

Das neue Insolvenzrecht in der Bundesrepublik Deutschland – Schwerpunkte und Hauptaspekte –

Hans Friedhelm Gaul*

I. Der Funktionsverlust des bisherigen deutschen Konkursrechts

Die Bundesrepublik Deutschland verfügt seit dem 5.10.1994 über eine neue Insolvenzordnung¹, die allerdings erst am 1.1.1999 in Kraft treten soll². Sie löst die Konkursordnung von 1877 ab, die vormals als die "Perle der Rechtsjustizgesetze" und als "Meisterwerk der Gesetzgebungskunst" hochgelobt wurde³, aber die heutige Insolvenzwirklichkeit nicht mehr trifft. Mehr noch gilt dies für die Vergleichsordnung von 1935, die das Verfahren zur Abwendung des Konkurses regelt, aber fast bedeutungslos geworden ist.

Die bis heute anhaltende Situation hat man schon 1975 mit dem Schlagwort "Konkurs des Konkurses" gekennzeichnet⁴. In den letzten Jahren wurden 75 % der konkursanträge mangels Masse abgewiesen. Vor der Rezession infolge der Ölkrise 1973 lag der Anteil noch bei etwa 50 %⁵. Gar nicht statistisch erfaßt sind überdies die außergerichtlich abgewickelten sog. "stillen Liquidationen". Die tatsächlich durchgeführten Konkursverfahren führen für die nichtbevorrechtigten Gläubiger nur noch zu Quoten von 3-4 %. Vergleiche nach der VerglO kommen sogar nur noch in 0,1 - 0,2 % der Insolvenzen zustande, mögen auch einige spektakuläre Vergleiche wie der des Unternehmens AEG-Telefunken "geglückt" sein.

Von den neuen Bundesländern liegen noch keine genauen Statistiken vor, so daß man noch nicht sagen kann, wie sich die Lage dort darstellt. Nach dem Einigungsvertrag gilt dort die Gesamtvollstreckungsordnung der früheren DDR in der angepaßten Fassung vom 23.5.1991 fort⁶. Die Bewältigung des Wandels von der staatlich gelenkten Planwirtschaft zur Marktwirtschaft wirft zudem besondere Probleme auf, die zunächst einer eigenen Übergangslösung bedürfen.

* Professor an der Universität Bonn.

1 BGBl. 1994, I S. 2866.

2 Art. 110, I EG InsO.

3 Vgl. *Th. Wolff* Die Konkursordnung, Kommentar, 2. Aufl., 1921, Einl. XV. – Die hohe Einschätzung beruht darauf, daß der Schöpfer des 1873 veröffentlichten Entwurfs *Carl Hagens* (1838-1924) als "Meister der Gesetzgebung" galt, vgl. *Ernst Jaeger*, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl., 1932, S. 15.

4 So *J. Kilger*, KTS 1975, 142 ff. (Referat auf dem Deutschen Anwaltstag 1975).

5 Vgl. *Doehring*, Insolvenzen im statistischen Blickfeld, KTS 1993, 197 ff., mit europäischen Vergleichszahlen. Danach standen 1991 einer Zahl von 12922 Insolvenzen in Deutschland 25640 in England und sogar 53252 in Frankreich gegenüber!

6 BGBl. 1991, I S. 1185

Die Hauptursachen für den desolaten Zustand des heutigen Konkursrechts liegen in der schwachen Eigenkapitalausstattung der Unternehmen; sie beträgt nur rund 18 %. Der Verlust der Wirtschaftsgüter nach dem 2. Weltkrieg, Inflation und Währungsreform nötigten zum Wagnis hoher Fremdfinanzierung. Dies ermöglichte zwar zunächst das "Wirtschaftswunder" im Nachkriegsdeutschland. In Phasen eines Konjunkturtiefs aber wird leicht der "Kredit zur Quelle des Konkurses"⁷.

Der hohe Fremdkapitalbedarf weckte aber wiederum das Sicherungsbedürfnis der Kreditgeber, der Banken und Warenlieferanten. Das führte zu einer wohl im internationalen Vergleich einzigartigen Ausdehnung des Kreditsicherungssystems in Deutschland im Wege der Rechtsfortbildung *praeter legem*⁸. Nichtpfandrechtliche Mobiliarsicherheiten wie Sicherungsübereignung, Sicherungszession und Eigentumsvorbehalt mit vielfältigen Erweiterungsformen ergänzen die Grund- und Mobiliarpfandrechte des BGB.

Man hat diesen Rechtsfortbildung zwar als "juristisches Kunstwerk made in Germany" gepriesen⁹, wegen der Kompliziertheit und des Verzichts auf Publizität aber auch scharf kritisiert als "undurchschaubaren Dschungel", der die Kreditverhältnisse verschleierte^{1,0}. Gewiß handelt es sich um eine "juristische Pionierleistung", die den Wirtschaftsaufschwung mit ermöglicht hat. Sie wirkt sich aber heute dahin aus, daß bei Konkursöffnung das Aktivvermögen schon zu über 80 % mit Sicherungsrechten belegt ist¹¹ und als Verteilungsmasse für die übrigen Gläubiger ausscheidet. Vor allem führt die separate Verwertungsbefugnis der Sicherungsgläubiger im Wege des Vorweg- und Einzelzugriffs auf das Sicherungsgut zu einer "Zerschlagungsautomatik", die dem Unternehmen die Sanierungschance nimmt¹².

Hinzu kommen die Konkursvorrechte des Fiskus und der Arbeitnehmer, die eine starke "Steuerlastigkeit" und "Soziallastigkeit" des bisherigen Konkursverfahrens auf Kosten der verbleibenden Gläubiger wie Bauhandwerker und Angehörige des Dienstleistungsgewerbes sowie kleiner Privatgläubiger bewirkten.

Oft gelingt es dem Schuldner noch angesichts des drohenden Zusammenbruchs, durch illoyale Vermögensverschiebungen an Dritte den Gläubigern Werte aus der Haftungsmasse zu entziehen. Dagegen stellt das geltende Anfechtungsrecht im Konkurs wegen der beweisschwierigkeiten nur eine "stumpfe Waffe" dar, während die VerglO überhaupt

7 So schon *Levi*, Konkursrecht, 2. Aufl., 1926, Einleitung.

8 S. dazu näher *Gaul*, Das Kreditsicherungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Vortrag vor der Juristischen Fakultät der Universität Warschau v. 22.6.1990, *Acta Universitatis Lodziensis* 1993, 19 ff.

9 So *Serick*, Deutsche Mobiliarsicherheiten, Aufbau und Grundgedanken, 1988, S. 109.

10 So *Hanisch*, Diskussionsbeitrag auf dem 51. Deutschen Juristentag, herausgg. von der ständigen Deputation, München, 1977, TeilO, Bd. 2, S. 101 f.

11 Vgl. *Gaul*, a.a.O. (Fn. 8), S. 20 mit Nachweis aus der amtl. Begründung des Referentenentwurfs 1989.

12 S. dazu *Gaul*, Zur Reform der Kreditsicherheiten, Sparkasse 1978, S. 316, 326 ff.

kein Anfechtungsrecht kennt. Auch dadurch gehen der Masse Werte endgültig verloren.

Das schließlich der Konkursantrag, sei es vom Schuldner, sei es von den Gläubigern meist zu spät gestellt wird, ist zu diesem Zeitpunkt das zu verteilende Vermögen des Schuldners schon nahezu aufgezehrt. Dies alles erklärt den Funktionsverlust des deutschen Konkursrechts, das mithin das ursprüngliche Ziel der "gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger" (§ 3, I KO) so nicht mehr erfüllen kann.

II. Die Entwicklung der Insolvenzreform

Die geschilderte Lage hat seit dem 51. Deutschen Juristentag 1976 eine lebhafte Reformdiskussion ausgelöst. 1978 setzte der Justizminister der sozial-liberalen Koalition *Vogel*¹³ eine Kommission zur Reform des Insolvenzrechts ein, die ihre Ergebnisse in zwei Berichten 1985 und 1986 veröffentlichte¹⁴. Sie schlug zwar richtungweisend ein einheitliches Insolvenzverfahren vor, betonte aber unter dem Eindruck der auf dem 54. Deutschen Juristentag 1982 aufgekommenen "Sanierungseuphorie" ein vom Liquidationsverfahren schärfer abgegrenztes "Reorganisationsverfahren" nach amerikanischem Muster. Die Weichenstellung sollte in den Händen des Gerichts liegen. Ein weiteres Kernstück bildete die Behandlung der "besitzlosen Mobiliarsicherheiten", zu welchen man neben der Sicherungsübereignung, der Sicherungszession auch den Eigentumsvorbehalt rechnete. Sie sollten allein dem Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters unterliegen mit Abzug eines "Verfahrensbeitrags" von 25 %, der zugleich als "Soliderbeitrag" für ungeicherte Gläubiger gedacht war.

Dieses Reformmodell stieß im Gefolge des politischen Wechsels von der sozial-liberalen zur christlich-liberalen Koalition unter Helmut Kohl auf z. T. scharfe Kritik. Der neue Justizminister *Engelhard* griff in einem spektakulären Schritt in einer öffentlichen Rede Ende 1986¹⁵ in die Diskussion ein und formulierte das Reformziel neu: Als Teil des Vollstreckungsrechtes müsse das Insolvenzrecht in erster Linie der "Haftungsverwirklichung" dienen, zugleich aber die vom Privatrecht vorgegebenen Haftungsverhältnisse möglichst respektieren. Eine "Umverteilung von Vermögenswerten" zwischen gesicherten und ungesicherten Gläubigern sei abzulehnen. Das Insolvenzverfahren sei kein Instrument der Sozialpolitik etwa zwecks Erhaltung der Arbeitsplätze in an sich unrentablen Unternehmen. Bei ihnen müsse das Insolvenzrecht den "Marktaustritt" erzwingen und wirklich nur erhaltenswerte Unternehmen der Sanierung zuführen. Für die neue Verfahrensgestaltung fand man das wiederum aus Amerika übernommene Stichwort der "Deregulierung"¹⁶.

13 *Vogel*, Recht Information des Bundesministers der Justiz, März 1978, S. 21 ff.

14 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, RWS-Verlag Köln, 1985;

Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, RWS-Verlag Köln, 1986.

15 *Engelhard*, Politische Akzente einer Insolvenzrechtsreform, Rede auf dem Sparkassen-Prüfertag am 1.10.1986, ZIP 1986, 1287, 1289.

16 Vgl. Allg. Begründung zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform

An die Stelle der "Bevormundung" durch Gericht und Verwalter soll die "Gläubigerautonomie" treten, da nur eine Orientierung an dem Gläubigerinteresse zu "marktkonformen" Insolvenzzscheidungen führen könne.

In der Tat war der 1988 vom Bundesjustizministerium vorgelegte "Diskussionsentwurf", gefolgt von dem Referentenentwurf 1989¹⁷ zugleich Ausdruck eines Stimmungsumschwungs. Hinzu kam, daß die Interessen der Gewerkschaften an der Durchsetzung eines arbeitnehmerfreundlichen Insolvenzrechts nach Zusammenbrüchen eigener Unternehmen ("Neue Heimat") erlahmten und die Grenzen eines gemeinwirtschaftlichen Unternehmertums aufzeigten¹⁸.

Zwischen den unterschiedlichen Reformkonzepten schien aber auch vorübergehend der allgemeine Reformeifer zu erlahmen, zumal die 1986 noch nahe der Grenze von 20.000 liegenden Insolvenzzahlen zurückgingen¹⁹. Die in den letzten Jahren wieder ansteigende Tendenz der Insolvenzen und vor allem das alles überragende politische Ereignis der Wiedervereinigung Deutschlands gaben dann den entscheidenden Anstoß zur Verwirklichung der Reform.

Der Einigungsvertrag von August 1990 setzte zwar grundsätzlich das westdeutsche Recht am 3.10.1990 in den neuen Bundesländern in Kraft, schloß davon aber ausdrücklich das ohnehin als nicht mehr zeitgemäß erkannte Insolvenzrecht der KO und der VerglO aus²⁰. Statt dessen entschied er sich – wie schon erwähnt – für die Fortgeltung der dortigen Gesamtvollstreckungsordnung in der geänderten Fassung von 1991²¹. Um in der Übergangsphase dem Schuldner einen stärkeren Schutz zuteil werden zu lassen, wurde in § 18 II 3 GesO nach dem Vorbild des Art. 265 II des Schweiz. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes eine besondere Vollstreckungsschutzbestimmung aufgenommen²². Sie erlaubt den im Gesamtvollstreckungsverfahren unbefriedigt gebliebenen Gläubigern einen nachträglichen Vollstreckungszugriff nur, "soweit der Schuldner über ein angemessenes Einkommen hinaus zu neuem Vermögen gelangt". Das kommt im wirtschaftlichen Ergebnis der Restschuldbefreiung

des Insolvenzrechts, RWS-Verlag Köln, 1988, S. A 13; vgl. auch Abdruck des Entwurfs in KTS 1988, S. 669 ff.; dazu kritisch *Uhlenbruck*, Grundzüge des Entwurfs einer neuen InsO, BB 1989, 433, 441; insbes. *W. Henckel*, Deregulierung im Insolvenzverfahren, KTS 1989, 477 ff.

17 Referentenentwurf des Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts, RWS-Verlag Köln, 1989.

18 Vgl. *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-, Vergleichsrecht, Bd. II, Insolvenzrecht, 12. Aufl., 1990, Rz. 4, 34.

19 Vgl. *Doehring*, a.a.O. (Fn. 5), S. 198; sie lagen 1986 bei 18 876 Insolvenzen und gingen bis 1991 auf 12 922 zurück.

20 Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands - Einigungsvertrag - vom 31.8.1990, BGBl. 1990 II S. 889 ff., Anlage II Kap. III Sachgebiet A: Rechtspflege, Abschnitt II Nr. 1.

21 Vgl. schon oben zu Fn. 6.

22 S. dazu *Wenzel*, Die "Restschuldbefreiung" in den neuen Bundesländern, RWS-Verlag Köln 1994 (Dissertation Bonn), S. 46 ff.

es Reformentwurfs 1989 nahe. Das hat inzwischen zu einem "Schuldbefreiungs-Tourismus" westdeutscher Schuldner durch Wohnsitzverlagerung nach Ostdeutschland geführt, um in den Genuß des vorteilhafteren Rechts zu gelangen²³.

Nicht zuletzt dieses gespaltene Insolvenzrecht auf dem einheitlichen Staatsgebiet beschleunigte den Gesetzgebungsgang der neuen InsO. Der auf dem Referentenentwurf beruhende Regierungsentwurf wurde am 15.4.1992 eingebracht²⁴ und führte namentlich zu eingehenden Beratungen im Bundestags-Rechtsausschuß, der sogar eine 1-wöchige Delegationsreise in die USA unternahm, um sich über das dortige Reorganisationsverfahren und das Institut der Schuldbefreiung zu informieren²⁵. Seine beschlußempfehlung gab den Ausschlag zur einstimmigen Beschlußfassung im Deutschen Bundestag am 21.4.1994²⁶. Der Bundesrat rief vor allem wegen der zu erwartenden Kostenlast für die Justiz der Länder den Vermittlungsausschuß an, nachdem schon der deutsche Richterbund als Folge der Insolvenzreform einen Personalmehrbedarf von 500 Richtern und 1800 Rechtspflegern reklamiert hatte²⁷. Das führte zu dem Kompromiß, daß die neue Insolvenzordnung zwar vom 5.10.1994 datiert jedoch erst zum 1.1.1999 in Kraft treten wird²⁸.

Mit der InsO erhält die Bundesrepublik Deutschland ein einheitliches Insolvenzrecht. Sie tritt an die Stelle der KO, der VerglO und der GesO, hebt also die getrennten Kodifikationen auf und stellt zugleich die innerdeutsche Rechtseinheit her.

III. Die allgemeine Zielsetzung der neuen Insolvenzordnung

Es ist für den traditionellen deutschen Gesetzgebungsstil ungewöhnlich, daß die legislatorische Zielsetzung im Gesetz selbst ausgesprochen wird. Offenbar unter dem Eindruck der in der Reformdiskussion zutage getretenen gegensätzlichen Standpunkte heißt es präambelartig in § 1 InsO:

"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".

23 Vgl. *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, Insolvenzordnung und Einführungsgesetz nebst Materialien, Verlag für Recht und Anwaltspraxis Herne/Berlin 1994, S. 25.

24 BT-Drucks. 12/2443.

25 Vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum RegE v. 18./19.4.1994, BT-Drucks. 12/7302, auch abgedruckt bei *Uhlenbruck*, a.a.O. (Fn. 23), S. 283, 286.

26 BT-Drucks. 336/94.

27 Presseerklärung des Deutschen Richterbundes vom 21.4.1994, DRIZ 1994, 231.

28 Vgl. oben Fn. 1 und 2.

Damit wird als einheitlicher Hauptzweck des Insolvenzverfahrens die gemeinschaftliche Verwirklichung der Vermögenshaftung betont. Liquidation, Sanierung und sog. übertragende Sanierung sind nur Unterformen der Haftungsverwirklichung.

Mit Herausstellung der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung als Hauptziel macht das Gesetz zugleich deutlich, daß das Insolvenzrecht zum Vollstreckungsrecht gehört und gleichsam ein Seitenstück zur Einzelzwangsvollstreckung nach dem 8. Buche der ZPO bildet. Damit hält die InsO die deutsche Rechtstradition aufrecht, nach der das Insolvenzrecht – ähnlich wie in der Schweiz²⁹ – als Recht der "Generalexekution" verstanden wird, während in den romanischen Ländern wie in Frankreich das Insolvenzrecht in Gestalt des "Kaufmannskonkurses" zum Handelsrecht zählt³⁰.

Durch die Erwähnung des "Insolvenzplans" schon in § 1 InsO wird ein weiteres Leitmotiv vorangestellt. Als Instrument der Gläubigerautonomie tritt der Plan an die Stelle von Vergleich und Zwangsvergleich des bisherigen Rechts, aber in flexiblerer und umfassender Gestalt. Nach der näheren Bestimmung des § 217 InsO kann im Plan die Befriedigung der Gläubiger, die Verwertungsart und die Haftung des Schuldners nach Beendigung des Verfahrens "abweichend von den Vorschriften dieses Gesetzes geregelt werden". Die Entscheidung fällt also nicht durch gerichtliche "Weichenstellung" zwischen Liquidation oder Reorganisation in Präjudizierung eines bestimmten Verfahrensziels, sondern indem den Beteiligten in jedem Verfahrensstadium die Wahl der günstigsten Regelung überlassen wird.

Auch die Sanierung wird im Hinblick auf die Gläubigerbefriedigung als Verwertung des Schuldnervermögens begriffen, freilich im Sinne einer "investiven Verwertung"³¹. Gedacht ist dabei auch an die sog. Übertragende Sanierung, d.h. die Übertragung eines Unternehmens oder Betriebsteils vom insolventen Schuldner auf einen anderen oder neuen Rechtsträger.

Ergibt sich jedoch im Berichtstermin, daß nur eine Liquidation in Betracht kommt, so hat der Insolvenzverwalter, soweit die Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht entgegenstehen, die Insolvenzmasse "unverzüglich zu verwerten" (§ 159 InsO).

Auffällig ist, daß § 1 Satz 2 InsO neben der Haftungsverwirklichung jetzt ausdrücklich die Schuldbefreiung für den redlichen Schuldner in die Zielbestimmung aufnimmt und damit Ziele miteinander verbindet, die

29 Vgl. *Fritzsche/Walder*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, 1993, § 35 Rz. 1.

30 *Grönigier*, Das französische Insolvenzsystem nach der Reform von 1967 im Vergleich zum deutschen Recht, 1984, S. 5 f; zur neuen Rechtslage aufgrund des Gesetzes vom 25.1.1985 (Kaufmannskonkurs mit Restschuldbefreiung) und des Gesetzes vom 31.12.1989 (schuldenregulierung privater Haushalte) als Schritt zum sog. Zivilkonkurs s. *Klopp*, Restschuldbefreiung und schuldenregulierung nach französischem und deutschem Recht, KTS 1992, 347 ff.

31 Vgl. amtl. Begründung zur InsO, abgedruckt bei *Uhlenbruck*, a.a.O. (Fn. 23), S. 241, ebenso abgedruckt in KTS 1992, 33, 51.

letztenendes im Gegensatz zueinander stehen. Die Reformkommission hatte in ihrem 2. Bericht noch am Prinzip der freien Nachforderung (§ 164, I KO) festgehalten und betont, daß eine Restschuldbefreiung ohne eine qualifizierte Gläubigerzustimmung im Zwangsvergleich mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens unvereinbar sei. Dieses sei kein "Schuldenbereinigungsverfahren", durch das der Schuldner seine Schulden abstreifen könne³². Demgegenüber hält die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf die Erleichterung der Restschuldbefreiung für ein "zugleich soziales wie freiheitliches Anliegen" der Reform³³.

IV. Maßnahmen zur Förderung der außergerichtlichen Sanierung

Kein Ziel der Reform ist es, wie die amtliche Begründung ausdrücklich betont³⁴, "den Spielraum für die außergerichtliche Insolvenzabwicklung einzuengen". Die "freie Sanierung" von Unternehmen soll vielmehr gefördert werden, und zwar insbesondere durch Erleichterung der übertragenen Sanierung. Seinen Ausdruck findet dies in einigen in dem EGIInsO vorgesehenen Maßnahmen. So wird die bisher zwingende Haftung des Vermögensüberschusses nach § 419 BGB beseitigt (Art. 33 Nr. 16 EGIInsO). In der Tat enthält diese Vorschrift eine deutschrechtliche Besonderheit in Gestalt eines übertriebenen Gläubigerschutzes, der dem Ausland in dieser Extensität fremd ist³⁵. Nicht beseitigt ist allerdings die Parallelvorschrift des § 25 HGB über die Haftung des Firmenübernehmens, da sie anders als die Haftung nach § 419 BGB durch abweichende Vereinbarung abdingbar ist (§ 25 II HGB). Beibehalten wurde auch die Haftung des Betriebsübernehmens für Steuerschulden nach § 75 AO, die ohnehin nur den Erwerb außerhalb des Insolvenzverfahrens trifft.

Dagegen wirkt sich geradezu "sanierungsfeindlich" die Beibehaltung des § 613 a BGB aus, der den automatischen Übergang der bestehenden Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergang vorsieht. Diese Vorschrift gilt gleichermaßen für die außergerichtliche Sanierung durch betriebsübertragung wie für die übertragende Sanierung durch den Insolvenzerwalter. Man hat lediglich die Aussetzung der Anwendbarkeit des § 613 a BGB auf die GesO bis zum Inkrafttreten der InsO verlängert (Art. 32 EGIInsO). So steht zu befürchten, daß die Beibehaltung der Vorschrift entgegen

32 Zweiter Bericht, a.a.O. (Fn. 14), Leitsatz 6.3 Begründung S. 162 f.; zustimmend K. Schmidt, *Insolvenzrecht und seine Reform zwischen Prozeßrecht und Unternehmensrecht*, KTS 1988, 1, 8: "Was ist eine persönliche Haftung noch wert, wenn sie durch ein Konkursverfahren abgeschüttelt werden kann?" Ebenso Klopp, a.a.O. (Fn. 30), S. 347 f.

33 Vgl. allgemeine Begründung, abgedruckt in KTS 1992, 48.

34 Vgl. allgemeine Begründung, KTS 1992, 41 f.

35 Dem französischen und angelsächsischen Rechtskreis ist eine Haftung aus Vermögensübernahme fremd; die Schweiz und Österreich kennen zwar eine solche Haftung, sie ist dort aber wesentlich stärker begrenzt als in § 419 BGB; vgl. die amtl. Begründung zu Art. 31 RegE, abgedruckt bei Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 23), S. 931 f.

ihrer Zweck Arbeitsplätze eher vernichtet als erhält. Die im sog. Gravenbrucher Kreis zusammengeschlossenen Insolvenzverwalter haben dazu die Vermutung geäußert, die Regierungskoalition habe "auf die Schlachtung der heiligen Kuh des § 613 a BGB" verzichtet, um das Reformpaket für die Opposition konsensfähig zu machen³⁶.

V. Maßnahmen gegen die "Massenarmut" und Erhöhung der Verteilungsgerechtigkeit

Einen wesentlichen Schwerpunkt im neuen Insolvenzrecht bilden die gesetzlichen Maßnahmen gegen die "Massearmut." Angestrebt wird deshalb zunächst eine erleichterte und rechtzeitige Eröffnung des Insolvenzverfahrens, um am Ende des Verfahrens eine höhere Verteilungsmasse zu erzielen.

1. Erleichterte und rechtzeitige Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Neben dem bisherigen allgemeinen Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) tritt als neuer Grund der der "drohenden Zahlungsunfähigkeit", der dann gegeben ist, wenn der Schuldner voraussichtlich seine Zahlungspflichten zum Fälligkeitszeitpunkt nicht mehr erfüllen können (§ 18 I, II InsO). Doch kann den Antrag dann nur der Schuldner stellen, um auszuschließen, daß die Gläubiger ihn im Vorfeld der Insolvenz als Druckmittel mißbrauchen und außergerichtliche Sanierungschancen beeinträchtigen.

Bei juristischen Personen ist - wie bisher - auch die Überschuldung Eröffnungsgrund (§ 19 InsO), d.h. wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Entgegen der neueren BGH-Judikatur und h.M.³⁷ stellt § 19 I 2 InsO jedoch ausdrücklich klar, daß bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners künftig die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen ist, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Es ist also eine zweistufige Überschuldungsprüfung vorzunehmen. Zunächst ist zu prüfen, ob der Schuldner nach Liquidationswerten (im Verwertungsfalle) überschuldet ist, und bejahendenfalls eine Fortführungsprognose zu wagen. Fällt auch diese positiv aus, ist das Aktivvermögen nach going-concern-Werten zu bewerten. Da dies meist, zu einer Verneinung einer "Überschuldung im Rechtssinne" führen wird, ist die Gefahr, daß ein Unternehmen bei einer Fehlprognose ohne hinreichende Kapitaldecke und ohne das Risiko einer persönlichen Haftung "weiterwirtschaftet," auch jetzt kaum gebannt³⁸.

36 Gravenbrucher Kreis, ZIP 1994, 585, 586.

37 Vgl. BGH, Urt. v. 13.7.1992, BGHZ 119, 201, 213 f. mit Nachweisen.

38 Der Rechtsausschuß wollte mit Einfügung des § 19 I 2 InsO allerdings gerade vermeiden, daß "eine positive Prognose stets zu einer Verneinung der Überschuldung führt" und so die Gläubiger bei einer Fehlprognose schädigt, vgl. Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses, abgedruckt bei Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 23), S. 320.

Das Verfahren wird durch Gerichtsbeschluß bereits eröffnet, wenn nur die Kosten des Verfahrens gedeckt sind³⁹ oder vorgeschossen werden (§ 26 InsO); dies betrifft die Gerichtskosten sowie die Vergütungen für den vorläufigen Insolvenzverwalter, den Insolvenzverwalter und den Gläubigerausschuß (§ 54 InsO). Sonstige zu erwartenden Masse-schulden, die aus Handlungen und Verträgen des Verwalters herrühren (§ 55 InsO), bleiben insoweit außer Betracht. Neu ist auch, daß der Vorschußgläubiger von den Organen des Schuldnerunternehmens die Erstattung des vorgeschossenen Betrags verlangen kann, wenn diese entgegen den Vorschriften des Gesellschaftsrechts pflichtwidrig und schuldhaft den Eröffnungsantrag nicht gestellt haben (§ 26 III InsO). Stellt sich nach der Eröffnung des Verfahrens die Masseunzulänglichkeit zur Erfüllung der sonstigen Masseverbindlichkeiten heraus, so hat der Verwalter dem Gericht dies anzuzeigen, und das Verfahren wird nach Verteilung der vorhandenen Masse eingestellt (§§ 208 ff. InsO).

2. Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren

Im Eröffnungsverfahren kann das Insolvenzgericht alle Maßnahmen zur Sicherung des Schuldnervermögens treffen, insbesondere einen "vorläufigen Insolvenzverwalter" bestellen und dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen (§§ 21 ff. InsO). Damit erhält die unklare Stellung des Sequesters im bisherigen Recht künftig eine eindeutige Regelung. Er kann das Unternehmen einstweilen fortführen, aber auch mit Zustimmung des Gerichts stilllegen, um eine erhebliche Vermögensminderung zu vermeiden sowie vom Gericht als Sachverständiger eingesetzt werden (§ 22 I Nr. 2, 3 InsO). Wichtig ist, daß die von ihm im Rahmen seiner Verfügungsbefugnis eingegangenen Verbindlichkeiten jetzt als Masseverbindlichkeiten anerkannt sind (§ 55 II InsO).

3. Umfang der Insolvenzmasse

Auch im eröffneten Insolvenzverfahren greifen weitere Maßnahmen ein, um eine möglichst hohe Verteilungsmasse zu erzielen und eine vorzeitige Einstellung des Verfahrens zu vermeiden.

Gemäß § 35 InsO umfaßt die Insolvenzmasse das gesamte Vermögen des Schuldners, und zwar anders als nach § 1 I KO – nicht nur das, was ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehört, sondern auch das, welches er "während des Verfahrens erlangt." Mit dem bisherigen Grundsatz "Neuerwerb ist konkursfrei" nahm das deutsche Konkursrecht im internationalen Vergleich ohnehin eine Sonderstellung ein. Die Einbeziehung des

³⁹ Allerdings die Kosten des gesamten Verfahrens, und entgegen dem Regierungsentwurf (§ 30 I) nicht nur die Kosten "bis zum Berichtstermin;" der Rechtsausschuß entschloß sich zu dieser Aenderung, um zu vermeiden, daß zunächst eröffnete Verfahren alsbald wieder mangels Masse eingestellt werden müssen.

Neuerwerbs wie das laufende Arbeitseinkommen des Schuldners, Erwerb aus Erbschaften und Schenkungen ist jetzt unerlässlich, weil das Restschuldbefreiungsverfahren und das Verbraucherinsolvenzverfahren künftige Ansprüche mitumfaßt.

VI. Die Insolvenzgläubiger

Auch künftig dient die Insolvenzmasse zur Befriedigung der persönlichen Gläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen die Schuldner haben (§ 38 InsO wie § 3 KO). Allerdings werden jetzt auch nach früherem Recht ausgeschlossene Forderungen (§ 63 KO) wie Forderungen auf laufende Zinsen, auf eine unentgeltliche Leistung oder auf Rückgewähr eines kapitalersetzenden Darlehens eines Gesellschafters in das Verfahren einbezogen, erhalten jedoch Nachrang (§ 39 InsO). Insofern kann man auch künftig nicht von einem "klasselosen Konkurs" sprechen.

In Interesse einer erhöhten Verteilungsgerechtigkeit sind indessen die Konkursvorrechte des Fiskus und der Arbeitnehmer in Gestalt von bevorrechtigten Konkursforderungen (§ 61 KO) – vorbehaltlich des verbleibenden Arbeitnehmerschutzes – abgeschafft, so daß es künftig zur noch einfache (§ 38 InsO) und nachrangige Insolvenzgläubiger gibt.

Angemerkt sei, daß die Insolvenzgläubiger ihre Forderungen künftig nicht mehr beim Gericht, sondern beim Insolvenzverwalter anzumelden haben (§§ 28 I, 174 ff. InsO). Dadurch sollen die Insolvenzgerichte entlastet werden; damit wird aber die bedeutsame Folge der Verjährungsunterbrechung (§ 209 II Nf. 2 BGB) an einen weniger förmlichen Akt geknüpft. Schließlich ist doch nach Auslegung der Tabelle bei der Geschäftsstelle des Gerichts und aufgrund des anschließenden Prüfungstermins die festgestellte Forderung vom Insolvenzgericht in die Tabelle einzutragen (§ 178 II InsO) und erst dieser Tabelleneintrag wirkt wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber allen Beteiligten (§ 178 III InsO wie § 145 II KO).

VII. Einbeziehung der gesicherten Gläubiger in das Insolvenzverfahren

Einen wesentlichen Reformschritt hat das neue Insolvenzrecht mit der Einbeziehung der Sicherungsgläubiger in das Insolvenzverfahren vollzogen, allerdings mit unterschiedlicher Intensität der Einbindung, je nachdem, ob es sich um Aussonderungsrechte, um Absonderungsrechte der Pfandgläubiger oder der Inhaber besitzloser Mobiliarsicherheiten handelt.

Mit Recht hält die Reform – entgegen dem Kommissionsvorschlag⁴⁰ – daran fest, daß der einfache Eigentumsvorbehalt zur Aussonderung berechtigt (§ 47 InsO), denn er unterscheidet sich sachlich und funktionell von den sog. besitzlosen Mobiliarsicherheiten wie namentlich der Sicherungsübereignung wesentlich⁴¹. Der Vorbehaltsverkäufer kann also bei

40 Vgl. oben zu Fn. 14.

41 Zum sachlichen und funktionellen Unterschied zwischen Eigentumsvorbehalt

Insolvenz des Käufers die gelieferte Sache aussondern, sofern nicht der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Kaufvertrags wählt. Doch läßt § 107 II InsO dem Verwalter zur Ausübung des Wahlrechts (§ 103 I InsO) bis zum Berichtstermin eine Frist von höchstens 3 Monaten, um eine vorzeitige Herauslösung aus dem Schuldnerunternehmen zu vermeiden.

Das gilt jedoch nicht für die Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts, die – wie im geltenden Recht⁴² – weiterhin wie eine Sicherungsübertragung mit bloßer Absonderungsberechtigung behandelt werden, also für den Eigentumsvorbehalt mit Vorausabtretungsklausel bezüglich der Kaufpreisforderung aus der Weiterveräußerung oder für die Erstreckung des Eigentumsvorbehalts zur Sicherung aller Forderungen aus der Geschäftsverbindung. Der bisher schon umstrittene sog. Konzernvorbehalt mit Ausdehnung auf alle Forderungen von "mit dem Verkäufer verbundenen Unternehmen" wird jetzt in einem neuen § 455 II BGB ausdrücklich für "nichtig" erklärt (Art. 3 Nr. 17 EGIInsO)⁴³.

Sicherungseigentum sowie Sicherungszession stellt § 51 Nr. 1 InsO ausdrücklich – in Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht – dem Absonderungsrecht der Pfandgläubiger gleich, doch unterwirft er sie in Abweichung von diesem dem Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters. Das ist eine besonders wichtige Neuerung, um den bisher zu beklagenden Zustand der "Zerschlagungsautomatik" im Schuldnerunternehmen künftig zu vermeiden⁴⁴.

Gemäß § 166 InsO darf der Insolvenzverwalter die in seinem Besitz befindlichen beweglichen Sachen, an denen ein Absonderungsrecht besteht, freihändig verwerten sowie die vom Schuldner sicherungsweise abgetretenen Forderungen einziehen. Allerdings hat der Verwalter dem Sicherungsgläubiger die beabsichtigte Veräußerung des Sicherungsguts mitzuteilen, um ihm Gelegenheit zum Selbsteintritt zu geben (§ 168 InsO). Zum Schutz des Gläubigers vor Verzögerung der Verwertung hat ihm der Insolvenzverwalter vom Berichtstermin an, d.h. in der Regel nach 3 Monaten, die geschuldeten Zinsen aus der Insolvenzmasse zu zahlen (§ 169 InsO).

Die unterschiedliche Behandlung der besitzlosen Mobiliarsicherheiten im Vergleich zu bestellten Besitzpfandrechten mit eigenem Verwertungsrecht des Pfandgläubigers erscheint dadurch gerechtfertigt, daß der Pfandgegenstand ohnehin aus dem technisch-organisatorischen Verbund des Schuldnervermögens herausgelöst ist und in der Regel für die Fortführung des Unternehmens ohne Bedeutung ist⁴⁵.

und Sicherungsübereignung vgl. *Gaul*, Neuere "Verdinglichungs"-Tendenzen zur Rechtsstellung des Sicherungsgebers bei der Sicherungsübereignung, *Festschrift für Rolf Serick*, 1992, S. 105, 147 ff.

42 Vgl. *Gaul*, Das Kreditsicherungssystem a.a.O. (Fn. 8), S. 24 ff.

43 Der neue § 455 II BGB bezieht sich sogar darüber hinaus auf den Einsatz des Eigentumsvorbehalts für "Forderungen eines Dritten," auch wenn er nicht mit dem Verkäufer im Konzern verbunden ist.

44 Vgl. oben zu Fn. 12

45 So die amtliche Begründung zu § 191 RegE, der § 166 InsO entspricht, abgedruckt bei *Uhlenbruck*, a.a.O. (Fn. 23), S. 528.

Den "schwerwiegendsten Eingriff in die Mobiliarsicherheiten"⁴⁶ hat der Gesetzgeber bei der Erlösverteilung vorgenommen. Im Regelfall der Verwertung durch den Verwalter werden den Sicherungsgläubigern vom Verwertungserlös 4 % "Feststellungskosten" und 5 % "Verwertungskosten" (vorbehaltlich tatsächlich höherer oder niedrigerer Kosten) zuzüglich 15 % Umsatzsteuer abgezogen (§§ 170, 171 I, II InsO), so daß dies insgesamt zu einem Abzug von 24 % führt. Hat der Verwalter die Verwertung ausnahmsweise dem Gläubiger überlassen, so entfällt der Abzug von 5 % für "Verwertungskosten" (§ 17 II InsO), der Gesamtabzug reduziert sich dann also auf 19 %⁴⁷.

Entgegen dem Kommissionsvorschlag, der einen zugleich als "Sozialbeitrag" für ungesicherte Gläubiger gedachten pauschalen "Verfahrensbeitrag" von 25 % vorgesehen hatte⁴⁸, betont die allgemeine Begründung zum RegE, daß der Kostenabzug für die Sicherungsgläubiger keineswegs als Belastung mit einem "Sonderopfer" zu verstehen sei. Deshalb erklärt die Entwurfbegründung einen Übersicherung in Höhe des Verfahrensbeitrags für zulässig⁴⁹. Das wird künftig zu einer Verteuerung der Kredite zu Lasten der Schuldner führen, aber auch die Kreditversorgung der Gläubiger aus dem Mittelstand treffen, da das knappe Sicherungsgut eine Übersicherung oft nicht zuläßt⁵⁰.

VIII. Verschärfung der Insolvenzanfechtung

Eine wesentliche Anreicherung der Insolvenzmasse verspricht sich der Gesetzgeber von einer Verschärfung der Insolvenzanfechtung (§§ 129-147 InsO). Die Anfechtung ist jetzt als einheitliches Rechtsinstitut ausgestaltet und nicht mehr, wie bisher, auf das Konkursverfahren unter Ausnahme des Vergleichsverfahrens beschränkt.

Im Zusammenhang damit ist zunächst die neue Regelung in § 88 InsO zu sehen, nach der Sicherungen, die ein Insolvenzgläubiger durch

46 So formuliert es *Obermüller*, Auswirkungen der Insolvenzreform auf Kreditgeschäft und Kreditsicherheiten, WM 1994, 1869, 874.

47 Zur Belastung der Masse mit der Umsatzsteuer durch Verwertung des Sicherungsguts s. *Onusseit*, KTS 1994, 3 ff. mit Hinweis auf § 51 I 1 Nr. 2 UStDV 1993.

48 Vgl. zu Fn. 14; von einer zusätzlichen Belastung mit der Umsatzsteuer war die Insolvenzkommision allerdings nicht ausgegangen. – Die mangelnde "Publizität" der besitzlosen Mobiliarsicherheiten konnte indessen den Kommissionsvorschlag einer "Ausgleichsabgabe" nicht rechtfertigen, vgl. dazu kritisch *Gaul*, Das Kreditsicherungssystem a.a.O. (Fn. 8), S. 39.

49 Allgemeine Begründung, KTS 1992, 56, 61.

50 Die Judikatur toleriert bisher bei formularmäßig bestellten Sicherheiten eine Deckungsgrenze von 120 %, bezogen auf den realisierbaren Wert des Sicherungsguts, bei der Sicherungszession eine Deckungsgrenze von 150 % bezogen auf den Nennwert der abgetretenen Forderungen (wegen der oft geringeren Werthaltigkeit von Forderungen), bevor sie eine "unangemessene Benachteiligung" des Kreditschuldners i. S. des § 9 I AGBGB annimmt, vgl. BGH, Urt v. 2.12.1992, BGHZ 120, 300, 302 ff.

zwangsvollstreckung im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens und später erlangt, per se "unwirksam" werden. Der Insolvenzverwalter kann insoweit also ohne Anfechtung die Freigabe der Sicherung verlangen. Damit hat der Gesetzgeber die sog. "Rückschlagsperre" des § 28 VerglO jetzt mit dem Anfechtungsrecht kombiniert.

Die vier Hauptanfechtungsstatbestände – Anfechtung wegen kongruenter und inkongruenter Deckung, Gläubigerbenachteiligung und Schenkung – sind zwar grundsätzlich belassen, doch wird jetzt die Durchsetzbarkeit der bisher kaum wirksamen Anfechtung erheblich erleichtert. Die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen werden zum Teil beseitigt, im übrigen ihr Nachweis erleichtert. Entgegen dem RegE ist allerdings auf Empfehlung des Rechtsausschusses die zunächst vorgeschlagene Gleichstellung der "grob fahrlässigen Unkenntnis" mit der Kenntnis der Krisentatsachen nicht zum Gesetz geworden. Stattdessen wird der positiven Kenntnis nur die "Kenntnis von Umständen" gleichgestellt, "die zwingend auf die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag schließen lassen" (§§ 130 II, 131 II InsO). Damit folgt das Gesetz jetzt der sog. Eingeschränkten subjektiven Theorie, die der BGH zu § 419 BGB entwickelt hat, um den Erwerber von Einzelgegenständen, die nahezu das ganze Vermögen des Veräußerers darstellten, vor den strengen Haftungsfolgen der Vermögensübernahme zu schützen⁵¹. Da die Verschärfung des Anfechtungsrechts zugleich die Anfechtung des § 419 BGB kompensieren soll⁵², liegt die Adaption dieses Maßstabs vordergründig nahe, erscheint aber unter dem Aspekt der Anfechtungsverschärfung wenig konsequent.

Bei Rechtshandlungen, die gegenüber einer "nahestehenden Person" vorgenommen wurden, wird die Kenntnis der tatbestandsrelevanten Umstände überdies "vermutet" (§§ 130 III, 131 II InsO). Durch diese Umkehr der Beweislast wird dem Insolvenzverwalter die Durchführung des Anfechtungsprozesses zusätzlich erleichtert. Der Begriff der "nahestehenden Person," der sog. Insider, wird in § 138 InsO definiert und weiter gefaßt als im geltenden Recht, soweit bisher schon eine erleichterte Anfechtung gegen Ehegatten und Verwandten möglich war. Mit "Personen, die in häuslicher Gemeinschaft mit dem Schuldner leben" (§ 138 I Nr. 3 InsO) wird jetzt auch der nichteheliche Lebenspartner erfaßt. Ferner können bei juristischen Personen und Gesellschaften "nahestehende Personen" auch Organmitglieder, persönlich haftende Gesellschafter und Gesellschafter mit Sperminorität sein (§ 138 II InsO).

Die bisherige Ehegattendiskriminierung bei der Schenkungsanfechtung (§ 32 Nr. 2 InsO) ist jetzt dadurch beseitigt, daß bei "unentgeltlichen Leistungen" der Anfechtungszeitraum generell und ohne Rücksicht auf den Empfänger auf 4 Jahre ausgedehnt wird (§ 134 InsO).

Die Frist für die Geltendmachung des "Anfechtungsanspruchs" durch den Insolvenzverwalter wird auf 2 Jahre seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlängert und sachgerecht von einer Ausschußfrist in

51 Vgl. BGH, Urt. v. 18.12.1970, BGHZ 55, 105, 107; BGH, Urt. v. 6.12.1984, BGHZ 93, 135, 140.

52 Vgl. oben zu Fn. 35.

eine "Verjährungsfrist" umgestaltet (§ 146 InsO). Damit bestätigt das Gesetz jetzt die in der Dogmatik heute ganz vorherrschende Meinung, nach der das Anfechtungsrecht kein dingliches Gestaltungsrecht darstellt, sondern nur einen obligatorischen Rückgewährungsanspruch begründet. Aus diesem Grund hat das Gesetz jetzt in der Grundsatzbestimmung des § 139 I (InsO) auch auf die Übernahme der Formulierung des § 29 KO bewußt verzichtet, Rechtshandlungen könnten "als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" angefochten werden, und damit die Vorschrift der schuldrechtlichen Theorie angepaßt⁵³.

IX. Rechtsstellung der Arbeitnehmer in der Insolvenz

Mit dem schon erwähnten Stichwort eines angestrebten "klassenlosen Konkurses" wurde bereits die Beseitigung der Konkursvorrechte des Fiskus und der Arbeitnehmer (§ 61 KO) angesprochen. Auf die Rechtsstellung der Arbeitnehmer in der Insolvenz ist noch besonders hinzuweisen, da nicht nur ihre Konkursvorrechte wegen ihrer rückständigen Bezüge für das letzte Jahr (§ 61 I Nr. 1a KO), sondern auch ihre Privilegierung als "Massengläubiger" wegen der Lohnrückstände für die letzten 6 Monate entfallen ist (§ 59 I Nr. 3 KO). In den bisher meist masselosen Konkursen stand dieser Schutz allerdings meist ohnehin nur auf dem Papier und nutzte den Arbeitnehmern wenig.

Bemerkenswert ist, daß die allgemeine Begründung zum RegE unumwunden eingesteht, daß "ein Schutz der Arbeitsplatzinteressen gegen den Markt" nicht Aufgabe des – allein "vermögensorientierten" – Insolvenzverfahrens sein könne, da er dauerhaft "weder den Arbeitsmarkt entlasten noch die Geschäftigungsinteressen der Arbeitnehmer nachhaltig sichern würde"⁵⁴. Demgemäß nehmen die Arbeitnehmer wie die sonstigen Insolvenzgläubiger namentlich mit ihren rückständigen Entgeltforderungen am Insolvenzverfahren teil. Auch die Arbeitnehmerinteressen werden so "in das Insolvenzverfahren eingebunden mit dem Ziel, die bestmögliche Verwertung des Schuldnervermögens herbeizuführen."

Wegen ihrer rückständigen entgeltsansprüche für die letzten 3 Monate des Arbeitsverhältnisses erhalten die Arbeitnehmer – entsprechend dem bisherigen "Konkursausfallgeld" – ein "Insolvenzausfallgeld" gemäß § 141 b AFG n.F. (Art. 93 EGIInsO), und zwar künftig ohne Unterschied, ob es zur Liquidation oder zur Sanierung kommt. Gegenüber dem geltenden Recht, das die Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht als Versicherungsfall ansieht, wird also insoweit der Schutz des Arbeitnehmers erweitert. Angesichts der seit Jahren praktisch kaum noch zustande gekommenen Vergleichsverfahren rechnet man allerdings kaum mit einer Mehrbelastung der umlagepflichtigen Wirtschaftsunternehmen⁵⁵.

Auch im künftigen Insolvenzverfahren ist ein Sozialplan aufzustellen. Damit übernimmt jetzt § 123 InsO die bisherige Regelung des SozPIG

53 Vgl. amtliche Begründung zu § 144 RegE, der dem § 129 InsO entspricht, abgedruckt bei *Uhlenbruck*, a.a.O., S. 469.

54 Allgemeine Begründung, KTS 1992, 71.

55 Allgemeine Begründung, KTS 1992, 72.

von 1985 und trägt insoweit dem besonderen Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers auch unter betriebsverfassungsrechtlichen Aspekten Rechnung. Allerdings bleibt mit Rücksicht auf die Interessen der übrigen Gläubiger die absolute und relative Begrenzung des Sozialplanvolumens unverändert. Die Sozialplanleistungen dürfen 2 1/2 Monatsgehälter der entlassenen Arbeitnehmer (absolute Grenze) und 1/3 der Teilungsmasse (relative Grenze) nicht übersteigen (§ 123 I, II, 2 InsO). Neu ist, daß die Sozialplanforderungen nicht mehr nur bevorrechtigte Konkursforderungen (§ 4 Satz 1 SozPIG i.V.m. § 61 I Nr. 1 KO) sind, sondern künftig "Masseverbindlichkeiten" begründen (§ 123 II 1 InsO). Zur Einräumung dieses "Superprivilegs"⁵⁶ sah sich der Gesetzgeber wohl als Ausgleich für die Beseitigung der bisherigen Konkursvorrechte der Arbeitnehmer wegen ihrer rückständigen Bezüge veranlaßt.

Darauf, daß der Gesetzgeber den Bestandsschutz der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübertragungen gemäß § 613 a BGB trotz gegenteiliger Vorstöße der Praxis für das Insolvenzverfahren beibehalten hat, wurde schon hingewiesen⁵⁷. Die allgemeine Begründung zum RegE rechtfertigt die Beibehaltung des § 613 a BGB mit der Befürchtung, Schuldner könnten sonst die Insolvenz lediglich mißbräuchlich mit dem Ziel herbeiführen, sich der arbeitsrechtlichen Bindungen zu entledigen⁵⁸.

Auch im übrigen soll der Kündigungsschutz der Arbeitnehmer wie nach geltendem Recht von der Verfahrenseröffnung grundsätzlich unberührt bleiben (§ 113 InsO). Natürlich sind die Arbeitsplätze nicht zu retten, wenn es infolge der Insolvenz zur Stilllegung oder doch im Rahmen von sanierenden Betriebsänderungen zumindest zum Personalabbau kommt. Doch ist auch hier zuvor ein Interessenausgleich zu versuchen. Nach § 125 InsO ist bei der Kündigung die soziale Auswahl nach den Kriterien Betriebszugehörigkeitsdauer, Lebensalter und Unterhaltspflichten zu treffen.

X. Der Insolvenzplan

Ein Kernstück der Reform bildet der schon in der Zielbestimmung des § 1 InsO angesprochene sog. Insolvenzplan. Er ist in den §§ 217 ff. InsO näher geregelt und tritt als neues Institut an die Stelle von Vergleich und Zwangsvergleich. Er unterscheidet sich von diesen jedoch wesentlich. Für den Plan werden anders als für den Vergleich weder starre Mindestquoten (§ 7 VerglO) noch subjektive Würdigkeitsvoraussetzungen (§§ 17 f. VerglO) verlangt. Er bezweckt keine Rechtswohlthat für den Schuldner, sondern die günstigste Art der Insolvenzabwicklung auf der Grundlage der Gläubigerautonomie⁵⁹. Als "universelles Instrument der Masseverwertung" dient er nicht nur der Sanierung, sondern kann ebenso die Li-

⁵⁶ So Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 23), S. 47.

⁵⁷ Vgl. oben zu Fn. 36.

⁵⁸ Allgemeine Begründung, KTS 1992, 73.

⁵⁹ So die zusammenfassende Stellungnahme des Rechtsausschusses, abgedruckt bei Uhlenbruck, a.a.O., S. 587.

liquidation des Unternehmens vorsehen⁶⁰.

Das Initiativrecht ist auf den Schuldner und auf den Insolvenzverwalter beschränkt (§ 218 InsO), den die Gläubigerversammlung jedoch mit der Planaufstellung beauftragen kann (§ 157 InsO)⁶¹. Die Basis dafür bietet der Bericht des Insolvenzverwalters über die wirtschaftliche Lage des Schuldners und deren Ursachen im Berichtstermin (§ 156 InsO). Bei der Planaufstellung des Verwalters wirken die Verfahrensbeteiligten beratend mit (§ 218 III InsO).

Der Plan enthält einen darstellenden Teil über die vorgesehenen Maßnahmen (§ 220 InsO) und einen gestaltenden Teil (§ 221 InsO). Letzterer legt fest, wie die Rechtsstellung der Beteiligten durch den Plan geändert werden soll, etwa durch Kürzung ihrer Rechte, durch Stundung der Forderungen oder Schuldverlaß. Die vorgesehenen Kürzungen können z.B. auch Absonderungsrechte betreffen (§ 223 II InsO). Mit der Rechtskraft der gerichtlichen Bestätigung des Planes treten die im gestaltenden Teil festgelegten Wirkungen für und gegen alle Beteiligten ein (§ 245 I 1 InsO).

Abgestimmt wird über den Plan gesondert in Gruppen (§ 243 InsO), die jeweils aus den absonderungsberechtigten Gläubigern, den Insolvenzgläubigern und den einzelnen Rangklassen der nachrangigen Insolvenzgläubigern gebildet werden (§ 222 I InsO) sowie den Arbeitnehmern, wenn diese erheblich als Gläubiger beteiligt sind. Weitere Untergruppen mit gleichartigen wirtschaftlichen Interessen können gebildet werden (§ 222 II, III InsO).

Der Plan ist angenommen, wenn in jeder Gruppe Kopf- und Stimmenmehrheit erreicht ist (§ 244 InsO). Blockiert eine Gruppe das Zustandekommen des Plans, so greift ein Obstruktionsverbot ein (§ 245 InsO). Werden die Gläubiger dieser Gruppe durch den Plan nicht schlechter gestellt als bei einer Liquidation und werden sie angemessen am Erlös beteiligt, so gilt ihre Zustimmung als erteilt (Fiktion), sofern wenigstens die Mehrheit der Gruppen dem Plan tatsächlich zugestimmt hat (§ 245 I Nr. 1-3 InsO).

Ein zusätzlicher Minderheitenschutz ist vorgesehen für Gläubiger, die dem Plan widersprochen haben und durch ihn schlechter gestellt werden als im Falle der Liquidation; auf ihren Antrag kann die gerichtliche Bestätigung des Plans versagt werden (§ 251 InsO).

Der Plan bedarf auch der Zustimmung des Schuldners, die als erteilt gilt, wenn er nicht spätestens im Abstimmungstermin dem Plan widerspricht. Doch ist sein Widerspruch unbeachtlich, wenn der Schuldner nur den Plan nicht schlechter gestellt wird, als er ohne einen Plan stünde, und kein Gläubiger einen seinen Anspruch übersteigenden wirtschaftlichen Wert erhält (§ 247 I, II InsO).

Es läßt sich schon jetzt absehen, daß auf das Gericht im Rahmen des Obstruktionsverbots (§ 245 InsO) und des Minderheiten- sowie Schuld-

60 So die allgemeine Begründung, KTS 1992, 63.

61 Die erst im Rechtsausschuß herbeigeführte Beschränkung des Vorlagerechts soll die bei "konkurrierenden Insolvenzplänen" auftretenden Schwierigkeiten vermeiden.

nerschutzes (§§ 251, 247 InsO) schwierige Aufgaben zukommen, soweit es jeweils auf die Abwägung ankommt, ob die Beteiligten "durch den Plan nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne einen Plan stünden." Der Vergleich zwischen dem Planwert und dem Liquidationswert läßt sich kaum exakt treffen. Zu befürchten steht, daß hier künftig "Sachverständigenschlachten" geschlagen werden⁶².

Mit der rechtskräftigen Bestätigung des Plans durch das Gericht wird das Insolvenzverfahren aufgehoben (§ 258 InsO). Der bestätigte Plan bildet einen Vollstreckungstitel (§ 257 InsO).

Gerät der Schuldner mit der Erfüllung des Plans erheblich in Rückstand, so greift eine Wiederauflebensklausel ein: Stundung und Erlaß der Forderungen werden hinfällig (§ 255 InsO). Vorbeugend kann der gestaltende Teil des Insolvenzplans eine Überwachung der Planerfüllung durch den Insolvenzverwalter vorsehen (§ 260 InsO).

XI. Die Restschuldbefreiung

Für das deutsche Insolvenzrecht im traditionellen Sinne völlig neu ist das schon bei den Zielen des Insolvenzverfahrens erwähnte Rechtsinstitut der Restschuldbefreiung (§ 1 Satz 2 InsO)⁶³, ausführlich geregelt in den §§ 286 - 303 InsO. Hatten die negativen Erfahrungen mit der "discharge" in den USA die Insolvenzkommision noch veranlaßt, sich gegen eine solche Regelung auszusprechen⁶⁴, so schlug später auch insoweit die Stimmung um.

Ein von zwei Resortministerien in Auftrag gegebenes Gutachten kam für das Jahr 1989 zu dem Ergebnis, daß 1,2 Millionen Verbraucherhaushalte überschuldet waren⁶⁵. Das verstärkte die Forderung, das neue Insolvenzrecht müsse einen entscheidenden Beitrag zur "endgültigen Schuldenbereinigung" leisten. Es sei kaum tragbar, daß selbst junge Schuldner 30 Jahre lang dem Nachforderungsrecht der Gläubiger nach § 164 I KO ausgesetzt seien (§§ 145 II KO, 218 I 2 BGB). Diese praktisch lebenslange Nachhaftung dränge viele ehemalige Gemeinschaftschuldner in die Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit ab. Sie führe auch zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung natürlicher gegenüber juristischen Personen, da bei letzteren, wie bei einer AG oder GmbH, mit ihrer Auflösung

62 So Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 23), S. 109.

63 Vgl. oben zu Fn. 33.

64 Vgl. oben zu Fn. 32. S. auch W. Gerhardt, Zielbestimmung und Einheitlichkeit des Insolvenzverfahrens, in *Leipold* (Hrsg): *Insolvenzrecht im Umbruch*, KTS-Schriften zum Insolvenzrecht, Bd. 1, 1991, 1, 2 mit Hinweis auf die Verhältnisse in den USA, wo in etwa 90 % der "in die Hunderttausende gehenden Konsumentenkursen" nicht die Gläubigerbefriedigung, sondern die "discharge" im Vordergrund stehe.

65 *Korczak/Pfefferkorn*, Forschungsvorhaben zur "Überschuldungssituation und Schuldnerberatung in der Bundesrepublik Deutschland" im Auftrag des Bundesministeriums für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit und des Bundesministeriums der Justiz, Abschlußbericht, 1990, S. 152.

und Löschung im Handelsregister das Nachforderungsrecht entfalle⁶⁶.

Gegenüber der sehr schuldnerfreundlichen angloamerikanischen Lösung hat der deutsche Gesetzgeber jedoch einen Mittelweg gesucht. Die Durchführung des Insolvenzverfahrens führt nicht automatisch zur Entschuldung. Die Insolvenzgläubiger können vielmehr grundsätzlich nach wie vor "nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens ihre restlichen Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt" aus dem Tabelleneintrag als Vollstreckungstitel "geltend machen" (§ 201 I, II InsO). Der natürlichen Person als Schuldner bleibt es jedoch vorbehalten, die Restschuldbefreiung spätestens im Berichtstermin zu beantragen, sofern sie zugleich den pfändbaren Teil ihrer Einkünfte für die Dauer von 7 Jahren nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens an einen Treuhänder abtritt, der daraus die Insolvenzgläubiger anteilig befriedigt (§ 287 InsO). Die Restschuldbefreiung wird dem Schuldner indessen nur gewährt, wenn er vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine gläubigerschädigenden Handlungen begangen hat (§ 290 InsO).

Auch während der "Wohlverhaltensperiode" hat der Schuldner die Interessen seiner Gläubiger zu achten, insbesondere jeden Arbeitsplatzwechsel anzuzeigen und sich bei Arbeitslosigkeit um eine zumutbare Arbeit zu bemühen (§ 295 InsO). Ein Verstoß gegen diese Obliegenheiten führt auf Antrag eines Insolvenzgläubigers zur Versagung der Restschuldbefreiung (§ 296 InsO). Um dem Schuldner einen zusätzlichen Anreiz zu geben, die 7-jährige Wohlverhaltensperiode durchzustehen, sieht das Gesetz auf Vorschlag des Rechtsausschusses vor, daß dem Schuldner während der letzten 3 Jahre zunächst 10 %, dann 15 % und schließlich 20 % der jährlich vom Treuhänder an die Gläubiger zu verteilenden abgetretenen Beträge verbleiben (§ 292 I 3 InsO)⁶⁷.

Das gewählte kombinierte System der Restschuldbefreiung mit Abtretung der pfändbaren laufenden Bezüge des Schuldners für die Dauer von 7 Jahren setzt allerdings voraus, daß diese auch wirklich zur Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung stehen. In Fällen der Insolvenzen von Arbeitnehmern haben diese aber häufig zur Erlangung von Verbraucher-krediten schon vorher ihre künftigen Lohnansprüche an die Kreditgeber abgetreten, deshalb sah sich der Gesetzgeber genötigt, die Wirksamkeit dieser Vorausabtretungen und Verpfändungen auf 3 Jahre zu begrenzen, um die Freistellung des künftigen Erwerbs für die Restschuldbefreiung zu erreichen (§ 114 I InsO). Die SPD-Fraktion hatte sogar eine Begrenzung der Wirksamkeit der Vorausabtretungen auf 1 Jahr beantragt. Sie ist damit aber im Rechtsausschuß mit Hinweis auf die Bedeutung der "Gehaltsabtretungen als wichtige Sicherungsmittel für den normalen Konsumentenkredit" gescheitert⁶⁸. Der verbleibende materiellrechtliche Eingriff in die Rechte der Sicherungsgläubiger erscheint vertretbar und entspricht der BGH-Judikatur zur Unwirksamkeit formularmäßiger Lohnab-

66 Allgemeine Begründung, KTS 1992, 48 f.

67 Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, a.a.O. (Fn. 25), S. 292 f.

68 Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses zu § 182 RegE, der dem § 114 InsO, entspricht, abgedruckt bei *Uhlenbruck*, a.a.O., S. 444.

tretungen wegen Übersicherung⁶⁹.

Erst nach Ablauf der 7-jährigen Wohlverhaltensperiode entscheidet das Insolvenzgericht nach Anhörung der Beteiligten endgültig über die Erteilung der Restschuldbefreiung (§ 300 InsO). Wird sie erteilt, so wirkt sie gegen alle Insolvenzgläubiger, selbst wenn sie ihre Forderungen nicht angemeldet haben (§ 301 I InsO). Ansprüche der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen bleiben – wie bisher nach dem Vergleich oder Zwangsvergleich – davon unberührt (§ 302 II InsO).

Die Restschuldbefreiung in dieser minuzösen Ausgestaltung ist für den Schuldner gewiß nicht nur "Wohltat," sondern auch "Plage." Es mag paradox klingen: Zwar verfolgt die Regelung das Ziel, dem Schuldner aus der modernen "Schuldturm" – Lage zu befreien. Und dennoch bleibt der Eindruck, daß der Schuldner auf die Dauer von immerhin 7 Jahren einem derart strengen Reglement unterworfen wird, daß Erinnerungen an die "Schuld knechtschaft" des vorigen Jahrhunderts geweckt werden.

XII. Das Verbraucherinsolvenzverfahren

Das Verbraucherinsolvenzverfahren ist erst während der parlamentarischen Beratungen auf Initiative des Rechtsausschusses eingeführt worden (§§ 304 ff. InsO). Es handelt sich um ein vereinfachtes Verfahren, das für natürliche Personen gilt, die keine oder nur eine geringfügige selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben (§ 304 InsO), also für Verbraucher und Kleingewerbetreibende. Es soll vor allem der Entlastung der Gerichte dienen, um der erwarteten großen Zahl derartiger Verfahren Herr zu werden.

Est ist als dreistufiges Verfahren konzipiert:

1. In erster Linie muß der Schuldner mit den Gläubigern eine Außergerichtliche Einigung anstreben. Er kann sich dazu der Hilfe eines Anwalts oder einer Schuldnerberatungsstelle bedienen.

2. Scheitert der Einigungsversuch, kann der Verbraucher bei Gericht das Insolvenzverfahren beantragen unter Vorlage einer Bescheinigung einer geeigneten Person oder Stelle, aus der sich ergibt, daß eine außergerichtliche Schuldenbereinigung in den letzten 6 Monaten erfolglos versucht worden ist (§ 305 I Nr. 1 InsO).

Mit dem Antrag hat der Schuldner insbesondere einen "Schuldenbereinigungsplan" vorzulegen (§ 305 I Nr. 4 InsO), an Hand dessen das Insolvenzgericht noch einmal den Versuch einer gütlichen Einigung unternehmen soll ähnlich wie bei einem Prozeßvergleich mit mehreren Beteiligten. Das Verfahren gleicht stark vereinfacht dem über den Insolvenzplan.

Das Gericht leitet den Gläubigern den Schuldenbereinigungsplan nebst Vermögensverzeichnis und allen Unterlagen zur Stellungnahme zu (§ 307 I InsO). Stimmt eine Kopf- und Stimmenmehrheit zu oder wider-

⁶⁹ Vgl. Gaul, Das Kreditsicherungssystem a.a.O. (Fn. 8), S. 39 mit Hinweis auf BGH, Urt. v. 22.6.1989, NJW 1989, 2383.

spricht sie nicht, gilt der Plan als angenommen (§ 308 InsO). Bei inhaltlicher Angemessenheit des Plans kann die Zustimmung eines Widersprechenden Gläubigers ersetzt werden; er darf dann aber nicht schlechter gestellt werden als bei Durchführung des Insolvenzverfahrens (§ 309 InsO). Die Annahme des Schuldenbereinigungsplans stellt das Gericht durch Beschluß fest; dieser hat die Wirkung eines Prozeßvergleichs (§ 308 I 2 InsO), er ist also Vollstreckungstitel. Damit ist das Verfahren beendet (§ 308 II InsO).

3. Erst wenn der Schuldenbereinigungsplan nicht die erforderliche Zustimmung findet, wird nunmehr das vereinfachte und abgekürzte Insolvenzverfahren durchgeführt (§§ 311 - 314 InsO); es ist also als "ultima ratio" gedacht. Die Aufgaben des Insolvenzverwalters werden durch einen Treuhänder wahrgenommen (§ 313 InsO). Es kann sich das Schuldbefreiungsverfahren anschließen (§ 314 III InsO).

XIII. Kritische Schlußbemerkung

Eine abschließende Beurteilung der neuen Insolvenzordnung wird erst möglich sein, wenn sich nach ihrem Inkrafttreten in der Praxis zu bewähren hat. Sie enthält gewiß viele Verbesserungen gegenüber den weiterhin funktionslos gewordenen Kodifikationen der KO und der VerglO 1935. Man darf erwarten, daß sie künftig durch die Vorkehrungen zur Massevermehrung und durch den Abbau von Gläubigervorrechten dem Ziel der Gläubigerbefriedigung und der Verteilungsgerechtigkeit näher kommt, im begrenzten Umfange auch bessere Sanierungschancen bietet.

Allerdings ist die Insolvenzordnung kaum ein Gesetzeswerk aus Guß, sondern trägt deutlich Züge eines Kompromißwerkes, wie es wohl bei einem Gesetz von dieser wirtschafts- und sozialpolitischen Tragweite auch kaum anders sein kann. Dem Optimismus, daß durch Stärkung der "Gläubigerautonomie" marktwirtschaftlich angemessenere und gesamtwirtschaftlich vernünftiger Verwertungsentscheidungen gefunden werden, ist eine gewisse Skepsis entgegenzusetzen. Der eher zufällige Zusammenschluß der Gläubiger aus Anlaß der Insolvenz des Schuldners führt nicht zu einer homogenen Einheit, sondern eher zu einer Vielfalt sich widerstreitenden Interessen, zu Konflikten zwischen Groß- und Kleingläubigern, gesicherten und ungesicherten Gläubigern, betriebsangehörigen Arbeitnehmern und den auf Liquidation bedachten Gläubigern. Eine Verfahrensbeschleunigung steht kaum zu erwarten, denn das Aushandeln eines Insolvenzplans kostet Zeit.

Das den früheren Konkurs kennzeichnende Bild, daß das "bellum omnium contra omnes" unter den beteiligten der Regulierung eines gerichtlich geleiteten Verfahrens bedarf, läßt sich kaum ganz verdrängen. Auch steht zu der "deregulierung" des Insolvenzverfahrens die übermäßige "Regulierung" des Schuldbefreiungsverfahrens in einem merkwürdigen Gegensatz. So wird die Betonung der Gläubigerselbstverwaltung die Gerichte im Ergebnis kaum weniger, sondern eher stärker belasten, noch dazu durch die schon im Referat angesprochenen Abwägungsent-

scheidungen über betriebswirtschaftliche Fragen, die ohne Gutachterzu-
ziehung kaum zu treffen sind. Dies wird die Verfahren künftig eher ver-
teuern.

Der Erfolg des Reformgesetzes wird schließlich davon abhängen, in-
wieweit die Justiz, die derzeit nur noch 25 % der Insolvenzverfahren
wirklich abwickelt, die ab 1.1.1999 mit Sicherheit auf sie zukommende
Mehrbelastung bewältigen wird. So wird auch die Insolvenzordnung wie
jedes Verfahrensgesetz ihren wahren Wert erst bei ihrer praktischen An-
wendung erkennen lassen.