noch nicht erfüllten Vertrags ein Schwebezustand erzeugt wird und der AVP ein Warten auf die Entscheidung des endgültigen Insolvenzverwalters oder des Insolvenzschuldners bei einer Eigenverwaltung abverlangt wird. Denn ein nur vorläufig bestellter Insolvenzverwalter ist grundsätzlich nicht zur Verwertung des Insolvenzvermögens befugt²⁹⁵ und auch das Verwertungserzwingungsrecht, sofern dieses wirksam von der AVP ausgeübt werden kann, greift erst im eröffneten Verfahren. Auch nach Ausübung des Rechts wird von der Insolvenzverwaltung weiterhin die bestmögliche Verwertung abverlangt.²⁹⁶ Die Bindung an diese Entscheidungspflicht wird in zeitlicher Hinsicht vor allem dann relevant, wenn eine Verwertungsentscheidung über einen einzelnen Vertrag getroffen werden muss, der für die Unternehmenstätigkeit unentbehrlich ist und daher zugleich über die Fortführung oder Stilllegung des gesamten Unternehmens entscheiden wird. Da das Insolvenzrecht im Interesse der Gläubigersamtheit für eine optimale Verwertungsentscheidung neutral sein soll, ist es notwendig, das Verwertungserzwingungsrecht der AVP zum Wohle der restlichen Gläubiger zurückzustellen.²⁹⁷ Die AVP muss in so gelagerten Fällen warten, bis die Gesamtverwertungsentscheidung feststeht.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu vertraglichen Lösungsklauseln²⁹⁸ bestätigt diese Wertung und ergänzt die Richtschnur durch ein weiteres Kettenglied, indem die insolvenzbezogene Vertragsaufhebung für unwirksam erklärt wird. Durch die Rechtsprechung steht den Insolvenzgläubigern mit dem Wert des Vertragsanspruchs der IVP ein Vermögensgegenstand zur Verfügung, der ihnen nicht haften würde, wenn Lösungsklauseln wirksam bzw. unanfechtbar wären.²⁹⁹ Den Gläubigern würde dann der Vorteil aus dem geschlossenen, aber noch nicht erfüllten Geschäft entgehen und darüber hinaus die Sanierung des Unternehmens erschwert

295 Dies gilt unabhängig davon, ob ein allgemeines Verfügungsverbot erlassen wurde oder nicht, vgl. BGH, Beschl. v. 14.12.2000 - IX ZB 105/00 = ZIP 2001, 296, (298, 299); BGH, Urt. v. 20.02.2003 - IX ZR 81/02 = ZIP 2003, 632 (634), In der amtlichen Begründung zum Entwurf einer InsO wird dementsprechend auch ausdrücklich nur der „Notverkauf verderblicher Waren“ als Aufgabe eines vorläufigen Insolvenzverwalters genannt: RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 26 RegE.

296 Siehe hierzu: *von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (458).

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

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

299 *Von Wilmsowsky*, ZIP 2007, 553 (556 f.).

werden. Da der Verkaufserlös eines noch am Markt tätigen Unternehmens regelmäßig höher ist als der Wert der einzelnen Vermögensgegenstände,³⁰⁰ verbessern sich durch die Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von insolvenzbezogenen Lösungsklauseln die Befriedigungschancen der Gläubiger im Vergleich zur Befriedigung bei einer Zerschlagung des Unternehmens. Zu beachten ist, dass ein auf die §§ 103 bis 119 InsO gestütztes Verbot sich leicht umgehen lässt, indem bereits sehr frühzeitig eine Vertragslösung ausgeübt wird, denn Lösungsklauseln, die noch vor einer Verfahrenseröffnung greifen, sind weiterhin wirksam. Diese unterschiedlichen juristischen Beurteilungen von Vertragslösungen, die auf ein Ereignis vor oder nach der Verfahrenseröffnung abstellen, müssen durchaus kritisch hinterfragt werden.³⁰¹ Die abweichende rechtliche Handhabung verdeutlicht für die AVP im besonderen Maße die weitreichenden und negativen Auswirkungen aufgrund einer Beteiligung am Insolvenzverfahren.

All diese Regeln dienen dazu, einen Status quo, der vor der Verfahrenseröffnung bestand, zu erhalten, jedenfalls wenn die Betrachtung aus Schuldnersicht vorgenommen wird. Aus Sicht der AVP bewirken die Regeln des Insolvenzrechts und der Rechtsprechung eine erzwungene Vertragsbindung und das Aufbürden zusätzlicher Risiken, die sie in der Solvenz des Vertragspartners nicht zu tragen hätte. Es wäre also falsch, von einer Konservierung des vorinsolvenzrechtlichen Zustandes zu sprechen. Es ist eine Verschlechterung des vorherigen Zustandes. Der AVP würden die durch das Verfahren bewirkten Befriedigungseinbußen durch Wertschwankungen des Schuldnervermögens als auch zusätzliche Kosten erspart bleiben, wenn die Verwertungsentscheidung augenblicklich mit Verfahrenseröffnung bekannt gegeben werden würde (beispielsweise, weil eine gesetzliche Regel die Art der Verwertung vorschreibt). Je länger die Schwebezeit bis zur Verwertungsentscheidung andauert, desto größer ist die Gefahr, Nachteile durch den Zeitablauf zu erleiden. Der Vertragspartner, der zur Fortsetzung des Vertrags mit dem Insolvenzschuldner gezwungen wird, kann sich vor den Belastungen, die sich während der Schwebezeit aufbauen, auch nicht anderweitig schützen. Weder ist es der AVP möglich, die Durchführung des Vertrags mit der IVP gerichtlich zu erstreiten, noch kann sie in der Schwebezeit mit einem anderen Interessenten einen neuen Vertragsabschluss abschließen, um Nachteile durch Marktpreisschwankungen oder zusätzliche Kosten zu verhindern, da sie

300 *Von Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 227.

301 So geschehen in der Veröffentlichung von: *von Wilmowsky*, ZIP 2007, 553 (554 f.).

dann ihre Leistungspflicht im Falle einer Geltendmachungsentscheidung nicht erfüllen könnte und sich schadensersatzpflichtig machen würde.

bb. Verfahrenskostenzuweisung – Regeln des Verwertungsrechts

Angenommen, die AVP wäre die einzige Gläubigerin der IVP und besäße gegen sie einen Vollstreckungstitel, so stände einer Zwangsvollstreckung in das Vermögen der IVP - insbesondere der Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP - nichts entgegen. Die AVP würde ihre Befriedigung aus ihrer Sicherheit und die Verrechnung der Werte, der im Synallagma stehenden Ansprüche ohne Zeitverzug erlangen. Doch durch die Insolvenz des Schuldners ist die AVP den Regeln des Gesamtvollstreckungsverfahrens unterworfen. Zum Schutz der Befriedigungsinteressen der ungesicherten Gläubiger wird der AVP ein autonomes Handeln untersagt und ihr die Belastungen einer erzwungenen Vertragsbindung aufgebürdet. Damit entstehen der AVP bei Insolvenz des Schuldners durch das Gesamtvollstreckungsverfahren Nachteile, die bei der Solvenz nicht bestehen und die der Vertrag, in den sie eingewilligt hatte, nicht vorsah. Demnach hatte die AVP diese Risiken auch nicht schon beim Vertragsabschluss übernommen.³⁰² Diese Feststellung schafft bereits ein erstes Indiz dafür, dass es sich bezüglich der insolvenzrechtlichen Belastungen um Verfahrenskosten handelt und das Insolvenzrecht dafür zu sorgen hat, dass der AVP keine erhöhten Risiken durch das Verfahren aufgebürdet werden.³⁰³

Dass während der Schwebezeit die Möglichkeit besteht, eine Geltendmachungsentscheidung zu treffen und die AVP dann die volle Gegenleistung erhält, darf nicht dazu verleiten, die Folgen der Vertragsbindung für die AVP anders zu bewerten. Für die AVP ist die Schwebezeit ausschließlich nachteilhaft. Denn bei einer Geltendmachungsentscheidung erlangt die AVP auch nicht mehr, als sie in der Solvenz ihres Vertragspartners gerichtlich erstreiten könnte. Würde die Geltendmachungsentscheidung oder Nichtgeltendmachungsentscheidung am Tag der Insolvenzeröffnung

302 Vgl.: *von Wilimowsky*, KTS 2011, 453 (458); Kübler/Prütting/Bork-InsO/*von Wilimowsky*, § 104 Rn. 179, 180.

303 Zu den Aufgaben des Insolvenzrechts bei erhöhten Risiken der Vertragspartner vgl. auch: *von Wilimowsky*, DK 2016, 261 (270), der folgende Aussage trifft: „Wenn man den Vertragspartner, wie hier die UG (Untergesellschaft), zur Fortsetzung des Vertrags zwingt, hat man dafür Sorge zu tragen, dass ihm damit kein höheres Risiko aufgebürdet wird.“

getroffen werden, würde sie keine Befriedigungseinbußen durch einen Zeitablauf erleiden.

Ein weiterer, ausschlaggebender Nachweis in Bezug auf die Frage, ob es sich bei den hier untersuchten Belastungen der AVP um Kosten des Insolvenzverfahrens handelt, ergibt sich, wenn der Sinn und Zweck der insolvenzrechtlichen Maßnahme herausgearbeitet wird und offengelegt werden kann, in wessen Interesse die Schaffung eines Schwebeszustandes mit der erzwungenen Vertragsbindung der AVP erfolgt. Der Schwebeszustand mit der erzwungenen Vertragsbindung der AVP ist für sie ausschließlich nachteilhaft, er nützt aber den ungesicherten Gläubigern. Diese profitieren gleich in mehrfacher Hinsicht von dieser Maßnahme. Zunächst bleibt das Verwertungsverfahren hinsichtlich des Vertrags neutral. Das bedeutet, dass die ungesicherten Gläubiger sich am Ende des Verfahrens für diejenige Verwertungsoption entscheiden können, die allein nach ihrer Prognose den größten Nutzen zu erzielen vermag.³⁰⁴ Würde der Vertrag vorzeitig beendet werden, wäre ein neuer Vertragsabschluss immer mit Transaktionskosten verbunden. Auch könnten günstige Konditionen, die zuvor mit der AVP ausgehandelt worden waren, bei einem Neuabschluss verloren gehen. Diese und ähnliche Nachteile, die eine vorzeitige Beendigung verursacht, werden durch die Schaffung des Schwebeszustandes vermieden. Zugleich gewinnen die ungesicherten Gläubiger durch diese insolvenzrechtliche Maßnahme die benötigte Zeit, um die Verwertungsentscheidung vorzubereiten und weitere Informationen in ihre Entscheidung einfließen lassen zu können. Die sorgfältige Prüfung und Abwägung der Optionen bringt ihnen einen höheren Erlös, als dies bei einer gesetzlich vorgegebenen Verwertungsentscheidung der Fall wäre. Bei einer individuellen Verwertungsentscheidung für jeden einzelnen Vertrag erhöht sich der Wert der auf die ungesicherten Gläubiger zu verteilenden Insolvenzmasse. Folglich ist sind die Regeln des Insolvenzrechts zu ihrem Vorteil.

Diese hier erwähnten Gedanken zu dem einzelnen Vertragsverhältnis sind nicht unbekannt. Sie werden als Vorteile des insolvenzrechtlichen Fortführungsgebots bezüglich des insolventen Unternehmens im Rahmen der Gesamtverwertungsentscheidung präsentiert. Es wird davor gewarnt, dass bei einer Stilllegung des Unternehmens zu einem frühen Zeitpunkt innerhalb des Verfahrens die Verwertungsoption der Fortführung nur mit zusätzlichem Aufwand zur Verfügung stünde, nämlich dem Aufwand, der für die Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit getätigt wer-

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

den muss.³⁰⁵ Auch wirtschaftliche Vorteile, die zuvor bestanden, gingen durch die Einstellung des Geschäftsbetriebs zunächst verloren.³⁰⁶ Dadurch erzielt die Fortführung dann nur einen um diesen Aufwand verminderten Ertrag und wird wirtschaftlich weniger attraktiv. Durch die Belastung der Verwertung durch Fortführung erzeugt die vorläufige Stilllegung eine ökonomische Neigung, es bei der Einstellung der Geschäftstätigkeit zu belassen.³⁰⁷ Das widerspräche dem Gebot, dass das Insolvenzrecht die Verwertungsentscheidung nicht präjudizieren sollte. Es ist gerade das Anliegen des Fortführungsgebots, eine solche Tendenz zu einer der beiden Verwertungsoptionen zu vermeiden.³⁰⁸ Durch das Fortführungsgebot bleibt den ungesicherten Gläubigern die Möglichkeit erhalten, sich für die optimale Verwertungsoption zu entscheiden und den höchsten Erlös zu erzielen.³⁰⁹

Was bezüglich der Neutralität des Insolvenzverwertungsrechts hinsichtlich der Verwertung des Unternehmens gilt, trifft auch im Kleinen bezüglich der Verwertung eines einzelnen Vermögensgegenstandes zu, wie dem Vertragsanspruch des Schuldners aus dem noch nicht erfüllten Vertrag. Bezüglich des Fortführungsgebots ist bekannt, dass es sich um eine insolvenzrechtliche Maßnahme handelt, die im Interesse der ungesicherten Gläubiger getroffen wird.³¹⁰ Aus diesem Grund sollen sie auch die Kos-

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

306 Vgl. *von Wilmowsky*, DK 2016, 261 (270); *Häcker*, ZIP 2001, 995 (995, 996).

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

308 In der allgemeinen Begründung zum Entwurf einer InsO heißt es hierzu wörtlich: „Es gibt wirtschaftspolitisch keine Gründe, die Sanierung des Schuldners generell vor der übertragenden Sanierung des Unternehmens zu bevorzugen oder auch nur irgendeine Art der Sanierung stets und überall der Zerschlagungsliquidation vorzuziehen. Die Struktur des Verfahrens muss demnach so angelegt sein, dass keines der möglichen Verfahrensziele vor dem anderen bevorzugt wird. Sämtliche Verwertungsarten sind den Beteiligten gleichrangig anzubieten.“, RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 77; siehe hierzu auch: *von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (459); *von Wilmowsky*, DK 2016, 261 (269, 270), *Häcker*, ZIP 2001, 995 (995).

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

310 Dass das Fortführungsgebot allein den Befriedigungsinteressen der ungesicherten Gläubiger dient und keine anderweitigen volkswirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Ziele verfolgt, zeigt sich auch aus einem Umkehrschluss der insolvenzrechtlichen Normen bezüglich der Reichweite dieses Gebots. Sofern das Aufrechterhalten der Geschäftstätigkeit einer erheblichen Unwirtschaftlichkeit gegenübersteht, also der Wert des Unternehmens mit der vorläufigen Fortführung erheblich gemindert werden würde, sind die Grenzen des Fortführungsgebots erreicht. In diesem Fall ergibt sich aus §§ 158 Abs. 1, 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO, dass die Insolvenzverwaltung das Unternehmen oder einzelne Teile nicht

ten dieser Maßnahme tragen, was über die Errichtung und Zuweisung von Masseverbindlichkeiten gelingt.³¹¹ Die Kosten des Insolvenzverfahrens sind somit der Aufwand, der zur Durchführung des Verfahrens getätigt werden muss.³¹² Diese schließen die Verwalter- und Gerichtskosten ein, ebenso wie die Kosten, die zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens aufgebracht werden müssen.³¹³ Die Fortführungskosten sind notwendig, um eine informierte und unverzerrte Verwertungsentscheidung zu treffen, welche im Interesse der ungesicherten Gläubiger erfolgt.³¹⁴ Bezüglich dieser Kosten ist daher ein Befriedigungsstatus gerechtfertigt, der nach den gesicherten, aber vor den ungesicherten Gläubigern liegt – dies ist der Massestatus.³¹⁵ Die in den §§ 53 – 55 InsO aufgeführten und abschließend definierten Masseverbindlichkeiten verfolgen somit den Zweck, den ungesicherten Gläubigern die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.³¹⁶ Dieses Konzept der Festlegung von Rangvorrechten ist auch durch die Verfassung vorgegeben, da der Staat als Ausfluss seines Gewaltmonopols nur so eine effektive Rechtsverwirklichung in einem funktionsfähigen Verfahren gewährleisten kann.³¹⁷ Doch auch wenn die Massekosten als eine der Masse innewohnende Belastung bezeichnet werden und vom Gesetzgeber eng umgrenzt wurden,³¹⁸ wodurch der Anschein erweckt wird, sie wären leicht zu identifizieren, ist deren Feststellung durchaus mit Schwierigkeiten verbunden, denn die Liste der im Gesetz aufgeführten Verbindlichkeiten ist nicht abschließend. Auch die Belastungen, die der AVP durch die Schwebezeit und die Vertragsbindung aufgebürdet werden, müssen als Verfahrenskosten qualifiziert werden. Sie dienen gleichfalls der Durchführung eines funktionstauglichen Verfahrens, der Neutralität der Verwertungsentscheidung und der Maximierung des Verwertungserlöses. Der Begriff „Kosten“ soll weit verstanden werden und alle negativen Konsequenzen umfassen, somit auch die Nachteile durch einen Wertver-

nur stilllegen kann, sondern hierzu sogar verpflichtet ist. Siehe hierzu auch: *von Wilmowsky*, DK 2016, 261 (270).

311 *Von Wilmowsky*, DK 2016, 261 (270).

312 MünchKomm-InsO/*Hefermehl*, § 53 Rn. 1, der anmerkt, dass eine ordnungsgemäße Abwicklung des Verfahrens dem Ziel der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dient.

313 *Von Wilmowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (673).

314 *Von Wilmowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (660, 661).

315 *Von Wilmowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (673).

316 MünchKomm-InsO/*Hefermehl*, § 53 Rn. 5.

317 *Werres*, Grundrechtsschutz Insolvenz. S. 20.

318 MünchKomm-InsO/*Hefermehl*, § 53 Rn. 5; HambKomm-InsO/*Jarchow*, § 53 Rn. 5.

lust des Vertragsanspruchs der IVP. Diese negativen Konsequenzen sollen nicht zulasten der AVP gehen, sondern von den ungesicherten Gläubigern ausgeglichen werden, denn sie sind es, die von der Schwebezeit und der erzwungenen Vertragsbindung profitieren und in deren Interesse die Maßnahme erfolgt. Um den ungesicherten Gläubigern die Kosten zuzuweisen, die dadurch entstehen, dass eine sorgfältige Verwertungsentscheidung Zeit benötigt, bedarf es eines Wertausgleichsanspruchs in Höhe der Befriedigungseinbußen der AVP. Dieser Anspruch muss mit Massestatus versehen werden.

cc. Ausprägung der Verteilungsgerechtigkeit – Regeln des Verteilungsrechts

Der Gedanke, dass der Status quo bezüglich der Höhe Schuldnervermögens gewahrt werden soll, indem das Vermögen vor den einzelnen Zugriffen der Gläubiger geschützt wird, lässt sich fortführen bzw. umformulieren: auch die Verteilungsverhältnisse zwischen den Gläubigern müssen vor Veränderungen geschützt werden. Dies gebietet die Gläubigergleichbehandlung. Der Begriff der Gläubigergleichbehandlung wird vielseitig umschrieben und teilweise mit einem unterschiedlichen Verständnis verwendet. Er lässt sich grob in die Bereiche der Chancengleichheit der Gläubiger bei der Rechtsverwirklichung und der Verteilungsgerechtigkeit unterscheiden.³¹⁹ Zum zuletzt Genannten zählt auch die Anerkennung und Wahrung der vorinsolvenzrechtlichen Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern.³²⁰ Jeder Gläubiger hat einen Anspruch darauf, dass die ihm gegenüber geltenden Beschränkungen auch gegenüber anderen gleichartigen Gläubigern zu gelten haben, was letztlich einen Anspruch auf Verteilungsgerechtigkeit beinhaltet.

Das Verfahren dient dazu, das Vermögen des Schuldners bestmöglich zu verwerten und auf die Gläubiger zu verteilen. Wenn das Insolvenzvermögen als Haftungssubstrat allerdings nicht ausreicht, um alle Verbindlichkeiten vollständig zu befriedigen, entscheiden die bereits vor dem Verfahren begründeten Rangverhältnisse zwischen den Gläubigern, wer wie viel erhält oder umgekehrt ausgedrückt, wer welchen Verlust zu tragen hat.³²¹

319 Vgl. *Weiland*, Par condicio creditorum, S. 12, 13; *Windel*, JURA 2002, 230 (231).

320 *Von Wilmsowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (668 ff.); *von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (458).

321 *Von Wilmsowsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (668).

Das Insolvenzvertragsrecht hat dafür zu sorgen, dass die ursprünglichen Verteilungsverhältnisse zwischen den Gläubigern gewahrt bleiben.³²² Das bedeutet auf einer ersten Stufe, dass das Insolvenzrecht verhindern sollte, dass insolvenzbezogene Belastungen oder Begünstigungen für einzelne Beteiligte entstehen. Kommt es dennoch zu Veränderungen der Befriedigungsverhältnisse, so müssen diese auf einer zweiten Stufe wieder korrigiert werden. Ein anschauliches Beispiel hierfür liefern die Regelungen zu den absonderungsberechtigten Gläubigern. Deren Sicherungswerte dürfen durch das Insolvenzrecht nicht geschmälert werden. Daher wurden bei Aufhebung ihrer individuellen Verwertungsbefugnisse gesetzliche Regeln aufgestellt, die gewährleisten, dass der Sicherungswert erhalten bleibt.³²³ Auch die AVP ist eine gesicherter Gläubiger, gesichert mit dem Wert des Vertragsanspruchs der IVP. Wenn während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung der Wert des Anspruchs der IVP sinkt, wird aus dem zum Teil gesicherten Gläubiger ein zunehmend ungesicherter Gläubiger. Dieser Wertverlust der Sicherheit während der Vorbereitung der Verwertungsentscheidung bewirkt eine Veränderung der ursprünglichen Befriedigungsverhältnisse. Eine Korrektur zur Wiederherstellung des ursprünglichen Verhältnisses sollte durch einen Ausgleichsanspruch in Höhe des Wertverlustes des Vertragsanspruchs der IVP erfolgen. Die Einbußen der AVP müssen von den ungesicherten Gläubigern so ausgeglichen werden, dass das ursprüngliche Verhältnis zwischen den Gläubigern wieder besteht. Es gelten dann für die AVP die gleichen Maßstäbe, die auch für die absonderungsberechtigten Gläubiger im Gesetz etabliert sind. Aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit verbietet sich ein gegenteiliges Ergebnis, wonach die AVP die Belastungen durch Wertverluste ihrer Sicherheit allein zu tragen hätte.

Dieses Ergebnis, dass ein Korrekturbedürfnis auf der Verteilungsebene besteht, lässt sich auch über eine Erwägung herleiten, die dem Sinn und Zweck des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO selbst entspringt. Zur Erläuterung dieses Gedankens bedarf es eines Vergleichs mit einem hypothetischen Insolvenzvertragsrecht ohne einen § 103 InsO. Würde man also die in der Norm enthaltenen Verteilungsregeln einmal ausblenden, so besäße die AVP lediglich eine Insolvenzforderung gegen die IVP. Die Anmeldung ihrer Forderung zur Tabelle würde allerdings auf Einwände der IVP stoßen, da die AVP in diesem Erfüllungsstadium ihre eigene Leistungspflicht

322 *Von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (458).

323 *Von Wilmsowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 254.

noch nicht oder nicht vollständig erbracht hat.³²⁴ Sofern keine Geltendmachungsentscheidung getroffen wird und der Vertrag wie ursprünglich vorgesehen abgewickelt wird, bewirken die Einwände der IVP, dass die Forderung der AVP bei der Verteilung des Insolvenzvermögens durch Ausschüttung einer Insolvenzquote nur dann berücksichtigt wird, wenn die AVP zuvor ihre Vertragsleistung vollständig erbracht hat. Ihr steht damit nur der typischerweise wenig attraktive Tausch von Vertragsleistung gegen Insolvenzquote zur Verfügung.³²⁵ Dies bedeutet, dass der Wert, den der schuldnerische Anspruch besitzt, immer sämtlichen Gläubigern der IVP zugutekommt, ganz gleich, wie sich die AVP verhält. Entscheidet sich die AVP, ihren Vertragsanspruch zur Tabelle anzumelden, erhalten die restlichen Gläubiger die volle Vertragsleistung der AVP und brauchen selbst nur eine Insolvenzquote leisten. Und im umgekehrten Fall, wenn sich die AVP dazu entscheidet, ihre Forderung nicht anzumelden, fällt diese aus dem Kreis der bei der Verteilung des Insolvenzvermögens zu berücksichtigten Forderungen gegen die IVP heraus und die Insolvenzgläubiger können das vorhandene Vermögen (zu dem auch der Wert des Vertragsanspruchs der IVP zählt) unter sich verteilen.³²⁶ Ein derartiges Ergebnis bezüglich der Verteilung des Wertes des Anspruchs der IVP widerspricht jedoch den Grundprinzipien des Insolvenzrechts. Der Wert, den der schuldnerische Vertragsanspruch verkörpert, darf der AVP, die ebenfalls ein Gläubiger ist, nicht vorenthalten werden. Dies gilt ganz besonders, weil der AVP ein Befriedigungsvorrecht am Wert des Vertragsanspruchs der IVP einzuräumen ist. Denn bei einem vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnis willigten die Parteien bereits zur Zeit der Solvenz darin ein, dass im Insolvenzfall der Wert der Verbindlichkeit zuvörderst der Befriedigung der eigenen Forderung dienen soll.³²⁷ Eben diese Sicherheit respektiert das Insolvenzvertragsrecht mit der Regelung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO, indem der AVP ein Befriedigungsvorrang gewährt wird. Die Vorschrift zielt also darauf ab, dass die Vertragspartner der noch nicht erfüllten Verträge nicht zu einem Tausch von Leistung gegen Insolvenzquote gezwungen werden und ihnen das Vorrecht, auf den Wert des Vertragsanspruchs der IVP vor allen anderen Gläubigern zuzugreifen, auch im Insolvenzverfahren

324 *Von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (461).

325 *Von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (462); *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 2.21, 5.51.

326 *Von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (462, 463).

327 *Von Wilmsowsky*, KTS 2011, 453 (463, 464).

ren nicht entzogen wird.³²⁸ Doch diese Anerkennung des Befriedigungsvorrechts am Wert des Anspruchs der IVP würde ins Leere laufen, wenn sich dessen Wert durch Zeitablauf reduziert und am Tag der Verwertung unter Umständen keine Befriedigung durch Verrechnung erzielt werden kann. Ließe man es zu, dass der AVP die Belastungen durch Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP aufgebürdet werden, so würde die mit § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO beabsichtigte Intervention des Vertragsrechts ihr Ziel verfehlen. Ja, es würde sogar ein Widerspruch in § 103 InsO vorliegen, wenn die gesetzliche Regelung aufzeigt, dass sie ein Befriedigungsvorrecht hinsichtlich der Sicherheit anerkennt, aber zugleich durch die Wirkung dieser Norm ein Wertverlust der Sicherheit durch Zeitablauf verursacht wird und hierfür keine Kompensationsmöglichkeit vorgesehen ist.

dd. Zwischenergebnis zu Regeln des Verwertungsrechts und Verteilungsrechts

Den Vertragspartnern von Verträgen im Stadium des § 103 InsO sollen durch das Insolvenzverfahren keine Belastungen in Form von Wertverlusten ihrer Sicherheit aufgebürdet werden. Treten diese dennoch hervor, was durch Einflüsse wie den Zeitablauf und Schwankungen auf dem Markt nicht verhindert werden kann, sprechen sowohl die insolvenzrechtlichen Grundprinzipien für die Verwertung als auch für die Verteilung des Insolvenzvermögens dafür, dass der AVP ein Ausgleich gewährt werden muss. Aus den Prinzipien des Insolvenzverwertungsrechts ist zu entnehmen, dass Belastungen, die dadurch entstehen, dass die Verwertung Zeit benötigt, den Verfahrenskosten zugeteilt werden sollen. Die Belastungen der AVP durch Zeitablauf dürfen folglich nicht bei ihr verbleiben, sondern müssen als Verfahrenskosten sozialisiert werden. Und auch die Prinzipien des Insolvenzverteilungsrechts unterstützen diese Schlussfolgerung. Diesbezüglich ergab die Untersuchung, dass die AVP durch das Verfahren keine Befriedigungseinbußen erleiden darf, welche die Verteilungsverhältnisse zwischen den Gläubigern verändern. Beim Auftreten derartiger Nachteile ist zur Wiederherstellung des ursprünglichen Verteilungsverhältnisses durch eine Ausgleichszahlung eine Korrektur vorzunehmen.

328 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (464, 465); vgl. *Marotzke*, *Gegenseitige Verträge*, Rn. 2.21, 5.42 ff., 8.6.

b. Orientierung am Ausgleichsanspruch aus § 172 Abs. 1 InsO

Das Gesetz besitzt mit § 172 Abs. 1 InsO bereits eine Vorschrift, die einem gesicherten Gläubiger einen Ausgleichsanspruch gewährt, um ihn vor Befriedigungseinbußen durch Zeitablauf zu bewahren. Inwiefern dieser Paragraph auch zur Lösung der Problematik der Befriedigungseinbußen der AVP beitragen kann, soll daher näher untersucht werden.

aa. Zweckbestimmung und Anwendungsbereich der Norm

In § 172 Abs. 1 InsO heißt es: „Der Insolvenzverwalter darf eine bewegliche Sache, zu deren Verwertung er berechtigt ist, für die Insolvenzmasse benutzen, wenn er den dadurch entstehenden Wertverlust von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an durch laufende Zahlungen an den Gläubiger ausgleicht. Die Verpflichtung zu Ausgleichszahlungen besteht nur, soweit der durch die Nutzung entstehende Wertverlust die Sicherung des absonderungsberechtigten Gläubigers beeinträchtigt.“ Wie gegenüber jeder Rechtsnorm ist vom Rechtsanwender der maßgebliche Wille des Gesetzgebers zu ermitteln. Für die Bestimmung des gesetzgeberischen Willens sind verschiedene Auslegungsmethoden anerkannt. Der Regelungszweck ist in erster Linie in der Deutung des Wortlautes zu suchen, wobei hier aber nicht stehen geblieben werden darf, sondern zur weiteren Deutung auch eine systematische, teleologische und historische Auslegung in das Gesamtbild einfließen muss.³²⁹ Denn, wie *Larenz* es bereits ausgedrückt: „Die Flexibilität, der Nuancenreichtum und die Anpassungsfähigkeit der allgemeinen Sprache ist ihre Stärke und Schwäche zugleich.“³³⁰ Es kann daher in manchen Fällen der Rechtsanwendung zweifelhaft sein, ob es sich noch um eine sehr weite Auslegung oder bereits um Lückenergänzung durch Analogie handelt.³³¹ Doch ganz gleich, ob der Rechtsanwender das Gesetz anpasst oder ergänzt, bleiben die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm bei Verfolgung dieser Absicht erkennbar getroffenen Wertentscheidungen eine verbindliche Richtschnur.³³² Daher nimmt das

329 BGH, Urt. v. 30.06.1966 - KZR 5/65 = GRUR 1967, 158 (159); *Larenz*, Methodenlehre, S. 305; *Gern*, NVwZ 1995, 1145 (1145, 1146).

330 *Larenz*, Methodenlehre, S. 306.

331 *Larenz*, Methodenlehre, S. 308.

332 *Larenz*, Methodenlehre, S. 313.

Herausarbeiten des Willens des Gesetzgebers in beiden Fällen eine zentrale Rolle ein.

Der Gesetzgeber bediente sich mit den Begriffen „bewegliche Sache“ und „absonderungsberechtigte Gläubiger“ juristischen Ausdrücken, denen bereits eine ganz spezifische Bedeutung zugemessen wurden.³³³ In dieser Hinsicht weist der Wortlaut des § 172 Abs. 1 InsO keine sprachlichen Ungenauigkeiten auf. Für den Rechtsanwender ist bei einer grammatikalischen Auslegung erkennbar, dass die Norm sich auf körperliche Gegenstände (vgl. § 90 BGB) und die in §§ 49, 50, 51 InsO aufgeführten Gläubiger mit Absonderungsrechten bezieht. Lediglich die Formulierung „Nutzung“ gewährt einen größeren Spielraum bei der Deutung. Nach allgemeinem Sprachgebrauch wird mit der Benutzung eines beweglichen Gegenstandes regelmäßig ein aktives Gebrauchen der Sache verstanden. Doch die Abgrenzung ist nicht immer eindeutig möglich, da eine Nutzung im weiteren Sinne und je nach Gegenstand auch durch ein Liegenlassen und Abwarten erfolgen kann.³³⁴

Zur Erschließung des dem Gesetz innewohnenden Sinns liefert auch der Bedeutungszusammenhang des Gesetzes weitere Erkenntnisse.³³⁵ Die Norm befindet sich im dritten Abschnitt, der die Überschrift „Gegenstände mit Absonderungsrechten“ trägt. Der Begriff Gegenstand ist ein Synonym für Rechtsobjekt und umfasst in seiner Bedeutung nicht nur Sachen, sondern auch Rechte, wie z. B. Forderungen.³³⁶ Allein aus dem Inhalt der Überschrift des Abschnitts lässt sich aber nicht der Rückschluss ziehen, dass der § 172 Abs. 1 InsO entgegen seines klar formulierten Wortlauts („bewegliche Sachen“) weiter zu verstehen sein könnte. Hätte der Gesetzgeber in der Norm auch Forderungen regeln wollen, wäre eine Unterscheidung wie in § 166 Abs. 1 und Abs. 2 InsO nach körperlichen und unkörperlichen Gegenständen naheliegend gewesen. Und bezüglich der Frage der Auslegung des Begriffs „Nutzung“ liefert § 172 Abs. 2 InsO mit den Fällen der Verbindung, Vermischung und Verarbeitung von Sachen zusätzliche Anhaltspunkte dafür, dass sich die Norm nur auf eine Benutzung durch ein Tun beziehen soll. Die systematische Auslegung bestätigt damit die zuvor gefundenen Ergebnisse der grammatikalischen Auslegung.

333 Vgl. zur Möglichkeit der Nutzung von Worten, die einen spezifizierten Inhalt besitzen: *Larenz, Methodenlehre*, S. 307.

334 Vgl.: *Nerlich/Römermann-InsO/Becker*, § 172 Rn. 11; *JaegerKomm-InsO/Eckardt*, § 172 Rn. 79 f.

335 *Larenz, Methodenlehre*, S. 310.

336 *MünchKomm-BGB/Stresemann*, § 90 Rn. 1.

Zusätzlich soll bei der Ermittlung des maßgeblichen normativen Gesetzesinns auch eine historische Analyse berücksichtigt werden.³³⁷ Der Blick in die Gesetzesmaterialien macht deutlich, dass der Gesetzgeber sich mit der Fortführung des schuldnerischen Unternehmens beschäftigte, bei der ein Insolvenzverwalter regelmäßig darauf angewiesen ist, dass er die mit Absonderungsrechten belasteten beweglichen Sachen, die zur wirtschaftlichen Einheit des Unternehmens gehören, weiter für das Unternehmen einsetzen darf. Der Ausgleichsanspruch aus § 172 Abs. 1 InsO sollte diesem Bedürfnis, die Gegenstände gebrauchen zu können, Rechnung tragen und zugleich das berechtigte Sicherungsinteresse des absonderungsberechtigten Gläubigers berücksichtigen, indem zu dessen Gunsten ein Ausgleichsanspruch für nutzungsbedingte Wertverluste des Sicherungsgutes eingeführt wurde.³³⁸ Die vom Gesetzgeber bedachten Sicherungsgegenstände waren damit vor allem technische Geräte wie Fahrzeuge oder Maschinen, die regelmäßig als Sicherheit bestellt werden und durch stetige Benutzung und damit einhergehender Abnutzung einen Wertverlust erleiden. In den Gesetzesmaterialien lässt sich aber kein Hinweis dazu finden, dass der Wortlaut der Norm eine sprachliche Ungenauigkeit aufweist und der Wortsinn weiter zu verstehen sein soll.

Und abschließend soll über eine Auslegung des erkennbaren Zwecks der Norm ermittelt werden, welche Regelungsabsicht der Gesetzgeber verfolgte.³³⁹ Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte sich ein durch die Benutzung des Sicherungsgutes hervorgerufener Wertverlust nicht zum Schaden des Gläubigers auswirken.³⁴⁰ Während die Wertminderung eines Sicherungsgegenstandes für einen gesicherten Gläubiger eine Befriedigungseinbuße hervorruft, verschafft die Nutzung dieses Sicherungsgegenstandes den übrigen Gläubigern Vorteile durch fortlaufend generierte Einnahmen des Unternehmens sowie einer gesteigerten Chance für eine Betriebsfortführung, denn aufgrund des ununterbrochenen Betriebsablaufs wird sowohl eine erfolgreiche Reorganisation des Unternehmens als auch die Übertragung auf einen neuen Träger erleichtert. Und schließlich verspricht auch die Sachgesamtheit eine Wertsteigerung³⁴¹ und hieraus resultierende höhere Verwertungserlöse zugunsten der ungesicherten

337 *Larenz*, Methodenlehre, S. 313.

338 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 197 RegE (= § 172 InsO).

339 *Larenz*, Methodenlehre, S. 313, 318.

340 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 197 Abs. 1 RegE (= § 172 InsO).

341 Siehe hierzu: *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 20.

Gläubiger. Diese Vorteile, in deren Genuss die ungesicherten Gläubiger kommen wollen, sollen aber nicht auf Kosten der absonderungsberechtigten Gläubiger erlangt werden. Indem die Wertverluste des Sicherungsgutes durch Zahlungen an den gesicherten Gläubiger ausgeglichen werden, soll dieser am Ende des Verfahrens den Verwertungserlös erhalten, den das Sicherungsgut ihm ohne die weitere Nutzung eingebracht hätte. Der Gesetzgeber entschied sich genau dieses Rechtsproblem, also die auf Benutzung beruhenden Wertverluste an körperlichen Gegenständen, zu lösen, indem er den absonderungsberechtigten Gläubigern diesbezüglich einen Ausgleichsanspruch gewährte. Auch nur hierin ist der vom Gesetzgeber bestimmte Zweck der Vorschrift zu sehen.

Der über die Wortlautauslegung anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs zuvor abgesteckte enge Anwendungsbereich der Norm wird von der systematischen, teleologischen und historischen Untersuchung nochmals bestätigt. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Wortlaut des § 172 Abs. 1 InsO den gesetzgeberischen Willen nur unzureichend wiedergibt. Bezüglich solcher Fälle, in denen ein Wertverlust auf bloße Alterung des Sicherungsgegenstandes oder auf dem Absinken des Marktwertes basiert, kommt damit eine direkte Anwendung der Norm nicht infrage, obwohl hierdurch gleichfalls Befriedigungseinbußen zu beklagen sein können. Ebenfalls vom § 172 Abs. 1 InsO unbeachtet bleiben unkörperliche Sicherungsgegenstände wie Sicherungsrechte an sonstigen Rechten, auch wenn deren Werte gleichfalls Schwankungen unterliegen können und damit dieselben Folgen hervorgerufen werden. Und schließlich sind von dem Ausgleichsanspruch nur absonderungsberechtigte Gläubiger, nicht aber Vertragspartner aus noch nicht erfüllten Verträgen begünstigt.

Unklar bleibt auch nach der vorherigen Analyse, ob der Gesetzgeber all diese Fälle gezielt ausgrenzen wollte, indem er die Reichweite der Norm so eng absteckte oder ob er das volle Ausmaß des Rechtsproblems möglicherweise nicht erkannt hatte und hierfür eine Regelung getroffen hätte, wenn ihm dies bewusst geworden wäre. Die Analyse einer Vorschrift anhand der Methodenlehre untersucht nur, welche Möglichkeiten für eine Auslegung bestehen, bei der ein Rechtsanwender teils auch bis zur äußersten Grenze der Wortlautgrenze vordringen kann. Bewegt sich der Rechtsanwender hingegen jenseits der Grenze des möglichen Wortsinns, so bedient er sich einer Analogie als Mittel der Rechtsfortbildung.³⁴² Es drängt sich

342 *Larenz*, Methodenlehre, S. 310, 338; *Gern*, NVwZ 1995, 1145 (1146); *Schmidt*, VerwArch 2006, 139 (164); *Beaucamp*, AÖR 2009, 83, (84); *vgl.*: BGH, Urt. v. 30.06.1966 - KZR 5/65 = GRUR 1967, 158 (159).

die Frage auf, ob und in welchem Umfang der Anwendungsbereich des § 172 Abs. 1 InsO im Wege der Analogie erweitert werden kann. Bei dieser Untersuchung sind drei Schwerpunkte herauszubilden: die Möglichkeit der Rechtsfortbildung hinsichtlich unkörperlicher Gegenstände, einem Wertverlust durch Zeitablauf sowie der Erweiterung des Anwendungsbereichs auch um eine weitere Gläubigergruppe (den Vertragspartnern der noch nicht erfüllten Verträge). Bezüglich der ersten zwei Schwerpunkte bestehenden zugunsten der absonderungsberechtigten Gläubiger bereits etablierte Meinungen in der Rechtswissenschaft, auf welche Bezug genommen werden kann. Auf Basis dieser Erkenntnisse soll sodann die Frage geklärt werden, ob der § 172 Abs. 1 InsO durch Analogieschluss auch zugunsten der AVP Anwendung finden kann oder ob sich ergibt, dass das Insolvenzvertragsrecht mit Orientierung an diese Vorschrift um ein neues Wertausgleichsinstitut erweitert werden sollte.³⁴³

bb. Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 172 Abs. 1 InsO im Wege der Analogie

(1) Allgemeine Voraussetzungen einer Analogie

Nach der juristischen Methodenlehre der Interessensjurisprudenz dient jede Rechtsnorm der Beilegung von Konflikten, die teils unmittelbar durch die Norm entschieden werden oder durch die Übertragung der Wertvorstellung auf einen unregulierten Sachverhalt gelöst werden sollen.³⁴⁴ Da Gesetze alle Einzelfälle der Lebenswirklichkeit aber nie vollständig erfassen können, ist der Analogieschluss notwendig für die Rechtserkenntnis und als Mittel der richterlichen Rechtsfortbildung ausdrücklich anerkannt.³⁴⁵ Eine Analogie ist „die Übertragung der für einen Tatbestand (A) [...] im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm „ähnlichen“ Tatbestand (B)“. ³⁴⁶ Aufgrund des Nichtvorhandenseins einer gesetzlichen Regelung und infolge der Ähnlichkeit beider Lebens-

343 Den Vorschlag für eine Ergänzung des allgemeinen Insolvenzvertragsrechts um einen Ausgleichsanspruch nach dem Vorbild aus § 172 InsO macht auch *von Wilimowsky*: Kübler/Prütting/Bork-InsO/*von Wilimowsky*, § 104 Rn. 179, 180.

344 *Roth*, Interessenswiderstreit im Insolvenzeröffnungsverfahren, S. 60, 61.

345 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1983 - 2 BvR 485/80 = ZIP 1984, 78, 2. LS; vgl.: BGH, Urt. v. 30.06.1966 - KZR 5/65 = GRUR 1967, 158; *Gern*, NVwZ 1995, 1145 (1146); *Schmidt*, VerwArch 2006, 139 (139, 141); *Beaucamp*, AöR 2009, 83 (86).

346 *Larenz*, Methodenlehre, S. 365; vgl. *Gern*, NVwZ 1995, 1145 (1146).

sachverhalte ist eine Übertragung der Rechtsfolge von Analogiebasis auf Analogieziel gerechtfertigt und eine Anpassung des Gesetzes im Interesse der Gerechtigkeit sogar geboten.³⁴⁷ Da jedoch die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und dessen getroffene Wertentscheidungen auch bei der Rechtsfortbildung maßgeblich sind, muss verlangt werden, dass die Regelungslücke planwidrig ist.³⁴⁸ Dies ist der Fall, wenn sich das Gesetz in der wertenden Gesamtauslegung als unvollständig darstellt, weil entweder eine Fallgruppe offensichtlich nicht berücksichtigt wurde,³⁴⁹ sie somit „vergessen“ wurde oder diese Fallgruppe zum Zeitpunkt der Gesetzgebung noch nicht existent war³⁵⁰ und dadurch nicht bedacht werden konnte.

Die Voraussetzungen für die Übertragung einer Rechtsfolge einer Norm auf einen vom Wortlaut nicht erfassten Fall sind damit:

- das Bestehen einer planwidrigen gesetzlichen Regelungslücke und
- die Vergleichbarkeit der Lebenssachverhalte.

(2) Wertverluste an unkörperlichen Gegenständen

Wertverluste an sicherungsübertragene unkörperliche Gegenstände werden weder von § 172 Abs. 1 InsO noch von einer anderen Norm des Insolvenzrechts berücksichtigt. Dies erscheint auch insofern unschädlich, als der Verwalter ohnehin durch § 166 Abs. 1 und Abs. 2 InsO nur zur Verwertung von beweglichen Sachen sowie Forderungen, die der Schuldner zur Sicherheit abgetreten hat, berechtigt ist. Bezüglich sonstiger Sicherheiten bleibt nach § 173 InsO das Recht des Gläubigers zur Verwertung unberührt. Doch die Differenzierungen in § 166 InsO stoßen durch ihr teils geringes Maß an Praktikabilität auf erhebliche Kritik. So ist dem Verwalter bereits die Verwertung einer sicherungsübereigneten Sache dann entzogen, wenn sie sich ausnahmsweise beim Gläubiger befindet. Und obwohl die Bedeutung der gewerblichen Schutzrechte bei Insolvenzverfahren zukünftig zunehmen wird³⁵¹ und diese Rechte für eine Unternehmensfortführung essenziell sein können, werden sie gleichfalls nicht von § 166 InsO erfasst. Anstatt dem Verwalter eine Verwertungs- und Benutzungsbefug-

347 Schmidt, VerwArch 2006, 139 (142); *Beaucamp*, AöR 2009, 83 (86); *Gern*, NVwZ 1995, 1145 (1146).

348 Larenz, Methodenlehre, S. 313.

349 Larenz, Methodenlehre, S. 382, 397; *Beaucamp*, AöR 2009, 83 (86); *Gern*, NVwZ 1995, 1145 (1146).

350 Larenz, Methodenlehre, S. 363; *Beaucamp*, AöR 2009, 83 (85).

351 Siehe hierzu: *Wallner*, ZInsO 1999, 453 (453).

nis auch für ein wichtiges Patent oder eine Marke einzuräumen, bleiben diese bei einer zuvor erfolgten Sicherungsübertragung den individuellen Zugriffen der Absonderungsberechtigten ausgesetzt. Damit ist dem gesetzgeberischen Ziel, die für die Unternehmensfortführung unentbehrlichen Betriebsmittel zusammenzuhalten und die Sanierungschancen des Unternehmens zu erhöhen, nur unzureichend gedient.³⁵² Die Lösung des Problems könnte in einer analogen Anwendung des § 166 InsO und mithin auch des § 172 Abs. 1 InsO bezüglich unkörperlicher Gegenstände gefunden werden. Zweifel, dass es sich bezüglich des Nichterwährens von unkörperlichen Gegenständen jedoch um eine planwidrige Regelungslücke handelt, kann der ursprünglich vorgesehene, später jedoch gestrichene § 199 RegE schüren. Dieser behandelte die Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters für Rechte, die mit Absonderungsrechten belastet sind und für die Geschäftsführung benötigt werden. Auf Antrag des Verwalters und nach Anhörung des Gläubigers sollte das Gericht anordnen können, dass er das Recht für die Insolvenzmasse nutzen darf.³⁵³ Da die Norm ersatzlos gestrichen wurde, könnte hierin eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine solche Regelung zu erkennen sein.³⁵⁴ Häcker belegt jedoch plausibel, dass die Streichung des § 199 RegE eine planwidrige Lücke im Gesetz hinterließ. Vor allem die Begründung zur Streichung dieser Vorschrift offenbart, dass sich der Rechtsausschuss der Folgen hinsichtlich der mit Absonderungsrechten belasteten Rechte nicht bewusst war. Nicht nur die Wortwahl der Begründung, sondern auch ihre Argumentation selbst bezieht sich nur auf bewegliche Sachen und damit auf § 199 Abs. 1 Satz 1 RegE und nicht auf die Verwertungsbefugnisse für Rechte, die in § 199 Abs. 1 Satz 2 RegE geregelt waren.³⁵⁵ Diese Ausarbeitung vermag zu überzeugen und ein Beleg für eine planwidrige Lücke gegeben sein.

352 So auch: Nerlich/Römermann-InsO/Becker, § 172 Rn. 16, 18; Häcker, ZIP 2001, 995 (996); Wallner, ZInsO 1999, 453 (453); Siehe zur Diskussion über die Reichweite der Norm auch: Gundlach/Frenzel/Schmidt, NZI 2001, 119 (123f.).

353 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, § 199 RegE.

354 So: Gundlach/Frenzel/Schmidt, NZI 2001, 119 (123); Wallner, ZInsO 1999, 453 (454, 455), der das Nichterfassen der sonstigen Rechte jedoch als bedenklich erachtet und für eine Korrektur des Gesetzes plädiert; hingegen ablehnend: Häcker, ZIP 2001, 995 (998).

355 Häcker, ZIP 2001, 995 (998, 999); siehe: Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302, Erläuterungen zu § 199 RegE, hier findet sich die Begründung, dass ein „gerichtliches Verfahren zur Herausgabe von Pfandsachen“ nicht erforderlich sei, obwohl es in dem § 199 Abs. 1 Satz 2 RegE auch um Forderungen ging, sowie das unterstützende Argument, dass es ausreichend sei, dass der Verwalter die Möglichkeit hat, die gesicherte Forderung zu berichtigen.

In der Literatur wird ausführlich diskutiert, ob die Sachlage zwischen der Benutzung von körperlichen und unkörperlichen Sicherungsgegenständen in Hinblick auf den Zweck der §§ 166, 172 Abs. 1 InsO vergleichbar ist und daher eine Analogie geboten ist.³⁵⁶ Dabei zeigt *Becker* anhand verschiedener Beispiele nachvollziehbar auf, dass auch unkörperliche Gegenstände Wertverluste erleiden können und damit die Sicherung des Absonderungsberechtigten beeinträchtigt wird. So führt die Verwendung eines geschützten Geschmacksmusters bei einer Produktion von Waren und die Marktsättigung mit dem Erzeugnis bei einer späteren Verwertung dazu, dass nur noch geringe Erlöse mit dem Geschmacksmuster zu erzielen sind. Gleiches gilt für die Verbreitungsrechte z. B. bezüglich eines Kinofilms, der dem Publikum nach einiger Zeit überdrüssig wird. Und ein Patent kann wertlos werden, wenn die technische Entwicklung voranschreitet, ohne dass das patentierte Gut jemals an den Markt gebracht worden wäre. Gleichfalls können auch die Verwertungsrechte an einem Buchmanuskript in ähnlicher Weise wertlos werden, wenn der Verfasser bereits eine Neuauflage beabsichtigt.³⁵⁷ Die Aufzählung kann leicht erweitert werden. Neben den gewerblichen Schutzrechten können auch Rechte wie z. B. Gesellschaftsanteile als Sicherheit bestellt werden und Wertschwankungen unterliegen. Für den Sicherungsnehmer tritt immer dann eine Befriedigungseinbuße ein, wenn die ihm zur Befriedigung zustehende Sicherheit an Wert verliert. Ob der Sicherungsgegenstand ein körperlicher oder unkörperlicher ist, macht dabei keinen Unterschied. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Sachlagen soll auch bezüglich unkörperlicher Gegenstände, die der Verwertungsbefugnis des Verwalters unterliegen und einen Wertverlust erleiden können, durch Analogieschluss ein Wertausgleichsanspruch bejaht werden.

ten um die Sache vom gesicherten Gläubiger herauszuverlangen. Doch gerade sicherungsübertragene gewerbliche Schutzrechte, wie Markenbezeichnungen, sind häufig mit derartig hohen Forderungen belastet, dass eine vorzeitige Begleichung dieser der Insolvenzverwaltung häufig nicht möglich ist.

356 Nerlich/Römermann-InsO/*Becker*, § 172 Rn. 47, 48; KölnKomm-InsO/*Hess*, § 172 Rn. 2; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier-InsRKomm/*Bähr/Lau*, § 172 Rn. 4; die Gefahr von Wertverlusten bezüglich sicherungsübereigneter gewerblicher Schutzrechte allerdings als gering einstufend: *Häcker*, ZIP 2001, 995 (1000).

357 Nerlich/Römermann-InsO/*Becker*, § 172 Rn. 47.

(3) Wertverluste durch Zeitablauf (Alterung oder Marktpreisschwankung)

Da die Norm nur einen „durch die Nutzung entstehenden Wertverlust“ nennt, bleiben für eine direkte Anwendung sämtliche Wertverluste des Sicherungsgegenstandes unberücksichtigt, die allein mit dem Zeitablauf bis zur Verwertung durch die Insolvenzverwaltung in Verbindung stehen. Angesprochen sind hier Wertverluste, die durch die Alterung des Sicherungsguts oder durch einen gesunkenen Marktpreis eintreten und somit gleichfalls Befriedigungseinbußen für den Sicherungsnehmer verursachen. Eine planwidrige Lücke wird teilweise mit Hinblick auf die Zinszahlungspflicht nach § 169 InsO verneint. Die Norm würde bereits das Ziel verfolgen, den Sicherungsnehmer vor Wertverlusten des Sicherungsgutes aufgrund der Verfahrensdauer zu schützen.³⁵⁸ Ob hinter dem Regelungszweck des § 169 InsO tatsächlich diese Absicht steht, lässt sich aus den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. In der Gesetzesbegründung zum § 169 InsO heißt es lediglich, der absonderungsberechtigte Gläubiger soll keinen Schaden dadurch erleiden, dass die Verwertung des Sicherungsgutes im Interesse einer Unternehmensfortführung oder einer Gesamtveräußerung hinausgeschoben wird.³⁵⁹ Unklar ist, ob mit Schaden ein Wertverlust des Sicherungsgegenstandes gemeint ist oder andere Nachteile ausgeglichen werden sollen. Der BGH erklärte diesbezüglich, die Zinszahlung soll ein Ausgleich dafür sein, dass der gesicherte Gläubiger geraume Zeit auf die ihm zustehenden Verwertungserlöse warten muss.³⁶⁰ Mit der Verzinsung nach § 169 InsO wird der Gläubiger regelmäßig in die Lage versetzt wirtschaftliche Einbußen zu vermeiden und sich beispielsweise die durch das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters vorenthaltene Liquidität anderweitig zu beschaffen.³⁶¹ Die Höhe des Zinszahlungsanspruchs richtet sich in erster Linie nach den Zinsen, die der Gläubiger aus dem Schuldverhältnis mit dem Schuldner beanspruchen konnte.³⁶² Von einem Wertverlust des Sicherungsgegenstandes ist der Zinszahlungsanspruch folglich nicht abhängig und der Ausgleich eines Verlustes, der ganz unterschiedli-

358 Häcker, ZIP 2001, 995 (1000).

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

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

361 BGH, Urt. v. 16.02.2006 - IX ZR 26/05= NJW 2006, 1873, Rn. 31; dies bestätigt: Nerlich/Römermann-InsO/Becker, § 169 Rn. 2; MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 10.

362 BGH, Urt. v. 16.02.2006 - IX ZR 26/05= NJW 2006, 1873, 3. LS.

che Ausmaße einnehmen kann, ist von der Norm auch nicht bezweckt. § 169 InsO will dem gesicherten Gläubiger die Überbrückung der Verfahrensdauer erleichtern und ist damit nicht geeignet, die vom § 172 Abs. 1 InsO nicht erfassten Fälle aufzufangen, sodass auch diesbezüglich eine Lücke zu bejahen ist, die nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt war.

Beim Vergleich von aktiven und passiven Verhaltensweisen ist zu berücksichtigen, dass diese Unterscheidung zu einem großen Teil theoretischer Natur ist. Tatsächlich ist die Verhaltensweise eines Benutzens oder Nichtbenutzens nur schwer voneinander abzugrenzen. So können auch ein Liegenlassen und Abwarten als ein Benutzen einzuordnen sein,³⁶³ insbesondere, wenn dies bewusst zur Erreichung eines bestimmten Ziels erfolgt. Von einigen Autoren wird daher befürwortet, dass nach § 172 Abs. 1 InsO auch Wertverluste ausgeglichen werden müssen, die mit dem bloßen Verstreichenlassen der Zeit einhergeht.³⁶⁴ Der Ansicht ist zuzustimmen. Selbst wenn der Gegenstand nicht durch aktives Tun gebraucht wird, so dient auch das Hinausschieben der Verwertungsentscheidung, also das Nichtverwerten von Sicherungsgegenständen, der Erzielung eines optimalen Verwertungserlöses und stellt somit eine Form der Benutzung des Gutes dar. Ein großes Zeitkontingent ist beispielsweise vorteilhaft bei der Suche nach einem neuen Unternehmensträger und ermöglicht es der Insolvenzverwaltung zugunsten der ungesicherten Gläubiger einen möglichst hohen Erlös zu erzielen.

Doch nicht nur das Nichtnutzen ist dem Benutzen gleichzusetzen, auch die Folgen, die hieraus für den gesicherten Gläubiger entstehen, sind die gleichen. Genauso wie ein mechanisches Gebrauchen eines Sicherungsgutes Wertverluste verursacht, gilt dies auch für das Verstreichenlassen der Zeit, da der Wert des Sicherungsguts für gewöhnlich kontinuierlich sinkt. Der Markt reagiert häufig sehr empfindlich auf einen Zeitablauf und bietet bereits weniger für eine Sache, wenn sie lediglich für eine gewisse Zeit bereitgehalten wurde, ohne tatsächlich zum Einsatz gekommen zu sein.³⁶⁵ Nur bezüglich seltener Güter wie Gemälde, Oldtimer u. ä., steigt der Wert eines Sicherungsgutes bei voranschreitender Zeit. Doch da diese Wertsteigerung zum Vorteil aller Gläubiger ist (der gesicherte Gläubiger kann

363 Nerlich/Römermann-InsO/Becker, § 172 Rn. 11; JaegerKomm-InsO/Eckardt, § 172 Rn. 79 f.

364 Nerlich/Römermann-InsO/Becker, § 172 Rn. 11; das Ziel der Norm als „Ausgleich für die Nichtverwertung“ bezeichnet: 47; Braun-InsOKomm/Dithmar, § 172 Rn. 1, 2; andere Ansicht: Uhlenbruck-InsO/Brinkmann, § 172 Rn. 8; K.Schmidt-InsO/Sinz, § 172 Rn. 8.

365 Nerlich/Römermann-InsO/Becker, § 172 Rn. 11.

voll befriedigt werden und der Übererlös an die ungesicherten Gläubiger verteilt werden) und dem gesicherten Gläubiger zudem nach § 169 InsO einen Zinszahlungsanspruch für die Dauer der verzögerten Verwertung und späteren Verteilung des Erlöses zusteht, bedarf es diesbezüglich keines weiteren Ausgleichs.

Im Ergebnis ist damit festzustellen, dass die Unterscheidung nach aktiv und passiv herbeigeführten Wertverlusten nicht sachgemäß ist. Beim Umgang mit möglichen Einbußen durch Wertverluste darf es keinen Unterschied machen, ob die Befriedigungseinbuße des gesicherten Gläubigers durch aktives Tun oder passive Umstände eintrat. Es ist allein relevant, ob ein Wertverlust des Sicherungsgegenstandes während des Entzugs der individuellen Verwertungsbefugnisse des Gläubigers entstand und nicht aufgrund welcher Ursache dies erfolgte. Eine Analogie auch für Wertverluste, die auf Zeitablauf beruhen, ist somit geboten. Eine solche Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 172 Abs. 1 InsO führt auch nicht zu einer übermäßigen Belastung der ungesicherten Gläubiger, denn es besteht die Möglichkeit der Befreiung von einer Pflicht zum Wertausgleich, indem der Insolvenzverwalter den Gegenstand zur Verwertung an den gesicherten Gläubiger gem. § 170 Abs. 2 InsO frühzeitig freigibt.³⁶⁶

Es können somit zwei Analogieschlüsse bezüglich des § 172 Abs. 1 InsO zugunsten der absonderungsberechtigten Gläubiger geboten sein. Zum einen die Erweiterungen des Anwendungsbereichs hinsichtlich unkörperlicher Gegenstände und zum anderen hinsichtlich eines Wertverlustes, der durch Zeitablauf eintrat. Dies verstärkt den Schutz der absonderungsberechtigten Gläubiger vor Belastungen durch das Insolvenzverfahren. Zu klären ist weiterhin, ob ein Ausgleichsanspruch aus § 172 Abs. 1 InsO mit seinem erweiterten Anwendungsbereich auch einem Vertragspartner eines noch nicht erfüllten Vertrags zugutekommen kann und in diese Richtung gleichfalls eine analoge Anwendung vorgenommen werden sollte.

(4) Gläubiger noch nicht erfüllter Verträge

Obwohl der Gesetzgeber erkannte, dass in der Zeitspanne von Eröffnung bis zur tatsächlichen Verwertung des Sicherungsgutes Wertverluste des Sicherungsgutes eintreten können und ein Regelungsbedürfnis bezüglich der Befriedigungseinbußen der absonderungsberechtigten Gläubiger annehm, blieben die Befriedigungseinbußen der Vertragspartner von Ver-

366 Braun-InsOKomm/*Dithmar*, § 172 Rn. 6.

trägen im Stadium des § 103 InsO aufgrund von Wertverlusten in den gesetzlichen Regeln der InsO unbeachtet. Und obwohl die Rechtsliteratur sich um Analogieschlüsse zur Stärkung des Schutzes der absonderungsberechtigten Gläubiger auch bezüglich unkörperlicher Sicherungsgegenstände und Wertverluste durch Zeitablauf bemühte, blieb die Problematik zu Einbußen der AVP größtenteils ungesehen. Die vorhandene Diskussion richtet sich lediglich auf einen kleinen Bereich des Insolvenzvertragsrechts zu den Eigentumsvorbehaltskaufverträgen. In der Insolvenz des Vorbehaltskäufers soll nach Meinung einiger Autoren der § 172 Abs. 1 InsO analog anzuwenden sein, wenn bei einer Nutzung einer unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware ein Wertverlust eintritt, der nach einer Nichtgeltendmachungsentscheidung zu einer Befriedigungseinbuße des Vorbehaltsverkäufers führt.³⁶⁷ Wie sich die Rechtslage jedoch allgemein für Vertragspartner noch nicht erfüllter Verträge darstellt, ergibt sich hieraus selbstverständlich nicht. Gerade diese Frage ist jedoch zu klären.

Ruft man sich das Ziel des § 172 Abs. 1 InsO in Erinnerung, das darin besteht, den Eingriff in die Rechtsstellung des Gläubigers, den Verlust des eigenen Verwertungsrechtes zu kompensieren,³⁶⁸ so ist hierin ein Gedanke zu erblicken, der für alle gesicherten Gläubiger zutrifft. Ebenso wie die absonderungsberechtigten Gläubiger ist auch die AVP eines noch nicht erfüllten Vertrags durch den Vertragsanspruch der IVP gesichert. Beide gesicherten Gläubiger könnten in der Solvenz ohne Zeitverzug Befriedigung aus ihrem Sicherungsgegenstand erlangen. Doch ebenso wie dem absonderungsberechtigten Gläubiger wird auch der AVP das Warten auf die Verwertung durch die Insolvenzverwaltung abverlangt, mit der Folge, dass ihr Befriedigungseinbußen drohen. Allein die Umstände, dass die Sicherheit ein unkörperlicher Gegenstand ist und dass der, die Befriedigung beeinträchtigende, Wertverlust durch Zeitablauf eintritt, kann hinsichtlich der AVP nicht zu einem anderen Ergebnis führen als das zuvor für die absonderungsberechtigten Gläubiger gefundene.

Doch zwischen einem absonderungsberechtigten Gläubiger und der AVP eines noch nicht erfüllten Vertrags existieren auch wesentliche Unterschiede, welche einer Analogie des § 172 Abs. 1 InsO zugunsten der AVP entgegenstehen könnten. Zu nennen sind die Erlangung und die

367 Eine Analogie des § 172 Abs. 1 InsO bei Eigentumsvorbehaltskaufverträgen befürwortend: MünchKomm-InsO/Vuia, § 107 Rn. 22, Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar, § 107 Rn. 17; Marotzke, JZ 1995, 803 (813); eine Analogie ablehnend aber: Tintelnot, ZIP 1995, 616 (617).

368 Siehe: Braun-InsOKomm/Dithmar, § 172 Rn. 2.

Art der Sicherheit. Der Sicherungsnehmer hat sich vertraglich eine Sicherheit durch die IVP einräumen lassen, wodurch er zur Verwertung des Sicherungsgutes berechtigt ist. Das Sicherungsrecht der AVP ergibt sich hingegen aus dem vertraglichen Synallagma sowie den Einwänden des bürgerlichen Rechts und basiert auf einer ergänzenden Vertragsauslegung. Ein weiterer wesentlicher Unterschied ist darin zu sehen, dass der Verwalter zum einen schuldnerfremdes Vermögen und zum anderen schuldner eigenes Vermögen verwertet. Der Sicherungsgegenstand des absonderungsberechtigten Gläubigers stellt einen Vermögenswert der solventen Vertragspartei dar, zu dessen Verwertung die Insolvenzverwaltung jedoch nach § 166 InsO befugt ist. Demgegenüber verwertet die Insolvenzverwaltung bei einem Vertrag im Stadium des § 103 InsO den Vertragsanspruch der IVP und damit schuldner eigenes Vermögen. Die Verwertung des Insolvenzvermögens gehört nach § 1 InsO zum zentralen Anliegen des Insolvenzverfahrens und zu den Aufgaben der Insolvenzverwaltung. Der AVP wird nicht in der gleichen Weise, wie es bei einem absonderungsberechtigten Gläubiger der Fall ist, eine zuvor vertraglich und vorinsolvenzrechtlich eingeräumte Verwertungsbefugnis entzogen und auf die Insolvenzverwaltung übertragen.

Aufgrund dieser deutlichen Unterschiede bezüglich der beiden Sachverhalte erscheint eine Analogie fraglich. Zulässig ist eine Analogie nur, wenn anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber den betreffenden Sachverhalt bei vollständiger Tatsachenkenntnis und fehlerfreier Umsetzung seines Willens geregelt hätte und damit die Analogie lediglich eine Fortführung des erkennbaren gesetzgeberischen Willens darstellt.³⁶⁹ Die Interessenslagen der Sicherungsnehmer und der Vertragspartner der unerfüllten Verträge sind zwar in mehreren Punkten vergleichbar, die Lebenssachverhalte jedoch insgesamt so unterschiedlich, dass der Gesetzgeber bei Kenntnis von der Lückenhaftigkeit des Gesetzes eine neue gesetzliche Regelung getroffen hätte, die er dann auch innerhalb der Vorschriften des Insolvenzvertragsrechts verortet hätte. Der Rechtsanwender ist nicht befugt, großflächig in das bestehende Regelungssystem durch Rechtsfortbildung einzugreifen. Zur Normsetzung ist in erster Linie die Legislative und nicht die Verwaltung oder Rechtsprechung zuständig. Jeder Rechtsfortbildung durch Analogieschluss stellt deshalb einen Eingriff in den Grundsatz der Gewaltenteilung dar.³⁷⁰ Der Kern der Gesetzgebung ist nur dann nicht

369 Schmidt, VerwArch 2006, 139 (158).

370 Vgl: BVerfG, Beschl. v. 19.10.1983 - 2 BvR 485/80 = ZIP 1984, 78 (80); Gern, NVwZ 1995, 1145 (1147).

angetastet, wenn sich die Analogie auf Lebenssachverhalte beschränkt, die im Wesentlichen bereits geregelt wurden, also von der Analogiebasis bereits tatbestandlich erfasst sind und lediglich in Randzonen noch ungeregelt geblieben waren.³⁷¹ Die Übertragung der Rechtsfolge des § 172 Abs. 1 InsO auf die Gläubiger noch nicht erfüllter Verträge und den durch Zeitablauf hervorgerufenen Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP kann aber gerade nicht als ein Fall aus einer Randzone des Regelungsbereichs des § 172 Abs. 1 InsO betrachtet werden. Statt einer Ergänzung eines unvollständigen Tatbestandes kommt es hierbei zur Schaffung einer vollkommen neuen Rechtsnorm. Für eine so weitgehende Übertragung eines Ausgleichsanspruchs für absonderungsberechtigte Gläubiger auf sämtliche Vertragspartner aus noch nicht erfüllten Verträgen kann aufgrund des Fehlens konkreter Anhaltspunkte kein potenzieller Wille des Gesetzgebers angenommen werden und auch nicht allein auf Gerechtigkeitsempfindungen gestützt werden. Ein mögliches Gedankenexperiment bestätigt das Ergebnis. Hiernach soll eine Analogie nur zulässig sein, wenn der Rechtserkennende auch dann zum gleichen Ergebnis kommen würde, wenn geregelter und ungeregelter Fall getauscht werden.³⁷² Doch die Übertragung einer Regelung bezüglich der AVP auf die absonderungsberechtigten Gläubiger ist vor allem schon deshalb nicht naheliegend, da die AVP bisweilen nicht als ein gesicherter Gläubiger anerkannt wird. Ein weiterer Anhaltspunkt liefert auch ein Beschluss des BVerfG, der verdeutlicht, dass einer richterrechtlichen Rechtsfortbildung im Insolvenzrecht enge Grenzen gesetzt sind. Das BVerfG hielt fest, dass ein Rangvorrecht, welches durch Rechtsfortbildung geschaffen wurde, ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip darstellt und daher verfassungswidrig ist.³⁷³ Alles in allem ist damit schließlich der vom Gesetzgeber vorgegebene enge Anwendungsbereich des § 172 InsO als eine gesetzgeberische Entscheidung vom Anwender des Gesetzes in dieser Ausrichtung zu respektieren. Eine Analogie zugunsten der AVP ist daher abzulehnen.

371 *Gern*, NVwZ 1995, 1145 (1147).

372 *Schmidt*, VerwArch 2006, 139 (146).

373 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1983 - 2 BvR 485/80 = ZIP 1984, 78 (80); *Roth*, ZInsO 2014, 309 (311).

cc. Orientierung zur Fortbildung des Insolvenzvertragsrechts um neuen Anspruch

Auch wenn ein Analogieschluss des § 172 Abs. 1 InsO zur Kompensation der Befriedigungseinbußen der AVP nicht möglich ist, bedeutet dies jedoch nicht, dass das Insolvenzrecht unverändert fortbestehen sollte. Vielmehr offenbaren die in § 172 Abs. 1 InsO zum Ausdruck kommende Wertung des Gesetzgebers und das bestehende hohe Maß an Ähnlichkeiten der Interessenslagen beider Gläubigergruppen, dass eine Weiterentwicklung des Insolvenzrechts geboten ist. Zweifelsfrei darf das Insolvenzrecht einen gesicherten Gläubiger niemals um seine Sicherheiten berauben, was jedoch bezüglich der AVP nach aktueller Gesetzeslage der Fall ist. Es ist eine Aufgabe des Insolvenzrechts, dass der im Sicherungsgegenstand verkörperte Wert auch nach Verfahrenseröffnung haftungsrechtlich dem gesicherten Gläubiger zugeordnet bleibt.³⁷⁴ Der Kollision der gegensätzlichen Interessen der gesicherten und der ungesicherten Gläubiger ist nicht nur zugunsten eines Absonderungsberechtigten, sondern auch bezüglich der AVP mit einem Ausgleichsanspruch zu begegnen. Die Regelung des § 172 Abs. 1 InsO sensibilisiert deshalb für die Ergänzung des Insolvenzvertragsrechts mit einem die AVP begünstigenden Ausgleichsanspruch und bietet eine wichtige Orientierungshilfe.³⁷⁵ Auch der Rechtssicherheit würde durch die Aufnahme eines neuen Wertausgleichsinstituts mehr gedieht sein, als dies durch ein Analogieschluss der Fall wäre. Und ebenso wie den absonderungsberechtigten Gläubigern sollten auch den Vertragspartnern der noch nicht erfüllten Verträge ein Anspruch mit Massestatus zustehen.

c. Orientierung an Grundgedanken zu Optionsgeschäften

Bezüglich der Frage, wie mit Belastungen der AVP während der Schwebezeit umzugehen ist, könnte auch ein vergleichender Blick auf die Optionsgeschäfte weitere Erkenntnisse bringen. Optionsgeschäfte sind im Wirtschaftsleben stärker verbreitet als allgemein hin angenommen. Der Abschluss eines Darlehensvertrags mit dem Recht einer außerordentlichen Tilgung vor Fälligkeit kann als Beispiel hierzu herangezogen werden.

374 *Von Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 254; *Weiland*, Par condicio creditorum, S. 58; *JaegerKomm-InsO/Eckardt*, § 172 Rn. 3.

375 Dies ebenfalls vorschlagend: *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 179, 180.

Der Darlehensnehmer ist dabei der Käufer eines Optionsrechts und die kreditgewährende Bank verlangt als Verkäufer des Rechts einen höheren Zinssatz.³⁷⁶ Dieses Beispiel soll den Blick für Optionsgeschäfte öffnen. Auch zwischen dem Ausübungsrecht aus einem Optionsgeschäft und dem Verwertungsrecht der Insolvenzverwaltung bei Verträgen im Stadium des § 103 InsO bestehen Ähnlichkeiten, die in diesem Abschnitt untersucht werden sollen. In beiden Konstellationen spielen der Zeitablauf und damit einhergehende Risiken eine entscheidende Rolle. Der Umgang mit Belastungen ist jedoch vollkommen verschieden. Wie sich zeigen wird, schützt das Optionsrecht die Interessen der wartenden Vertragspartei, während im geltenden Insolvenzrecht die wartende solvente Vertragspartei Belastungen hinnehmen muss. Eine Gegenüberstellung soll dies verdeutlichen und schließlich zu Klärung beitragen, ob eine Erweiterung des Insolvenzrechts auch mit einer Orientierung an den Regeln für Optionsgeschäfte zu empfehlen ist.

aa. Begrifflichkeiten und Hintergründe eines Optionsgeschäfts

Eine Option ist ein Vertrag durch den eine Partei, der Optionsgeber, der anderen Partei, dem Optionsnehmer, die Möglichkeit gibt, zu einem bestimmten Termin (Verfalltag) oder innerhalb einer bestimmten Frist einen weiteren Vertrag zu den vorab festgelegten Konditionen abzuschließen.³⁷⁷ Der Abschluss des anderen Vertrags (Hauptvertrag bzw. Basisvertrag) erfolgt durch einseitige Willenserklärung (die sog. Ausübung) seitens des Optionsberechtigten.³⁷⁸ Bezüglich Optionsvertrag und Hauptvertrag handelt es sich somit um unterschiedliche Verträge.³⁷⁹

376 Beispiel von *Heussinger/Klein/Raum*, Optionsscheine, Optionen und Futures, S. 33.

377 *Heussinger/Klein/Raum*, Optionsscheine, Optionen und Futures, S. 60; zur rechtlichen Entstehung des Optionsrechts und zur Frage, ob auch eine einseitige Willenserklärung des Stillhalters ausreicht, siehe: *Breker*, Optionsrechts und Stillhalteverpflichtungen, S. 15 ff.

378 Denkbar ist aber auch die Vereinbarung einer Bedingung, wodurch die Option bei Bedingungseintritt quasi von selbst ausgeübt wird, wenn der Börsenkurs des Basiswerts an einem bestimmten Tag über bzw. unter dem Basispreis liegt, siehe: *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2198).

379 Siehe zur Unterscheidung von Optionsvertrag und Hauptvertrag: BGH, Urt. v. 22.10.1984 - II ZR 262/83 = ZIP 1985, 153 (155); ausdrücklich unterschieden auch im Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302, Erläuterungen zu § 118 Abs. 1 RegE (= § 104 InsO); siehe auch: Kübler/Prütting/Bork-

Ein Optionsrecht gibt dem Berechtigten die Befugnis, einen inhaltlich bereits fixierten Hauptvertrag zustande kommenzulassen, diesen zu verlängern oder einen bestehenden Vertrag aufzuheben.³⁸⁰ Der Hauptvertrag kann auf einen Austausch von Finanzinstrumenten gerichtet sein, aber auch den Transfer von Sachgegenständen oder Dienstleistungen beinhalten.³⁸¹ Die in der Literatur am häufigsten beschriebene Variante des Optionsgeschäfts bezieht sich auf das Recht, einen Vermögensgegenstand zu einem zuvor vereinbarten Preis, den Basispreis, Ausübungspreis bzw. „strike price“, zu kaufen (Kaufoption, „Call“) oder zu verkaufen (Verkaufsoption, „Put“).³⁸²

Im Optionsgeschäft hat der Inhaber der Option das Recht, jedoch nicht die Pflicht, seine Option auszuüben.³⁸³ Die Partei, die das Optionsrecht erwarb, befindet sich in der „Long“-Position. Der Optionsinhaber kann entscheiden, ob er bei Fälligkeit von seinem Recht Gebrauch macht oder ob er die Option verfallen lässt. Die andere Partei ging demgegenüber eine unwiderrufliche Verpflichtung ein, als sie das Optionsrecht verkaufte. Sie befindet sich in der „Short“-Position.³⁸⁴

Unterschieden danach, ob eine Kaufoption oder Verkaufsoption vereinbart wurde und welche Vertragspartei das Optionsrecht erwarb, bestehen folglich vier Möglichkeiten an einem Optionsgeschäft beteiligt zu sein. Hat ein Käufer das Recht, den Optionsgegenstand zu einem bestimmten Preis zu kaufen, befindet er sich in der „Long-Call“-Position. Der Verkäufer, der die Verpflichtung trägt, den Optionsgegenstand zu dem festgelegten Preis zu verkaufen, befindet sich in einer „Short-Call“-Position. Und besitzt der Verkäufer das Recht den Optionsgegenstand zu einem bestimmten Preis zu verkaufen, wählte er eine „Long-Put-Position, wohingegen

InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 75; *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2197); nähere und teils kritische Auseinandersetzung hierzu: *Breker*, Optionsrechts und Stillhalteverpflichtungen, S. 126 ff.

380 *Breker*, Optionsrechts und Stillhalteverpflichtungen, S. 19; MünchKomm-BGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 70.

381 *Breker*, Optionsrechts und Stillhalteverpflichtungen, S. 19.

382 *Hull*, Options, futures, and other derivatives, S. 8, 9; *Breker*, Optionsrechts und Stillhalteverpflichtungen, S. 20; Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 74, MünchKomm-BGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 70; *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2197, 2198).

383 *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2201, 2202); MünchKomm-BGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 70.

384 *Hull*, Options, futures, and other derivatives, S. 9, 215.

gen der Käufer, der die Verpflichtung eingeht, den Optionsgegenstand zu einem bestimmten Preis zu kaufen, eine „Short-Put“-Position eingeht.³⁸⁵

bb. Vergleich Optionsausübungsrecht und Verwertungsrecht der Insolvenzverwaltung

In dem insolvenzrechtlichen Kontext bestehen Ähnlichkeiten zwischen der „Call“-Option und dem Fall der Käuferinsolvenz.³⁸⁶ Befindet sich bei Insolvenzeröffnung ein Vertrag im Stadium des § 103 InsO besitzt die Insolvenzverwaltung die Möglichkeit, den Kaufgegenstand gegen Erbringung der vertraglich vereinbarten Gegenleistung zu erwerben oder eine insolvenzgemäße Abwicklung herbeizuführen. Demgegenüber weist das „Put“-Optionsgeschäft Ähnlichkeiten mit der Verkäufersinsolvenz auf. Die Insolvenzverwaltung besitzt ein Wahlrecht, den Vertragsgegenstand zum vereinbarten Preis an die AVP zu verkaufen oder bei Nichtgeltendmachungsentscheidung der AVP anstelle einer gegenständlichen Befriedigung eine insolvenzgemäße Befriedigung zukommen zu lassen. Welche weiteren Gemeinsamkeiten und Unterschiede bestehen, soll im Einzelnen bei der Gegenüberstellung einer Kaufoption und einer Käuferinsolvenz näher geklärt werden.

(1) Zwecke

Das praktische Bedürfnis zur Eingehung einer Kaufoption besteht, wenn für einen Vertragsinteressenten eine längere Bedenkzeit von Bedeutung ist, weshalb er sich die Möglichkeit des Vertragsschlusses noch einige Zeit lang offenhalten möchte. Die endgültige Entscheidung, ob er das Recht aus der Option zieht, will er von zukünftigen Kriterien abhängig machen. Unter Umständen möchte sich der Optionsnehmer erst von der Verwendbarkeit des angebotenen Produkts überzeugen, um es bei positiver Beurteilung erwerben zu können. Doch auch Spekulationen über Kursschwankungen sind ein häufiger Grund für das Abschließen von Op-

385 *Hull*, Options, futures, and other derivatives, S. 216.

386 Kritisch hingegen zum Vergleich der AVP und dem Stillhalter eines Optionsgeschäfts: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 177.

tionsgeschäften.³⁸⁷ Beabsichtigt der Optionsnehmer einen Gegenstand zu erwerben, wenn der Marktpreis auf ein von ihm erhofftes Niveau ansteigt, so sichert er sich über das Optionsgeschäft die Möglichkeit, den Hauptvertrag wirksam werden zu lassen. Denn neben den Vorzügen, die ihm bereits die längere Überlegungsfrist bietet, kann er gleichzeitig für die Dauer der Überlegungsfrist verhindern, dass der zunächst entschlossene Vertragspartner vom Vertragsschluss doch wieder Abstand nimmt oder das Produkt in der Zwischenzeit einem anderen Marktteilnehmer anbietet.³⁸⁸ Bis der Optionsberechtigte seine Entscheidung zu fällen hat, kann er alle Informationen, die ihm noch zugehen, in die Entscheidung einfließen lassen.

Auch im Insolvenzvertragsrecht wird der Insolvenzverwaltung mit Eröffnung des Verfahrens die Befugnis eingeräumt, zu einem späteren Zeitpunkt über einen bereits geschlossenen Vertrag eine Entscheidung zu treffen. Dieses Zeitfenster, das der Verwaltung zur Verfügung gestellt wird, dient der Vorbereitung der Verwertungsoption und damit der Erlangung eines möglichst hohen Verwertungserlöses. Dabei geht es nicht nur darum, dass die Verwaltung Zeit benötigt, um den objektiven Wert eines Anspruchs zu prüfen. Ebenso wie bei Optionsgeschäften kann es im Insolvenzverfahren vorkommen, dass auch die Insolvenzverwaltung die Brauchbarkeit eines Gegenstandes noch überprüfen muss und dies an weitere Faktoren geknüpft ist. So kann die Verwertungsentscheidung über den Vertragsanspruch der IVP von der Gesamtverwertungsentscheidung über das Unternehmen abhängig sein. Das Hinausschieben der Verwertungsentscheidung über den Anspruch der IVP verschafft der Insolvenzverwaltung bessere Voraussetzung bei der Verwertung des gesamten Unternehmens durch ausreichend Zeit für die Suche nach möglichen Kaufinteressenten und dem Führen von Verhandlungsgesprächen.

(2) Entscheidungskriterien

Der Wert, den der Optionsvertrag für den Optionsnehmer besitzt, zeigt sich noch nicht bei Abschluss des Geschäfts, sondern erst am Verfalltag oder innerhalb der Ausübungsfrist. Dann trifft der Optionsnehmer eine Kosten-Nutzen-Abwägung. Der Berechtigte einer Kaufoption wird sein

387 Breker, Optionsrechts und Stillhalteverpflichtungen, S. 44; MünchKomm-BGB/Busche, Vor § 145 Rn. 71.

388 MünchKomm-BGB/Busche, Vor § 145 Rn. 71.

Recht zum Erwerb des Basiswertes verständlicherweise nur dann ausüben, wenn der Börsenkurs über dem Ausübungspreis der Option liegt, denn sofern der Kurs des Basiswertes unter dem Ausübungspreis liegt, kann der Inhaber der „Call“-Option den Basiswert anderweitig zum günstigeren Börsenkurs kaufen.³⁸⁹

Nach den gleichen Kriterien trifft auch die Insolvenzverwaltung bei der Käuferinsolvenz die Verwertungsentscheidung bezüglich noch nicht erfüllter Verträge. Die Verwaltung wird den Kaufgegenstand nur erwerben, wenn dessen Marktwert über dem mit der AVP vereinbarten Kaufpreis liegt, denn falls der Marktwert für die Kaufsache unterhalb des Kaufpreises liegt, kann die Insolvenzverwaltung den Vertragsgegenstand bei einem anderen Kontrahenten zu einem günstigeren Preis erwerben. Da der noch nicht erfüllte Vertrag ab Insolvenzeröffnung in einen Schwebzustand eintritt, muss die Insolvenzverwaltung ihre Entscheidung nicht sofort treffen. Ihr wird eine Bedenkzeit eingeräumt, wodurch sie neben anderen Vorteilen auch die Möglichkeit erhält, die Entscheidung über die Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP davon abhängig zu machen, wie sich der Marktpreis im Lauf der Zeit entwickelt. Steigt im Verlauf der Schwebzeit der Marktpreis über den vereinbarten Preis, wird die Insolvenzverwaltung eine Geltendmachungsentscheidung treffen. Fällt hingegen der Marktpreis unter den Vertragspreis, wird sie hiervon voraussichtlich absehen.

(3) Wirkungen

Der Optionsberechtigte entscheidet mit der Ausübung der Option über das Wirksamwerden des Hauptvertrags.³⁹⁰ Übt der Berechtigte ein Kaufoption sein Recht aus, so sind die Parteien zur Erfüllung des Hauptvertrages verpflichtet. Übt er es nicht aus, so kommt der Hauptvertrag nicht zustande. Der Stillhalter enthält bei Nichtausübung nichts aus dem Optionsgeschäft, außer einer Prämie.³⁹¹

Bezüglich der Wirkung einer Ausübung oder Nichtausübung bei einem Optionsgeschäft gibt es im Insolvenzvertragsrecht keine Entsprechungen. Es wird zwar größtenteils angenommen, dass eine ablehnende Verwertungsentscheidung zur endgültigen Nichtdurchsetzbarkeit der Vertragsan-

389 Vgl. *Hull*, Options, futures, and other derivatives, S. 214; *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 74, 76.

390 *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 75.

391 *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 74, 76.

sprüche führt und in diesem Zusammenhang erwähnt, dass die Ansprüche umgewandelt werden oder erlöschen,³⁹² diesen Ansichten sollte jedoch nicht gefolgt werden.³⁹³ Die Insolvenzverwaltung kann mit der Verwertungsentscheidung nach § 103 InsO keine Auflösung oder Ablehnung³⁹⁴ des Vertrags herbeiführen. Bei der Entscheidung über Geltendmachung oder Nichtgeltendmachung trifft sie lediglich eine Entscheidung über die Verwertung des Anspruchs der VIP und schließlich über die Art der Befriedigung der AVP. Bei Geltendmachungsentscheidung wird die AVP wie vertraglich vereinbart befriedigt und bei Nichtgeltendmachungsentscheidung wird der Anspruch der AVP nach den Regeln erfüllt, die das Insolvenzrecht gem. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO für diese Art der Verwertung vorsieht.³⁹⁵ Auch bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung besitzt die AVP weiterhin ihren Anspruch aus dem Vertrag, der Vertrag wird gerade nicht aufgelöst.

(4) Nachteile durch Zeitablauf

Der Inhaber der „Call“-Option hat das Recht, den Basiswert zum vereinbarten Preis zu kaufen.³⁹⁶ Er befindet sich in einer sicheren Situation und kann das Wahlrecht in der Zukunft allein auf Grundlage seiner Abwägungen ausüben. Der Optionsverpflichtete (Stillhalter) der „Call“-Option geht hingegen eine unwiderrufliche Verpflichtung ein und nimmt Risiken auf sich. Er muss den Basiswert liefern, sobald der Käufer seine Option ausübt.³⁹⁷ Auf die zukünftige Entwicklung der Marktpreise und der Marktbedingungen sowie die Entscheidung des Berechtigten kann er keinen Einfluss nehmen. Er bleibt im Ungewissen darüber, ob das Recht aus der Option ausgeübt wird oder nicht. Das Risiko, das der Stillhalter durch Markt-

392 Siehe u.a.: Braun-InsOKomm/Kroth, § 103 Rn. 48, 54; FK-InsO/B. Wegener, § 103 Rn. 2; Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar, § 103 Rn. 62; Andres/Leithaus-InsO-Komm/Andres, § 103 Rn. 34, kritisch: Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 20.07.

393 Siehe hierzu: von Wilmsowsky, KTS 2011, 453 (468 ff.); vgl. auch: Andres/Leithaus-InsOKomm/Andres, § 103 Rn. 35.

394 Auch wenn das Gesetz in § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO von einer Ablehnung der Erfüllung des Vertrags spricht, wird das Vertragsverhältnis mit den bestehenden Ansprüchen selbstverständlich respektiert.

395 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmsowsky, § 104 Rn. 178.

396 Piekenbrock/Ludwig, WM 2014, 2197 (2201, 2202); MünchKomm-BGB/Busche, Vor § 145 Rn. 70.

397 Piekenbrock/Ludwig, WM 2014, 2197 (2201, 2202); MünchKomm-BGB/Busche, Vor § 145 Rn. 70; Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmsowsky, § 104 Rn. 75.

preisschwankungen Verluste erleidet bestehen unabhängig davon, wie das Underlying (der Basiswert) strukturiert ist. Ging der Stillhalter eine gedeckte „Short“-Position ein, bei der die zugrunde liegenden Basiswerte als hundertprozentige Sicherheit hinterlegt sind³⁹⁸ und war der Marktpreis gefallen, so entstehen für ihn Verluste, wenn das Optionsrecht nicht ausgeübt wird und die Basiswerte nur noch zum geringeren Marktpreis erneut am Markt angeboten werden können. Und liegt ein Leerverkauf vor, also eine ungedeckte „Short“-Position,³⁹⁹ so können Marktpreisschwankungen gleichfalls zu Verlusten führen. Denn bei einem steigenden Marktpreis trägt der Stillhalter ein unbegrenztes Wiedereindeckungsrisiko, weil er die Position nicht schließen kann und zum erhöhten Marktpreis einkaufen muss. Diese Risiken hat der Stillhalter jedoch bewusst übernommen. Die Unsicherheiten sind dem von ihm abgeschlossenen Vertrag immanent.

Auch die AVP eines noch nicht erfüllten Vertrags trägt Risiken und Belastungen, die denen eines Stillhalters ähnlich sind. Während die Insolvenzverwaltung die Möglichkeit besitzt, über eine Geltendmachung oder Nichtgeltendmachung des Vertragsanspruchs der IVP zu entscheiden, wird der AVP das Warten auf die Verwertungsentscheidung abverlangt. In dieser Zeit ist die AVP ebenfalls den Risiken durch Veränderungen der Marktbedingungen und des Marktpreises ausgesetzt. Ein bereits erworbener Vertragsgegenstand kann bei fallenden Marktpreisen an Wert verlieren. Und wurde der Gegenstand noch nicht erworben, so können sich steigende Marktpreise nachteilig auswirken. Diese risikoreiche Position hat die AVP allerdings nicht absichtlich übernommen, sie wird ihr durch das Insolvenzverfahren aufgebürdet.

(5) Reaktion auf übertragene Risiken

Da sich die Parteien eines Optionsgeschäftes bezüglich der Risikoverteilung im Klaren sind, haben sie diesbezüglich Absprachen getroffen. Der Optionsverpflichtete erhält eine Prämie, auch Stillhalterprämie genannt. Sie ist ein „Bindungsentgelt“ dafür, dass er dem Berechtigten eine sichere Situation bietet und selbst in eine unsichere Situation geht.⁴⁰⁰ Diese Gegenleistung für das Einräumen des Optionsrechts ist in der Regel sofort

398 *Heussinger/Klein/Raum*, Optionsscheine, Optionen und Futures, S. 60.

399 *Heussinger/Klein/Raum*, Optionsscheine, Optionen und Futures, S. 61.

400 *MünchKomm-BGB/Busche*, Vor § 145 Rn. 74; *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2197); vgl. BGH, Urt. v. 22.10.1984 - II ZR 262/83 = ZIP 1985, 153 (156).

mit Abschluss des Optionsvertrags fällig und unabhängig davon, ob das Recht aus der Option ausgeübt wird oder nicht und damit auch unabhängig von der Durchführung des Hauptvertrags.⁴⁰¹ Die Prämie ist von verschiedenen preisbestimmenden Faktoren abhängig. Entscheidend sind die Laufzeit, die erwartete Schwankungsbreite der zukünftigen Ereignisse (implizierte Volatilität), der unterliegende risikofreie Zins sowie das Verhältnis des Ausübungspreises zum bestehenden Marktpreis.⁴⁰²

- Die (Rest-)Laufzeit bezeichnet die verbleibende Zeit bis zum Verfallstag. Nach dem europäischen Modell muss die Option am Verfallstag ausgeübt werden, nach dem amerikanischen Modell kann die Option jeder Zeit bis zum Verfallstag ausgeübt werden.⁴⁰³ Je weiter der Verfallstag entfernt ist, desto höher ist dieser Preisfaktor, denn mit einer längeren Laufzeit besteht ein höheres Risiko, dass die Marktentwicklung gegen den Stillhalter läuft.⁴⁰⁴ Und da das amerikanische Modell das Risiko des Optionsverpflichteten erhöht, ein negatives Geschäft abzuschließen, fällt die Prämie in dieser Variante nochmals höher aus.
- Die Schwankungsbreite der zukünftigen Ereignisse (implizite Volatilität) umfasst die vorangegangene Preisentwicklung (historische Volatilität), sowie die von den Marktteilnehmern zukünftig erwartete Unsicherheit. Je stärker die vergangenen und erwarteten Schwankungen ausfallen, desto größer ist auch dieser Preisfaktor, denn je schwankungsfreudiger der Preis ist, desto höher ist das Risiko, dass sich das Optionsgeschäft für die verbleibende Zeit noch als Verlustgeschäft erweist.⁴⁰⁵
- Die Auswirkungen des Kapitalmarktzinses sind zuweilen diskutiert und auch bestritten worden, werden aber teilweise in Modellen für Optionsgeschäfte berücksichtigt.⁴⁰⁶ Der unterliegende risikofreie Zins ist

401 Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 74, 76; *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2197); *Breker*, Optionsrechts und Stillhalterverpflichtungen, S. 16, 47; vgl. *Ehrliche*, ZIP 2003, 273 (275); BFH, Urt. v. 29.06.2004 - IX R 26/03 = NJW 2004, 3142 (3143, 3144).

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

403 *Hull*, Options, futures, and other derivatives, S. 9, 213; *Breker*, Optionsrechts und Stillhalterverpflichtungen, S. 16; *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2198).

404 *Heussinger/Klein/Raum*, Optionsscheine, Optionen und Futures, S. 71.

405 Vgl. *Heussinger/Klein/Raum*, Optionsscheine, Optionen und Futures, S. 71 - 73.

406 Siehe hierzu: *Heussinger/Klein/Raum*, Optionsscheine, Optionen und Futures, S. 73; ebenfalls kritisch Auseinandersetzung mit den Bewertungsmodellen: *Breker*, Optionsrechts und Stillhalterverpflichtungen, S. 40 - 42.

der dem Vertrag zugrunde liegende Vergleichszins einer Bundesanleihe (Kapitalmarktzins) mit einer gedachten Restlaufzeit bis Vertragsende. Die Bundesanleihe gilt als risikofrei. Es wird betrachtet, wie sich die Bundesanleihe bis zum Vertragsende (Verfallstag) verzinsen würde. Je höher der Zins ausfällt, desto höher schlägt sich auch dieser Faktor im Preis nieder.⁴⁰⁷

- Der letzte Faktor für den Preis einer Prämie ergibt sich aus dem Verhältnis des Ausübungspreises zum bestehenden Marktpreis. Wurde die Leistung in der Option über dem Marktpreis angeboten, so reduziert sich der Optionspreis, wurde die Leistung in der Option unter dem Marktpreis angeboten, so erhöht dies den Optionspreis.⁴⁰⁸ Auch diesbezüglich spiegelt sich das eingegangene Risiko wider.

Die Prämie stellt eine Entschädigung für die übernommenen und erwarteten Risiken des Optionsverpflichteten dar. Während bislang vermehrt Ähnlichkeiten zwischen Optionsgeschäften und Verträgen im Stadium des § 103 InsO aufgezeigt werden konnten, besteht in diesem Punkt ein grundlegender Unterschied. Während bei Optionsgeschäften ein ausgeklügelter Mechanismus besteht und umfangreiche Berechnungsmethoden entwickelt wurden, um dem Stillhalter eine Entschädigung für die übernommenen Risiken zu gewähren, fehlt es im Insolvenzvertragsrecht an vergleichbaren Bestimmungen für die AVP. Die Risiken, die der AVP beim Warten auf die Verwertungsentscheidung aufgebürdet werden, finden im derzeitigen Insolvenzrecht keine Berücksichtigung. Bei einer Geltendmachungsentscheidung erhält die AVP die vertraglich vereinbarte Leistung und bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung erfolgt am Tag der Verwertung eine Verrechnung der Ansprüche und insolvenzrechtliche Befriedigung der Restforderung. Die Nachteile, die ihr während der kompletten Schwebezeit aufgebürdet werden, bleiben damit entweder ganz überwiegend oder sogar vollständig unberücksichtigt. Angesprochen sind hier die Belastungen durch Befriedigungseinbußen als auch eventuelle zusätzliche Kosten während der Schwebezeit.

(6) Resümee des Vergleichs

Der Vergleich zwischen den Optionsgeschäften und den Verträgen im Stadium des § 103 InsO mit dem Verwertungsrecht der Insolvenzverwaltung

407 Heussinger/Klein/Raum, Optionsscheine, Optionen und Futures, S. 73.

408 Heussinger/Klein/Raum, Optionsscheine, Optionen und Futures, S. 70, 71.

offenbarte eine Vielzahl von Ähnlichkeiten. In beiden Konstellationen gibt es eine entscheidungsberechtigte Vertragspartei und eine zum Warten verpflichtete Vertragspartei. Der Optionsberechtigte bzw. die Insolvenzverwaltung hat das Recht, die zukünftigen Informationen zu antizipieren und in die Entscheidung einfließen zu lassen, während der Optionsverpflichtete bzw. die AVP eine unwiderrufliche Verpflichtung trifft, auf ein Verlangen die geschuldete Leistung zu erbringen. Die Intention zur Schaffung einer Schwebezeit, die Kriterien, nach denen die ausübungsberechtigte bzw. verwertungsberechtigte Vertragspartei ihre Entscheidung trifft und auch die Risiken, welche die wartende Partei in der Schwebezeit trägt, sind nahezu identisch.

Unterschiede bestehen bezüglich der Wirkung einer Ausübung und Nichtausübung bei Optionsgeschäften und einer Geltendmachungsentscheidung bzw. Nichtgeltendmachungsentscheidung bezüglich der noch nicht erfüllten Verträge sowie dem Umgang mit den Nachteilen durch Zeitablauf. Die Ausübung des Optionsrechts hat Einfluss auf die Wirksamkeit des bereits vorab fixierten Vertrags. Der Stillhalter besitzt bei Nichtausübung keine Ansprüche aus dem Hauptvertrag, erhält jedoch eine Prämie, die auch bei Nichtausübung nicht erstattet werden muss. Die Prämie dient der Kompensation der erwarteten Nachteile. Demgegenüber wirkt sich die Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung auf die Art der Befriedigung der AVP aus. Bei Geltendmachungsentscheidung erhält sie die vereinbarte Leistung. Und auch bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung bleibt ihr Anspruch weiter bestehen, sie wird dann nach den insolvenzrechtlichen Vorgaben befriedigt. Belastungen, die ihr durch das Verfahren aufgebürdet werden, werden allerdings nicht erstattet.

Nun könnte die Frage aufgeworfen werden, ob die insolvenzrechtliche Befriedigung eine ähnliche Funktion übernimmt wie die Prämie aus Optionsgeschäften. Die Frage muss jedoch verneint werden. Die Befriedigung der Gläubiger nach den Regeln der InsO ist das Ziel des Gesamtvollstreckungsverfahrens. Das Verfahren dient gerade der Durchsetzung der Ansprüche gegen den Schuldner. Die insolvenzrechtliche Befriedigung bezweckt allein die Forderung der AVP nach den Regeln der InsO zu erfüllen. Die Forderungsbefriedigung und der Ausgleich verfahrensbedingter Belastungen sind getrennt voneinander zu betrachten. Für Letztes bedarf es ein eigenes Ausgleichsinstitut. Dies lässt sich schon damit begründen, dass die Beeinträchtigungen von Fall zu Fall unterschiedlich hoch ausfallen können und dabei kein Zusammenhang mit der Forderung oder deren Höhe besteht. Zu bedenken ist auch, dass in dem Vertrag, in dem die AVP

eingewilligt hatte, keine derartigen Risiken vorgesehen waren. Somit wurden die Risiken nicht bewusst übernommen, geschweige denn eingepreist.

Der Insolvenzverwaltung wird ab Verfahrenseröffnung die Möglichkeit eingeräumt, neue Erkenntnisse und Marktpreisentwicklungen, die sich im Laufe der Schwebzeit ergeben, in die Verwertungsentscheidung einfließen zulassen. Doch die Belastungen, welche die Schwebzeit für die AVP hervorruft, bleiben vom Insolvenzvertragsrecht unberücksichtigt und müssen nach aktueller Rechtslage nicht ausgeglichen werden. Während die ungesicherten Gläubiger bei einer längeren Bedenkzeit und optimalen Verwertungsentscheidung von einem hohen Verwertungserlös profitieren, sind sie nicht zur Kompensation der Belastungen, welche die Schwebzeit hervorruft, verpflichtet. Damit haben die ungesicherten Gläubiger letztlich nichts anderes erlangt als ein kostenloses Optionsrecht, das so in der Wirtschaft nicht eingeräumt werden würde. Nicht zu Unrecht wird diese Rechtslage in der Literatur kritisiert. Der Wert, den das Wahlrecht verkörpert bzw. die Belastungen, die der AVP aufgebürdet werden, sollte auch im Insolvenzrecht Beachtung finden. Es muss verhindert werden, dass die ungesicherten Gläubiger einen Vorteil auf Kosten der AVP erlangen. Für eine Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts soll daher auch das Optionsrecht als Orientierungshilfe herangezogen werden.

cc. Stellungnahme zur Kritik „Rosinenpickens“ und „Spekulationsgeschäfte“

In der juristischen Diskussion wird hinsichtlich des Verwalterwahlrechts Anstoß daran genommen, dass die Insolvenzverwaltung nur eine Geltendmachungsentscheidung bezüglich der für sie vorteilhaften Geschäfte trifft (dies wird auch als „Rosinenpicken“ bzw. „cherry picking“ bezeichnet)⁴⁰⁹ und dass die Insolvenzverwaltung auf Kosten der AVP auf Kursschwankungen spekulieren könne.⁴¹⁰ Die Fragesteller blicken hierbei auf eine lange Tradition zurück. Schon zur Zeit der Wirksamkeit der KO wurde

409 Obermüller, *Insolvenzrecht in der Bankpraxis*, Rn. 8.300; Bretthauer/Garbers/*Streit*, NZI 2017, 953 (953); Ebricke, ZIP 2003, 273 (279); Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar, § 104 Rn. 46; Bosch, WM 1995, 365 (367).

410 Vgl.: Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302, Erläuterungen zu § 118 Abs. 1 RegE (= § 104 InsO); Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar, § 104 Rn. 8; Uhlenbruck-InsO/Knopf, § 104, Rn. 15; FK-InsO/Bornemann, § 104 Rn. 9; Braun-InsOKomm/Kroth, § 104 Rn. 1; Baird, *The Elements of Bankruptcy*, S. 137.

die Frage aufgeworfen, ob der Insolvenzverwaltung durch das Insolvenzvertragsrecht Raum für verwerfliche Verwertungsentscheidungen und Spekulationen eröffnet wird.⁴¹¹ Bis heute wird dies rege diskutiert. Obwohl sich der Meinungs austausch mit den Folgen des allgemeinen Insolvenzvertragsrechts befasst, wird er typischerweise bei der insolvenzrechtlichen Handhabung von Terminverträgen geführt und soll dazu dienen, diesen Verträgen eine besondere Behandlung zukommen zu lassen.⁴¹² Da die vorgebrachten Kritikpunkte sich aber entweder für alle Vertragstypen als richtig oder verfehlt erweisen, sollte der Fokus nicht auf bestimmte Vertragstypen beschränkt sein. Die hier im Raum stehenden Fragen sind stattdessen allgemein zu klären. Beide oben genannten Kritikpunkte werden zuweilen auch miteinander vermischt, wodurch der Blick auf die jeweiligen Kernprobleme verdeckt wird.⁴¹³ Es bietet sich an, danach zu unterscheiden, ob sich die Kritik bezüglich der Verwertungsentscheidung auf das „WIE“ (Geltendmachungsentscheidung oder Nichtgeltendmachungsentscheidung) oder das „WANN“ (Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung) bezieht.

(1) Das „Wie“ der Verwertungsentscheidung (Kritikpunkt „Rosinenpicken“)

Von einigen Autoren wird kritisiert, dass die Insolvenzverwaltung diejenigen Verträge herausucht, die für die IVP vorteilhaft sind und nur die aus ihnen resultierenden Ansprüche geltend macht, während bezüglich nachteiliger Verträge eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen wird und die AVP nur eine insolvenzgemäße Befriedigung erhält.⁴¹⁴ Mit der Kritik ist das Werturteil verbunden, dass diese Art der selektierten Verwertung verwerflich sei und die AVP schädigt. Es wird gefordert, dass ein

411 Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 68-70.

412 Siehe u.a.: *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 8.300, 8.301; 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); kritisch hingegen: Kübler/Prütting/Bork-InsO/*von Wilmsowsky*, § 104 Rn. 171, 174.

413 Vgl. *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 8.404, 8.405.

414 *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 8.300; *Bretthauer/Garbers/Streit*, NZI 2017, 953 (953); *Ebricke*, ZIP 2003, 273 (279); Nerlich/Römermann-InsO/*Balthasar*, § 104 Rn. 46; *Bosch*, WM 1995, 365 (367, 368); *Bosch*, WM 1995, 413 (419).

solches „Rosinenpicken“ unterbunden werden muss.⁴¹⁵ Diese Anschauung und Appelle stellen jedoch die Regeln, die im Recht der Insolvenzverteilung gelten, auf den Kopf. Es ist die Aufgabe der Insolvenzverwaltung, alle bestehenden Vermögensgegenstände zum Vorteil der Masse zu verwerten.⁴¹⁶ Dies beinhaltet, dass eine Geltendmachungsentscheidung nur bezüglich der Verträge getroffen wird, die für die IVP vorteilhaft (für die AVP hingegen nachteilhaft) sind. Nur diese Verträge darf die Insolvenzverwaltung vollständig erfüllen. Der Aufwand, der zur Durchsetzung des Vertrags aufgebracht werden muss, wird durch den Wert, den die Geltendmachung des Anspruchs der IVP einbringt, finanziert.⁴¹⁷ Durch den Wert, den der Anspruch der IVP einbringt, erhöht sich der Wert des zur Verteilung zur Verfügung stehenden Vermögens. Bei den anderen, für die IVP ungünstigen Verträgen darf die Insolvenzverwaltung die Ansprüche der IVP nicht durchsetzen, sondern muss eine Nichtgeltendmachungsentscheidung treffen.⁴¹⁸ Die Befriedigung der AVP ist in diesem Fall durch die Vorgaben aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO beschränkt. Würde die Insolvenzverwaltung auch bezüglich dieser Verträge eine Geltendmachungsentscheidung treffen, so würde die Insolvenzmasse an Wert verlieren und der Verwalter würde aller Wahrscheinlichkeit nach in Haftung genommen werden, sofern keine sonstigen besonderen Umstände für eine Geltendmachungsentscheidung sprachen. Es ist festzustellen, dass an den Verwertungsregeln nichts Verwerfliches zu erkennen ist. Die AVP wird bei einer Geltendmachungsentscheidung in der Höhe voll befriedigt, wie es zwischen den Parteien vertraglich vereinbart wurde. Auch in der Solvenz könnte die AVP keine Beschwerden wegen einer Vertragsdurchführung erheben, nur weil sich ein Vertrag von Anfang an oder im Laufe einiger Zeit als nachteilig erweist. Eine Vertragserfüllung durch die Insolvenzverwaltung führt insofern folglich nicht zu Nachteilen der AVP. Und entscheidet sich die Insolvenzverwaltung, den Anspruch der IVP nicht geltend zu machen, ist es gleichfalls nicht etwa so, dass der AVP kein Anspruch

415 *Bosch*, WM 1995, 365 (367), der aussagt, dass die andere Partei unter Umständen in bedrohlicher Weise geschädigt wird und Risiken durch Folgeinsolvenzen zu befürchten sind; *Bretthauer/Garbers/Streit*, NZI 2017, 953 (953); *Ebricke*, ZIP 2003, 273 (279); *Nerlich/Römermann-InsO/Balthasar*, § 104 Rn. 46; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 8.300, 8.301.

416 Siehe hierzu: *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 31; *von Wilmowsky*, ZIP 2012, 401 (407); ebenfalls kritisch: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.34.

417 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (460); *von Wilmowsky*, ZIP 2012, 401 (405 ff.).

418 Vgl.: *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 29, 30.

zustände oder ihr Anspruch aus dem Vertrag keinen Wert hätte. Der Vertragsanspruch der AVP ist nicht wertlos, sondern im Gegenteil sogar durch den Wert des Vertragsanspruchs der IVP gesichert.⁴¹⁹ Dass die AVP auf die Differenz zwischen dem Wert ihres Anspruchs und dem des Anspruchs der IVP nur die Insolvenzquote erhält, bedeutet üblicherweise, dass sie einen Verlust erleidet. Aber dieser Verlust ergibt sich aus dem Umstand, dass das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, um alle Verbindlichkeiten zu befriedigen und das Insolvenzrecht deshalb eine insolvenzgemäße Befriedigung vorsieht. Auch die Nichtgeltendmachungsentscheidung fügt der AVP daher nicht den von den Kritikern behaupteten Schaden zu. Es wird hierbei lediglich das Ziel des Insolvenzrechts zur gemeinschaftlichen Verteilung des Vermögens umgesetzt. Ohne diese insolvenzrechtlichen Regeln würden einzelne Gläubiger durch einen frühzeitigen Zugriff auf das Schuldnervermögen vollständig befriedigt werden und andere Gläubiger hingegen leer ausgehen. Diesen Wettlauf der Gläubiger und ein mit ihm verbundener Überwachungsaufwand will das Insolvenzrecht gerade verhindern.⁴²⁰

Die AVP hat auch nicht das Recht, über die Art der Verwertung zu entscheiden.⁴²¹ Hieran ändert sich auch nichts durch die mehrheitlich vertretene Meinung, dass die Nichtgeltendmachungsentscheidung in einem Schadenersatzanspruch der AVP münden würde.⁴²² Abgesehen davon, dass diese Ansicht abzulehnen ist,⁴²³ sprechen auch deren Vertreter der

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

420 Hier angesprochen ist ein Erklärungsmodell zur Herleitung der pro-rata-Befriedigung, wonach die diese auf einem „hypothetischen Vertrag“ in Form einer zivilrechtlichen Absprache zwischen allen ungesicherten Gläubigern basiert, um deren Überwachungsaufwand zu verringern, der ohne diese Absprache bestände. Die Gläubiger wären dann gezwungen den Schuldner ständig auf Anzeichen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit und die anderen Gläubiger auf Sicherungs- und Vollstreckungshandlungen zu überwachen. Ein solch aufwändiges Bereithalten für einen möglichen Spurt auf die Vermögenswerte des Schuldners soll durch das geordnete Insolvenzverfahren und eine pro-rata-Befriedigung vermieden werden. Siehe hierzu: von Wilmowsky, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (672); Windel, JURA 2002, 230 (230, 232b).

421 Von Wilmowsky, KTS 2011, 453 (468, 471).

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

423 So auch: von Wilmowsky, KTS 2011, 453 (468 ff.); vgl. auch: Andres/Leithaus-InsOKomm/Andres, § 103 Rn. 35; Wortberg, Lösungsklauseln und Insolvenz,

AVP kein Recht auf eine bestimmte Form der Verwertung zu. Die AVP kann also nicht auf eine Art der Verwertung bestehen.

Insgesamt besteht somit kein Anlass für eine Kritik hinsichtlich der Verwertungsmethoden und der Form der Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP. Sowohl die Geltendmachungsentscheidung als auch die Nichtgeltendmachungsentscheidung sind beide vom Insolvenzvertragsrecht vorgesehene und zu respektierende Verwertungsmöglichkeiten. Anstoß kann daher nicht daran genommen werden, wie die Insolvenzverwaltung den Vertragsanspruch der IVP verwertet, sondern allenfalls wann sie die Verwertungsentscheidung trifft.

(2) Das „Wann“ der Verwertungsentscheidung (Kritikpunkt Spekulation)

Der von den Kritikern behauptete Schaden ergibt sich vielmehr durch den Zeitablauf zwischen Verfahrenseröffnung und Verwertungsentscheidung. Angesprochen wird hier das „Wann“ der Entscheidung. Es soll nun in einem zweiten Schritt das Zeitfenster, das der Insolvenzverwaltung zur Verfügung gestellt wird (die Schwebezeit) und die Folgen einer hinausgeschobenen Verwertung näher betrachtet werden.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der noch nicht erfüllte Vertrag bereits vor Verfahrenseröffnung fällig geworden war und die Verwertung nicht augenblicklich getroffen werden kann, sondern einige Zeit zur Vorbereitung der Entscheidung benötigt wird. In der Solvenz kann die AVP die Vertragserfüllung auf dem Rechtsweg erstreiten und zur Befriedigung ihrer Forderung in das Vermögen des Schuldners vollstrecken. Diese Möglichkeiten werden der AVP durch die Regeln des Insolvenzrechts entzogen und ihr das Warten auf die Verwertungsentscheidung durch die Insolvenzverwaltung abverlangt. Jeder Tag, der ohne eine Verwertungsentscheidung verstreicht, ist für sie mit Belastungen verbunden.⁴²⁴ Die Insolvenzverwaltung kann hingegen den weiteren Verlauf der Marktentwicklung abwarten und alle Informationen, die ihr über die Dauer der Schwebezeit zukommen, nutzen und in die Verwertungsentscheidung einfließen lassen. Sie kann die Erbringung einer Leistung (die vertragliche vereinbarte Leistung oder die Befriedigung nach insolvenzrechtlichen Vorgaben) an die AVP

S. 158-160, siehe zum Streit auch: *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 5.17 ff., 5.64 ff.; *Windel*, JURA 2002, 230 (233).

424 Dieser Gedanke wurde auch bezüglich Belastungen bei Dauerschuldverhältnissen geäußert, siehe: *von Wilmowsky*, ZInsO 2004, 882 (882, 887).

hinausschieben, obwohl der Schuldner in der Solvenz hierzu sofort verpflichtet wäre. Damit erlangt die Insolvenzverwaltung neben Bedenkzeit auch die Möglichkeit, risikofrei eine für sie vorteilhafte (Preis-)Entwicklung abzuwarten, denn nach aktueller Rechtslage hat die Insolvenzverwaltung keine Kosten durch ein Zuwarten zu befürchten.

Ein Beispiel soll das jeweilige Risiko der Parteien bei bereits fälligen Verträgen verdeutlichen: Angenommen der noch nicht erfüllte Vertrag ist zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung für die IVP nachteilhaft. In diesem Fall würde die Insolvenzverwaltung die Nichtgeltendmachungsentscheidung aussprechen, um einen Wertverlust der Masse zu verhindern. Erwartet die Insolvenzverwaltung eine für sie vorteilhafte Preisentwicklung und entscheidet sich deshalb dazu, die Verwertungsentscheidung erst zu einem späteren Zeitpunkt zu treffen, um dann bei einem für sie vorteilhaften Geschäft eine Geltendmachungsentscheidung aussprechen zu können, so ist dies in der Tat eine verwerfliche Spekulation. Sollten sich die Preisentwicklung entgegen ihrer Erwartung verschlechtern, so wird die Insolvenzverwaltung nach wie vor die Nichtgeltendmachungsentscheidung aussprechen und die AVP auf die insolvenzgemäße Befriedigung verweisen. Die AVP besitzt dann allerdings nur noch eine im Wert verminderte Sicherheit und erlangt nicht mehr die Befriedigung, die ihr zu Beginn des Verfahrens zugegangen wäre. Warum die AVP den Wertverlust ohne Kompensationsmöglichkeit hinzunehmen hat, ist nicht nachvollziehbar. Dieses Beispiel verdeutlicht, dass es bei der Frage nach Belastungen der AVP nicht auf das Ergebnis der Verwertungsentscheidung, sondern auf dem Zeitpunkt ankommt, an dem diese getroffen wird. Denn, obwohl die Insolvenzverwaltung sowohl bei Verfahrenseröffnung eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen hätte und diese auch bei Verwertungsentscheidung schließlich traf, sind die Befriedigungschancen der AVP dennoch nicht identisch, sondern verringerten sich mit voranschreitender Zeit.

Bereits fällig gewordene, aber noch nicht erfüllte Verträge mutieren somit durch die Schaffung einer Schwebezeit und dem Verwertungsrecht der Insolvenzverwaltung zu einem Optionsgeschäft bzw. werden durch ein solches ergänzt. Die restlichen Gläubiger erlangen während der Schwebezeit die Chance, durch eine Geltendmachungsentscheidung an einer Wertsteigerung zu partizipieren. Diesen Vorteil erlangen sie allerdings auf Kosten der AVP, da ihnen dieses „Optionsrecht“ kostenlos zur Verfügung gestellt wird, indem sie weder zur Entrichtung einer Prämie noch zu einem Ausgleich der verfahrensbedingten Belastungen der AVP verpflichtet sind. Nach derzeitiger Gesetzeslage kann die Insolvenzverwaltung folglich risi-

kofrei auf mögliche Wertsteigerungen spekulieren, ohne eigene Belastungen zu befürchten. Dies sollte korrigiert werden. Es wird deshalb dafür plädiert, dass Insolvenzrecht durch einen Wertausgleichsanspruch für Belastungen während der Schwebezeit zu ergänzen, wenn der noch nicht erfüllte Vertrag schon fällig wurde, bevor das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Wurde der Vertrag bzw. der Vertragsanspruch der AVP erst nach Verfahrenseröffnung aber noch vor der Verwertungsentscheidung fällig, so bedarf es einer zeitlichen Anpassung des Wertausgleichsanspruchs. Dieser soll dann erst ab dem Fälligkeitstermin gewährt werden.

Ein anderes Bild ergibt sich, wenn der Vertrag bis zur Verwertungsentscheidung noch nicht fällig geworden ist. Auch hier hat die Insolvenzverwaltung das Recht und die Pflicht, die ihr während der Schwebezeit zufließenden Informationen zu nutzen und ihr Entscheidungsrecht wirtschaftlich günstig einzusetzen. War der Vertrag aber noch nicht fällig, birgt die Zeit, die zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung benötigt wird, keine zusätzlichen Risiken für die AVP. Die Risikoverteilung bleibt stattdessen gleich.⁴²⁵ Die Vergleiche mit der Situation in der Solvenz zeigen, dass die AVP in diesem Stadium keine Möglichkeit hätte, die Leistung vom Schuldner zu verlangen. Steht die Fälligkeit noch aus, so fallen Nachteile durch sinkende Marktpreise und damit einhergehenden Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP in das eingegangene Risiko der AVP, welche dann mit dem Wert des Anspruchs der IVP nur zu einem geringeren Teil gesichert ist. Auch im Insolvenzverfahren können Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP in dieser Konstellation keine Befriedigungseinbußen hervorrufen. Eventuelle Spekulationen der Insolvenzverwaltung bereiten bei den noch nicht fälligen Verträgen im Stadium des § 103 InsO damit keine Schwierigkeiten. Umso verblüffender ist es, dass der Vorwurf einer verwerflichen Spekulation durch die Insolvenzverwaltung jedoch gerade im Zusammenhang mit Termingeschäften wie z. B. Futures oder Swaps laut wurde, bei denen die Parteien eine Leistungspflicht in der Zukunft vereinbarten. So heißt es, dass eine Spekulation durch die Insolvenzverwaltung gerade bezüglich dieser Verträge verhindert werden müsste.⁴²⁶ Dies ist nicht plausibel. Der erst zukünftig fällig

425 Siehe hierzu: Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky, § 104 Rn. 178.

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

werdende Vertrag mutiert durch die Schaffung einer Schwebezeit gerade nicht zu einem Optionsgeschäft, wenn noch vor Eintritt der Fälligkeit eine Verwertungsentscheidung nach den Regeln des Insolvenzrechts getroffen wird. Die solvente Vertragspartei ist vor Fälligkeit des Vertrags durch die Schaffung der Schwebezeit auch nicht durch das Insolvenzrecht besonders belastet. Keinesfalls ist das Nutzen der neuen Informationen, welcher der Insolvenzverwaltung zugehen, dem Makel der Verwerflichkeit ausgesetzt, denn die Vorbereitung der Verwertungsentscheidung erfolgt nicht auf Kosten der AVP. Selbst eine eventuell getätigte Spekulation ist unproblematisch. Die möglichen Verluste der AVP beruhen bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung auf dem unzureichenden Insolvenzvermögen und bei einer Geltendmachungsentscheidung auf dem allgemeinen übernommenen Geschäftsrisiko. Es bedarf somit keines Wertausgleichsanspruchs für Wertschwankungen des Vertragsanspruchs der IVP, sofern der zugrunde liegende Vertrag noch nicht fällig war.

dd. Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts mit Orientierung am Optionsrecht

Bezüglich beiderseitig noch nicht erfüllter Verträge, die bereits vor Verfahrenseröffnung fällig wurden und für die das Insolvenzrecht einen Schwebezustand zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung einleitet, bestehen Konflikte, die es zu lösen gilt. Der AVP entstehen durch das Gesamtvollstreckungsverfahren Nachteile, die in der Solvenz nicht bestehen und im Vertrag zwischen den Parteien auch nicht vorgesehen waren. Hätten die Parteien vorab eine Regelung getroffen, dann jene, dass die während der Schwebezeit auftretenden Belastungen von jenen Gläubigern auszugleichen sind, die vom Schwebezustand profitieren. Dies sind die ungesicherten Gläubiger. Es ist eine Aufgabe des Insolvenzrechts, eine Lösung für diesen Interessenskonflikt zu finden.

Auch bei Optionsgeschäften ist das Element der Unsicherheit für den Stillhalter vertragsimmanent und wird dort durch eine Optionsprämie abgegolten.⁴²⁷ Inwiefern dieser Leitgedanke bei einer Fortentwicklung dienlich sein kann, soll nun näher untersucht werden. Es werden hierzu zwei Methoden vorgestellt und verglichen. Während sich der erste Vorschlag eng an den Prinzipien aus den Optionsgeschäften orientiert, verfolgt der

427 *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2200).

zweite Ansatz eine sinngemäße Übertragung der den Geschäften zu Grunde liegenden Gedanken.

(1) Übertragung der Aspekte eines Optionsgeschäfts im engeren Sinne

Eine mögliche Fortentwicklung des Insolvenzrechts, die sich eng an dem Optionsrecht orientiert, würde der AVP als Stillhalter eine Entschädigung in Form einer Prämie zukommen lassen. Hierzu müsste die Schwebezeit konsequenterweise zeitlich begrenzt werden, denn ein Optionsrecht ist immer an ein vereinbartes Verfallsdatum geknüpft. Bis zu diesem Datum oder an diesem Datum muss die Option ausgeübt werden. Dieser Stichtag ermöglicht es den Parteien, eine Prognose über die erwarteten Belastungen des Stillhalters zu treffen und eine Berechnung vorzunehmen. Eine Berechnung der Prämie mit zeitlich unbegrenzter Überlegungsfrist des Optionsberechtigten ist mathematisch hingegen nicht möglich.⁴²⁸

Unter dieser Voraussetzung, dass die Schwebezeit durch eine Frist begrenzt ist, könnten zur Ermittlung einer angemessenen Stillhalteprämie die Preisfaktoren eines Optionsgeschäfts berücksichtigt werden (die Dauer der Schwebezeit, die vergangenen und zukünftig erwarteten Ereignisse bezüglich des Marktes, der unterliegende risikofreie Zins und schließlich der Wert der Gegenleistung im Verhältnis zum Marktpreis am Tag der Einräumung des Optionsrechts, dies ist der Tag der Verfahrenseröffnung).

Da die Prämie immer zu entrichten ist, unabhängig davon, ob eine Geltendmachungsentscheidung oder Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen wird, wäre sie ein sicheres Entgelt für das abverlangte Warten der AVP auf die Verwertungsentscheidung. Nachteilig wäre jedoch, dass sich die Höhe der Prämie nicht auf die tatsächlich eingetretenen, sondern nur auf die erwarteten Nachteile der AVP bezieht. Die entstandenen Nachteile können höher oder niedriger ausfallen. Zudem besteht die Problematik, Befriedigungseinbußen zu erleiden, nur bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung. Demgegenüber bestehen Belastungen durch zusätzliche Kosten während der Schwebezeit sowohl bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung als auch bei einer Geltendmachungsentscheidung. Eine vorab am Tag der Verfahrenseröffnung festgelegte Prämie kann hierauf nicht flexibel reagieren. Bedenken an diesem Modell bestehen deshalb in zwei-

428 Eine anerkannte Formel zur zeitlich unbegrenzten Berechnung und Vermeidung von Arbitrage ist bislang nicht entwickelt und daher Optionen mit unbegrenzter Laufzeit im Markt auch nicht zu finden.

erlei Hinsicht. Zum einen besteht die Möglichkeit, dass die AVP durch eine Prämie unter Umständen bereichert wird und zum anderen besteht aber auch die Gefahr, dass die insolvenzrechtlichen Belastungen nicht vollständig erfasst und kompensiert werden. Ziel der Fortentwicklung des Insolvenzrechts soll es sein, der AVP wertmäßig genau die Befriedigung zukommen zu lassen, die ihr bei Insolvenzeröffnung in Aussicht gestellt wurde, also die Befriedigungseinbußen auszugleichen, die ihr entstanden sind. Einen Vorteil der AVP, der auf Kosten der restlichen Gläubiger erlangt wurde, gilt es ebenso zu vermeiden wie ein Verwertungserlös zugunsten der ungesicherten Gläubiger, der auf Kosten der AVP erlangt wurde. Hierin liegt eine Schwäche dieses Modells der strengen Übertragung.

Darüber hinaus würde eine zeitliche Begrenzung der Vorbereitungszeit für die Gläubigergemeinschaft, insbesondere für die ungesicherten Gläubiger, erhebliche Nachteile hervorrufen, da unter Zeitdruck ggf. nicht die bestmögliche Verwertungsentscheidung analysiert oder realisiert werden kann. Sollte die zur Verfügung stehende Zeit im Verhältnis zur Komplexität des Verfahrens zu gering ausfallen, so wären die Fortführungschancen des Unternehmens reduziert. Unter Zeitdruck bestände eine Tendenz zur Stilllegung. Eine stricte zeitliche Begrenzung der Schwebezeit wirkt sich demnach negativ auf die Höhe des Verwertungserlöses aus und würde den angestrebten Zielen der Insolvenzrechtsreform⁴²⁹ entgegenwirken. Dies ist ein weiterer, erheblicher Schwachpunkt, den dieses Modell birgt.

(2) Sinngemäße Übertragung der Aspekte aus Optionsgeschäften

Für ein alternatives Modell zu Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts könnte eine sinngemäße Übertragung der Grundgedanken zu den Optionsgeschäften in Erwägung gezogen werden. Statt der Zahlung einer zu Verfahrensbeginn festgelegten Prämie sollte eine Kompensation der tatsächlich eingetretenen Nachteile der AVP erfolgen. Erleidet der Vertragsanspruch der IVP eine Wertminderung während der Schwebezeit, so ist dieser Wertverlust zu kompensieren, um Befriedigungseinbußen zu vermeiden. Die AVP erhält damit genau die Befriedigung, die ihr zu Beginn in Aussicht gestellt wurde, nicht weniger und auch nicht mehr. Für die Dauer der Schwebezeit bedarf es dann keiner festen Fristen. An der derzeitigen Ausgestaltung mit einer flexiblen Zeitspanne kann festgehalten wer-

429 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 77, Ziel war es die Tendenz zur Zerschlagung zu beseitigen und ein funktionsfähiges Insolvenzrecht zu schaffen.

den. Dies ist zum Vorteil für die ungesicherten Gläubiger bei der Suche nach einer optimalen Verwertungsentscheidung. Die restlichen Gläubiger haben die Möglichkeit, die Höhe des Wertausgleichsanspruchs zu reduzieren, indem die Verwertungsentscheidung möglichst früh getroffen wird und dementsprechend auch die Ausgleichspflicht gering ausfällt. Sie stehen bei dieser Variante aber nicht durch eine Befristung der Schwebezeit unter Zeitdruck. Diese Variante der Fortentwicklung verschafft sowohl der AVP als auch den ungesicherten Gläubigern den größten Mehrwert und ist deshalb zu präferieren.

6. Zwischenergebnis zu Befriedigungseinbußen bei Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch

Es ist korrekt, dass es der Pflicht der Insolvenzverwaltung entspricht, nur solche Verwertungsentscheidungen zu treffen, die den Wert der Insolvenzmasse insgesamt erhöhen, doch es dürfen der AVP durch die Zeit, die zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung benötigt wird, keine Belastungen aufgebürdet werden. Die Untersuchung zu Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch zeigte jedoch, dass die AVP nach derzeitiger Gesetzeslage Befriedigungseinbußen während der Schwebezeit durch Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP erleidet. Die Wertverluste des Anspruchs der IVP können auf Marktpreisschwankungen beruhen oder auf einem Wertverlust eines individualisierten Kaufgegenstandes. Der Gesetzgeber hat auf diese Problematik der verfahrensbedingten Belastung der AVP als Antwort einen Wertausgleichsanspruch bereitzuhalten. Bereits nach den Grundprinzipien des Insolvenzverwertungsrechts und -verteilungsrechts lässt sich ein Bedürfnis zur Schaffung eines Wertausgleichsinstituts ableiten. Dieses Ergebnis wird nochmals bestätigt durch die Analyse der gesetzgeberischen Zielsetzungen bezüglich des Ausgleichsanspruchs aus § 172 Abs. 1 InsO für absonderungsberechtigte Gläubiger. Eine weitere Stütze findet das Wertausgleichsinstitut durch einen Vergleich mit den Optionsgeschäften und der dort entwickelten Lösung der Prämienzahlung zur Kompensation der erwarteten Risiken eines Stillhalters.

II. Dauerschuldverhältnisse – am Beispiel der Mieterinsolvenz

In diesem Abschnitt wird nun untersucht, ob auch die Vertragspartner der noch nicht vollständig erfüllten Dauerschuldverhältnisse ebenfalls Be-

friedigungseinbußen während der Schwebezeit erleiden können und ob der zuvor gefundene Lösungsweg für Verträge mit einmaligem Leistungsaustausch auch für diese Vertragsverhältnisse geeignete Ergebnisse liefern kann. Behandelt wird die Thematik der Insolvenz des Leistungsberechtigten am Beispiel der Mieterinsolvenz. Die Bearbeitung bezieht sich zur sprachlichen Vereinfachung auf die Mietverträge, die Ausführungen gelten jedoch für Pacht-, Leasing- und Lizenzverträge entsprechend.

Das Insolvenzvertragsrecht unterscheidet nach der Art des Vertragsgegenstandes. Für diese Mietgegenstände über bewegliche Gegenstände (Gegenstand ist ein Oberbegriff für Sachen und Rechte) gilt, sofern sie nicht unter § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO fallen, das allgemeine Insolvenzvertragsrecht nach §§ 103, 105 InsO, welches um die Kündigungssperre aus § 112 InsO ergänzt wird. Die Insolvenzverwaltung fällt bezüglich dieser noch nicht erfüllten Mietverträge eine Verwertungsentscheidung. Nur auf Verträge mit diesen Vertragsgegenständen beziehen sich die weiteren Ausführungen. Nicht unter das allgemeine Insolvenzvertragsrecht fallen Mietverträge über unbewegliche Gegenstände oder Räume. Bezüglich dieser Verträge wird keine Verwertungsentscheidung getroffen, es gilt stattdessen eine gesetzlich vorgeschriebene Privilegierung der Forderungen der AVP durch das spezielle Regelwerk der §§ 108 - 111 InsO.

1. Befriedigung der Zahlungsansprüche des Vermieters

a. Ansprüche der Vertragsparteien aus dem noch nicht erfüllten Mietvertrag

Während ein Kaufvertrag sich im Stadium des § 103 InsO befindet, wenn beide Leistungen noch nicht vollständig erbracht wurden und demnach sowohl eine auf Zahlung gerichtete Leistung als auch eine gegenständliche Leistung noch ausstehen, bedarf es bei Mietverträgen einer solchen Differenzierung nicht. Ein Mietvertrag gilt als „unerfüllt“ und befindet sich auch im Stadium des § 103 InsO, wenn der Vertragsgegenstand bereits vor Insolvenzeröffnung zum Gebrauch überlassen wurde und selbstverständlich auch dann, wenn dies noch aussteht. Und obwohl sich für Mietverträge die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien dem Grunde nach bereits aus § 535 BGB ergeben sollten und demnach angenommen werden dürfte, dass deren Feststellung keine besondere Herausforderung darstellt, bestehen unter insolvenzrechtlicher Betrachtung gewichtige Fragen zum Umfang der Pflichten des Vermieters.

Bezüglich des Mieters ergibt sich aus § 535 Abs. 2 BGB unstreitig die Hauptleistungspflicht zur Entrichtung der Miete und nach Beendigung des Mietverhältnisses aus § 546 Abs. 1 BGB die Rückgabepflicht der Mietsache. Die Höhe der zu entrichtenden Zahlungen sind vertraglich festgelegt und ihr Umfang von der Dauer des Vertragsverhältnisses abhängig. Und bezüglich des Vermieters ergibt sich aus § 535 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Alt. 1 BGB die Pflicht, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren und die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen. Bezüglich körperlicher Sachen muss dem Mieter der Besitz eingeräumt werden und bezüglich sonstiger Mietgegenstände muss dem Mieter die Nutzung abhängig von den tatsächlichen Umständen ermöglicht werden. Der Vermieter hat ggf. auch Nebenleistungen zu erfüllen. Er muss nach § 535 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB den vertraglichen Zustand der Mietsache während der gesamten Mietzeit erhalten, Störungen durch Dritte abwehren und ggf. sonstige vereinbarte Vertragsleistungen erfüllen. Beispiele für zusätzliche Leistungen können die Fortentwicklung einer Software, Einweisungen und Schulungen bezüglich des Gebrauchs einer Sache sowie Leistungen bezüglich der Versorgung mit Strom, Wasser, Wärme sein.⁴³⁰ Bezüglich dieser Sondervereinbarung, auch wenn sie nicht mit dem gesetzlichen Leitbild des Vertrags übereinstimmt, gilt, dass die Insolvenzverwaltung den Vertrag in dem Umfang übernimmt und ggf. hinzunehmen hat, wie er zwischen den Parteien geschlossen wurde.⁴³¹

An dieser Stelle soll nach einem speziellen Verständnis im Insolvenzrecht jedoch nicht stehen geblieben werden. Es wird von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur noch eine weitere Leistungspflicht des Vermieters konstruiert, die sich mehr und mehr im Insolvenzrecht etabliert hat. Es wird behauptet, dass vom Vermieter nach erfolgter Übergabe noch eine Leistung auf weitere Belassung erbracht werden muss.⁴³² Hier wird das Recht des Mieters, den bereits überlassenen Gegenstand weiter zu gebrauchen als ein "Anspruch" verstanden.⁴³³ Doch wie sich aus §§ 194 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB entnehmen lässt, richten sich Ansprüche auf Leis-

430 *Von Wilmowsky*, ZInsO 2007, 731 (731).

431 FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 66.

432 BGH, Urt. v. 01.03.2007 - IX ZR 81/05 = ZIP 2007, 778 (779); in diesem Sinne zustimmend, dass auch nach Gebrauchsüberlassung der Mietsache der Vertrag noch nicht erfüllt ist: FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 26; KölnKomm-InsO/Cy-mutta/Hess, § 103 Rn. 324; kritisch: *von Wilmowsky*, ZInsO 2007, 731 (735 ff.); Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier-InsRKomm/Flöther/Wehner, § 103 Rn. 65.

433 *Von Wilmowsky*, ZInsO 2007, 731 (735).

tungen und beinhalten die Zuwendung eines Vorteils. Belässt der Vermieter dem Mieter den bereits zum Gebrauch überlassenen Mietgegenstand, so erbringt er dadurch keine Leistung an ihn. Es liegt auch keine Leistung in Gestalt einer Unterlassung vor, denn damit ein Unterlassen dem Gläubiger einen Vorteil verschafft, muss sich dieses auf eine Tätigkeit beziehen, zu welcher der Schuldner berechtigt wäre. Doch solange das Mietverhältnis besteht, hat der Mieter ein Recht zum Besitz und der Vermieter darf den Gegenstand ohnehin nicht zurückfordern.⁴³⁴ Ein Anspruch des Mieters auf weitere Belassung bzw. eine Belassungspflicht existiert nicht. Der Anderslautenden Meinung ist entgegenzuhalten, dass diese dem Zivilrecht bislang unbekanntes Belassungspflicht in Verfahren vor den Gerichten zu ungewöhnlichen Prozessen und absurden Urteilen führen würde, wenn etwa die Mietzahlung nur Zug um Zug gegen weitere Belassung der Nutzungsberechtigung eingeklagt werden könnte.⁴³⁵ Die behauptete Leistungspflicht auf weitere Belassung sollte insgesamt abgelehnt werden. Da dieses Konstrukt nach aktuellem juristischem Verständnis jedoch für die insolvenzrechtliche Behandlung von Dauerschuldverhältnissen angewandt wird und im Vergleich zu dem hier präferierten Modell zu abweichenden Ergebnissen bei der Befriedigung der AVP führt, wird es in der weiteren Bearbeitung mitberücksichtigt.

b. Überblick über die gesetzlichen Regelungen zur Befriedigung der Vermieterforderungen

Zum Charakter eines Dauerschuldverhältnisses gehört es, dass dieses für eine bestimmte oder unbestimmte Zeitspanne von den Parteien eingegangen wird. Dieses Zeitelement und die unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen zu den einzelnen Verfahrensabschnitten machen Dauerschuldverhältnisse zu Verträgen, die besondere Aufmerksamkeit erfordern. Um sich der Frage von verfahrensbedingten Belastungen der AVP zu nähern, soll zunächst ein Überblick über die gesetzlichen Regeln gewonnen werden, die in den jeweiligen Verfahrensabschnitten gelten, um so das Fenster, in dem Befriedigungseinbußen durch Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP zu befürchten sind, besser erfassen zu können.

434 *Von Wilmsky*, ZInsO 2007, 731 (736, 737).

435 *Von Wilmsky*, ZInsO 2011, 1473 (1479), der anmerkt, dass man von einer solchen Klage zu Recht noch nichts gehört hat, vgl. auch Vergleich zur Einzelzwangsvollstreckung: *von Wilmsky*, ZInsO 2011, 1473 (1481).

Bezüglich Forderungen, die vor dem Insolvenzverfahren begründet waren, gilt der Grundsatz aus § 38 InsO, dass der Gläubiger als Insolvenzgläubiger am Verfahren teilnimmt. Die Vermieterforderungen aus der Zeit vor der Verfahrenseröffnung werden damit quotal befriedigt. Diese Regel ist nicht zu beanstanden und entspricht den allgemeinen insolvenzrechtlichen Prinzipien. Dass die vorinsolvenzrechtlichen Forderungen der AVP nicht vollständig befriedigt werden können, ist keine Folge des Zeitablaufs während des Verfahrens, sondern ergibt sich aus dem Umstand, dass das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, um alle Verbindlichkeiten zu erfüllen.

Doch bereits ab der Antragsstellung kann es zu verfahrensbedingten Belastungen der AVP eines Mietvertrags über einen beweglichen Gegenstand kommen. Zwischen Insolvenzantrag und Insolvenzeröffnung können Vermieterforderungen durch § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO eine Rangverbesserung erfahren, allerdings nur, wenn alle Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Die Rangverbesserung bewirkt, dass die Forderungen als Masseforderung vollständig aus dem Insolvenzvermögen zu zahlen sind, noch bevor eine Verteilung an die Insolvenzgläubiger stattfindet. Dies ergibt sich aus § 53 InsO. Damit die Vorschrift greift, muss das Gericht jedoch einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen, dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen (§§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 22 Abs. 1 InsO) und schließlich muss der Verwalter die Leistung des Vermieters „in Anspruch“ nehmen. Wurde kein Verwalter oder nur ein sog. „schwacher“ vorläufiger Verwalter eingesetzt oder wurde der Mietgegenstand nicht genutzt, so greift die Rangverbesserung folglich nicht und auf die Forderungen des Vermieters wird lediglich eine Quote ausgeschüttet. Auf diese Faktoren hat der Vermieter keinen Einfluss. Und die Voraussetzungen, die für eine Masseforderung im Vorverfahren nötig sind, werden regelmäßig nicht erreicht. Zwar vermutete der Gesetzgeber, dass die Einsetzung eines sogenannten starken Insolvenzverwalters die Regel darstellen würde,⁴³⁶ tatsächlich wird jedoch überwiegend ein schwacher Insolvenzverwalter bestellt,⁴³⁷ sodass es nicht zur Rangverbesserung kommen kann. Und da eine analoge Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO auf einen schwachen Insolvenzverwalter

436 Dies zeigt sich bereits in der Gesetzesbegründung, welche für den Fall, dass der Schuldner weiter verwaltungs- und verfügungsbefugt bleibt, nur auf den vorher ausführlich beschriebenen Fall des auferlegten allgemeinen Verfügungsverbots verweist, RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 26 RegE (= § 21 InsO).

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

vom BGH abgelehnt wurde,⁴³⁸ lassen sich Mietausfälle auch nicht durch eine solche Rechtsfortbildung vermeiden.

Wird das Insolvenzverfahren eröffnet, so besitzt die Insolvenzverwaltung die Kompetenz bei Mietverträgen über bewegliche Gegenstände über die Verwertung der Ansprüche des Mieters zu entscheiden. Es findet auch bei Dauerschuldverhältnissen eine Abwägung von Aufwand und Nutzen statt. Der Nutzen, den der Anspruch der IVP bringt, ist der Wert, den das Gebrauchen des Mietgegenstandes für das Insolvenzvermögen besitzt. Der Aufwand sind die Kosten, die zur Durchsetzung des Anspruchs aufgebracht werden müssen. Da der Vermieter Einreden erheben kann, würde er sonst die Nutzungsmöglichkeit so lange verweigern, bis er die vereinbarte Miete vollständig erhält.⁴³⁹ Je nach Ausgang der Verwertungsentscheidung werden die Forderungen der AVP vollständig oder nach den Regeln des Insolvenzrechts befriedigt.

Mit der Entscheidung der Insolvenzverwaltung, die Rechte des Mieters geltend zu machen (wenn die Überlassung des Mietgegenstandes noch aussteht) bzw. die Rechte des Mieters zu erhalten (nach bereits erfolgter Gebrauchsüberlassung), werden die Zahlungsansprüche des Vermieters, die sich auf die Zeit ab Eröffnung des Verfahrens bis zum ordentlichen Ende des Vertragsverhältnisses beziehen, in den Rang von Masseforderungen erhoben, § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO. Sie werden vollständig und vorrangig befriedigt. Die AVP erhält die Leistung, die sie auch in der Solvenz erhalten hätte. Die Problematik, dass die AVP durch einen Wertverlust des Schuldnervermögens (des Vertragsanspruchs der IVP) eine Befriedigungseinbuße erleidet, besteht bei einer Geltendmachungsentscheidung damit nicht.

Ein anderes Bild zeichnet sich ab, wenn die Insolvenzverwaltung eine Nichtgeltendmachungsentscheidung bzw. eine Nichterhaltungsentscheidung bezüglich des Gebrauchsanspruchs des Mieters ausspricht. Wie die Forderungen des Vermieters aus der Schwebezeit zu behandeln sind, wenn eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen wird, ist bislang nicht ausreichend geklärt.⁴⁴⁰ Wurde die Mietsache von der Insolvenzverwaltung in Anspruch genommen, so greift § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO und die Forderungen des Vermieters aus der Schwebezeit werden in den Rang

438 BGH, Urt. v. 18.07.2002 - IX ZR 195/01 = NZI 2002, 543 (548); siehe hierzu auch: *Tetzlaff*, NZI 2006, 87 (89); *Dahl*, NZM 2008, 585 (586).

439 *Von Wilnowsky*, ZInsO 2007, 731 (731).

440 Zur Übersicht über den Meinungsstand: *Wortberg*, ZInsO 2006, 1256 (1257 f.); FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 109; vgl. auch: *Tetzlaff*, NZI 2006, 87 (88).

von Masseverbindlichkeiten gehoben.⁴⁴¹ Die gleiche Folge soll nach der Rechtsprechung des BGH auch eintreten, wenn der Insolvenzverwalter die Mietsache im Besitz hatte.⁴⁴² Beide Kriterien sind jedoch nicht immer gegeben, sodass sich die Frage stellt, wie in solchen Fällen die Befriedigung der Zahlungsansprüche zu erfolgen hat. Durch einen Umkehrschluss aus § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO ergibt sich, dass die Forderungen aus dem gegenseitigen Vertrag Insolvenzforderungen sind, wenn die Mietsache nicht genutzt wurde oder sie nicht im Besitz des Verwalters war.⁴⁴³ Grundsätzlich wäre es möglich, eine Masseverbindlichkeit auch in diesen Fällen auf § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO zu stützen, wenn die Kündigungssperre aus § 112 InsO so verstanden wird, dass hierdurch eine Erfüllung des Vertrags nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss. Denn durch die Kündigungssperre ist der Vermieter an das Vertragsverhältnis gebunden und es wird von ihm abverlangt, dass er den Vertrag „erfüllen muss“ und damit folglich vom Gesetz vorgegeben, dass das Vertragsverhältnis fortgeführt werden muss.⁴⁴⁴ Dieser Weg wurde bislang jedoch nicht von den Gerichten bestätigt. Es wird stattdessen im juristischen Diskurs angemerkt, dass die Privilegierung nur greifen soll, wenn es eine ausdrückliche gesetzliche Vorgabe zur Rangverbesserung gibt, wie es für das Immobiliarmietrecht in § 108 InsO der Fall ist (dort findet sich die Formulierung „bestehen mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort“). Der Gesetzgeber würde sogar mit der expliziten Schaffung von Masseverbindlichkeiten beim Im-

441 Diese sich bereits aus dem Gesetz ableitende Rechtsfolge wird nochmals mit dem Hinweis darauf, dass die vertraglichen Ansprüche nicht mit Verfahrenseröffnung erlöschen, bestätigt: FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 109; vgl. *Wortberg*, ZInsO 2006, 1256 (1258).

442 BGH, Urt. v. 01.03.2007 - IX ZR 81/05 = ZIP 2007, 778 (780).

443 Zu diesem Ergebnis gelangen auch: *Tintelnot*, ZIP 1995, 616 (620); Kübler/Prütting/Bork-InsO/*Pape/Schaltke*, § 55 Rn. 149; hingegen immer eine Masseverbindlichkeit annehmend, wenn nicht zu erstmöglichen Termin gekündigt wurde: *Dahl*, NZM 2008, 585 (586).

444 So die Begründung von: *Von Wilmowsky*, ZInsO 2004, 882 (886) und auch die Gesetzesbegründung zur Kündigungssperre deutet hierauf hin, wenn es heißt: „Die Pflicht zur Zahlung des Miet- oder Pachtzinses für die Zeit nach der Verfahrenseröffnung ist Masseverbindlichkeit nach § 64 Abs. 1 Nr. 2 des Entwurfs [= § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO]“, ohne dass eine weitere Differenzierung vorgenommen wird, RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 126 RegE (= § 112 InsO); ebenfalls verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Eigentumsgarantie äußernd und einen Masseanspruch für die Schwebezeit befürwortend: *Eckert*, ZIP 1996, 897 (898, 904); FK-InsO/B. *Wegener*, § 112 Rn. 1; diesen Bedenken ist der BGH nicht gefolgt: BGH, Urt. v. 18.07.2002 - IX ZR 195/01 = NZI 2002, 543 (548).

mobiliarmietrecht zeigen, dass er für sonstige Mietverträge gerade keine Rangverbesserung beabsichtigt hatte.⁴⁴⁵ Und schließlich findet sich im Meinungsaustausch auch die Ansicht, dass die Forderungen des Vermieters lediglich über das Bereicherungsrecht einzufordern seien.⁴⁴⁶ Doch für eine solche Einschränkung der Rechte des Vermieters besteht kein Grund und das Gesamtvollstreckungsverfahren liefert für ein solches Vorgehen auch keine Anhaltspunkte.⁴⁴⁷ Wurde die Mietsache nicht genutzt und war sie auch nicht im Besitz des Insolvenzverwalters, so erfährt die AVP nach derzeitig vorherrschenden Rechtsverständnis bei einer ablehnenden Verwertungsentscheidung nur eine insolvenzgemäße Befriedigung ihrer Ansprüche. Es erfolgt eine Verrechnung der Werte der Vertragsansprüche nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO. Die AVP wird in der Höhe, in der die Werte der Ansprüche deckungsgleich sind, vollständig befriedigt. Aus diesem Grund kann davon gesprochen werden, dass die AVP eine Sicherheit in Höhe des Wertes des Vertragsanspruchs der IVP besitzt bzw. ihr ein Befriedigungsvorrecht am Wert des Vertragsanspruchs der IVP zugutekommt. Nur bezüglich der nach der Verrechnung weiterhin bestehenden Restforderung wird die AVP quotaal befriedigt. Sollte sich jedoch der Wert der Ansprüche der IVP bis zur Verwertungsentscheidung verringern, erleidet die AVP eine Befriedigungseinbuße. Je mehr sich der Wert der Sicherheit reduziert, desto mehr wird die AVP zu einem ungesicherten Gläubiger. Da der Insolvenzverwaltung zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung ausreichend Zeit zu gewähren ist, kann die AVP diese Einbußen durch Zeitablauf nicht verhindern. - Bis zu diesem Erkenntnisstand kann auf die Ergebnisse, die zu den Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch erarbeitet wurden, zurückgegriffen werden. Doch bergen Dauerschuldverhältnisse Besonderheiten, die zu berücksichtigen sind. Es ist zunächst festzustellen, welche gegenseitigen Vertragsansprüche sich in der Verrechnung gegenüberstehen. Hierfür ist nach dem jeweiligen Erfüllungsstadium zu unterscheiden und zugleich danach zu differenzieren, ob ein neuartiger Anspruch auf weitere Belassung angenommen wird.

445 Siehe zu diesem Meinungsstreit: *von Wilmowsky*, ZInsO 2004, 882 (886).

446 Vgl. *Wortberg*, ZInsO 2006, 1256 (1257) m.w.N.

447 FK-InsO/B. *Wegener*, § 103 Rn. 109.

c. Verrechnung der Vertragsansprüche bei ablehnender Verwertungsentscheidung

Der noch nicht erfüllte Mietvertrag kann sich in einem von zwei möglichen Stadien befinden: Die Gebrauchsüberlassung kann noch ausstehen oder bereits vor Verfahrenseröffnung erfolgt sein. Neben diesen Erfüllungsstadien besitzt auch die Annahme oder Ablehnung des Konstrukts eines Belassungsanspruchs Relevanz bezüglich der Befriedigung der Forderung der AVP im Insolvenzverfahren.

aa. Erfüllungsstadium: Gebrauchsüberlassung noch ausstehend

Wurde der bewegliche Mietgegenstand noch nicht zum Gebrauch überlassen und wurde auch noch keine Mietzahlung erbracht, so liegt ein Fall eines gänzlich nicht erfüllten Vertrags vor. Der Vermieter hat einen Anspruch auf Zahlung der Miete bis zum Ende der Vertragszeit und der Mieter besitzt einen Gebrauchsgewährungsanspruch aus § 535 Abs. 1 BGB für eben diese Zeit. Bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung und anschließenden Verrechnung stehen sich die Werte der Hauptleistungspflichten beider Vertragspartner gegenüber. Gegen den Wert der vereinbarten Miete wird damit der Wert des Gebrauchsgewährungsanspruchs, welcher sich nach der Marktmiete bemisst, verrechnet. In der Höhe, in der die Ansprüche wertmäßig deckungsgleich sind, erlöschen sie. Auf die übrig bleibende Restforderung der AVP wird sodann die Quote ausgeschüttet.

bb. Erfüllungsstadium: Gebrauchsüberlassung wurde vor Verfahrenseröffnung eingeräumt

Wurde dem Mieter die Nutzungsmöglichkeit schon vor der Verfahrenseröffnung eingeräumt, aber die Forderungen des Vermieters während der Schwebezeit nicht in den Rang von Masseforderungen erhoben (weil der Mietgegenstand nicht genutzt wurde oder sich nicht im Besitz des Verwalters befand), so stehen sich bei einer Nichterhaltungsentscheidung die Werte der Vertragsansprüche der AVP und der IVP zur Verrechnung gegenüber. Während der Wert des Anspruchs der AVP durch den vertraglich vereinbarten Mietzins feststeht, sind der Umfang und der Wert des Anspruchs der IVP hingegen umstritten.

(1) Verrechnungsmodell mit Belassensanspruch

Wird die Meinung vertreten, dass der Gebrauchsüberlassungsanspruch des Mieters aus § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB durch die Einräumung der Nutzungsmöglichkeit nicht bereits erloschen ist, sondern ein Anspruch auf weitere Belassung besteht,⁴⁴⁸ so soll dieser wertmäßig gegen die Forderungen der AVP verrechnet werden können.

Korrekterweise darf das Recht des Mieters, den überlassenen Gegenstand zu gebrauchen, nicht als Anspruch verstanden werden, weil hierin keine Leistung zu erblicken ist. Es handelt sich um das Recht des Mieters aus dem abgeschlossenen Mietvertrag.⁴⁴⁹ Mangels einer Zuwendung eines Vorteils müsste dem Belassensanspruch folglich der Wert „null“ zugeschrieben werden.⁴⁵⁰ Damit kann er weder mit Befriedigungswirkung gegen die Forderungen des Vermieters verrechnet werden, noch kann er der AVP als Sicherheit dienen. Logischerweise kann ein Anspruch, der von vornherein keinen Wert besitzt, auch nicht an Wert verlieren. Dies führt dazu, dass auch Befriedigungseinbußen aufgrund eines Wertverlustes des Vertragsanspruchs der IVP damit schon dem Grunde nach ausgeschlossen wären.

Die vorherrschende Rechtsansicht, die einen Anspruch auf weitere Belassung bejaht, misst diesem jedoch den Wert der Marktmiete für den fraglichen Gegenstand und den Vertragszeitraum zu. Folgt man dieser Ansicht, besteht rechnerisch eine vergleichbare Situation zu den Verträgen, bei denen die Gebrauchsüberlassung noch aussteht, denn der Belassungsanspruch stellt ein Spiegelbild des Gebrauchsüberlassungsanspruchs dar. Es stehen sich dann der Wert der vereinbarten Mietzahlung und der Wert der Marktmiete gegenüber. Ist der Wert des Zahlungsanspruchs höher als der Wert des Belassungsanspruchs, so tritt durch deren Verrechnung das Resultat ein, dass der Mieter sein Besitz- und Gebrauchsrecht verliert und die zuvor überlassene Mietsache zurückgewähren muss.⁴⁵¹ Der Vermieter kann durch Befreiung von seinen Belassungspflichten den Mietgegenstand

448 Der Vermieter sei dazu verpflichtet immer wieder erneut eine Belassens-Leistung zu erbringen, siehe hierzu: BGH, Urt. v. 01.03.2007 - IX ZR 81/05 = ZIP 2007, 778 (779); FK-InsO/B. Wegener, § 103 Rn. 26; KölnKomm-InsO/Cy-mutta/Hess, § 103 Rn. 324; kritisch hierzu: von Wilmsky, ZInsO 2007, 731 (735 ff.); Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier-InsRKomm/Flöther/Wehner, § 103 Rn. 65.

449 Von Wilmsky, ZInsO 2007, 731 (736).

450 Vgl. hierzu auch: von Wilmsky, ZInsO 2011, 1473 (1478), der erklärt, dass der Belassensanspruch kein Vermögenswert i.S.d. § 38 InsO darstellt.

451 Vgl. BGH, Urt. v. 01.03.2007 - IX ZR 81/05 = ZIP 2007, 778 (779).

somit umgehend einem anderen Interessenten anbieten. Bezüglich des Wertes, um den der Vertragsanspruch der AVP den Vertragsanspruch der IVP übersteigt, soll der Vermieter eine Insolvenzforderung besitzen.

Dem Konstrukt zum Belassensanspruch und der daraus folgenden Methode zur Befriedigung des Anspruchs der AVP ist kritisch entgegenzuhalten, dass die Beendigung und Abwicklung des Vertragsverhältnisses nicht mit den zivilrechtlichen Regeln übereinstimmen und insolvenzrechtliche Grundprinzipien ausgehebelt werden. Normalerweise müsste sich der Vermieter entscheiden, ob er die insolvenzrechtliche Befriedigung bis zum Ende des Vertragsverhältnisses wählt und der Mieter den Mietgegenstand in dieser Zeit weiter gebrauchen kann oder ob er das Mietverhältnis fristlos kündigt, seine zukünftigen Mietansprüche gegen den Insolvenzschuldner dadurch verliert, aber stattdessen den zurückerlangten Gegenstand an einen anderen Vertragspartner vermieten kann. Durch die Konstruktion des Belassensanspruchs wird das Mietverhältnis bereits durch Verrechnung beendet, ohne dass der Vermieter eine Kündigung aussprechen muss. Für die Forderungen, die sich auf die noch verbleibende Zeit bis zum vorgesehenen Ende des Vertragsverhältnisses beziehen, wird dem Vermieter kumulativ sowohl das Interesse an der Erfüllung des Mietvertrages insolvenzmäßig befriedigt und zudem auch der vermietete Gegenstand vorzeitig zurückgewährt und damit die Möglichkeit der Weitervermietung eröffnet.⁴⁵² Diese Vorgehensweise ist für das Insolvenzverfahren untypisch und bietet dem Vermieter Vorzüge, die anderen Beteiligten verwehrt bleiben.

(2) Verrechnungsmodell ohne Belassensanspruch

Die Gegenmeinung führt unter Beachtung der zivilrechtlichen Grundsätze ins Feld, dass der Anspruch des Mieters auf Gebrauchsüberlassung bereits vor Insolvenzeröffnung durch Erfüllung erloschen ist und damit konsequenter Weise auch nicht Teil des Insolvenzvermögens wird. Er steht daher nicht für die Verrechnung gegen die noch offenen Vermieterforderungen zur Verfügung. Der Mieter besitzt nach Gebrauchsüberlassung lediglich noch Ansprüche auf Nebenleistungen wie die Erhaltung des Mietgegenstandes (§ 535 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB), die Abwehr von Störungen Dritter und ggf. sonstige vereinbarte Vertragsleistungen des Vermieters.⁴⁵³

452 Von Wilmowsky, ZInsO 2007, 731 (735).

453 Von Wilmowsky, ZInsO 2007, 731 (735).

Ausschließlich diese Ansprüche bilden den Wert des Vertragsanspruchs der IVP, der gegen die Vermieterforderungen zur Verrechnung eingesetzt werden kann. Als Resultat der Verrechnung der Werte des Anspruchs auf Mietzahlung und des Anspruchs auf Erbringung der Nebenleistungspflichten ergibt sich, dass die Forderungen des Vermieters zu einem ganz überwiegenden Teil als Insolvenzforderung bestehen bleiben, da der Wert der Mietzahlung typischerweise deutlich über dem Wert der Nebenleistungen liegt. Die Ansprüche auf die Nebenleistungen erlöschen dann durch die Verrechnung vollständig, der Mieter verliert durch die Verrechnung aber nicht sein Gebrauchsrecht, welches ihm schon vor der Insolvenzeröffnung eingeräumt wurde. Der Mietgegenstand bleibt deshalb im Besitz des Mieters und steht diesem bis zum Ende des Vertragsverhältnisses zu dessen Gebrauch zur Verfügung. Er kann lediglich für die verbleibende Dauer der Mietzeit⁴⁵⁴ keine Nebenleistungen vom Vermieter verlangen.⁴⁵⁵ Der Vermieter behält seine Ansprüche auf die Miete bis zum ordentlichen Ende des Mietverhältnisses und kann das Mietverhältnis unter den neuen Voraussetzungen bestehen lassen. Auf die nach der Verrechnung noch bestehende Restforderung wird die Insolvenzquote ausgeschüttet. Will er das Mietverhältnis beenden, so muss er aktiv werden und eine Kündigung aussprechen. In diesem Fall stehen ihm dann keine weiteren Mietansprüche gegen den Schuldner zu, er kann den Mietgegenstand aber herausverlangen und an einen anderen Vertragspartner vermieten. Er hat damit ein Wahlrecht zwischen der insolvenzgemäßen Befriedigung für die Restlaufzeit und der fristlosen Kündigung.⁴⁵⁶

Für dieses Verrechnungsmodell spricht, dass es mit der zivilrechtlichen Dogmatik übereinstimmt. Es wird kein neuartiger Anspruch konstruiert und die bereits eingeräumten Rechtspositionen werden respektiert und bestehende Kündigungsfristen werden beachtet. Zudem wird dem Vermieter nur alternativ entweder sein Erfüllungsinteresse insolvenzmäßig befriedigt oder die Möglichkeit gewährt, den Vertragsgegenstand vorzeitig zurück-

454 Welche Zeitspanne bis zum Ende des Vertragsverhältnisses besteht und somit für die Verrechnung der Forderungen maßgeblich ist, ergibt sich aus den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen und umfasst entweder die von den Parteien bestimmte Dauer der Mietzeit oder, wenn eine unbestimmte Laufzeit vereinbart wurde, die verbleibende Zeit, bis zur Wirksamkeit der (fiktiven) ordentlichen Kündigung zum nächstmöglichen Termin; siehe hierzu: *von Wilimowsky*, ZInsO 2007, 731 (734).

455 *Von Wilimowsky*, ZInsO 2007, 731 (736).

456 *Von Wilimowsky*, ZInsO 2007, 731 (738).

zuverlangen.⁴⁵⁷ Die Differenzforderung wird in diesem Modell bei der Verrechnung des Anspruchs der AVP mit dem Wert der Nebenleistungspflichten in aller Regel höher ausfallen als bei einer Verrechnung mit einem konstruierten Belassensanspruch in Höhe der Marktmiete. Da er nach einer fristlosen Kündigung und einer erneuten Vermietung jedoch die vollständige Mietzahlung einfordern kann, wird er sich voraussichtlich für diese Variante entscheiden.

Einige praktische Überlegungen könnten gegen diese Variante zur insolvenzgemäßen Befriedigung sprechen. Es erscheint zweifelhaft, ob die IVP nach einer ablehnenden Verwertungsentscheidung noch ein Interesse am Gebrauch der Mietsache besitzt. Die ablehnende Verwertungsentscheidung zeigt viel mehr, dass der Mietgegenstand nicht mehr benötigt wird. Um mögliche Haftungsrisiken zu vermeiden, die entstanden, wenn der Mieter seiner Rückgabepflicht aus § 546 Abs. 1 BGB nicht nachkommen kann, könnte die Insolvenzverwaltung geneigt sein, den Mietgegenstand daher noch vor dem Vertragsende an den Vermieter zurückzugeben. Zudem ist fraglich, ob dem Mieter ein Gebrauchsrecht nützt, wenn der Vermieter keine Nebenleistungen z. B. zum Erhalt der Mietsache erbringt. Sollten notwendige Wartungs- und Instandhaltungsleistungen nicht durchgeführt werden, so besteht die Gefahr, dass Folgeschäden am Mietgegenstand auftreten. Regelmäßig werden daher weder der Mieter noch der Vermieter unter Berücksichtigung dieser Umstände an dem Vertragsverhältnis ohne eine Erfüllung der Nebenleistungspflichten festhalten wollen. Doch da die Insolvenzverwaltung des Mieters einer beweglichen Sache oder eines Rechts kein Sonderkündigungsrecht besitzt, kann nur der Vermieter nach einer Nichtgeltendmachungsentscheidung eine vorzeitige Beendigung herbeiführen. Ggf. wäre daher zu überdenken, im Mobiliarmietrecht beiden Parteien ein Recht zur fristlosen Kündigung einzuräumen, um diesen Aspekten zu begegnen. Verwiesen werden könnte hierbei auf die Regelung zum Immobilienmietrecht in § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO, wonach die Insolvenzverwaltung die Kündigung ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung wirksam aussprechen kann.

457 *Von Wilmowsky*, ZInsO 2007, 731 (735).

cc. Zwischenergebnis zur Verrechnung nach ablehnender Verwertungsentscheidung

Die AVP ist auch bei Mietverträgen durch den Wert des Vertragsanspruchs der IVP gesichert. Je nach Erfüllungsstadium und vertretener Ansicht zum weiteren Belassen ist der Wert des Anspruchs der IVP der Betrag der Marktmiete (wenn ein Gebrauchsgewährungsanspruch oder Belassensanspruch angenommen wird) oder der Wert der Nebenleistungspflichten. Es besteht ebenso wie bei Verträgen mit einem einmaligen Leistungsaustausch die Frage, welcher Umgang geboten ist, wenn die AVP aufgrund von Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP bei einer Verrechnung nicht mehr die Befriedigung erlangen kann, die zu Beginn des Verfahrens möglich gewesen wäre. Die Verrechnung der noch offenen Forderungen, gleich nach welcher Variante sie vorgenommen wird, kann zur Thematik der Befriedigungseinbußen keine zufriedenstellende Antwort liefern, denn die nach der Verrechnung bestehende Restforderung der AVP wird immer nur quotal befriedigt. Verfahrensbedingte Einbußen sollten aber zum Zwecke der Kompensation vollständig aus der Masse ausgeglichen werden. Auch sonstige mögliche Resultate der Verrechnung, wie eine sofortige Vertragsbeendigung und Rückgabe des Mietgegenstands, entfalten ihre Wirkung nur für die Zukunft, also die Zeit nach der Verwertungsentscheidung. Durch eine Rückgabe der Mietsache können somit zukünftige Ausfälle vermieden werden, nicht aber bereits eingetretene Einbußen für die bereits abgelaufene Vertragszeit verhindert werden. Daher besteht für die Schwebzeit weiterhin ein Regelungsbedarf.

2. Befriedigungseinbußen der AVP als Vermieterin bei Nichtgeltendmachungsentscheidung

Mit den möglichen Nachteilen eines Vermieters als Beteiligter eines Insolvenzverfahrens beschäftigt sich auch *Wortberg*. Er betrachtet die finanziellen Verluste des Vermieters jedoch als „kalkulierbar“ und „relativ gering“, weil die Mietzinsraten, die während des Eröffnungsverfahrens fällig wurden, als Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 2 Satz 1 und 2 InsO privilegiert sein können und weil bei einem Verzug nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Kündigungsrecht des Vermieters wieder besteht.⁴⁵⁸ Doch gerade an der Kalkulierbarkeit der Einbußen als auch an der Aussa-

458 *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 125, 126.

ge, dass diese relativ gering seien, bestehen erhebliche Zweifel. Das Argument, dass eine Privilegierung von Forderungen möglich ist, greift bereits nicht, wenn die Voraussetzungen der Rangverbesserung nicht vorliegen. Auch soll dem Vermieter zwar ein Kündigungsrecht wieder zustehen, wenn der Mieter nach Insolvenzeröffnung mit der Mietzahlung in Verzug gerät, aber dies beinhaltet gleichwohl, dass der Vermieter den Vertragsgegenstand im Besitz des insolventen Mieters belassen musste und Ausfälle schon eingetreten sind, bevor er das Kündigungsrecht ausüben kann. Und selbst wenn die Feststellung zutreffen sollte, dass ein Großteil der Vertragspartner des Insolvenzschuldners bei Dauerschuldverhältnissen keine insolvenzbedingten Nachteile erleidet, so rechtfertigt dies keinesfalls, dem restlichen Teil der Gläubiger aus noch nicht erfüllten Dauerschuldverhältnissen verfahrensbedingte Einbußen aufzubürden und sich mit dieser Situation stillschweigend abzufinden. Kein einziger Gläubiger sollte im Insolvenzverfahren seiner Sicherheit beraubt werden. Doch gerade dies ist der Fall, wenn der Anspruch der IVP während der Schwebzeit an Wert verliert.

Welche Ursachen zu einem Wertverlust führen, muss für die verschiedenen Erfüllungsstadien und die bezüglich eines Belassenanspruchs eingenommene Rechtsansicht separat untersucht werden. Eine besondere Herausforderung liegt bei Dauerschuldverhältnissen darin, zu prüfen, ob ein während der Schwebzeit eingetretener Wertverlust des Vertragsanspruchs der IVP auch tatsächlich eine insolvenzrechtliche Belastung darstellt oder zum allgemeinen vertraglich übernommenen Risiko zählt.

- a. Ursachen für Wertverlust des Gebrauchsgewährungsanspruchs -
Gebrauchsüberlassung ausstehend
- aa. Schwankungen der Marktmiete

Im Erfüllungsstadium vor Einräumung der Nutzungsmöglichkeit stehen sich der Anspruch auf die vereinbarte Miete und der Gebrauchsgewährungsanspruch in Höhe der Marktmiete gegenüber. Der Gebrauchsgewährungsanspruch kann an Wert verlieren, wenn die Marktmiete für derartige Mietgegenstände sinkt. Diesbezüglich besteht bei der Mieterinsolvenz eine Parallele zur Käuferinsolvenz. Man könnte geneigt sein anzunehmen, dass auch bei Mietverträgen das ursprüngliche Befriedigungsverhältnis zwischen den Gläubigern wiederhergestellt werden könnte, indem die Wertverluste ausgeglichen werden, die auf Marktschwankungen basieren.

Hierzu ein kurzer Rückblick: Bezüglich der Käuferinsolvenz wurde vorgeschlagen, die Verrechnung mit den Werten der Vertragsansprüche am Tag der Insolvenzeröffnung vorzunehmen, die Differenzforderung quotal zu befriedigen und den während der Schwebzeit entstandenen Wertverlust des Vertragsanspruchs der IVP vollständig auszugleichen.⁴⁵⁹ Ein Verkäufer kann nach einer Nichtgeltendmachungsentscheidung den Vertragsgegenstand einem anderen Interessenten zum Kauf anbieten. Zwar lässt sich der Kaufgegenstand aufgrund des gesunkenen Wertes nicht mehr zum ursprünglichen Preis veräußern, die AVP wird durch die Wertausgleichszahlung aber in dieser Hinsicht entschädigt. Damit ist sichergestellt, dass die Zeit, welche die Insolvenzverwaltung für die Vorbereitung der Verwertungsentscheidung benötigt, nicht zulasten des wartenden Vertragspartners geht und die AVP die Befriedigung erhält, die ihr zu Beginn des Verfahrens in Aussicht gestellt wurde.

Anders als bei einer Käuferinsolvenz lässt sich jedoch das Verrechnungsergebnis, das am Tag der Insolvenzeröffnung bestanden hatte, bei einer Mieterinsolvenz nicht auf diese Weise reproduzieren. Der Gebrauchsgewährungsanspruch hat nur einen Wert, wenn er sich auf die Zukunft bezieht, für die Vergangenheit ist der Wert verfallen. Dieser Wertverlust basiert nicht auf Marktschwankungen, sondern aufgrund der Unmöglichkeit, den Gegenstand rückwirkend für die Vergangenheit nutzen zu können. Die Unabhängigkeit von Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP und den Marktwerten zeigt auch das folgende Beispiel: Angenommen das Niveau der Marktmiete oder der Wert des Mietgegenstandes würde in der Zeit bis zur Verwertungsentscheidung steigen, so wäre der Wert des auf die Vergangenheit gerichteten Gebrauchsgewährungsanspruchs dennoch null. Während ein Verkäufer bei einer Wertsteigerung seine Gewinne durch einen erneuten Vertragsabschluss erhöhen kann, verbessert sich die Situation eines Vermieters in diesem Fall nicht. Eine Realisierung dieser Wertsteigerung mit einem anderen Vertragspartner ist rückwirkend nicht mehr möglich.

459 Beispiel für die Befriedigung: Angenommen die solvente Vertragspartei verkaufte einen Gegenstand für 1000 Euro, dessen Wert am Tag der Insolvenzeröffnung 900 Euro aber am Tag der Verwertung nur noch 600 Euro beträgt, so wird die Forderung des Verkäufers wie folgt befriedigt:
100 Euro sind als Differenzforderung quotal zu befriedigen
600 Euro werden am Tag der Verwertung gegenständlich durch Verrechnung befriedigt
300 Euro werden über einen neu zu schaffenden Ausgleichsanspruch vorrangig aus der Masse befriedigt.

Für die Kompensation von Befriedigungseinbußen bei einem Vertrag mit einmaligem Leistungsaustausch genügt es also, die zwei zeitlichen Bezugspunkte „Eröffnung“ und „Verwertung“ zu vergleichen. Durch den Ausgleich der eintretenden Marktpreisschwankung, also der Differenz zwischen dem Anfangs- und dem Endwert, ist es möglich, eine Handlung (der Verkauf einer Ware), die in der Vergangenheit nicht erfolgen konnte, zu einem späteren Zeitpunkt ohne Nachteile nachzuholen. Einem Dauerschuldverhältnis liegt aber eine fortlaufende Leistungsbeziehung zugrunde. Anders als ein Verkäufer besitzt der Vermieter wiederkehrende Ansprüche auch während der Schwebezeit. Deshalb muss sich auch das Wertausgleichsinstitut auf die gesamte Zeitspanne und nicht nur auf zwei Zeitpunkte richten.

Und schließlich spricht auch ein Vergleich mit der Vertragssituation während einer Solvenz gegen einen marktschwankungsbasierten Ausgleichsanspruch. Der Mieter kann das Vertragsverhältnis unter Einhaltung eventueller Fristen grundsätzlich jederzeit kündigen, sofern keine anderslautenden vertraglichen Regelungen getroffen wurden. Damit kann für den Vermieter das Risiko, den Mietgegenstand an einen nachfolgenden Interessenten nicht mehr zum vorherigen Mietniveau weitervermieten zu können, jeder Zeit eintreten. Typischerweise werden Marktschwankungen bereits bei der Höhe der Mietzahlungen einkalkuliert. Derartige Schwankungen gehören zum unternehmerischen Risiko eines Vermieters. Das Ziel des Wertausgleichsinstituts soll es sein, den Vertragspartner so zu stellen, wie er zu Beginn des Insolvenzverfahrens stand. Doch die Gefahr, eine Weitervermietung aufgrund von Marktschwankungen zu einem anderen Mietzins durchführen zu müssen, ist während der ganzen Vertragszeit immer gleich hoch und vom Insolvenzverfahren unabhängig. In diesem Aspekt unterscheidet sich die Lage eines Vermieters zu der eines Verkäufers. Letzterer ist nach Übergabe der Kaufsache nicht mehr von Marktschwankungen betroffen, weshalb die durch das Insolvenzrecht geschaffene Schwebezeit und die in dieser Zeit auftretende Marktveränderung eine außergewöhnliche, insolvenzbezogene Belastung für ihn bedeutet.

Ein auf die Marktentwicklung gestütztes Wertausgleichsinstitut, wie es für Kaufverträge vorgeschlagen wurde, führt damit bei Dauerschuldverhältnissen nicht zu angemessenen Ergebnissen. Es besteht bei Dauerschuldverhältnissen keine Notwendigkeit für die Einführung eines Wertausgleichsanspruchs, der auf Marktschwankungen basiert, denn diesbezüglich liegen bei diesen Vertragsverhältnissen keine verfahrensbedingten Belastungen vor.

bb. Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP aufgrund verstrichener Mietzeit

Dauerschuldverhältnisse sind für eine bestimmte oder unbestimmte Dauer geschlossen. Doch Zeit lässt sich nicht nachholen. Zu Beginn des Verfahrens richtet sich das Gebrauchsrecht auf einen zukünftigen Zeitraum und besitzt den Wert der Marktmiete. Der Gebrauchsüberlassungsanspruch des Mieters stellt am Tag der Insolvenzeröffnung eine Sicherheit für die AVP dar. Am Tag der Verwertung richtet sich der Anspruch des Mieters für die Schwebezeit allerdings auf einen vergangenen Zeitraum. Ein Gebrauchsüberlassungsanspruch, der sich auf die Vergangenheit bezieht, ist wertlos, denn eine Nutzung ist für die bereits verstrichene Zeit nicht mehr möglich. Würde ein Gläubiger in der Einzelzwangsvollstreckung diesen Anspruch pfänden, so erhielte er hieraus keine Befriedigung. Auch die Verrechnung der Vertragsansprüche kann nun nicht mehr zu einer Befriedigung der Forderung der AVP beitragen. Bezüglich der Schwebezeit wurde aus dem vollständig oder nahezu vollständig gesicherten Gläubiger ein gänzlich ungesicherter Gläubiger. Dieser komplette Wertverfall der Sicherheit durch Zeitablauf ist es, der zu Befriedigungseinbußen der AVP führt und durch einen Wertausgleichsanspruch kompensiert werden sollte.

Wurde der Mietgegenstand noch nicht übergeben und erhält die AVP während der Schwebezeit eine Wertausgleichsforderung in Höhe der marktüblichen Miete (Wert des Vertragsanspruchs der IVP als Gebrauchsgewährungsanspruch = Marktmiete), so erlangt sie diejenige Befriedigung, die eine Verwertung des Gebrauchsgewährungsanspruchs am Anfang des Verfahrens eingebracht hätte. Liegt der Wert der vertraglich vereinbarten Miete über dem Wert der Marktmiete, so verbleibt nach Verrechnung eine Restforderung zugunsten der AVP. Wie bezüglich dieser Differenz zu verfahren ist, vermag das Wertausgleichsinstitut allerdings nicht zu verraten. Zu klären ist, ob diese Restforderung quotaal zu befriedigen ist oder diesbezüglich ggf. eine Rangverbesserung greifen sollte.

b. Ursachen für Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP - Gebrauchsüberlassung eingeräumt

aa. Wertverlust des Belassensanspruchs

Wurde dem Mieter die Nutzungsmöglichkeit bereits vor der Insolvenzeröffnung eingeräumt und wird entgegen einer tragfähigen zivilrechtli-

chen Grundlage⁴⁶⁰ ein Anspruch auf weitere Belassung mit dem Wert der Marktmiete angenommen, darf gleichfalls nicht auf eventuelle Marktschwankungen abgestellt werden. Ebenso wie bei dem Erfüllungsstadium vor einer Gebrauchsüberlassung liegt auch nach Überlassung des Mietgegenstands die Problematik darin, dass ein solcher „Anspruch“ auf weitere Belassung nur werthaltig ist, wenn er sich auf die Zukunft richtet. Für die bereits verstrichene Zeit ist er wertlos. Die Tatsache, dass dem Insolvenzschuldner die Nutzungsmöglichkeit vor Verfahrenseröffnung schon eingeräumt wurde und er den Mietgegenstand während der Schwebezeit nutzen konnte, ändert hieran nichts. Denn es kommt bei der Frage nach Befriedigungseinbußen der AVP durch Wertverluste des Schuldnervermögens nicht darauf an, ob der Insolvenzschuldner vor der Verwertung eine werthaltige Position innehatte (welche bereits allein mit der Möglichkeit einer Nutzung gegeben ist), sondern welchen Wert der Vertragsanspruch der IVP zur Zeit der Verwertung für eine Befriedigung des Anspruchs der AVP (noch) besitzt. Auch hier gilt, dass dem Teil des „Anspruchs“ auf weitere Belassung, der sich auf die Vergangenheit richtet kein Wert beigemessen werden kann, da eine nachträgliche Nutzung oder Vermietung nicht mehr möglich ist und er damit nicht zur Befriedigung dienlich sein kann. Auch im Falle einer Einzelzwangsvollstreckung würde die Vollstreckung eines Nutzungsanspruchs für die Vergangenheit keinen Erlös erzielen. Durch den Wertverfall des Vertragsanspruchs der IVP aufgrund des Zeitablaufs während der Schwebezeit erleidet die AVP Befriedigungseinbußen. Diese Einbußen sollten über einen Wertausgleichsanspruch kompensiert werden. Hatte die AVP mit dem Insolvenzschuldner eine über dem Marktniveau liegende Miete vereinbart, so ist auch in diesem Zusammenhang zu ermitteln, ob die verbleibende Differenzforderung zu Gunsten der AVP quotal zu befriedigen ist oder in den Rang einer Masseforderung erhoben werden soll.

bb. Wertverlust des Anspruchs auf Nebenleistungen

Wird angenommen, dass nach Erfüllung des Gebrauchsüberlassungsanspruchs aus § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB und dessen Erlöschen dem Mieter nur noch Ansprüche auf Nebenleistungspflichten zustehen, so darf bei der Betrachtung von Wertverlusten des Anspruchs der IVP auch nur allein auf den Wert dieser Pflichten abgestellt werden. Nebenleistungspflichten

460 Siehe hierzu: *von Wilmsowsky*, ZInsO 2007, 731 (735 ff.).

erleiden durch das Voranschreiten der Zeit nicht per se einen Wertverfall. Unter Umständen bleibt ihr Wert konstant.

Die Pflichten können sich auf Instandhaltung und Wartung beziehen, aber auch Leistungen wie Schulungen, Einweisungen oder Fortentwicklung umfassen. Bezüglich Leistungen, die auf einem individuellen Bedarf beruhen, ist deren Preis das Ergebnis der Verhandlungen der Vertragspartner. Daher könnte infrage gestellt werden, ob überhaupt ein Marktpreis besteht, für den Schwankungen auftreten können. Doch auch wenn kein organisierter Markt wie die Börse für auszuübende Dienstleistungen oder eventuell benötigte Materialien existiert, sind deren Preise gleichwohl von Angebot und Nachfrage abhängig und damit Teil eines Marktes der Schwankungen unterliegen kann.⁴⁶¹ Damit kann der Anspruch auf die Erfüllung der Nebenleistungen, welcher der AVP als Sicherheit dient, durch Zeitablauf Wertverluste erfahren. War beispielsweise eine am Markt zunächst stark nachgefragte Leistung zur Fortentwicklung eines Programms 1000 Euro wert und sinkt die Nachfrage und damit der Wert bezüglich einer solchen Leistung bis zur Verwertungsentscheidung auf einen Wert von 800 Euro, so steht der AVP nach Ablauf der Schwebzeit nicht mehr der ursprüngliche Wert des Vertragsanspruchs der IVP zur Verfügung und es kommt zu einer Befriedigungseinbuße. Ob und in welchem Umfang Einbußen entstehen ist je nach Einzelfall separat zu prüfen.

Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass die AVP durch den Wert der Nebenleistungen in aller Regel nur zu einem geringen Teil gesichert ist. Die Höhe des Mietzinses wird in aller Regel so kalkuliert, dass er alle anfallenden Kosten für die Erfüllung der Nebenleistungen abdeckt und der Vermieter darüber hinaus Gewinne erzielen kann. Daher haben die Mietforderungen (Anspruch der AVP) üblicherweise einen weit höheren Wert als die Nebenleistungspflichten (Anspruch der IVP). Da die AVP mit dem Wert der Nebenleistungspflichten regelmäßig stark untersichert ist, bleibt die Vermieterforderung nach Verrechnung in der Regel zum größten Teil bestehen. Das Warten auf die Verwertungsentscheidung durch die Insolvenzverwaltung verursacht trotz Kompensation der Wertverluste der Nebenleistungspflichten erhebliche verfahrensbedingte Belastungen, da der Vermieter den Mietgegenstand nicht mehr rückwirkend einem anderen Interessenten anbieten kann. Der AVP eines Dauerschuldverhältnisses nur einen Ausgleich bezüglich der Wertverluste ihrer Sicherheit

461 vgl. *Gleißner*, Grundlagen des Risikomanagements im Unternehmen, S. 89: die „Schwankungen der Verhandlungsqualität“ mit dem jeweiligen Vertragspartner führt zu Beschaffungsrisiken.

(Vertragsanspruch der IVP mit dem Wert der Nebenleistungspflichten) zu gewähren und sie ansonsten für den nach der Verrechnung verbleibenden Teil der Forderungen auf die Quote zu verweisen, führt zu keinem interessengerechten Ergebnis. An dieser Stelle wird offensichtlich, dass das Wertausgleichsinstitut an seine Grenzen stößt. Auch durch Einführung eines Wertausgleichsinstituts wird nicht der Zustand hergestellt, der für die AVP zu Beginn des Verfahrens bestand, als eine Vermietung an einen anderen Vertragspartner noch möglich war. Das Wertausgleichsinstitut stellt zwar den Wert der Sicherheit der AVP (den ursprünglichen Wert des Anspruchs der IVP) wieder her, der Vermieter erleidet dennoch erhebliche Mietausfälle durch die abgelaufene Zeit, die zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung benötigt wird. Die Frage, wie die Restforderung der AVP aus einem Dauerschuldverhältnis zu befriedigen ist, die nach der Verrechnung der Werte der wechselseitigen Ansprüche verbleibt, entfaltet damit in dieser Konstellation nochmals erhöhte Relevanz.

c. Zwischenergebnis zu Befriedigungseinbußen

Bei Dauerschuldverhältnissen, bei denen die Nutzungsmöglichkeit noch nicht eingeräumt wurde (oder nach Gebrauchsüberlassung ein Belassensanspruch angenommen wird), besitzt der Vertragsanspruch der IVP den Wert der Marktmiete. Während der Schwebezeit kommt es zu einem vollständigen Wertverlust, den es auszugleichen gilt. Da die Zeit immer konstant voranschreitet, besteht damit das Erfordernis für einen Wertausgleichsanspruch immer, sobald eine ablehnende Verwertungsentscheidung getroffen wird.

Wird die Rechtsansicht vertreten, dass sich der Vertragsanspruch der IVP nach der Gebrauchsüberlassung nur noch auf die noch zu erbringenden Nebenleistungen bezieht, so kann ein Wertverlust des Anspruchs der IVP aufgrund verschiedener Faktoren eintreten. In erster Linie werden diese jedoch auf Marktpreisschwankungen basieren, seltener auf Zeitablauf. Eines Wertausgleichsinstituts bedarf es in diesem Erfüllungsstadium nach einer ablehnenden Verwertungsentscheidung nur dann, wenn im Einzelfall tatsächlich eine Wertminderung des Anspruchs der IVP festgestellt werden konnte.

Wann immer die AVP am Tag der Verwertung nur eine Verrechnung mit dem nunmehr wertlosen oder im Wert geminderten Vertragsanspruch der IVP vornehmen kann, erfährt sie Befriedigungseinbußen, die es auszugleichen gilt. Bei diesem Ergebnis darf bei Dauerschuldverhältnissen

jedoch nicht stehen geblieben werden. Auch die nach der Verwertung der Sicherheit noch verbleibende Restforderung muss für eine angemessene Befriedigung der Forderungen der AVP aus Dauerschuldverhältnissen eingehend beleuchtet werden.

3. Grenzen des Wertausgleichsinstituts bei Dauerschuldverhältnissen und Ergänzungen

Ziel des Wertausgleichsinstituts ist es, die ursprünglichen Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern wiederherzustellen und der AVP diejenige Befriedigung zukommen zu lassen, die ihr zu Beginn des Verfahrens in Aussicht gestellt wurde. Doch gerade die Frage, welche Befriedigung in Aussicht gestellt wurde bzw. werden müsste, kann bei Dauerschuldverhältnissen klärungsbedürftig sein.

Waren die Werte des Anspruchs der AVP (vereinbarte Miete) und des Anspruchs der IVP (Marktmiete oder Nebenleistungen) zu Beginn des Verfahrens bezüglich ihrer Werte identisch und die AVP somit vollständig gesichert, so werden über das Wertausgleichsinstitut alle Nachteile während der Schwebezeit kompensiert. Schwierigkeiten treten allerdings hervor, wenn die AVP durch den Wert des Vertragsanspruchs der IVP untersichert ist. Aber auch der Fall der Übersicherung bedarf einer kurzen Klarstellung.

a. Problem der Untersicherung

Grundsätzlich gilt, dass ein Gläubiger eines noch nicht erfüllten Vertrags, der nur teilweise durch den Wert des schuldnerischen Anspruchs gesichert ist, das Risiko trägt, dass seine Forderung bei einer Verrechnung der wechselseitigen Ansprüche nicht vollständig erfüllt wird. Erleidet der Vertragsanspruch der IVP, der ein Teil des Schuldnervermögens darstellt und der AVP als Sicherheit dient, Wertverluste, so sollen diese kompensiert werden. Das Wertausgleichsinstitut schützt damit die Befriedigung, die eine Verwertung des Anspruchs der IVP verspricht. An der Tatsache, dass die AVP untersichert ist, ändert das Wertausgleichsinstitut aber nichts. Es soll nur den ursprünglichen Wert der Sicherheit wiederherstellen und keinesfalls den Wert der Sicherheit insgesamt erhöhen.

Hat der Vermieter dem Insolvenzschuldner den Mietgegenstand zu einem über dem Marktniveau liegenden Preis angeboten, so ist er durch

den Wert des Anspruchs der IVP unterschert, wenn der Gebrauch noch nicht überlassen wurde oder nach Überlassung ein Anspruch auf weitere Belassung angenommen wird. Eine starke Unterschierung liegt zudem in aller Regel vor, wenn die vorzugswürdige Ansicht vertreten wird, dass nach der Überlassung der Mietsache nur noch ein Anspruch des Mieters auf die Erfüllung der Nebenleistungspflichten besteht. Zu klären ist, ob die Restforderung bei Dauerschuldverhältnissen quotal befriedigt werden sollte oder stattdessen teilweise oder ganz in den Rang einer Masseforderung erhoben werden soll.

aa. Vollständige Befriedigung in Höhe des Marktniveaus und insolvenzgemäße Befriedigung

In Betracht kommt es, der AVP eine vollständige Befriedigung in Höhe der Marktmiete zu gewähren und nur auf den Betrag, um den die vertraglich vereinbarte Miete die marktübliche Miete übersteigt, die Quote auszuschütten. Bezüglich der Fallvarianten, dass der schuldnerische Anspruch den Wert der Marktmiete trägt und ggf. durch Zeitablauf einen Wertverfall erlitten hat, wird dieses Befriedigungsergebnis bereits durch das Wertausgleichsinstitut erreicht. Die verbleibende Differenzforderung ist dann lediglich quotal zu befriedigen. Bezieht sich der Wert des Anspruchs der IVP hingegen nur auf den Wert der Nebenleistungspflichten, ist eine Korrektur notwendig und die Differenzforderung muss teilweise in den Rang einer Masseforderung erhoben werden. Die AVP sollte dann, auch wenn sie nur zu einem geringen Teil mit dem Wert der Nebenleistungspflichten gesichert ist, eine vollständige Befriedigung in Höhe der marktüblichen Miete erhalten und auf die anschließend weiterhin verbleibende Differenz die Quote ausgeschüttet bekommen.

Für eine vollständige Befriedigung bis zur Höhe des Marktniveaus spricht, dass die AVP den Betrag aus der Insolvenzmasse ausgezahlt bekommt, den sie voraussichtlich bei einer Neuvermietung an einen anderen Interessenten auch zu erzielen im Stande gewesen wäre, sofern die Verwertungsentscheidung am Tag der Insolvenzeröffnung festgestanden hätte. Mögliche Schwierigkeiten könnten sich bei der Bestimmung der marktüblichen Miete ergeben, insbesondere bezüglich der Vermietung von seltenen Gegenständen, wenn Vergleichswerte fehlen. Doch der Wert der Marktmiete könnte dann ggf. über Schätzungen festzulegen sein.

Für diese Korrektur bezüglich der Differenzforderung durch eine teilweise Rangverbesserung spricht des Weiteren auch eine Parallele zur Be-

friedigung der AVP bei Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch. Hat die AVP als Verkäuferin dem Insolvenzschuldner einen Vertragsgegenstand zu einem über dem Marktniveau liegenden Kaufpreis angeboten, ist sie mit dem Anspruch der IVP (dem Übereignungsanspruch) in Höhe des Marktwertes der Kaufsache gesichert. Sollte es zu Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP während der Schwebezeit kommen, so sind diese durch das Wertausgleichsinstitut zu kompensieren. Damit wird die AVP immer am Tag der Verwertung in Höhe des ursprünglichen Marktwertes vollständig befriedigt und erhält bezüglich der Differenzforderung (dem Teil der Forderung, der über dem Marktniveau liegt) eine quotale Befriedigung. Mit Orientierung an diesem Befriedigungsergebnis könnte auch für die AVP, die bei Forderungen aus einem Dauerschuldverhältnis ggf. nur in Höhe des Wertes der Nebenleistungspflichten gesichert ist, eine vollständige Befriedigung in Höhe der Marktmiete gefordert werden und ggf. auf Prinzipien der Gleichbehandlung verwiesen werden.

Gegen diese Korrektur spricht allerdings, dass bei einer Käuferinsolvenz die tatsächliche Sicherheit der AVP respektiert wird, während bei einer Mieterinsolvenz aus einem stark untersicherten Gläubiger ein fast vollständig gesicherter Gläubiger wird. Bezog sich die Sicherheit der AVP allein auf den Wert des Anspruchs der IVP in Höhe der Nebenleistungspflichten, so rechtfertigt es das Wertausgleichsinstitut nicht, die Sicherheit der AVP auf Kosten der ungesicherten Gläubiger zu erhöhen. Hierin wäre ein Eingriff in die Rangverhältnisse der Gläubiger zu sehen, dessen Rechtfertigung sich nicht auf bloße Parallelen mit anderen Vertragstypen oder einer hypothetischen Vermietung an einen anderen Interessenten stützen lässt.

bb. Rangverbesserung der gesamten Restforderung

Möglicherweise könnte eine Rangverbesserung der gesamten Restforderung von Zahlungsansprüchen aus Dauerschuldverhältnissen allerdings aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben, dem verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums, geboten sein. Da bei einer Übersicherung der AVP nach der Verrechnung der Ansprüche immer eine Restforderung bestehen bleibt, unabhängig davon, in welchem Erfüllungsstadium sich der Vertrag befindet und welche Rechtsansicht nach der Gebrauchsüberlassung vertreten wird, wirkt sich diese Ergänzung des Wertausgleichsinstituts in allen Fallvarianten auf die Befriedigung der AVP aus. Im Ergebnis erhält die AVP dann den vertraglich vereinbarten Mietzins: die Befriedigung des Vertragsanspruchs der AVP erfolgt (falls möglich) durch die Verrechnung

der Werte der gegenseitigen Ansprüche, durch die Kompensation eines bis zur Verwertung eingetretenen Wertverlusts bzw. Wertverfalls durch einen Wertausgleichsanspruch mit Massestatus und der Erhebung der verbleibenden Restforderung in den Rang einer Massforderung.

Eine Notwendigkeit zur Rangverbesserung der gesamten Vermieterforderungen, die sich auf die Schwebezeit beziehen, zeigte bereits *von Wilimowsky* anhand der verfassungsrechtlichen Grundsätze auf.⁴⁶² Dem Vermieter ist es aufgrund der Insolvenz des Mieters unzumutbar, das Mietverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bzw. der vereinbarten Mietzeit fortzusetzen. Obwohl ein Grund zur fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB vorliegt, bleibt er aber durch die Wirkung der Kündigungssperre aus § 112 InsO an den Vertrag mit dem Insolvenzschuldner zwangsweise gebunden. Der Vermieter könnte durch eine fristlose Kündigung zukünftige Mietausfälle verhindern. Doch jeder Tag, den der Vermieter an den insolventen Mieter gebunden bleibt, scheidet für eine Vermietung an einen solventen Mieter aus.⁴⁶³ Zwar ist auch ein Verkäufer bei der Käuferinsolvenz an den insolventen Vertragspartner gebunden, dem Vertrag liegt aber nur ein einmaliger Leistungsaustausch zugrunde und kein fortdauernder Leistungsaustausch. In einem bestehenden Dauerschuldverhältnis werden hingegen auch in der Zeitspanne der erzwungenen Vertragsbindung neue Forderungen gegen den insolventen Vertragspartner fällig. Und während ein Verkäufer die Möglichkeit besitzt, den Verkaufsgegenstand nach einer Nichtgeltendmachungsentscheidung umgehend an einen anderen Interessenten zu veräußern, ist stattdessen für den Vermieter eine rückwirkende Vermietung für die bereits verstrichene Zeit unmöglich. Würden nun die Mietforderungen, die auf die Zeit der erzwungenen Vertragsfortsetzungen entfallen, nicht oder nur teilweise befriedigt, so wäre die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG verletzt. Das Insolvenzrecht darf den Vermieter mit der Kündigungssperre nicht zur Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem Insolvenzschuldner zwingen, ohne zugleich dafür Sorge zu tragen, dass jene Mieten, die auf die erzwungene Vertragsbindung fallen, vollständig befriedigt werden. Die vom Gesetz vorgeschriebene Bindung ist nur dann verfassungskonform, wenn der Vermieter für die Dauer, in der die Kündigungssperre wirkt, die vertraglich vereinbarte Gegenleistung erhält.⁴⁶⁴ Die Kündigungssperre greift bereits ab Insolvenzantrag und ihre Wirkung wird erst mit der Verwertungsentscheidung

462 *Von Wilimowsky*, ZInsO 2004, 882 (886).

463 *Von Wilimowsky*, ZInsO 2004, 882 (882, 887).

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

beendet. Denjenigen Forderungen des Vermieters, die auf die Dauer der Kündigungssperre bzw. die Dauer der Schwebzeit entfallen, gebührt der Status einer Masseverbindlichkeit, und dies unabhängig vom Ausgang der Verwertungsentscheidung.⁴⁶⁵ Eine solche Rangverbesserung könnte durch eine direkte oder analoge Anwendung des § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO erreicht werden.⁴⁶⁶ Die ungesicherten Gläubiger werden durch die Zahlung der vertraglich vereinbarten Miete auch nicht übermäßig belastet. Sie können sich durch eine ablehnende Verwertungsentscheidung schnell von den Zahlungspflichten befreien und haben es damit in der Hand, die Belastungen der Insolvenzmasse einzudämmen.

Die Argumentation, die für eine Rangverbesserung der gesamten Vermieterforderung vorgetragen wird, entfaltet ihre Geltung auch bezüglich des Teils der Forderung, der als Differenzbetrag nach einer Verrechnung der Vertragsansprüche und der Kompensation von eventuellen Wertverlusten durch das Wertausgleichsinstitut bestehen bleibt. Wird die Differenzforderung in den Rang einer Masseforderung erhoben, so werden letztlich die Vermieterforderungen, die sich auf die Schwebzeit beziehen, in voller Höhe befriedigt. Oder anders formuliert ergibt sich die vollständige Befriedigung der Vermieterforderung aus folgenden Elementen:

- der Befriedigung durch Verrechnung des Vertragsanspruchs der AVP mit dem Vertragsanspruch der IVP, sofern dieser noch einen Wert besitzt (dies ist der Fall, wenn sich der Anspruch der IVP auf Nebenleistungen bezieht),
- er Kompensation eines eingetretenen Wertverfalls oder Wertverlustes des Vertragsanspruchs der IVP (hierdurch erfolgt eine Wiederherstellung der ursprünglichen Sicherheit in Höhe der Marktmiete oder in Höhe des ursprünglichen Wertes der Nebenleistungspflichten),
- Rangverbesserung der verbleibenden Differenzforderung als Masseforderung (aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben).

cc. Zwischenergebnis - Verknüpfung von Wertausgleichsinstitut und Rangverbesserung

Das vorgeschlagene Wertausgleichsinstitut zielt zunächst auf die Kompensation des Wertverlustes der Sicherheit ab, um das anfängliche Verhältnis der gegenseitigen Ansprüche wiederherzustellen und der AVP die

465 Von Wilmsowsky, ZInsO 2004, 882 (888).

466 Von Wilmsowsky, ZInsO 2004, 882 (886).

ursprünglich erzielbare Befriedigung bei Verrechnung zu gewähren. Die ggf. verbleibende Restforderung soll, sofern sie sich auf die Schwebezeit bezieht, bei Dauerschuldverhältnissen aber nicht als Insolvenzforderung befriedigt werden, sondern durch eine Rangverbesserung Massestatus erhalten.

Doch auch mit einem umgekehrten Vorgehen, wenn eine Rangverbesserung der gesamten Vermieterforderung verlangt wird, wird letztlich das gleiche Ergebnis erzielt. Besitzt der Mieter noch nicht erfüllte Ansprüche auf Nebenleistungen, so kann er den Mietzins entsprechend im Wert kürzen. In diesem Fall wird dann die gekürzte Vermieterforderung, die sich auf die Schwebezeit bezieht, in den Rang einer Masseverbindlichkeit erhoben und aus der Masse heraus befriedigt. Die Kürzung der Forderung ist letztlich das Ergebnis einer Verrechnung. Und sollte der Wert des schuldnerischen Anspruchs, gerichtet auf Nebenleistungspflichten, bis zur Verwertungsentscheidung einen Wertverlust erleiden, so wäre auch diese Wertminderung durch ein Wertausgleichsanspruch zu kompensieren.

b. Problem der Übersicherung

Sollte die Situation vorliegen, dass bei Verfahrenseröffnung der Wert des Vertragsanspruchs der AVP (Mietzins) niedriger ist als der Wert des Vertragsanspruchs der IVP (Marktmiete), beispielsweise, weil der Vermieter seinen Mietgegenstand unter dem Wert der Marktmiete angeboten hat, ist die AVP mit dem Wert des schuldnerischen Anspruchs übersichert. Gleiches gilt, wenn sich der Anspruch der IVP auf die Nebenleistungspflichten bezieht und diese ausnahmsweise den Wert der zu zahlenden Mieten übersteigen. Auch hier entstehen der AVP durch einen Wertverfall oder Wertverlust der Sicherheit Befriedigungseinbußen, welche kompensiert werden müssen. Jedoch ist die Befriedigung der AVP auf die Höhe des vertraglich vereinbarten Mietzinses zu begrenzen, denn der Vermieter kann selbstverständlich nur das verlangen, was ihm vertraglich zusteht. Das Wertausgleichsinstitut darf nicht zu einer Übervorteilung führen. Falls die AVP übersichert war, steht ihr bei Wertverlusten der Sicherheit nur ein Wertausgleichsanspruch in der maximalen Höhe der vertraglich vereinbarten Miete zu.

4. Bekräftigung der Argumente für ein Wertausgleichsinstitut bei Dauerschuldverhältnissen

Die Argumente, die für ein Wertausgleichsinstitut bei Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch herausgearbeitet wurden, entfalten auch bei Dauerschuldverhältnissen ihre Wirkung und Berechtigung. Zum Teil werden die Argumente für Dauerschuldverhältnisse durch die Zielsetzung der gesetzlichen Sondervorschriften und deren Folgen für die AVP nochmals untermauert.

a. Ergänzungen zum Argument des Verwertungsrechts und Verteilungsrechts

Ein zentrales Argument für die Notwendigkeit der Ergänzung des InsO um einen neuen Wertausgleichsanspruch ergibt sich aus dem Grundsatz der Verfahrenskostenzuteilung und der Verteilungsgerechtigkeit und basiert auf der erzwungenen Vertragsbindung der AVP während der Schwebezeit. Bereits durch das allgemeine Insolvenzvertragsrecht, wonach der Insolvenzverwaltung allein ein Verwertungsrecht zugeschrieben wird und dem solventen Vertragspartner die Möglichkeit zur Vereinbarung einer wirksamen Vertragsauflösungsklausel entzogen ist, sind die Vertragspartner des Insolvenzschuldners schon dem Grundsatz nach an das Vertragsverhältnis gebunden. Diese erzwungene Bindung wird durch die gesetzlich normierte Kündigungssperre aus § 112 InsO nochmals verstärkt, wenn die AVP die leistungsverpflichtete Partei ist. Die Sperre bewirkt, dass der Vermieter trotz Vorliegens eines außerordentlichen Kündigungsgrundes aufgrund eines Verzugs bezüglich der Mietzahlungen oder der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners keine Kündigung aussprechen kann. Erst mit einer ablehnenden Verwertungsentscheidung wird die Wirkung beendet und der Vermieter kann seine Kündigungsrechte wieder ausüben.

Durch Zeitablauf und damit verbundener Unmöglichkeit einer rückwirkenden Vermietung und ggf. durch Marktpreisschwankungen erleidet die AVP eines Dauerschuldverhältnisses erhebliche Einbußen. Diese Einbußen, die der AVP beim Warten auf die Verwertungsentscheidung entstehen, sollten allerdings nicht bei ihr verbleiben, sondern von den restlichen Gläubigern getragen werden. Dies ergibt sich auch bezüglich Dauerschuldverhältnissen aus den insolvenzrechtlichen Grundsätzen zum Verwertungs- und Verteilungsrecht.

aa. Zuteilung der Belastungen zu den Verfahrenskosten - Regeln des Verwertungsrechts

Die erzwungene Vertragsbindung und damit auch die Kündigungssperre ist eine insolvenzrechtliche Maßnahme, die das Gesetz im Interesse der ungesicherten Gläubiger anordnet. Zweck der Kündigungssperre ist es, die Verwertungsmöglichkeiten des Schuldnervermögens zu verbessern. Nach der Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf einer Insolvenzordnung soll die Kündigungssperre bewirken, dass die wirtschaftliche Einheit von Gegenständen, die gemietet oder gepachtet wurden, bestehen bleibt und diese in den Verfügungsbereich des Insolvenzverwalters übergehen, damit er die Möglichkeit der Sanierung des Unternehmens prüfen kann.⁴⁶⁷ Die Kündigungssperre verschafft den ungesicherten Gläubigern einen Vermögensgegenstand, der ihnen nach den Regeln des allgemeinen Zivilrechts nicht haften würde, denn ohne die Sperre stände dem Vermieter ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zu.⁴⁶⁸ Mit Verweis auf diese Norm kann zugleich erneut festgestellt werden, dass für die AVP das abverlangte Warten auf die Verwertungsentscheidung mit Belastungen verbunden ist, welche der Vertrag, in den er eingewilligt hatte, nicht vorsah.⁴⁶⁹ Die ungesicherten Gläubiger profitieren hingegen von der Vertragsbindung und der optimalen Verwertung der Rechte aus dem Mietvertrag.⁴⁷⁰

Werden nun, wie es nach aktueller Rechtslage der Fall ist, die Belastungen der AVP durch einen kompletten Wertverfall oder Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP nicht ausgeglichen, so werden damit die Kosten der Vorbereitung der Verwertungsentscheidung vollständig oder jedenfalls ganz überwiegend der AVP aufgebürdet. Die bestmögliche Verwertung des Schuldnervermögens, die den ungesicherten Gläubigern den höchsten Erlös verspricht, wird auf Risiko der AVP vorbereitet.⁴⁷¹ Dieses Ergebnis

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

468 *Von Wilmowsky*, ZInsO 2004, 882 (883, 885).

469 Siehe hierzu auch: *von Wilmowsky*, ZInsO 2004, 882 (886); vgl. *Eckert*, ZIP 1996, 897 (898).

470 Siehe auch: *Eckert*, ZIP 1996, 897 (897), der aufzeigt, dass die Verwaltung auf eine gemietete Telefon- oder EDV-Anlage genauso angewiesen sein kann wie auf gemietete Räume. Zudem wird die Verwertungsentscheidung in deren Interesse getroffen.

471 Siehe bezüglich Rangverbesserung der Vermieterforderung: *von Wilmowsky*, ZInsO 2004, 882 (885).

widerspricht jedoch den Prinzipien des Insolvenzverwertungsrechts, denn Kosten, die bei der Durchführung des Verfahrens entstehen oder Verbindlichkeiten, welche zum Nutzen des Insolvenzvermögens eingegangen werden, sind nach §§ 54, 55 InsO vollständig aus der Masse zu befriedigen. Auch die Einbußen der AVP, die mit der Aufhebung des Kündigungsrechts verbunden sind, sind den Verfahrenskosten zuzuordnen und müssen von der Gläubigersamtheit getragen werden.⁴⁷² Wertverluste des Anspruchs der IVP, die zu Befriedigungseinbußen der AVP führen, sollten durch ein Wertausgleichsinstitut kompensiert werden. Bei Zahlungsansprüchen aus Dauerschuldverhältnissen sind zudem die nach einer Verrechnung verbleibenden Differenzforderungen vollständig aus der Masse zu befriedigen. Auf diese Weise kann eine Verlagerung der Kosten, welche die Schwebzeit verursacht, auf die ungesicherten Gläubiger erfolgen.

bb. Grundsätze der Verteilungsgerechtigkeit - Regeln des Verteilungsrechts

Zu den Grundsätzen des Insolvenzverteilungsrechts zählt, dass die Verteilungsverhältnisse, die zu Beginn des Verfahrens zwischen den Gläubigern bestanden, respektiert und geschützt werden müssen. Dies beinhaltet, dass Belastungen, die während der Schwebzeit die Rangverhältnisse zwischen den Gläubigern ändern, auszugleichen sind. Anderenfalls wäre das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung verletzt, wenn einzelne Gläubiger durch eine insolvenzrechtliche Maßnahme in der Art belastet werden, dass sich ihre zu Beginn des Verfahrens in Aussicht gestellte Befriedigung verringert.

Besitzt die AVP Forderungen aus einem Dauerschuldverhältnis gegen den Schuldner, ist sie zu Beginn des Verfahrens durch den Wert des Anspruchs der IVP gesichert. Doch bis zum Tag der Verwertungsentscheidung kommt es zu einem Wertverlust bzw. einem kompletten Wertverfall der Sicherheit, womit eine Befriedigung durch die Verwertung der Sicherheit beeinträchtigt wird. Aufgrund des Zeitablaufs und der Unmöglichkeit einer rückwirkenden Leistung an einen anderen Kontrahenten kann die AVP ihre anfangs noch bestehende Sicherheit am Tag der Verwertung nicht mehr mit Befriedigungswirkung nutzen. Wertverluste des schuldnerischen Anspruchs, die zu Befriedigungseinbußen führen, sind durch ein

472 Vgl. Ansicht zu Verfahrenskosten: *von Wilmowsky*, ZInsO 2004, 882 (886).

Wertausgleichsanspruch zu kompensieren, anderenfalls liefe das Befriedigungsvorrecht der AVP am Wert des Vertragsanspruchs der IVP ins Leere.

Zudem ist eine nach Verrechnung ggf. verbleibende Differenzforderung als Masseforderung zu befriedigen. Da sich der Vermieter aufgrund der Kündigungssperre vor dem Anstieg seiner Forderungen gegen den Insolvenzschuldner nicht schützen kann und an den Vertrag mit dem Mieter zwangsweise gebunden ist, wäre beim Erleiden von Mietausfällen ansonsten der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums verletzt.⁴⁷³

b. Ergänzungen der Argumente zu § 172 Abs. 1 InsO und Optionsgeschäften

Auch die Argumente zum Ausgleichsanspruch aus § 172 Abs. 1 InsO lassen sich auf Dauerschuldverhältnisse übertragen und sensibilisieren für das Bedürfnis, die AVP vor Befriedigungseinbußen zu schützen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die für absonderungsberechtigte Gläubiger entwickelten Ausgleichspflichten, welche inhaltlich auch auf Vertragspartner von Verträgen mit einmaligen Leistungsaustausch übertragbar sind, für Dauerschuldverhältnisse nicht greifen sollten.

Dies gilt auch für die Erkenntnisse, die aus einem Vergleich mit den Optionsgeschäften gewonnen wurden. Optionsgeschäfte sind nicht auf Kaufverträge beschränkt. Auch bezüglich eines Dauerschuldverhältnisses kann einem Berechtigten eine Option in der Form einer Verlängerungs-, Begründungs- oder Beendigungsoption eingeräumt werden.⁴⁷⁴ Jedoch erfolgt die Einräumung immer gegen die Zahlung einer Entschädigung für die vom Stillhalter übernommenen Nachteile. Dieser Vergleich gibt auch für das Insolvenzrecht, das dem Insolvenzverwalter derzeit ein kostenloses Wahlrecht einräumt, eine Richtung zur Fortentwicklung vor und sensibilisiert für das Bedürfnis der Kodifizierung eines Wertausgleichsinstituts.

5. Anmerkungen zu Beherrschungsverträgen

Ebenfalls zu den Dauerschuldverhältnissen zählen auch die Beherrschungsverträge, die zwischen einer Obergesellschaft und Untergesell-

⁴⁷³ Von *Wilmowsky*, ZInsO 2004, 882 (885).

⁴⁷⁴ MünchKomm-BGB/*Häublein*, § 535 Rn. 27; vgl. *Breker*, Optionsrechts und Stillhalteverpflichtungen, S. 19.

schaft geschlossen werden. Wird gegen die Obergesellschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet, stellt sich auch in einem solchen Verfahren die Frage, wie das Schuldnervermögen (hierzu zählen auch die Ansprüche aus dem Beherrschungsvertrag) verwertet und auf die Beteiligten verteilt werden muss. Es werden zum Teil die Meinungen vertreten, dass ein Beherrschungsvertrag durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwingend beendet wird⁴⁷⁵ oder diese Verträge außerhalb des Anwendungsbereichs des § 103 InsO lägen, da es sich nicht um Austauschverträge handle, sondern um Organisationsverträge, welche Abhängigkeitsverhältnisse und gesellschaftliche Zuständigkeiten festlegen und so einen organisatorischen Verband konstruieren.⁴⁷⁶ Doch sollte diesen Ansichten und Thesen kritisch begegnet werden. Für eine Beendigung des Vertrags durch die Insolvenzeröffnung oder der Annahme, dass der Vertrag außerhalb des § 103 InsO läge, bestehen keine Anhaltspunkte. Das Weisungsrecht aus dem Beherrschungsvertrag hat einen Vermögenswert, denn es erlaubt der Obergesellschaft die Nutzung des wirtschaftlichen Potenzials der Untergesellschaft.⁴⁷⁷ Über die Ansprüche, die dem Insolvenzschuldner aus dem Beherrschungsvertrag noch zustehen, ist ebenso wie hinsichtlich aller anderen Verträge auch eine Verwertungsentscheidung zu treffen. Hierfür ist der Ertrag bei einer Fortführungsentscheidung und der hierfür zu erbringende Aufwand zu vergleichen.⁴⁷⁸ Wenn der Ertrag den Aufwand übersteigt, wird typischerweise die Fortführung des Beherrschungsvertrags beschlossen und bei einer umgekehrten Wertrelation die Nichtfortführung.⁴⁷⁹ Der Aufwand bemisst sich nach den Einwänden der Untergesellschaft, die ihr aus ihren Ansprüchen gegen die Obergesellschaft und damit gegen deren Weisungen zustehen.⁴⁸⁰ Die Untergesellschaft kann zum einen nach § 302 AktG die Übernahme des Jahresfehlbetrags verlangen und zum anderen nach § 304 AktG auch diejenigen Ansprüche geltend machen, welche den au-

475 Vgl. BGH, Urt. v. 14.12.1987 - II ZR 170/87 = ZIP 1988, 229 (231); siehe ausführliche Darstellung des Meinungsstreits: *von Wilmsky*, DK 2016, 261 (261 ff.).

476 Zum Begriff des Organisationsvertrags: MünchKomm-BGB/*Schäfer*, § 705 Rn. 162, 163; MünchKomm-HGB/*Schmidt*, § 105, Rn. 114; MünchKomm-GmbHG/*Liebscher*, § 13, Rn. 651.

477 *Von Wilmsky*, DK 2016, 261 (266), der sich zugleich gegen eine teils behauptete Parallele zu Mietverträgen aufgrund dieses Rechts zur Nutzung des wirtschaftlichen Potentials ausspricht.

478 *Von Wilmsky*, DK 2016, 261 (271).

479 *Von Wilmsky*, DK 2016, 261 (273).

480 *Von Wilmsky*, DK 2016, 261 (272).

ßenstehenden Gesellschaftern der Untergesellschaft zustehen. Der Ertrag, den das Weisungsrecht einbringt, ist nicht eindeutig zu ermitteln, sondern muss geschätzt werden und hängt von den individuellen Faktoren des Einzelfalls ab.⁴⁸¹

Auch für die Verwertung der Rechte aus dem Beherrschungsvertrag bedarf es einer Vorbereitungszeit. Entscheidend ist in diesem Kontext, dass das Weisungsrecht nur dann einen Nutzen stiften kann, wenn das Unternehmen insgesamt fortgeführt wird. Die Entscheidung über die Verwertung des Beherrschungsvertrags kann also nie isoliert getroffen werden, sondern hängt von der Gesamtverwertungsentscheidung bezüglich der Obergesellschaft (Stilllegung, Fortführung in Trägerschaft des Schuldners oder Übertragung auf einen neuen Träger) ab.⁴⁸² Durch das Abwarten der Gesamtverwertungsentscheidung verlängert sich die für die Verwertung der Ansprüche aus dem Beherrschungsvertrag benötigte Zeit im Vergleich zu einer hiervon losgelösten Verwertungsentscheidung.

Während der Schwebezeit bleibt auch die Untergesellschaft an die Obergesellschaft zwangsweise gebunden. Die erzwungene Bindung ergibt sich aus dem insolvenzrechtlichen Fortführungsgebot und der Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit von insolvenzbezogenen Lösungsklauseln.⁴⁸³ Teilweise wird darüber hinaus eine analoge Anwendung des § 112 InsO angenommen und die Bindung der Untergesellschaft mit dem Entzug von Kündigungsrechten begründet.⁴⁸⁴ Die Schwebezeit führt zu einer brisanten Lage für die Untergesellschaft, da die Ansprüche aus § 302 AktG und § 304 AktG fortlaufend ansteigen und sich die Untergesellschaft gegen diesen Anstieg nicht schützen kann.⁴⁸⁵ Je länger die Schwebezeit andauert, desto stärker fallen die Belastungen aus.

Ebenso wie für die anderen Vertragstypen zuvor festgestellt, ist auch die Erzeugung des Schwebezustandes bezüglich des Beherrschungsvertrags und die erzwungene Vertragsbindung der Untergesellschaft eine insolvenzrechtliche Maßnahme im Interesse der restlichen Gläubiger, die von der optimalen Verwertung des Schuldnervermögens profitieren. Aus diesem Grund haben sie auch die Belastungen der Untergesellschaft, welche durch die insolvenzrechtliche Maßnahme hervorgerufen werden, auszugleichen.

481 *Von Wilmowsky*, DK 2016, 261 (271).

482 *Von Wilmowsky*, DK 2016, 261 (271, 274).

483 Zur Anfechtbarkeit von Aufhebungsklauseln in Beherrschungsverträgen: *von Wilmowsky*, DK 2016, 261 (265 f.).

484 Für eine analoge Anwendung des § 112 InsO: *Freudenberg*, ZIP 2009, 2037 (2043 f.); dagegen: *von Wilmowsky*, DK 2016, 261 (266).

485 *Von Wilmowsky*, DK 2016, 261 (270).

Wird entschieden, dass das Weisungsrecht nicht fortgeführt werden soll, so erfolgt gleichfalls wie bei anderen Vertragstypen auch eine Verrechnung der Werte der noch offenen Ansprüche.⁴⁸⁶ Sollte das Weisungsrecht der Obergesellschaft an Wert verlieren oder der Wert durch Zeitablauf vollständig verfallen und daher der AVP Befriedigungseinbußen entstehen, so bedarf es zu deren Kompensation eines neu in die InsO aufzunehmenden Wertausgleichsanspruchs mit Massestatus. So wie für Dauerschuldverhältnisse insgesamt vorgeschlagen, sind die eventuell verbleibenden Restforderungen mit einem Massestatus zu versehen. Eine argumentative Basis für eine Rangverbesserung der gesamten Ansprüche der Untergesellschaft, welche auf die Schwebzeit entfallen, liefert *von Wilmsowsky*, der aufzeigt, dass dem Vertragspartner durch die erzwungene Vertragsbindung keine zusätzlichen Risiken aufgebürdet werden dürfen.⁴⁸⁷ Eine Rangverbesserung wird sich in einigen Fällen bereits aus der Regelung des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO ergeben, sie sollte aber zum Schutz der Eigentumsgarantie unabhängig hiervon für die während der Schwebzeit auflaufenden Ansprüche normiert werden.

Für Beherrschungsverträge gelten damit trotz ihres besonderen Charakters hinsichtlich der Frage des Umgangs mit insolvenzbedingten Nachteilen der AVP keine Unterschiede im Vergleich zu sonstigen Dauerschuldverhältnissen.

III. Ergebnis zum Wertausgleichsinstitut bei Insolvenz des Leistungsberechtigten

Das Insolvenzrecht sollte um einen Wertausgleichsanspruch zugunsten der AVP bezüglich Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP erweitert werden. Dieser Anspruch muss Massestatus erhalten, damit er geeignet ist, die Befriedigungseinbußen zu kompensieren. Bezüglich der damit verbundenen Belastungen der Insolvenzmasse sei anzumerken, dass die Insolvenzverwaltung dessen Höhe durch eine möglichst kurze Schwebzeit beeinflussen kann. Grundsätzlich gilt, je früher die Verwertungsentscheidung getroffen wird, desto geringer ist die Gefahr, dass sich Wertveränderungen bezüglich des Schuldnervermögens (Vertragsanspruch der IVP) ergeben und desto geringer fällt ein eventueller Wertausgleichsanspruch aus. Eine

486 *Von Wilmsowsky*, DK 2016, 261 (275, 276).

487 *Von Wilmsowsky*, DK 2016, 261 (270).

andere Situation besteht für die AVP, denn ihr stehen keine Möglichkeiten zu, um die Einbußen zu verhindern oder zu minimieren.

Als Konsequenz nach einer Einführung eines Wertausgleichsinstituts ergibt sich, dass die Kosten-Nutzen-Abwägung im Rahmen der Verwertungsentscheidung nun auch die Belastungen durch Ausgleichsansprüche mitumfassen muss. Bislang beeinflusst ein Wertverlust des Anspruchs der IVP (jener Teil des Schuldnervermögens, welcher der AVP als Sicherheit dient) die Verwertungsentscheidung nur insofern, dass eine Tendenz zur Nichtgeltendmachungsentscheidung bzw. Nichterhaltungsentscheidung gelegt wird. Die restlichen Gläubiger haben aber keine Risiken zu tragen. Damit weist das Insolvenzvertragsrecht ohne ein Wertausgleichsinstitut eine Asymmetrie auf. Im Falle einer Wertsteigerung des Insolvenzvermögens kann die Insolvenzverwaltung hiervon profitieren, indem sie den schuldnerischen Anspruch geltend macht und dadurch der Mehrwert den Gläubigern in voller Höhe zufließt. Im umgekehrten Fall sollte dann aber auch die Gläubigergemeinschaft für eine vollständige Kompensation von Wertverlusten aufkommen. Diese bisher bestehende Asymmetrie bei Wertveränderungen wird durch das Wertausgleichsinstitut behoben.

C. Insolvenz des Leistungsverpflichteten – Wertverluste des Anspruchs der IVP

Auch über das Vermögen der leistungsverpflichteten Partei kann ein Insolvenzverfahren eröffnet werden und dabei gleichfalls die Notwendigkeit bestehen, über Vermögensansprüche aus Verträgen im Stadium des § 103 InsO eine Verwertungsentscheidung zu treffen. Ob auch in dieser Konstellation ebenfalls Befriedigungseinbußen während der Schwebezeit auftreten können und ein Wertausgleichsinstitut in das Gesetz aufgenommen werden sollte, wird anhand der Beispiele einer Verkäuferinsolvenz und Vermieterinsolvenz geprüft. Die AVP ist hierbei als leistungsberechtigte Partei die Käuferin oder Mieterin und erwartet die Übergabe oder Überlassung eines Vertragsgegenstandes.

I. Verträge mit einmaligem Leistungsaustausch - am Beispiel der Verkäuferinsolvenz

1. Befriedigung der Ansprüche der AVP als Käuferin

Im Falle der Verkäuferinsolvenz besitzt die AVP als Käuferin einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Kaufgegenstandes. Der Wert des Anspruchs richtet sich nach dem Marktwert eines solchen Gegenstandes, wenn noch keine Konkretisierung stattfand oder nach dem Wert des separierten Gegenstands, wenn sich das Schuldverhältnis nur auf diesen bezieht. Die IVP besitzt demgegenüber einen Zahlungsanspruch gegen die AVP, dessen Höhe durch vertragliche Vereinbarung festgelegt wurde.

Wie der Anspruch der AVP befriedigt wird, ist abhängig von der Verwertungsentscheidung, die über den Vertragsanspruch der IVP getroffen wird. Diese ist auch im Falle der Insolvenz des Leistungsverpflichteten abhängig vom Aufwand, den es zu erbringen gilt, um einen Einwand der AVP aus § 320 BGB, § 321 BGB oder auch § 273 BGB zu überwinden.⁴⁸⁸ Die IVP kann den Zahlungsanspruch gegen die AVP nur geltend machen, wenn sie bereit ist, ihre Leistung (Übergabe und Übereignung der Kaufsache) an die AVP zu erbringen. Dies ist der Aufwand, den die Geltendmachung des Anspruchs der IVP erfordert.

Für eine Verwertung durch Geltendmachung des Vertragsanspruchs der IVP wird sich die Insolvenzverwaltung entscheiden, wenn der Wert des Zahlungsanspruchs höher ist als der Wert des Übereignungsanspruchs. Die AVP wird dann vollständig und gegenständlich befriedigt, indem die Kaufsache an sie übergeben und übereignet wird. Die vollständige Befriedigung des Anspruchs der AVP wird durch den Wert, den der Vertragsanspruch der IVP besitzt, finanziert.⁴⁸⁹ Befriedigungseinbußen durch Wertverluste des schuldnerische Anspruchs während der Schwebezeit sind bei dieser Form der Verwertung nicht zu befürchten. Die AVP erhält die vertraglich vereinbarte Leistung.

Liegt der Wert des Zahlungsanspruchs unter dem Wert des Übereignungsanspruchs, wird die Entscheidung hingegen auf Nichtgeltendmachung lauten. Bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung scheidet eine vollständige und gegenständliche Befriedigung des Übereignungsan-

488 *Von Wilmsky*, KTS 2011, 453 (455, 456), siehe zu § 320 BGB auch: *Tintelnot*, ZIP 1995, 616 (618); kritische Auseinandersetzung zur Frage der Insolvenzfähigkeit der Einreden siehe: *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 2.26 ff., 2.46 ff.

489 *Von Wilmsky*, ZInsO 2011, 1473 (1480).

spruchs aus. Dieser kann im Insolvenzverfahren nur noch seinem Wert nach durch eine Zahlung von Geld befriedigt werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Leistungsberechtigte lediglich eine Insolvenzforderung besitzt. Aufgrund der Tatsache, dass ein beiderseitig noch nicht erfüllter Vertrag vorliegt, trat die AVP als ein gesicherter Gläubiger in das Insolvenzverfahren ein. Zur wertmäßigen Befriedigung ihres Übereignungsanspruchs kann sie auf einen Gegenstand des Schuldnervermögens, den Zahlungsanspruch der IVP, bevorzugt zugreifen. Die AVP ist durch ihre eigene Verbindlichkeit gesichert. Das Befriedigungsvorrecht tritt durch die Verrechnung der Vertragsansprüche zutage. In dieser Höhe werden die Ansprüche mit ihrem vollen Wert befriedigt. Auf die dann nach der Verrechnung verbleibende Restforderung zugunsten der AVP wird die Insolvenzquote ausgeschüttet.⁴⁹⁰ Sollte sich jedoch der Wert des Vertragsanspruchs der IVP bis zur Verwertungsentscheidung verringern, so kommt es zu Befriedigungseinbußen der AVP. Wodurch aber Befriedigungseinbußen bei einem Zahlungsanspruch, dessen Höhe ja gerade vertraglich festgelegt wurde, entstehen können, kann nur durch eine nähere Untersuchung beantwortet werden.

2. Befriedigungseinbußen der AVP als Käuferin

Die Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung in einer festgelegten Höhe ist ein essenzieller Bestandteil eines Kaufvertrags (*essentialia negotii*). An dieser Vereinbarung ändert sich während der Schwebezeit selbstverständlich nichts. Doch die vertragliche Vereinbarung über die Höhe des zu zahlenden Geldbetrags bedeutet nicht, dass der Wert des Anspruchs unveränderlich ist und konstant bleibt. Zwei mögliche Ursachen, die zu einem Wertverlust des Anspruchs der IVP führen können, sollen geprüft werden. Dabei ist zugleich zu klären, ob der Wertverlust, der zu einer Befriedigungseinbuße der AVP führt, auch die Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern ändert, denn nur wenn es zu einer Veränderung der Befriedigungsverhältnisse kommt, besitzt schließlich die Frage nach einem Wertausgleichsanspruch Relevanz.

490 *Von Wilmowsky*, ZInsO 2011, 1473 (1476, 1480).

a. Inflation

Ein Wertverlust des Zahlungsanspruchs kann durch eine Inflation eintreten. Eine Inflation birgt finanzielle Nachteile der AVP. Jedoch sind alle Gläubiger gleichermaßen von einer Inflation, einer veränderten Kaufkraft des Geldes,⁴⁹¹ betroffen. Es kommt damit nicht zu einer Veränderung der Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern, weshalb ein Ausgleich zwischen den Gläubigern entbehrlich ist. Aus diesem Grund wurde bislang zu Recht weder bei starken Inflationsgeschehen noch bei der gegenwärtig herrschenden leichten Inflation von etwa 1-2% jährlich⁴⁹² ein Regelungsbedarf für Ausgleichsansprüche gesehen. Bei Befriedigungseinbußen aufgrund einer Inflation besteht kein Anlass das Insolvenzvertragsrecht mit einem Wertausgleichsinstitut fortzuentwickeln.

Auch der Ausgang der in den letzten Jahren aufgekommenen Debatte hinsichtlich einer möglichen Berücksichtigung der Inflation bei der Vergütung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters bestätigt dieses Ergebnis. Es war gerichtlich zu klären, ob es bei einer Geldentwertung zu einer Verletzung des verfassungsrechtlich begründeten Anspruchs auf angemessene Vergütung kommt. Dies wurde vom BGH jedoch verneint.⁴⁹³ Zur Lösung der angesprochenen Problematik sollten auch nicht die Gerichte, sondern gegebenenfalls der Verordnungsgeber durch eine allgemeine Anpassung der Berechnungsgrundlage tätig werden. Es kann sogar erwartet werden, dass die Regelvergütung für Insolvenzverwalter durch Erhöhung der Stufengrenzwerte sowie der Prozentsätze der einzelnen Stufen in § 2 InsVV nach und nach angehoben wird.⁴⁹⁴ Diese Streitfrage zur Vergütung des Insolvenzverwalters bezieht sich auch nicht auf ein bestimmtes Geschehnis innerhalb eines Verfahrens, wie die Veränderungen der Befriedigungsverhältnisse, die durch ein Wertausgleichsinstitut wieder korrigiert werden sollen, sondern zielt auf einen allgemeinen Inflationsausgleich ab, wie er zuvor auch in diversen Lebensbereichen von Verbraucherpreisen über

491 Schimansky/Bunte/Lwowski-BankR-HdB/Haug, § 123 Rn. 41.

492 Vgl. MünchKomm-BGB/Ann., § 2055 Rn. 15; vgl. zur Definition der Preisstabilität auch: Schimansky/Bunte/Lwowski-BankR-HdB/Papathanassiou, § 134 Rn. 57, eine Preisstabilität wird als „Anstieg des Harmonisierten Verbraucherpreisindex (HVPI) für das Euro-Währungsgebiet von unter 2 % gegenüber dem Vorjahr“ definiert.

493 BGH, Beschl. v. 17.09.2020 - IX ZB 29/19 = NZI 2020, 1010; BGH, Beschl. v. 04.12.2014 - IX ZB 60/13 = NZI 2015, 141.

494 Körner/Rendels, EWiR 2020, 659 (660), Anm. zu BGH, Beschl. v. 17.09.2020 - IX ZB 29/19.

Erzeugerpreise als auch Rechtsanwaltshonoraren oder Richtervergütungen Niederschlag gefunden hatte.⁴⁹⁵ Im Wege eines Umkehrschlusses verdeutlicht dieser Vergleich somit, dass den Folgen einer Inflation ansonsten nicht durch ein Ausgleichsinstitut zu begegnen ist.

b. Währungsschwankungen

Wertverluste des Zahlungsanspruchs können sich des Weiteren auch dann ergeben, wenn dem noch nicht erfüllten Vertrag eine Zahlung in einer Fremdwährung zugrunde liegt und es zu einer Veränderung des Wechselkurses kommt. In diesem Fall kann der Wert des Zahlungsanspruchs auch durch Währungsschwankungen beeinflusst werden. Es ist aber noch unklar, ob sich hieraus zugleich Befriedigungseinbußen der AVP ergeben und ob es zu einer Veränderung der Befriedigungsverhältnisse kommt. Zum einen ist bei Fremdwährungsforderungen an den § 45 InsO zu denken, der eine Umwandlung in die inländische Währung vorschreibt und zum anderen steht eine Wertveränderung einer Währung nicht für sich allein, sondern ist der Ausdruck eines Verhältnisses zu einer Referenzwährung.

aa. Anwendungsbereich des § 45 Satz 2 InsO - Umwandlung von Forderungen

Die Insolvenzordnung schreibt in § 45 Satz 2 InsO eine Umwandlung von Fremdwährungsforderungen in die inländische Währung vor: „Forderungen, die in ausländischer Währung oder in einer Rechnungseinheit ausgedrückt sind, sind nach dem Kurswert, der zur Zeit der Verfahrenseröffnung für den Zahlungsort maßgeblich ist, in inländische Währung umzurechnen.“ Eine Ungenauigkeit enthält die Norm in Bezug auf die Formulierung „Forderung“. Es ist aus dem Wortlaut nicht ersichtlich, ob eine Umwandlung sämtlicher Fremdwährungsforderungen der am Verfahren Beteiligten erfolgen soll oder nur Forderungen der AVP bzw. nur der IVP erfasst werden. Die Antwort hat Auswirkung auf die Frage, ob es überhaupt zu Nachteilen durch Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP während der Schwebezeit kommen kann. Ein Beispiel verdeutlicht

495 Vgl. *Körner/Rendels*, EWiR 2020, 659 (660), Anm. zu BGH, Beschl. v. 17.09.2020 - IX ZB 29/19.

dies. Angenommen ein deutscher Verkäufer (spätere IVP) und ein amerikanischer Käufer (spätere AVP) haben eine Zahlung in USD vereinbart. Würde der Vertragsanspruch der IVP (Zahlungsanspruch gerichtet auf USD) aufgrund von § 45 InsO in Euro umgewandelt werden und der Wert des Euros im Vergleich zum USD steigen, so wäre dieser Wertanstieg für einen amerikanischen Käufer nachteilig. Per Definition ist ein Wertanstieg aber schon kein Wertverlust. Die hier aufgezeigten Nachteile wären dann außerhalb des Geltungsbereichs eines Wertausgleichsinstituts.

Der Anwendungsbereich der Norm erschließt sich bei einer systematischen, teleologischen und historischen Betrachtung. Die Norm befindet sich im zweiten Abschnitt, welcher die „Einteilung der Gläubiger“ regelt und dabei auf die Gläubiger und ihre Forderungen gegen den Insolvenzschuldner abstellt. Entsprechend der Erläuterungen des Regierungsentwurfs zur Insolvenzordnung soll die Umrechnung der Ansprüche der Insolvenzgläubiger dem Zweck dienen, eine gleichberechtigte Teilnahme der Gläubiger am Verfahren zu ermöglichen.⁴⁹⁶ Ohne die Umrechnung der Insolvenzforderungen lägen keine miteinander vergleichbaren Geldbeträge vor und eine quotale Verteilung des realisierten Vermögens auf die ungesicherten Gläubiger wäre nicht möglich.⁴⁹⁷ Ebenso wie die Vorgängervorschriften § 69 KO und 34 VerglO zielt auch der § 45 InsO allein auf die Forderungen der Gläubiger gegen den Insolvenzschuldner ab, nicht aber auf die Forderungen des Insolvenzschuldners gegen Dritte.⁴⁹⁸ Bezüglich dieses engen Verständnis zum Anwendungsbereich der Norm besteht weitgehend Einigkeit.⁴⁹⁹ In Hinblick auf die noch nicht erfüllten Verträge bedeutet dies, dass eine Fremdwährungsforderung der AVP (dies ist der Anspruch der AVP) umgewandelt wird, hingegen aber eine Fremdwährungsverbindlichkeit der AVP (dies ist der Anspruch der IVP) nach Verfahrenseröffnung unverändert nur in der ausländischen Währung geltend gemacht werden kann. Da keine Umwandlung des Vertragsanspruchs der

496 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, Erläuterungen zu § 52 RegE (= § 45 InsO).

497 HambKomm-InsO/Lüdtke, § 45 Rn. 2, 3; MünchKomm-InsO/Bitter, § 45 Rn. 1; Uhlenbruck-InsO/Knof, § 45 Rn. 1, 2.

498 Andres/Leithaus-InsOKomm/Leithaus, § 45 Rn. 1; Nerlich/Römermann-InsO/Andres, § 45 Rn. 1; MünchKomm-InsO/Bitter, § 45 Rn. 1.

499 Siehe hierzu auch: FK-InsO/Bornemann, § 45 Rn. 3; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier-InsRKomm/Ahrens, § 45 Rn. 2; die gegenteiligen Erläuterungen des BGH, wonach auch Rechte von Schuldnern des Gemeinschuldners umgestaltet werden (BGH, Urt. v. 16.09.1993 - IX ZR 255/92 = ZIP 1993, 1656 (1658)) bezeichnet Bitter als ein Versehen: MünchKomm-InsO/Bitter, § 45 Rn. 1.

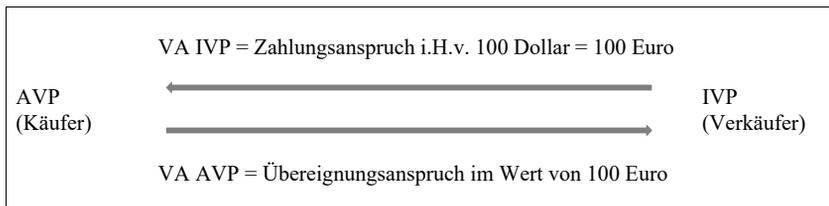
IVP stattfindet sind Währungsschwankungen eines auf eine Fremdwährung gerichteten Anspruchs der IVP während der Schwebezeit möglich.

bb. Wertverlust eines auf Fremdwährung gerichteten Vertragsanspruch der IVP

Zwei Varianten sind bezüglich eines auf eine Fremdwährung gerichteten Vertragsanspruchs der IVP denkbar. Zum einen kann die vereinbarte Währung nur für die IVP eine Fremdwährung darstellen, für die AVP hingegen die inländische Währung sein, zum anderen kann die Währung für beide Vertragspartner eine Fremdwährung darstellen.

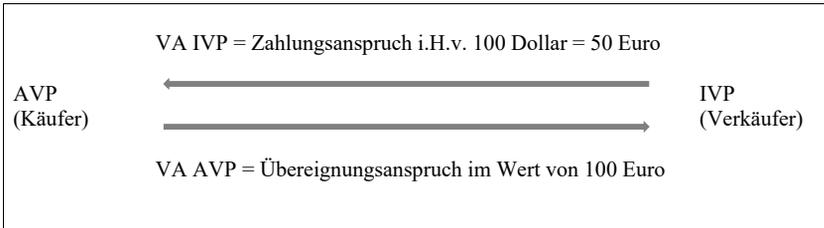
Die erst genannte Variante (Anspruch der IVP ist aus Sicht der AVP auf inländische Währung und aus Sicht der IVP auf eine Fremdwährung gerichtet) wird in folgendem Beispiel aufgegriffen: Das deutsche Unternehmen (spätere IVP) veräußerte vor Verfahrenseröffnung eine Maschine im Wert von 100 Euro an ein amerikanisches Unternehmen (spätere AVP) zum Preis von 100 Dollar. Beide Unternehmen bilanzieren in ihrer jeweiligen inländischen Währung. Am Tag der Insolvenzeröffnung befindet sich der Vertrag im Stadium des § 103 InsO und der Wechselkurs für Dollar und Euro liegt bei 1:1. (100 Dollar entspricht 100 Euro)

Das Verhältnis des Währungspaares „Dollar-Euro“ bei der Verfahrenseröffnung:



Im Währungspaar „Dollar-Euro“ sinkt der Wert des Dollars bis zur Verwertungsentscheidung um die Hälfte. Am Tag der Verwertung beträgt der Wechselkurs 1:0,5. (100 Dollar entspricht 50 Euro)

Das Verhältnis des Währungspairs bei der Verwertungsentscheidung:



Obwohl die AVP weiterhin zur Zahlung von 100 Dollar an die IVP verpflichtet ist, erleidet der Zahlungsanspruch aufgrund des veränderten Wechselkurses einen Wertverlust, der sich bei der Umwandlung in die Inlandswährung der IVP realisiert. Das Wertverhältnis der beiderseitig noch nicht erfüllten Vertragsansprüche verändert sich: Die IVP muss weiterhin eine Ware im Wert von 100 Euro liefern, erhält aber als Gegenleistung nicht mehr eine Zahlung, die umgerechnet 100 Euro, sondern nur noch 50 Euro wert ist. Die Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung wird voraussichtlich auf Nichtgeltendmachung lauten, um einen Wertabfluss von 50 Euro aus der Insolvenzmasse zu verhindern.

Dieser verringerte Wert des Dollars zum Euro wirkt sich im Falle einer Nichtgeltendmachungsentscheidung auch für die AVP negativ aus. Die AVP war zu Beginn des Verfahrens bei einem Wechselkurs von 1:1 ein vollständig gesicherter Gläubiger. Mit Wertverlust des Dollars im Vergleich zum Euro sinkt der Wert der Zahlungsverbindlichkeit in der Eurozone und die AVP ist bezüglich ihres Übereignungsanspruchs im Wert von 100 Euro nur noch in Höhe von 50 Euro gesichert. Dieser Wertverlust des Schuldnervermögens (des Vertragsanspruchs der IVP) führt bei einer Verrechnung der Werte der Vertragsansprüche zu Befriedigungseinbuße der AVP. Beim Zugriff auf ihr Befriedigungsvorrecht am Wert des Anspruchs der IVP erlangt sie am Tag der Verwertungsentscheidung nicht mehr die ursprünglich in Aussicht gestellte Befriedigung. Aus diesem Grund soll der bis zur Verwertungsentscheidung eingetretene Wertverlust des schuldnerischen Anspruchs durch einen Wertausgleichsanspruch gegen die restlichen Gläubiger kompensiert werden.

Dass der Anspruch der IVP in diesem Beispiel aus Sicht der IVP an Wert verloren hat, ist leicht nachvollziehbar. Da der Dollar für die AVP jedoch eine inländische Währung darstellt und sich der Wertverlust erst durch Umrechnung in Euro realisiert, könnte ein Befriedigungsnachteil der AVP angezweifelt werden und das gefundene Ergebnis eventuell auf Kritik stoßen. Innerhalb des Währungsgebietes des Dollars besteht für die AVP kein Nachteil, sie kann trotz der Kursschwankungen in ihrer inländischen Währungszone weiterhin mit 100 Dollar auch Waren im Wert von 100 Dollar erwerben. Doch täuscht dieser Gedankengang und verblendet die Tatsache, dass die Kaufkraft des Dollars in der Eurowährungszone nachgelassen hat. Das dies sehr wohl für die AVP nachteilig ist, wird umso offensichtlicher, wenn sich die AVP nach einer Nichtgeltendmachungsentscheidung entschließt, ein neues Geschäft mit dem veränderten Wechselkurs von 0,5:1 abzuschließen. Dann muss sie 200 Dollar einsetzen, um eine Ware im Wert von 100 Euro zu erwerben. Das Abstellen allein auf den amerikanischen Markt greift folglich zu kurz. Des Weiteren könnte auch die unverändert bestehende Zahlungsverpflichtung der AVP bei einer möglichen Geltendmachungsentscheidung als Anknüpfungspunkt für eine Kritik herangezogen werden. Trotz des veränderten Kursverhältnisses bleibt die AVP weiterhin verpflichtet 100 Dollar zu entrichten. Dieser Umstand könnte so ausgelegt werden, dass der AVP durch Währungsschwankungen grundsätzlich kein Nachteil entstände. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass es bei der Feststellung, ob der AVP Nachteile während der Schwebezeit aufgebürdet werden, nicht darauf ankommt, zu welcher Leistung die AVP bei Geltendmachungsentscheidung verpflichtet wäre, sondern allein darauf, welche Befriedigung sie im Falle einer Nichtgeltendmachungsentscheidung durch Verrechnung der Vertragsansprüche tatsächlich erzielen kann. Bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung greift die AVP auf den Wert des Vertragsanspruchs der IVP bevorzugt zu, um ihren eigenen Vertragsanspruch gegen den Insolvenzschuldner zu befriedigen. Ist der Wert des schuldnerischen Anspruchs in der Schwebezeit gesunken, kann die AVP bei der Verrechnung nicht mehr die ursprüngliche Befriedigung erlangen. Der bloße Hinweis darauf, dass die AVP bei einer Geltendmachungsentscheidung die vereinbarte Leistung erbringen müsste, sagt folglich nichts darüber aus, ob sie bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung und anschließenden Verrechnung der Werte der gegenseitigen Vertragsansprüche Befriedigungseinbußen erleidet. Diese Arten der möglichen Verwertung des Vertragsanspruchs der IVP müssen getrennt voneinander betrachtet werden.

Zum Abschluss soll die zweite Variante in den Blick genommen werden, in der die vereinbarte Währung für beide Vertragspartner eine Fremdwährung darstellt. Es soll angenommen werden, dass beide Vertragspartner in der Eurowahrungszone ansässig sind bzw. in Euro bilanzieren und sie für den Erwerb einer Ware im Wert von 100 Euro eine Zahlung von 100 Dollar vereinbart haben. Der Wechselkurs von Dollar und Euro betrug gleichfalls zunächst 1:1 und liegt bei der Verwertungsentscheidung bei 1:0,5; der Dollar verlor damit gegenüber dem Euro an Wert. Sowohl für den Kauser als auch für den Verkauser können die 100 Dollar nicht mehr ihren ursprünglichen Wert entfalten. Der Wertverlust des Anspruchs der IVP wird hier besonders deutlich. Gleichfalls gilt, dass ein Verweis darauf, dass in den USA weiterhin Waren im Wert von 100 Dollar erworben werden können oder bei einer Geltendmachungsentscheidung nach wie vor eine Verpflichtung zur Zahlung von 100 Dollar bestehe, nichts an dem dennoch eingetretenen Wertverlust des Vertragsanspruchs der IVP ändert. Der schuldnerische Anspruch, welcher der AVP als Sicherheit diente, verlor während der Schwebezeit an Wert und diesen Wertverlust gilt es bei Veränderung der Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern auszugleichen.

cc. Gegenprüfung - Veränderung der Befriedigungsverhältnisse

Ob ein Wertausgleichsinstitut in die InsO aufgenommen werden sollte, ist schließlich davon abhängig, ob der Wertverlust des Anspruchs der IVP und die hierauf beruhende Befriedigungseinbue der AVP eine Veränderung der Befriedigungsverhältnisse hervorgerufen hat. Zu einer Veränderung der Verhältnisse innerhalb der Gruppe der Gläubiger kommt es, wenn durch die Ereignisse während der Schwebezeit nicht alle Gläubiger gleichermaßen betroffen sind. In Bezug auf eine Inflation, die alle Gläubiger betrifft, musste diese Folge verneint werden. Anders ist es jedoch bei Fremdwährungsrisiken. Die hierauf beruhenden Nachteile bestehen nur bezuglich jener Vertragspartner aus noch nicht erfüllten Verträgen, die sich gegenüber dem Insolvenzschuldner zu einer Zahlungsschuld in einer Fremdwährung verpflichtet haben (Fremdwährung aus Sicht der IVP). Die Sicherheit der AVP kann in einer solchen Konstellation während der Schwebezeit an Wert verlieren und Befriedigungseinbußen hervorrufen, während die restlichen Gläubiger von diesen Nachteilen durch Kurschwankungen verschont bleiben. Die Währungsschwankungen des auf eine Fremdwährung gerichteten Vertragsanspruchs der IVP führen damit

zu einer Veränderung der Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern, die von einem Wertausgleichsinstitut korrigiert werden sollten.

3. Argumente und Orientierungen für ein Wertausgleichsinstitut

Auf die Argumente, die für ein Wertausgleichsinstitut bei einer Insolvenz des Leistungsberechtigten herausgearbeitet wurden, kann auch bei der Insolvenz des Leistungsverpflichteten zurückgegriffen werden. Die Herleitung und Begründung des Wertausgleichsinstituts sollen daher am Beispiel der Verkäuferinsolvenz hier lediglich übersichtsartig aufgegriffen werden. Für eine dezidierte Darstellung wird auf die Ausarbeitung zur Insolvenz des Leistungsberechtigten bei einer Käuferinsolvenz verwiesen.

Zum einen stützt sich das Wertausgleichsinstitut auf die allgemeinen insolvenzrechtlichen Grundsätze zum Verwertungs- und Verteilungsrecht. Das Risiko, Befriedigungseinbußen durch Kursschwankungen der übernommenen Zahlungsverpflichtung (Anspruch der IVP) zu erleiden, hatte der Vertrag, in welchen die AVP eingewilligt hatte, nicht vorgesehen. Mit Blick auf die Regeln des Verwertungsrechts sind diese Belastungen, welche bislang der AVP aufgebürdet werden, als Verfahrenskosten einzustufen und zu kompensieren. Und auch die Verteilungsregeln des Insolvenzrechts fordern dieses Ergebnis. Das Insolvenzrecht hat die Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern zu wahren, die zu Beginn des Verfahrens bestanden. Treten durch Wertverluste eines Teils des Schuldnervermögens, das einem Beteiligten als Sicherheit dient (der Vertragsanspruch der IVP), Veränderungen ein, so müssen die Wertminderungen über ein Wertausgleichsinstitut korrigiert werden, um die ursprünglichen Befriedigungsverhältnisse wieder herzustellen. Anderenfalls wäre das Gebot der Gläubigergleichbehandlung gefährdet.

Darüber hinaus orientiert sich das neu zu integrierende Wertausgleichsinstitut an dem bereits im Insolvenzrecht bestehenden Ausgleichsanspruch aus § 172 Abs. 1 InsO für absonderungsberechtigte Gläubiger. Die Existenz dieser Norm verdeutlicht nochmals, dass es eine Aufgabe des Insolvenzrechts ist, dass die Sicherungswerte nicht durch das Verfahren geschmälert werden, sondern die Werte auch nach Verfahrenseröffnung haftungsrechtlich dem gesicherten Gläubiger zugeordnet bleiben.⁵⁰⁰ Wertverluste der Sicherheit während des Verfahrens, die auf einer Maßnahme beruhen,

500 *Von Wilmsowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 227, 254, *Weiland*, *Par condicio creditorum*, S. 58.

die im Interesse der restlichen Gläubiger erfolgte (angesprochen ist die erzwungene Vertragsbindung der AVP während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung), sollen ausgeglichen werden. Hierzu ist dem gesicherten Gläubiger ein Anspruch mit Massestatus einzuräumen.

Bestätigt und unterstützt wird dieses Ergebnis schließlich durch die bekannten Regeln aus dem Optionsrecht. Ist die IVP die leistungsverpflichtete Partei, so ist ihre Stellung vergleichbar mit einem Optionsberechtigten, dem die Ausübung einer „Put“-Option („Long-Put“-Position) eingeräumt wurde. Je nach Art des Hauptvertrags kann ein Optionsberechtigter in dieser Position beispielsweise zum Verkauf oder zur Vermietung des Optionsgegenstandes berechtigt sein.⁵⁰¹ Liegt der Marktpreis des Basiswertes am Verfalltag unter dem Ausübungspreis, dann wird der Optionsberechtigte von seinem Recht zum Verkauf Gebrauch machen. Wird die Option ausgeübt, so hat der Stillhalter der „Put“-Option („Short-Put“-Position) die Pflicht, den Basiswert anzunehmen. Liegt am Verfalltag der Kurs des Basiswertes unter dem Ausübungspreis, so ist zu erwarten, dass der Optionsberechtigte von seinem Recht Gebrauch macht. Im umgekehrten Fall wird er hiervon absehen, da er den Basiswert zu einem höheren Kurs erneut am Markt anbieten kann.⁵⁰² Ähnlich sind die Verkettungen und Abwägungen bei der Verkäufer- und Vermieterinsolvenz. Die Insolvenzverwaltung wird den Vertragsgegenstand nur an die AVP verkaufen bzw. vermieten, wenn der Marktpreis unterhalb des Kaufpreises bzw. Mietpreises liegt. Dann stellt der Vertrag mit der AVP ein vorteilhaftes Geschäft dar und der Gewinn kann zur Befriedigung der Gläubigersamtheit genutzt werden. Liegt hingegen der Marktpreis über dem mit der AVP vereinbarten Kaufpreis bzw. Mietzins wird die Verwaltung ihr Wahlrecht in der Weise nutzen, dass sie eine Nichtgeltendmachungsentscheidung ausspricht, um den Vertragsgegenstand zu einem höheren Preis am Markt anzubieten.⁵⁰³ Die AVP hat auf den Ausgang der Verwertungsentscheidung keinen Einfluss. Wie ein Stillhalter aus einer Verkaufsoption trägt sie eine Verpflichtung den Vertragsgegenstand zum vereinbarten Preis abzunehmen, sofern die Insolvenzverwaltung eine Geltendmachungsentscheidung trifft. Spricht die Insolvenzverwaltung eine Nichtgeltendmachungsentscheidung

501 MünchKomm-BGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 70; *Hull*, Options, futures, and other derivatives, S. 215, 216.

502 *Hull*, Options, futures, and other derivatives, S. 214, 215.

503 *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2014, 2197 (2203), kritisch bezüglich des Vergleichs mit einem Optionsrecht: *Kübler/Prütting/Bork-InsO/von Wilmowsky*, § 104 Rn. 177.

aus, kann sie hingegen keine gegenständliche Vertragserfüllung einfordern. Ihr steht dann lediglich eine insolvenzgemäße Befriedigung zu. Die Belastungen während der Schwebzeit durch Zeitablauf werden nach derzeitiger Rechtslage von der AVP allein getragen. Während die Insolvenzverwaltung durch die jeweilige Verwertungsentscheidung den Wert realisiert, welcher ihr der Anspruch der IVP bietet, werden der AVP stattdessen finanzielle Risiken aufgebürdet. Ein solches Spannungsfeld wird im Optionsrecht über das Zahlen einer Prämie aufgewogen. Im Insolvenzrecht bietet es sich an der AVP einen Anspruch auf Wertausgleich mit Massestatus zu gewähren, um die Befriedigungseinbußen der AVP zu kompensieren, die auf den Wertschwankungen des Vertragsanspruchs der IVP während der Schwebzeit beruhen.

II. Dauerschuldverhältnisse – am Beispiel der Vermieterinsolvenz

Der nachfolgende Abschnitt befasst sich mit der Insolvenz der Leistungsverpflichteten aus einem Dauerschuldverhältnis und behandelt diese Thematik am Beispiel der Vermieterinsolvenz. Für Pacht-, Leasing- und Lizenzverträge gelten die Ausführungen entsprechend.

Bei Nutzungsverträgen über bewegliche Gegenstände, bei denen die IVP die leistungsverpflichtete Partei ist, gilt das allgemeine Insolvenzvertragsrecht nach § 103 InsO, sofern nicht ausnahmsweise das besondere Insolvenzvertragsrecht Anwendung findet. Im letzteren Fall angesprochen ist der § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO, wonach auch Miet- und Pachtverträge über Gegenstände, die der Vermieter dem Herstellungs- oder Anschaffungsfinanzier zur Sicherheit übertragen hatte, fortbestehen sollen. Mit dieser Sonderbehandlung wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass beweglichen Genstände, die der Vermieter oder Verpächter durch Kredite finanziert hatte, nicht unter die Novationslehre des allgemeinen Insolvenzvertragsrechts fallen.⁵⁰⁴ Bezüglich aller Nutzungsverträge über bewegliche Gegenstände, die nicht unter § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO fallen, wird von der Insolvenzverwaltung eine Verwertungsentscheidung getroffen. Nur auf diese Verträge beziehen sich die weiteren Ausführungen.

504 *Von Wilmowsky*, ZInsO 2011, 1473 (1483).

1. Befriedigung der Ansprüche der AVP als Mieterin

Auch bei noch nicht erfüllten Nutzungsverträgen über bewegliche Sachen trifft die Insolvenzverwaltung eine Verwertungsentscheidung über den Anspruch der IVP anhand einer Kosten-Nutzen-Abwägung. In der Insolvenz des Leistungsverpflichteten besitzt die IVP als Vermieterin nach § 535 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Mietzinses (Anspruch der IVP) und die AVP als Mieterin nach § 535 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Einräumung oder Erhaltung der Nutzungsmöglichkeit des Vertragsgegenstandes (Anspruch der AVP). Wie die Norm bereits erkennen lässt, richtet sich der Anspruch des Mieters auf Gebrauchsgewährung auf ein ganzes Bündel von Leistungen des Vermieters.⁵⁰⁵ Die Insolvenzverwaltung wird abwägen, ob es sich lohnt, die Ansprüche der IVP geltend zu machen und in diesem Zuge die Forderungen der AVP vollständig zu erfüllen, oder ob sich ein Festhalten am Vertrag nicht lohnt und sie daher je nach Erfüllungsstadium eine Nichtgeltendmachungsentscheidung oder Nichterhaltungsentscheidung trifft.

Der Vertragsanspruch der AVP wird je nach Ausgang der Verwertungsentscheidung entweder gegenständlich erfüllt oder insolvenzgemäß befriedigt. Entscheidet sich die Insolvenzverwaltung eine Geltendmachungsentscheidung oder Erhaltungsentscheidung auszusprechen und die ausstehenden Mietzahlungen von der AVP einzufordern, so muss sie die geschuldeten Leistungen an die AVP erbringen.⁵⁰⁶ Dies ist die Gebrauchsunterlassung (sofern diese noch nicht erfolgt ist) sowie die Erhaltung oder Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit inklusive der Erbringung aller sonstiger eventuell vereinbarter Zusatzleistungen. Wenn die AVP die vertraglich vereinbarte Gegenleistung umgehend erhält und im Gegenzug die Miete erbringt, ist der Wert des Vertragsanspruchs der IVP und mögliche Schwankungen für sie ohne Bedeutung. Kommt es zu Wertverlusten des Anspruchs erleidet sie hierdurch keine Befriedigungseinbußen. - Gleichwohl ist die AVP als leistungsberechtigte eines Dauerschuldverhältnisses auch bei einer Geltendmachungsentscheidung nicht gänzlich von dem Risiko verfahrensbedingte Belastungen zu erleiden befreit, wenn sie trotz Fälligkeit ihres Anspruchs auf die vereinbarte Leistung der IVP wartet. Wird einige Zeit zur Vorbereitung der Geltendmachungsentscheidung benötigt, so kann es für die AVP erforderlich sein ersatzweise ein Geschäft zur Überbrückung der Schwebezeit abzuschließen, wodurch ihr zusätzliche

505 Von Wilmsowsky, ZInsO 2007, 731 (731).

506 Von Wilmsowsky, ZInsO 2011, 1473 (1475).

Kosten entstehen. Dies ist eine Thematik, die zu einem späteren Zeitpunkt bei der Untersuchung der Fortentwicklung des Insolvenzrechts um ein Aufwandsausgleichsinstitut in den Fokus genommen wird.

Stellt die Insolvenzverwaltung fest, dass sich die Geltendmachung oder Erhaltung des Vertrags nicht lohnt (etwa weil der Wert des Anspruchs der IVP geringer ist als der Wert des Anspruchs der AVP), so kommt es zu einer Verrechnung der beiderseitigen noch nicht erfüllten Vertragsansprüche und einer quotalen Befriedigung der verbleibenden Differenzforderung.⁵⁰⁷ Dass eine Notwendigkeit besteht für die Berechnung der Differenzforderung auf die Anfangswerte der gegenseitigen Vertragsansprüche abzustellen, zeigt sich bei Dauerschuldverhältnissen besonders anschaulich. Der Zeitablauf bis zur Verwertungsentscheidung wirkt sich nicht nur auf den Wert des Vertragsanspruchs der IVP sondern auch auf jenen der AVP aus, wenn die Gebrauchsüberlassung noch nicht erfolgt war. In diesem Erfüllungsstadium ist der Anspruch der AVP auf die Einräumung der Nutzungsmöglichkeit des Vertragsgegenstandes gerichtet und trägt den Wert der Marktmiete, wenn er sich auf die Zukunft bezieht. Durch Zeitablauf erleidet er aber einen Wertverfall. Ein Nutzungsrecht, das sich auf die bereits verstrichene Vertragszeit richtet besitzt den Wert „null“. Und auch der Zahlungsanspruch (Vertragsanspruch der IVP) erleidet einen Wertverfall durch Zeitablauf. Allerdings wären die Werteinbußen des schuldnerischen Anspruchs während der Schwebezeit irrelevant, wenn der Standpunkt eingenommen werden würde, dass am Tag der Verwertung für die Befriedigung des mittlerweile wertlos gewordenen Anspruchs der AVP ohnehin kein Insolvenzvermögen aufgewandt werden müsste. Auch das Wertausgleichsinstitut kann in diesem Fall keine Abhilfe schaffen, da es sich nur auf Wertschwankungen des Vertragsanspruchs der IVP bezieht und nicht für den Anspruch der AVP greift. Zur Lösung dieser Problematik und zur Erzielung brauchbarer Ergebnisse wird deshalb mit Nachdruck empfohlen, dass für die Verrechnung der Vertragsansprüche jene Werte maßgeblich sein sollen, die zu Beginn des Verfahrens vorgelegen haben. Kombiniert werden soll die Befriedigung im Wege der Verrechnung und durch eine Ausschüttung der Quote auf die Differenzforderung mit einem Wertausgleichsinstitut, welches die Kompensation von Wertverlusten des schuldnerischen Anspruchs während der Schwebezeit bezweckt. Bis zu diesem Punkt kann auf die gewonnenen Erkenntnisse zu den Verträgen mit einmaligen Leistungsaustausch aufgebaut werden, denn auch bei Dauerschuldverhältnissen ist die AVP durch ihre Verbindlichkeit gesichert.

507 *Von Wilmowsky*, ZInsO 2011, 1473 (1476).

Sie braucht die vertragliche vereinbarte Miete nur zahlen, wenn sie den Vertragsgegenstand zur vorgesehenen Nutzung überlassen bekommen hat, anderenfalls hat sie die Möglichkeit Einreden zu erheben. Zudem kann sie zur Befriedigung ihrer Forderung sowohl in der Solvenz als auch der Insolvenz auf den Wert des Vertragsanspruchs der IVP zugreifen. Im Insolvenzrecht steht der AVP ein Befriedigungsvorrecht am Wert des schuldnerischen Anspruchs zu.⁵⁰⁸ Die Verrechnung der Vertragsansprüche soll in der Höhe, in der sie wertmäßig deckungsgleich sind, eine Befriedigung des Anspruchs der AVP herbeiführen.⁵⁰⁹ Sinkt jedoch der Wert des Anspruchs der IVP, so kann die AVP am Tag der Verwertung nicht mehr die ursprünglich in Aussicht gestellte Befriedigung erlangen. Da solche Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP zu Befriedigungseinbußen der AVP führen und sich die Verhältnisse zwischen den Gläubigern ändern, besteht ein Bedarf zum Ausgleich eingetretener Wertverluste. Schwierigkeiten ergeben sich bei Dauerschuldverhältnissen allerdings aufgrund des Zeitelements, dass für diese Verträge charakteristisch ist. Welche Ursachen einen Wertverlust des schuldnerischen Anspruchs herbeiführen und ob hierdurch insolvenzrechtliche Belastungen der AVP hervorgerufen werden, soll daher näher unter die Lupe genommen werden. Hierzu müssen die verschiedenen Erfüllungsstadien, die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorliegen können, separat betrachtet werden.

2. Befriedigungseinbußen der AVP als Mieterin und deren Kompensation

Der Anspruch der IVP bezieht sich bei der Vermieterinsolvenz stets auf einen Zahlungsanspruch, dessen Höhe vertraglich festgelegt wurde. Aus diesem Grund liegt zunächst die Vermutung nahe, dass der Wert in der Regel konstant bleibt. Bei Dauerschuldverhältnissen sind aber zwei Ursachen für einen möglichen Wertverlust in Betracht zu ziehen. Zum einen Kursschwankungen, sofern sich der schuldnerische Anspruch auf eine Fremdwährung richtet und zum anderen die Auswirkungen des Zeitablaufs, sofern eine Leistung der IVP ganz oder teilweise noch aussteht. Je nach Erfüllungsstadium bedarf es somit einer separaten Untersuchung möglicher Ursachen für Wertverluste des Vertragsanspruchs der IVP.

508 Von Wilmsowsky, ZInsO 2011, 1473 (1479).

509 Von Wilmsowsky, ZInsO 2011, 1473 (1476).

a. Ursachen für einen Wertverlust des Zahlungsanspruchs -
Gebrauchsüberlassung ausstehend

Wurde der AVP die Nutzungsmöglichkeit des Vertragsgegenstands noch nicht eingeräumt, so stehen sich bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung zwei vollständig unerfüllte Ansprüche auf Erfüllung der Hauptleistungspflichten zur Verrechnung gegenüber, der Zahlungsanspruch und der Gebrauchsüberlassungsanspruch.

aa. Wertverlust des Vertragsanspruchs der IVP aufgrund von
Kursschwankungen

Sofern eine Zahlung in einer Fremdwährung vereinbart wurde, ist der Anspruch der IVP Kursschwankungen unterworfen und kann Wertverluste erleiden. Bei einer Verrechnung kommt es somit zu Befriedigungseinbußen der AVP. Ebenso wie beim Fall der Verkäuferinsolvenz, muss das Insolvenzrecht auch bei einer Vermieterinsolvenz den Wert der Sicherheit der AVP schützen und Wertverluste aufgrund von Währungsschwankungen ausgleichen. Allerdings könnte der Vertragsanspruch der IVP durch Zeitablauf noch einen weit intensiveren Wertverlust erleiden, der in den Vordergrund rückt.

bb. Wertverfall des Zahlungsanspruchs aufgrund verstrichener
Vertragszeit

Die IVP besitzt zwar einen Zahlungsanspruch gegenüber der AVP, diesen kann sie aber nur erfolgreich einfordern, wenn sie ihrerseits die geschuldete Leistung erbringt. Solange der Vertragsgegenstand nicht zum Gebrauch überlassen wurde, kann die AVP die Zahlung in voller Höhe verweigern. Durch das Voranschreiten der Zeit und der Unmöglichkeit rückwirkend für die Vergangenheit an die AVP zu leisten, erleidet der Zahlungsanspruch (Anspruch der IVP) einen vollständigen Wertverfall für die bereits verstrichene Vertragszeit. Ebenso wie das Nutzungsrecht der AVP trägt auch der Zahlungsanspruch der IVP den Wert „null“, wenn die Zeit voranschreitet und die Gebrauchsüberlassung nicht erfolgt war. Der Wertverfall des schuldnerischen Anspruchs ist schwerwiegender als eventuelle Einflüsse durch Kursschwankungen und soll daher im Wertausgleichsinstitut zu berücksichtigen sein.

An einem Beispiel soll die Situation verdeutlicht werden. Hatte zu Beginn des Verfahrens der monatliche Zahlungsanspruch der IVP einen Wert von 1000 Euro und der Gebrauchsüberlassungsanspruch der AVP für einen Monat einen Wert von 1500 Euro, so wird die Insolvenzverwaltung eine Nichtgeltendmachungsentscheidung treffen. Würde die Verwertungsentscheidung ohne Zeitablauf sofort feststehen, so könnte die AVP den werthaltigen Anspruch der IVP mit Befriedigungswirkung verrechnen und 500 Euro zur Tabelle anmelden. Sollte die Nichtgeltendmachungsentscheidung allerdings erst nach Ablauf des Monats getroffen werden, so kann die AVP aus dem nun wertlos gewordenen schuldnerischen Anspruch keine Befriedigung erlangen. Auch in einer Einzelzwangsvollstreckung würde eine Vollstreckung des Vertragsanspruchs der IVP unter dieser Sachlage keinen Verwertungserlös erzielen. Der Wert des Vertragsanspruchs der IVP stellte jedoch die Sicherheit des Anspruchs der AVP dar, weshalb das Insolvenzrecht diesen Wertverlust nicht kompensationslos hinnehmen darf. Es wird vorgeschlagen, dass der AVP zusätzlich zu der quotale zu befriedigenden Differenzforderung von 500 Euro ein Wertausgleichsanspruch mit Massestatus in Höhe von 1000 Euro erhält.

b. Ursachen für einen Wertverlust des Zahlungsanspruchs -
Gebrauchsüberlassung eingeräumt

Wurde der Vertragsgegenstand vor Verfahrenseröffnung dem Mieter bereits zum Gebrauch überlassen, so steht dem Zahlungsanspruch der IVP ein teilweise bereits erfüllter Anspruch der AVP gegenüber.⁵¹⁰ Auch in diesem Erfüllungsstadium kommen die zuvor genannten zwei Ursachen für Wertverluste des schuldnerischen Anspruchs in Betracht. Zum einen Wertverluste aufgrund von Kursschwankungen, wenn eine Zahlungsverpflichtung in einer Fremdwährungsschuld vereinbart wurde und zum anderen Wertverluste durch Zeitablauf und der Unmöglichkeit einer rückwirkenden Leistungserbringung, wenn der Zahlungsanspruch aufgrund einer nicht erbrachten Nebenleistung zu kürzen ist. Schwierigkeiten ergeben sich allerdings, wenn der Theorie gefolgt wird, dass die AVP einen Anspruch auf weitere Belassung gegen den Vermieter besitzt. Auch wenn es bei der Thematik der Kompensation von Wertverlusten des Anspruchs der IVP während der Schwebezeit nicht auf den Wert oder Umfang des Anspruchs der AVP ankommt, so verursacht das spezielle juristische Ver-

510 Von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1478).

ständnis zu einem Belassensanspruch Irritationen, die eine kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsansicht erforderlich machen. Im Anschluss wird sodann das Verrechnungsmodell ohne einen Belassensanspruch näher betrachtet.

aa. Kritische Auseinandersetzung mit dem Verrechnungsmodell mit Belassensanspruch

Nach der überwiegend vertretenen Rechtsansicht besitzt die Insolvenzverwaltung bei der Insolvenz des Leistungsverpflichteten eine besondere Rechtsmacht. Wurde der Mietgegenstand bereits vor Insolvenzeröffnung zum Gebrauch überlassen, sei es der Verwaltung gestattet, die bereits erteilte Nutzungsberechtigung wieder aufzuheben. Ihre Verwertungskompetenz erstreckt sich nicht nur auf den Anspruch des Vermieters bezüglich der noch ausstehenden Mietzahlungen, sondern auch auf die Gestattung der Nutzung, die vor der Verfahrenseröffnung bereits erklärt wurde. Denn nach dieser Ansicht habe der Vermieter fortwährend eine Leistung auf Belassung zu erbringen bzw. der Mieter einen Anspruch auf weitere Belassung.⁵¹¹ Wird eine Nichterhaltungsentscheidung ausgesprochen, so stehen sich zur Verrechnung der Zahlungsanspruch des Vermieters und der zivilrechtlich bislang unbekannte Anspruch auf weitere Belassung mit dem Wert der Marktmiete gegenüber. Lag der Wert des Anspruchs der IVP unter dem Wert des Anspruchs der AVP so folgt aus dieser Verrechnung, dass das Besitzrecht des Mieters erlischt und der Rückgabeanspruch des Vermieters sofort fällig wird.⁵¹² Durch diese Rechtsansicht werden die Regeln des allgemeinen Zivilrechts zum Ablauf der Mietzeit und die Fristen zur ordentlichen Kündigung bewusst ignoriert und umgangen. Dies gilt auch dann, wenn zeitweise, in fast schon besänftigender Weise, vorgeschlagen wird, nach den Regeln von Treu und Glauben auf die Interessen des Mieters Rücksicht nehmen zu wollen. Allerdings ohne, dass hierzu Maß-

511 BGH, Urt. v. 01.03.2007 - IX ZR 81/05 = ZIP 2007, 778 (779); FK-InsO/B. Wegener, § 103 Rn. 26; KölnKomm-InsO/Cymutta/Hess, § 103 Rn. 324; kritisch: von Wilmowsky, ZInsO 2007, 731 (735 ff.); von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1476, 1478 ff.); Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier-InsRKomm/Flöther/Wehmer, § 103 Rn. 65.

512 Ausführliche kritische Darstellung hierzu: von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1477).

stäbe aufgezeigt oder gar konkretisiert wurden.⁵¹³ Tatsächlich ist jedoch festzustellen, dass es für die von der herrschenden Meinung angenommene Rechtsmacht, das Nutzungsrecht zum Erliegen zu bringen, an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. Sie lässt sich auch nicht auf die „Erlöschentheorie“, welche die Gerichte von 1988 bis 2002 vertraten, oder auf die Theorie der Nichtdurchsetzbarkeit stützen.⁵¹⁴ (Diese richterrechtlich erarbeiteten Theorien widersprechen bereits der Funktion des Insolvenzrechts als Gesamtvollstreckungsverfahren, das eben gerade dazu dient, sämtliche Ansprüche gegen den Schuldner zu vollstrecken.⁵¹⁵) Und auch die vom Insolvenzrecht vorgesehene Verrechnung der Ansprüche der Vertragspartner kann nicht zu diesem Ergebnis führen. In die Verrechnung können nur Ansprüche einfließen, die noch nicht durch Erfüllung erloschen sind, denn schließlich ist die Erfüllung der Ansprüche gerade das Ziel der Verrechnung.⁵¹⁶ Der Anspruch des Mieters auf Nutzungsgewährung für die noch ausstehende Mietzeit kann nach der Überlassung des Mietgegenstandes und Erteilung der Gebrauchsberechtigung nicht mehr als vollständig unerfüllt betrachtet werden. Der Teil des Anspruchs, der sich auf Einräumung der Nutzungsberechtigung richtet, wurde vor dem Verfahren befriedigt und kann nicht in die Verrechnung einfließen. Zu unterscheiden ist hiervon der Teil des Anspruchs, der sich auf die Erhaltung der Möglichkeit bezieht und dazu dient, dass der Gegenstand vertragsgemäß genutzt werden kann.⁵¹⁷ Ein wichtiges Element dieses Anspruchs ist die Duldung der Nutzung durch den Vermieter, was scheinbar von der vorherrschenden Meinung verselbständigt wurde und als Belassensanspruch bezeichnet wird. Hierbei handelt es sich aber nicht um einen Vermögensanspruch i.S.d. § 38 InsO der AVP.⁵¹⁸ Der behauptete Anspruch, der zutreffend auch als inhaltsleer bezeichnet wurde,⁵¹⁹ da der Vermieter vor Ablauf der Mietzeit dem Mieter das Nutzungsrecht ohnehin nicht entziehen kann, kann

513 HeidelbKomm-InsO/Marotzke, § 103 Rn. 153 ff.; kritisch: von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1477); FK-InsO/B. Wegener, § 103 Rn. 91; bei der Ausübung des Wahlrechts ein Verstoß gegen Treu und Glauben ablehnend: BGH, Urt. v. 25.02.1983 - V ZR 20/82 = ZIP 1983, 709, 1. LS; BGH, Urt. v. 23.10.2033 - IX ZR 165/02 = ZInsO 2003, 1138 (1139, 1140).

514 Weitere Hintergründe hierzu: von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1477); von Wilmowsky, ZIP 2012, 401 (403 ff.); JaegerKomm-InsO/Jacoby, § 103 Rn. 20 ff.

515 Von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1478).

516 Von Wilmowsky, ZInsO 2007, 731 (735); von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1478).

517 Von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1478).

518 Von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1478).

519 Von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1479).

somit auch aus diesem Grund nicht mit Befriedigungswirkung in eine Verrechnung einfließen.⁵²⁰ Selbst wenn ein solch zivilrechtlich funktionsloser Anspruch angenommen werden würde, so bräuchte die Insolvenzverwaltung kein Vermögen aufbringen, um einen Anspruch zu erfüllen, der auf ein Unterlassen gerichtet ist.⁵²¹ Diese Rechtsansicht ist abzulehnen. Sie führt darüber hinaus auch in Hinblick auf das vorgeschlagene Wertausgleichsinstitut zu keinen angemessenen Ergebnissen.

Sollte trotz der Bandbreite der vorgebrachten Kritik der Ansicht zum Bestehen eines werthaltigen Belassensanspruchs gefolgt werden, so würde die AVP bei Insolvenz des Vermieters mit dem Wertausgleichsinstitut besergestellt werden, als sie bei dessen Solvenz stände. Da der AVP die Nutzungsmöglichkeit bereits vor der Verfahrenseröffnung eingeräumt wurde, floss ihr für die Dauer der Schwebezeit die vereinbarte Leistung aus dem Vertrag zu. Solange die AVP die Mietsache vertragsgemäß nutzen kann, besitzt der Wert des Vertragsanspruchs der IVP für die AVP keine Relevanz. Ein Wertverlust des Zahlungsanspruchs aufgrund von Kursschwankungen führt in diesem Fall nicht zu Befriedigungseinbußen der AVP. Es bedarf in diesem Erfüllungsstadium, wenn der Vermieter keine Nebenleistungspflichten schuldig ist, keines Wertausgleichs aufgrund von Kursschwankungen des schuldnerischen Anspruchs. Da jedoch die vorherrschende Rechtsansicht der AVP trotz gegenständlicher Befriedigung des Gebrauchsüberlassungsanspruchs mit dem Wert der Marktmiete weiterhin noch einen Belassensanspruch mit dem Wert der Marktmiete zuschreibt, hat dies zur Folge, dass der Anspruch im Insolvenzverfahren durch das Wertausgleichsinstitut folglich erneut befriedigt wird. Wird beharrlich an dem Bestehen eines werthaltigen Belassensanspruchs festgehalten so ließe sich nur schwer begründen, warum im Erfüllungsstadium der bereits erfolgten Nutzungsgewährung das Wertausgleichsinstitut eingeschränkt werden sollte und der AVP ausnahmsweise kein Wertausgleichsanspruch zusteht. Die besseren Ergebnisse liefert das Verrechnungsmodell ohne einen Belassensanspruch.

bb. Verrechnungsmodell ohne Belassensanspruch

Die Gegenmeinung lehnt das Bestehen eines Belassensanspruchs ab und orientiert sich allein an den gesetzlichen Bestimmungen. Wurde dem Mie-

520 *Von Wilmowsky*, ZInsO 2011, 1473 (1478).

521 *Von Wilmowsky*, ZInsO 2011, 1473 (1479).

ter der Gebrauch des Mietgegenstandes bereits vor der Insolvenzeröffnung ermöglicht und gestattet, so steht dem Mieter ein auf Einräumung der Nutzungsberechtigung gerichteter Anspruch nicht mehr als Einrede gegen die Forderungen der IVP auf Mietzahlung zur Verfügung.⁵²² Zu überwinden sind nur noch Ansprüche des Mieters, die sich auf die Erhaltung der vereinbarten Nutzungsmöglichkeit richten. Welche diese sind, hängt vom jeweiligen Inhalt des Vertrags ab. In Betracht kommt beispielsweise die Beseitigung von Mängeln, Abwehr von Störungen, Fortentwicklung einer lizenzierten Software sowie Ansprüche auf Beratung und Schulung.⁵²³ Die Insolvenzverwaltung hat zu prüfen, ob es sich lohnt, die Nebenansprüche mit Aufwand aus dem Insolvenzvermögen zu erfüllen, um diese Einreden zu überwinden und den Anspruch auf die Mietzahlung durchzusetzen. Da die vereinbarte Miete die Kosten der vom Vermieter geschuldeten Gegenleistungen typischerweise übersteigt, wird die Geltendmachung der Vermieteransprüche in den meisten Fällen im Interesse der Insolvenzverwaltung sein.⁵²⁴

Falls einmal die Kosten der zu erbringenden Nebenleistungen so hoch ausfallen sollten, dass sich die Überwindung der Einrede nicht lohnt, wird die Insolvenzverwaltung die Nichtgeltendmachungsentscheidung aussprechen. Es stehen sich dann zur Verrechnung lediglich der Zahlungsanspruch (Anspruch der IVP) und der Anspruch auf Erfüllung der Nebenleistungspflichten (Anspruch der AVP) gegenüber.⁵²⁵ Es muss angenommen werden, dass bei noch nicht erfüllten Nebenleistungspflichten in solch erheblichen Umfang die AVP den Vertragsgegenstand nicht wie vertraglich vorgesehen nutzen konnte. Der Anspruch der AVP wäre dann trotz Überlassung nicht bereits gegenständlich erfüllt worden. In dieser Fallvariante dient der Wert des schuldnerischen Anspruchs der AVP als Sicherheit zur Befriedigung ihrer Forderung. Ein Wertverlust des Anspruchs der IVP wirkt sich hier auf die Befriedigungsmöglichkeit der AVP aus. Stand die Erbringung von Nebenleistungen (hierauf gerichtet ist der Anspruch der AVP) noch aus, hat der Mieter das Recht die Mietzahlung zu kürzen. Durch Zeitablauf und der Unmöglichkeit einer rückwirkenden Leistungserbringung erleidet dann der Zahlungsanspruch (Anspruch der IVP) einen endgültigen Wertverlust. In dieser Höhe des Wertverlustes der Sicherheit

522 Von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1478).

523 Die Beispiele nutze von Wilmowsky: von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1476).

524 Von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1475, 1778).

525 Von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473 (1475).

während der Schwebezeit ist eine Korrektur vorzunehmen und der AVP ein Wertausgleichsanspruch zu gewähren.

Das hier bevorzugte Verrechnungsmodell ohne einen Belassensanspruch kann des Weiteren auch in Hinblick auf die zukünftigen Vertragsansprüche, die sich auf die Zeit nach dem Schwebezustand beziehen, brauchbare Ergebnisse liefern. Da der Anspruch auf Nutzungseinräumung bereits vor dem Insolvenzverfahren durch Erfüllung erloschen ist, wird er von der Verrechnung bei einer Nichterhaltungsentscheidung nicht beeinflusst. Das bereits eingeräumte Nutzungsrecht bleibt weiter bestehen. Es erfolgt eine Verrechnung der Werte der noch nicht erfüllten zukünftigen Vertragsansprüche gerichtet auf Mietzahlung und der zukünftigen Nebenleistungspflichten, bis zum ordentlichen Ende des Vertragsverhältnisses. Ist der Wert der zukünftigen Nebenleistungspflichten höher als der vereinbarte Mietzins, so bleibt eine Differenz zugunsten der AVP. Bezüglich des Betrags, um den der Anspruch auf die Nebenleistungen die Mietzahlungen übersteigt, wird die AVP quotal befriedigt. Zudem kann die AVP den Mietgegenstand bis zum Ablauf der Mietzeit nutzen und hat in dieser Zeit keine Mietzahlungen zu entrichten. Sie besitzt als Folge der Verrechnung allerdings für diese Zeit auch keine Ansprüche auf Erfüllung von Nebenleistungen gegenüber dem Vermieter.⁵²⁶

3. Zwischenergebnis zum Wertausgleichsinstitut bei Dauerschuldverhältnissen

Auch bei Dauerschuldverhältnissen können die Zahlungsansprüche der IVP Wertverluste erleiden. Es besteht einerseits die Gefahr, dass es bei Zahlungen in einer Fremdwährung eventuell zu Kursschwankungen kommt, die für die AVP nachteilig sind und andererseits die Gefahr von Wertverlusten durch Zeitablauf, wenn Leistungen des Vermieters unerfüllt geblieben sind. Da der letztgenannte Faktor schwerwiegender ist soll dieser maßgeblich sein. Der AVP ist zur Wiederherstellung der ursprünglichen Befriedigungsverhältnisse ein Wertausgleichsanspruch mit Massestatus zu gewähren.

Die Theorie, dass auch ein Belassensanspruch bestehe, ist mit Vehemenz abzulehnen. Sollte sie, entgegen aller vorgebrachten Argumente, dennoch angewandt werden und keine unerfüllten Nebenleistungspflichten des

⁵²⁶ Siehe hierzu ausführlich: *Von Wilmowsky*, ZInsO 2007, 731 (736).

Vermieters vorliegen, so darf ein Wertausgleichsinstitut nicht angewandt werden, auch wenn eventuell Kurschwankungen eingetreten sind.

III. Ergebnis zum Wertausgleichsinstitut bei Insolvenz des Leistungsverpflichteten

Auch bei Insolvenz des Leistungsverpflichteten kann es zu Wertverlusten des Zahlungsanspruchs der IVP kommen und dies bei einer ablehnenden Verwertungsentscheidung schließlich Befriedigungseinbußen der AVP hervorrufen.

Die Problematik von Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP aufgrund von Währungsschwankungen, wenn eine Zahlung in einer Fremdwährung vereinbart wurde und sich der Vertrag im Stadium des § 103 InsO befindet, spielt voraussichtlich in der Mehrzahl der derzeit laufenden Insolvenzverfahren nur eine untergeordnete Rolle. Es bleibt aber abzuwarten, welche Auswirkungen die voranschreitende Globalisierung und die zunehmende Verflechtung des internationalen Handels auf die Bedeutung dieser Problematik haben wird. Nur bezüglich Dauerschuldverhältnissen kann ein Wertverlust des Zahlungsanspruchs auch durch Zeitablauf und der Unmöglichkeit einer rückwirkenden Leistungserbringung eintreten, wenn der Vermieter eine Gebrauchsüberlassung oder die Erbringung einer Nebenleistungspflicht schuldig geblieben ist und der Mieter die Zahlung vollständig verweigern oder kürzen konnte.

Sollte der Anspruch der IVP während der Schwebezeit einen Wertverlust erleiden und der AVP dadurch Befriedigungseinbußen entstehen, so sind diese durch einen mit Massestatus versehenen Wertausgleichsanspruch zu kompensieren. Die ungesicherten Gläubiger können sich vor dem Ansteigen der Masseverbindlichkeiten schützen, indem die Verwertungsentscheidung frühzeitig getroffen wird. Sollte die Entscheidung jedoch bewusst oder auch unbewusst hinausgeschoben werden, so darf dies nicht zu Lasten der AVP gehen.

D. Wertausgleichsinstitut bei Wertsteigerung des Vertragsanspruchs der IVP

Wertveränderungen des Vertragsanspruchs der IVP können auch in der Gestalt auftreten, dass der Wert der Forderung steigt. Es ist daher zu hinterfragen, ob auch bei einer Wertsteigerung des Anspruchs der IVP

ein Wertausgleichsanspruch, nun aber zugunsten der restlichen Gläubiger, greifen sollte.

I. Kernaussagen zur Wertsteigerung am Beispiel der Käuferinsolvenz

Wenn der Wert des Vertragsanspruchs der IVP während der Schwebezeit angestiegen ist (und ein weiterer Anstieg erwartet wird) und ganz besonders, wenn der Wert des schuldnerischen Anspruchs am Tag der Verwertung über den Wert des Anspruchs der AVP liegt, wird die Insolvenzverwaltung regelmäßig eine Geltendmachungsentscheidung aussprechen. Die Vertragspartner erhalten dann die vertraglich vereinbarte Leistung (bei der Käuferinsolvenz ist dies die Übereignung der im Wert gestiegenen Kaufsache), sodass es keines Wertausgleichsinstituts bedarf. Sollte allerdings eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen werden, so ist zu bedenken, dass nicht nur ein Wertverlust, sondern auch eine Wertsteigerung des Anspruchs der IVP zu einer Veränderung der Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern führt. Denn bereits am Tag der Insolvenzeröffnung bestand zwischen den Gläubigern aufgrund der Forderungen gegen den Schuldner und dem Wert des Schuldnervermögens ein Verteilungsverhältnis. Steigt der Wert des schuldnerischen Anspruchs während der Schwebezeit an, so erhält die AVP nach derzeitiger Rechtslage bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung und anschließenden Verrechnung der Werte der gegenseitigen Vertragsansprüche mehr, als sie im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung erhalten hätte. Die Forderung der AVP wird durch Verrechnung in Höhe des Wertes des Vertragsanspruchs der IVP am Tag der Verwertungsentscheidung befriedigt und die AVP von der Erbringung ihrer Verpflichtung gegenüber der IVP befreit. Fraglich ist, ob und wann die ungesicherten Gläubiger in den Genuss der Wertsteigerung kommen sollten. Die Forderung aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO kann hier keine Lösung bieten. Nach der Verrechnung der gegenseitigen Vertragsansprüche soll ein zugunsten der AVP verbleibender Differenzbetrag quotaal befriedigt werden. In einem solchen Fall lag der Wert des Anspruchs der IVP unter dem Wert des Anspruchs der AVP und der Gläubiger konnte durch Verrechnung nicht vollständig befriedigt werden. Lag jedoch in der umgekehrten Konstellation der Wert des Anspruchs der IVP über dem Wert des Anspruchs der AVP, so verbleibt nach der Verrechnung eine Differenz zugunsten der IVP. Für diesen Differenzbetrag, nun aber zugunsten der ungesicherten Gläubiger, greift die Vorschrift nicht. Die Forderung aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO kann sich entsprechend des

Wortlauts der Norm nicht gegen die AVP richten. Die Differenzforderung steht ausschließlich der AVP zu: „...so kann der andere Teil die Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.“ Zudem ist festzuhalten, dass die Differenzforderung nicht geeignet ist, um eine eingetretene Veränderung der Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern zu korrigieren, da diese nicht vollständig, sondern nur quotal befriedigt werden soll.

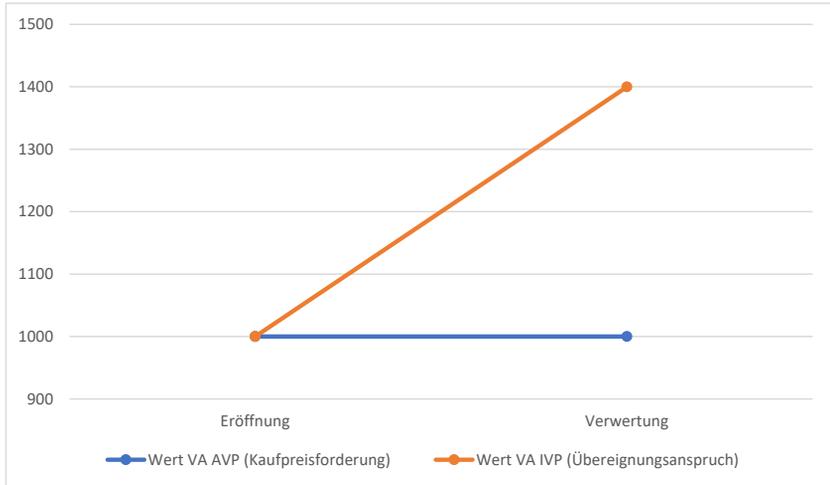
Aus Gründen der Symmetrie soll das Wertausgleichsinstitut nicht nur bei einem Wertverlust, sondern auch bei einem Wertanstieg Bedeutung erlangen. Es wird daher vorgeschlagen, bei Wertveränderungen des schuldnerischen Anspruchs, die nach der Verfahrenseröffnung eintreten, einen Wertausgleichsanspruch in zweierlei Richtungen zu bilden - zum einen zugunsten der AVP bei Wertminderung und zum anderen zugunsten der restlichen Gläubiger bei Wertsteigerung. Wie Letzteres auszugestalten ist, soll anhand von Beispielen erläutert werden. Zugleich ist die Berechnung der Differenzforderung erneut in den Fokus zu ziehen. Der Wertanstieg des Vertragsanspruchs der IVP kann dazu führen, dass sich die ursprüngliche Differenzforderung reduziert oder ganz entfällt.

II. Fallbeispiele zur Wertsteigerung des Vertragsanspruchs der IVP

Zum besseren Verständnis soll die Problematik der Wertsteigerung des Vertragsanspruchs der IVP am Beispiel der Käuferinsolvenz veranschaulicht werden. In der Käuferinsolvenz besitzt die AVP einen Anspruch gegen die IVP auf Kaufpreiszahlung und ist durch den Wert ihrer eigenen Verbindlichkeit (den Übereignungsanspruch bezogen auf die Kaufsache) gesichert. Eine Wertsteigerung des Übereignungsanspruchs kann durch einen Anstieg des Marktwertes des Kaufgegenstandes eintreten. Nachfolgend sollen vier mögliche Konstellationen zu den Anspruchswerten und dem Wertanstieg des Anspruchs der IVP betrachtet werden.

1. Die AVP hatte den Vertragsgegenstand zum objektiven Marktwert verkauft.

Für die gegenseitig noch nicht erfüllten Vertragsansprüche sollen folgende Werte angenommen werden:



Wert VA AVP = 1000 Euro (Höhe der Kaufpreisforderung)

Wert VA IVP (1) = 1000 Euro

(Wert des Übereignungsanspruchs bei Verfahrenseröffnung)

→ Differenz VA AVP und VA IVP (1) = 0 Euro

Wert VA IVP (2) = 1400 Euro (Wert des Übereignungsanspruchs bei NGME)

→ Differenz VA AVP und VA IVP (2) = 400 Euro (zugunsten der ungesicherten Gläubiger, Wert VA AVP < Wert VA IVP (2))

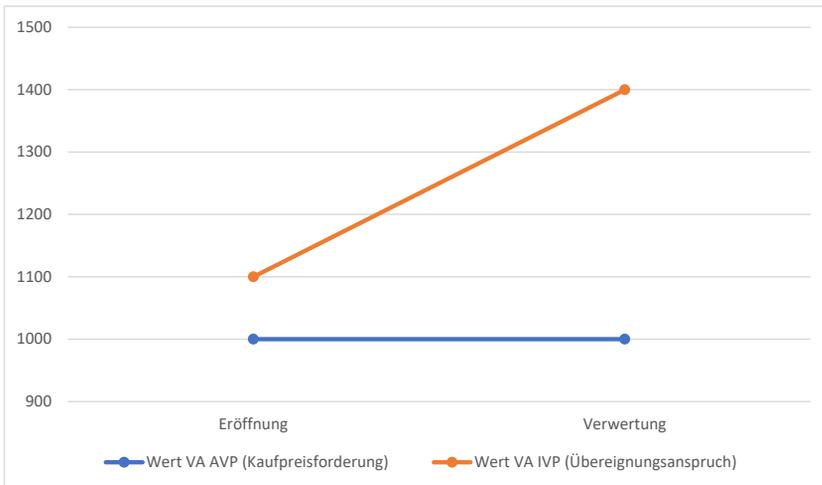
Am Tag der Insolvenzeröffnung waren die Werte der wechselseitigen Vertragsansprüche der Parteien identisch. Eine Differenzforderung zugunsten der AVP besteht somit nicht. Steigt nun der Wert des Anspruchs der IVP an, wird typischerweise eine Geltendmachungsentscheidung ausgesprochen. Die Gläubigergesamtheit kommt dann durch die gegenständliche Erfüllung ihres Anspruchs im Wege der Übereignung der im Wert gestiegenen Ware in den Genuss des Wertzuwachses.

Sollte die Insolvenzverwaltung trotz eines Wertanstiegs eine Nichtgeltendmachungsentscheidung aussprechen, so führt die Wertsteigerung des schuldnerischen Anspruchs dazu, dass die AVP zur Befriedigung ihrer

Kaufpreisforderung in Höhe von 1000 Euro im Rahmen der Verrechnung auf den Vertragsanspruch der IVP im Wert von 1400 Euro zugreifen kann. Der Vertragsanspruch der AVP erlischt aufgrund der Verrechnung. Durch den Wertanstieg während der Schwebezeit wird die AVP zudem über den Wert ihres Anspruchs hinaus befriedigt. Der Wertzuwachs in Höhe von 400 Euro sollte jedoch nicht bei der AVP verbleiben, sondern, sofern er sich im Vermögen der AVP realisiert hat, durch einen Anspruch auf Wertausgleich den ungesicherten Gläubigern zugeordnet werden.

Der Wertausgleich sorgt dafür, dass das ursprüngliche Verteilungsverhältnis gewahrt bleibt. Die AVP erhält das, was ihr zu Beginn des Verfahrens in Aussicht gestellt wurde. Ihre Forderung konnte durch Verrechnung vollständig erfüllt werden und der während der Schwebezeit eingetretene Wertzuwachs des schuldnerischen Anspruchs, der schließlich zu einem Übererlös führte, ist an die ungesicherten Gläubiger abzuführen.

2. Die AVP hatte den Vertragsgegenstand unter dem objektiven Marktwert verkauft.



Wert VA AVP = 1000 Euro (Höhe der Kaufpreisforderung)

Wert VA IVP (1) = 1100 Euro

(Wert des Übereignungsanspruchs bei Verfahrenseröffnung)

→ Differenz VA AVP und VA IVP (1) = 100 Euro (zugunsten der ungesicherten Gläubiger, Wert VA AVP < Wert VA IVP (1))

Wert VA IVP (2) = 1400 Euro (Wert des Übereignungsanspruchs bei NGME)

→ Differenz VA AVP und VA IVP (2) = 400 Euro (zugunsten der ungesicherten Gläubiger, Wert VA AVP < Wert VA IVP (2))

Der Vertragsanspruch der IVP hat während der Schwebezeit einen Wertzuwachs von 300 Euro erfahren.

Die AVP hat die Ware unter den Marktwert verkauft. Mit dem Wert des Anspruchs der IVP war sie damit von Anfang an „übersichert“. Sollte die Insolvenzverwaltung eine Nichtgeltendmachungsentscheidung aussprechen, so findet eine Verrechnung der Vertragsansprüche statt. Die Forderung der AVP wird dabei im Wege der Verrechnung vollständig erfüllt.

Die in diesem Beispiel zugunsten der ungesicherten Gläubiger bestehende Differenz von 100 Euro, die bereits zum Beginn des Verfahrens bestand, kann aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO nicht als Forderung wegen Nichterfüllung gegen die AVP geltend gemacht werden. Diese Wertung gilt es auch bei der Erarbeitung eines neuen Wertausgleichsinstituts zu respektieren.

Während der Schwebezeit stieg der Wert des Vertragsanspruchs der IVP weiter an und damit auch die „Übersicherung“ der AVP. Der schuldnerische Anspruch hat während der Vorbereitung der Verwertungsentscheidung eine Wertsteigerung von 300 Euro erfahren. Bezüglich dieses Wertzuwachses sollte ein Ausgleichsinstitut greifen. Blicke der Wertzuwachs bei der AVP, so würde sie am Tag der Verwertung mehr erhalten, als ihr zu Beginn des Verfahrens in Aussicht gestellt wurde. Um das ursprüngliche Verhältnis zu wahren, soll der während der Schwebezeit eingetretene Wertzuwachs des Anspruchs der IVP bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung den ungesicherten Gläubigern durch einen neu im Gesetz aufzunehmenden Wertausgleichsanspruch zufließen.

Der Wertausgleichsanspruch bezieht sich folglich nicht auf den gesamten Differenzbetrag zwischen den Vertragsansprüchen, sondern ist auf den Zuwachs während der Schwebezeit beschränkt. Hintergrund dieser Überlegungen ist, dass der AVP durch das Warten auf die Verwertungsentscheidung keine Belastungen entstehen soll. Eine Ausgleichspflicht ist jedoch immer auch mit Belastungen verbunden. Da ein Ausgleich bezüglich des anfänglichen Differenzbetrags zugunsten der ungesicherten Gläubiger vom Gesetz nicht vorgesehen ist, soll ein solcher auch nicht über das neu im Gesetz aufzunehmende Wertausgleichsinstitut über die Hintertür ein-

geführt werden. Daher soll eine Ausgleichspflicht hinsichtlich des anfänglichen Differenzbetrags verneint werden und nur bezüglich des Wertzuwachses, der während der Vorbereitung der Verwertungsentscheidungen entstanden war, bestehen.

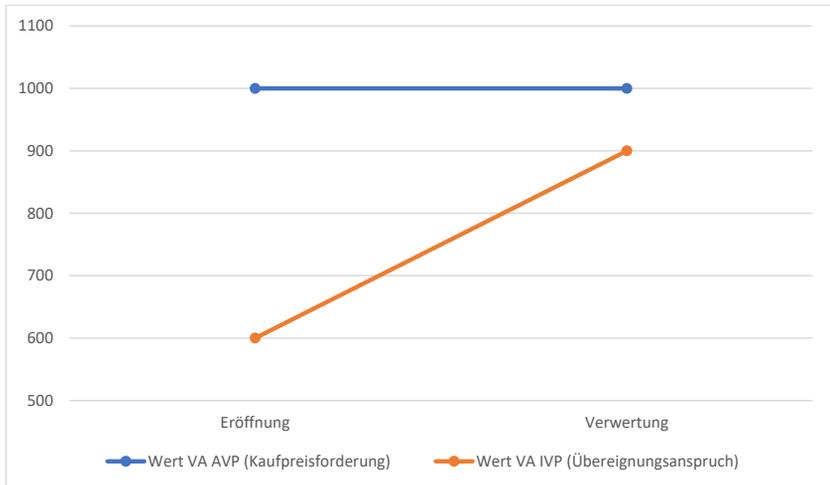
Zudem muss sich der Wertanstieg im Vermögen der AVP realisiert haben. Nur unter diesen Umständen ist der während der Schwebzeit eingetretene Wertzuwachs des Vertragsanspruchs der IVP an die restlichen Gläubiger abzuführen.

Ein günstigeres Ergebnis und einen höheren Verwertungserlös im Vergleich zur Nichtgeltendmachungsentscheidung würden die ungesicherten Gläubiger jedoch erlangen, wenn sie eine Geltendmachungsentscheidung treffen. Die Gläubiger erhalten dann einen Vertragsgegenstand im Wert von 1400 Euro und müssen nur einen Kaufpreisanspruch in Höhe von 1000 Euro begleichen. Bei dieser Verwertungsentscheidung fließt der Insolvenzmasse ein Mehrwert von 400 Euro zu.

3. Die AVP hatte den Vertragsgegenstand über dem objektiven Marktwert verkauft.

Hatte die AVP den Vertragsgegenstand über dem objektiven Marktwert verkauft, so sind bei einem Wertanstieg des Vertragsanspruchs der IVP zwei Szenarien denkbar: Der Wert des Anspruchs steigt an, liegt am Tag der Verwertungsentscheidung aber weiterhin unter dem Wert des Anspruchs der AVP oder wertmäßig darüber. In der ersten Variante ist eine Nichtgeltendmachungsentscheidung aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten die richtige Entscheidung und in der zweiten Variante wäre eine Geltendmachungsentscheidung nach wirtschaftlichen Ansätzen die bessere Wahl. Unterstellt, die Insolvenzverwaltung trifft in beiden Fallvarianten jeweils eine Nichtgeltendmachungsentscheidung, so ist zu hinterfragen, ob der während der Schwebzeit eingetretene Wertzuwachs ganz oder teilweise den ungesicherten Gläubigern gebühren soll.

- a. Wert des Anspruchs der IVP ist trotz Wertanstieg kleiner als Wert des Anspruchs der AVP.



Wert VA AVP = 1000 Euro (Höhe der Kaufpreisforderung)

Wert VA IVP (1) = 600 Euro

(Wert des Übereignungsanspruchs bei Verfahrenseröffnung)

→ Differenz VA AVP und VA IVP (1) = 400 Euro (Wert VA AVP > Wert VA IVP)

Wert VA IVP (2) = 900 Euro (Wert des Übereignungsanspruchs bei NGME)

→ Differenz VA AVP und VA IVP (2) = 100 Euro (Wert VA AVP > Wert VA IVP)

Der Vertragsanspruch der IVP hat während der Schwebezeit einen Wertzuwachs von 300 Euro erfahren.

In diesem Beispiel hat die AVP ihre Leistung über dem objektiven Marktwert verkauft und war mit dem Wert des Anspruchs der IVP am Tag der Eröffnung „untersichert“ und bleibt dies auch bis zur Verwertungsentcheidung. In dieser Konstellation ist eine Nichtgeltendmachungentscheidung sowohl zu Beginn des Verfahrens als auch am Tag der Verwertungsentcheidung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten die „richtige“ Wahl, da der Wert des Übereignungsanspruchs stets unter dem Wert des Kaufpreisanspruchs liegt.

Fraglich ist, ob auch in dieser Fallkonstellation der während der Schwebezeit eingetretene Wertzuwachs des schuldnerischen Anspruchs vollständig den ungesicherten Gläubiger zufließen sollte. Hierfür kann das Argument der Symmetrie des Wertausgleichsinstituts in beide Richtungen ins

Feld geführt werden: Sofern die ungesicherten Gläubiger einen Wertverlust des Anspruchs der IVP während der Schwebezeit vollständig auszugleichen haben, könnte verlangt werden, dass sie auch in den Genuss des kompletten Wertzuwachses aus diesem Zeitraum kommen sollen. Allerdings muss dem entgegengehalten werden, dass die AVP ein gesicherter Gläubiger ist und deshalb eine andere Bewertung gerechtfertigt sein könnte. Der einer Sicherheit innewohnende Zweck liegt in der Absicherung des Gläubigers im Krisenfall. Wenn es das Ziel der Sicherheit ist, die Forderung der AVP möglichst vollständig zu befriedigen, darf bei einer Wertsteigerung des Anspruchs der IVP kein Wertausgleichsanspruch gegen die AVP gerichtet werden, solange diese Bedingung noch nicht eingetreten ist. Auch absonderungsberechtigten Gläubigern kommt ein in der Schwebezeit entstehender Wertzuwachs zugute. Der Wert des Sicherungsgutes steht vordergründig dem Sicherungsnehmer zu, und zwar in der Art und Höhe, wie er am Tag der Verwertung vorliegt. Erst wenn die gesicherte Forderung befriedigt ist und ein Übererlös erzielt wurde, wird dieser an die ungesicherten Gläubiger verteilt. Dass bei einer vom Insolvenzverwalter durchgeführten Verwertung der Verwertungserlös steigt, ist nicht nur aufgrund von Wertschwankungen einzelner Gegenstände möglich, sondern wird auch angestrebt, zum Beispiel durch den Erhalt und die Verwertung der wirtschaftlichen Einheit der schuldnerischen Gegenstände. Wollte man für die AVP ein Wertausgleichsinstitut für sämtliche Wertsteigerungen während der Schwebezeit einführen, ohne dabei auf die Befriedigung des Anspruchs der AVP Rücksicht zu nehmen, so müssten schließlich auch die Regeln für absonderungsberechtigte Gläubiger angepasst werden. Die Sicherheit würde dann in beiden Fällen im Krisenfall allerdings gerade nicht mehr ihren Zweck erfüllen. Vorzugswürdig ist es daher, bei einer Wertsteigerung des schuldnerischen Anspruchs einen Ausgleichsanspruch der ungesicherten Gläubiger gegen die AVP erst dann greifen zu lassen, wenn der Wert des Anspruchs der IVP den Wert des Anspruchs der AVP überschritten hat.

Kommt die AVP in den Genuss des Wertzuwachses des Anspruchs der IVP während der Schwebezeit, so erhält die AVP am Tag der Verwertung eine höhere Befriedigung, als sie am Tag der Insolvenzeröffnung erlangt hätte. Hier eröffnet sich erneut die Frage, was der AVP in Aussicht gestellt wurde. Die Antwort hierauf kann nur lauten, dass ihr die Verwertung ihres Befriedigungsvorrechts am Vertragsanspruch des Insolvenzschuldners zugesichert wurde.⁵²⁷ Und dieses Recht zur bevorzugten

527 Von Wilmowsky, KTS 2011, 453 (465).

Befriedigung ihrer Forderung bleibt erhalten und wird schließlich durch das neue Wertausgleichsinstitut gewährt.

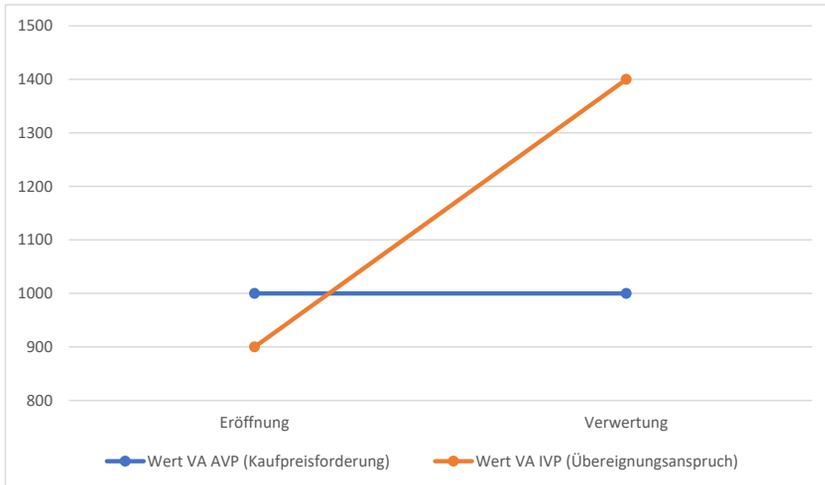
In dem oben gebildeten Beispiel bleibt der Wert des schuldnerischen Anspruchs trotz Wertsteigerung unterhalb des Wertes des Anspruchs der AVP. Die eingetretene Wertsteigerung soll allein zur Erfüllung des Anspruchs der AVP eingesetzt werden. Ein Wertausgleichsanspruch an die restlichen Gläubiger besteht in diesem Fallbeispiel nicht.

Der Wertanstieg des Vertragsanspruchs der IVP kann zudem eine Anpassung der Berechnung der Differenzforderung erforderlich machen. Wird dem in dieser Arbeit vorgeschlagenen Berechnungsmodell für die Differenzforderung gefolgt, so sollen für die Verrechnung grundsätzlich die Anfangswerte der Vertragsansprüche am Tag der Insolvenzeröffnung maßgeblich sein. Erfährt allerdings der Anspruch der IVP bis zum Tag der Verwertung einen Wertanstieg, so muss dieser Wertzuwachs bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung durchaus berücksichtigt werden, denn in dieser Höhe wird die AVP durch Verrechnung gegenständlich befriedigt. Der anfänglich bestehende Differenzbetrag ist daher um den Betrag des Wertanstiegs zu reduzieren. Im Beispiel kann die AVP anstelle der anfänglich bestehenden Restforderung von 400 Euro nur die am Tag der Verwertung bestehende Restforderung von 100 Euro zur Tabelle anmelden und nur hierauf die Ausschüttung der Quote verlangen. Würde dies anderes gehandhabt werden, so würde ein Teil ihrer Kaufpreisforderung doppelt befriedigt werden, zum einen gegenständlich und zum anderen quotal. Dies wäre jedoch nicht gerechtfertigt.

Anders sieht es nach dem bisher gängigen Verrechnungsmodell aus. Wird dieses angewandt, so ist keine Anpassung der Differenzforderung vorzunehmen. Nach dem Modell wird von vornherein auf die Werte der Vertragsansprüche am Tag der Verwertungsentscheidung abgestellt und der AVP damit sogleich eine quotale zu befriedigende Restforderung von 100 Euro gewährt.

Zusammenfassend ergibt sich bezüglich der Befriedigung der AVP im Beispielfall somit Folgendes: Die Kaufpreisforderung von 1000 Euro wird in Höhe von 900 Euro gegenständlich befriedigt und in Höhe von 100 Euro quotal. Der während der Schwebezeit eingetretene Wertzuwachs des Vertragsanspruchs der IVP in Höhe von 300 Euro gebührt dem gesicherten Gläubiger (der AVP). Ein Wertausgleichsanspruch der ungesicherten Gläubiger gegen die AVP besteht nicht, da der Anspruch der AVP durch die Verwertung mit dem Anspruch der IVP noch nicht vollständig befriedigt werden konnte.

- b. Wert des Anspruchs der IVP ist am Tag der Verwertung größer als Wert des Anspruchs der AVP.



Wert VA AVP = 1000 Euro (Höhe der Kaufpreisforderung)

Wert VA IVP (1) = 900 Euro

(Wert des Übereignungsanspruchs bei Verfahrenseröffnung)

→ Differenz VA AVP und VA IVP (1) = 100 Euro (zugunsten der AVP, Wert VA AVP > Wert VA IVP)

Wert VA IVP (2) = 1400 Euro (Wert des Übereignungsanspruchs bei NGME)

→ Differenz VA AVP und VA IVP (2) = 400 Euro (zugunsten der ungesicherten Gläubiger, Wert VA AVP < Wert VA IVP)

Der Vertragsanspruch der IVP hat während der Schwebezeit einen Wertzuwachs von 500 Euro erfahren.

In diesem Beispiel hat die AVP ihre Leistung über dem objektiven Marktwert verkauft und war mit dem Wert des Anspruchs der IVP am Tag der Eröffnung „untersichert“. Würde an diesem Tag eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen werden, so würde die Kaufpreisforderung von 1000 Euro im Wege der Verrechnung in Höhe von 900 Euro gegenständlich befriedigt werden und die Restforderung von 100 Euro nach Quote befriedigt werden. Doch durch die Wertsteigerung des schuldnerischen Anspruchs wird aus einem zunächst untersicherten Gläubiger ein zunehmend gesicherter und schließlich sogar ein übersicherter Gläubiger. Während anfangs nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten

eine Nichtgeltendmachungsentscheidung zu treffen gewesen wäre, ist am Tag der Verwertungsentscheidung die Geltendmachungsentscheidung die „richtige“ Wahl, sofern allein auf die Anspruchswerte abgestellt wird. Gleichwohl kann die Insolvenzverwaltung auch auf Nichtgeltendmachung entscheiden. Auch in diesem Fall darf dann hinterfragt werden, ob und in welcher Höhe den ungesicherten Gläubigern ein Wertausgleichsanspruch zustehen soll. Der Vertragsanspruch der IVP hat während der Schwebzeit insgesamt einen Wertzuwachs von 500 Euro erlangt, sodass die Zahlung dieses Betrags von der AVP an die ungesicherten Gläubiger in Betracht käme. Jedoch übersteigt der Wert des Anspruchs der IVP den Wert des Anspruchs der AVP am Tag der Verwertung lediglich um 400 Euro, sodass der Wertausgleichsanspruch auch auf diese Höhe beschränkt sein könnte.

Für eine Beschränkung des Wertausgleichsanspruchs der ungesicherten Gläubiger auf jenen Betrag, um den der schuldnerische Anspruch den Vertragsanspruch der AVP wertmäßig übersteigt, greift bereits das Argument aus dem vorangegangenen Beispiel, das auf den Zweck einer Sicherheit abstellt. Es gehört zu dem Kernanliegen einer Sicherheit, dass diese im Krisenfall der Befriedigung des gesicherten Gläubigers dienen soll. Der Wert des Vertragsanspruchs der IVP gebührt in erster Linie der AVP zur Erfüllung ihrer Forderung. Nur ein eventuell erzielter Übererlös soll den ungesicherten Gläubigern zugutekommen.

In der Fallkonstellation, dass die AVP zunächst untersichert und später übersichert ist, können für eine Beschränkung des Wertausgleichsanspruchs auch noch weitere Überlegungen herangezogen werden. Hätten die restlichen Gläubiger einen Anspruch auf Ausgleich des gesamten Wertzuwachses, so erhielten sie bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung einen Betrag von 500 Euro und ständen damit besser als bei einer Geltendmachungsentscheidung, bei der sie durch die Vertragserfüllung nur einen Mehrwert von 400 Euro erzielen können. Eine solche Rechtslage würde dazu führen, dass ein Anreiz geschaffen wird, die Schwebzeit möglichst lange auszureizen und auf eine Preisentwicklung hin zu spekulieren. Selbst wenn zu Beginn des Verfahrens absehbar ist, dass ein Vertragsgegenstand nicht benötigt wird und zudem der Wert des Vertragsanspruchs der IVP unter dem Wert des Anspruchs der AVP liegt und daher die Insolvenzverwaltung auch wertmäßig eine Nichtgeltendmachungsentscheidung zu treffen hätte, könnte die Verwertungsentscheidung bewusst hinausgezögert werden. Die Insolvenzverwaltung könnte abwarten, ob der Wert des schuldnerischen Anspruchs ansteigt und schließlich den Wert des Anspruchs der AVP übersteigt. Damit läge dann typischerweise eine Konstellation für eine Geltendmachungsentscheidung vor. Doch sollte bei

einer Nichtgeltendmachungsentscheidung ein vollständiger Ausgleich des Wertzuwachses zugesprochen werden, so könnte die Insolvenzverwaltung den ungesicherten Gläubigern einen Vorteil verschaffen, den sie anderenfalls niemals erlangen würden. Bislang wird in der Literatur unter dem Schlagwort „Rosinenpicken“ kritisiert, dass die Insolvenzverwaltung risikofrei spekulieren und im Falle eines Wertanstiegs die Vorzüge einer Geltendmachungsentscheidung erlangen kann.⁵²⁸ (In die Insolvenzmasse fließt bei einer Geltendmachungsentscheidung der Wert des Übereignungsanspruchs abzüglich der zu leistenden Kaufpreiszahlung. Im Beispiel erhöht sich dadurch die Insolvenzmasse um einen Wert von 400 Euro.) Der diesbezüglich vorgebrachte Vorwurf hinsichtlich einer verwerflichen Spekulation ist jedoch nur begrenzt berechtigt und kann nicht mit der Art der Verwertung des Schuldnervermögens, sondern allenfalls mit dem Zeitablauf begründet werden.⁵²⁹ Mit der Einführung eines Wertausgleichsinstituts in voller Höhe (im Beispiel 500 Euro) zugunsten der ungesicherten Gläubiger müssten die Aussagen zur Verwerflichkeit und Spekulation jedoch erneut grundlegend überdacht werden. Unter diesen Umständen könnte die Insolvenzverwaltung auch durch die Art der Verwertung eine Spekulation risikofrei und zulasten der AVP betreiben.

Zudem sprechen gleich mehrere Grundprinzipien des Insolvenzrechts für eine Beschränkung des Wertausgleichsanspruchs bzw. gegen eine Erweiterung des Insolvenzvertragsrechts um einen Wertausgleichsanspruch in voller Höhe des Wertzuwachses. Zunächst soll das Verfahren möglichst zügig betrieben werden können. Diese Zielsetzung wäre durch den Anreiz zum Herausögern der Verwertungsentscheidung gefährdet. Auch die beabsichtigte Neutralität der Verwertungsoptionen geriete ins Wanken, da in der hier behandelten Fallkonstellation eine Tendenz zur Nichtgeltendmachungsentscheidung gelegt werden würde. Das neu zu schaffende Wertausgleichsinstitut würde bei einer Ausgleichspflicht in voller Höhe des Wertzuwachses den ungesicherten Gläubigern einen Vorteil auf Kosten eines einzelnen gesicherten Gläubigers verschaffen. (Die Solvenz der AVP wird hierbei unterstellt.) Ein Wertausgleichsanspruch der ungesicherten Gläubiger gegen die AVP sollte daher erst dann entstehen, wenn der Wert des Vertragsanspruchs der IVP den Wert des Vertragsanspruchs der AVP

528 Obermüller, *Insolvenzrecht in der Bankpraxis*, Rn. 8.300; Bretthauer/Garbers/*Streit*, NZI 2017, 953 (953); Ebricke, ZIP 2003, 273 (279); Nerlich/Römermann-*InsO/Balthasar*, § 104 Rn. 46; Bosch, WM 1995, 365 (367).

529 Siehe hierzu die Ausarbeitungen zu Optionsverträgen in Kapitel 2 B c. cc.

überschritten hat. Zudem muss sich Wertzuwachs im Vermögen der AVP realisiert haben.

Wird dem in dieser Arbeit vertretenen Verrechnungsmodell gefolgt, wonach für die Berechnung der Differenzforderung auf die Anspruchswerte zu Beginn des Verfahrens abgestellt wird, so muss eine Anpassung vorgenommen werden, wenn der Wert des schuldnerischen Anspruchs während der Schwebezeit angestiegen ist. Die Differenzforderung ist dann um den Betrag des Wertanstiegs zu kürzen. Im obigen Beispiel steht der AVP folglich am Tag der Verwertungsentscheidung keine Differenzforderung zu, da der Anspruch der AVP durch Verrechnung vollständig erfüllt wurde. Das gleiche Ergebnis wird erzielt, sofern mit dem bisherigen Verrechnungsmodell von vornherein auf die Anspruchswerte am Tag der Verwertung abgestellt wird.

Zusammenfassend ergibt sich bezüglich der Befriedigung der AVP im Beispielfall somit Folgendes: Der während der Schwebezeit eingetretene Wertzuwachs des schuldnerischen Anspruchs kommt sowohl der AVP als auch den restlichen Gläubigern zugute. Die Kaufpreisforderung von 1000 Euro wird im Wege der Verrechnung am Tag der Verwertung vollständig erfüllt, die anfänglich bestehende Differenzforderung entfällt. In Höhe von 100 Euro wurde der Wertanstieg des Vertragsanspruchs der IVP allein zur Erfüllung der Forderung der AVP genutzt. Bezüglich des Betrags, um den der Vertragsanspruch der IVP den Vertragsanspruch der AVP wertmäßig übersteigt (dies sind 400 Euro), steht den ungesicherten Gläubigern ein Wertausgleich gegen die AVP zu, allerdings nur, sofern sich der Wertzuwachs auch im Vermögen der AVP realisiert hat.

III. Wertrealisierung als Korrektiv

Kam es während der Vorbereitung der Verwertungsentscheidung zu einer Wertsteigerung des Vertragsanspruchs der IVP, so soll ein Wertausgleichsanspruch zugunsten der restlichen Gläubiger nur dann greifen, wenn der Wert des Anspruchs der AVP überschritten wurde und sich der Wertzuwachs im Vermögen der AVP auch tatsächlich realisiert hat.

Angelehnt ist dieses Korrektiv an den Grundsätzen aus dem Rechnungswesen; das Realisationsprinzip bzw. Prinzip der Gewinnrealisation nach § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB. Gewinnbeiträge werden danach grundsätzlich durch Lieferung und Leistung an Dritte realisiert.⁵³⁰ Dass die Gewinnrea-

530 MünchKomm-HGB/*Ballwieser*, § 252, Rn. 57, 60.

lisation an diesen Zeitpunkt geknüpft wird, ergibt sich nicht aus dem Gesetz, sondern geht auf eine Interpretation und Risiko-Chancen-Abwägung des Gesetzgebers zurück. Auch frühere oder spätere Zeitpunkte (beispielsweise der Vertragsabschluss oder der Ablauf von Gewährleistungsfristen) hätten als Anknüpfungspunkt dienen können. Konventionell ist die Gewinnrealisation an Lieferung und Leistung geknüpft, weil damit ein „quasisicherer“ Anspruch auf Gegenleistung besteht.⁵³¹

Im Falle der Käuferinsolvenz braucht die AVP bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung ihre Leistung nicht an die IVP erbringen. Daher ist es für die AVP möglich, den im Wert gestiegenen Vertragsgegenstand zu einem höheren Preis an einen anderen Marktteilnehmer zu veräußern. Zu diesem Zeitpunkt hat sich dann der Wertzuwachs im Vermögen der AVP realisiert. Durch die Verknüpfung des Wertausgleichsanspruchs mit dem Realisationsprinzip wird eine übermäßige Belastung der AVP vermieden. Sollte bis zu einem möglichen Weiterverkauf bereits wieder ein Wertverlust eingetreten sein – solche sehr kurzfristigen Schwankungen sind durchaus möglich – so besteht kein Wertausgleichsanspruch zugunsten der ungesicherten Gläubiger.

Die Beschränkung des Wertausgleichsanspruchs nicht nur auf den Betrag, um den der Anspruch der IVP den Anspruch der AVP übersteigt, sondern auch im Wege des Realisationsprinzips harmoniert mit den insolvenzrechtlichen Wertungen. Zu bedenken ist, dass die ungesicherten Gläubiger in den Genuss des Wertzuwachses des schuldnerischen Anspruchs kommen können, indem sie eine Geltendmachungsentscheidung treffen. Wählen sie aber trotz Eintreten eines Wertzuwachses eine Nichtgeltendmachungsentscheidung, beispielsweise weil sie den Vertragsgegenstand nicht benötigen und sich dem Risiko von Wertschwankungen und dem Aufwand eines erfolgreichen Weiterverkaufs der Ware befreien wollen, so darf eine solche Taktik zur Risikovermeidung nicht zulasten der AVP gehen.

Weitere Varianten, in denen es zu einer Realisierung des Wertzuwachses kommt sowie mögliche Ausnahmen, sollen hier jedoch nicht behandelt werden. Stattdessen wird auf die bereits vorhandene Literatur zu diesem Themenkomplex verwiesen.⁵³²

531 MünchKomm-HGB/*Ballwieser*, § 252, Rn. 61.

532 Siehe: MünchKomm-HGB/*Ballwieser*, § 252, Rn. 60 ff m.w.N.

IV. Ergebnis zum Wertausgleichsinstitut bei Wertsteigerung

Die Verteilungsverhältnisse zwischen den Gläubigern verändern sich nicht nur durch einen Wertverlust des Schuldnervermögens, sondern auch durch einen Wertanstieg, wenn ein Gläubiger ein Befriedigungsvorrecht an dem Teil des Vermögens besitzt, dessen Wert sich erhöht hat. Steigt der Wert des Vertragsanspruchs der IVP während der Zeitspanne, die zur Vorbereitung der Verwertungsoptionen benötigt wird, erhält die AVP mehr als ihr zu Beginn des Verfahrens in Aussicht gestellt wurde. Der Wertzuwachs des Anspruchs der IVP kann dann über ein Wertausgleichsinstitut den ungesicherten Gläubigern zugewiesen werden. Sofern die AVP allerdings bei Verfahrenseröffnung untersichert war, kann eine Anpassung erforderlich sein.

Waren beide Anspruchswerte zur Verfahrenseröffnung identisch und steigt der Wert des Vertragsanspruchs der IVP während der Schwebezeit an, so gebührt den ungesicherten Gläubigern der Wertzuwachs. Die AVP erlangt durch die Verrechnung der gegenseitigen Vertragsansprüche eine vollständige Befriedigung ihrer Forderung. Der Wertzuwachs des schuldnerischen Anspruchs während der Schwebezeit soll an die ungesicherten Gläubiger abgeführt werden. Auf diese Weise wird das ursprüngliche Verteilungsverhältnis gewahrt.

Lag der Wert des Vertragsanspruchs der IVP bereits zu Beginn des Verfahrens über dem Wert des Anspruchs der AVP und bestand damit bei Verfahrenseröffnung ein Differenzbetrag zugunsten der ungesicherten Gläubiger, so soll dieser anfängliche Differenzbetrag nicht im Rahmen des neuen Wertausgleichsinstituts an die ungesicherten Gläubiger abgeführt werden. Die bestehende Vorgabe des Gesetzes, wonach sich die Forderung aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO nicht gegen die AVP richtet, soll respektiert werden. Der Wertausgleichsanspruch ist daher allein auf den Wertzuwachs des schuldnerischen Anspruchs während der Schwebezeit beschränkt. Auch in dieser Fallvariante wird das ursprüngliche Verteilungsverhältnis gewahrt und die AVP erhält die Befriedigung, die ihr in Aussicht gestellt wurde.

War die AVP bei Verfahrenseröffnung jedoch untersichert und steigt der Wert der Sicherheit während der Schwebezeit an, so muss dem Zweck der Sicherheit besondere Beachtung geschenkt werden. Da die Sicherheit vordergründig der Befriedigung des gesicherten Gläubigers dient, gebührt der AVP der Wertanstieg des schuldnerischen Anspruchs so lange, bis ihre Forderung vollständig befriedigt wurde. Eine gegebenenfalls zu Beginn des Verfahrens bestehende Differenzforderung der AVP verringert

sich bzw. entfällt dann vollständig. Die ursprünglichen Befriedigungsverhältnisse werden in einer solchen Fallkonstellation damit nicht gewahrt. Stattdessen ist der Befriedigung des gesicherten Gläubigers Vorrang vor der Befriedigung der ungesicherten Gläubiger zu gewähren. Sobald der Vertragsanspruch der AVP jedoch vollständig erfüllt werden konnte, soll ein darüber hinausgehender Wertanstieg des Anspruchs der IVP den ungesicherten Gläubigern gebühren. Dies entspricht auch dem Vorgehen bei einer Verwertung eines Gutes, an dem ein Absonderungsrecht besteht und ein Übererlös erzielt werden konnte.

Zu beachten ist abschließend, dass der Anspruch auf Ausgleich des Wertzuwachses zugunsten der ungesicherten Gläubiger nur dann bestehen soll, wenn sich der Wertanstieg auch tatsächlich im Vermögen der AVP realisiert hat. Dies dient dem Schutz der AVP vor verfahrensbedingten Belastungen.

Kapitel 3: Aufwandsausgleichsinstitut bei zusätzlichen Kosten in der Schwebzeit

A. Einführung zum Aufwandsausgleichsinstitut

I. Regelungsbedarf bezüglich der Erstattung zusätzlicher Kosten

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

1. Regelungsbedürftigkeit abstrakt

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

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

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

2. Regelungsbedürftigkeit konkret

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

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

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

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

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

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

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

II. Zivilrechtliche Lösungsansätze

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

1. Auftragsrecht und Regeln der GoA

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

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

2. Leistungsstörungenrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a. Schuldnerverzug der IVP

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

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

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

b. Gläubigerverzug / Annahmeverzug der IVP

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

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

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

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

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

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

3. Stellungnahme zum Leistungsstörungsrecht

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

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

III. Perspektiven für eine Fortentwicklung - Ausgleich von Aufwendungen

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

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

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

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

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

B. Insolvenz des Leistungsberechtigten – Bereithaltungskosten

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

I. Verträge mit einmaligen Leistungsaustausch – am Beispiel der Käuferinsolvenz

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

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

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

1. Bereithaltungskosten der AVP als Verkäuferin

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

a. Kosten zum Erhalt des Vertragsgegenstandes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Kosten zur Überbrückung der Schwebezeit

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

c. Folge der Schwebezeit und erzwungenen Vertragsbindung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Nachteilskompensation durch Aufwandsausgleichsinstitut

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

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

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

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

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

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

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

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

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

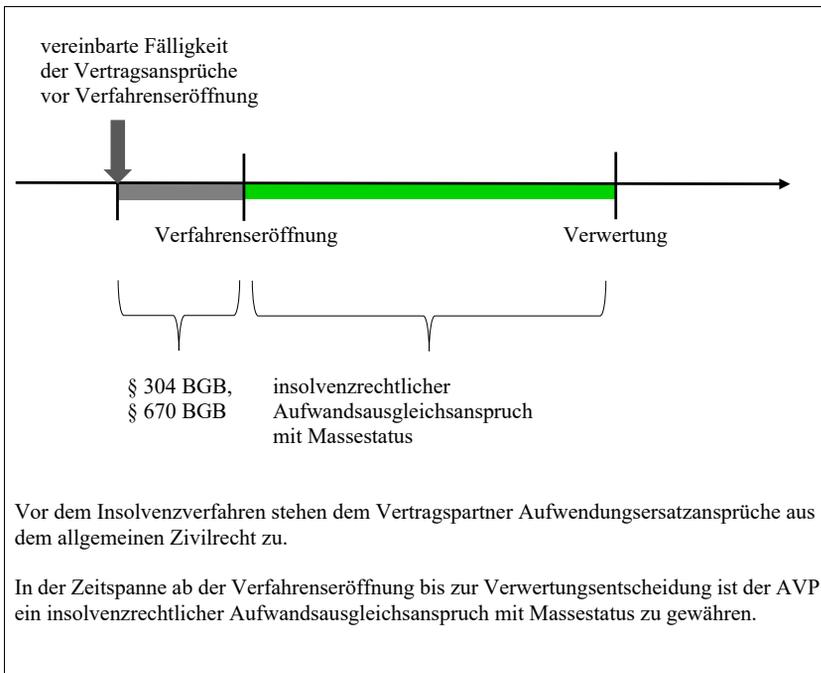
558 *Von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (458); Kübler/Prütting/Bork-InsO/*von Wilmowsky*, § 104 Rn. 25.

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

3. Auswirkung des Fälligkeitszeitpunkts für das Entstehen des Aufwandsausgleichsanspruchs

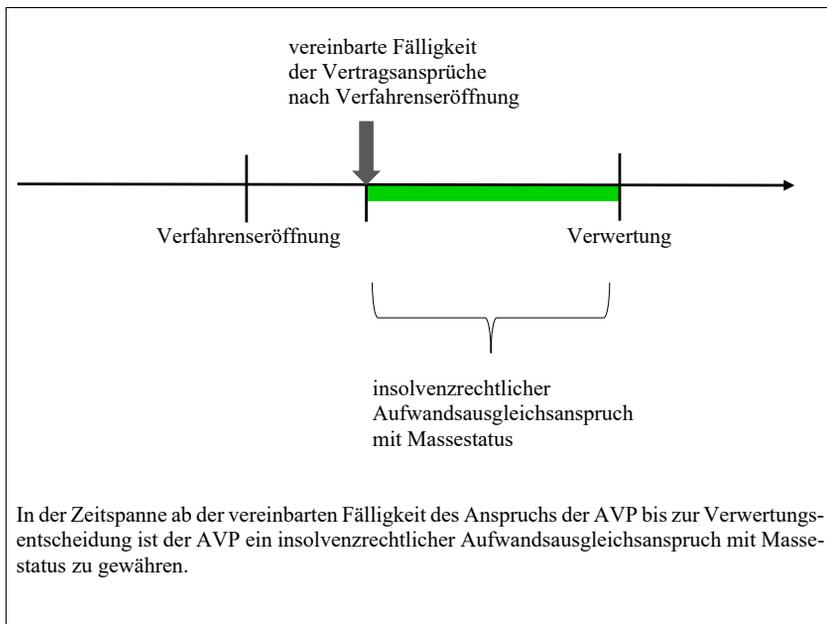
War der Vertragsanspruch der AVP bereits zur Zeit der Solvenz des Vertragspartners fällig geworden, so gewährt das allgemeine Zivilrecht bei Vorliegen aller weiteren Voraussetzungen Erstattungsansprüche. Gemäß § 304 BGB sollen beispielsweise Mehraufwendungen eines Verkäufers kompensiert werden. Und ab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

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



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

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



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

4. Argumente und Orientierung für ein Aufwandsausgleichsinstitut

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

a. Grundsatz des Verwertungsrechts bezüglich der Bereithaltungskosten

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

aa. Verfahrenskostenzuweisung unter Beachtung des Fortführungsgebots

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb. Anmerkung zum Verteilungsrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

571 MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c. Orientierung an Optionsgeschäften

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Zwischenergebnis zum Aufwandsausgleichsinstitut bei Kaufverträgen

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

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

II. Ergänzungen zu Dauerschuldverhältnissen – am Beispiel der Mieterinsolvenz

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

1. Verpflichtungen aus dem Dauerschuldverhältnis

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

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

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

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

2. Bereithaltungskosten der AVP als Vermieterin

Während bei einem Vertragsverhältnis mit einem einmaligen Leistungsaustausch der AVP während der Schwebezeit Kosten zum Erhalt des Vertragsgegenstandes aufgebürdet werden, zeichnet sich bezüglich des Leistungsverpflichteten aus einem Dauerschuldverhältnis ein anderes Bild ab. Für sämtliche Kosten, die auf den vom Vermieter vertraglich übernommenen Pflichten beruhen und daher auch in der Solvenz zu erbringen sind, bedarf es keines Ausgleichs. Hierbei handelt es sich nicht um verfahrensbedingte Belastungen. Zu betrachten sind ausschließlich Kosten, die nicht bereits aufgrund des Nutzungsvertrags zu übernehmen sind.

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

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

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

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

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

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

3. Bekräftigung der Argumente zum Aufwandsausgleichsinstitut bei Dauerschuldverhältnissen

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

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

III. Ergebnis zum Aufwandsausgleichsinstitut bei Insolvenz des Leistungsberechtigten

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

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

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

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

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

C. Insolvenz des Leistungsverpflichteten - Bereithaltungskosten

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

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

I. Verträge mit einmaligem Leistungsaustausch – am Beispiel der Verkäuferinsolvenz

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

1. Bereithaltungskosten der AVP als Käuferin

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

a. Kosten bei Bereithaltung des Zahlungsmittels, Liquiditätsbereithaltungskosten

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

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

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

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

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

b. Kosten zur Überbrückung der Schwebezeit

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

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

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

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

aa. Überbrückungsgeschäft bei Gebrauchsgütern

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

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

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

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

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

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

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

bb. Überbrückungsgeschäft bei Verbrauchsgütern

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

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

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

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

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

c. Erstattungsfähigkeit von Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Argumente und Orientierung für ein Aufwandsausgleichsinstitut

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

a. Grundsätze des Verwertungsrechts bezüglich der Bereithaltungskosten

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

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

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

c. Orientierung an Optionsgeschäften

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

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

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

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

II. Ergänzungen zu Dauerschuldverhältnissen – am Beispiel der Vermieterinsolvenz

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

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

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

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

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

III. Ergebnis zum Aufwandsausgleichsinstitut bei Insolvenz des Leistungsverpflichteten

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

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

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. 4ff.; 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 Wilimowsky*, § 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.

Kapitel 5: Ausblicke für das US-amerikanische Rechtssystem

Nach den in dieser Arbeit vorgeschlagenen Instituten erhält die AVP einen Ausgleich für die während der Schwebezeit eingetretenen Wertverluste ihrer Sicherheit (wenn eine Nichtgeltendmachungsentscheidung getroffen wurden) und eine Erstattung der während der Schwebezeit angefallenen zusätzlichen Kosten (unabhängig vom Ausgang der Verwertungsentscheidung). Durch eine Einführung dieser neuen insolvenzrechtlichen Institute kann auf einen Missstand reagiert werden, der sich im deutschen Insolvenzrecht bereits seit vielen Jahrzehnten immer weiter zugespitzt hat. Zudem könnten diese Vorschläge über die nationalen Grenzen hinaus auch in anderen Rechtsordnungen Bedeutung erlangen.

Baird äußerte sich zum Insolvenzrecht sinngemäß folgendermaßen: „In unserer Gesellschaft sind insolvenzrechtliche Fragen eingewebt in den Stoff des Lebens. Wäre die Welt perfekt, so wären Insolvenzverfahren in sekundenschnelle vorbei, vorausgesetzt, es gäbe in einer perfekten Welt überhaupt Insolvenzen. Da unsere Welt aber alles andere als perfekt ist, bedarf es eines Mechanismus, welcher den Status quo der Beteiligten aufrechterhält, während die Angelegenheiten geprüft und abgewickelt werden.“⁶⁴⁹ Diese klangvollen Sätze wurden über das US-amerikanische Rechtssystem geschrieben, doch sie besitzen ebenso Geltung für das deutsche System wie auch einer Vielzahl von weiteren Rechtssystemen. Dass diese Aussagen so zutreffend für mehrere Rechtsregime sind, verdeutlichen die Reichweite der in dieser Arbeit aufgeworfenen Fragen. Naturgemäß benötigen Insolvenzverfahren Zeit für die Verwertung und Verteilung des Schuldnervermögens und müssen den Gläubigern den Einzelzugriff auf das schuldnerische Vermögen verwehren. Wann immer es während dieser Schwebezeit zu Wertveränderungen von Sicherheiten kommt oder einem gesicherten Gläubiger zusätzliche Kosten im Interesse von ungesicherten Gläubigern aufgebürdet werden, muss an eine Kompensation dieser Nach-

649 Angelehnt an die von *Baird* genutzten Formulierungen, vgl. *Baird*, *The Elements of Bankruptcy*, S. 30, 191 „In our society, extensions of credit are woven into the fabric of everyday life.“ „In a perfect world, a corporate bankruptcy proceeding would be over in an instant (assuming that in a perfect world you would still have bankruptcy). The world we live in, however, is not so simple. ... We need a mechanism to preserve the status quo while we sort out the affairs of the debtor.“

teile gedacht werden. Bezüglich des US-amerikanischen Rechtssystems soll rechtsvergleichend in groben Zügen begutachtet werden, welche verfahrensbedingten Belastungen die Vertragspartner treffen und zugleich eine Anregung für eine Fortentwicklung auch dieses Rechtssystems gegeben werden.

I. Vergleichender Einblick in das US-amerikanische Insolvenzrecht

Das US-amerikanische Insolvenzrecht ist im 11. Titel des United States Code niedergeschrieben. Der Bankruptcy Code (BC) teilt sich wiederum in mehrere Kapitel auf, die aus historischen Gründen nicht fortlaufend nummeriert sind. Die ersten Kapitel formen den allgemeinen Teil, danach folgen die spezielleren Abschnitte zu den einzelnen Verfahren wie Chapter 7 für ein Liquidationsverfahren, Chapter 11 für eine Reorganisation oder für Privatpersonen auch das Verfahren nach Chapter 13.⁶⁵⁰

Das Suspendieren der individuellen Verwertungsrechte der Gläubiger in das Vermögen des Insolvenzschuldners geschieht im US-amerikanischen Recht über eine zentrale Vorschrift, den § 362 BC. Die als „automatic stay“ bezeichnete Maßnahme ist eine „Atempause“, in der das Schuldnervermögen vor unkontrollierten Zugriffen geschützt wird und die Insolvenzverwaltung Zeit gewinnt, um sich einen Überblick über die Situation zu verschaffen.⁶⁵¹ Nach § 362 (a) (3) BC ist es den Sicherungsgläubigern verwehrt, sich massezugehörige Gegenstände zu verschaffen und es können nach § 362 (a) (4) BC auch keine neuen Sicherungsrechte begründet werden. Durch diesen Zustand werden zum einen die Gläubiger daran gehindert, ihre Forderungen unabhängig vom Verfahren durchzusetzen und zum anderen auch dem Schuldner untersagt, die vorinsolvenzrechtlichen Verbindlichkeiten gegenüber einzelnen Gläubigern zu begleichen. Allerdings bestehen Ausnahmen zum Schutz eines gesicherten Gläubigers. Nach § 362 (d) BC kann das Insolvenzgericht auf Antrag hin den „automatic stay“ terminieren, aufheben oder ändern. Ein Grund für eine Befreiung („relief from stay“) kann darin gefunden werden, dass der Sicherungswert eines Sicherungsrechts nicht mehr angemessen geschützt erscheint oder die Sicherheit zur Fortführung des Unternehmens nicht benötigt

650 Siehe weitere Informationen zum Aufbau: *Baird*, *The Elements of Bankruptcy*, S. 4 ff.

651 *Schöneberger*, *Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung*, S. 253; *Baird*, *The Elements of Bankruptcy*, S. 198, 203.

wird.⁶⁵² Dieses Vorgehen ist dem deutschen Insolvenzrecht nicht unähnlich, in dem ebenfalls Sicherungsgüter beispielsweise nach § 170 Abs. 2 InsO durch den gesicherten Gläubiger selbst verwertet werden können. Als eine Alternative zum relief from stay besteht zudem die Möglichkeit eines Ausgleichs bei Wertverlusten des Sicherungsgutes.⁶⁵³ Diese Maßnahme wird als „adequate protection“ bezeichnet. Hierdurch soll gewährleistet werden, dass der Wert der Sicherheit auf der Verteilungsseite dem gesicherten Gläubiger („secured creditor“) zugewiesen bleibt. Diese Norm entspricht in ihren Grundzügen dem deutschen Ausgleichsanspruch nach § 172 Abs. 1 InsO.

Ebenso wie im deutschen Rechtssystem auch, wird die solvente Vertragspartei eines noch nicht erfüllten Vertrags nicht als gesicherter Gläubiger betrachtet, obwohl auch sie durch das vertragliche Synallagma und den Leistungsverweigerungsrechten mit dem Wert der Forderung des Insolvenzschuldners abgesichert ist.⁶⁵⁴ Der Insolvenzverwalter besitzt nach § 365 BC eine Verwertungskompetenz und kann entscheiden, den unerfüllten Vertrag anzunehmen („assumption“) oder abzulehnen („rejection“). Diese Entscheidung wird danach getroffen, ob der Vertrag für den Schuldner vorteilhaft oder nachteilig ist, wobei typischerweise die Werte der gegenseitigen Vertragsansprüche verglichen werden.⁶⁵⁵ Wird der Vertrag angenommen, so erfährt die Forderung des solventen Vertragspartners eine Rangverbesserung („priority status“) während der Vertragspartner bei einer Ablehnung des Vertrags eine ungesicherte Forderung gegen den Insolvenzschuldner in Höhe des entstandenen Schadens besitzt.⁶⁵⁶ *Baird* erklärt, dass der solventen Vertragspartei bei einer Ablehnung des Vertrags der Schaden ersetzt wird, der auch außerhalb des Insolvenzvertragsrechts bei einem Vertragsbruch⁶⁵⁷ entstehen würde und sie bei einer Vertragsdurchführung genauso gestellt wird wie bei einer Durchführung außerhalb der Insolvenz.⁶⁵⁸ Das diese Behauptung jedoch nicht vollends zutrifft,

652 *Von Wilmsowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 233; *Baird*, The Elements of Bankruptcy, S. 199, 203.

653 *Baird*, The Elements of Bankruptcy, S. 136.

654 Vgl. die Wirkung der Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung im Insolvenzverfahren: *Baird*, The Elements of Bankruptcy, S. 112 f.; *Tabb*, Law of Bankruptcy, S. 792 f.

655 *Tabb*, Law of Bankruptcy, S. 799 f.

656 *Tabb*, Law of Bankruptcy, S. 798 f.

657 Angesprochen wird das System „breach of contract“ und die Ähnlichkeit zur rejection, siehe hierzu zu: *Tabb*, Law of Bankruptcy, S. 808, 810 ff.

658 *Baird*, The Elements of Bankruptcy, S. 112-115, 123.

lässt sich bereits durch folgende Aussage erahnen, die eine Abwägung erkennen lässt: „Die Kosten, die der „automatic stay“ verursacht, sind für einen Verkäufer gering und der Nutzen für den Insolvenzschuldner ist groß.“⁶⁵⁹ Die Problematiken, die für die solvente Vertragspartei mit dem Zeitablauf bis zur Verwertungsentscheidung des Insolvenzverwalters verbunden sind, werden noch offener von *Tabb* angesprochen, indem er betont, dass für den Insolvenzverwalter auch eine vom Gesetz nicht genannte Option existiert, die darin besteht, nichts zu tun.⁶⁶⁰ Die bestehende Situation gleiche einer Einbahnstraße, da die solvente Vertragspartei jederzeit zur Leistung verpflichtet werden kann, selbst aber keine Erfüllung erzwingen kann und zugleich durch § 365 (e) BC in den Möglichkeiten einer Vertragskündigung oder Vertragsanpassung beschränkt wird.⁶⁶¹ In der Schwebezeit, von *Tabb* als Limbo-Periode bezeichnet, kann der solvente Vertragspartner keinen neuen Vertragsabschluss machen, da er davon ausgehen muss, dass der noch nicht erfüllte Vertrag angenommen wird, zugleich kann er aber auch keinen tauglichen, auf die Zukunft gerichteten Businessplan erstellen, da er gleichfalls damit rechnen muss, dass der noch nicht erfüllte Vertrag jederzeit abgelehnt wird.⁶⁶²

Ebenso wie das deutsche Insolvenzrecht setzt sich auch das amerikanische Recht mit dem Spannungsverhältnis zwischen den Interessen der Vertragspartner aus noch nicht erfüllten Verträgen und denen der Gläubigersamtheit auseinander. Mit dem Ziel, dem Verwalter eine angemessene Zeitspanne für die Verwertung einzuräumen⁶⁶³ und zugleich eine Ausufahrung der Schwebezeit zu vermeiden, wurden im Gesetz in § 365 (d) BC verschiedene Fristen eingefügt, innerhalb derer eine Verwertungsentscheidung getroffen werden soll. Je nach Art des Verfahrens und des Vertragstyps sind zeitliche Grenzen gesetzt, innerhalb derer eine Entscheidung über den Fortbestand des Vertrags durch die Abwehr des Rücktritts oder der Kündigung durch den anderen Vertragspartner erfolgen muss.⁶⁶⁴ Um eine hohe Flexibilität zu erhalten und eine optimale Verwertung zu fördern können die Fristen beim Vorliegen von berechtigten Gründen nochmals verlängert werden. Der amerikanische Gesetzgeber hielt es für erfor-

659 „The costs that the automatic stay imposes on the seller are small and the benefits to the debtor large.“ *Baird*, *The Elements of Bankruptcy*, S. 137.

660 *Tabb*, *Law of Bankruptcy*, S. 791, 864.

661 *Tabb*, *Law of Bankruptcy*, S. 865, 791, der § 365 (e) BC als eine kritische Regelung bezeichnet.

662 *Tabb*, *Law of Bankruptcy*, S. 866.

663 *Tabb*, *Law of Bankruptcy*, S. 865.

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

derlich, 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 ausreichend sind, können sie hingegen für größere Verfahren zu kurz bemessen sein.⁶⁶⁵ Zudem ist auch eine Frist von bis zu 7 Monaten bis zur Verwertung⁶⁶⁶ derart lang, dass dem Vertragspartner in dieser Zeit erhebliche Nachteile entstehen können. Für die Problematik der solventen Vertragspartei Nachteile durch Zeitablauf zu erleiden ist damit festzustellen, dass eine gesetzlich vorgegebene Zeitspanne Belastungen der wartenden Partei eventuell reduzieren, aber keinesfalls verhindern kann. Innerhalb dieser Zeit, gleich wie kurz sie ausfällt, sind Nachteile der Vertragspartner zu befürchten. Hierin liegt ein grundsätzliches Problem des Verfahrens. Dies gilt auch, wenn der solvente Vertragspartner die Möglichkeit besitzt, nach § 365 (d) (2) BC das Gericht anzurufen, um eine zeitnahe Verwertung durch den Verwalter zu erzwingen. Aus diesem Grund bestehen im US-amerikanischen Recht die gleichen Herausforderungen und offenen Fragen bezüglich des Umgangs mit Belastungen der solventen Vertragspartner während der Vorbereitung der Verwertungsentscheidung wie im deutschen Recht.

Der juristische Diskurs zu den noch nicht erfüllten Verträgen bezieht sich im US-amerikanischen Recht überwiegend auf Dauerschuldverhältnisse. Für den Fall, dass die solvente Vertragspartei aufgrund eines Nutzungsvertrags weiterhin an den Schuldner gerichtet leistet bzw. seine Leistung bereitstellt, wurde entschieden, dass der Vertragspartner berechtigt sein soll, bei einer Annahme des Vertrags auch die Kompensation von entstandenen Kosten verlangen zu können („administrativ expense compensation rule“).⁶⁶⁷ Doch greift diese Regelung nicht bei einer Ablehnung des Vertrags.⁶⁶⁸ Damit können die im Raum stehenden Belastungen der solventen Vertragspartei weder von dieser Regel noch von den speziellen Vorgaben zur Verwertung von bestimmten Nutzungsverträgen („nonresidential real property leases“ nach § 365 (d) (3)-(4) BC und „commercial personal pro-

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

666 § 365 (d)(4) BC sieht eine Frist von 120 Tagen und eine Verlängerungsmöglichkeit von 90 Tagen vor.

667 *In re Public Ledger*, 161 F. 2d 762 (3d Cir. 1947); *Tabb*, *Law of Bankruptcy*, S. 865 m.w.N.

668 *Tabb*, *Law of Bankruptcy*, S. 809.

perty leases“ nach § 365 (d) (5) BC)⁶⁶⁹ erfasst werden. Hierin ist keine zufriedenstellenden Lösungen zu finden. Sie tragen weder zur Vereinfachung noch zur Vereinheitlichung bei. Die Gefahr, verfahrensbedingte Nachteile zu erleiden, besteht sowohl bei einer Annahme als auch Ablehnung des Vertrags und ist zudem unabhängig davon, ob ein Dauerschuldverhältnis oder ein einmaliger Leistungsaustausch vereinbart wurde. Auch bezüglich eines noch nicht erfüllten Kaufvertrags kann es zwischen Verfahrenseröffnung und Verwertungsentscheidung zu erheblichen Preisschwankungen und damit verbunden zu erheblichen rechtlichen Fragen kommen. So geschehen bei einem vom Gericht zu entscheidendem Fall, bei dem erst nach einem Jahr die Schwebezeit durch eine Vertragsablehnung beendet wurde.⁶⁷⁰ Der Schaden der solventen Vertragspartei betrug bei Verfahrenseröffnung noch 0 Dollar und lag am Tag der Verwertungsentscheidung bei 6 Mio. Dollar. Unklar war, welcher Tag für die Bewertung des Schadenersatzanspruchs relevant ist. Während das Gericht den Tag der Ablehnungsentscheidung für maßgeblich hielt, beschritten später andere Gerichte einen gegensätzlichen Weg und zogen die Werte am Tag der Verfahrenseröffnung zur Berechnung heran.⁶⁷¹ Abhängig davon, welcher Zeitpunkt als maßgeblich betrachtet wird, werden die finanziellen Nachteile durch Marktpreisschwankungen während der Schwebezeit entweder quotal oder gar nicht befriedigt. Die Frage, die sich aber auch im US-amerikanischen Rechtssystem stellt, ist, ob diese Nachteile durch Zeitablauf während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung möglicherweise vollständig aus der Insolvenzmasse zu befriedigen sind und ein Wertausgleichsinstitut kodifiziert werden sollte. Auch bezüglich des US-amerikanischen Insolvenzrechts spricht für dessen Fortentwicklung ein Vergleich mit Gläubigern, die ein vom Gesetz anerkanntes Sicherungsrecht besitzen und denen im Falle von Werteinbußen Ausgleichszahlungen zustehen. Dieser Schutz sollte für alle gesicherten Gläubiger gleichermaßen gelten.

Auch bezüglich der Frage, wie mit zusätzlichen Kosten des solventen Vertragspartners während der Schwebezeit umzugehen ist, besitzt das US-amerikanische Recht noch Entwicklungspotenzial. Auf ein Regelungsprinzip, das keine Entsprechung im deutschen Recht besitzt, soll einmal aufmerksam gemacht werden. Für besondere Gläubiger, die als „kritische

669 Siehe hierzu die ausführliche Darstellung von: *Tabb*, Law of Bankruptcy, S. 866 – 871.

670 In re Enron Corp., 330 B.R. 387 (Bankr. S.D.N.Y. 2005).

671 Weitere Hintergründe hierzu: *Tabb*, Law of Bankruptcy, S. 811, der eine Berechnung am Tag der Verfahrenseröffnung als „manifestly unfair“ bezeichnet.

Geschäftspartner“ („critical vendors“) angesehen werden, kann eine Ausnahme von den Folgen des „automatic stay“ gemacht werden. An diese Gläubiger darf vor allen anderen Gläubigern eine Leistung erbracht werden. Obwohl sich eine derartige Regelung nicht ausdrücklich aus dem Gesetz entnehmen lässt, wird eine vorgezogene Zahlung an Schlüsselzulieferanten von den Gerichten im Rahmen ihres Ermessens nach § 363 (b) (1) BC ermöglicht.⁶⁷² Diesem Vorgehen liegt die Befürchtung zugrunde, dass die Einstellung von wichtigen Dienstleistungen und Waren an den Insolvenzschuldner die Reorganisationschancen des schuldnerischen Unternehmens drastisch reduzieren könnte. Eine hierdurch befürchtete vorläufige Stilllegung wäre dann für alle Gläubiger nachteilig, weshalb die Begleichung der vorinsolvenzrechtlichen Verbindlichkeiten der Schlüsselzulieferanten als die bessere Variante angesehen wird, auch wenn damit gegen die gesetzlich vorgegebene Rangordnung verstoßen wird.⁶⁷³ Dieses Vorgehen stieß spätestens mit der immer weiter voranschreitenden Ausuferung der Ausnahmeregelung auf Widerstand und sollte durch die Festlegung strenger Zulassungskriterien begrenzt werden.⁶⁷⁴ Gleichwohl konnte das Problem der hohen Zahl an Gläubigern, für die das Bestehen einer Sonderstellung angenommen wird, nicht behoben werden und das frühe Begleichen von Forderungen der „critical vendors“ blieb weiterhin üblich.⁶⁷⁵ Auch das Aufweichen der gesetzlichen Rangordnung der Gläubiger durch die Rechtsprechung wird als höchst kritisch angesehen.⁶⁷⁶ Gerade diese missliche Lage lädt zu Überlegungen ein, ob den Umständen, welche die „kritischen Geschäftspartner“ als Gründe für eine vorgezogene Begleichung angeben, nicht auf andere Weise zu begegnen ist. Sofern ein Zuwarten auf die Verwertungsentscheidung wegen dem Entstehen von Bereithaltungskosten (Aufwendungen zum Erhalt der Leistungsfähigkeit oder zusätzliche Kosten aufgrund eines Überbrückungsgeschäfts) als unzumutbar erscheint,⁶⁷⁷ könnte ein Aufwandsausgleichsinstitut in Erwä-

672 *Baird/Casey/Picker*, 166 U. Pa. L. Rev. 1675 (1705 ff.); *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 255, 256.

673 *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 255, 256; *Tabb/Brubaker*, Bankruptcy Law, S. 722; *Baird*, The Elements of Bankruptcy, S. 233; *Baird/Casey/Picker*, 166 U. Pa. L. Rev. 1675 (1708).

674 Vgl. In re *Kmart*, 359 F. 3d 866 (7th Cir. 2004), 869 f, 873 f; *Tabb/Brubaker*, Bankruptcy Law, S. 724.

675 *Schöneberger*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung, S. 256.

676 Vgl. *Tabb/Brubaker*, Bankruptcy Law, S. 725.

677 Vgl. auch: *Baird/Casey/Picker*, 166 U. Pa. L. Rev. 1675 (1707, Fn. 86), die darlegen, dass zu den „critical vendor“-Fällen auch jene Konstellationen hinzuge-

gung gezogen werden. Die derzeitige besondere Behandlung der „critical vendor“ ist für solche Angelegenheiten keinesfalls vorzugswürdig. Mehrere Aspekte sprechen gegen diese Sonderbehandlung. Zunächst bedarf es auch für die Prüfung, ob ein Gläubiger eine Schlüsselrolle einnimmt, Zeit, in der Belastungen entstehen können. Die Regel kann, wie das Verwertungs-erzwingungsrecht im deutschen Insolvenzrecht, Belastungen lediglich geringhalten, aber nicht verhindern. Somit ist der Vertragspartner, auch wenn er als ein kritischer Geschäftspartner eingestuft wird, nicht vollständig vor Nachteilen durch Zeitablauf geschützt. Und sofern der Vertragspartner nicht als „kritischer Geschäftspartner“ eingestuft wird, hat die Regelung überhaupt keine Auswirkungen auf dessen verfahrensbedingte Belastungen. Es bestehen Probleme durch Abgrenzungsschwierigkeiten und die Gefahr einer nicht angemessenen Ungleichbehandlung von Gläubigern. Zudem ist auch kritisch zu bedenken, dass die frühe Leistung an einzelne Gläubiger ggf. mehr Nachteile als Vorteile für die restlichen Gläubiger verursachen kann. Die Insolvenzverwaltung läuft unter Umständen Gefahr auf Druck der „kritischen Geschäftspartner“ auch Verträge zu erfüllen, die sich später als unvorteilhaft erweisen und damit eine Reorganisation gleichfalls erschweren. Und schließlich ist auch ein Liquiditätsabfluss durch eine massenhafte Begleichung der Forderungen von Schlüssellieferanten für eine Reorganisation nicht förderlich. Es ist daher zu überlegen, eine solche Regelung zur vorzeitigen Zahlung an bestimmte Gläubiger insgesamt fallen zu lassen. Stattdessen kann auf verfahrensbedingte Belastungen der solventen Vertragspartei durch ein Institut zum Ausgleich der entstandenen Kosten angemessen reagiert werden.

II. Resümee des Rechtsvergleichs

Es besteht eine Vielzahl von Parallelen zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen Insolvenzrecht. Nicht nur die rechtliche Ausgestaltung einzelner Maßnahmen weisen Übereinstimmungen auf, wie das Einfrieren der individuellen Verwertungsrechte, die Schaffung einer Schwebzeit bezüglich noch nicht erfüllter Verträge und die Übertragung der Verwertungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter, auch die Argumente, die bezüglich des Umgangs mit verfahrensbedingten Belastungen der Beteiligten hervorgebracht werden, sind überraschend einheitlich und bedau-

zählt werden müssen, in denen Schadensersatzansprüche von Verfahrensbeteiligten durch Zeitablauf wertmäßig zunehmen.

erlicherweise ebenso einseitig. Während das Gesetz für gesicherte Gläubiger Schutzmaßnahmen gegen Wertverluste ergreift, besteht ein derartiger Schutz nicht für die Gläubiger, die Vertragspartner eines noch nicht erfüllten Vertrags sind, obwohl auch diese als gesicherte Gläubiger zu betrachten sind. Und während es auch der US-amerikanische Gesetzgeber für nötig hielt, für die Vertragspartner von Finanzgeschäften einen „sicheren Hafen“⁶⁷⁸ durch Sonderregelungen zu schaffen, verzichtete er auf eine solche Absicherung für Vertragspartner sonstiger noch nicht erfüllter Verträge. Dabei verteidigt er sein Vorgehen mit der Behauptung, dass die Volatilität des Preises bezüglich ersterer Verträge eine erhöhte Relevanz besäße und der Preis insgesamt eine größere Bedeutung hätte.⁶⁷⁹ Allerdings wird keine Methode genannt, um diese Aussage zu prüfen. Letztlich bleibt es somit bei einer reinen Annahme oder Vermutung. Dies führt zu dem Schluss, dass eine ungleiche Behandlung zwischen Vertragspartnern aus gewöhnlichen, noch nicht erfüllten Verträgen und jenen Gläubigern aus Finanzgeschäften sowie den vom Gesetz als gesichert angesehenen Gläubigern nicht gerechtfertigt ist und korrigiert werden muss. Wird eine Schwebezeit geschaffen, so entstehen dem wartenden Gläubiger durch Zeitablauf regelmäßig Belastungen durch Preisschwankungen und Bereithaltungskosten. Solche verfahrensbedingten Belastungen müssen ausgeglichen werden. Hierzu sind dem Gläubiger gesetzlich normierte Ansprüche in die Hand zu legen. Die für das deutsche Insolvenzrecht entwickelten Institute zum Wertausgleich und zum Aufwandsausgleich besitzen auch für eine Fortentwicklung des US-amerikanischen Insolvenzrechts ein Potential, dass genutzt werden sollte.

678 Vgl. *Baird*, *The Elements of Bankruptcy*, S. 136.

679 Vgl. *Baird*, *The Elements of Bankruptcy*, S. 137.

Kapitel 6: Reformvorschlag für die InsO

Es wird empfohlen, das Insolvenzvertragsrecht mit einer neuen gesetzlichen Regelung zu den insolvenzrechtlichen Wertausgleichs- und Aufwandsausgleichsinstituten zu erweitern. Ein Vorschlag für einen Gesetzesentwurf soll hier präsentiert werden. Zunächst werden jedoch die Thesen und Argumente dieser Arbeit zusammengefasst.

A. Zusammenfassung der Thesen und Argumente

Bislang war in der juristischen Debatte zu Verträgen im Stadium des § 103 InsO bekannt, dass ein Spannungsfeld in Bezug auf die konträren Interessen der AVP und der ungesicherten Gläubiger bei der Verwertung des Anspruchs des Insolvenzschuldners besteht. Während die AVP an einer möglichst zügigen Verwertung interessiert ist, benötigt die Insolvenzverwaltung ausreichend Zeit zur Vorbereitung einer optimalen Verwertungsentscheidung. Auch wird die Insolvenzverwaltung nur Verträge geltend machen, die für die Gläubigergemeinschaft vorteilhaft sind und bezüglich der für sie nachteiligen Verträge eine Nichtgeltendmachungsentscheidung aussprechen. Im letzteren Fall kommt der AVP eine insolvenzgemäße Befriedigung durch Verrechnung der Werte der noch nicht erfüllten Vertragsansprüche und Ausschüttung einer Quote auf die zugunsten der AVP verbleibende Restforderung zu. Ein Vermögensgegenstand des Schuldnervermögens, der Vertragsanspruch der IVP, welcher der AVP als Sicherheit dient, kann während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung des Insolvenzverwalters jedoch Wertschwankungen unterliegen. Bei einer Verrechnung des Anspruchs mit der AVP mit dem im Wert gesunkenen schuldnerischen Anspruchs kommt es folglich zu Befriedigungseinbußen der AVP, welche derzeit weder im Gesetz noch durch die Rechtsprechung berücksichtigt werden. Warum diese finanziellen Nachteile der Vertragspartner aus noch nicht erfüllten Verträgen bisher so wenig Aufmerksamkeit erlangten, kann nicht abschließend geklärt werden. Bereits der KO-Gesetzgeber hatte sich mit Belastungen durch Zeitablauf beschäftigt. Er hatte allerdings lediglich für Vertragspartner von Termingeschäften und für die Gruppe der absonderungsberechtigten Gläubiger gesetzliche Vorkehrungen getroffen, um deren Nachteile durch Sonderregelungen abzu-

wenden und hingegen die Belastungen der Vertragspartner aus sonstigen noch nicht erfüllten Verträgen während der Schwebzeit als nicht so gravierend betrachtet.⁶⁸⁰ Schon damals hätten jedoch auch die Vertragspartner der noch nicht erfüllten Verträge in die Überlegungen mit einbezogen werden müssen und die laufenden Bestrebungen, die Verfahrensbeteiligten vor Nachteilen zu schützen, auch auf sie ausgedehnt werden müssen. Auch sie sind aufgrund des noch nicht erfüllten Vertragsverhältnisses und ggf. im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung als gesicherte Gläubiger zu klassifizieren.⁶⁸¹ Spätestens ab der Änderung der Rechtsprechung zu Wirksamkeit von Lösungsklauseln hätte die Problematik, Befriedigungseinbußen durch Wertverluste zu erleiden, stärker in den Vordergrund rücken müssen. Seit jeher kann sich die AVP nicht mehr selbst durch eine Vertragslösung vor möglichen Nachteilen schützen, sondern wird für die Dauer der Schwebzeit an das Vertragsverhältnis mit dem Insolvenzschuldner zwangsweise gebunden. Um die Belange der AVP mit Verfassungsrang zu schützen, müssen Veränderungen der Befriedigungsverhältnisse korrigiert werden. Kommt es während der Schwebzeit zu Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP, so soll der AVP daher ein Wertausgleichsanspruch mit Massestatus gegen die ungesicherten Gläubiger zustehen. Die zentralen Argumente, welche für die Einführung eines Wertausgleichsinstituts streiten, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Das Wertausgleichsinstitut kann auf insolvenzrechtliche Grundsätze zum Verwertungs- und Verteilungsrecht gestützt werden. Auf der Verwertungsseite ist der Funktion von Masseverbindlichkeiten Aufmerksamkeit zu schenken. Die Kosten, die das Insolvenzverfahren verursacht, werden vorweg berichtet, da es anderenfalls kein Verfahren gäbe. Weil das Verfahren im Interesse der ungesicherten Gläubiger geführt wird, haben diese auch die Kosten zu tragen. Entscheidend für das Privileg ist, dass die Kosten durch das Verfahren veranlasst wurden. Die Insolvenzordnung enthält hierzu keine abschließende Aufzählung. Auch Wertverluste des Sicherungsgegenstandes des Vertragspartners müssen als Verfahrenskosten klassifiziert werden, denn auch sie beru-

680 Vgl. Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 68 ff., 78; auch *Wortberg*, will aufdecken, 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.

681 *Von Wilimowsky*, KTS 2011, 453 (464 ff.); vgl. zur Schutzwirkung des Synallagmas auch *JaegerKomm-InsO/Jacoby*, § 103 Rn. 1 ff; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.08, 20.27.

hen auf einer insolvenzrechtlichen Maßnahme: dem Entzug der Einzelverwertungsbefugnis mit dem Ziel, einen optimalen Verwertungserlös für die ungesicherten Gläubiger zu erlangen. Aus diesem Grund haben Letztere auch die Belastungen zu tragen, die mit der Verwertung der Ansprüche aus dem noch nicht erfüllten Vertrag einhergehen. Sofern also Zeit benötigt wird, damit eine optimale Verwertungsentscheidung getroffen werden kann und es in dieser Zeitspanne zu Befriedigungseinbußen der AVP kommt, dürfen diese Belastungen nicht bei der AVP verbleiben, da es sich hierbei um Verfahrenskosten handelt, die durch die Verwertung des Insolvenzvermögens entstanden und welche von den ungesicherten Gläubigern zu tragen sind. Demgegenüber ist auf der Verteilungsseite zu beachten, dass bereits vor dem Insolvenzverfahren Rangverhältnisse zwischen den Gläubigern begründet wurden, beispielsweise durch die Einräumung von Sicherungsrechten oder Nachrangabreden. Um keine Anreize zum Missbrauch des Verfahrens zu schaffen, dürfen diese Rangverhältnisse in der Insolvenz nicht abgeändert werden. Eine solche Veränderung erfolgt aber gerade bei Wertschwankungen des schuldnerischen Vertragsanspruchs. Um die ursprünglichen Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern zu wahren und wieder herzustellen, müssen die während des Verfahrens eingetretenen Veränderungen korrigiert werden. Die Wertverluste des Vermögensgegenstandes des Schuldners, an dem der Vertragspartner ein Sicherungsrecht besitzt, müssen daher ausgeglichen werden und die Belastungen den ungesicherten Gläubigern auferlegt werden.

- Aufschlüsse vermittelt auch der bereits in der Insolvenzordnung verankerte Schutz der absonderungsberechtigten Gläubiger. Durch § 172 Abs. 1 InsO steht diesen bei Wertverlusten des Sicherungsgutes ein Ausgleichsanspruch zu. Da es eine Aufgabe des Insolvenzrechts ist, dass der im Sicherungsgegenstand verkörperte Wert auch nach Verfahrenseröffnung haftungsrechtlich dem gesicherten Gläubiger zugeordnet bleibt,⁶⁸² erhalten die gesicherten Gläubiger eine Ausgleichszahlung bei nutzungsbedingten Wertverlusten des Sicherungsguts. Der Begriff der Nutzung ist weit zu verstehen und wird bereits bei einem bloßen Verstreichenlassen der Zeit bejaht,⁶⁸³ weil auch dies einer optimalen Verwertung dienlich sein kann. Obwohl der Wortlaut nur Wertverlust-

682 *Von Wilmsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 254, *Weiland*, Par condicio creditorum, S. 58.

683 *Nerlich/Römermann-InsO/Becker*, § 172 Rn. 11; das Ziel der Norm als „Ausgleich für die Nichtverwertung“ bezeichnet: 47; *Braun-InsOKomm/Dithmar*,

te bezüglich körperlicher Gegenstände durch eine Nutzung erfasst, wird im Wege der Analogie der Anwendungsbereich auch hinsichtlich unkörperlicher Gegenstände sowie hinsichtlich Wertverluste durch eine Nichtnutzung ausgeweitet. Die Vorschrift bezweckt, dass dem gesicherten Gläubiger der Verwertungserlös erhalten bleibt, welchen das Sicherungsgut ihm ohne Zeitablauf eingebracht hätte. Auch der Vertragspartner eines nicht erfüllten Vertrags gehört zu den gesicherten Gläubigern, und sein Sicherungsgegenstand (der Vertragsanspruch des Insolvenzschuldners) wird von den übrigen Gläubigern genutzt. Diese Nutzung liegt darin, dass sie sämtliche Informationen, die ihnen während der Schwebzeit zum Gegenstand zugehen, in die Verwertungsentscheidung einfließen lassen, wodurch die Verwertung zum Beispiel bei einer Reorganisation oder Übertragung auf einen neuen Träger erleichtert wird. Aus der in § 172 Abs. 1 InsO zum Ausdruck kommenden Wertung ergibt sich, dass auch die Wertverluste des Sicherungsgutes des Vertragspartners aus beiderseitig nicht erfüllten Verträgen zu kompensieren sind. Da die AVP ein gesicherter Gläubiger ist und ihre Sicherheit während der Vorbereitung der Verwertungsentscheidung einen Wertverlust erleiden kann, muss auch dieser ausgeglichen werden.

- Eine Orientierung an den optionsgeschäftlichen Regelungen sensibilisiert zusätzlich für eine Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts. Zweck eines Optionsgeschäfts ist es, einer Partei Bedenkzeit einzuräumen. Zur Kompensation der erwarteten Risiken zahlt der Optionsberechtigte eine Stillhalteprämie. Durch den vertraglich fixierten, aber beiderseitig noch nicht erfüllten Vertrag und dem Verwertungsrecht der Insolvenzverwaltung ist auch im Insolvenzverfahren eine Situation geschaffen, die jener in einem Optionsgeschäft ähnlich ist. Auch die Insolvenzgläubiger profitieren von der Zeit, die ihnen zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung eingeräumt wird und die wartende Partei hat keinen Einfluss auf diese Entscheidung. Während die Insolvenzverwaltung durch die jeweilige Verwertungsentscheidung den Wert realisiert, der ihnen der Vertragsanspruch der IVP bietet, werden der AVP durch Zeitablauf Risiken aufgebürdet. Trotzdem kommt es nach aktueller Rechtslage nicht zu einem Ausgleich der aufgebürdeten Risiken. Ein solches kostenloses Optionsrecht hatten die Parteien jedoch

§ 172 Rn. 1, 2; andere Ansicht: Uhlenbruck-InsO/Brinkmann, § 172 Rn. 8; K.Schmidt-InsO/Sinz, § 172 Rn. 8.

nicht abgeschlossen und darf ihnen nun im Insolvenzverfahren auch nicht aufgezwungen werden.

Durch das in der Insolvenzordnung aufzunehmende Wertausgleichsinstitut sollen die Befriedigungseinbußen, welche der AVP durch Wertverluste des Sicherungsgegenstandes während der Schwebezeit entstehen, kompensiert werden. Da sich der Wert des Sicherungsgegenstandes während der Schwebezeit sowohl reduzieren als auch erhöhen kann, wird aus Gründen der Symmetrie empfohlen, bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung das Wertausgleichsinstitut in beide Richtungen auszugestalten. Den ungesicherten Gläubigern soll bei einem Wertanstieg des Vertragsanspruchs der IVP ein Wertausgleichsanspruch zustehen, sofern die AVP durch die Verwertung des schuldnerischen Anspruchs vollständig befriedigt wurde, also der Anspruch der AVP durch Verrechnung mit dem Anspruch der IVP erloschen ist. Ein Wertausgleich an die ungesicherten Gläubiger kommt allerdings nur in Betracht, wenn sich die Wertsteigerung des schuldnerischen Vertragsanspruchs im Vermögen der AVP realisiert hat. Da jedoch bei einer Wertsteigerung regelmäßig eine Geltendmachungsentscheidung getroffen wird, besitzt diese Fallvariante des Wertausgleichsinstituts bei Wertsteigerung insgesamt weniger Relevanz.

Bezüglich der absonderungsberechtigten Gläubiger erkannte der Gesetzgeber die Notwendigkeit, eine Kompensation nicht nur bei Wertverlusten zu schaffen, sondern auch für darüberhinausgehende Nachteile, die allein mit dem Entzug der Verwertungsbefugnis einhergehen. Denn eine Entwertung des Sicherungsgegenstandes wird auch dadurch hervorgerufen, dass der gesicherte Gläubiger am Zugriff auf das Sicherungsgut gehindert ist und deshalb auf Liquidität verzichten muss. Die Rechtsstellung der Absonderungsberechtigten soll aus diesem Grund umfassend vor und während der Verwertung mit den §§ 167, 168, 169, 172 InsO gesichert werden.⁶⁸⁴ Auch hinsichtlich der AVP muss der Schutz, den ihr ein Wertausgleichsinstitut bietet, durch ein weiteres Institut ergänzt werden, das Belastungen durch zusätzliche Kosten erfasst. Da den gesicherten Gläubigern die Möglichkeit der Eigenverwertung entzogen ist und die Insolvenzverwaltung über den Zeitpunkt der Verwertung entscheidet, besteht die Gefahr, dass ihnen Bereithaltungskosten während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung entstehen. Auch Aufwendungen, die dem Erhalt der eigenen Leistungsfähigkeit dienen und Kosten, die zur Überbrückung der Schwebezeit während des Wartens auf die Leistung der IVP aufgenommen werden, sollen auf die ungesicherten Gläubiger umverteilt werden.

684 MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 1, 2, 10; KölnKomm-InsO/Hess, § 169 Rn. 9.

Beide Institute habe eine eigene Daseinsberechtigung und fügen sich in das bestehende Rechtssystem ein. Für das Aufwandsausgleichsinstitut sprechen ebenfalls die Grundsätze aus dem Insolvenzverwertungsrecht, ein Rückschluss aus einer bereits bestehenden Regelung für absonderungsberechtigte Gläubiger und der Vergleich mit den Regeln des Optionsrechts. Die Argumente lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Das Aufwandsausgleichsinstitut, findet mit einem Verweis auf das Fortführungsgebot ebenfalls eine Stütze in den allgemeinen Regeln des Verwertungsrechts. Das Insolvenzrecht weist eine Bestrebung zur Neutralität der möglichen Verwertungsoptionen auf. Es soll durch das Verfahren keine Tendenz für eine bestimmte Form der Verwertung gelegt werden, sondern sich diejenige Option durchsetzen, die den ungesicherten Gläubigern den höchsten Nutzen verspricht. Aus diesem Grund besteht das insolvenzrechtliche Fortführungsgebot bezüglich des schuldnerischen Unternehmens. Kosten, die mit der Fortführung einhergehen, sind Verfahrenskosten und werden von den ungesicherten Gläubigern getragen. Durch die Schwebezeit über noch nicht erfüllte Verträge und der erzwungenen Vertragsbindung der AVP entstehen gleichfalls Kosten, die darauf beruhen, dass das Vertragsverhältnis aufrechterhalten wird bzw. in dem bestehenden Stadium weiter „fortgeführt“ wird. Auch die Bereithaltungskosten der AVP während der Schwebezeit müssen als Verfahrenskosten von den ungesicherten Gläubigern getragen werden. Ein optimaler Verwertungserlös, der den ungesicherten Gläubigern nützt, darf nicht auf Kosten der gesicherten Gläubiger erlangt werden. Die ungesicherten Gläubiger können nicht davon ausgehen, dass sie die Verwertungsbefugnis bezüglich des Sicherungsgegenstands für geraume Zeit erhalten, ohne zugleich die insolvenzrechtlichen Belastungen des gesicherten Gläubigers kompensieren zu müssen. Zu den Verfahrenskosten müssen neben den laufenden Kosten des schuldnerischen Unternehmens folglich auch die Kosten des schwebenden Vertrags gezahlt werden.
- Das neu zu schaffende Institut orientiert sich zudem an der bereits im Insolvenzrecht bestehenden Regelung aus § 169 InsO und der vom Gesetzgeber verfolgten Zielsetzung: Dem absonderungsberechtigten Gläubiger sollen durch den Verlust der Verwertungsbefugnis und die reduzierte Beherrschbarkeit des Verwertungsablaufes keine Nachteile entstehen.⁶⁸⁵ Durch eine Zinszahlung wird dem Gläubiger die

685 MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 1; Nerlich/Römermann-InsO/Becker, § 169 Rn. 2.

Möglichkeit geschaffen, seine Liquidität bis zur Verwertung der Sicherheit anderwärts zu finanzieren.⁶⁸⁶ Wenn den Gesetzesmaterialien zur Insolvenzordnung zu entnehmen ist, dass bei einem Entzug der Verwertungsbefugnis die Nachteile zu kompensieren sind, die auf einer Verzögerung der Verwertung beruhen, so muss dieser Grundsatz für sämtliche betroffene Gläubiger gleichermaßen gelten. Aus den gleichen Gründen, die für die absonderungsberechtigten Gläubiger ins Feld geführt werden, dürfen auch der AVP keine verfahrensbedingten Belastungen während der Zeit, die zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung benötigt wird, aufgebürdet werden. Es müssen die gleichen Prinzipien gelten. Mit Blick auf § 169 InsO muss auch der AVP ein Aufwandsausgleichsanspruch zugesprochen werden.

- Und letztlich überzeugt auch in diesem Zusammenhang der Vergleich mit den Grundprinzipien aus den Optionsgeschäften für die Schaffung eines Aufwandsausgleichsinstituts. Die AVP ist an den Vertrag mit dem Insolvenzschuldner gebunden. Sie hat keinen Einfluss auf die Verwertungsentscheidung und kann sich vor dem Auflaufen zusätzlicher Kosten nicht schützen. Das Argument, dass ihre Situation mit der eines Stillhalters vergleichbar ist, mit Ausnahme der Tatsache, dass ihre Nachteile nicht kompensiert werden, greift daher auch bezüglich der Bereithaltungskosten. Es bleibt damit bei der Feststellung, dass der Insolvenzverwaltung kein „kostenloses Wahlrecht“ zu Lasten der AVP eingeräumt werden sollte, sondern eine Erstattung zu erfolgen hat.

Über das Aufwandsausgleichsinstitut sollten die Kosten, welche der AVP durch das Bereithalten ihrer Leistung und während des Wartens auf die Leistung der IVP entstehen, kompensiert werden.

B. Wirkungskreis der Institute

Das Wertausgleichsinstitut ist nur erforderlich, wenn der Vertragsanspruch der IVP Wertschwankungen unterlag und eine ablehnende Verwertungsentscheidung (Nichtgeltendmachungsentscheidung oder Nichterhaltungsentscheidung) getroffen wurde. Nur bei dieser Form der Verwertung greift die AVP zur Befriedigung ihrer Forderung auf den Wert des schuldnerischen Anspruchs zurück, indem sie die Werte der beiderseitig noch nicht erfüllten Ansprüche verrechnet. Verliert der Anspruch der IVP während der Schwebezeit bis zur Nichtgeltendmachungsentscheidung an

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

Wert, wodurch der AVP Befriedigungseinbußen entstehen, so soll der AVP ein Wertausgleichsanspruch gegenüber den ungesicherten Gläubigern zustehen. Und für den umgekehrten Fall, dass der Anspruch der IVP bis zur Nichtgeltendmachungsentscheidung eine Wertsteigerung erfahren hat und sich dieser Wert im Vermögen der AVP realisierte, sollen die ungesicherten Gläubiger einen Wertausgleichsanspruch gegen die AVP besitzen. War die AVP bei Verfahrenseröffnung jedoch untersichert, so ist ihr Befriedigungsvorrecht am Wert des Vertragsanspruchs der IVP zu beachten. Erst wenn der Anspruch der AVP vollständig erfüllt werden konnte, soll ein erzielter Übererlös (also ein über den Wert der Anspruchs der AVP hinausgehender Wertanstieg des schuldnerischen Anspruchs) den ungesicherten Gläubigern gebühren.

Wird eine Geltendmachungsentscheidung getroffen, entfalten mögliche Wertschwankungen des Vertragsanspruchs der IVP, gleich in welche Richtung, für die Befriedigung der AVP keine Relevanz. Da die AVP bei einer Geltendmachungsentscheidung die vertraglich vereinbarte Gegenleistung erhält, entstehen ihr weder Befriedigungseinbußen durch Wertverluste noch Vorteile durch Wertsteigerungen. War das Geschäft für die AVP nachteilig, so realisiert sich lediglich das Risiko, das sie bereits bei Vertragsschluss eingegangen war.

Es ist zu bedenken, dass zur Bewertung der Differenzforderung die Werte der beiderseitigen Vertragsansprüche am Tag der Verfahrenseröffnung herangezogen werden müssen. Anderenfalls würden die Wertschwankungen des Anspruchs der IVP in zweifacher Weise berücksichtigt werden – zum einen über die Differenzforderung und zum anderen über den Wertausgleichsanspruch – was es zu vermeiden gilt.

Bezüglich des Aufwandsausgleichsinstituts gilt, dass angefallene zusätzlichen Kosten der AVP immer zu erstatten sind, unabhängig davon, ob eine Geltendmachungsentscheidung oder eine Nichtgeltendmachungsentscheidung von der Insolvenzverwaltung getroffen wurde. Denn die Belastungen stehen nicht mit dem Ausgang der Verwertungsentscheidung in Verbindung. Die Kosten, welche die AVP zum Erhalt der eigenen Leistungsfähigkeit und zur Überbrückung der Schwebezeit während des Wartens auf die Leistung der IVP trägt, werden durch den Schwebezustand und der erzwungenen Vertragsbindung hervorgerufen. Diese mit der Dauer des Verfahrens im Zusammenhang stehenden Bereithaltungskosten sind ihr stets zu erstatten.

Die Institute zum Wertausgleich und zum Aufwandsausgleich wirken sich nicht auf das Verwertungsrecht der Insolvenzverwaltung aus. Der Prozess als auch die Verwertungsmöglichkeiten bleiben die gleichen.

Entscheidet sich die Insolvenzverwaltung aber, mit der Verwertung des Schuldnervermögens weiter zuzuwarten, so trifft die Insolvenzmasse die Pflicht zum Ausgleich der insolvenzrechtlichen Belastungen der AVP. Für die Insolvenzverwaltung bestehen keine absolute Verwertungspflicht und auch keine festgelegten Fristen. Sie muss daher im Einzelfall abwägen, ob es vorteilhafter ist, den Gegenstand alsbald zu verwerten oder weiter nach besseren Verwertungsmöglichkeiten zu suchen und im Gegenzug einen eingetretenen Wertverlust auszugleichen oder entstandene Kosten zu erstatten. Diese Abwägung trifft die Insolvenzverwaltung nach geltendem Recht auch bereits bezüglich der Verwertung von Gegenständen, an denen ein Absonderungsrecht besteht. Auch hier wird schon jetzt stets geprüft, ob die Verwertung weiter hinausgeschoben werden sollte, da im Gegenzug Zinsen und ggf. Wertersatz zu zahlen sind.⁶⁸⁷

Der Wertausgleichsanspruch, der die Wiederherstellung der ursprünglichen Befriedigungsverhältnisse herbeiführen soll, und der Aufwandsausgleichsanspruch, der eine Kompensation der zusätzlichen Kosten bewirken soll, müssen Massestatus erhalten, da anderenfalls die zuvor genannten Ziele nicht erreicht werden können.

C. Verfassungskonformität des Gesetzesentwurfs

Der Reformvorschlag zur Ergänzung der Insolvenzordnung um ein Wertausgleichs- und ein Aufwandsausgleichsinstitut müsste auch verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Die verfassungsrechtlichen Maximen wirken in das gesamte Insolvenzrecht hinein und damit zugleich in die Regelungen, welche die Verhältnisse zwischen den Gläubigern betreffen. Auch wenn das Insolvenzverfahren durch die Selbstbestimmungsrechte der Gläubiger maßgeblich geprägt wird, ist es gleichwohl ein staatlich geführtes Verfahren, in welchem Grundrechtseingriffe möglich sind.⁶⁸⁸ Ein Gesetzgeber, der ein Verfahren zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger eines insolventen Schuldners regelt, muss dafür Sorge tragen, dass die in der Verfassung verankerten Grundsätze berücksichtigt und die Grenzen zu möglichen Einschränkungen von Grundrechten beachtet werden.⁶⁸⁹ Die Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts mit den neuen Ausgleichsansprüchen ist eine Maßnahme, die sich auf die

687 siehe: MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 11.

688 Werres, Grundrechtsschutz Insolvenz, S. 26.

689 Werres, Grundrechtsschutz in der Insolvenz, S. 17.

Verteilungsseite auswirkt. Bei solchen Regelungen ist die Beeinträchtigung für die übrigen Gläubiger typischerweise besonders hoch, da es ihre Befriedigungschancen berührt. Durch die Schaffung einer neuen Masseverbindlichkeit verringert sich das auf die ungesicherten Gläubiger zu verteilende Insolvenzvermögen. Es kommen daher Grundrechtseingriffe in den Schutz des Eigentums und der Gleichbehandlung in Betracht.

Die verminderte Befriedigungsaussicht durch eine Reduzierung der Insolvenzquote könnte aber nur ein Eingriff in Art. 14 GG darstellen, wenn den ungesicherten Gläubigern eine gesetzlich umschriebene Eigentumsposition entzogen wird. Anders als der zivilrechtliche Eigentumsbegriff, der sich gem. § 903 BGB nur auf bewegliche Sachen bezieht, ist der grundrechtliche Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG wesentlich weiter und umfasst unter anderen auch Forderungen. Auch die im Rahmen des Insolvenzverfahrens zu befriedigenden Forderungen unterfallen als vermögenswerte Rechtspositionen dem Schutz des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.⁶⁹⁰ Jedoch gewährt die Verfassung keine grenzenlose Eigentumsgarantie. Im Rahmen der Inhalts- und Schrankbestimmungen aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ist es dem Gesetzgeber überantwortet, die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners zu regeln und Vorrechte gesetzlich festzulegen.⁶⁹¹ Durch die Anpassung und Erweiterung der insolvenzrechtlichen Normen übt der Gesetzgeber lediglich seine Kompetenzen aus und legt den Schutzbereich inhaltlich erneut fest. Schon aus faktischen Gründen ist es nicht möglich, sämtliche Forderungen in voller Höhe zu befriedigen, da das Schuldnervermögen begrenzt ist und im Insolvenzfall typischerweise nicht zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger ausreicht. Das Insolvenzrecht schreibt für die Gruppe der ungesicherten Gläubiger eine insolvenzrechtliche Befriedigung vor. Ihre Forderungen werden nur nach Anteilen („pro portione“) durch das Ausschütten der Insolvenzquote befriedigt.⁶⁹² Hieran ändert die Ergänzung des Insolvenzvertragsrechts mit den Instituten zur Kompensation der verfahrensbedingten Nachteile der AVP nichts. Werden im Gesetz weitere Vorrechte festgelegt und verringert sich dadurch die, auf die ungesicherten Gläubiger zu verteilende, Insolvenzmasse, so liegt kein Eingriff

690 *Werres*, Grundrechtsschutz Insolvenz, S. 55; BVerfG, Beschl. v. 05.11.1982 - 1 BVR 796/81 = ZIP 1982, 1457 (1458).

691 *Roth*, ZInsO 2014, 309 (311); BVerfG, Beschl. v. 05.11.1982 - 1 BVR 796/81 = ZIP 1982, 1457 (1458).

692 Bei gleichem Rang werden Forderungen der Insolvenzgläubiger nach dem Verhältnis ihrer Beiträge befriedigt, *von Wilmsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (671, 672).

in die verfassungsrechtlich geschützten Rechte dieser Gläubiger vor. Die ungesicherten Gläubiger werden folglich durch die neuen insolvenzrechtlichen Institute nicht in ihren Grundrechten aus Art. 14 GG verletzt.

Beachtung muss auch das Gleichheitsgebot aus Art. 3 GG finden. Hieraus folgt die Pflicht des Staates, sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu unterlassen.⁶⁹³ Es gilt ein, in der Verfassung nur in groben Umrissen verankerter, durch die Insolvenzordnung aber weiter ausgestalteter Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz im Verhältnis zwischen den Gläubigern.⁶⁹⁴ Fraglich ist, ob die neuen insolvenzrechtlichen Institute zum Wertausgleich und zur Erstattung zusätzlicher Kosten zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen den Gläubigern führen. Die Verfassung schreibt allerdings keine absolute Gleichbehandlung vor. Der Grundsatz besagt, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden muss. Demnach besteht die staatliche Pflicht, nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu unterlassen und gerechtfertigte Ungleichbehandlungen vorzunehmen.⁶⁹⁵ Anders als die ungesicherten Gläubiger ist die AVP eine mit dem Wert des Vertragsanspruchs der IVP gesicherter Gläubiger. Der einer Sicherheit innewohnende Zweck liegt in der Absicherung des Gläubigers im Krisenfall. Die Sicherheit der AVP ist ein solches Kriterium, welches eine andere insolvenzrechtliche Behandlung, also eine Ungleichbehandlung rechtfertigt. Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, die Interessen aller Beteiligten in einen angemessenen Ausgleich zu bringen und folglich auch die bestehende Sicherheit der AVP zu berücksichtigen. Bislang werden die verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen der AVP durch die insolvenzrechtlichen Regeln in unzulässiger Weise beschnitten. Die Schaffung der neuen insolvenzrechtlichen Institute dient gerade der angemessenen Befriedigung und gerechten Behandlung aller Gläubiger. Die Ausgleichsverhältnisse bewirken, dass der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Realität bestand hat. Eine Verletzung der Rechte aus Art. 3 GG liegt gleichfalls nicht vor.

693 Roth, Interessenswiderstreit im Insolvenzeröffnungsverfahren, S. 91.

694 Vgl. Windel, JURA 2002, 230 (231).

695 Vgl. Aussagen von: Roth, Interessenswiderstreit im Insolvenzeröffnungsverfahren, S. 91.

D. Gesetzesentwurf zur Ergänzung des § 103 InsO

Ziel der neuen Institute zum Wertausgleich und zum Aufwandsausgleich ist es, sowohl ein effektives Insolvenzverfahren mit optimaler Masseverwertung als auch die Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Auge zu behalten. Der Reformvorschlag muss sich in das bestehende Regelungssystem zum Insolvenzvertragsrecht einfügen und eine Lösung bieten, die mit dem notwendigen Augenmaß alle Interessen der Beteiligten erfasst.

I. Kenntnis der Insolvenzverwaltung

Bezüglich des Wertausgleichsanspruchs und des Aufwandsausgleichsanspruchs handelt sich um oktroyierte Masseverbindlichkeiten, die nicht durch eine Rechtshandlung des Verwalters begründet werden, sondern durch eine Rechtsnorm festgelegt wurden, sodass der Verwalter auf deren Entstehen keinen Einfluss hat. Da jedoch der Insolvenzverwalter nicht stets über sämtliche Verträge des Insolvenzschuldners informiert ist (häufig wird die Informationslage bei einem insolventen Unternehmen lückenhaft und intransparent sein), sollten die Ansprüche der AVP von der Kenntnis der Insolvenzverwaltung über das Bestehen eines noch nicht erfüllten Vertrags abhängig sein. Gleiches muss für das Tätigen eines Überbrückungsgeschäfts gelten. Nur wenn die Insolvenzverwaltung wusste, dass der AVP Belastungen drohen, kann sie alle Risiken abschätzen und Abwägungen treffen und den Verwertungsprozess eventuell beschleunigen, um so den negativen Umständen entgegenwirken. Denn durch eine zügige Verwertung ist es ihr möglich, die verfahrensbedingten Nachteile für die AVP gering zu halten und mit ihnen auch die Belastung für die Insolvenzmasse durch die Massforderungen.

Das Erfordernis der Mitteilung über das Bestehen eines noch nicht erfüllten Vertrags ist angelehnt an § 107 Abs. 2 Satz 2, 2. HS. InsO. Hiernach besteht ein Verwertungserzwingungsrecht der AVP in der Form des § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO bei Kaufverträgen, die unter einem Eigentumsvorbehalt geschlossen wurden, nur, wenn in der Zeit bis zum Berichtstermin eine erhebliche Verminderung des Wertes der Sache zu erwarten ist und der Gläubiger den Verwalter auf diesen Umstand hingewiesen hat. Gleichfalls kennt das Insolvenzvertragsrecht auch einen Schutz der Insolvenzmasse vor gesetzlich festgelegten Masseverbindlichkeiten. Dem Insolvenzverwalter soll durch das Sonderkündigungsrecht aus § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO die Möglichkeit gegeben werden, die infolge des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO okt-

royierten Masseverbindlichkeiten zu vermeiden, wenn die Gläubiger die Mietsache nicht mehr zu ihrem wirtschaftlichen Vorteil nutzen können.⁶⁹⁶

Die Abhängigkeit des Wertausgleichsanspruchs und Aufwandsausgleichsanspruchs von der Kenntnis der Insolvenzverwaltung über den Vertrag im Stadium des § 103 InsO entspannt den Konflikt zwischen den Masse-schuldnern und ungesicherten Gläubigern, den eine jede Erweiterung der Masseverbindlichkeiten hervorruft. Dem Ziel der Insolvenzrechtsreform, die Eindämmung der Fälle der Masseunzulänglichkeit,⁶⁹⁷ soll damit Rechnung getragen werden und eine Auszehrung der Insolvenzmasse durch Masseforderungen möglichst abgewehrt werden. Der Anspruch auf Wertausgleich soll deshalb nur bestehen, wenn der andere Teil die Insolvenzverwaltung über das Bestehen des noch nicht erfüllten Vertragsverhältnisses in Kenntnis gesetzt hat oder die Insolvenzverwaltung auf andere Weise Kenntnis von diesem Vertrag erlangt hat. Und bezüglich des Aufwandsausgleichsanspruchs wird von der AVP verlangt, ein Geschäft, das zur Überbrückung der Schwebzeit geschlossen wird, vorab der Insolvenzverwaltung anzuzeigen.

II. Neuer Wortlaut des § 103 InsO

Der Tatbestand des Wertausgleichsanspruchs könnte in § 103 Abs. 3 InsO verortet werden. Der Anspruch zugunsten der AVP ist inhaltlich angelehnt an den Ausgleichsanspruch aus § 172 Abs. 1 InsO, sprachlich sollte allerdings differenzierter vorgegangen werden. Obwohl in § 172 Abs. 1 InsO von einer „Verpflichtung des Insolvenzverwalters“ die Rede ist, überzeugt diese Formulierung nicht und ist aus rechtlicher Sicht nicht sinnvoll. Adressat der Verpflichtung zum Ausgleich von Wertverlusten sollte die Gruppe der ungesicherten Gläubiger sein, vertreten durch die Insolvenzverwaltung. Das Gesetz wählt hierfür regelmäßig die Formulierung, dass ein Betrag aus der „Insolvenzmasse“ zu berichtigen ist (siehe 53 InsO, vgl. § 108 Abs. 1 InsO). Aus Gründen der Einheitlichkeit soll diese Formulierung auch für § 103 Abs. 3 InsO übernommen werden. Und auch der Anspruch zugunsten der ungesicherten Gläubiger bei einer Wertsteigerung des Vertragsanspruchs der IVP soll in dem neuen § 103 Abs. 3 InsO Einzug finden.

696 Vgl. *Trams*, NJW-Spezial 2017, 597 (597).

697 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 72 ff., 77; vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 4.03.

Der Aufwandsausgleichsanspruch zur Erstattung der Bereithaltungskosten der AVP während der Schwebezeit könnte in einem neuen § 103 Abs. 4 InsO normiert werden. Dieser Anspruch orientiert sich grob an § 169 InsO. Statt eines Zinszahlungsanspruchs ab dem Berichtstermin sollten der AVP jedoch die Kosten zum Erhalt der Leistungsfähigkeit und Mehrkosten eines Überbrückungsgeschäfts ab Verfahrenseröffnung erstattet werden. Beispiele für Bereithaltungskosten könnten in einer nicht abschließenden Aufzählung aufgeführt werden.

Zusätzlich zur Einführung des Wertausgleichsinstituts und des Aufwandsausgleichsinstituts wird empfohlen, den Wortlaut des § 103 Abs. 2 InsO zum besseren Verständnis teilweise neu zu formulieren. Es sollte statt der Formulierung „Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab“ folgender Wortlaut genutzt werden: „Lehnt der Verwalter die Erfüllung des Vertragsanspruchs der insolventen Vertragspartei ab“. Hierdurch wird klargestellt, dass bei der Verwertungsentscheidung nicht die Erfüllung des Vertragsanspruchs des Gläubigers abgelehnt wird (schließlich dient das Gesamtvollstreckungsverfahren gerade der Durchsetzung der Forderungen der Gläubiger), sondern die Insolvenzverwaltung lediglich über die Erfüllung des Anspruchs des Insolvenzschuldners eine Verwertungsentscheidung trifft. Ein diesbezüglich konträres und unzutreffendes Verständnis, wonach die Erfüllung des Anspruchs des Gläubigers abgelehnt wird, ist bereits zivilrechtlich höchst fraglich, da ein Vertragspartner sich nicht selbst von seinen eingegangenen Verpflichtungen befreien kann.⁶⁹⁸ Zudem sollte anstelle der Formulierung „Forderung wegen Nichterfüllung“ der Begriff „Differenzforderung“ genutzt werden. Der gegenwärtige Wortlaut verleitet zu der Annahme, dass der andere Teil einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages besäße. Derartige Missverständnisse sollen vermieden werden. Deshalb kann zusätzlich erklärt werden, dass es sich bei der Differenzforderung um die verbleibende Restforderung nach Verrechnung der Werte der gegenseitig noch nicht erfüllten Vertragsansprüche handelt. Maßgeblich für die Verrechnung sind die Werte der Vertragsansprüche zur Zeit der Insolvenzeröffnung.

Der Wortlaut des § 103 InsO könnte wie folgt abgewandelt und ergänzt werden (Änderungen und Ergänzungen sind hervorgehoben):

698 *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 28, 31 ff.; *von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (469).

§ 103 InsO Wahlrecht des Insolvenzverwalters

(1) Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen.

(2) Lehnt die **Insolvenzverwaltung ab**, die Erfüllung des **Vertragsanspruchs der insolventen Vertragspartei von der anderen Partei zu verlangen**, so kann der andere Teil **nach Verrechnung der Werte der gegenseitig noch nicht erfüllten Vertragsansprüche die verbleibende Differenzforderung** nur als Insolvenzgläubiger geltend machen. **Maßgeblich für die Verrechnung sind die Werte der Vertragsansprüche zur Zeit der Insolvenzeröffnung**. Fordert der andere Teil den Verwalter zur Ausübung seines Wahlrechts auf, so hat der Verwalter unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, so kann er auf **die** Erfüllung nicht bestehen.

(3) Lehnt die **Insolvenzverwaltung ab**, die Erfüllung des **Vertragsanspruchs der insolventen Vertragspartei von der anderen Partei zu verlangen**, so sind Wertverluste dieses Anspruchs von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an bis zur Verwertungsentscheidung durch Zahlung aus der Insolvenzmasse an den anderen Teil auszugleichen. Steigt der Wert dieses Anspruchs, so dient der Wertzuwachs vorrangig der Befriedigung des Anspruchs des anderen Teils. Für eine darüberhinausgehende Wertsteigerung ist eine Ausgleichszahlung vom anderen Teil an die Insolvenzmasse zu leisten, sofern sich der Wertzuwachs im Vermögen des anderen Teils realisiert hat. Der andere Teil hat der Insolvenzverwaltung das Bestehen des noch nicht erfüllten Vertragsverhältnisses anzuzeigen, sofern diese nicht auf andere Weise Kenntnis von diesem Vertrag erlangt hat.

(4) Bis zur Verwertung des Vertragsanspruchs der insolventen Vertragspartei, zu dessen Verwertung die Insolvenzverwaltung berechtigt ist, sind dem anderen Teil ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens an die Kosten zum Erhalt der Leistungsfähigkeit und die Mehrkosten für ein Geschäft zur Überbrückung der Schwebzeit aus der Insolvenzmasse zu zahlen. Der andere Teil kann

insbesondere Erstattung der Aufwendungen verlangen, die er für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen musste, sowie Erstattung von Mehrkosten, die ihm aufgrund einer Ersatzbeschaffung während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung entstanden. Der andere Teil hat der Insolvenzverwaltung über das Tätigen eines Geschäfts zur Überbrückung der Schwebezeit und damit verbundene Kosten in Kenntnis zu setzen.

III. Anpassung des § 55 InsO

Um die Ansprüche der AVP zum Wertausgleich und zur Erstattung der Bereithaltungskosten mit Massestatus zu versehen, bedarf es zudem einer Ergänzung des § 55 Abs. 1 InsO:

§ 55 Sonstige Masseverbindlichkeiten

- (1) Masseverbindlichkeiten sind weiter die Verbindlichkeiten:
1. die durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören;
 2. aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss **und aufgrund eines Anspruchs aus § 103 Absatz 3 und Absatz 4;**
 3. aus einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse.
- (Die Absätze 2 bis 4 bleiben unverändert)

Auszug aus der Konkursordnung

Konkursordnung, Fassung von 20. Mai 1898

Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1898, Nr. 25, Seite 612 – 658

Zweiter Titel. Erfüllung der Rechtsgeschäfte

§ 17

Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen.

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. Unterläßt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.

§ 18

War die Lieferung von Waren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen, und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Verfahrens ein, so kann nicht die Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden. Der Betrag dieser Forderung bestimmt sich durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und demjenigen Markt- oder Börsenpreise, welcher an dem Orte der Erfüllung oder an dem für denselben maßgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte ergibt.

Ist ein solcher Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln, so findet die Bestimmung des ersten Absatzes keine Anwendung.

§ 19

War dem Gemeinschuldner ein von ihm gemieteter oder gepachteter Gegenstand vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen, so kann sowohl der andere Teil als der Verwalter das Miet- oder Pachtverhältnis kündigen. Die Kündigungsfrist ist, falls nicht eine kürzere Frist bedungen war, die gesetzliche. Kündigt der Verwalter, so ist der andere Teil berechtigt, Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Vertrags entstehenden Schadens zu verlangen.

§ 20

War dem Gemeinschuldner ein von ihm gemieteter oder gepachteter Gegenstand zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht überlassen, so kann der andere Teil von dem Vertrag zurücktreten.

Auf Ersuchen des Verwalters muß der andere Teil demselben ohne Verzug erklären, ob er von dem Verträge zurücktreten will. Unterläßt er dies, so kommen die Bestimmungen des § 17 zur Anwendung.

§ 21

Hatte der Gemeinschuldner einen von ihm vermieteten oder verpachteten Gegenstand dem Miether oder dem Pächter vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen, so ist der Mieth- oder Pachtvertrag auch der Konkursmasse gegenüber wirksam.

Im Falle der Vermietung oder der Verpachtung eines Grundstücks, sowie im Falle der Vermietung von Wohnräumen oder anderen Räumen ist jedoch eine Verfügung, die der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens über den auf die spätere Zeit entfallenden Mieth- oder Pachtzins getroffen hat, insbesondere die Einziehung des Mieth- oder Pachtzinses, der Konkursmasse gegenüber nur insoweit wirksam, als sich die Verfügung auf den Mieth- oder Pachtzins für das zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Soweit die Entrichtung des Mieth- oder Pachtzinses der Konkursmasse gegenüber wirksam ist, kann der Miether oder der Pächter gegen die Mieth- oder Pachtzinsforderung der Konkursmasse eine ihm gegen den Gemeinschuldner zustehende Forderung aufrechnen.

Eine von dem Konkursverwalter vorgenommene freiwillige Veräußerung des von dem Gemeinschuldner vermieteten oder verpachteten Grundstücks wirkt, sofern das Grundstück dem Miether oder dem Pächter vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen war, auf das Mieth- oder Pachtverhältniß wie eine Zwangsversteigerung.

§ 22

Ein in dem Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältniß kann von jedem Theile gekündigt werden. Die Kündigungsfrist ist, falls nicht eine kürzere Frist bedungen war, die gesetzliche.

Kündigt der Verwalter, so ist der andere Theil berechtigt, Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens zu verlangen.

§ 23

Ein von dem Gemeinschuldner ertheilter Auftrag erlischt durch die Eröffnung des Verfahrens, es sei denn, daß der Auftrag sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht. Erlischt der Auftrag, so finden die Vorschriften des § 672 Satz 2 und des § 674 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn sich Jemand durch einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag verpflichtet hat, ein ihm von dem Gemeinschuldner übertragenes Geschäft für diesen zu besorgen.

§ 24

Ist zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstücke des Gemeinschuldners oder an einem für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte oder zur Sicherung eines Anspruchs auf Aenderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen. Das Gleiche gilt, wenn in Ansehung eines Schiffspfandrechts eine Vormerkung im Schiffsregister eingetragen ist.

§ 25

Soweit rücksichtlich einzelner, durch die §§ 18–24 nicht betroffener Rechtsverhältnisse das bürgerliche Recht besondere Bestimmungen über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens enthält, kommen diese Bestimmungen zur Anwendung.

§ 26

Wenn in Folge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Theil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergebenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht.

§ 27

Erlischt ein von dem Gemeinschuldner ertheilter Auftrag oder ein Dienst- oder Werkvertrag der im § 23 Abs. 2 bezeichneten Art in Folge der Eröffnung des Verfahrens, so ist der andere Theil in Ansehung der nach der Eröffnung des Verfahrens entstandenen Ersatzansprüche im Falle des § 672 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Massegläubiger, im Falle des § 674 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Konkursgläubiger.

§ 28

Wird eine nach § 705 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangene Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so ist der geschäftsführende Gesellschafter in Ansehung der Ansprüche, welche ihm aus der einstweiligen Fortführung der Geschäfte nach § 728 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zustehen, Massegläubiger, in Ansehung der ihm nach § 729 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zustehenden Ansprüche, unbeschadet der Bestimmung des § 51, Konkursgläubiger.

Konkursordnung, Fassung von 10. Februar 1877

Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1877, Nr. 10 Seite 351 – 389

(Anmerkung: Fassung, auf die sich die Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung beziehen)

Zweiter Titel. Erfüllung der Rechtsgeschäfte

§ 15

Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Theile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Theile verlangen.

Der Verwalter muß auf Erfordern des anderen Theils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterläßt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.

§ 16

War die Lieferung von Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen, und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Verfahrens ein, so kann nicht die Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden. Der Betrag dieser Forderung bestimmt sich durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und demjenigen Markt- oder Börsenpreise, welcher an dem Orte der Erfüllung oder an dem für denselben maßgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte ergibt.

Ist ein solcher Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln, so findet die Bestimmung des ersten Absatzes keine Anwendung.

§ 17

Auf Pacht- und Miethverträge über Sachen übt, wenn deren Uebergabe schon erfolgt ist, die Eröffnung des Verfahrens folgende Wirkungen aus:

1. hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet, so kann sowohl der andere Theil als der Verwalter den Vertrag aufkündigen. Die Frist oder Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche;

2. hatte der Gemeinschuldner verpachtet oder vermietet, so wirkt eine freiwillige Veräußerung der Sache durch den Konkursverwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung sowie auf die Dauer des Vertrages wie eine Zwangsversteigerung.

§ 18

Wenn der Gemeinschuldner gepachtet oder gemietet hatte, und die Uebergabe der Sache zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erfolgt ist, so kann der andere Theil von dem Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Auf Erfordern des Verwalters muß der andere Theil demselben ohne Verzug erklären, ob er von dem Vertrage abgehen will. Unterläßt er dies, so kommen die Bestimmungen des § 15 zur Anwendung.

§ 19

Ein in dem Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältniß kann von jedem Theile aufgekündigt werden. Die Frist und Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche und in Ermangelung einer solchen von dem Konkursgerichte auf Antrag des Kündigenden festzusetzen.

§ 20

Soweit rücksichtlich einzelner, durch die §§ 16 – 19 nicht betroffener Rechtsverhältnisse die Reichsgesetze oder die Landesgesetze besondere Bestimmungen über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens enthalten, kommen diese zur Anwendung.

§ 21

Wenn in Folge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Theil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht.

Literaturverzeichnis

- Ahrens, Martin / Gehrlein, Markus / Ringstmeier, Andreas (Hrsg.), *Insolvenzrecht: Kommentar*, 4. Auflage, Köln 2020. (zitiert: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier-InsR-Komm/Bearbeiter)
- Andres, Dirk / Leithaus, Rolf / Dahl, Michael (Hrsg.), *Insolvenzordnung (InsO): Kommentar*, 4. Auflage, München 2018. (zitiert: Andres/Leithaus-InsOKomm/Bearbeiter)
- Ausschussbericht zum Regierungsentwurf für eine InsO, Ausschussbericht des Bundestags zum Regierungsentwurf für eine Insolvenzordnung vom 19.04.1994, BT-Drucks. 12/7302, <https://dserver.bundestag.de/btd/12/073/1207302.pdf> (geprüft am 08.11.2021). (zitiert: Ausschussbericht zum RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/7302)
- Baird, Douglas, *The Elements of Bankruptcy*, 6. Edition, St. Paul, MN 2014. (zitiert: Baird, *The Elements of Bankruptcy*)
- Baird, Douglas / Casey, Anthony / Picker, Randal, *The Bankruptcy Partition*, erschienen in: *University of Pennsylvania Law Review*, 166 U. Pa. L. Rev. 1675 (2018), 1675-1714, https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9633&context=penn_law_review (geprüft am 08.11.2021). (zitiert: Baird/Casey/Picker, 166 U. Pa. L. Rev. 1675)
- Beaucamp, Guy, *Zum Analogieverbot im öffentlichen Recht*, erschienen in: *AöR* 2009, S. 83-105. (zitiert: Beaucamp, *AöR* 2009, 83)
- Blume, Jakob / Witsch, Kathrin, *Negativer Rohölpreis, Was der historische Öl-Crash für Verbraucher und Anleger bedeutet, Das hat es bisher noch nicht gegeben: Erstmals kostete US-Rohöl weniger als null Dollar*, erschienen in: *Handelsblatt, Online-Ausgabe, Rubrik: Finanzen & Börsen / Geldanlage*, 21.04.2020, <https://www.handelsblatt.com/finanzen/maerkte/devisen-rohstoffe/negativer-rohoelpreis-was-der-historische-oel-crash-fuer-verbraucher-und-anleger-bedeutet/25759704.html> (geprüft am 08.11.2021). (zitiert: Blume/Witsch, *Negativer Rohölpreis, Was der historische Öl-Crash für Verbraucher und Anleger bedeutet, Handelsblatt online*, 21.04.2020)
- Bosch, Ulrich, *Finanztermingeschäfte in der Insolvenz – zum „Netting“ im Insolvenzverfahren: Teil II*, erschienen in: *WM* 1995, S. 413-428. (zitiert: Bosch, *WM* 1995, 413).
- ders., *Finanztermingeschäfte in der Insolvenz – zum „Netting“ im Insolvenzverfahren: Teil I*, erschienen in: *WM* 1995, S. 365-375. (zitiert: Bosch, *WM* 1995, 365)
- Braun, Eberhard (Hrsg.), *Insolvenzordnung, InsO mit EuInsVO: Kommentar*, 8. Auflage, München 2020. (zitiert: Braun-InsOKommKomm/Bearbeiter)

- Breker, Norbert*, Optionsrechts und Stillhalteverpflichtungen im handelsrechtlichen Jahresabschluss, Düsseldorf 1993, zugl.: Rechnungslegung und Kapitalmarkt, hrsg. von Günther Gebhardt, Münster (Westf.), Univ., Diss., 1992. (zitiert: *Breker*, Optionsrechts und Stillhalteverpflichtungen)
- Bretthauer, Stefan / Garbers, Marco / Streit, Georg*, Die Zulässigkeit von Nettingklauseln in EFET-Rahmenverträgen gem. § 104 InsO nF, erschienen in: NZI 2017, S. 953-960. (zitiert: *Bretthauer/Garbers/Streit*, NZI 2017, 953)
- Bruns, Alexander*, Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters und vertragliche Lösungsrechte, erschienen in: ZZP 1997, S. 305-339. (zitiert: *Bruns*, ZZP 1997, 305)
- Dahl, Michael*, Im Überblick: Der Mieter in der Insolvenz, erschienen in: NZM 2008, S. 585-593. (zitiert: *Dahl*, NZM 2008, 585)
- Dauner-Lieb, Barbara / Langen, Werner* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht,
– Band 2: 1. Teilband, §§ 241-487, 4. Auflage, Baden-Baden 2021,
– Band 2: 3. Teilband, §§ 662-853, PordHoaffG, IKlaG, 4. Auflage Baden-Baden 2021. (zitiert: *NomosKomm-BGB/Bearbeiter*)
- Eckert, Hans-Georg*, Miete, Pacht und Leasing im neuen Insolvenzrecht, erschienen in: ZIP 1996, 897-909. (zitiert: *Eckert*, ZIP 1996, 897)
- Ebricke, Ulrich*, Finanztermingeschäfte im Insolvenzverfahren, erschienen in: ZIP 2003, 273-282. (zitiert: *Ebricke*, ZIP 2003, 273)
- Entwurf einer Insolvenzordnung, Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO) vom 15.4.1992, BT-Drucks. 12/2443, <https://dserv.er.bundestag.de/btd/12/024/1202443.pdf> (geprüft am 08.11.2021). (zitiert: *RegE für eine InsO*, BT-Drucks. 12/2443)
- Entwurf einer Konkurs-Ordnung: nebst Motive zu dem Entwurf einer Konkurs-Ordnung und Entwurf des Einführungsgesetzes; sowie Anlage-Band zu den Motiven des Entwurfs einer Konkurs-Ordnung, Berlin 1875 (Drucks des Deutschen Reichstag; No. 200.1874, Legislaturperiode 2, Session 2). (zitiert: *Motive zu dem Entwurf einer KO*)
- Fleischer, Holger / Goette, Wulf* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH),
– Band 1, §§ 1-34, 3. Auflage, München 2018. (zitiert: *MünchKomm-GmbHG/Bearbeiter*)
- Foerste, Ulrich*, Lösungsklauseln bei Insolvenz im Lichte der BGH-Entscheidung v. 15. 11. 2012, erschienen in: ZInsO 2015, S. 601-613. (zitiert: *Foerste*, ZInsO 2015, 601)
- Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung – siehe: *Wimmer, Klaus*
- Freudenberg, Rainer*, Der Fortbestand des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages in der Insolvenz der Konzernobergesellschaft, erschienen in: ZIP 2009, S. 2037-2047. (zitiert: *Freudenberg*, ZIP 2009, 2037)
- Gern, Alfons*, Aktuelle Probleme des Kommunalabgabenrechts, Analogie im Abgaberecht - Begründungspflicht von Abgabensatzungen - Die Zulässigkeit von Sozialtarifen, erschienen in: NVwZ 1995, S. 1145-1155. (zitiert: *Gern*, NVwZ 1995, 1145)

- Gleißner, Werner*, Grundlagen des Risikomanagements im Unternehmen: Controlling, Unternehmensstrategie und wertorientiertes Management, 2. Auflage, München 2011. (zitiert: *Gleißner*, Grundlagen des Risikomanagements im Unternehmen)
- Gundlach, Ulf / Frenzel, Volkhard / Schmidt, Nikolaus*, Die Verwertungsbefugnis aus §§ 166 ff. InsO, erschienen in: NZI 2001, S. 119-124. (zitiert: *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, NZI 2001, 119)
- Häcker, Robert*, Verwertungs- und Benutzungsbefugnis des Insolvenzverwalters für sicherungsübertragene gewerbliche Schutzrechte, erschienen in: ZIP 2001, S. 995-1000. (zitiert: *Häcker*, ZIP 2001, 995)
- Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht – siehe: *Schmidt, Andreas*
- Häsemeyer, Ludwig*, Insolvenzrecht, 4. Auflage, Köln [u.a.] 2007. (zitiert: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht)
- Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung - siehe: *Kayser, Godehard / Thole, Christoph*
- Henckel, Wolfram / Gerhardt, Walter* (Hrsg.), Insolvenzordnung: Großkommentar, Begründet zur Konkursordnung von Ernst Jaeger,
– Band 3: §§ 103 - 128, 1. Auflage, Berlin 2014,
– Band 5: Teil 2, §§ 156 - 173, 1. Auflage, Berlin 2018. (zitiert: *JaegerKomm-InsO/Bearbeiter*)
- Hess, Harald* (Hrsg.), Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung,
– Band 2: §§ 56-128, 1. Auflage, Köln 2017,
– Band 3: §§ 129-216, 1. Auflage, Köln 2017. (zitiert: *KölnKomm-InsO/Bearbeiter*)
- Heussinger, Werner / Klein, Marc / Raum, Wolfgang*, Optionsscheine, Optionen und Futures: Einstieg in den erfolgreichen Umgang mit Derivaten, Wiesbaden 2000. (zitiert: *Heussinger/Klein/Raum*, Optionsscheine, Optionen und Futures)
- Huber, Michael*, Divergenzen zwischen dem IX. und dem VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zur Lösungsklauseln, erschienen in: ZInsO 2016, 2130-2133. (zitiert: *Huber*, ZInsO 2016, 2130)
- ders., Schicksal des bauvertraglichen Kündigungsrechts nach § 8 II Nr. 1 VOB/B als insolvenzbedingte Lösungsklausel, erschienen in: NZI 2014, S. 49-54. (zitiert: *Huber*, NZI 2014, 49)
- Hull, John*, Options, futures, and other derivatives, 9th edition, Boston 2015. (zitiert: *Hull*, Options, futures, and other derivatives)
- Jaeger Kommentar zur Insolvenzordnung – siehe: *Henckel, Wolfram / Gerhardt, Walter*
- Jauernig Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – siehe: *Stürmer, Rolf*
- Kayser, Godehard / Thole, Christoph* (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 10. Auflage, Heidelberg 2020. (zitiert: *HeidelbKomm-InsO/Bearbeiter*)
- Kayser, Godehard*, Aktuelle Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht außerhalb der Insolvenzanfechtung, erschienen in: ZIP 2013, S. 1353-1362. (zitiert: *Kayser*, ZIP 2013, 1353)

Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung – siehe: *Hess, Harald*

Körner, Sandra / Rendels, Dietmar, Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 17.09.2020 - IX ZB 29/19 (Keine Verletzung des verfassungsrechtlich begründeten Anspruchs des Insolvenzverwalters auf angemessene Vergütung allein aufgrund der Geldentwertung seit Inkrafttreten der InsVV), erschienen in: *EWiR* 2020, S. 659-660. (zitiert: *Körner/Rendels, EWiR* 2020, 659)

Kübler, Bruno M. / Prütting, Hanns / Bork, Reinhard (Hrsg.), *InsO - Kommentar zur Insolvenzordnung*, 83. Lief. – Köln, 2020. (zitiert: *Kübler/Prütting/Bork-InsO/Bearbeiter*)

Kuckelkorn, Dieter, Ölpreise im freien Fall, Brent-Preis stürzt um 26 Prozent ab, Krise erfasst nun auch Ölmärkte außerhalb der USA - Spekulationen über neue Förderkürzungen, erschienen in: *Börsen-Zeitung*, Rubrik: Kapitalmärkte, 22.04.2020, <https://www.boersen-zeitung.de/kapitalmaerkte/brent-preis-stuerzt-um-26-prozent-ab-478e40df-fdb3-4ffe-9758-e6c67a938f66> (geprüft am 08.11.2021) (zitiert: *Kuckelkorn, Ölpreise im freien Fall, Brent-Preis stürzt um 26 Prozent ab, Börsen-Zeitung, 22.04.2020*)

Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Auflage, Berlin 1983. (zitiert: *Larenz, Methodenlehre*)

Lenger, Norman / Schmitz, Torsten, Insolvenzzrechtliche Lösungsklauseln in AGB – quo vadis?!, erschienen in: *NZI* 2015, S. 396-400. (zitiert: *Lenger/Schmitz, NZI* 2015, 396)

Marotzke, Wolfgang, *Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht*, 3. Auflage, Neuwied 2001. (zitiert: *Marotzke, Gegenseitige Verträge*)
ders., *Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht*, erschienen in: *JZ* 1995, 803-814. (zitiert: *Marotzke, JZ* 1995, 803)

Medicus, Dieter / Petersen, Jens, *Bürgerliches Recht: eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, 27. Auflage, München 2019. (zitiert: *Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht*)

Motive zu dem Entwurf einer Konkurs-Ordnung – siehe: *Entwurf einer Konkurs-Ordnung*

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – siehe: *Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut*

Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – siehe: *Fleischer, Holger / Goette, Wulf*

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch – siehe: *Schmidt, Karsten*

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung – siehe: *Stürner, Rolf / Eidenmüller, Horst / Schoppmeyer, Heinrich*

Nerlich, Jörg / Römermann, Volker (Hrsg.), *Insolvenzordnung (InsO): Kommentar*, München April 2020. (zitiert: *Nerlich/Römermann-InsO/Bearbeiter*)

Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht – siehe: *Dauner-Lieb, Barbara / Langen, Werner*

Obermüller, Manfred, *Insolvenzrecht in der Bankpraxis*, 9. Auflage, Köln 2016. (zitiert: *Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis*)

- ders., Lösungsklauseln im Bankgeschäft, erschienen in: ZInsO 2013, 476-481. (zitiert: Obermüller, ZInsO 2013, 476)
- Piekenbrock, Andreas / Ludwig, Thomas, Die Insolvenzen des Optionsberechtigten - eine kritische Betrachtung zu § 104 InsO, erschienen in: WM 2014, S. 2197-2207. (zitiert: Piekenbrock/Ludwig, WM 2014, 2197)
- Pressemitteilung Nr. 162 vom 17.05.2017, Statistisches Bundesamt (Destatis), https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2017/05/PD17_162_52431.html (geprüft am 08.11.2021).
- Pressemitteilung Nr. 113 vom 28.03.2018, Statistisches Bundesamt (Destatis), https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2018/03/PD18_113_52431.html (geprüft am 08.11.2021).
- Raeschke-Kessler, Hilmar / Christopeit, Joachim, Zur Unwirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln, erschienen in: WM 2013, S. 1592-1597. (zitiert: Raeschke-Kessler/Christopeit, WM 2013, 1592)
- Römermann, Volker, Anmerkung zur Entscheidung des BGH v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11 (Zur Unwirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln in Energielieferverträgen), erschienen in: NJW 2013, 1159-1162. (zitiert: Römermann, NJW 2013, 1159)
- Rosenberger, Fritz, Vertragsabwicklung im Konkurs des Bauunternehmers, erschienen in: BauR 1975, S. 233-239. (zitiert: Rosenberger, BauR 1975, 233)
- Roth, Jan, Umsatzsteuer und Insolvenz, erschienen in: ZInsO 2014, S. 309-325. (zitiert: Roth, ZInsO 2014, 309)
- ders., Interessenswiderstreit im Insolvenzeröffnungsverfahren: Eine Untersuchung des Insolvenzeröffnungsverfahrens unter verfahrens- und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, Frankfurt am Main 2004, zugl.: Studien zum europäischen Privat- und Prozeßrecht, Band 8, Frankfurt am Main, Univ., Diss., 2003 (zitiert: Roth, Interessenswiderstreit im Insolvenzeröffnungsverfahren).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 8. Auflage, München 2018, Band 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil II, §§ 311-432, 8. Auflage, München 2019, Band 5: Schuldrecht - Besonderer Teil II, §§ 535-630h, 8. Auflage München 2020, Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV, §§ 705-853, 8. Auflage München 2020, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 8. Auflage München 2020. (zitiert: MünchKomm-BGB/Bearbeiter)
- Schimansky, Herbert / Bunte, Hermann-Josef / Lwowski, Hans-Jürgen (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch,
 – Band 1, 5. Auflage, München 2017,
 – Band 2, 5. Auflage, München 2017. (zitiert: Schimansky/Bunte/Lwowski-BankR-HdB/Bearbeiter)
- Schmidt, Andreas (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht: InsO – InsVV – SchVG – Haftungsrecht – Steuerrecht – Strafrecht, 7. Auflage, Köln 2019. (zitiert: HambKomm-InsO/Bearbeiter)

- Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Insolvenzordnung: InsO mit EuInsVO, Beck'sche Kurz-Kommentare, Bd. 27, 19. Auflage, München 2016. (zitiert: *K.Schmidt-InsO/Bearbeiter*)
- Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
– Band 2: 2. Buch, §§ 105 – 160, 4. Auflage, München 2016
– Band 4: 3. Buch, §§ 238 – 342e, 4. Auflage, München 2020. (zitiert: *Münch-Komm-HGB/Bearbeiter*)
- Schmidt, Thorsten Ingo*, Die Analogie im Verwaltungsrecht, erschienen in: *VerwArch* 2006, S. 139-164. (zitiert: *Schmidt*, *VerwArch* 2006, 139)
- Schöneberger, Dominik*, Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung in Deutschland und den USA: Ökonomische Notwendigkeit und rechtliche Analyse des Sonderinsolvenzrechts für Banken, Berlin 2018, zugl.: Schriften des Instituts für deutsches und internationales Rechts des Spar-, Giro- und Kreditwesens, hrsg. von Peter Mülbert, Uwe Schneider, Dirk Verse, Band 209, Frankfurt am Main, Univ., Diss., 2017. (zitiert: *Schöneberger*, *Bankenrestrukturierung und Bankenabwicklung*)
- Stürmer, Rolf* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, ROM-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO: Kommentar / Jauernig, 18. Auflage München 2021. (zitiert: *Jauernig-BGB/Bearbeiter*)
- Stürmer, Rolf / Eidenmüller, Horst / Schoppmeyer, Heinrich* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1: §§ 1-79, Insolvenzzrechtliche Vergütungsordnung (InsVV), 4. Auflage, München 2019, Band 2: §§ 80-216, 4. Auflage, München 2019. (zitiert: *MünchKomm-InsO/Bearbeiter*)
- Tabb, Charles / Brubaker, Ralph*, Bankruptcy Law, Principles, Policies, and Practice, 4. Edition, New Providence, NJ 2015. (zitiert: *Tabb/Brubaker*, *Bankruptcy Law*)
- Tabb, Charles*, Law of Bankruptcy, 5. Edition, St. Paul, MN 2020. (zitiert: *Tabb*, *Law of Bankruptcy*)
- Tetzlaff, Christian*, Rechte des Vermieters in der Insolvenz des Mieters, erschienen in: *NZI* 2006, S. 87-92. (zitiert: *Tetzlaff*, *NZI* 2006, 87)
- Tintelnot, Albrecht*, Die gegenseitigen Verträge im neuen Insolvenzverfahren, erschienen in: *ZIP* 1995, S. 616-623. (zitiert: *Tintelnot*, *ZIP* 1995, 616)
- Trams, Kai*, Das Mietverhältnis in der Insolvenz des Mieters, erschienen in: *NJW-Spezial* 2017, S. 597-598. (zitiert: *Trams*, *NJW-Spezial* 2017, 597)
- Uhlenbruck, Kommentar zur Insolvenzordnung – siehe: *Wilhelm / Hirte, Heribert / Vallender, Heinz*
- Wallner, Jürgen*, Sonstige Rechte in der Verwertung nach den §§ 166 ff. InsO, erschienen in: *ZInsO* 1999, S. 453-457. (zitiert: *Wallner*, *ZInsO* 1999, 453)
- Weiland, Stefan*, Par condicio creditorum, Der insolvenzzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und seine Durchbrechung zugunsten öffentlich-rechtlicher Gläubiger, Frankfurt am Main [u.a.] 2010, zugl.: Saarbrücker Studien zum Privat- und Wirtschaftsrecht, hrsg. von Johann Paul Bauer, Micheal Martinek, Helmut Rüßmann, Band 67, Saarbrücken, Univ., Diss., 2010. (zitiert: *Weiland*, *Par condicio creditorum*)

- Werres, Stefan, Grundrechtsschutz in der Insolvenz, Berlin 2007, zugl.: Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 183, Speyer, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Diss., 2005. (zitiert: Werres, Grundrechtsschutz Insolvenz)
- Wilhelm / Hirte, Heribert / Vallender, Heinz (Hrsg.), Insolvenzordnung: Kommentar, des von Franz Mentzel begründeten sowie von Georg Kuhn und Wilhelm Uhlenbruck fortgef. Werkes zur Konkursordnung. (Uhlenbruck, Kommentar zur Insolvenzordnung),
- Band 1, 15. Auflage, München 2019,
 - Band 2, 15. Auflage, München 2019. (zitiert: Uhlenbruck-InsO/Bearbeiter)
- Wilmowsky, Peter von, Insolvenzkonzernrecht: Die Obergesellschaft eines Beherrschungsvertrags in Insolvenz, erschienen in: DK 2016, S. 261-277. (zitiert: von Wilmowsky, DK 2016, 261)
- ders., Insolvenzrecht: Seine Aufgaben und Prinzipien, erschienen in: 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, Frankfurt am Main 2014, S. 655-674. (zitiert: von Wilmowsky, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 665)
- ders., Insolvenzvertragsrecht: Rechte am Vertragsanspruch des Insolvenzschuldners, erschienen in: ZIP 2012, S. 401-413. (zitiert: von Wilmowsky, ZIP 2012, 401)
- ders., Insolvenzvertragsrecht: Teilleistung des Schuldners vor dem Insolvenzverfahren, erschienen in: KTS 2012, S. 285 – 314. (zitiert: von Wilmowsky, KTS 2012, 285)
- ders., Insolvenzvertragsrecht: Die Grundstruktur, erschienen in: KTS 2011, S. 453-479. (zitiert: von Wilmowsky, KTS 2011, 453)
- ders., Vermieter (Verpächter, Lizenzgeber) in Insolvenz, erschienen in: ZInsO 2011, S. 1473-1486. (zitiert: von Wilmowsky, ZInsO 2011, 1473)
- ders., Der Mieter eines beweglichen Gegenstandes in Insolvenz – Zum Inhalt des § 103 InsO bei Miet- und Pachtverhältnissen – erschienen in: ZInsO 2007, S. 731-739. (zitiert: von Wilmowsky, ZInsO 2007, 731)
- ders., Lösungsklauseln für den Insolvenzfall: Wirksamkeit, Anfechtbarkeit, Reform, erschienen in: ZIP 2007, S. 553-563. (zitiert: von Wilmowsky, ZIP 2007, 553)
- ders., Der Mieter in Insolvenz: Zur Kündigungssperre des § 112 InsO, erschienen in: ZInsO 2004, S. 882-888. (zitiert: von Wilmowsky, ZInsO 2004, 882)
- ders., Termingeschäft und Insolvenz: Die gesetzliche Regelung - Plädoyer für ein neues Verständnis des § 104 InsO -, erschienen in: WM 2002, S. 2264-2277. (zitiert: von Wilmowsky, WM 2002, 2264)
- ders., Europäisches Kreditsicherungsrecht, Sachenrecht und Insolvenzrecht unter dem EG-Vertrag, Tübingen, 1996, zugl.: Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, hrsg. von Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Band 60, Frankfurt am Main, Universität, Habilitation, 1996. (zitiert: von Wilmowsky, Europäisches Kreditsicherungsrecht)
- Wimmer, Klaus, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Auflage, Neuwied [u.a.] 2018. (zitiert: FK-InsO/Bearbeiter)

- Windel, Peter*, Der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und seine Auswirkungen auf die Abwicklung schwebender Austauschverträge, erschienen in: JURA 2002, 230-235. (zitiert: *Windel*, JURA 2002, 230)
- Wortberg, Sven*, Die Überlegungsfrist bei der Ausübung des Verwalterwahlrechts - ein Instrument zur Masseanreicherung², erschienen in: ZInsO 2006, S. 1256-1259. (zitiert: *Wortberg*, ZInsO 2006, 1256)
- ders., Lösungsklauseln und Insolvenz, Frankfurt am Main [u.a.] 2003, zugl.: Schriften zum Wirtschaftsrecht, Steuerrecht und Zivilprozessrecht, hrsg. von Jürgen Costede, Band 10, Göttingen, Univ., Diss., 2002. (zitiert: *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz)