

Juristische Fakultät

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Zivilprozessrecht, Freiwillige Gerichts-
barkeit und Insolvenzrecht

EBERHARD KARLS
UNIVERSITÄT
TÜBINGEN



Prof. Dr. Wolfgang Marotzke, · Wilhelmstraße 7, · 72074 Tübingen

Prof. Dr. Wolfgang Marotzke

Juristische Fakultät
Wilhelmstr. 7 (Neue Aula)
72074 Tübingen
Telefon: 07071 . 29. 76776
Telefax: 07071 . 29. 5044
wolfgang.marotzke@uni-tuebingen.de

16. 4. 2008

Vorbereitende Stellungnahme

**zu einigen Themenfeldern der Anhörung
im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 23. 4. 2008**

**zum Regierungsentwurf
eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der
Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen,
BT-Drucksache 16/7416
sowie**

**zum Bundesratsentwurf
eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung
der Aufsicht in Insolvenzverfahren (GAVI)
BT-Drucksache 16/7251.**

A. Vorbemerkung

Als Schwerpunktthemen der öffentlichen Anhörung wurden vorgegeben:

- Stärkung der Gläubigerrechte
- Lizenzverträge
- Leasingverträge.

Die folgenden Ausführungen orientieren sich an dieser Vorgabe.



Vorangestellt sind zu Beginn des Titels „B. Stärkung der Gläubigerrechte“ einige Bemerkungen und Vorschläge zum neuen § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV sowie ein Ergänzungsvorschlag zu § 129 InsO; diese beiden Punkte sind nicht unmittelbar durch einen der oben genannten Gesetzesentwürfe, sondern durch nachträglich eingetretene Ereignisse veranlasst, auf die jetzt vielleicht noch reagiert werden könnte.

B. Stärkung der Gläubigerrechte

I. Zu § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV

1. Als das genaue Gegenteil einer Stärkung der Gläubigerrechte, hier verstanden als die Rechte *aller* Gläubiger, wird von Vielen der an 1.1.2008 in Kraft getretene § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV angesehen. Die neue Vorschrift soll den Insolvenzverwalter eines Arbeitgebers hindern, die vom Letzteren abgeführten **Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung** im Wege einer auf §§ 129 ff. InsO gestützten Anfechtung vom Sozialversicherungsträger zurückzufordern. Diese Entscheidung des Gesetzgebers hat zwar eine bewegte Vorgeschichte, ist aber für einige Fallgestaltungen durchaus nachvollziehbar.
2. Im Zusammenhang mit der Neuregelung besteht jedoch noch Klärungs- und Ergänzungsbedarf. Dieser resultiert daraus, dass die in § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV aufgestellte Fiktion, die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags gelte „als **aus** dem Vermögen des Beschäftigten erbracht“, logischerweise die weitere Fiktion voraussetzt, dass der Arbeitnehmeranteil zunächst einmal in das Vermögen des Beschäftigten **hineingelangt** ist.

Die letztgenannte, logisch vorrangige Fiktion ist für den Arbeitnehmer nicht ungefährlich, da sie möglicherweise *ihn* zum richtigen Anfechtungsgegner werden lässt (dazu sogleich unter a; vgl. auch Meier, NZI 2008, 140, 142; Bauer/Eßer, ZInsO 2008, 296, 297) und dadurch den arbeitnehmerschützenden Effekt der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zunichte macht.

Andererseits ist die in § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV aufgestellte Fiktion aber auch in gewisser Weise nützlich, da sie u.U. als Baustein zur Anschubfinanzierung von Verbraucherinsolvenzverfahren mit Restschuldbefreiungsoption genutzt werden kann (dazu sogleich unter b).



- a) Für den Fall der Insolvenz des Arbeitgebers sollte klargestellt werden, dass der Insolvenzverwalter die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeführten Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung auch vom Arbeitnehmer nicht zurückverlangen kann. Da der Arbeitnehmer das Geld nicht wirklich, sondern nur fiktiv erlangt hat, sollte er sich nicht in einen Anfechtungsprozess verwickeln lassen müssen.

Das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO

Die Vorschrift lautet:

„**Bargeschäft.** Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt ist, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind.“

käme dem Arbeitnehmer zwar oft, aber keineswegs immer zugute (z.B. dann nicht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmeranteil erst mit erheblicher Verspätung an den Sozialversicherungsträger überwiesen hat).

Ich möchte deshalb vorschlagen, dem § 28e Abs. 1 SGB IV die folgenden Sätze 3 und 4 anzufügen:

Ein gegenüber dem Beschäftigten bestehendes Anfechtungsrecht nach der Insolvenzordnung oder nach dem Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb eines Insolvenzverfahrens sowie die Rechtsfolgen der Ausübung eines solchen Rechts können nur gegenüber dem Sozialversicherungsträger geltend gemacht werden. Soweit es für die Anfechtbarkeit und die Rechtsfolgen einer Anfechtung auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen bestimmter Umstände ankommt, genügt es, wenn diese Voraussetzung in der Person des Sozialversicherungsträgers erfüllt ist.

Dieser Ergänzungsvorschlag bedeutet im Ergebnis keine vollständige Rückkehr zu der mit der Schaffung des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV überwunden geglaubten weiten Anfechtungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs, sondern erlaubt, anders als diese, dem Sozialversicherungsträger je nach Lage des Falles die Berufung auf das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO.

- b) Des Weiteren sollte, zumindest im Wege der authentischen Interpretation, klargestellt werden, dass die in § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV aufgestellte Fiktion auch in der Insolvenz des Arbeitnehmers gilt. Auf diese Weise könnte die Neuregelung, wenn auch nur in sehr bescheidenem Umfang und wohl auch nur in Kombination mit der



ohnehin vorgesehenen ersatzlosen Streichung des § 313 Abs. 2 InsO, zur Verfahrenskostendeckung im Verbraucherinsolvenzverfahren beitragen. Dem Sozialversicherungsträger müssten dann allerdings rechtzeitig vor Stellung eines Insolvenzantrags die zur Bösgläubigkeit (§ 130 InsO) führenden Kenntnisse vermittelt werden.

II. Zu § 129 InsO

Dem § 129 InsO sollte folgender Absatz 3 angefügt werden.

Die Anfechtbarkeit einer Zahlung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass diese mit Hilfe eines im Soll geführten Kontos erfolgte und nicht durch eine vorher oder gleichzeitig vereinbarte Kreditlinie gedeckt war.

Begründung:

Sowohl bei Schaffung des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV als auch bei der gegen diese Vorschrift gerichteten Kritik wurde zu wenig berücksichtigt, dass das Ziel dieser Vorschrift, welches darin besteht, dem Insolvenzverwalter eines Arbeitgebers zu verwehren, die von dem Letzteren abgeführten Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung im Wege der Anfechtung vom Sozialversicherungsträger zurückzufordern, in vielen Fällen schon dadurch erreicht wird (und zwar auch hinsichtlich bereits gezahlter Arbeitgeberanteile), dass der Bundesgerichtshof sich in einem zugunsten eines Sozialversicherungsträgers ergangenen Urteil vom 11. 1. 2007 auf den Standpunkt gestellt hat, dass eine aus einem debitorischen Konto erfolgte und nicht durch eine vorher oder gleichzeitig vereinbarte Kreditlinie gedeckte Zahlung i.d.R. nicht gläubigerbenachteiligend im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO wirke und deshalb nicht der Anfechtung nach §§ 130 ff. InsO unterliege (vgl. BGHZ 170, 276 ff.).

Den vorläufigen Höhepunkt dieser Rechtsprechung markiert ein Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 1.2.2007, in welchem ausgesprochen und leitsatzmäßig hervorgehoben wird, dass in Fällen, in denen eine vom Insolvenzverwalter angefochtene Zahlung des Schuldners „über ein Bankkonto“ erfolgt ist und der Anfechtungsgegner das Vorliegen der von § 129 Abs. 1 InsO geforderten Gläubigerbenachteiligung bestreitet, zur „Schlüssigkeit“ der vom Insolvenzverwalter erhobenen Anfechtungsklage die Darlegung gehöre, dass die Zahlung „aus einem Guthaben oder im Rahmen einer eingeräumten Kreditlinie“ erfolgt sei (BGH, ZInsO 2007, 323).



Diese Rechtsprechung ist abzulehnen (ausf. Marotzke, ZInsO 2007, 897 ff.; mit anderer Begründung ebenso Spliedt, NZI 2007, 228 f.; Häsemeyer, KTS 2007, 423 ff.; vgl. auch Mock, ZInsO 2007, 561 ff., 911 ff.; a.M. Galster ZInsO 2007, 908 ff.). Ob sich das Konto des jetzt insolventen Schuldners im Zeitpunkt der Überweisung im Haben oder im Soll befand und wie hoch eine etwaige Kreditlinie war, geht den Anfechtungsgegner nichts an. Entscheidend ist allein, dass er das Geld tatsächlich empfangen und dabei einen Anfechtungsgrund im Sinne der §§ 130 ff. InsO gesetzt hat. Die gegenteilige Auffassung des Bundesgerichtshofs führt nicht nur zu einer unangemessenen Verkomplizierung von Anfechtungsprozessen, sondern ermuntert auch zu einer eröffnungsnahe Günstlingswirtschaft des Schuldners durch geschickte Steuerung der Reihenfolge der Kontobewegungen oder durch selektiven Einsatz mehrerer Konten mit unterschiedlichen Kontoständen bzw. Kreditlinien. Solche Manipulationsmöglichkeiten sollten im Interesse eines effektiven und dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz verpflichteten Insolvenz- und Insolvenzanfechtungsrechts unterbunden werden. Der hier vorgeschlagene § 129 Abs. 3 InsO könnte die aufgezeigte Problematik in angemessener Weise lösen.

Außerdem passt der vorgeschlagene § 129 Abs. 3 InsO ausgesprochen gut zu dem am 1.1.2008 in Kraft getretenen § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV, da die in dieser Vorschrift des SGB aufgestellte Fiktion, nach welcher die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags als „aus dem Vermögen des Beschäftigten“ erbracht gilt, eine Differenzierung je nach Stand und ggfls. Kreditlinie des für den Beschäftigten geführten Bankkontos nicht vornimmt – ein im Zusammenhang mit der Finanzierung von Verbraucherinsolvenzverfahren nicht ganz unbedeutender Gesichtspunkt (s. o. B I 2 b) .

III. Zur vorgeschlagenen Ergänzung des § 14 Abs. 1 InsO

Art. 1 Nr. 3 RegE (BT-Drucksache 16/7416) schlägt vor, den § 14 Abs. 1 InsO in der Weise zu ergänzen, dass ein von Gläubigerseite gestellter Eröffnungsantrag „nicht allein dadurch unzulässig (wird), dass die Forderung nach der Antragstellung erfüllt wird“.

Eine solche Regelung bliebe auf halbem Wege stehen. Denn sie hindert den Gläubiger nicht, seinen Insolvenzantrag freiwillig zurückzunehmen oder für erledigt zu erklären, sobald die zugrunde liegende Forderung erfüllt wird, und den nächsten Antrag erst nach Ablauf der anfechtungsrelevanten Dreimonatsfristen der §§ 130, 131 InsO zu stellen. Zwar ist der Bundesgerichtshof seit einigen Jahren bemüht, hier mit Hilfe der von ihm entwickelten und zunehmend verfeinerten Inkongruenz-Regeln gegenzusteuern (vgl. BGHZ 157, 242 ff.). Das kann



jedoch nur eine Notlösung sein und ersetzt eine klare gesetzliche Regelung nicht. Diese sollte nicht bei § 14, sondern bei § 13 InsO ansetzen und könnte z.B. wie folgt aussehen:

§ 13 Eröffnungsantrag, Eröffnung von Amts wegen

(1) Soweit sich aus Absatz 4 nichts anderes ergibt, wird das Insolvenzverfahren nur auf schriftlichen Antrag eröffnet. Antragsberechtigt sind die Gläubiger und der Schuldner.

(2) Der bisherige Absatz 3 (Antragsformular) wird zu Absatz 2.

(3) Der bisherige Absatz 2 (Antragsrücknahme) wird zu Absatz 3.

(4) Nimmt ein Gläubiger seinen Antrag zurück oder erklärt er ihn für erledigt oder wirkt er nicht mit erkennbarem Interesse an dem Eröffnungsverfahren mit, so kann das Gericht das Insolvenzverfahren von Amts wegen eröffnen, wenn der Antrag des Gläubigers einmal zulässig im Sinne des § 14 Absatz 1 war, ein Eröffnungsgrund gegeben ist und die Durchführung eines Insolvenzverfahrens nach der Überzeugung des Gerichts im Interesse der Gläubiger liegt. Im Eröffnungsbeschluss sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Kein ausreichender Eröffnungsgrund im Sinne des Satzes 2 ist die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18).

(5) Wird das Insolvenzverfahren nach Absatz 4 von Amts wegen eröffnet, gilt der zurückgenommene oder für erledigt erklärte Eröffnungsantrag des Gläubigers als fortbestehend, soweit der Zeitpunkt der Antragstellung oder die Kenntnis von der Antragstellung für die Wirksamkeit oder die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung von Bedeutung ist. Für die Beurteilung der Zulässigkeit und der Erforderlichkeit von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 steht der Vorbereitung einer Entscheidung über einen Eröffnungsantrag die Vorbereitung einer Entscheidung über die Eröffnung von Amts wegen gleich.

Dieser Vorschlag verfolgt letztlich denselben Zweck wie ein in ZInsO 2004, 1064, 1069 publizierter früherer Gesetzgebungsvorschlag von Herrn Frind, der sich nicht durchzusetzen vermochte.



Im Unterschied zum Vorschlag Frind schränkt der hier unterbreitete Vorschlag jedoch nicht das Recht des Gläubigers zur Antragsrücknahme oder Erledigterklärung ein, sondern ermöglicht dem Insolvenzgericht die Verfahrenseröffnung *trotz* wirksamer Antragsrücknahme oder Erledigterklärung oder sonstigen Desinteresses (§ 14 Abs. 1 InsO) des Gläubigers. Der Vorteil einer solchen Regelung liegt darin, dass das Insolvenzgericht nicht den Wegfall (so jedoch der Vorschlag Find), sondern das Bestehen eines Eröffnungsgrundes festzustellen hat, was der Struktur eines Eröffnungsverfahrens eher entspricht und eine Mehrbelastung des Gerichts vermeidet. Eine Begründung dafür, dass die Verfahrenseröffnung im Interesse „der“ Gläubiger – also nicht eines einzelnen Gläubigers, sondern der Gläubigergemeinschaft – liegt, sollte angesichts des anfechtungsrechtlichen Kontextes nicht schwer fallen.

Die hier vorgeschlagene Regelung führt auch nicht zu einer dem Eröffnungsverfahren fremden Erweiterung des Amtsermittlungsgrundsatzes. Denn gem. §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 14 Abs. 2 InsO muss das Insolvenzgericht die für eine Verfahrenseröffnung erforderlichen Tatsachen ohnehin von Amts wegen ermitteln, sobald es die Zulässigkeit des Eröffnungsantrags festgestellt hat, was bei einem von Gläubigerseite gestellten Antrag voraussetzt, dass der Antragsteller seine Forderung und den behaupteten Eröffnungsgrund glaubhaft gemacht hat (§ 14 Abs. 1 InsO). Nur in dieser Situation würde auch die hier vorgeschlagene Regelung eingreifen, da diese in Abs. 4 Satz 1 voraussetzt, dass der - nun nicht mehr weiter verfolgte - Antrag des Gläubigers „einmal zulässig im Sinne des § 14 Absatz 1 war“. Vermutlich würde die hier vorgeschlagene Regelung sogar zu einer Entlastung der Insolvenzgerichte führen, da sie verhindert, dass der Gläubiger eine bereits begonnene Ermittlungsarbeit des Insolvenzgerichts durch Antragsrücknahme oder Abgabe einer Erledigungsklärung entwertet und dann nach Ablauf der anfechtungsrelevanten Dreimonatsfrist erneut mit einem Insolvenzantrag kommt. Hier sollte ein Gericht nicht tatenlos zusehen müssen.

IV. Zu den vorgeschlagenen Ergänzungen des § 55 Abs. 2 InsO

Die in RegE Art. 1 Nr. 7 (BT-Drucksache 16/ 7416) vorgeschlagenen Ergänzungen des § 55 Abs. 2 InsO sind nicht zu befürworten.

Begründung:

1. Im Allgemeinen gibt es keinen sachlichen Grund, öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten aus der Zeit des Eröffnungsverfahrens auch dann zu Masseverbindlichkeiten aufzuwerten, wenn ihnen keine konkret zuordenbare und der Insolvenzmasse zugute kommende Gegenleistung des öffentlich-rechtlichen Gläubigers gegenübersteht. Die jetzt vorgeschlagene



ne Neufassung des § 55 Abs. 2 InsO macht die öffentlich-rechtlichen Gläubiger zu Trittbrettfahrern des der Vorschrift eigentlich zugrunde liegenden Gegenleistungsprinzips. Das mag vertretbar sein, soweit es um vom „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter in den Rechnungen des Schuldnerunternehmens ausgewiesene und dann auch tatsächlich vereinnahmte Umsatzsteuerbeträge geht. Die von der Bundesregierung vorgeschlagene Neufassung des § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO spricht jedoch nicht lediglich von der Umsatzsteuer und von tatsächlich in die Masse gelangten Beträgen, sondern ganz allgemein von „öffentlich-rechtlichen“ Verbindlichkeiten. Das lässt der Phantasie breiten Raum (bis hin zu Ansprüchen eines Sozialversicherungsträgers oder zur umweltrechtlichen Haftung für ein vom vorläufigen Insolvenzverwalter vorübergehend genutztes kontaminiertes Grundstück) und bedarf deshalb der eingrenzenden Konkretisierung.

Denn jedes Vorrecht hat seinen Preis.

Den Preis einer zu weit gehenden Privilegierung öffentlich-rechtlicher Gläubiger würden diejenigen Personen – z.B. kleine bis mittelgroße Handwerksbetriebe und andere Dienstleister - zu zahlen haben, die in Unkenntnis der Tücken des Insolvenzrechts mit einem vorläufigen Insolvenzverwalter (oder mit dessen Zustimmung mit dem Schuldner) Verträge schließen bzw. an ihn Leistungen erbringen und erst nach Vollendung ihrer Arbeit und Rechnungsstellung erkennen, dass die ihnen haftende Vermögensmasse nach Vorwegabzug der an den Fiskus und andere öffentlich-rechtliche Gläubiger gehenden Beträge zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht. Für den vorläufigen Insolvenzverwalter, der immerhin ein Organ der Rechtspflege ist und als solches einen Vertrauensbonus genießt, würde es immer schwieriger werden, sich wie ein ehrbarer Kaufmann zu verhalten und seine insolvenzrechtlich unerfahrenen Vertragspartner nicht ins Messer laufen zu lassen. Die redliche Unternehmensfortführung durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter würde durch eine zu weit gehende Privilegierung öffentlich-rechtlicher Forderungen erheblich behindert.

Zudem klafft zwischen den Vorrechten, welche einige öffentlich-rechtliche Gläubiger nach der sehr weiten Fassung des Ergänzungsvorschlags zu § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO ganz ohne konkrete Gegenleistung oder Massebereicherung für sich beanspruchen könnten, und den Sonderopfern, welche durch §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5, 112 InsO einem Vermieter oder Verpächter auferlegt werden, eine unüberbrückbare Gerechtigkeitslücke. Der Ergänzungsvorschlag zu § 55 Abs. 2 InsO sollte vor diesem Hintergrund noch einmal gründlich überarbeitet werden.

2. In Satz 3 der im RegE vorgeschlagenen Neufassung des § 55 Abs. 2 InsO ist von Masseverbindlichkeiten die Rede, die ein vorläufiger Insolvenzverwalter auf Grund einer ihm vom



Insolvenzgericht erteilten „Einzelermächtigung“ begründet hat. Diese Formulierung könnte nach Inkrafttreten als gesetzgeberische Bestätigung der vom Bundesgerichtshof vertretenen Ansicht interpretiert werden, dass das Insolvenzgericht einen „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter nicht generell, sondern nur gezielt einzelfallbezogen zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigen könne. Die Ansicht des Bundesgerichtshofs begegnet jedoch erheblichen Bedenken. Denn sie verlangt vom Insolvenzgericht die Vorabentscheidung von Zweckmäßigungsfragen und Verhandlungsstrategien (Wem darf eine Massegläubigerstellung angeboten werden und wem nicht?), deren Beurteilung man besser dem unmittelbar mit den „betriebsnotwendigen“ Geschäftspartnern kommunizierenden und dabei keiner gerichtlichen Bevormundung bedürftigen vorläufigen Insolvenzverwalter überlasse. Für Fehler und unzumutbares Verhalten haftet der vorläufige Insolvenzverwalter den Beteiligten ohnehin nach Maßgabe der §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 60, 61 InsO persönlich. Vor diesem Hintergrund sollte die gerichtliche Aufsicht über den vorläufigen Insolvenzverwalter grundsätzlich als Rechts- und nicht als Zweckmäßigungsaufsicht verstanden werden und deshalb auch die Verleihung einer *generellen* Masseschuldbegründungskompetenz, von welcher der mit ihr betraute „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter nach pflichtgemäßem eigenem Ermessen Gebrauch machen darf, als zulässig erachtet werden (weitere Argumentation bei Marotzke, ZInsO 2004, 113, 115 f., 178 ff.). Es wäre gut, wenn der Gesetzgeber diese Frage nicht ohne eingehende Prüfung mitentscheiden, sondern der weiteren Entwicklung Raum geben würde.

V. Zu § 88 InsO (sog. Rückschlagsperre)

RegE Art.1 Nr. 11 (BT-Drucksache 16/7416) schlägt vor, den Inhalt des bisherigen § 312 Abs. 1 Satz 3 InsO nunmehr in § 88 Abs. 2 InsO zu verorten. Das ist von der Systematik her in Ordnung, ändert aber nichts an den verfassungsrechtlichen Bedenken, die von Teilen des Schrifttums, so auch vom Verfasser dieser Zeilen, gegen die Rückschlagsperre erhoben werden. Ein Reparaturversuch wird im gegenwärtigen Gesetzgebungsverfahren nicht möglich sein; denn dazu bedürfte es einer grundlegenden Neuregelung und Vereinfachung des Insolvenzanfechtungsrechts (ausführlich und mit Formulierungsvorschlägen Marotzke, DZWIR 2007, 265 ff.)



VI. Zur vorgeschlagenen Einfügung eines § 290 Abs. 1 Nr. 7 InsO

Eine vom Schuldner gewünschte **Restschuldbefreiung** ist gem. § 290 Abs.1 InsO zu versagen, wenn dies im Schlusstermin von einem Insolvenzgläubiger beantragt wird und einer der in den nachfolgenden Nummern genannten Versagungsgründe vorliegt.

RegE Art. 1 Nr. 21 (BT-Drucksache 16/ 7416) schlägt unter a) ff) vor, dem § 290 Abs. 1 InsO als Nr. 7 einen weiteren Versagungsgrund anzufügen. Für diesen zusätzlichen Versagungsgrund ist folgende Formulierung vorgesehen:

„(... wenn) der Schuldner als vertretungsberechtigtes Organ einer Gesellschaft oder als Gesellschafter den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (m.E. zu ergänzen: über das Vermögen der Gesellschaft) pflichtwidrig und schuldhaft nicht oder nicht rechtzeitig gestellt hat.“

Die vorgeschlagene Ergänzung des § 290 Abs. 1 InsO erscheint zwar grundsätzlich vertretbar, geht aber in mehreren Punkten zu weit:

Zum Einen müsste der geplante neue Versagungsgrund derart umformuliert werden, dass nicht schon leichte oder mittlere Fahrlässigkeit des Schuldners, sondern – ebenso wie in den Fällen der Nrn. 2 und 4 ff. des § 290 Abs. 1 InsO - nur ein vorsätzliches oder *grob* fahrlässiges Versäumnis zum Verlust der Restschuldbefreiungsmöglichkeit führen kann. Auch sollte eine lediglich kurzfristige Verspätung der Antragsstellung nicht genügen, vielmehr müsste die Antragspflicht in „erheblicher“ Weise verletzt worden sein. Man muss sich einmal in die Situation eines Menschen versetzen, der in der Rechtsform einer von ihm selbst als Geschäftsführer geleiteten GmbH ein Unternehmen mit guten Ideen und hohem persönlichen Einsatz aufgebaut hat, dann aber unverschuldet in eine schwere wirtschaftliche Krise gerät, beim Kampf um die Rettung seines Lebenswerks und der mit diesem verbundenen Arbeitsplätze infolge leichter Fahrlässigkeit zu Fehleinschätzungen gelangt und infolgedessen eine Insolvenzantragspflicht leicht fahrlässig verletzt. Einen solchen im Prinzip verantwortungsvoll handelnden Unternehmer darf man vielleicht, wie es ein vorliegender Ergänzungsvorschlag zu § 26 InsO nachvollziehbar vorsieht, mit einer gesetzlichen Verpflichtung zur Zahlung eines für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH erforderlichen Verfahrenskostenvorschusses belegen. Aber das Anrecht auf seine persönliche Restschuldbefreiung sollte man ihm gleichwohl belassen, zumal eine Restschuldbefreiung die persönliche Insolvenz der betreffenden Person (also nicht nur der GmbH) und damit die Verwertung ihres gesamten pfändbaren Vermögens voraussetzt.

Aber selbst wenn dem nicht (rechtzeitig) handelnden Gesellschafter oder organschaftlichen Vertreter der Gesellschaft im konkreten Fall grobe Fahrlässigkeit oder vielleicht sogar dolus



eventualis vorzuwerfen ist, sollte man in dessen persönlicher Insolvenz nicht jedem Insolvenzgläubiger, sondern nur solchen Insolvenzgläubigern, die zugleich Gläubiger der Gesellschaft sind, das Recht zugestehen, den Restschuldbefreiungs-Versagungsgrund des RegE § 209 Abs. 1 Nr. 7 geltend zu machen. Andernfalls würde es an einem für die Versagung der Restschuldbefreiung ausreichenden Sachzusammenhang mit dem Schutzzweck der verletzten Insolvenzantragspflicht fehlen.

Vielleicht wäre es am besten, von der Inkraftsetzung des vorgeschlagenen § 290 Abs. 1 Nr. 7 InsO ganz abzusehen.

C. Insolvenzschutz für Lizenznehmer?

RegE Art. 1 Nr. 12 (BT-Drucksache 16/7416) schlägt die Einfügung eines § 108a InsO mit folgendem Inhalt vor:

***Schuldner als Lizenzgeber.** Ein vom Schuldner als Lizenzgeber abgeschlossener Lizenzvertrag über ein Recht am geistigen Eigentum besteht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Das gilt für vertragliche Nebenpflichten nur in dem Umfang, als deren Erfüllung zwingend geboten ist, um dem Lizenznehmer eine Nutzung des geschützten Rechts zu ermöglichen. Besteht zwischen der im Lizenzvertrag vereinbarten Vergütung und einer marktgerechten Vergütung ein auffälliges Missverhältnis, so kann der Insolvenzverwalter eine Anpassung der Vergütung verlangen; in diesem Fall kann der Lizenznehmer den Vertrag fristlos kündigen.*

Sollte eine Vorschrift dieses Inhalts Gesetzeskraft erlangen, so wäre dies bereits das dritte Mal, dass durch eine nachträgliche Erweiterung des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO, der bestimmte Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse für insolvenzfest erklärt und auf diese Weise dem Vertragspartner eine Massegläubigerstellung verschafft (§§ 53, 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO), ein Insolvenzvorrecht zugunsten einer einzelnen Gläubigergruppe begründet wird.

(Bei der ersten Erweiterung des § 108 InsO handelt es sich um den zwischen Verkündung und Inkrafttreten der InsO angefügten Abs. 1 Satz 2, bei der zweiten um den am 1. 7. 2007 in Kraft getretenen neuen Abs. 2.)

Allmählich entsteht der Eindruck, dass es zu einer Modeerscheinung bzw. Unsitte werden könnte, den **Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz** durch immer neue Ergänzungen des ursprünglichen § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO Stück für Stück zurückzudrängen und durch ein Vorrechtssystem zu ersetzen. Eine solche Entwicklung würde dem hohen Stellenwert des Gleich-



behandlungsgrundsatzes nicht gerecht. Die Insolvenz ist fast immer eine Katastrophe sowohl für den Schuldner als auch für seine Geschäftspartner und sonstigen Gläubiger, die sich nun das Wenige teilen müssen, was beim Schuldner noch zu holen ist. Vor diesem Hintergrund versteht es sich nahezu von selbst, dass oberstes Prinzip des Insolvenzrechts die Gleichbehandlung aller Gläubiger sein muss und nach der gesetzlichen Konzeption auch ist. Neben der Pflicht des Insolvenzverwalters zur bestmöglichen Verwertung des schuldnerischen Vermögens ist der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz die einzige Form der Gerechtigkeit, die den Gläubigern in der Insolvenz ihres gemeinsamen Schuldners noch zuteil werden kann. Außerdem kommt dem Gleichbehandlungsgrundsatz eine hohe friedensstiftende Funktion zu, die man gerade in einer Krisensituation nicht leichtfertig aufs Spiel setzen sollte.

Bei dem Vorschlag der Bundesregierung, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers mit einem Vorrecht auszustatten, handelt es sich sachlogisch zugleich um den Versuch, erneut eine Ausnahme vom Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz zu statuieren. So etwas ist zwar nicht unter allen Umständen unzulässig, jedoch bedarf es schwerwiegender Gründe.

Bevor man unter diesem Aspekt in die sachliche Prüfung eintritt, sollte man sich in aller Deutlichkeit vor Augen führen, worauf man sich einlässt, wenn man jetzt den Wünschen der Pharmaindustrie und der Musikverlage nachgibt und den vorgeschlagenen § 108a InsO so beschließt, wie er im gegenwärtigen Entwurfsstadium formuliert ist.

Risiken und mögliche Nebenwirkungen des gegenwärtigen Gesetzgebungsvorhabens lassen sich verdeutlichen anhand der bewegten Entstehungsgeschichte des heutigen § 108 InsO:

§ 108 InsO ist eine Nachfolgevorschrift zu § 21 KO. Die Vorschrift der KO hatte folgenden Wortlaut:

Hatte der Gemeinschuldner einen von ihm vermieteten oder verpachteten Gegenstand dem Mieter oder dem Pächter vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen, so ist der Miet- oder Pachtvertrag auch der Konkursmasse gegenüber wirksam.

Da man Lizenzverträge insolvenzrechtlich als „Rechtspacht“ einordnete, führte § 21 Abs. 1 KO ohne weiteres zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, wenn, worauf zurückzukommen sein wird, das lizenzierte Recht dem Lizenznehmer bereits vor Verfahrenseröffnung zur Ausübung und Nutzung „überlassen“ war.



Diese Rechtslage hat sich mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung schlagartig zum Nachteil des Lizenznehmers verändert, und ich möchte hier der guten Ordnung halber bekennen, dass ich daran nicht ganz unschuldig war:

Im Februar/März 1990 fand in Würzburg eine von der Zivilprozessrechtslehrervereinigung veranstaltete Arbeitstagung zum damaligen „Referentenentwurf einer Insolvenzordnung“ statt, an der neben Hochschullehrern auch Vertreter des BMJ teilnahmen. Auf dieser Tagung hatte ich vorgeschlagen, den bisherigen § 21 Abs. 1 KO nicht komplett in das neue Insolvenzrecht zu übernehmen, sondern die Vermietung und Verpachtung *beweglicher* Sachen vom Anwendungsbereich auszunehmen (vgl. Marotzke, in: Leipold [Hrsg.], Insolvenzrecht im Umbruch, Würzburger Arbeitstagung der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer zum Referentenentwurf einer Insolvenzordnung, 1991, S. 183, 193). Begründet hatte ich diesen Vorschlag mit dem Hinweis, dass der RefEInsO (§ 118 RefE / § 111 InsO) im Anschluss an den damaligen § 21 Abs. 4 KO zwar bei Grundstücken, nicht aber bei beweglichen Sachen ein Sonderkündigungsrecht des Erwerbers vorsehe, so dass dann, wenn man auch Miet- und Pachtverträge über *bewegliche* Sachen unter § 108 Abs. 1 InsO fasse, insbesondere bei auf längere Zeit geschlossenen Verträgen die Gefahr bestehe, dass eine angemessene Verwertung dieser Gegenstände durch den Insolvenzverwalter am fortbestehenden und gem. § 986 Abs. 2 BGB auch gegenüber einem neuen Eigentümer wirksamen Besitzrecht des Mieters bzw. Pächters scheitere. Außerdem spreche für diese Lösung, dass die in § 117 RefE (§ 21 Abs. 2, 3 KO / § 110 InsO) vorgesehene Wirksamkeitsbeschränkung von masseschädlichen Vorausverfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nur bei Miet- und Pachtverträgen über *Grundstücke*, nicht hingegen auch bei Miet- oder Pachtverträgen über *bewegliche* Sachen gelte. Diese und noch einige weitere Argumente, die an der oben angeführten Fundstelle nachgelesen werden können, führten dazu, dass § 108 Abs. 1 (Satz 1) InsO in der Weise formuliert und im Bundesgesetzblatt verkündet wurde, dass er zwar für „unbewegliche Gegenstände“ und Räume, nicht aber auch für Miet- und Pachtverhältnisse über sonstige Gegenstände gilt.

Die damalige Entscheidung des Reformgesetzgebers rief jedoch die Vertreter der Leasingbranche und der diese refinanzierenden Banken auf den Plan, die den Gesetzgeber dazu brachten, der bereits im Bundesgesetzblatt verkündeten Insolvenzordnung noch vor dem Inkrafttretenstermin einen § 108 Abs. 1 Satz 2 anzufügen, der vom insolventen Schuldner als Vermieter oder Verpächter eingegangene Miet- bzw. Pachtverhältnisse über „sonstige“ Gegenstände für insolvenzfest erklärt, wenn diese „einem Dritten, der ihre Anschaffung oder Herstellung finanziert hat, zur Sicherheit übertragen wurden“. In dem Lehrbuch eines bekannten Heidelberger Rechtswissenschaftlers wird diese Sondervorschrift als eine „ebenso ungezielte wie sachlich unberechtigte Selbstbedienung der interessierten Verkehrskreise mit Hilfe eines schlecht beratenen Gesetzgebers“ charakterisiert, durch welche der Gläubigergleichbe-



handlungsgrundsatz „gröblich“ verletzt werde (Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 20.56a; deutliche Worte auch bei Pape, in: Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 531, 576 f.; HK-InsO/Marotzke, 4. Aufl. 2006, § 108 Rn. 8 ff.).

Ungeachtet dieser unter Insolvenzrechtlern weit verbreiteten Kritik des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO gelang einer besonders starken Interessengruppe im Jahr 2007 das Kunststück, sogar Darlehensverträge (!) unter den Schutz des § 108 InsO stellen zu lassen, was ohne rechtshistorisches Vorbild ist. Gesetzestechnisch geschah dies durch Einfügung des am 1. 7. 2007 in Kraft getretenen § 108 Abs. 2 n.F. InsO. Hauptzweck dieser Vorschrift ist es, die Abtretung von Ansprüchen auf Rückzahlung und Verzinsung bereits ausgereicher Darlehen nebst bestehender Sicherheiten gegenüber einer nachfolgenden Insolvenz der abtretenden Bank (Darlehensgeberin) zu immunisieren, um so im Refinanzierungsinteresse der Banken die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Handel mit und die Verbriefung von Darlehensforderungen nebst Sicherheiten zu verbessern (vgl. Marotzke, ZInsO 2006, 300, 302 f). In der damaligen Entwurfsbegründung steht davon nichts. Erst recht nicht thematisiert wurden im Zusammenhang mit der Schaffung des § 108 Abs. 2 n.F. InsO die heute offen zutage liegenden globalen Gefahren massenhafter Kreditverkäufe auf der einen Seite und die bedrückende Situation des deutschen Häuslebauers oder Wohnungseigentümers, der sich plötzlich mit einem an der Grenze zur Sittenwidrigkeit agierenden neuen Grundschuldinhaber (vgl. OLG München, ZIP 2008, 498 ff.) und/oder mit §§ 1157 Satz 2, 1192 BGB konfrontiert sieht, auf der anderen Seite. Damit nicht genug: Da nicht sein kann was nicht sein darf und man das Unglück nicht von Gesetzes wegen herbeireden wollte, gab man dem neuen § 108 Abs. 2 InsO eine derart weite Fassung, dass er nicht nur in der Insolvenz einer Bank (für die er gedacht ist), sondern in der Insolvenz jedes Darlehensgebers und damit im Extremfall – etwa bei einem Gefälligkeitsdarlehen von Privat an Privat - sogar in der Verbraucherinsolvenz anwendbar ist (weitere Kritik des § 108 Abs. 2 InsO und seiner Entstehungsgeschichte bei Marotzke, ZInsO 2006, 300 ff.).

Angesichts dieser Vorgeschichte wird man dem heute auf der Tagesordnung stehenden Versuch, nun auch Lizenzverträge nach dem Vorbild des § 108 InsO für insolvenzfest zu erklären, mit Skepsis begegnen müssen: Wenn auf ein Fass, das bereits zweimal zu Unrecht geöffnet wurde, nicht ganz schnell ein schwerer Deckel kommt, wird bald kein Halten mehr sein und der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz nach wenigen Jahren nur noch auf dem Papier stehen.

Andererseits wird man sich speziell im Hinblick auf Lizenzverträge der Einsicht nicht verschließen dürfen, dass sich der Lizenznehmer in der Insolvenz des Lizenzgebers manchmal - aber keineswegs immer - in einer Situation befindet, deren Besonderheiten es rechtfertigen, über die Schaffung eines gesetzlichen Insolvenzschutzes ernsthaft nachzudenken. Da beim Übergang von § 21 KO auf § 108 InsO das insolvenzrechtliche Schicksal von Lizenzverträgen



nicht ausdrücklich thematisiert wurde, ist es ein Gebot der Fairness, das damals Versäumte heute nachzuholen.

Realistisch und gut begründbar erscheint mir ein an § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO angelehntes Insolvenzvorrecht des Lizenznehmers aber nur unter der Voraussetzung, dass es von Gesetzes wegen mit einem angemessen befristeten Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters und/oder der Person kombiniert wird, auf welche dieser das lizenzierte Recht (wenn es ein übertragbares ist) im Wege der Masseverwertung überträgt.

Leitbildfunktion könnte hier der Rechtsstellung eines Unternehmers zukommen, der von einem anderen Unternehmer (dem jetzt im Insolvenzverfahren stehenden Schuldner) eine Immobilie langfristig gemietet und diese mit immensem Kostenaufwand zu einer für sein Unternehmen gänzlich unentbehrlichen Betriebsstätte umgestaltet hat. Auch in diesem Vergleichsfall hängen von der Insolvenzfestigkeit der Rechtsstellung des Nutzungsberechtigten (des Mieters) die Amortisation sehr hoher Investitionskosten und vielleicht sogar Gedeih und Verderb des Unternehmens und der in ihm angesiedelten Arbeitsplätze ab. Und trotzdem hält das Insolvenzrecht gegenüber dem Kontinuitätsinteresse des Grundstücksmieters eine Antwort bereit, die ihm zwar zunächst für eine noch unbestimmte Übergangszeit den status quo belässt (§ 108 Abs.1 Satz 1 InsO), danach aber dennoch sehr hart, nämlich mit einem die ursprünglich vereinbarte Vertragslaufzeit drastisch verkürzenden Sonderkündigungsrecht der Person endet, an die der Insolvenzverwalter das Grundstück im Zuge der Masseverwertung veräußert (vgl. § 580a Abs. 2 und Abs. 4 BGB i.V.m. § 111 InsO / vormals § 21 Abs. 4 KO). Der Mieter hat dann zwar wegen der „vorzeitigen“ Beendigung des Vertragsverhältnisses einen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner; jedoch kann er diesen Anspruch im Insolvenzverfahren nicht bevorrechtigt als Massegläubiger, sondern lediglich als Insolvenzforderung geltend machen (HK-InsO/Marotzke, 4. Aufl. 2006, § 111 Rn. 8). Außerdem sorgt § 110 InsO dafür, dass die bis zur Grundstücksveräußerung anfallenden Mietzinsansprüche auch dann der Insolvenzmasse zugute kommen, wenn der jetzt insolvente Vermieter diese vor Verfahrenseröffnung wirksam an einen Dritten abgetreten hatte.

Sollte sich der Gesetzgeber tatsächlich entschließen, für den Fall der Insolvenz eines Lizenzgebers eine dem Schutz des Grundstücksmieters angelehnte Insolvenzschutzregelung zugunsten des Lizenznehmers vorzusehen (genau das tut Satz 1 des geplanten § 108a InsO), so wäre es nur konsequent, diese Regelung wie bei der Grundstücksmiete mit einem angemessen befristeten Sonderkündigungsrecht zu verknüpfen und durch eine sich am Vorbild des § 110 InsO orientierende Vorschrift die Wirksamkeit masseauszehrender Vorausverfügungen über Lizenzgebühren zu beschränken. Außerdem müsste analog § 108 Abs. 3 InsO klargestellt werden, dass der Vertragspartner Ansprü-



che für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur als Insolvenzgläubiger geltend machen kann.

Das Sonderkündigungsrecht sollte man jedoch abweichend vom Vorbild des § 111 InsO nicht einem bei Verfahrenseröffnung überhaupt noch nicht feststehenden Dritten, sondern dem Insolvenzverwalter zugestehen, und die Kündigungsfrist müsste ungefähr vergleichbar sein mit der, welche im Fall des § 111 InsO maßgeblich ist (vgl. § 580a Abs. 2 und 4 BGB). Räumt man dann aus Paritätsgründen auch dem Lizenznehmer ein Sonderkündigungsrecht ein (das m.E. mit einer deutlich kürzeren Frist verbunden werden dürfte), so könnte sich eine Verhandlungssituation ergeben, welche die reichlich Zündstoff bietenden Sätze 2 und 3 des geplanten § 108a InsO überflüssig machen würde.

Nach der hier vorgeschlagenen Lösung könnte der Lizenznehmer sein Nutzungsrecht nicht nur während des gesamten Eröffnungsverfahrens, sondern meist auch während der ersten sechs bis neun Monate nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens behalten und ausüben, ohne dass der Insolvenzverwalter ihm mit Hilfe des § 103 InsO in die Quere kommen könnte. Alles andere wäre Verhandlungssache zwischen dem Insolvenzverwalter auf der einen und dem Lizenznehmer auf der anderen Seite (mit einem Zeitfenster von immerhin sechs bis neun Monaten) und vielleicht auch eine Frage der kautelarjuristischen Phantasie. Kritisch bleiben die Rechtslage im Fall der Masseunzulänglichkeit sowie die – m.E. nicht ausdrücklich zu regelnde, sondern der Rechtsprechung zu überlassende - Lösung des unter dem Schlagwort „Lizenzketten“ diskutierten Falles, dass der jetzt insolvente Schuldner (Lizenzgeber) auch seinerseits nicht Rechtsinhaber, sondern lediglich Lizenznehmer ist (zur parallelen Problematik der Anwendbarkeit des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO auf Untermietverhältnisse über Betriebsimmobilien vgl. Marotzke, ZInsO 2007, 1 ff.). Diese Unsicherheiten sind hinzunehmen. Gleiches gilt für die durch die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO (vgl. BGHZ 173, 116, 120 ff. = NJW 2007, 3715 ff.) indizierte Notwendigkeit, den Anwendungsbereich des geplanten § 108a InsO auf den Fall zu beschränken, dass dem Lizenznehmer das lizenzierte Recht bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur alsbaldigen Ausübung „überlassen“ wurde. Die Insolvenz ist nun einmal keine Wohltätigkeitsveranstaltung, sondern eine schwere Krise, in der harte Entscheidungen unausweichlich sind, und zwar nicht nur gegenüber dem insolventen Schuldner persönlich, sondern auch gegenüber seinen ungesicherten Gläubigern und Vertragspartnern (Mietern, Pächtern, Leasingnehmern, Lizenznehmern, Arbeitnehmern und vielen anderen mehr) und manchmal auch gegenüber Zessionaren (§§ 91, 110, 114, 129 ff. InsO). Gibt man zu Lasten der für Alle nicht ausreichenden Insolvenzmasse dem Einen von Gesetzes wegen signifikant mehr als dem Anderen, so wird sehr schnell auch der Andere seine Interessenvertreter zum BMJ schicken.



(Ein bemerkenswertes Beispiel für gegenseitiges Hochschaukeln zweier Gläubigergruppen, im konkreten Fall von Banken auf der einen und öffentlich-rechtlichen Gläubigern auf der anderen Seite, ist die Argumentation des Bundesrats in BT-Drucksache 15/1853 S. 28 unter Ziff. 7.)

Irgendwann hätten wir dann neben dem ohnehin schon zweimal erweiterten § 108 InsO nicht nur einen § 108a, sondern auch einen § 108b, § 108c, § 108d usw. Auf der Strecke bliebe dabei der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, der eine tragende Säule geltenden Insolvenzrechts darstellt und ohne den die Insolvenzordnung zu einem Regelwerk der Beliebigkeiten verkommen würde.

Vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass nicht jede Lizenz für den Lizenznehmer von existenzieller Bedeutung ist, wie ja auch nicht jede gemietete Immobilie ein für den Mieter unentbehrliches Betriebsgrundstück darstellt. Manchmal ist das Grundstück für den Mieter wichtiger als eine Lizenz, manchmal verhält es sich umgekehrt. An wechselseitiges Hochschaukeln sollte in diesem Verhältnis gar nicht erst gedacht werden.

Ob die Befürchtung zutrifft, innovative und umsatzstarke Unternehmen könnten ins Ausland abwandern, wenn der deutsche Gesetzgeber für Lizenzen keinen *umfassenden* Insolvenzschutz vorsieht, kann man bezweifeln. Denn die insolvenzspezifische Kautelarjurisprudenz funktioniert in Deutschland recht gut, und selbst nach der weitestgehenden aller bisher diskutierten Fassungen des § 108a InsO würde man auf ergänzende kautelarjuristische Absicherungsmaßnahmen nicht komplett verzichten können.

Nicht verschweigen möchte ich, dass es aus der Sicht eines in Forschung und Lehre für das Insolvenzrecht zuständigen und um einen neutralen Standpunkt bemühten Rechtswissenschaftlers ein **Ärgernis** darstellt, dass das Thema „Geistiges Eigentum und Insolvenz“ zwar dann auf die Tagesordnung des Deutschen Bundestages kommt, wenn es wieder einmal darum geht, ein neues Insolvenzvorrecht zu kreieren, dass jedoch nichts dafür getan wird, geistiges Eigentum *des insolventen Schuldners (!)* in Analogie zum Sacheigentum (§ 166 Abs. 1 InsO) möglichst lückenlos und insbesondere auch dann der Ausübungs- und Verwertungsbezugnis des Insolvenzverwalters zu unterstellen, wenn es mit dem Sicherungsrecht eines Darlehensgebers belastet ist. Nach der bisher herrschenden Gesetzesauslegung, die sich auf die **Nichterwähnung „sonstiger Rechte“ in § 166 InsO** stützt, steht das Recht zur Ausübung und Verwertung vor Verfahrenseröffnung an eine Bank verpfändeter oder ihr als Sicherheit übertragener Immaterialgüterrechte nicht dem Insolvenzverwalter des Kreditnehmers, sondern der Bank zu, die auf das Schicksal des Schuldnerunternehmens selbst dann keine Rücksicht zu nehmen braucht, wenn dieses ohne das betreffende Immaterialgüterrecht (z.B. eine handelswichtige Marke oder ein Patent) nicht fortgeführt werden kann. Dies stellt einen **schweren Mangel unseres heutigen Insolvenzrechts** dar, der die Gläubigergemeinschaft



teuer zu stehen kommen kann (vgl. Marotzke, ZIP 2001, 173, 174 r.Sp.). Im Interesse der Funktionsfähigkeit, der Sanierungsfreundlichkeit und der inneren Ausgewogenheit des deutschen Insolvenzrechts erlaube ich mir die vielleicht etwas naive **Anregung**, immer dann, wenn die Einführung eines neuen Insolvenzvorrechts geplant wird, im Gegenzuge – sozusagen als Versuch einer **Gegenfinanzierung** - auch darüber nachzudenken, was in demselben Gesetzespaket für die Insolvenzmasse, für den Erhalt des Schuldnerunternehmens als funktionsfähige organisatorische Einheit und damit letztlich für die *Gläubigergemeinschaft* getan werden kann.

Das in RegE § 108a Satz 3 InsO vorgesehene Vergütungsanpassungsrecht des Insolvenzverwalters wäre zur „Gegenfinanzierung“ des dem Lizenznehmer in RegE § 108a Satz 1 zugestandenem Insolvenzvorrechts denkbar ungeeignet. Grund für diese Einschätzung ist nicht allein die mangelnde Praktikabilität dieses systemfremden Anpassungsrechts, sondern vor allem der Umstand, dass die vom Lizenznehmer zu zahlende Vergütung in aller Regel ohnehin nicht der Gläubigergemeinschaft, sondern einem einzelnen Sicherungszessionar zugute käme. **Denn in Bezug auf Lizenzvergütungen sieht der RegE eine dem § 110 InsO entsprechende Wirksamkeitsbeschränkung von Vorausverfügungen nicht vor.** Fast immer wird ein jetzt insolventer Lizenzgeber vor Verfahrenseröffnung auf Kredit gewirtschaftet und zugunsten der Bank eine Globalzession vereinbart haben. Dann darf der Insolvenzverwalter die Lizenzgebühren einschließlich etwaiger gem. § 108a Satz 3 RegE erstrittener Erhöhungsbeträge zwar persönlich einziehen (§ 166 Abs. 2 InsO), muss aber die Früchte seiner Bemühungen sogleich kostenbereinigt an die Bank abführen (§ 170 Abs. 1 Satz 2 InsO). Ein Regelungsvorschlag, der zu einem solchen Ergebnis führen würde, ist weder aus rechtswissenschaftlicher noch aus praktischer Sicht zu befürworten. Es sollte mehr Rücksicht auf die Interessen der Gläubigergemeinschaft genommen und in Anlehnung an § 110 InsO bestimmt werden, dass Vorausverfügungen des Schuldners unwirksam sind, soweit sie sich auf Lizenzvergütungen für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beziehen. Was nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Mitteln der Insolvenzmasse erwirtschaftet wird, gebührt der Gläubigergemeinschaft, nicht einem einzelnen Vorrechtsgläubiger.

D. Leasingverträge

Vermutlich geht es hier um die von Seiten der Leasingbranche erhobene Kritik gegen den am 1.7.2007 in Kraft getretenen § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO. Ohne diese Kritik im Einzelnen zu kennen, möchte ich anmerken, dass ich bereits in der 4. Auflage des Heidelberger Kommentars zur Insolvenzordnung davon abgeraten hatte, den damals schon im Entwurfsstadium vorliegenden § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO derart weit zu fassen, dass nicht nur Ab-, sondern



auch Aussonderungsrechte erfasst werden (vgl. HK-InsO Marotzke, 4. Aufl. 2006, § 112 Rn. 15 bei Fn. 34 bis Fn. 36). Sollte die von Seiten der Leasingbranche vorgebrachte Kritik der neuen Regelung an diesem Punkt ansetzen und dabei auch Art. 14 GG ins Spiel bringen, hätte ich dafür Verständnis. Für sehr bedenkenswert halte ich in diesem Zusammenhang die kritischen Ausführungen von Kirchhof (ZInsO 2007, 227 ff.) und Pape (Kübler/Prütting/Pape, 2008, § 21 InsO Rn. 40c ff.). Da Herr Kirchhof am 23.4.2008 ebenfalls als Sachverständiger zu Wort kommen wird, möchte ich es vorerst bei diesem kurzen Hinweis belassen.

E. Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren **(BT-Drucksache 16/7251)**

Noch knapper kann ich mich im Zusammenhang mit dem Bundesratsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren (GAVI) fassen: Hier ist wohl nicht so sehr die private Meinung eines Tübinger Hochschullehrers, sondern die unmittelbare Sachkompetenz derjenigen gefragt, die täglich mit diesem Thema umzugehen haben.

Ein spezieller Aspekt des Themas „Aufsicht in Insolvenzverfahren“ wurde bereits unter B IV 2 (S. 8 f.) angesprochen.

Prof. Dr. Wolfgang Marotzke, Tübingen, im April 2008