

Kapitel 6: Reformvorschlag für die InsO

Es wird empfohlen, das Insolvenzvertragsrecht mit einer neuen gesetzlichen Regelung zu den insolvenzrechtlichen Wertausgleichs- und Aufwandsausgleichsinstituten zu erweitern. Ein Vorschlag für einen Gesetzesentwurf soll hier präsentiert werden. Zunächst werden jedoch die Thesen und Argumente dieser Arbeit zusammengefasst.

A. Zusammenfassung der Thesen und Argumente

Bislang war in der juristischen Debatte zu Verträgen im Stadium des § 103 InsO bekannt, dass ein Spannungsfeld in Bezug auf die konträren Interessen der AVP und der ungesicherten Gläubiger bei der Verwertung des Anspruchs des Insolvenzschuldners besteht. Während die AVP an einer möglichst zügigen Verwertung interessiert ist, benötigt die Insolvenzverwaltung ausreichend Zeit zur Vorbereitung einer optimalen Verwertungsentscheidung. Auch wird die Insolvenzverwaltung nur Verträge geltend machen, die für die Gläubigergemeinschaft vorteilhaft sind und bezüglich der für sie nachteiligen Verträge eine Nichtgeltendmachungsentscheidung aussprechen. Im letzteren Fall kommt der AVP eine insolvenzgemäße Befriedigung durch Verrechnung der Werte der noch nicht erfüllten Vertragsansprüche und Ausschüttung einer Quote auf die zugunsten der AVP verbleibende Restforderung zu. Ein Vermögensgegenstand des Schuldnervermögens, der Vertragsanspruch der IVP, welcher der AVP als Sicherheit dient, kann während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung des Insolvenzverwalters jedoch Wertschwankungen unterliegen. Bei einer Verrechnung des Anspruchs mit der AVP mit dem im Wert gesunkenen schuldnerischen Anspruchs kommt es folglich zu Befriedigungseinbußen der AVP, welche derzeit weder im Gesetz noch durch die Rechtsprechung berücksichtigt werden. Warum diese finanziellen Nachteile der Vertragspartner aus noch nicht erfüllten Verträgen bisher so wenig Aufmerksamkeit erlangten, kann nicht abschließend geklärt werden. Bereits der KO-Gesetzgeber hatte sich mit Belastungen durch Zeitablauf beschäftigt. Er hatte allerdings lediglich für Vertragspartner von Termingeschäften und für die Gruppe der absonderungsberechtigten Gläubiger gesetzliche Vorkehrungen getroffen, um deren Nachteile durch Sonderregelungen abzu-

wenden und hingegen die Belastungen der Vertragspartner aus sonstigen noch nicht erfüllten Verträgen während der Schwebzeit als nicht so gravierend betrachtet.⁶⁸⁰ Schon damals hätten jedoch auch die Vertragspartner der noch nicht erfüllten Verträge in die Überlegungen mit einbezogen werden müssen und die laufenden Bestrebungen, die Verfahrensbeteiligten vor Nachteilen zu schützen, auch auf sie ausgedehnt werden müssen. Auch sie sind aufgrund des noch nicht erfüllten Vertragsverhältnisses und ggf. im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung als gesicherte Gläubiger zu klassifizieren.⁶⁸¹ Spätestens ab der Änderung der Rechtsprechung zu Wirksamkeit von Lösungsklauseln hätte die Problematik, Befriedigungseinbußen durch Wertverluste zu erleiden, stärker in den Vordergrund rücken müssen. Seit jeher kann sich die AVP nicht mehr selbst durch eine Vertragslösung vor möglichen Nachteilen schützen, sondern wird für die Dauer der Schwebzeit an das Vertragsverhältnis mit dem Insolvenzschuldner zwangsweise gebunden. Um die Belange der AVP mit Verfassungsrang zu schützen, müssen Veränderungen der Befriedigungsverhältnisse korrigiert werden. Kommt es während der Schwebzeit zu Wertverlusten des Vertragsanspruchs der IVP, so soll der AVP daher ein Wertausgleichsanspruch mit Massestatus gegen die ungesicherten Gläubiger zustehen. Die zentralen Argumente, welche für die Einführung eines Wertausgleichsinstituts streiten, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Das Wertausgleichsinstitut kann auf insolvenzrechtliche Grundsätze zum Verwertungs- und Verteilungsrecht gestützt werden. Auf der Verwertungsseite ist der Funktion von Masseverbindlichkeiten Aufmerksamkeit zu schenken. Die Kosten, die das Insolvenzverfahren verursacht, werden vorweg berichtet, da es anderenfalls kein Verfahren gäbe. Weil das Verfahren im Interesse der ungesicherten Gläubiger geführt wird, haben diese auch die Kosten zu tragen. Entscheidend für das Privileg ist, dass die Kosten durch das Verfahren veranlasst wurden. Die Insolvenzordnung enthält hierzu keine abschließende Aufzählung. Auch Wertverluste des Sicherungsgegenstandes des Vertragspartners müssen als Verfahrenskosten klassifiziert werden, denn auch sie beru-

680 Vgl. Motive zu dem Entwurf einer KO, S. 68 ff., 78; auch *Wortberg*, will aufdecken, dass der Gesetzgeber die Gefahren des anderen Teils als zu gering einschätzte und Nachteile übersehen wurden, jedoch bezüglich eines anderen Kontextes und mit anderer Begründung: *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, S. 49, 50.

681 *Von Wilimowsky*, KTS 2011, 453 (464 ff.); vgl. zur Schutzwirkung des Synallagmas auch *JaegerKomm-InsO/Jacoby*, § 103 Rn. 1 ff; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 20.08, 20.27.

hen auf einer insolvenzrechtlichen Maßnahme: dem Entzug der Einzelverwertungsbefugnis mit dem Ziel, einen optimalen Verwertungserlös für die ungesicherten Gläubiger zu erlangen. Aus diesem Grund haben Letztere auch die Belastungen zu tragen, die mit der Verwertung der Ansprüche aus dem noch nicht erfüllten Vertrag einhergehen. Sofern also Zeit benötigt wird, damit eine optimale Verwertungsentscheidung getroffen werden kann und es in dieser Zeitspanne zu Befriedigungseinbußen der AVP kommt, dürfen diese Belastungen nicht bei der AVP verbleiben, da es sich hierbei um Verfahrenskosten handelt, die durch die Verwertung des Insolvenzvermögens entstanden und welche von den ungesicherten Gläubigern zu tragen sind. Demgegenüber ist auf der Verteilungsseite zu beachten, dass bereits vor dem Insolvenzverfahren Rangverhältnisse zwischen den Gläubigern begründet wurden, beispielsweise durch die Einräumung von Sicherungsrechten oder Nachrangabreden. Um keine Anreize zum Missbrauch des Verfahrens zu schaffen, dürfen diese Rangverhältnisse in der Insolvenz nicht abgeändert werden. Eine solche Veränderung erfolgt aber gerade bei Wertschwankungen des schuldnerischen Vertragsanspruchs. Um die ursprünglichen Befriedigungsverhältnisse zwischen den Gläubigern zu wahren und wieder herzustellen, müssen die während des Verfahrens eingetretenen Veränderungen korrigiert werden. Die Wertverluste des Vermögensgegenstandes des Schuldners, an dem der Vertragspartner ein Sicherungsrecht besitzt, müssen daher ausgeglichen werden und die Belastungen den ungesicherten Gläubigern auferlegt werden.

- Aufschlüsse vermittelt auch der bereits in der Insolvenzordnung verankerte Schutz der absonderungsberechtigten Gläubiger. Durch § 172 Abs. 1 InsO steht diesen bei Wertverlusten des Sicherungsgutes ein Ausgleichsanspruch zu. Da es eine Aufgabe des Insolvenzrechts ist, dass der im Sicherungsgegenstand verkörperte Wert auch nach Verfahrenseröffnung haftungsrechtlich dem gesicherten Gläubiger zugeordnet bleibt,⁶⁸² erhalten die gesicherten Gläubiger eine Ausgleichszahlung bei nutzungsbedingten Wertverlusten des Sicherungsguts. Der Begriff der Nutzung ist weit zu verstehen und wird bereits bei einem bloßen Verstreichenlassen der Zeit bejaht,⁶⁸³ weil auch dies einer optimalen Verwertung dienlich sein kann. Obwohl der Wortlaut nur Wertverlust-

682 *Von Wilmsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 254, *Weiland*, *Par condicio creditorum*, S. 58.

683 *Nerlich/Römermann-InsO/Becker*, § 172 Rn. 11; das Ziel der Norm als „Ausgleich für die Nichtverwertung“ bezeichnet: 47; *Braun-InsOKomm/Dithmar*,

te bezüglich körperlicher Gegenstände durch eine Nutzung erfasst, wird im Wege der Analogie der Anwendungsbereich auch hinsichtlich unkörperlicher Gegenstände sowie hinsichtlich Wertverluste durch eine Nichtnutzung ausgeweitet. Die Vorschrift bezweckt, dass dem gesicherten Gläubiger der Verwertungserlös erhalten bleibt, welchen das Sicherungsgut ihm ohne Zeitablauf eingebracht hätte. Auch der Vertragspartner eines nicht erfüllten Vertrags gehört zu den gesicherten Gläubigern, und sein Sicherungsgegenstand (der Vertragsanspruch des Insolvenzschuldners) wird von den übrigen Gläubigern genutzt. Diese Nutzung liegt darin, dass sie sämtliche Informationen, die ihnen während der Schwebzeit zum Gegenstand zugehen, in die Verwertungsentscheidung einfließen lassen, wodurch die Verwertung zum Beispiel bei einer Reorganisation oder Übertragung auf einen neuen Träger erleichtert wird. Aus der in § 172 Abs. 1 InsO zum Ausdruck kommenden Wertung ergibt sich, dass auch die Wertverluste des Sicherungsgutes des Vertragspartners aus beiderseitig nicht erfüllten Verträgen zu kompensieren sind. Da die AVP ein gesicherter Gläubiger ist und ihre Sicherheit während der Vorbereitung der Verwertungsentscheidung einen Wertverlust erleiden kann, muss auch dieser ausgeglichen werden.

- Eine Orientierung an den optionsgeschäftlichen Regelungen sensibilisiert zusätzlich für eine Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts. Zweck eines Optionsgeschäfts ist es, einer Partei Bedenkzeit einzuräumen. Zur Kompensation der erwarteten Risiken zahlt der Optionsberechtigte eine Stillhalteprämie. Durch den vertraglich fixierten, aber beiderseitig noch nicht erfüllten Vertrag und dem Verwertungsrecht der Insolvenzverwaltung ist auch im Insolvenzverfahren eine Situation geschaffen, die jener in einem Optionsgeschäft ähnlich ist. Auch die Insolvenzgläubiger profitieren von der Zeit, die ihnen zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung eingeräumt wird und die wartende Partei hat keinen Einfluss auf diese Entscheidung. Während die Insolvenzverwaltung durch die jeweilige Verwertungsentscheidung den Wert realisiert, der ihnen der Vertragsanspruch der IVP bietet, werden der AVP durch Zeitablauf Risiken aufgebürdet. Trotzdem kommt es nach aktueller Rechtslage nicht zu einem Ausgleich der aufgebürdeten Risiken. Ein solches kostenloses Optionsrecht hatten die Parteien jedoch

§ 172 Rn. 1, 2; andere Ansicht: Uhlenbruck-InsO/Brinkmann, § 172 Rn. 8; K.Schmidt-InsO/Sinz, § 172 Rn. 8.

nicht abgeschlossen und darf ihnen nun im Insolvenzverfahren auch nicht aufgezwungen werden.

Durch das in der Insolvenzordnung aufzunehmende Wertausgleichsinstitut sollen die Befriedigungseinbußen, welche der AVP durch Wertverluste des Sicherungsgegenstandes während der Schwebezeit entstehen, kompensiert werden. Da sich der Wert des Sicherungsgegenstandes während der Schwebezeit sowohl reduzieren als auch erhöhen kann, wird aus Gründen der Symmetrie empfohlen, bei einer Nichtgeltendmachungsentscheidung das Wertausgleichsinstitut in beide Richtungen auszugestalten. Den ungesicherten Gläubigern soll bei einem Wertanstieg des Vertragsanspruchs der IVP ein Wertausgleichsanspruch zustehen, sofern die AVP durch die Verwertung des schuldnerischen Anspruchs vollständig befriedigt wurde, also der Anspruch der AVP durch Verrechnung mit dem Anspruch der IVP erloschen ist. Ein Wertausgleich an die ungesicherten Gläubiger kommt allerdings nur in Betracht, wenn sich die Wertsteigerung des schuldnerischen Vertragsanspruchs im Vermögen der AVP realisiert hat. Da jedoch bei einer Wertsteigerung regelmäßig eine Geltendmachungsentscheidung getroffen wird, besitzt diese Fallvariante des Wertausgleichsinstituts bei Wertsteigerung insgesamt weniger Relevanz.

Bezüglich der absonderungsberechtigten Gläubiger erkannte der Gesetzgeber die Notwendigkeit, eine Kompensation nicht nur bei Wertverlusten zu schaffen, sondern auch für darüberhinausgehende Nachteile, die allein mit dem Entzug der Verwertungsbefugnis einhergehen. Denn eine Entwertung des Sicherungsgegenstandes wird auch dadurch hervorgerufen, dass der gesicherte Gläubiger am Zugriff auf das Sicherungsgut gehindert ist und deshalb auf Liquidität verzichten muss. Die Rechtsstellung der Absonderungsberechtigten soll aus diesem Grund umfassend vor und während der Verwertung mit den §§ 167, 168, 169, 172 InsO gesichert werden.⁶⁸⁴ Auch hinsichtlich der AVP muss der Schutz, den ihr ein Wertausgleichsinstitut bietet, durch ein weiteres Institut ergänzt werden, das Belastungen durch zusätzliche Kosten erfasst. Da den gesicherten Gläubigern die Möglichkeit der Eigenverwertung entzogen ist und die Insolvenzverwaltung über den Zeitpunkt der Verwertung entscheidet, besteht die Gefahr, dass ihnen Bereithaltungskosten während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung entstehen. Auch Aufwendungen, die dem Erhalt der eigenen Leistungsfähigkeit dienen und Kosten, die zur Überbrückung der Schwebezeit während des Wartens auf die Leistung der IVP aufgenommen werden, sollen auf die ungesicherten Gläubiger umverteilt werden.

684 MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 1, 2, 10; KölnKomm-InsO/Hess, § 169 Rn. 9.

Beide Institute habe eine eigene Daseinsberechtigung und fügen sich in das bestehende Rechtssystem ein. Für das Aufwandsausgleichsinstitut sprechen ebenfalls die Grundsätze aus dem Insolvenzverwertungsrecht, ein Rückschluss aus einer bereits bestehenden Regelung für absonderungsberechtigte Gläubiger und der Vergleich mit den Regeln des Optionsrechts. Die Argumente lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Das Aufwandsausgleichsinstitut, findet mit einem Verweis auf das Fortführungsgebot ebenfalls eine Stütze in den allgemeinen Regeln des Verwertungsrechts. Das Insolvenzrecht weist eine Bestrebung zur Neutralität der möglichen Verwertungsoptionen auf. Es soll durch das Verfahren keine Tendenz für eine bestimmte Form der Verwertung gelegt werden, sondern sich diejenige Option durchsetzen, die den ungesicherten Gläubigern den höchsten Nutzen verspricht. Aus diesem Grund besteht das insolvenzrechtliche Fortführungsgebot bezüglich des schuldnerischen Unternehmens. Kosten, die mit der Fortführung einhergehen, sind Verfahrenskosten und werden von den ungesicherten Gläubigern getragen. Durch die Schwebzeit über noch nicht erfüllte Verträge und der erzwungenen Vertragsbindung der AVP entstehen gleichfalls Kosten, die darauf beruhen, dass das Vertragsverhältnis aufrechterhalten wird bzw. in dem bestehenden Stadium weiter „fortgeführt“ wird. Auch die Bereithaltungskosten der AVP während der Schwebzeit müssen als Verfahrenskosten von den ungesicherten Gläubigern getragen werden. Ein optimaler Verwertungserlös, der den ungesicherten Gläubigern nützt, darf nicht auf Kosten der gesicherten Gläubiger erlangt werden. Die ungesicherten Gläubiger können nicht davon ausgehen, dass sie die Verwertungsbefugnis bezüglich des Sicherungsgegenstands für geraume Zeit erhalten, ohne zugleich die insolvenzrechtlichen Belastungen des gesicherten Gläubigers kompensieren zu müssen. Zu den Verfahrenskosten müssen neben den laufenden Kosten des schuldnerischen Unternehmens folglich auch die Kosten des schwebenden Vertrags gezahlt werden.
- Das neu zu schaffende Institut orientiert sich zudem an der bereits im Insolvenzrecht bestehenden Regelung aus § 169 InsO und der vom Gesetzgeber verfolgten Zielsetzung: Dem absonderungsberechtigten Gläubiger sollen durch den Verlust der Verwertungsbefugnis und die reduzierte Beherrschbarkeit des Verwertungsablaufes keine Nachteile entstehen.⁶⁸⁵ Durch eine Zinszahlung wird dem Gläubiger die

685 MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 1; Nerlich/Römermann-InsO/Becker, § 169 Rn. 2.

Möglichkeit geschaffen, seine Liquidität bis zur Verwertung der Sicherheit anderwärts zu finanzieren.⁶⁸⁶ Wenn den Gesetzesmaterialien zur Insolvenzordnung zu entnehmen ist, dass bei einem Entzug der Verwertungsbefugnis die Nachteile zu kompensieren sind, die auf einer Verzögerung der Verwertung beruhen, so muss dieser Grundsatz für sämtliche betroffene Gläubiger gleichermaßen gelten. Aus den gleichen Gründen, die für die absonderungsberechtigten Gläubiger ins Feld geführt werden, dürfen auch der AVP keine verfahrensbedingten Belastungen während der Zeit, die zur Vorbereitung der Verwertungsentscheidung benötigt wird, aufgebürdet werden. Es müssen die gleichen Prinzipien gelten. Mit Blick auf § 169 InsO muss auch der AVP ein Aufwandsausgleichsanspruch zugesprochen werden.

- Und letztlich überzeugt auch in diesem Zusammenhang der Vergleich mit den Grundprinzipien aus den Optionsgeschäften für die Schaffung eines Aufwandsausgleichsinstituts. Die AVP ist an den Vertrag mit dem Insolvenzschuldner gebunden. Sie hat keinen Einfluss auf die Verwertungsentscheidung und kann sich vor dem Auflaufen zusätzlicher Kosten nicht schützen. Das Argument, dass ihre Situation mit der eines Stillhalters vergleichbar ist, mit Ausnahme der Tatsache, dass ihre Nachteile nicht kompensiert werden, greift daher auch bezüglich der Bereithaltungskosten. Es bleibt damit bei der Feststellung, dass der Insolvenzverwaltung kein „kostenloses Wahlrecht“ zu Lasten der AVP eingeräumt werden sollte, sondern eine Erstattung zu erfolgen hat.

Über das Aufwandsausgleichsinstitut sollten die Kosten, welche der AVP durch das Bereithalten ihrer Leistung und während des Wartens auf die Leistung der IVP entstehen, kompensiert werden.

B. Wirkungskreis der Institute

Das Wertausgleichsinstitut ist nur erforderlich, wenn der Vertragsanspruch der IVP Wertschwankungen unterlag und eine ablehnende Verwertungsentscheidung (Nichtgeltendmachungsentscheidung oder Nichterhaltungsentscheidung) getroffen wurde. Nur bei dieser Form der Verwertung greift die AVP zur Befriedigung ihrer Forderung auf den Wert des schuldnerischen Anspruchs zurück, indem sie die Werte der beiderseitig noch nicht erfüllten Ansprüche verrechnet. Verliert der Anspruch der IVP während der Schwebezeit bis zur Nichtgeltendmachungsentscheidung an

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

Wert, wodurch der AVP Befriedigungseinbußen entstehen, so soll der AVP ein Wertausgleichsanspruch gegenüber den ungesicherten Gläubigern zustehen. Und für den umgekehrten Fall, dass der Anspruch der IVP bis zur Nichtgeltendmachungsentscheidung eine Wertsteigerung erfahren hat und sich dieser Wert im Vermögen der AVP realisierte, sollen die ungesicherten Gläubiger einen Wertausgleichsanspruch gegen die AVP besitzen. War die AVP bei Verfahrenseröffnung jedoch untersichert, so ist ihr Befriedigungsvorrecht am Wert des Vertragsanspruchs der IVP zu beachten. Erst wenn der Anspruch der AVP vollständig erfüllt werden konnte, soll ein erzielter Übererlös (also ein über den Wert der Anspruchs der AVP hinausgehender Wertanstieg des schuldnerischen Anspruchs) den ungesicherten Gläubigern gebühren.

Wird eine Geltendmachungsentscheidung getroffen, entfalten mögliche Wertschwankungen des Vertragsanspruchs der IVP, gleich in welche Richtung, für die Befriedigung der AVP keine Relevanz. Da die AVP bei einer Geltendmachungsentscheidung die vertraglich vereinbarte Gegenleistung erhält, entstehen ihr weder Befriedigungseinbußen durch Wertverluste noch Vorteile durch Wertsteigerungen. War das Geschäft für die AVP nachteilig, so realisiert sich lediglich das Risiko, das sie bereits bei Vertragsschluss eingegangen war.

Es ist zu bedenken, dass zur Bewertung der Differenzforderung die Werte der beiderseitigen Vertragsansprüche am Tag der Verfahrenseröffnung herangezogen werden müssen. Anderenfalls würden die Wertschwankungen des Anspruchs der IVP in zweifacher Weise berücksichtigt werden – zum einen über die Differenzforderung und zum anderen über den Wertausgleichsanspruch – was es zu vermeiden gilt.

Bezüglich des Aufwandsausgleichsinstituts gilt, dass angefallene zusätzlichen Kosten der AVP immer zu erstatten sind, unabhängig davon, ob eine Geltendmachungsentscheidung oder eine Nichtgeltendmachungsentscheidung von der Insolvenzverwaltung getroffen wurde. Denn die Belastungen stehen nicht mit dem Ausgang der Verwertungsentscheidung in Verbindung. Die Kosten, welche die AVP zum Erhalt der eigenen Leistungsfähigkeit und zur Überbrückung der Schwebezeit während des Wartens auf die Leistung der IVP trägt, werden durch den Schwebezustand und der erzwungenen Vertragsbindung hervorgerufen. Diese mit der Dauer des Verfahrens im Zusammenhang stehenden Bereithaltungskosten sind ihr stets zu erstatten.

Die Institute zum Wertausgleich und zum Aufwandsausgleich wirken sich nicht auf das Verwertungsrecht der Insolvenzverwaltung aus. Der Prozess als auch die Verwertungsmöglichkeiten bleiben die gleichen.

Entscheidet sich die Insolvenzverwaltung aber, mit der Verwertung des Schuldnervermögens weiter zuzuwarten, so trifft die Insolvenzmasse die Pflicht zum Ausgleich der insolvenzrechtlichen Belastungen der AVP. Für die Insolvenzverwaltung bestehen keine absolute Verwertungspflicht und auch keine festgelegten Fristen. Sie muss daher im Einzelfall abwägen, ob es vorteilhafter ist, den Gegenstand alsbald zu verwerten oder weiter nach besseren Verwertungsmöglichkeiten zu suchen und im Gegenzug einen eingetretenen Wertverlust auszugleichen oder entstandene Kosten zu erstatten. Diese Abwägung trifft die Insolvenzverwaltung nach geltendem Recht auch bereits bezüglich der Verwertung von Gegenständen, an denen ein Absonderungsrecht besteht. Auch hier wird schon jetzt stets geprüft, ob die Verwertung weiter hinausgeschoben werden sollte, da im Gegenzug Zinsen und ggf. Wertersatz zu zahlen sind.⁶⁸⁷

Der Wertausgleichsanspruch, der die Wiederherstellung der ursprünglichen Befriedigungsverhältnisse herbeiführen soll, und der Aufwandsausgleichsanspruch, der eine Kompensation der zusätzlichen Kosten bewirken soll, müssen Massestatus erhalten, da anderenfalls die zuvor genannten Ziele nicht erreicht werden können.

C. Verfassungskonformität des Gesetzesentwurfs

Der Reformvorschlag zur Ergänzung der Insolvenzordnung um ein Wertausgleichs- und ein Aufwandsausgleichsinstitut müsste auch verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Die verfassungsrechtlichen Maximen wirken in das gesamte Insolvenzrecht hinein und damit zugleich in die Regelungen, welche die Verhältnisse zwischen den Gläubigern betreffen. Auch wenn das Insolvenzverfahren durch die Selbstbestimmungsrechte der Gläubiger maßgeblich geprägt wird, ist es gleichwohl ein staatlich geführtes Verfahren, in welchem Grundrechtseingriffe möglich sind.⁶⁸⁸ Ein Gesetzgeber, der ein Verfahren zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger eines insolventen Schuldners regelt, muss dafür Sorge tragen, dass die in der Verfassung verankerten Grundsätze berücksichtigt und die Grenzen zu möglichen Einschränkungen von Grundrechten beachtet werden.⁶⁸⁹ Die Fortentwicklung des Insolvenzvertragsrechts mit den neuen Ausgleichsansprüchen ist eine Maßnahme, die sich auf die

687 siehe: MünchKomm-InsO/Kern, § 169 Rn. 11.

688 Werres, Grundrechtsschutz Insolvenz, S. 26.

689 Werres, Grundrechtsschutz in der Insolvenz, S. 17.

Verteilungsseite auswirkt. Bei solchen Regelungen ist die Beeinträchtigung für die übrigen Gläubiger typischerweise besonders hoch, da es ihre Befriedigungschancen berührt. Durch die Schaffung einer neuen Masseverbindlichkeit verringert sich das auf die ungesicherten Gläubiger zu verteilende Insolvenzvermögen. Es kommen daher Grundrechtseingriffe in den Schutz des Eigentums und der Gleichbehandlung in Betracht.

Die verminderte Befriedigungsaussicht durch eine Reduzierung der Insolvenzquote könnte aber nur ein Eingriff in Art. 14 GG darstellen, wenn den ungesicherten Gläubigern eine gesetzlich umschriebene Eigentumsposition entzogen wird. Anders als der zivilrechtliche Eigentumsbegriff, der sich gem. § 903 BGB nur auf bewegliche Sachen bezieht, ist der grundrechtliche Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG wesentlich weiter und umfasst unter anderen auch Forderungen. Auch die im Rahmen des Insolvenzverfahrens zu befriedigenden Forderungen unterfallen als vermögenswerte Rechtspositionen dem Schutz des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.⁶⁹⁰ Jedoch gewährt die Verfassung keine grenzenlose Eigentumsgarantie. Im Rahmen der Inhalts- und Schrankbestimmungen aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ist es dem Gesetzgeber überantwortet, die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners zu regeln und Vorrechte gesetzlich festzulegen.⁶⁹¹ Durch die Anpassung und Erweiterung der insolvenzrechtlichen Normen übt der Gesetzgeber lediglich seine Kompetenzen aus und legt den Schutzbereich inhaltlich erneut fest. Schon aus faktischen Gründen ist es nicht möglich, sämtliche Forderungen in voller Höhe zu befriedigen, da das Schuldnervermögen begrenzt ist und im Insolvenzfall typischerweise nicht zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger ausreicht. Das Insolvenzrecht schreibt für die Gruppe der ungesicherten Gläubiger eine insolvenzrechtliche Befriedigung vor. Ihre Forderungen werden nur nach Anteilen („pro portione“) durch das Ausschütten der Insolvenzquote befriedigt.⁶⁹² Hieran ändert die Ergänzung des Insolvenzvertragsrechts mit den Instituten zur Kompensation der verfahrensbedingten Nachteile der AVP nichts. Werden im Gesetz weitere Vorrechte festgelegt und verringert sich dadurch die, auf die ungesicherten Gläubiger zu verteilende, Insolvenzmasse, so liegt kein Eingriff

690 *Werres*, Grundrechtsschutz Insolvenz, S. 55; BVerfG, Beschl. v. 05.11.1982 - 1 BVR 796/81 = ZIP 1982, 1457 (1458).

691 *Roth*, ZInsO 2014, 309 (311); BVerfG, Beschl. v. 05.11.1982 - 1 BVR 796/81 = ZIP 1982, 1457 (1458).

692 Bei gleichem Rang werden Forderungen der Insolvenzgläubiger nach dem Verhältnis ihrer Beiträge befriedigt, *von Wilmsky*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt 2014, 655 (671, 672).

in die verfassungsrechtlich geschützten Rechte dieser Gläubiger vor. Die ungesicherten Gläubiger werden folglich durch die neuen insolvenzrechtlichen Institute nicht in ihren Grundrechten aus Art. 14 GG verletzt.

Beachtung muss auch das Gleichheitsgebot aus Art. 3 GG finden. Hieraus folgt die Pflicht des Staates, sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu unterlassen.⁶⁹³ Es gilt ein, in der Verfassung nur in groben Umrissen verankerter, durch die Insolvenzordnung aber weiter ausgestalteter Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz im Verhältnis zwischen den Gläubigern.⁶⁹⁴ Fraglich ist, ob die neuen insolvenzrechtlichen Institute zum Wertausgleich und zur Erstattung zusätzlicher Kosten zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen den Gläubigern führen. Die Verfassung schreibt allerdings keine absolute Gleichbehandlung vor. Der Grundsatz besagt, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden muss. Demnach besteht die staatliche Pflicht, nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu unterlassen und gerechtfertigte Ungleichbehandlungen vorzunehmen.⁶⁹⁵ Anders als die ungesicherten Gläubiger ist die AVP eine mit dem Wert des Vertragsanspruchs der IVP gesicherter Gläubiger. Der einer Sicherheit innewohnende Zweck liegt in der Absicherung des Gläubigers im Krisenfall. Die Sicherheit der AVP ist ein solches Kriterium, welches eine andere insolvenzrechtliche Behandlung, also eine Ungleichbehandlung rechtfertigt. Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, die Interessen aller Beteiligten in einen angemessenen Ausgleich zu bringen und folglich auch die bestehende Sicherheit der AVP zu berücksichtigen. Bislang werden die verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen der AVP durch die insolvenzrechtlichen Regeln in unzulässiger Weise beschnitten. Die Schaffung der neuen insolvenzrechtlichen Institute dient gerade der angemessenen Befriedigung und gerechten Behandlung aller Gläubiger. Die Ausgleichsverhältnisse bewirken, dass der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Realität bestand hat. Eine Verletzung der Rechte aus Art. 3 GG liegt gleichfalls nicht vor.

693 Roth, Interessenswiderstreit im Insolvenzeröffnungsverfahren, S. 91.

694 Vgl. Windel, JURA 2002, 230 (231).

695 Vgl. Aussagen von: Roth, Interessenswiderstreit im Insolvenzeröffnungsverfahren, S. 91.

D. Gesetzesentwurf zur Ergänzung des § 103 InsO

Ziel der neuen Institute zum Wertausgleich und zum Aufwandsausgleich ist es, sowohl ein effektives Insolvenzverfahren mit optimaler Masseverwertung als auch die Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Auge zu behalten. Der Reformvorschlag muss sich in das bestehende Regelungssystem zum Insolvenzvertragsrecht einfügen und eine Lösung bieten, die mit dem notwendigen Augenmaß alle Interessen der Beteiligten erfasst.

I. Kenntnis der Insolvenzverwaltung

Bezüglich des Wertausgleichsanspruchs und des Aufwandsausgleichsanspruchs handelt sich um oktroyierte Masseverbindlichkeiten, die nicht durch eine Rechtshandlung des Verwalters begründet werden, sondern durch eine Rechtsnorm festgelegt wurden, sodass der Verwalter auf deren Entstehen keinen Einfluss hat. Da jedoch der Insolvenzverwalter nicht stets über sämtliche Verträge des Insolvenzschuldners informiert ist (häufig wird die Informationslage bei einem insolventen Unternehmen lückenhaft und intransparent sein), sollten die Ansprüche der AVP von der Kenntnis der Insolvenzverwaltung über das Bestehen eines noch nicht erfüllten Vertrags abhängig sein. Gleiches muss für das Tätigen eines Überbrückungsgeschäfts gelten. Nur wenn die Insolvenzverwaltung wusste, dass der AVP Belastungen drohen, kann sie alle Risiken abschätzen und Abwägungen treffen und den Verwertungsprozess eventuell beschleunigen, um so den negativen Umständen entgegenwirken. Denn durch eine zügige Verwertung ist es ihr möglich, die verfahrensbedingten Nachteile für die AVP gering zu halten und mit ihnen auch die Belastung für die Insolvenzmasse durch die Masseforderungen.

Das Erfordernis der Mitteilung über das Bestehen eines noch nicht erfüllten Vertrags ist angelehnt an § 107 Abs. 2 Satz 2, 2. HS. InsO. Hiernach besteht ein Verwertungserzwingungsrecht der AVP in der Form des § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO bei Kaufverträgen, die unter einem Eigentumsvorbehalt geschlossen wurden, nur, wenn in der Zeit bis zum Berichtstermin eine erhebliche Verminderung des Wertes der Sache zu erwarten ist und der Gläubiger den Verwalter auf diesen Umstand hingewiesen hat. Gleichfalls kennt das Insolvenzvertragsrecht auch einen Schutz der Insolvenzmasse vor gesetzlich festgelegten Masseverbindlichkeiten. Dem Insolvenzverwalter soll durch das Sonderkündigungsrecht aus § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO die Möglichkeit gegeben werden, die infolge des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO okt-

royierten Masseverbindlichkeiten zu vermeiden, wenn die Gläubiger die Mietsache nicht mehr zu ihrem wirtschaftlichen Vorteil nutzen können.⁶⁹⁶

Die Abhängigkeit des Wertausgleichsanspruchs und Aufwandsausgleichsanspruchs von der Kenntnis der Insolvenzverwaltung über den Vertrag im Stadium des § 103 InsO entspannt den Konflikt zwischen den Masse-schuldnern und ungesicherten Gläubigern, den eine jede Erweiterung der Masseverbindlichkeiten hervorruft. Dem Ziel der Insolvenzrechtsreform, die Eindämmung der Fälle der Masseunzulänglichkeit,⁶⁹⁷ soll damit Rechnung getragen werden und eine Auszehrung der Insolvenzmasse durch Masseforderungen möglichst abgewehrt werden. Der Anspruch auf Wertausgleich soll deshalb nur bestehen, wenn der andere Teil die Insolvenzverwaltung über das Bestehen des noch nicht erfüllten Vertragsverhältnisses in Kenntnis gesetzt hat oder die Insolvenzverwaltung auf andere Weise Kenntnis von diesem Vertrag erlangt hat. Und bezüglich des Aufwandsausgleichsanspruchs wird von der AVP verlangt, ein Geschäft, das zur Überbrückung der Schwebzeit geschlossen wird, vorab der Insolvenzverwaltung anzuzeigen.

II. Neuer Wortlaut des § 103 InsO

Der Tatbestand des Wertausgleichsanspruchs könnte in § 103 Abs. 3 InsO verortet werden. Der Anspruch zugunsten der AVP ist inhaltlich angelehnt an den Ausgleichsanspruch aus § 172 Abs. 1 InsO, sprachlich sollte allerdings differenzierter vorgegangen werden. Obwohl in § 172 Abs. 1 InsO von einer „Verpflichtung des Insolvenzverwalters“ die Rede ist, überzeugt diese Formulierung nicht und ist aus rechtlicher Sicht nicht sinnvoll. Adressat der Verpflichtung zum Ausgleich von Wertverlusten sollte die Gruppe der ungesicherten Gläubiger sein, vertreten durch die Insolvenzverwaltung. Das Gesetz wählt hierfür regelmäßig die Formulierung, dass ein Betrag aus der „Insolvenzmasse“ zu berichtigen ist (siehe 53 InsO, vgl. § 108 Abs. 1 InsO). Aus Gründen der Einheitlichkeit soll diese Formulierung auch für § 103 Abs. 3 InsO übernommen werden. Und auch der Anspruch zugunsten der ungesicherten Gläubiger bei einer Wertsteigerung des Vertragsanspruchs der IVP soll in dem neuen § 103 Abs. 3 InsO Einzug finden.

696 Vgl. *Trams*, NJW-Spezial 2017, 597 (597).

697 RegE für eine InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 72 ff., 77; vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 4.03.

Der Aufwandsausgleichsanspruch zur Erstattung der Bereithaltungskosten der AVP während der Schwebezeit könnte in einem neuen § 103 Abs. 4 InsO normiert werden. Dieser Anspruch orientiert sich grob an § 169 InsO. Statt eines Zinszahlungsanspruchs ab dem Berichtstermin sollten der AVP jedoch die Kosten zum Erhalt der Leistungsfähigkeit und Mehrkosten eines Überbrückungsgeschäfts ab Verfahrenseröffnung erstattet werden. Beispiele für Bereithaltungskosten könnten in einer nicht abschließenden Aufzählung aufgeführt werden.

Zusätzlich zur Einführung des Wertausgleichsinstituts und des Aufwandsausgleichsinstituts wird empfohlen, den Wortlaut des § 103 Abs. 2 InsO zum besseren Verständnis teilweise neu zu formulieren. Es sollte statt der Formulierung „Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab“ folgender Wortlaut genutzt werden: „Lehnt der Verwalter die Erfüllung des Vertragsanspruchs der insolventen Vertragspartei ab“. Hierdurch wird klargestellt, dass bei der Verwertungsentscheidung nicht die Erfüllung des Vertragsanspruchs des Gläubigers abgelehnt wird (schließlich dient das Gesamtvollstreckungsverfahren gerade der Durchsetzung der Forderungen der Gläubiger), sondern die Insolvenzverwaltung lediglich über die Erfüllung des Anspruchs des Insolvenzschuldners eine Verwertungsentscheidung trifft. Ein diesbezüglich konträres und unzutreffendes Verständnis, wonach die Erfüllung des Anspruchs des Gläubigers abgelehnt wird, ist bereits zivilrechtlich höchst fraglich, da ein Vertragspartner sich nicht selbst von seinen eingegangenen Verpflichtungen befreien kann.⁶⁹⁸ Zudem sollte anstelle der Formulierung „Forderung wegen Nichterfüllung“ der Begriff „Differenzforderung“ genutzt werden. Der gegenwärtige Wortlaut verleitet zu der Annahme, dass der andere Teil einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages besäße. Derartige Missverständnisse sollen vermieden werden. Deshalb kann zusätzlich erklärt werden, dass es sich bei der Differenzforderung um die verbleibende Restforderung nach Verrechnung der Werte der gegenseitig noch nicht erfüllten Vertragsansprüche handelt. Maßgeblich für die Verrechnung sind die Werte der Vertragsansprüche zur Zeit der Insolvenzeröffnung.

Der Wortlaut des § 103 InsO könnte wie folgt abgewandelt und ergänzt werden (Änderungen und Ergänzungen sind hervorgehoben):

698 *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 28, 31 ff.; *von Wilmowsky*, KTS 2011, 453 (469).

§ 103 InsO Wahlrecht des Insolvenzverwalters

(1) Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen.

(2) Lehnt **die Insolvenzverwaltung ab**, die Erfüllung des **Vertragsanspruchs der insolventen Vertragspartei von der anderen Partei zu verlangen**, so kann der andere Teil **nach Verrechnung der Werte der gegenseitig noch nicht erfüllten Vertragsansprüche die verbleibende Differenzforderung** nur als Insolvenzgläubiger geltend machen. **Maßgeblich für die Verrechnung sind die Werte der Vertragsansprüche zur Zeit der Insolvenzeröffnung**. Fordert der andere Teil den Verwalter zur Ausübung seines Wahlrechts auf, so hat der Verwalter unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, so kann er auf **die** Erfüllung nicht bestehen.

(3) Lehnt **die Insolvenzverwaltung ab**, die Erfüllung des **Vertragsanspruchs der insolventen Vertragspartei von der anderen Partei zu verlangen**, so sind Wertverluste dieses Anspruchs von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an bis zur Verwertungsentscheidung durch Zahlung aus der Insolvenzmasse an den anderen Teil auszugleichen. Steigt der Wert dieses Anspruchs, so dient der Wertzuwachs vorrangig der Befriedigung des Anspruchs des anderen Teils. Für eine darüberhinausgehende Wertsteigerung ist eine Ausgleichszahlung vom anderen Teil an die Insolvenzmasse zu leisten, sofern sich der Wertzuwachs im Vermögen des anderen Teils realisiert hat. Der andere Teil hat der Insolvenzverwaltung das Bestehen des noch nicht erfüllten Vertragsverhältnisses anzuzeigen, sofern diese nicht auf andere Weise Kenntnis von diesem Vertrag erlangt hat.

(4) Bis zur Verwertung des Vertragsanspruchs der insolventen Vertragspartei, zu dessen Verwertung die Insolvenzverwaltung berechtigt ist, sind dem anderen Teil ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens an die Kosten zum Erhalt der Leistungsfähigkeit und die Mehrkosten für ein Geschäft zur Überbrückung der Schwebzeit aus der Insolvenzmasse zu zahlen. Der andere Teil kann

insbesondere Erstattung der Aufwendungen verlangen, die er für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen musste, sowie Erstattung von Mehrkosten, die ihm aufgrund einer Ersatzbeschaffung während des Wartens auf die Verwertungsentscheidung entstanden. Der andere Teil hat der Insolvenzverwaltung über das Tätigen eines Geschäfts zur Überbrückung der Schwebezeit und damit verbundene Kosten in Kenntnis zu setzen.

III. Anpassung des § 55 InsO

Um die Ansprüche der AVP zum Wertausgleich und zur Erstattung der Bereithaltungskosten mit Massestatus zu versehen, bedarf es zudem einer Ergänzung des § 55 Abs. 1 InsO:

§ 55 Sonstige Masseverbindlichkeiten

- (1) Masseverbindlichkeiten sind weiter die Verbindlichkeiten:
1. die durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören;
 2. aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss **und aufgrund eines Anspruchs aus § 103 Absatz 3 und Absatz 4;**
 3. aus einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse.
- (Die Absätze 2 bis 4 bleiben unverändert)

