

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 Verfahrenskosteninsuffizienz	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 masseärmer Verfahren und mögliche Rückverschiebung des Regelungsgefüges durch Nachtragsverteilung	69
4.	Die hinter den Neumasseverbindlichkeiten zurückbleibende Insolvenzmasse – verschärzte 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 Neumasegläubiger	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 Neumasegläubiger	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 oktroyierter 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 oktroyierten 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 Erlöschenstheorie 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 Erlöschenstheorie	156
(b) Das Verständnis der Verfahrenseröffnung vor der Erlöschenstheorie 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 Verhinderung 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 Verteilungsgerechtigkeit	169
bb) Bedeutung für vorkonkursliche/vorinsolvenzliche Verfügungen und Aufrechnungslagen	170
cc) Umsetzung der Verteilungsgerechtigkeit im Hinblick auf vorinsolvenzliche Verfügungen	171

dd) Umsetzung der Verteilungsgerechtigkeit im Hinblick auf vorinsolvenzliche Aufrechnungslagen	174
d) Schlussfolgerung: Konzeption auf Basis der Erlöschenstheorie	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 Doppelleistungs-Methode	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 Vertragsgestaltung	215
1. Ansetzen an die vorinsolvenzlichen Leistungsstände infolge von Erfüllungsablehnung	216
2. Die Doppelstellungspflicht 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 Masseunzulänglichkeit	227
4. Fazit	228
II. Ansätze zum Umgang mit dem Eintritt der verschärften Masseunzulänglichkeit	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 Gläubigergleichbehandlung?	233
a) Eigener Lösungsansatz: auf §§ 209 Abs. 1 Nrn. 2 und 3, Abs. 2, 210 InsO begrenzte analoge Anwendung	235
aa) Kritik der Inkonsistenz	237
(1) Anpassung auf den vergleichbaren und nicht vergleichbaren Teil der Tatbestände und Berücksichtigung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes	237
(2) Legitimation der Differenzierung zwischen der Behandlung der Anzeige der (einfachen) Masseunzulänglichkeit und der pauschalen 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 verschärzte 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 verschärzte 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 verschärzte Masseunzulänglichkeit: <i>de lege ferenda</i>	267
J. Gesamtfazit und Zusammenfassung der Ergebnisse	269
Literaturverzeichnis	279
Stichwortverzeichnis	291