

Insolvenzordnung (InsO)

vom 5.10.1994 (BGBl. I S. 2866), zuletzt geändert durch Art. 24 Abs. 3 Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz vom 23.6.2017 (BGBl. I S. 1693)

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.

Übersicht	Rn.
I. Normzweck und gesetzgeberische Intentionen	1
1. Normzweck	1
II. Funktion der Formulierung von Verfahrenszielen	2–7
1. Problematik einer legislativen Bestimmung von Verfahrenszielen	2–5
a) Ziele des Gesetzgebers	2
b) Verlust der Selbstverständlichkeit der Funktionen des Insolvenzrechts	3–5
2. Bedeutung von Verfahrenszielen für die Insolvenzpraxis	6, 7
III. Unmittelbarer Regelungsgehalt des § 1 Satz 1	8–19
1. Vielzahl der im Verfahren verfolgten Zwecke	8, 9
2. Schutz der Funktion des Insolvenzverfahrens	10–13
a) Neutralisierung insolvenzfremder Zwecke	10, 11
b) Schrankenfunktion der gesetzlichen Stufenfolge von Insolvenz-zwecken	12
c) Insbes.: Grenzen der Einwirkungsmöglichkeiten des Schuldners .	13
3. Verhältnis von Liquidation und Sanierung	14–19
a) Notwendigkeit eines gerichtlichen Sanierungsverfahrens	14, 15
b) Gefahren aus dem Sanierungsgedanken	16–19
IV. Unterscheidung von Primär- und Sekundärzielen (§ 1 Satz 1)	20–35
1. Gläubigerbefriedigung par conditio creditorum	20–26
a) „Hauptziel“	20, 21
b) Gerechtigkeitwert	22–24
c) Gütersonderung	25
d) Änderung	26
2. Absonderungsberechtigte als „Gläubiger“ i. S. d. Satzes 1	27, 28
3. Sanierung als Verfahrensziel	29–32
a) Voraussetzungen	29
b) Einheitlichkeit der Auslösetatbestände	30
c) Nachrang der Vermögensreorganisation des Schuldners hinter der Haftungsdurchsetzung	31, 32
4. Deregulierung	33
5. Entschuldungsfunktion	34, 35
a) Verfahrensrechtliche Befugnisse des Schuldners	34
b) Subjektive Reichweite des Satzes 2	35
V. Bedeutung des § 1 für das Insolvenzgericht	36, 37
1. Relevanz der Normzweckbestimmung	36
2. Einleitung des statthaften Verfahrens	37
VI. Bedeutung des § 1 für den Verwalter	38, 39
1. Voraussetzungen	38

2.	Gleichwertigkeit von Liquidation, übertragender Sanierung und Sanierung	39
VII.	Einzelne Aufgaben der Verfahrenszielbestimmung	40, 41
1.	Unwirksamkeit „konkurszweckwidriger“ Handlungen des Verwalters	40
2.	Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren	41
VIII.	Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz (Satz 2)	42–47
IX.	Diskriminierungsverbot	48, 49
1.	Geltung	48
2.	Kein Vergeltungsrecht	49
X.	Rechtstatsächliche Beurteilung der Funktion der legislativen Verfahrenszwecke	50
XI.	EU-Reorganisationsrichtlinie	51, 52

I. Normzweck und gesetzgeberische Intentionen

1. Normzweck

1 § 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. sachliche Zuständigkeit. Rn. 1–13.

II. Funktion der Formulierung von Verfahrenszielen

1. Problematik einer legislativen Bestimmung von Verfahrenszielen

2 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 einleitet. ³ 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 können. ⁴ Mit § 1 wollte der Gesetzgeber wesentliche Elemente des bisherigen Vergleichsverfahrens und des bisherigen Konkursverfahrens zusammenfassen. In der Amtlichen Begründung zum RegEInsO ⁵ 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

1 Jaeger/Henckel, § 1 Rn. 2; Krefz/Kirchhof, § 1 Rn. 2; Becker, Rn. 129; Braun/Kießner, § 1 Rn. 1; Andres/Leithaus/Leithaus, § 1 Rn. 1.
 2 Krefz/Kirchhof, § 1 Rn. 4; HambKomm/A. Schmidt, § 1 Rn. 1.
 3 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.
 4 Smid, DZWIR 1997, 309 f.
 5 Amtl. Begr. zu § 1 RegEInsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 108.

die Möglichkeit offen stehen, durch eine Übereinkunft der Beteiligten (einen „Insolvenzplan“ nach §§ 217 ff.) das Verfahren abweichend von den gesetzlichen Vorschriften zu beenden.⁶

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*⁷ 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*⁸ sich damit begnügt, die gemeinsame und gleichmäßige Teilnahme am aus dem Zahlungsvermögen des Schuldners resultierenden Verlust durch alle Gläubiger als „Konkurszweck“ zu formulieren. **3**

Nach den **bisherigen gesetzlichen Leitbildern der deutschen Insolvenzgesetze** 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 KO⁹, ähnlich § 7 Abs. 1 GesO¹⁰. 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 wurde.¹¹ **4**

Die ausdr. Normierung von Sanierungs- und Restschuldbefreiungsfunktionen des Insolvenzverfahrens hat durch die Erweiterung des Funktionsspielraums von Insolvenzplan und Eigenverwaltung mit dem ESUG (BGBl. I S. 2582, ber. S. 2800) und die Erstreckung des Anwendungsbereichs des Insolvenzplans auf Verbraucherinsolvenzverfahren (Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte – BGBl. I 2013 S. 2379) die klassische Funktion des Insolvenzrechts als Instrument der Gläubigerbefriedigung und -befriedigung erneut auf den Prüfstand gestellt. Denn mit diesen Reformen sind dem Schuldner – und seinen Beratern – erhebliche Möglichkeiten der Einflussnahme auf den Lauf des Insolvenzverfahrens eröffnet worden, die sich insbes. durch die **5**

2. Bedeutung von Verfahrenszielen für die Insolvenzpraxis

Verfahrensziele haben für die Praxis der Insolvenzabwicklung beileibe nicht bloß deklaratorischen Charakter¹². 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 Haftung¹³ betreffen können. So wird in der Literatur¹⁴ 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 **6**

6 *Smid/Rattunde*, Insolvenzplan, 2005, Rn. 1.

7 *Oetker*, Konkursrechtliche Grundbegriffe, 1 ff.

8 *Jaeger*, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 9.

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

10 *Smid*, GesO, § 7 Rn. 6.

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

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

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

14 Vgl. *Brandstätter*, Sanierungsfähigkeit notleidender Unternehmen, 47.

sicherzustellen; der Primat des § 1 Satz 1 Var. 1 kommt in einer solchen Bestimmung der Aufgaben des Insolvenzverwalters in der Entscheidung über die Sanierung zum Ausdruck.

- 7 Die Thematik der „Zwecke“ des Insolvenzverfahrens wird erst in einer Lage interessant, in der die verfahrensrechtliche Gewährleistung der gleichmäßigen Teilnahme der Gläubiger am Verlust nicht mehr selbstverständlich ist. Der – vielbeklagte – *Funktionsverlust*¹⁵ 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 Insolvenz Zwecken 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 können¹⁶, als 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 Satz 1

1. Vielzahl der im Verfahren verfolgten Zwecke

- 8 Die vorstehenden Überlegungen zur Auslegung der InsO von den gesetzlich fixierten Insolvenz Zwecken 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 Regelungsgehalt¹⁷. Worin dieser Regelungsgehalt liegt, wird klar, wenn man sich vor Augen führt, dass formalisierte Verfahren – zu denen das Insolvenzverfahren zählt – keine „eigenen“ Zwecke verfolgen.¹⁸ 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.
- 9 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

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

16 Zur Planungsfunktion von Gesetzen vgl. *Paulowski*, *Ausgewählte Rechtstheoretische Arbeiten*, 1992, 89, 102 f.

17 Zum Folgenden eingehend *Smid/Rattunde*, *Insolvenzplan*, 2005, Rn. 1.

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

funktionalen Betrachtung der Aufgaben des Insolvenzrechts hin zu subjektiven Wünschbarkeiten. „Zwecke“ sind immer die von Subjekten¹⁹. 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 gesetzt.²⁰ Es nimmt daher ebenso wenig Wunder, dass heterogene Zwecke in das Insolvenzgesetzgebungsverfahren einer offenen demokratischen Gesellschaft Eingang finden wie es Erstaunen hervorrufen sollte, dass die Rechtswissenschaft diese „Zwecke“ hin zur Funktion des Insolvenzverfahrens zu filtern hat.²¹ Politiker wünschen den Erhalt von „Standorten“²², Gewerkschaftler den Erhalt von Arbeitsplätzen²³, 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, umweltschutzpolizeilichen Auflagen Gewicht zu verleihen – die öffentliche Hand ist nach Verfahrenseröffnung nicht mehr „der Schuldige“, dem die Insolvenz angelastet werden könnte).²⁴

2. Schutz der Funktion des Insolvenzverfahrens

a) **Neutralisierung insolvenzfremder Zwecke.** Die gesetzliche Normierung von Insolvenz „zielen“ hat daher zwei 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 herangezogen werden. Zum anderen stellt dieses Aufgreifen aber eine **Absorption und Neutralisierung der heterogenen, widerstreitenden Interessen** dar.²⁵ 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 bestehen.²⁶ Für Insolvenzgericht und Insolvenzverwalter stellt dies in Ansehung ihrer Haftung eine **nachhaltige Entlastung** dar. Denn die Haftungsverwirklichung zugunsten der Gläubiger *par conditio creditorum* gibt gegenüber allen Forde-

10

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

20 Eindrucksvoll *Oetker*, ZZZ 25 (1899), 1.

21 *Uhlenbruck*, KTS 1981, 513, 524 f.

22 *Uhlenbruck*, KTS 1981, 513, 547 ff.

23 Krit. *Gerhardt*, FS Weber, 181, 184.

24 Häsemeyer, FS Uhlenbruck, 2000.

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

26 *Smid/Rattunde*, Insolvenzplan, 2005, Rn. 1.21 ff.

rungen Dritter auf Sanierungsmaßnahmen einen rechtlichen Maßstab für das Handeln von Gericht und Verwalter.

- 11** 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 usf. 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 als auch haftungsrechtliche Inanspruchnahmen (§ 60)²⁷ 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 umso mehr, als besonders größere Verfahren in nicht immer förderlicher Art Gegenstand einer oftmals wenig kompetenten Berichterstattung in der Presse werden²⁸, was durchaus Handlungszwänge zu Lasten des Verwalters auslösen kann.
- 12** b) **Schrankenfunktion der gesetzlichen Stufenfolge von Insolvenz Zwecken.** 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 Insolvenz zwecke zugleich Schranken, die der Verfolgung heteronomer Zwecke im Insolvenzverfahren gesetzt werden.²⁹
- 13** 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 worden.³⁰ 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 nicht.³¹ Die gesetzliche Statuierung von Primär- und Sekundärzielen des Insolvenzverfahrens setzt daher einer Überantwortung des Verfahrens an die Willkür der Beteiligten Grenzen.

²⁷ KS/Smid, 337, 339, 341 f.

²⁸ Auf diesen Gesichtspunkt weisen Smid/Rattunde, Insolvenzplan, 2005, Rn. 1.21 ff. hin.

²⁹ Vgl. Smid/Rattunde, Insolvenzplan, 2005, Rn. 1.23.

³⁰ KS/Grub, 671 ff.

³¹ Eingehend Smid/Rattunde, Insolvenzplan, 2005, Rn. 1.25.

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*³², sei ein „**Wertvernichter schlimmster Art**“. Dies liegt scheinbar auf der Hand. Veräußert man die einzelnen Massegegenstände, so können regelmäßig nur Zerschlagungswerte³³ erzielt werden, die weit hinter dem Wert zurückbleiben, der sich ergäbe, würde man die Vermögensgegenstände unter Aspekten der Fortführung des Unternehmens bewerten.

Die spezifisch konkursbedingten Verluste sind aber nicht nur ein Übel, das der Insolvenzschuldner wie jeder von Zwangsvollstreckungen überzogener Schuldner zu tragen hat. Die ökonomischen Folgen der zerschlagenden Liquidation des gemeinschuldnerischen Vermögens im Konkurs wären jedenfalls in Deutschland heute nicht nur untunlich, sondern deshalb in vielen Fällen überhaupt nicht mehr möglich, weil ohne Aussichten auf eine – wie immer auch zu bewerkstelligende – Sanierung des insolventen Unternehmens im Konkurs dessen Durchführung mangels Masse ausgeschlossen wäre³⁴. Die Folge davon wäre, dass Insolvenzanfechtungen unterbleiben müssten, die Haftung der Gesellschafter gem. § 93 könnte nicht geltend gemacht, kurz: die Masse nicht zugunsten der Gläubiger gesichert und gemehrt werden. Anders als zu Zeiten des Verdikts *Jaegers* stellt sich die Sanierung daher weniger als Alternative zur konkurslichen Liquidation dar, sondern vielfach als deren *conditio sine qua non* eines geordneten Verfahrens. **Aus schlichter Not heraus erscheint Sanierung so als Tugend**, die dem Insolvenzrecht dringend anempfohlen wird.³⁵

b) **Gefahren aus dem Sanierungsgedanken.** Die institutionelle Verbindung von **Insolvenzverfahren und Sanierung** hat gute Gründe. Gleichwohl wohnen ihr eigene Gefahren inne. Verselbstständigt sich der Sanierungsgedanke im Kontext des Insolvenzrechts, so treten in seinem Gefolge erdrutschartige Veränderungen auf. Worum es dabei geht, lässt sich anhand der Stellung der Beteiligten ablesen. Die Sanierung des Schuldners setzt dessen Mitwirkung notwendig voraus, die – aus verfahrensrechtlicher Sicht – stets mit der Einräumung von Teilnahmerechten und Einflussmöglichkeiten korrespondiert. Der herkömmliche Konkurs schließt derartige Teilnahmerechte und Einflussmöglichkeiten des Insolvenzschuldners zum Zweck der Sicherung der Haftung des Gemeinschuldners gegenüber der Gläubigergemeinschaft aus.

Sanierung – und d. h.: die Entschuldung des insolventen Unternehmensträgers – wird heute aus vielfältigen sozial- u. wirtschaftspolitischen Gründen als „Wert“ angesehen, hinter dem die Funktion der konkurslichen Haftungsverwirklichung durch Gewährleistung gleichmäßiger Befriedigung der Insolvenzgläubiger zurückzutreten scheint³⁶. Ein solcher **Paradigmenwechsel** ist gefährlich, hebt er doch unter ideologischen Vorzeichen die Funktion des Insolvenzverfahrens auf.³⁷

32 *Jaeger*, Lehrbuch des Konkursrechts, 216.

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

34 Vgl. etwa *Gottwald/Maus*, § 3.

35 *Wellensiek*, WM 1999, 405, 409; vgl. zur Sanierung auch *Jaeger/Ganter*, § 1 Rn. 85.

36 Vgl. im Zusammenhang der Normierung von Verfahrenszwecken: *Dorndorf*, FS Merz, 31, 40 ff.; *Gerhardt*, in: *Leipold* (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Umbruch*, 1, 3, 5.

37 So zutr. *Stürmer* (ZIP 1982, 761, 764), der „gesellschaftspolitische(r) Korrektur(en) auf insolvenzrechtlichem Vehikel“ befürchtet.

- 18 Die Zerschlagung des Unternehmens führt nachgerade zwangsläufig zu dem, was als „Verlust von Arbeitsplätzen“ von den Regierungen und Verwaltungen moderner Staaten hochgradig gefürchtet wird³⁸, weil man glaubt, es folge daraus sozialpolitisch unerwünschte Arbeitslosigkeit. Dabei steht freilich das zweite „Ziel“ einer Sanierung, die „Rettung von Arbeitsplätzen“, dem **Erhalt des Fortbestandes des Unternehmens** oftmals diametral entgegen:³⁹ Gerade eine zu hohe Zahl von Arbeitnehmern wird Erwerber oftmals davon abhalten, sich in einem Unternehmen zu engagieren.⁴⁰
- 19 Nun steht das Konkursziel einer bestmöglichen Gläubigerbefriedigung nicht notwendigerweise im Gegensatz zu anderen möglichen Verfahrenszielen. Soweit z. B. die Gläubigerbefriedigung dadurch maximiert wird, dass ein Unternehmen im Konkurs oder in einem Vergleichsverfahren saniert und dann zu einem günstigeren Preis verkauft werden kann, als dies bei einer Einzelverwertung möglich wäre, hatte und hat der Insolvenzverwalter die Aufgabe, die bestehenden Sanierungsmöglichkeiten auszuschöpfen.⁴¹

IV. Unterscheidung von Primär- und Sekundärzielen (§ 1 Satz 1)

1. Gläubigerbefriedigung par conditio creditorum
- 20 a) „**Hauptziel**“. Trotz der erwünschten Abkehr von einem liquidierenden Insolvenzverfahren liegt dem neuen Verfahren nach Vorstellung des Gesetzgebers⁴² ein einheitliches Hauptziel zugrunde, das mit der „bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger“ umrissen wird. Dieses Ziel soll in erster Linie für die Entscheidungen maßgeblich sein, die innerhalb des Verfahrens zu treffen sind.
- 21 Das Insolvenzrecht dient – so die Amtliche Begründung⁴³ – der Verwirklichung der Vermögenshaftung in Fällen, in denen der Schuldner zur vollen Befriedigung aller Gläubiger nicht mehr in der Lage ist. Es gilt, mit konkursrechtlichen Instrumentarien eine „Verkehrsstörung“ so zu überwinden, dass die Verluste für die Gläubiger minimiert und der Kosten- und Zeitaufwand gering gehalten werden.⁴⁴ Zugleich sind die Interessen des Gemeinwesens dadurch zu wahren, dass eine „Schädigung des Kredits und der öffentlichen Sittlichkeit gewahrt und die Erhaltung des Gemeinschuldners als Bürgers und Produzenten angestrebt“ wird.⁴⁵ Das Insolvenzrecht regelt daher die Rechtsbeziehungen eines Schuldners zu seinen Gläubigern für den Fall, in dem der Schuldner in eine wirtschaftliche Notsituation geraten ist. Es regelt dabei zunächst die **Realisierung der Haftung des Schuldners** mit einem unzulänglichen Vermögen als Haftungsmasse im Wege der gemeinsamen und gleichmäßigen Befriedigung seiner Gläubiger im Falle seiner Krise. Dann wird der sog. **Universalkonkurs** über das Vermögen des Schuldners eröffnet. Die Gewährleistung einer gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger kann auch durch die Organisation einer Sanierung des Schuldners sichergestellt werden. Leitbild dieses klassischen Verständnisses des Konkurses ist somit die Gesamtvollstreckung. Man kann füglich behaupten, dass sich unter dem „Dach“ des Insolvenzrechts schlechthin nicht nur das

38 Amtl. Begr. zum RegEInsO, Allg. 4 g) aa), BT-Drucks. 12/2443, S. 96.

39 S. Mohrbutter, KTS 1983, 3, 13 ff.; Pietzko, ZIP 1990, 1105 ff. m. w. N.; auch der Gesetzgeber hat dies gesehen: Amtl. Begr. zum RegEInsO, Allg. 4 a) cc), BT-Drucks. 12/2443, S. 97; Jaeger/Ganter, § 1 Rn. 85.

40 Henckel, ZIP 1980, 2, 3; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 23.13 (507 f.); Amuß, ZInsO 2001, 49 ff.; Berscheid, ZInsO 2001, 64 ff.

41 Während der Reformdiskussion Uhlenbruck, KTS 1981, 513, 533 ff.

42 Amtl. Begr. zu § 1 RegEInsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 108.

43 Amtl. Begr. zu § 1 RegEInsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 108.

44 Koch, Reform des Preußischen Concurs-Rechts, 1868, 7.

45 Koch, Reform des Preußischen Concurs-Rechts, 1868, 7.

gesamte bürgerliche Recht, sondern auch öffentliches Recht und strafrechtliche Fragen versammeln. Und wie sich beispielsweise die fiskalische oder die arbeitsrechtliche Seite des Konkursrechts darstellen, scheint zunächst in der Tat allein auf bloßen Dezisionen zu beruhen, die von der Rechtsdogmatik schlechthin allein hingenommen werden können. Die Bemühungen einer Reform des Insolvenzrechts des vergangenen Vierteljahrhunderts belegen vor der Hand diesen Befund. *Häsemeyer* hält gegenüber diesem rechtspolitischen „Sein“ an einem rechtsdogmatischen „Sollen“ fest, das gegenüber der jeweiligen und zufälligen Machtbalance davon ausgeht, dass Recht und damit auch das Insolvenzrecht nicht beliebig ist.⁴⁶ Verabschiedet man nämlich das geschilderte dezisionistische Missverständnis des Rechts und begreift man Recht zutreffend als einen Gesamtzusammenhang richtiger sozialer Konfliktentscheidungen, die miteinander systematisch verknüpft sind, um ihre Regelungsleistungen erbringen zu können, so tritt in den Blick, dass das Insolvenzrecht als Schnittpunkt einer großen Zahl relevanter rechtlicher Vorentscheidungen nur dann zutreffend erfasst werden kann, wenn man diese dem Recht innewohnende Systematik als für die Struktur des Insolvenzrechts zu erbringende Leistung mitbedenkt.

b) Gerechtigkeitswert. Herkömmlich wird die Aufgabe des Insolvenzrechts in Mitteleuropa – im deutschen und im österreichischen Insolvenzrecht⁴⁷ – dadurch bestimmt, dass die Unfähigkeit des Schuldners, seine Gläubiger vollständig zu befriedigen, erfordert, die individuelle Rechtsverfolgung der Gläubiger zugunsten einer Bündelung in einem bes. Insolvenzverfahren auszuschließen. Die individuelle Rechtsverfolgung birgt die Gefahr ungerechter Ungleichheit, da der eine Gläubiger vollständige Befriedigung zu erlangen vermag, während andere völlig leer ausgehen – was zu Missständen führen und der Friedensaufgabe des Rechts widerstreiten würde. Kommt der einzelne seinen Leistungsverpflichtungen partiell trotz grds. bestehender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nicht nach, ist der Gläubiger auf die Einzelzwangsvollstreckung nach den §§ 704 ff. ZPO verwiesen. Beim Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sind aber nicht nur einzelne Gläubiger des krisenbefallenen Schuldners betroffen, sondern die Gesamtheit seiner Gläubiger. Dann bietet die Einzelzwangsvollstreckung aber keine Gewähr dafür, dass die Rechte der betroffenen Gläubiger gleichmäßig nach Maßgabe ihrer jeweiligen Rechtsstellung berücksichtigt werden. Denn die Einzelzwangsvollstreckung führt zur Befriedigung der Gläubiger nach dem **Prioritätsprinzip** (§§ 827, 854 ff. ZPO). Im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung des Schuldners reicht aber dessen Vermögen nicht zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger aus. Die Gläubiger bilden angesichts der Insolvenz ihres gemeinsamen Schuldners (des Gemeinschuldners) eine **Risikogemeinschaft**. Eine Ungleichbehandlung der Gläubiger aufgrund eines ersten Zugriffs ließe sich unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht rechtfertigen. *Kobler* hat in diesem Zusammenhang von der „sozialen (sic!) Aufgabe des Konkurses“ gesprochen.⁴⁸ Die Insolvenz des Gemeinschuldners führt daher zum Zusammentreten der Gläubiger (ihrem Konkurs). Auch das neue Insolvenzverfahren ist in seinem Kern Gesamtvollstreckung (Universalkonkurs oder Universalliquidation des Vermögens des Schuldners), die eine Einzelzwangsvollstreckung ausschließt. Die Bündelung der Gläubiger und die Begrenzung ihrer Rechtsverfolgung auf spezifisch insolvenzrechtliche Rechtsbehelfe dient der Gewährleistung der Befriedigungs-⁴⁹ und Gleichbehandlungsfunktion⁵⁰ des Insolvenzrechts, die man ergänzen kann

46 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 5.03 (74 ff.).

47 Vgl. *Smid*, KTS 1998, 313 ff.; MünchKomm/Ganter, § 1 Rn. 8.

48 *Kobler*, Lehrbuch des Konkursrechts, 370.

49 Grundlegend *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.01 ff. (20 ff.).

50 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.17 ff. (30 ff.); *Smid*, Wirtschaftsrecht, 1993, 256 ff.; *Jaeger/Henckel*, § 1 Rn. 6.

um eine insolvenzrechtliche Ordnungs- und Unternehmensabwicklungsfunktion (es wird dafür gesorgt, dass der Schuldner nicht sang- und klanglos mit dem Vermögen verschwindet!); Es stellt ein Verfahren der *Universalexekution* (der Gesamtvollstreckung)⁵¹ bereit. Das Insolvenzrecht stellt innerhalb des Privatrechts⁵² die bes. *Haftungsordnung* für den Fall der Insolvenz des Schuldners dar.⁵³ *Häsemeyer*⁵⁴ spricht insofern überzeugend von einer *Ausgleichshaftung* der Insolvenzgläubiger mit ihren Forderungen. Insolvenzrecht stellt sich nämlich als Haftungsverwirklichungsinstrument dar, in dem die Gläubiger nicht wegen der Realisierung des Risikos leer ausgehen, sondern wegen ihrer vorangegangenen Einflussnahme auf die Geschäftspolitik des Schuldners miteinander verbunden sind. Der Gesichtspunkt der Verteilung knapper Ressourcen ist im Übrigen dem Privatrecht fremd.⁵⁵

- 23** Mit *Häsemeyer*⁵⁶ lassen sich **drei Funktionen des Insolvenzrechts** bestimmen. Die **Befriedigungsfunktion** lässt sich ganz einfach beschreiben. Die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eines Gemeinschuldners tritt regelmäßig dann ein, wenn sein Vermögen nicht mehr ausreicht, die Forderungen seiner Gläubiger zu befriedigen. Diese Masseinsuffizienz löst bei den Gläubigern gewöhnlich die berechtigte Sorge aus, zu kurz zu kommen: Die Gläubiger „laufen zusammen“ (concurrere). Ein vom Prioritätsprinzip geprägtes Individualzwangsvollstreckungsrecht, wie es das geltende deutsche Recht ist, kann in dieser Lage Gewalt nicht vermeiden helfen – trägt nicht zur Befriedigung der Verhältnisse unter den Gläubigern bei und schützt damit zuletzt auch den Schuldner nicht hinreichend. Die Umstellung von der Individualvollstreckung auf die Gesamtvollstreckung dient also der Befriedigung der sozialen Verhältnisse. Die Befriedigungsfunktion hängt eng damit zusammen, dass die Gesamtvollstreckung mittels der Organisation eines Insolvenzverfahrens sicherstellt, dass die Gläubiger nach dem Maße ihrer Berechtigung keine Ungleichbehandlungen erleiden müssen. Die **Gleichbehandlungsfunktion** des Insolvenzverfahrens trägt dem Umstand Rechnung, dass die geschilderte Insolvenzsituation des Schuldners Wirkungen auf sämtliche vom Schuldner mit anderen eingegangenen Rechtsgeschäfte zeitigt. Die Individualvollstreckung des Gläubigers A gegen den Schuldner lässt dessen Rechtsbeziehungen zu B, C usf. naturgemäß unberührt. Dagegen zeitigt die Insolvenz **allseitige Wirkungen**: Die Ersetzung der zweiseitigen Haftungsordnung des Individualvollstreckungsrechts durch die allseitige Haftungsordnung des Insolvenzrechts⁵⁷ dient dem Ausgleich aus ökonomischem Übergewicht herrührender vorkonkurslicher Einflussnahmen der Gläubiger auf den Schuldner⁵⁸.

- 24** Grds. handelt es sich beim Insolvenzverfahren um ein Instrument der **Haftungsverwirklichung auf dem Gebiet des Privatrechts**. Daraus folgt, dass im Allgemeinen Privatrechtssubjekte auf das Vermögen (den Haftungsverband) von Privatrechtssubjekten zugreifen. Das verbietet es von vornherein, das Insolvenzverfahren als Instrument der Erreichung öffentlicher Zwecke zu missbrauchen, wobei es gleichgültig ist, ob es sich dabei um sozial-, struktur-, arbeitsmarktpolitische Zwecke oder etwa um Ziele des Umweltschutzes u. dgl. m. handelt. Wer **öffentliche Zwecke** verfolgen will, muss öffentliche Mittel einsetzen.

51 *Henckel*, FS Merz, 197, 200; *Braun/Kießner*, § 1 Rn. 3.

52 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 1.05 f. (8 ff.).

53 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 1.11 ff. (15 ff.); *Henckel*, FS Merz, 1997, 202 f.; *MünchKomm/Ganter*, § 1 Rn. 8.

54 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.24 ff., 2.33 ff. (36 ff., 44 ff.).

55 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.19 ff., 2.25 (31 ff., 36 f.).

56 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.01 ff. (20 ff.).

57 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.24, 2.29 (36, 40).

58 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.26 f. (37 ff.).