

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 Wilimowsky*, KTS 2011, 453 (464).

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

245 *Von Wilimowsky*, 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 Wilimowsky*, 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 Wilmsky*, KTS 2011, 453 (460 ff.).

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

271 *Von Wilmsky*, 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

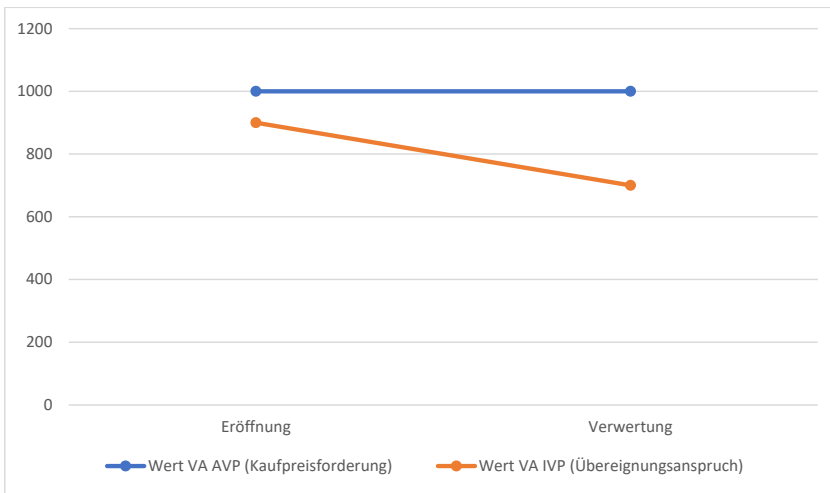
Wird die Differenzforderung mit den Werten der Vertragsansprüche am Tag der Verwertung ermittelt, so wird ihre Höhe von bereits eingetretenen Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP beeinflusst. Denn der Wert, um den sich der Anspruch der IVP mindert, verringert die Befriedigung durch Verrechnung 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 Wilmsky*, 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.

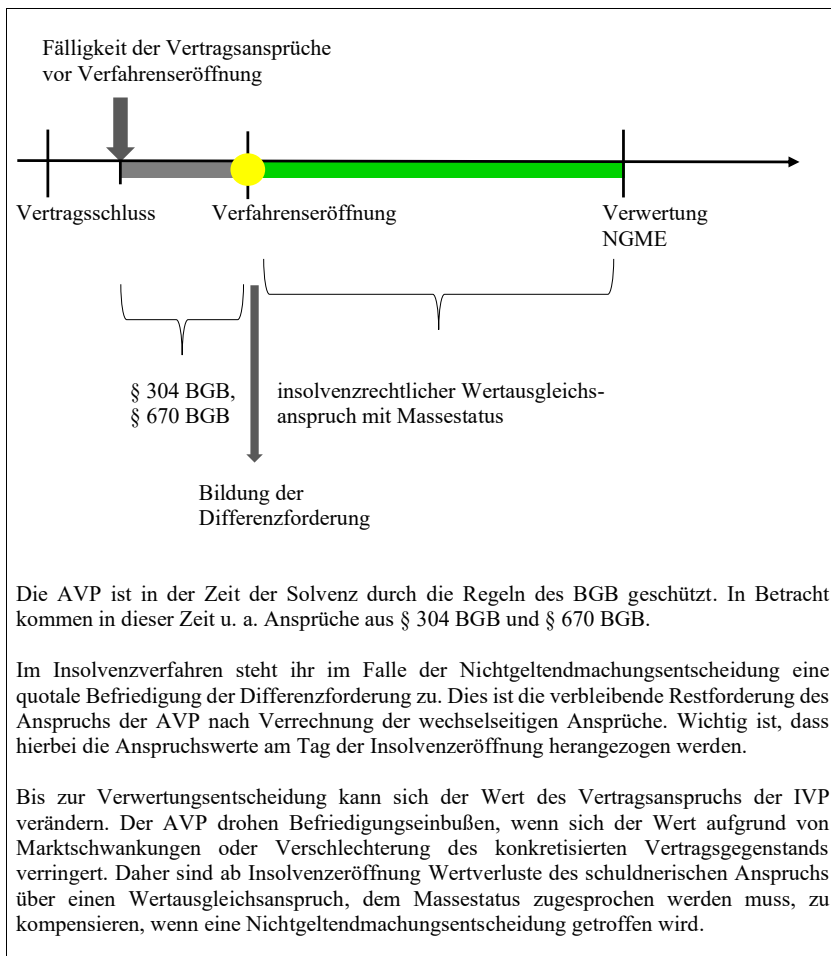
aa. Fälligkeit vor Verfahrenseröffnung

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.

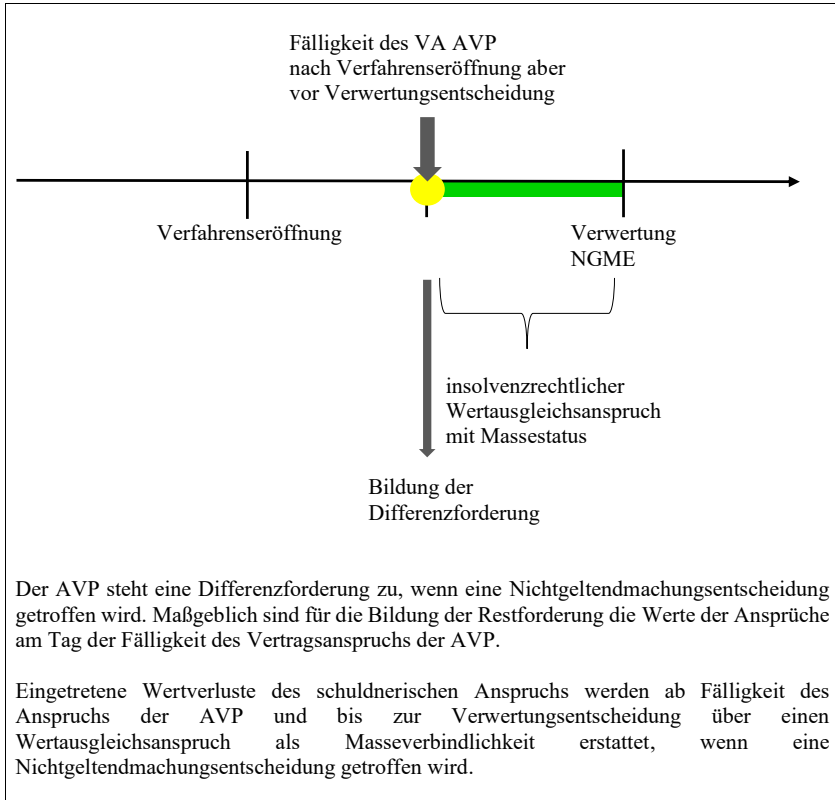
Erst ab der vereinbarten Fälligkeit des Vertragsanspruchs der AVP beginnt somit die Zeitspanne, die für die Bewertung des Wertausgleichsanspruchs relevant ist. Und für die Berechnung der Differenzforderung ergibt sich ebenfalls, dass nicht die Verfahrenseröffnung, sondern der Zeitpunkt der vereinbarten 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:



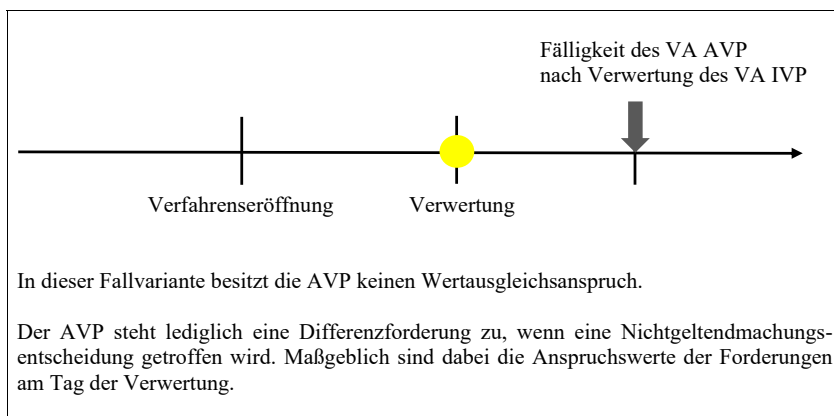
cc. Fälligkeit nach Verfahrenseröffnung und nach Verwertungsentscheidung

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-

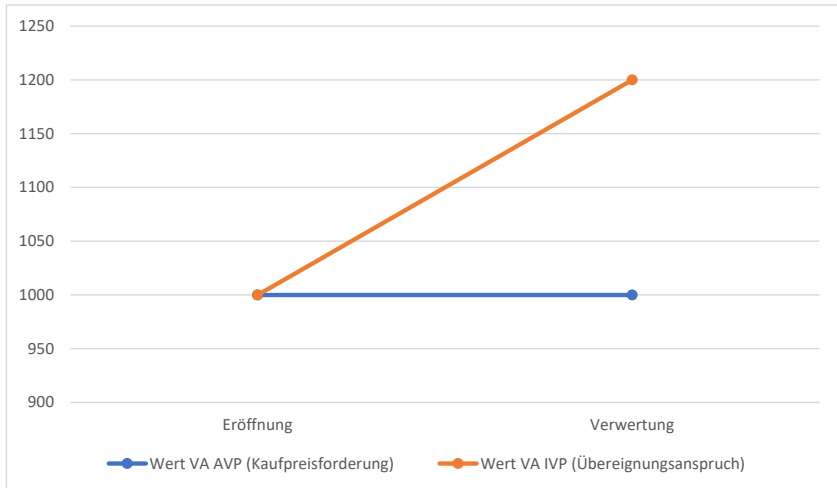
war, kommt es durch die Zeit, die zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung benötigt wird, nicht zu verfahrensbedingten Belastungen der AVP. Der Vertragspartner könnte vor Fälligkeit seines Anspruchs nicht die Gegenleistung im Wege einer Einzelzwangsvollstreckung verwerten und hatte mit der vertraglichen 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 Wilimowsky*, KTS 2011, 453 (458).

323 *Von Wilimowsky*, 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 ausgedrückte: „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 Rechtskenntnis 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 Wilmowsky*: Kübler/Prütting/Bork-InsO/*von Wilmowsky*, § 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 Ausgleichsanspruchs und bietet eine wichtige Orientierungshilfe.³⁷⁵ Auch der Rechtssicherheit würde durch die Aufnahme eines neuen Wertausgleichsinstituts mehr gedient 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 Wilmsky*, 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 Wilmsky*, § 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 Kaufoptionsein 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 Schwebезustand 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 Schwebезustand 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 unbekannte 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 Wilmowsky*, ZInsO 2007, 731 (736, 737).

435 *Von Wilmowsky*, ZInsO 2011, 1473 (1479), der anmerkt, dass man von einer solchen Klage zu Recht noch nichts gehört hat, vgl. auch Vergleich zur Einzelzwangsvollstreckung: *von Wilmowsky*, 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 Wilimowsky*, 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 Meinungs-austausch 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 Wilmsky*, 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 Wilmsowsky*, ZInsO 2007, 731 (734).

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

456 *Von Wilmsowsky*, 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 Schwebezeit 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 Wilimowsky*, 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 Schwebezeit 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 Schwebezeit 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 Wilmsowsky*, 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 Schewezeit entfallen, liefert *von Wilmowsky*, 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 Schewezeit 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 Schewezeit 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 Wilmowsky*, DK 2016, 261 (275, 276).

487 *Von Wilmowsky*, 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 Ordnungsgeber 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/Lüdtko, § 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.

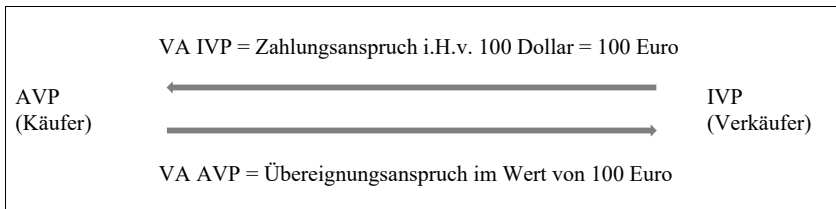
IVP stattfindet sind Währungsschwankungen eines auf eine Fremdwährung gerichteten Anspruchs der IVP während der Schwebzeit möglich.

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.

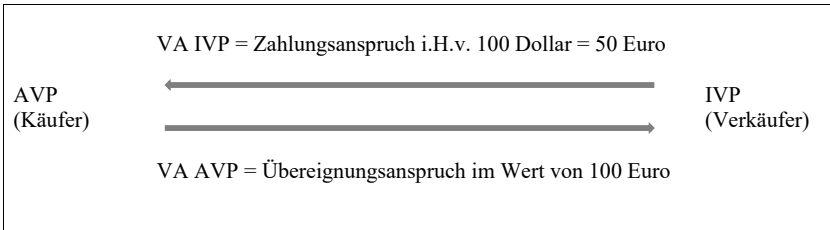
Die erst genannte Variante (Anspruch der IVP ist aus Sicht der AVP auf inländische Währung und aus Sicht der IVP auf eine Fremdwährung gerichtet) wird in folgendem Beispiel aufgegriffen: Das deutsche Unternehmen (spätere IVP) veräußerte vor Verfahrenseröffnung eine Maschine im Wert von 100 Euro an ein 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 betrug 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 unbekanntes 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 „Erlöschens-
theorie“, 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 quotial 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.

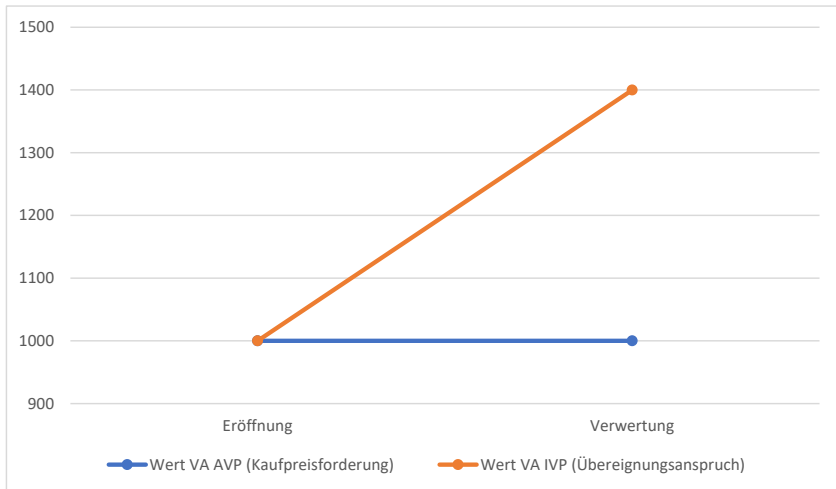
Aus Gründen der Symmetrie soll das Wertausgleichsinstitut nicht nur bei einem Wertverlust, sondern auch bei einem Wertanstieg Bedeutung erlangen. Es wird daher vorgeschlagen, bei Wertveränderungen des schuldnerischen Anspruchs, die nach der Verfahrenseröffnung eintreten, einen Wertausgleichsanspruch 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))

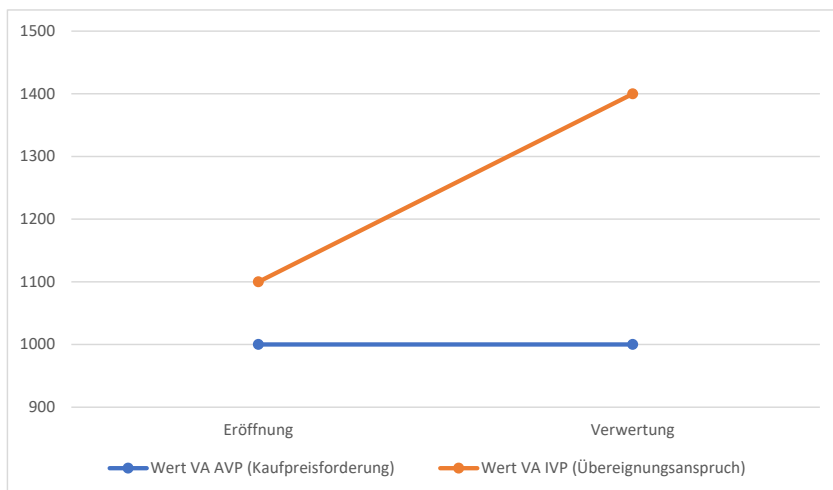
Am Tag der Insolvenzeröffnung waren die Werte der wechselseitigen Vertragsansprüche der Parteien identisch. Eine Differenzforderung zugunsten der AVP besteht somit nicht. Steigt nun der Wert des Anspruchs der IVP an, wird typischerweise eine Geltendmachungsentscheidung ausgesprochen. Die Gläubigergesamtheit 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.

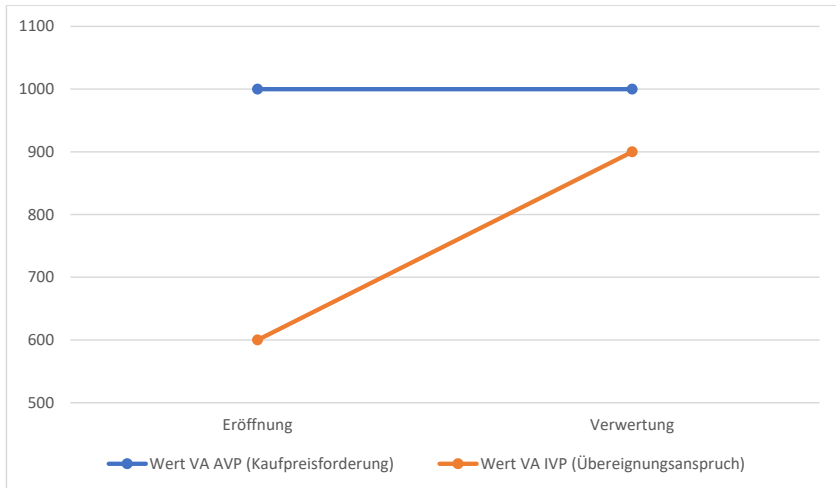
Zudem muss sich der Wertanstieg im Vermögen der AVP realisiert haben. Nur unter diesen Umständen ist der während der Schwebzeit eingetretene Wertzuwachs des Vertragsanspruchs der IVP an die restlichen Gläubiger abzuführen.

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 quotaal. 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 quotaal 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 quotaal. 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 Schwebezeit 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 Schwebezeit 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); Ehricke, 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.