

Grundlagen des Insolvenzrechts

Prof. Dr. Andreas Piekenbrock, Heidelberg*

Dem Insolvenzrecht kommt gegenwärtig zur Bewältigung der verheerenden wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie besonders große praktische Bedeutung zu. In der breiten Öffentlichkeit hat es schon zuvor durch die Insolvenzen von Air Berlin und Thomas Cook größere Aufmerksamkeit erfahren. Seither kamen der spektakuläre Fall Wirecard und jüngst die Greensill Bank hinzu, die beide nicht durch die Pandemie ausgelöst worden sind. Im Studium wird das Insolvenzrecht dagegen nur in einschlägigen universitären Schwerpunktbereichen gelehrt. Der folgende Beitrag will dem interessierten Leser einen Überblick über den Zweck und die wichtigsten Institute des Insolvenzrechts verschaffen. Die vertiefte Behandlung von Einzelfragen ist dagegen nicht möglich.

A. Einführung

Das Insolvenzrecht steht angesichts der gewaltigen wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie gegenwärtig im Fokus des politischen und wirtschaftlichen Interesses. Der Allgemeinheit am besten bekannt sein dürfte die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht zahlungsunfähiger oder überschuldeter juristischer Personen (§ 15a InsO), die schließlich bis ins Frühjahr 2021 verlängert worden ist.¹ Dass das Insolvenzrecht erst kürzlich erhebliche gesetzliche Änderungen erfahren hat,² beruht allerdings überwiegend auf einer Koinzidenz, weil die zugrundeliegende europäische „Richtlinie über Restrukturierung

und Insolvenz“³ längst beschlossen und verkündet war, als sich das SARS-CoV-2 noch unerkannt unter chinesischen Wildtieren verbreitet hat. Da das Insolvenzrecht in der juristischen Ausbildung bis zum Zweiten Staatsexamen aber nur eine Nebenrolle spielt und lediglich in universitären Schwerpunktbereichen vertieft gelehrt wird, soll in diesem Beitrag an die Grundlagen des Insolvenzrechts erinnert werden, die auch in der rechtspolitischen Diskussion immer wieder vergessen werden. Als Leitfaden kann dabei § 1 InsO dienen, weil die InsO zu den „modernen“ Gesetzen gehört, die ihren Zweck einleitend selbst benennen.

B. Insolvenzrecht als Gesamtvollstreckungsrecht

I. Grundprinzipien der Einzel- und der Gesamtvollstreckung

Das (deutsche) Einzelzwangsvollstreckungsrecht ist vom Prioritätsprinzip geprägt, das in der Mobiliarvollstreckung durch den Erwerb eines (Pfändungs-)Pfandrechts (§ 804 ZPO) und bei der Immobilienvollstreckung durch die Wirkung der Beschlagnahme (§ 11 Abs. 2 ZVG) verwirklicht wird. Das Prioritätsprinzip ist jedoch als Verteilungsprinzip in Mangelfällen ungeeignet⁴ und konnte sich in Deutschland nur durchsetzen, weil es in der Gesamtvollstreckung, der „gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger“ (§ 1 S. 1 InsO), zugunsten des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes (*par condicio omnium creditorum*)⁵ ersetzt wird⁶ und Insolvenzverfahren grundsätzlich für alle (natürlichen und juristischen) Personen (§ 11 Abs. 1 InsO), alle rechtsfähigen Personengesellschaften (§ 11 Abs. 2

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

¹ Zur umfassenden Suspendierung der Antragspflicht vom 1.3.2020 bis zum 30.9.2020 bei pandemiebedingten Insolvenzen vgl. § 1 S. 1, 2 COVInsAG vom 27.3.2020, BGBl. I, S. 569; zur Suspendierung der Antragsfrist bis zum 31.12.2020 nur bei Überschuldung (§ 19 InsO) vgl. § 1 Abs. 2 COVInsAG i. d. F. von Art. 1 Nr. 1 lit. b) des Gesetzes zur Änderung des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes vom 25.9.2020, BGBl. I, S. 2016. Zur weiteren Suspendierung der Antragspflicht bei der Inanspruchnahme staatlicher Hilfen vgl. § 1 Abs. 3 COVInsAG i. d. F. von Art. 10 Nr. 1 des Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetzes (SanInsFoG) vom 22.12.2020, BGBl. I, S. 3258 und Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes vom 15.2.2021, BGBl. I, S. 237.

² Vgl. das SanInsFoG (Fn. 1) und das Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht vom 22.12.2020, BGBl. I, S. 3328.

³ Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl. Nr. L 172, S. 18.

⁴ Vgl. dazu Hoffmann, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung, 2016, S. 208.

⁵ Vgl. D. 42, 8, 6, 7 (Ulpian).

⁶ Vgl. die Beratungen zweiter Lesung zu § 658 CPO-E, in: Hahn/Stegemann (Hrsg.), Die gesamten Materialien zu der Civilprozeßordnung, 2. Aufl. 1881, Band 2, S. 987 ff. und dort insbesondere die Ausführungen des Regierungsrats Hagen (S. 989 f.).

Nr. 1 InsO) und einige Sondervermögen (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO) eröffnet werden können. Nicht insolvenzfähig sind dagegen insbesondere der Bund, die Länder (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO) und – nach Maßgabe des Landesrechts (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO) – die Gemeinden⁷ sowie – von Verfassungen wegen – die öffentlichen Rundfunkanstalten (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)⁸ und die öffentlich-rechtlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften (Art. 140 GG, 137 Abs. 3 WRV).⁹

Ähnlich wie in Mangelfällen des materiellen Rechts wie dem Produkthaftungsrecht mit Haftungsobergrenze (§ 10 Abs. 2 ProdHaftG), der auf 110 Mio. Euro beschränkten Versicherung in der Insolvenz eines Reiseveranstalters (§ 651r Abs. 3 S. 4 BGB), die im Fall Thomas Cook unzureichend war,¹⁰ und dem Untergang eines Teils des Vorrats bei Vorratsschulden¹¹ erfolgt die Befriedigung der Gläubiger in der Insolvenz nach dem Verhältnis ihrer Forderungen, auf die jeder einen für alle gleichhohen Bruchteil erhält (vgl. § 195 InsO): die sogenannte (Insolvenz-)Dividende. Dagegen spielt die Bedürftigkeit der Gläubiger keine Rolle, weil sich in der Insolvenz nicht die Verteilungsgerechtigkeit (*iustitia distributiva*), sondern die ausgleichende Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*) verwirklicht.¹² Soziale Zwecke sind dagegen mit externen Mitteln und nicht zulasten der übrigen Gläubiger zu finanzieren.¹³ Arbeitnehmer haben daher einen Anspruch auf Insolvenzgeld (§§ 165 ff. SGB III); ihre „Betriebsrentenansprüche“ machen sie beim Pensionssicherungsverein als Träger der Insolvenzversicherung geltend (§§ 7 Abs. 1 S. 1, 14 BetrAVG). Vor allem private Bankkunden bekommen, wie jüngst im Fall der Bremer Greensill Bank,¹⁴ (einen Teil) ihre(r) Einlagen.¹⁵ Reisende haben einen Anspruch gegen den vom Reiseveranstalter beauftragten „Kundengeldabsicherer“ (§ 651r Abs. 4 S. 1 BGB). Die externen Sicherungsstellen

erwerben im Gegenzug die besicherten Forderungen¹⁶ und nehmen als einfache Gläubiger an der insolvenzmäßigen Verteilung teil (vgl. § 55 Abs. 3 InsO).

II. Durchführung der insolvenzmäßigen Verteilung

Die insolvenzmäßige Befriedigung der Gläubiger erfolgt grundsätzlich durch Verwertung des Vermögens des Schuldners und Verteilung des Erlöses (§ 1 S. 1 InsO).

1. Bestimmung der Insolvenzmasse

Ausgangspunkt ist dabei die sogenannte „Insolvenzmasse“, die das (pfändbare) Vermögen des Schuldners im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung und den Neuerwerb während des Verfahrens umfasst (§§ 35 Abs. 1, 36 Abs. 1–3 InsO). Dass auch der Neuerwerb erfasst wird, ist ausschließlich bei natürlichen Personen von Bedeutung, die Vermögen durch Einsatz ihrer Arbeitskraft erwerben. Im Übrigen gehört alles, was mit Massemitteln erworben wird, schon deshalb zur Masse.¹⁷ Auch der Vorbehalt der Pfändbarkeit (§ 36 Abs. 1 InsO), der den Charakter des Verfahrens als Zwangsvollstreckungsverfahren unterstreicht, ist auf natürliche Personen beschränkt (§§ 811, 850c ZPO).

2. Anreicherung und Bereinigung der Masse

Die Teilungsmasse, aus der die Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) quotale befriedigt werden, ist nicht identisch mit der Insolvenzmasse bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

a) Masseanreicherung durch Insolvenzanfechtung

Zum einen kann der Insolvenzverwalter die Masse durch die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) mehren. Dabei geht es um Rechtshandlungen vor der (förmlichen) Eröffnung des Insolvenzverfahrens und damit vor dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse auf den Insolvenzverwalter (§ 80 Abs. 1 InsO). Anders als die Anfechtung von Willenserklärungen (§ 142 Abs. 1 BGB) begründet die Insolvenzanfechtung *Ansprüche* gegen Personen, die zulasten der Insolvenzgläubiger etwas aus dem Vermögen des Schuldners erlangt haben (§§ 129, 143 Abs. 1 InsO). Die Anfechtungsgründe lassen sich in zwei Gruppen einteilen: Die eine Gruppe begründet nur im Insolvenzfall ein Anfechtungsrecht zugunsten aller Gläubiger und versucht, den insolvenzrechtlichen

⁷ Vgl. etwa zu Baden-Württemberg § 45 S. 1 AGGVG, dort für alle Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts; speziell zu den Gemeinden in Nordrhein-Westfalen vgl. § 128 Abs. 2 GO NRW. Zu den weiteren Nachweisen vgl. *Ehricke*, in: Jaeger (Begr.), Insolvenzordnung, 1. Aufl. 2004, Band 1, § 12 Rn. 20 ff. Vgl. dazu rechtspolitisch BT-Drucks. 15/5095.

⁸ BVerfGE 89, 144 (152).

⁹ BVerfGE 66, 1 (19).

¹⁰ Zur staatlichen Entschädigung der Reisenden vgl. BT-Drucks. 19/27226 und 19/27227.

¹¹ Vgl. RGZ 84, 125 (128 f.) im Zuckerrübenfall.

¹² Die Unterscheidung geht auf *Aristoteles* (Nikomachische Ethik, Buch 3, Kapitel 5, 1130b) zurück und wurde insbesondere von *Thomas von Aquin* (Summa Theologica, Teil III, quaestio 85, 3) rezipiert.

¹³ Vgl. dazu *Piekenbrock*, ZZP 122 (2009), 63 (79 ff.).

¹⁴ Das AG Bremen hat am 16.3.2021 auf Antrag der BaFin (§ 46b Abs. 1 S. 4 KWG) das Insolvenzverfahren eröffnet (Az. 508 IN 6/21). Vgl. www.insolvenzbekanntmachungen.de.

¹⁵ Zum Entschädigungsanspruch gegen das jeweilige Einlagensicherungssystem in Höhe von maximal 100.000 Euro vgl. §§ 5, 8 Abs. 1 EinSiG, Art. 1 DGSD-Umsetzungsgesetz vom 28.5.2015, BGBl. I, S. 786. Einlagen der öffentlichen Hand werden nach § 6 Nr. 10 EinSiG dagegen nicht entschädigt. In den Institutgruppen bestehen darüber hinaus weitergehende Einlagensicherungssysteme.

¹⁶ Vgl. § 169 SGB III; § 9 Abs. 2 BetrAVG; § 16 EinSiG; § 651r Abs. 4 S. 3 BGB.

¹⁷ Zu § 1 KO, der den Neuerwerb (noch) nicht erfasst hat, vgl. nur *Henckel*, in: Jaeger (Hrsg.), Konkursordnung, 9. Aufl. 1997, § 1 Rn. 125.

Verteilungsmaßstab schon im sogenannten „kritischen Zeitraum“ bis drei Monate vor dem maßgeblichen Insolvenzantrag zur Geltung zu bringen, wenn der Schuldner bereits zahlungsunfähig (§ 17 InsO) war (§§ 130–132 InsO). Namentlich fällige Zahlungen des Schuldners innerhalb dieses Zeitraums können allerdings nur angefochten werden, wenn der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit kannte (§ 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO); dies beruht auf der Abwägung der Gläubiger- und der Verkehrsschutzinteressen. Angefochten werden können auch sogenannte inkongruente Deckungen (§ 131 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO), zu denen jedenfalls seit der Insolvenzrechtsreform von 1994/99 auch Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung gegen den Schuldner gehören.¹⁸ Bei dieser Anfechtung kommt es auf die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht an; sie wird in der besagten Abwägung durch das Merkmal der Inkongruenz ersetzt. Die andere Gruppe von Anfechtungstatbeständen lässt sich auf die *Actio Pauliana* des klassischen römischen Rechts zurückführen¹⁹ und findet auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens zugunsten einzelner Gläubiger statt. Sie erfasst namentlich die vorsätzliche Benachteiligung der Gläubiger (§ 133 InsO; § 3 AnfG) und unentgeltliche Leistungen des Schuldners (§ 134 InsO; § 4 AnfG).²⁰

b) Massebereinigung durch Aus- und Absonderungsrechte

Zum anderen muss der Insolvenzverwalter die Masse bereinigen, soweit Aus- und Absonderungsrechte bestehen. Ein Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) besteht, wenn ein Gegenstand dem Schuldner gar nicht gehört hat, oder wenn er jedenfalls haftungsrechtlich nicht seinem Vermögen zugerechnet wird. Letzteres gilt etwa in der Insolvenz eines Treuhänders. Fällt etwa eine Bank in die Insolvenz, können ihre Kunden, die ihr Sachen als Sicherheit übereignet hatten (Sicherheitstreuhand), das Sicherungsgut aussondern. Ein Fall gesetzlicher Treuhand findet sich im Fall der Insolvenz eines Kommissionärs (§ 392 Abs. 2 HGB). Absonderungsrechte sind dagegen Vorzugsrechte an Gegenständen, die (auch haftungsrechtlich) zur Masse gehören. Dazu gehören neben vertraglichen (§ 1204 BGB) und gesetzlichen Pfandrechten (§§ 562, 647 BGB) auch die bereits erwähnten Pfändungspfandrechte, soweit sie

nicht durch die Insolvenzeröffnung unwirksam geworden (§ 88 InsO) oder erfolgreich angefochten worden sind. In diesen Fällen wird der besicherte Gläubiger nach Abzug der Kosten bevorzugt aus dem Verwertungserlös befriedigt (§ 170 Abs. 1 InsO); ein möglicher Überschuss steht dagegen der Masse zu.

c) Berichtigung der Masseverbindlichkeiten

Schließlich muss der Insolvenzverwalter vorab die sogenannten Masseverbindlichkeiten berichtigen (§ 53 InsO). Dazu gehören neben den Kosten des Verfahrens (§ 54 InsO) insbesondere die Verbindlichkeiten, die der Insolvenzverwalter etwa im Zuge der Fortführung eines Unternehmens selbst eingegangen ist (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Außerdem können solche Verbindlichkeiten aus Verträgen hervorgehen, die der Schuldner abgeschlossen hatte und die im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt sind. Grundsätzlich hat der Insolvenzverwalter die Wahl, ob er solche Verträge durchführen will oder nicht (§ 103 Abs. 1 InsO). Im ersten Fall steht der Erfüllungsanspruch der Masse frei von Rechten Dritter zu.²¹ Dafür muss der Insolvenzverwalter die Gegenleistung aus der Masse erbringen (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO). Daher wählt der Insolvenzverwalter die Vertragserfüllung nur, wenn er dadurch einen Überschuss für die Masse erwartet. Lehnt er die Erfüllung ab, kann der Vertragspartner seinen Nichterfüllungsschaden nur als Insolvenzgläubiger geltend machen (§ 103 Abs. 2 InsO). Darin liegt keine Verletzung des Grundsatzes „pacta sunt servanda“, weil in diesem Fall nur der Schuldner das Leistungsversprechen abgegeben hatte. Für eine bevorzugte Befriedigung als Massegläubiger besteht hier kein Grund. Allerdings wirken einige wichtige Dauerschuldverhältnisse wie Immobiliarmietverträge und Dienstverträge nach der Insolvenzeröffnung mit Wirkung für die Masse fort (§ 108 Abs. 1 S. 1 InsO), so dass der Insolvenzverwalter sie aus der Masse erfüllen muss (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO). Anstelle des Wahlrechts steht dem Insolvenzverwalter nur ein Sonderkündigungsrecht zu, wenn der Schuldner der Mieter (§ 109 Abs. 1 S. 1 InsO) oder der Dienstberechtigte (§ 113 S. 1 InsO), also in der Regel der Arbeitgeber war. Nichterfüllungsschäden können auch Mieter und Dienstverpflichtete nur als Insolvenzgläubiger geltend machen (§§ 109 Abs. 1 S. 3, 113 S. 3 InsO).

3. Verwertung und Verteilung der Masse

a) Verwertung

Der Insolvenzverwalter hat die Masse in Besitz zu nehmen (§ 148 Abs. 1 InsO) und, soweit es sich nicht um liquide Mittel handelt, zu verwerten (§ 159 InsO). Dies kann

¹⁸ Vgl. nur *BMJ* (Hrsg.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, S. 408 f.; BT-Drucks. 16/3844, S. 11; BT-Drucks. 18/11199, S. 11; zur KO schon BGHZ 136, 309 (313); insoweit a. A. überzeugend *Foerste*, Zwangsvollstreckung und Insolvenzanfechtung – ein Prüfstein subjektiver Auslegung, in: Heinrich (Hrsg.), FS Musielak, 2004, S. 141 (152 ff.).

¹⁹ D. 22, 1, 38 (*Paulus*); vgl. dazu auch die Begründung zum Konkursanfechtungsrecht, in: Hahn (Hrsg.), Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, 1881, S. 110.

²⁰ Zu § 134 InsO bei rechtsgrundlosen Leistungen und bei Störung des Äquivalenzverhältnisses vgl. etwa BGHZ 179, 137 Rn. 11 ff.; BGHZ 214, 350 Rn. 10 ff.; BGHZ 222, 283 Rn. 83 ff.; *BGH ZIP* 2016, 2329 Rn. 22; *ZIP* 2020, 2348 Rn. 9 ff.

²¹ Vgl. nur BGHZ 150, 353 (359 f.); *Jacoby*, in: Jaeger (Begr.), Insolvenzordnung, 1. Aufl. 2014, Band 3, § 103 Rn. 344 ff.

er kraft seiner Verfügungsbefugnis (§ 80 Abs. 1 InsO) freihändig auf privatrechtlichem Wege tun; anders als in der Einzelzwangsvollstreckung (§ 814 ZPO) ist keine öffentliche Versteigerung erforderlich. Allerdings kann der Insolvenzverwalter insbesondere solche Grundstücke, auf denen hohe Grundpfandrechte lasten, zwangsversteigern lassen, ohne dass der Ersteher diese Rechte übernehmen müsste (§§ 172, 174a, 52 Abs. 1 S. 2 ZVG). Verspricht die Verwertung wegen der Lasten keinen Ertrag für die Masse, kann der Insolvenzverwalter das Grundstück auch freigeben, so dass es in die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners zurückfällt (vgl. § 30 Abs. 3 InsO).

b) Verteilung

Zur Verteilung der Teilungsmasse auf die Insolvenzgläubiger müssen deren Forderungen zunächst verbindlich festgestellt werden. Dazu müssen alle Gläubiger ihre Forderungen zunächst beim Insolvenzverwalter anmelden (§§ 28 Abs. 1 S. 1, 174 Abs. 1, 2 InsO). Da die Zulassung jeder einzelnen Forderung die Quote für alle anderen Gläubiger verringert, kann neben dem Insolvenzverwalter (im Interesse aller anderen Gläubiger) auch jeder einzelne Gläubiger einer angemeldeten Forderung widersprechen (§ 178 Abs. 1 S. 1 InsO). Der Gläubiger muss dann in einem ordentlichen Zivilprozess gegen den Widersprechenden auf Feststellung der Forderung zur Tabelle klagen (§ 179 Abs. 1 InsO). War schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Zivilprozess gegen den Schuldner anhängig, wird dieser nach der korrekten Anmeldung der Forderung²² gegen den oder die Widersprechenden wiederaufgenommen (§ 180 Abs. 2 InsO). Schließlich verteilt der Insolvenzverwalter die Teilungsmasse an die teilnahmeberechtigten Gläubiger.

Wie eingangs erwähnt, ist das Insolvenzrecht vom Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz geprägt. Gleichwohl sieht § 39 InsO auch nachrangige Insolvenzgläubiger vor, die in der Regel überhaupt nicht befriedigt werden und ihre Forderungen daher nur auf besondere Aufforderung hin anmelden dürfen (§ 174 Abs. 3 InsO). Die Gründe für den jeweiligen Nachrang sind heterogen. § 39 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO liegt der Gedanke zugrunde, dass es sich bei den Zinsen und Kosten um Forderungen handelt, die erst nach der Verfahrenseröffnung entstehen und daher eigentlich keine echten Insolvenzforderungen im Sinne von § 38 InsO sind.²³ Geldstrafen (§ 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO) sollen nicht indirekt von den anderen Gläubigern finanziert werden. Auch Freigebigkeiten soll der Schuldner nicht zulasten der Gläubiger, sondern nur aus seinem Nettovermögen vertei-

len (§ 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO).²⁴ Der Nachrang der nicht nur unwesentlich beteiligten Gesellschafter, die zugleich ein Darlehen gegeben haben (§ 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 5 InsO), ist dagegen kapitalgesellschaftsrechtlicher Natur. Dass diese Forderungen noch hinter solchen auf unentgeltliche Leistungen stehen, zeigt, dass sie bereits einen gewissen Eigenkapitalcharakter haben, auch wenn sie bei der Prüfung der Überschuldung ohne einen besonderen Rangrücktritt zu passivieren sind (§ 19 Abs. 2 S. 2 InsO). Schließlich beruht der Nachrang im Falle eines (qualifizierten) Rangrücktritts (§ 39 Abs. 2 InsO)²⁵ auf dem Willen des Gläubigers.

4. Aufhebung des Insolvenzverfahrens und Haftung für Insolvenzforderungen

Wenn die Teilungsmasse vollständig verteilt ist, hat das Insolvenzverfahren seinen Zweck erfüllt und wird aufgehoben (§ 200 Abs. 1 InsO). Grundsätzlich werden die nicht befriedigten Forderungen vom Ende des Insolvenzverfahrens nicht berührt (§ 201 Abs. 1 InsO). Vielmehr können die Gläubiger, deren Forderungen festgestellt worden sind, sogar aus diesem Tabelleneintrag vollstrecken, wenn auch der Schuldner der Forderung nicht widersprochen hat (§ 201 Abs. 2 InsO). Der Fortbestand der Haftung für Insolvenzforderungen steht allerdings unter dem Vorbehalt einer abweichenden Regelung in einem Insolvenzplan und der Restschuldbefreiung natürlicher Personen.

C. Erhalt insolventer Unternehmen

I. Unternehmenserhalt als Ziel der Insolvenzordnung nach § 1 InsO

Neben der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger erkennt § 1 S. 1 InsO den Erhalt des Unternehmens durch abweichende Regelungen in einem Insolvenzplan als Ziel des Insolvenzverfahrens an. Nach ganz herrschender Auffassung ist die Sanierung des Unternehmens des Schuldners aber kein Selbstzweck des deutschen Insolvenzrechts, sondern ein alternatives Mittel zur Verwirklichung des Hauptzwecks, der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger durch die Verwirklichung der Haftung.²⁶ Dar-

²² Zu dieser Voraussetzung der Wiederaufnahme vgl. *BGH NJW* 2020, 3102 Rn. 11 f.

²³ So die Begründung des ursprünglichen Ausschlusses dieser Forderungen vom Konkursverfahren in § 56 Nr. 1, 2 KO-E, in: Hahn (Fn. 17), S. 252; zur Fortgeltung dieser Gründe für § 39 InsO vgl. *Henckel*, in: Jaeger (Begr.), *Insolvenzordnung*, 1. Aufl. 2004, Band 1, § 39 Rn. 11.

²⁴ Vgl. zu beiden Fällen in: Hahn (Fn. 17), S. 252.

²⁵ Zu den zivilrechtlichen Folgen des Rangrücktritts vgl. *BGHZ* 204, 231 Rn. 13 ff.

²⁶ Vgl. in diesem Sinne die Begründung zu § 1 Abs. 3 InsO-RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 109. Im Schrifttum vgl. entsprechend *Henckel*, in: Jaeger (Begr.), *Insolvenzordnung*, 1. Aufl. 2004, Band 1, § 1 Rn. 2, 5; *Sternal*, in: Kayser/Thole (Hrsg.), *Insolvenzordnung*, 10. Aufl. 2020, § 1 Rn. 5; *Schmerbach*, in: Bornemann (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 9. Aufl. 2018, § 1 Rn. 12; a. A. *Schmidt*, in: Schmidt (Hrsg.), *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 41; vermittelnd *Ganter/Bruns*, in: *Stürner/Eidemüller/Schoppmeyer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4. Aufl. 2019, § 1 Rn. 85.

an wird deutlich, dass sich der Gesetzgeber bei der großen Insolvenzrechtsreform von 1994 nicht für ein „Unternehmensrestrukturierungsverfahren“ entschieden hat, sondern aus Gründen der Marktkonformität für ein einheitliches und ergebnisoffenes Insolvenzverfahren.²⁷ Ein Unternehmen soll daher nur fortgeführt werden, wenn dessen Ertragswert höher ist als der Substanzwert zu Liquidationswerten. Erst die eingangs erwähnte „Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz“ hat zur Einführung eines reinen Restrukturierungsrechts geführt,²⁸ das es zuvor nur in Form des Reorganisationsverfahrens für Kreditinstitute²⁹ gab.

II. Erhaltende Sanierung

Bei der Unternehmenssanierung im Rahmen eines Insolvenzplans bestehen grundsätzlich zwei Optionen: Zum einen kann der bisherige Unternehmensträger, etwa eine GmbH oder eine AG, selbst entschuldet werden, indem die Gläubiger auf einen bestimmten Teil ihrer Forderungen verzichten (§ 227 Abs. 1 InsO) oder – durch Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen³⁰ – in Eigenkapital umwandeln (§ 225a Abs. 2 InsO). Dieser Weg ist der einzig gangbare, wenn die Fortführung des Unternehmens von öffentlich-rechtlichen Genehmigungen abhängt, die nicht auf einen neuen Rechtsträger übergehen und möglicherweise wegen der Änderung der Rechtslage so auch nicht mehr neu erteilt werden können.³¹ Dazu werden im sogenannten „gestaltenden Teil“ des Insolvenzplans (§ 221 InsO) die entsprechenden Regelungen getroffen, die mit der gerichtlichen Bestätigung des Plans in Kraft treten (§ 254 Abs. 1 S. 1 InsO). Bei der Abstimmung über den Plan kann die Zustimmung der Anteilseigner regelmäßig ersetzt werden (§ 245 Abs. 1, 3 InsO), so dass diesen kein Blockadepotential (mehr) zusteht. Zwar setzt die Fortführung einer insolventen Kapitalgesellschaft, die durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst und zu einer auf Abwicklung gerichteten Gesellschaft geworden ist,³² grundsätzlich einen entsprechenden Gesellschafter- bzw. Hauptversammlungsbeschluss voraus.³³ Durch den Insolvenzplan kann aber auch dieser Beschluss ersetzt werden (§ 225a Abs. 3 InsO).

III. Übertragende Sanierung

Die Sanierung von Unternehmen setzt aber nicht die Sanierung des Unternehmensträgers voraus, sondern kann

auch im Wege einer übertragenden Sanierung erfolgen. Dies kann zum einen im Rahmen eines sogenannten *Asset Deals* an einen Investor erfolgen, der das ganze Unternehmen oder Unternehmensteile fortführen will. Dabei werden die einzelnen Betriebsmittel auf den Investor übertragen; für die Arbeitsverhältnisse ist dann § 613a BGB maßgeblich. Zum anderen kann das unternehmerische Vermögen zunächst in eine neu gegründete Auffanggesellschaft eingebracht werden, die entweder von den bisherigen Investoren fortgeführt oder im Rahmen eines *Share Deals* (Anteilkauf) an einen Investor veräußert werden kann. Diese Form der Sanierung wird unter anderem dadurch gefördert, dass § 25 HGB beim Erwerb vom Insolvenzverwalter nicht anwendbar ist.³⁴ Darüber hinaus wird die Haftung des Betriebsübernehmers für die bisherigen Lohnansprüche aus § 613a Abs. 1 S. 1 BGB bei der Veräußerung nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch den dortigen Verteilungsmaßstab ersetzt.³⁵

D. Möglichkeit der Restschuldbefreiung

I. Grundsätzliches

Als weiteres Ziel des Insolvenzverfahrens nennt § 1 S. 2 InsO die Möglichkeit der Restschuldbefreiung für den redlichen Schuldner. Die Restschuldbefreiung hat sich im letzten Vierteljahrhundert europaweit etabliert³⁶ und mit der besagten „Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz“ Eingang in das Unionsrecht gefunden. Danach darf die Frist für die Entschuldung bei Unternehmern in Zukunft maximal drei Jahre betragen.³⁷ Bisher galt diese kurze Frist nur, wenn der Schuldner die Insolvenzgläubiger bis dahin zu mindestens 35 % befriedigt hatte (§ 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO 2013³⁸). Mit der bedingungslosen Restschuldbefreiung nach drei Jahren droht die Balance zwischen der mit einem Insolvenzverfahren bezweckten *Befriedigung* der Forderungen der Gläubiger und der *Befreiung* des Schuldners von diesen Forderungen verloren zu gehen.

II. Durchführung

Bis der Schuldner die Restschuldbefreiung erlangen kann, muss er nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens

²⁷ So der Erste Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, Leit-satz 1.1, S. 90 ff.; InsO-RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 83.

²⁸ Zum Restrukturierungsplan vgl. §§ 2 ff. StaRUG, Art. 1 SanInsFOG (Fn. 1).

²⁹ Vgl. §§ 7 ff. KredReorgG.

³⁰ Vgl. § 56 GmbHG; § 183 AktG. Zur Sacheinlagefähigkeit der Forderung vgl. nur BGHZ 110, 47 (71); BGHZ 113, 335 (341).

³¹ Vgl. dazu im Einzelnen *Bitter/Laspeyres*, ZIP 2010, 1157 ff.; *Bitter*, ZGR 2010, 147 (159 ff.).

³² Vgl. § 60 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 1 GmbHG; § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG.

³³ Vgl. § 60 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 2 GmbHG; § 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG.

³⁴ Vgl. RGZ 58, 166 (168); BGHZ 66, 217 (228); *BGH* NJW 1987, 1019 (1020); zum Erwerb vom Schuldner in der Eigenverwaltung (§ 270 InsO) vgl. *BGH* ZIP 2020, 263 Rn. 11 ff.

³⁵ Vgl. nur BAGE 128, 229 Rn. 20 ff. = NZA 2009, 432. Nach *BAG* NZA 2003, 318 (322 f.) soll die Haftungsbeschränkung beim Erwerb vom vorläufigen Insolvenzverwalter nicht eingreifen, weil das Eröffnungsverfahren der Sicherung und nicht der Verwertung des Schuldnervermögens diene.

³⁶ Vgl. dazu die Nachweise bei *Piekenbrock*, JbItalR 26 (2013), 103 ff.

³⁷ So Art. 21 der Richtlinie (EU) 2019/1023 (Fn. 3).

³⁸ I. d. F. von Art. 1 Nr. 30 des Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 15.7.2013, BGBl. I, S. 2379.

die sogenannte Wohlverhaltensperiode durchlaufen, deren Dauer sich aus der Abtretungsfrist von nunmehr drei Jahren ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 287 Abs. 2 S. 1 InsO³⁹)⁴⁰ abzüglich der Zeit zwischen der Eröffnung und der Beendigung des Insolvenzverfahrens ergibt. Voraussetzung für die Restschuldbefreiung ist grundsätzlich, dass der Schuldner selbst einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt (vgl. §§ 20 Abs. 2, 306 Abs. 3 S. 1 InsO)⁴¹ und dabei seine pfändbaren Bezüge an einen Treuhänder abtritt (§ 287 Abs. 2 S. 1 InsO). Diese Abtretung wird allerdings erst ab der Beendigung des Insolvenzverfahrens wirksam, weil die pfändbaren Bezüge vorher ohnehin Teil der Insolvenzmasse werden (§ 35 Abs. 1 InsO). Während der ganzen Abtretungsfrist hat der Schuldner die Obliegenheit, einer angemessenen Erwerbstätigkeit nachzugehen oder sich ggf. darum zu bemühen (§§ 287b, 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Außerdem muss er während der Wohlverhaltensperiode die Hälfte einer Erbschaft an den Treuhänder herausgeben (§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Verstößt der Schuldner gegen seine Obliegenheiten zum Nachteil der Gläubiger, ist ihm auf Antrag eines Gläubigers die Restschuldbefreiung zu versagen (§ 296 InsO). Andernfalls wird die Restschuldbefreiung nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode mit Wirkung gegenüber allen Insolvenzgläubigern (also nicht den Neugläubigern) erteilt (§§ 300, 301 Abs. 1 InsO). Ähnlich wie bei der Verjährung (§ 214 Abs. 2 BGB) kann das auf die Insolvenzforderung geleistete aber nicht zurückgefordert werden (§ 301 Abs. 3 InsO). Von der Restschuldbefreiung ausgenommen sind insbesondere Ansprüche aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen sowie vorsätzlich pflichtwidrig nicht gewährter gesetzlicher Unterhalt und Steuerschulden, wenn der Schuldner deshalb rechtskräftig wegen einer Steuerstraftat verurteilt worden ist (§ 302 Nr. 1 InsO).⁴² Diese Forderungen müssen allerdings als solche angemeldet (§ 174 Abs. 2 InsO) und festgestellt worden sein.⁴³ Von der Restschuldbefreiung ausgenommen sind außerdem Geldstrafen, die im Insolvenzverfahren nur nachrangig befriedigt werden (§ 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO), und zinslose Darlehen für die Verfahrenskosten (§ 302 Nr. 2, 3 InsO).

III. Entschuldung vermögensloser Schuldner

Die Restschuldbefreiung setzt ein Insolvenzverfahren auch dann voraus, wenn der Schuldner über kein pfändbares Vermögen verfügt. Nach allgemeinen Regeln wird in solchen Fällen kein Insolvenzverfahren eröffnet, weil es seinen Zweck nicht erfüllen kann. Vielmehr wird der Insolvenzantrag mangels Masse abgewiesen (§ 26 Abs. 1 S. 1 InsO). Um auch vermögenslosen Personen die beantragte Restschuldbefreiung zu ermöglichen, können die Verfahrenskosten jedoch gestundet werden (§ 4a Abs. 1 S. 1 InsO). So können auch mittellose Schuldner, die im Rahmen des vorgeschalteten Schuldenbereinigungsverfahrens (§§ 305 Abs. 1 Nr. 4, 306 Abs. 1 S. 1 InsO) nur einen sogenannten „Null-Plan“ vorlegen können,⁴⁴ die Restschuldbefreiung erlangen.⁴⁵ Wird die Verfahrenskostenstundung gewährt, darf der Eröffnungsantrag nach dem Scheitern des Schuldenbereinigungsplans (§§ 308, 309 InsO) nicht mangels Masse abgewiesen (§ 26 Abs. 1 S. 2 InsO) oder das Verfahren mangels Masse eingestellt werden (§ 207 Abs. 1 S. 1 InsO). Hat der Schuldner eine Wohnung gemietet, so dass die Mietzinsen jedenfalls für drei Monate zu Masseverbindlichkeiten werden (§§ 108 Abs. 1, 109 Abs. 1 S. 1, 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO), liegt jedoch regelmäßig ein Fall der sogenannten Masseunzulänglichkeit vor,⁴⁶ die der Insolvenzverwalter dem Gericht unverzüglich anzuzeigen hat (§ 208 Abs. 1 S. 1 InsO). Der Insolvenzverwalter hat dann die ggf. vorhandene Masse bevorzugt zur Tilgung der Verfahrenskosten zu verwenden (§ 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO);⁴⁷ anschließend wird das Insolvenzverfahren eingestellt (§ 211 Abs. 1 InsO). Der Restschuldbefreiung nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode steht diese Form der Beendigung des Insolvenzverfahrens nicht entgegen (§ 289 InsO).

E. Schluss

Der Beitrag hat gezeigt, wie eng das Insolvenzrecht mit dem allgemeinen Zivil- und Zwangsvollstreckungsrecht verwoben ist. Es ist daher nicht nur von großer praktischer Bedeutung, sondern auch didaktisch geeignet, das Verständnis für andere Teile des Zivilrechts zu vertiefen. Wenn er damit das studentische Interesse an diesem hochdynamischen Rechtsgebiet geweckt hat, hat der Beitrag sein Ziel erreicht.

³⁹ L. d. F. von Art. 2 Nr. 2 des Gesetzes vom 22.12.2020 (Fn. 2).

⁴⁰ Diese Regelung ist nach Art. 103k Abs. 1 EGIInsO auf alle Insolvenzverfahren anzuwenden, deren Eröffnung ab dem 1.10.2020 beantragt worden ist.

⁴¹ Zu möglichen Ausnahmen, wenn das Verfahren ohne die entsprechende Belehrung auf einen Gläubigerantrag eröffnet worden ist, vgl. BGHZ 162, 181 (186); BGH NJW 2008, 3494 Rn. 21.

⁴² Zu den Ansprüchen nach § 302 Nr. 1 InsO zählen nicht die Kosten der Strafverfolgung. Vgl. BGH NZI 2011, 64 Rn. 7 zum Kostenanspruch der Staatskasse; BGHZ 190, 353 Rn. 14 ff. zu den Kosten des Nebenklägers. Zu den Steuerstraftaten vgl. BGH WM 2020, 2227 Rn. 10 ff.

⁴³ Ein Widerspruch des Schuldners gegen diese Qualifikation kann und muss auch dann im Wege der Feststellungsklage nach § 184 InsO beseitigt werden, wenn der Anspruch bereits durch Vollstreckungsbescheid rechtskräftig tituliert war, weil der Vollstreckungsbescheid die rechtliche Einordnung nicht bindend festlegen kann. Vgl. BGH NJW 2006, 2922 Rn. 9 ff.

⁴⁴ Zur Zulässigkeit der Vorlage von „Null-Plänen“ vgl. nur BGH NZI 2014, 34 Rn. 7 m. w. N.

⁴⁵ Vgl. BT-Drucks. 14/5680, S. 11 ff.

⁴⁶ Vgl. Windel, in: Jaeger (Begr.), Insolvenzordnung, 1. Aufl. 2010, Band 6, § 207 Rn. 59.

⁴⁷ Vgl. BGH NZI 2010, 188 Rn. 18 ff.