

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 360

Die verschärfte Masseunzulänglichkeit

**Zugleich eine Analyse der Risiken für den Masseschutz
der InsO unter besonderer Berücksichtigung
der Suspensivtheorie und § 105 InsO**

Von

Lennart-Sebastian Sasse



Duncker & Humblot · Berlin

LENNART-SEBASTIAN SASSE

Die verschärfte Masseunzulänglichkeit

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 360

Die verschärfte Masseunzulänglichkeit

Zugleich eine Analyse der Risiken für den Masseschutz
der InsO unter besonderer Berücksichtigung
der Suspensivtheorie und § 105 InsO

Von

Lennart-Sebastian Sasse



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <https://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-19495-7 (Print)
ISBN 978-3-428-59495-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern
Meiner Oma
Und meinen Freunden vom Sport*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/24 vom Promotionsausschuss der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen. Die Disputation der Arbeit fand im März 2024 statt.

Herzlich danken möchte ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Wolfgang Voit für die gleichermaßen herausfordernde und bereichernde Zeit an seinem Lehrstuhl sowie inspirierende Denkanstöße. Ebenso gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Johannes Wertenbruch für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und ein anregendes Prüfungsgespräch.

Zuletzt möchte ich auch meinen Kollegen und Freunden Julian Christmann, Bartosz Kiwka und Martin Seebass danken, die in vielerlei Hinsicht, aber insbesondere durch die wunderbare zwischenmenschliche Atmosphäre am Lehrstuhl meinen Fortschritt befeuert und über so manche Mühe hinweggeholfen haben.

Im Rahmen der Arbeit bot es sich an, im Zusammenhang mit den Umständen, die zur verschärften Masseunzulänglichkeit führen, auch weitere Risiken für den Bestandsschutz der Insolvenzmasse in den Blick zu nehmen. Auch wenn es im Hinblick auf den zentralen Gegenstand der Arbeit nicht unmittelbar nötig gewesen wäre, diese auf § 105 InsO gründenden Risiken zu behandeln, ist das Thema von großer Relevanz. Soweit ersichtlich, besteht für es insbesondere im Feld des Bauinsolvenzrechts ein reges Interesse, was zur Entscheidung für den Exkurs führte. Er versucht, diesem Interesse gerecht zu werden.

Marburg, im Januar 2025

Lennart Sebastian Sasse

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	21
B. Die Modifikation der allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung durch die Insolvenz – Verdrängung des Prioritätsprinzips	27
I. Prioritätsprinzip und Wettlauf der Gläubiger	27
1. Einfluss innerhalb des Sachenrechts	28
2. Einfluss innerhalb des Zwangsvollstreckungsrechts	28
a) Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen	28
b) Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen	29
aa) Zwangshypothek	29
bb) Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung	30
cc) Einschränkung der Geltung des Prioritätsprinzips	31
3. Wettlauf der Gläubiger als Konsequenz des Prioritätsprinzips	31
II. Die Beendigung des Wettlaufs durch das Insolvenzverfahren	32
1. Paradigmenwechsel hinsichtlich der Beschränkung des Grundsatzes <i>pacta sunt servanda</i>	34
2. Sicherung und Rückwirkung der Gläubigergleichbehandlung	34
a) Sicherung	34
aa) Einflüsse von außen	34
bb) Einflüsse von innen	35
b) Rückwirkung	36
3. „Stellschrauben“ der Regulierung des Prioritätsprinzips	37
C. Verortung der Problemlage bei verschärfter Masseunzulänglichkeit	38
I. Untergrenze für die insolvenzrechtliche Gläubigerbefriedigung	38
1. Verfahrenseröffnung	39
2. Verfahrenseinstellung	40
a) Rechtsprechung und Verständnis in der Literatur	40
b) Durch eine Verfahrensfortführung betroffene Interessen	42
c) Ausnahmen von der Einstellung bei endgültiger Verfahrenskosteninsuf- fizienz	45
d) Gleichmäßige Befriedigung bei Verfahrenseinstellung nach § 207 Abs. 1 S. 1 InsO	49
II. Begriffliches Verständnis: absolute und relative Gläubigerbefriedigung	49

III.	Vor die Klammer der relativen Befriedigung gezogene Gläubiger	51
1.	Aussonderungsberechtigte Gläubiger	51
2.	Absonderungsberechtigte Gläubiger	53
3.	Die Schnittstelle zwischen Prioritätsprinzip und insolvenzrechtlichem Gleichrang	54
IV.	Relative Gläubigerbefriedigung im Rahmen der verschiedenen Verfahrensverläufe	54
1.	Der reguläre Verfahrensverlauf	55
a)	Quotale Befriedigung der Insolvenzgläubiger	55
b)	Stellung der nachrangigen Insolvenzgläubiger	58
c)	Behandlung der Masseverbindlichkeiten	59
aa)	Masseverbindlichkeiten aus rein nachinsolvenzlichen Verträgen ...	60
bb)	Masseverbindlichkeiten aus nachinsolvenzlich fortgeführten Verträgen	61
(1)	Oktroyierte Masseverbindlichkeiten	61
(2)	Masseverbindlichkeiten im Rahmen der Erfüllungswahl	62
2.	Verfahrensverlauf mit teilweiser Befriedigung der nachrangigen Insolvenzgläubiger	63
3.	Verschiebung des Regelungsgefüges bei Masseunzulänglichkeit: Relative Befriedigung der Massegläubiger	64
a)	Verfahrensfortführung in der Masseunzulänglichkeit	64
b)	Unterteilung der Massegläubiger	65
c)	Unmittelbare Rechtsfolgen der Anzeige der Masseunzulänglichkeit ...	67
d)	„Insolvenz in der Insolvenz“	69
e)	Verfahrenseinstellung massearmer Verfahren und mögliche Rückverschiebung des Regelungsgefüges durch Nachtragsverteilung	69
4.	Die hinter den Neumasseverbindlichkeiten zurückbleibende Insolvenzmasse – verschärfte Masseunzulänglichkeit	71
D.	Defizite der bestehenden Rechtslage	73
I.	Die Widersprüchlichkeit der gesetzlichen Regelung – Priorität oder Gleichrang?	73
1.	Systematische Asymmetrie	73
a)	Fehlendes Vollstreckungsverbot – Widerspruch zum allgemeinen Gleichrang nach § 209 Abs. 1 InsO	74
b)	Fehlen einer neuen Rangklasse	75
2.	Pauschaler Gleichrang in § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO	77
II.	Zwischenfazit	78
III.	Lösung der höchstrichterlichen Rechtsprechung	78
1.	BGH, Urteil vom 03.04.2003	78
a)	Ausschließliche Zulässigkeit der Feststellungsklage	80

b) Erneute Anzeige der Masseunzulänglichkeit (Anzeige der verschärften Masseunzulänglichkeit)?	80
aa) Erklärung der Tragweite: Modell der „Insolvenz in der Insolvenz der Insolvenz“	81
bb) Beurteilung durch den BGH: Tendenz gegen die Möglichkeit einer erneuten Anzeige	81
2. BAG, Urteil vom 04.06.2003	82
a) Grundsatz der Leistungsklage für Masseverbindlichkeiten	83
b) Bezug auf das Urteil des BGH	83
3. BAG, Urteil vom 31.03.2004	84
a) Weitere Ausführungen zum Grundsatz der Leistungsklage für Masseverbindlichkeiten	84
b) Gleichwertigkeit des Einwands im Prozess und der Anzeige der verschärften Masseunzulänglichkeit	85
4. BAG, Urteil vom 15.06.2004	85
5. BGH, Urteil vom 13.04.2006	86
a) Bereicherungsansprüche als Neumasseverbindlichkeiten	86
b) Eindeutige Ablehnung der Anzeige der verschärften Masseunzulänglichkeit	87
6. BAG, Urteil vom 25.08.2022	89
a) Zwingender Nachweis der Anzeige der verschärften Masseunzulänglichkeit	89
b) Kehrtwende: Zwingende allgemeine Quotengemeinschaft der Neumassegläubiger	90
7. Zusammenfassung des höchstrichterlichen Meinungsstands	91
8. Anhänger der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der Literatur	93
IV. Infolge der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestehende Problematiken	94
1. Problematiken aufgrund des pauschalen Gleichrangs der Neumassegläubiger	95
a) Handlungsunfähigkeit des Insolvenzverwalters	95
aa) Herleitung und Ausmaß	95
bb) Konsequenzen	97
b) Widerspruch zu § 209 Abs. 2 InsO	100
c) Fehlende Einstellungsmöglichkeit zwischen § 207 InsO und § 211 InsO	102
aa) § 211 InsO	103
bb) § 207 InsO	104
2. Modell der „Insolvenz in der Insolvenz der Insolvenz“ als Alternative?	105
a) Beseitigung bestehender Probleme	105
b) Bedenken des BGH: mehrfache Anzeige zu Lasten der Rechtsklarheit	107
3. Enklave des Prioritätsprinzips als Alternative?	108
V. Fazit	110

E. Hintergrund der defizitären gesetzlichen Regelungslage	112
I. Unterschiedliche Risiken durch die Entstehung oktroierter Masseverbindlichkeiten	113
1. Regulärer Verfahrensverlauf	114
a) Schuldner als Vermieter/Verpächter/Leasinggeber	114
aa) § 108 Abs. 1 S. 1 InsO	115
(1) Leistung aus der Masse	115
(2) Zufluss der Gegenleistung an die Masse	115
bb) § 108 Abs. 1 S. 2 InsO	116
(1) Bedeutung des Verständnisses von § 110 InsO für den Massezufluss	117
(2) Durch den BGH und die Literatur postulierte Ausnahmen vom Anwendungsbereich des § 91 InsO	118
(a) Ausnahme der Literatur: Modell des Werthaltigmachens	118
(b) Ausnahme des BGH: betagte im Gegensatz zu befristeten Forderungen	119
(3) Zusammenspiel des unterschiedlichen Verständnisses von § 110 InsO und der postulierten Ausnahmen	120
(4) Zufluss der Gegenleistung an die Masse	121
(5) Leistung aus der Masse	124
(6) Zusammenfassung	125
(7) Berücksichtigung eines Absonderungsrechts der refinanzierenden Bank	126
(8) Fazit	127
b) Schuldner als Mieter/Pächter/Leasingnehmer	128
c) Schuldner als Dienstberechtigter	129
d) Schuldner als Dienstverpflichteter	130
e) Schuldner als Darlehensgeber	131
f) Allgemeines Merkmal: fremdbestimmte zeitliche Zäsur mit der Folge unterschiedlicher Risiken	132
2. Masseunzulänglichkeit	133
a) Anzeige der Masseunzulänglichkeit als neue zeitliche Zäsur	133
b) Abweichung von der im Ursprung fremdbestimmten zeitlichen Zäsur	135
aa) § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO	135
bb) § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO	136
c) Zwischenfazit: keine oktroierten Masseverbindlichkeiten in der Masseunzulänglichkeit	137
d) Davon unabhängiges Risiko	137
3. Zusammenfassende Gegenüberstellung	140
4. Fazit	141

II. Gesetzgeberische Bewertung der insolvenzrechtlichen masseschützenden Mechanismen auf Basis der Erlöschenstheorie: Äquivalenzverhältnis der nachinsolvenzlichen Vertragsfortführung?	142
1. Der Wechsel von der Erlöschens- zur Suspensivtheorie	143
2. Anhaltspunkte für den Einfluss der Erlöschenstheorie auf die Konzeption der InsO	145
a) Anwendungsbereiche der §§ 108, 103 InsO im historischen Kontext ...	146
aa) Entwicklung der mit § 108 InsO verbundenen Privilegierung	146
bb) Verschiebung im Rahmen der Anwendungsbereiche und damit verfolgtes Ziel	148
cc) Unvereinbarkeit mit der Suspensivtheorie	149
dd) Vereinbarkeit mit der Erlöschenstheorie	149
ee) Zwischenfazit	149
b) Auswirkungen einer Erfüllungsablehnung?	150
aa) Prägung der Erfüllungsablehnung durch die Rechtsprechung	150
bb) Kritik aus der Literatur	152
cc) Plädoyer für eine konstitutive Erfüllungsablehnung	153
(1) Wertungswiderspruch zur unterschiedlichen Priorisierung der Kontinuitätsinteressen	153
(2) Wortlaut des § 103 InsO	154
(3) Die Erfüllungsablehnung im Wandel der Rechtsprechung	156
(a) Die Folgen der Erfüllungsablehnung vor der Erlöschens- theorie	156
(b) Das Verständnis der Verfahrenseröffnung vor der Erlö- schenstheorie und der wiedererschlossene Spielraum für eine konstitutive Erfüllungsablehnung	157
(c) Die Motivation für den Wechsel zur Erlöschenstheorie ...	158
(aa) Wirksamkeit vorkonkurslicher Verfügungen	158
(bb) Erfüllungswahl teilweise erfüllter Verträge	161
(cc) Erlöschenstheorie als dogmatisches Konstrukt zur Ver- hinderung masseschädlicher Auswirkungen	165
(d) Motivation für den Wechsel zur Suspensivtheorie	166
(4) Schlussfolgerung: Konstitutive Erfüllungswahl	167
(5) Zwischenfazit	168
c) Konzeption auf Grundlage der Erlöschenstheorie oder der konstitutiven Erfüllungsablehnung?	169
aa) Mit der InsO verfolgte Zielsetzung: Verbesserung der Verteilungs- gerechtigkeit	169
bb) Bedeutung für vorkonkursliche/vorinsolvenzliche Verfügungen und Aufrechnungslagen	170
cc) Umsetzung der Verteilungsgerechtigkeit im Hinblick auf vorinsol- venzliche Verfügungen	171

dd) Umsetzung der Verteilungsgerechtigkeit im Hinblick auf vorinsolvenzliche Aufrechnungslagen	174
d) Schlussfolgerung: Konzeption auf Basis der Erlöschentheorie	174
3. Fazit	175
F. Exkurs: Potenziell verfassungswidrige Erweiterung des Erfüllungswahlrechts und das dabei entstehende weitere Risiko der Unterdeckung der (Neu)masseverbindlichkeiten	178
I. Einleitende Überlegungen: Differenzierung zwischen der nachinsolvenzlichen Modifikation im weiteren und im engeren Sinne	179
II. Die Methodik hinter der nachinsolvenzlichen Vertragsmodifikation im engeren Sinne: Äquivalenzverhältnis der nachinsolvenzlichen Leistungen	181
III. Konkrete Methoden zur Erreichung des angestrebten Äquivalenzverhältnisses	182
1. Exklusion des mit einer Vorleistung des Gläubigers verknüpften Anspruchsteils	182
2. Pflicht zur doppelten Erbringung einer Vorleistung	183
IV. Relevanz und Wandel des Teilbarkeitsbegriffs	184
1. Relevanz	185
2. Wandel	185
V. Die Grenzen der durch die Teilbarkeit ermöglichten Modifikation der Vertragsfortführung	188
1. Der Streit um den weitestmöglichen Teilbarkeitsbegriff	188
2. Eine neue Perspektive: Der Zusammenhang zwischen Methode und Teilbarkeitsbegriff	190
3. Doppelleistungs-Methode und weiter Teilbarkeitsbegriff des § 105 InsO auf dem Prüfstand	193
a) Legitimationsversuche in der Literatur	194
b) Vorschlag eines differenzierten Teilbarkeitsbegriffs und entgegenstehende Tendenz der Rechtsprechung	196
aa) Weite Teilbarkeit für Abtretungen und Aufrechnungen – enge Teilbarkeit für die Modifizierung der aufeinander bezogenen vertraglichen Leistungspflichten	196
bb) Allgemein weite Teilbarkeit nach BGH	198
c) Unterschiede zwischen der Ausweitung des Äquivalenzverhältnisses durch die Exklusion eines Leistungsteils und der Doppelleistungspflicht als Konsequenz der weiten Teilbarkeit	200
aa) Ausweitung des Äquivalenzverhältnisses auf § 155 Abs. 3 S. 2 InsO durch die Exklusion eines Leistungsteils	201
bb) Ausweitung des Äquivalenzverhältnisses durch die Doppelleistungsmethode	203
d) Verfügbarkeit der Doppelleistungspflicht unter der Geltung von § 105 InsO und der Suspensivtheorie	203
aa) Rechtsgedanke des § 82 S. 1 InsO?	204

bb) Äquivalenzgedanke als der InsO omnipräsent zugrundeliegende Richtlinie?	205
VI. Konsequenz für die nachinsolvenzliche Vertragsmodifikation: Einschränkung der Teilbarkeit	214
VII. Die nachinsolvenzliche Vertragsfortführung ersetzende oder ergänzende Ver- tragsgestaltung	215
1. Ansetzen an die vorinsolvenzlichen Leistungsstände infolge von Erfül- lungsablehnung	216
2. Die Doppelleistungspflicht ersetzende Ansätze	216
a) Mitwirkungspflicht des Gläubigers	217
b) Privatautonome Lösung	218
VIII. Nachinsolvenzliche Vertragsmodifikation im weiteren Sinne	219
IX. Fazit	221
G. Weiterführende Lösungsansätze	223
I. Vermeidung des Eintritts der verschärften Masseunzulänglichkeit	225
1. Methode zur Vermeidung: tatsächliches Können i. S. d. § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO	226
2. Bewertung	226
3. Alternativ: Vermeidung <i>durch</i> die Anzeige der verschärften Masseunzu- länglichkeit	227
4. Fazit	228
II. Ansätze zum Umgang mit dem Eintritt der verschärften Masseunzulänglich- keit	228
1. Ausbruch aus der Gläubigergleichbehandlung	229
2. Gleichmäßige qualitative Abstufung	229
a) Verschiebung innerhalb der bestehenden Rangordnung	230
b) Zwischenrang – Modell der „Insolvenz in der Insolvenz der Insolvenz“	230
III. Gegenüberstellung der Ansichten und eigener Lösungsvorschlag	231
1. Verschiebung innerhalb der bestehenden Rangordnung oder Zwischenrang?	232
2. „Insolvenz in der Insolvenz der Insolvenz“ oder Ausbruch aus der Gläubi- gergleichbehandlung?	233
a) Eigener Lösungsansatz: auf §§ 209 Abs. 1 Nrn. 2 und 3, Abs. 2, 210 InsO begrenzte analoge Anwendung	235
aa) Kritik der Inkonsequenz	237
(1) Anpassung auf den vergleichbaren und nicht vergleichbaren Teil der Tatbestände und Berücksichtigung des Gläubigergleichbe- handlungsgrundsatzes	237
(2) Legitimation der Differenzierung zwischen der Behandlung der Anzeige der (einfachen) Masseunzulänglichkeit und der pau- schalen Behandlung weiterer Anzeigen	239

(3) Erst recht für die Anzeige der verschärften Masseunzulänglichkeit geltende Kritik an der unmittelbaren Bindungswirkung der Anzeige der (einfachen) Masseunzulänglichkeit	240
(4) Gesteigerte Missbrauchsproblematik	241
bb) Kritik der Intransparenz	242
(1) Transparenz durch Vorbild der (einfachen) Masseunzulänglichkeit	242
(2) Verwechslungsgefahr mit der Anzeige der drohenden (einfachen) Masseunzulänglichkeit nach § 208 Abs. 1 S. 2 InsO?	243
cc) Mehr Rangklassen bei weniger Masse – ein Widerspruch?	243
dd) Negative Auswirkungen des reinen Risikos einer weiteren Rangabstufung?	244
b) Eigene Kritik an abweichenden Ansichten: konkrete Maßgaben des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes für das Verhältnis des Insolvenzschuldners zu den Gläubigern der quotal zu befriedigenden Rangklasse und deren multilaterales Verhältnis zueinander	245
aa) Umfassende Gewährleistung der quotalen Befriedigung	246
(1) Durchbrechung der Gleichbehandlung durch § 209 InsO?	247
(2) Definition und Geltungsbereich der insolvenzrechtlichen Gleichbehandlung	247
(a) Gemeinschaftliche Befriedigung und Gleichbehandlung	248
(b) Rangklassen des § 209 InsO als vollwertige Rangklassen des Insolvenzverfahrens	251
(3) Bedeutung für die verschärfte Masseunzulänglichkeit	253
bb) Optimale gleichmäßige Befriedigung	255
(1) Potenzielle Anreicherung der Masse	255
(2) Verteilung der Masse	255
(a) Systematik der optimalen gleichmäßigen Befriedigung im Rahmen der Verteilung	256
(b) Bedeutung für die verschärfte Masseunzulänglichkeit	257
IV. Fazit	258

H. Umsetzbarkeit nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf Basis der geltenden Gesetzeslage	260
I. Vorgaben des BGH	260
1. Aktuellere BGH-Rechtsprechung	260
2. BGH, Urteil vom 15.02.1984 – VIII ZR 213/82	261
a) Unterteilung der Masseverbindlichkeiten unter Geltung der KO	261
b) Kritik der Literatur an dem dadurch verursachten Zustand	262
c) Stellungnahme des BGH zu dieser Kritik	262
d) Bedeutung für die aktuelle Behandlung der verschärften Masseunzulänglichkeit	263

II. Vorgaben des BAG	266
III. Fazit	266
I. Die verschärfte Masseunzulänglichkeit: <i>de lege ferenda</i>	267
J. Gesamtfazit und Zusammenfassung der Ergebnisse	269
 Literaturverzeichnis	 279
Stichwortverzeichnis	291

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Baurecht, Zeitschrift
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater, Zeitschrift
BerKo InsR	Berliner Kommentar zum Insolvenzrecht
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb, Zeitschrift
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, Zeitschrift
f.	folgende (Seite)
FD-InsR	Fachdienst Insolvenzrecht, Zeitschrift
ff.	folgende (Seiten)
FK-InsO	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
InsO	Insolvenzordnung
i. V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter, Zeitschrift
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift
Kap.	Kapitel
KO	Konkursordnung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz

KTs	Zeitschrift für Insolvenzrecht – Konkurs • Treuhand • Insolvenz
LG	Landgericht
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo InsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport, Zeitschrift
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RegE	Regierungsentwurf
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger, Zeitschrift
S.	Satz; Seite
u. a.	und andere
Urt.	Urteil
VerglO	Vergleichsordnung
vgl.	vergleiche
VOB/B	Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZinsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Zwangsvollstreckungsgesetz
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A. Einleitung

Die Insolvenz eines Rechtssubjekts zieht stets eine konträre Interessenlage nach sich. Diese entsteht nicht nur durch die widerstreitenden Interessen des Insolvenzschuldners auf der einen und der Gläubiger auf der anderen Seite, sondern mit Blick auf die Gläubigergemeinschaft auch zwischen den verschiedenen Gläubigern selbst. Denn die Verfolgung der Interessen durch den einen Gläubiger schließt regelmäßig die Interessensverfolgung durch den anderen Gläubiger (zumindest zum Teil) aus.

Der Grund dafür findet sich in der Art und Weise, wie das Insolvenzverfahren eröffnet und betrieben wird. Ein Insolvenzverfahren wird gemäß § 16 InsO nur dann eröffnet, wenn ein entsprechender Eröffnungsgrund vorliegt.¹ Neben der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO), die nur im Falle eines Eigenantrags des Schuldners relevant werden kann,² können auch die Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO und – bei juristischen Personen gemäß § 19 InsO – die Überschuldung Gründe für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens sein. § 17 Abs. 1 S. 1 InsO normiert:

„Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen.“ § 19 Abs. 2 S. 1 InsO normiert: „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“

Daneben besteht gemäß § 212 InsO für den Schuldner eine mit den Eröffnungsgründen korrespondierende Möglichkeit, das Insolvenzverfahren einstellen zu lassen.³ Eine solche Einstellung setzt die Glaubhaftmachung voraus, dass zum Zeitpunkt der Einstellung weder eine drohende oder tatsächliche Zahlungsunfähigkeit noch eine Überschuldung den Eröffnungsgrund darstellte. Darüber hinaus hat der Schuldner glaubhaft zu machen, dass auch in absehbarer Zeit nach der Einstellung keiner der Eröffnungsgründe erneut vorliegen wird.⁴ Das Gesetz knüpft dementsprechend sowohl für die Eröffnung als auch für das Betreiben des Insolvenzverfahrens an einen Zustand des Schuldners an, der den Grad einer verfestigten wirtschaftlichen Krise erreicht hat.⁵ Dies ist immer dann der Fall, wenn das schuldnerische Vermögen nicht mehr ausreicht, um sämtliche Verbindlichkeiten, für die der Schuldner einzustehen hat, zu tilgen. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, darf –

¹ *Mönning*, in: Nerlich/Römermann, § 16 Rn. 4.

² *Bußhart*, in: Braun InsO, § 18 Rn. 1.

³ *Boddenberg*, Auswirkungen einer absehbaren oder einer tatsächlich vollständigen Gläubigerbefriedigung auf Verwertungshandlungen im eröffneten Insolvenzverfahren, S. 58 ff.

⁴ *Ruland*, in: BeckOK InsR, § 212 Rn. 5 f.; BGH, 07.10.2010 – IX ZB 1/10 Rn. 4; OLG Celle, Beschluss vom 07.09.2000 – 2 W 69/00 = NZI 2001, 28 (29).

⁵ *Vuia*, in: MüKo InsO, § 16 Rn. 2.

zumindest in gewissem Maße – ausnahmsweise von dem in der Rechtsordnung ansonsten allgegenwärtigen Grundsatz *pacta sunt servanda* abgewichen werden.⁶

Infolge dieser Abweichung von dem im Einzelfall vertraglich vereinbarten Synallagma, stellen sich dem Gläubiger des Insolvenzschuldners zahlreiche Fragen. Die grundlegendste dieser Fragen lautet: „In welcher Höhe und Form werde ich im Verhältnis zu meiner eigentlichen Forderung befriedigt?“ Während das Insolvenzverfahren diese Frage zu beantworten sucht, hat es den ihr immanenten Interessenkonflikt zu berücksichtigen: Die sich im Vermögen des Schuldners befindlichen geldwerten Rechtsgegenstände, die ab Verfahrenseröffnung die Insolvenzmasse bilden (§ 35 InsO),⁷ sind ohnehin nicht suffizient. Darüber hinaus schmälert jede Leistung aus der Insolvenzmasse sie zusätzlich. Anders als bei einem ausreichend liquiden Schuldner, wirkt sich folglich jede Leistung aus der Insolvenzmasse auch unmittelbar auf den Umfang dessen aus, was verbleibt, um der Befriedigung der übrigen Gläubiger des Insolvenzschuldners zu dienen. Mittelbar entfaltet die Durchsetzung der Interessen eines Gläubigers des Insolvenzschuldners (im Sinne der erfolgreichen Veranlassung einer Leistung an ihn) somit eine Wechselwirkung, die die Gesamtheit der übrigen Gläubiger des Insolvenzschuldners in einer ihre eigenen Interessen konterkarierenden Weise betrifft. Die im Insolvenzverfahren bestehende Ausnahme vom Grundsatz *pacta sunt servanda* lässt so ein komplexes Regelungsbedürfnis entstehen. Während sonstige Ausnahmen der vollständigen Gewährleistung des vertraglichen Synallagmas ausschließlich einem gerechten Interessenausgleich zwischen den jeweils miteinander privatautonom in Verbindung getretenen Parteien dienen,⁸ hat das Insolvenzverfahren das einschlägige rechtliche Ergebnis stets unter zusätzlicher Berücksichtigung der Interessen sämtlicher sonstiger Gläubiger des Insolvenzschuldners zu ermitteln.

Das Gesetz geht primär von einem Verfahrensverlauf aus, bei dem die Massegläubiger (§ 53 InsO) des Insolvenzschuldners vollständig befriedigt werden. Die übrige Masse wird im Rahmen einer quotalen Befriedigung an die Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) verteilt, wobei die nachrangigen Insolvenzgläubiger (§ 39 InsO) in der Regel leer ausgehen.⁹ Dabei besteht sowohl die Möglichkeit einer positiven als auch einer negativen Abweichung. Es ist dankbar, dass die Masse die Insolvenzforderungen vollständig deckt und somit eine quotal Befriedigung auf die nachrangigen Insolvenzgläubiger entfällt. Alternativ kann der Fall eintreten, dass die Masse bereits hinter dem für die vollständige Befriedigung der Massegläubiger notwendigen Umfang zurückbleibt.

⁶ Bitzer, in: Kindler/Nachmann/Bitzer, Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 2. Teil: Länderberichte, Deutschland, Rn. 219.

⁷ Hirte/Praß, in: Uhlenbruck InsO, § 35 Rn. 1.

⁸ Wie beispielsweise das in § 313 BGB verortete Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage, Finkenauer, MüKo BGB, § 313 Rn. 2.

⁹ Könen, in: Kübler/Prütting/Bork, § 39 Rn. 8.

Um den möglichen Konstellationen gerecht zu werden, begegnet der deutsche Gesetzgeber der Problematik der insuffizienten Haftungsmasse mit Hilfe eines allgemeinen Systems von Rangklassen, in das die zuvor genannten Gläubigerarten einzuordnen sind. Dabei spiegelt die Abfolge der Rangklassen die Priorisierung des jeweiligen Forderungstypus im Rahmen der gesetzgeberischen Werteentscheidung wider. Anhand des zuvor bereits dargestellten Verfahrensverlaufs ergibt sich somit auch das Verhältnis der genannten Rangklassen: die Insolvenzgläubiger sind gegenüber den nachrangigen Insolvenzgläubigern priorisiert, während die Massegläubiger den Vorzug gegenüber den Insolvenzgläubigern genießen. Die Aus- und Absonderungsberechtigten werden aufgrund ihrer dinglichen Rechtsbeziehung zum Schuldner nicht in dieses System der Rangklassen einbezogen. Sie werden so stark priorisiert, dass sie unabhängig vom Umfang der Haftungsmasse möglichst vollständig befriedigt werden. Abseits dieser „vor die Klammer gezogenen“ Gläubigergruppen erfolgt die Befriedigung der übrigen Gläubiger innerhalb der Rangklassen in Relation zum Bestand der Masse. Die in der höchsten Rangklasse Gläubiger sollen möglichst vollständig befriedigt werden. Bei jeder nachfolgenden Rangklasse wird gleichermaßen verfahren, sofern die vollständige Befriedigung mit Mitteln der Masse möglich ist. Die Gläubiger derjenigen Rangklasse, bei der eine vollständige Befriedigung nicht mehr realisiert werden kann, erhalten nach dem System der InsO demgegenüber eine quotale Befriedigung. Innerhalb dieser Rangklasse wird jeder Gläubiger im Verhältnis der gesamten Forderungen seiner Rangklasse zur verbleibenden Haftungsmasse befriedigt. Nachrangige Rangklassen gehen leer aus.

Der zuvor beschriebene konkrete Verfahrensverlauf der vollständig zu befriedigenden Massegläubiger, quotale zu befriedigenden Insolvenzgläubiger und leer ausgehenden nachrangigen Insolvenzgläubiger ergibt sich insofern aufgrund des konkreten Umfangs der Masse im Verhältnis zum Gesamtumfang der Forderungen. Die anderen Verfahrensverläufe, bei denen die quotale Befriedigung auf die Massegläubiger oder die nachrangigen Insolvenzgläubiger entfällt, ergeben sich ebenso aus diesem relativen Verhältnis. Im Fall der quotale zu befriedigenden Massegläubiger handelt es sich um einen vergleichsweise geringen Anteil der Forderungen, die durch die Masse gedeckt sind – im Fall der quotale zu befriedigenden nachrangigen Insolvenzgläubiger um einen höheren Anteil.

Die quotale Befriedigung kann somit in verschiedenen Verfahren jeweils abhängig vom Bestand der Masse auf unterschiedliche Arten von Gläubigern entfallen. Die Anzahl der vollständig zu befriedigenden Rangklassen und derjenigen, deren Befriedigung ausfällt, variiert dementsprechend. Auch kann sich die Art und Weise, nach der das Insolvenzverfahren abgewickelt wird, im laufenden Verfahren aufgrund einer entsprechenden Massemehrung oder -minderung verschieben.¹⁰ Da das Gesetz primär von einer quotalen Befriedigung der Insolvenzgläubiger ausgeht, wird der Verfahrensverlauf, bei dem dies der Fall ist, im Folgenden als regulärer Verfahrensverlauf bezeichnet.

¹⁰ BGH, Urteil vom 21.01.2010 – 6 AZR 785/08 Rn. 14.