



beachte Brandt, NZI 2001, 337

Christoph G. Paulus

Insolvenzverfahren, Sanierungsplan: Risiken und Vermeidungsstrategien – dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Escrow-Agent

Der nachfolgende Beitrag weist in seinem ersten Teil auf die mit der Einführung der neuen Insolvenzordnung verbundenen Chancen hin, das Instrumentarium für die Sanierung eines angeschlagenen, aber noch nicht bankrotten Unternehmens optimal zu nutzen. Da hierbei noch viel Lernbedarf besteht, sind die Ausführungen grundsätzlich gehalten. Im zweiten Teil werden sodann einzelne und spezifische Insolvenzgefahren dargestellt und vor diesem Hintergrund die Möglichkeit aufgezeigt, wie der Escrow-Agent ausgestaltet sein muss, um Insolvenzfestigkeit zu erlangen. Dabei zeigt sich, dass Anlass zu einem vorsichtigen Optimismus besteht.

I. Wozu gibt es Insolvenzrecht?

Die Änderung des Insolvenzrechts vor nunmehr vier Jahren hat eine Verschiebung des Insolvenzszenarios mit sich gebracht, dessen Tragweite längst noch nicht in das allgemeine Bewusstsein eingedrungen ist – nicht einmal in das sämtlicher insolvenzrechtlich tätiger Juristen. Weil diese Verschiebung für den vorliegenden Zusammenhang von beträchtlicher Bedeutung ist, soll zunächst einmal die Frage aufgeworfen werden, wozu es Insolvenzrecht überhaupt gibt bzw. was das Ziel dieser Rechtsmaterie ist. Denn an der Antwort zeigt sich, dass die Insolvenz des im vorliegenden Kontext besonders interessierenden IT-Unternehmens gerade nicht mehr „das Ende“ aller geschäftlichen Tätigkeit sein muss, sondern dass ein Insolvenzverfahren vielmehr gezielt dazu eingesetzt werden kann, um dieses Unternehmen zu sanieren.

1. Ziele allgemein

Hierzulande ist Insolvenz- bzw. Konkursrecht seit eh und je engstens mit dem Vollstreckungsrecht verbunden;¹ wie dieses dient es der Gläubigerbefriedigung. In einer Zeit wie der heutigen mit ihrer den Globus als Ganzes erfassenden Wirtschaft ist diese Perspektive jedoch zu eng – insbesondere wenn die Rede von der die nationalstaatlichen Grenzen zwangsläufig überschreitenden IT-Technologie bzw. deren rechtliche Handhabung ist.

So ist in den USA Ziel des Insolvenzrechts seit jeher der „fresh start“ des Schuldners und damit demjenigen des deutschen Rechts diametral entgegengesetzt. In Frankreich sieht man das Insolvenzrecht seit jeher als Teil des

Wirtschaftsrechts, so dass der Gedanke der Gläubigerbefriedigung nur eine untergeordnete Rolle spielt. Im Vordergrund steht das Bestreben, möglichst viele Arbeitsplätze zu retten. In Argentinien soll das Insolvenzrecht in erster Linie Unternehmen als solche zu erhalten versuchen. Wieder ein anderes Ziel findet sich in Italien: Da will der Staat mit Hilfe eines besonderen Verfahrens erreichen, dass die von ihm gewährten Subventionen nicht verloren gehen. Und in England will der Enterprise Act 2002 erreichen, dass das von ihm erheblich geänderte Insolvenzrecht Unternehmertum fördert und stärkt.

2. Ziele des deutschen Insolvenzrechts

Vor dem Hintergrund dieser Bandbreite erscheint die in § 1 InsO ausdrücklich hervorgehobene Zielsetzung der Insolvenzordnung² naturgemäß beschränkt. Es heißt dort, dass das Insolvenzverfahren dazu dient, „die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen“.

a) Gläubigerbefriedigung durch Liquidation

Die besagte Norm unterteilt das Ziel der Gläubigerbefriedigung in alternative Wege zu seiner Erreichung. Der erste ist klassisch – nämlich die Zerschlagung bzw. Liquidation des schuldnerischen Vermögens. Die Konkursordnung war noch diesem Weg der Gläubigerbefriedigung allein verschrieben. Hier wird das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös unter den Gläubigern verteilt.

Die Verwertung kann in der Weise geschehen, dass sämtliche Vermögensgegenstände einzeln veräußert werden; das ist dann das Szenario, von dem der große Konkursrechtler des vergangenen Jahrhunderts, Ernst Jaeger, gesagt hat: „Der Konkurs ist ein Wertvernichter schlimmster Art und obendrein das teuerste Schuldentilgungsverfahren.“³ Denn dabei werden die Gegenstände regelmäßig zu Ramschpreisen verhöckert. Im Falle einer Unternehmensinsolvenz ist es unter diesen Umständen günstiger, das Vermögen als Ganzes zu versilbern, um auf diese Weise wenigstens dessen going concern value zu erhalten. Außerdem wird dabei das Unternehmen (im Gegensatz zum Unternehmensträger⁴) gerettet, zumindest in Teilen.

b) Gläubigerbefriedigung durch Reorganisation

Daneben sieht § 1 InsO nunmehr ausdrücklich vor, dass „in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen“ werden kann. In einem Insolvenzplan kann also jede Form der Gläubigerbefriedigung – und damit auch eine Variante der gesetzlich vorgeschriebenen Liquidation – vereinbart werden. Gleichwohl wird wohl die eigentliche Domäne des Insolvenzplans die Sanierung sein – sei

▷ Prof. Dr. Christoph G. Paulus, Humboldt-Universität zu Berlin. Der nachfolgende Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 14.2.2003 anlässlich der Kölner Tage zum IT-Recht gehalten hat.

1 Dazu grundlegend etwa J. Kohler, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, 2. Aufl. 1903, S. 57; E. Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl. 1932, S. 11 f.

2 Dazu insbesondere Balz, Die Ziele der Insolvenzordnung in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 3 ff.

3 E. Jaeger (Fn. 1), S. 216.

4 Zu dieser Differenzierung grundlegend Balz, Sanierung von Unternehmen oder Unternehmensträgern?, 1986.

Insolvenzverfahren, Sanierungsplan: Risiken und Vermeidungsstrategien

es des Unternehmens oder des Unternehmensträgers. Damit gibt es jetzt nach dem von Anbeginn an sich abzeichnenden Scheitern der Vergleichsordnung erstmalig in Deutschland eine gesetzliche Regelung, die eine realistische Chance zur Sanierung des Schuldners eröffnet.

Dieser Weg der Gläubigerbefriedigung impliziert allerdings, dass demjenigen Schuldner geholfen werden soll, der so viele Schulden angehäuft hat, dass er insolvent geworden ist. Dass zumindest ein Teil dieser Hilfe von Seiten der Gläubiger erbracht werden muss, ist evident. Was dagegen eben diese Gläubiger dazu veranlassen soll, eine solche Hilfestellung demjenigen zu leisten, der sie doch gerade geschädigt hat, ist keinesfalls evident, bedarf vielmehr einer gründlichen Erklärung. Da das (nach wie vor weit verbreitete) Unverständnis und Missbehagen gegenüber diesem scheinbaren Widerspruch tief in die Geschichte reichende Wurzeln hat, soll ein kurzer Blick in die Geschichte den Grundstein für das Verständnis der neuen Befriedigungsalternative legen helfen.

aa) Geschichte

Man könnte eine geschichtliche Betrachtung um die Zeitenwende mit dem römischen Kaiser Augustus beginnen lassen. Man erkennt an dem von ihm erlassenen „Sanierungsgesetz“, dass diese Alternative dann auf den Plan tritt, wenn man sich eine Liquidation als einzige Möglichkeit des Konkurses nicht leisten kann, weil dabei benötigte Werte zerschlagen werden. Ein neueres Beispiel findet sich in den USA um die Mitte des 19. Jahrhunderts: Damals gingen die ersten Eisenbahnunternehmen pleite und wären damit der Liquidation anheim gefallen. Doch war das Land zu jener Zeit schon derart riesig, dass es auf die Infrastruktur eines funktionierenden Eisenbahnnetzes angewiesen war, um das Land bzw. seine Bürger zusammenzuhalten. Es konnte mithin nicht verantwortet werden, dass die Eisenbahnunternehmen durch Konkurs verloren gingen. Also „erfand“ man die Reorganisation, zu deren Nachfahren u.a. das hiesige Planverfahren gehört.

bb) Gründe und Vorteile

Diese knappe Betrachtung der Geschichte offenbart, dass hinter der Einführung einer Sanierungsalternative die Einsicht steckt, dass die Liquidation als die an und für sich einzig in Frage kommende Variante der Gläubigerbefriedigung mehr Schaden als Nutzen anrichtet. Und genau das wird auch in heutiger Zeit sichtbar, wo die Sanierung als neue Befriedigungsvariante im Rahmen einer buchstäblich globalen Gesetzgebungswelle Einzug in die nationalen Insolvenzgesetze hält.

In einem industrialisierten Land wie Deutschland ist nämlich tragender Grund für die Einführung der Sanierungsmöglichkeit der Übergang zur Dienstleistungsgesellschaft. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass ihre wesentlichen Vermögenswerte nicht mehr in die klassischen Kategorien von Mobilien, Immobilien und Forderungen fallen, die sich bezeichnenderweise in dieser Dreiteilung am deutlichsten im Zwangsvollstreckungsrecht und damit auch im herkömmlichen Insolvenzrecht finden. Seit ewigen Zeiten haben die Juristen gelernt, diese Vermögensgegenstände so operationabel zu machen, dass sie ohne weiteres versilbert werden können.

Die eigentlichen Vermögenswerte der Dienstleistungsgesellschaft sind rechtlich weitaus weniger fassbar, weil sie viel enger als die althergebrachten mit der Person verbunden sind – sei dies nun Know-how, Goodwill, Kundenstamm, persönliches Charisma und dergleichen mehr. Wollte man etwa ein IT-Unternehmen liquidieren,

so sind die Erträge nach den herkömmlichen Methoden minimal, weil sie regelmäßig nicht den eigentlichen Wert des Unternehmens erfassen. Daher ist es günstiger, wenn man die alte Vorstellung von dem makelbehafteten Schuldner über Bord wirft und ihm stattdessen eine Sanierungschance einräumt; dann nämlich kann wenigstens er die vorhandenen Werte einsetzen und den Gläubigern damit die Chance einer Schuldtilgung einräumen, indem er neuen Verdienst erwirbt. Bei typisierender Betrachtung liegt es also gerade im ureigenen Interesse der Gläubiger, dass der Schuldner wieder in das Geschäftsleben integriert wird.

cc) Rechtliche Ausgestaltung des Planverfahrens

Was die Ausgestaltung im Einzelnen anbelangt, so genügt ein kurzer, für die vorliegenden Zwecke zurechtgestutzter Abriss des im Gesetz recht minutiös geregelten Verfahrensablaufs. Es empfiehlt sich, dabei immer im Auge zu behalten, dass die inhaltliche Ausgestaltung der freien privatautonomen Ausgestaltung überlassen ist; es können also mit anderen Worten beliebige Regelungen getroffen werden, die auf den konkreten Einzelfall zugeschnitten sind.

Der Plan muss in der in den §§ 219 ff. InsO vorgeschriebenen Weise verfasst sein, und er muss bestimmte Mindestanforderungen des Gläubigerschutzes erfüllen. Autor des Plans kann außer dem Schuldner selbst auch der Insolvenzverwalter sein, § 218 InsO. Letzterer hat allerdings nur in dem Maß freie Hand bei der Ausgestaltung, als er nicht konkrete Vorgaben von der Gläubigerversammlung bekommen hat. Der Inhalt des Plans wird erörtert, gegebenenfalls abgeändert und über ihn sodann in Gruppen abgestimmt; d.h., es wird die Vielzahl der Gläubiger dadurch reduziert, dass diejenigen zusammengefasst werden, die eine vergleichbare Ausgangssituation innehaben. Das Gesetz schreibt in § 222 InsO bestimmte Muss-Gruppen vor. Jede Gruppe stimmt über den Plan gesondert ab, § 243 InsO; ein zustimmendes Votum ist erreicht, wenn innerhalb der Gruppe die Kopf- und Summenmehrheit entsprechend stimmt. Wenn jedoch keine Einstimmigkeit der Gruppenvoten erzielt wird, kann dieses Defizit mit Hilfe des in § 245 InsO vorgesehenen Obstruktionsverbots überwunden werden. Letztlich⁵ genügt damit für die Annahme eines Plans, dass die Mehrheit der Gruppen für seine Bestätigung gestimmt hat.

II. Insolvenz als Sanierungschance

Ist man einmal zu der Einsicht vorgedrungen, dass es schlichtem ökonomischen Kalkül hinsichtlich der für die Gläubiger selbst bestehenden Vor- und Nachteile entspricht, dem Schuldner eine Sanierungschance einzuräumen, ist es nur ein kleiner Schritt dahin, dieses neue Szenario auch einmal aus der Perspektive des Schuldners zu betrachten. Dabei eröffnet sich die Erkenntnis, dass das Insolvenzverfahren nicht mehr bloßes Schreckgespenst und um jeden Preis zu vermeidendes Geschehen ist, sondern – ganz im Gegenteil – eine durchaus realistische Chance zur Sanierung bietet.

1. Voraussetzungen

Abgesehen von der dafür notwendigen Änderung oder gar Abkehr innerer Einstellungen sind für einen derarti-

⁵ Eine wesentliche Voraussetzung dafür ist, dass die überstimmten Gläubiger durch das Planergebnis nicht schlechter stehen als sie im Falle einer Liquidation stünden.

Insolvenzverfahren, Sanierungsplan: Risiken und Vermeidungsstrategien

gen Schritt die frühe Einleitung des Verfahrens und dessen schnelle Durchführung von nachhaltiger Bedeutung.

a) Frühe Einleitung

Das Gebot einer möglichst frühen Einleitung resultiert aus dem Erfahrungssatz: Je früher das Verfahren beginnt, desto mehr Masse ist vorhanden. Je mehr Masse vorhanden ist, desto besser sind die Chancen einer Sanierung. Dass diese Geld kostet, braucht nicht eigens betont zu werden.

Freilich ist zuzugestehen, dass dieses Gebot theoretisch leichter zu beschreiben als in der Praxis in die Tat umzusetzen ist. Denn in seiner Umsetzung ist eine sorgfältige Abwägung zwischen einerseits denjenigen Gefahren vorzunehmen, die eine allzu frühe Einleitung des Verfahrens mit sich bringt – man denke nur an die Signalwirkung für die Gläubiger –, und auf der anderen Seite denjenigen, die mit einer zu späten Einleitung verbunden sind. Wo genau ein derartiges „zu früh“ oder „zu spät“ im täglich schwankenden Auf und Ab einer unternehmerischen Vermögensentwicklung festzumachen ist, ist gerade auf Grund des mit der Einschätzung verbundenen prognostischen Elements recht schwierig und erfordert professionellen Rat.

b) Schnelles Verfahren

Eine Sanierung muss regelmäßig zügig durchgeführt werden. Lieferanten und Kunden haben nun einmal Vorbehalte dagegen, mit insolventen Schuldnern zu tun zu haben. Dieses Gebot gilt besonders nachhaltig in der IT-Branche, die mehr noch als die allermeisten anderen Wirtschaftszweige unter dem Banner der Schnelllebigkeit steht; die Halbwertszeiten von Produkten wie rechtsgeschäftlicher Beziehungskonstanz sind hier kürzer und hektischer als anderswo. Folglich wäre ein beschleunigt durchführbares Sanierungsverfahren von nachhaltiger Wichtigkeit.⁶ Gerade hier aber weist das Planverfahren deutliche Schwächen auf; denn es ist im Detail recht kompliziert und dadurch tendenziell schwerfällig und somit langsam – zumindest kann es das sein, wenn etwa missbilligende Gläubiger (z.B. Konkurrenten des Schuldners) einen Gegenkurs steuern.

2. Pre-packaged plan

Nach dem derzeitigen Rechtszustand lassen sich die beiden vorgenannten Voraussetzungen für eine Erfolg versprechende Sanierung am ehesten dadurch erfüllen, dass man vorbereitet und geplant in ein Insolvenzverfahren hineingeht. In einem solchen Fall eröffnen sich in der Tat ganz realistische Chancen zu einer erfolgreichen Restrukturierung bzw. Sanierung. Der entscheidende Clou dafür ist, dass man den Sanierungsplan bereits bei Antragstellung (oder spätestens bei Eröffnung) in der Tasche hat, vgl. § 218 Abs. 1 S. 2 InsO. Ein derartiger Plan heißt neudeutsch: pre-packaged plan. Freilich setzt er von der beratenden Anwaltsunft recht profunde Kenntnisse des Insolvenzrechts voraus.

a) Frühe Einleitung

aa) Außergerichtliche Gespräche

Was zunächst die frühe Einleitung angeht, so lassen sich durch einen „pre-pack“ gewissermaßen zwei Fliegen mit einer Klappe erschlagen. Denn es entspricht gängiger Praxis, dass Unternehmen in finanzieller Notlage

mit ihren Gläubigern – zumindest den wichtigsten – in Gespräche eintreten, die eine Abwendung der Schieflage zum Ziel haben. Derartige außergerichtliche Verhandlungen können für sich gar den (zweifelhaften) Ruf in Anspruch nehmen, ein Insolvenzsymptom zu sein. Mit der Erkenntnis, dass das Insolvenzverfahren eine Sanierungschance bereithält, eröffnet sich bei derartigen Gesprächen eine neue Option. Während bislang die Schwarz-Weiß-Alternative vorherrschte – im Erfolgsfall wird das Unternehmen saniert (= kein Insolvenzverfahren), im Falle des Scheiterns dagegen liquidiert (= Insolvenzverfahren), gibt es nunmehr die neuartige Kombination „Sanierung durch Insolvenzverfahren“.

Dabei kann sich als besonderer Vorteil herausstellen, dass auch das für alle außergerichtlichen Gespräche leidige 100%-ige Zustimmungserfordernis überwunden werden kann. Wie oben dargestellt, liegt eine der entscheidenden Besonderheiten des Planverfahrens gerade darin, dass die Notwendigkeit der Einstimmigkeit durch ein bloßes Mehrheitsvotum ersetzt wird.

bb) Frühzeitige Verfahrenseröffnung

Angesichts der zuvor angesprochenen Gleichung „je früher die Eröffnung, desto mehr Masse ist vorhanden und desto größer die Sanierungschance“ ist im vorliegenden Kontext noch eine weitere Besonderheit hervorzuheben, die es erst seit Einführung der Insolvenzordnung gibt. Während unter dem alten Recht die einzigen Insolvenzeröffnungsgründe Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung waren, ist nunmehr noch die drohende Zahlungsunfähigkeit in § 18 InsO hinzugekommen. Sie ist allein einem Antrag vorbehalten, den der Schuldner stellt. Wenn sich also die Wahrscheinlichkeit abzeichnet, dass der Schuldner seine bestehenden Verbindlichkeiten im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit nicht wird erfüllen können, kann er das vorbeschriebene Verfahren in Gang setzen. Damit hat er dann aber auch das Maximum dessen herausgeholt, was das neue Recht an Sanierungsunterstützung anzubieten hat.

b) Schnelligkeit

Die notwendige Schnelligkeit des Verfahrens kann unbeschadet der Kompliziertheit und Verzögerungsanfälligkeit des Planverfahrens dadurch bewirkt werden, dass der „Gang durch das Insolvenzverfahren“ bereits bei den außergerichtlichen Gesprächen mit allen oder doch den wichtigsten Gläubigern abgesprochen wird. Nimmt man dann noch hinzu, dass die Gruppeneinteilung natürlich auch unter dem Aspekt vorgenommen werden kann, das gewünschte Abstimmungsergebnis ein wenig zu steuern, lässt sich mit einiger Gewissheit der Ausgang des Verfahrens vorhersagen. Voraussetzung dafür ist allerdings wohl in jedem Fall, dass ein derartiges Vorgehen von einem kenntnisreichen Juristen begleitet wird.

Im Idealfall liegt also mit Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht nur bereits ein Plan vor; vielmehr ist dieser auch schon mit den Gläubigern (oder doch den wichtigsten) abgesprochen, so dass unmittelbar nach Eröffnung des Verfahrens sogleich die Abstimmung vorbereitet und durchgeführt sowie alsbaldigst danach die Umsetzung des Plans in die Wege geleitet werden kann.

3. Psychologisches

Grundsätzlich gibt es im Leben zwei Möglichkeiten, jemanden zu einem bestimmten Handeln zu bewegen – durch Zuckerbrot oder durch Peitsche, vornehmer:

⁶ Siehe bereits Paulus, *Insolvency Law In Cyberspace in Kono/Paulus/Rajak, Selected Legal Issues of E-Commerce*, 2002, 163 ff.

Insolvenzverfahren, Sanierungsplan: Risiken und Vermeidungsstrategien

durch Anreizverschaffung oder durch Sanktion. Letzteres ist die deutsche Herangehensweise, die mit der Strafbarkeit und den Schadensersatzpflichten für unterlassene Antragspflichten droht.⁷ Diese Peitsche benötigt, wer nicht freiwillig einen Antrag stellt. Welchen Anreiz sollte aber das Management eines Unternehmens haben, den Antrag zu stellen – und dann auch noch frühzeitig, bei drohender Zahlungsunfähigkeit –, wo damit doch der Verlust des eigenen Jobs fast unweigerlich verbunden ist?

Damit ist die Regelung der Eigenverwaltung angesprochen, die in den §§ 270 ff. InsO ebenfalls als Neuerung in die Insolvenzordnung eingefügt worden ist. Sie stellt (nach US-amerikanischem Vorbild) die auf psychologischen Einsichten basierende Ergänzung zu dem neuen Sanierungsinstrumentarium dar, indem ein Zuckerbrot angeboten wird. Hierzulande traut man sich allerdings nicht so recht, diese Bestimmungen vollinhaltlich in die Praxis umzusetzen. Vielmehr hievte man, dem Beinahe-Vorbild der *Holtzmann-Pleite* folgend, bekanntlich in den Fällen *Kirch Media* und *Babcock-Borsig* außenstehende Insolvenzexperten in den Vorstand, um auf diese Weise in den Genuss dessen zu kommen, was eigentlich nur eine halbe Eigenverwaltung ist. Halb deswegen, weil das alte Management entmachtet ist. Das wird mit gesellschaftsrechtlichen Notwendigkeiten begründet – was deswegen verwunderlich ist, weil im Allgemeinen das zwingende Recht der Insolvenzordnung der „Ober“ ist, der alles andere zum „Unter“ macht und daher aus dem Feld schlägt. Warum das im Falle der Eigenverwaltung anders sein soll, ist zumindest mir nicht recht einsehlich.

Es wäre schon ein erfreulicher Schritt in die richtige Richtung, wenn die Gesellschaftsrechtler diese Problematik als Teil der von ihnen im Übrigen mit großer Vehemenz geführten Debatte über die richtige Form der corporate governance erkennen würden.⁸

III. Insolvenz als Risiko

Um es noch einmal klarzustellen: Die voranstehenden Ausführungen sind deswegen so ausführlich, weil sie Aufklärungsarbeit für das neue Insolvenzrecht und dessen bislang noch allzu wenig genutzten Möglichkeiten leisten wollen. Auf keinen Fall sollen sie jedoch den Eindruck vermitteln, als wären dem gefürchteten Szenario „Insolvenz“ sämtliche Bedrohungen abhandeln gekommen. Dass das keineswegs der Fall ist, soll im Folgenden anhand einiger, für den vorliegenden Themenkomplex bedeutsamer Regelungsbereiche dargestellt werden.

1. Behandlung von Verträgen im Insolvenzverfahren

Die Behandlung von Verträgen, die von beiden Seiten im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht vollständig erfüllt sind, ist bekanntlich in § 103 InsO als Grundsatz geregelt, von dem in den nachfolgenden Vorschriften Abweichungen vorgesehen sind. Dass hieraus erhebliche Gefährdungen resultieren, liegt auf der Hand, nachdem der Insolvenzverwalter kraft seines Aufgabenkanons (und seiner persönlichen Haftung) gehalten ist, die Entscheidung über Fortführung des Vertrages oder Erfüllungsverweigerung allein von dem zu erwartenden Vorteilsüberschuss für die Masse abhängig zu machen. Das aber ist nicht prognostizierbar und führt somit zu einem Kalkulationsrisiko. Zwei Beispiele mögen das verdeutlichen:

a) Software-Lizenzverträge

aa) Gegenseitiger, beidseitig nicht vollständig erfüllter Vertrag

Bedeutsame und damit teure Software wird üblicherweise im Rahmen eines Lizenzvertrages benutzt.⁹ Wie ein Lizenzvertrag nach Maßgabe der Vorgaben im besonderen Schuldrecht genau zu qualifizieren ist, weiß keiner; insolvenzrechtlich ist jedoch anerkannt, dass es sich dabei um einen Vertrag handelt, der wie ein Mietvertrag behandelt werden muss.¹⁰ Darüber hinaus ist klar, dass es sich dabei nicht um einen Nutzungsüberlassungsvertrag hinsichtlich unbeweglicher Gegenstände und Räume handelt; eine Sonderbehandlung nach § 108 InsO scheidet also aus. Dieser Vorschrift zufolge bleiben bestimmte Dauerschuldverhältnisse wie etwa die Miete von Wohnraum von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens unberührt, können dann allerdings nach näherer Maßgabe der §§ 109 f. InsO gekündigt werden.

Wenn demnach diese Sonderbestimmungen für Software-Lizenzverträge nicht gelten, ist die Grundnorm des § 103 InsO anzuwenden. Daher besteht ein Wahlrecht des Insolvenzverwalters. Ich habe schon mehrfach darauf hingewiesen, dass der Reformgesetzgeber dadurch, dass er die Sonderbehandlung von Miet- und Pachtverträgen auf solche über Immobilien eingeschränkt hat, eine für Software-Lizenzverträge und damit für die heutige computerisierte Wirtschaft außerordentlich empfindliche Lücke gerissen hat.¹¹ Unter der Ägide der Konkursordnung gab es nämlich diese Einschränkung noch nicht, so dass zu jenen Zeiten ein Bestandsschutz noch einigermaßen gewährleistet war. Jetzt aber ist der Verwalter förmlich genötigt, das ihm eingeräumte Druckpotenzial einzusetzen und eine höhere Lizenzgebühr dafür einzufordern, dass er sich für eine Fortsetzung des Vertrages entscheidet. Zur Erinnerung:¹² Genau diese Situation hat vor einiger Zeit den US-Gesetzgeber dazu bewogen, allerschleunigst diejenige Lücke zu schließen, die unser Gesetzgeber nunmehr gerissen hat.

bb) Kündigung, Lösungsklauseln

Darüber hinaus ist dem Lizenzgeber die „Flucht nach vorne“ abgeschnitten. Diese könnte darin bestehen, dass er zur Klärung von Klarheit seinerseits den Vertrag kündigt – sei es auf Grund einer so genannten Lösungs- oder auch „ipso facto“-Klausel, sei es auf Grund eines Zahlungsverzuges vor dem Eröffnungsantrag. Was letztere Variante anbelangt, so unterbindet § 112 InsO eine derartige Kündigung bei Miet- und Pachtverhältnissen, wenn der Schuldner Mieter oder Pächter ist. Diese Vorschrift gilt für Miet- und Pachtverträge uneingeschränkt; eine Differenzierung nach Immobilien und sonstigem findet sich hier nicht.

Was die Lösungsklauseln anbelangt, so ist der Meinungsstand noch nicht ganz geklärt. Wenn es nicht schon die h.M. ist, so entspricht es doch zumindest einer

⁷ Hierzu statt vieler D. Höffner, *Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung*, 2003.

⁸ Vgl. zu diesem Zusammenhang Paulus, ZIP 2000, 2189 f.

⁹ Wird sie dagegen gekauft und ist der Vertrag bei Verfahrenseröffnung bereits vollständig von beiden Seiten erfüllt, ist dieser Vertrag mit Ausnahme eventueller Anfechtbarkeit unangreifbar.

¹⁰ Siehe etwa Ublenbruck/Berscheid, § 103 Rz. 26; Braum/Kroth, § 103 Rz. 13; Kübler/Prütting/Tintelnot, § 103 Rz. 18; Huber in Münch-Komm/InsO, § 103 Rz. 76.

¹¹ Zuletzt in Paulus, ZIP 1996, 2 (6).

¹² Paulus, CR 1990, 1 zu den seinerzeit neueren Entwicklungen des US-amerikanischen Konkursrechts im Bereich des Computerrechts.

Insolvenzverfahren, Sanierungsplan: Risiken und Vermeidungsstrategien

sehr verbreiteten Ansicht, dass Klauseln nach § 119 InsO¹³ unwirksam sind, die die Auflösung an die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens knüpfen; einige nehmen sogar an, dass Gleiches auch für eine weichere Formulierung gilt: die Auflösung etwa anlässlich der Stellung eines Insolvenzantrags.¹⁴

cc) Rechtsprechung des BGH

Ein weiterer Risikofaktor resultiert aus dem derzeitigen Schlussstrich einer mäandernden Interpretation des § 103 InsO. Wie diese Norm zu verstehen ist bzw. was mit einem beidseitig nicht vollständig erfüllten, gegenseitigen Vertrag im Falle der Verfahrenseröffnung geschieht, hat Anlass zu umfangreichem literarischem Schaffen gegeben.¹⁵ Der BGH hat sich an diesem Ringen um das richtige Verständnis dadurch beteiligt, dass er einen vollständig eigenen, oftmals zu Missverständnissen Anlass gebenden Weg gewählt hat,¹⁶ den er seither konsequent verfolgt.

Für den vorliegenden Kontext genügt insoweit der Hinweis, dass der BGH nunmehr betont, dass „die beiderseitigen Erfüllungsansprüche mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens „erlöschen“;“¹⁷ es kann also der Lizenzgeber von dem schuldnerischen Lizenznehmer keine Lizenzgebühren mehr verlangen, und es kann der schuldnerische Lizenznehmer die Software nicht mehr benutzen – Maschinen wie Computer sind in dem nämlichen Moment der Verfahrenseröffnung auszuschalten, und die Entscheidung des Insolvenzverwalters über die Ausübung seines Wahlrechts muss abgewartet werden. Der Klarstellung halber: Diese Rechtsfolge gilt nach Ansicht des BGH nicht etwa nur für Lizenzverträge, sondern für sämtliche Verträge, die dem Anwendungsbereich des § 103 InsO unterfallen!

Dass der Verwalter jene Wahl selten binnen der ersten 24 Stunden treffen wird, liegt angesichts seiner immensen Arbeitsbelastung gerade in der Startphase nahe. Andererseits hat aber eine Studie bereits vor – computerzeitlich gesprochen – unwordenklischen Zeiten (ca. 25 Jahre) ergeben, dass bestimmte Schlüsselindustrien wie etwa Banken oder Versicherungen unweigerlich Pleite gehen, wenn sie länger als einen Tag vom Computer abgeschaltet werden. Es dürfte unmittelbar einleuchten, dass sich diese Verfallzeiten zwischenzeitlich dramatisch verschärfen und die Breitenwirkungen immens zugenommen haben werden. Infolgedessen befindet sich das vom BGH vertretene Verständnis des § 103 InsO insoweit auf direktem Kollisionskurs mit einem Grundanliegen der Insolvenzordnung, nämlich Sanierungen zu ermöglichen. Wenn die Software auch nur für ein paar Stunden

nicht mehr genutzt werden darf, ist es vorbei mit jeder Rettungschance!

b) Film-Abrufrechte

Die Praxis bringt immer wieder neue Variationen von Verträgen hervor, die im Falle der Pleite einer der Parteien Anlass zu der Frage nach ihrer insolvenzrechtlichen Behandlung geben.¹⁸ Dazu gehört beispielsweise eine Vereinbarung, die in einer Art von Depot eingebrachten Filme gegen jeweils zu entrichtendes, aber schon im Vorhinein vereinbartes Entgelt „ziehen“ zu dürfen. Hier fragt sich, ob eine Reihe von Einzelverträgen besteht, die mit dem Austausch von Zahlung und Ziehung erledigt sind? Oder handelt es sich um eine Art gestufter Beziehung, bei der man zwischen diesen Einzelgeschäften und einer darüber gelagerten Mantel- oder Rahmenvereinbarung unterscheiden muss?

Die Frage ist keineswegs allein von akademischem Interesse; vielmehr können bei einer derartigen Konstellation durchaus respektable Summen auf dem Spiel stehen. Das folgt aus § 105 InsO, der eine aus früherer Rechtsprechung des BGH hergeleitete Regelung enthält. Dieser Norm zufolge ist der spätere Gläubiger, der seine Leistung bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens teilweise erbracht hat, hinsichtlich der diesbezüglichen Gegenleistung auf eine schlichte Insolvenzgläubigerstellung nach § 38 InsO selbst dann verwiesen, wenn sich der Verwalter für die Fortsetzung des Vertrages entscheidet. Wenn also der Schuldner noch vor Eröffnung einen Film „gezogen“, ihn aber noch nicht bezahlt hat, und sich der Verwalter für die Fortsetzung des Vertrages entscheidet, so muss der „Filmverleiher“ seine noch offene Forderung hinsichtlich des besagten gezogenen Filmes zur Tabelle als ungesicherte Forderung anmelden.

Was die rechtliche Einordnung anbelangt, so wird man eine derartige Vereinbarung wohl auf eine Linie mit den so genannten Dauerbezugsverträgen¹⁹ stellen müssen. Bei ihnen denkt man zwar üblicherweise an Bierlieferungsverträge etc., doch spricht nach meiner Einschätzung nichts dagegen, insoweit einmal Filme mit Bier gleichzusetzen. Das bedeutet zugleich, dass die Gesamtvereinbarung in der Tat ein Vertrag ist, der in den Anwendungsbereich des § 103 InsO fällt.

2. Anfechtung

a) Rückwirkung

Die Bedrohung, die aus der retroaktiv „zuschlagenden“ Insolvenzanfechtung der §§ 129 ff. InsO resultiert, wird nach wie vor von vielen beratenden Juristen verkannt. Das Gefährdungspotenzial ist aber beträchtlich und stellt einen erheblichen Einschnitt in die Privatautonomie dar.²⁰ Vereinbarungen, Abreden oder Verträge können – nach einem vollwirksamen Zustandekommen! – im Nachhinein rückgängig gemacht werden. Und das, obgleich zum Zeitpunkt einer derartigen Vereinbarung niemand auch nur im Entferntesten an die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz gedacht hat. Namen wie *Dr. Schneider*, *FlowTex* oder *Kirch* stehen für das jederzeit mögliche Überraschungsmoment Pate. Vor ihm ist man erst geschützt, wenn maximal 10 Jahre vergangen sind; das ist die längste der Rückwirkungsfristen, vgl. § 133 Abs. 1 InsO.

Die Erfahrung lehrt, dass sich Aktionen und Transaktionen fast schon hektisch steigern, je näher eine Insolvenz herannaht. Die Anfechtungsvorschriften reagieren hie-

13 Ein weiterer, der hier dargestellten Sachlage vorgelagerter Unwirksamkeitsgrund könnte sich dann ergeben, wenn die Vereinbarung der AGB-Kontrolle nicht standzuhalten vermag (diesen Hinweis verdanke ich *Graf v. Westphalen*).

14 Siehe etwa *Schwörer*, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, 2000, S. 45 ff.; *Kübler/Prütting/Tintelnot*, § 119 Rz. 15 ff.; *HK/Marotzke*, § 119 Rz. 3 f.; *Pape*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 531 ff.; *Berger*, ebenda, S. 499 ff. A.A. etwa *Huber* in *MünchKommInsO*, § 119 Rz. 28 ff. *Wegener* in *FK*, § 103 GWB Rz. 3; *Obermüller*, *Insolvenzrecht in der Bankpraxis*, 6. Aufl. 2002, Rz. 8.140 ff.

15 Mit vielfachen Nachweisen *Marotzke*, *Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht*, 3. Aufl. 2001, S. 9 ff.

16 Siehe insbesondere *Kreft*, *ZIP* 1997, 865 ff.

17 *Kreft* in *MünchKommInsO*, § 103 Rz. 13.

18 Nicht gerade neu, aber doch weitgehend unerörtert ist die Qualifikation der Vereinbarung, die Unternehmen zu verbundenen i.S.d. §§ 15 ff. AktG macht.

19 Dazu etwa *Uhlenbruck/Berscheid*, § 103 Rz. 14.

20 Zu diesem vielfach übersehenen Aspekt vgl. *Paulus/Zenker*, *JuS* 2001, 2 (9).

Insolvenzverfahren, Sanierungsplan: Risiken und Vermeidungsstrategien

rauf, indem sie besondere Tatbestände in den §§ 130–132 InsO vorsehen. Ihnen ist eine Rückwirkungsfrist von drei Monaten gemeinsam. Hier kann es sogar dazu kommen, dass ein allen Bestimmungen und Vorschriften des Rechts vollkommen entsprechender Befriedigungsvorgang rückabzuwickeln ist – die so genannte kongruente Deckung des § 130 InsO.

b) Rechtshandlungen

Was darüber hinaus die besondere Bedrohlichkeit der Anfechtungsvorschriften ausmacht, ist, dass sie ausweislich des § 129 InsO sämtliche gläubigerbenachteiligende Handlungen erfasst; nicht also etwa nur Vertragsschlüsse. Vielmehr kann sogar auch ein Unterlassen angefochten und damit aus einem Nicht-Tun ein Tun gemacht werden – soweit das zur Korrektur der Gläubigerbenachteiligung erforderlich ist. Einen wirksamen Schutz hiergegen gibt es kaum; allenfalls faktische Umstände wie etwa die Nicht-Gewährung von Prozesskostenhilfe oder eine nicht erteilte Postsperrung können hier helfen.²¹ Dagegen ist die Vornahme eines so genannten Bargeschäfts, also eines unmittelbaren Austauschs gleichwertiger Leistungen, trotz seines verheißungsvollen Wortlauts in § 142 InsO deswegen nur ein geringer Schutz, weil es nach Ansicht des BGH allein in den Fällen kongruenter Deckungen die Anfechtbarkeit ausschließt.²²

c) Kausalität

Schließlich ist noch darauf zu verweisen, dass die Anfechtungsvorschriften grundsätzlich auch mittelbare Gläubigerbenachteiligungen erfassen. Wenn nicht ausdrücklich anders formuliert (wie in §§ 132 und 133 Abs. 2 InsO), genügt es, dass die fragliche Handlung den Anfang einer Kausalkette ausmacht, die sich zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung des zuspätkommenden Anfechtungsrechtsstreits in einer Benachteiligung für die Gläubiger auswirkt. Dass dieses Tatbestandsmerkmal vielfach erfüllt ist, liegt angesichts des in der Verfahrenseröffnung dokumentierten allgemeinen Verfalls des schuldnerischen Vermögens auf der Hand.

3. Planverfahren

Ein gewisses Risiko ergibt sich unbeschadet des oben zu seinem Lob Gesagten aus dem Planverfahren insofern, als hier, wie schon erwähnt, das im allgemeinen rechtsgeschäftlichen Verkehr geltende Einstimmigkeitsprinzip auf Grund der Herstellung einer Zwangsgemeinschaft durch ein Mehrheitsprinzip ersetzt wird. Die eigene Stimme wird also bis zu einem gewissen Grade entwertet. Das wird noch verschärft durch die ebenfalls schon erwähnte Gruppenbildung, die Gläubiger in einigermaßen vergleichbarer Lage in ein und denselben „Stall“ sperrt und von den anderen Gläubigern sozusagen absorbiert. Die daraus resultierenden Einschränkungen bringt das Verfahren mit sich und müssen hingenommen werden.

IV. Risikovermeidungsstrategien

1. Grundsätzliches

Die Versuche, sich gegen die Risiken einer Insolvenz zu wappnen, sind bekanntlich umfangreich. Bei den Kreditversicherungen funktionieren sie ganz ordentlich; das hängt u.a. mit der langen Erfahrung und Tradition zusammen, während derer man die verschiedenen Instrumentarien hat aufeinander abstimmen können. Was jedoch für den

Austausch von Geldhingabe oder Sachhingabe gegen Sicherheit gilt, gilt nicht notwendigerweise auch für den Austausch von Dienstleistungen gegen Geld. Während es nämlich im erstgenannten Fall letzten Endes um die Absicherung der Zahlung eines Geldbetrages geht, geht es im letzteren, dem moderneren und deswegen vorliegend ganz besonders interessierenden Fall regelmäßig um die Erbringung sonstiger, teilweise höchstpersönlich zu erbringender Leistungen.²³ Während Geld gewissermaßen die Meta-Ebene des Vermögens darstellt (es steckt gleichsam in jedem marktfähigen Vermögensgegenstand) und somit durch Verkauf realisiert werden kann, gibt es für sonstige Leistungen nur die Alternative: Entweder sie werden erbracht oder sie werden nicht erbracht. Handelt es sich dann auch noch um höchstpersönlich zu erbringende Leistungen, scheidet auch noch die Option aus, sie durch einen Dritten erbringen zu lassen.

2. Software-Escrow

a) Inhalt

Die voranstehenden Ausführungen sollen nunmehr – exemplarisch für das naturgemäß im gesamten IT-Bereich bestehende Sicherheitsbedürfnis – anhand eines so genannten Software-Escrow²⁴ konkretisiert werden.

Dieser Institution liegt das Bestreben zu Grunde, den Lizenznehmer einer Software (insbesondere) vor dem Insolvenzrisiko des Software-Entwicklers und Lizenzgebers zu schützen – genauer: vor dem Risiko, dass der Lizenznehmer im Insolvenzfall seines Vertragspartners von der Weiterentwicklung seines Programms dadurch abgeschnitten ist, dass sich der Quellcode in den Händen des Insolvenzverwalters befindet. Der Schutzmechanismus sieht so aus, dass in dem Lizenzvertrag als Nebenpflicht die Hinterlegung des periodisch zu aktualisierenden Quellcodes bei einer besonders qualifizierten Hinterlegungsstelle, dem Escrow-Agenten, statuiert wird. Dieser Nebenpflicht des Lizenzvertrages kommt der Lizenzgeber dadurch nach, dass er den Hinterlegungsvertrag abschließt und in diesem diejenigen Anlässe festlegt, bei deren Vorliegen der Escrow-Agent den Quellcode an den Lizenznehmer herausgeben darf. Der im vorliegenden Kontext entscheidende Anlass ist die Insolvenz des Lizenzgebers.²⁵

b) Bestandskraft?

Ob der Lizenznehmer tatsächlich bei Eintritt des Insolvenzfalles in unangreifbarer Weise Zugriff auf den Quellcode nehmen kann, hängt naturgemäß von einer Vielzahl von Imponderabilien ab – als kleine Auswahl denkbarer Unwägbarkeiten mag der Hinweis etwa auf die Unkenntnis des Verwalters über den wahren Wert des Lizenzvertrages, die fehlende Masse für die Durchführung eines Rechtsstreits (etwa eine Anfechtung) oder auch ein ganz banales Nicht-Auffinden der Unterlagen

21 Vgl. zu den faktischen Einschränkungen der Insolvenzanfechtung Paulus, BB 2001, 425 (429).

22 Vgl. HK/Kreft, § 142 Rz. 8; Kirchhof in MünchKommInsO, § 142 Rz. 7.

23 Siehe bereits Paulus, JuS 1996, 185 (191).

24 Dazu zuletzt (und den folgenden Ausführungen zu Grunde gelegt) Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379. Frühere Erörterungen zum selben Thema etwa bei Paulus, CR 1994, 83; Sheffeld/Leeven, CR 1995, 306; Schneider, CR 1995, 705; Bömer, NJW 1998, 3321; Lensdorf, CR 2000, 80.

25 Vgl. den konkreten Formulierungsvorschlag für eine Hinterlegungsvereinbarung von Bartsch in Beck'sches Formularhandbuch, Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 8. Aufl. 2003, S. 595 ff.

Insolvenzverfahren, Sanierungsplan: Risiken und Vermeidungsstrategien

des Lizenzvertrages dienen. Doch darum kann es an dieser Stelle naturgemäß nicht gehen; hier ist allein die juristische Haltbarkeit einer derartigen Vereinbarung zu überprüfen.

aa) Anwendbarkeit des § 103 InsO auf den Lizenzvertrag

Was zunächst einmal den Software-Lizenzvertrag angeht, so kann auf bereits oben Gesagtes verwiesen werden (III.1.a): Als beidseitig nicht vollständig erfüllter, gegenseitiger Vertrag erlöschen seine Erfüllungsansprüche automatisch in demjenigen Moment, in dem der zuständige Richter das Verfahren eröffnet, vgl. § 27 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 InsO. Damit ist naturgemäß auch eine wechselseitige Rücksichtnahmepflicht erloschen, wie sie § 241 Abs. 2 BGB nunmehr als denkbaren Vertragsinhalt apostrophiert. Solche Rücksichtnahmen weichen im Insolvenzfall ganz einseitig und rigoros dem Gebot, die Masse zu Gunsten der Gläubiger insgesamt zu maximieren. Dass damit zugleich auch die Pflicht zur Erfüllung von Nebenpflichten, wie etwa die der Hinterlegung, erlischt, liegt nahe; freilich hat der BGH diese Frage, soweit ersichtlich, bislang noch nicht entschieden. Sollte der Verwalter sich in der Folgezeit dafür entscheiden, den Lizenzvertrag nicht weiterzuführen, sondern ihn erlöschen zu lassen, ist die daraus entstehende Schadensersatzpflicht des Lizenznehmers nach § 103 Abs. 2 InsO eine bloße Insolvenzforderung.

bb) Anwendbarkeit des § 103 InsO auf den Hinterlegungsvertrag

Der Hinterlegungsvertrag ist unbeschadet seiner Erwähnung im Lizenzvertrag ein eigenständiges Gebilde, das deswegen gegebenenfalls einem eigenständigen insolvenzrechtlichen Schicksal unterfällt. Hier stellt sich allerdings als erstes die Frage, ob die Kennzeichnung als Hinterlegungsvertrag überhaupt eine juristisch zutreffende Einordnung darstellt, oder ob es sich nicht vielleicht vielmehr um eine schlichte Verwahrung handelt. Denn erstens ist eine Hinterlegung i.S.d. §§ 372 ff. BGB kein eigener Vertragstypus, sondern stellt regelmäßig eine spezielle Variante des Verwahrungsvertrages i.S.d. §§ 688 ff. BGB dar. Und zweitens setzt eben diese Spezialität als Hinterlegungsstelle eine „öffentliche Stelle“ – nach der Hinterlegungsordnung also primär das Amtsgericht – voraus. Das ist der Escrow-Agent jedoch mit Sicherheit nicht.

Gleichwohl hält die Literatur im Anschluss an eine Entscheidung des BGH²⁶ dieses Erfordernis der §§ 372 ff. BGB für abdingbar und erklärt die Wirkungen dieser Vorschriften auch dann für anwendbar, wenn der Vertrag eine andere Hinterlegungsstelle vorsieht.²⁷ Wenn das richtig sein sollte, ergibt sich die entscheidende Weichenstellung hin zu einer Insolvenzfestigkeit des Software-Escrow aus § 377 Abs. 1 BGB, demzufolge „das

Recht zur Rücknahme“ durch den Hinterleger der „Pfändung nicht unterworfen“ ist.²⁸ Die Unpfändbarkeit dieses Anspruchs bedeutet zugleich, dass er nicht in die Masse fällt, da § 36 InsO Massezugehörigkeit und Pfändbarkeit parallelisiert.

Wenn dieser Anspruch nicht in die Masse fällt, ergeben sich daraus mindestens zwei Folgerungen: Erstens, der Lizenznehmer kann auf den Quellcode zugreifen, ohne dass der Verwalter dagegen intervenieren könnte;²⁹ darin liegt somit auch kein Verstoß gegen § 91 Abs. 1 InsO. Zweitens, eine Anfechtbarkeit ist zumindest hinsichtlich dieses Vorgangs ausgeschlossen; denn die Entgegennahme des Quellcodes impliziert insoweit keine Benachteiligung der Gläubiger, da dieser Vorgang gerade nicht zu dem haftenden Vermögen des Schuldners gehört.

cc) Diskrepanz zwischen Lizenz- und Hinterlegungsvertrag

Die sich an diesen Befund unmittelbar anschließende Frage lautet, ob der Lizenznehmer tatsächlich auf den Quellcode zugreifen darf, wo er doch auf Grund des § 103 seinen Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Nutzung gegen den insolventen Lizenzgeber gerade verloren hat? Die Antwort hierauf muss „ja“ lauten, da es nicht angehen kann, dass der § 377 Abs. 1 BGB nach dem offenbar vorherrschenden Verständnis gerade auch für den Insolvenzfall eine Befugnis uneingeschränkt gewährt, die bei Eintritt dieses Falles dann nach § 103 InsO von der Wahlausübung des Insolvenzverwalters abhängen soll. Das wäre eine innere Widersprüchlichkeit der Rechtsordnung, die zumindest im Wege einer teleologischen Reduktion zu beseitigen wäre. Damit ist zugleich aber auch als mögliches Gegenargument aus dem Weg geschafft, dass die in dem Hinterlegungsvertrag vorgesehene Herausgabepflicht an den Lizenznehmer gegen § 119 InsO verstoße und deswegen unwirksam sein könnte. Denn dem Verwalter wird durch die Hinterlegungsvereinbarung nur ein Recht genommen, das ihm von Gesetzes wegen ohnedies nicht zustehen soll.

Wie aber schon zuvor (IV.1.b) als allgemeine Mahnung ausgesprochen, verbleibt neben dem Risiko der Neuinterpretation der „öffentlichen Stelle“ i.S.d. § 372 BGB immer auch ein Anfechtungsrisiko. Wenn auch die Entgegennahme des Quellcodes der Anfechtung entzogen ist, so kann doch die Vereinbarung der Hinterlegung selbst anfechtbar sein. Im Ergebnis liegt natürlich eine Gläubigerbenachteiligung vor; den Gläubigern ist der u.U. beträchtlich werthaltige Gegenstand „Quellcode“ entzogen. Als Anfechtungstatbestände kommen insbesondere die Anfechtung wegen „unentgeltlicher Leistung“, § 134 InsO, oder wegen „vorsätzlicher Benachteiligung“, § 133 InsO, in Betracht. Freilich lassen sich diese Gefährdungen einigermaßen zuverlässig beherrschen. Die Unentgeltlichkeit entfällt, wenn der Lizenznehmer die Hinterlegungskosten zu tragen hat. Und bei der Vorsatzanfechtung kommt es ausweislich des § 140 Abs. 3 InsO nicht auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens, sondern den des Vertragsschlusses an.

dd) Ergebnis

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Vereinbarung eines Software-Escrow mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine insolvenzresistente Zugriffsmöglichkeit auf den Quellcode eröffnet.

²⁶ BGH, Urt. v. 11.11.1981 – VIII ZR 269/80, BGHZ 82, 283 = MDR 1982, 482 = ZIP 1982, 37; Urt. v. 14.2.1985 – IX ZR 76/84, MDR 1985, 575 = NJW 1986, 1038.

²⁷ Siehe etwa Staudinger/Olzen, 13. Aufl. 2000, § 372 Rz. 6, 24; Heintz in MünchKommBGB, 3. Aufl. 1994, § 372 Rz. 20.

²⁸ Ob die Unpfändbarkeit tatsächlich auch dann gerechtfertigt ist, wenn es sich bei der Hinterlegungsstelle nicht um eine „öffentliche Stelle“ handelt, erscheint jedoch durchaus als fraglich. Damit wäre an sich dem missbräuchlichen Beiseitschaffen von Vermögen des Schuldners Tür und Tor geöffnet; die Gläubigergesamtheit hätte dann das Nachsehen.

²⁹ Siehe nur Kübler/Prütting/Holzer, § 35 Rz. 90; Uhlenbruck, § 35 Rz. 83.