

Insolvenzordnung (InsO)

vom 5.10.1994 (BGBl. I, S. 2866), zuletzt geändert durch Art. 8 Abs. 7 des Gesetzes vom 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2355, 2387)

Erster Teil Allgemeine Vorschriften

§ 1 Ziele des Insolvenzverfahrens

Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien.

I.	Normzweck und gesetzgeberische Intentionen	1–14
1.	Normzweck	1
2.	Vorstellungen des Gesetzgebers	2–14
II.	Funktion der Formulierung von Verfahrenszielen	15–19
1.	Problematik einer legislativen Bestimmung von Verfahrenszielen	15–17
2.	Bedeutung von Verfahrenszielen für die Insolvenzpraxis	18, 19
III.	Unmittelbarer Regelungsgehalt des § 1 S. 1	20–31
1.	Vielzahl der im Verfahren verfolgten Zwecke	20, 21
2.	Schutz der Funktion des Insolvenzverfahrens	22–25
3.	Verhältnis von Liquidation und Sanierung	26–31
IV.	Unterscheidung von Primär- und Sekundärzielen, § 1 S. 1	32–47
1.	Gläubigerbefriedigung par conditio creditorum	32–38
2.	Absonderungsberechtigte als „Gläubiger“ i.S.d. S.1	39–40
3.	Sanierung als Verfahrensziel	41–44
4.	Deregulierung	45
5.	Entschuldungsfunktion	46, 47
V.	Bedeutung des § 1 für das Insolvenzgericht	48, 49
1.	Zulässigkeit des Insolvenzantrags	48
2.	Einleitung des statthaften Verfahrens	49
VI.	Bedeutung des § 1 für den Verwalter	50, 51
1.	Voraussetzungen	50
2.	Gleichwertigkeit von Liquidation, übertragender Sanierung und Sanierung	51
VII.	Einzelne Aufgaben der Verfahrenszielbestimmung	52, 53
1.	Unwirksamkeit „konkurszweckwidriger“ Handlungen des Verwalters	52
2.	Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren	53
VIII.	Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz, S.2	54–59
IX.	Diskriminierungsverbot	60, 61
1.	Geltung	60
2.	Kein Vergeltungsrecht	61
X.	Rechtstatsächliche Beurteilung der Funktion der legislativen Verfahrenszwecke	62

I. Normzweck und gesetzgeberische Intentionen

- 1 **1. Normzweck.** § 1 fungiert als „**Programmnorm**“.¹ Sie soll die heterogenen „Zwecke“ des Insolvenzverfahrens, die ihm durch die Reform beigelegt worden sind, verklammern.² Zu den historischen Hintergründen und den Zielen der Insolvenzrechtsreform vgl. die 1. Aufl. Einl. Rn. 1–13.
- 2 **2. Vorstellungen des Gesetzgebers. a) Eröffnung von Sanierungsoptionen.** Die Reform sollte nach der erklärten Absicht des Gesetzgebers³ ein modernes und funktionsfähiges Insolvenzrecht schaffen, das sich ohne Bruch in die vorhandene Rechts- und Wirtschaftsordnung einfügt. Es war vorrangiges Ziel der Reformgesetzgebung, das Insolvenzrecht in einer Weise auszugestalten, dass es geeignet sei, die Gesetzmäßigkeiten des Marktes als vermeintlich rationale Bedingungen der gerichtlichen Insolvenzabwicklung zu nehmen.⁴ Das neue Verfahren sollte mit den Worten des Gesetzgebers „eine marktkonforme Insolvenzbewältigung“ ermöglichen.⁵ Mit der Herstellung marktkonformer rechtlicher Rahmenbedingungen für die Entscheidung über Liquidation oder Sanierung eines Unternehmens intendierte der Reformgesetzgeber die Beseitigung einer dem bislang geltenden Recht unterstellten Tendenz zur Zerschlagung von gemeinschuldnerischen Unternehmen. Im Verlauf der Reformdiskussion wurde aber gesehen, dass die Herbeiführung von Sanierungen kein „eigenständiges Reformziel“ sei: Es ist nach Erklärung des Gesetzgebers nicht die Aufgabe der Reform, notleidende Unternehmen durch Eingriffe in die Rechte der Beteiligten vor der Zerschlagung zu retten. Ein neues einheitliches Insolvenzverfahren mit der Option zur Zerschlagung ebenso wie zur Sanierung soll marktwirtschaftlich sinnvolle Sanierungen ermöglichen und sinnwidrige Sanierungen verhindern⁶.
- 3 **b) Dem Gesetzgeber schwebte ein weithin „dereguliertes“ Verfahren vor:** Das neue einheitliche Insolvenzverfahren soll nach Wunsch des Gesetzgebers⁷ auch in solchen Fällen eine Verhandlungslösung zwischen Insolvenzschnuldner und Gläubigern fördern, in denen diese ohne ein gerichtliches Verfahren nicht zustande kommt. Kein Ziel der Reform ist es hingegen, den Spielraum für die außergerichtliche Insolvenzabwicklung einzuengen und etwa die freie Sanierung von Unternehmen zurückzudrängen. Diese soll vielmehr durch geeignete Regelungen wie die Aufhebung des § 419 BGB (Art. 33 Nr. 16 EGIInsO) und die Einführung einer vereinfachten Kapitalherabsetzung bei der GmbH erreicht werden (§§ 58 a ff. GmbHG, eingef. durch Art. 48 Nr. 4 EGIInsO)⁸. Zugleich hat der Gesetzgeber aber z.T. höchst komplizierte Regelungen geschaffen und damit eine Vielzahl neuer insolvenzgerichtlicher Eingriffsbefugnisse eingerichtet, die an die Stelle der Gläubigerautonomie die Entscheidungsmacht des Insolvenzgerichts setzen⁹.

1 Jaeger/Henckel, § 1 Rn. 2; Kreft/Kirchhof, § 1 Rn. 2; Becker, Rn. 129; Braun/Kießner, § 1 Rn. 1; Andres/Leithaus/Leithaus, § 1 Rn. 1.

2 Kreft/Kirchhof, § 1 Rn. 4; HamK/A. Schmidt, § 1 Rn. 1.

3 Amtl. Begr. zum RegEInsO, Allg. 3 a), BT-Drs. 12/2443, 77.

4 Braun/Kießner, vor § 1 Rn. 10; Jaeger/Henckel, Einl. Rn. 34; Kreft/Kirchhof, § 1 Rn. 3.

5 Braun/Kießner, vor § 1 Rn. 14; HamK/A. Schmidt, § 1 Rn. 2.

6 Amtl. Begr. (Fn. 3); Braun/Kießner, vor § 1 Rn. 16.

7 Amtl. Begr. zum RegEInsO, Allg. 3 a), BT-Drs. 12/2443, 77.

8 Vgl. Amtl. Begr. zu Art. 31 Nr. 16 u. zu Art. 46 Nr. 4 RegEEInsO, BT-Drs. 12/3803, 75 ff., 86 ff.

9 Braun/Kießner, vor § 1 Rn. 17.

Nach den ursprünglich in der Reformdiskussion geäußerten Überlegungen sollte der **Insolvenzplan** den Gläubigern die Möglichkeit privatautonomer Gestaltungen¹⁰ eröffnen. Das Stichwort für die legislatorischen Zielsetzungen lautete auch insoweit „Deregulierung“¹¹. *Rolf Stürner*¹² hat die Brüche, die sich aufgrund der Anlehnung des Insolvenzreorganisationsrechts an das us-amerikanische Vorbild auf tun, dadurch beschrieben, dass die us-amerikanische Gesetzgebung den Gläubigern weite Freiräume eigener Gestaltungen eröffnet, deren Missbrauch durch „Richtermacht oder andere, massiv eingreifende behördliche Kontrollinstrumente“ beschränkt wird, während die deutsche Rechtsordnung bislang darauf setzte, Missbrauchsmöglichkeiten durch Maßnahmen im Vorfeld legislativer Vorgaben zu bedenken und durch rechtliche Regelungen weitestmöglich auszuschließen¹³.

c) **Ökonomische Begründung der Zielvorgaben.** Hieraus hat der Gesetzgeber eine Reihe von Zielvorgaben für das Verfahren abgeleitet, ohne dabei die Funktion des Insolvenzverfahrens aus den Augen zu verlieren: Ziel des Verfahrens muss auch nach dem RegEInsO „die bestmögliche Verwertung des Schuldnervermögens und die optimale Abwicklung oder Umgestaltung der Finanzstruktur des Schuldners im Interesse seiner Geldgeber sein“¹⁴.

Während der historische Gesetzgeber deutscher Konkursgesetze diese – zutr. – Prämisse durch die dogmatische Entfaltung von Grundfunktionen des Insolvenzrechts unterlegt und ausgebaut hat und auf die Stellung des Insolvenzrechts im privatrechtlichen Haftungsrecht abstellte, war der Reformgesetzgeber der InsO ökonomischen Erklärungsmodellen verpflichtet¹⁵. Deren Ansatzpunkt lautet, es sei bei der einzelwirtschaftlichen Rentabilitätsrechnung der Beteiligten anzusetzen. Diese folge im gerichtlichen Verfahren denselben Rationalitätsgesichtspunkten wie bei einer außergerichtlichen Investitions- oder Deinvestitionsentscheidung. Ein marktkonformes Verfahren sei, so die Amtliche Begründung zum RegEInsO¹⁶, deshalb an den Vermögensinteressen der Geldgeber des Schuldners auszurichten; es sei vermögens-, nicht organisationsorientiert. Damit wird an die konkursliche Haftungslage angeknüpft: Ebenso wenig wie die Gläubiger ein Recht auf den Fortbestand der Unternehmensorganisation des Schuldners hätten, habe ein insolventer Schuldner ein schutzwürdiges Interesse am Fortbestand seiner Unternehmerrolle, das gegen die Gläubigerinteressen durchzusetzen wäre¹⁷. Aus den genannten ökonomischen Erwägungen ist es kein Verfahrensziel, gegen die Kräfte des Marktes zu einer Perpetuierung von bankrotten und abgewirtschafteten Unternehmensträgern beizutragen. Die aus dem Gesichtspunkt eines Unternehmensrechts hergeleiteten rechtspolitischen Forderungen, wonach der Organisation des Schuldnerunternehmens in der Insolvenz bes. Schutz zu gewähren sei, sind vom Reformgesetzgeber daher ausdrücklich nicht aufgegriffen worden.

10 Balz, ZIP 1988, 273, 284.

11 Balz, in: Kübler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, 1989, 8; krit. Henckel, KTS 1989, 477, bes. 482 ff.

12 Stürner, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 41; vgl. auch Smid/Rattunde, Insolvenzplan, 2005, Rn. 0.2; 2.37.

13 Zu Planspielen als Gesetzgebungstechnik vgl. H.-M. Pawlowski, Recht u. Moral im Staat der Glaubensfreiheit, 1992, 37 ff.

14 Amtl. Begr. zum RegEInsO, Allg. 3 a) aa), BT-Drs. 12/2443, 77.

15 S. Fn. 4.

16 Amtl. Begr. zum RegEInsO, Allg. 3 a) aa), BT-Drs. 12/2443, 77.

17 Amtl. Begr. zum RegEInsO, Allg. 3 a) aa), BT-Drs. 12/2443, 77.

- 7 Zur Aufgabe des Insolvenzverfahrens, zur Rechtsdurchsetzung unter den Bedingungen der Insolvenz des Schuldners beizutragen, stellt der Gesetzgeber auf ökonomische Funktionen („marktwirtschaftliche Aufgaben“) des Verfahrens ab. Diese werden dadurch bestimmt, dass der gerichtlichen ebenso wie der außergerichtlichen Insolvenzabwicklung die Funktion zugewiesen wird, die in dem insolventen Unternehmen gebundenen Ressourcen der wirtschaftlich produktivsten Verwendung zuzuführen¹⁸. Aus dieser Zielsetzung einer wirtschaftlichen Optimierung lassen sich Vorschriften wie insbes. die Obstruktionsregelungen der §§ 245–247, 251 erklären. Deren Auslegung gelingt aber im systematischen Zusammenhang der InsO als gesetzlicher Regelung privatrechtlicher Haftung nur dann, wenn man sich von diesen ökonomischen Erwägungen löst und auf rechtliche Funktionen insolvenzrechtlicher Regelungen zurückgeht¹⁹.
- 8 An die Stelle einer jur. Funktionsanalyse hat der Reformgesetzgeber freilich auf Einzelfallabwägungen gesetzt: Es komme bei der Bewertung, welche „Verwertung des Schuldnervermögens“ – Zerschlagung, übertragende Sanierung oder Sanierung des Unternehmensträgers – am sinnvollsten sei, immer nur auf die Situation im Einzelfall an, nach der zu entscheiden sei. Damit ist aber jedenfalls auch klargestellt, dass es wirtschaftspolitisch keine Gründe gibt, die Sanierung des Schuldners generell vor der übertragenden Sanierung des Unternehmens zu bevorzugen²⁰.
- 9 d) **Die legislative Ansicht von einer Relativität der Ziele.** Daraus zieht der Gesetzgeber den Schluss, die Struktur des Verfahrens müsse „so angelegt sein, dass keines der möglichen Verfahrensziele vor dem anderen bevorzugt“ werde; sämtliche Verwertungsarten seien den Beteiligten anzubieten²¹. Das Verfahren soll daher einen neutralen Rechtsrahmen darstellen, in dem die Beteiligten die vorteilhafteste Lösung „entdecken und durchsetzen“ können. Wie § 1 S. 2 zeigt, dient das Insolvenzverfahren auch dem Schutz der Rechte des Schuldners, dem in diesem Zusammenhang weitgehende eigene Verfahrensteilnahme-rechte eingeräumt werden (vgl. insbes. §§ 218 Abs. 1 S. 1, 247, 270 Abs. 1 S. 1)²².
- 10 e) **Verhältnismäßigkeit der Mittel.** In die Rechte des Schuldners darf das Insolvenzverfahren eingreifen, soweit dies der Haftungsverwirklichung zugunsten der Gläubiger dient (**Zweck-Mittel-Relation**)²³. Verhältnismäßig ist das Insolvenzverfahren, wenn das Gericht sich der ihm zu Gebote stehenden gesetzlichen Mittel – namentlich der Eigenverwaltung – bedient²⁴.
- 11 f) **Gläubigergleichbehandlung als Aufgabe des Insolvenzverfahrens.** Das Gesetz will daher sämtlichen Beteiligtengruppen²⁵, auch den mit ihrer Rechtsausübung in das Verfahren eingebundenen absonderungsberechtigten Gläubigern²⁶, ein „Anrecht“ darauf verbürgen, ihrem „Rang“ gem. an einem Fortführungserfolg teilzuhaben. Das kann – verlässt man die wenig systema-

18 Amtl. Begr. zum RegEInsO, Allg. 3 a) bb), BT-Drs. 12/2443, 77.

19 Smid/Rattunde, Insolvenzplan, 2005, Rn. 2.40.

20 Amtl. Begr. zum RegEInsO, Allg. 3 a) bb), BT-Drs. 12/2443, 78.

21 Amtl. Begr. (zum RegEInsO, Allg. 3 a) aa), BT-Drs. 12/2443, 77.

22 KS-Grub, 671 ff.; Braun/Kießner, § 1 Rn. 11.

23 BGH, Urt. v. 18.7.2002 – X 195/01 – DZWIR 2002, 470 = ZIP 2002, 1625 = BGHZ 151, 353; Smid, Prhdb, Rn. 1.68; Bähr/Smid, 15 ff.

24 Wehdeking, Masseverwaltung des insolventen Schuldners, 2005, Kap. 4.

25 Bauer, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, 2007, 32 ff.

26 Übersicht: Smid, Kreditsicherheiten, 2008, § 2.

tische Diktion des Gesetzes – zunächst nur bedeuten, dass die Gläubiger nach Maßgabe ihres Rechts gleichzubehandeln sind, da doch § 38 die Rangklassen des § 61 KO explizit abgeschafft hat²⁷. Aufgabe des Insolvenzverfahrens ist, die Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger und der absonderungsberechtigten Gläubiger nach Maßgabe ihres Rechts zu gewährleisten. Allerdings bleibt diese Interpretation zu kurz. Die Erwägung, etwaig gesicherte nachrangige Forderungen (nach den Sicherungsabreden wohl insbes. die nach Verfahrenseröffnung laufenden Zinsen nach § 39 Abs. 1 Nr. 1) blieben stets nachrangige Forderungen²⁸, führt demgegenüber in die Irre. Denn die absonderungsberechtigten Gläubiger treten im neuen Recht sowohl mit ihren dinglichen Sicherheiten als auch als Insolvenzgläubiger (sei es ohne, sei es mit Nachrang) in Erscheinung, da sie mit ihrem Ausfall (§ 52) an der Verteilung beteiligt werden, aber ihre gesicherten Forderungen anmelden dürfen²⁹.

g) Keine Zwangsteilnahme an Sanierungen. Obwohl der ökonomisch begründete Ausgangspunkt des Reformgesetzgebers sein Bekenntnis zur insolvenzrechtlichen Gläubigergleichbehandlung zu relativieren scheint, versucht die Amtliche Begründung im RegEInsO gleichwohl den ökonomischen Ansatz mit der rechtlichen Funktion des Insolvenzverfahrens zu vermitteln. Der Gesetzgeber sieht vor dem Hintergrund des Art. 14 Abs. 1 GG zutreffend, dass in der marktwirtschaftlichen Ordnung die Investitionsfreiheit jedem einzelnen Bürger auch im Insolvenzverfahren zusteht³⁰: Auch unter Bedingungen des insolvenzrechtlichen Regimes soll kein einzelner Beteiligter gezwungen werden, die auf seinen Zahlungsanspruch entfallende Liquidationsquote in das Schuldnerunternehmen dauernd oder zeitweilig zu reinvestieren oder für sein Recht eine von ihm nicht gewünschte Abfindung hinzunehmen. 12

h) Keine Sonderopfer der Gläubiger zur Finanzierung einer Reorganisation des Schuldners. Aufgezwungene Vermögensopfer sind nicht nur im Hinblick auf das im Insolvenzverfahren erzielte Ergebnis, sondern auch im Hinblick auf die von den Beteiligten infolge des Zeitablaufs während des Verfahrens hinzunehmenden Nachteile zu vermeiden³¹. Das ist auch aus gesamtwirtschaftlichen Gründen richtig, da ansonsten insolvente Unternehmen unter wettbewerbsfremden Sonderbedingungen weiterwirtschaften und ihren Wettbewerbern Schaden zufügen könnten. Ein primär an der Sanierung von Unternehmensträgern ausgerichtetes Insolvenzrecht hätte nach zutreffender Ansicht des Reformgesetzgebers wirtschaftlich fehlerhafte Verwertungsentscheidungen zur Folge, wenn die Ausgestaltung des Verfahrens zu Vermögensverschiebungen unter den Beteiligten führen würde. Der RegEInsO führt aus³², die zivilrechtliche Güterzuordnung sei auch unabhängig davon durchzusetzen, mit welchem Ergebnis oder in welcher Form (konkursmäßige Zwangsverwertung oder Plan) das Schuldnervermögen verwertet oder genutzt wird, soweit nicht die Beteiligten einer abweichenden Regelung in einem Plan zustimmen. Insofern hat der Reformgesetzgeber insbes. die Stellung der gesicherten Gläubiger im Blick³³. Ausschlaggebend ist aber, dass die zivilrechtliche *Haftungsordnung* sowohl im Falle der Zwangsverwertung (Liquidation und übertragenden Sanierung) des Schuldnervermögens als auch dann maßgeblich ist, wenn es im 13

27 Jaeger/Henckel, § 38 Rn. 3; Uhlenbruck/Uhlenbruck, § 38 Rn. 1.

28 NR/Braun, § 225 Rn. 4.

29 Smid, Kreditsicherheiten, 2008, § 2 Rn. 3.

30 Amtl. Begr. zum RegEInsO, Allg. 3 a) ff), BT-Drs. 12/2443, 79.

31 Amtl. Begr. zum RegEInsO, Allg. 3 a) ee), BT-Drs. 12/2443, 78.

32 Amtl. Begr. zum RegEInsO, Allg. 3 a) aa), BT-Drs. 12/2443, 77.

33 Smid, Kreditsicherheiten, 2008, § 1 Rn. 1, § 2 Rn. 3 ff.

Rahmen einer Fortführung oder Sanierung investiert bleibt, wenn also nicht nur ein Liquidations-, sondern ein Fortführungswert erzielt wird.

- 14** Insofern ist es für die Auslegung des § 245 Abs. 1 Nr. 3 bedeutsam, dass der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang darauf besteht, dass in wirtschaftlichen Angelegenheiten die Mehrheit prinzipiell nicht mehr Recht habe als die Minderheit und daher Mehrheitsentscheidungen nicht das wirtschaftliche Optimum garantieren³⁴.

II. Funktion der Formulierung von Verfahrenszielen

- 15** 1. Problematik einer legislativen Bestimmung von Verfahrenszielen. a) Ziele des Gesetzgebers. Anders als der Gesetzgeber der großen verfahrensrechtlichen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts glaubte der Reformgesetzgeber der InsO im ausgehenden 20. Jahrhundert, nach alledem nicht auf eine ausdr. Bestimmung des „Zwecks“ des Konkursverfahrens verzichten zu können. Schon sehr bald hat es in der Auseinandersetzung um den Diskussions-, dann den RefE einer InsO die Beachtung der Kritik erregt, dass der Gesetzgeber das Gesetz *überhaupt* mit einer „Zielbestimmung“ des neuen Insolvenzverfahrens einleitet³⁵. Die Geltung des positiv gesetzten Rechts und die Autorität des Gesetzgebers haben ihre Selbstverständlichkeit weithin eingebüßt; sie scheinen sich durch die Einfügung in eine Teleologie von legitimen Absichten einfügen zu müssen, um auf Akzeptanz hoffen zu können³⁶. Mit § 1 wollte der Gesetzgeber wesentliche Elemente des bisherigen Vergleichsverfahrens und des bisherigen Konkursverfahrens zusammenfassen. In der Amtlichen Begründung zum RegEInsO³⁷ heißt es, die Vorschrift enthalte unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten für die Rechtsbeziehungen zwischen Schuldner und Gläubigern, insbes. könne im Verfahren die Fortführung der unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners, aber auch die Liquidation des Vermögens des Schuldners angestrebt werden. Das Verfahren kann nach den gesetzlichen Vorschriften über die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse abgewickelt werden. Es soll aber nach Vorstellung des Gesetzgebers den Beteiligten auch die Möglichkeit offen stehen, durch eine Übereinkunft der Beteiligten (einen „Insolvenzplan“ nach §§ 217 ff.) das Verfahren abweichend von den gesetzlichen Vorschriften zu beenden³⁸.

- 16** b) Verlust der Selbstverständlichkeit der Funktionen des Insolvenzrechts. Für die ältere Literatur gab es im Übrigen keinen Anlass, sich näher mit diesen Fragen beschäftigen zu müssen. Noch *Oetker*³⁹ leitete seine Überlegungen zum „Begriff“ des Konkurses mit einer Beschreibung der „Elemente“ des Konkurses ein, ohne auf „Zwecke“ einzugehen. *Methodisch* mag *Oetker* damit einer älteren Art der Darstellung verpflichtet zu sein; auffällig ist indes, dass auch in der Folgezeit „teleologische“ Erwägungen kaum auf Interesse stießen: So hat *Jaeger*⁴⁰ sich damit begnügt, die gemeinsame und gleichmäßige Teilnahme am

34 Uhlenbruck/Lüer, § 245 Rn. 1; Andres/Leithaus/Andres, § 245 Rn. 8.

35 Gerhardt, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1 ff.; Bork, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 1–4; demgegenüber gehen Obermüller/Hess, in ihrer einleitenden Betrachtung von „Zweck und Wesen“ des Insolvenzverfahrens (Rn. 38 ff.) nicht auf § 1 ein.

36 Smid, DZWIR 1997, 309 f.

37 Amtl. Begr. zu § 1 RegEInsO, BT-Drs. 12/2443, 108.

38 Smid/Rattunde, Insolvenzplan 2005, Rn. 01.

39 Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, 1 ff.

40 Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 9.

aus dem Zahlungsunvermögen des Schuldners resultierenden Verlust durch alle Gläubiger als „Konkurszweck“ zu formulieren.

Nach den **bisherigen gesetzlichen Leitbildern der deutschen Insolvenzgesetze** 17 waren die Aufgaben des Insolvenzverfahrens (seine Funktion) klar. „Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an die Gemeinschuldner haben“, § 3 Abs. 1 KO⁴¹, ähnlich § 7 Abs. 1 GesO⁴². Das Vergleichsverfahren postulierte einen ähnlichen Verfahrensweg nicht, knüpfte aber mittelbar, negativ, an den Konkurszweck an, indem in § 1 VerglO die Konkursabwendung durch Vergleich als Aufgabe des Verfahrens bestimmt wurde⁴³.

2. Bedeutung von Verfahrenszielen für die Insolvenzpraxis. Verfahrensziele 18 haben für die Praxis der Insolvenzabwicklung beileibe nicht bloß deklaratorischen Charakter⁴⁴. An ihnen hat sich das Handeln der Verfahrensbeteiligten (Gläubiger, Verwalter, Gericht) auszurichten. Die Missachtung der Funktion des Konkursverfahrens hat unmittelbar rechtliche Auswirkungen, die, betrachtet man die Rolle des Verwalters, insbes. seine persönliche Haftung⁴⁵ betreffen können. So wird in der Literatur⁴⁶ darauf hingewiesen, dass es dem Insolvenzverwalter obliegt, die Sanierungsfähigkeit ebenso wie eine Sanierungswürdigkeit des notleidenden Unternehmens vor dem Hintergrund der Aufgabe des Insolvenzverfahrens zu prüfen, die Befriedigung der Gläubiger sicherzustellen; der Primat des § 1 S. 1 1. Variante kommt in einer solchen Bestimmung der Aufgaben des Insolvenzverwalters in der Entscheidung über die Sanierung zum Ausdruck.

Die Thematik der „Zwecke“ des Insolvenzverfahrens wird erst in einer Lage 19 interessant, in der die verfahrensrechtliche Gewährleistung der gleichmäßigen Teilnahme der Gläubiger am Verlust nicht mehr selbstverständlich ist. Der – vielbeklagte – *Funktionsverlust*⁴⁷ des überkommenen Konkursrechts hat Forderungen danach laut werden lassen, an die Stelle des „zerschlagenden“ Konkurses ein Insolvenzverfahren zu setzen, das sowohl die Option der Liquidation des schuldnerischen Vermögens als auch die einer Sanierung *des Schuldners* in sich einschließt. Der Anlass, der den Gesetzgeber zur Statuierung von Insolvenzzwecken bewegte, war zunächst wesentlich „technischer“ Art. Die neue InsO sollte nämlich ein einheitliches Insolvenzverfahren vorsehen, das nicht mehr nur notwendig zur Zerschlagung des gemeinschuldnerischen Unternehmensträgers führen, sondern die Option zu seiner Sanierung bereithalten sollte. *Insofern* hat die ausdr. Formulierung von Verfahrenszielen durch den Gesetzgeber einen programmatischen Charakter, weniger, weil der Gesetzgeber die Hoffnung hat haben dürfen, mit der Reform des Insolvenzrechts *planend* in das wirtschaftliche Geschehen eingreifen zu können⁴⁸, als

41 Jaeger/Henckel, KO, § 3 Rn. 2, 3; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 3 Rn. 1 ff.

42 Smid, GesO, § 7 Rn. 6.

43 Gerhardt, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1, 3, 5.

44 Dorndorf, FS Merz, 31, 40 ff.; Jaeger/Henckel, § 1 Rn. 2; MünchKomm/Ganter, § 1 Rn. 6, f.

45 Lüke, Persönliche Haftung des Verwalters, bes. 2 ff.; KS-Smid, 453 ff.; Shamiyeh, Haftung des Masseverwalters, 1995, 45 ff.

46 Vgl. Brandstätter, Sanierungsfähigkeit notleidender Unternehmen, 47.

47 Der „Konkurs des Konkurses“, Kilger, KTS 1975, 142 ff. m.w.N.

48 Zur Planungsfunktion von Gesetzen vgl. Pawlowski, Ausgewählte Rechtstheoretische Arbeiten, 1992, 89, 102 f.

vielmehr in der Absicht, seine eigene Intention in Bezug auf das von ihm erwartete neue Verfahren zum Ausdruck zu bringen.

III. Unmittelbarer Regelungsgehalt des § 1 S. 1

- 20** 1. **Vielzahl der im Verfahren verfolgten Zwecke.** Die vorstehenden Überlegungen zur Auslegung der InsO von den gesetzlich fixierten Insolvenzzwecken her machen zugleich die weitere Funktion der gesetzlichen Statuierung solcher Verfahrenszwecke oder -funktionen deutlich. Einerseits wollte der Gesetzgeber die Funktion eines einheitlichen Insolvenzverfahrens erläutern – und damit durch § 1 als *Programmsatz* seinen Reformwillen dokumentieren. Andererseits hat § 1 einen unmittelbaren Regelungsgehalt⁴⁹. Worin dieser Regelungsgehalt liegt, wird klar, wenn man sich vor Augen führt, dass formalisierte Verfahren – zu denen das Insolvenzverfahren zählt – keine „eigenen“ Zwecke verfolgen⁵⁰. Sie stellen Instrumente der Verfolgung von Zwecken durch die *Verfahrensbeteiligten* oder *-betroffenen*, aber auch durch den Gesetzgeber dar. Was die vom Gesetzgeber in § 1 fixierten mit dem Insolvenzverfahren auf dem Gebiet des Unternehmensinsolvenzrechts verfolgten Zwecke angeht, liegen diese in der Gewährleistung eines Verfahrens der Haftungsverwirklichung unter Einschluss der Option für eine Sanierung des schuldnerischen Unternehmensträgers. Damit wird der Instrumentalisierung des Insolvenzverfahrens zur Verfolgung *anderer* Zwecke durch die Verfahrensbeteiligten und -betroffenen ein gesetzlicher Riegel vorgeschoben.
- 21** Nachdem Insolvenzen zum Alltagsgeschehen im Wirtschaftsleben gehören und vielfältige Spuren in allen Lebensbereichen hinterlassen, bleibt es nicht aus, dass sehr unterschiedliche Beteiligte versuchen, mit ihren jeweils sehr verschiedenartigen Zielvorstellungen Einfluss auf den Gang und das Ziel von Insolvenzverfahren zu gewinnen. Sobald man von „Zwecken“ des Insolvenzverfahrens zu sprechen beginnt, zeigt bereits diese Rede die Abkehr von einer funktionalen Betrachtung der Aufgaben des Insolvenzrechts hin zu subjektiven Wünschbarkeiten. „Zwecke“ sind immer die von Subjekten⁵¹. Formalisierte Verfahren – und dazu gehört das Insolvenzverfahren – haben keine „Zwecke“, da ihnen keine Autonomie vindiziert werden kann; ihnen sind Aufgaben, Funktionen seitens eines Gesetzgebers beigelegt, die sich indessen vor den Imperativen des Rechts als eines Systems bewähren müssen. Ob die „Zwecke“, die der Gesetzgeber mit einem Gesetz verfolgt bzw. ob die „Zwecke“ von Lobbyisten und politischer pressure groups ihren Niederschlag im *Wortlaut* von Gesetzen finden, ist eine *quaestio facti* der politischen Kräfte; ob diese Zwecke für die *Funktion* eines Verfahrens bestimmend werden, hängt davon ab, wieweit sie der Aufgabenstellung eines Verfahrens im Kontext rechtlicher Vorentscheidungen entsprechen können. Zwischen die *Dezision* „des Gesetzgebers“ und der um seine Entscheidung ringenden **gesellschaftlichen Einflussgruppen** und die Erkenntnis dessen, was nach einer Entscheidung des Gesetzgebers als *Recht* gilt, ist im Rechtsstaat die kritische Arbeit der Rechtswissenschaft gesetzt⁵². Es nimmt daher ebenso wenig Wunder, dass heterogene Zwecke in das Insolvenzgesetzgebungsverfahren einer offenen demokratischen Gesellschaft Eingang finden wie es Erstaunen hervorrufen

49 Zum Folgenden eingehend *Smid/Rattunde*, Insolvenzplan 2005, Rn. 01.

50 Vgl. grundlegend *Braun*, Rechtskraft u. Restitution, Bd. 2, 1985, 42 ff.

51 Vgl. allein zur methodischen Kritik der Rede von Zwecken die Überlegungen bei *Braun*, Rechtskraft und Restitution, Bd. 2, 37 ff., 42 ff. („Pseudometaphysik“).

52 Eindrucksvoll *Oetker*, ZZP 25 (1899), 1.

sollte, dass die Rechtswissenschaft diese „Zwecke“ hin zur Funktion des Insolvenzverfahrens zu filtern hat⁵³. Politiker wünschen den Erhalt von „Standorten“⁵⁴, Gewerkschaftler den Erhalt von Arbeitsplätzen⁵⁵, Lieferanten den Erhalt von Kunden, Kunden den Erhalt von Lieferanten. Ordnungsbehörden möchten z. B. maximalen Umweltschutz durchsetzen; für sie steht das Verschwinden umweltschädlicher Betriebe oder wenigstens die Beseitigung von Sonderabfällen auf der Tagesordnung (die Eröffnung des Konkurses beseitigt kommunalpolitische Hemmungen, umweltpolizeilichen Auflagen Gewicht zu verleihen – die öffentliche Hand ist nach Verfahrenseröffnung nicht mehr „der Schuldige“, dem die Insolvenz angelastet werden könnte⁵⁶).

2. Schutz der Funktion des Insolvenzverfahrens. a) Neutralisierung insolvenzfremder Zwecke. Die gesetzliche Normierung von Insolvenz „zielen“ hat daher 2 Aspekte. Zum einen versucht der Gesetzgeber die Interessen aufzugreifen, die aus der bürgerlichen Gesellschaft im Hinblick auf die Funktion des Insolvenzverfahrens artikuliert und an ihn herangetragen werden. Zum anderen stellt dieses Aufgreifen aber eine **Absorption und Neutralisierung der heterogenen, widerstreitenden Interessen** dar⁵⁷. In dem Maße einer Moralisierung und Politisierung der Ökonomie werden auch an das Insolvenzverfahren aus der Perspektive politischer Planung Forderungen gestellt, die seine Funktion als Haftungsordnung nicht nur nachhaltig überschreiten, sondern erheblich in Frage stellen. Insofern ist die gesetzliche Formulierung von Zielen des Insolvenzverfahrens zu begrüßen: Die legislatorische Formulierung von Verfahrenszielen erlaubt es nämlich den Verfahrensbeteiligten, gegenüber dem vielfältigen Druck einer Medienöffentlichkeit zu bestehen⁵⁸. Für Insolvenzgerichte und Insolvenzverwalter stellt dies in Ansehung ihrer Haftung eine **nachhaltige Entlastung** dar. Denn die Haftungsverwirklichung zugunsten der Gläubiger *par conditio creditorum* gibt gegenüber allen Forderungen Dritter auf Sanierungsmaßnahmen einen rechtlichen Maßstab für das Handeln von Gericht und Verwalter.

Dazu besteht deshalb Anlass, weil regelmäßig Fälle größerer Unternehmensinsolvenzen von der Intervention vielfältiger Interessenten und Interessengruppen geprägt sind – was die Abwicklung solcher Verfahren regelmäßig nicht zu erleichtern geeignet ist. Die Gewerkschaften setzen sich für den Erhalt von Arbeitsplätzen ein, der Politik geht es um die Wahrung eines (wenigstens nach außen!) funktionierenden Wirtschaftsstandorts usw. Die gesetzliche Fixierung einer Rangfolge der legitim mit und in dem Insolvenzverfahren zu verfolgenden Zwecke dient dazu, die Ansprüche zurückzuschrauben, die von den Interessengruppen an die übrigen Verfahrensbeteiligten – namentlich den Insolvenzverwalter – gerichtet werden. Der Insolvenzverwalter – sofern nicht nach den §§ 270 ff. die Eigenverwaltung durch den Schuldner angeordnet wird – bleibt auch im neuen Recht die zentrale Gestalt des Insolvenzverfahrens; sein Handeln „für die Masse“ entscheidet über Erfolg oder Nichterfolg des Verfahrens. Der Insolvenzverwalter ist schon unter der Herrschaft des überkommenen Rechts Zielscheibe unterschiedlichster Invektiven, die seitens Interessierter ans Insolvenzgericht adressiert werden und *sowohl* Aufsichtsmaßnahmen (§ 58) auslösen

53 Uhlenbruck, KTS 1981, 513, 524 f.

54 Uhlenbruck, KTS 1981, 513, 547 ff.

55 Krit. Gerhardt, FS Weber, 181, 184.

56 Häsemeyer, FS Uhlenbruck, 2000.

57 Etwas anders Dorndorf, FS Merz, 31, 42: „Prozeduralisierung“.

58 Smid/Rattunde, Insolvenzplan 2005, Rn. 1.21 ff.

als auch haftungsrechtliche Inanspruchnahmen (§ 60⁵⁹) vorbereiten können. Die gesetzliche Statuierung von Zwecken des Insolvenzverfahrens stellt ein *zwingendes* Kriterium zum einen dafür dar, welche Leistungen das Verfahren zu erbringen hat, zum anderen dafür, wie in Bezug auf diese Aufgaben des Verfahrens die Pflichten des Verwalters bestellt sind. Diese spezifischen insolvenzrechtlichen Pflichten des Verwalters bilden ihrerseits den Maßstab dafür, in welchem Umfang ihn die bes. Haftung gem. § 60 trifft, vgl. die Kommentierung dort. Die gesetzliche Statuierung von Verfahrenszwecken schützt daher den Verwalter um so mehr, als besonders größere Verfahren in nicht immer förderlicher Art Gegenstand einer oftmals wenig kompetenten Berichterstattung in der Presse werden⁶⁰, was durchaus Handlungszwänge zu Lasten des Verwalters auslösen kann.

24 b) Schrankenfunktion der gesetzlichen Stufenfolge von Insolvenzverfahrenszwecken. Die Statuierung eines „Zwecks“ *des Verfahrens* stellt in dieser Lage eine bemerkenswerte legislatorische Taktik dar. Sie scheint nämlich den vielfältigen Anforderungen gerecht werden zu wollen, die heute an Insolvenzverfahren gerichtet werden, doch nur, um diesen Schein als trügerisch zu enthüllen. Denn der Gesetzgeber formuliert mit einer Stufenfolge der Insolvenzverfahrenszwecke zugleich Schranken, die der Verfolgung heteronomer Zwecke im Insolvenzverfahren gesetzt werden⁶¹.

25 c) Insbes.: Grenzen der Einwirkungsmöglichkeiten des Schuldners. Durch die Reform ist der Insolvenzschnldner in einer bis heute nicht gekannten Weise in den Mittelpunkt des insolvenzrechtlichen Geschehens gerückt worden⁶². Der Schuldner spielt seine eigene, neue insolvenzrechtliche Rolle im Wesentlichen, um sich seiner Schulden zu entledigen. Dabei kann er aber nicht fordern, dass ihm die Interessen der Gläubiger zum Opfer gebracht werden – übrigens auch im Insolvenzplanverfahren nicht⁶³. Die gesetzliche Statuierung von Primär- und Sekundärzielen des Insolvenzverfahrens setzt daher einer Überantwortung des Verfahrens an die Willkür der Beteiligten Grenzen.

26 3. Verhältnis von Liquidation und Sanierung. a) Notwendigkeit eines gerichtlichen Sanierungsverfahrens. Schon früh ist aus der Perspektive eines ökonomischen Verständnisses der Funktionsweise des Insolvenzverfahrens auf eine vermeintliche Disfunktionalität des Konkurses hingewiesen worden. Der Konkurs, so das berühmte Verdikt des bedeutenden Konkursrechtlers *Ernst Jaeger*⁶⁴, sei ein „Wertvernichter schlimmster Art“. Dies liegt scheinbar auf der Hand. Veräußert man die einzelnen Massegegenstände, so können regelmäßig nur Zerschlagungswerte⁶⁵ erzielt werden, die weit hinter dem Wert zurückbleiben, der sich ergäbe, würde man die Vermögensgegenstände unter Aspekten der Fortführung des Unternehmens bewerten.

27 Die spezifisch konkursbedingten Verluste sind aber nicht nur ein Übel, das der Insolvenzschnldner wie jeder von Zwangsvollstreckungen überzogener Schuldner zu tragen hat. Die ökonomischen Folgen der zerschlagenden Liquidation des gemeinschnldnerischen Vermögens im Konkurs wären jedenfalls in

59 KS-Smid, 337, 339, 341 f.

60 Auf diesen Gesichtspunkt weisen *Smid/Rattunde*, Insolvenzplan 2005, Rn. 1.21 ff. hin.

61 Vgl. *Smid/Rattunde*, Insolvenzplan 2005, Rn. 1.23.

62 KS-Grub, 671 ff.

63 Eingehend *Smid/Rattunde*, Insolvenzplan 2005, Rn. 1.25.

64 *Jaeger*, Lehrbuch des Konkursrechts, 216.

65 Zum Begriff: *Uhlenbruck/Maus*, § 151 Rn. 6; vgl. auch *Gottwald/Uhlenbruck*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 9 Rn. 14; *Braun/Dithmar*, § 151 Rn. 5.